



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر  
عليه السلام

www.Ghaemiyeh.com  
www.Ghaemiyeh.org  
www.Ghaemiyeh.net  
www.Ghaemiyeh.ir

# كتاب التوبة

تأليف

شيخ الإسلام محمد بن عبد الوهاب

ترجمته إلى العربية  
عبد الرحمن بن محمد بن عبد الوهاب

(مكتبة)

١-٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# كتاب البيع

كاتب:

محمد علي اراكي

نشرت في الطباعة:

مؤسسة الصادق عليه السلام

رقم الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
١٨	كتاب البيع
١٨	اشارة
١٨	الجزء الأول
١٨	[تعريف البيع و ما يرد عليها من النقص]
١٨	اشارة
٢١	[الحق و الحكم]
٢٦	[الإشكال على تعريف المصباح]
٢٧	[الإشكال على تعريف الأنصاري]
٢٨	[في بيان الفرق بين الإنشاء و الإخبار]
٢٩	[الفرق بين النسب الخبرية و الإنشائية]
٢٩	[البرهان على اختيارية الإرادة]
٣٠	الكلام في المعاطاة
٣٠	[في تحرير محل النزاع في المعاطاة في أنها تفيد الإباحة أو الملك أم لا]
٣٣	[الاستدلال بآية أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ]
٣٥	[الاستدلال بقاعدة التسليط]
٣٦	[الاستدلال بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيرها من الأدلة]
٣٧	[ما أورده كاشف الغطاء في استلزام قواعد جديدة على القول بالإباحة و إجابة الأنصاري عليها]
٣٧	اشارة
٣٨	[في إشارة الأنصاري إلى أمور كثيرة تخلف فيها العقد عن القصد]
٣٩	[في مختار الأنصاري في المعاطاة و ذكر الوجوه في لزوم المعاطاة ابتداء و عدم لزومها]
٣٩	اشارة
٤٠	[في استصحاب الكلى و كون الجواز و الرجوع من الأحكام الشرعية]

- ٤٤ ..... [فى ذكر الأنصارى الدليل على نفي كون اللزوم و الجواز من الخصوصيات المأخوذة فى الملك]
- ٤٤ ..... [مدرك قاعدة العقود تابعة للقصد]
- ٤٤ ..... [أدلة لزوم المعاطاة]
- ٤٤ ..... [الاستدلال بقاعدة التسليط على لزوم المعاطاة]
- ٤٤ ..... [إشارة]
- ٤٧ ..... [فرع: لو اجتمع عنوانان كان لكل منهما حكم حيثى و كان الحكمان متضادين]
- ٤٧ ..... [الاستدلال بأية أوفوا بالعقود على لزوم المعاطاة]
- ٥٣ ..... [الاستدلال بأية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض على لزوم المعاطاة]
- ٥٥ ..... [الأدلة على عدم لزوم المعاطاة]
- ٥٥ ..... [إشارة]
- ٥٥ ..... [توضيح حال الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]
- ٥٧ ..... [الاستدلال بالحديث إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام على عدم لزوم المعاطاة أو عدم إباحة التصرف]
- ٦٢ ..... [و ينبغي التنبيه على أمور:]
- ٦٢ ..... [الأول] [هل يشترط فى المعاطاة بقية شروط البيع]
- ٦٤ ..... [الأمر الثانى: المعاطاة قد تحصل بالإعطاء من الطرفين]
- ٦٦ ..... [الأمر الثالث: لا إشكال فى تمييز البائع عن المشتري فى البيع بالصيغة]
- ٦٦ ..... [الأمر الرابع: المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين تتصور على أنحاء، ترتقى إلى ستة عشر نحوًا:]
- ٦٩ ..... [الأمر الخامس: فى جريان المعاطاة فى سائر العقود.]
- ٧٠ ..... [الأمر السادس: فى ذكر الملزمات.]
- ٧٣ ..... [الأمر السابع فى ذكر وجهين للمعاطاة فى صيرورتها بعد التلف بيها بعد التلف أو معاوضة مستقلة]
- ٧٤ ..... [الأمر الثامن: اعلم أن الفقهاء ذكروا لصيغة البيع شروطًا، كالعربية، و الصحة مادة، و إعرابًا، و تقدّم الإيجاب على القبول]
- ٧٤ ..... [فرعان:]
- ٧٦ ..... [الأول: لا إشكال فى أنه على القول بإفادة المعاطاة للملك المتزلزل نماءات المبيع للمشتري، و نماءات الثمن للبائع]
- ٧٦ ..... [الثانى: حكى عن المحقق الثانى - قدس سره - فى كتاب صيغ العقود ما حاصله: أن القرض يحتاج إلى اللفظ]

- ٧٧ ..... [مقدمة في خصوص ألفاظ البيع]
- ٧٧ ..... [اعتبار اللفظ في البيع يختص بصورة القدرة]
- ٧٨ ..... [في الخصوصيات المعتبرة في لفظ عقد البيع]
- ٧٩ ..... [في شروط عقد البيع]
- ٧٩ ..... [من جملة شروط عقد البيع تقديم الإيجاب على القبول]
- ٨٢ ..... [أو من جملة شروط عقد البيع الموالاة بين إيجابه و قبوله]
- ٨٣ ..... [أو من جملة شروط العقد التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد]
- ٨٣ ..... [أو من جملة شروط عقد البيع الجزم]
- ٨٦ ..... [أو من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول]
- ٨٧ ..... [أو من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء]
- ٨٧ ..... إشارة
- ٨٨ ..... [فرع]
- ٨٩ ..... [مسألة المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٩٠ ..... إشارة
- ٩٠ ..... [بيان أقسام الضمان]
- ٩٠ ..... [أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٩٠ ..... [أو من أدلته أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة]
- ٩٠ ..... [أو من أدلته قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أصلا و عكسا]
- ٩٠ ..... [أو من أدلته الحديث النبوي على اليد و بعض أحكامه]
- ٩١ ..... [شرح قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و بيان الجهة الثالثة و هي عدم اختصاص الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة]
- ٩٢ ..... [في بيان أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٩٢ ..... [أو من أحكامه ضمان المثلي بالمثلي و القيمي بالقيمي و فيه مقامات ثلاثة]
- ٩٢ ..... [الأول في تعريف المثلي و القيمي]
- ٩٢ ..... [الثاني دليل اعتبار ضمان المثلي بمثله]

- ٩٢ ..... [الثالث حكم الشك في كون التالف مثليا أو قيميا]
- ٩٣ ..... [أو من أحكامه فيما لو تعذر المثل]
- ٩٣ ..... [أو من أحكامه ضمان القيمي بالقيمة و الأقوال في القيمة المعتبرة]
- ٩٣ ..... اشارة
- ٩٣ ..... [الاستدلال بصحيحة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان و شرح بعض مفرداتها تيمنا]
- ٩٧ ..... [في ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]
- ٩٧ ..... [مباحث بدل الحيلولة]
- ٩٧ ..... اشارة
- ٩٧ ..... [في بيان مورد بدل الحيلولة]
- ٩٨ ..... [دفع بدل الحيلولة لا يقتضى انتقال العين إلى الغارم]
- ٩٨ ..... اشارة
- ٩٩ ..... فروع
- ٩٩ ..... الأول: لو مزج الغاصب المال مع ماله، فله صور أربع:
- ١٠٠ ..... الثاني: لو أحدث أحد في مال الغير مالا
- ١٠١ ..... [من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ضمان المنافع المستوفاه و من أدلتها]
- ١٠١ ..... قاعدة الاحترام
- ١٠٢ ..... [قاعدة اليد]
- ١٠٢ ..... [قاعدة الإتلاف]
- ١٠٣ ..... [قاعدة «لا يحلّ مال امرء إلا بطيب نفسه»]
- ١٠٣ ..... [تتمه قاعدة الاحترام و قاعدة نفى الضرار]
- ١٠٥ ..... [في العقود الضمانية في صورة علم الدافع بالفساد]
- ١٠٥ ..... [قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و نقوضها هي]
- ١٠٥ ..... اشارة
- ١٠٥ ..... أحدها [النقض بعارية الصيد]



- ١٠٦ ..... الثاني [النقض بمنفعة المبيع فاسدا]
- ١٠٦ ..... الثالث [النقض بحمل المبيع بالببيع الفاسد]
- ١٠٦ ..... الرابع [النقض بالشركة الفاسدة]
- ١٠٦ ..... [حكم ما لو علم الدافع بالفساد]
- ١٠٨ ..... [في بيان بعض الأمور المتعلقة بالمقبوض بالعقد الفاسد]
- ١٠٨ فصل هل يضمن منافع المقبوض بالعقد الفاسد الضمانى كالبيع الفاسد مطلقا أو لا مطلقا أو تفصيل بين المستوفاه فتضمن و غيرها فلا؟
- ١١١ ..... فصل لا تعرض في أدلة الضمان في المضمونات لتعيين المثل في المثلى و القيمة في القيمي
- ١١١ ..... فصل لو تعدر المثل في المثلى فهل للمالك مطالبه الضامن بالقيمة أو يجب عليه الصبر؟
- ١١١ ..... اشارة
- ١١٢ ..... مسألة إذا تعدر رد العين فله صور
- ١١٤ ..... [الكلام في شروط المتعاقدين]
- ١١٤ ..... [في بيان الشروط العامة للمتعاقدين]
- ١١٤ ..... [الشرط الأول البلوغ]
- ١١٤ ..... فصل في بيع الصبي
- ١١٦ ..... فصل هل يستفاد من هذه الأخبار عدم مشروعية عباداته على خلاف المشهور أو لا؟
- ١١٦ ..... فصل و ما استدلل به للبطلان و سلب العبارة حديث رفع القلم
- ١١٧ ..... فصل و ما يمكن الاستدلال به لما أيدناه سابقا من جواز تصرفات الصبي مع إذن الولي رواية السكوني
- ١١٨ ..... [الشرط الثاني القصد إلى المدلول]
- ١٢١ ..... [الشرط الثالث الاختيار و فيه فصلان]
- ١٢١ ..... فصل و من شروط المتعاقدين الاختيار فعقد المكره غير نافذ
- ١٢١ ..... اشارة
- ١٢٤ ..... فروع الأول: إذا أكره على واحد من أمرين أو أمور فإن كان للقدر الجامع أثر فلا شبهة في ارتفاع ذلك الأثر
- ١٢٤ ..... فصل المشهور بين المتأخرين بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد
- ١٢٩ ..... [دراسة أخرى للشروط العامة للمتعاقدين]

- ١٢٩ ..... [الشرط الأول البلوغ و فيه أمور]
- ١٢٩ ..... [الأمر الأول] في بيع الصبي «١»
- ١٣٠ ..... [الأمر الثاني في عقائد الصبي و إسلامه]
- ١٣٢ ..... [الأمر الثالث لو علم الصبي بإخبار المخبر الصادق أو بأصالة الصّحة فهل يحكم بوجود تحصيل المعارف قبل بلوغه مقدّمه للمعرفة الواجبة على
- ١٣٣ ..... [الأمر الرابع عبادات الصبي مشروعة أو هي للتمرين؟]
- ١٣٣ ..... [الأمر الخامس عقود الصبي و إيقاعاته]
- ١٣٧ ..... [الشرط الثاني القصد إلى المدلول]
- ١٤٣ ..... [الشرط الثالث الاختيار]
- ١٤٣ ..... [اشارة]
- ١٤٤ ..... [و هنا مسائل]
- ١٤٤ ..... [المسألة الأولى في بيان الفرق بين المكروه و المضطر]
- ١٤٥ ..... [المسألة الثانية هل يعتبر في صدق مفهوم الإكراه عرفاً أن لا يكون الضرر المتوقع به حقاً ثابتاً على المكروه]
- ١٤٥ ..... [المسألة الثالثة الإشكال في أنّ ظهور حديث الرفع للأحكام التكليفية أقوى من ظهوره في رفع الآثار الوضعية]
- ١٤٥ ..... [المسألة الرابعة هل يعتبر في صدق حقيقة الإكراه عدم إمكان التفصّي عن الضرر المتوقع به بغير الفعل المكروه عليه أو لا؟]
- ١٤٦ ..... [و هنا فرعان يرتبطان بالبحث]
- ١٤٦ ..... [فرع لو أكره على أحد الأمرين المعينين لا بعينه و اختار المكروه واحداً معيّناً منهما]
- ١٤٧ ..... [فرع لو أكره على بيع واحد من عبيدين فباعهما جميعاً بصفقة واحدة]
- ١٥٢ ..... [الشرط الرابع من شروط المتعاقدين ملك التصرف]
- ١٥٢ ..... [القول في عقد الفضولي]
- ١٥٢ ..... [اشارة]
- ١٥٢ ..... [الكلام في بعض الموارد]
- ١٥٢ ..... [المورد الأول العقد المقرون بالرضا فضولي أم لا؟ و بيان الأدلة عليه]
- ١٥٥ ..... [المورد الثاني في بيان صور بيع الفضولي]
- ١٥٥ ..... [اشارة]

- ١٥٥ ..... [المسألة الأولى: بيع الفضولي للمالك غير المسبوق بالنهاى]
- ١٥٥ ..... اشارة
- ١٥٧ ..... [فى بيان أدلة المثبتين و النافين لصحة عقد الفضولى و بطلانه]
- ١٦٧ ..... [المسألة الثالثة فى بيع الفضولى لنفسه و فيه تتمه تتضمن أمرين]
- ١٦٧ ..... [الأمر الأول جريان بيع الفضولى فى المعاطاة]
- ١٦٩ ..... [الأمر الثانى] اشتراء الفضولى بعين مال الغير أو فى الذمه:
- ١٧٠ ..... [القول فى الإجازة و الرد]
- ١٧٠ ..... [القسم الأول فى الإجازة و فيها ثلاثة أبحاث]
- ١٧٠ ..... [البحث الأول من أن الإجازة كاشفة أو ناقلة و فيها ثلاثة مقامات]
- ١٧٠ ..... [المقام الأول فى بيان حكمها]
- ١٧٦ ..... [المقام الثانى فى الثمرة بين أنحاء الكشف و بين و النقل و فيه أمران]
- ١٨٥ ..... [المقام الثالث فى تنبيهات الإجازة]
- ١٨٨ ..... [البحث الثانى فى التكلم فى المجيز]
- ١٨٨ ..... اشارة
- ١٨٨ ..... [المقام الأول: يشترط فى المجيز أن يكون حال الإجازة جامعا لشرائط نفوذ التصرف]
- ١٨٩ ..... [المقام الثانى: هل يشترط وجود مجيز حال العقد؟]
- ١٩٠ ..... [المقام الثالث اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال العقد و عدمه و فيه مسائل]
- ٢٠١ ..... [البحث الثالث] القول فى المجاز
- ٢٠١ ..... اشارة
- ٢٠١ ..... [الأمر الأول] اعتبار كون العقد جامعا للشروط
- ٢٠٣ ..... [الأمر الثانى] هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلا أم لا؟
- ٢٠٤ ..... [الأمر الثالث: حكم العقود المترتبة على العوض أو المعوض]
- ٢٠٥ ..... [القسم الثانى القول فى الرد و فيه بحثان]
- ٢٠٥ ..... اشارة

- ٢٠٥ ..... [البحث الأول الكلام فى الرد القولى]
- ٢١١ ..... [البحث الثانى الكلام فى الرد الفعلى]
- ٢١١ ..... اشارة
- ٢١٤ ..... فروع
- ٢١٨ ..... [البحث الثالث حكم المالك مع المشتري لو لم يجز]
- ٢٢٧ ..... [البحث الرابع] [قاعدتا الغرور و الضرر]
- ٢٣٥ ..... [البحث الخامس فى قاعدة ضمان اليد]
- ٢٤٣ ..... فصل [فى بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره]
- ٢٤٤ ..... اشارة
- ٢٤٧ ..... مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف الدار
- ٢٥٢ ..... الجزء الثانى
- ٢٥٢ ..... [تتمة شروط المتعاقدين]
- ٢٥٢ ..... [تتمة الشرط الرابع من شروط المتعاقدين ملك التصرف]
- ٢٥٢ ..... [الكلام فى أولياء التصرف و هم:]
- ٢٥٢ ..... [الأول فى ولاية الأب و الجد]
- ٢٥٧ ..... [الثانى من أولياء التصرف ولى الفقيه و فيها بحثان]
- ٢٥٧ ..... [البحث الأول فى بيان معانى الولاية و ذكر أدلتها]
- ٢٥٩ ..... [البحث الثانى الكلام فى ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس و الوجوه المتصورة فيها]
- ٢٥٩ ..... اشارة
- ٢٦١ ..... [مسألة الكلام فى ثبوت الولاية للنبي و الأئمة ع و الاستدلال عليها بالأدلة الأربعة]
- ٢٦٢ ..... [الثالث من أولياء التصرف عدول المؤمنين]
- ٢٦٢ ..... اشارة
- ٢٦٨ ..... [فصل فى اشتراط المصلحة فى غير الأب و الجد و عدمه]
- ٢٧٢ ..... [الشرط الخامس من شروط المتعاقدين اشتراط إسلام من ينتقل إليه العبد المسلم و بيان أدلته]

- ٢٧٣ ..... اشارة
- ٢٧٨ ..... [موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم اختياراً]
- ٢٨٠ ..... [حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]
- ٢٨٢ ..... [حرمة نقل المصحف إلى الكافر]
- ٢٨٣ ..... «الكلام فى شروط العوضين»
- ٢٨٣ ..... [الشرط الأول التمول]
- ٢٨٤ ..... [الشرط الثانى الملك]
- ٢٨٤ ..... [فى أقسام الأراضى و أحكامها]
- ٢٨٤ ..... اشارة
- ٢٨٤ ..... [القسم الأول الموات بالأصالة]
- ٢٨٤ ..... [القسم الثانى العامرة بالأصالة]
- ٢٨٤ ..... [القسم الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت]
- ٢٨٦ ..... [الثالث] [من شروط العوضين كونهما طلقاً]
- ٢٨٦ ..... [فى بيان أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً]
- ٢٨٦ ..... [السبب الأول كون الملك وقفا و فيه أبحاث]
- ٢٨٧ ..... [البحث الأول فى بيان معانى الوقف و هل هو أب عن قبول البيع أم أنه بحسب الذات قابل و المنع تعبدى]
- ٢٩٠ ..... [البحث الثانى فى بيان أقسام الوقف و ذكر أحكام كل منها]
- ٢٩٠ ..... [الكلام فى القسم الأول الوقف المؤبد]
- ٢٩٠ ..... اشارة
- ٢٩٤ ..... [صور جواز بيع الوقف المؤبد]
- ٣١٦ ..... [الكلام فى القسم الثانى الوقف المنقطع]
- ٣٢٠ ..... [السبب الثانى من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة المملوكه أم ولد لسيدها و فيه أبحاث]
- ٣٢٠ ..... [البحث الأول التبرك بذكر أخبار أم الولد و مناقشتها]
- ٣٢٣ ..... [البحث الثانى فى ذكر بعض المستثنيات عن قاعدة عدم جواز بيع أمّ الولد]

- ٣٢٣ ..... اشارة -
- ٣٢٣ ..... [موارد القسم الأول تعلق حق للغير بها]
- ٣٢٣ ..... فمن موارد القسم الأول ما إذا كان عن رقيبتها ديناً على مولاها و مات المولى و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين
- ٣٣٥ ..... و من موارد القسم الأول أيضا تعلق كفن مولاها بها
- ٣٣٧ ..... و منها: ما إذا جنت على غير مولاها فى حياته
- ٣٤١ ..... و منها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجتى عليه غير المولى
- ٣٤٢ ..... و منها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها
- ٣٤٣ ..... و منها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت
- ٣٤٣ ..... و أمّا القسم الثانى: و هو ما إذا عرض لها حقّ لنفسها أولى بالمراعاة من حقّ الاستيلاء
- ٣٤٣ ..... فمن موارد ما إذا أسلمت و هى أمه ذمى
- ٣٤٤ ..... [السبب الثالث من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً]
- ٣٥٢ ..... [السبب الرابع من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً جناية العبد عمداً]
- ٣٥٦ ..... [الشرط الرابع من شروط العوضين القدرة على التسليم]
- ٣٥٦ ..... [فى بيان بعض الأبحاث المتعلقة بهذا الشرط]
- ٣٥٦ ..... [البحث الأول فى بيان أدلة هذا الشرط]
- ٣٥٦ ..... [الدليل الأول الاستدلال بنهى النبى ص عن بيع الغرر]
- ٣٥٦ ..... [الدليل الثانى الاستدلال بالنبوى المشهور لا تبع ما ليس عندك]
- ٣٥٧ ..... [الدليل الثالث أن لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدوراً]
- ٣٥٨ ..... [البحث الثانى هل القدرة شرط أو العجز مانع و بيان الثمرة فى ذلك]
- ٣٥٩ ..... [البحث الثالث هل العبرة على زمان استحقاق التسليم أم لا؟ و بيان فروعه]
- ٣٦٢ ..... [البحث الرابع جعل القدرة على التسليم شرط بالتبع و بيان أن المقصود الأصلى هو التسلم]
- ٣٦٣ ..... [البحث الخامس فى بيان معانى الغرر فى النبوى المشهور]
- ٣٦٤ ..... [البحث السادس فى بيان أن الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين]
- ٣٦٤ ..... [البحث السابع فى بيان أن العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل]

- ٣٦٥ ..... [مسألة في حكم بيع العبد الآبق منفردا و مع الضميمة]
- ٣٦٥ ..... اشارة
- ٣٦٥ ..... [المقام الأول في مقتضى القواعد]
- ٣٦٧ ..... المقام الثاني: في مقتضى النص الخاص
- ٣٦٩ ..... [الشرط الخامس من شرائط العوضين] [العلم بالثمن و المثلث]
- ٣٦٩ ..... [في ذكر مسائل تتعلق بهذا الشرط]
- ٣٦٩ ..... [المسألة الأولى اشتراط العلم بالثمن قدرا]
- ٣٧١ ..... [المسألة الثانية اشتراط العلم بقدر المثلث كالمثلث]
- ٣٧١ ..... اشارة
- ٣٧٢ ..... [فرع: في ذكر الأخبار الخاصة الواردة في خصوص الكيل و الوزن تيمنا]
- ٣٧٦ ..... [المسألة الثالثة في تعيين المناط في المكيل و الموزون و المعدود]
- ٣٧٩ ..... [المسألة الرابعة في إخبار البائع بمقدار المبيع]
- ٣٨٠ ..... [المسألة الخامسة في حكم بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة مع عدم المسح]
- ٣٨١ ..... [المسألة السادسة في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء و فيها وجوه]
- ٣٨١ ..... [الوجه الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعتيا من الجملة مقدرا بذلك العنوان]
- ٣٨١ ..... [الوجه الثاني أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع]
- ٣٨٣ ..... [الوجه الثالث أن يكون المبيع طبيعة كتيئة منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة]
- ٣٨٤ ..... [المسألة السابعة حكم ما لو باع صاعا من صبرة و لم يكن في اللفظ ما يعين أحد الاحتمالات الثلاثة و دار الأمر بين الإشاعة و الكلى]
- ٣٨٤ ..... اشارة
- ٣٨٩ ..... فرعان
- ٣٨٩ ..... الأول: على المشهور من المنع في النكرة، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه
- الفرع الثاني لو لم يبق من الصبرة إلا صاع و ادعى المشتري إرادة الكلى ليكون مالكا لتمام الصاع، و البائع إرادة المشاع ليكونا شريكين
- ٣٩٠ ..... [في ذكر فرعين آخرين يتعلقان بالمسألة]
- ٣٩٠ ..... اشارة

- الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاء المشتري فهل يقدم قوله أو قول البائع؟ ..... ٣٩٠
- الفرع الثاني لو اتفقا على التغيير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقديم التغيير على البيع ليثبت الخيار و ..... ٣٩٦
- المسألة الثامنة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة في ما يختلف قيمته باختلاف ذلك] ..... ٣٩٨
- المسألة التاسعة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار] ..... ٤٠٠
- المسألة العاشرة في حكم بيع المسك في فأره] ..... ٤٠٠
- المسألة الحادية عشر لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه أو لا] ..... ٤٠٣
- المسألة الثانية عشر في حكم الإندار] ..... ٤٠٣
- اشارة ..... ٤٠٣
- و الكلام في مقامات: ..... ٤٠٤
- المقام الأول: في تعيين أنّ المستفاد أيّ النحويين من الأخبار ..... ٤٠٤
- المقام الثاني: في تشخيص الحال من جهة اعتبار التراضي المذكور في الأخبار ..... ٤٠٤
- المقام الثالث: لا إشكال أنّ الأصل على الوجه الذي ذكرنا هو الفساد مع ما عرفت من دخول المورد في عمومات الغرر و الجهالة ..... ٤٠٤
- المقام الرابع: في قوله- عليه السلام-: «إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقر به» ..... ٤٠٥
- المقام الخامس: قد ورد الحكم في الأخبار المذكورة في السمن و الزيت و المتاع ..... ٤٠٥
- المقام السادس: في بيع المظروف مع الظرف ..... ٤٠٥
- مسألة في وجوب التفقه و التعلم في الأصول و الفروع و بيان الحال عند مزاحمته مع الاكتساب] ..... ٤٠٦
- القول في النقد و النسيئة] ..... ٤٠٧
- اشارة ..... ٤٠٧
- لو ينبغي ذكر هذه المسائل] ..... ٤٠٨
- المسألة الأولى إطلاق العقد يقتضى النقد و الملكية] ..... ٤٠٨
- المسألة الثانية في اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان الغير المتسامح فيهما] ..... ٤٠٩
- المسألة الثالثة في حكم من باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا] ..... ٤١٠
- المسألة الرابعة في حكم دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل] ..... ٤١٢
- المسألة الخامسة في حكم من دفع الثمن قبل حلول الأجل] ..... ٤١٣



- ٤١٧ ..... [المسألة السادسة في حكم تأجيل الثمن الحال بأزيد منه]
- ٤١٨ ..... [المسألة السابعة في حكم بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل]
- ٤٢٤ ..... [القول في القبض]
- ٤٢٤ ..... اشارة
- ٤٢٨ ..... [القول في أحكام القبض]
- ٤٢٨ ..... اشارة
- ٤٣٤ ..... [مسألة حكم بيع المكيل و الموزون قبل قبضه]
- ٤٣٩ ..... تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريات الكمبيوترية

## كتاب البيع

## إشارة

سرشناسه : اراكي، محمدعلي، ١٣٧٣ - ١٢٧٣  
 عنوان و نام پديد آور : ... البيع / تاليف محمدعلي اليراكى  
 مشخصات نشر : قم: موسسه الامام الصادق (ع)، ١٤١٥ق. = ١٣٧٣.  
 مشخصات ظاهري : ج ٢  
 شابك : بها: ٥٠٠٠ريال (بهاى هر جلد) ؛ بها: ٥٠٠٠ريال (بهاى هر جلد)  
 يادداشت : همراه با " رساله فى الاجتهاد و التقليد " كه در جلد دوم كتاب آمده است  
 يادداشت : كتابنامه  
 عنوان ديگر : رساله فى الاجتهاد و التقليد  
 موضوع : خريد و فروش (فقه)  
 موضوع : اجتهاد و تقليد  
 رده بندي كنگره : BP١٩٠/١/الفب٤ ٩ ١٣٧٣  
 رده بندي ديويى : ٢٩٧/٣٧٢  
 شماره كتابشناسى ملي : ٣٧٩٧-٧٣

## الجزء الأول

## تعريف البيع و ما يرد عليها من النقص

## إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
 الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على أشرف البرية أجمعين أبى القاسم محمد، و آله الطاهرين، أئمة الخلق إلى يوم الدين،  
 و لعنة الله على أذائهم أبد الأبدين، و بعد.

البيع :- و هو فى الأصل كما عن المصباح :- مبادله مال بمال، و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع بغيرها.  
 أقول: يمكن المناقشة فى هذا التعريف، بأن من مقومات هذا المفهوم - الذى يعبر عنه فى العربية بالبيع و الشراء، و فى الفارسية ب  
 (فروختن و خريدن) :-

أن لا- يكون الإعطاء مجاناً، يعنى يكون بإزائه عوض مالى، بخلاف مفهوم الهبة، فإنّ المعتبر فيه أن يكون مجاناً، و بلا عوض مالى، و  
 لا يكفى فى عدم المجانية الوصول إلى غرض أخروي، كالأجر الأخروي، و القرب إلى الله، أو دنيوى، كصيرورة محبوب له ذا مال، و  
 إلما لما كانت الهبة مجاناً، ضرورة أنّ العاقل لا يفعل فعلاً إلّا لأجل النيل إلى غرض، إمّا أخروي، كما فى الهبة بقصد القربة، و إمّا  
 دنيوى، كما فى هبة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤

ماله رحمه أو صديقه، إذا كان لأجل صيرورتهما ذا مال، و لو فرض خلوه عن الغرض رأساً، كان سفهياً باطلاً.

فعلى هذا، لو اشترى شيئاً لولده، أو صديقه بمال نفسه، على أن يكون المبيع ملكاً لهما بنفس هذا العقد، لا بتملكه لهما بعد العقد، كان هذا خارجاً عن مفهوم البيع، فإنه وإن كان لغرض صيرورة محبوبه مالكا للمبيع، لكنه خال عن العوض المالى، فيكون مجاناً. و مقتضى التعريف المذكور كونه بيعاً، إذ ليس فيه تصريح بأن يكون العوض داخلًا فى ملك من خرج عن ملكه المعوض.

و يمكن الجواب: بأن مقتضى المبادلة هو دخول كل منهما فى كيس من خرج عن كيسه الآخر.

و أيضا: المراد بالعين الذى استظهر اختصاص المعوض به، لئلا يشمل الإجارة، ما يقابل المنفعة، لا الشخص الخارجى، فتشمل الشخص الخارجى و الكلى فى ذمة البائع، كما فى بيع السلف، و الكلى فى ذمة الغير، أعنى الدين إذا باعه صاحبه، إما على من هو عليه، و إما على غيره، و الكلى فى الخارج، كبيع صاع من الصبرة، و الكسر المشاع، كبيع نصف الدار، و ظاهرهم عدم الخلاف فى صحة البيع فى جميع هذه الأقسام. فهنا إشكال سار فى جميع هذه الأقسام، و إشكال خاص ببعضها. أما الإشكال السارى فى جميعها، فهو أنه لا شك فى أن الملكية تكون من الأعراض، و كل عرض محتاج إلى المحل، و قسموا الأعراض باعتبار المحل إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما يكون ظرف العروض و الاتصاف فيه هو الخارج، كالحرارة، و البرودة العارضتين على النار و الماء فى الخارج.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥

الثانى: ما يكون ظرف العروض و الاتصاف فيه هو الذهن، كالكلىة العارضة على الطبيعة فى الذهن.

الثالث: ما يكون ظرف عروضه الذهن، و ظرف اتصافه الخارج، كالأمر الاعتبارية، فإن الفوقية و التحتية مثلا ليستا بموجودتين فى الخارج، و إنما يتعلقتما بالذهن، و يتزعمهما من الجسمين الخارجيين المستعلى أحدهما على الآخر، و لكن المتصف بهذا الشيء الذى يعقله الذهن، هو الشيء الخارجى. فلو كانت الملكية من قبيل الأول، أو الثالث، لزم أن لا يتعلق إلا بالشخص الخارجى، ضرورة أن غيره لا يكون موجودا فى الخارج حتى الكسر المشاع، فإن لازم الوجود الخارجى هو التعيين، و الكسر غير معين، و إن كان من القسم الوسط، بأن يكون محله و المتصف به أمرا ذهنيا لا- خارجيا، لزم أن لا يتعلق بالشخص الخارجى، فما وجه هذا التعميم فى البيع مع انحصار الأعراض فى هذه الثلاثة؟

و أما الإشكال الخاص ببعضها: فهو أن مقتضى مبادلة مال بمال أن يكون البائع مالكا للمبيع، حتى يبدله بمال غيره، فكيف يصح بيع الكلى فى الذمة فى بيع السلف مع فرض أن لا يكون البائع حين البيع مالكا، و ذا مال أصلا؟ نعم يحتمل أن يصير بعد ذلك مالكا و ذا مال، لكن ظاهر التعريف أن يكون وقت البيع مالكا فعليا.

فإن قلت: كما يمكن اعتبار الملكية فى الشيء الخارجى، كذلك يمكن فيما فى الذمة، فكما أن الأول مملوك فكذلك الثانى.

قلت: فيلزم أن يكون الشخص الفقير العديم المال ذا مال كثير لا يعد و لا يحصى فيكون مستطيعا، و من المعلوم أن العرف لا يعد مالكا و ذا مال إلا من كان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦

بيده شيء خارجى من الأجناس التى تعدد مالا. و أما الدين: فهو بمنزلة المتاع، أو الورق الموضوع فى الصندوق متى شاء أخرجه. و أما من تصور جنسا كليا منها فى ذهنه فلا يعدونه بمجرد ذلك مالكا له، ما لم يكن فى يده شيء منها، نعم يتصف جنس الحنطة مثلا بالمالية و يقولون: إنه مال و لكن لا يضيفونه إلى أحد، فلا يقال: إنه مال لزيد و ملك له مثلا. و حاصل هذا الإشكال، عدم كون الكلى مالا مضافا إلى شخص و ملكا فيختص ببيع السلف.

و أيضا مقتضى مبادلة مال بمال أن يصير كل من الطرفين ذا مال جديد، و سلمنا أن الكلى يكون ملكا، لكنه مسلم فيما إذا اختلف المالك للكلى و من يملك عليه، كما فى بيع الدين على غير من هو عليه، لا فيما إذا اتحدا كما فى بيع الدين على من هو عليه، فإنه لا معنى لملكية الشخص على نفسه شيئا.

و يمكن أن يقال: إنه لا- يتصور معنى لقولهم: «الملك أمر اعتبارى»، فإن معناه، أن تكون هنا نسبة بين الملك و المملوك، بحسب

الواقع و نفس الأمر، و لا تكون هذه النسبة بين هذا المملوك، و بين غير المالك متحققة، و تكون وراء السلطنة فإنهم جعلوها من أحكام الملكية. و لا يخفى أنه ليس هنا أمر بهذه الصفة غير السلطنة.

فإن قلت: يمكن أن يكون هو الربط الذى يفترضه العقلاء بين المال و مالكة فتكون الملكية من الافتراضيات الصرفة كأياب الأغوال. قلت: لا شك أن من نسب المال إلى مالكة يعدّ فى العرف صادقا، و من نسبه إلى غير مالكة يعدّ كاذبا، و هذا يدلّ على أن الملكية ليست بمجرد الفرض، و إلّا لكان اللازم أن يعدّ من نسب المال إلى غير صاحبه مخالفا لفرض العقلاء لا كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧

كاذبا، فعده كاذبا يدلّ على أن للملكية واقعية و حقيقة، فيكون من قبيل الفوقية و التحتية و التقابل من الإضافات التى لها نفس أمرية مندكة فى طرفيها فيعدّ من أخبر بخلاف واقعها بالكذب.

و يمكن أن يقال: إن الملكية هى نفس السلطنة لا أنها ملزوم لها.

و أما وجه تسمية السلطنة بالملكية فلعلة لتشبيهها بالجدّة العقلية، أعنى:

هياها المحيط بالمحاط، كالتّمص و التعمّم و التعلّل لأجل أنّها منه، و وجه الشّبه هو أنّه كما أن القميص، و العمامة، و النعل، يتحرّك بحركة لأبسها و يكون تحت اختياره، فكذا المال أيضا يكون تحت اقتدار صاحبه، يفعل فيه ما شاء، فشبه هذه السلطنة التى بين المالك و المال، بذاك التهيؤ الخاصّ الذى بين المتّمص و القميص، فأطلق على المشبه اسم المشبه به، أعنى: الملكية من باب الاستعارة، فعلى هذا يرتفع جميع الإشكالات السابقة.

أما الأول: فلوضوح أن الملكية بهذا المعنى و إن كانت من الأعراض لكنّها متعلّقة بالخارج فى المبيع الشخصى و الكلّى فى المعين و المشاع، و بالذهن فى الذمى و الدين بقسميه.

و أما الثانى: فوجه اندفاعه، أن الشخص كما يقتدر على المال الموجود تحت يده، كذلك يقتدر على ما ليس تحت يده بالفعل يعنى مهما أراد أن يحصّله بثمن من ماله يمكنه تحصيله، و يمكنه أن يترك تحصيله فيصدق أنّه قادر و مسلّط على عشرين منّا من الحنطة مثلا، و لو لم يكن تحت يده منها شىء، لكن بشرط أن يكون عنده من المال ما يقتدر به على شراء ذلك المقدار من الحنطة، فلو كان عادما لهذا، لم يكن له اقتدار و سلطنة، فإذا أراد من له هذا الاقتدار أن يبيع هذا المقدار

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨

من الحنطة فى ذمته، ينتقل هذا الاقتدار منه إلى المشتري، بمعنى: أنّ للمشتري أن يحصل هذا المقدار من الحنطة بواسطة ثمن من مال البائع عند الأجل إن شاء، و له تركه إن شاء، بخلاف البائع، فيجب عليه تحصيله بماله متى طالبه المشتري، فيكون بمنزلة الآله، و ينقص من قدرته بمقدار المبيع، فمن كان قادرا على مائة منّ من الحنطة فقط، يصير بعد بيع عشرة أمانان منها قادرا على التسعين فقط، و هكذا ينقص من قدرته بنسبة المبيع، هذا فى بيع السلف و نحوه.

و هكذا يقال فى بيع الدين على من هو عليه، فإنّ المدين يملك و يتسلّط على تحصيل دينه من مال المديون، بحيث إن شاء أخذه، و إن شاء تركه، و بعد أن باعه على نفس المديون يصير هذا الاقتدار منه منتقلا إلى المديون، بمعنى أنّ له أن يحصل مقدار الدين من مال نفسه، و له تركه و هو ليس كما قبل مجورا على التحصيل، فهذا عكس سابقه، فاندفع الإشكال الثالث أيضا.

فإن قلت: يدفع هذا الذى ذكرت - من كون الملكية هى نفس السلطنة - القاعدة المجمع عليها، أعنى قولهم: «الناس مسلّطون على أموالهم» «١»، حيث إنّ مقتضاها بواسطة جعل السلطنة محمولا، و حكما للملكية، مغاير تهما مفهوما.

قلت: لا - شكّ أن السلطنة تختلف باختلاف اللحاظات فربّ مال تثبت السلطنة عليه لشخص فى نظر العرف دون الشرع، كالأموال المغصوبة، فإنّ أهل العرف يعدّون الغاصب ذا يد و متسلّطا عليها، و يحسبون صاحبها الحقيقى عادما

(١) عوالى اللثالى: ٢٠٨ / ٣.

عوالى اللثالى: ٢٢٣ / ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩

لها و غير مالك لها. و ربّ سلطنته تكون عند الشرع دون العرف، كالمثال المذكور، فإنّ الشرع يجعل التسلّط و الملكيه للمغصوب منه دون الغاصب.

فنقول: إنّ معنى القاعدة، هو إمضاء الشرع لطريقه العرف في لحاظهم السلطنة المالىة، يعنى أنّ ما يكون سلطنة و ملكيه في نظرهم، فهو سلطنة و ملكيه عندي أيضا. غاية الأمر أنّه خرج ما خرج، فالموضوع هو السلطنة بلحاظ العرف، و المحمول هو السلطنة بلحاظ الشرع، هذا.

و ربّما تفضي بعضهم عن الإشكال الثالث، بأنّا لا نسلم أنّ المعتبر في بيع السلم، أن يكون البائع مالكا فعلا حتّى يستشكل بأنّ الكلى كيف يكون ملكا بل نقول: إنّ نقل حالى لما يملكه بعد مدّة.

و فيه: ما لا يخفى فإنّ لازمه التعليق المبطل للبيع إجماعا، فإنّه في معنى أنّي بعتك كذا من الحنطة، إن ملكته بعد المدّة، و أيضا يلزمه أنّه لو فقده بعد المدّة كان البيع باطلا من أول الأمر، مع أنّ من المعلوم أنّه يكون للمشتري حينئذ خيار تعدّر التسليم لا أنّه باطل.

### [الحق و الحكم]

قال المصنف - قدّس سرّه الشريف -:

«و أمّا الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير و نحوه، فهى و إن قبلت النقل، و قوبلت بالمال في الصلح، إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضا للبيع إشكالا من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه و عرفا، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين، و لما يصحّ أن تكون أجره في الإجارة في حصر الثمن في المال».

أقول: لا يخفى أنّ المفاهيم التي يمكن تحصيل معرفه حدّها بطريق القطع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠

من الرجوع إلى العرف، لا- مسرح للتعيّد في تعيين الحال فيما شكّ فيه من أفرادها بقول لغوى، و نحوه، و لا- شكّ أنّ في العرف مفهوما يعبر عنه في العربية بالبيع و الشراء، و في الفارسيه ب (خريد و فروش) كما لا شكّ في أنّ فيه مفهوما يعبر عنه في الفارسيه ب (نان) و في العربية ب (خبز) فحينئذ لو شكّ في بعض الأفراد أنّه داخل في مفهوم البيع، أم لا كما فيما نحن فيه، أعنى ما إذا جعل الثمن في البيع حقّ التحجير، فلا محيص إلّا عن الرجوع إلى العرف، و عرضهما على الذهن كرارا.

فإن وجد منهما أنّه يصدق هذا المفهوم على ذلك الفرد بلا تأمل، و تكلف، علم أنّه من أفرادها، و إن وجد أنّهما لا يطلقان عليه اسم البيع بدون التسامح علم أنّه خارج عنه.

و تنقيح المقام، يقتضى بيان الفرق بين الحقّ و المال، و بينه و بين الملك، و بينه و بين الحكم. فنقول: أمّا الفرق بينه و بين المال، فهو أنّ الحقّ عبارة عن السلطنة المتعلقة بالمال، و ليس بمال كحقّ التحجير، فإنّ متعلّقه هو الأرض الموات، و هى مال الإمام- عليه السّلام- و الشخص المحجّر مسلّط عليها فإن شاء أحيها، و إن شاء تركها، و إن شاء سلّط الغير عليها. و مثله حقّ الرهانه، فإنّ الرهن متعلّق بسلطنة المرتهن فلا يجوز للرهن التصرف فيه بدون إذن المرتهن، و للمرتهن إجباره على بيعه و أخذ الدين من ثمنه لو تعدّر عليه أدائه عند حلول الأجل.

و بالجملة: الحقّ كالملك، في أنّه سلطنة متعلّقه بالمال، و ليس نفسه المال، بل يصحّ تعلّقه بما يتعلّق بالمال، كحقّ الخيار، فإنّه سلطنة على العقد المتعلّق بالمال، بل يصحّ تعلّقه بنفس الغير، كتعلّق حقّ الولاية لولى الصغير بنفس الصغير و يصحّ تعلّقه بذمّه الغير كحقّ

الأبوة المتعلق بدمّة الولد، وحقّ الزوجية المتعلق

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١

لكل واحد من الزوجين بدمية الآخر، فإن الأب مثلا- له أن يحصل بواسطة جوارح ولده الأعمال الخاصية، كالإطاعة و التواضع و الخدمة، و له ترك تحصيلها، لكن هذه الأعمال لا تعد في العرف مالا كما في أعمال الأجير.

أما الفرق بينه و بين الملك: فهو أنّهما بعد اشتراكهما في كونهما سلطنة، ينفرد الأول بأن متعلقه إما أن يكون من سنخ المال، و لكن من مال غير من هو له، و إما أن يكون من غير سنخ المال كما مرّ.

و ينفرد الثاني، بأن متعلقه لا يكون إلا من سنخ المال، لكن من مال من هو له، و لو كان لحقارته و قلمه مقداره غير معدود في العرف مالا، كالحبّة من الحنطة، فإنها أيضا من سنخ المال.

و أمّا الفرق بينه و بين الحكم- أعنى: الحكم الترخيصي، فإنه المحتاج إلى بيان الفرق بينه و بين الحقّ، لدوران الأمر بينهما في كثير من الموارد، لا الإيجابي و التحريمي، لعدم دوران الأمر بينهما و بين الحقّ في شيء من الموارد- فهو أنّ المجعول ابتداء في الحقّ هو السلطنة، و في الحكم هو الإباحة.

و إن شئت توضيح ذلك في ضمن المثال، فانظر إلى أنّ السلطان تارة يعطى منصب حكومة البلد الفلاني شخصا، و تارة يجوز له التصرف فيه كيفما شاء، فالمجعول الابتدائي في الأول هو منصب الولاية و الحكومة، و إن كان لازمه مجعولية إباحة جميع التصرفات، و في الثاني هو الإباحة و إن كان لازمه أن يصير مسلطا و قادرا. فكذا الشارع قد شرع في مسألة جواز شرب الماء مثلا حكم الإباحة أولا، إن كان لازمه أن يكون المكلف قادرا عليه، و في مسألة الخيار مثلا، قد جعل المكلف ابتداء ذا يد و اقتدار على العقد، و إن كان لازمه جواز الفسخ و إباحته.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢

و أسد من هذا أن يقال: إنّ الحقّ هو سلطنة شرعت رعاية لحال المكلف، و إرفاقا به، أو لكونه أهلا لذلك، و بالجملة: فالداعي إلى تشريعه هو الرعاية من الشارع لحال المكلف، و لياقته للسلطنة كالمحجر، فإنه لتحمله مشقة التحجير صار لائقا لأن يرفق به الشارع، و يجعل له سلطنة الإحياء، و كذا الأب، فإنه لتحمله مشقات كثيرة في تربية الولد صار موردا لموهبة الشارع، و جعل له الحقوق المقررة على الولد، ترفيها لحاله، و كذا الفقيه الجامع للشرائط، فإنه لأجل تفقّهه و علوّ رتبته صار لائقا لمنصب الولاية فأعطيه، و لأجل هذا الذي ذكرنا من أنّه روعى في تشريع الحقّ رفاهية حال المكلف، يجوز له إسقاطه، و يكون إسقاطه مؤثرا عند الشارع، و إن كان يمكن أن لا يمضى إسقاطه أيضا، كما في حقّ الولاية.

و أمّا الحكم: فهو ترخيص من الشارع للفعل، لأجل خلوه بحسب نوعه عن المصلحة و المفسدة الملزمتين في نظره، من دون رعاية لرفاهية حال أحد من المكلفين أصلا، و لذا لا- يكون إسقاطه مؤثرا، لأنّ ما جعله الشارع لأجل خلوه الفعل عمّا يوجب وجوبه، أو حرمة، لا يعقل أن يكون للمكلف يد التصرف فيه أصلا، نعم لو أدرجه في موضوع آخر لحقه حكمه من وجوب أو حرمة، كما لو نذر شرب الماء، أو عدم شربه، لكن ذلك يكون لأجل تبدل العنوان لا لإسقاط المكلف.

ثمّ إنّ من الحقوق ما يكون متيقن الحقيّة، و ذلك كحقّ التحجير، و حق الخيار و حقّ الأبوة، و نحوها. و منها ما يكون مرددا بين الحقيّة، و الحكميّة، و ذلك كثير في الغاية، منها جواز الرجوع إلى المطلقة الرجعية قبل انقضاء العدة الثابت للزوج، فإنه يمكن أن يكون من الأحكام، بأن يكون الوجه في تشريعه خلوه ذلك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣

الفعل عمّا يوجب الوجوب و الحرمة، و يمكن أن يكون من الحقوق، بأن كان الوجه رعاية حال الزوج، و منها الجواز في العقود الجائزة بالأصل، إلى غير ذلك من الموارد التي لا تحصى كثرة، فإنّ تعيين الحال في تلك الموارد في غاية الإشكال.

ثم: الأفراد المتيقنة للحق على أقسام:

أولها: ما كان قابلاً للنقل مجاناً و مع العوض و للإسقاط، و ذلك كحق التحجير فإن للمحجر أن يسقطه و أن ينقله إلى غيره مجاناً و مع العوض.

ثانيها: ما لم يقبل شيئاً من النقل و الإسقاط، و ذلك كحقي الولاية و الأبوة، فإن المجتهد ليس له إسقاط هذا المنصب عن نفسه، و لا نقله إلى الغير، و أما نصب القيم، فليس نقلاً بل تنزيلاً له منزلة نفسه، في مباشرة بعض التصرفات.

ثالثها: ما كان قابلاً للإسقاط، و غير قابل للنقل، كحق الشفعة على القول باختصاص ثبوته بصورة وحدة الشريك فإنه إن أريد نقله، فإنما أن ينقل إلى الأجنبي، أو إلى الشريك البائع، و شيء منهما لا يستقيم. أما الأول: فلأن معنى حق الشفعة أن يكون المالك مقتدراً على رد حصة شريكه و ضمّه إلى حصة نفسه، و هذا المعنى مفقود في الأجنبي.

و أما الثاني: فلأن معنى الشفعة أن يكون أحد الشريكين مالكا لرد حصة الشريك الآخر، و ضمّه إلى حصة نفسه، و هذا المعنى منتف في الشريك البائع.

و أما على القول بثبوته في صورة تعدد الشركاء أيضاً، فيمكن فرض النقل فيه، بأن ينقل أحد الشريكين من الثلاثة الشركاء اللذين بينهما حق الشفعة على التنصيف حصة شفعتة إلى الآخر بالعوض أو مجاناً.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤

و حاول بعضهم أن يجعل لهذه الأقسام رابعاً، و هو ما كان قابلاً للنقل مجاناً، و الإسقاط، و غير قابل للنقل بالعوض، و هو حق القسم على ما نقله عن العلامة - قدس سره - من المنع عن معاوضة إحدى الضرتين أو الضرت حق قسمها (١) مع الأخرى، مع وضوح جواز الإسقاط، و النقل المجاني فيه.

و كيف كان، فما يمكن أن يقال به من الوجوه في هذا المقام ثلاثة:

الأول: أن تكون كلتا صورتى جعل إسقاط الحق و جعل نقله ثمناً خارجيتين عن مفهوم البيع.

الثاني: أن تكون كلتا الصورتين داخلتين فيه.

الثالث: أن تكون الأولى خارجة و الثانية داخله.

مبنى الوجه الأول عدم (كذا) اعتبار مائية الثمن في مفهوم البيع، و مبنى الأخير عدم اعتبار ذلك مع اعتبار وصول العوض إلى يد البائع التي خرج عنها المعوض، و لا شك أنه لا يصدق أنه وصل شيء إلى يد البائع بإزاء ماله في صورة جعل الإسقاط ثمناً، و لكن يصدق في الصورة الأخرى و مبنى الثاني عدم اعتبار ذلك أيضاً، و إنما المعتبر فيه هو المعاوضة و عدم المجانيته، و لا شك في تحققه حتى في صورة جعل الثمن هو الإسقاط.

و يمكن أن يقال: بانصراف البيع عند العرف عن صورة جعل الثمن هو الحق إسقاطاً أو نقلاً، و أما كون هذا الانصراف وضعياً ناشئاً عن خروج هذا الفرد من الموضوع له أو إطلاقياً ناشئاً عن غلبة الاستعمال في غير هذا الفرد فغير معلوم، و لا أقل من الشك في كونها بيعاً، فيجوز الأصل في نفي الآثار المختصة بالبيع

(١) القواعد: كتاب النكاح: ٤٧.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥

كخيار المجلس، و اعتبار القبض في المجلس في الصرف و نحوهما من أحكامه الخاصة، و أما إنه عقد صحيح فيقال المبيع إلى المشتري و إسقاط الحق أو انتقاله إلى البائع فيمكن التمسك له بعموم أو فوا بالعقود (١)، فإنه عقد و عهد بالبدية، و اختصاص العقود في الآية بالصحيحة يوجب إلغاءها، و خلوها عن الفائدة، فإن العقود التي أحرز صحتها لا - يحتاج فيها إلى الرجوع بهذه الآية، و

المشكوك منها لم يحرز دخولها تحت العقود حتى يشملها وجوب الوفاء، فلا محيص عن كون العقود مطلقاً غير مقيدة بالصحة، فهذا نظير استكشاف المصلحة والمفسدة من تعلق الأمر والنهي بفعل، فهما يتعلقان بنفس الفعل، لا بالمقيد باشماله على مصلحة، أو مفسدة، حتى لا يندرج تحت الأمر والنهي إلا بعد إحراز وجود المصلحة أو المفسدة فيه.

و دعوى أن المتبادر من العقود هو العقود التي تكون تحت أحد من العناوين الخاصة كالصالح، و البيع، و الإجارة، و نحوها، فلا تشمل ما كان خارجاً عنها، مدفوعة بأن هذا التبادر على فرض تسليمه، ناش عن أنس الذهن بهذه العقود و عدم أنسه بغيرها، فهذا نظير ما إذا كان بعض أصناف جنس معدوماً أو قليل الوجود في بلد فأنس ذهن أهل هذا البلد بما سوى هذا الصنف يوجب انفهامهم من لفظ الجنس غيره.

و الحاصل أن التبادر ليس من حاق اللفظ فليس مانعاً عن التمسك بل يمكن التمسك لصحة هذا العقد، بأنه تجارة عن تراض (٢) لصدق التجارة

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦

و المعاملة عليه، و كذا بقاعدة التسليط على احتمال كونها مشرّعا، فإن هذا أيضا أحد من التصرفات، و أما كون الإيجاب في هذا العقد بلفظ البيع، فلا يقتضى فساده فإن الطرفين معلوم قصدهما و عملهما، و هو نقل المال بإزاء إسقاط الحق، أو انتقاله، إنما الكلام في أن لفظ البيع أطلق على هذا العمل من باب التجوز مع القرينة القطعية، أو من باب الحقيقة، فلا فرق بين وقوع إيجابه بلفظ البيع، أو بلفظ الصلح، أو بالفارسية، إلا في مجرد الشك في التصرف اللفظي، مع معلومته المراد في الأول، و القطع بعدمه في الآخرين.

فإن قلت: لازم ما ذكرت - من أن آثار العقديّة و هو وجوب الوفاء يترتب على هذا العقد، و آثار البيعيّة لا يترتب - أن يكون البيع الفاسد كالبيع الربويّ صحيحا، من جهة أنه عقد، و تشمله العقود و باطلا من حيث البيعيّة.

قلت: الفرق بين ما نحن فيه، و البيع الربويّ مثلا، هو أن البائع الربويّ معلوم أنه عمل عملا يسمّى في العرف بيعا، و بعبارة أخرى معلوم أنه أقدم على صنف خاص من البيع، و قد نهى الشارع عن هذا العمل المعلوم صدوره، و غيره لم يصدر من البائع.

و في ما نحن فيه لم يعلم أنه أقدم على البيع أم لا، و إنما المعلوم أنه أقدم على عقد و لم يثبت نهى الشارع عنه، فيصح التمسك على صحته بعموم أوفوا فلو فرض أنه وقع بلفظ الصلح، كان بلا شبهة صحيحا.

بقي الكلام في الأفراد المشكوكة للحقّ و الحكم، المرددة بينهما و في الأفراد المتيقنة للحقّ، المرددة بين ما يقبل النقل، و بين ما لا يقبله.

أما الكلام في الأول: فنقول: لازم الحكم أن لا يجوز إسقاطه، و لازم الحقّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧

بطبعه أن يجوز إسقاطه، ما لم يمنع عنه مانع، فمرجع الشكّ إلى نفوذ الإسقاط و عدم نفوذه و الأصل عدم النفوذ و عدم السقوط، كحق الرجوع في طلاق الرجعيّة قبل انقضاء العدة فيشك أنه حكم حتى لا يؤثر إسقاطه، أو حق حتى يؤثر، فيحكم ببقائه بعد الإسقاط للاستصحاب.

إن قلت: لو فرضنا وقوع الإسقاط في أول زمان من الأزمنة بعد الطلاق، فلا مجرى للاستصحاب حينئذ.

قلت: هذا إسقاط لما لم يجب.

فإن قلت: فكيف يصح وقوعه و اشتراطه في ضمن الطلاق.



قلت: فرق بين المقامين ليس هنا موضع تحقيقه و محلّه باب الشرط.

فإن قلت: هذا الأصل مثبت، لأنك أثبتت الحكمية بواسطة استصحاب بقاء جواز الرجوع.

قلت: لسنا بصدد إحراز موضوع الحكمية، و الحقيقة بهذا الأصل، بل المقصود مجرد إحراز حكمهما، و كذا الكلام فيما علم حقيقته، و شكّ في قابليته للإسقاط و عدمها.

و أما الكلام في الثانى: و هو ما علم الحقيقة، و شكّ في قبوله النقل و عدمه، فنقول: إن مقتضى الأصل فيه أيضا عدم نفوذ النقل و عدم الانتقال، لكن يمكن استفادة الأصل و القاعدة على القبول من قوله - عليه السلام -: «ما ترك الميت من حقّ فلوارثه» «١» و في رواية: زيادة «أو مال» بعد قوله «من حقّ» و على الأوّل: فالمراد به

(١) لم نعر عليها في كتب الأخبار، نقلها في الرياض: ١/ ٥٢٧، و في الجواهر: ٢٣/ ٧٥، و في مفتاح الكرامة: ٤/ ٥٩٠.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨

معناه الأعم الشامل للمال. و كيف كان، فمضمونه تأسيس القاعدة على أن كلّ حقّ ينتقل بالموت إلى الوارث، فيستكشف منه القابلية للنقل في جميع الحقوق، ضرورة أن الانتقال الفعلى الذى هو مضمون الرواية فرع القابلية، فيكون هذا أصلا ثانويا حاكما على الأصل الأوّلى، غاية الأمر أنه خرج منه ما خرج، فعلى هذا لو انتقلت تلك الحقوق بصيغته الصلح لا مانع من شمول دليل الصلح لها فيؤثر النقل.

قال - قدس سرّه - : و أما الحقوق الأخر. إلى قوله: فافهم.

أقول: يعنى و أما جعل الحقوق الأخر غير عمل الحرّ عوضا في البيع و عدّ عمل الحرّ من الحقوق لشباهته بها، و إلّا فهو ليس منها كحق الشفعة و حق الخيار، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال، بأن كانت من الحقوق التى لا تقبل الإسقاط و لا النقل كحقى الولاية و الأبوة، فإنّه لو كان قابلا لأحدهما، لكان قابلا للمعاوضة بالمال، غاية الأمر ليست معاوضة بيعيّة

فلا اشكال و كذا لو لم تقبل الانتقال

و إن كان قابلا للمعاوضة فى الجملة، بأن كان من الحقوق التى لا تقبل النقل و لكن تقبل الإسقاط كحق الشفعة على القول باختصاصه بشريك واحد، ضرورة أن الأجنبى ليس بشريك و أما الشريك البائع و المشتري، فلا يعقل أن يضمّا مالهما إلى نفسه لأنّ البيع تمليك الغير

هذا تعليل لعدم جواز جعل مالا- يقبل الانتقال ثمنا، يعنى أن البيع تمليك البائع المبيع للمشتري، و تمليك المشتري الثمن للبائع، و إسقاط الحق ليس بتمليك شىء للبائع.

و لا ينتقض بيع الدين على من هو عليه

هذا الانتقاض مختص بصورة نقل الحق إلى من عليه الحق و لا يجرى فى صورة نقله إلى غيره، و كأنه سقط من العبارة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩

فى هذا المقام شىء، و المناسب أن تكون هكذا: «كحق الشفعة، فإنّه لا يصحّ نقله إلى من هو عليه و لا ينتقض إلخ». فيصير حاصل النقض: أنّه كيف يمكن أن يقال بعدم صحّة نقل حق الشفعة إلى من هو عليه مع صحّة بيع الدين على من هو عليه؟ فأجاب بقوله:

لأنّه لا مانع من كونه

أى: بيع الدين على من هو عليه،

تمليكا فيسقط

، يعنى لا مانع من أن تنتقل السلطنة على تحصيل الحنطة مثلا من مال المديون الثابتة للمدين، إلى نفس المديون، فيسقط الدين عن

ذمته و يكون فى خلاص منه بواسطة رجوع السلطنة و الاختيار إليه.

ولذا

أى، لأجل عدم المانع من تمليك الدين ممن هو عليه.

جعل الشهيد فى «قواعده» الإبراء

إبراء المدين المديون عن الدين

مرددا بين الإسقاط و التمليك «١».

و الحاصل: أنه يعقل أن يكون المديون مالكا لما فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط

و الاستخلاص من حمل الدين،

و لكن لا يعقل أن يتسلط

المحقوق

على نفسه و السر

فى الفرق بين الحق و ملك الكلى فى الذمة، حيث إنه لا يعقل فى الأول النقل إلى من هو عليه و فى الثانى يعقل

أن الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد

مثلا- حق الشفعة نسبة و إضافة بين الشفيع و المشتري، و هو كونه أولى بالمال منه، فله مزاحمته، و كذا حق التحجير فإنه عبارة عن

كون المحجر أولى من غير بالإحياء و أن له مزاحمة غيره.

و بالجملة: فطرفا الحق، هو الشخصان الأولى و الأولى منه، فلذا لا يعقل قيامهما بشخص واحد، ضرورة عدم معقولية أولوية الشخص

بشيء من نفسه،

بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك و المملوك

، و هو فيما لو كان المملوك شخصا

(١) القواعد للشهيد: ١ / ٢٩١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠

خارجيا، عبارة عن السلطنة على التصرف فيه كيفما شاء، و فيما لو كان كليا فى ذمة الغير، عبارة عن السلطنة على تحصيله من مال من

هو عليه، و على أى حال فطرفاه، هو الشخص المالك و المال. و لا يحتاج- فى الفرض الأخير- إلى من يملك عليه، يعنى: ليس طرفاه

الشخصين، المالك و المملوك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

### [الإشكال على تعريف المصباح]

بقى على تعريف المصباح إشكال- بعد تصحيحه عن ورود الإشكال عليه بشموله للإجارة، بجعل المال الأول عبارة عن العين- فإنه

مع ذلك يشمل القرض، فإنه أيضا مبادلة عين بمال، أعنى: المثل فى ما كان العين مثلثا و القيمة فيما كانت قيمية.

فإن قلت: إنه ليس من باب المبادلة، بل بذل مال للمقترض ليصرفه فى حاجته، و أداء العوض بعد الأجل من باب الغرامة، و لهذا ليس

أمر العوض باختيارهما و جعلهما، بل هو العوض الواقعي، أعنى: القيمة فى القيميات و المثل فى المثليات كما هو الشأن فى باب

الضمانات.

قلت: فرق بين الغرامة الشرعية و هذا، فإن الأخذ فى مورد الغرامة أخذ مال الغير ظلما و عدوانا من دون رضى صاحبه، و لا أداء

عوضه، فيحكم عليه الشارع بأداء العوض النفس الأمرى. و ههنا قد وقع التراضى من الطرفين على أخذ المقترض مال المقرض و القصد من المقترض إلى أداء العوض، و من المقرض إلى أخذه منه، و كون الداعى إلى ذلك التعاوض، قضاء حاجة المقترض، لا ينافى ذلك فإن البيع أيضا لدفع الحاجة، فلا بدّ لدفع هذا الإشكال، من تقييد المال الثانى، بقولنا: «مقدّر أو مجعول»، بأن يكون أمره جعلاً و تقديراً إلى الطرفين لا أن يكون هو

كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٢١  
العوض الواقعى ليس إلّا. هذا هو الكلام فى تعريف «المصباح».

### [الإشكال على تعريف الأنصارى]

و أمّا الكلام فى تعريف المصنّف - قدّس سرّه - فنقول فيه:

إنّ لفظ الإنشاء مضرّ بهذا التعريف، إذ يلزم أن يكون إنشاء البيع، إنشاء الإنشاء، و هو غير معقول، لكونه تحصيل الحاصل، إلّا أن يكون المراد: أنّ البيع هو نفس التمليك الذى هو متعلّق الإنشاء. و فيه: على هذا أنّه لا- يناسب [إلّا أن يكون المراد: الحصّة من التمليك الذى حصل من الإنشاء، بنحو يكون الإنشاء خارجاً، أخذ فى التعريف لتعيين الفرد من التمليك] ذكر الإنشاء الذى هو من أسباب وجود البيع فى تعريفه. و مع الإغماض عن هذا الإشكال، يستشكل فيه بالإشكال السابق و هو: الانتقاض بالقرض، و لو قال إنّه تمليك عين بعوض مقدّر، سلم من الإشكاليين.

و أمّا تعريف «المبسوط» «١» و «التذكرة» «٢» الذى جعل المصنّف - قدّس سرّه - وجه عدول بعض عنه، هو المسامحة فيه، فالمسامحة فيه من وجهين:

الأوّل: ذكر لفظ الانتقال، و المناسب أن يذكر النقل، فإنّ البيع هو النقل، و الانتقال من آثاره.

و الثانى: التقييد بقوله: «على وجه التراضى» فإنّ التراضى من شرائط صحّة البيع، لا من مقومات مفهومه، فلا يناسب ذكره فى تعريفه.

و أمّا عدم معقولية إنشاء البيع باللفظ - على تقدير تعريفه بالإيجاب و القبول

(١) المبسوط: ٧٦ / ٢.

(٢) التذكرة: ٤٦٢ / ١.

كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٢٢

الدالّين على الانتقال الذى جعله المصنّف - قدّس سرّه - وجها لعدول صاحب «جامع المقاصد» «١» عنه، فوجهه:

أنّه لا بدّ و أن يكون متعلّق الإنشاء مستقلاً باللّحاظ، فإنّ لوحظ لفظ الإيجاب و القبول مستقلاً، لم يكن مستعملاً، ضرورة أنّ اللفظ إنّما يكون مستعملاً إذا جعل مرآة و حكاية للمعنى و لم يلحظ مستقلاً، و إن لوحظ مستقلاً مع جعله مرآة، لزم الجمع بين اللّحاظين المتباينين فيه فى آن واحد، و هو محال.

و يمكن دفع ذلك، و دفع نظيره الوارد على تعريف المصنّف - قدّس سرّه - ب: أنّهم قصدوا شرح البيع بمعناه الذى جرى عليه اصطلاح الفقهاء - رضى الله عنهم -، و ما استعمل فيه مادة بعت الإنشائي إنّما هو المعنى اللغوى العرفى فهم يتسلّمون أنّ للبيع عند العرف، معنى قابلاً للإنشاء كالتمليك أو المبادلة، و لكن يقولون، للفقهاء فيه اصطلاح جديد و هو الإيجاب و القبول الدالّان على الانتقال أو إنشاء تمليك عين بعوض، و هذا يتحقّق موضوعه بإنشاء المعنى العرفى بلفظه الدال عليه، و قبول هذا الإنشاء.

نعم لو قصدوا بذلك، شرح المعنى العرفى كان الإشكال حقاً، إذ من المعلوم، أنّ المنشئ بقوله «بعت» قد أوجد اللفظ و أنشأ المعنى، لا أنّه أنشأ الإيجاب و القبول أو الإنشاء.

فإن قلت: هذا قول بثبوت الحقيقة التشريعية للبيع وقد نفاها المصنف - قدس سره - سابقا.

(١) جامع المقاصد: ٥٥ / ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣

قلت: الحقيقة التشريعية هي التي عرفها المسلمون جميعا، وما نحن فيه، ليس كذلك بل الفقهاء - من حيث هم فقهاء وأهل هذه الصناعة - قد اصطالحوا عليه.

### [في بيان الفرق بين الإنشاء والإخبار]

ثم إن هنا إشكالا وهو: أن التمليك لا يمكن حصوله بدون حصول الملكية، كما أن الكسر لا يمكن حصوله بدون حصول الانكسار، ومن جملة مقدمات حصول الملكية القبول، فقبله لا ملكية فلا يتعقل تمليك، فالموجب - مع أنه قاطع بذلك ضرورة أن ناقلية القبول من الأمور الواضحة عند العرف والشرع - كيف يقصد إنشاء التمليك بقوله: بع، فإنه إن قصده منجزا خالف قطعه، وإن علقه على مضي القبول، لزم التعليق المبطل إجماعا وإن علم بمضيه.

والجواب: يتوقف على تحقيق الفرق بين الإنشاء والإخبار بقول مطلق، فنقول: قد عرّفوا المعنى الإنشائي بأنه معنى يوجد اللفظ و يكون اللفظ آلة لإيجاده كالطلب والتمنى والترجي والاستفهام، فإنه موضوع لها للألفاظ الخاصة، لا باعتبار أنها صفات واقعية قائمة بالنفس. بل باعتبار أنها توجد بتلك الألفاظ بوجود اعتباري، فصيغة الأمر مثلا، لا تكشف عن وجود الطلب الحقيقي في النفس، بل توجد الطلب الإنشائي، وهو ممكن الانفكاك عن الطلب الحقيقي، بمعنى: أنه يمكن خلق الأمر عن حب الفعل، كما في الأوامر الامتثالية. نعم غالبا لا ينفك عنه، وكذا الكلام في لفظ «ليت» ونحوه. ولهذا قالوا: إن الإنشاء لا يحتمل الصدق والكذب. وهذا بخلاف الجملة الخبرية، فإنها حكاية عن ثبوت معناها في موطنه، وهو إما الخارج كما في «زيد قائم» وأمثاله، وإما النفس كما في «أطلب» الإخباري و«أعلم» وأمثالهما، فهي موضوعة للكشف والحكاية لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤

للإيجاد. فإن طابق نسبتها للواقع، كانت صدقا وإن خالفته كانت كذبا، فالإنشاء موجد للمعنى والإخبار كاشف عما في الواقع. أقول: لا معنى لكون اللفظ علّة وموجدا لشيء من المعاني بحسب ذاته، ومن حيث إنه صوت معتمد على المخارج، فإنه لا سنجية بينه وبين شيء منها، ولا - بحسب جعل الجاعل، فإنّ العلية أمر واقعي، لا تقبل الجعل. نعم يمكن جعل بحسب تعهد الواضع أماره على معنى، بأن يتعهد أنه متى أراد المعنى الفلاني، تكلم باللفظ الفلاني، من دون فرق بين الإنشاء والإخبار في ذلك أصلا، فكما أن كلمة «زيد» أماره على الجئة الخاصة، كذلك صيغة «افعل» أماره على الطلب، و«زيد قائم» أماره و حكاية لنسبه خاصة. نعم العنوان الثانوي للحكاية، وهو إلقاء المعنى في ذهن السامع، يوجد اللفظ لكنّه أمر منتزع من الحكاية.

و أما ما ذكره في تعريف الجملة الخبرية، من «أنها حكاية عن ثبوت نسبتها في موطنها» فلعمري أنه بمجرد لا يكون محققا للجملة الخبرية لتحقق هذا المعنى في زيد القائم، ضرورة أنه لا - زيادة بحسب المعنى لزيد قائم، على زيد القائم حتى تكون تلك الزيادة موجبة لكونه جملة خبرية. نعم في الأوّل يحسن سكوت المخاطب عليه ويستريح، وفي الثاني ينتظر ولا يستريح.

لكن الشأن في بيان الشيء الذي وجوده في الأوّل يكون سببا للاستراحة وعدم الانتظار، وعدمه في الثاني يكون سببا للانتظار وعدم الاستراحة، ويعبر عنه بالتمام. فنقول: نسبة شيء إلى شيء تارة تكون مجرد تصوّرها، ليس إلّا، وإن توالى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥

نسب متكررة ولكن ما ازدادت بكثرتها إلّا صرف التصوّر، ولم تفد السامع اطلاعا، فحينئذ لا جرم لا يستريح المخاطب، بل ينتظر

لأخذ المطلوب، و ذلك كقولنا:

«زيد القائم العالم الشاعر التاجر» و هكذا. و تارة زيادة على التصور يظهر جزمه بوقوع تلك النسبة للمخاطب، أو يتجزم لو كان شاكا أو قاطعا بالخلاف، فحينئذ يستريح المخاطب من جانب المتكلم إذ أخذ منه ما عنده من الاعتقاد، ثم يتبع بنفسه الخارج، فإن وجده مطابقا له، يحكم بصدقه و إلا يكذبه، فالشيء الذي يوجد في الجملة الخبرية و لا يوجد في غيرها من النسب الناقصة، هو ذلك الجزم، فعلم أنه لو زيد في التعريف قيد «التمام» سلم من هذا الإشكال.

### [الفرق بين النسب الخبرية و الإنشائية]

بقي الكلام: في أنه- على ما ذكرنا من عدم تعقل كون اللفظ موجدا للمعنى، و عدم الفرق في الأمازيغية، بين الخبر و الإنشاء- فما الفرق أولا بين مفردات الجمل و نسبها، و ثانيا بين النسب الخبرية و الإنشائية:

فنقول: أما الفرق بين المفردات و النسب فهو: أن المفردات موضوعه أمانة على معانيها معرأة عن الوجود و العدم، و لهذا قولنا: «زيد موجود» مثلا ليس بتأكيد، و قولنا: «زيد معدوم» ليس بتناقض، بخلاف النسب، فإنها موضوعه أمانة على الحالات و الصفات الموجودة فعلا- في النفس، حين التكلم، بحيث لو لم تكن موجودة، و تكلم بالفاظها أعنى: الرابطة، لكان لفظها مهملا- و بلا- معنى لا غلطا أو مجازا، كأن يكون القائل: «زيد قائم» بلا تجزم، و القائل: «اضرب» بلا إرادة.

و أما الفرق بين النسب الخبرية و الإنشائية بعد اشتراكهما في كون كل منهما أمانة على الصفة الموجودة فعلا و واقعا و خارجا، فهو:

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦

أن هذه الصفة المحكية بالنسبة في النسب الخبرية، حاكية عن وقوع نسبة القضية المذكورة في الخارج، و لهذا تتصف بالصدق و الكذب، و في النسب الإنشائية ليست بحاكية عن ذلك، و لهذا لا تتصف بهما، فالتجزم المدلول عليه بالنسبة في قولك: «زيد قائم» حاك عن وقوع القيام لزيد في الخارج، و الطلب المحكي بها في قولك «اضرب» لا يحكي عن وقوع الضرب للمخاطب، بل يقتضى إيجاده منه فيما بعد.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن قول المنشئ «بعث» كسائر الإنشاءات حاك عن الصفة القائمة بالنفس الموجودة فعلا، و هو هنا الرضا بكون هذا مالا للمخاطب، و ذاك مالا لنفسه، و الانتقال من اللوازم القهرية المتأخرة عن القبول، كما أن قوله:

«زوّجت» حاكية عن رضاه الفعلي بالزوجة، و كذا الكلام في إيجاب سائر العقود، و ليست موجودة لمعانيها حتى يلزم الإشكال، و إن أجابوا بأن المنشأ هو التملك بنظر المنشئ، و لا مانع من حصوله بنفس الإيجاب، و المتوقف على القبول هو التملك بنظر العرف و الشرع، و هو من آثار المنشأ لا نفسه. و قد عرفت أنه لا معنى لذلك.

فإن قلت: على ما ذكرت من أنه لو كان المنشئ خاليا عن الصفة المحكية بالنسبة، كان الإنشاء مهملا يلزم أن تكون الأوامر الامتحانية- حيث إن الأمر بها خال من الإرادة- مهملة.

قلت: الإرادة، كما تنشأ ملاحظة عن المصلحة في المتعلق، أعنى: الفعل المراد كما هو الغالب، كذلك، قد يخلقها الشخص في نفسه لأجل المصلحة في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧

نفسها لا في متعلقها. و الشاهد على ذلك، أن المسافر في بلد الإقامة قد يريد الإقامة لا لمصلحة فيها، بل لأجل إتمام الصلاة الذي هو من أحكام نفس الإرادة، و لذا يدور مدارها وجودا و عدما، سواء حصلت الإقامة عشرا أم لا، فكذلك الأمر في الأوامر الامتحانية، خالق للإرادة في نفسه لأجل مصلحة نفس الإرادة، لا في متعلقها و هي امتحان العبد.

### [البرهان على اختيارية الإرادة]

و لا بأس بصرف عنان الكلام، إلى إقامة البرهان على اختيارية الإرادة و إبطال حجّة الخصم على اضطراريتها. فقد احتج على مذهبه بأنه لو كانت اختيارية فلا بد أن تكون مسبوقه بالإرادة لأنّ الفعل الاختياري ما كان كذلك، ثمّ نقل الكلام في الإرادة الثانية فهي أيضا لا بد أن تكون مسبوقه بإرادة أخرى، و تلك الإرادة الثالثة بإرادة رابعة و هكذا إلى غير النهاية، و هذا تسلسل و بطلانه يقتضى بطلان ملزومه.

و الجواب: أنّ الإرادة المنبعثة عن المصلحة في المتعلق، تكون علّة وجودها هي تلك المصلحة، فإنّها تحدث في العالم بها حبا و شوقا إلى الفعل، ثمّ لا- يزال يكون هذا الحبّ و الشوق شديدا و أكيدا، حتّى ينتهي إلى الإرادة، فهي لا- تحتاج إلى إرادة أخرى. حتّى توجد.

و أمّا الإرادة المخلوقة لأجل المصلحة في نفسها، فهي تحتاج إلى إرادة أخرى كسائر الأفعال الاختيارية غير الإرادة و لكن تلك الإرادة الأخرى تنبعث عن المصلحة في المتعلق، أعني: الإرادة الأولى، فاندفع التسلسل.

و البرهان على اختيارية الإرادة أنّه لا شك في أنّه كما أنّ من كان منشأ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨

و فاعلا لفعل يعد مقتدرا عليه، كذلك من كان قادرا على إيجاد المانع من فعل كان منشئه غيره أيضا، يعدّ مقتدرا عليه، فمن كان قادرا على إيجاد المانع عن «إحراق النار لزيد» مثلا، يعدّ قادرا على ذلك الفعل، أعني: «إحراق النار» فإنّ له أن يترك النار بحالها، فتحرق زيدا، و له أن يأتي بالمانع، فلا يحصل الإحراق. و لهذا يصحّ ذمّه على الترك. فكذلك نقول فيما نحن فيه: إنّ الشخص قادر على إيجاد الإرادة المانعة المضادة للإرادة الأولى في نفسه.

فإن قلت: لا يوجد أحد الإرادة على خلاف المصلحة بل يوجد على طبقها أبدا.

قلت: نعم لا يوجد، و لكن لأجل عدم المصلحة لا لأجل عدم القدرة، بحيث لو كان فيها مصلحة، لأوجدتها. و بالجملة فما هنا أمران: الأوّل: أن يكون عدم الإيجاد لأجل عدم القدرة، فلهذا لا يصدر من الشخص و لو كان فيه ألف مصلحة. و ذلك «كالطيران إلى السماء».

الثاني: أن يكون عدم الإيجاد لعدم المصلحة، بحيث لو كانت لأوجد. فيدور الإيجاد مدار المصلحة وجودا و عدما، و هل ذلك إلّا للقدرة.

فعلم أنّ الإرادة و إن كانت معلولة للمصلحة- إمّا بلا واسطة، إذا كانت المصلحة في متعلقها، أو مع واسطة إرادة أخرى، إذا كانت المصلحة في نفسها- لكن ذلك لا ينافي مقدوريتها، لإمكان إيجاد المانع عنها كما في «إحراق النار» فوجودها و عدمها تحت اقتدار الشخص. فتكون الأفعال المعلولة للإرادة مقدورة أيضا لمقدورية علّتها.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩

## الكلام في المعاطاة

### [في تحرير محل النزاع في المعاطاة في أنها تقيد الإباحة أو الملك أم لا]

قال- قدس سرّه-: اعلم أنّ المعاطاة على ما فسره جماعة، أن يعطى كلّ من اثنين ماله عوضا عمّا يأخذه من الآخر «١». أقول: هذا تفسير للمعاطاة المتعارفة، أعني: ما كانت المقابلة فيه بين العينين، و يمكن فرض تحقق الإيجاب و القبول فيه بالفعل بوجهين:

الأوّل: أن يكون الإعطاء من صاحب المعوّض إيجابا و الأخذ من صاحب العوض قبولا، فيكون الإعطاء من صاحب العوض إيفاء لما

ملكه الآخر سابقا بالأخذ.

الثاني: أن يكون الإعطاء من صاحب العوض مملكا وقبولا، لا وفاء لما ملكه سابقا.

و أما غير المتعارف من المعاطاة فيتصور على وجوه:

الأول: أن يكون الإعطاء من أحدهما بإزاء التمليك من الآخر، فيكون مقصودهما أن يستحق المعطى بسبب إعطاء هذا المال على الأخذ إنشاء تمليك ماله إياه.

(١) الخلاف: ٣ / ٤١، الغنية: ٥٢٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠

وبعبارة أخرى: إيجاد مال له في الخارج كما يستحق فيما لو أعطى بإزاء الخياطة أو نحوها من الأعمال أن يوجد الأخذ له في الخارج المال الخاص.

الثاني: أن يكون مقصودهما إيقاع المقابلة بين المال من أحدهما وإنشاء الإباحة من الآخر.

الثالث: أن يكون قصدهما إيقاع المعاوضة بين المال من أحدهما وإنشاء الهبة من الآخر.

وهذه الأقسام مشتركة في أن المقابلة فيها بين المال والفعل. ويمكن فرض هذه الأقسام في البيع العقدي أيضا.

قال - قدس سره -: وهو يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر إلى تمليكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التمليك.

أقول: يعني أن الصورة التي تكون المقابلة بين المالكين تنقسم باعتبار لحاظ العوضيه على قسمين، وذلك لأن العوضيه بين الشئيين تارة يلاحظ في الوجود، بأن يوجد أحدهما بدلا عن الآخر، وتارة تكون في المكان بأن ينتقل كل منهما إلى مكان الآخر، و شيء من هذين لا يمكن في أبواب المعاملات، وإنما الممكن فيها إما لحاظ العوضيه في الملكيه وإما لحاظها في الإباحة.

قال - قدس سره -: (وربما يذكر وجهان آخران)

مضافين إلى الوجهين المتقدمين.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١

(أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه)

مثل أن يكون غرضه أكل الدبس مثلا، ولكن لما علم أنه لم يمكن له التوصل إلى هذا الغرض إلا بدفع الورق، دفعه ليتوصل إليه من دون التفات إلى أن الدبس يصير ملكا له أولا، ولكن يصير مباح الأكل له. وبعبارة أخرى: يقصد القدر المشترك بين العوضيه في الملك و العوضيه في الإباحة وهو مطلق العوضيه المرده بينهما.

(و الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع)

فها هنا معلوم أن العوضيه في الملكيه، ولكن الملكيه مرده بين الحاصلة بالبيع أو بالصلح أو بالهبة المعوضه، لعدم الالتفات إليها.

(و يرد الأول)

وهو ما كان المقصود فيه مطلق العوضيه

(بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصه).

حاصله: أنه لا بد إما من قصد العوضيه في الملكيه وإما من قصد العوضيه في الإباحة، ولا يمكن قصد العوضيه المطلقة، ولكن الإنصاف أنه يمكن.

فإن قلت: إنه واقعا راجع إلى أحد القسمين:

قلت: لا واقعية له سوى القصد، و من المعلوم أنه كما يمكن قصد العوضيه في الملكيه و قصد العوضيه في الإباحه كذلك يمكن قصد مطلق العوضيه، بأن يقصد إعطاء هذا مقدمه لأخذ ذاك، لعلمه بأنه لا يمكن تناوله إلا بإعطاء المال من دون التفات إلى أن هذه المعاطاه مفيدة للملكيه أو الإباحه، و لا أقل من إمكان صدوره عن بعض العوام، و نظير ذلك في إمكان قصد القدر المشترك من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢

دون قصد خصوصيه أحد الفردين أو الأفراد، إنشاء مطلق الطلب المرّد بين الإيجاب و النذب، فإنه ممكن بأن يقول المولى: هذا الفعل مطلوب لي في الجملة، يعنى أنه ليس مساويا للترك من دون نظر إلى أن هذا الطلب مانع من النقيض أم لا. كما لو تيقن بأن فيه مصلحة و لكن لم يعلم أن المصلحة فيه شديدة ملزمة أم ليس كذلك.

(و الثاني)

: و هو ما كان المقصود فيه مطلق الملك

(بما تقدم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادله)

بأن يكون هذا هو الفعل الأولي و المقصود الأصلي لا الضمني

(هو مفهوم البيع لا غير)

و ما يترأى كونه من التمليك بالعوض على وجه المبادله فيما سوى البيع - و هو الصلح و الهبة المعوضه - يعلم عند التأمل أنه ليس من هذا القبيل، فإنّ الفعل الأولي في المصلحة هو قرار التسالم بين المتصالحين، غاية الأمر أنه تارة يبتنى على أن يكون هذا ملكا للمتصالح مجانا، و تارة على أن يكون له مع العوض، و تارة على غير التمليك، فيكون التمليك فيه ضميتا و على وجه الابتاء لا أصليا أوليا.

و كذا الهبة المعوضه، فإنّ الفعل الأولي فيها هو ما يعبر عنه في الفارسيه ب «بخشش»، و يعتبر في مفهومه «المجانيه» فيكون مقابلا للتمليك بالعوض على وجه المبادله، غاية الأمر إنه يشترط في ضمن الهبة الأولى أن يهب المتهب أيضا ماله للواهب، و لذا يكون للواهب خيار تخلف الشرط على فرض عدم أداء المتهب، و لا يملكه بمجرد تملك المتهب الهبة. و لو كان مبادله لم يعقل ذلك. فعلم أنه لا يمكن قصد القدر المشترك بين البيع و الصلح و الهبة المعوضه، مع كون التمليك بالعوض على جهة المقابله هو الفعل الأولي، بل يتعين أن يكون بيعا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣

فالمتصور فيما كان المقابله بين العينين ثلاثه أوجه: الأول: أن يقصد التمليك، الثاني: أن يقصد الإباحه، الثالث: أن يقصد مطلق العوضيه.

ثم إن ظاهر كلمات المشهور بل صريحها: أن القسم الأول من المعاطاه الذي هو المتعارف - أعنى: ما كان المقابله فيه بين المالين مع كون قصد المتعاطيين التمليك و التملك - مفيد لإباحه التصرف لكل من المتعاطيين فيما صار إليه إلى أن يتلف أحد العوضين أو كلاهما، فيحصل الملك حينئذ، فإنهم ذكروا في خلال شرائط البيع، أنه يفتقر إلى الإيجاب و القبول اللفظيين. ثم ذكروا أنه لو كان خاليا منهما يفيد الإباحه. و هذا صريح في أن محل الكلام إنما يفتقر البيع العقدي في مجرد عدم الاشتمال على الصيغه اللفظيه.

لكن لما كان الحكم بإفاده المعاطاه الإباحه مع كون مقصود المتعاطيين التمليك و التملك مستبعدا، أراد صاحب الجواهر توجيه كلماتهم بالتصرف في الموضوع، فذكر: أن موضوع كلامهم هو ما كان مقصود المتعاطيين فيه الإباحه.

و أراد جامع المقاصد توجيهها بالتصرف في الحكم مع إبقاء ظاهر كلماتهم في الموضوع بحاله، فذكر: أن الموضوع و إن كان المعاطاه المقصود بها التمليك و التملك، لكن المراد بالإباحه في كلامهم هو الملك المترزل.



و لكنك عرفت أن كلماتهم صريحة غير قابلة للتوجيه، لا من جانب الموضوع ولا من جانب الحكم، فالمتعين حينئذ مطالبة الدليل على ما ذكره من الحكمين، أعني: عدم إفادة المعاطاة المزبورة الملكية، مع أنها بالطبع مقتضية لها، وإفادتها الإباحة، فلا بد من الكلام في أن حكم كل من الأقسام المذكورة للمعاطاة على حسب القواعد ماذا؟

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤

فقول: أمّا القسم الأول وهو المعاطاة المقابل فيها المال بالمال المقصود بها التمليك، فحكمه قبل وجدان الدليل عدم النفوذ، فإن مقتضى الأصل في جميع ذوات الأسباب - أعني: الأشياء التي تحتاج في وجودها و تحققها إلى السبب كالملكية والزوجية ونحوهما - هو عدم التحقق ما لم يتيقن وجود السبب، ففي أبواب المعاملات لو شك في اعتبار قيد في التأثير - كالعريضة - وتقدم الإيجاب على القبول، لا - بد من الاحتياط بمراعاة هذا القيد، وإلا فالأصل بقاء مال كل أحد على ملكه، وكذا كل سبب لو لم يحتط فيه بمراعاة جميع ما احتمال دخله في تأثيره، كان مقتضى الأصل عدم ترتب الأمر المقصود عليه، فيعمل بهذا الأصل في كل مقام إلى أن يوجد دليل حاكم أو وارد عليه، فلا - شك أن مقتضى الأصل الأولى فيما لو شكنا في أن هذا القسم من المعاطاة مفيد لملكية كل من المتعاطيين مال الآخر أم لا، هو عدم ذلك.

### [الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و لكن نقول: إن الدليل الحاكم على هذا الأصل موجود في المقام، وهو إطلاق قوله تعالى أحل الله البيع (١)، فإنه لا شك في كونه واردا في مقام الامتنان، والمناسب لمقام الامتنان أن يكون المراد بيان حلية جميع البيوع، وبالجملة: فهذا الإطلاق وارد في مقام البيان، فيصح التمسك به للمقام.

فإن قلت: لا يمكن التمسك بهذا الإطلاق، إذ المشهور أن البيع ونحوه من ألفاظ المعاملات أسماء للصحيح منها، ومن المقرر في محلّه أن التمسك بإطلاق الدليل إنما هو بعد إحراز كون المقام مصداقا لموضوعه، فلو قال المولى: أعتق رقبة، فموضوع التكليف - وهو عتق الرقبة - مفهوم مبين لا إجمال فيه، فلو تيقن وجود

(١) البقرة: ٢٧٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥

هذا الموضوع ولكن شك في اعتبار قيد خارج عنه كوصف الايمان في المكلف به، نفيناه بالإطلاق، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنه مشكوك كونه مصداقا للبيع الصحيح، فلا يصح التمسك في حليته بإطلاق الحلية المعلقة على البيع الصحيح.

و بالجملة فالآية على قول المشهور لا يسمن ولا يغنى من جوع في شيء من الأحوال، فإنه ما دام وصف الصحة محرزا لا حاجة إلى التمسك، وما دام مشكوكا لا يجوز التمسك.

قلت: لا شك في أن لفظ البيع عند العرف والشرع والعقلاء اسم لمفهوم وجداني، وهو المبادلة الواقعية، الدائرة بين الوجود والعدم، وليس موضوعا للمركب من الإيجاب والقبول حتى يكون دائرا بين الجامع لجميع الشرائط فيتصف بالصحة، وفاقدها فيتصف بالفساد، فمفهوم البيع عند الجميع متحد، والاختلاف بين العرف والشرع في بعض المقامات لا - يرجع إلى الاختلاف في أصل المفهوم، بل راجع إلى اختلاف أنظارهما في مقام تشخيص المصداق، بمعنى أن العرف لخشيته مرتبه و ضعه رتبته ربما يشته عليه الأمر فيرى غير ما هو الفرد للمبادلة فردا لها، ولكن الشارع لعلو رتبته و حدة نظره لا يرى إلا الأفراد الحقيقية لهذا المفهوم، فهذا نظير مفهوم الاثنين، فإنه متحد عند الأحوال والصحيح العين، وهو ما يقابل الواحد والثلاثة و ما فوقها، ومع ذلك فالأحوال يحكم على الشيء الواحد بأنه اثنين، والصحيح العين يحكم بأنه ليس كذلك، إنما أن هذا ليس لأجل اختلاف المفهوم عندهما، بل لأجل

اختلاف حاستهما في الصحة والسقم.

و إذا ثبت ذلك فنقول: من المقرر في مقامه الذي أقيم عليه البرهان، أن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦

موضوعات الأحكام الشرعية الواقعة في الأدلة اللفظية محمولة على حسب الأنظار العرفية، لا على حسب الأنظار العقلية و التدقيقات الحكمية.

و بعبارة أخرى لا- بد أن يتنزل الشارع، و ينزل نفسه منزلة واحد من أهل العرف، و يتكلم على قدر فهمهم الناقص، فلو قال: «الدم نجس» فلا بد أن يحمل على ما هو دم عند العرف، لا ما هو كذلك عند التدقيق العقلي، و لازم ذلك الحكم بطهارة اللون المتخلف لعدم كونه عند العرف دما، و إن كان التدقيق العقلي يقتضى كونه أجزاء صغارا من الدم، لاستحالة انتقال العرض.

و الدليل على ذلك: أن غرض الشارع من تلك الخطابات تفهيم المخاطبين، فلو تكلم على حسب نظره الشريف الدقيق العالى مع علمه بقله شعور المخاطب و قصور عقله، كان ذلك منه نقضا لغرضه، فثبت أن حكم الحلية في الآية قد تعلق بتوسط العنوان على الأفراد العرفية، لا- لأين البيع مقيد بالعرفي، بل لأين الشارع نزل نفسه منزلة واحد من أهل العرف فتكلم بلفظ البيع، فوقع نظره على المصاديق العرفية، سواء كانت حقيقية أم لا، فحكم عليها بالحلية، فيكون معنى كلامه أن كل ما كان عند العرف و في نظرهم يباع فهو بيع و نافذ عندي، فيستفاد من الآية قاعدة ثانوية معمول بها في كل مورد علم كونه يباع عند العرف و شك في اعتبار أمر زائد في تأثيره عند الشرع، و منه ما نحن فيه.

ثم لا بد لتوضيح الاستدلال بالآية من بيان المراد بالحلية.

فنقول: يمكن حمله على أحد المعنيين:

الأول: الإباحة و الجواز الذي هو من الأحكام التكليفية.

فإن قلت: لا يناسب هذا المعنى لمقام الامتنان، إذ لا امتنان في إباحة مجرد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧

إنشاء البيع، و إنما الامتنان في تجويز ماله دخل في نظام المعيشة و قضاء الحاجة، لا ما كان من قبيل الإنشاء المجرد.

قلت: يمكن جعل هذا الذي ذكرت قرينه على إضمار لفظ الآثار في الآية، فيكون التقدير: أحل الله آثار البيع، فيرتفع الإشكال.

أو نقول: لفظ البيع يدل بالالتزام العرفي على الآثار، ألا ترى أنه لو قال المولى لعبده: خذ هذا المال و اجعله بضاعة لكسبك و اكتسب به، فالمفهوم منه عند العرف ليس تجويز نفس إنشاء الكسب، بل تجويز التصرفات المالكية فيما يكتسب به و صيرورته ملكا له.

الثاني: جعله نافذا و بلا مزاحم في التأثير، و لا يبعد أن يكون إضافة الحلية إلى البيع قرينه على هذا المعنى، فإن حلية كل شيء على حسبه، فمعنى الحلية و الحرمة في الأعمال التي يكون المقصود من الإقدام عليها الوصول إلى غرض هو كونها بحيث صار الفاعل بسببها نائلا إلى غرضه، و كونها بحيث صار فاعلها محروما عن غرضه، مثلا حلية البيع كونه بحيث يترتب عليه الملكية، و حلية الصلاة في اللباس المتخذ من شعر المأكل اللحم كونها بحيث تبرأ الذمة، و هذا بخلاف الأعمال التي يكون مقصود الفاعل نفسها كالأكل و الشرب و نحوهما، فإن عدم الحلية و الحلية فيها بمعنى ترتب العقاب الأخرى عليها و عدم ترتبه.

فنقول في توضيح الاستدلال بالآية الشريفة: أما على تقدير حمل الحلية فيها على المعنى الثاني، فالاستدلال بها واضح، فإنها بمدلولها المطابق تدل على نفوذ مطلق ما هو بيع عند العرف، و لا شك أن البيع المعاطاتي بيع عندهم.

و أما على التقدير الآخر- بكلا شقيه- فلا إشكال في أن الآية بإطلاقها تدل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨

على حلية جميع التصرفات لكل من المتبايعين فيما صار إليه، و من جملتها التصرفات المتوقفة على الملك كالوطى و البيع و العتق، فلا

بدّ في تلك التصرفات من الالتزام بواحد من ثلاثة أمور:

الأول: الحرمة و عدم الجواز.

الثاني: الحلية مع عدم الملكية.

و الثالث: الحلية مع ثبوت الملكية.

ففي الأوّل تقييد لإطلاق الآية، و في الثاني تخصيص لعموم قاعدة «لا وطى و لا بيع و لا عتق إلّا فى ملك»، و فى الثالث جمع بين الدليلين، فيصير متعيناً و إن كان لازمه طرح استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأصلي، لكن لا ضير فيه بعد وجود الدليل الحاكم عليه.

فإن قلت: حكومة الدليلين على الاستصحاب ممنوعة، إذ لا منافاة بينهما بمعنى أنه ليس مفاد الدليلين مخالفاً للأصل، أمّا دليل حلية التصرفات فواضح، و أمّا قاعدة «لا عتق و لا بيع و لا وطى إلّا فى ملك» فمقتضاها عدم وقوع تلك التصرفات فى غير الملك، و هو يحصل بثبوت الملك قبل هذه التصرفات أنا ما، و لا يقتضى حصول الملك من حين البيع، فتعين القول بثبوت الملكية أنا ما قبل هذه التصرفات، إذ فيه جمع بين الدليلين و الاستصحاب.

قلت: لا شك أن أهل العرف يفهمون من قولهم: «لا- و طى إلّا فى ملك»، الملازمة بين حلية الوطى و الملكية، و أمّا بين فعليته و الملكية على التقرير الذى ذكرت، فتدقيق عقلى خارج عن فهم العرف، فثبت دلالة الآية على جميع التقادير على صحة البيع المعطاتي و نفوذه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩

و هكذا الكلام فى قوله تعالى إنا أن تكون تجارة عن تراض فائه و إن كان استثناء منقطعاً، لكنه فى نفسه قضية مستقلة دالة على جواز الأكل بسبب التجارة، و لا شك أن البيع المعطاتي تجارة، و المراد بالأكل ليس هو المضغ، بل مطلق التصرفات و من جملتها ما يتوقف على الملك، كالوطى و نحوه، إلى آخر ما ذكر فى الآية المتقدمة.

### [الاستدلال بقاعدة التسليط]

و قد يستدل للمقام أيضاً بقاعدة التسليط: «الناس مسلطون على أموالهم» و تفريره: أن مقتضى هذه القاعدة ثبوت السلطنة لكل أحد على أمواله. بمعنى أنه يجوز له التصرف فيها كيفما شاء و لو كان تصرفه نقلاً إلى الغير بالبيع المعطاتي. و لا شك أن عدم جواز النقل على هذا الوجه يناهى السلطنة المطلقة.

فإن قلت: الاستفادة من القاعدة إنما هو جواز أنواع التسلطات التى من جملتها التسلط على النقل، و أمّا إن سبب النقل ماذا؟ فهى ساكنة عنه، فالقاعدة واردة فى مقام تشريع نوع التصرف لا فى مقام تشريع الأسباب.

قلت: إذا أنت تسلّمت دلالة هذه القاعدة على مشروعية النوع فلم امتنع عن دلالتها على مشروعية الصنف، فلو كان مشروعية نوع النقل مستفادة من القاعدة كان مشروعية النقل على وجه البيع المعطاتي أيضاً كذلك.

لكن الذى يمكن أن يقال: هو أن القاعدة واردة فى مقام تشريع السلطنة على المال لمالكة من حيث إنه مالكة بعد الفراغ عن مشروعية نفس التصرف و العمل، فيستفاد منها أن المالك أحقّ بإعمال التصرفات المشروعة فى ماله من غيره، و ليس لأحد مزاحمته فيها، و له مزاحمة غيره.

فإن قلت: إذا كان مشروعية نفس العمل مستفادة من الخارج كانت السلطنة أيضاً كذلك، فلا حاجة فى إحرازها إلى القاعدة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠

قلت: نعم مشروعية نفس العمل مستفادة من الخارج، و لكن لم يعلم أنها ثابتة للمالك أو لغيره، مثلاً مشروعية و طى الجارية و عتق

الرقبة و نقل المال إلى الغير مستفاداً من الخارج، و لكن لم يعلم أنّها ثابتة لمالك المال أم لغيره، فهذه القاعدة مفيدة أنّها للمالك فقط.

فإن قلت: كون السلطنة في هذه الأمور مفوضة إلى المالك من الواضحات، فلا يصلح تأسيس القاعدة لأجله.

قلت: هذا على تقدير تسليمه ثابت في معدود من التصرفات، و أما كثير منها فلو لا القاعدة كان الأمر فيها مختفياً، و لم يعلم أنّ المختار فيها من هو.

و مما يؤيد ما ذكرنا- من أنّ القاعدة ليست في مقام تشريع نوع التصرف و لا صنفه- أنّه لو كانت كذلك لزم أن تكون شاملة لإيذاء المسلم بالسوط و نحوه و وطى العبد و نحوهما من التصرفات المالية الغير الجائزة، غاية الأمر أن تكون مخصّصة بدليل حرمة تلك التصرفات و التزامه بعيد في الغاية فثبت عدم تمامية الاستدلال بالقاعدة للمقام.

و بالجملة: فهذه القاعدة قضية حيثية تتعرض لحيثية المالك، و معناه أنّ المالك مسلط لا غيره، و لا منافاة بينها و بين أدلته حرمة التصرفات الغير الجائزة في المال أصلاً، فهي نظير قاعدة «لحم الغنم حلال» فإنها أيضاً تتعرض لحكم الغنم من حيث أنّه غنم في مقابل الخنزير، يعنى أنّه ليس كالخنزير بل لحمه حلال، و لا منافاة بينها و بين أدلته حرمة بعض لحوم الغنم، كالمغصوب و نحوه.

### [الاستدلال بآية أوفوا بالعقود و غيرها من الأدلة]

و يمكن الاستدلال للمقام أيضاً بقوله تعالى أوفوا بالعقود (١) فإنه

(١) المائة: ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١

بعمومه يشمل البيع المعاطاتي، فإنه تعهد، فإنّ التعهد فعل القلب، غاية الأمر أنّه يحتاج إلى المظهر و المظهر في المقام هو الفعل، فيدلّ على وجوب الوفاء بهذا التعهد المتعلق بالتمليك، فيدلّ على إضائه بطريق أولى.

و يمكن الاستدلال أيضاً بالسيرة، فإننا نقطع بجريان سيرة المتشرعة و طريقة المتدينين بهذا الدين في جميع الأعصار و الأمصار، على عدم إجراء الصيغة في معاملاتهم اليومية، و يعاملون مع ما يصير بأيديهم بسببها معاملة الملكية، و هذا يكشف كشافاً قطعياً عن اطلاعهم على رضا الشارع الذي هو رئيسهم بهذا العمل.

و يمكن الاستدلال ببناء العقلاء أيضاً، فإنّ قاطبتهم مقدمون على هذا العمل على حسب طبيعتهم و مقتضى جبلتهم، و يمكن دعوى القطع بأنّ الأمر في زمان النبيّ و الوصيّ أيضاً كان كذلك، و هذا بضميمة عدم ردع الشارع يدلّ على رضاه.

و الفرق بين السيرة و بناء العقلاء: أنّ الأول طريقة المتدينين من حيث هم متدينون كالصلاة و الصوم و نحوهما، و الثاني استقرار طريقة تمام العقلاء من المتدينين و غيره على أمر بمقتضى طبيعتهم و كونهم مجبولين فيه.

و وجه حجّية الأول، كشفه القطعي عن رضا المعصوم، ضرورة كشف فعل الرعية عن رضا رئيسهم. و وجه حجّية الثاني، كشفه القطعي بضميمة عدم ردع الشارع عن رضاه، فإنه لو لم يرض لردع عنه كما ردع عن بيع الربا بالردع الشديد و المنع الأكيد الذي انتشر صيته في تمام العالم، فعدم ردعه دليل على رضاه بفعلهم.

و لا يخفى أنّ الموجود في المقام هو بناء العقلاء، و السيرة المدعاة لا تكون أمراً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢

آخر ورائه، فلا يصلح عدّهما اثنين.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ ما ذكره المشهور من إفادة البيع المعاطاتي الإباحة إلى أن يتلف أحد العوضين فيصير الثاني مملوكاً للآخر،

لا ينطبق على القواعد، لأنهم إما أن يقولوا بدلالة هذه الأدلة على صحة هذا البيع، وإما أن لا يقولوا بذلك، فعلى الأول يلزم القول بالملك، وعلى الثاني يلزم القول بعدم الإباحة و ضمان التالف بالمثل أو القيمة. أما عدم الإباحة، فلعدم الإباحة المالكية، فإن الصادر من المالك إنما هو التمليك، وهو لم يقع، وعدم الدليل على الإباحة الشرعية. وأما الضمان بالمثل أو القيمة، فلأنّ العوض مقبوض بالقبض الفاسد، نعم لو كان إجماع على ما ادّعوه من الأمور الثلاثة: أعني: عدم حصول الملكية من أول الأمر، و حصول الإباحة، و حصول الملكية بتلف أحد العوضين أو التصرف فيه، كان هو الحجّة، ولكن من المعلوم عدمه.

### [ما أورده كاشف الغطاء في استلزام قواعد جديدة على القول بالإباحة وإجابة الأنصاري عليها]

#### إشارة

قال- قدّس سرّه- «و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد، في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد، و منها: أنّ تكون إرادة التصرف من المملكات» إلى قوله: «و المقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول». أقول: هنا وجهان يحتمل أن يكون كلّ منهما مراد المشهور: الأول: أنّ لا يفيد البيع المعاطاتي سوى الإباحة إلى أن يحصل التلف أو كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣ التصرف، فيكون كلّ منهما سببا مستقلا لحصول الملكية. الثاني: أنّ تكون الملكية الحاصلة من حين التلف أو التصرف مستندة إلى نفس البيع، فيكون حال التلف و التصرف حال القبض في المجلس في بيع الصرف في كونه شرطا لتأثير البيع لا مملكا. فإن أرادوا الوجه الثاني، لم يخالفوا قاعدة «العقود تابعة للقصد» فإن مقصود المتبايعين ملكية كلّ منهما مال الآخر بسبب هذه المعاملة، و هو حاصل.

فإن قلت: كيف حصل مقصودهما و الحال أنّ من قصدهما حصول الملكية من حين البيع، و هو غير حاصل؟ قلت: لا يمكن أن يكون التقيد بالزمان مأخوذا في الملكية، فالسبب- أعني: البيع- يؤثّر عند تمامه، من دون دخل للزمان في شيء من المؤثّر و الأثر. نعم يبقى ثبوت الإباحة بين البيع و الشرط بلا دليل، فالإشكال وارد عليهم من حيث إنّ ما وقع لم يقصد، لا من حيث إنّ ما قصد لم يقع.

و أمّا سائر الاستبعادات فسنة منها مبتنية على كون التلف أو التصرف مملكا، و قد عرفت عدم كونهما مملكين على هذا الوجه. نعم الاستبعاد الثالث بعضه وارد، و هو لزوم تعلق الزكاة و الخمس بغير المال، إلّا أنّ يلتزم هذا القائل بعدم تعلّقهما ما لم يتلف أحد العوضين أو يتصرف فيه، و بعضه ليس باستبعاد، و هو لزوم تعلق الاستطاعة و الدين و النفقات و الميراث بغير المال. وجه عدم الاستبعاد، أمّا في الثلاثة الأول: فهو أنّ المكلف بالحجّ و أداء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤

الدين و النفقات هو المتمكّن و لو بإعطاء الغير ماله إيّاه، و ليس المعتبر أنّ يكون ما به التمكن مالا لنفس المتمكّن، بل مباح التصرف له.

و أمّا في الأخير، فهو أنّ الإرث غير مختصّ بالأموال، بل يجري في الحقوق أيضا، فأى استبعاد في أن يكون حال الوارث بالنسبة إلى

المأخوذ بالمعاطاة حال مورثه، بأن يباح له التصرف فيه و يصير ملكا له بالتصرف فيه أو في عوضه أو تلف العوض؟ و بعضه غير وارد، و هو لزوم تعلق الوصايا بغير المال، فإن الموصى به يصير ملكا للموصى بواسطة التصرف فيه بالوصية، فتكون الوصية متعلقة بالمال.

### [في إشارة الأنصاري إلى أمور كثيرة تخلف فيها العقد عن القصد]

قال- قدس سره-: «و ثانيا إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين بالقيمة» إلى قوله- قدس سره-: «نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه».

أقول: هذه النقوض كلها مخدوشة: أما الأول. «١».

و أما الثاني: فلأن القائل بعدم إفساد الشرط الفاسد للعقد لا يقول:

بتخصيص قاعدة- العقود تابعة للمقصود- بهذا المورد، بل يقول: إن العقد المتضمن للشرط ينحل إلى عقدين منفصلين، وقع أحدهما و هو المشروط موافقا لقصد المتعاقدين و فسد الآخر، و هو الشرط و لم يقع أصلا، فلم يتخلف العقد عن القصد في شيء منهما فإن موضوع القاعدة العقود الصحيحة.

(١) كذا في الأصل بياض.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥

فإن قلت: إن مقصود المتعاقدين حصول المبادلة مقرونة بالشرط، و ما وقع ليس كذلك، فحصل التخلف.

قلت: هذا راجع إلى منع مبنى القول بعدم الإفساد، و هو انحلال العقد إلى عقدين، فلازم من منعه القول بالإفساد، و إلا لزم مخالفة القاعدة المذكورة. و لازم من صححه- كالمشهور- هو القول بعدم الإفساد من دون مخالفة القاعدة أصلا.

و كذا الكلام في النقص الثالث، فإن القائل ببطان العقد بالنسبة إلى ما لا يملك، و صحته بالنسبة إلى ما يملك، يقول بانحلال البيع إلى بيعين وقع أحدهما على الخنزير مثلا فبطل، و الآخر على الغنم مثلا، فصح، و على هذا لا يلزم مخالفة القاعدة أصلا، و يجرى هنا أيضا، نظير الإشكال المتقدم مع جوابه.

و أما الرابع، فلأن المصنف- قدس سره- قد استند في صحه بيع الغاصب لنفسه، و عدم وقوعه باطلا من الأصل: إلى أن الغاصب أراد إنشاء البيع جدًّا، و معنى البيع مبادلة مال بمال، و مقتضى المبادلة أن ينقل كل من المالكين من مالكة الواقعي إلى المالك الواقعي للآخر، فالغاصب قاصد إجمالا أن ينقل الثمن إلى المالك الواقعي للمثمن، غاية الأمر ادعائه أنه هو المالك الواقعي للمثمن، و هذا الادعاء خارج عن العقد، فهو كالفضولي، إلا أن الفضولي يعين المالك الواقعي و هذا يقيه على إجماله. و لا يخفى أنه بناء على هذا المبنى لا يقع بإجازة المالك هذا البيع إلا ما قصده المتعاقدان، فعده- قدس سره- هذا المورد من موارد النقص لا يستقيم على مختاره.

و أمّا الخامس: فلأنه إن قلنا: بأن الدوام في الدائم وصف وجودي مضاف للأجل في المنقطع، و أنهما متضادان، غاية الأمر اشتراكهما في مطلق الترويج،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦

فحينئذ لزم التخلف، إذ ما قصد و هو المنقطع لم يقع و ما وقع و هو الدائم لم يقصد.

و أما إن قلنا: بأن الدائم و المنقطع من باب الأقل و الأكثر، بمعنى أن الدوام ليس أمرا وجوديا بل هو عبارة عن عدم الأجل و أن قصد الترويج المطلق، يصير العقد دائما، و لا يحتاج إلى قصد عدم الأجل، إذ العدمي لا يحتاج إلى القصد و الجعل، فلا يلزم التخلف، إذ

المفروض أن العاقد قصد التزويج و تلفظ بلفظه الدال عليه و لم يذكر الأجل، فحصل الدائم لا محالة، لحصول علته و هو القصد و اللفظ، و أمّا الأجل المقوم للمنقطع، فهو و إن حصل قصده لكن لم يحصل التلفظ بلفظه، و عدم حصول المنقطع لأجل عدم التلفظ بلفظه لا يعد تخلفاً.

### [في مختار الأنصاري في المعاطاة و ذكر الوجوه في لزوم المعاطاة ابتداء و عدم لزومها]

#### إشارة

قال- قدس سره-: «فالقول الثاني: لا يخلو عن قوة. و عليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقاً إلى قوله: «وجوه».

أقول: جواز رجوع كل في عوضه يتصور على نحوين:

الأول: أن يكون ذلك حقاً ثابتاً له متعلقاً بنفس العقد، بأن جعل الشارع زمام العقد بيده إن شاء حله و إن شاء تركه بحاله، و هذا المعنى هو المقصود في باب الخيارات.

الثاني: أن يكون ذلك حقاً ثابتاً له متعلقاً بالعين، فإن شاء يأخذها من الآخر و يدفع عوضها إليه و إن شاء يتركها في يده، أو حكماً متعلقاً بها، بأن تكون جائز الاسترجاع، و إن كان على الأول مسطاً على المال أيضاً و على الثاني مسطاً على العقد أيضاً، لكن ذلك إنما يكون بالملازمة و ثانياً و بالعرض.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧

و يظهر ثمرة الوجهين فيما لو تلفت العين أو انتقلت بنقل لازم. فعلى الأول يجوز الرجوع و أخذ البدل- أعني: المثل في المثلي و القيمة في القيمي- لأن متعلق الحق هو العقد و هو باق. و على الثاني لا يجوز ذلك، لأن موضوع السلطنة أو الجواز و هو العين قد انتفى، فانتفياً بانتفائه، و لا دليل على تعلقهما بالبدل.

قال- قدس سره-: «أوفقها بالقواعد هو الأول، بناء على أصالة اللزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي».

أقول: فإن قلت: إن الشك في بقاء الملكية بعد فسخ المعاطاة أو تراذ العين المأخوذة بها مسبب عن الشك في تأثيرهما في زوالها، فالأصل الجارى في الثاني و هو أصالة عدم التأثير، مقدّم على الأصل الجارى في الأول، و هو أصالة بقاء الملكية، لما تقرّر في محله من حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي و إن كان الأصل المحكوم موافقاً للأصل الحاكم، مثلاً: يقدم الأصل في الملاقي «بالتفتح»، سواء كان استصحاب الطهارة أو النجاسة على استصحاب الطهارة في الملاقي «بالكسر». و السرّ في ذلك أن الشك الذي هو موضوع للأصل المسببي يزول بواسطة إجراء الأصل السببي.

قلت: إن عدم التأثير ليس متيقناً في زمان من أزمنه وجود الفسخ و التراد، أي مجعوليتيهما، بل الشك فيه سار إلى أول زمان مجعوليتيهما، فلا يجرى الاستصحاب فيه و إن أريد استصحاب العدم الأزلي للتأثير، أعني: عدمه السابق على تحقق الفسخ أو التراد المذكورين، فهذا أصل مثبت، لأنه لا بدّ بعد استصحاب هذا العدم من حمله على الموضوع الموجود حتى يفيد المقصود.

و بالجملة: فاستصحاب المحمول في القضية السالبة بانتفاء الموضوع ليس صحيحاً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨

محمولاً في القضية السالبة بانتفاء المحمول، لا يتم إلّا على القول بالأصل المثبت، كما في استصحاب عدم القيام في قولنا: «زيد ليس بقائم»، المقول قبل وجود زيد ليصير محمولاً في قولنا «زيد ليس بقائم» المقول بعد وجوده، فعلم أن الاستصحاب السببي غير جار في هذا المقام، لأن استصحاب عدم التأثير على نحو السالبة بانتفاء المحمول ليس له حالة سابقة، و على نحو السالبة بانتفاء الموضوع أصل مثبت، و قد تقرّر في محله أنه إذا لم يكن الأصل السببي جارياً بنفسه أو لمانع، فلا مانع من إجراء الأصل المسببي.

## [في استصحاب الكلّي و كون الجواز و الرجوع من الأحكام الشرعية]

قال- قدّس سرّه-: «و دعوى أنّ الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر».

أقول: و بالجملة فالمستصحب فيما نحن فيه مرّد بين المقطوع الزوال و المشكوك الحدوث، فهذا نظير استصحاب وجود الحيوان المعلوم وجوده في الدار قبل ذلك بخمسة أيام، المرّد بين البق و الفيل، فإنّ الأوّل مقطوع الزوال في هذه المدّة و الثاني مشكوك الحدوث من أوّل الأمر.

قال- قدّس سرّه-: «مدفوعه، مضافا إلى آخره».

أقول: حاصل الدفع يرجع إلى جوابين:

الأوّل: منع كون المقام من قبيل مثال البق و الفيل، فإنّ الملك أمر واحد في جميع الموارد، غاية الأمر أنّه يحكم عليه تارة بجواز الرجوع و أخرى بعدم جوازه.

فإن قلت: اختلاف الحكم يشهد باختلاف الموضوع.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩

قلت: كما يمكن أن يكون اختلاف الحكم بسبب الاختلاف التبايني في الموضوع بحسب النوع أو الصنف، كذلك يمكن أن يكون بسبب اختلاف أحوال الموضوع الواحد أو أسبابه، كما في قول المولى لعبده: إن جاءك زيد بمصاحبه عمرو فأكرمه، و إن جاءك بمصاحبه بشر فلا- تكرمه، فهذا أيضا إذا كان سبب الملك هو الصيغة فلا يجوز الرجوع، و إذا كان السبب هو التعاطي و الفعل فيجوز.

الثاني: أنّه على فرض تسليم كون المقام من ذلك القبيل نقول: لا مانع من الاستصحاب فيما كان من هذا القبيل، إذ الاشكال إنّما يتوجه لو كان المستصحب هو الفرد، و أمّا لو كان هو الكلّي الجامع، أعني: مطلق الحيوان في المثال و مطلق الملكية في المقام، فلا يتوجه، و لا- يخفى أنّ المقصود بالاستصحاب في المقام على هذا التقدير إنّما هو إثبات محفوظيّة الملك الحاصل بالمعاطة بعد الرجوع، لا- إثبات لزومه حتّى يرد بأنّه لا يتمّ إلّا على القول بالأصل المثبت. نعم حيث إنّ الشكّ في بقاء الكلّي راجع إلى الشكّ في اقتضائه للبقاء إلى هذه المدّة، للشكّ في تحقّقه في ضمن الفرد القصير البقاء أو طويله، فلا- مجرى للاستصحاب فيه على رأى المصنّف- قدّس سرّه- من عدم حجّية الاستصحاب مع الشكّ في المقتضى. و أمّا على التحقيق من دلالة أخبار «لا تنقض» على الحجّية في الموارد المزبور، فلا مانع من جريانه.

ثمّ إنّ للسيد المحشّي- دام ظلّه- هنا كلاما في تصحيح الاشكال الوارد على القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي الذي من موارد هذا المقام. و ردّ جواب المصنّف- قدّس سرّه- عنه ينبغي التعرّض له بيانه و بيان ما فيه. فنقول:

أمّا القسم الثاني، فهو عبارة عمّا إذا كان الشكّ في تعيين الفرد الحادث أو لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠

لكونه مرّدا بين القصير و الطويل، و بعبارة أخرى بين المقطوع الزوال و المشكوك الحدوث كما نحن فيه، و كما لو شكّ بعد الغسل مرّة في أنّ النجاسة الحادثة قبله هل هي الدم أو البول.

و أمّا الإشكال: فهو أنّ بقاء القدر المشترك مسبّب عن حدوث الفرد الطويل، و ارتفاعه عن عدم حدوثه، فعند الشكّ يرجع إلى أصالة عدم حدوثه لا إلى أصالة بقاء القدر المشترك.

و أمّا جواب المصنّف- قدّس سرّه-: فهو أنّ ارتفاع القدر المشترك من آثار حدوث القصير لا من آثار عدم حدوث الطويل، و إنّما



اللازم من عدم حدوثه هو عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، وهذا غير ارتفاع القدر المشترك بين الأمرين، فالشك مسبب عن أن الحادث هو الطويل أو القصير، لا عن أن الطويل حدث أم لا، وحيث لا أصل في السبب يعين أحد الأمرين، فيكون الأصل في المسبب سليما عن الحاكم.

و أما ردّ المحشّي - دام ظلّه - فهو أن الأمر في البقاء والارتفاع كذلك، لكن هذان العنوانان ليسا موضوعين للأحكام، بل الموضوع وجود الكلّي وعدمه، مثلا: وجود الحادث وعدمه موضوعان للأحكام، لا بقاءه وارتفاعه من حيث هما هذان العنوانان، فالتعبير بالبقاء يراد به الوجود في الزمان الثاني، والارتفاع يراد به العدم في الزمان الثاني، ولا شك أن وجود الكلّي بوجود الفرد، وانعدامه بعدمه، فإذا حدث ما يزيل أحد الفردين، فالشك في الوجود ناش عن الشك في وجود الفرد الآخر والأصل عدمه، فيترتب عليه عدم الكلّي، فثبت أن استصحاب الكلّي في القسم الثاني غير جار، لحكومة الأصل السببي عليه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥١

ثم استشكل على نفسه: بأن أصله عدم الطويل معارضة بأصله عدم القصير، فيتساقطان، فيبقى الأصل المسببي سالما عن الحاكم. فأجاب بأن أصله عدم القصير لا يترتب عليها أثر شرعي حتى يجرى ويعارض الأصل الأخرى. أقول: لا- يتعقل معنى لقوله: لا- يترتب على هذا الأصل أثر شرعي، إذ لا- شك أن عدم القصير إذا انضم مع عدم الطويل فيفيدان مجموعا عدم الكلّي، ولهذا لو شك في وجود الكلّي يتمسك بعدمهما مجموعا على عدمه ووجود أحدهما على وجوده. فإن قلت: إن العلم الإجمالي بعد حدوث ما يزيل أحد الفردين، ينحل إلى علم تفصيلي بعدم القصير، وشك بدوي في وجود الطويل، ومعه يتم ما ذكره المحشّي - مد ظلّه - إلا أن يدعى اتحاد عنواني البقاء والارتفاع مع عنواني الوجود والعدم. قلت: نعم هما متغايران مفهوما، وموضوع الآثار هو الثاني، فالمراد بالحدوث هو الوجود في أول الأمر وبالبقاء هو الوجود في ثاني الحال، وبالارتفاع هو العدم فيه. لكن الانحلال ممنوع إذ العلم الإجمالي الثابت قبل المزيل باق بحاله، والعلم التفصيلي والشك البدوي متعلقان بما بعد المزيل، فهو نظير ما إذا وقع في واحد معين من الإنائين اللذين علم بنجاسة أحدهما لا بعينه نجاسة، أو وقع التطهير على واحد معين منهما، أو أ تلف، وهذا لا- يوجب رفع حكم العلم الإجمالي بالنسبة إلى الطرف الآخر، والانحلال الراجع لحكمه ما كان من أول الأمر.

و بالجملة: فحال ما بعد المزيل حال ما قبله في احتياج نفى الكلّي حدوثا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٢

إلى نفى فرديه جميعا.

نعم فرق بينهما في مرحلة البقاء، فوجود الكلّي في كل آن من آتات من قبل المزيل مسبب عن وجود أحد فرديه، وعدمه عن عدمهما جميعا، ووجوده في كل آن من آتات ما بعده مسبب عن كون الحادث هو الطويل، وعدمه عن كونه هو القصير، فالأصلان بالنسبة إلى هذا الأثر، أعني: نفى الكلّي حدوثا، متساوية الإقدام، فلا جرم إذا علم بوجود الكلّي في ضمن أحد الفردين لا بعينه - كما هو المفروض في محل البحث - وقع التعارض بين الأصلين، فيتساقطان، فيرجع إلى أصله بقاء الكلّي. نعم لو فرض عدم التعارض بينهما في مورد، فالمرجع عند حدوث مزيل أحد الفردين إلى أصله عدم حدوث الطويل، لا أصله بقاء الكلّي، كما لو شك المحدث بالأصغر في تبدل حدثه بالأكبر - كأن نام وشك في الاحتلام - فتوضأ، فإن الأصل الجارى في القصير، أعني: الأصغر، أصله الوجود، لأن الحالة السابقة فيه وجودية، وفي الطويل، أعني: الأكبر، أصله العدم، لأن الحالة السابقة فيه عدمية، فلا تعارض بينهما، فيحكم بمقتضى الأصلين (كذا) بكونه محدثا بالأصغر قبل الوضوء، وبمقتضى الأصل الآخر بكونه خاليا عن مطلق الحدث بعده، ولا يجرى استصحاب بقاء مطلق الحدث الثابت قبل الوضوء بعده. هذا كله بالنسبة إلى هذا الأثر الذي هو محل الكلام، أعني: نفى الكلّي.

نعم بالنسبة إلى الآثار الأخر التي ليست محلًا للكلام في هذا المقام يتعقل معنى لما ذكره، لكن لا مطلقا، بل فيما إذا كان أثر القصير

مع أثر الطويل من قبيل الأقل والأكثر، كما لو تردّد النجاسة الحادثة بين ما يكفي في تطهيره الغسلة الواحدة- كالدّم- و ما لا بدّ في تطهيره من غسلتين- كالبول- فغسل الموضع مرّة،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٣

فإنّ وجوب الغسلة الأولى مقطوع تفصيلي، فلا يقصد بالأصل نفيه، و إنّما يقصد به نفي وجوب الغسلة الثانية، و هذا يترتب على أصالة عدم الطويل، أعنى:

البول، لا على أصالة عدم القصير، أعنى: الدّم. فلا تعارض بين هذين الأصلين في هذا الأثر و إن تعارضاً في نفي الكلي. ثمّ إنّ حديث الحكومة مسلّم فيما إذا كان الكلي الجامع من الأمور التي وضعها ورفعها من وظيفة الشارع من حيث إنه شارع، كالملكية و الطهارة و الحدث، فإنّها كما تكون موضوعات لأحكام كذلك تكون أحكاماً لموضوعات، فهي و إن كانت أموراً واقعية لا مجعولة للشارع من حيث إنه كذلك، لكنّ الكشف عنها و بيانها بيده و من وظيفته، و مجرّد ذلك كاف في شمول أخبار لا تنقض لها، فكما تستصحب الطهارة المتيقّنة عند الشكّ في زوالها ليرتّب عليها أحكامها، كذلك تستصحب الخلية المتيقّنة عند الشكّ في انقلابها بالخميرية لترتّب عليها الطهارة، فإنّ لهذا الكلي مرحلتين: مرحلة الحدوث، و مرحلة البقاء.

أمّا الأولى: فهي مسببة عن وجود أحد الفردين و عدمهما جميعاً، فلو تعارض أصلاً عدم القصير و عدم الطويل، بلحاظ العلم الإجمالي- كما فيما نحن فيه- فيكون استصحاب الكلي بلا حاكم، و لو لم يتعارض، كان المرجع أصالة عدم الطويل كالمثال المتقدّم. و أمّا مرحلة البقاء فهي مسببة عن كون الحادث هو القصير أو الطويل، و حيث لا- أصل في السبب يعين أحد الأمرين، فيكون استصحاب بقاء الكلي بلا حاكم.

و أمّا لو كان الكلي الجامع من الأمور التي ليس وضعها ورفعها بيد الشارع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٤

و لو بطريق الكشف كالحوان، فلا إشكال في جريان استصحاب الكلي في مرحلة الحدوث من دون حكومة لأصالة عدم الطويل عليه، حتّى مع فرض عدم التعارض، فإنّ هذا الأصل حينئذ أصل مثبت، لأنّ ترتّب عدم الكلي على عدم الفرد ترتّب عقلي. و كذا في مرحلة البقاء، فإنّه لا أصل في السبب يعين أحد الأمرين، مع أنّه لو كان لكان أصلاً مثبتاً، فثبت أنّ القسم الثاني من استصحاب الكلي جار بلا إشكال. و لعلّ مرجع جواب المصنّف- قدّس سرّه- هو الجواب الذي ذكرنا.

ثمّ إنّ المحشّى- دام ظلّه- بعد هذا الاستشكال ذكر أنّه يمكن استصحاب الفرد، و لا حاجة إلى استصحاب الكلي، لا بأن يستصحب خصوص الفيل أو خصوص البق، بل بأن يستصحب الفرد الواقعيّ المعلوم عند الله، المرّد عندنا بين الفيل و البق المشكوك البقاء لاحتمال الفيلية، ثمّ لا ترتّب الآثار الخاصّة لكلّ من الخصوصيتين، للجهل بتحقيق موضوعها، بل ترتّب آثار القدر المشترك، لتيقّنها على كل تقدير.

فإن قلت: إذا استصحب الفرد الواقعي بعد حدوث المزيل، ثبت أنّه الفيل، فلا بدّ من ترتيب آثاره.

قلت: نعم، الفيلية ملازمة لتحقق الفرد في عالم الكون، لكنّ الاستصحاب لا يفيد مزيد من التعبد بالأثر الشرعيّ للمستصحب، فإثبات الفيلية به لا يتمّ إلّا على الأصل المثبت.

أقول: استصحاب الفرد في المقام معيوب، إذ معنى استصحاب الفرد المرّد أنّ يكون المستصحب هو الجزئيّ الخارجى الواقعيّ بجميع خصوصياته الخارجيّة، بحيث كانت الإشارة في قولنا: هذا مشكوك البقاء، منتهية عند الله إمّا إلى البق

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٥

و إمّا إلى الفيل، غاية الأمر عدم علمنا به، و لا شكّ أنّه لا بدّ أن يكون هذا المشار إليه- سواء هذا الفرد أم ذاك- مشكوك البقاء حتى يستصحب، كما لو علم بوجود شخص في الدار و لم يعلم أنّه زيد أم عمرو، فشكّ في الزمان الثاني في بقائه- سواء كان زيداً أم

عمرا- و ما نحن فيه ليس كذلك، لأنّ البق مقطوع العدم، و الفيل مشكوك الحدوث، و مشكوكية البقاء بعد الفراغ عن الحدوث، فشيء منهما ليس مشكوك البقاء، فالمشكوك البقاء في المقام منحصر في الجامع المجرد في نظر العقل عن جميع الخصوصيات، فثبت صحّة استصحاب الجامع و عدم صحّة استصحاب الفرد.

و أيضا حديث ترتيب أثر الجامع على الفرد المستصحب ليس على إطلاقه، و توضيحه: أنّ ترتيب الأثر على الجامع يتصوّر على نحوين: الأول: أن يرتّب عليه بلحاظ وجوده الاستغراقي بحيث يتسرّى الحكم من الكلّي إلى الأفراد على سبيل الاستغراق، و يصير كلّ فرد فردا حكم مستقل، نظير العام الاستغراقي، و ذلك كقول المولى: أكرم العالم، فإنّ معناه أكرم كلّ عالم، نظير قوله أكرم العلماء. الثاني: أن يرتّب عليه بلحاظ صرف الوجود في مقابل العدم الأزلي، بحيث لا- يتسرّى الحكم إلى الأفراد، بل يعدّ أجنبيّا عنها، فلا يتفاوت الحال بين قلّتها و كثرتها، و ذلك كقول المولى: إن كان الإنسان موجودا في الدار فأعط فقيرا درهما، فوجوب الإعطاء يدور مدار وجوب الإنسان و عدمه، و على تقدير وجوده لا يتفاوت الحال بين وحدة الفرد المتحقّق في ضمنه و تعدّده، فاستصحب الفرد يوجب التعبد بالآثار المترتبة عليه، و الآثار المترتبة على الجامع بالنحو الأول، فإنّها كما عرفت يتسرّى منه إلى الفرد. مثلا لو شكّ في عالمية زيد بعد العلم بها في السابق فيستصحب و يرتّب عليه وجوب الإكرام المعلق على عنوان العالم، فيقال: هذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٦

عالم بمقتضى الاستصحاب، و كلّ عالم يجب إكرامه، فهذا يجب إكرامه، بالإشارة إلى الشخص. و كذا لو قال المولى: يجب على الزوج نفقة زوجته، فشكّ في حياة زيد، يستصحب و يرتّب عليه وجوب النفقة المترتب عليه بتوسيط عنوان الزوج.

لكن استصحاب الفرد لا يوجب التعبد بالأثر المترتب على الجامع بالنحو الثاني، فإنّ الجامع و إن كان عين الفرد في الخارج و في عالم التكوين، لكنّ الاستصحاب لا يثمر إلّا التعبد بأثر المستصحب لا شيء آخر أجنبي عنه في نظر العقل، و إن كان ملازما له في الوجود الخارجي أو عينه فيه.

و أمّا إثبات الجامع بهذا الاستصحاب ثمّ ترتيب أثره عليه، فلا يتمّ إلّا على الأصل المثبت.

فعلم أنّ ترتيب أثر الجامع باستصحاب الفرد ليس على إطلاقه.

ثمّ إنّنا قلنا- تبعا للمصنّف قدّس سرّه- بحسب النظر العرفي: إنّ الملك أمر واحد، و الجواز و اللزوم من أحكامه، لا من خصوصياته المنوّعة أو المقسمة أو المفوّدة.

و قلنا أيضا: إنّ الجواز يتصوّر على نحوين: الأول: أن يكون بمعنى جواز فسخ العقد، فيكون حقا متعلّقا به، كما في العقد الخياري.

الثاني: أن يكون بمعنى جواز تراّد العينين لا فسخ العقد، فيكون متعلّقا بالملك، كما في الهبة الجائزة.

لكن للمحشّي الطوسي- قدّس سرّه- هنا كلام ينبغى التعرّض له بيانه و بيان ما فيه، و هو: أنّه لو كان الجواز و اللزوم بمعنى جواز فسخ العقد و عدمه،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٧

فهما في الحقيقة يكونان حكيمين متعلّقين بالعقد لا الملك، و لا يلزم إشكال، إذ لا يلزم اختلاف الحكم بدون اختلاف الموضوع، فإنّ الصيغة مثلا موضوع و حكمه اللزوم، و التعاطي موضوع آخر و حكمه الجواز. و أمّا لو كانا بمعنى جواز تراّد العينين و عدمه، فيكونان حكيمين متعلّقين بالملك، فلا- بدّ من القول باختلاف الملك في الخصوصيات المختلفة في اقتضاء اللزوم و الجواز، فإنّ جعل الموضوع الواحد موردا لحكيمين مختلفين، جزاف يمتنع صدوره عن الحكيم تعالى شأنه، و لا- يكفي مجرد اختلاف السبب بدون اختلاف في المسبب. و أراد بذلك: الإشكال على ما ذكره المصنّف- قدّس سرّه- من وحدانية الملك، و كفاية اختلاف السبب في اختلاف حكم المسبب، فصحّحه على الوجه الأول، و استشكله على الوجه الثاني بما ذكر.

و محصّل ما أفاده- قدّس سرّه- لزوم اختلاف الملك على الوجه الثاني باختلاف التبايني الراجع إلى تعدّد وجوده، و عدم كفاية اختلافه في الخصوصية الاعتبارية، كالتسبب عن السبب الخاص في رفع الجزاف.

و أنت خبير بكفايته في ذلك، فيمكن أن يكون الشيء الواحد موضوعاً لحكمين باعتبار عروض صفتين اعتباريتين عليه على التبادل، كما في قول المولى:

إن جاءك زيد بمصاحبه عمرو فأكرمه و إن جاءك بمصاحبه بكر فلا تكرمه، فعلم أنّ وحدة الملك مع اختلاف حكمه لا تلازم الجزاف.

و هذا الاختلاف في الصفة الاعتبارية لا يمنع عن استصحاب الفرد، بأن يقال: إنّ الملك المتسبب عن المعاطاة لم يعلم أنّه متسبب عن سبب مقتضاه الجواز، أو عن سبب مقتضاه اللزوم، فهو نظير الحيوان المرّد بين البقّ و الفيل في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٨

أنّ أحد احتماليه مقطوع الزوال و الآخر مشكوك الحدوث، إذ هذا المقدار من الاختلاف معتبر في باب الاستصحاب، كيف و لو لم يكن مغتفراً لانسداد باب الاستصحاب رأساً، إذ لا يمكن أن يصير الشيء مشكوك البقاء مع عدم تغيير في ذاته و صفاته أصلاً من جهة من الجهات، فالمستصحب لا يمكن انفكاكه عن مثل هذا التفاوت.

### [في ذكر الأنصاري الدليل على نفي كون اللزوم و الجواز من الخصوصيات المأخوذة في الملك]

ثمّ إنّ المصنّف- قدّس سرّه- أقام الدليل على نفي كون اللزوم و الجواز من الخصوصيات المأخوذة في الملك، و قال:

(و يدلّ عليه مع أنّ المحسوس بالوجدان)

و بالرجوع إلى العرف،

(أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة و غيرها)

أى الجائزة

(على نهج واحد)

. و بالجملة: فاللزوم و الجواز ليسا عند العرف قسمين للملك،

(أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو

بحكم الشارع، فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه، أو عدم قصده)

بحيث كان كلّ من اللزوم و الجواز دائراً مدار قصده. و لم يتخلّف عنه،

(و هو بديهى البطلان، إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه)

و إلّا لزم تخلف العقد عن القصد في كثير من الموارد، فإنّنا نقطع بأنّ إنشاء الملك في البيع بالصيغة و المعاطاة على نهج واحد، فكان

اللازم على هذا كونهما لازمين، و الحال أنّ الثاني جائز، فيلزم التخلف فيه، و كذا الهبة اللازمة و الجائزة.

### [مدرك قاعدة العقود تابعة للقصد]

(و إن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ)

إذ المفروض أنّ ما قصده العاقد هو الملك المطلق، فحصل بعقده قهراً عليه الملك المقيد بإحدى الخصوصيتين بجعل الشارع،

(و هو باطل في العقود، لما تقدم أنّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٩

العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد.

أقول: في هذا الدليل نظر، و توضيح النظر يحتاج إلى بيان مدارك قاعدة «العقود تابعة للقصد».

فاعلم أنه قد استفيدت هذه القاعدة من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** وقوله - عليه السلام -: «الصلح جائز بين المسلمين» وغيرهما من أدلة إمضاء العقود، فإن معنى إمضاء البيع مثلا و ترويجه «١»: ترتيب أثره المقصود للمتبايعين عليه، لوضوح أن عدم ترتيب الأثر المقصود و ترتيب أثر غير مقصود كعدم الترتيب أصلا، في كونه جعلاً لفعل المتبايعين فاسداً، أفترى أن يكون عدم ترتيب ضمان كل من العوضين بالآخر - المقصود بالبيع - عليه، و ترتيب الضمان بالمثل أو القيمة عليه إمضاء له؟

و الحاصل: أنه يستفاد منها أن القاعدة في تمام العقود متابعتها للقصد، إلا ما خرج بالدليل، و حينئذ فلو كان جعل كل من اللزوم و الجواز من فعل المتبايعين، و لم يرتبه الشارع و رتب الآخر، كان ذلك منافياً لتلك الأدلة. و أما لو كان جعلهما بيد الشارع، و كان فعل المتبايعين جعل الملك المطلق فقط، فذلك ترتيب الأثر المقصود و شيء آخر غير مقصود، و هذا غير منافٍ للأدلة، إذ يصدق أن الشارع قد أمضى فعل المتبايعين، فترتب الزيادة غير مضرّ بإمضاء فعلهما.

و قد اختار السيد المحشى - دام ظلّه - التفصيل بين النوعين من المعاملة و الصنفين من نوع واحد، ففي الأول، جعل اللزوم و الجواز بيد المالك، كالهبة و البيع، إذ من الواضح أن العرف يجوزون الرجوع في الأول دون الثاني، و في الثاني

(١) و تجويزه: ظ.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٠

بيد الشارع، كالصنفين من البيع المختلفين في الجواز و اللزوم، و هذا المقدر من الاختلاف غير مضرّ بتبعيّة العقود للقصد، و على فرضه فهو خارج من القاعدة بالدليل.

قلت: أما كون الاختلاف في النوعين من المعاملة بيد العرف، فمسلّم، لكن ليس منوعاً للملك، إذ ربّما يكون ذلك من باب معرفتهم حكم الملك و أنه يجوز الرجوع فيه في الهبة و لا - يجوز في البيع، لا - من باب معرفة قسمه و أنه ينقسم إلى قسمين: جائز و هو ما يحصل بالهبة و نحوها، و لازم و هو ما يحصل بالبيع و نحوه، فيكون هذا نظير معرفتهم حكم المبيع المعيب و أنه يجوز رده إلى بائعه.

و أما كون الاختلاف في الصنفين من النوع الواحد، كالجواز في المعاطاء بيد الشارع، فيرد عليه أنه إذا سلّمتم خروج هذا القسم من المعاملة عن تحت عموم أدلة الإمضاء - و المفروض أن إثبات أصل الملك بواسطتها - فمن أين تثبتون أصل الملك بالمعاطة مثلاً؟

فإن قلت: إنّما قلنا بتخصيص هذه الأدلة بالنسبة إلى خصوصيّة الملك، و أما بالنسبة إلى أصله، فلا مانع عن عمومها، فهذا نظير الفرض الثاني من الفرضين اللذين ذكرهما المصنّف - رحمه الله -، و هو ما إذا كان جعل اللزوم و الجواز بيد الشارع، حيث تسلّم التفكيك فيه بين أصل الملك، و خصوصيّة، بجعل الأول من العاقد و إثباته بهذه الأدلة، و جعل الثاني من الشارع و إثباته بدليل خارجي.

قلت: من المعلوم أن الصادر من العاقد في المقام إنشاء واحد، و هو إنشاء القدر المشترك الخاص، لا إنشاء، إنشاء القدر المشترك و إنشاء الخصوصيّة، حتّى يقال بعد إلغاء الثاني ببقاء الأول تحت العموم، ألا ترى أنه لو أخبر مخبر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦١

بوجود الإنسان في الدار، فظهر أن الموجود هو البقر، فلا - يقال: إنّه صادق بالنسبة إلى القدر المشترك و كاذب بالنسبة إلى الخصوصيّة، بل يقال: إنّه كاذب في هذا الخبر. نعم لو أخبر بقصيتين كان مضمون الأولى وجود الحيوان و الثانية كونه هو الإنسان، صحّ التفكيك، و هذا بخلاف الفرض الثاني، فإنّ الصادر من العاقد هناك هو إنشاء القدر المشترك المطلق، و كان إنشاء الخصوصيّة من جانب الشارع ابتداءً، هذا.

و الحق ما ذكره المصنّف - قدّس سرّه - من كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك، لا- من خصوصياته المأخوذة فيه، و يشهد به الرجوع إلى العرف، و على هذا فالاستصحاب جار هنا بلا إشكال و إن قلنا بعدم جريانه في نحو مثال البقّ و الفيل.

### [أدلة لزوم المعاطاة]

#### [الاستدلال بقاعدة التسليط على لزوم المعاطاة]

#### إشارة

و قد استدلل على لزوم المعاطاة أيضا بقاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم» حيث إنّ إخراج أحد المتعاطيين المأخوذ بالمعاطاة عن ملك الآخر بالاسترداد أو الفسخ، من دون رضاه و اطلاعه، مناف لسלטنة الآخر عليه، الثابتة بالقاعدة، و هذا أولى بشمول القاعدة من التصرفات التي تكون المالية معها محفوظة.

و استشكل عليه: بأنّ القاعدة تقتضى أنّ مال كلّ أحد ما دام مالا- له يكون تحت سلطنته، و المفروض فيما نحن فيه أنّ المأخوذ بالمعاطاة يصير بالاسترداد أو الفسخ مالا لغيره. و بعبارة أخرى: اللزوم في المقام على تقدير التأثير تخصيص القاعدة بانتفاء الموضوع لا تخصيصها بانتفاء الحكم مع بقاء الموضوع، فارتفاع الحكم لأجل ارتفاع موضوعه، لا لأجل وجود المخصّص.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٢

و أجيب: بأنّ صيرورته مالا لغيره مترتبة على الفسخ أو الاسترداد، حاصله بعدهما، فحينئذ يكون مالا للمالك، فصدق أنّ الغير جعل مال المالك مالا لنفسه، بالاسترداد أو الفسخ قهرا عليه، و عرفت أنّ منافاه هذا لسלטنة المالك أشدّ من غيره.

و الحقّ أنّ الاستدلال بالقاعدة للمقام غير وجيه، و ذلك، لأنّ الحكم فيها- أعنى: الحكم على المال بكونه تحت سلطنة مالكه- حكم حيثي، لا حكم فعلى في جميع حالات الموضوع.

و توضيحه: أنّ الحكم في القضية الإنشائية أو الإخباريّة تارة يكون ناظرا إلى جميع حالات الموضوع و الطوارئ اللاحقة له، و يفهم ذلك إمّا بالقرينة اللفظيّة، كقولك في جميع الحالات، أو الحالّيّة، فحينئذ لو شكّ في ثبوت الحكم للموضوع عند طرؤ حاله عليه، يمكن التمسك في إثباته بتلك القضية، لأنّ المفروض أنّ مفادها ثبوت الحكم للموضوع على جميع التقادير و الحالات. و تارة يكون مع قطع النظر عن جميع الطوارئ بحيث يكون مفاد القضية: أنّ الموضوع الفلاني لو خلّى و طبعه و من حيث هو حكمه كذا، فلا ينافي هذا اتّصاف الموضوع بضدّ الحكم المذكور لأجل القاصر الخارجي، لأنّ فعليّة هذا الحكم مقصورة على صورة خلؤ الموضوع عمّا يمنعه عن الجريان على مقتضى طبعه، فحينئذ لا يصحّ التمسك بالقضية عند الشكّ في عروض المانع أو منع العارض، و تسمّى تلك القضية قضية حيثيّة، و مثاله في الإنشاءات قوله- عليه السلام-: «لحم الغنم حلال»، فإنّ مفاده أنّه لو خلّى و طبعه و من حيث هو يكون حلالا، بحيث لا ينافيه دليل حرمة الغنم المغصوبة أو الموطوءة للإنسان.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٣

و من هذا القبيل القاعدة المذكورة، فإنّ مفادها أنّ المال من حيث أنّه مال حكمه عدم جواز إدخال الغير إيّاه في ملكه من دون رضا صاحبه، فلا ينافيه كون المعاطاة سببا لجوازه و مانعا عن هذا الاقتضاء حتّى يتمسك في نفيه بالقاعدة.

و مثاله في الإخبارات قولك: الرجل خير من المرأة، فإنّ مفاده أنّ الرجل من حيث أنّه رجل خير من المرأة من حيث إنّها امرأة، فلو اتّفق كون جميع النسوة في زمان أشرف و أفضل من جميع الرجال لأجل الحيثيات الخارجيّة، لم يكن منافيا لذلك.

## فرع: لو اجتمع عنوانان كان لكل منهما حكم حيثى و كان الحكمان متضادين

فلا يخلو: إما أن يكون أحد الحكمين اقتضائياً و الآخر لا اقتضائياً، بأن يكون أحدهما الإباحة و الآخر الوجوب أو الحرمة، أو يكون كلاهما اقتضائياً، بأن يكون أحدهما الوجوب و الآخر الحرمة. فإن كان الأول، يقدّم الاقتضائى على اللاقتضائى بحكم العقل، لأنّ المفروض أنّ أحد العنوانين قد حكم عليه بالإباحة لأجل خلوه عما يقتضى وجوبه و حرمة، فهو لا اقتضاء صرف، و الآخر قد حكم عليه بالوجوب أو الحرمة لأجل وجود المصلحة المقتضية للوجوب أو المفسدة المقتضية للحرمة فيه، و لا تعارض بين اللاقتضاء و الاقتضاء بالضرورة.

و كذا يكون الفارق هو العقل لو كانا اقتضائيين و لكن كان أحدهما بالنسبة إلى الخصوصيات الفردية لا اقتضاء، بأن لا يعين دليله خصوص أحد الأفراد، و الآخر اقتضاء كما فى مورد اجتماع الأمر و النهى مع ثبوت المندوحة، كالصلاة فى الدار الغصبيّة مع التمكن من المكان المباح، فإنّ وجوب الصلاة و حرمة الغصب و إن كانا اقتضائيين لكنّ الأول بالنسبة إلى خصوصيّة هذا الفرد لا اقتضاء، لإمكان الكفاية عنه بغيره، و الثانى اقتضائى، و لا تعارض بين الاقتضاء، لإمكان الكفاية عنه بغيره، و الثانى اقتضائى، و لا تعارض بين الاقتضاء و اللاقتضاء الثابتين فى الخصوصيّة الفردية أيضاً بالضرورة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٤

و من هنا ظهر ضعف ما ذكره بعضهم: من موازنة مصلحة الواجب مع مفسدة الحرام، و ترجيح الأقوى و الأهمّ منهما الشامل بإطلاقه لصورة المندوحة، فإنّ المصلحة و إن كانت أضعاف المفسدة بكثير، لكنّها بالنسبة إلى الخصوصيّة الفردية لا اقتضاء، بمعنى إمكان إدراكها و التجنّب عن المفسدة الضعيفة فى الفرد الآخر.

و أمّا لو كان كلاهما اقتضائياً بالنسبة إلى الخصوصيّة الفردية، بأن كان الوجوب متعلّقاً بجميع الأفراد كالحرمة، أو لم يتمكّن المكلف إلّا من الفرد الحرام، فحينئذ لا سبيل للعقل إلى ترجيح أحدهما، بل لا بدّ من استفسار الحال من الشرع، فإن دلّ على أقوائية مصلحة الواجب أو مفسدة الحرام فى نظر الشارع، و إلّا فالعمل على ما يقتضيه الأصول.

فإن قلت: حيث إنّ المفروض فيما نحن فيه هو الشكّ فى مانعيّة العارض - أعنى: حيثية كون المال مأخوذاً بالمعاطاة - فيمكن التمسك بأصالة عدم المانع فى إثبات اللزوم.

قلت: فيكون الحاصل أنّ المال فى حدّ ذاته بمقتضى القاعدة مقتضى لثبوت السلطنة، و المانع مفقود بالأصل، فتكون السلطنة ثابتة بالفعل، فالأثر المقصود ترتبه على الأصل المذكور فعليّة الحكم الاقتضائى التى هى أثر عقلى لا يتمّ إثباته به إلّا على الأصل المثبت.

### [الاستدلال بآية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عَلَى لُزُومِ الْمَعَاطَةِ]

و يمكن أن يستدلّ على اللزوم فى المقام بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» بناء على أنّ العقد بمعنى العهد، فيشمل المعاطاة، حيث يدلّ على لزوم الوفاء

(١) المائدة: ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٥

بجميع العقود التى منها المعاطاة، و عدم جواز تصرّف أحد المتعاقدين فيما صار إلى الآخر حتى بعد الفسخ أو التراد، فيدلّ على عدم تأثيرهما و نفوذهما.

و يمكن الاشكال فيه، و لا بدّ من تقديم مقال لتوضيح هذا الإشكال.

فاعلم أن لتخصيص العمومات عند العرف حدًا فلا يعدّون من ارتكب التخصيص فيها- غير متجاوز عن هذا الحد- لاغيا، فلو قال صاحب البستان المشتمل على أنواع الفواكه لغيره: أدخل بستاني و أذنت لك في أكل كلّ ما شئت من الفواكه إلّا التفاح و الرمان، لا يكون كلامه هزوا و هجنا بخلاف ما لو كان المقصود الإذن في خصوص التفاح، أو فيه و في الرمان، فإنّ اللازم حينئذ التصريح باسمهما، فالتكلم بالعام ثم إخراج الأفراد منه واحدا بعد واحد حتى لا يبقى غيرهما قبيح مستهجن. فلو رأينا في كلمات الشارع عامًا يوجب حمله على ظاهره، هذا القسم من التخصيص، كان ذلك كاشفا قطعيا عن أنّه كان في الكلام قيد متّصل، فسقط و لم يصل إلينا، أو لم يكن و لكن كان الظاهر غير مراد، بل استعمل في غيره ممّا لا يلزم من إرادته هذا التخصيص المستبشع مجازا بالقرينة الحالية المختفية علينا، فيصير ذلك سببا لإجماله و موهوبته من حيث الدلالة و إن كان في غاية الاعتبار من حيث السند، كما في قوله- عليه السلام-: القرعة لكلّ أمر مشكل.

فنقول: إنّ الآية الشريفة من هذا القبيل، فلو حملت على ظاهرها لزم ذلك التخصيص، بل يلزم أن لا يبقى لها مورد أصلا، أو بقى و لكن كان فرضا نادرا بحكم العدم، إذ العقود الفاسدة كثيرة، و أمّا الصحيحة فما منها إلّا يجوز ترك العمل بمقتضاه، إمّا بالفسخ كما في البيوع الخيارية، أو بالاسترداد كما في الهبة و غيرها من العقود الجائزة و المعاطاة على قول كثير، أو بالإقالة كما في جميعها، أو كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٦

بالطلاق كما في النكاح، فيمكن أن يكون المراد بها العهود الإلهية.

و يمكن أن يقال في دفعه: بأنّ معنى الوفاء بالعقد هو الجرى على مقتضاه، فكّل من المتعاقدين يلتزم بشيء في ذمته للآخر، فيصير الآخر ذا حقّ عليه، و لا يبرأ منه حتى يوفّيه و يؤدّيه، فزمام العقد بيدهما، إن شاءا يبقياه و إن شاءا يفسخانه بإقاله، فالتقابل ينحلّ العقد و ينعدم، فلا يبقى موضوع للوفاء، فلا يكون عدم وجوب الوفاء بعد التقابل من باب التخصيص و قصر الحكم، بل من باب التخصّص و قصر الموضوع.

و كذا عدم الوجوب في العقود الفاسدة، فإنّها أيضا منحلّة، لكن لا بحلّ المتعاقدين بل بحلّ الشارع الذي بيده اختيارهما و اختيار عقدهما، فإنّ حلّ الشارع لم يقصر عن حلّ المتعاقدين لو لم يكن أعظم منه، ألا ترى أنّه لو عقد مرؤوسان لرئيس واحد و عهدا على أمر فأبطله الرئيس و حلّه، يكون العقد منحلّا عند العرف، فخرج هذه العقود عن الآية أيضا من باب التخصّص لا التخصيص. و كذا الكلام في العقود المفسوخة بفسخ ذي الخيار، فإنّ الشارع جعل زمام العقد بيده، فيكون حلّه مستندا إلى إذن الشارع، فيكون بمنزلة حلّ الشارع، فينحلّ به العقد كما ينحلّ بحلّ الشارع.

و بالجملة: ففي هذه الثلاثة (أعنى: العقود المفسوخة بالتقابل، و العقود الفاسدة، و العقود المفسوخة بفسخ ذي الخيار) ليس في البين عقد حتى يكون واجب الوفاء، بل انهدم و انعدم بعد ما كان في السابق، و صار كأن لم يكن شيئا موجودا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٧

و أمّا العقود الجائزة كالهبة و نحوها، فلا يبعد أن يقال: بأنّ استرداد العين فيها سبب مستقلّ لتملكك، نظير حيازة المباحات، فيكون حالها عند الاسترداد كحالها عند انتقال العين إلى مالكة الأصلي بصلح و نحوه، فكما أنّ الصلح لا ينافي الوفاء بالعقد الأوّل بل ربّما يؤكّده، فكذلك الاسترداد، فإذا انتقل المال إلى مالكة الأصلي بالاسترداد حصل الانحلال القهري للعقد لا محالة، فخرج هذه العقود بعد الاسترداد أيضا من باب التخصّص لا التخصيص، فجميع ما زعم كونه تخصيصا ظهر كونه تخصّصا.

لكن يرد على هذا البيان إشكال، و هو: أنّه يلزم أن يكون التمسّك بالآية في موارد الشكّ في الصّحة و الفساد، و كذا في موارد الشكّ في اللزوم و الجواز تمسّكا بالعام في الشبهة المصدقية، للشكّ في أنّ هذا العقد هل صار منحلّا بحلّ الله تعالى أو بحلّ ذي الخيار أو بالاسترداد؟ حتّى لا يكون من مصاديق العام، أم لا حتى يكون منها؟ فإنّ الشكّ في صدور الحلّ من الله تعالى أو ممّن هو مختار من قبله، أو كون الاسترداد سببا لتملكك، موجب للشكّ في صدق عنوان العقد على هذا العقد الخاص و عدمه، فيلزم أن تكون



الآية غير نافعة في شيء من المواضع، فإن لكل عقد مقامين يحتاج إثبات كل منهما إلى دليل. الأول: الصحة و الفساد، و الثاني: اللزوم و الجواز، و عرفت أن الآية لا تفيد لشيء منهما.

و يمكن أن يقال: إن الأحكام الشرعية تتعلق بما هي مصاديق لموضوعاتها في نظر العرف، فطريق العرف في تشخيص الموضوعات حجة ما لم يظهر من الشرع تخطئه، فبه ثبت الحكم لكل ما أدى إلى مصداقته للموضوع، فإذا تبه الشارع على خطأ نظر العرف في الحكم بمصداقية شيء، فيصير هذا الشيء بعد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٨

ذلك عند العرف أجنبيًا عن الموضوع و خارجا عنه من باب التخصيص، و إن كان قبل ذلك معدودا عندهم من أفرادهم، بحيث كان إخراجهم من دون دليل تخصيصا بلا مخصص، و غير جائز عند الشرع بمقتضى تحكيمه لطريقهم، مثلا أكل المازة يكون بمقتضى النظر العرفي من الأكل بالباطل، فإذا تبه الشرع على أنه ليس باطلا- بل يكون حقا، فيرجع عن اعتقاد دخوله و يبني على خروجه، فيكون إخراجهم قبل هذا التنبيه من باب التخصيص و بعده من باب التخصيص. □

و كذا البيع الربوي، حيث إنه محكوم شرعا بالدخول تحت عموم أحل الله البيع و يكون خروجه من باب التخصيص، بمقتضى النظر العرفي الحاكم بكونه بيعا ما لم يثبت تخطئه من الشرع، و أما بعده، فيكون خارجا من باب التخصيص.

و كذا الكلام فيما نحن فيه، فكل عقد ما دام مشكوك الصحة أو اللزوم يصح التمسك بالآية على صحته أو لزومه، بمقتضى النظر العرفي الحاكم بكونه عقدا، فإذا ورد دليل من الشرع على فساده أو جوازه، يكون خارجا من باب التخصيص لظهور عدم كونه عقدا بالبيان المتقدم.

ثم إنه قد اشتهر الاستدلال بهذه الآية على اللزوم و عدم تأثير الفسخ و فساده.

و يمكن تقريبه بناء على كون الأمر بالوفاء إرشاديا، بأن يقال: إن مفاد الآية أن ما اقتضاه العقود لما صار كائنا و واقعا، بحيث لا يزول بفسخ أو استرداد، بل يكونان لغوين بلا فائدة و أثر، فلهذا أوفوا بها كأن تعاملوا مع أعيانكم التي نقلتموها بها إلى غيركم معاملته سائر أمواله، و اتركوا مخالفة الوفاء، كأن تفسخوها أو تنتزعوا الأعيان من يد هذا الغير بقصد رجوع الملك إليكم، لأنه لغو.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٦٩

و أمّا بناء على كونه تكليفيا- كما هو الظاهر بل يمكن أن يقال إنه المتعين- لظهور أن وجوب الوفاء بمثل نذر الفعل كالتصدق و وجوب تكليفى. و دعوى:

إمكان كون الأمر بالنسبة إلى مورد تكليفيا و إلى آخر إرشاديا، مدفوع: بأن المولوية في الأمر التكليفى ملحوظة و محفوظة، و لهذا يترتب عليه الثواب و العقاب، و فى الإرشادى غير ملحوظة، بل إنما لاحظ المولى نفسه كأنها عقل العبد، و لهذا لا يترتبان عليه، و من الواضح عدم إمكان الجمع بين هذين للحاظين فى أمر واحد و لو بالنسبة إلى موردين.

فيمكن أن يخدم فيه: بأن غاية ما تدل عليه الآية هو وجوب الوفاء و حرمة الفسخ، و قد تقرّر فى محلّه أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد، فيمكن أن يكون الفسخ حراما مؤثرا، نظير ما لو نهى الوالد عن الفسخ فى مورد ثبوته، حيث إن الولد عاص به و لكنّه صحيح مؤثر. و كذا لو نذر أن لا يفسخ أو حلف عليه.

و يمكن الجواب أولا: بدعوى الإجماع القطعى على أنه كلما ثبت حق الفسخ فى مورد لم يكن الفسخ فيه حراما، فحرمته فى هذا المقام تدل على فساده.

و أمّا التحريم فى الصور المذكورة، فهو عارضى من جهة تلك العناوين الثانوية، لا أصلى من جهة نفس الفسخ.

و ثانيا: بأن معنى الوفاء بالعقد هو المشى، و العمل الخارجى الأركانى على طبق القول، و معنى ترك الوفاء هو العمل و الحركة فى الخارج على خلافه، فالوفاء بالوعد و عقد الاخوة هو الإتيان بالموعودية و ترتيب آثار الاخوة و إتيان لوازمها فى الخارج، و عدم الوفاء

بهما هو ترك هذا العمل الخارجى، و الوفاء بعقد البيع هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٠

ترتيب البائع آثار سلطنته المشتري للمبيع فى الخارج، (أعنى: تسليمه إياه إلى المشتري بعنوان أنه ملكه)، و عدم الوفاء هو امتناعه من ذلك أو انتزاعه إياه من يد المشتري بعنوان أنه ملك نفسه، و ليس مجرد البقاء على العقد القلبى و الالتزام الباطنى فى عقد وفاء به، و لا مجرد هدمه بل عقد خلافه تركا للوفاء به، فمن رجع عن عقده القلبى فى عقد و عقد خلافه، ثم رجع إلى الأول قبل صدور عمل منه على طبق العقد القلبى الثانوى، فأهل العرف لا يسمونه بمجرد ذلك مخالفا للعقد. فعلم من ذلك أن الآية تفيده حرمة العمل الخارجى على خلاف العقد و القول، لا حرمة الفسخ و رفع اليد عن العقد القلبى حتى يرد ما ذكر.

ثم إن الآية تفيده بإطلاقها حرمة انتزاع كل من المتبايعين ما دفعه إلى الآخر من يد الآخر بعنوان أنه ملك نفسه دائما حتى بعد الفسخ، فيستكشف من ذلك حكم وضعى و هو فساد الفسخ، فإنه لو كان الفسخ مملكا لما كان الانتزاع محرما، إذ لا معنى لحرمة انتزاع الملك من يد الغير، فحرمة الانتزاع و عدم مملكية الفسخ إنما متلازمان، فينتقل من الأول إلى الثانى كما هو مقتضى القول بمجوعولية الحكم الوضعى مستقلا، أو الثانى عين الأول كما هو مقتضى القول بتبعيته للتكليفى. هذا هو الكلام فى الفسخ، و مثله الكلام فى التراد، فإن الآية تدل بإطلاقها على وجوب رد العين المستردة إلى الآخر بعنوان أنه صاحبه، و حرمة إمساكه بعنوان أن نفسه مالكة، و هذا معنى فساد التراد، أو ملازم له. و قد يستشكل على التمسك بالآية فى إثبات اللزوم: بأن الأحكام الشرعية تدور مدار موضوعاتها حدوثا و بقاء، فيتحقق الحكم كلما تحقق الموضوع و ينتفى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧١

كلما انتفى، و لا شك أن الفسخ لو كان مؤثرا كان العقد منحلًا، فكيف يصح التمسك بالطلاق «أوفوا» مع الشك فى تأثير الفسخ؟ و هل هذا إلا تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية؟ و التمسك بإطلاق الحكم فرع إحراز موضوعه، و بالجملة: فحال العقد حال الأمر، فكما أن الأمر يستمر إلى أن ينسخه الأمر، فينقطع حينئذ استمراره و لا يتمسك بإطلاقه مع اشتباه الحال، فكذا حال العقد بالنسبة إلى الفسخ.

بل يمكن أن يقال: إن مفهوم البيع كما يحتاج فى حدوثه إلى العقد القلبى و الالتزام من الطرفين، فكذا فى بقائه أيضا يحتاج إلى بقاء العقد القلبى من الطرفين و ثباتهما على الالتزام، فمع نكول أحدهما لا بيع حقيقة، لا أنه لا يعلم أنه بيع أم لا. و الجواب: أننا لا نسلم كون العقد ممّا يقبل البقاء إن بنينا على أن المعانى الإنشائية توجد باللفظ و القصد، فإنها على هذا توجد بوجود اللفظ و القصد و تنعدم بانعدامهما، و إنما الباقى هو آثارها فالآية تفيده أن هذا المفهوم الآنى الحصول إذا تحقق يجب الوفاء به دائما- و المفروض فى المقام أن تحققه مقطوع و الشك إنما هو فى ارتفاع حكمه بعد الفسخ- فيتمسك فى بقائه بإطلاق «أوفوا». و أما إن بنينا على ما اخترناه سابقا: من أنها حالات قائمة بالنفس يكشف منها اللفظ أو الفعل كالبناء و الالتزام القلبى، فهى و إن كانت ممّا تقبل البقاء إلا أن تعليق الحكم على الموضوع القابل للبقاء يتصور على نحوين:

الأول: أن يجعل لبقاء الموضوع مدخل فى بقاء الحكم، فكما يكون حدوثه منوطا بحدوثه فكذا يكون بقاؤه أيضا منوطا ببقائه بحيث يكون مرتفعا بارتفاعه،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٢

و ذلك كما فى قولك: كل كاتب متحرك الأصابع، فإن هذا المحمول يدور مدار الوصف العنوانى وجودا و عدما، ففى هذا القسم لا بد أولا من إحراز بقاء الموضوع بعد حدوثه ثم التمسك فى ثبوت الحكم بإطلاق الدليل.

الثاني: أن يجعل بقاء الموضوع ملقى في الحكم بحيث يدور الحكم وجودا مدار حدوث الموضوع و عندما مدار عدم حدوثه من دون مدخلية للبقاء فيه أصلا، فلا يتفاوت الحال بعد حدوثه بين أن يبقى أو يفنى، و ذلك كما في قولك: الماء المتغير نجس، فإنّ النجاسة لا ترتفع بمجرد زوال التغير على المشهور و إن كان حدوثها منوطا بحدوثه، ففي هذا القسم لا حاجة إلى إحراز البقاء، لصحة التمسك بإطلاق الدليل لإثبات الحكم عند الشك فيه، بل يكفي العلم بأصل الحدوث و إن كان البقاء مقطوع العدم.

فإن قلت: إن الظاهر من تعليق الحكم على الموضوع القابل للبقاء هو أن يكون من قبيل الأول، و لو تنزلنا فلا أقل من الاحتمال، و هو كاف في سقوط الاستدلال، فعليك بإثبات أن التعليق في الآية من قبيل الثاني.

قلت: القرينة على كونه من هذا القبيل هو أن العاقد ما دام عزمه باقيا و بناء ثابتا لا يصدر منه خلاف الوفاء في الخارج حتى يؤمر بالوفاء، و إنما يصدر منه ذلك إذا رفع اليد عن عزمه و رجع عن التزامه و بنائه، فحينئذ يصح أمره بالوفاء، و ليس المراد: أن خلاف الوفاء لا يعقل انفكاكه عن انحلال العزم القلبي، بل المراد أنه و إن كان ممكنا مع بقاء العزم لكأنه لا يصدر في الغالب إلا مع انحلاله، فدل هذا على أن ليس المراد بالآية: الأمر بالوفاء و النهي عن خلافه ما دام العزم باقيا و البناء ثابتا، إذ قد عرفت أن التخلف في هذه الصورة قليل جدا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٣

بحيث لا تصلح لورود النهي عنه، بل المراد بها: النهي عن خلاف الوفاء الناشئ عن انهدام العقد و انحلال البناء، فلا تتعرض الآية إلا لصورة انعدام العقد بعد حدوثه فكيف يكون لبقائه مدخل في الحكم المدلول عليه بالآية، فيصير المحصل: أن العاقد كلما أراد أن لا يعمل في الخارج على طبق عقده بواسطة ارتفاع بنائه القلبي، فهو مأمور بالمشي على طبقه و منهى عن ضده.

ثم على الاستدلال بالآية إشكال آخر، و هو: أنها لا تدل على وجوب الوفاء بكل عقد دائما بل على حسبه، إن دائما فدائما و إن مؤقتا فموقتا، و المنشئ للملك قد ينشئ الملك الموقت كما في الإجارة، و قد ينشئ الملك آنا ما على سبيل الإهمال كما في البيع، فإن ملكية البائع للثمن و المشتري للمثمن غير مقيدة بالدوام و لا بزمان معين بالضرورة، فيكون الوفاء بالبيع هو ترتيب آثار الملكية آنا ما، فكيف يستفاد من الآية وجوب الوفاء بالبيع دائما، حتى يستكشف من شموله لما بعد الفسخ فساد الفسخ و عدم تأثيره.

و توضيح الجواب عن هذا يتوقف على بيان مقدّمه و هي: أن تعلق الطلب بالطبيعة بحسب مقام الثبوت يكون على أنحاء: الأول: أن يكون بلحاظ صرف الوجود في مقابل العدم الأزلي، بأن يكون المطلوب مجرد إخراجها عن العدم و إدخالها في الوجود، و ذلك كما في قولك:

أعطني الماء، حيث إنّ من المعلوم أن المطلوب ليس جميع مياه العالم، بل ما يصدق عليه صرف الوجود، و لازم هذا سقوط الطلب بالمرّة الأولى، لصدق الامتثال و الخروج عن عهدة التكليف عليها، فلا يكون الإتيان بعدها امتثالا.

الثاني: أن يكون بلحاظ الوجود الساري، بأن تكون الطبيعة مع كونها

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٤

بلحاظ صرف الوجود مطلوبة بلحاظ كلّ وجود أيضا مطلوبة، فهي مع كلّ وجود اعتبرت، اعتبرت بصفة المطلوبة لا بدونها، كما أن النار بلحاظ كلّ وجود حارّة، و لا تعتبر مع وجود بدون هذه الصفة، و ذلك كما في قولك: تواضع للعالم، فإنّ من المعلوم أن ليس المراد: أوجد هذه الطبيعة فقط، بل المراد: أوجد كلّ فرد فرد منها، فهي بلحاظ كلّ وجود مطلوبة بالاستقلال، و لازم هذا ملاحظة الامتثال و عدمه بالنسبة إلى كلّ فرد فرد.

الثالث: أن يكون بلحاظ عدّة وجودات من حيث المجموع، بأن يكون مورد الطلب و مناط الحكم هو الطبيعة بلحاظ هذا المجموع من حيث المجموع، لا- هي بلحاظ صرف الوجود فقط، كقولك: تواضع للعالم، إذا كان بلحاظ خمسة معينين من العلماء مثلا من حيث المجموع، بحيث كان الغرض دائرا مدار تواضع الجميع وجودا و عدما. و الفرق بين هذا و الوجه الأوسط: أن الامتثال و عدمه

ملحوظان هناك بالنسبة إلى كل فرد فرد و هنا بالنسبة إلى المجموع.

و أمّا إنّ أیّ هذه الوجوه هو المستفاد من القضية اللفظية التي علق الحكم فيها على الطبيعة، فالكلام فيه يحتاج إلى بيان أن ألفاظ الطبايع والكليات موضوعه لماذا؟

فنقول: المحكى عن السلطان - قدس سرّه - و قبله المشهور، أنّها موضوعه للطبيعة المهملة، أعني: المعنى المعزى عن الإطلاق و التقييد، و الوجود ذهنا و خارجا، و العدم، بحيث يصلح لكل واحد منها، و لهذا لا يكون قولك: الإنسان موجود بديهيّا، و لا قولك: الإنسان معدوم، تناقضا.

و من الواضح أنّ هذا المعنى الذي لا يقتضى في ذاته وجودا و لا عدما لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٥

يكون منشأ للأحكام و الآثار بالديهية، فالعقل قاطع بأنّ هذه المعاني بما هي ليست مرادة في تلك القضايا، بل لا بدّ من كون قيد الوجود في البين حتّى تقع الطبيعة مقيدة به موضوعا للمحمولات، و قد عرفت أنّ تقييد الماهية بالوجود يتصوّر على ثلاثة أنحاء، و لكنّ العقل ساكت في هذه المرحلة عن خصوص واحد معيّن منها، بل حاكم بلا بدية الوجود في الجملة، فلا بدّ في إثبات واحد معيّن منها من دليل آخر.

فنقول: ما دام لم يكن في اللفظ قيد، و لم يتم في البين قرينة، و بعبارة أخرى:

إذا أحرز مقدّمات الحكمه، فأصالة الإطلاق حاكمه بتعين الأقلّ مئونه من هذه الوجوه، و هو كون الطبيعة بلحاظ صرف الوجود موضوعا، فإنّ أصل الوجود اعتباره مفروغ عنه، و اعتبار كلّ من الوجهين الأخيرين لكثرة مئونهما يحتاج إلى دلالة زائدة، و أصالة الإطلاق تنفيها، فتعين الوجه الأوّل، و لهذا يتبادر عند العرف من إطلاق القضية هذا الوجه أيضا.

و ربّما يتبادر الوجه الثاني بمساعدة قرينة المقام، كما في قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** حيث إنّ المتبادر حلية جميع البيوع لا بيع ما، لكون المقام مقام اللطف و المنّة. و لا يخفى أنّ المناسب له أن تكون الحلية متعلّقة بجميع البيوع لا ببيع ما أو بيع واحد غير معيّن.

أو بشهادة المناسبة بين الحكم و الموضوع، بأن يكون الحكم بحيث ناسب التصاقه بالموضوع مع أي فرد أعتبر، بلا تفاوت في ذلك بين الأفراد أصلا، كما في قولك: تواضع للعالم، فإنّ المناسبة بين صفة الوجوب و تواضع العالم تقتضى أن يكون اتّصافه بها بلحاظ وجوده الاستغراقي، لا بلحاظ صرف الوجود في مقابل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٦

العدم الأنزلي، و لهذا يحكم العرف بحصول الامتثال لكل فرد، و لهذا أيضا يفهم العرف من قول المولى: **أهن الفاسق، و جوب إهانة كلّ فاسق، لا الاكتفاء بإهانة ما لفاسق ما.**

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ من باع شيئا و إن كان لم ينشئ إلّا الملكية المطلقة لا المقيّدة بزمان خاصّ و لا بالدوام، إلّا أنّه لا شبهة في أنّ تسليمه العين إلى المشتري يعدّ وفاء، و عدم استردادها منه في الزمان الثاني أيضا كذلك، و في الثالث أيضا كذلك و هكذا، و بالجملة: ما دام لم يسترجعها يعدّ موفيا بالبيع، فإذا استرجعها في زمان يعدّ من هذا الحين، مخالفا له، فوجوب الوفاء بالعقد يقتضى أن يكون الوفاء بجميع أفرادها و مراتبه - بالغة ما بلغت - واجبا، لا أن يكون وفاء ما به كافيا. و بالجملة: فالآية الشريفة مساوقة لقول القائل بالفارسية (نامردی نکن و بر طبق گفته خود رفتار کن) و لا شكّ أنّ العرف لا يفهم منه الاكتفاء بفرد ما لهذه الطبيعة، بل يفهم أنّه ما دام يكون لها فرد يكون الإتيان بها واجبا.

نعم لو لم يكن للوفاء بالعقد في مورد أكثر من فرد واحد، كما لو نذر أن يصوم غدا، فانقطاع الوجوب بعد هذا الحين إنّما هو من باب أن لا يكون للطبيعة فرد آخر، فهو من باب قصر الموضوع لا قصر الحكم.

و الحاصل: أنّ المستفاد من الآية هو وجوب أن يسلم البائع المال إلى المشتري، ثم لا يسترجعه منه بعد ذلك بعنوان أنّه ملك نفسه

أبداً، فهي نظير «تواضع للعالم» في استفادة أن الوجوب ثابت للطبيعة بلحاظ وجوده الاستغراقي، لا بلحاظ صرف الوجود من جهة المناسبة الكائنة بينهما المقتضية لذلك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٧

### [الاستدلال بآية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إنا أن تكون تجارة عن تراضٍ على لزوم المعاطاة]

و مما يستدل به على اللزوم في كل مقام شك فيه، قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إنا أن تكون تجارة عن تراضٍ (١) و لا بأس بصرف عنان الكلام إلى تركيب الآية الشريفة قبل الخوض في تقريب الاستدلال و ما فيه من النقض و الإبرام. فاعلم أن اسم «تكون» مستتر فيه راجع: إمّا إلى الأموال، و المعنى إلبا أن تكون أموالاً متجورة بها عن تراضٍ، أو أموالاً مأخوذة عن تراضٍ، و إمّا إلى المقدّر قبله، و التقدير و المعنى: بجهة من الجهات، إلبا أن تكون جهة التجارة عن تراضٍ، أو جهة كائنة عن تراضٍ. و الظاهر أن قوله عن تراضٍ قيد لقوله تجارة خرج به ما ليس كذلك، كبيع المكره. فإن قلت: كيف و المكره راضٍ بالبيع، باعتبار أنه يتوسّل به إلى دفع ما توجه إليه من الضرر النفسى، أو العرضى أو المالى، نعم لا يكون راضياً بالبيع لو خلّى و طبعه و بعنوانه الأولى.

قلت: نعم و لكنّ المراد بالتراضى فى الآية رضا خاصّ، يعبر عنه فى العرف بطيب النفس، جمعا بينها و بين قوله - عليه السلام -: لا يحلّ مال امرئ إلبا عن طيب نفسه، و الدليل على أخصية طيب النفس من مطلق الرضا: أن من أكره على شىء لا يقال فى العرف: إنه طيب النفس بالنسبة إلى هذا الشىء، و لكن يقال: إنه راضٍ به بعنوانه الثانوى. و لا يتوهم أن طيب النفس عبارة: عن الرضا بالشىء بعنوانه الأولى، لأنه

(١) النساء: ٢٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٨

يصدق على الملجأ أنه أقدم على العمل عن طيب نفس، مع عدم رضاه به بعنوانه الأولى.

فإن قلت: على ما ذكرت من كون قوله عن تراضٍ صفة لقوله تجارة يلزم أن يكون مفاد الآية، حصر سبب حلّ أكل مال الغير فى التجارة، و من الواضح عدم الانحصار، لأنّ إذن المالك أيضا سبب لحلّ الأكل، فتعين أن يكون قوله عن تراضٍ خبرا بعد خبر، ليكون مفاد الآية أن سبب الحلّ منحصر فى سببين: التجارة و طيب نفس المالك، و دخول بيع المكره فى عموم التجارة غير مضرّ، لأنه فرد نادر، و الغالب المتداول فى البيوع صدورها عن طيب النفس، فيمكن تنزيل قوله تجارة على الغالب.

قلت: أكل الشخص مال الغير يكون على نحوين: الأوّل: أن يكون بعنوان أنه مال مالكه، و الثانى: أن يكون بعنوان أنه مال نفسه، و الآية متعرّضة للثانى بقريته المستثنى، و هذا أيضا كان المتداول بين الأعراب فى زمان الجاهلية، حيث ينهبون أموال الناس، و يتخيلونها مال أنفسهم، فمفاد الآية أن كلّ أكل مال الغير بعنوان المالىة لنفس الأكل باطل حرام، إلبا ما كان سببه التجارة عن تراضٍ، فجميع أقسام أكل مال الناس بعنوان مالىتهم ليس داخلا تحت الجملة المستثنى منها أصلا.

و تقريب الاستدلال: أن الآية تدلّ على أن جميع أقسام أكل مال الناس بعنوان مالىة الأكل - بأى سبب كان - ليس جائزا عند الشرع، إلبا قسما من هذا الأكل يكون بسبب التجارة عن تراضٍ، فيكون المحصّل أن أسباب جواز تملكك مال الغير، و التصرف فيه بعنوان المالكية منحصرة فى التجارة عن تراضٍ، فيفيد أن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٧٩

ما سوى التجارة من الفسخ و التراد و القمار، و غير ذلك، لا يكون سببا لجواز التملك، نعم خرج من هذا العموم الفسخ و التراد فى

موارد ثبوتهما، فهما في غير هذه الموارد داخلان فيه.

ثم إنَّ المصنّف - قدّس سرّه - عند الاستدلال على لزوم بقاعدة التسلّط، و خير «لا يحلّ مال امرئ». ذكر إشكالا ثمّ تبّه في هذا المقام على عدم جريانه هنا.

أمّا الإشكال: فهو أنّ الحكم يبقى ما دام الموضوع باقيا، و القاعدة تفيد أنّ مال الناس ما دام مالا لهم يكون تحت سلطنتهم، و أمّا حين الفسخ و التراد، فيحتمل أن يكون خارجا عن ماليتهم، و مع هذا الاحتمال لا مجال للتمسك بالقاعدة، و نظيره الكلام في الخبر، فإنّه يفيد أنّ مال كلّ امرئ ما دام مالا له، لا يكون لغيره السلطنة عليه، و مع الشكّ في تأثير الفسخ و التراد في رفع المالية عنه يقع الشكّ في بقاء الموضوع، و معه لا مجال للأخذ بعموم الحكم. و الجواب عن هذا الإشكال قد تقدّم سابقا.

و أمّا وجه عدم جريانه هنا: فهو أنّ الآية تدلّ على أنّ مال الناس ما دام مالا لهم، لا يكون لغيرهم تملكه بسبب من الأسباب، إلّا بسبب التجارة عن تراض، و هذا صريح في نفي السببية للتملك عن الفسخ و التراد. و لازم هذا أنّ مائة الغير محفوظة و لا ترتفع بسببها. نعم لو قلنا: بأنّ الفسخ إبطال العقد من الأصل، فيكشف عن عدم صيرورة المال مالا للغير من أوّل الأمر، فمع الشكّ في تأثيره في إبطال العقد يقع الشكّ في أصل تحقّق الموضوع، و هو مائة المال للغير، لكن هذا القول ضعيف،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٠

و المختار أنّه إبطال العقد من حينه.

و عبارة المصنّف - قدّس سرّه - في هذا المقام في جميع النسخ هكذا:

(و التوهم المتقدم في السابق جار هنا)

و يقيني أنّ لفظة «غير» سقطت من قلمه الشريف، و ينادى بذلك التعليل الذي ذكره بعد هذه العبارة بلا فصل، بقوله:

(لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكا للأكل، لا لغيره)

يعنى: أنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة قرينه على أنّ الآية لا تعرض إلّا لأكل مال الغير بعنوان المالكية له، فمفادها حصر مجوّز هذا القسم من الأكل في التجارة، و هذا يناسب أن يعلّل به عدم الجريان، لا الجريان، كما هو أوضح من أن يخفى.

نعم، هنا إشكال آخر ذكره المصنّف - قدّس سرّه - في مسألة بيع المكره، و هو أنّ دلالة الآية على الحصر ممنوعه، و معه لا مجال للاستدلال بها في المقام.

وجه المنع: أنّ الاستثناء في الآية منقطع، و هو لا يفيد الحصر.

أمّا الأوّل: فلأنّ المستثنى فيها هو التجارة عن تراض، و هو حقّ، فليس من جنس المستثنى منه الذي هو أكل المال بالباطل.

و أمّا الثاني: فلأنّ أداة الاستثناء في قولك: ما جاءني القوم إلّا حمارا مثلا، لم يخرج من المستثنى منه شيئا، فإنّ الحمار ليس من القوم، بل إنّما استعملت في مقام «لكن» فأتى بها لدفع توهم نشأ من سابقه، فإنّ عدم مجيء القوم يوهم عدم مجيء حمارهم، فالكلام مركّب من جملتين مستقلتين خاليتين عن أداة الحصر، كما في قولك: ما جاءني القوم لكن جاءني حمارهم، و عبارة المصنّف - قدّس سرّه - في تلك المسألة في وجه المنع هكذا:

(لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ)

و الظاهر أنّ قوله

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨١

(غير مفرغ) قيد تقييدى، و لانزمه إمكان كون المستثنى المنقطع مفرغا، و هو غير صحيح، لأنّ المستثنى المفرغ هو الذي لم يذكر المستثنى منه قبله، بل يقدر قبله عامّ يعمّه، كما في قولك: ما جاءني إلّا حمار، فالتقدير: ما جاءني شيء إلّا حمار، و لازم هذا أن يكون متصلا دائما.

و يمكن أن يقال: إن الاستثناء في الآية متصل، فإن المنساق من هذه العبارة و نظائرها في العرف هو أن يكون القيد تعليلاً للجمله المستثنى منها، لا تقييداً لها، فيكون المستثنى منه في الحقيقة بلا قيد، فيكون معنى قوله لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة أن شيئاً من أموال الناس لا تأكلوه بوجه أنه ملككم، فإن كَلَّها أكله بهذا الوجه باطل، إلا أموالاً اشتريتموها منهم، إذ لو كان المراد بالجملة المستثنى منها: أن أكل مال الغير بهذا الوجه بالباطل غير جائز، لخرجت عن الإفاده، و كانت من باب توضيح الواضح. و يظهر الحال بملاحظة نظائر هذه العبارة في العرف، فمنها قول القائل: لا تسمع من الناس أقوالهم المزخرفة إلا ما تنتفع به، حيث إن الاستفادة منها أن جميع أقوال الناس مزخرفة، و لهذا لا بد أن لا تسمع إلا أقوالاً ينتفع السامع بها، و إلا فعدم جواز سماع المزخرفات بكليته غير محتاج إلى البيان.

هذا، مع إمكان منع المقدمه الثانيه، و هو عدم إفاده المستثنى المنقطع الحصر، فإننا نقطع بأن قول القائل: ما جاءني القوم إلا حماراً، يفيد حصر الجاني في الحمار، و أنه ليس كجملتين مستقلتين، بل لعل الحصر فيه أبلغ من المتصل، حيث إن المتكلم بصدد إفهام أنه لم يبق شيء من أفراد جنس المستثنى منه إلا و تلبس بالحكم المذكور، حتى إنه احتاج في مقام الاستثناء إلى التعدى من الجنس إلى غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٢

الجنس.

و بعبارة أخرى: إن عدم مجيء القوم مثلاً، لازمه غالباً عدم مجيء متعلقاتهم و مربوطاتهم من الكلب و الفرس و الحمار و غير ذلك، فالقاء كلام مذكور فيه عدم مجيئهم، بمنزلة إلقاء كلام مذكور فيه عدم مجيئهم مع تمام المربوطات بهم صريحاً، فكما أن استثناء واحد من المربوطات يفيد الحصر في الثاني، فكذا في الأول.

و من هنا يشترط في صحه الاستثناء المنقطع أن يكون المستثنى مربوطاً بالمستثنى منه، و لا يكون أجنياً صرفاً عنه، فيصح قول القائل: ما جاءني القطيع إلا الكلب، و يستهجن قوله: ما جاءني البختاريون إلا حمار رجل من الأعراب، و على هذا يكون مرجع المستثنى المنقطع إلى المتصل في اللب.

### [الأدلة على عدم لزوم المعاطاة]

#### إشارة

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ١، ص: ٨٢

### [توضيح حال الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]

فهذه الأدلة التي ذكرناها، مقتضية لكون الملك الحاصل بالمعاطاة لازماً.

لكن ادعى الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، و جواز رجوع كل من المتعاطيين إلى عينه مع بقاء العينين.

و لا- بدّ لتوضيح حال هذا الإجماع من بيان طرق حجيه الإجماع، و وجوه اعتباره على حسب اختلاف الآراء، فقد اختلفت آراء المتقدمين و المتأخرين في ذلك حتى اختلفوا إلى ثلاث فرق:

فمنهم من ذهب إلى أنّ وجه اعتباره اشتماله على قول المعصوم، وهو الحيّة، و ذلك بأن يكون وجوده - عليه السلام - في عداد المجمعين معلوماً، وإن لم يعلم شخصه بعينه، بحيث حصل الاطلاع القطعي على رأيه الشريف من الاتفاق، للعلم بكونه من جملة الآراء، كما لو علم اتفاق جميع الأمة أو جميع علماء الإسلام أو جميع أهل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٣ □

الحلّ والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وآله وسلم على رأى في زمان، حيث إنّ من المعلوم أنّ المعصوم - عليه السلام - واحد من هؤلاء في ذلك الزمان، لامتناع خلوّ زمان عن وجوده الشريف، فيحصل الاطلاع القطعي من هذا الاتفاق على رأيه. وعلى هذا، فالميزان والمناط هو الاشتمال على قول المعصوم، فالمشتمل عليه حيّة وإن بلغ في القلّة ما بلغ، والخالي عنه ليس بحجّة وإن بلغ في الكثرة ما بلغ، ولهذا قال المحقق - قدس سرّه - في المعتمد: لو خلا المائة من فقهاها من قوله لم يكن قولهم حجّة، ولو حصل في اثنين كان قولهما حجّة، انتهى. وإن لم يطلق اسم الإجماع المصطلح إلّا على ما إذا حصل الاتفاق.

وهذا القسم من الإجماع كما يمكن فرضه بسيطاً - كما لو فرض انحصار علماء بلد المدينة في زمان الصادق - عليه السلام - في المائة، فاستفتى رجل لا يعرف الإمام بعينه من تمام المائة، فاتفقوا على فتوى - كذلك يمكن فرضه مركباً، كما لو فرض إفتاء خمسين من المائة في المثال بفتوى، وخمسين آخرين بفتوى آخر، غاية الأمر أنّ الثاني يفيد العلم الإجمالي برأى الإمام والتفصيلي بنفى الثالث، وتحصيل هذا القسم من الإجماع وإن كان ممكناً في زمان الحضور كالمثال المذكور، ولكنّه في حال الغيبة قريب من الممتنع.

وليعلم أنّ العامّة هم أول من أسس هذا الأصل، وقالوا باعتبار الإجماع وأخذوا موضوعاً، وداخلاً في عداد الأدلة الشرعية، واعتمدوا في ذلك على ما رووه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لا تجتمع أمتي على خطأ.

وأما الخاصّة، فلم يكونوا قائلين بحجّيته بهذا الوجه، لوضوح عدم وجه لذلك، ولكن لما لم يقدرُوا على مخالفة العامّة، ولم يكن بدّ لهم من متابعتهم،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٤

تابعوهم في ذلك، ولكن لم يجعلوه حجّة من حيث نفسه، ومن حيث الموضوعيّة، بل من حيث اشتماله على قول المعصوم - عليه السلام -

ومنهم من ذهب إلى اعتباره من باب قاعدة اللطف، وتوضيحه: أنّه متى حصل الاتفاق من جميع أهل عصر واحد على رأى، فإنّا نعلم علماً قطعياً بمطابقة هذا الرأى لحكم الله الواقعي، وإلّا لزم اجتماع تمام الأمة على الخطأ، وارتفاع الحقّ عمّا بينهم، ومقتضى اللطف أن لا يتركهم الإمام بهذا الحال، بل يتوسّل إلى إلقاء الحقّ فيما بينهم بأيّ وسيلة كانت، لتمكّنه من ذلك ولو بأن يظهر نفسه لذلك بحيث لا يعرفه أحد.

وهذا الوجه أيضاً حسن لو كان مبناه - وهو قاعدة اللطف - صحيحاً، فإنّه يحصل العلم عند الاتفاق البسيط في زمان على حكم - مع عدم ظهور الخلاف بعده بفاصلة قليلة بين المجمعين - بكون هذا الحكم حقّاً مطابقاً للواقع، كما لو فرض اتفاق تمام أهل العصر على وجوب الدعاء عند الرؤية. وعند الإجماع المركّب من قولين مع عدم حدوث القول الثالث بين المجمعين، بكون الحقّ دائراً بينهما، غير خارج عنهما، كما لو فرض افتراق تمام أهل العصر إلى طائفتين: قائل بوجوب الدعاء عند الرؤية، وقائل باستحبابه، فيحصل العلم بعدم الحرمة.

□

لكنّ القاعدة مخدوشة، لأنّ مقتضى اللطف هو نصب الإمام بين الرعيّة، وقد منّ الله تعالى به على عباده في جميع الأزمنة، لكن إذا ساء حال الرعيّة، وبلغوا في الشقاوة إلى حيث غاب عنهم الإمام خوفاً من أذاهم، فارتفعت بذلك عنهم البركات، وانقطعت عنهم الفيوضات، فليس هذا خلاف اللطف من الله تعالى، بل هو شيء صنعه الرعيّة بأنفسهم بسوء حالهم، ولا يستند إلّا إليهم، ولا يكون

إلّا



كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٥

من جهتهم. فظهر أن اختفاء الحق بعد ذلك عن تمامهم في مسألة فرعية أيضا لا يكون خلاف اللطف، إذ هو ليس بأعظم من سائر الفيوضات المنقطعة عنهم بسوء اختيارهم، فالطريقة المذكورة المنسوبة إلى شيخ الطائفة و من تبعه، فاسدة بفساد مبناها. ومنهم من ذهب إلى اعتباره من باب الحدس و الكشف عن رضا المعصوم.

و توضيحه: أنه إذا اتفق جمع كثير و جم غفير من العلماء المدققين و الفضلاء المتبحرين - مع تشتت آرائهم و كثرة اختلافهم في المواضيع الأخر - في مسألة على رأى واحد، فهذا يكشف كشافا قطعيا: إما عن وصول شيء من الإمام - عليه السلام - في ذلك إليهم و لو بطريق الانتقال من صدر إلى صدر، ضرورة كشف فعل الرعية عن رضا الرئيس. و إما عن وجود حجة قطعية و أصل معتبر على ذلك في أيديهم، بحيث لا يقبل الخدشة أصلا، و إلا فمقتضى تشتت آرائهم و تباين مذاقهم هو حدوث الخلاف فيما بينهم في هذه المسألة أيضا لولا أحد الأمرين.

و بالجملة: فالعلم حاصل من طريق الحدس بمعذورية العامل على طبق هذا الحكم، و سلامته عن الهلكة و إن احتمل كونه مخطئا بحسب الواقع، و هذا الإجماع يختلف تحصيلا حسب اختلاف الأشخاص في سرعة التصديق و بطنه، و حسن الظن بالمجمعين و عدمه، فربما يحصل شخص من اتفاق و لا يحصله آخر من هذا الاتفاق بعينه.

و لا إشكال في حصول العلم من هذا الإجماع إذا كان بسيطا، ضرورة أنه إذا اتفق جميع كثير من أهل التدقيق و الشعور من العلماء المتبحرين - المتشئت مذاهبهم في مسائل كثيرة - على وجوب شيء مثلا، فيعلم بطريق الحدس أن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٦

وجوب هذا الشيء إما رأى الإمام أو مؤدى طريق معتبر واجب الاتباع.

و أما إذا كان مركبا، فإن كان معلوما من حال كل من الطائفتين أنه لو ظهر خطأ قوله يذهب إلى قول الأخرى، و لا يختار الثالث، فهذا كالإجماع البسيط على نفى الثالث، فيورث العلم بعدمه، و إن لم يعلم ذلك من حالهم، بل كان اتفاقهم على نفى الثالث تقيديا و من باب الإفتاء بضده بحيث لو سئل عن كل من الطائفتين: هل تحتمل حقيقة الثالث على فرض بطلان مذهبك؟ لقال: نعم، فلا يورث العلم بعدم الثالث، فلهذا لا تعارض مع الأدلة الدالة على ثبوته.

إذا عرفت ذلك، فالإجماع فيما نحن فيه من هذا القبيل، إذ كل من القائل بالإباحة و القائل بالملك الجائر - لو فرض تصديقه بخطائه و بطلان مذهبه - فلعله يذهب إلى الملك اللازم، ففيه لزوم إتما هو من باب الإفتاء بضده، بحيث يدوم بدوامه و يزول بزواله. «١».

و قد يتوهم صحة الاستدلال على عدم صحة المعاطاة - فضلا عن أن تكون لازما - بالأخبار الدالة على نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع المنازرة و الملامسة، و بيع الحصاة، بناء على أحد تفسيريهما، و هو أن يكون المراد ما إذا وقع إيجاب البيع بأحد من هذه الأفعال، أعنى: إلقاء المبيع، أو ملامسته، أو رميه بالحصاة، فإنها على هذا مشعرة بأن وجه الفساد كون إنشاء البيع بالفعل دون القول. و فيه مع إمكان أن يكون لهذه الأفعال بخصوصها دخل في الفساد: أن هذه الأخبار مجملة، فلا يصح الاستدلال بها، إذ كما يحتمل أن يراد بها ما ذكر، يحتمل أيضا أن يراد بها ما إذا قصد تعيين المبيع بهذه الأفعال بعد إنشاء البيع بغيرها،

(١) هنا بياض في الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٧

فوجه الفساد على هذا هو لزوم الغرر، و لا ربط لها بما نحن فيه.

و ممّا يستدلّ به على عدم لزوم المعاطاة بل عدم صحّتها و عدم فائدة لها أصلاً، قوله - عليه السلام -: «إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» الوارد في ذيل صنفين من الروايات في مقام التعليل.

الأوّل: ما أورده المصنّف - قدّس سرّه - من رواية خالد بن نجیح أو بخيخ أو حجاج، الواردة في باب بيع ما ليس عندك قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -:

الرجل يجيئني فيقول: اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال - عليه السلام -:

«أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ» قلت: بلى، قال: «لا بأس به، إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» (١).

الثاني: روايات المزارعة، منها ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «أنّه سئل عن الرجل يزرع - أرض رجل آخر - فيشترط عليه: ثلثا للبذر، و ثلثا للبقر، فقال: «لا ينبغي أن يسمّى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، و لك منها كذا و كذا، نصف أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمّى بذرا و لا بقرا فإنّما يحزّم الكلام» (٢).

حيث يفيد حصر المحلّل و المحزّم في الكلام، ففي كلّ مورد كان المقصود بالعقد أو بالإيقاع، التحليل - كما في عقد النكاح - إنّما يفيد الكلام لا غير، و في كلّ مورد كان المقصود به التحريم - كما في إيقاع الطلاق - إنّما يفيد الكلام لا

(١) الوسائل: ج ١٢، باب ٨، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٦، ح ٤.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٣، باب ٨ في أحكام المزارعة و المساقاة، ص ٢٠١، ح ١٠.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٨

غير، و في كلّ مورد يقصد به التحليل و التحريم - كما في عقد البيع - حيث إنّ المقصود بتحريم المبيع على البائع، و تحليله على المشتري، إنّما يحصلان بالكلام لا غير، يفيد أنّ المعاطاة خالية عن الأثر و الفائدة. ثمّ إنّ المصنّف - قدّس سرّه - ذكر: أنّ هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتل وجوها أربعة، بعضها تناسب الصدر، و بعضها لا تناسبه.

الأوّل: أن يكون المراد من الكلام اللفظ مع قطع النظر عن معناه، كما هو المتبادر من هذا اللفظ عند الإطلاق، فيكون المقصود عدم كفاية القصد المجرد في التحليل و التحريم بدون أماره عليه أصلاً، و لا هو مع أماره غير لفظية، و هذا الوجه و إن استظهره السيّد المحشّي، لكنّه لا يناسب لصدر إحدى الروايتين، لأنّ هذه الفقرة إنّما وردت تعليلاً للجواب.

و على هذا الوجه إنّما يناسب التعليل بها لو كان هنا إيجاب بيع، و كان السؤال عن صحّته من حيث وقوعه بغير اللفظ، حتى يقال في الجواب، إيجاب البيع بغير اللفظ باطل، أو إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام، لا فيما إذا لم يكن في البين إيجاب بيع أصلاً، بل كان الواقع هو المقاوله كما هو مفروض السائل في الرواية الأولى، أو كان في البين إيجاب بيع و لكن لم يكن السؤال عن صحّته من حيث المذكور، بل من حيث وقوعه بلفظ خاصّ، كما هو المفروض في الرواية الثانية.

الثاني: أن يكون المراد من الكلام هو اللفظ بملاحظه مدلوله و معناه، كما يقال: هذا الكلام صحيح أو فاسد، و يكون المعنى: أنّ أنحاء الكلام التي يقصد بسببها النيل إلى غرض واحد تختلف حالها في التحليل و التحريم، يعني إيصال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٨٩

المتكلم إلى غرضه و عدم إيصاله إليه، فإنّ المراد التحليل و التحريم الوضعيان، لا التكليفيان، فبعضها محلّل و بعضها محزّم، ألا ترى أنّ المرأة تقصد بقولها: متعتك نفسي، و بقولها: آجرتك نفسي أو آجرتك بضعي، شيئاً واحداً، و هو الترويج، و مع ذلك فالقول الأوّل محلّل موصل لها إلى هذا الشيء، و القول الثاني محزّم غير موصل لها إليه، و لا يخفى مناسبة هذا الوجه لروايات المزارعة، لأنّ

الإنشاء الخالي عن تسمية البذر و البقر محلل، و الإنشاء المشتمل عليها محرّم، مع أنّ المقصود فيهما واحد لثباً. أمّا الرواية الأولى: فقد ذكر المصنّف - قدس سرّه - أنّه لا يناسبها هذا الوجه، إذ ليس هنا مقصود واحد حتّى يكون تأديته بكلام محلّلاً و بآخر محرّماً، بل كلام واحد، إن قصد به المقابلة يكون محلّلاً و إن قصد به مواجهة البيع يكون محرّماً. لكن يمكن أن يقال: إنّ الغرض هنا أيضاً واحد، و هو ملكية الثوب، فكلام يوصل المتكلم إلى هذا الغرض و لو بطريق المقدّمية، و هو ما كان بعنوان المقابلة، و كلام آخر لا يوصله إليه، و هو ما كان بعنوان مواجهة البيع. بل يمكن دعوى: أنّ هذا المعنى هو المتبادر من أمثال هذه العبارة في العرف، كما يقال: الكلام يعزّ و يرفع و يجلل، و الكلام يذلّ و يخفض و يحقر، فإنّه يفهم منه أنّ من تكلم في حضور السلطان مثلاً - لأجل أن يحصل له بذلك عزّة و رفعة و جلاله عنده، فربّ كلام يوصله إلى هذا الغرض و ربّ كلام لا يوصله إليه بل يوصله إلى ضده.

الثالث: أن يكون المراد أنّ الكلام باعتبار وجوده محلل، و باعتبار عدمه محرّم، أو بالعكس، فالأوّل كصيغة النكاح. و الثاني كصيغة الطلاق، و هذا الوجه في غاية البعد، إذ لا شكّ أنّه إذا قيل: الكلام محلل أو محرّم، أو كلامك مضرّ لى أو كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٠

مورث للصداع لى، أو الطهارة شرط للصلاة، أو الحدث مانع عنها، أو نحوها ممّا علّق الحكم فيه على الطبيعة، فمفاهيم ألفاظ الكلام و الطهارة و الحدث و نحوها و إن كانت معانى نسبتها إلى الوجود و العدم على السويّة، لكن المتبادر من تلك القضايا: أنّ هذه الأشياء بلحاظ الوجود كذلك.

الرابع: أن تكون اللام في قوله: «الكلام» في الموضعين للعهد، فالأوّل إشارة إلى المقابلة و الثاني إلى مواجهة البيع. و يمكن أن يستظهر هنا وجه خامس، مبتدئاً على الوجه الثاني، و هو: أن يكون المراد بالكلام هو اللفظ مع مدلوله، بأن يقال: الظاهر من حال السائل أنّه سأل عن بطلان عمله لشبهة نشأت في ذهنه من كون العمل مندرجا تحت عنوان «بيع ما ليس عندك» فأراد الإمام - عليه السلام - أن يشرح له عمله بحيث يظهر أنّه لا يكون من مصاديق البيع المذكور، فقال: «أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك» يعنى أليس كلامه غير دالّ على الالتزام بشيء من التحليل و التحريم، أعنى: البناء و التعهد البيعى، يعنى كلّما كان الأمر كذلك فلا بأس بالعمل المذكور، و قوله: «إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» في مقام تعليل هذا الحكم، و معناه أن المحلّلية و المحزّمية وصفان خاصان بالكلام الدال على التحليل و التحريم، فبعد تحقق هذا الموضوع يبحث عن تحقّقهما و عدمه لا قبله، فالبيع هو الكلام الدالّ على التحليل و التحريم، و النكاح هو الكلام الدالّ على التحليل، و الطلاق هو الكلام الدال على التحريم، و هكذا سائر العقود، و المفروض في المقام عدم دلالة الكلام على التحليل و التحريم، و كونه من باب المقابلة، فلا يكون بيعاً فضلاً عن أن يكون بيع ما ليس عنده، فلا مجال للشبهة المذكورة، هذا كلّ مع ملاحظة هذه الفقرة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩١  
بانفراها «١».

و أمّا بملاحظتها مع سائر أجزاء الرواية: فالوجه الأوّل لا يناسبها، لأنّه كما عرفت إنّما يناسب جواباً عن السؤال عن البيع المنشأ بالقصد المجرد أو بالقصد المدلول عليه بغير اللفظ، لا عن المقابلة المذكورة لتوهم كونها من أفراد بيع ما ليس عنده.

و أمّا الوجه الثاني: فلا يستقيم المعنى معه إذ عليه يكون المحصل أنّ المقابلة محلّلة و البيع محرّم، و كلاهما فاسد لأنّ المقابلة لا أثر لها شرعاً، لا - وضعياً و لا - تكليفاً، و أمّا البيع، فهو و إن كان محرّماً في نفسه بالتحريم الوضعى، لكنّه ليس محرّماً لشيء، و حرمة التصرف في المبيع ليس من هذه الجهة، بل من جهة كونه تصرفاً في مال الغير، لبقائه على ملك مالكه، لفساد البيع.

و أمّا الوجه الثالث: فأحد وجهيه - و هو كون الكلام باعتبار الوجود محلّلاً و باعتبار العدم محرّماً أو بالعكس - يكون من البعد بمكان لا يحتمله أحد.

و أما وجهه الآخر، فلا يستقيم المعنى معه، إذ عليه يكون المحصل: أن البيع بعد الملك محلل و قبله محرّم، و قد عرفت أن البيع قبل الملك ليس محرّمًا لشيء.

و أما الوجه الرابع: فالكلام فيه كالكلام في الوجه الثاني، فلا حاجة إلى الإعادة.

(١) في الهامش:

تحصيل دوام خواهد و جدّ و طلب بيوسته به روز بحث و تکرار به شب

تقوى و رياضات و عبادات و أدب بی آين همه تحصيل خيالی است عجب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٢

فتعين الوجه الخامس الذى ذكرنا، و هو أن يكون المعنى: أن المحلل و المحرّم و إن كانا غير ثابتين فيما نحن فيه، لكنهما فى موارد ثبوتهما إنّما يحصلان بالكلام الدال على التحليل و التحريم، فكلّ مورد كان خاليا عن الكلام بهذا الوصف فلا مجال لتوهم كونه مصداقا للمحلل و المحرّم، و المفروض أن ما نحن فيه كذلك، فلا يكون مصداقا لبيع ما ليس عنده، و لهذا لا بأس به، فيكون وصف الموضوع الذى هو الكلام محذوفًا، بقريته دلالة المحمول عليه، لوضوح أن الكلام الدال على التحريم لا يصلح للمحللية، و الدال على التحليل لا يصلح للمحرّمية، و الخالى عن كلتا الدالتين لا يصلح لشيء من المحللية و المحرّمية.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن هذه الفقرة لاشتمالها على كلمة «إنّما» المفيدة للحصر فى الجزء الأخير، نفيده: أن المحلل و المحرّم منحصران فى الكلام الدال على التحليل و التحريم، فيكون غيره من المعاطاة و نحوها بلا أثر.

لكن يمكن أن يقال: إنّ هذا المعنى لما كان بظاهره فاسدا قطعًا، لوضوح أن رضا المالك المستكشف بغير اللفظ محلل للتصرف فى ماله، و كذا إرسال التحف و الهدايا محلل للتصرف فيها، فلا- جرم يلزم ارتكاب خلاف ظاهر، إمّا بأن يحمل الكلام على معناه الظاهرى، مع التزام التخصيص بالنسبة إلى الموارد المذكورة، و هذا الوجه يلائم مطلب الخصم من عدم صحّة المعاطاة، إذ له أن يقول: إنّ يقتصر فى تخصيص هذا العام بالقدر المتيقن، فيكون عمومها بالنسبة إلى الموارد المشكوكة التى منها المعاطاة بلا معارض. و إمّا بأن نلتزم بأنّ هذا الكلام مورده أبواب العقود، فعدم شموله لغيرها- كالموارد المذكورة- يكون من باب التخصّص، و هذا أيضا لا يضرّ بمطلب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٣

الخصم كما هو واضح.

و إمّا بأن نلتزم بأن ذكر لفظ الكلام من باب المثال، و الغرض حصر المحلل و المحرّم فى الدال و لو لم يكن أمرا لفظيًا، و تخصيص الكلام من بين الدوالى بالذكر، لكونه أظهرها و أشيعها. و هذا الوجه مشترك مع الوجه الثانى فى كونه تصرفًا فى معنى الكلام و صرفًا له عن المعنى الظاهرى، لكن على هذا لا دلالة فى الخبر على أن المعاطاة ليس محللا و محرّما، لوضوح كونها على هذا داخلا فى المحصور فيه، لا خارجا عنه.

و لهذا يصير الخبر مجعلا، فلا يعارض العمومات الدالة على صحّة المعاطاة و لزومها، و وجه إجماله كونه ذا احتمالات ثلاثة لا ترجيح لبعضها على بعض. و هذا هو المتعين فى رد الاستدلال بالخبر، و لا- سبيل فيه إلى التمسك فى إخراج المعاطاة عن عموم الخبر بالإجماع القائم على إفادتها بالإباحة، إمّا مجردة و إمّا فى ضمن الملك، و ذلك لإمكان الخدشة فى هذا الإجماع، بأن يقال: إنّ الإجماع- بناء على طريقة المتأخرين من حجّيته من باب الحدس و الكشف عن رضا المعصوم- إنّما ينفع لو لم يحتمل الفقيه خطأ المجمعين من جهة الاستناد إلى قواعد مخدوشة فى نظره، إذ مع هذا الاحتمال يتنفى الوثوق الذى هو المناط فى الحجّية، و الإجماع فيما نحن فيه من هذا القبيل، إذ لعلّ القائل بالإباحة المجردة استند فيها إلى أن التمليك متضمّن للإباحة، فإذا فسد بقيت الإباحة، و أمّا

القائل بالملك، فلعله استند إلى العمومات الدالة عليه. و توهم كون الخبر مجملاً، غير صالح لتخصيصها. و كلاهما مقطوع الفساد. أما الأول، فلوضوح أن الرضا في ضمن التملك مقيد بالملكية، فينتفى كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٤ بانتفائها.

و بعبارة أخرى: إن المالك لما توهم أن المال صار مالا للملك له بسبب التملك، فلا محالة رضى بتصرفه، لا أنه راض بالتصرف في ماله.

و أما الثاني، فلأنه بعد ما كان الخبر واضح الدلالة غير مجمل - كما هو مفروض المجيب - فلا مجال للتمسك بالعمومات، فإذا سقط الإجماع عن الحجية لذلك، كان مخالفته و تخطئه المجمعين سهلاً.

و الإنصاف: أن الفقرة المذكورة من حيث المعنى أيضاً مجملة، إذ الظاهر منها هو الوجه الأول - كما لا يخفى - و هو لا يناسب الصدر كما عرفت.

و باقى الوجوه - حتى الوجه الأخير - لا يفهمه العرف منها - كما لا يخفى - فتسقط عن الاستدلال بها رأساً.

قال - قدس سره -: (الظاهر أن المراد من مواجبة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري).

أقول: الإنصاف أن إيجاب البيع يشمل الإيجاب الفعلي، الحاصل في المعاطاة، بأن تكون العين حاضرة عنده حين المقاوله، فيقصد بإعطائها إيجاب البيع، نعم لو كان حقيقة في خصوص القولي فقط، أمكن أن يقال: بأنه لو كان المعاطاة صحيحاً لما كان وجه للاقتصار على ذكر البيع بالصيغة، بل كان اللازم أن يقول مثلاً: و لا تبعها منه باللفظ أو بالإعطاء.

قوله - قدس سره -: (في نسبة الربح إلى أصل المال).

أقول: تعيين مقدار الربح في بيع المرابحة يكون على نحوين:

الأول: أن يكون بتعيين نسبته إلى رأس المال كسراً، كأن يقول مشتري الدار

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٥

بالمائة مثلاً: بعتك الدار «بده يازده» يعنى: بالمائة مع عشرين.

الثاني: أن يكون بالتصريح بمقداره من دون تعيين نسبته الكسرية إلى رأس المال، كأن يقول المشتري المذكور: بعتك الدار برأس المال مع ربح العشرة.

و تصوير هذين النحويين في البيع بالصيغة، بالذكر في الصيغة، و في المعاطاة، بالذكر في المقاوله السابقة ثم إيقاع المعاطاة مبني عليها. و لازم الأول زيادة الربح و نقيصته بظهور زيادة رأس المال، أو نقيصته بسبب انكشاف خطأ البائع في الإخبار بمقداره. و لازم الثاني عدم ذلك.

ثم إنهم قد اختلفوا في البيع على النحو الأول، فليل: بكراهته، و قيل:

بحرمته، و مستندهم في ذلك أخبار □

منها: مصححه الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قدم لأبي متاع من مصر، فصنع طعاماً، و دعا له التجار، فقالوا: نأخذ منك «بده دوازده» قال لهم أبي: و كم يكون ذلك؟ قالوا: في عشرة آلاف ألفين، فقال لهم أبي: فإنني أبيعكم هذا المتاع باثنى عشر ألفاً، فباعهم مساومة» (١).

و منها: الرواية التي أوردها المصنف، قال - قدس سره -: فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح.

أقول: هذا بيان لوجه الإشعار، و توضيحه: أن المراد بالمرابحة، هو المواضفة و المقاوله، و الظاهر من قوله - عليه السلام -: «جعله جملة واحدة»، جعله كذلك في نفس البيع، و هذا لا يستقيم في المعاطاة، لأنه إذا وقعت المرابحة و المقاوله على البيع «بده دوازده» مثلاً،

ثم وقعت المعاطاة بعدها متصلة بها، فالظاهر ابتداء هذه

(١) الوسائل: ج ١٢، باب ١٤ من أبواب أحكام العقود، ص ٣٨٥، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٦

المعاطاة على هذه المروضة، وهذا بخلاف البيع بالصيغة، إذ فيه يمكن تبديل ما في المروضة من نسبة الربح إلى أصل المال بجعل الثمن هو المجموع، فلو كان المعاطاة صحيحا لكان حق الكلام أن يقول مثلا: فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة، إما في نفس البيع إذا كان باللفظ، وإما في المقابلة التي هو مبتن عليها إذا كان بالإعطاء. والإنصاف عدم الإشعار، لعدم تعارف هذه التدقيقات في هذه الموارد. وأما الرواية الأخيرة، فالكلام فيه هو الكلام في الرواية الأولى فلا حاجة إلى الإعادة.

**و ينبغي التنبيه على أمور:**

### **الأول [هل يشترط في المعاطاة بقية شروط البيع]**

الكلام في هذا المقام إما فيما إذا كان مقصود المتعاطين التمليك و التملك، كما اخترناه سابقا، وإما فيما إذا كان مقصودهما الإباحة كما اختاره في الجواهر، و على الأول، فإما أن يقال بتأثير المعاطاة للملك شرعا، كما هو الموافق للقواعد، وإما أن يقال بتأثيرها للإباحة إلى أن يتلف أحد العينين، أو يتصرف فيه تصرفا مغيرا للعين، فحينئذ تؤثر الملك، فيكون حالها في اشتراط تأثيرها للملك بالتلف، أو التصرف، حال الصرف بالنسبة إلى القبض في المجلس كما هو أحد احتمالي القول بالإباحة. وإما أن يقال بعدم تأثيرها للملك، و تأثيرها للإباحة كما هو احتمال الآخر، فها هنا أربعة أقوال: الأول: القول بالملك مع جعل محل الكلام ما إذا قصد بالمعاطاة التمليك. الثاني: القول بالإباحة منجزا، و بالملك معلقا على حصول واحد من التلف كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٧ و التصرف مع جعل محل الكلام هو الصورة المذكورة.

الثالث: القول بالإباحة و عدم الملك مع جعل محل الكلام هو الصورة المفروضة أيضا.

الرابع: القول بالإباحة و عدم الملك مع جعل محل الكلام هو ما إذا قصد بالمعاطاة الإباحة.

و كيف كان، فهل يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع مما سوى الصيغة - على جميع تلك الأقوال - أو لا يعتبر كذلك؟ أو هنا تفصيل بين الأقوال؟ توضيح ذلك يحتاج إلى الكلام فيه على كل واحد من الأقوال على حدة.

فنقول: أما على القول الأول، فالظاهر بل المقطوع جريان جميع ما علق على مفهوم البيع في الكتاب أو السنة من الأحكام في المعاطاة، ضرورة أنها على هذا القول بيع عرفي، بل هذا هو المستند لهذا القول، حيث تمسك له بآية **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، فالقول باندراجها تحت عموم هذه الآية و عدم اندراجها تحت قوله: **نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن البيع الغررى**، أو قوله: **البيعان بالخيار**، مجازفة صرفة، بدهاء عدم الفرق بين المقامين أصلا، فلو كان هنا أظهرية في البيع بالصيغة، موجبة لانصراف المطلق إليه عرفا، لكان في كلام المقامين. هذا هو الكلام فيما ثبت للبيع من الأحكام بالدليل اللفظي.

و أما ما ثبت له بالإجماع، فيمكن أن يقال بعدم جريانه في المعاطاة، إذ المتيقن من هذا المفهوم في كلمات المجمعين هو البيع بالصيغة، لعدم كون المعاطاة بيعا عند بعضهم.

و أما على القول الثاني: فالكلام فيه كالسابق، إذ هذا القول أيضا مستلزم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٨

لكون المعاطاة بيعا عرفيا، غاية الأمر اشتراط تأثيرها للملك بحصول أحد الملزمات، كاشتراط تأثير الصرف له بحصول القبض في المجلس، فحالها بالنسبة إلى المطلقات الدالّة على صحّة البيع و المطلقات الدالّة على اشتراطه بشيء على السواء.

و بالجملة: فحال هذا القول حال القول الأوّل، إلّا أنّ هنا سؤالين: الأوّل:

أنّه ما الدليل على هذا الاشتراط؟ و الثاني: أنّه- على فرض تسليمه- ما الدليل على تأثير هذا البيع للإباحة فيما بينه و بين حصول شرطه؟

و أمّا على القول الثالث: فلا شكّ أنّ المعاطاة بيع فاسد، ضرورة أنّه ليس معنى الفساد كون الشيء عادم الأثر و بلا فائدة، بل كونه عادما لأثره المقصود منه، و إن كان موضوعا لألف أثر آخر. فالبيع إذا لم يترتب عليه ما هو المقصود منه من المبادلة يصدق عليه أنّه فاسد، و إن جعله الشارع موضوعا لأثر آخر كالإباحة فيما نحن فيه- لو قلنا بها- و الضمان في البيع الفاسد، و حيث إنّ من المقرّر في محلّه:

أنّ لفظ البيع اسم للمبادلة الواقعيّة باتفاق العرف و الشرع، و افتراقهما في البيوع الفاسدة- حيث يسمّيها الأوّل بيعا دون الثاني- إنّما هو لأجل رؤية الأوّل إيّاها مبادلة دون الثاني، فمخالفة العرف في ذلك للشرع كمخالفة الأحوال لصحيح العين- حيث يرى الواحد اثنين- في أنّها ليس من جهة أنّ مفهوم اللفظ عنده غير مفهومه عند غيره، بل من جهة تطبيقه الكلّي على ما ليس فردا له، لتوهم كونه فردا بواسطة الأحواليّة، فلهذا لو أعلمه الشارع الذي هو مقرّر بمولويته و صحّة نظره:

بأنّ ما توهمه بيعا لا بيع، يصير معترفا بذلك، و يعدّ البيع الفاسد بعد ذلك أجنبيّا عن البيع.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٩٩

و بالجملة: فالبيع الفاسد لا يكون بيعا عرفيا، فكما لا تفيد الأدلّة اللفظيّة الدالّة على إمضاء البيع و صحّته صحته، بل يكون خارجا عنها من باب التخصيص، فكذا لا تفيد الأدلّة اللفظيّة الدالّة على اشتراط البيع بشيء، توقف تأثير لأثره الذي يكون له بجعل الشارع على استجماعه لشرائط البيع، بل يكون خارجا عنها أيضا كذلك، ضرورة عدم الفرق في ذلك بين المقامين أصلا.

و لو تنزّلنا عن ذلك، و قلنا: بأنّ البيع الفاسد بيع عرفي، فنقول: إنّ أدلّة اشتراط البيع بل كلّ عقد بشرط، إنّما يفيد اشتراط صحّته بهذا الشرط، و أنّه لا يقع بدونه بوصف الصحّة، و أين هذا من اشتراط أثر جعله الشارع لذات العقد، مجردة عن وصفي الصحّة و الفساد بهذا الشرط، فهذا الأثر يترتب عليه و إن وقع فاسدا كما هو واضح.

و لو كان استناد هذا القائل في تأثير المعاطاة للإباحة فيما بينها و بين حصول أحد الملزمات إلى أنّ التمليك مشتمل على الإذن، و أنّه إذا فسد التمليك بقي الإذن، فعدم الاشتراط أوضح، إذ المناط على هذا يكون هو التمليك كيفما حصل و لو خاليا عن جميع شرائط صحّة البيع.

نعم، لو كان استناده في ذلك إلى الدليل اللبّي، كالإجماع و السيرة، فحيث لا لسان للدليل اللبّي حتّى يتمسك بإطلاقه، فمقتضى كون هذا الحكم- أعنى:

حصول الإباحة بالمعاطاة مع كون قصد المتعاطيين التمليك- خلاف الأصل، و أنّه يقتصر فيه على المتيقن، الاكتفاء في حصول الإباحة على صورة استجماع المعاطاة لجميع شرائط صحّة البيع ممّا عدا الصيغة.

فإن قلت: يمكن التمسك بإطلاق لفظ المعاطاة، الواقع في كلمات

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٠

المجمعين، الشامل لصورة الخلو عن الشرائط.

قلت: بل ظاهر كلماتهم هو ما إذا أُخِلَّ بالصيغة مع كون سائر الشرائط محفوظة.

و أما على القول الرابع: فلا شك في عدم شمول أدلة اشتراط البيع للمعاطة، لأنها على هذا ليس بيعة وإنما هي معاملة مستقلة، مفادها الإباحة العوضية، فلا بد من مراجعة دليل هذه المعاملة، فإن كان دليلها قاعدة التسليط، فيمكن التمسك بإطلاق هذه القاعدة لعدم اشتراطها بشيء من شرائط البيع.

ولا يذهب عليك أنه لا مجرى هنا للإشكال الذي أوردناه سابقاً على التمسك بهذه القاعدة لإفادته المعاطة المقصود بها التمليك للملك، من أن القاعدة إنما تتعرض لحكم اقتضائي - بعد الفراغ عن كون نفس العمل مشروعاً - مفادها: أن العمل لو لم يكن ممنوعاً من قبل نفسه فهو من قبل المالك مجوز و بلا مانع شرعاً، لا أن للمالك أن يعمل في ملكه ما شاء، فموردها صورة عدم المانع، فمع الشك فيه لا مجال للأخذ بإطلاقها.

وجه عدم الجريان: أنه لا شك في أن الإباحة الغير المشروطة بإباحة أخرى - سواء وقعت باللفظ أو بالإعطاء أو بالإشارة أو بالكناية أو غير ذلك - مشروعة و مجوزة.

و أما في صورة الاشتراط: فكُل من المالكين قد أباح ماله للآخر، غاية الأمر أنه اشترطها بالإباحة من الآخر و جعلها بإزائها، فالشرط و المشروط كلاهما مشروع، و ليس في البين عمل غير مشروع، فلهذا تنهض القاعدة بإثبات جواز الإباحة المشروطة بإباحة أخرى للمالك، و هذا بخلاف التمليك، فإن جوازه بغير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠١

اللفظ و لو في صورة عدم الاشتراط بتمليك آخر غير معلوم من الشرع، فلا تنهض القاعدة بإثبات جواز التمليك بغير اللفظ للمالك، لا منفرداً و لا مع اشتراطه بتمليك آخر.

و أما إن لم يكن دليلها هذه القاعدة، بأن فرض عدم صحة التمسك بها، و كان دليلها الإجماع أو السيرة، فمقتضى القاعدة اشتراطها بجميع شروط البيع، إذ الأصل في كل معاملة هو الفساد و عدم التأثير إلى أن يثبت المخرج عن هذا الأصل، و المتيقن خروجه عنه في المقام بواسطة الإجماع أو السيرة، هو صورة استكمال جميع شروط البيع، فيبقى الأصل في غيرها سليماً عن المعارض.

ثم هذا كله إنما هو فيما لو كان مقصود المتعاطين إباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك.

و أما لو كان مقصودهما إباحة التصرفات المتوقفة على الملك خصوصاً أو عموماً، فلا شك أن هذا عمل غير مشروع مخالف لما ثبت في الشرع من عدم تجويز هذه التصرفات قبل الملك، فلهذا لا تنهض بإثبات جوازه القاعدة المذكورة، بعد ما عرفت من أنها متعرضة لحيث تصرف المالك، بعد الفراغ عن مشروعية نفس العمل. نعم يمكن إثباته بالإجماع أو بالسيرة لو ثبت، فيلتزم بحصول الملك القهري آناً ما قبل هذه التصرفات، جمعا بين الأدلة، و يكون مقتضى القاعدة حينئذ هو الاشتراط، لأن هذا الحكم خلاف الأصل - كما هو واضح - فلا يمكن إثباته في أزيد من صورة اجتماع شروط البيع مما عدا الصيغة بالدليل اللبّي.

### الأمر الثاني: المعاطة قد تحصل بالإعطاء من الطرفين

كما هو مقتضى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٢

معناها اللغوي، و حينئذ فقد يقصد إنشاء التمليك، أو الإباحة بالعوض بإعطاء المعوض و إنشاء قبولهما بإعطاء العوض، فيكون الأخذ من الطرفين خارجاً عن العقد، و قد يقصد إنشاء التمليك أو الإباحة بالعوض بإعطاء المعوض و إنشاء القبول بأخذه، فيكون إعطاء العوض على وجه الإيفاء بالعقد و أخذه على وجه استيفاء الحق، و قد يحصل بالإعطاء من طرف واحد كما فيما وقع منها على وجه النسبة، و حينئذ، فيكون الإيجاب بإعطاء المعوض و القبول بأخذه، فهذه ثلاثة أقسام.



لا- إشكال في جوازها على القول الأول، ضرورة أن صدق البيع عليها عرفا على هذا على السواء، فيكون حالها بالنسبة إلى عمومات صححة البيع أيضا على السواء. وليس لفظ المعاطاة في آية أو رواية حتى يكون مفادها لغه هو صورة حصول الإعطاء من الطرفين، فتكون غير هذه الصورة باطلة.

و كذا على القول الثاني، إذ على هذا أيضا يكون صدق البيع عليها عرفا على السواء، غاية الأمر إن حالها حال بيع الصرف في اشتراط حصول الملكية بها بأمر متأخر الحصول، فتشملها عمومات صححة البيع أيضا على السواء.

و أما على القول الثالث: فلا شك أن جميع هذه الأقسام على هذا بيع فاسد، ومقتضى الأصل أن لا يكون لها أثر آخر غير ما قصده المتبايعان عند الشرع أيضا، إلا أنه خرج عن هذا الأصل - بالإجماع أو السيرة - صورة حصول الإعطاء من الطرفين قطعا، و أما الصورة الأخرى فلم يعلم خروجها، فيحكم فيها بمقتضى الأصل.

لكن الإنصاف: أن السيرة لو سلمت من مدعيها، كما تكون في الصورة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٣

الأولى فكذا تكون في الصورة الثانية بلا فرق.

و أما على القول الرابع: فإن قصد المتعاطيان إباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك، فحيث إنه لا فرق في مشروعية الإباحة بين هذه الأقسام، فيكون شمول قاعدة السلطنة لها أيضا على السواء.

و إن قصدا إباحة التصرف المتوقف على الملك، فحيث لا فرق في عدم مشروعية ذلك أيضا بين هذه الأقسام، فهي مشتركة في عدم نهوض القاعدة المذكورة بإثبات جواز أحدها، و لو فرض ثبوت إجماع أو سيرة على إجمال هذه الأقسام، فالمتيقن منهما هو صورة حصول الإعطاء من الطرفين، فيرجع في غيرها إلى الأصل و هو عدم الجواز.

ثم يشكل الأمر في موارد لا تشتمل على إعطاء من أحد الطرفين أصلا كما تعارف من شرب الماء من موضع السقي و وضع الفلوس في الموضع المعد له، و دخول الحمام و وضع الأجرة في الموضع المعد لها، بل ما تعارف بينهم من الاكتفاء في معاملاتهم بصرف المقاوله المشتملة على تعيين سعر المتاع و الأمر بإرسال مقدار معين منه، من دون صدور لفظ دال على الإيجاب و القبول أو إعطاء في مجلس المقاوله، بحيث يكون إرسال المتاع إلى صاحب الفلوس و إرسال الفلوس إلى صاحب المتاع بعد انقضاء المجلس بعنوان الوفاء بهذه المقاوله و العمل على طبقها، حيث إن تلك الموارد لا يمكن إدخالها في شيء من أبواب العقود من البيع و الصلح و الإجارة و نحوها، لخلوها عن الإيجاب و القبول رأسا.

و يمكن تصحيحها- مع عدم صدق شيء من تلك العناوين عليها- بأن يقال: لا شك أن الظاهر من قوله- عليه السلام -: لا يحل مال امرئ إلا عن طيب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٤

نفسه، هو حصول الحلية بمجرد طيب النفس، و أنه لا دخل لأمر آخر في ذلك أصلا، فإن الظاهر من الاستثناء في كل مقام هو ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى، إن إثباتا فنفا، و إن نفيًا فإثباتا، و حكم المستثنى منه في المقام هو عدم حصول الحلية، فيكون حكم المستثنى هو حصولها، و ليس معنى هذه القضية أن لطيب النفس دخلا في حصول الحلية، و أنه بحيث لا تحصل الحلية بدونها، حتى لا ينافي ذلك، لاعتبار ألف أمر آخر في حصولها، و إن ذكر ذلك المصنف- قدس سره- في الرد على من استدلل بهذا الخبر على صححة العقد الفضولي بلا حاجة إلى حقوق الإجازة فيما إذا قارنه الرضا الباطني من المالك واقعا.

ألا ترى أن معنى قول القائل: لا أجيئك إلا بواسطة زيد، أنه بعد حصول هذه الوساطة ليس لي حالة منتظرة، غاية الأمر الالتزام باعتبار وجود المظهر في أبواب العقود، للعلم القطعي بعدم كفاية مجرد الرضا الباطني في باب النكاح، فكذا في غيره، فيصير المحصل: أن طيب النفس مع المظهر- بأي نحو وقع- يفيد الحلية بهذا النحو، فإن وقع على أن يتصرف في ماله على أن يكون مالا لمالكة يصير

حلالا- بهذا النحو، وإن وقع على أن يتصرف فيه على أن يكون مالا- للمتصرف إما مجانا أو مع العوض، يصير حلالا بهذا النحو، و حاصل ذلك هو كفاية المراضاة مع نصب أماره عليها في حصول المعاملة و إن لم يكن في البين إنشاء تملكك و تملكك أصلا. و لا شك أن الأماره على الرضا من كل من المالكين بالمعاملة الخاصه في تلك الموارد قائمه. فثبت أن هذه المعاملات صحيحة مع عدم صدق البيع عليها.

### الأمر الثالث: لا إشكال في تمييز البائع عن المشتري في البيع بالصيغة

و أن البائع هو القائل: «بعت» و المشتري هو القائل: اشترت أو قبلت.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٥

و أما تمييزهما في المعاطاة، فقبل التكلم فيه لا بد من تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري بحسب مقام الثبوت.

فنقول: لا- شك أن البائع هو من يملك ماله للغير بالعوض، و المشتري هو من يقبل هذا الفعل، فالفعل الأولى للبائع هو التملك بالعوض، و إن كان يشتمل على التملك ضمنا، و الفعل الأولى للمشتري هو القبول و التملك، و إن كان يشتمل على التملك ضمنا. و أما الكلام في تشخيص مصداق هذين المفهومين في المعاطاة، و أن كلا منهما ينطبق على أي المتعاطيين، فهو أن يقال: أما فيما إذا كان أحد العوضين مسكوكا و الآخر جنسا، فلا شك أن التعارف قاض بأن معطى المسكوك ممتلك و معطى الجنس مملك، و هذه الأماره قويه بحيث يكون عند إعطاء المسكوك قبل الجنس أيضا قائمه، فلا يقال: باع المسكوك و اشتراه بالحنطه، بل يقال: باع الحنطه و اشتراها بالمسكوك.

و أميا فيما إذا كان كلا العوضين مسكوكا- كما في الصرف- أو جنسا، فهل المعطى أولا هو البائع و المعطى ثانيا هو المشتري، أو الحال مجهول مع كون أحدهما في الواقع بائعا و الآخر مشتريا أو ليس في البين بائع و لا مشتر واقعا، بل حصل تملك من المالكين، كل منهما في عرض الآخر، و جوه.

ربما يؤيد الأخير منها أن من المتعارف أن المبدل للحنطه بالشعر مثلا لو سئل عنه: هل بعت الحنطه؟ يقول: «نفروختم بله تاخت زدم به جو» و على هذا فيكون هذا القسم من المعاطاة معاوضه مستقله، غير داخله في شيء من العناوين المتعارفه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٦

و احتمال المصنف- قدس سره- أن يكون كل منهما بائعا و مشتريا باعتبارين.

و فيه نظر، لأنه إن أراد أن التملك و التملك قد حصلا من كل واحد، بحيث يكون كل منهما في عرض الآخر، فهذا غير ممكن، ضرورة عدم إمكان حصول هذين العنوانين بفعل واحد في عرض واحد.

و إن أراد أن كلا منهما حصل من كل منهما، لكن حصول أحدهما أولا و بالذات و الآخر ثانيا و بالعرض، فهذا حال كل بائع و مشتر و لا اختصاص له بالمقام، فما وجه تخصيص هذا الاحتمال به.

### الأمر الرابع: المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين تتصور على أنحاء، ترتقى إلى ستة عشر نحا:

الأول: أن يقصد تملك المال بالمال، بأن يكون المالكان متقابلين في الملكية.

الثاني: أن يقصد التملك بإزاء التملك، فتكون المقابله بين التملكين لا المالكين.

و جعل المصنف- قدس سره- ثمره الوجهين في الإيجاب و القبول، حيث إن الإيجاب في الأول بإعطاء المعوض و القبول بأخذه، فلو مات قبل إعطاء العوض مات بعد تمام العقد، و في الثاني يكون الإيجاب بإعطاء المعوض و القبول بإعطاء العوض، فلو مات قبله مات

قبل تمام العقد.

و فيه نظر، إذ كما يتصور في الأول كون القبول بأخذ المعوض، يتصور كونه بإعطاء العوض كما هو واضح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٧

و أما الثاني فإن كان التملك المجعول عوضا هو التملك الخارجي بخارجيته، فلازمه عدم تمامية العقد قبل وجوده، فلا محالة يكون القبول بالإعطاء، و إن كان هو التملك بالعهد، فالقبول حينئذ بالأخذ لا بالإعطاء، إذ التعهد إنما هو بالأول دون الثاني، فإن الثاني خروج عن العهد، كما هو واضح.

و بالجملة: يكون حال المعاطاة حينئذ حال الإجارة، فكما أن هناك يحصل تملك الأجرة و العمل على العهد قبل حصول العمل، فكذا هنا يحصل تملك المال و التملك على العهد قبل حصول التملك. فعلم عدم الفرق في ذلك بين الوجهين.

الثالث: أن يقصد المقابلة بين المال و التملك.

الرابع: أن يقصد المقابلة بين التملك و المال.

هذا في المعاطاة المقصود بها التملك من الطرفين، و أمّا المعاطاة المقصود بها الإباحة من طرف واحد أو من الطرفين، فلها صور متعدّدة تحصل من ملاحظة كل من التملك و تملك المال مع كل من الإباحة و المال في المباحية، و من ملاحظة كل من الإباحة و إباحة المال مع كل من الإباحة، و المال في المباحية، و المال في الملكية.

و كيف كان، فالمهم بيان حكم تلك الأقسام، فنقول: أمّا صور المعاطاة المقصود بها التملك من الطرفين: فلا إشكال في صحّة الصورة الأولى منها، سواء قصد القبول بالأخذ أو بالإعطاء، لأنها بيع عرفا فتشملها أدلة صحّة البيع.

و أما باقي الصور، فلا إشكال في عدم كونها بيعا، لأنها ليست مبادلة مال بمال، و لا هبة، لأنها ليست تملكيا مجانيا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٨

نعم لو كان التعويض بنحو الاشتراط لم يناف المغانية، كما في الهبة المعوضه، فتكون حينئذ من أفراد الهبة، فتشملها أدلتها، و لا صلحا، لأنها ليس عنوانها الأولى هو التسالم، غاية الأمر كون متعلقه هو التملك بل عنوانها الأولى هو التملك.

و بالجملة: فلا إشكال في عدم شمول أدلته تلك الثلاثة لها، فيمكن التمسك لها بعموم أو فورا بالعقود، بناء على عدم انصرافه إلى العقود المتعارفة.

و كذا بعموم: المؤمنون عند شروطهم، بناء على عدم اختصاصه بالشروط في ضمن العقد، و عمومه للشروط الابتدائية.

و أمّا صور المعاطاة المقصود بها الإباحة من طرف واحد أو من الطرفين، فيشكل الأمر فيها من حيث اشتمالها على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، فلا بد لتصحيحها من الالتزام إمّا بثبوت الإباحة الشرعية لجميع التصرفات بسبب الإباحة المالكية، و حصول الملكية القهرية آنا ما قبل هذه التصرفات، و من الواضح عدم دليل على هذه الإباحة الشرعية، و أمّا قاعدة السلطنة فهي على ما عرفت غير مشرعة.

أو بأن يقال: إن مقصود المبيع من قوله: أبحث لك أن تتصرف في مالي، توكيل المباح له في نقل المال إلى نفسه قبل هذه التصرفات حتى تكون واقعة في ملكه، أو توكيله في إيقاع البيع للمالك ثم نقل الثمن إلى نفسه، أو تملكه ماله لكن من حين إرادة أحد هذه التصرفات، و يكون المباح له بواسطة هذه التصرفات قابلا لهذا التملك.

و الالتزام بواحد من هذه الثلاثة أيضا غير ممكن، إذ من المعلوم عدم قصد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٠٩

المتعاطين في تلك الصور لشيء من هذه المقاصد.

هذا و لكن ظاهرهم عدم ورود مثل هذا الإشكال في مثل: أعتق عبدك عني، حيث صححوه بأن استدعاء العتق لما لم يكن صحيحا

شرعا قبل الملك، فلهذا يكون مفاده بدلالة الاقتضاء: استدعاء التملك ثم العتق، فهذا الاستدعاء تملك و العتق الصادر من المالك بعد ذلك تملك ضمنى، كما أن تصرف ذى الخيار فسخ ضمنى.

و أنت خبير بعدم الفرق بين المقامين أصلا، فلو كان دلالة الاقتضاء فى الثانى مسلمة، فلا بد أن تكون كذلك فى الأول أيضا، فيقال: ترخيص العتق و البيع مثلا لما لم يكن صحيحا شرعا قبل الملك، فلهذا يكون مفاده بدلالة الاقتضاء أحد الوجوه الثلاثة المتقدمة، بأن يقال مثلا: إن المبيع قد ملك المباح له المال المقيد بحين إرادة أحد هذه التصرفات بواسطة هذا الترخيص بدلالة الاقتضاء، و المباح له بقبوله لهذا الترخيص قابل لهذا الإنشاء، و ليس هذا من التعليق المبطل فى شىء، و إنما يكون منه لو كان التعليق فى نفس الملكية، لا فيما لو كان فى متعلقها و هو المال، كما ذكروه فى الوكالة: من أن تعليق نفسها على أمر متوقع الحصول مبطل لها، و تعليق متعلقها غير مبطل، و إن كان و لا بد من منع هذه الدلالة فى الأول، فلا بد من اطراده فى الثانى، ضرورة عدم تعقل فرق بينهما، فتخصيص الأول بالإشكال و فرض الثانى سليما عنه - كما وقع فى كلام المصنف قدس سره - مما لا وجه له.

فالكلام فى المقام تارة فى الاستدعاء المذكور، و أخرى فى الإباحة المذكورة.

أمّا الكلام فى الأول: فهو أنه إن بنينا على أن مفاد قوله: لا- عتق إلما فى ملك، أنه لا بد أن يكون من ينسب إليه العتق مالكا، سواء أجرى الصيغة بنفسه أو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٠

بوكيله، و أمّا المعنى عنه، فيمكن أن يكون غيره، فيكون حال اشتغال الذمة بتحرير الرقبة حال اشتغال الذمة بالدين، فكما يؤثر فى رفع الثانى أداء الغير تبرعا، كذلك يؤثر فى رفع الأول تحرير الغير تبرعا، فالاستدعاء المذكور على طبق القاعدة.

و أمّا ما ذكروه: من حصول الملك آنا ما ثم الانعتاق فى مسألة شراء العمودين، فليس من جهة لزوم كون المعنى عنه مالكا، بل من جهة الجمع بين القاعدتين المسلمتين، و رفع المنافاة عما بينهما، أعنى: قاعدتي صحة شرائهما، و نفي الملك عنهما بحمل الأول على إثبات الملك آنا ما، و الثانى على نفي الملك المستقر.

و إن بنينا على أن معناه أنه لا- يثمر العتق فى رفع اشتغال الذمة بالتحرير إلما فى ملك، و أن مفاده لزوم كون المعنى عنه مالكا، فحال مسألة الاستدعاء حال مسألة الإباحة بلا فرق، فإن صححنا الأول، بأن قول المستدعى: أعتق عبدك عني - لكونه حكيما لا يصدر منه الكلام الباطل - بمنزلة قوله: ملكنى إياه ثم أعتقه عني، فلا بد أن نصحح الثانى أيضا، بأن قول المبيع: أبحث لك جميع التصرفات، أو فعلة الدال على ذلك - لكونه حكيما كذلك - بمنزلة قوله ملكتك هذا المال عند ارادة التصرف المتوقع على الملك، و إن أبطنا الأول بمنع الدلالة المذكورة، لأن الغالب كون المتكلم غير حكيما، فلا بد أن نبطل الثانى أيضا لذلك.

و إن بنينا على أن معناه: أنه لا- بد أن يكون من ينسب إليه العتق مالكا للعتق و من بيده اختياره، سواء كان مالكا للعبد أو وكيله أو مأذونا من قبله. و أمّا المعنى عنه، فمسكوت عنه، فاستدعاء العتق من مالك العبد عن المستدعى صحيح شرعا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١١

و الظاهر من هذه الثلاثة هو المعنى الأول. و عليه فقد عرفت أن الاستدعاء صحيح من دون حاجة إلى ما ذكروه.

و أمّا الكلام فى الثانى: فيتوقف على بيان الحال فى كل من العتق و البيع و الوطى، فنقول:

أمّا العتق: فلا يصح من المباح له على الاحتمال الأول، لظهور أنه هو الذى ينسب إليه العتق و ليس بمالك.

و لا ينتقض بالوكيل، فإن الوكيل بمنزلة لسان المالك، فعتقه ينسب حقيقة إلى المالك، و هذا بخلاف المأذون، فإن عتقه لا ينسب إلما إلى نفسه.

و أمّا على الاحتمال الثانى: فلا يصح أيضا إن كان عن نفسه، و يصح إن كان عن المالك.

و أمّا على الاحتمال الثالث: فيصح و إن كان عن نفسه، ضرورة أنه صار مالكا للعتق بإباحة المالك.

و أما البيع فإن قلنا: بأن مفهومه المعاوضة، ومقتضى المعاوضة دخول كل من العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر، وأنه لا يعقل تحقق هذا المفهوم بدون ذلك، فبيع المباح له إن كان للمالك يقع صحيحا للمالك، بمقتضى الإجازة السابقة، وإن كان لنفسه، فهو أمر غير معقول، نعم لو كان في البين دليل خاص قوي على وقوعه للمباح له، فلا بد للجمع بين هذا الدليل و تلك القاعدة العقلية من القول بحصول الملك القهرى آنا ما قبل البيع.

و إن قلنا بأن المعتبر في مفهوم البيع عدم المجاتية و أن تملك الولد أو الأخ أو الصديق مثلا عوض أيضا، فالبيع على أن يكون الثمن لأحدهم لا يكون مجانا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٢

نعم إطلاق البيع ينصرف إلى دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، فحينئذ فبيع المباح له لنفسه، صحيح لأنه من أفراد البيع، و المفروض أن المالك قد أذن فيه.

فعلم أن قوله: «لا- بيع إلما في ملك» لا- ربط له بالمقام، إذ على الأول يكون الحكم هو الفساد، للقاعدة المذكورة و إن لم يكن هذا الخبر في البين، و على الثاني يكون الحكم هو الصحة لما ذكر، من دون منافاتها لهذا الخبر، لأن المأذون من قبل المالك يجوز بيعه بلا خلاف.

و لكن المصنّف- قدس سره- مع كون مبناه هو الأول قد صحح بيع البائع الفضولى لنفسه كالغاصب، و حكم بانحلاله إلى قصد البيع الذى حقيقته نقل كل من المالين من كل من المالكين الواقعيين إلى الآخر و إلى ادعاء المالكية، فحكم بأن لحق الإجازة يجعله للمالك.

و لا- يخفى أنه لو سلم ذلك، فلا فرق بين ذلك البيع و بين المعاطاة التى يقصد بها إباحة جميع التصرفات، التى منها بيع المباح له لنفسه، فكما ينحل الأول فكذا تنحل الإباحة المذكورة أيضا إلى إباحة أصل البيع و إلى إباحة كونه لنفسه، و كذا ينحل بيع المباح له لنفسه إلى قصد أصل البيع و إلى قصد وقوعه لنفسه، فكل من الإباحة و القصد المتعلقين بوقوعه لنفسه باطل، فيؤخذ بالإباحة و القصد المتعلقين بأصل البيع، فيقع البيع للمالك بإذنه.

و الحق: أن الانحلال فى المسألة الأولى ممنوع، إذ من الواضح أن الفضولى المذكور لم يصدر منه إلّا قصد واحد، متعلق بمتعلق خاص غير معقول، و هو البيع لنفسه، و لهذا إن تعلق الإجازة بنفس ذلك، فقد تعلقت بأمر غير معقول، و إن تعلقت بالبيع للمالك، فقد تعلقت بأمر أجنبى عمّا وقع و قصد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٣

و كذا الكلام فى المسألة الثانية، فإن المبيح لم يقصد إلّا شيئا واحدا و هو إباحة بيع المباح له لنفسه، و المباح له أيضا لم يقصد إلّا شيئا واحدا و هو إنشاء البيع لنفسه، فكلاهما متعلق بأمر غير معقول، فيلغيان، فإذا أوقع البيع للمبيح فلا بد من الإجازة الجديدة. نعم على المبنى الثانى، فمصدق البيع قد تحقق فى كلتا المسألتين، فالإجازة اللاحقة المتعلقة بالبيع للفضولى مصححة فى الأولى، و الإباحة المتقدمة مصححة فى الثانية كما مرّ.

و أمّا الوطى: فإن قلنا بعدم لزوم الصيغة الخاصة فى تحليل وطى الأمة، و كفاية مطلق المراضاة و لو كانت مستكشفة بالأمارة المعاطية، فلا إشكال، ضرورة أن التحليل أحد مجوزات وطى الأمة، كما أنه لو قلنا بلزوم صيغة «حللت» فلا إشكال أيضا فى عدم محللية الإباحة المذكورة للوطى.

### الأمر الخامس: فى جريان المعاطاة فى سائر العقود.

و محصّل الكلام فيه أنه لا إشكال فى إمكان المعاطاة فى سائر العقود كما فى البيع و لا فى صدق عناوين تلك العقود على ما كان

منها بالمعاطاة، كما كان باللفظ بلا فرق، و مقتضى ذلك دلالة أدلته صحة تلك العقود- كالإجارة و الهبة و الصلح و نحوها- على صحة المعاطاة فيها.

نعم، استثنوا من ذلك عقد النكاح، فحكموا بعدم جريان المعاطاة فيه.

ثم إن أخذنا بالقواعد المتقدمة الدالة على لزوم مطلق المعاطاة، فلا كلام، و إن أخذنا بالإجماع المتقدم على جوازه، فيلزم القول بعدم جريانها في الرهن، لأن الرهن وثيقه في الدين، و من المعلوم أن تحقق هذا المفهوم متوقف على اللزوم من طرف الراهن، فيدور الأمر بين اللزوم من طرفه و عدم التحقق، و لازم ذلك عدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٤

تعقل المعاطاة المفيدة للجواز من الطرفين في الرهن.

و تأمّل المصنّف- قدّس سرّه- في جريان المعاطاة الجائزة في الوقف، مستندا إلى أن الجواز غير معروف في الوقف من الشارع. ثم إنّه- قدّس سرّه- أمر بعد ذلك بالتأمل، و لعلّه أشار به إلى أن مجرد عدم معرفة الجواز غير مضرّ، إذ لا دليل على أخذ اللزوم في مفهوم الوقف، بل يظهر من بعض جعل القبض شرطا في لزوم الوقف، و مقتضاه كونه جائزا بعد العقد و قبل القبض، مع أن لازم عدم جريان المعاطاة في الوقف أن يكون جميع القناطر و الخوانات و نحوها ملكا للواقف أو ورثته، للقطع بعدم تداول ذكر الصيغة فيها، و وقفيتها أيضا ممّا لا ينكر.

### الأمر السادس: في ذكر الملزمات.

و لا بدّ أولا من تقرير الأصل، فنقول: أما على القول بإفادة المعاطاة للملك الجائر، فأصالة اللزوم الثابتة بالوجوه المتقدمة هي المرجع عند الشك في اللزوم و الجواز.

لكنّ المصنّف- قدّس سرّه- في بابي الاستصحاب و خيار الغبن من الرسائل و المكاسب قد ردّ على المحقق الكركي- قدّس سرّه- المتمسك في باب تلقى الركبان على فوريّة الخيار بالعموم الأزمانى، لآية أوّفوا بالعقود و أنّه يقتصر في تخصيصه على أوّل زمان الأطلاق على الغبن- بأنّه لم يؤخذ كلّ زمان في الآية فردا مستقلا، بحيث كان كلّ عقد في كلّ زمان موضوعا مستقلا لوجوب الوفاء، حتى لو خرج عقد في زمان يكون هو باقيا فيما بعد هذا الزمان تحت العموم، بل الزمان فيها أمر واحد مستمرّ، فليس كلّ عقد إلّا فردا واحدا، فلو خرج عقد في زمان، فلا يفرق الحال فيه بعد ذلك بين أن يكون داخلا أو خارجا، و لا يكون دخوله حفظا لظهور العام، و لا خروجه تخصيصا زائدا، فلهذا لا مجرى في هذا العقد بعد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٥

ذلك الزمان، لأصالة العموم، بل يؤخذ باستصحاب حكم المخصّص.

و لا يخفى أن هذا الإيراد غير مردود على المصنّف في هذا المقام، حيث تمسك عند الشك في اللزوم و الجواز بأصالة اللزوم الثابتة بعمومات وجوب الوفاء بالعقد.

توضيحه: أن المولى إن تعرّض لحال الزمان، بأن لاحظ كلّ جزء منه بلحاظ إجمالى، كما فى قوله: أكرم العلماء فى كلّ زمان، فلا شكّ أن هذا يوجب كون كلّ زمان فردا مستقلا، فالتمسك بالعموم عند خروج فرد فى زمان بعد هذا الزمان جائز.

و إن لم يتعرّض لحاله، فلا- شكّ أنّه فى نفسه أمر واحد مستمرّ، و حينئذ فإمّا أن يكون مقتضى أصالة الإطلاق هو تعلق الحكم بالطبيعة، بلحاظ صرف الوجود، و إمّا أن يكون مقتضاها تعلقه بها بلحاظ وجودها السارى المستمر باستمرار الزمان، كما فى أحلّ الله البيع و أوّفوا بالعقود و «تواضع للعالم» على ما مرّ الكلام فيه.

و على الثانى: فلو خرج فرد فى زمان، فإمّا أن يكون خروجه من أوّل الأمر، أو من الوسط، أو من الآخر، فإن كان من أوّل الأمر كالبيع،

حيث إنه يكون فيه خيار المجلس من أوله، فهذا يوجب أن يجعل مبدأ الاستمرار بعد هذا الزمان، ولا شك أن مراعاة ظهور العام يقتضى أن يجعل المبدأ أسبق مهما أمكن، فيكون المرجع عند الشك هو العموم، وإذا انقطع الاستمرار من الوسط، فقد وقع التصرف في ظهور العام، فلا يتفاوت الحال بعد ذلك بين ثبوت الحكم في الفرد و عدمه، فلا يصير التصرف بالأول أقل، ولا بالثاني أكثر، فيكون المرجع عند الشك هو استصحاب حكم المخصص وإن انقطع من الآخر. «١».

(١) هنا بياض في الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٦

فأصل كونه مضمونا و عدم كونه هدرا معلوم، و أمّا أنه مضمون بالعوض المجعول المسمّى، أعنى: العين الموجودة، أو بالعوض الواقعي، أعنى: المثل أو القيمة، فغير معلوم. و مقتضى الاستصحاب ضمان الأول، لأنه كان عوضا، فالأصل بقاء عوضيته، و عدم ضمان الثاني، لأنه لم يكن عوضا، فالأصل بقاؤه على عدم العوضيّة. و قد تقرّر في محله أن تخالف الأصلين في طرفي العلم الإجمالي سبب لانحلاله، و موجب للتعبّد بأنّ المعلوم الإجمالي ثابت في أحدهما و منفي في الآخر.

لكن في المقام اشكال، و هو أن الشك في أن العين الموجودة بدل أم لا، مسبّب عن الشك في جواز رجوع مالکها و عدمه، فإذا استصحب جواز رجوعه، ثبت عدم البدلية تعبدا، فلا يبقى مورد لاستصحاب البدلية، فيبقى في البين أصلا: استصحاب جواز الرجوع، و مقتضاه عدم بدلية العين الموجودة، و استصحاب عدم بدلية المثل أو القيمة.

لكنّ المصنّف - قدس سرّه - جعل الأول منهما حاكما على الثاني، بمعنى أنه إذا استصحب جواز الرجوع، لم يبق شك في بدلية المثل أو القيمة، فلا يبقى مورد لاستصحاب عدم بدليتهما.

و يمكن أن يقال: بأنّ مجرى الأصلين إمّا أن يكونا من قبيل الموضوع و الأثر، بمعنى أن أحدهما موضوع و الآخر أثره، و حينئذ فلا شك أن الأصل الجارى في الموضوع رافع للشك عن الأثر، فالعالمية المشكوكة لو استصحبت، لم يبق شك في وجوب الإكرام. و كذا لو استصحب الطهارة المشكوكة في الماء، لم يبق شك في طهارة الثوب النجس المغسول به. و كذا لو استصحب جواز الرجوع المشكوكة لم يبق شك في عدم بدلية العين الموجودة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٧

و إمّا أن يكونا من قبيل سببين، نعلم بثبوت أحدهما و عدم اجتماعهما، و لازم هذا العلم أنه لو كان أحد هذين السببين معلوم الانتفاء، كان الآخر معلوم الثبوت، لا- أن هذا الثبوت أثر شرعى لذاك الانتفاء. و من المعلوم أن الاستصحاب يفيد التعبد بالآثار الشرعية لمجرها، لا بلوازمه التي تكون معه في عرض واحد إلّا على الأصل المثبت و إن كان لو حصل العلم بالملزوم حصل العلم باللازم. و ذلك كاستصحاب عدم التكليف، حيث لا- يلزم منه ثبوت الإباحة، لأنّ قضية مضادة الأحكام الخمسة، و عدم خلوّ الواقعة عن أحدها، هو ثبوت الإباحة عند فقد الأربعة الأخر، لا أن ثبوت الإباحة أثر شرعى لفقدها.

و كذلك ما نحن فيه، فإنّ قضية العلم الإجمالي بأحد الأمرين من ضمان العوض الحقيقي، و ضمان العوض الجعلى و عدم اجتماعهما، هو ثبوت الأول عند فقد الثاني، لا أنه من آثاره الشرعية. فثبت أن أصالة الجواز، التي أثارها الشرعى عدم ضمان العوض الجعلى، لا تكون حاكما على استصحاب عدم ضمان العوض الحقيقي، و إنّما يكون كذلك، لو كان ثبوت ضمان العوض الحقيقي أثرا شرعيا لعدم ضمان العوض الجعلى، نعم لو ثبت ذلك بالدليل لا بالأصل، كما لو فرض دلالة قاعدة التسليط على تسلط مالك العين الباقية على الرجوع، فحينئذ لا بدّ من الالتزام بثبوت ضمان العوض الحقيقي و طرح استصحاب عدمه.

و يمكن أن يقال: إنه لا محل لأصالة الجواز في العين الباقية، لأنّ معنى الرجوع فيها هو سلب الإباحة العوضيّة عنها، و هذا المفهوم لا

يتحقق إلّا بسلب الإباحة عن مقابلها و هو المؤلف.

وليس المراد بالرجوع في العين الباقية استردادها منفردا، بل استردادها من حيث البدلية المتوقف على ردّ مقابلها، فلاقتدار عليه يتوقف على الاقتدار على ردّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٨  
مقابلها.

وبعبارة أخرى: الرجوع هنا بمعنى الترادف فسلب الإباحة عن العين الموجودة يتوقف على إمكان سلبها عن المؤلف، و إمكان سلبها عن المؤلف يتوقف على إمكان إثباتها فيه، و هو غير ممكن، لأنّ الإباحة حكم تكليفي يقتضى موضوعا مقدورا، فبسبب التلف ينتفى الاقتدار على سلب الإباحة عن المؤلف، فينتفى بسببه الاقتدار على سلبها عن الموجود. و هذا بخلاف ما إذا كانت المعاوضة في الملكية فتلف أحد العوضين، فإنّه يمكن لمالك المؤلف الرجوع، لإمكان اعتبار ملكية المؤلف له آنا ما ليرجع إلى بدله.

و الحاصل: أنّه يمتنع إجراء أصالة الجواز التي هي حاكم على استصحاب ضمان العوض الجعلى، فيرجع إلى العلم الحاصل بأنّ المؤلف ليس بلا ضمان، لأنّ مال المسلم محترم، و حرمة ماله كحرمة دمه، و هذا الضمان المعلوم مرّد فيما نحن فيه بين العوض الجعلى و العوض الحقيقي.

و قد عرفت أنّ مقتضى الأصل في الأوّل ثبوت الضمان، و فى الثانى عدم ثبوته، و طرح الأصلين فى طرفى العلم الإجمالى إنّما يلزم لو كان العمل بمضمونهما مؤديا إلى مخالفة العلم الإجمالى القبيحة عقلا كما فى أصالة الطهارة فى كل من الإنائين المعلوم نجاسة أحدهما فإنّ الطرح حينئذ لازم لأنّ العمل بأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، و إمّا لو لم يؤدّ إلى ذلك، كما لو كان الأصل فى أحد الإنائين المذكورين هو الطهارة، و فى الآخر النجاسة، و كما فى المقام حيث إنّ الأصل فى العوض الجعلى هو الضمان، و فى العوض الحقيقي عدمه، فحينئذ لا مانع من العمل بهما.

ثمّ إنّ المصنف - قدّس سرّه - بعد الحكم بحكومة أصالة الجواز على أصالة  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١١٩

ضمان العوض الحقيقي. قال - قدّس سرّه - يعنى مع الغض عن أصالة الجواز فحيث

(إنّ ضمان المؤلف ببده معلوم، إلّا أنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقي، أعنى: المثل أو القيمة، أو البدل الجعلى، أعنى: العين الموجودة، فلا أصل)

فى شىء من الطرفين، لثبوت العلم الإجمالى المذكور. لكنّك عرفت أنّ العمل بهذين الأصلين حيث لم يؤدّ إلى مخالفة العلم الإجمالى، فلا مانع منه. هذا كلّ هو الكلام فى الإباحة المالكية عند التلف.

و أمّا الإباحة الشرعية: فإنّ قلنا بالأول إلى البيع، فالكلام فيها عند التلف هو الكلام فى الملك الجائر من أول الأمر، فالمرجع عند الشك أصالة اللزوم، سواء كان العينان باقين أم تالفين، أم كان أحدهما باقيا و الآخر تالفا.

و إن قلنا بعدم الأول، و أنّ الملكية المتأخّرة على خلاف الأصل، فإن كان إحدى الإباحتين غير مربوطة بالأخرى شرعا، فالمرجع عند الشك هو أصالة الجواز، فيرجع المالك فى صورة بقاء العين إلى نفسها، سواء كانت العين الأخرى باقية أم تالفة، و فى صورة تلفها إلى بدلها كذلك، فإنّ الإباحة الشرعية لا تمنع عن الضمان، و إن كان إحداها مربوطة بالأخرى و بإزائها، كما هو الظاهر، فالكلام فيها هو الكلام فى الإباحة المالكية فى أنّ جريان أصالة الجواز مختصّة بصورة بقاء العينين، و أنّه لا محلّ لها مع تلف إحداها، فيكون الباقي بعد ذلك هو العلم الإجمالى بضمان المؤلف، إمّا ببده الحقيقي، و إمّا ببده الجعلى، و مقتضى الأصل ثبوت الضمان فى الأوّل، و عدمه فى الثانى، فيعمل بكلا الأصلين.

قال - قدّس سرّه - و لو كان أحد العوضين ديننا إلى قوله: (لأنّ الساقط لا يعود).



أقول: قد يبحث عن جواز و لزوم هذا القسم من المعاطاة من جهة القواعد،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٠

و قد يبحث عنهما من جهة إمكان التراد و عدم إمكانه.

أمّا الكلام في الأول، فهو أنّه لا- شكّ أنّ القدر المتيقّن من الخروج عن تحت قاعدة اللزوم هو صورة كون العوضين عينين، فتبقى صورة كون أحدهما دينا تحت القاعدة من أول الأمر.

أمّا الكلام في الثاني، فهو: أنّه كما يمكن نقل السلطنة على الدين من الدائن إلى المديون، كذلك يمكن نقلها من المديون إلى الدائن ثانيا، فليس ديتية العوض كتلفه، فأصالة الجواز- لولا العمومات- ثابتة، لثبوت موضوعها، لا أنّها منفية لانتفائه. قوله- قدّس سرّه- (فافهم).

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ الحكم بكونه كالتلف على هذا القول أيضا ليس على إطلاقه، لأنّه إن تصرّف المباح له في الدين تصرّفا متلفا، كالإسقاط و الحوالة و النقل، فحينئذ يكون كالتلف، فتكون العين الموجودة بدلا عن التالف بمقتضى استصحاب بدليته، و لا مجرى لأصالة الجواز ليكون حاكما عليه، و إن كان تصرّفه هو الإبقاء فحينئذ يمكن التراد، و لا مانع من استصحاب الجواز. قوله- قدّس سرّه- (لامتناع التراد).

أقول: قد عرفت أنّه ليس المراد بالتراد هو التراد الخارجي حتى يكون غير ممكن مع التلف، بل التراد في الملك، و هو ممكن معه، فيمكن هنا اعتبار ملكية المبيع من حيث كونه تالفا للمالك الأصلي، ليرجع إلى عوضه و إن كان من حيث كونه موجودا، ملكا للمشتري، لكنّ العمومات مقتضية لعدم جواز التراد هنا، إذ المتيقّن من مخالفتها هو صورة عدم طريان النقل و الانتقال على شيء من العينين.

ثمّ لو رجع العين إلى ملك البائع بسبب الفسخ، فهل يعود جواز التراد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢١

أو لا؟ احتمال كلّا منهما المصنّف- قدّس سرّه- من أنّ التراد بعد الفسخ ممكن، فيستصحب جوازه، و من أنّ الشك في جواز التراد هنا ناش عن الشك في الموضوع، إذ لا- نعلم أنّ موضوع جواز التراد الثابت قبل البيع، هل هو العين المملوكة لمن انتقلت إليه بالمعاطاة مطلقا، سواء لم تخرج عن ملكه أو خرجت و عادت حتى يكون ثابتا بعد الفسخ، فيكون حكمه و هو جواز التراد أيضا ثابتا، أو هو العين المذكورة بشرط أن لا تخرج عن ملكه حتى يكون مرتفعا بعد الفسخ، فيكون حكمه أيضا مرتفعا، فالمستصحب، أعنى: جواز التراد مقطوع البقاء على تقدير أن يكون موضوعه العين المطلقة، و مقطوع الارتفاع على تقدير أن يكون هو العين المقيدة، و قد تقرّر في محله أنّ إحراز الموضوع لا بدّ منه في الاستصحاب، بمعنى اتّحاد موضوعي القضيتين المقطوعه و المشكوكه.

ثمّ قوّى- قدّس سرّه- الوجه الثاني، أعنى: عدم إحراز الموضوع في هذا الاستصحاب، مستندا إلى أنّه لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق.

ثمّ إنّ السيد المحسّنى- دام ظلّه- أورد على الوجه الأول، أعنى:

استصحاب جواز التراد: بأنّه لا وجه لهذا الاستصحاب، إذ المفروض سقوط الجواز بنقل العين، فبعد العود، الأصل بقاؤه على السقوط إلّا أن يقال: إنّ العود بالفسخ يكشف عن عدم سقوطه بالنقل. و هو كما ترى. و بالجملة، فالمستصحب مقطوع الزوال و الانقطاع. لكن يمكن أن يقال: إنّ الاستصحاب هنا تعلقي. «١».

### [الأمر السابع في ذكر وجهين للمعاطاة في صيرورتها بعد التلف بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة]

قال- قدّس سرّه-: (السابع: إنّ الشهيد الثاني- قدّس سرّه- ذكر في

(١) هنا يياض في الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٢

المسالك وجهين) إلى قوله: (و الظاهر أن هذا تفرغ على القول بالإباحة).

أقول: لعل مراد الشهيد- قدس سره- أن الظاهر من أدلة خيارى المجلس و الحيوان- حيث إن مفادها «أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»، و أن «صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»- هو أن هذين الخيارين ثابتان فى البيع الذى يكون مبناه على اللزوم لولاهما، فلهذا لا يجريان فى المعاطاة على القول بالإباحة، سواء قلنا بأنها بيع عرفى فاسد شرعا، أم قلنا: بأنها بيع عرفى صحيح شرعا، و أن التلف أو التصرف فيها كالتصرف فى المجلس فى الصرف و السلم، لاختصاص هذين الخيارين بالبيع الصحيح شرعا، و المعاطاة على تقدير كونها كذلك يكون مع قطع النظر عنهما جائزة. فلا تشملها أدلتهم، و جعل مبدأ الخيارين فيها من حين حصول التلف أو التصرف، مناف لظاهر أدلتهم من كون مبدئهما من أول زمان المبيعة.

و أما خيار العيب و الغبن، فمقتضى قاعدة الضرر المثبتة لهما جريانهما فى المعاطاة على كلا القولين فيما إذا ظهر العيب أو الغبن بعد حصول التلف أو التصرف، فإن الصبر على المعيوب أو المغبون فيه حينئذ ضرر، لا فيما إذا ظهر قبل ذلك. نعم دليل التخيير بين الردّ و الأرش فى خيار العيب لا- يشمل المعاطاة على الأول، لاختصاصه بالبيع الصحيح شرعا، و يشكل على الثانى، لاحتمال انصرافه إلى البيع المبني على اللزوم.

### الأمر الثامن: اعلم أن الفقهاء ذكروا لصيغة البيع شروطا، كالعربية، و الصحة مادّة، و إعرابا، و تقدّم الإيجاب على القبول

□

إلى غير ذلك مما يأتى إن شاء الله تعالى، و مرادهم أنّها شروط للصحة لا للزوم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٣

ثم إن المشهور ذكروا عقيب هذا المبحث مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و لفظ العقد الفاسد فى كلامهم ناص فى الفاسد من جهة اختلال شروط الصيغة، فإن مقتضى الاتصال بهذا المبحث كونه إمّا خاصا به، و إمّا شاملا له و لغيره، و مع الغض عن ذلك، فهو ظاهر فيه بمقتضى الإطلاق.

و ظاهر المحقق و الشهيد الثانين كون الصيغة المختل بعض شروطها معاطاة، فيكون كلامهما مناقضا لمقالة المشهور، إذ مقتضى الأول هو الضمان بالعوض الجعلى، و مقتضى الثانى هو الضمان بالمثل أو القيمة.

و تحقيق المقام: أنّه إن قلنا بأنّ تلك الشروط ليست شروطا أصلا، و أنّ الصيغة الفاقدة لجمعها بيع صحيح بمقتضى الإطلاقات السليمة عن المعارض و لازم بمقتضى القواعد المتقدمة كذلك، فلا حاجة لنا إلى البحث فى هذا المقام.

و إن قلنا باشتراط الصحة بالجميع أو بالبعض. فإن بنينا على إفادة المعاطاة للملك الجائر، فلا معنى لجعل الفاقد لبعض تلك الشروط من هذا الباب، لمكان التنافى بين جعل الشرط شرطا للصحة، المقتضى لعدم ترتب مقصود المتعاقدين على فاقده و ترتب الضمان عليه، و بين جعل الفاقد له مفيدا للملك، إذ الصادر من المتعاقدين ليس إلّا الرضا الباطنى بملكية كل من المالىين بإزاء الآخر لمالك الآخر، و الصيغة اللفظية على طبقه، و التقابض بعد ذلك، فالأول لا يصلح بمجرده سببا لحصول الملكية، بل يحتاج إلى المظهر بلا إشكال، و الثانى فاسد بالفرض، و الثالث إنّما وقع مبني على العقد و على وجه الوفاء به و العمل بمقتضاه، لا بقصد إنشاء الملكية، لوضوح أنّ المتعاقدين العالمين بصحة الصيغة و حصول الملكية بها، لا- يقصدان بالتقابض بعده إنشاء التمليك، لكونه تحصيلًا للحاصل باعتقادهما، و من المعلوم أنّ التقابض المجرد عن قصد الإنشاء- و لو كان باعتقاد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٤

الملكية خطأ- لا يفيد الملكية.

نعم لو قصدا بالتقابض الإنشاء عند انكشاف فساد الصيغة لهما، فيقع صحيحا من باب المعاطاء، لكن المعاطاء إنما حصلت حينئذ بالتقابض، و الصيغة فاسدة لم يترتب عليها شيء أصلا، و الكلام في كون الصيغة الفاسدة معاطاء.

و إن بنينا على إفادة المعاطاء للإباحة، فحينئذ و إن كان جعل الصيغة الفاقدة لبعض الشروط من هذا الباب له معنى، لكن ليس له وجه، إذ حصول الإباحة بالعقد الفاسد- على فرض تسليمه- مخالف للقاعدة، فيقتصر فيه على مورد المعاطاء الفعلي دون القولي، فإن الأول هو المتيقن من دليله من الإجماع أو السيرة، فعلم أن القول باشتراط الشروط المذكورة في صحة الصيغة لا يجامع جعل الفاقد لها معاطاء بكلام القولين فيها.

و ربما يجمع بين مقالة المشهور: من جعل تلك الشروط شروطا للصحة و جعل المقبوض بفاقدها مقبوضا بالعقد الفاسد، و بين كلامي المحقق و الشهيد الثانيين، القائلين بكون الصيغة الفاقدة معاطاء، بأنه قد لا يكون للمتبايعين بالصيغة الفاقدة رضا آخر غير الرضا الحاصل في ضمن التمليك، و التقابض الواقع بينهما بعد العقد يكون مبثبا على زعم صحة المعاملة، بحيث لو تبثها على بطلان العقد لم يتقابضا، و قد يكون لهما رضا آخر علاوة على الرضا في ضمن البيع، كأن يكون مقصودهما الأصلي إباحة تصرف كل في مال الآخر، فتوسلا إليه بالبيع، بحيث لو تبين لهما الفساد لم يمتنع من التقابض فيحمل مقالة المشهور على الصورة الأولى، و كلامهما على الصورة الثانية.

و هذا الجمع لا يستقيم، لأنه لو أريد بالرضا الزائد: إنشاء تمليك ثانوي بعد العقد في ضمن التقابض، فهذا لا يصدر ممن يعلم بصحة المعاملة، فإنه تحصيل الحاصل باعتقاده. نعم يصدر ممن تبين له فساد العقد أو أراد الاحتياط للشك في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٥

الصحة، لكن المعاطاء حينئذ إنما تحصل بالتقابض لا بالصيغة.

و إن أريد أن يكون المعلوم من حالهما رضا كل منهما بتصرف صاحبه في ماله مجانا و لو على تقدير عدم حصول المعاملة أو فسادها، فهذا الرضا مضافا إلى أنه ليس فعليا- بل تقديري، إذ المفروض زعم كل واحد ماله حقا لصاحبه بعد العقد، و فعليه هذا الرضا يتوقف على زعم ماليه المال لنفسه- لا- يترتب عليه آثار المعاطاء من الزوم بالملزمات و نحوه، بل حاله حال الرضا بالتصرف المستكشف بشاهد الحال.

و إن أريد رضا كل واحد بتصرف الآخر في ماله بإزاء إباحة الآخر فلا شك أن هذا أيضا ليس فعليا، بل حاصل على تقدير فساد المعاملة.

و نحن و إن سلمنا حصول المعاطاء بمجرد الرضا من دون توقف على حصول الإنشاء بالفعل. و قلنا بأن قوله- عليه السلام-: «لا يحل مال امرئ إلى آخره»، يدل على تحقق الحلية متى تحقق طيب النفس، و الإجماع في باب العقود و الإيقاعات قام على مدخلية الكاشف و المظهر في التأثير، و به صححنا دخول الحمام، و شرب الماء من موضع السقي، و وضع الفلوس في المحل المعد له، لكون فتح باب الحمام و نحوه أماره دالة على الرضا، لكن ذلك إنما هو في الرضا الفعلي لا التقديري، لعدم صدق طيب النفس عليه. سلمنا أن المعاطاء تحصل بالرضا التقديري أيضا، لكن من أين علم من حال المتعاقدين إقدامهما على هذه الإباحة المعوضة على تقدير فساد المعاملة؟ فلعلهما يوقعان البيع ثانيا على الوجه الصحيح.

و ذكر السيد المحسني- دام ظلّه- في مقام الجمع ما حاصله: أنه تارة يكون مقصود المتعاقدين بالصيغة الفاقدة: إنشاء خصوص الملكية اللازمة، و لهذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٦

اختاروا البيع بالصيغة، كما هو الغالب في البيوع الخطيرة الواقعة بالصيغة، و تارة يكون مقصودهما إحداث مطلق التمليك، سواء كان

لازماً أم جائزاً، كما في بعض البيوع التي لا- اعتبار بشأنها، بحيث لا- يبالون بأن يحصل الرجوع فيها أم لا، فعلى الأول: يكون العقد الفاقد فاسداً، والمقبوض به مقبوض بالعقد الفاسد. وعلى الثاني: يكون كالمعاطاة في إفادة الملك. والأولى حمل كلام المشهور على الصورة الأولى و كلام المحقق و الشهيد الثانيين على الصورة الثانية.

ولكن لا يخفى أن هذا الجمع أيضاً غير مستقيم، لأنه إن لم يجعل تلك الشروط شروطاً للصحة، فلا كلام، ولكن المفروض تسليم ذلك، ومع هذا فما معنى قولكم: إنه يحصل بالصيغة الفاقدة المعاطاة والملكية الجائزة؟ وهل هذا إلا التهافت؟

### فرعان:

#### الأول: لا إشكال في أنه على القول بإفادة المعاطاة للملك المترزلاً نماءات المبيع للمشتري، و نماءات الثمن للبائع

متصلة كانت كالصوف على ظهر الغنم و السمن، أو منفصلة كاللبن و النتائج، لأنَّ النماء ملك لمن حدث في ملكه، فإذا رجع أحدهما في عينه انتقل العين إليه مع النماءات المتصلة دون المنفصلة.

و أما على القول بالإباحة، سواء كان مقصود المتعاطيين التمليك أو الإباحة، فلا إشكال في إباحته للمباح له، لأنَّ النماء تابع للعين. و أما حكم الرجوع فيه، فإن احتمل كون إباحته لازمة، بأن يكون اللزوم من آثار عنوان نتيجة المباح، فلا يمكن التمسك على جوازه بقاعدة التسليط، لأنها متعزضة لحكم المال من حيث إنه مال، فالتمسك بها على جواز الرجوع، ينفع في مقام يعلم بعدم طريان عنوان على المال مقتض لعدمه، لا في مقام يحتمل ذلك كما فيما نحن فيه، فإذا شكَّ في زوال الإباحة بسبب الرجوع يستصحب بقاءها، كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٧

و على تقدير ثبوت الجواز- بإجماع أو سيرة- فهل النماء مستقل في الرجوع؟ بحيث يجوز الرجوع فيه دون العين و بالعكس، أو تابع للعين؟ بحيث إذا رجع في العين وحدها ارتجع نماؤها بتبعها قهراً، و إذا رجع في النماء وحده لم يرتجع، أو يتوقف ارتجاعه على الرجوع في العين؟ ثم الرجوع بعد ذلك في النماء، وجوه.

#### الثاني: حكى عن المحقق الثاني - قدس سره - في كتاب صيغ العقود ما حاصله: أن القرض يحتاج إلى اللفظ

و الدفع على جهة القرض بدون اللفظ يكون معاطاة، و يفيد إباحة التصرف للمقترض. لكن لو تلفت في يده يستقر العوض في ذمته. و الذي ينساق إليه النظر أن المعاطاة في البيع تفيد ملكاً مترزلاً إلى أن يتلف إحدى العينين، فيصير لازماً، و هذا يقتضى أن يكون نماء المبيع قبل التلف للمشتري، و هذا بخلاف القرض بالمعاطاة، فإنَّ نماءه الحاصل في يد المقترض يكون للمقرض.

أقول: هنا سؤالان عن المحقق، الأول: أنه ما الفرق بين المعاطاة في البابين؟ حيث قلتم بإفادتها الملك في أحدهما و الإباحة في الآخر، و إطلاقات البيع كما تشمل البيع المعاطاتي كذلك إطلاق القرض أيضاً يشمل القرض المعاطاتي، فمقتضى القاعدة أن تكون المعاطاة في القرض أيضاً مفيدة للملك. سلّمنا لكن كون النماء للمقرض مخصوص بصورة الرجوع في العين لا مطلقاً كما هو ظاهر كلامه.

الثاني: أن هذه الإباحة إن كانت مجانية، فما معنى كون التلف في يد المقترض موجباً للضمان؟ و إن كانت معوضة، فالعوض لا بدّ و أن يكون في ذمة المقترض، و ليس عينا خارجياً يجوز التصرف فيه للمقرض كما في البيع، فيلزم أن يكون المقرض مالكا للعوض في ذمة المقترض، إذ لا يتصور إباحة التصرف إلا في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٨

العين الخارجى، و حينئذ فما معنى قولكم بالإباحة و عدم حصول الملك للمقرض؟ و هل هذا إلا الالتزام باجتماع العوض و المعوض في ملك المقرض؟

## [مقدمة في خصوص ألفاظ البيع]

## [اعتبار اللفظ في البيع يختص بصورة القدرة]

قال - قدس سره -: (لكن هذا يختص بصورة القدرة).

أقول: اعلم أنى الأصل الأوّلى فى جميع ذوات الأسباب من العقود والإيقاعات وغيرها عند الشك فى الحصول، هو الفساد و عدم الحصول، مثلا: لو شك فى انتقال المثلن إلى المشتري و الثمن إلى البائع بسبب فرد خاص من البيع، فأصالة عدم تغير الحالة السابقة و بقائها بحالتها تقتضى عدم الانتقال، و كذا لو شك فى انقطاع علقه الزوجية بطلاق خاص، أو حصول الطهارة للمتجنس بغير البول بالغسل مرّة واحدة.

لكن لو كان فى دليل تأثير هذا السبب إطلاق و كان مقدمات الحكمه فيه مجتمعته، يحصل بذلك أصل ثانوى فى البين يكون هو المرجع عند الشك فى اعتبار أمر زائد على العنوان المأخوذ فى الدليل فى التأثير، و هو أصالة الإطلاق، و ذلك كإطلاق لفظ الغسل الواقع فى روايات تطهير المتجنس بغير البول من النجاسات، و عدم تقييده بمرتين، و إطلاق دليل صحة البيع و العقد و لزومهما، فلو شك بعد صدق هذه العناوين فى حصول التأثير لاحتمال اعتبار أمر آخر، يدفع هذا الشك بأصالة الإطلاق، فالأصل الأوّلى فى المقام أصل عملى، و هو الاستصحاب، و الثانوى أصل لفظى، و من استدلل على عدم لزوم التعدد فى غسل المتجنس بغير البول: بأصالة البراءة، فمراده بهذا الأصل أصالة البراءة (كذا)، إذ من المعلوم أن الغسل ليس مطلوبا نفسيا حتى يقع مجرى لأصالة البراءة. و إذا ثبت تقييد إطلاق العنوان المأخوذ فى الدليل بشىء - بإجماع و نحوه - فلا بد أن يقتصر فيه على المورد المتيقن.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٢٩

فنقول: لو فرض حصول الإجماع على اعتبار وجود اللفظ فى لزوم البيع، فالقدر المتيقن من مورده هو صورة قدرة المتبايعين على التلفظ بالمباشرة فعلا، من دون مانع شرعى و لا عقلى، فيقع بيع العاجز عن التتلق - سواء كان عجزه لخرس أو لمرض فى لسانه قابل للبرء و سواء كان قادرا على التوكيل أم لا، و القادر عليه، الممنوع منه لعذر شرعى كالناذر أن لا يتكلم فى اليوم، أو عقلى كالكائف من عدوّ مكره - صحيحا لازما على حسب القواعد، و بيع الأخرس بإيجاد فعل دالّ عليه - كما يفعل فى إفهام سائر مقاصده - صحيح لازم و لو كان قادرا على التوكيل، لأصالة الإطلاق، مضافا إلى فحوى روايتين واردتين فى كفاية ذلك فى طلاقه.

ثم اعلم أنه كما أنّ فى الأقوال صريحا و ظاهرا، كذلك فى الأفعال أيضا صريح و ظاهر، و الصريح منهما ما لا يحتمل الخلاف، و الظاهر ما يحتمله، لكن نوع العرف لا يتحيزون فى معناه، و لا يعتنون باحتمال الخلاف، ما لم يرد عليه دليل من الخارج.

فنقول: القدر المتيقن خروجه من تحت إطلاقات البيع هو ما إذا لم يقع الإنشاء بالقول أو الفعل الصريح أو الظاهر فى معنى البيع، سواء وقع بالقصد المجرد، أو بالقصد المقرون بقول أو فعل له ظهور شخصى لا نوعى، و خروج ذلك إما من باب التخصيص بالإجماع، أو التخصيص لعدم صدق عنوان البيع عليه عرفا.

و أما صور وقوع الإنشاء بصريح من القول أو الفعل أو الظاهر منهما، فجميعها داخله تحت الإطلاق على نحو سواء، و فى عرض واحد، بلا ترتيب بينها، فكما يقع البيع بالصريح من القول و الفعل، فكذا بالظاهر منهما و لو مع القدرة على الصريح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٠

بقى هنا أمران ينبغى التنبيه عليهما:

الأول: قراءة الحمد و السورة و الأذكار و التشهد و السلام فى باب الصلاة مطلوب نفسى بحيث إنّ المطلوب أولا من كلّ مكلف هو الصلاة مع القراءة، غاية الأمر إنّ الشارع اكتفى فى حق العاجز - كالأخرس - بالإشارة، فالإشارة فى هذا الباب بدل عن القراءة، لا فى عرضها، و هذا يقتضى أن يراعى فى الإشارة الأشبه بالقراءة فالأشبه، بأن يأتى عوض كل حرف بإشارة قاصدا بدليتها عنه، لا أن يأتى

بالإشارة لأداء المعانى و مفادات الألفاظ كما يأتى بها لأداء سائر المقاصد، بل فى خبر السكونى زيادة «تحريك اللسان على الإشارة بالإصبع»، و لعله الموافق للقاعدة أيضا بناء على كون حركات الشفة و اللسان مقوما للقراءة- كما هو ظاهر- فيلزم الإتيان بها عند تعذر بقية الأجزاء.

و أما بناء على كونها مقدّمة لها، فالقاعدة تقتضى عدم لزومها، لأنّ وجوب المقدّمة فرع وجوب ذبيها، فيسقط بسقوطه، و الأمر فى المقام على عكس هذا الباب، فالإشارة هنا فى عرض اللفظ، لا بدل عنه، فلا يلزم مراعاة أشبهيتها به، بل يؤتى بها لإفادة المقصود و هو البيع، كما يؤتى بها لإفادة سائر المقاصد.

الثانى: لو دار الأمر فى بيع الأخرس بين الكتابة و الإشارة، فمقتضى القاعدة على ما عرفت- هو التخيير بينهما و عدم الترتيب لكن ربّما يستظهر الترتيب بتقديم الكتابة من الرواية الواردة فى طلاق الأخرس، حيث حكم الإمام بإيقاعه بالكتابة، ففرض السائل عدم القدرة عليها، فحكم حينئذ بإيقاعه بالإشارة المفهومة، كما أفهم كراهته عن زوجته.

و أنت خبير بأنّ الرواية غير ظاهرة فى الترتيب. نعم يحتمله، لكن هذا الاحتمال معارض باحتمال أن يكون الاكتفاء بذكر الكتابة من باب الاكتفاء بذكر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣١

أحد الأفراد.

نعم لو كان فرض عدم القدرة على الكتابة فى كلام الإمام، كأن يقول:  
فإن لم يقدر على الكتابة فيوقعه بالإشارة، كان ظاهرا فى الترتيب.

### [فى الخصوصيات المعتبرة فى لفظ عقد البيع]

قال- قدّس سرّه-: (أما الكلام من حيث المادة) إلى قوله: (و مع هذه الكلمات كيف يجوز أن يسند إلى العلماء).

أقول: الإنصاف أنّ هذه الكلمات لا محصل لها. هذا.

و يمكن الخدشة فى التفصيل المذكور فى كلام العلّامة بين الصريح و الكناية: بأنّ الكناية أيضا قد تكون صريحة، و ذلك فيما إذا كان اللازم المستعمل فيه الكناية من اللوازم المساوية للملزم. نعم فيما إذا كان لازما أعم له، تكون الكناية ظاهرة.

نعم اللازم- مع قطع النظر عن كونه مساويا أو أعم- قد يكون من اللوازم البعيدة، بحيث لا- ينتقل نوع الأذهان منه إلى ملزومه إلّا بالمداقة الأكيدة، و قد يكون من اللوازم القريبة، بحيث يحصل الانتقال منه إلى الملزوم لغالب الأذهان بسهولة.

قال- قدّس سرّه-: (و لعلّ الأولى أن يراد باعتبار الحقائق فى العقود) إلى آخره.

أقول: حاصل وجه الفرق بين ما إذا كان القرينة مقالا- و بين ما إذا كان حالا، هو أنّ إفادة المطلب و هو البيع فى الأوّل، منتبهة إلى

الدلالة الوضعيّة، فيصدق أنّ البيع وقع باللفظ، و فى الثانى منتبهة إلى القرينة الحالية لا الدلالة الوضعيّة، فلا يصدق أنّه وقع باللفظ.

لكنّك خبير بأنّ ذلك إنّما يتمّ لو كانت القرينة الحالية بنفسها- مع قطع النظر عن اللفظ- مفيدة للمطلب، و من المعلوم خلاف ذلك، بل إنّما هى توجد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٢

فى اللفظ ظهورا، بحيث تستند الدلالة على المطلب إلى نفس اللفظ، غاية الأمر أنّه يقال: إنّ محدث هذه الدلالة فى اللفظ هو القرينة الحالية لا وضع الواضع.

و الحق فى المقام أنّه- بعد إحراز كون الظهور النوعى فى البين- لا- فرق بين اللفظ الصريح ك «بعت»، و الكناية ك «أدخلته فى

ملكك»، أى: أوجدت فى نفسى قرار دخوله فى ملكك، فإنّ الدخول فى الملك لازم للمبادلة، فيقال:

بعته فدخل في ملك الغير، كما يقال: كسرتة فانكسر، ولا بين الحقيقة والمجاز، كـ «بعت منفعة هذا الدار» في الإجارة، ولا بين الألفاظ التي وقع التعبير بها في لسان الشارع، وغيرها.

ثم الانتقال من اللازم إلى الملزوم في الكناية، وهي الكلمة المستعملة في اللازم لغرض الاستطراق والانتقال منه إلى الملزوم بحيث لو استعمل في الملزوم ابتداء كان مجازاً، مما لا إشكال فيه في القضايا الخبرية، كما في قولنا: زيد كثير الرماد، فيحصل الانتقال منه إلى قضية أخرى ملزومة لهذه القضية، وهو قولنا:

زيد جواد، ولهذا يكون الأخبار بالقضية اللازمة بمنزلة الأخبار بالقضية الملزومة، ولهذا يعدّ الإخبار بالقضية اللازمة في المثال مدحاً. وأمّا القضايا الإنشائية: فعلى القول بكون الإنشاءات موجدة لمعانيها، يشكل تصوير الكناية فيها، بأن يقصد من إنشاء اللازم إنشاء الملزوم، فإنّ الإنشاء على هذا إيجاد من اعتبار المتكلم واللفظ، والمفروض أنّه لم يتحقق إلّا بالنسبة إلى اللازم، فلا محالة يكون المنشأ به هو اللازم بدون الملزوم، لمكان المغايرة بينهما.

وأما على المختار من كونها كاشفة عن معانيها، فالكناية تكشف عن وجود اللازم في نفس المتكلم، فيكشف عن وجود الملزوم فيها قبل ذلك، مثلاً قوله:

أدخلت هذا العين في ملكك بعوض كذا، يكشف عن تحقّق جعل قرار الدخول المذكور في نفس المتكلم، وهذا لا يمكن إلّا بعد تحقّق الجعل البيعي في نفسه،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٣

فيستكشف من تحقّق الجعل اللازم تحقّق الجعل الملزوم.

و ملخص الكلام في المقام: أنّه قد عرفت أنّ الأصل في كل ذي سبب هو الفساد، إلّا أن يكون إطلاق في البين، فيكتفى بكل ما صدق عليه العنوان إلى أن يعلم التقييد، فيقتصر فيه على المتيقّن، ففي باب البيع إن بنينا على وجود إطلاق في البين - كما اخترناه - فلا نلتزم باشرطه بشيء ممّا ذكره، لعدم دليل عليها يقاوم الإطلاق. نعم، لو سلّمنا الإجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم، قلنا به، لكن قد عرفت الخدشة فيه.

و إن بنينا على عدمه، فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن من جميع الجهات، بأن يكتفى من جهة المادة على العربي وعلى خصوص لفظ البيع، لأنّه الوارد في الكتاب والسنة، فيحتمل أن يكون لخصوصيته دخل، فلا يجزى مرادفاته، ولا مجازات قرينتها لفظ كلفظ العارية والصلح. ومن جهة الهيئة على الصحيح فلا يجزى الملحون الغير الخارج عن العربية كلفظ «بعت» بفتح الباء، فضلاً عمّا كان كذلك كلفظ «بعت» بالغين المعجمة، وعلى الماضي فلا يجوز المستقبل والأمر، وعلى ما إذا كان المتكلم عالماً بأنّ لفظه التاء في «بعت» في العربية بمنزلة الميم في «فروختم» في الفارسية. و بعبارة أخرى: كان عالماً بوضعه المادى والهيئى تفصيلاً.

[في شروط عقد البيع]

[من جملة شروط عقد البيع تقديم الإيجاب على القبول]

مسألة هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول، أو لا؟

مجمل القول فيه: أنّه إن بنى على وجود إطلاق في البين، فينفي ذلك به.

وأما إن بنى على عدمه، ففرّق المحقق المصنّف - قدس سرّه - بين ما إذا وقع القبول بلفظ «قبلت» فيشترط التقديم، وبين ما إذا وقع بلفظ «تملّكت» أو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٤

«اشترت» فلا يشترط، و حاصل ما أفاده - قدس سره - في بيان وجه الفرق: أنه لا بد أن يشتمل القبول في باب البيع على إنشاء فعلى للملك بالعوض، و حصوله في «تملكت و اشترت» المتقدمين واضح، و أما قبلت المتقدم، فحيث لم يصدر من الموجب تملك، فيكون معناه الرضا بما يفعله الموجب بعد ذلك، من إنشاء التملك بالعوض، لا إنشاء للملك، بخلافه لو كان متأخرا، فإنه حيث صدر التملك من الموجب، فلا محالة يكون معناه قبولا لتملكه و تملكه فعليا.

و تنقيح المقام: أنه إن كان اعتبار القبول في البيع من باب اعتبار مجرد الرضا، و أنه لا يجوز التصرف في مال الغير بدون رضاه - بأن لا يكون تحقق الإنشاء من المشتري معتبرا في مفهوم البيع، فإن البائع على هذا مستقل في إدخال ماله في ملك المشتري و إدخال مال المشتري في ملك نفسه، فكلاهما يحتاج إلى إمضاء المشتري و رضاه. فإن قلت: كيف يمكن تملك مال الغير مع عدم حصول التملك منه.

قلت: التملك ممكن الانفكاك عن التملك، كما في تملك المباحات بالحيازة، غاية الأمر إن التملك هنا لما كان متعلقا بمال الغير، يحتاج إلى رضاه، و هذا هو الظاهر بحسب الصناعة، فإن مفهوم البيع - و هو مبادلة المال بالمال - إنما يتحقق من البائع، و لعله يكون المرتكز في الأذهان العرفية أيضا، حيث يرون معظم قوام البيع من جانب البائع، و لا يرون من طرف المشتري إلا مجرد إمضاء و رضا - فحينئذ يلزم الاكتفاء بمجرد حصول الرضا - كيفما اتفق - سابقا على الإيجاب، أو مقارنا له، أو لاحقا و لو بفصل طويل، بل يلزم الاكتفاء بمجرد الإيجاب فيما إذا باع ولى الصغيرين مال أحدهما من الآخر، و يكون على هذا قول المشتري: بعني هذا بهذا، كافيا، لكونه كاشفا عن الرضا، مع أنه مجرد الاستدعاء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٥

و طلب البيع، و ليس فيه إنشاء التملك و التملك أصلا.

و إن كان اعتباره من باب توقف تحقق مفهوم البيع على تحقق الإنشاء من المشتري كما يتحقق من البائع - غاية الأمر أنه في الأول تملك مطابق و تملك ضمنى، و في الثانى بالعكس - فحينئذ يكون قول: تملك أو اشترت - سابقا أو لاحقا - كافيا، إذ القبول المأخوذ في مفهومهما متعلق بالملكية الخارجية، فيكون معنى تملك: هونت على نفسى و حملتها أن يكون هذا ملكا لى بإزاء أن يكون ذاك ملكا لك.

فيحصل إنشاء التملك مطابقة بقوله: تملك هذا، و إنشاء التملك ضمنا بقوله: بهذا، و هذا بخلاف لفظ «قبلت» في باب العقود، فإن القبول فيه متعلق بالمعاملة الصادرة من الموجب، ألا ترى أنه يقال: قبلت الصلح أو الإجارة أو النكاح، فهو انفعال و مطاوعة من القابل للفعل الذى صدر من الموجب بالنسبة إليه، و حينئذ فإن كان معناه مجرد الرضا و طيب النفس من المشتري بفعل البائع من دون أن يكون فى البين إنشاء صادر من المشتري، فهو كما يمكن تحققه لاحقا فكذا سابقا، فإنه قد يرضى الإنسان بالفعل المستقبل، و إن كان معناه تحميل النفس و تصييرها متحملة لفعل البائع، بمعنى أن يصير القابل معاونا و مساعدا للبائع، فحينئذ لو وقع عقيب الإيجاب يكون المعنى لم أرد تملك هذا المال إياى بإزاء ذاك، بل أخذته من البائع و التزمت به، فيكون الأخذ المتعلق بتملك هذا بهذا، تملك مطابقا و تملك ضمينا، و لو وقع قبله يكون التزاما بما لم يصدر من البائع بعد، على أن يكون نافذا على تقدير حصوله من حين حصوله، و هذا و إن كان إنشاء حاليا للملك و التملك، إلا أنه معلق و مشروط بحصول الإيجاب، و التعليق و إن كان ليس بمفسد للعقد عقلا، إلا أن الإجماع قام على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٦

مفسدته له.

فإن قلت: ما ذكرته بعينه جار فى الإيجاب المتقدم، فإن الملكية لا تحصل لأحد من الطرفين إلا بعد القبول، فالتملك و التملك من



الموجب في صورة التقديم، لا يمكن إلّا على وجه التعليق.

قلت: هذا تعليق لأثر الإنشاء من الملكية على حصول القبول بجعل الشارع، كتعليقه على حصول القبض في المجلس في بيع السلم، لا تعليق لنفس الإنشاء من قبل المنشئ، إن قلنا بأن مفهوم البيع يتحقق بإنشاء البائع فقط، فإنه مبادلته مال بمال، وفاعل المبادلة هو البائع، غاية الأمر إنه لا- يؤثر بدون رضا المشتري، فما يعتبر أن يتحقق من جانب المشتري إنما هو الرضا، لا لأجل تحقق مفهوم البيع به، بل لأجل نافذية البيع الصادر من البائع.

فإن قلت: بل قوام البيع بل كل معاوضة و معاملته و عقد إنما هو بالطرفين، و مجرد إنشاء طرف واحد لا يحقق هذا المفهوم و إن كان الأثر مع تحقق هذا المفهوم بالتزام الطرفين قد يكون متوقفا على أمر آخر، كتوقف حصول الملكية في بيع السلم و الصرف على القبض في المجلس، لكن المفهوم العقدي يتوقف على الالتزام من الطرفين، و لا يحتاج إلى مزيد من ذلك.

و يؤيد ذلك أن مفهوم الشراء في العربية و مفهوم «خريدن» في الفارسية، يعدّ عرفا أمرا زائدا على مجرد الرضا بفعل البائع، و على هذا لا بدّ أن يصدر من القابل في كل عقد إنشاء مناسب لهذا العقد، ففي عقد الهبة لا بدّ من إنشاء التملك المجاني، و في عقد الرهن من إنشاء قبول العلاقة التي أحدثها الراهن، و هكذا.

قلت: مفاهيم العقود مفاهيم عرفية، لا شرعية، لا بدّ من أخذها من العرف لا الشرع، و لا شكّ أن [في] العرف لو قال أحد لآخر: هل تبيع مالك الفلاني

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٧

منى؟ فقال الآخر: بعتك، يعدّ ذلك بيعا من دون أن يرون لأخذ المستدعي المال مدخلية في تحقيقه، بل يرون المستدعي ملزما بالقبول بمجرد الاستدعاء المذكور، و تعقبه بالقول المذكور، و هذا يدل على أن قوام البيع عندهم بطرف البائع فقط، غاية الأمر إنه مع عدم الرضا، بيع غير مؤثر.

ألا ترى أن عقد الوكالة متحقق من طرف الموكل من دون حاجة إلى إنشاء من طرف الوكيل. □  
و في رواية سهل الساعدي أن الزوج قال للنبي صلى الله عليه و آله و سلم: زوّجنيها، فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم زوجتكها. و ظاهرها الاكتفاء بمجرد إيجاب النبي، و عدم تعقبه بإنشاء القبول من طرف الزوج.

و مفهوم الشراء و إن كان مفهوما مغايرا لمجرد الرضا، لكن لا دليل على لزومه مع ترتب الأثر في الكتاب و السنة على مجرد البيع، لا البيع و الشراء.

و الحاصل: أنه إن قلنا بهذا، فالخطب سهل، فكما يجزى الرضا اللاحق من المشتري فكذا السابق بل هو أولى، بل لو حصل الرضا بعد الإيجاب بمدة كان كافيا، كما في الإجازة اللاحقة في البيع الفضولي، بل يكفي مجرد قول «بعت» فيما إذا باع ولى الصغرين مال أحدهما من الآخر.

و إنما الإشكال و الكلام فيما لو قلنا بأن عقد البيع لا يحصل بدون إنشاء القبول من المشتري، و وافقنا الإجماع على أن العقود مركبة من الإيجاب و القبول الظاهر منه غير الرضا المجرد، مع ملاحظة الإجماع الآخر على أنه لا يكفي في باب العقود الإنشاء التعليقي، بل لا بدّ أن يكون أنيا حاليا فعليا، فإنه لو حملنا القبول المحتاج إليه في تحقق مفهوم العقد على القبول المطاوعى - و ربما يؤيد ذلك بما هو المتداول في القبول في أبواب العقود من تعليقه بفعل الموجب، فيقال: قبلت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٣٨

المصالحة و الإجارة و نحو ذلك - فحينئذ لا- إشكال في قبلت المتأخر، و كذا في تملكك و اشتريت المتأخرين، فإنه و إن كان مدلولهما الأولى هو إنشاء قبول الملكية و هو غير القبول المطاوعى، لكنّه بوصف كونه متأخرا عن الإيجاب يصير منشأ لانتزاع القبول المطاوعى.

و يشكل الحال في قبلت المتقدم، فإنه و إن كان إنشاء للقبول المطاوعى بمدلوله الأولى، لكن هذا الإنشاء إنما يتحقق مبتيا على وجود الإيجاب، فإنه فرع وجوده، فيكون تعليقا غير كاف بالإجماع.

و كذا الكلام في تملك و اشترت المتقدمين، فإنهما و إن كانا إنشاء فعليا حاليا لقبول الملكية، لكنّ القبول المطاوعى إنما يحصل بهما على تقدير وجود الإيجاب، بحيث إذا وجد يكون المجموع من هذا الإنشاء و الإيجاب منشأ لانتزاع القبول المطاوعى، فيكون إنشاء القبول المطاوعى، الذى هو مدلولهما الثانوى تعليقا.

و لو حملنا القبول المحتاج إليه العقد على قبول الملكية بالعوض الراجع إلى التملك الابتدائى، و التمليك الضمنى المدلول عليه بلفظة الباء العوضيّة، الداخلة على العوض، على عكس ما يحصل من البائع، فحينئذ لا إشكال فى تملك و اشترت المتقدمين و المتأخرين، لكونهما إنشاء فعليا للتملك المذكور فى كلا الحالين، و إن كان إنشاء القبول المطاوعى المدلول عليه بهما التزاما تعليقا، كما فى صورة التقدّم، لكن لا ضير فيه بعد أن ما هو المعتر هو إنشاء التملك لا القبول المطاوعى.

و لا- إشكال أيضا فى قبلت المتأخر الغير المستعمل فى معنى تملك مجازا، فإنه و إن كان مدلوله المطابقى الأولى هو إنشاء القبول المطاوعى، لكنّه إذا تعلق

كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ١٣٩

بالتملك بالعوض- كما هو المفروض- يستلزم حصول التملك بالعوض من القابل قهرا، و المفروض أن إنشاء القبول المطاوعى فعلى، لكونه متأخرا فيكون إنشاء التمليك الناشئ من قبله أيضا فعليا.

و يشكل الأمر فى قبلت المتقدم، فإنه إنشاء للقبول المطاوعى تعليقا، فيكون ما ينتزع منه من إنشاء التملك بالعوض أيضا تعليقا. نعم لو استعمل فى معنى تملك مجازا، كان الحال فيه هو الحال فى تملك، فى أنه يصير تملكا حاليا، بالدلالة المطابقية، و مصداقا للقبول المطاوعى التعليقى بالدلالة الائتمانية.

قوله: (أو لأصل الرضا به)

قال السيد المحشى- دام ظله:-

لم أفهم معنى هذه العبارة.

أقول: الحدس القطعى شاهد بأن العبارة كانت هكذا: (أولا قبل الرضا به) فوقع حرف القاف فى خط المصنّف شيئا بالصاد، و هذا الحدس حاصل بملاحظة خطه- قدس سرّه- و ضعف باصرته.

### [و من جملة شروط عقد البيع الموالاة بين إيجابه و قبوله]

قال- قدس سرّه:- (أقول حاصله أن الأمر المتدرج شيئا فشيئا) إلى قوله:

(و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف).

أقول: أما اعتبار الموالاة بين المستثنى و المستثنى منه فلقضية وحدة الكلام ذلك، بل الحال فى سائر القرائن المتصلة كذلك، فإنه لو أتى بها بعد فصل طويل، تكون قرائن منفصلة أجنبية عن الكلام السابق، و يكون هو مستقلا عنها.

و الحاصل أن مجرد تعليق الحكم على مركب لا- يدل على اعتبار الموالاة بين أجزائه ما لم يعلم اعتبار الهيئة الاتصالية بينها، إما من العرف كما فى لوائح

كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ١٤٠

الكلام، أو من الشرع كما فى الأذان و القراءة و نحوهما. و أما العقد فيمكن منع احتياج مفهومه إلى الطرفين أولا، لأنه بمعنى العهد و هو ممكن الحصول من طرف واحد، كما فى النذر و نحوه، و منع اعتبار اتصال قبوله بإيجابه ثانيا، ضرورة صدق هذا المفهوم فيما لو

صدر إيجابه من أحد الطرفين، وقال الآخر: إنى لا أقبل حتى أتأمل فى صلاحه وفساده، فجاء بعد مدة وقال: قبلت، فإذا لم يعتبر الاتصال فى صدق البيع والعقد عرفا، كان العقد الخالى عن الموالاة داخلا تحت إطلاق الحلية و لزوم الوفاء، المعلقين على البيع والعقد العرفيين.

### [و من جملة شروط العقد التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد]

مسألة اعلم أن اعتبار التنجيز فى العقد بأن يكون حاليا غير معلق على شرط، مما نقل عليه الاتفاق، لكن ما ذكروا فى تعليقه عليل، فإنهم عللوه بأنه لا يعقل تحقق الإنشاء بدون الجزم، ولا يعقل تحقق الجزم إلا مع عدم التردد، فمع التردد لا جزم، فلا إنشاء فى البين أصلا.

و أنت خبير بعدم منافاة التعليق للجزم أصلا، ألا ترى أن المخبر بقوله: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، معتقد و جازم بمفاد هذه القضية التعليقية، فالمنشئ إما أن يجعل التعليق متعلقا بالمنشأ فتنشأ الملكية المقيدة بيوم الجمعة، فيكون يوم الجمعة قيدا و شرطا للملكية المنشأ به، فلا- تصير فعليه إلا بعد حصوله، و إما أن يجعله متعلقا بنفس الإنشاء، فينشأ فى ظرف حصول المعلق عليه، لا بأن يكون هو ظرفه الواقعى فإن ظرفه الواقعى إنما هو زمان التكلم، بل ظرفه الفرضى، فيفرض أولا أن يوم الجمعة مثلا متحقق فينشئ، فيكون هذا الإنشاء متحققا فى ظرف يوم الجمعة المتحقق فى عالم الفرض، فيكون الإنشاء تابعا ليوم الجمعة فى التقديرية و الفعلية، و على كلا التقديرين فالإنشاء صادر بطريق الجزم، غاية الأمر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤١

إن كيفية الإنشاء مختلفة، من دون فرق فى ذلك بين أن يكون المعلق عليه متوقع الحصول فى المستقبل قطعا كيوم الجمعة، أو احتمالا كقدوم الحاج، أو محتمل الحصول فى الحال كما فى بعته إن كان مالا- لى، فحال المنشئ بالقضية التعليقية حال المخبر فيها فى حصول الجزم، غاية الأمر إن المخبر يجعل التعليق لنفس الإخبار لا للمخبر به، فإذا قال: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، فلا إشكال أن مفاد هذا القول ليس هو الإخبار بأن الملازمة بين طلوع الشمس و وجود النهار موجودة، فإن القضية تختلف باختلاف طرفيها، فكل من زيد قائم، و زيد القائم موجود، و قيام زيد موجود، و الربط الحاصل بين زيد و القيام موجود قضية مستقلة غير الآخر، بل المخبر به هو وجود النهار.

ثم لو كان التعليق راجعا إلى المخبر به يلزم أن يكون المتكلم مخبرا و جازما بوجود النهار المعلق على طلوع الشمس، و هذا لا يصح إلا بعد العلم بفعليه الطلوع، و القول المذكور لا- يتوقف عليه بل يصح مع القطع بالخلاف فلا محالة يكون التعليق راجعا إلى نفس الإخبار، بمعنى أنه يفرض أولا- أن طلوع الشمس متحقق، فيجزم و يخبر بوجود النهار، فيكون هذا الجزم و الإخبار واقعا فى ظرف الطلوع المتحقق فى عالم الفرض.

نعم لو اصطاد أحد من مطاوى كلماتهم فى هذه المسألة و إرسالهم إليها إرسال المسلمات، أن أصل المطلب كان مسلما بينهم، غاية الأمر أنهم عللوه فى بعض المقامات بالدليل المذكور فى قبال العامة، إسكاتا لهم كان الأمر سهلا. و أما لو لم يحصل ذلك و احتمال أن يكون تمام اعتمادهم على هذا الدليل، فالأمر مشكل.

### [و من جملة شروط عقد البيع الجزم]

قال: و تفصيل الكلام أن المعلق عليه. إلى قوله ثم التعليق.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٢

أقول: مثال التقادير الأربعة فيما إذا كان الشرط مصححا للعقد، أن يحتمل انقلاب الخمر بالخل في الحال أو في الاستقبال أو يقطع به في أحدهما و يعلق بيعه على ذلك، و ليعلم أن تعليق البيع على المايئة المحتملة أو المقطوعة المتحققة في الاستقبال بأن يقول: بعته إن صار ملكا لي في الاستقبال، داخل في بيع ما ليس عندك فيشمله النهي عنه.

و مما استدل به على بطلان التعليق في البيع: أن الأدلة الدالة على صحته ظاهرها ترتب الأثر، و هو الانتقال، على البيع من حين وقوعه، فالتعليق مخالف لذلك.

و فيه:- مضافا، إلى عدم جريانه في ما إذا كان الشرط محتمل الوقوع أو مقطوعه في الحال- أن الوفاء بكل عقد على حسبه، ألا ترى أن الوفاء بنذر صوم الغد هو الصوم في الغد، فالوفاء بالعقد المقتضى لحصول الملكية في المستقبل الالتزام بآثارها فيه.

و استدل على ذلك أيضا بتوقيفيه العقود، فلا بد أن يقتصر على المتيقن و هو الخالي عن التعليق.

و فيه: أن بعد إحراز الإطلاقات في أبواب العقود لا وجه لذلك.

فلو احتمل استناد تمام المجمعين أو البعض المقوم للإجماع على هذه الوجوه الضعيفة ارتفع الوثوق عن هذا الإجماع، و لم يكن كاشفا عن رأى المعصوم- عليه السلام.

و لا بأس بصرف عنان الكلام إلى بيان إمكان التعليق في الإنشاء و عدمه.

فنقول: لا إشكال في وقوعه، كما في الواجبات المشروطة، و الوصية و التدبير، لكن هنا إشكالان:

الأول: أن الإنشاء عبارة عن الإيجاد، و لازمه الفعلية، و لا يعقل التعليق فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٣

كما في الإيجاد التكويني، فإنه دائر بين الوجود الفعلي و العدم الأصلي، و لا يعقل فيه الوجود التعليقي.

الثاني: أن الإنشاء من المعاني الحرفية، و من المقرر في محلّه أنها معان غير مستقلة باللحاظ، و من الواضح أن تقييد شيء يتوقف على لحاظه مستقلا فكيف يكون الإنشاء مع ذلك قابلا للتعليق و التقييد، و للمحققين في التفصي عنهما وجوه:

الأول: ما اختاره شيخنا العلامة- قدس سره- على ما في التقريرات: من إرجاع القيود إلى المادة دون الهيئة، فليس نفس الإنشاء معلقا على شيء أصلا، و هذا نظير ما اختاره صاحب الفصول في الواجب المعلق، فإنه جعل للواجب ثلاثة أقسام:

الأول: الواجب المطلق المنجز، و هو ما لم يكن وجوبه و لا نفسه مشروطا بشيء.

و الثاني: الواجب المطلق المعلق، و هو ما كان القيد قيذا لنفس الواجب لا للوجوب.

و الثالث: الواجب المشروط، و هو ما كان وجوبه معلقا على شيء.

و التزم بذلك للتفصي عن الإشكال في فروع كثيرة.

منها: وجوب الغسل للصوم قبل طلوع الفجر، مع أنه مقدمة للصوم، و هو لا يجب إلا بعد الطلوع، فالتزم بأن وجوب الصوم بالنسبة إلى دخول الليل مشروط، و بعد دخوله يصير مطلقا، و مقدمات الواجب المطلق واجبة، و الطلوع مبدأ للواجب و هو الصوم، لا للوجوب.

لكن شيخنا العلامة منكر للواجب المشروط رأسا، و ملتزم بإرجاعه إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٤

المعلق بإرجاع القيد إلى المادة دون الهيئة، و لا يخفى أنه على ذلك يصير معنى أكرم زيدا إن جاءك، أن إكرام زيد الجائي مطلوب لي، و معين مطلوبيّة المقيّد و محبوبيته: كراهة الطالب عن عدمه، سواء كان بانتفاء قيده أو بعصيان المأمور مع وجود القيد، فيلزم أن يكون الأمر مبغضا لعدم تحقق الإكرام المقيّد بالمجىء في الخارج، سواء كان لعدم تحقق المجىء- غاية الأمر إن المأمور حينئذ غير

عاص- أو لعدم الإكرام مع تحقق المجىء، و من المعلوم أن الحال في المثال و أمثاله ليس كذلك، فإنه ربما لا يجب الأمر عدم تحقق القيد في الخارج، فيحب أن لا يجىء زيد إلى منزله. نعم على تقدير تحقق القيد يحب الإكرام و يبغض تركه، فمعلق الطلب و

الحب ليس هو المقيد حتى يسرى إلى قيده.

و أيضا يلزم على هذا أن يكون الجزم فى الإخبار بالقضية التعليقية كقولنا: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، متعلقا أيضا بالمقيد فيكون المجزوم به فى المثال هو وجود النهار المقيد بطلوع الشمس، وهذا لا يتحقق إلا بعد الجزم بالطلوع، ومن المعلوم أن الإخبار بذلك يصح مع القطع بعدم الطلوع فضلا عن عدم العلم به.

الثانى: أن القيد راجع إلى المنشأ لا الإنشاء كالوجوب والملكية، فالمنشئ ينشئ فعلا الوجوب المعلق أو الملكية المعلقة، كما ينشئ الوجوب والملكية المطلقين، فالوجوب والملكية على قسمين، والإنشاء فى كليهما منجز.

ولا يخفى أن هذا إنما يستقيم على القول بأن المعانى الإنشائية معان لا واقعية لها سوى الفرض والاعتبار، وموجدها الألفاظ، فإنه على هذا كما أن الوجوب المطلق معنى اعتبارى، فكذا الوجوب المعلق أيضا ممكن الاعتبار. وأما على القول بأنها معان نفس أمرية حاصله فى النفس، والألفاظ أمارات عليها، فحالها حال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٥

الموجودات الخارجية بعينها، فكما لا يعقل التعليق فى الوجود الخارجى فكذا فى الموجود فى النفس. وكذا لا يستقيم هذا فى الجزم فى الإخبارات المعلقة، فإنه صفة موجودة فى النفس غير قابلة للتعلق، ألا ترى أن المخبر بقوله: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، جازم بهذه القضية فعلا.

الثالث: لا إشكال فى أن الخارج الصرف لا يتصرف فى النفس، ولا يوجد فيها طلبا وإرادة أو جزما، ألا ترى أنه لو جاء زيد وكان فى إكرامه ألف مصلحة ولكنك لم تلتفت إلى ذلك، لم يوجب ذلك تحقق الطلب والحب فى نفسك، بل المتصرف فى النفس هو الوجود العلمى سواء طابق الخارج أو لا. ألا ترى أن من اعتقد بصلاح فعل يتحرك إليه، ويشغل بمقدمات وجوده ولو كان اعتقاده جهلا مركبا.

فنقول: المتكلم بان جاءك زيد فأكرمه يرى مجيء زيد متحققا فى الخارج فى عالم فرضه، وسره أن الصور الذهنية حاكية عن الخارج فى النظرة الأولى، ولهذا قد يتكيف الإنسان ببعض الخيالات بحيث إذا التفت بالنظرة الثانية أن ذلك مجرد الخيال ولا واقعية له، يزول عنه التكيف، ففى المثال ما دام المتكلم باقيا على النظرة الأولى يرى المجيء متحققا فى الخارج، كمن اعتقد بتحقيقه بالجهل المركب فيحدث هذا العلم الجعلى الخيالى فى نفسه حيا و طلبا فعليا للإكرام، لكن لا يؤثر هذا الطلب فى المأمور ولا يحركه نحو المأمور به، لأن الطالب إذا انتقل إلى النظرة الثانية يرى ما تخيله واقعا غير واقع، فلهذا يزول طلبه، ولهذا متى تحقق المجيء فى الخارج يؤثر فوراً، فالتعليق على هذا ليس تقييدا واقعا، ولكنه بحكم التقييد.

أما عدم كونه تقييدا، فلأن الفارض قد رأى الشرط متحققا بالفرض، غاية الأمر إن اعتقاده محض الخيال، كما أن الجاهل المركب معتقد بوجود الشرط على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٦

خلاف الواقع، والفرق بينهما: أن الأول يزول اعتقاده بالنظرة الثانية والثانى لا يزول.

أما كونه بحكم التقييد، فلأن التأثير متوقف على حصول الشرط فى الخارج، وكذا المخبر ب: إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود، يفرض طلوع الشمس كأنه متحقق فى الخارج وإن كان غير متحقق فيه، فيندح له بسبب هذا الفرض الحاكي عن الخارج الجزم بوجود النهار من دون تعليق، لكن ينتلم هذا الجزم بالالتفات إلى جهة كون فرضه و خياله فرضا و خيالا، بخلاف ما لو كان الطلوع متحققا فى الخارج، فإن جزمه حينئذ لا ينتلم بالالتفات المذكور.

فظهر فساد توهم أنه لا إرادة ولا طلب أصلا قبل حصول الشرط فى الواجب المشروط، حتى يشكل الأمر فى مثل وجوب الغسل قبل الفجر بأنه:

كيف تحقق وجوب المقدمة مع عدم وجوب ذبيها؟ وذلك لما عرفت من أن هنا إرادة ووجوباً مبتنية على فرض حصول الشرط، إلا أن هذه الإرادة والوجوب ليست مؤثرة بالنسبة إلى ذى المقدمة، لأن محلّه بعد حصول الشرط، وهو غير حاصل بالفرض، ألا ترى أن المرید لضيافة شخص على تقدير وروده عليه، لو علم بأن سيرد، يسعى في تحصيل مقدمات الضيافة من جمع الطعام وآلات الطبخ ونحوه، ومحرّكه إلى ذلك هو الإرادة المذكورة، بل لو علم بعدم تمكنه من تحصيل هذه الأسباب لدى الورد، يعدّ تحصيلها قبله لازماً على نفسه، كما أنه لو علم بتمكنه في كلا الوقتين، يرى نفسه مخيرة.

وبالجملة: فحال هذه الإرادة حال الإرادات المطلقة في البعث المذكور بلا فرق، هذا حال الإرادة الفاعلية المبتنية على فرض حصول الشرط.

و الإرادة الأمرية [أيضاً] كذلك، فإذا قال المولى: إن قدم زيد فأضفه، و علم بتحقق القدوم في المستقبل، تخير العبد بين جمع أسباب الضيافة قبله وبينه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٧

بعده لو تمكن منه في كليهما، وتعين عليه الجمع قبله لو تعذر عليه بعده.

والشاهد على ذلك أنه لو ترك الجمع في الصورة الثانية، معتذراً بأنه غير واجب قبل القدوم وغير مقدور بعده، عدّ قبيحاً عرفاً، بل قد تؤثر هذه الإرادة في وجوب ذى المقدمة أيضاً، وذلك فيما إذا كان الشرط المعلق عليه متأخراً عن الواجب، كما لو قال: استقبل زيدا إن قدم. ومع ترتب هذه الآثار كيف تكون الإرادة قبل حصول الشرط عدماً. فيبقى الكلام في أنه يلزم على هذا أن يصح الإتيان بالوضوء قبل دخول وقت الفريضة بقصد الوجوب، بل يكون واجباً متعيناً لو علم بعذره بعده.

و كذا الغسل للصوم بالنسبة إلى دخول الليل ونظائرها، وتحقيق ذلك يذكر في محله من بحث الواجب المشروط إن شاء الله تعالى. فتبين أن التعليق في الإنشاء لا مانع منه عقلاً، والإجماع على بطلانه في باب العقود إن احتمل استناد المجمعين فيه إلى توهم الامتناع العقلي ارتفع الوثوق منه، وإلا كان المتيقن منه صورة كون الشرط مشكوك الحصول في الاستقبال، فيبقى غيرها تحت الإطلاقات.

### [و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول]

قال- قدس سره-: (و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول).

أقول: المناط في ذلك أن لا- يصدق المعاهدة مع التخالف، سواء كان في المثلن، كأن يقول الموجب: بعث هذا الفرس، و يقول القابل اشترت هذا الحمار، أو في الثمن كأن يقول الموجب: بعث بعشرة دراهم، و يقول القابل: قبلت بدينار، أو في المشتري، كأن يقول: بعثك بدرهم في ذمتك، فقال آخر: قبلت، لا فيما إذا قال: بعثك بهذا الدرهم مشيراً إلى درهم في يد المخاطب، و كان لغيره

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٨

الحاضر في المجلس، فقال هذا الغير المالك: قبلت، فإن البيع مبادلة مال بمال، و المفروض تحقق الإنشاء من كل من المالكين الواقعيين، و اعتقاد كون المخاطب مالكا غير مضر بعد عدم دخله في حقيقة البيع.

و لو قال أحدهما: بعث هذا العبد بمائة درهم، فقال الآخر: اشترت نصفه بخمسين، رجح المصنّف- قدس سره- البطلان، و وجه أن ما تعلّق به الإيجاب هو المجموع من حيث المجموع، و ما تعلّق به القبول هو النصف، و المجموع غير النصف.

و لا يخفى أن هذا مبني على عدم انحلال بيع الجملة بالجملة إلى بيع الأبعاض بالأبعاض، إذ على تقدير الانحلال كان البيع المذكور بيوعاً متعدّدة، لحق القبول بعضها و لم يلحق بالباقي، و حكمهم في مقام آخر بأنه لو باع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة فردّ المالك الآخر، صحّ البيع بالنسبة إلى ما يملك، و كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، مبني على الانحلال، إذ على تقدير عدمه كان المتعين هو البطلان بالنسبة إلى ما يملك أيضاً، لعدم تعلّق إيجاب و قبول به، فالتفرقة بين المقامين لا وجه لها.

و هكذا الكلام فيما لو قال: بعثكما هذا العبد بمائة درهم، فقال أحدهما:

اشترت نصفه بخمسين، فإنه لو سلم الانحلال كان الإيجاب بمنزلة بعثك نصف العبد بخمسين، مخاطبا لكل واحد مرتين، فما وجه عدم الصحة بالنسبة إلى القابل، و لو لم يسلم فما وجه القول بثبوت الخيار عند تبين كون بعض أحد العوضين مستحقا للغير و عدم الحكم بالبطان من الرأس؟ ثم لو سلم عدم الانحلال، فما وجه التفرقة بين هذا و بين ما لو قال كل منهما: اشترت نصفه بخمسين، إذ كل واحد من القبولين قد تعلق بما لم يتعلق به الإيجاب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٤٩

و أما لو قال أحدهما: بعثك بشرط كذا، و قال الآخر: اشترت بلا هذا الشرط، فيمكن أن يقال بالصحة فإن الشرط ليس من أركان العقد، و إنما هو التزام في التزام، فالعقد قد حصل، فإن تعقبه الإمضاء من الموجب أثر، و لهذا لو لم يف بالشرط في صورة قبوله صح البيع بالنسبة إلى التمام و يثبت الخيار للمشترط.

**[و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء]**

## إشارة

قال- قدس سره-: (و من جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء).

أقول: إن قلنا بأن مفهوم المعاهدة غير قائمة بالاثنتين، و يكفي فيه الطرف الواحد و هو الموجب، فحينئذ من الواضح أنه لا يشترط بقاء أهلية الموجب إلى تمام القبول، و لا بقاء أهلية القابل من أول الإيجاب إلى تمام القبول، بل يكفي كون الموجب في حال الإيجاب قابلا و أهلا و إن لم يكن الطرف الآخر قابلا و أهلا في هذا الحال أو خرج عنه بعده، غاية الأمر إن نفوذه يحتاج إلى إمضاء من له الإمضاء، و إلا فالمعاهدة متحققة.

و أما إن قلنا بتوقف مفهومها إلى الإنشاء من الطرفين، فحينئذ يمكن الخدشة في بعض الأمثلة التي ذكرها المصنف- قدس سره- و إن كان بعضها خاليا عن الخدشة، فإنه لو مات أو جنّ القابل بعد تمام الإيجاب و قبل صدور القبول كان الإيجاب بلا قبول، فإن المجنون مسلوب العبارة شرعا و عرفا، و كذا لو صار مغمى عليه في هذا الحال، و كذا لو كان صغيرا في حال الإيجاب. و بالجملة: فمفهوم المعاهدة لا يصدق في هذه الموارد.

و أما لو كان محجورا عليه من التصرفات المالية- لفلس أو سفه أو رق- فلائته و إن كان ممنوعا من التصرفات لكنّ الإنشاء يتمشى منه، لصحة عقله، و السفيه هو من لم يكن خيرا بإصلاح ماله و إن كان عاقلا عالما. و بالجملة فلا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٠

شك في تحقق مفهوم العهد منه، فإذا وقع في أحد طرفي العقد، تم به المعاهدة و المعاهدة، غاية الأمر إنه غير مؤثر و [غير] نافذ شرعا، فلو لحقه إجازة الغرماء في الأول، أو الولي في الثاني، أو السيد في الثالث، فلا مانع من تأثيره، فإنه عقد تام الأجزاء مع حصول الرضا به ممن يعتبر رضاه.

و أما المكروه فيتمشى منه أيضا الإنشاء المعترف في العقد، لوضوح أن المعترف في العقد ليس هو الرضا بالعنوان الأولى و طيب النفس، بل يكفي مطلق الرضا و إن كان من باب الإلجاء و الحاجة، كأداء دين أو نفقة عيال، فكما يحدث من هذه الأمور رضا بالمعاملة فكذا من دفع ضرر الظالم عن النفس أو العرض أو المال، و بالجملة، فعقده صحيح تام، لتحقق مقدمات تحقق الإنشاء و العهد في حقه، و على هذا فصحته على وفق القاعدة لا على خلافها، كما ذكره المصنف- قدس سره. بل القاعدة لولا النص كانت مقتضية للتأثير بلا ترقب

لحوق الرضا.

فإن قلت: يمكن استفادة كون المكروه مسلوب العبارة من حديث الرفع، كما استفيد ذلك في حق الصغير من حديث رفع القلم. قلت: لا- شك أن رفع الأمور المذكورة في ذلك الحديث إنما هو على وجه الامتنان، و لا الامتنان في سلب العبارة عن المكروه، بل اللاتق به رفع التنجيز عن تأثير عبارته، فهذا الحديث لا يصلح لتقييد إطلاقات صحّة المعاملات أزيد من ذلك، فيكون عند لحوق الرضا عقدا صحيحا شرعيا، بمقتضى الإطلاقات.

### [فروع]

قال- قدس سره-: (و الأولان مبتيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها) إلى آخره.

أقول: الكلام هنا تارة في المبني، و أخرى في صحّة الابتاء فنقول: قد استشكل ابن قبة على التعبد بخبر الواحد بأنه مستلزم لتحليل الحرام و عكسه،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥١

و هذا الإشكال كما ترى لا اختصاص له بخبر الواحد، بل يجرى في جميع الأمارات و الطرق الظاهرية.

و قد تفصّل عنه بوجوه:

الأول: الالتزام بأنه لا- واقع إلّا ما أدّى إليه ظن المجتهد بحسب طريقه، فحكم الله الواقعي الأولى يختلف باختلاف الظنون في حق الأشخاص، و هذا كما ترى تصويب باطل شرعا و عقلا، أما شرعا: فلاّنه المتيقّن من الإجماع على بطلان التصويب، و أمّا عقلا: فلاّنه مستلزم للدور، إذ على هذا يكون العلم سببا لحدوث الحكم و قبله لا- حكم أصلا، و من المعلوم توقّف حصول العلم على ثبوت الحكم لكونه متعلّقه.

الثاني: إن الأحكام- على المذهب الحقّ- تابعة للمصالح و المفسدات الواقعية، و من الواضح كون الحسن و القبح في الأشياء بالوجوه و الاعتبار، و حينئذ فلا مانع من أن يكون شيء بحسب ذاته- مع قطع النظر عن الطوارئ- مشتملا على المفسدة المحرّمة، لكن إذا عرض عليه حالة تغيرت المفسدة بالمصلحة في إثباته، و لا شك أن كوننا ظانين بصدق الراوي المخبر بحليّة الخمر مثلا صفة من صفاتنا، و كون الخمر مما أخبر بحليّته الثقة حالة من حالاته، فيمكن أن يتغير باعتبار هذا العنوان الطارئ، المفسدة الكامنة في ذات الخمر، و انقلب بالخلو عن المفسدة و المصلحة، فتكون الحليّة حكما واقعا ثانويا. و هذا الوجه هو الذي لو تمّ ربّما يقال بأنه يفيد لهذا المقام، فإنّ من يجوز العقد بالفارسية بحسب مقتضى طريقه فهذا حكم واقعي ثانوي في حقه، فيكون إيجابه أو قبوله بمنزلة إشارة الأخرس.

فكما أنه لو لحق القبول أو الإيجاب الصحيح بإشارة الأخرس صار عقدا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٢

صحيحا مؤثرا في حق كليهما، فكذا هنا، لكن قد ادّعى الإجماع على بطلان هذا القسم من التصويب أيضا، و إن كان عن محذور الدور خاليا كما هو واضح.

الثالث: إن المصالح و المفسدات الكامنة في ذوات الأشياء غير متبدّلة بحال من الأحوال، بل هي باقية على حالها أبدا، فالأحكام الواقعية ثابتة غير منقلبة بشيء من الأحوال في حق شخص من الأشخاص، لكن لا مانع لأن ينصب الشارع طريقا و أمانة على هذه الأحكام، لوضوح أن الاقتصار على القطع في إدراكها ينجزّ إلى العسر و الحرج، فيمكن ذلك لتسهيل الأمر على المكلف، فإن أصاب هذه الأمانة فهو المطلوب، و إلّا فالمكلف معذور في عدم الإتيان بالواقع.

و تظهر الثمرة بين الوجهين الأخيرين فيما لو انكشف خطأ الطريق و أداؤه إلى خلاف الواقع بعد العمل، فعلى سببها الطرق و كون



مؤدياتها أحكاما واقعية ثانوية لا يلزم التدارك، و على الطريقيه و كون المؤديات أحكاما عذرية يلزم، و لا فرق في لزوم التدارك على الثانى بين ما لو انكشف الخطاء بالقطع أو بأماره أخرى.

و إن كان السيد المحشى - دام ظلّه - فصل بينهما بلزومه فى الأول و عدمه فى الثانى، و ذلك لأن مقتضى جعل الأماره الثانیه طريقا للواقع و كاشفا عنه ترتيب آثار الواقع على مؤدّاه و آثار القطع على نفسها كيف ما كان، و من جملتها التدارك عند الفوات، فلو طلق امرأه بالفارسيه لقيام أماره على جوازها، فانكشف خطأها بأماره أخرى لم يجر له نكاحها، و كذا لكل من كان حاله ذلك. إذا عرفت ذلك فنقول: لا شكّ أنه على الطريقيه لو صدر الإيجاب أو القبول بالفارسيه ممن يعتقد الجواز لأماره، و كان الآخر معتقدا للخلاف، فالعقد بنظر الثانى باطل بالنسبه إلى كليهما، لكونه بلا إيجاب أو قبول عنده، و أمّا على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٣

السببيه فهل يصح العقد بالنسبه إليهما أو لا؟

الحق هو الثانى، فإنّ السببيه و إن كانت مفیده فيما لو كان العمل صادرا من واحد كالصلاه، فلو صلى بلا سورة لقيام أماره معتبره على عدم وجوبها، كانت صحيحه، و إن انكشف الخطاء، و كالإيقاع، فلو طلق امرأه بالفارسيه كان الطلاق صحيحا و كان طلاقه موضوعا لحكم غيره ممن يرى عدم جواز الطلاق بالفارسيه، لكن إفادتها فيما كان بين الاثنین، و محتاجا إلى الطرفين ممنوعه، فإنّ مؤدى الطريق و إن كان له واقعيه، لكن فى حق من قام عنده الأماره لا غيره، و الفرق بين إشاره الأخرس و الإيجاب بالفارسيه على السببيه: أنّ الإشاره واقعيه أولى فى حق الأخرس فى عرض القول فى حق غيره، و ليس بدلا اضطراريا عن القول، و الإيجاب المذكور واقعي ثانوى فى حق من قام عنده الأماره بعد اشتراكه مع غيره فى حكم واحد، غاية الأمر إنّ الحكم الأولى قد انقلب فى حقه بغيره، لكنّه باق بحاله بالنسبه إلى الطرف الآخر، بل الحال على الطريقيه أسهل منه على السببيه، فإنّ من قام عنده الأماره يعترف على الأول بصحة العقد للآخر، لأنّه يرى مؤدى طريقه حكما واقعا أولا فى حق كل أحد، و لا يعترف بها. بل بالبطلان على الثانى، إذ هو معترف بأنّ حكم الله الأولى كان مشتركا بينهما، و بعد قيام الأماره انقلب فى حقه و بقى بالنسبه إلى الآخر على حاله.

ثمّ هذا كلّه فيما إذا لا يتسرّى النقص و العيب الواقع فى أحد طرفى العقد إلى الطرف الآخر، كصوره الإخلال بالعريه أو الماضويه أو الصراحه. و أمّا لو تسرّى منه إلى الآخر، فحينئذ و إن قلنا بكون السببيه مفیده و رافعه للعيب، لا تجدى هنا، فإنّ غايته رفع العيب عن طرف من قام عنده الأماره، لكنّ الطرف الآخر يبقى بحاله من العيب، فيكون العقد حينئذ باطلا بالنسبه إليه بلا إشكال.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٤

نعم يكون صحيحا بالنسبه إلى الأول و ذلك كما إذا أحرّ القابل القبول عن الإيجاب على وجه فات الموالاه بينه و بين الإيجاد و كان ممن لا يعتبرها بينهما و الموجب ممن يعتبرها، فإنّ الموالاه وصف قائم بكلا الطرفين، إذ هى عبارة عن اتّصال الإيجاب بالقبول و اتّصال القبول بالإيجاب، و من الواضح أنّ انتفاء وصف الاتّصال فى القبول يوجب انتفاء الموالاه فى كليهما، فحالها حال القاطع فى الصلاه، فإنّه عبارة عن شىء ينقطع بسببه الهيئه الاتصاليه للصلاه، فتبطل بسببه الأجزاء السابقه و اللاحقه معا لانتفاء الشرط فى كليهما، بخلاف المانع فإنّه يمنع عن لحوق الأجزاء اللاحقه بالسابقه، و إلّا فالسابقه فى حدّ نفسها صحيحه.

و كذا الكلام فى الترتيب، فإنّه عبارة عن وصف كون الإيجاب سابقا و القبول لاحقا، و من المعلوم تلازمهما وجودا و عدما، فلو قدم القبول من لا يعتبر الترتيب لزم اتّصاف الإيجاب باللاحقيه، فالبناء على السببيه لو سلم كونه مصحّحا، فإنّما يصحّح سابقيه القبول، لا لاحقيه الإيجاب.

و كذلك التنجيز فإنّه لو علّق أحدهما إنشاء على أمر لعدم اعتبار التنجيز عنده و كان معتبرا عند الآخر، فإن كان إنشاء الآخر منجزا لزم عدم التطابق، و إن كان معلّقا لزم التعليق المبطل عنده، و البناء على السببيه أنما يصحّح على فرضه تعليق الأول لا الثانى.

**إشارة**

قال- قدس سره-: (مسألة: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه).

**[بيان أقسام الضمان]**

أقول: الضمان على قسمين: أحدهما ضمان الإلتلاف. و هو مختص بصورة التفريط، فلا يثبت مع التلف السماوى، أو إلتلاف الغير. و الثانى: ضمان اليد و هو ثابت مع التلف مطلقا، و إن كان بفعل الغير، غاية كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ١٥٥ الأمر إن الغير يكون حينئذ ضامنا أيضا، و المقصود هنا إثبات الثانى

**[أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]****[و من أدلته أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة]**

و الاستدلال له بخبر الأمة المسروقة بتقريب: أن الحكم فيه- برد قيمة ولدها إلى سيدها- مبنى على ضمان اليد، إذ لم يصدر من المشتري إلتلاف، و إنما وجد الولد حرا، فالحاصل إنما هو التلف لا الإلتلاف، و ضمان الولد الذى هو النماء يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى.

يمكن الخدشة فيه: أولا: بأن هذا الحكم فيما إذا كان أحد المتعاقدين سارقا أو غاصبا، و لعله لا يمكن تعديته إلى ما إذا كانا مالكين و كان الفساد ناشئا من جهة الصيغة فقط. و ثانيا: بإمكان دعوى صدق الإلتلاف عرفا فى مورد الرواية.

**[و من أدلته قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أصلا و عكسا]**

و أما قاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه إلى آخره، فحيث لم يرد بها آية أو رواية و ليست معقدا للإجماع، فلا يمكن التعويل عليها، و لا فائدة فى بيان معناها. «١».

**[و من أدلته الحديث النبوى على اليد و بعض أحكامه]**

و مقتضى إطلاق الحديث كون الأخذ متعهدا للخسارات المتعلقة بالمأخوذ لكل من ورد عليه الخسران سواء كان مالكا أم غيره. و من هنا أنه لو ترتبت الأيدي فى الغصب و تلف المال فى اليد الأخيرة صار الجميع ضامنا للمالك، بمعنى أن له مطالبه ماله من أيها شاء، ثم إذا رجع إلى واحد منها فليس للمرجوع إليه أن يرجع إلى سابقه، و لكن له الرجوع إلى لاحقته، و يستقر الضمان بالآخرة على اليد الأخيرة التى تلف المال عندها.

و سر ذلك أن المال حين كونه فى اليد الأولى كان بوصف أن خسارته لا ترد إلّا على المالك، و إذا انتقل إلى الثانية صار بحيث يرد

خسرانه على اثنين، و هكذا

(١) هنا بياض في الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٦

كلما صار الأيدي أكثر صار الخسران واردا على أكثر.

و كذا لو كان المأخوذ التالف مستأجرا كان الأخذ ضامنا للمالك و المستأجر، أو مرهونا كان ضامنا للراهن و المرتهن.

ثم إن مفاد الحديث - على ما عرفت - هو أنّ العين الخارجى يكون فى العهدة فى كل حال، فى حال وجوده و فى حال عدمه، و لا ينتقل إلى البدل أبداً، و حينئذ فلو تلف و كان قيمياً، فإن قلنا بعدم اعتبار القيمة السوقية، كان المعتبر هو قيمة يوم الأداء، لأنها القائمة مقام العين فى هذا الحال، و إن قلنا باعتبارها، كان المعتبر أعلى القيم من حين الأخذ إلى زمان الأداء، لأنّ العين بتمام ماليتها كانت فى عهدة الأخذ فى تمام الأحوال، و منها حالة كون المالىة مساوية لأعلى القيم، فإذا دفع الأعلى برأت ذمته من الأدنى، لاندراجة تحت الأعلى، بل مقتضى هذا القول أنّه لو كانت العين موجودة تعيّن إضافة زيادة القيمة السوقية، المنتفية حين الأداء، الثابتة قبله و بعد الأخذ إليها.

ثم إن إطلاق اليد فى الحديث شامل لليد الأمانى، و لكنّها خارجة بالمخرج، و هو ما دلّ على ثبوت اليمين على الأمين، و النهى عن اتهام من اتّمن، ضرورة أنّه لو كان ضمان الأمين من باب ضمان اليد الثابت مع التفريط و عدمه، لما احتج إلى اليمين على عدم التفريط، بل كان لغواً، و لم يصدر من أحد اتهام من اتّمنه بالخيانة و التفريط حتّى يحتاج إلى النهى عنه.

و لا يبعد دعوى انصراف اليد عن يد تابع الظالم، فإنّه ليس المراد به الجارحة المخصوصة، بل هى كناية عن الاستيلاء و التصرف، لحصولهما بها غالباً، و لا شك أنّ الاستيلاء ينسب عرفاً إلى المتبوع، و يد التابع إنّما هو بمنزلة الآلة له، و لا استقلال له بنفسه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٧

و الحاصل: أنّ الظاهر أنّ المراد باليد هنا هو المراد باليد المجعولة أمانة للملكية، و لا شك أنّ يد التابع و استيلاءه لا يجعل عرفاً أمانة على مالكيته بل على مالكية متبوعه، و كذا يد الطفل و المجنون، فإنّه لا يعدّ عرفاً يداً.

نعم قاعدة ضمان الإلتلاف شاملة لهذه الأيدي، لصدق «من أتلف» على التابع و الطفل و المجنون، و كذا يد المأذون من قبل المالك، فإنّ يده يد المالك.

### [شرح قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده و بيان الجهة الثالثة و هى عدم اختصاص الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة]

و أما الكلام فى مسألتنا، و هو المقبوض بالعقد الفاسد، فنقول: ربّما يفصل بين صورة جهل الدافع بالفساد - سواء كان القابض جاهلاً أم عالماً - فالضمان ثابت، ضرورة أنّه لم يسلط القابض على ماله مجاناً بل دفعه إليه بزعم أنّه صار مالا له بالمعاملة، فيكون الدفع على وجه الإيفاء بها، فالرضا بالتصرفات يكون مقيداً بالملكية، و مبتياً عليها لا محالة، و المفروض عدم الملكية واقعا، فينتفى الرضا المقيد بها أيضاً، فيكون يد القابض على مال الغير بدون إذنه، و لو كان القابض عالماً بالفساد فالضمان أوضح.

و بين صورة علم الدافع بالفساد - سواء كان القابض جاهلاً أم عالماً - فلا ضمان، إذ المالك سلط القابض على ماله مع علمه بعدم صيرورته مالا له، و لا عوضه مالا لنفسه، فيكون التسليط بمنزلة إباحة جميع التصرفات حتى التلف مجاناً، فحينئذ يكون له الرجوع إلى عينه ما دام باقياً، فإذا تلف ذهب من كيسه، فإن كان عين الآخر باقياً عنده، فلآخر الرجوع إليه.

و يمكن أن يقال بثبوت الضمان فى هذه الصورة أيضاً، إذ لا شك أنّ للمتعاقدين نظرين من جهتين: أحدهما من جهة تشرعهما، فيكون بيع الخمر مثلاً - عندهما باطلاً - لا محالة بهذا النظر. و الثانى: من حيث كونهما عرفيين كسائر أهل العرف ممّن لم ينتحل هذه

الشريعة، ولا شكّ أنّهما بهذا النظر يعدّان البيع المذكور

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٨

بيعا صحيحا كسائر المعاملات، فيزعمون حصول المبادلة به، ألا ترى أنّ من يبيع الخمر بثمر فهو لم يدفع الثمن على وجه الإحسان و بلا عوض، بل يزعم أنّه دفع مالا و أخذ مالا، بل ربّما يفرح بزعم أنّ ما أخذه أكبر ممّا دفعه، و إنيّة غبن الآخر، فدفع الثمن الواقع بهذا النظر إنّما يكون على وجه الإيفاء بالمعاملة و مبتيا على زعم ملكيّة الآخر. و الحاصل أنّ الصورتين مشتركتان في أنّ الدافع لم يدفع مال نفسه إلى القابض، بل دفع مال القابض إليه. نعم لو دفع على وجه أنّه مال نفسه فهو أجنبي عن المعاملة، و الكلام فيما إذا وقع التقابض على وجه الإيفاء بالمعاملة، فحال المتعاقدين في هذه المعاملات حال غير المتشرّعين من أهل العرف بعينه، فهما قد قطعاً النظر عن جنبه التشرّع، و مشيا على طبق عرفيتهما و ما ارتكز في ذهنهما.

**[في بيان أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]**

**[و من أحكامه ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة و فيه مقامات ثلاثة]**

**[الأول في تعريف المثلي و القيمي]**

ثمّ إنّهم عزّفوا المثلي بما يتساوى أجزاءه، كمّنين من الحنطة، حيث يتساوى نصفاهما و ربعاهما و ثلثاهما، و هكذا، و القيمي بما يكون بخلاف ذلك

**[الثاني دليل اعتبار ضمان المثلي بمثله]**

لكن لا يخفى أنّ هذين اللفظين ليسا بموجودين في آية أو رواية حتّى يحتاج إلى معرفه معنيهما، و جعلهما موضوعين للحكم

**[الثالث حكم الشك في كون التالف مثليا أو قيميا]**

فالأولى أن يقال: إنّ الأموال على قسمين:

أحدهما ما يكون مماثلة في جميع الصفات التي يختلف باختلافها الرغبات و الأغراض كثيرا شائعا بحسب نوعه كالحنطة، و الثاني ما يكون بحسب نوعه عديم المماثل في هذه الصفات، أو كان له هذا المماثل لكن كان نادر الوجود كالحيوان، و لا شكّ أنّ تدارك التالف في القسم الأوّل إنّما يكون بدفع مماثلة، ضرورة أنّه أقرب إليه عند العرف من القيمة، و لا شكّ أنّ التدارك لا يحصل إلّا بدفع أقرب الأشياء إلى التالف، بخلاف القسم الثاني، فإنّ أقرب الأشياء إلى التالف فيه عرفا هو القيمة، لا فرد آخر من نوعه، و على هذا فالقيميّة و المثليّة ربّما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٥٩

تختلفان باختلاف الأزمان، فربّ قيمي في زمان يكون مثليا في زمان آخر، كالظروف و الأثواب، فإنّها كانت في الزمان السابق قيميّة، و في زماننا صار ما يجلب منها من الإفرنج مثليا، فعلى هذا لا يقع الشك في مثليّة المال و قيميّته، إذ هما متممّان أبدا، و أمّا على كونهما تعديدين مأخوذين من الشرع، فربّما يشكّ في شيء أنّه من أفراد المثلي أو القيمي، فهل هنا أصل يقتضى تخيير القابض بين دفع أيّهما شاء؟ أو تخيير المالك بين أخذ أيّهما شاء؟

ربّما يقال: إنّ أصالة اشتغال ذمّة القابض بالبدل الواقعي يقتضى تخيير المالك، فبراءة ذمّته إنّما يحصل بأن يسلم المثل و القيمة إلى

المالك، و يقول له: خذ أيًا منهما هو البديل الواقعي من مالك.

و لكنّ الحق أنّه ليس هنا أصل يقتضى تخيير واحد من الطرفين، فإنّ البديل الواقعي في ذمّة القابض واحد معيّن ليس له دفع غيره، و لا للمالك أخذ غيره، فلا محيص من الصلح القهري، أعني مصالحه ما في الذمّة بالمثل أو القيمة.

### [و من أحكامه فيما لو تعذر المثل]

لو وجد المثل في القيمي هل التدارك حينئذ بدفع القيمة، أو بدفع المثل؟

ثمّ على ما ذكرنا لو وجد المثل في القيمي - أعني ما ليس له نوعا مماثل في الصفات المذكورة في الغالب - هل التدارك حينئذ بدفع القيمة، أو بدفع المثل؟

وجهان: من أنّ التدارك كان عند العرف بحسب نوع الموارد بالقيمة، و الظاهر أنّ هذا الحكم لا يزول في هذا المورد الشخصي، و من أنّ دفع القيمة في الغالب إنّما هو من جهة تعذر المثل الذي هو أقرب الأشياء إلى التالف، فإذا وجد كان هو المتعین، و الظاهر هو الثاني، لكون المثل أقرب إلى التالف من القيمة.

### [و من أحكامه ضمان القيمي بالقيمة و الأقوال في القيمة المعترية]

#### إشارة

ثمّ إنك عرفت أنّ المعتر في القيمي هو قيمة يوم الأداء - بناء على عدم الاعتبار بالقيمة السوقية - و أعلى القيم من يوم الأخذ إلى يوم الأداء - بناء على اعتبارها - إلا أنّ ظاهر صحيحة أبي ولاد هو اعتبار قيمة يوم الغصب و الأخذ،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٠

فيحتمل أن يكون ذلك لخصوصيته في الغصب الذي هو موردها، و يحتمل أن يكون لتخطئه الشارع طريقة العرف في تدارك التالف في جميع الموارد، و ليس هذا من باب التعارض بين هذه الصحيحة و الحديث النبوي، فإنّ الحديث ليس مدلوله اللفظي كون الاعتبار بقيمة يوم الأداء، بل استفيد من إطلاق كون العين في عهدة الأخذ الذي هو مضمونه أنّه لو طالب المالك العين وجب على القابض دفع العين. و أمّا إنّ دفع العين في صورة التلف إنّما هو بدفع قيمته يوم الأداء، فهو المطابق للمرتكز في أذهان أهل العرف.

### [الاستدلال بصححة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان و شرح بعض مفرداتها تيمنا]

و لا بأس بشرح بعض فقرات الصحيحة تيمنا.

فنقول: قوله: فقال: ما أرى لك حقا، إلى آخره. مراد أبي حنيفة هو القاعدة المسلمة بين العامة من أنّ الخراج بالضمان، يعني: أنّ المنافع تكون لمن عليه ضمان التلف و الأرش، فالمكتري المذكور حيث إنّه اكترى البغل لأن يركبه في الطريق بين الكوفة و القصر، فخالف ذلك و ركه من طريق الكوفة إلى النيل، ثمّ منه إلى بغداد، ثمّ منه إلى الكوفة، فهو غاصب من أوّل الأمر، و كان ضمان التلف و الأرش عليه في تمام هذه المدّة، فصار مالكا للمنافع في جميع المدّة، و المفروض أنّه أعاد البغل سالما، فلم يبق للمالك حقّ عليه.

قوله: ذاهبا من الكوفة، إلى آخره.

يظهر منه أنّه لم يكن بين الكوفة و القنطرة مسافة معتدّ بها، ضرورة أنّه لو كان بينهما هذه المسافة، كان اللازم احتساب كرى البغل

إلى القنطرة من أجرة المسمى، لا أجرة المثل، لأنّ الركوب إليها كان بحق، والمخالفة حصلت منها.

قوله: (فلى عليه علفه، فقال: لا، لأنك غاصب) إلى آخره،

و من الواضح أنّ جميع ما ينفق الغاصب على المغصوب قد ذهب من كيسه، وليس له حق مطالبتها من المالك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦١

قوله: (لو عطب البغل) إلى آخره، الظاهر أنّ المراد بعطب و نفق واحد، أى هلك، و هذا من السائل إشارة إلى تلك القاعدة المذكورة.

قوله: قيمة بغل يوم خالفته إلى آخره.

لو قرئ «بغل» باك «تنوين» صار نكرة، فيلزم كفاية قيمة كل بغل، و من المعلوم أنّه ليس بمراد، لوضوح اختلاف قيم البغال، فاللزام فى كل بغل قيمة نفسه، لا قيمة غيره، فلا بدّ من إضافته إلى اليوم، فيكون اللام ساقطاً منه بالإضافة، فالمعنى: أنّ هذا البغل فى يوم المخالفة، عليك أن تدفع قيمته.

قوله: يوم تردّه عليه إلى آخره. لا بدّ من كونه ظرفاً للدفع المعلوم من سياق الكلام، يعنى عليك أن تدفع الأرش إلى المالك يوم ترد المال إليه، إذ لو كان ظرفاً للقيمة، لزم اختلاف قيمة العين فى صورة التلف مع أرشها فى صورة النقصان، حيث إنّ الأوّل بملاحظة يوم الغصب و المخالفة بمقتضى الفقرة السابقة، و الثانى بملاحظة يوم الردّ، و من المعلوم عدم الفرق بينهما فى ذلك.

قال- قدس سرّه-: (إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً).

أقول: قد يضاف شىء واحد إلى شيئين فى عرض واحد، و لا إشكال فى وقوعه و إمكانه، فإنّ العطف على المضاف إليه ممكن بلا شبهة، كما فى قولك:

غلام زيد و عمرو، أو غلام زيد عمرو، بإسقاط العاطف.

إنّما الكلام فى أنّه هل يمكن إضافة شىء أوّلاً إلى شىء ثمّ إضافته ثانياً بوصف كونه مضافاً إلى الأوّل إلى شىء آخر.

فتكون الإضافة الثانية فى طول الأوّل، بأن يعتبر مجموع المضاف و المضاف إليه فى الإضافة الأولى شيئاً واحداً فى طرف المضاف فى الإضافة الثانية.

الحقّ أنّه أيضاً واقع، و منه «حجّة إسلامنا» و «أطفال محلّتنا»، فإنّه ليس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٢

المقصود إضافة الحجّة إلى الإسلام، و إضافة الإسلام إلى ضمير المتكلم، بل المقصود إضافة الحجّة المضافة إلى الإسلام إلى الضمير، و كذا ليس المراد إضافة الأطفال إلى المحلّة ثمّ إضافة المحلّة إلى الضمير، بل المراد إضافة الأطفال المضافة إلى المحلّة إلى الضمير.

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ١، ص: ١٦٢

و أمّا الاستشهاد بالصحيحة فمورده فقرتان منها:

الأولى: قوله: نعم قيمة بغل يوم خالفته.

و الثانية: قوله: أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرتى كذا و كذا.

و يمكن أن يقال: إنّ التعبير بيوم المخالفة و يوم الإكتراء ليس لأجل تعيين القيمة المعترية من بين القيم المختلفة، إذ من البعيد اختلاف القيمة السوقية للبغل فى هذه المدّة القليلة، أعنى: خمسة عشر يوماً، بل الممكن الوقوع فى هذه المدّة المحتاج إلى تعرّض

حكمه هو حدوث العيب و النقص في البغل من هزال و نحوه، فالتعبير بيوم المخالفة لبيان أنه لا بد أن تكون القيمة قيمة يوم الغصب الذي كان البغل فيه سالما من جميع العيوب، لا قيمة يوم التلف و لا قيمة يوم الأداء، إذ ربّما حدث فيه بعد الغصب و قبل التلف عيب، فلو كان المعبر قيمة يوم التلف أو يوم الأداء، لزم أن يكون العيب الحادث بلا- عوض، فعلى هذا لا- تكون الصحيحة مؤيدة لأحد الأقوال، لعدم تعرّضه لحيث اختلاف القيمة السوقية أصلا.

هذا مع أنّ هنا في هذه الفقرة احتمالا مبيّنا على أن يكون تصديق النفي ب «نعم» و تكذيبه ب «بلى» كما قرّر في النحو، و هو أن يقال: إنّ السائل لما صار مغروسا في ذهنه في مجلس أبي حنيفة أنّ ثبوت قيمة العين على العهدة ينافي مع ثبوت أجره المنافع عليها، استبعد حكم الإمام- عليه السلام- بثبوت كرى البغل عليه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٣

ذاهبا من القنطرة إلى النيل، و منه إلى بغداد، و جاثيا من بغداد إلى الكوفة، و قال:

أليس على تقدير العطب يلزمني قيمة البغل؟ و الإمام- عليه السلام- لم ينكر هذا المغروس، بل أراد رفع الاستبعاد مع تسليمه، بتقريب أنّه و إن كان على تقدير العطب تثبت في الذمّة قيمة البغل، لكن لا في يوم المخالفة لفرض وجوده فيه، بل في يوم العطب، ففي يوم المخالفة الذي هو زمان ثبوت الأجرة لا قيمة في البين، و في يوم العطب الذي هو زمان ثبوت القيمة لا أجره في البين، فلم يجتمعا في زمان واحد، فليس الاستبعاد في محلّه، فمعنى الكلام يصير هكذا: نعم على تقدير العطب لا يلزمك في يوم المخالفة قيمة بغل. و على هذا يكون تنكير لفظه بغل في محلّه، لوقوعه في سياق النفي، و لا يحتاج إلى التكلف الذي ذكره المصنّف- قدّس سرّه- من إضافة القيمة المضافة إلى البغل إلى اليوم، و أيضا لا مانع على هذا من حمل الظرف في قوله: «عليك تفاوت ما بين الصحّة و العيب يوم تردّه عليه»، على ظاهره من كونه ظرفا لقيمتي الصحّة و العيب، فلا حاجة إلى حمله على خلاف ظاهره من كونه ظرفا للدفع كما هو اللازم على ما ذكره المصنّف- قدّس سرّه- لئلا يلزم اختلاف صورتى التلف و العيب، من حيث إنّ الاعتبار في الأولى بقيمة يوم المخالفة، و في الثانية بقيمة يوم الردّ.

و لا- يخفى أنّه على هذا الاحتمال لا مجال لتوهم شهادة الفقرة المذكورة لشيء من الأقوال، إذ المفروض أنّ السائل ليس في مقام الاستعلام عن حكم العطب حتّى يحمل الجواب على بيانه، فيكون شاهدا على واحد من الأقوال على وجه و غير شاهد على آخر، بل هو في مقام استبعاد حكم الإمام، فالجواب المناسب رفع استبعاده بالبيان المتقدّم، فيكون حكم القيمة اللازمه على تقدير العطب و أنّها أيّ قيمة، مسكوتا عنه في طرفي السؤال و الجواب كليهما.

نعم يستفاد من نفي الإمام على تقدير العطب لزوم القيمة في يوم المخالفة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٤

لزومها في يوم العطب، و أين هذا من كون الاعتبار بقيمة يوم العطب.

ثمّ مع الغرض عن هذا الاحتمال و تضعيفه بأنّ الاستفهام في كلام السائل إنكارى، فهو بمنزلة الإيجاب، فيكون «نعم» الواقع في الجواب بمنزلة يلزمك، فالاحتمال الأول- المبني على كون احتمال ارتفاع القيمة السوقية للبغل في مدة خمسة عشر يوما مرتفعا من البين و هو أن يكون اعتبار يوم المخالفة و الإكتراء لملاحظة سلامة البغل عن العيوب الحادثة فيه فيما بين هذا اليوم و يوم التلف لو حدثت، جار بلا إشكال.

ثمّ إنّ قوله- عليه السلام-: «إما أن يحلف هو فيلزمك إلى آخره»، مشتمل على خلاف القاعدة من حيث الحكم بثبوت الحلف ورده للمالك مع ادّعائه للزيادة و إنكار الضامن لها، و من حيث الجمع بين الحلف و مسموعيّة البيّنة في طرف واحد.

و لكن لا يخفى أنّه بناء على ما ذكرنا من عدم اختلاف القيمة السوقية للبغل في تلك المدّة يصير المالك منكرا، إذ النزاع في زيادة و نقصان قيمة التالف أو أرش الجزء أو الوصف الفاتتين حينئذ يرجع إلى دعوى المالك: أنّ جميع العيوب الكائنة في العين التالفة أو

الباقية أو بعضها حدثت في يد الضامن، و لم تكن ثابتة حين الأخذ، أو أن وصف الكمال حدث في يده ثم نسي بناء على مضمونية هذا الوصف كما يأتي. و دعوى الضامن في جميع هذه الصور ثبوت فوات جميع الأجزاء أو الأوصاف الفائتة أو بعضها من حين الأخذ، و حينئذ فأصالة الصحة حين الأخذ أو في الأثناء تكون مع المالك، فيكون منكرا.

نعم لو ادعى المالك: أن العيب الفلاني حدث في يد الضامن بعد ما لم يكن ثم زال، و قلنا بضمان هذا العيب، فأصالة الصحة حينئذ تكون مع الضامن،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٥

لكن هذا القول ضعيف و مع منكرية المالك يكون الحكم الأول على طبق القاعدة كما هو واضح. و أما الحكم الثاني فيمكن أيضا تطبيقه عليها بناء على أن لا يكون مفاد دليل ثبوت اليمين على المنكر لزومه عليه، حتى يكون معارضا لإطلاق دليل حجية البينة و مخصصا له، بل كان مفاده الاكتفاء بيمينه عن بيئته.

و يمكن التطبيق على القاعدة مع اختلاف القيمة السوقية للبغل في تلك المدة أيضا بأن يقال: التردد في كلام الإمام - عليه السلام - منزل على اختلاف الموارد، إذ ربما يكون المدعى هو المالك و المنكر هو الضامن و ربما يكون بالعكس.

فالأول كما إذا اتفقا على أن قيمة حين التلف - أعنى: تلف العين أو الجزء أو الوصف - مساوية لقيمة حين الأخذ، لكن ادعى المالك أن قيمة حين الأخذ هو الثلاثون مثلا، و ادعى الضامن أنه العشرون، و كذا لو اتفقا على أنه العرشون لكن ادعى المالك صيرورتها ثلاثين حين التلف، و الضامن بقاءها بحالها، فالحكم بإقامة صاحب البغل الشهود منزل على هاتين صورتين.

و الثاني كما إذا اتفقا على أن قيمة حين الأخذ هو الثلاثون لكن ادعى الضامن صيرورتها عشرين حين التلف، و المالك بقاءها بحالها، و الحكم بالحلف أو رده لصاحب البغل، منزل على هذه الصورة. و حيث إن المقام لم يكن مقام الترافع فالإجمال في الحكم لا بأس به.

و كيف كان فالصحيحة ليست بحجة، لإجمالها، و عرفت أن المستفاد من قاعدة على اليد، أن العين في جميع الأحوال ثابتة في عهده الأخذ و لا تنتقل أبدا بالمثل أو القيمة، فالضمان العرفي باق بحاله، و حينئذ فالأمر لا يخلو من حالين:

إما أن يكون ارتفاع القيمة السوقية معتبرا أو لا؟ فعلى الثاني، لو كانت العين موجودة في هذا الحال أي حال الأداء، و جب رد نفسها بلا زيادة بالفرض،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٦

فالقائم مقامها عند التعذر هو قيمة هذا الحال بلا زيادة أيضا.

و على الأول - كما هو المستفاد من إطلاق القاعدة، إذ هي بإطلاقها مفيدة لكون المال بجميع مراتبه من الشخصية و النوعية و المالية ثابتا في العهدة في جميع الأحوال - يكون المعتبر أعلى القيم من حين الأخذ إلى حين الأداء، فإنه إذا تعدد الخروج عن عهده الشخصية و النوعية بواسطة التلف، فالخروج عن عهده المالية باق بحاله، لإمكانه، و المفروض أن تعهد المالية كان ثابتا من حين الأخذ إلى حين الأداء، لا إلى حين التلف، و ذلك لإمكان اتصاف التالف بالمالية، فالمن من الحنطة التالفة مال و إن لم يصح إضافته إلى أحد، فالخروج عن عهده المالية إنما يحصل بدفع الأعلى المذكور، و لكن القطع باعتبار ارتفاع القيمة السوقية مع ذلك مشكل، لأيد من المسلم عند الفقهاء: أنه لو كانت العين باقية و طالبها المالك، و كان قيمتها السوقية حين المطالبة أنقص منها حين الأخذ، يكفي رد نفسها، و لا - يجب دفع ارتفاع القيمة السوقية معها، و يعللون ذلك: بأن المالية أمر اعتباري لا اعتبار به، مع وضوح فساده، فإنها و إن كانت أمرا اعتباريا لكنه يعتنى بها العقلاء كمال الاعتناء، فلا وجه لنفي الاعتناء بها، بل يمكن التمسك في اعتبارها في بعض الموارد بأدلة نفي الضرر، كما إذا كان الأخذ في فصل يكون مائة مأخوذ فيه ألفا، فحبسه إلى فصل صار المالية فيه خمسمائة. و بالجملة: فالإنصاف أنه لولا الإجماع الكاشف عن رأى المعصوم، فالقول باعتبار ارتفاع القيمة السوقية مما لا مانع منه أصلا، لكن



حيث وقع التعليل المذكور في كلام المجمعين أشكل الأمر، إذ يحتمل أن يكون تمام استنادهم إليه و يحتمل أنه كان الحكم المذكور مسلماً عندهم، و بعد ذلك علّوه بهذا الوجه تأييداً و إسكاتاً للخصم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٧

قال- قدس سرّه-: «نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد».

أقول: لا فرق بين هذا الاستصحاب و أصالة بقاء الاشتغال، إذ ليس المراد بالضمان إلّا اشتغال الذمّة بالقيمة عند التلف، فكما أنّ الشك في الثاني مجرى للبراءة لكونه شكاً في الأقل و الأكثر فكذا الأول.

قال- قدس سرّه-: «فالظاهر اعتبار محلّ التلف، لأنّ مآلته الشيء إلى آخره».

أقول: الظاهر أنّ الكلام في ذلك مبني على أنّه هل يكون للمالك في صورة وجود العين في محلّ، مطالبته من الغاصب في محل آخر، أو لا؟ بل لا- بدّ أن يأخذها في المحلّ الأول، بنفسه أو بوكيله، فإن قلنا بالأوّل، كان له في صورة التلف مطالبته قيمة المحلّ الثاني، إذ هي بدل عن العين في هذا المحلّ الذي كان له استيفؤها من الغاصب، و قد تعذّر، و إن قلنا بالثاني، فالمعتبر قيمة محلّ التلف لا غير.

### [في ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]

قال- قدس سرّه-: (و أمّا إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، فالظاهر) إلى آخره.

أقول: الأصل في ذلك أنّ الأوصاف الكمالية الحادثة في العين في يد الضامن، الزائلة عنده، مضمونة عليه، سواء بقيت العين أم تلفت، كوصف الكتابة إذا تعلّمها العبد عند الضامن و نسيها عنده، و ليس حالها كحال ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت الرغبة.

قال- قدس سرّه-: (و أنّ العبرة بيوم فواتها).

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٨

أقول: تظهر ثمره هذا القول فيما إذا حصل نسيان الصفة قبل تلف أصل العين و كان قيمة اليومين مختلفه، كما إذا نسي العبد الكتابة في يوم كان قيمته كاتبا المائة، ثمانون منها لنفسه و العشرون لكتابته، ثمّ تلف نفسه بعد ذلك في يوم كان قيمته كذلك الخمسين، أربعون منها لنفسه و العشرة لكتابته، فحينئذ لا بدّ أن يدفع أربعون لنفسه و العشرون لكتابته، و كذا الكلام بناء على اعتبار قيمة يوم الضمان أو أعلى القيم.

### [مباحث بدل الحيلولة]

#### إشارة

قال- قدس سرّه-: (ثمّ إنّ في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذّر الوصول إليه).

### [في بيان مورد بدل الحيلولة]

أقول: الحكم بثبوت بدل الحيلولة لا إشكال فيه في صورة تعذّر الوصول إلى العين بغرق أو سرقة أو ضياع و نحوها، فإنّ العين و إن كانت باقية لكنّها تعدّ في العرف حينئذ تالفه، فتكون مشمولة للأدلة العامّة، من قوله على اليد و نحوه، بناء على ما عرفت من أنّ مفاده:

أن العين في عهده الأخذ في جميع الأحوال، و أن للمالك مطالبتها في كل حال، فإن وجدها موجودة يأخذها، و إلا يأخذ بدلها، مضافا إلى الأخبار الخاصة الواردة في ضمان الودعي لو وضع الوديعة في بيت الجار فضاعت هناك.

و أميا في صورة العلم بحصول المال بعد مدة كثيرة أو قليلة، أو رجاء حصوله، أو نحو ذلك مما لا يصدق معه التلف عرفا، فيمكن التمسك لإثباته أيضا بقاعدة على اليد، إذ العهدة المستفاد منها شاملة لحال تعذر التسليم فعلا.

و الفرق بين بدل الحيلولة و بدل التلف: أن الضامن ببذل الثاني يفرغ ذمته عن عهده العين رأسا و يستريح، فله تفرغ ذمته ببذله في أي وقت شاء، و ليس للمالك الامتناع من الأخذ، بخلاف بدل الحيلولة، فإنه حق ثابت للمالك زائدا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٦٩

على عهده أصل العين، إذ عهدها باقية بحالها و إن بذل هذا البديل، بمعنى أنه لو تمكن الضامن منها في زمان، فللمالك مطالبتها منه، فلهذا يكون المالك هنا مختيرا عند بذل الضامن بين الأخذ و الصبر إلى زوال العذر.

### دفع بدل الحيلولة لا يقتضى انتقال العين إلى الغارم

#### إشارة

قال- قدس سره-: (و قال الثاني: إن هذا لا يخلو عن إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك).

أقول: العوض تارة يكون عوضا في الملكية كما في باب المعاوضات، فإنها عبارة عن تبادل المالكين، و صيرورة مال كل من الطرفين مالا للآخر، و حينئذ يلزم من اجتماع المالكين في ملك أحد الطرفين في زمان واحد اجتماع العوض و المعوض.

و أخرى يكون العوض تداركا لما فات كما في باب الغرامات، فإن كان الفائت هو الملكية كما في صورة الإنلاف، فلا بد أن يتدارك بالملكية. و إن كان هو السلطنة الفعلية على المال، بمعنى تقلبه و تقلبه في وجوه التصرفات و الانتفاعات كما فيما نحن فيه، فالتدارك إنما هو بحصول سلطنة مثل تلك السلطنة للمالك على مال الضامن، و لكن حيث إن حصول سلطنة كذلك متوقف على حصول الملكية لتوقف إباحة بعض التصرفات عليها، فلا بد من حصولها مقدّمة لتحقيق السلطنة المتدارك بها، و حينئذ لو اجتمعت هاتان السلطنتان في زمان واحد، لزم اجتماع العوضين، و لهذا لو عادت السلطنة الفائتة للمالك عادت السلطنة الحادثة إلى الضامن، و اجتماع الملكيتين لا يضرّ بعد ما عرفت من أن الملكية الجديدة إنما حدثت تبعا للعوض، أعنى: السلطنة، لا لحصول التدارك بنفسها و كونها نفس العوض.

قال- قدس سره-: (و لولا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة في الملكية، لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٠

المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين).

أقول: الالتزام بعدم حصول الملكية من أول الأمر و حصول إباحة مطلق التصرفات حتى المتوقفه على الملك، لو كان للفرار من لزوم اجتماع العوضين على تقدير حصولها من أول الأمر، ففيه:- بعد ما عرفت من عدم لزومه- أنه لا فرق في لزومه- على تقدير تسليمه- بين صورة حصول الملكية من أول الأمر و بين صورة حصولها في آن عقلي، فليس الالتزام المذكور إلا كرا على ما فر.

و إن كان للجمع بين استصحاب بقاء ملكية الضامن للبديل و بين تدارك السلطنة الفائتة المتوقفه على ملكية المالك له، ففيه: أن الاستصحاب لا مجرى له هنا.

و توضيح ذلك، أن مفاد «لا تنقض» هو النهي عن النقض العملي، سواء في الشبهات الموضوعية أو الحكمية، و لا شك أن النقض

العملى فرع ثبوت عمل مشكوك فى البين، كما أنه إذا شك فى حياة زيد، فيشك فى وجوب نفقة عياله، و عدم تقسيم أمواله بين ورثته، إلى غير ذلك.

و كذا إذا شك فى بقاء الوجوب، فالشك العملى ثابت لا محالة، و لا شك أنه ليس فيما نحن فيه عمل مشكوك، إذ من المعلوم أن السلطنة ثابتة للمالك و غير ثابتة للضامن، فالبناء على عدم ملكية الضامن ليس فيه نقض عملي للملكية فلا يشمل النهي.

ثم مما ذكرنا من أنه إذا كانت السلطنتان متقابلتين فلا يلزم من اجتماع الملكيتين اجتماع العوضين، يتبين الحال فى بعض الفروع. كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧١

## فروع

### الأول: لو مزج الغاصب المال مع ماله، فله صور أربع:

الأول: أن يمزج بالمجانس المماثل كالحنطة بمثلها.

الثانى: أن يمزج بالمجانس الأدون.

الثالث: بالأجود.

الرابع: بغير الجنس كالسمن بالدبس. فهل يحصل حينئذ الشركة فى العين أو فى الثمن، أو يكون ذلك بمنزلة التلف فيرجع إلى البدل؟

لا بد أولاً من التكلم فى أصل الشركة بالمزج مع قطع النظر عن الغصب.

فنقول: قد عرّفوا الشركة بأنها اجتماع حقوق متعدّدة لملاك متعدّدين فى مال واحد، فذكروا لها أسباب، و عدّوا من جملتها المزج. و ظاهر هذا أن نصف كلّ من الخليطين ينتقل إلى مالك الآخر حتى تحصل الإشاعة الواقعية، و إلاّ فالمالان متميزان واقعا، و هذا الانتقال لا دليل عليه إلاّ أن يكون فى البين إجماع، و مقتضى القاعدة عدم حصول الشركة فى العين، فبياع و يكون الثمن مشاعا، و على تقدير الإجماع فالقدر المتيقّن منه صورة الخلط بالمجانس المساوى، فيكون باقى الصور على وفق القاعدة، هذا فيما إذا حصل الاختلاط لا بفعل أحدهما.

و أمّا لو كان مستندا إلى فعل فاعل كما فيما نحن فيه أعنى: مسألة الغصب، فهو ضامن، و يكون للمالك الآخر أن يقول للغاصب: إذا أخذت مالى كان مفروزا غير متفرّق الأجزاء، فأطلبه منك بوصف المفروزيّة، بإطلاق على اليد.

و حينئذ حيث امتنع ردّ ماله بعينه و جب ردّ الأقرب إليه، كما هو قضية تلك القاعدة، و لا شك أن الأقرب فى صورة المزج بالمجانس المساوى هو نفس العين المركّب من عين المال و مثله، لا غيره من الأمثال، إذ هى مشتملة على صرف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٢

المثلية من دون الاشتمال على شىء من عين المال، فيكون المتعين حينئذ فيما إذا مزج منا من الحنطة بمنّ مثله، دفع منّ من هذين المتين لا من آخر مثلهما.

و أمّا لو خلط بالأدون أو بالأجود، فهل يكون الأقرب حينئذ هو المال المركّب من العين و المخالف، أو المال المماثل بتمامه؟ الظاهر أن المال حينئذ يعدّ تالفا، إذ هو بوصف الجودة أو الرداءة غير موجود، فيرجع إلى المثل، و يكون هو الأقرب، و هذا فيما إذا خلط بغير الجنس أو ضح، إذ السمن بعد الامتزاج بالدبس مثلا يصير طبيعته أخرى غير السمن، فيتعين دفع سمن مثله.

ثمّ فى هذه الصور الثلاث الأخيرة هل يكون عين مال المالك المخلوط بمال الغاصب باقيا على ملكه مع أخذه المثل؟ كما قلنا بذلك فى بدل الحيلولة، فلا يجوز للغاصب التصرف فى المخلوط، أو تحصل المعاوضة القهرية، فينتقل ماله المخلوط إلى الغاصب عوضا عما انتقل من مال الغاصب إلى المالك من المثل.

## الثاني: لو أحدث أحد في مال الغير مالا

كأن يغرس في الأرض شجرة، أو وصف كمال، سواء كان أثرا لعمله، كأن يعلم العبد صنعته، أم لماله، كأن يصبغ الثوب بنيله، فلا يخلو إما أن يكون ذلك بغصب و عدوان، وإما أن يكون بحق، فإن كان الأول و غرس في الأرض شجرة، فلا إشكال في أن نفس الشجرة تكون للغاصب، و لكن للمالك إجباره على قلعها و تسوية الأرض بعده بطم الحفر، و بعبارة أخرى على جعلها مصفاة كما كانت في السابق، و ليس له مطالبة الأرض من المالك، إذ لا حق لعرق ظالم.

و لو كان غاصبا و أحدث في المال كمالا و كان منشؤه عمله، كان المال مع وصف الكمال مالا للمالك، و ليس للغاصب فيه حق، لا بنحو الشركة و لا بنحو آخر، لأن منشأ حدوث الكمال عمله الغير المحترم، لكونه منهيا عنه، و لازم عدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٣

احترام العمل في نظر الشارع عدم ترتب المائيه على أثره لصاحب العمل في نظره.

و لو كان غاصبا و أحدث الكمال و كان منشأ حدوثه ماله، كما لو صبغ الثوب الغصبي بنيله، فحيث إن مال الغاصب محترم بلا إشكال، و لازم احترام المال هو ترتب المائيه على أثره الكمالى لصاحب المال، كان للغاصب حق متعلق بالعين الغصبيه على نسبة تفاوت ما بين واجد الوصف و فاقده.

و أما كونه شريكا في نفس العين على النسبة المذكورة فهو على خلاف القاعدة، لعدم تحقق شيء من أسباب الشركة. و أما كونه مالكا للوصف و كون المالك مالكا للعين وحدها- و تظهر الثمرة فيما لو ارتفعت القيمة السوقية للوصف، فيملكه الغاصب بتمامه على هذا، و يكون بينهما بالنسبة على الشركة- فضعيف أيضا، لأن الأوصاف الكمالية ليست بنفسها مالا، و إنما هي منشأ لزيادة مائيه العين، فمائيه العين المخصوصه كذا، لا أن مائيه أصل العين كذا و مائيه الوصف كذا، و لهذا لا يقسط الثمن على الأوصاف بخلاف الأجزاء، فيحتمل قويا أن يكون هذا من قبيل حق الزكاة المتعلق بالإيل، فإن زكاة الخمسة الآبال شاء، مع كون الزكاة متعلقه بعين المال الزكوى، لا بالذمة. و حق الإرث للزوجة المتعلق بالأبنية بدون الأراضى، حيث إنه مع كونه متعلقا بالعين الخارجى، حكموا بأن للزوجة ثمن قيمة الأبنية، لا ثمن نفسها، إلى غير ذلك من الحقوق و هي كثيرة، و معنى هذه الحقوق: أنها ثابتة على عهده المال الخارجى، بمعنى أنى لصاحب الحق حبس المال حتى يصل إليه حقه، ففيما نحن فيه يكون للغاصب قيمة وصف على عهده العين، و يكون الاعتبار حينئذ بقيمته يوم الأداء.

هذا كله هو الكلام في الغاصب و أما غيره، كمن أحدث مالا أو كمالا في ماله الذى اشتراه بالبيع الخيارى قبل انقضاء مدة الخيار، ثم فسخ العقد و عاد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٤

المال إلى مالكة الأصل، و كالمفلس إذا أحدث أحدهما فيما اشتراه ببيع النسبية ثم فلسه الحاكم، فإن البائع أحق بالمبيع من سائر الغرماء. فالكلام فيه في صورة إحداث وصف الكمال ما عرفته في الغاصب فيما إذا أحدث الكمال و كان منشؤه ماله، من غير فرق هنا بين ما إذا كان المنشأ هو المال أو العمل، لأن الثاني هنا محترم كأول، و أما الكلام في صورة غرس الشجرة فهو. «١».

(١) هنا بياض في الأصل. و قاعدة الاحترام الآتية من الأدلة التى تمسك بها لإثبات قاعدة ما لا يضمن. فهى من تنمة البحث السابق فلا تغفل.

## [من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد ضمان المنافع المستوفاه و من أدلتها]

## قاعدة الاحترام

قد يقال: إنَّ الحرمة إذا تعلقت بالأفعال كانت ظاهرة في التكليف، وإذا تعلقت بالأعيان كانت ظاهرة في الوضع نظير الحریم و الحرم، فمعنى هذا المكان حریم البيت أو حرم عدم كون الإنسان في السعة المطلقة بالنسبة إليه، بل له لوازم يعدّ التخطى منها تعدياً، و كما أنّ احترام الإنسان يقتضى عدم صدور فعل بالنسبة إليه غير مناسب لمقامه، يقتضى أيضاً أنه إذا صدر ذلك الفعل و أمكن التدارك بالترضية و الاعتذار و غيرهما كان التدارك حفظاً لاحترامه، فإذا صار مكان أو زمان محترماً بنظر الشارع كان قضيه محترمة أيضاً لزوم الجبران على فرض صدور منافی الاحترام، غاية الأمر لا- طريق للعرف إلى تشخيص ما يحصل به التدارك، و أمّا إذا صار الموضوع للاحترام الشرعى هو المال فالتدارك له بيد العرف و يعرف أنّ جبران المال دفع المثل أو القيمة.

لا يقال: اشتمال الكلام على حكمين قد أخذ في موضوع أحدهما الآخر كيف يتصور؟ فإنّ الاحترام الشرعى حكم و ما دام لم يجعل هذا الاحترام الأوى لم يتحقق موضوع للاحترام الثانوى المتحقق في فرض مخالفه الأوى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٦

فإنّا نقول: يمكن ذلك إما بنحو القضية الطبيعية و إما بتفكيح المناط القطعى، و حينئذ فنقول: إذا وقع مال لأحد في يد آخر مبتياً على معاوضة فاسدة فإنما يكون الدافع حال الدفع ملتفتاً بفساد المعاوضة، و إما يكون غير ملتفت، فإذا كان غير ملتفت فلا إشكال أنه حينئذ ليس أمانه مالكية و لم يسلط عليه المالك مجاناً فاحترامه محفوظ، فنفس وقوعه تحت استيلاء غير مالكة مخالف لاحترامه فيجب تداركه و هو يكون بدفع نفسه حال وجوده، و بدفع بدله حال العدم و لو فرض كون تلفه في غير يد القابض الأوى بل اعتور عليه أيدي آخرين و كان تلفه في يد غير القابض الأوى، فإنّ نفس الوقوع تحت يده خلاف احترام حصل من قبله و إن كان معذوراً فيه لجهله و لا جبران له إلا بإعادة مثل العين أو قيمتها إلى المالك و لا فرق في ذلك بين العين و المنفعة و عمل الحرّ.

لا يقال: كما أنّ مال المالك محترم، مال الضامن أيضاً كذلك. لأننا نقول:

حيث إنّ سوق القضية لأجل الامتنان على النوع ناسب أن يلاحظ الاحترام في الأوى لا الثانى، و من هنا يعرف تقريب قاعدة لا ضرر، فإنّ عدم جعل الضمان في المقام حكم ضررى فقد ارتفع، إذ كما أنّ الضرر الحادث بوجود حكم منفيّ بارتفاعه، كذلك الضرر الجائى من قبل عدم حكم أيضاً منفيّ بارتفاعه، و ارتفاع كلّ شىء نقيضه فيثبت وجود ذلك الحكم، إذ ليس مفاد القاعدة أن ليس الحكم الضررى حتّى يقال بعدم شموله ل«اللاحكم»، بل مفاده أنه لم يصدر من الشارع ما يوجب الضرر سواء كان هو الحكم أم السكوت في مقام الحكم، هذا إن قلنا بأن مفاد القاعدة نفى الأثر، و أمّا إن قلنا بأن مفادها نفى الموضوع أولاً بلحاظ الأثر فالأمر أسهل كما لا يخفى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٧

و أمّا الضمان في المسابقة الفاسدة فلائذ الضامن هو الذى ألقى صاحبه في خطر الخسارة إذ لولا قراره الفاسد لما أقدم على عمل السبق، فإقدامه على القرار و العمل تفويت منه لاحترام المال، أعنى: السبق.

هذا كله في صورة جهل الدافع بالفساد، و أمّا مع علمه فقد يقال بعدم الضمان نظراً إلى إذنه و رضاه، و كونه مقيداً بالملكية و هى غير حاصله، مدفوع بأنّه ليس مقيداً بالملكية الشرعية بل بالملكية المنشأة و هى حاصله، و ترتب على ذلك جواز التصرف و عدم وجوب الردّ إلى أن يرجع المالك عن إذنه.

فإن قلت: لم يصدر من المالك سوى التمليك و قد أبطله الشارع و بعد بطلانه و الفرض عدم إذن منه مستقلاً فأين الإذن؟

قلت: التملك المذكور له حيثتان، فمن حيث إفادة الملكية غير مؤثر لاحتياجه إلى الصيغة الصحيحة، و أما من حيث إفادته الإذن فليس مشروطا بشيء فلا مانع من تأثيره من هذه الجهة، و يظهر منه أنه في صورة الجهل يكون القيد هي الملكية الشرعية، فإذا انتفت انتفى الإذن، بمعنى أن الملكية المنشأة جعلت عبرة للشرعية فارتبط الإذن بها، و لا يجرى هذا في صورة العلم لمكان التفكيك. لا يقال: يمكن الجبران بدفع مال من القابض إلى المالك بقدر الزمان الذي كان ماله في يد القابض إلى زمان التلف السماوي. لأننا نقول: معنى الجبران إعادة سلطنة للمالك على مثل ماله بنحو السلطنة التي كانت له على ماله و هي أن لا يخرج عن تحت يده بغير اختياره و بغير تلف سماوي أو إتلاف من قبله، فإعطاء العين بذلك المقدار ثم الأخذ منه قهرا عليه لا يكون جبرانا لما فات.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٨

هذا غاية تقريب التمسك بقاعدة الاحترام، و لكته مع ذلك مخدوش بأنه أولا: لا يتم في عكس القاعدة، فإن الهبة الفاسدة بقضية العكس لا توجب الضمان و قضية الاحترام هو الضمان، فإن التسليط و الإذن إنما كانا في تقدير الملكية فإذا انتفت انتفيا فتبقى قضية الاحترام بحالها، و بالجملة الحثية حيثية تقيديه لا تعليلية.

و ثانيا: على فرض الغض عن ذلك و القول بأن الحثية تعليلية فلا بد من الفرق بين المعاوضات و العقود الآخر بأن المالك هو الذي سلب الاحترام عن ماله في الثاني بتسليطه بلا عوض، و لم يسلب في الأول لأجل اعتبار العوضيه فيه حسب الفرض. فنقول حينئذ: لا فرق بين المتعاقدين في هذه الجهة و ذلك لأنه إن كان الإعطاء بعنوان العوضيه رافعا لسلب الاحترام من قبل المالك، فالأخذ بهذا العنوان أيضا لا بد و أن يكون كذلك من طرف الأخذ و إن كان عدم سلامة العوض المستمي موجبا لصيرورة الأخذ سالبا للاحترام، فلم لا يصير من جانب المالك كذلك؟ فيقال: هو الذي سلب الاحترام عن مال نفسه بنفس إعطائه، فالتفكيك بينهما بملاحظة عنوان العوضيه في طرف المالك و عدم سلامة العوض في طرف الأخذ لا-وجه له، فتنتج أن قاعدة الاحترام لا تنهض لإثبات القاعدة أصلا و عكسا.

### [قاعدة اليد]

و أما قاعدة اليد فهي جارية في الأعيان بمعنى عدم توقفها على وجود عقد فتجرى مع اليد و إن كان إثباتها بتخيل المائيه بدون عقد في البين، بل و في العقود الفاسدة التي لا ضمان في صحيحها كما في الهبة الفاسدة، إذ لا إذن من المالك إلا كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٧٩

بعنوان المالكية و المفروض عدم حصولها و لا تتم أيضا في الإجارة الفاسدة الواقعة على عمل الحر، فإن شمول القاعدة للمنافع إنما هو بتبع شمولها للأعيان، و حيث لا يد بالنسبة إلى عين الحر لعدم جريان الغايه، أعنى: «حتى تؤذيه» فيه لاختصاصه بالأموال فلا تشمل منافعه. نعم يمكن أن يقال: في ما إذا كان الحر أجيرا لآخر أن الأخذ و التأديه صادقان بالنسبة إلى عين الحر.

### [قاعدة الإتلاف]

و أميا قاعدة الإتلاف، فإذا وقع عمل من شخص بأمر من آخر فالحكم بالضمان لقاعدة الإتلاف حسن، و أما إذا عمل نفس العالم عقيب إجراء الصيغة عمله بدون أمر من المعمول له بل بعنوان الوفاء بالعقد فلا يصدق الإتلاف حينئذ، و مجرد وصول نفع العمل إلى الغير لا يوجب ضمانه، كما لو سقى زرع شخص بماء غيره بسبب سماوي، و لا مجرى فيه لقاعدة الاحترام، لأن المالك هنا هو الفاعل و هو الذي أوجد خلاف الاحترام في عمله، و إن قيل: قضية الحرمة و الاحترام عدم صيرورته بلا عوض، يقال: ما الدليل على تعيين

العوض في ذمّة المعمول له، و لم لا يكون في بيت المال؟ و إذن فالقاعدة هي الدوران مدار اليد و الإتلاف و بدونهما فلا ضمان. و محصل المقام أنه لا بدّ من ملاحظة سعة دائرة القاعدة و ضيقها ثم ملاحظة مساعدة المدرك لها و لو كان هو قواعد متعدّدة باجتماعها، فنقول: من جملة الموارد التي تكون الكليّة الإيجابية مقتضية للضمان فيها هو عمل الحرّ الذي وقع تحت الإجارة الفاسدة، و من جملة الموارد التي تكون الكليّة السلبية موجبة لعدم الضمان فيها هو العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة.

فنقول: أمّا مفاد القاعدة فهو أنّ ما كان طبع العقد الصحيح ضمانه بمعنى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٠

أن يكون الضمان من مدلوله المطابقى ففاسده أيضا يوجب ضمانه، و كلّ ما لم يكن من طبع العقد- و إن كان الضمان ثابتا، كان من جهة الحكم الشرعي- ففاسده لا يقتضيه.

و قد يقال: إنّ العين في الإجارة الصحيحة ليس عدم ضمانها بقضية طبع العقد، فإنّ مورد العقد إنّما هو المنفعة، و التسليط على العين حكم شرعي من باب توقّف استيفاء المنفعة عليه فلا اقتضاء لنفس العقد فيها، فلا بدّ من إحراز حكمها من قواعد أخرى، و على هذا فلو قيل بالضمان لأجل اليد لم يكن تخصيص في القاعدة، لكنّ الظاهر أنّه من اقتضاء نفس العقد و إن كان مورده المنفعة، لكنّ التسليط على العين أيضا من اقتضاء طبعه، فمقتضى القاعدة بحسب عكسها هو عدم ضمانها في الإجارة الفاسدة. هذا بحسب المفاد.

و أمّا المدارك فيمكن أن يقال: إنّ تسليم العين المستأجرة بعد أنّه من الأمانة المالكية يكون استحقاق المدفوع إليه لاستيفاء المنفعة من باب الداعي لهذه الأمانة و الإذن، نظير شراء الدواء بداعي الانتفاع، فالتخلّف إنّما هو من باب تخلّف الداعي. و الحاصل: يمكن أن تكون الحيثية أعنى استحقاق استيفاء المنفعة تقييدية و يمكن كونها تعليلية، لكن بحسب مقام الإثبات الظاهر بحسب العرف هو الثاني فراجع.

و أمّا عمل الحرّ الذي وقع تحت الإجارة الفاسدة فمقتضى إيجاب القاعدة هو الضمان و لا يمكن التمسك باليد، لعدم تمشّي الغاية، و هذا بخلاف المنافع في الأعيان المملوكة، فإنّ التأديّة بلحاظ تلك الأعيان، فيصحّ أن يقال على عهده اليد جميع خسارات العين التي منها خسارات منفعه إلى أن تؤدّى تلك العين إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨١

صاحبها، و أمّا في الحرّ فلا يتمشّي ذلك كما هو واضح.

و الإتلاف أيضا لا يتحقّق بمجرد إجراء الصيغ، أعنى: قبول الإجارة إذ المفروض أنّه باختياره و بعنوان الوفاء بعقده أقدم على الخياطة أو البناء مثلا- فالمتلف نفسه و بعد تمام زمان العمل انقضى ماله، فإنّ الموجود حالا هو الأعيان التي هي مملوكة للمالك، و الصورة أيضا لا ربط لها بالخياط و البناء، إذ هي ليست إلّا تلك الأعيان بالشكل الخاص و هي مملوكة للمالك بالفرض.

### [قاعدة «لا يحلّ مال امرء إلا بطيب نفسه»]

و قاعدة «لا يحلّ مال امرء إلا بطيب نفسه» لا تجرى لذلك، لعدم وجود المال و هو العمل حال التصرف، و إنّما عمل عملا و انقضى و زاد المائيّة في مال المالك من جهة عمله لكن لا تصرف في عمله أصلا، بل في أعيان المالك.

### [تتمّة قاعدة الاحترام و قاعدة نفى الضرر]

بقي ما تمسك به شيخنا العلّامة المرتضى- أعلى الله مقامه- و هو قاعدة الاحترام و نفى الضرر، و تقريب الأول أنّ عمل المسلم مال

له و هو محترم، وقضية احترام العمل أن لا يبقى بلا أجر بل وقع مشكورا و مأجورا، و من المعلوم عرفا أن طرف الإضافة إلى العمل من يرجع نفعه إليه و إن اتفق من باب الاتفاق و بلا التفات من العامل، كما لو بنى بخيال دار نفسه فتبين دار زيد مثلا فإن أجر العمل الواقع على ملك الغير خروجه أجره من كيسه، فإن هذا معنى المقابلة، فإن الأجر ما يقابل الشيء و يكون بحذائه، و لازم هذا في الأعمال المتصرمة الغير القارة بالذات و الباقية بالآثار إنما هو خروج الأجر من كيس من دخل في كيسه أثر العمل، كما أنه لا بد من ورود الأجر أيضا في كيس العامل.

و الحاصل: العرف يفهم من احترام العمل ما ذكرنا و هو أن عمل العامل إذا لم يتعلّق بأحد، كما إذا بنى بناء في أرض مباحة لا تتعلّق بأحد بخيال أنها أرض

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٢

نفسه فليس عدم إعطاء أحد أجر هذا العمل خلاف احترام من أحد، و أمّا إذا كانت تلك الأرض ملك شخص فإن انتفاع هذا الشخص بتلك البناء و لو كان تمام مادته ملكا لنفسه من دون اعتناء إلى عمل ذلك العامل، خلاف لاحترامه. هذا ما يتوهم.

و فيه أنه بعد أن لا دخالة للمالك في حصول العمل و إنما حصل بتمام اختيار من العامل بزعم استحقاق المالك فحال المالك بالنسبة إلى هذا العمل مع سائر الناس على وجه سواء، نعم من جانب الله حصل زيادة في ماله من جهة ذلك العمل، و مجرد محترمة العمل مع وصول نفعه إلى المالك من جانب الله لا يوجب تحميل أجره على المالك الغير الدخيل بكل وجه.

و الحاصل: عمل العامل محترم و صرفه نفسه باعتقاد فاسد، و مال المالك أيضا محترم و بعد العمل يكون تمام تقلب المالك في ماله بدون تصرف في شيء من مال غيره، فقضية حرمة المال عدم خروجه عن ملكه بغير اختياره و خلاف احترام العمل مستند إلى خطأ اعتقاد العالم و لا ربط له بالمالك أصلا، فلا وجه لتحميل أجره عليه قضية لاحترامه بل هو خلاف احترام في مال المالك.

و من هنا يعرف الكلام في لا- ضرر حرفا بحرف فإن مجرد اتفاق وقوع العمل على ملك الغير لا يوجب نفى الحكم الضررى جعل ضمانه على عهدة المالك إذ هو مع غيره على حد سواء، مع أنه أيضا من أفراد القاعدة.

لكن الإنصاف الفرق بين ما لم يكن بين الطرفين قرار و ما كان و كان العمل جريا على ذلك القرار، وجه الفرق أن في صورة القرار لا شبهة أن أحدهما مسلم و الآخر متسلم و هذا المعنى لا شبهة في وقوعه، غاية الأمر انفكاكه عن التأثير و لم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٣

يكن نفس القرار متقيدا بتأثيره و إلّا لزم الدور، و العمل بالقرار ليس إلّا إتيان نقشته في الخارج، فكما كان في مرحلة الإنشاء تسليم و تسلّم يكون في الوفاء الخارجى أيضا تسليم و هو نفس إتيان العمل و تسلّم و هو رضى الآخر بوقوعه.

و حينئذ نقول: حرمة العمل مقتضية لضمان من تسلّمه من عامله، لا يقال:

هذا ينافى ما سبق من أن لحاظ العوضيّة إن كان في جانب المؤجر رافعا للهتك فكذلك من جانب المستأجر لأنّ تسلّمه أيضا مبنى على هذا اللحاظ، و إن كان عدم سلامة ما لحظا عوضيته يوجب كون قبض القابض هتكا كان إعطاء المالك أيضا كذلك، و ذلك لأنّ الضمان الذى يقتضيه الاحترام لا يدور مدار الهتك، فنقول: تسلّمه ليس هتكا كتسليم العامل لكن عدم تعقبه بالأجر مستلزم للهتك هذا.

و من هنا يعرف الكلام في لا ضرر فإنه مع التسليم لا تشمل القاعدة المتسلم، فإنه أقدم على العوض مع شموله للعامل و مع عدمه يتعارض الفردان منها، هذا بناء على شمولها للعدميات، و أمّا بناء على عدمه كما لا يبعد- إذ لم يعلم منه إلّا أن الشارع ما أوجد الضرر لا أنه إذا أوجد الضرر نفس المكلف فهو يدفع هذا الضرر- فلا ربط لها بالمقام.

و من جملة موارد الحكم السلبى الهبة الفاسدة فمقتضاه عدم الضمان لو تلف في يد المتهب أو أتلفه، و وجهه أن من المسلم أن لو



قال المالك: ألق مالى فى البحر فألقاه فلا ضمان، و من المعلوم أن حكم الضمان على اليد و الاحترام يستفاد منه الحقيّة، فإنه جعل رعاية لجانب المالك فيكون منشأ لانتزاع الحقّ،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٤

و الحاصل: ليس حكما صرفا و يكون أيضا قابلاً للإسقاط بدليل ما ذكرنا من مثال الإلقاء فى البحر. و إذن فنقول: الواهب فعل فعيلين فى عرض واحد بدون تقييد أحدهما بالآخر و هما إنشاء ملكية المال للمتهب و الإقدام على تضرره بهذا المال بأن يصير مكانه خاليا من العوض.

فإن قلت: يكون هذا الإقدام عقيب الإخراج و تبعاً له. قلت: بل يكون فى عرضه، فإنه أقدم على إخراجه عن ملكه بلا عوض و هذا واقع و لو انفكك عن التأثير شرعاً فتأمل، فإنه لا فرق بين الإقدام على عدم الضمان و الإقدام على الضمان، و قد مرّ أن فيه بعد بطلان الخصوصية لا يبقى أصل الضمان.

و لكن قد ينظر المقام بالعقود التى تتبعض كما فى الشروط الفاسدة و بيع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة فيقال: إنه بنظر العرف و إن كان قد فعل فعلاً واحداً لكنّه بنظرهم يعدّ فعلين فى عرض واحد كما فى تلك المقامات.

لا يقال: فلا بدّ من القول ببقاء أصل التمليك بعد بطلان خصوصية المجانيّة، فإنه يقال: فرق بين التمليك و الإسقاط فإنّ الأول يحتاج إلى أسباب خاصّة بخلاف الثانى.

### [فى العقود الضمانية فى صورة علم الدافع بالفساد]

بقى الكلام فى العقود الضمانية فى صورة علم الدافع بالفساد فلا- شبهة فى حصول الملكية العرفية لوضوح إمكان انفكاكها عن الشرعية كما فى بيع الخمر، فالرضا مقيّد بالمالية للدافع فلم يأذنه فى ماله، إنّما الكلام فى أنّه يصدق الغرور فى ما إذا كان الثمن المسمّى أقلّ من العوض الواقعى أو لا- يصدق أو يفرق بين ما إذا كان الفساد فى إيجاب البائع فيصدق، و ما إذا كان فى قبول المشتري فلا يصدق، الظاهر عدم الصدق فإنّ معنى الغرور إراءة ما ليس بواقع واقعا، و فى المقام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٥

المشتري جاهل بأنّ الصيغة الفارسية مثلاً فاسدة و البائع العالم يجريها و يقرّ جهله، فالمشتري مغرور لجهله لا من قبل البائع. نعم لو كان البائع ممّن يركن إليه فركن المشتري إليه و جعل أعماله لهذه الصيغة طريقاً إلى صحتها صدق الغرور حينئذ.

### [قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و نقوضها هى]

#### إشارة

بقى الكلام فى نقوض القاعدة،

### أحدها [النقض بعارية الصيد]

الصيد الذى استعاره المحرم من المحلّ مع أنّ صحيح العارية غير موجب للضمان و الظاهر أنّ الضمان هنا ضمان الإلتلاف لوجوب إرسال الصيد عليه شرعاً، فلا ربط له بعقد العارية.

**الثانى [النقض بمنفعة المبيع فاسدا]**

حمل المبيع مع أنه لا- يحكم بالضمان فى الصحيح والأمر فيه غير خارج عن قسمين إمّا داخل فى المبيع فالصحيح أيضا موجب للضمان لوقوع جزء من الثمن بقباله، وإما خارج ويكون أمانه مالكيه فى يد المشتري فالفساد أيضا لا يوجب الضمان لعين ما تقدم فى العين المستأجرة، نعم لو ثبت بالإجماع أنه خارج عن المبيع وأن الفساد موجب لضمانه تمّ النقض.

**الثالث [النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد]**

منافع المبيع من المستوفاه وغيرها مع عدم ضمانها فى الصحيح وعدم الضمان فى الصحيح غير مستند إلى العقد، فبالعقد يحصل التعارض بين المالكين فى المالكية، ومن توابع المالكية ملكية المنافع، فالحكم بالضمان فى الفساد ليس نقضا فى القاعدة.

**الرابع [النقض بالشركة الفاسده]**

الشركة العقدية الفاسده، و مقتضى القاعدة فيها أيضا عدم الضمان فى الصحيح و الفساد، لأنّ دفع أحد الشريكين المال المشترك إلى الآخر يكون على وجه الأمانة و تكون الشركة من قبيل الداعى لا القيد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٦

**[حكم ما لو علم الدافع بالفساد]**

ثمّ إنّه قد يقال فى صورة علم الدافع بالفساد بعدم الضمان [بيان أن] القيد للإذن إنّما هو المالكية الإنشائية و هو حاصل. فإن قلت: الصادر منه ليس إلّا التمليك و إذا صار باطلا فمن أين الإذن؟

قلت: التمليك فعل واحد ذو جنبتين، فمن جنبه كونه تمليكا يحتاج إلى الأسباب الخاصية و من جنبه كونه إذنا لا يحتاج إلى سبب خاص.

وفيه: أن البيع عبارة عن مبادله مال بمال فلا يخلو إمّا أن يقصد العالم بالفساد هذا المعنى جدّا، وإمّا لا قصد له جدّا، و الثانى خارج عن محلّ الفرض، لأنّ الكلام فى البيع الفاسد، والأوّل لا- يمكن صحته إلّا باختلاف النظر و اللحاظ بمعنى أنه ليس ببيع فى نظر الشرع، و بيع و مبادله بنظر العرف، نظير بيع الخمر حيث لم يدفع المال مجانا بنظرهم، و حينئذ فنقول: فقد رأى بهذا النظر إلى صيرورة ماله إلى صاحبه و بالعكس و التسليم و التسلم أيضا وقعا وفاء بهذا المعنى، و لا شبهة أنّ الرضا على هذا لم يتحقّق فى مال الدافع بعنوان أنّه ماله بل بعنوان أنّه مال القابض.

ربّما يقال فى المقبوض بالبيع الفاسد بجواز التصرف إذا كان الدافع عالما بالفساد للإذن فيه فى ضمن التمليك، و دعوى أن الإذن مقيد بالملكية و هى غير حاصله مدفوعه بأنّ القيد ليس إلّا الملكية فى اعتبار البائع و هى حاصله، إذ المفروض أنّه أنشأها و بنى على كون المشتري مالكا و قد قبل هو أيضا، نعم لو كان مقيدا بالملكية الشرعية صحّ دعوى عدم حصول القيد لكنّه ليس كذلك.

و الحاصل: أنّ المقيد بقيد حاصل يكون كالمطلق، و الإذن فى ما نحن فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٧

كذلك، فإن قيده الملكية الواقعية بحسب اعتبار المتبايعين و المفروض بناؤهما عليها بحسب إنشائهما.

فإن قلت: لم يصدر من البائع إلّا التملك وقد صار لغوا في حكم الشرع بالفرض فأين الإذن؟ قلت: هذا التملك له حيثتان فهو إذن من حيثية و تملك من أخرى، ولما كان التملك محتاجا شرعا إلى صيغة صحيحة و المفروض عدمها فهو غير مؤثر من هذه الجهة لعدم حصول شرطه، و أمّا من حيثية الأخرى فهي غير مشروطة شرعا فيجوز العمل به، فإن الإذن مؤثر في جواز التصرف من غير اشتراط بصيغة خاصة، فيشمله عموم ما دلّ على جواز التصرف مع الإذن و طيب النفس و إذا جاز التصرف فلا يجب الردّ إلى المالك فضلا عن كونه فوريا، نعم لو رجع عن إذنه فطلبه وجب الردّ إليه فورا فتدبر.

أقول: محلّ الكلام ما إذا قصدنا البيع جدّا، و حيث إنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فلا بدّ من قصدهما إلى صيرورة كلّ من العوضين مالا للآخر جدّا، فإنّه إذا لم يتحقّق منهما هذا القصد جدّا خرج عن البيع، و مفروض الكلام حصوله غاية الأمر بنحو الفساد، و أمّا أنّه كيف يمكن هذا القصد مع العلم بعدم الحصول فإنّ الإنسان لا يقصد أمرا يعلم بعدم حصوله؟ فيمكن تصويره باختلاف النظر في العرف و الشرع، فربّ عقد يكون بنظر العرف بيعا و يرتّبون عليه آثاره و لا يكون بنظر الشرع هكذا، بل المال باق بحاله الأوّل، فالقصد المعامل مبنّى على هذا النظر العرفي و لا فساد بهذا النظر بالفرض، فيتمشّى منه القصد جدّا.

ألا ترى إلى الفساق الغير المباليين بأحكام الشرعية يبيعون الخمر و يشترونها

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٨

مع وضوح فساده في الشريعة؟ و هل ترى لا يتمشّى منهم القصد فيرون صرف مالهم بلا عوض؟ بل يتمشّى منهم حقيقة قصد البيع و ما ذاك إلّا بجريهم على وفق نظرهم العرفي.

فإن قلت: فلم لا تقولون في ما لو قال أحد: الخمر حلال، أنّه يكون على حسب النظر العرفي و لا ينافي مع اعترافه بالحرمة بحسب نظر آخر فلا يحكم بكفره و إنكاره الضروري؟ فإذا حكمت هنا بالكفر و الإنكار علم أنّه لا تلائم بين النظرين و أنّه مع أحدهما ينتفى الآخر، و حيث إنّ البيع مع علم الفساد أيضا واقع نلترم فيه بأنّه بناء و عقد للقلب على كون ما ليس ببيع بيعا كما في التشريع و الجحود. قلت: ليس البيع للخمر مثل البيع لمالا مائيّة له بنظر العرف و لو مع ادعاء المائيّة له و عقد القلب و البناء عليه، فراجع وجدانك فإنّه أعدل شاهد في البين، و الحاصل لا يلزم التناقض مع تعدّد نظري الحاكم، و إذن فنقول: البائع في هذا النظر قد رأى انتقال ماله جدّا إلى صاحبه فيدفعه إليه بعنوان أنّه ماله و لا يراه مالا لنفسه حتّى يتمشّى منه الإذن.

فإن قلت: ما الفرق بين الهبة الفاسدة و هذا المقام؟ حيث حكمت هناك بأنّه فعل في عرض واحد فعيلين، أحدهما التملك و الآخر رفع الضمان و قلت هنا:

ليس التملك و الإذن في عرض واحد بل الثاني في طول الأوّل.

قلت: الفرق يظهر بأدنى تأمّل، فإنّ الواهب لا يرفع الضمان لأجل أنّه صار مالا- للمتهب بل يرفعه عن مال نفسه، فكما أنّ موضوع التملك مال نفسه فكذلك موضوع رفع الضمان، و أمّا في البيع فالتملك و الإذن مترتبا بمعنى أنّه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٨٩

بعد ما ملكه للمشتري و رآه أجنبيا عن نفسه يرضى بكونه في يده من باب أنّه مالكة، فليس رضاه متعلّقا بمال نفسه. و الحاصل: لا يراه إلّا أكلا لمال نفسه لا لمال البائع، فالرضا مبنّى على المائيّة، و قاعدة المبنى انتفاؤه بانتفاء المبنى.

نعم لو فرض أنّه لا يقصد البيع جدّا و إنّما مقصوده الوصول إلى الثمن بهذه الحيلة فيوقع الصورة الخالية عن القصد تمّ حينئذ القول بأنّ الإذن مقيد بأمر حاصل و هو التصوّر الخيالي الغير الجدّي لكنّ الأمر على خلاف ذلك.

ثمّ إنّ النهي عن عمل تارة يتعلّق بحدوثه بحيث لو حدث فبقاؤه غير مبغوض، و أخرى به حدوثا و بقاء بحيث كانت المبغوضيّة ثابتة لمطلق الوجود للطبيعة، نظير لوازم أصل الطبيعة كبرودة الماء و حرارة النار حيث إنّ القطرتين أكثر برودة من القطرة الواحدة، و مثله

الخمير في الشرعيات حيث إنّ القطرتين منها أشدّ مبغوضيّة من القطرة الواحدة، و إذن فنقول: النهى المتعلّق بالتصرّف في مال الغير من القبيل الثاني، فوضعه في الصندوق كلّما ازداد طولاً و مكثاً تزداد المبغوضيّة من غير احتياج إلى جعل الإمساك في كلّ آن تصرّفًا مستقلاً حتّى يناقش بأنّه ليس في البين إلّا تصرّف واحد ممتدّ. و حينئذ فيصير حال التخلّص من الإمساك حال الخروج من الدار المغصوبة حيث إنّ منهى عنه من الأول لأنّه أيضاً تصرّف لكنّ العقل يستقلّ بلزومه من باب لزوم أخفّ المحذورين عند دوران الأمر بينهما، فإنّه يدور أمر المكلف بعد وضع اليد على مال الغير بين إبقائه فيقع في المحذور الأشدّ و بين التصرّف التخليص حتّى يقع في الأخفّ، و لا شبهة في تعيّن الثاني عقلاً، دفعا للأفسد بالفاسد، و حيث إنّ هذا الوجوب عقليّ جاء من قبل هذا الدوران الذي نشأ من قبل سوء اختيار المكلف، فلو كان متوقفاً على مؤنة كثيرة فلا تنهض

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٠

لرفعها أدلّة نفى الضرر، فإنّها ناهضة لنفى الضرر في الأحكام الشرعيّة، و الحكم الشرعي هنا لم يوقع أحداً في الضرر، فإنّه عبارة عن طلب ترك كلّ تصرّف في مال الغير أخذاً و تخلّصاً، و هذا لا يلزم ضرراً أمّا من حيث الأخذ فواضح و أمّا من حيث التخلّص فلأنّ ترك التخلّص ممكن بترك الأخذ، و الطبيعّة إذا كان له فردان أحدهما مقدور و الآخر غير مقدور، صحّ توجه الطلب نحو الطبيعّة، و إذا ارتفع المانع من شمول النهى من الابتداء لجميع أنحاء التصرّف حتّى التخلّص فالضرر الجائي بعد ذلك من قبل الدوران الذي جاء من سوء اختيار المكلف مستند إلى جهل المكلف بالجهل البسيط و لا ربط له بالشرع.

و هذا نظير النهى عن شرب الخمر إذا توقّف ترك شربه في مكان مخصوص على بذل مال كثير، فالنهي من الأول لا مانع من تعلّقه بالمكلف على وجه الإطلاق حتّى من الشرب في ذلك المكان، و ليس في هذا ضرر إذ له أن لا يذهب إلى ذلك المكان، و أمّا إذا ذهب بسوء اختياره فإلحاق الضرر الذي يتضرّر بدفعه مقدّمه لترك الشرب ضرر أوردته نفسه على نفسه و مستند إلى سوء اختياره و لم يجئ من قبل حكم الشارع، إذ يكفي في عدم ضروريّة الحكم عدم ضروريّة إحدى الطرق لتحصيل المطلوب، فإذا استقرّ و تنجّز و استقرّ العقاب كان الضرر بعد ذلك مستندا إلى نفس المكلف لدفع ضرر العقوبة الثابتة.

و ليعلم أنّ لزوم الردّ في ما لم يكن مستلزماً لزيادة تصرّف إذ ربّ إمساك إلى أجل يعدّ عرفاً أقلّ تصرّفاً من الردّ كما لو استلزم الحمل إلى مكان بعيد يوجب نقصانه كعرج الدابّة و نحوه، هذا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩١

### [في بيان بعض الأمور المتعلقة بالمقبوض بالعقد الفاسد]

#### فصل هل يضمن منافع المقبوض بالعقد الفاسد الضماني كالباع الفاسد مطلقاً أو لا مطلقاً أو تفصيل بين المستوفاه فتضمن و غيرها فلا؟

الظاهر الأول، لدلالة قاعدة اليد، إذ بعد عدم جواز أن يراد ب «على» العهدة نظير العهدة في الديون بقريته «حتّى تؤدّيه» حيث يلزم اتّحاد المعنى و الغاية لا بدّ من الحمل على عهدة الخسارة، و أيضاً لا يبعد هذا المعنى من إضافة العهدة إلى العين، فإذا قيل: هذا الفرس على عهدتك، يعلم منه أنّ مناقضه و خسارته عليك، و كما أنّ من مناقص العين و خساراتها العرج و العمى و الهلاك، كذلك منها كونه بلا استنفاع مدّة يمكن فيها ذلك بإجاره و استيفاء فيكون على الأخذ عهدة ذلك أيضاً، و من المعلوم عدم الفرق بين استيفاء الأخذ لها و عدمه مضافاً إلى قاعدة الإلتلاف في الصورة الأولى بل و في بعض صور عدم الاستيفاء كما لو ربط الدابّة و لم يركبها.

و الحاصل: لا نحتاج في إدراج المنافع تحت ضمان اليد بتعميم الموصول في «ما أخذت» إليها حتّى يقال: إنّ خلاف الظاهر بل نقول

باختصاصه بالأعيان، و لكن من جملة أنحاء خسارات العين خسارات منافعها، مضافا إلى قاعدتي الاحترام و عدم الحلّ.  
 أمّا الأولى: فبتقريب أنه كما أنّ من شئون الشيء الموجود حال الوجود بعض الأمور، كذلك من لوازم هذا الاحترام حال الوجود  
 أيضا كون تلفه على المتلف فلا يقال: كيف يمكن إسراء الحكم إلى حال عدم الموضوع، و أمّا الثانية:  
 فيمكن إرجاعها إلى الأولى و ذلك بأن يقال: المراد بالحلّ ما يقابل الاحترام و هو  
 كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٢

كون الإنسان مطلقا و بلا قيد من ناحية هذا المال و كون المال سائغا و جائزا و نافذا بالنسبة إلى متصرفه و من لوازم ذلك أن لا  
 يوجب إتلافه شيئا على متلفه، و مقتضى هاتين أيضا عدم الفرق بين الاستيفاء و غيره كما هو واضح، هذا.  
 و لكن ما يخالف ذلك و أوجب مصير بعض إلى الخلاف: النبوي المرويّ من طرق أهل الخلاف المعدود من جوامع الكلم و  
 الكلمات القصار و هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«الخراج بالضمان» (١) و المراد بالخراج ما يخرج من الشيء، أعنى: منفعه، و الباء إمّا للسببية أو للمقابلته، و المراد بالضمان إمّا الأعمّ  
 ممّا كان يجعل الشرع أو يجعل المتعاقدين فالمعنى أنّ المنافع تكون بإزاء أو بسبب الضمان الثابت على عهد الشخص، فكلّما ثبت  
 الضمان تملك الضامن منافع المضمون أو ليس عليه ضمان المنافع و لو لم يملكها و هذا بعينه ما أفتى به أبو حنيفة حيث حكم  
 بسقوط الكراء بضمان البغل، و قال الإمام- عليه السلام-: «في مثل هذا القضاء و شبهه تجبس السماء ماءها و تجبس الأرض بركايتها»  
 (٢) و بالجملة أخبار الشيعة و إجماعهم على خلاف ذلك.

و إمّا خصوص ما أقدم عليه المتعاقدان مع إمضاء الشرع فيختصّ ذلك بالبيع الصحيحة، إذ البيوع الفاسدة كما ذكره شيخنا العلامة-  
 أعلى الله مقامه- ليس الضمان فيها ممّا أقدم عليه المتبايعان، و إنّما هو حكم قهري من الشارع.  
 و إمّا خصوص كون تلفه من مال الإنسان، فالمعنى: كلّما كان تلف المال من كيس شخص فمنفعه في كيسه، فيطابق القضية المعروفة  
 «من عليه الغرم فله الغنم». و يؤيده ما في بعض الروايات: «حيث سئل عن البيع الشرطي إذا جاء

(١) انظر: كتر العمال: ٩٦٩٨/٤.

(٢) الوسائل: ج ١٣، الباب ١٧، في أحكام الإجارة، ص ٢٥٥، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٣

المشترى بالثمن في رأس الأجل و كان في أثناء المدّة للدار المبيعة غلّة أو منفعه لمن تكون هذه الغلّة؟ فقال: للمشترى ألا ترى أنّها لو  
 احترقت لكان من ماله» (١) و لكن لازم هذا المعنى أنّ تكون منافع المبيع ما دام في يد البائع و قبل قبض المشتري للبائع، لأنّ تلفه من  
 ماله، و لا يلتزم به أحد مضافا إلى كونه خلاف ظاهر لفظ الضمان فإنّه لا يقال: الإنسان ضامن لأمواله مع كون تلفها من كيسه.  
 فإن قلت: يمكن إرادته بقرينه صدره حيث يحكى أنّه: «ورد في جواب من سأل عن غلام ظهر كونه معيبا بعد مضيّ مدّة من اشتراؤه  
 ففسخه المشتري لعيبه و قد استخدمه في تلك المدّة هل للبائع أجره ذلك الاستخدام؟ فقال: الخراج بالضمان». فيقال: إنّ اللام في  
 كلمتي الخراج و الضمان للعهد الذكرى يعنى هذا الاستخدام يكون بإزاء هذا الضمان الذي ثبت للمشترى بقبضه، و نتيجة هذا أن لا  
 يجرى هذا المعنى في غير البيع.

قلت:- مع أنّ كونه للعهد خلاف الظاهر، بل المناسبة المقامية بين الحكم و الموضوع تقتضى إرادة الجنس و لا ينافيها سبق بالسؤال  
 كما في قضية: «لا- تنقض»- ليس في السؤال إلى هذا المعنى المغاير للمعنى الثاني إشارة فلم لا يكون المراد جنس الضمان و يكون  
 ذكره من باب تطبيق الكلّي على فرده باعتبار حصول الضمان المقدم عليه في مفروض السؤال أيضا.

و على كلّ حال فما هو ظاهر هذه القضية و هو المعنى الأول غير معمول و ليس لها بعده معنى آخر نافع بالمقام، إلّا أن يقال في مقام

## فهم أصل معنى

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨، من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٤

القضية و إن لم ينفع المقام: إن الظاهر منها بقريته المقام هو المعنى الثانى حيث توهم السائل أن منفعة العبد و خدمته لو كان للمشتري كانت مجانا، فدفع هذا التوهم بأنه إنما ملك الخدمة بإزاء الثمن الذى جعله و تراضى هو و البائع عليه فلم يصير له مجانا، و الثمن و إن لم يقابل فى مقام الجعل فى قبال المنافع إلا أن المنافع ملحوظة فى جعله فى قبال العبد ففى اللب قد أعطى مقدارا من الثمن بإزائها. فإن قلت: المفروض استرداده هذا الثمن فمن أين الاستحقاق؟ قلت:

يكفى فى الضمان المعنى التعليقى بمعنى أنه لو تلف العبد فى تلك المدّة كان مضمونا عليه بذلك الثمن و لم يكن له استرداده، بل ليس معنى الضمان إلا هذا المعنى التعليقى، و على هذا فلا- يستفاد منها الكليّة فى جميع أفراد الضمان و لو مثل ضمان المقبوض بالسوم و المغصوب بواسطة سبق السؤال المشتمل على خصوص الضمان العقدى الذى أمضاه الشارع.

و أمّا المناسبة بين الحكم بثبوت الخراج و بين مطلق الضمان فلا- نسلمها، ألا- ترى أن الارتكاز لا يساعد على استحقاق السارق و الغاصب بمجرد ضمانهما العين شيئا من منافعها. فإذن لا تنفع هذه القضية فى المقام لعدم استنباط الكليّة منها.

و أمّا قاعدة الإلتلاف و الاحترام و عدم حلّ المال إلا بطيب النفس فرمّا يخدمش - مضافا إلى عدم جريانها فى صورة تلف المنافع تحت غير يد العاقد كما لو سرق منه سارق لعدم صدق الإلتلاف و عدم اقتضاء الاحترام و عدم الحلّ أزيد من عدم كون إلتافه بلا عوض فلا يقتضى الضمان فى الصورة التى ذكرنا- بأنّ المنافع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٥

لا تسمى مالا، فإذا كان قيمة الدار مائة و كراها عشرة لا يحسب مائته صاحب الدار مائة و عشرة، و السرّ فى ذلك أن المنافع سبب اعتبار المائتيّة فى العين، و لهذا لو كانت العين مسلوبة المنفعة إلى آخر الدهر لم يبذل بإزاء العين شىء، و لو نقص من منفعه شىء نقص بذلك الحساب من مائته. ألا ترى أن الدار المقومة بمائة لو ملكت منافعها إلى سنة بإجارة و نحوها ينقص من قيمتها أو يقوم بالمائة لكن مع الأجل؟ مع أنه لو لم تكن منفعه مملوكة الغير لتقوم بالمائة الحالّة.

فإن قلت: على هذا لو تلفت العين التى قيمتها مائة بعد استيفاء المنافع منها سنة فيلزم الاكتفاء بدفع المائة، إذ هى غاية مائيتها حسب الفرض فيلزم عدم ضمان منافعها، قلت: كلا و أين المائة المدفوعة فى آخر السنة من المدفوعة فى أولها؟ و هذا هو الفرق بين النقد و النسيئة.

فإن قلت: فيلزم على هذا ضمان تفاوت القيمة السوقية، قلت: فرق بين ما إذا كان التفاوت لصرف اختلاف الرغبات من دون تفاوت فى نفس المال- فيمكن حينئذ القول بعدم الضمان لكونه اعتباريا صرفا- و بين ما إذا كان لأجل نقص فى واقعيّة المال و ما ذكرنا من هذا القبيل، فإنّ المال المسلوب المنفعة فى أجل معين له نقص بحسب واقعه عن المال ذى المنفعة الحالّة، و كذلك النسيئة لها نقص واقعى بالنسبة إلى النقد.

فإن قلت: فيلزم فى ما إذا كان المغصوب نفس أحد النقدين و تأخر الأداء إلى سنة أن يجب أداء أزيد ممّا أخذ بملاحظة تأخير هذا الزمان و لا يلتزم به أحد، قلت: نلتزم بخروجه بالإجماع. اللهم إلا أن يقال: غاية ما ذكرت كون المنفعة منشأ مائتيّة العين و لا ينافى هذا أن يكون نفسها أيضا مالا، بل ربّما يقال: كيف يمكن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٦

أن يكون شىء بلحاظه حصل المائتيّة للمال غير مال؟ فلا محالة المائتيّة الذاتية ثابتة للمنفعة و التبعية «١» العرضية للعين.

و بالجملة: فإن ثبت: هذا فهو المقصود فيتم القواعد الثلاث مع الاستيفاء كما هو واضح، وكذا مع الاستيلاء بدون الاستيفاء، وأما مع عدم الاستيفاء والاستيلاء معا- كما لو دخل تحت استيلاء ثالث- ففي شمولها حينئذ منع واضح، وإلا يثبت المقصود بقاعدة اليد، إذ على تقدير عدم المائية الاستقلالية للمنفعة فهي كما عرفت منشأ لمائية العين فبنقصها يرد النقص في مائية العين، والمفروض أن قاعدة اليد مقتضية لضمان جميع المناقص الواردة في مائية العين، وعلى كل حال تشمل قاعدة اليد الصورة الثالثة بهذا البيان كما هو واضح فتدبر جيدا.

### فصل لا تعرض في أدلة الضمان في المضمونات لتعيين المثل في المثلى و القيمة في القيمي

و إنما المدلول عليه بها لزوم مطلق التدارك فيعينه العرف فيما له مثل في جميع الخصوصيات التي تختلف بها الرغبات نوعا في المثل، لأنه الأقرب إلى التالف، وفيما ليس كذلك في النقد الغالب في البلد فإنه أقرب إلى مائية التالف، لأنه بمنزلة نفس المائية، فلو تحقق إجماع على قيمته ما يعدّه العرف مثلثا كالكرباس أو بالعكس كان هذا تعبدا شرعيا و تخطئه لنظر العرف، فيرجع في غير هذا المورد مما لم يثبت التخطئه إلى ما يعينه العرف و ذلك للاقتصار في تخصيص ذلك العموم على المقدار المعلوم فإن الشبهة مفهومية.

(١) و البيعة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٧

و أما لو شكنا في تعيين نظر العرف في مورد فالتمسك بالإطلاق غير ممكن لأنه شبهة موضوعية فالمرجع الأصل العملي فنقول: تارة نقول بأن الحكم بالقيمة في القيميات من باب الإرفاق على الضامن فله لو ظفر أحيانا بالمثل دفعه، و أخرى نقول: لا يجوز له دفع المثل و لا للمضمون له مطالبته كالقيمة في المثلى، فإن قلنا بالأول فالمقام من باب دوران الأمر بين التعيين و التخيير، فإعطاء المثل هو الخروج عن العهدة قطعاً، و إن قلنا بالثاني فالمقام من باب دورانه. «١».

### فصل لو تعدّر المثل في المثلى فهل للمالك مطالبه الضامن بالقيمة أو يجب عليه الصبر؟

#### إشارة

الحقّ الجواز لأنّ أداء القيمة يعدّ عرفاً وفاء إذا كان بتراض منهما، فإذا طالب المالك فقد حصل رضاه فيجب على الضامن أن يرضى لأن يتحقق مصداق الوفاء.

و الحاصل: مصداق الوفاء في حقه ممكن غاية الأمر بواسطة مقدورة و هي رضاه، فيجب تحصيلها مقدّمة لحصول الوفاء الواجب بمطالبة الدائن.

و الحاصل: أنّ هنا مطلبين، الأوّل: جواز مطالبه المالك، و الثاني: كون القيمة مصداقاً للوفاء، أمّا الأوّل فلقاعدته سلطنة الناس على أموالهم، و أمّا الثاني فلكونه عند العرف كذلك مع التراضي، فيجب على الضامن لإمكانه، هذا.

و هل للضامن أيضاً دفع القيمة قبل مطالبه المالك فيجبر المالك على القبول؟ المسألة مبتنية على أنّ العين بواسطة تعدّر المثل تصير قيمية، أو أنّ المثل الثابت في الذمة يصير بالإعواز كالتالف فينقلب إلى القيمة فيضاف القيمة إليه لا

(١) هنا في النسخة الأصلية سقط.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٨

إلى العين، أو أن المثل مستقر في الذمة إلى حين الأداء و لو في حال الإعواز فيكون دفع القيمة من باب الوفاء بغير المجانس؟ الحق هو الأخير، وذلك لأنه بعد أن كان مفاد أدلة تدارك المضمونات في المثليات كون تداركها المثل فلا يفرق فيه بين حال التمكّن والتعذر، فإن شيوخ المثل في المثلي يكون من قبيل الحكمة لحكم العرف على الحقيقة الكذائية بكونها مثليه من غير التقييد بكونها متمكنة المثل، والفرض أن الوضع لا ينافيه التعذر.

والحاصل: أن هنا مصداقين للوفاء مصداقا أوليا ذاتيا وآخر جعليا، فالأول في المثليات هو المثل سواء في حال إمكانه أم تعذره، والثاني هو القيمة، وقد عرفت احتياجها إلى التراضي، وكلّ منهما وفاء للمثل الثابت في الذمة أو للعين الثابتة فيها على الوجهين في مفاد أدلة الضمان.

و أما دعوى أن العين ما دام إمكان المثل مثليه وبعد الإعواز تصير قيمية، أو أن المثل الثابت في الذمة يتلف بالإعواز فيثبت عوضه فيها وهو القيمة فكلاهما عريه عن البيئه.

أما الأولى فلما عرفت من أن الحكم بالمثلية والقيمة معلق على نفس الحقائق من دون تقوّم بالإمكان والتعذر، نعم الإمكان والتعذر النوعيان حكمه لثبوت هذا الحكم والشاهد على ذلك العرف، وأما الثانية فلأنها متوقّفة على جريان قاعدة اليد في المثل الثابت في الذمة وهو ممنوع، لأنه لا يصدق في المورد فردان من الغصب أحدهما بالنسبة إلى العين والآخر بالنسبة إلى المثل، بل فرد واحد بالنسبة إلى العين، وثبوت المثل إنما هو من أثر غصب العين مع تلفها وقد عرفت عدم المانع من ثبوته حال التعذر أيضا، بل هو مقتضى القاعدة المذكورة في العين حينئذ كما عرفت.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ١٩٩

و من هنا يعرف أن القيمة في المقام ليست من باب بدل الحيلولة للمثل المتعذر نظير العين المتعذرة، وذلك لانحصار المدرك فيه في قاعدة اليد، فإن بعد المالك عن ماله ضرر عليه فيجب تداركه مع حفظ ماليته، وقد عرفت عدم جريان القاعدة في المثل في مقامنا، وأما قاعدة السلطنة فلا يثبت بها إلّا السلطنة على أخذ المال مع إمكانه وإلّا بدله على معنى البدل في المالية لا في الحيلولة، فإثبات بدل الحيلولة أمر زائد على السلطنة على المال وليس من شئونها فتأمل.

ثم على فرض الشك في أن القيمة في المقام من باب انقلاب ما في الذمة إليها بأحد وجهيه أو من باب الوفاء بغير الجنس، فللمسألة صورتان، الأولى:

صورة طرّو التعذر بعد التمكّن منه في أزمنة تلف العين، والثانية: صورة التعذر الابتدائي الحاصل من أول تلف العين، فلا إشكال في أن قضية الاستصحاب في القسم الأول بقاء المثل في الذمة وعدم انقلابه إلى القيمة، وأما في القسم الثاني فقد يقال في ما إذا كان قيمة يوم الإعواز عشرة مثلا وقيمة يوم الدفع عشرين مثلا بأن الأمر في مقام الأداء دائر بين الأقل والأكثر، فالأصل البراءة من الزائد، لكن الظاهر أن المورد مجرى لأصالة الاشتغال، لأن هذا الشك مسبب عن الشك في أن الثابت في العهدة عند الإعواز أي من المثل أو القيمة، وهما متباينان هذا، مضافا إلى استصحاب القضية التعليقية الثابتة حال بقاء العين مع وجود المثل، أعنى:

كونها بحيث لو تلفت يثبت مثلها في الذمة.

### مسألة إذا تعذر رد العين فله صور

الأولى: أن يحصل اليأس من الظفر بها كأن تقع في وسط البحر، وهذا بحسب إطلاق أدلة الغرامات و خصوص الأخبار

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٠

الواردة في المقام يكون بحكم التلف، فيكون للمالك أخذ البدل. والثانية: أن يكون التعذر موقتا كما لو سرق و علم التمكّن منه بعد



ستة أشهر مثلاً، أو علم جفاف البحر بعد هذه المدّة.

قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في هذه الصورة أيضاً يجب بذل العوض - لو طالب المالك و ليس للضامن إلزامه، بل للمالك الصبر إلى زمان التمكّن من عين ماله - و يملكه المالك في صورة الأخذ مع بقاء العين على ملكه و لا - يلزم اجتماع العوض و المعوّض، لأنّ المعوّض إنّما هو السلطنة الفائتة دون ملكية العين، و تدارك السلطنة و إن كان بتمثلها، لا الملكية لكن لما توقّف السلطنة التامة على الملكية لتوقّف بعض التصرفات عليها كان القول بها من هذه الجهة لا من باب أنّها ممّا يكون به التدارك. ثمّ إذا تمكّن الغاصب من العين و جب عليه ردها لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»، و إذا تلفت العين قبل الردّ لم تكن مضمونة بضمان آخر لاستصحاب كونها مضمونة بالغرامة و عدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمناً جديداً، فإذا دفع العين إلى المالك زال ملكيته للغرامة لعود السلطنة المبدلة فيجب دفعها أو دفع بدلها مع التلف أو الخروج عن ملكه بناقل لازم بل جائز. و استشكل في هذا المقال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأنّ السلطنة ليست من قبيل الأوصاف الفائتة مثل الصحة و نحوها و إلّا لزم تداركها في ما إذا ردّت العين بعد التمكّن منها كما يتدارك سائر الأوصاف إذا ردّت العين فاقدها لها، و توضيح المقام أنّ قوله - عليه السلام - : «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» إمّا يحمل الموصول فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠١

على ظاهره من نفس العين المأخوذة فالمعنى ثبوت نفس العين في عهدة الضامن سواء في حال وجودها أم في حال تلفها، و معنى عهدها في حال الوجود حينئذ ردّ نفسها إن أمكن و إلّا ردّ بدلها، و حيث إنّ المفروض وجودها و عدم انقطاع ملكية المالك عنها و إنّما المنقطع سلطنة الانتفاعات بها في الوجوه المقصودة من الأملاك، فلا محالة كانت البدلية بالنسبة إلى هذه السلطنة. و أمّا العين فهي باقية على ملك المالك و اعتبار البدلية بالنسبة إليها مستلزم لاجتماع العوض و المعوّض.

و كذا ليست البدلية بالنسبة إلى السلطنة على مطالبة نفس العين مع قطع النظر عن الانتفاعات بها و إلّا لزم كون العين مباحة لغير المالك بعد بذلك الغرامة، فيصحّ القول بأنّ الامتناع من أخذ البدل حقّ للمالك لبقاء هذه السلطنة بالنسبة إلى نفس العين فله أن يصبر إلى زمان التمكّن منها.

و يندفع أيضاً توهم النقص بما إذا ردّت العين بعد التمكّن منها فيجب بذل عوض القدر الفائت من السلطنة في الزمان الماضي، و وجه الاندفاع أنّ الزمان الماضي ظرف للسلطنة لا - قيد لها، فالمبدل هو مطلق السلطنة و هي تعود بعود العين، و من هنا يظهر أنّه لو عاد التمكّن من العين يجب على الغاصب ردها فيأخذ الغرامة، و لو فرض الشكّ في هذا الوجوب التكليفي قال شيخنا المرتضى:

لا يمكن استصحاب عدمه الثابت في حال التعذر، لأنّ سقوط الوجوب إنّما كان بحكم العقل و من باب العذر العقلي.

و هذا الكلام منه - قدس سرّه - مبنّى على عدم جريان الاستصحاب في الأحكام العقلية و لكن قد حقّق في الأصول عدم الفرق و أنّه يجوز استصحاب الحكم الشرعي المستكشف من الحكم العقلي، و كما يستصحب وجود الحكم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٢

يستصحب عدمه أيضاً، و وجه جريان الاستصحاب في الحكم المستكشف من العقل أنّ من الممكن أن يكون هنا ملاك أعمّ للحكم كان موجوداً مع وجود القيد الذي أخذه العقل و مع عدمه.

ثمّ قال - قدس سرّه - : بل مقتضى الاستصحاب هو الوجوب، و مقصوده - قدس سرّه - من هذا الاستصحاب هو استصحاب الوجوب الإنشائي المنكشف من إطلاق المادة في أدلّة الضمان الساقطة عن الدلالة بعد دفع البدل، إذ لا شبهة في أنّ القدرة إذا لم تؤخذ في موضوع الحكم شرعاً صارت من القيود العقلية و يحكم بإطلاق الحكم في مرحلة الإنشاء و من حيث الأغراض المولوية في حال وجود القدرة و عدمها.

فنقول: قد أنشأ المولى حكماً قد تمّ مقتضيه من ناحية أغراضه و وصل النوبة إلى العقل، فإذا لم يكن عذر عقلي صار ذلك الحكم

الشأنى الحيثى (كذا) حجة فعلية، و إذا كان يسلب عنه الفعلية فنقول: نستصحب هذه المرتبة الحيثية من الحكم بعد دفع البدل إلى حال التعذر و منها إلى حال التمكّن، و الحكم بالفعلية حينئذ لوجود أسبابها العقلية ليس من الأصل المثلث، لأنه من لوازم نفس الحكم. كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٣

### [الكلام فى شروط المتعاقدين]

#### [فى بيان شرائط العامة للمتعاقدين]

#### [الشروط الأولى البلوغ]

#### فصل فى بيع الصبى

المشهور كما قيل، بطلان عقد الصبى، و ليعلم أولاً أنّ هنا ثلاث مراحل لابدّ من طيها و التكلم فيها: المرحلة الأولى: الكلام فى صرف الإنشاء الخالى عن الاستقلال فى جهات النظر فى المعاملة، فيتكلم فى أنّه هل هو بلا أثر فلا بدّ من إجراء إنشاء آخر من الكبير مطلقاً حتى لو لحقه إذن الولى، أو له الأثر مطلقاً و لو لم يأذنه الولى، أو له الأثر مشروطاً بإذنه؟ المرحلة الثانية: الكلام فى أنّه هل له الأهلية فى التصرفات الفعلية نظير الأهلية فى الفضولى، حتى لا يؤثر تصرفه استقلالاً و لكن كان له أهلية التأثير بلحوق الإذن سابقاً أم لاحقاً، أو ليس له ذلك فلا تأثير فى فعله من حيث إنّ مضاف إليه، و لا يقبل أن يؤثر بعد الإذن و بواسطته أيضاً؟ نعم لو فرض أنّه يخرج بواسطة إذن الولى عن كونه مضافاً إليه و يصير فعلاً- للولى و مضافاً إليه فلا- مانع من تأثيره حينئذ من هذه الجهة و لا ربط له بموضوع البحث لأنه فعل الصبى.

المرحلة الثالثة: الكلام فى أنّه هل يكون كواحد من الكبار البالغين حتى يكون له الاستقلال فى التصرف و الاختيار التام بلا حاجة إلى إمضاء الغير أو ليس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٤

كذلك؟

إذا عرفت هذا نقول: الظاهر أنّه لا شبهة فى المرحلة الأخيرة من حيث عدم ثبوت الاستقلال و الاختيار التام له حتى يفعل فى أمواله ما يشاء، و بعد هذا يقع الكلام فى المرحلة الثانية فى كونه ساقط التصرف رأساً حتى كان مسلوب العبارة أيضاً. فنقول: عمدة ما فى الباب الأخبار الدالة على توقّف جواز أمر الصبى على بلوغ الأشد المفسّر بالسن الكذائى، فربما يقال: من الأمور هو الإنشاء الصرف بعد إتمام تمام جهات العمل من ناحية الكبيرين، فهذا أيضاً بحسب الإطلاق غير جائز، و معنى عدم جوازه عدم ترتّب الأثر المقصود المترقّب منه عليه.

و لكنّ الإنصاف انصراف الأمر عن مثل هذا، بل المراد هو الأمور التى لم يرض الشارع بتعطيلها و حملها الولى من التدبير فى أموره و تمييز جهات الصلاح عن الفساد و الإقدام فى تحصيل جهات الصلاح و تبعيده عن جهات الفساد، و الحاصل إدارة أمر معاشه، فيخرج عنه مجرّد الإنشاء الخالى عن الدخلى فى الرتق و الفتق و الحلّ و العقد، و على هذا فيبقى إنشاؤه تحت القواعد و تشمله عمومات المعاملات من غير حاجة إلى إذن الولى، فيكون حال لسانه فى إجراء الصيغة كحالته فى سائر تكلماته مثل إنشاء السلام و نحوه، فكما لا يحتاج فيها إلى إذن الولى فكذا فى هذا.

و بعد طى هذه المرحلة يبقى الكلام فى أنّه هل لعمله الذى باشر الصبى بنفسه رتقه و فتقه أهلية التأثير حتى يؤثر بعد تعلق إمضاء

الوليّ به أو هو ملغى ولا ينفذ حتّى مع إمضاءه؟

فنقول: رجّح شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- في مجلس الدرس الثانی، نظرا إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٥

إطلاق الحكم في الأخبار المتقدم إليها الإشارة بعدم جواز أمر الصبيّ الشامل لحال إذن الولي، فلو كان لعمله أهليّة كما في عمل الفضولي فلازمه أنّه لو أجازته الوليّ بأن يعمل في ماله كلّ ما يشاء جاز تصرّفه كما هو الحال في الفضولي، وهذا مخالف لإطلاق الخبر النافي لنفوذ الأمر عنه بقول مطلق، هذا في الإذن الكليّ المتعلّق بنوع التصرفات.

و أما الإذن الشخصي المتعلّق بالقضيّة الشخصية التي لاحظها الوليّ فرآها صلاحا و كذا الإمضاء اللاحق في القضيّة الشخصية، فإن صار هذا الإذن و الإمضاء سببا لإضافة العمل إلى الولي كما قيل في إجازة الفضولي فهو خارج عن مسألتنا خروجاً موضوعياً، لأنّ الكلام في عمل الصبيّ من حيث إضافته إليه، و إن لم يكونا سببا لذلك بل كانت إضافة العمل إلى الصبيّ محفوظة مع ذلك فمقتضى إطلاق الأخبار أنّ العمل مهما صار عملاً للصبيّ فهو لا يمضي ولا ينفذ حتّى في حال وجود الإذن.

فانقدح أنّ ما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سرّه- من أنّه يصدق عدم الجواز و عدم المضيّ مع الوقوف على الإجازة- كما يقال بيع الفضولي غير ماض بل موقوف- يكون مخالفاً للإطلاق. ثمّ استشهد- قدس سرّه- لتأييد مراده بالاستثناء الواقع في بعض الأخبار بقوله بعد الحكم بجواز الأمر إذا بلغ: «إلّا أن يكون سفيهاً» (١) حيث استفاد منه أنّ السفاهة بعد البلوغ يكون حالها كحال الصباوة، فبعد القطع بأنّ البالغ السفيه لا يكون مسلوب العبارة يعلم أنّ الصبيّ أيضاً كذلك.

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٢، في أحكام الحجر، ص ١٤٣، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٦

و أنت خبير بأنّه إنّما يحسن لو كان الاستدلال في المرحلة الأولى لأجل إثبات مسلوب العبارة، و لكن عرفت أنّ الاستدلال يكون في المرحلة الثانية بعد الفراغ عن عدم كون الصبيّ مسلوب العبارة كالسفيه لأجل إثبات عدم تأثير عمله حتّى بعد رضا الولي، و على هذا لا ينفع الاستشهاد، إذ نقول في السفيه أيضاً يكون الأمر على هذا النسق، فعبارته غير مسلوبة، لكن لو باشر عملاً من بيع أو شراء أو غيرها من المعاملات فليس له شأنه المضيّ حتّى بعد إذن الولي.

اللهمّ إلّا أن يثبت إجماع هناك على خلاف ذلك، و معه أيضاً لا ينتمى به ظهور الإطلاق الذي ادّعينا، غاية الأمر يجب رفع اليد عن هذا الظهور في السفيه بدليل خارجي، هذا ما ذكره الأستاذ- دام ظلّه.

لكن لا يبعد أن يقال: إنّ ما ذكر من استظهار نفى الجواز المطلق المستلزم لنفي الأهليّة.

الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء حتّى يبلغ خمس عشرة سنة، فإنّ الظاهر أنّ ما يثبت بعد حتّى بقضيّة مفهوم الغاية نقيض الحكم في ما قبله، و لا- شبهة أنّ ما يثبت بعده، أعني: حال البلوغ هو الجواز المطلق و الاستقلال التام، فلا بدّ أن يكون المعنى رفع هذا المعنى، و هو لا يقتضى أزيد من احتياج نفوذ أمره إلى إجازة الولي، فلا ينفي الأهليّة.

و دعوى أنّ الثابت بعد الغاية حكم جزئي، إذ قد يطرأ مانع آخر كالجنون، و أيضاً قد يلاحظ التصرف في ماله و قد يلاحظ في مال غيره، لا يخفى بعدها، فإنّ الخبر ناظر إلى حيث الصباوة من دون نظر إلى الحيثيات الأخر.

و دعوى أنّه كما كان مقتضى الإطلاق في جانب المعنى هو السلب الكليّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٧

كذلك مقتضاه في جانب المفهوم الإيجاب الكليّ، فيها أولاً: أنّ هذا المطلب مبنيّ على أنّ المفهوم يؤخذ من ذات المطلق لا منه بوصف الإطلاق، و يفرق بينه و بين العموم حيث يؤخذ بعد لحاظه و هو كلام لا يخلو عن الخدش كما قرّر في محلّه، و ثانياً: أنّه على

فرض تسليمه إنما يجرى في مفهوم الشرط دون الغاية فلا يستفاد من الثاني إلا رفع الحكم الكلى المنتج للقضية الجزئية. وعلى هذا فبعد ضمني أن الأخبار بتمامها تكون في مساق واحد لا يبعد أن يقال بالتفصيل بين الإذن في نوع التصرفات فلا يكفي، إذ يصدق عرفا استقلاله في التصرف، و بين الإذن في القضية الواحدة الشخصية أو الرضا اللاحق فيها فيكفي، لعدم صدق الاستقلال معه، والله العالم.

### فصل هل يستفاد من هذه الأخبار عدم مشروعية عباداته على خلاف المشهور أو لا؟

الظاهر الثاني، و حينئذ فإطلاقات أبواب العبادات من قبيل «الصلاة خير موضوع» «١» و «الصوم جنّة من النار» «٢» محكّمة و إن كانت الخطابات التكليفيّة الواردة في أبوابها مقيدة بالبالغين فلا- يمكن الأخذ بإطلاق موادّها للاقتران بما يصلح للقيديّة، لكنّ الأخبار المتعرّضة لأجزاء الصلاة و شرائطها خالية عن ذكر شرطية البلوغ، و إنّما حكم برفع التكليف عن الصبي بمقتضى حديث رفع القلم، و معلوم أنّ ظاهره رفع قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام، فهو إنّما يقتيد مثل أقيموا الصلّاء\* «٣» دون مثل «الصلاة خير موضوع» فيبقى إطلاق مثله الذي لا

(١) انظر: كتر العمال: ٧/ ١٨٩١٦.

(٢) الوسائل: ج ١، الباب ١، من أبواب مقدّمة العبادات، ص ٨، ح ٣.

(٣) البقرة: ٤٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٨

شبهة في إطلاقه من جهة الموضوع، و كذا الأخبار المبيّنة لأجزاء العبادة و شرائطها الدالّة بإطلاقها على أنّ الجامع لتلك الأجزاء و الشرائط صلاة من غير فرق بين كون الفاعل بالغا و عدمه. و يتفرّع على ذلك أنّه لو صلّى في أوّل الوقت ثمّ بلغ في آخره أو في أثناء الصلاة لم يجب عليه الإعادة، لتحقق حقيقة الصلاة عنه، و لولا دلالة الدليل في باب الحجّ على أنّ حجّ الصبي لا يكفي عن حجّة الإسلام لقلنا بالكفاية ثمّة أيضا على حسب القواعد.

### فصل و ممّا استدلّ به للبطالان و سلب العبارة حديث رفع القلم

و فيه أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام، و لعلّ سرّه أنّ الذي عيّن له الكاتبان و يحاسبانه من العبد يوما فيوما إنّما هو الحسنات و السيئات، فإنّها المتدرّجة و جودا فيحتاج إلى المحاسبة، أمّا الوضعيات فلها وجود إنشائي قارّ و لا تتجدّد بتجدّد الأيام. و ممّا استؤنس به لسلب العبارة حديث «عمد الصبيّ و خطاؤه واحد» «١» و فيه أيضا أوّلا: أنّ الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطاء و تشبيهه به في الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد و إلّا لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغي أن يقال: عمده كالعدم، فلا بدّ أن يكون مصبّ هذه القضية عملا كان لعمده حكم و لخطائه حكم، فيحكم بأنّ عمده من الصبيّ بحكم الخطاء من غيره و هو كما في باب الجنایات فلا مساس له بالمعاملات و لا دخل له بمسألة سلب قصده و جعله

(١) الوسائل: ج ١٩، الباب ١١، من أبواب العاقلة، ص ٣٠٧، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٠٩

كلا قصد مطلقا.

و ثانيا: الظاهر منه ما إذا كان عنوان العمل محفوظا مع كل من العمد و الخطاء فلا يصح إجراؤه في عمل كان عنوانه متقوما بالقصد و مع الخطاء يرتفع موضوعه فلا يتصور في موضوعه الخطاء، و الأول كعنوان القتل، و الثاني كعنوان العقد و الإيقاع.

و بالجملة: فيختص الخبر بباب الجنائيات، و بعد ما كان الظاهر من الخبر ذلك فلا يغير هذا الظهور ما وقع في ذيله من الاستشهاد بحديث رفع القلم، لأن مفاد الصدر و الذيل أن عمد الجنائية يوجب القصاص و القصاص عقوبة، و حيث إن العقوبة مرتفعة عن الصبي فأوجب ذلك أن يجعل عمده بحكم الجنائية الخطائية، غاية ما في الباب استفاد من هذا الذيل مطلب أعم و هو أنه كلما يترتب على العمل العمدي و لو لم يكن لخطائه حكم أو لم يكن له القسم الخطائي عقوبة سواء كانت أخرويّة أم دنيويّة و سواء تعلقت بالنفس كالقصاص أم بالمال كالدية فهذه العقوبة عن الصبي مرتفعة.

و يمكن أن استفاد من هذه الرواية أن الدية في شبه العمد من باب العقوبة إذ لو لم يكن كذلك لكان المناسب أن يحكم على عمد الصبي بحكم شبه العمد حتى تكون الدية في ماله، فحيث حكم عليه بحكم الخطاء علم أن الدية في شبه العمد من باب العقوبة لا السببية الصرفه، و من هنا يعلم أن الضمان الثابت بالإتلاف جار في الصبي، لأنه من السببية المحضه، و لهذا يتحقق مع الإتلاف في حال النوم و السهو.

إذا عرفت ذلك فنقول: بذل المال بإزاء المال ليس من العقوبة في شيء كما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٠

هو واضح، فلا يشمل الخبر، و أما التعزير فإن علق على الصبي في دليل خاص لم يكن تخصيصا في رفع القلم كما في حديث الرفع بالنسبة إلى الأثر المترتب على عنوان الخطاء، و وجهه أن العنوان المؤثر في إثبات شيء لا يعقل أن يكون رافعا لذلك الشيء، فالصباوة كالخطاء إنما يكونان رافعين للحكم الثابت مع قطع النظر عن الصباوة و الكبر، و الخطاء و العمد، لا ما كان متقوما بأحد الأمرين، إذ في أحدهما يكون الرفع برفع الموضوع و في الآخر يكون العنوان واضعا لا رافعا.

### فصل و مما يمكن الاستدلال به لما أبدناه سابقا من جواز تصرفات الصبي مع إذن الولي رواية السكوني

□

عن الصادق - عليه السلام - «قال - عليه السلام - : نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة يده» (١) معللا بأنه إن لم يجد سرق.

و استفاد من هذه الرواية الشريفة بملاحظة مفهوم الوصف أن الصغير الذي يحسن الصناعة يجوز كسبه، و من المعلوم أنه ليس المراد ما إذا كان بصرف إنشاء اللفظ منه مع صدور سائر إصلاحاته من غيره، بل الظاهر أنه المباشر للعمل و الاكتساب مستقلا، غاية الأمر لما كان الاستقلال الرأسي الغير المحتاج إلى إذن الولي مخالفا للإجماع يقيد الإطلاق بصورة كون الاكتساب بالصنعة عن إذن من الولي، و كذلك الظاهر عدم اختصاص النهي بخصوص الولي بل متوجه إلى عامة الناس فيكون في جانب المفهوم كذلك فيكون الخطاب عاما لجميع الكسبة الذين يعاملون مع الصبي بكسبه و يبيعونه الخبز و سائر المأكولات و غيرها من موارد الحاجات، فتدل الرواية على جواز ذلك، غاية الأمر تقييد ذلك أيضا

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٣٣، من أبواب ما يكتسب به، ص ١١٨، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١١

بإذن الولي فهذا مؤيد لما استفدنا سابقا من روايات حجر الصبي من أن المقصود بها نفى الاستقلال التام في التصرفات الغير المنافی

لاحتياج نفوذها إلى الإذن.

فإن قلت: لعل الرواية في مقام المنع من جهة العلة المذكورة، أعني: عدم مبالاته من السرقة و هذا لا ينافي وجود المانع من جهة أخرى و هي الصباوة.

قلت: لو كان كذلك لزم التعليل بالصباوة لا باحتمال السرقة، و كونه علة لتأكد المنع لا لأصله خلاف الظاهر، فالإنصاف أن الرواية ظاهرة عرفاً في نفوذ تصرف الصبي و جواز كسبه الحاصل له من اعمال صنعته و جواز تقليبه و تقلبه فيه بإيقاع المعاملات عليه، هذا. و لكن يمكن أن يقال: إنه لا ينافي مع الحاجة في معاملته في كسبه إلى كون الولي واسطة في حل المعاملة و عقدها، كما لا ينافي ذلك أيضاً في أصل اعمال صنعته بأن كان الولي هو المتولّي و المباشر لإجارته و فصل أجرته مع من يعمل له.

إلا أن الإنصاف ظهور الرواية في أنه لو آجره الولي فأعطاه المستأجر الأجرة جاز له أخذها و كان قبضه قبضا صحيحاً، و ذلك لأن من البعيد في تلك الموارد التي يؤجر الأولياء الصبيان مباشرة نفس الأولياء لقبض مال الإجارة عن المستأجر، و كذلك توكيله للمستأجر في القبض من جانبه، فعدم التقييد في الرواية مع غلبته و كونها في مقام البيان من هذه الجهة دليل على نفوذ هذا التصرف منه غاية الأمر مع إذن الولي.

### [الشرط الثاني القصد إلى المدلول]

فصل في اعتبار القصد في تحقق مفهوم العقد لا شبهة في اعتبار القصد في تحقق مفهوم العقد، فلو تكلم باللفظ من دون عمد إلى اللفظ لم يتحقق العقد، و كذا مع العمد و القصد إليه لكن مجرداً عن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٢

الاستعمال، كما في ما يلقن الصبي مثلاً، و كذا مع القصد و الاستعمال لكن مجرداً عن الجدّ بأن كان إنشاء هزلياً بدون أن يقصد به التوسل إلى حصول المنشأ و هو النقل و الانتقال في الخارج.

و قد نظر شيخنا المرتضى - قدس سره - الاستعمال الخالي عن الجدّ في الإنشاءات بالكذب في الإخبارات، فإن الكاذب يقصد اللفظ و يقصد المعنى بحسب الاستعمال، يعني يلاحظ معنى زيد قائم مثلاً مطابقاً للفظه و يعطى كل لفظ معناه لكن ليس له الجدّ في هذا

المعنى، أعني: وقوع نسبة القيام إلى زيد في الخارج، و الحاصل توجه القصد نحو هذا المعنى النسبي الاسنادي يكون على نحوين. الأول: صرف إحضار الصورة في الذهن لغرض في نفس الإحضار و لو لإيهام على المخاطب و إيقاعه في الاعتقاد بخلاف الواقع.

و الثاني: أن يكون مع ذلك مريداً حقيقة لهذه الصورة المحضرة و كان غرضه في نفس الصورة أعني: في وقوع النسبة الإسنادية أو لا وقوعها، و الكاذب قد تحقق فيه الإرادة الصورية بالنسبة إلى النسبة الواقعية و انفك عن الإرادة الجدّية بالنسبة إليها، فيصير نظير الإنشاء

الهزلي في أن المعنى الإنشائي متصور في الذهن لكن ليس المتكلم بصدد تحصيل هذا المعنى الإنشائي بأن كان غرضه قائماً بحصوله، فحال الحصول الخارجي في الإنشاء حال الحصول الخارجي السابق في الإخبار، فكما لو لم يكن المنشئ بصدد التوسل إلى

الحصول الخارجي فقد انفكّت الإرادة الاستعمالية عن الجدّية، كذلك المخبر إذا لم يكن بصدد إلقاء الحصول الخارجي السابق في ذهن المخاطب فقد انفكّت الإراداتان في حقه.

و الكاذب من هذا القبيل لأن ما صار بصدد إلقائه بحسب الإرادة الجدّية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٣

ليس بخارجي بنظره و ما هو خارجي كذلك ليس بصدد إلقائه، فهو و إن تعلق إرادته الجدّية بمضمون زيد قائم لكن على أنه الواقع الجعلي لا- على أنه الواقع الحقيقي بنظره و لا- نعي بالإرادة الجدّية في الإخبار إلا الإرادة الحقيقية على طبق مضمونها على أنه الواقع

الحقيقي، غاية ما هنا من الفرق بين الإخبار الكاذب و الإنشاء الهزلي أن المخاطب لا يعلم بحقيقة الحال و انفكاك الإرادتين في الأول

لكنه عالم به في الثاني، فلو فرضنا الإخبار الكاذب في مقام الهزل أيضا صار شبيها بالمقام من هذه الجهة أيضا. ثم إنه هل يعتبر تعيين البائع والمشتري في القصد أو لا؟ يظهر من كلمات بعض المحققين التفصيل بين ما إذا كان العوضان معينين، كأن يبيع هذه الحنطة الخارجية بهذا المبلغ الخارجي فحينئذ يصير كل منهما إلى مالك الآخر فلا يحتاج إلى تعيين الطرفين وبين ما إذا كانا كليتين كما لو كان أحد وليا على صغيرين أو وكلاهما عن كبيرين فباع مئا كلياً من الحنطة بدرهم كلي من النقد مردداً في كل منهما بين نفسه وأحد الصغيرين أو الكبيرين، فحينئذ يعتبر التعيين مستدلاً بأن هذا القسم من المعاملة، خلاف الشائع المتعارف فلا تشمل الإطلاقات.

وقال شيخنا المرتضى - قدس سره -: بأن تعيين المالكين ليس بمعتبر مطلقاً حتى في مورد كون العوضين كلياً من حيث نفسه، نعم حيث إن الكلي المجرد عن الإضافة إلى ذمة أحد ليس له المائية، وبيع مبادلة مال بمال، فمن هذا الحيث يعتبر تعيين الذمة. وتحقيق المقام أن يقال: لا إشكال في أنه لو وقع الإنسان المعاملة بين جنسين كليتين من دون إضافتهما إلى ذمة أحد حتى المردد في المحصورين فلا يتحقق عنوان المعاوضة ولا يتصف الجنسان بالمائية، أما الأول، فلأن المعاوضة كتاب البيع (للأراكي)، ج 1، ص: 214

ليست هنا بصيرورة أحد المالكين خليفه الآخر في المكان بل في الملكية، وبعد ما لم يفرض ملكيتهما لأحد فلا معنى لإيقاع المعاوضة بينهما، وأما الثاني، فالظاهر أيضاً عدم الإشكال في أن مفهوم عشرة أمان حنطة مثلاً من دون لحاظ وجوده معه إما في الخارج وإما في الذمة ليس متصفاً بالمائية، ويعلم بالعرض على الوجدان.

وإذن فلا كلام في هذه الصورة، إنما الكلام في صورة ترديد الذمة بين ثلاث ذمم مثلاً، فهل يجوز لشخص واحد مختار على الذمم الثلاث أن ينقل من إحداها مالا و ينتقل إلى إحداها مالا ويكون اختيار تعيينه بيده فله أن يختار في ما بعد تعيين البائع في أيهم شاء وكذلك تعيين المشتري؟

قد يقال بعدم المانع بحسب النظر العرفي مع قطع النظر عن المنع الشرعي وينظر المقام بما إذا كان متعلق الملك لأحد المردد بين الثلاث مثلاً كأن يملكه أحداً من الصيغ الثلاث بلا تعيين في الواقع أيضاً وكذلك قد يصير متعلقاً للأمر كما لو أمر بإكرام أحد الرجلين لا على التعيين بل قد يصير لأحد المبهم متعلقاً للعهد كما في الأيادي المتعاقبة حيث إن واحداً منها على البدل متعهد للمال، وللمالك تعيين أيهم شاء، فلا مانع إذن في جعل البائع والمشتري أحداً مبهماً ما بين الثلاث مثلاً، فإن كان واحداً واليا على الثلاث كان هو المطالب وإلا كما في الوكيل عن الاثنين كان المشتري بالخيار في تعيين أيهم شاء.

هذا ما يقال ولكنه في ما كان اختيار الذمم الثلاث بيد واحد كما في مثال الولي حسن وأما في غيره كما في الوكيل فمحل إشكال، لأنه لا يمكن إلزام واحد من صاحبي الذمم، لأنه ترجيح بلا مرجح. هذا كله في ما إذا كان العوضان كليتين، وأما في ما كانا معينين فهنا صورتان، الأولى: أن يكون البائع مطلعاً على الحال أعني: كون هذا المال لغير من ينقل إليه الثمن كما لو باع مال نفسه بعنوان كتاب البيع (للأراكي)، ج 1، ص: 215

غيره لينتقل الثمن إلى هذا الغير أو باع مال الغير بعنوان نفسه لينتقل الثمن إلى نفسه كما في الفضولي الغاصب. الثانية: أن لا يكون كذلك بل باع مال الغير عن نفسه باعتقاد أنه لنفسه، أو باع مال نفسه عن الغير باعتقاد أنه لذاك الغير.

أما الأولى فقد يقال بأنه كيف يمكن من الملتفت بأن البيع مبادلة مال بمال وقضيته انتقال كل من المالكين إلى ملك من انتقل الآخر عن ملكه كما هو الحال في المبادلة المكائفة، ولو فرض أنه ليس في حاق البيع ذلك فلا أقل من كونه متبادراً بالتبادر الإطلاقي، فمع كون الشخص قاصداً لتحقيق هذا المعنى كيف يقصد انتقال الثمن إلى غير مالك المثل، وهل هو إلا التهافت في القصد والتناقض فيه؟

وقد يدفع ذلك بدعوى أنه يدعى غير المالك مالكا فيدعى الغاصب نفسه مالكا للمبيع فيقصد انتزاعه من نفسه بعد هذا الادعاء، و

كذلك في العكس يدعى مالكيه الغير لمال نفسه فيزعه منه بعد هذا الادعاء، و لكنه لا تندفع غائله الإشكال بذلك، ألا ترى أنك لو ادعت وجود زيد في دار عمرو لا ينقدح في نفسك جدا إرادة جلبه من دار زيد و لا تصير بصدد إتيان مقدمات ذلك كما [لا] تصير في حال قطعك، فكذلك كلما ادعت أن مال نفسك مال زيد لا يمكن أن ينقدح في نفسك قصد نزع إضافته عن زيد و لا تصير اعتبارية الملك فارقا بين المقام و المثال، لأن الملك له نفس أمرية و صدق و كذب.

و دعوى أن المنشئ قاصد للنقل من الصاحب الواقعي غاية الأمر أنه يدعى أنه الصاحب ففي الحقيقة يلاحظ النقل بالنسبة إلى صاحب المال الواقعي، مدفوعة بأن الغاصب لا يبيع المغصوب بقصد أن ينتقل الثمن إلى المغصوب منه، و كان هو آخذا له بتوسط ادعاء أنه الصاحب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٦

و الذي ينبغي أن يقال في حل هذه العويصة: أنه لا- تنافي بين جزئي القصد المزبور حتى يحتاج إلى الذهاب تارة إلى تصحيحه بالحقيقة الادعائية، و أخرى إلى القول بأنه لا بد من رفع اليد عن أحد الجزئين و جعله ملغى حتى يرد عليه أنه لا وجه لرفع اليد عن خصوصية كونه لغير المالك، و الأخذ بأصل المبادلة، لم لا يجوز العكس.

و وجه عدم التنافي أنك عرفت أن البيع يكون المتبادر منه و لو إطلاقيا هو النقل عن المالك الواقعي و بعد هذا الظهور ليس ما يصادمه إلا ظهور كلمة للغير في كونه بلا واسطة لكن من الممكن بلا كثير عناية حملة على الأعم منه و من الكون له مع الواسطة، و إذن فيرتفع التنافي رأسا، إذ نقول: نأخذ بظهور البيع في النقل عن المالك الواقعي، أعني: المغصوب منه في مسألة الفضولي و نفس العاقد في عكسها، و بعد انتقال الثمن إليه يغصبه منه كما غصب مثنى منه في الغاصب الفضولي أو ينتقل إلى الغير في البائع لمال النفس عن الغير بدون أن يكون في البين ادعاء.

و يؤيد ذلك أن الغصاب لا- يدعون أن أنفسهم مالكون لا حين المعاملة و لا بعدها بل يقرّون بغاصبتهم حتى يرون الأموال التي حصّلوها من النقود الغصبية أنها أموال لمالكي تلك النقود و أنهم غاصبوها كما كانوا غاصبين لأثمانها، و كذلك من يبيع مال نفسه عن زيد مثلا يقال: إنه أعطى الثمن لزيد كما أنه لو أعطى نفس المثلثم أولا إياه يقال: إنه عطيه هذا الشخص فهنا يقال بدله بصورة النقد و أعطاه زيدا، فلو قلنا: إن تملكك زيد يحتاج إلى سبب مستقل و لا يتحقق بهذا القصد الضمني فهو مطلب آخر لا ربط له بقصد حقيقة المبادلة، فهذا القصد موجود و مؤثر و ذاك موجود غير مؤثر شرعا، هذا في الصورة الأولى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٧

و أما الصورة الثانية و هي ما لو قصد حقيقة المبادلة لاعتقاده أن هذا من مصاديقها فنقول: من قصد الخاص فقد قصد العام لعدم تعقل وجود الخاص بدون العام، فانت إذا قصدت شرب هذا الخمر و كان ماء فقد قصدت أصل شرب الخمر، أعني: المهملة الجامعة بين المرسله و المقيدة و لا يحتاج في صحة النسبة أن يضاف إلى المهملة حيثه انضمامها بالخصوصية فلا يحتاج أن يقال: قصد شرب الخمر المتخصص بهذه الخصوصية بل يقال: قصد نفس شرب الخمر و ليس لازمه سرايه القصد إلى فرد آخر، إذ هو فيما لو كان المقصود هو المرسله لا ما إذا كان الجامع بينها و بين المقيدة، فلا يسرى القصد منها إلى سائر الأفراد إذا كان نسبة القصد إليها ثانيا و بالعرض و بتبعيته المقيد.

و الحاصل: أن من قصد المبادلة المقيدة بكون طرفها زيدا سواء كان بنحو تعدد المطلوب أم بنحو وحدته، أعني: كان بنظره صورة المالك منطبقه على زيد أم كان في نظره من الأول شخص زيد بلا واسطة عنوان ففي كلتا صورتين يقال إن لهذا القاصد قصدين، أصليا و تبعيا، فالقصد الأصلي متعلق بالمقيد و التبعي بالمهملة.

و بعد هذا نقول: إذا فرضنا أن المهملة يكون قصدها موجبا لوجودها في الخارج فلو فرض أن قصد شرب الخمر في المثال يوجد له لزم في المثال أن يتحقق في الخارج شرب الخمر، و البيع من المفاهيم التي يكون وجودها بالقصد و يكون القصد علته تامه لها، فهذا



القصد التبعية بعد صحته وإضافتها ونسبتها إلى مهملة البيع يصير موجبا لوجود هذه المهملة في الخارج، ولازم وجودها الخارجي أن ينتقل المال من ملك مالكةا الواقعي و ينتقل ثمنه إلى ملك ذلك المالك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٨

ثم هذا كله في تعيين البائع من يبيع له و المشتري من يشتري له، و أميا تعيين البائع لخصوص من يشتري له المشتري و المشتري لخصوص من يبيع له البائع، فاعلم أولا أنه قد يستشكل على عبارة شيخنا المرتضى في هذا المقام بعدم الانتظام نظرا إلى أن المسألة راجعة إلى مرحلة الثبوت، و استدلاله- قدس سره- مرتبط بمرحلة الإثبات، فإنه بعد ذكر الوجهين في المسألة قال: الأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام، فإن التمسك بالظاهر إنما ينفع لمقام الشك.

و هذا الإشكال مندفع عنه- قدس سره- لأن ظاهر عنوانه المسألة أن كلامه من الأول راجع إلى الإثبات بعد الفراغ من الكبريين في مرحلة الثبوت، أعني: أنه لو علم قصد أحد المتخاطبين لخصوص الطرف الآخر فتبين أنه قصد النيابة يبطل، و لو علم قصده للأعم منه و من النيابة فتبين ذلك يصح، و بعد تمامية هاتين الكبريين ساق الكلام في مقام الشك و دوران الأمر بينهما، فإنه- قدس سره- استثنى في كل من الوجهين المذكورين في كلامه صورة العلم، فيعلم أن النزاع مفروض في صورة الشك مع التسالم في مورد العلم. إذا عرفت ذلك فلنتكلم في الكبريين المذكورين فنقول: قد يفرض الكلام في ما كان العوضان معينين و قد يفرض في ما كانا كليتين، أما القسم الأول: فقد أورد شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- تبعا للسيد المحقق المحشى- طاب ثراه- بأنه ما الفرق بين هذا الفرض و الفرض المتقدم الذي يبيع البائع مال نفسه عن غيره؟

حيث رجح شيخنا المرتضى فيه الصحة أخيرا بواسطة انحلال القصد إلى أصل المبادلة و قصد كونها للغير، فيؤثر الأول و تشمله العمومات و يلغو الثاني، فإن هذا الكلام جار هنا حرفا بحرف، فينحل قصد البائع البيع من خصوص المشتري مع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢١٩

كون المالك غيره إلى قصد أصل المبادلة و قصد كونها للمخاطب فيلغو الثاني و يؤثر الأول، فتأمل.

و أميا القسم الثاني: فالمتجه فيه البطلان، لا لما تقدم في الفرض المتقدم، فإن الوجه فيه على ما ذكره شيخنا المرتضى هو أن الكلي بدون الإضافة إلى الذمة أصلا لا يعد مالا، و الكلي المضاف إلى الذمة المراددة غير معهود من العرف اعتبار ملكيته، فلا يتحقق عنوان مبادلة مال بمال، و أما هنا فالكلي مضاف إلى ذمة معينة واقعا غير معلومة لدى البائع، فهو إما من باب جعل الثمن الفرد المنتشر و واحدا من صيعان الصبرة الذي قد ادعى الإجماع على بطلانه مع عدم الجهالة فيه، و إما باطل من باب الغرر، فإن الذمم مختلفة في سهولة الاقتضاء و عدمها و اليسار و الإعسار.

### [الشرط الثالث الاختيار و فيه فصلان]

#### فصل و من شروط المتعاقدين الاختيار فعقد المكره غير نافذ

#### إشارة

و تمام الكلام في المقام في طي أمور:

الأول: في تصوير أنه كيف يتصور من المكره- المفروض كراهته لنقل ماله- القصد الجدوى و التسبب الواقعي إلى وقوع مضمون العقد؟ فنقول: إنه كما أن للألفاظ المفردة طبعا ثانويا في فئاتها في المعاني الاستعمالية و كذلك المركبات، كذلك للمركبات- أعني: الجمل الخبرية و الإنشائية- أيضا طبع ثانوي في الفناء في الأغراض التي وضعت لأجل إفادتها.

مثلا: الجملة الخبرية وضعت لأجل أن تستعمل بغرض إعلام المخاطب بالمضمون، أو بغرض إعلامه بعلم المتكلم، وكذلك الإنشائية وضعت لأجل أن يتسبب و يتوسل بسببها إلى تحقق مضمونها في الخارج، فتفكيك كل من الجملتين كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٠

عما هو قضيه طبعهما لا يصدر من المتكلم بهما إلا مع قيام داع في التفكيك المذكور كما في مقام الهزل، و أما بدون هذا الداعي فاللفظ أبدا جار على ما هو قضيه طبعه، وهذا معنى أصالة الجد في عامة الألفاظ.

فنقول: المكروه لا- داعي له إلى هذا التفكيك إلا توهم أنه يخلصه من مكروه طبعه و هو ما أكرهه عليه المكروه من بيع داره مثلا، و هو فاسد، فإن المحذور الذي يكون فعلا محل ابتلاء المكروه، و يتمهد الحيلة للفرار عنه خروجه عن داره و بقاءه بلا منزل و مسكن، و معلوم أن هذا لا يحصل الفرار منه بتجريد اللفظ عن الجد، لأن المحذور المذكور حاصل على أي حال.

فإن قلت: يكفي في الداعي أن المال باق على ملكيته على فرض التجريد و خارج عنه مع عدمه، فلعله يقدر على أخذ ماله بعد ذلك فيتمكن منه على تقدير بقاءه في ملكه.

قلت: هذا التمكن حاصل على أي حال، لأنه قادر على التقدير الآخر على الرد بواسطة عدم إمضاء عقده، هذا ما قاله شيخنا الأستاذ- دام بقاءه-، لكنه كما ترى غير خال عن الخدشه، و الأولى أن يقال: إنه و إن كان متمكنا من عدم القصد و لم يكن إكراه بالنسبة إلى هذا الجزء الباطني، و بعبارة أخرى يعتبر في صدق عنوان الإكراه عدم إمكان التفصي و التورية، و تجريد اللفظ عن معناه قسم من التفصي فمع إمكانه لا يصدق عنوان الإكراه. لكنه يكفي في إكراهية العقد حصول أحد أجزائه عن إكراه، و لا شبهة في حصول اللفظ عن الإكراه، فهذا الجزء يكون مرتفع الأثر فيبقى الجزء الباطني قصدا خاليا مجردا عن المظهر اللفظي.

الأمر الثاني: لا فرق بين المكروه و المضطر في أن كلا منهما غير طيب النفس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢١

بالعنوان الأولى، و طيب النفس بالعنوان الثانوي، فإنه بعد ما يوازن في عقله بيع الدار مع الضرر المتوقع به يرضى نفسه عند الدوران بأخفهما، كما أنه إذا لاحظ بيع الدار مع سقوط الشرف و الاعتبار يختار عند الدوران أخفهما، و ما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سره- من عدم الطيب في المكروه دون المضطر لا- يستقيم في هذا القسم، و مجرد كون العمل بتحميل الغير و تحريكه لا يوجب بعد بقاء الاختيار للإنسان بتحمل الضرر الموعد به، و إلا فما الفرق بين ما إذا أكره الإنسان أولا على بيع الدار و بين ما إذا أكره على إعطاء ألف درهم لم يكن قادرا على دفعها بغير بيع الدار فيتصدى للبيع لأجل ذلك، مع أن الثاني من البيع الاضطراري بلا كلام؟

نعم هنا قسم آخر يمكن القول بعدم حصول الطيب فيه، و هو ما إذا كان قهرا مائتية المكروه مشغلة لقلب المكروه بحيث لا يبقى له حال تفكر العاقبة و موازنة المصلحة و المفسدة، فهو حين البيع و إن كانت تتحرك جوارحه عن إرادة و ليس كحركة المرتعش لكن جوارحه مسخرة للقاهر و مقهورة تحت إرادته، و إن شئت قلت: إرادة الفاعل هنا مقهورة لإرادة الأمر القاهر، و شيخنا الأستاذ- دام ظلّه- حاول حمل كلام شيخنا المرتضى على هذا و لكنه بعيد غايته فراجع كلامه- طاب ثراه.

الأمر الثالث: في بيان الفرق بين الإكراه الرافع لأثر المعاملات و المسوغ لارتكاب المحرمات، فاعلم أنه يعتبر في مفهوم الإكراه أمور، الأول: أن يكون هنا أمر، و الثاني: أن يقترن أمره بإبعاد الضرر، و الثالث: أن يكون مطلوبه مكروه طبع الفاعل و مخالف ميله، و الرابع: أن يعلم أن يظن ترتب الضرر الموعد به على ترك العمل، و الخامس: أن لا يكون طريق للتفصي و لو بالمحذور الأدون، فلو فرضنا أن المكروه كان له خلاف طبع آخر أخف من العمل المكروه عليه لو تحمله استراح

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٢

من تحمل الأشد، مثلا لو فرض في ما أكره على بيع الدار أنه لو أظهر المطلب عند أحد رفقاته يكفي عنه شر المكروه فهذا الإظهار و إن كان صعبا عليه لكنه أهون من بيع الدار، فلو تركه و باع لا يصدق أنه مكروه عليه، نعم لو كان صعوبة هذا الإظهار بمثابة البيع أو

أشدّ صدق.

فنعول: قد أجروا حكم الإكراه في باب المعاملة و لو مع وجود الطريق المماثل أو الأشدّ للتفصّي، و لم يجوّزوا ارتكاب المحرّم إلّا عند عدم إمكان التفصّي بكلّ وجه، فما وجه الفرق؟

الذي ذهب إليه شيخنا الأستاذ- دام ظلّه- في الفرق أنّ الاختلاف إنّما هو في مقام التطبيق مع الاتفاق في مقام المفهوم، ففي كلا المقامين وجود المحذور الأخفّ مضرّ بالصدق، و وجود المماثل و الأشدّ غير مضرّ، لكنّ المحذور في المحرّمات إنّما يلحظ بالنسبة إلى أغراض الشرع من غير نظر إلى أغراض الفاعل، و وجه ذلك أنّ الرفع المعلق بعنوان ما استكروهوا عليه يراد به رفع الأثر الشرعيّ و هو التحريم في المحرّمات و المبادلة الواقعيّة في المعاملات، و قد عرفت أخذ المكروهية و عدم الملائمة للطبع في مفهوم الإكراه.

فالظاهر المنصرف إليه من رفع ما استكروهوا عليه اتّحاد ما يرفع و ما يكره و لا يلائم الطبع من حيث السنخ، فإن كان المرفوع أثرا شرعيّا كان المكروه من حيث الأثر الشرعيّ، و إن كان المرفوع غرضا فاعليّا كان المكروه أيضا من حيث غرض الفاعل، و لا شكّ أنّ غرض الشارع لا يزاحمه إلّا ما كان هو أيضا غرضا للشارع، فلا بدّ أن يفرض المزاخمة في المحرّمات في مثل ما لو أكره على الزنا و أمكن التفصّي بالتقبيل، و أمّا الإظهار عند الرفيق فهو و إن كان في أعلى درجة من الصعوبة على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٣

نفس الفاعل فلا يعدّ مزاخما فلا بدّ من تحمّله و دفع ارتكاب الحرام بسببه، و هذا بخلاف باب المعاملة فإنّ المرفوع لما كان هو المبادلة و هو من أغراض الفاعل فلا جرم يلاحظ في مزاخماته ما هو من أغراض الفاعل.

و على هذا فلو فرضنا أنّ المكروهية في الحرام لم تكن راجعة إلى جهة التحريم الشرعيّ كما لو أكره على شرب الخمر و كان منزجرا لا من جهة زجر الشرع بل من جهة تنفّر النفساني من شربه فهو حينئذ خارج عن حديث الرفع و لا بدّ من تعيين حكمه من دليل آخر، أعني: قاعدة تراحم الغرضين، فإن كان الضرر الموعد به من قبيل القتل فلا بدّ من ارتكابه و هكذا.

ثمّ إنك عرفت اعتبار المكروهية في حقيقة الإكراه، فلو فرضنا أنّ الفاعل لا يكره المحرّم بوجه أصلا بل يشتهي، غاية الأمر مصادفة ذلك، أمر الأمر و إبعاده بالقتل على الترك فلا شكّ في خروج ذلك عن موضوع الإكراه، و أمّا حكمه فالحقّ أن يقال ببقاء الحرمة لو أتى بالفعل لا بقصد التوصل به إلى دفع الضرر الموعد به المفروض أهميته في نظر الشارع من ارتكاب الحرام المفروض، و ذلك لأنّ الضرورة تتقدّر بقدرها، و النهي عن الحرام في صورة هذا القصد غير ممكن، لمنافاته مع استيفاء الغرض الأهمّ، و أمّا بدون هذا القصد فالمقتضى و هو المبغوضية الملزمة بوجود و المانع أيضا مفقود فلا وجه لعدم النهي، و قد ذكر مثل ذلك في الأصول في أوّل بحث المقدّمة.

لا يقال: ما ذكرت في باب المحرّمات من أنّه لا بدّ من الموازنة بين المكروه عليه و المتفصّي به و ملاحظة الأهمّ منهما شرعا لا يناسب مع سوق الرواية مساق المنّة، إذ على هذا لا منّة لأنها في مقام ثبوت مقتضى الوضع و لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٤

مقتضى مع الدوران و وجود الأهمّ، فإنّ العقاب على المهمّ حينئذ قبيح فلا منّة في رفعه.

لأننا نعول: إنّما اعتبرنا ملاحظة أغراض الشرع في عنوان التفصّي لا في عنوان الجزاء، فلا يعتبر كون الجزاء المترتب الموعد به أمرا شرعيّا بل أمرا نفسانيّا طبيعيا منافرا للنفس و إن لم يكن فيه منافرة شرعية، و وجه الفرق بين المقامين حيث اعتبرنا في الأوّل أن يكون من الأغراض الشرعية و في الثاني من الأغراض النفسية، أمّا الأوّل فلما ذكرنا من الانصراف المتقدّم بيانه، و أمّا الثاني فلأنّه مأخوذ في حقيقة الإكراه ذلك أي عدم الملائمة مع القوّة النفسانية دون عدمها مع القوّة العقلانية، كما أنّ عنوان الاضطرار أيضا من جهة الضررات النفسية.

و الحاصل: أنّ الإكراه و الاضطرار شريكان في أنّ الضرر المخوف ترتبه على عدم الإقدام معتبر كونه ضررا راجعا إلى الإنسان إمّا في

عرضه أو ماله أو نفسه، غاية الأمر إنه يعتبر في الأول أن يكون ذلك بقهر قاهر و تحريك أمر و في الثاني أن يكون من غير هذه الجهة.

### فروع الأول: إذا أكره على واحد من أمرين أو أمور فإن كان للقدر الجامع أثر فلا شبهة في ارتفاع ذلك الأثر

و لا- ينافى استناد الخصوصية إلى الاختيار، نعم لو لم يكن للقدر الجامع أثر كما لو أكرهه على شرب الماء أو الخمر، أو على البيع الصحيح أو الفاسد فاختر الخصوصية المؤثرة فلا شبهة في عدم الإكراه، وهذا لا شبهة فيه، إنما الكلام في ما إذا أكره على أمر موسع كما [لو] أكرهه على شرب الخمر في أحد الآنات الواقعة بين الطلوع و الغروب، فهنا ثلاث صور، الأولى: أن يعلم بحدوث كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٥

طريق التفصيلى لو صبر إلى آخر الزمان، و الثانية: أن يشك، و الثالثة: أن يعلم العدم. لا إشكال في عدم الإكراه في الصورة الأولى و هذا واضح، و أما الصورة الثانية فالظاهر أنه شبهة مصداقية لعنوان الإكراه، و توضيح ذلك أن هنا مطلبين، أحدهما شرط علمي في مفهوم الإكراه و الآخر واقعي، فالأول قدرة الأمر على إيراد الضرر على المكروه (بالفتح) لو لم يفعل، فلو كان عاجزا واقعا، و علم المكروه (بالفتح) قدرته كفى في صدق الإكراه، و الثاني انحصار طريق زوال الضرر الموعد به في الفعل المكروه عليه و عدم طريق آخر للتفصيلى عنه، و هذا شرط واقعي، فلو علم أن خدمة [يدفعون] عنه و كانوا في مكان قريب منه فأقدم لم يصدق الإكراه، و الفارق بين المقامين هو الوجدان الحاكم في أمثلتهما، و على هذا فلا بد من الرجوع إلى الأصل، و أصالة عدم تحقق سبب الزوال في ما بعد لا يثبت عنوان الإكراه فيبقى أصالة عدم تحقق الإكراه جاريا، و مع الغض عنه فأصالة بقاء الحكم السابق من الحرمة في التكاليفيات و الصحة في المعاملات جارية.

أمّا الصورة الثالثة: و هي صورة العلم بعدم حصول التفصيلى إلى آخر زمان التمكن، فهل الإقدام في أول الزمان و وسطه داخل في الإكراه أو لا؟ الظاهر الثاني، و ذلك لأن كل خصوصية من خصوصيات أجزاء الزمان المقتضى للمبغوضية الاستقلالية أو الصحة موجود فيه.

و يدللك على هذا أننا لو فرضنا شخصين أحدهما شرب الخمر من أول ابتلائه به و الآخر أراد الشرب فدافع نفسه و لم يشرب في اليوم الأول، و هكذا اتفق له ذلك في اليوم الثاني و هكذا إلى عشرة أيام مثلا فغلبته نفسه في العاشر و شربها فهل تراهما متساويين في الدرجة و العقوبة و القرب و البعد؟ من الواضح أن الثاني

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٦

قد حفظ مطلوب المولى في تسعة أيام و يثاب على ذلك، و ليس من باب صرف حسن السريرة بل من باب الطاعة الحقيقية و ليست هذه الطاعة متحققه في الأول، و على هذا ففي كل زمان المقتضى التعيينى على ترك الشرب فيه موجود و المفروض عدم الخوف على نفسه بشيء على تقدير الترك، فالإكراه في هذه الصورة منطبق قهرا على الجزء الأخير من الزمان.

### فصل المشهور بين المتأخرين بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم أنه لو رضى المكروه بما فعله صح العقد

و الكلام فيه من حيث اعتبار مقارنة الطيب و عدمه هو الكلام في الفضولى، حيث نصحه على طبق القواعد، و إنما الكلام من حيث حديث الرفع، فإنه قد يقال: بعد ملاحظة إطلاق أو فوا و أحلّ و ملاحظة تقييده ب تجارة عن تراض و «لا يحل مال امرئ إلخ» يصير الأثر التأهلى لذات العقد و الفعلى له مقيدا بالطيب، فحكومة حديث الرفع إما يعتبر بالنسبة إلى الأثر الأول، و إما بالنسبة إلى الثاني، فإن اعتبر إلى الأول فقد كان المحصيل أن ذلك العقد الصادر عن إكراه ليس له قابلية أن ينضم إليه الطيب، و إن اعتبر إلى الثاني

فالمحصّل أنّ العقد الصادر عن إكراه ليس له الأثر الفعلي الثابت له لولا الإكراه عند انضمام الطيب إليه.

و توضيح المقام أنّ هنا مبنيين، أحدهما: أن نقول: إنّ الرضا و الطيب يجتمع مع الإكراه بمعنى أنّ الفعل بالعنوان الثانوى الحاصل بعد الإكراه صادر عن الرضا و الاختيار كالرضا و الاختيار الحاصلين بالعنوان الثانوى الحادث بالاضطرار، و الثانى: أن نقول: إنّ الطيب مفهوم لا يصدق فى ما إذا كان الاختيار و الرضا من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٧

جهة إكراه قوى.

فإن قلنا بالأول- و لا محالة يتعلّق حديث الرفع حينئذ برفع الأثر الفعلى- فعند حصول الإجازة لا يمكن القول بالتأثير من جهة هذه الإجازة، لأنّ المفروض تحقّق الرضا الذى هو الشرط مع الإكراه أيضا، بل اللزم القول بأنّ المؤثر هو عدم الإكراه الذى هو المانع، فإنّه كان موجودا إلى الحال و ارتفع من هذا الحين فيؤثر العقد عند ذلك أثره، لفرض وجود شرطه و ارتفاع مانعه، و لكن فيه أنّ عنوان الإكراه إذا تحقّق فى شىء فهو ليس ممّا يقبل البقاء، بل حاله حال الأمر فى أنّه يسقط بمجرد امتثاله و حصول مقتضاه فى الخارج، فإذا عمل بمقتضى إكراه المكروه و هو إتيان العقد فقد انتفى من هذا الحين و لا معنى لبقائه بعده، كما لا معنى لبقاء الأمر بعد الامتثال.

ثمّ إنّ العقد الذى صدر بالإكراه أيضا لا ينسب عنه عنوان كونه مكرها عليه فى شىء من الأوقات، كما لا ينسب عن الفعل الذى أتى به بعلية الأمر عنوان كونه مأثما به بأمر الأمر، و لا يطرأ عليه عنوان ضد ذلك، و الحاصل: العقد الصادر عن الإكراه لا يفرض فيه توارد الحالتين الإكراهية و الاختيارية حتّى يقال بحفظ إطلاق الأدلة المحكومة عند طرؤ الحالة الثانية و ارتفاع الأولى.

و إن قلنا بالثانى و هو عدم اجتماع الطيب مع الإكراه كما يشهد الوجدان و التبادر من كلمة طيب النفس مع أنّ الرضا الذى يحكم باعتباره العقل فى حلّ مال الغير أيضا لا يشمل مثل هذا الرضا الذى فرضنا تحقّقه فى الإكراه من باب دفع الأفسد بالفاسد. و بالجملة:

المعتبر فى العقود بحكم الشرع و العقل هو المعنى الذى لا يجتمع مع الإكراه و أخذ فيه عدم النشوء من جور جائر، فحينئذ إمّا أن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٨

يعتبر الحكومة بالنسبة إلى الأثر الشائى يعنى أنّ العقد سقط عن أهليته التأثير و لو انضم إليه الطيب بسبب الإكراه، فيدلّ على عدم إفادة الإجازة اللاحقة، و إمّا أن يعتبر بالنسبة إلى الأثر الفعلى، يعنى أنّ العقد بواسطة الإكراه سقط عن إفادة الأثر الفعلى عند اجتماع شرائطه التى منها الطيب، فيدلّ أيضا على عدم إجداء الإجازة اللاحقة.

و القول بأنّ إسقاط الأثر الشائى أو الفعلى إنّما هو ما دام الوصف العوانى و هو الإكراه لا- مع رفعه مدفوع بما تقدّم من أنّ هذا الوصف غير قابل للبقاء، و العقد المتّصف به متّصف به إلى الأبد و إلّا يلزم اللغوية فى حديث الرفع، إذ المفروض ارتفاع الإكراه فى أنّ تحقّق المكروه عليه فيلزم صحّة العقد فى هذا الآن و اختصاصه بالآن العقلى.

و يمكن أن يقال: إنّ الرضا الموجود بالعنوان الثانوى فى الإكراه متّحد مع الرضا المعتبر فى عنوان الطيب من حيث الذات، و إنّما الفرق ممخّض فى أنّ الأوّل مسبّب عن الإكراه، و الثانى أخذ فيه عدم ذلك أى عدم كونه عن إكراه و لم يعتبر فيه أمر وجودى.

و إذن فنقول: قد تقرّر فى محلّه أنّ حديث الرفع إنّما يرفع الأثر الثابت للعنوانين مع قطع النظر عن الإكراه فلا بدّ فى ما نحن فيه من ملاحظة العقد مع قطع النظر عن كونه واقعا بالإكراه، و المفروض أنّ مادّة الرضا موجودة فيه، و القيد الذى يصدق على هذه المادة صفة الطيب هو الأمر العدمى، أعنى: عدم التسبّب عن الإكراه، و نحن فى فرض قطع النظر عن صفة الإكراه نرى هذا الرضا و نرى عدم تسببه عن الإكراه فيتحقّق فى هذا النظر وصف الطيب فى العقد، و المفروض

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٢٩

أنّ الأثر الثابت للعقد بهذا الوصف هو الأثر الاستقلالى.

و أما إذا لاحظنا العقد مع وصف الإكراه فحينئذ نراه منفكاً عن الطيب فيدخل تحت الأدلة الدالة على أن العقد المنفك عن الطيب له أهلية أن يؤثر إذا انضم إليه الطيب في المستقبل، و المفروض عدم رفع هذا الأثر بحديث الرفع لأنه مع قطع النظر عن الإكراه و هذا أخذ فيه الإكراه، فالأثر الذي يقبل أن يرفعه حديث الرفع هو الأثر الاستقلالي الثابت بالأدلة الدالة على استقلال العقد المقرون بالطيب. فهنا طائفتان من الأدلة، الأولى ما دل على استقلال العقد المقرون بالطيب، و الثانية ما دل على أهلية العقد المنفك عن الطيب، و ما يمكن حكومه الحديث بالنسبة إليه هو الطائفة الأولى المثبتة لاستقلال دون الثانية المثبتة للأهلية.

و لكن يחדش في هذا أيضاً أن نسبة دليل الرفع مع الأدلة المثبتة للأحكام للعناوين الأولية ليس من قبيل النسبة بين الأحكام الثابتة للعناوين الأولية و الثابتة للعناوين الثانوية من قبيل دليل حلية الغنم و دليل حرمة الغصب، فإنه لوحظ في دليل الحلية، الغنم مع قطع النظر عن طرؤ الغصب بمعنى أنه حكم على الطبيعة من حيث هي، و مع ملاحظتها بنفسها بدون عروض عارض عليها بالحلية، و هذا يجتمع مع الحكم الثابت للطبيعة باعتبار عروض الغصب فيقال: إن هذه الطبيعة باعتبار الذات حلال و باعتبار طرؤ الغصب حرام و لهذا يتفاوت حرمة مع حرمة الخنزير، و هذا المعنى غير موجود في حديث الرفع و أدلة الأحكام المتعلقة بالعناوين، فإنه لو كان كذلك لما كان في البين حكومه، إذ مبناها على أن يكون الدليل المحكوم متعرضاً لمورد و أخرج الدليل الحاكم ذلك المورد عن تحت المحكوم بطريق النظر إليه و الشرح له، و مع وجود المعنى المذكور لم يثبت دليل الرفع حكماً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٠

مناقضا لما أثبتته أدلة الأحكام.

فالمقصود من قطع النظر المأخوذ في سائر الأدلة من قيد الإكراه هو المعنى الموجود في المطلقات و المقيدات بمعنى عدم الدخالة و عدم اللحاظ و أن الحكم ثابت مع هذا القيد و لا معه.

و حينئذ فالحكم الثابت بالأدلة بالنسبة إلى عنوان الإكراه مطلق و لم يلحظ فيه وجوده و لا عدمه فيسرى في كليهما، فيصح حينئذ حكومه الحديث عليها فالمحصّل أنه يلاحظ في حديث الرفع طبيعة العقد لا مع الإكراه و لا معه و يحكم برفع أثره، لا أنه يلحظ بقيد عدم الإكراه و التجرد عنه، فلا يصح القول بأن الأثر الثابت في ظرف شمول الحديث هو الأثر الاستقلالي.

و حينئذ فنقول: إن الأدلة بمطلقاتها و مقيداتها أثبتت لقسمين من العقد حكيمين، فأثبتت للعقد المقرون بالطيب الأثر الاستقلالي و لا يمكن حكومه الحديث بالنسبة إلى هذا القسم، لعدم قبول هذا القسم للإكراه حسب الفرض من عدم اجتماع الطيب مع الإكراه، و أثبتت للعقد المنفك عن الطيب الأثر التأهلي و لا يمكن الحكومه بالنسبة إليه أيضاً، و وجهه أن الطيب عبارة عن الرضا الغير المتسبب عن الإكراه دون الرضا المتسبب عن الأمور الأخر، فلو فرض حدوث الرضا بلا داع و علّة أصلاً يصدق عليه الطيب بشهادة الوجدان و التبادر، فالعقد الموضوع للأثر هو العقد المتّصف بكونه لا- عن إكراه، و ارتفاع الأثر يكون برفع هذا المقيد و هو إما يكون بانتفاء أصل العقد و إمّا بانتفاء قيده الذي هو كونه لا عن إكراه، و انتفاء هذا العدمي يكون عين وجود الإكراه، حيث إن النفي في النفي إثبات، فحدوث الأثر التأهلي لذات العقد في قبال الأثر الفعلي و غير مندكّ فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣١

موقوف على صفة الإكراه و قد فرضنا عدم حكومه الحديث بالنسبة إلى الأثر المأخوذ فيه صفة الإكراه.

هذا ما ذكره الأستاذ- دام ظلّه- و لكنّه بعد محلّ تأمل، فإنه لقائل أن يقول:

لا نجعل مجرى الحديث الأثر التأهلي بوصف الاندكاك و لا بوصف المنحازية بل نجعله هذا الأثر غير ملحوظ فيه شيء من الوصفين الثابت لجامع العقد الغير الملحوظ معه الاقتران بالطيب و الانفكاك عنه.

و قد أجاب- دام ظلّه- عن ذلك بأن الحديث ناظر إلى الآثار الخاصّة الثابتة للموضوعات الخاصّة و ليس بناظر إلى جامع الأثر المرتب على جامع الموضوعات، فإذا رتب على الإنسان العالم و جوب الإكرام، و على الإنسان الجاهل حرمة فليس الحديث ناظراً إلى أصل

الإلزام المرتب على أصل الإنسان.

و فيه أيضا نظر، فإنه على تقدير تسليم هذا التفصيل في الحديث فهو إنما يسلم لو جعل العقد في الأدلة الأولية من الأول على قسمين و رتب على كل أثر و لكنّه خلاف الواقع، فإنه رتب الأثر في دليل على طبيعة العقد و دليل آخر قسمه بقسمين، فالدليل الأول ليس مثبتاً إلا جامع الأثر لجامع القسمين.

و إذن فلا- مانع من حكومه الحديث و لكن نقول: إطلاق الأدلة محفوظة بالنسبة إلى حال ارتفاع الإكراه، و ما ذكره- دام ظلّه- من عدم تعقل البقاء و الارتفاع لعنوان الإكراه إنما هو مسلم في مثل الكسر و الانكسار، فإذا وقع الكسر بالإكراه فلا يصير في الأزمنة المتأخرة لا عن إكراه و لو طاب نفسه به، و أما في مثل المقام- حيث إن العقد، أعنى: نفس القرار المنشأ باللفظ له بقاء و امتداد و لهذا يعقل له الحلّ و الفسخ و يكون في تمام أزمته وجوده تحت اختيار الإنسان- فما دام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٢

صفه الإكراه باقيا يرتفع أثره، و إذا ارتفع أثر أثره، ألا- ترى أن البيعة مع الإمام الجائر إذا كانت الإكراه لا يجوز البقاء عليها بعد رفع الإكراه؟

و أمّا حديث اللغوية فلا- نسلم لزومه، فإن وجه البطلان في الآن المتأخر عن العقد مع أنه آن ارتفاع الإكراه، هو أن الرضا الذي هو بمنزلة المادة اللطيب، و الكره غير محفوظ لأنّ علته هو الإكراه و قد زال، فزال هو بزواله فإذا عاد يؤثر حينئذ أثره. و بعبارة أخرى: المنشأ و إن كان نفس القرار لا بقيد الحدوث و لا البقاء لكنّ الرضا لم يتعلّق إلا بعنوان الحدوث.

بقي الكلام في أن الأصل و مقتضى القاعدة هنا و في الفضولي هو الكشف أو النقل و لا بدّ أولاً، من بيان المراد بالكشف الذي يجعل طرفاً للدوران، فنقول: فيه أربعة احتمالات، الأول: أن يكون الأثر حال وجود العقد بمؤثرية الرضا اللاحق، و الثاني: هذا و لكن بمؤثرية عنوان تعقب الرضا، و الثالث: أن لا يحصل الأثر حال وجود العقد إلى حال وجود الإجازة فتؤثر الإجازة حينئذ في النقل و الانتقال من أول العقد فيسرى أثره إلى الزمان الماضي، و الرابع: أن لا- يحصل حال العقد و لا أثر الإجازة في السابق و لكن نزل الشارع المال بمنزلة مال المشتري فيحكم بملكيتها نماءاته الحادثة بعد العقد و قبل الإجازة له.

و حينئذ نقول: لا- شبهة في أن قضية الأصل، أعنى: استصحاب عدم نقل المال عن مالكه هو النقل في كل من الاحتمالات و هذا واضح، و أما بحسب قاعدة لا يحل مع الإطلاقات فالحق اختلافها، فإن كان الدوران بين النقل و الاحتمال الأول من الكشف فقضية القاعدة هو الكشف، لأنه بعد فرض أنه لا بدّ من وجود طيب في البين حتى يحصل النقل و أنه يمكن تأثير الطيب اللاحق في النقل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٣

السابق على ما هو الفرض، فقصر و جوب الوفاء المستكشف منه الحكم الوضعي على زمان الطيب خلاف إطلاق أو فوا شامل لجميع قطعات الزمان، و نظير ذلك الحال في ما لو كان الاحتمال الثاني من الكشف طرفاً للترديد، إذ بعد فرض أنه على تقدير شرطية التعقب يكون الشرط حاصلًا من أول وجود العقد و على تقدير شرطية الطيب الخارجي يكون الشرط متأخراً، فالمناسب للإطلاق المذكور هو الشقّ الأول.

لكنّ الظاهر أن القاعدة على كلا الاحتمالين هو النقل، إذ المعتبر هو طيب نفس المالك، و على تقدير الكشف المذكورين يخرج المالك عن كونه مالكا، و القول بكفاية حفظ المالكية في رتبة الإجازة مدفوع بأن الظاهر اعتبار إجازة المالك المحفوظ مالكيته في زمان الإجازة، و لا يكفي الانحفاظ في الرتبة السابقة.

و إن كان الدوران مع الاحتمال الثالث فمقتضى القاعدة هو الكشف، لكونه جمعا بين إطلاق المطلقات و ظاهر لا يحل كما لا يخفى، نعم على الاحتمال الرابع يكون الكشف خلاف مقتضى لا- يحل كما أنه خلاف مقتضى الأصل أيضا، و الفرق أن الفرض على الاحتمال الثالث تسليم إمكان ذلك الاحتمال، و من المعلوم أنه حينئذ مقتضى القاعدة، و على الرابع الكلام على تقدير عدم إمكان

ذلك، و من المعلوم أنّ حليّة التناج و النماء الحاصل بين العقد و الرضا حينئذ على خلاف مقتضى لا يحل إذ الرضا لم يتعلّق إلّا بالأصل دون النماء.

فإن قلت: مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو الوفاء من أوّل زمان صدور العقد و قاعدة لا يحل خصّيه بغير مورد الطيب، فلا يجب الوفاء بالعقد المجرد عن الطيب، و أمّا العقد المقرون به و لو كان حصول الطيب فى زمان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٤

متأخّر فمقتضى إطلاق أَوْفُوا كونه من حين الطيب مؤثراً من أوّل صدور العقد حقيقة، لكن لما لم يكن هذا معقولاً فلا بدّ من تنزيل ذلك على الملكيّة التزليّة، يعنى يجب من حين الطيب المعاملة مع المال معاملة ملكيته للمشتري من أوّل صدور العقد، و وجه أنّ الطيب اللاحق يقتضى التأثير فى السابق أنّه يتعلّق بمضمون العقد و هو النقل فى السابق، أعنى: النقل الإنشائي، فيكون إمضاء الشارع أيضاً على طبقه إمضاء للنقل السابق.

قلت: ليس الزمان داخلاً فى المنشأ و قيده، و إنّما هو ظرف للإنشاء، و إذن فالمنشأ بالعقد أصل حقيقة النقل بدون أخذ الزمان الخاص و لا الإرسال فى الزمان فيه، نعم هو بعد تحقّقه بالعقد يستمرّ باستمرار الزمان بطبعه، ثمّ هذه الحقيقة من أوّل تحقّقها الإنشائي ليس ما يوجب وجودها الخارجى إلى أن يحصل الرضا، فإذا حصل لحقه الإمضاء الشرعى، فاللازم ثبوت الوجود الخارجى من هذا الحين لأنّه حين تماميّة العلة، و لا يعقل سبق المعلول على العلة التامّة فانقذ أن القاعدة على الكشف الحكيمى هو النقل، كما كان على الاحتمالين الأوّلين.

ثمّ قد تكلمنا فى حديث الرفع الخاصّ ببيع المكره و بقى علينا الكلام فى قوله تعالى تِجَارَةٌ عَنِ الرِّاضِ الجارى هنا و فى الفضولى، حيث إنّ ظاهره حصر المجوّز من أقسام الأكل فى التجارة الناشئة عن الرضا، و من المعلوم عدم تحقّق هذا المعنى بالرضا اللاحق، فإنّ الظاهر كون الصدور مستندا إلى الرضا، فمقتضاه بطلان الفضولى و عقد المكره حتّى بعد لحوق الإجازة.

و أجاب عن ذلك شيخنا المحقّق المرتضى - قدس سرّه اللطيف - بوجهين:

أحدهما: أنّ الوصف غالبى لا احترازى و لم يمنع مفهوم الوصف، لأنّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٥

الاستدلال يتمّ بدونه مع احترازية القيد أيضاً، فإنّه إذا بنينا على أنّ لهذا القيد دخلاً فلا أقلّ من تضييقه للموضوع، يعنى: أنّه ليس الحكم معلقاً على طبيعته التجارة مع طبيعته الرضا، بل لا بدّ من قيد كون التجارة أيضاً ناشئة عن الرضا، فمع فقدان هذا الأخير و عدم قيام شىء آخر مقامه ينتفى الحكم و هو الجواز، و من المعلوم فى المقام عدم قيام شىء آخر مقام هذا الوصف.

فعلم أنّ مبنى الاستدلال على استفادة نفس العلية دونها مع الانحصار الذى هو مبنى المفهوم، فلهذا تعرّض شيخنا لنفى أصل العلية و أنّ القيد غالبى لا احترازى.

ثانيهما: أنّ الاستثناء منقطع غير مفرغ و هو لا يفيد الحصر، و الظاهر أنّ قوله غير مفرغ قيد توضيحي لا احترازى، فإنّ المنقطع لا يتصوّر فيه المفرغيّة، فإذا قيل:

ما جاءنى إلّا حمار، كان المقدّر لا محالة ما يعمّ الحمار فيصير متّصلاً و هذا واضح، و ظاهره - قدس سرّه - الاحتياج إلى هذا الوجه و لو مع تسليم الوجه الأوّل أعنى:

كون القيد غالبياً و أنّ إفادة الحصر مضرّة مع ذلك، و أنت خبير بأنّ الحصر غير مضرّ بعد فرض أنّ القيد غير احترازى، إذ مفاده حينئذ عدم جواز أكل المال بغير التجارة.

ثمّ إنّ قيل فى توجيه كلام الشيخ من عدم إفادة المنقطع للحصر بأنّ كلمة (إلّا) تكون فيه بمعنى كلمة (لكن) فيكون الكلام بمنزلة جملتين بينهما كلمة (لكن) و من المعلوم أنّه غير مفيد للحصر، و استشهد على ذلك بقول بعض النحاة، و لكنّ الظاهر أنّ كلمة (إلّا)



في المنقطع يكون على معناه في المتصل، و مع ذلك غير مفيد للحصر و ليس المقام مقام الرجوع إلى الغير أما الأول.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٦

### [دراسة أخرى للشرائط العامة للمتعاقدین]

#### [الشرط الأول البلوغ و فيه أمور]

#### [الأمر الأول] في بيع الصبي «١»

و بعد فقد قال المصنّف المحقّق العلّامة و المدقّق الفهّامة آية الله على الوری الشیخ مرتضى الأنصارى - قدّس الله سرّه و طیب رسمه - :  
(المشهور - كما عن الدروس و الكفاية - : بطلان عقد الصبي).

أقول: لا بأس بالإشارة الإجمالية إلى أحكام الصبي في غير عقود و إيقاعاته.

فنقول: لا إشكال في اشتراكه مع البالغين في الوضعيات الغير المتوقّفة على القصد و التیة، كالطهارة و النجاسة و الجنایة و الضمان بالإتلاف، و كذا ضمان اليد لو كان ممیزاً، بحيث عدّ ذا يد عرفاً، غاية الأمر إنّ الخطاب التكليفي بالدفع متوجّه إلى الولي لو كان، فيدفع عوض التالف من مال الصبي، و إن لم يكن له مال أو كان و لم يكن له ولي، يتوجّه الخطاب بدفع العوض إليه عند البلوغ، كالخطاب بال غسل لو حصل له موجب الجنابة.

و كذا لا إشكال في اشتراكه مع البالغين في استحقاق المدح على الأفعال الحسنة عند العقل، المتوقّفة حسنهما الفاعلي على القصد، كإنقاذ الغريق و إعانة الملهوف إذا أدرك عقله حسنهما، ضرورة أنّ العقل كما يستحسن هذه الأفعال من البالغين و يمدحهم عليها، فكذا لو صدرت من صبيّ ممیز يحكم باستحقاقه

(١) راجع ص ٢٠٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٧

المدح، و لا يفرق بينه و بين البالغ خصوصاً لو كان قريباً بالبلوغ بيوم أو يومين.

و كذا يستحقّ الذمّ كالبالغين على الأفعال القبيحة العقلية المتوقّفة قبها الفاعلي على القصد، فكما يعدّ الظلم قبيحاً عقلاً من البالغ و يستحقّ الظالم البالغ الذمّ عليه، فكذا غير البالغ إذا أدرك عقله قبحه بلا فرق.

نعم العقاب المولوي حيث إنّهُ مترتب على مخالفة المولى و هو غير صادر عن الصبيّ بمقتضى رفع القلم عنه، غير متوجّه إليه، و هذا من المواضع التي تخلف فيها حكم العقل عن حكم الشرع، أعني لم يصدر من الشرع الخطاب التحريمي إلى الصبيّ بالنسبة إلى الظلم مثلاً، مع كون العقل حاكماً بقبحه منه قبحاً يبلغ حدّ التحريم، و من هنا ظهر عدم الملازمة بين حكم العقل و حكم الشرع، إذ هي على تقدير تسليمها عقلية، لا تقبل التخصيص، فإنّه ربّما يكون الفعل في أقصى مرتبة الصلاح من دون أن يكون فيه فساد أصلاً، لكن في الأمر به مفسدة، بحيث لو كان الأمر به بلا مانع لأمر به الشارع أمراً لزومياً، كالسواك على ما يستفاد من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لولا - أن أشق، إلى آخره، فيدرك العقل صلاح نفس الفعل، فيحكم بوجوبه، و لا يدرك مفسدة الأمر به، و كذا الكلام في عكسه.

فإن قلت: لا يلزم التخلف في هذا المورد و أمثاله، إذ المقدار الذي جزم به العقل و هو حسن نفس الفعل و حسن فاعله أو ذمهما، قد حكم الشرع به أيضاً قطعاً، فإنّه أعقل العقلاء، و إنّما حكم الشارع بقبح الأمر و النهي من حيث نفسهما، و العقل أيضاً لو أطلع على ما

أطلع عليه الشرع من مفسدتهما كان حاكما بقبحهما.

قلت: ليس مراد القائل بالملازمة إمضاء الشرع و تصديقه العقل في أحكامه، فإن هذا أمر لا يقبل النزاع، بل المراد أن كل ما حكم العقل بوجوبه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٨

فلا- بد أن يحكم الشارع بوجوبه، حكما تكليفيا يوجب مخالفته العقاب من باب قاعدة اللطف، ضرورة أنه لولا ذلك لم يرتدع عن ترك الفعل الذى حكم بوجوبه العقل إلما الأوحدي من الناس، و كذا كل ما حكم بتحريمه العقل فلا بد أن يحرمه الشرع، بحيث أوجب مخالفته العقاب للعلمة المذكورة، و هكذا. و قد عرفت أن الحكم الوجوبى و التحريمى للعقل هنا موجود، و الخطاب التكليفى الشرعى غير موجود.

### [الأمر الثانى فى عقائد الصبى و إسلامه]

و أميا العقائد الإسلامية، فلا- إشكال فى عدم وجوبها على الصبى، و إن قال به بعض، و ذلك لأن دليل وجوب ذلك على البالغين حكم العقل بوجوب دفع الضرر المحتمل، فإنه لو لم يتفحص يحتمل أن يكون الصانع حقا، و يعدبه على ترك التفحص، و لا شك فى أن هذا الاحتمال منفي فى حق الصبى، إذ هو فى أمن على أى حال. نعم لو احتمل أن هذا المولى على تقدير وجوده يعاقب الصبى أيضا على ترك المعرفة، و جب عليه حينئذ تحصيلها بالدليل المذكور.

و أما صحه إسلامه بمعنى ترتب الآثار الدنيوية من طهارة بدنه و حل ذبيحته، و نحو ذلك، فقد يستظهر من كلماتهم ثبوت الملازمة بينها و بين وجوب إسلامه، بمعنى أنه لو كان واجبا كان صحيحا و إلا فلا و أما إسلام على- عليه السلام- فهو من خصائصه. أقول: لا وجه لكون ذلك من خصائصه- عليه السلام-، بل مقتضى عمومات حل ذبائح من قال لا إله إلا الله، إلى غير ذلك من سائر الأحكام المترتبة على هذا العنوان أو عنوان المسلم، شمولها لكل صبى، و ليس فى الأخبار ما يدل على اختصاص ترتب هذه الأحكام بما إذا كان القائل هو البالغ، و دعوى الانصراف كما ترى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٣٩

نعم يبقى الكلام فى أنه لو ارتد بعد إسلامه، و كان أحد أبويه حين انعقاد نطقه مسلما، فهل يؤثر ذلك فى وجوب قتله و تقسيم أمواله بين ورثته؟ مقتضى القاعدة عدم ذلك، فلا يؤثر فى حقه الأحكام الثلاثة لا قبل البلوغ و لا بعده، أما قبله، فلمنافاة ثبوت هذه الأحكام لرفع القلم عن الصبى، فإن المراد به قلم العقوبة، و من المعلوم أن جعل هذه الأحكام على المرتد إنما هو من باب العقوبة، لا من باب تأثير الارتداد فيها وضعا، كالأسباب الوضعية، و أما بعد البلوغ، فلعدم الدليل على ثبوت تلك الأحكام، فإن الظاهر من دليلها ترتبها على الارتداد فورا.

### [الأمر الثالث لو علم الصبى بإخبار المخبر الصادق أو بأصالة الصحه فهل يحكم بوجوب تحصيل المعارف قبل بلوغه مقدمة للمعرفة الواجبة عليه فى أول زمان بلوغه أو لا؟]

ثم بناء على ما قرّر فى محلّه، و يساعد عليه الوجدان، و بناء مشايخنا أيضا عليه، من أنه لو علم المكلف بأن المقدمه المعلق عليها الواجب المشروط تتحقق، يجب عليه تحصيل المقدمات الأخر قبل حصول تلك المقدمه إن كان محلها قبل حصوله، أو علم بأنه لا يتمكن منها بعد حصول تلك، و كان حال تلك المقدمات حال مقدمات الواجب المطلق حتى إنه لا بد لتوجيه بعض الموارد التى

ظاهرها توهم المنافاة لذلك على وجه لم يخالف هذا كجواز إهراق الماء قبل دخول وقت الصلاة مع العلم بعدم وجدان ما يكفي للوضوء بعده إلى آخر الوقت، فيلتزم بأن وجوب الوضوء كما أنه مشروط بالدخول، فكذا بالقدرة الخاصة، أعنى القدرة في الوقت على تحصيل الماء، ولا يكفي القدرة قبله.

و بالجملة: فعلى هذا لو علم الصبي بإخبار المخبر الصادق أو بأصالة الصحه بأنه يصير بالغا بعد شهرين مثلا، فحينئذ فهل يحكم بوجوب تحصيل المعارف عليه قبل بلوغه بأقل ما يمكن فيه ذلك مقدمه للمعرفه الواجبه عليه في أول زمان بلوغه أو لا؟ توضيح ذلك [في] التكمم في ثلاثة أمور: الأول: في أصل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٠

المبنى بطريق الإجمال، والثاني: في الإشكال الوارد عليه المشترك بين المقام ونظائره، والثالث: في دفع ذلك الإشكال. أميا الكلام في الأول، فاعلم أنه لما كان من المسلم بين العلماء - رضوان الله عليهم - في السالف من الزمان: أن الواجب المشروط عبارة عن ما لا وجوب له قبل تحقق الشرط، وإنما يحدث له الوجوب بعد ما لم يكن شيئا موجودا عند تحقق الشرط، أشكل عليهم الأمر في بعض المقامات مثل وجوب الغسل للصوم قبل الفجر، فإنه كيف تحقق وجوب المقدمه وهي الغسل قبل وجوب ذى المقدمه وهو الصوم، مع كون الأول معلولا للثاني؟ حتى إن صاحب الفصول - طاب ثراه - تفصلي من ذلك بأن جعل للواجب المطلق قسمين: أحدهما ما يكون ظرف الوجوب والواجب فيه هو الحال، وسماه منجزا، والثاني ما يكون ظرف الوجوب فيه هو الحال، و ظرف الواجب هو الاستقبال، وسماه معلقا، فجعل الصوم من قبيل الثاني، بمعنى أنه يجب في الليل على المكلف كف النفس في النهار.

و الحق خلاف هذا المسلم فيما بينهم، بمعنى أن الإيجاب المشروط، له وجود فعلى قبل وجود الشرط، غاية الأمر إن تأثيره في التحريك والبعث يؤخر إلى وجود شرطه، فهو قبل وجود شرطه موجود بلا أثر، لا معدوم صرف، والفرق بينه وبين الإيجاب المطلق، أن هذا إيجاب منطوق ومربوط بالغير، و ذاك إيجاب غير منوط بشيء، ومعنى الإيجاب المنوط أن يكون اقتضاؤه لأصل الفعل في محله منتظرا للعلم بحصول ما أنيط به في محله، و أما حاله بالنسبة إلى اقتضاء مقدمات الفعل، فحال الإيجاب المطلق بعينه، غاية الأمر إن اقتضاه للمقدمات مع الشك في حصول ما أنيط به ضعيف، ومع العلم به يصير بمثابة اقتضاء الإيجاب المطلق بلا فرق، وتفصيل المطلب يطلب في بحث الواجب المشروط من علم الأصول، وهذه الدعوى بعد مساعدة الوجدان لا تحتاج إلى البرهان. هذا هو الكلام في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤١

المبنى بطريق الإجمال.

و أما الإشكال الوارد عليه، فهو أنها لا تستقيم في بعض الموارد، مثل ما أفتوا به من جواز إهراق ماء الوضوء قبل الوقت مع العلم بعدم وجدان ماء آخر في تمام الوقت، وأن وجوب الوضوء مشروط بالدخول ولذا أفتوا بعدم جواز قصد الوجوب به قبل الوقت وهو أيضا مقتضى قوله - عليه السلام -: إذا دخل الوقت وجب الصلوة والظهور فعلى الدعوى المذكورة كان اللازم عدم جواز الإهراق في الفرض المزبور و وجوب حفظه و وجوب الوضوء قبل الوقت إذا علم المكلف بأن الوقت يمر عليه.

و مثل مسألتنا هذه، فإن مقتضى الدعوى فيها وجوب النظر والاستدلال على الصبي الغير البالغ، مقدمه لحصول المعرفة الواجبه عليه في أول زمان بلوغه لو علم بأنه سيبلغ، وكذا وجوب تعلم القراءة و سائر الأحكام المتعلقة بالصلاة و سائر العبادات الواجبه عليه في أول زمان بلوغه، وهذا لا يلائم مع حديث رفع القلم عن الصبي، المقتضى لعدم وجوب ذلك.

و حاصل الجواب: أن القدرة لو كانت شرطا عقليا، فلا شك أنه حينئذ كما يكفي القدرة في الوقت في صحه العقوبة على ترك المقدمات، فكذا تصححها القدرة السابقة على الوقت أيضا مع العلم بوجود الشرط فيما بعد، وإن لم يتمكن منها في تمام الوقت، لكن ربما يجعل الشارع القدرة في الزمان المخصوص شرطا للوجوب، كما لو جعل القدرة على الوضوء في الوقت شرطا لوجوبه،

فيكون حال هذه القدرة الخاصة- أعنى القدرة فى الوقت- حال نفس الوقت، ولا شك أن للمكلف أن يوجد المانع من وجود المعلق عليه الواجب المشروط، فيجوز له أن يمنع من وصول المال إلى حدّ النصاب، أو يسافر فى شهر رمضان، فلا يتوجه إليه الوجوب حينئذ، ولا يكون عاصيا بذلك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٢

و بالجملة: فالمقدمة المعلق عليها الواجب المشروط كما لا يجب تحصيلها على المكلف، فكذا لا يجب عليه حفظها، فيجوز له فى مسألة الوضوء إعدام القدرة فى الوقت التى هى ممّا علقّ عليه وجوب الصلاة مع الوضوء، بإهراق مائه المنحصر قبل الوقت مع العلم بعدم وجدانه بعده.

و كذا يجوز للصبيّ إعدام القدرة على المعرفة الكائنة فى أوّل البلوغ، بتأخر النظر والاستدلال إليه، فمن يتوقّف حصول المعرفة له على النظر فى يوم، جاز له تأخير ذلك إلى أوّل البلوغ، فلا يكون اليوم الأوّل من بلوغه، ظرفا لوجوب المعرفة، لعدم حصول شرطه و هو القدرة الخاصة.

نعم لو حصل هذا الشرط اتفاقا، بأن تصدّى للنظر يوما قبل البلوغ، كانت المعرفة فى اليوم الأوّل أيضا واجبة، و أمّا بالنسبة إلى اليوم الثانى و ما بعده، فالقدرة فى زمان البلوغ التى هى الشرط، حاصلة، بمعنى أنه يقدر على النظر فى اليوم الأوّل ليحصل له المعرفة فى اليوم الثانى، فيصدق أنه قادر على المعرفة الكائنة فى اليوم الثانى مع قطع النظر عمّا قبل بلوغه.

و كذا الكلام فى تعلّم القراءة و سائر الأحكام، فإنّ القراءة مثلا، لو توقّف تعلّمها على شهر و لم يتعلّمها قبل البلوغ، فالصلاة بالقراءة الصحيحة ليست واجبة فى حقّه فى الشهر الأوّل من بلوغه.

و الحاصل أنا نلتزم فى مسألة الوضوء بأنّ الوجوب معلق على القدرة فى الوقت، و فى مسألة الصبي بأنّ وجوب المعرفة و كذا الصلاة التامة الأجزاء و الشرائط، كما أنه معلق على البلوغ فكذا على القدرة فى زمان البلوغ، و يرتفع الإشكال فى كلتا المسألتين كما عرفت.

### [الأمر الرابع عبادات الصبي مشروعة أو هى للتمرين؟]

ثمّ إنّه وقع النزاع بين الفقهاء- رضوان الله عليهم- فى أنّ عبادات الصبي مشروعة أو هى للتمرين؟ فذهب فريق إلى الأوّل و فريق إلى الثانى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٣

و لكن لا يخفى أنّ النزاع على هذا الوجه غير معقول، إذ لا شك أنّ تمرين الآباء و الأمّهات لصبيانهم أمر مرغوب مطلوب عند الشارع، و لا معنى بالمشروعية إلّا ذلك.

ثمّ إن لازم محبوبيّة التمرين كون نفس العمل الصادر من الصبي أيضا محبوبا و مطلوبا عنده، و لا ينفك محبوبيّة الأوّل عن محبوبيّة الثانى، فيكون نفس العمل أيضا مشروعا، أى محبوبا للشارع و راجحا عنده.

نعم بعد الفراغ عن رجحان نفس العمل الصادر من الصبي يقع الكلام فى أنّه هل هو مشترك فى الآثار مع العمل الصادر عن البالغين؟ فيكون صلاته ناهية عن الفحشاء، و صومه جنة من النار، كصلاتهم و صيامهم. و بالجملة: فهما عمل واحد و حقيقة واحدة، غاية الأمر إنّه صار واجبا فى حقّ البالغين و مستحبّا فى حقّ الصبي. أو أنّهما حقيقتان مختلفتان، و كلّ منهما له فائدة خاصّة به، فعمل البالغين فائدته النهى عن الفحشاء و الستر عن النار، و عمل الصبيّ فائدته اعتياد الصبيّ بإتيانه لئلا يسامح فيه بعد البلوغ، و تظهر الثمرة بين الوجهين فيما لو بلغ الصبيّ فى أثناء العمل أو فى أثناء الوقت و قد أتى بالعمل فى أوّله، فعلى الوجه الأوّل يكون ما أتى به من الأجزاء السابقة أو تمام العمل مجزيا، فلا يجب عليه الإعادة، لأنّ ما هو المطلوب صدوره منه هو حقيقة الصلاة مثلا، و قد حصلت، غاية الأمر

إنّ ما حصل يكون بوصف الاستحباب و ما طلب يكون بوصف الوجوب، و مجرد ذلك لا يجدى في وجوب الإعادة، لعدم دخل لهذين الوصفين في الغرض.

و على الثانى: لا يكون مجزيا، إذ المفروض اختلاف الحقيقتين، أعنى حقيقته ما حصل و حقيقته المطلوب. و لا بدّ من استفادة ذلك من الأخبار الواردة في عبادات الصبى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٤

فنقول: قد ورد بعدم كفاية حجة عن حجة الإسلام النص الخاص، و استثنى منه الفقهاء - رضوان الله عليهم - ما إذا بلغ في المشعر، و ليس هذا الاستثناء المذكور في الخبر، و إنّما فهموه بتقيح المناط ممّا ورد في الحائض و العبد إذا طهر الأوّل و أعتق الثانى فى الموقف، و أمّا الأخبار الأخر الواردة فى غير هذا الباب، فهى مختلفه المفاد، فيظهر من بعضها - و هو بعض ما ورد فى صومه - كونه من باب التعود، و من بعضها - و هو ما ورد فى جواز الاقتداء به - كون صلواته كصلاة البالغين.

و بالجملة فلا يمكن استفادة شىء من الوجهين من الأخبار، مع أنّ الظاهر من جعل عمل مترتباً على شىء ثم الأمر به - كما هو الحال فى العبادات بالنسبة إلى البلوغ - هو لزوم كون العمل بجميع أجزائه مترتباً على هذا الشىء و عدم كفاية وقوعه قبله أو وقوعه بعض الأجزاء قبله و بعضها بعده، كما هو الحال فى الصلاة بالنسبة إلى الوقت، فتحصل أنّ الأجزاء على خلاف القاعدة، مع أنّ المشهور على خلافه.

و أمّا توجه الأمر الندبى إلى الصبى، فلا مانع منه، و حديث رفع القلم لا يقتضى أزيد من ارتفاع الأحكام الوجوبية و التحريمية. و أمّا بعض الأمور المتوقّفة على القصد، كاللقطة إذا قصد التملك و كان أنقص من الدرهم، و كالتملك بالحيازة مع قصده، و كحق السبق و حق التحجير، و نظائر ذلك ممّا يصير منشأ لحكم وضعى إذا وقع مع القصد، فالظاهر جريانها فى حقّ الصبى و عدم اختصاصها بالبالغين، و إن لم يكن فعله ذلك بإذن الولى، لعموم أدلّة سببته هذه الأفعال لهذه الآثار، و عدم منافاة رفع القلم لشمولها للصبى كما هو واضح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٥

### الأمر الخامس عقود الصبى و إيقاعاته

و أمّا عقود الصبى و إيقاعاته، فقد وردت أخبار كثيرة بنفوذ وصية البالغ عشرين، من غير تقييد بصورة إذن الولى. و قيل بذلك - أى بالنفوذ حتى بدون إذن الولى - فى التدبير و العتق و الطلاق و الوقف.

و ورد به أخبار أيضاً، لكنّها ضعيفة السند، فحكم هذه العقود حكم غيرها.

نعم لو كان التدبير نوع وصية شمله دليلها.

و أمّا غير هذه العقود من البيع و الصلح و النكاح و الإجارة و غيرها، هل هى نافذة مطلقاً أو غير نافذة مطلقاً، أو نافذة مع الإذن أو الإمضاء و غير نافذة بدونهما؟

مجمل الكلام فيه أن يقال: لا إشكال فى عدم نفوذ هذه العقود على وجه كان الصبى مستقلاً بالتصرف، و الدليل عليه قوله تعالى وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ حَيْثُ دَلَّ عَلَىٰ اشْتِرَاطِ دَفْعِ مَالِ الْيَتِيمِ إِلَيْهِ بِحَيْثُ صَارَ هُوَ الْمُسْتَقِلَّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ، بثبوت رشده علاوة على بلوغ النكاح.

و قوله - عليه السلام -: «الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع» إلى آخره.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٦

فإن المراد بالجواز هو النفوذ والاستقلال في التصرف.

و أما تصرفه بإذن الولي، إما بأن أوكل إليه أمر المعاملة بجميع خصوصياته، وإما بأن أوكل إليه إجراء الصيغة فقط بعد مباشرة نفسه للمقولة و طى المعاملة، فقد استدل عليه أولاً بالشهرة المحققة، والإجماع المنقول في عبارات بعض.

وفيه: أن المحصل من الإجماع غير حاصل، و المنقول منه غير حجة.

و ثانياً: بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ». بتقريب: أن الاستفادة منه أن الصبي كالجماد، فعبارته غير مؤثرة.

وفيه: أن المتبادر من رفع القلم ارتفاع قلم المؤاخذه و التكليف، فلا يشمل الأحكام الوضعية.

فإن قلت: بل و لو سلم شموله لها، فنقول: لا ينافي ذلك كون عمل الصبي موضوعاً لتكليف غيره، فيكون بيعه منشأ لحدوث تكليف في حق الولي، بدفع المبيع إلى المشتري و إقامة الثمن مقام المبيع.

قلت: نتعلل كون عمل الصبي موضوعاً لحكم غيره في غير هذا الموضوع، كما لو طرح النجاسة في المسجد، فيصير منشأ لحدوث التكليف بالإزالة بالنسبة إلى البالغين. و أمياً في هذا الموضوع فلا نتعلله، إذ بعد ما فرض شمول الخبر للأحكام الوضعية، فلا يكون لإنشاء الصبي حكم و ضعى أصلاً، بل يكون لغوا كالعدم، و موضوعية بيعه لحكم غيره فرع تأثيره للملك كما هو واضح، فإذا لم يؤثر شيئاً بحكم الفرض، لم يعقل كونه موضوعاً لحكم الغير.

و ثالثاً: بقوله في الأخبار المستفيضة: «عمد الصبي و خطأه واحد»، فإن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٧

الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنایات و لكن لا إشعار في نفس الصحيحة و لا غيرها بالاختصاص، فالأفعال التي يعتبر في ترتب حكم عليها وقوعها بالقصد، إذا صدرت من الصبي مع القصد، تكون كما إذا صدرت من غيره بلا قصد، فعقد الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الخاطي و النائم و إيقاعاتهم.

و اعترض عليه السيد المحشى - دام ظلّه - بأن في بعض الروایات عقيب هذا قوله: «يحمله العاقلة» و هذا يدل بالاختصاص بباب الجنایات، و هذا كالصريح في أنه لو لم يكن القيد مذكوراً، فالعبارة المذكورة يمكن إطلاقها بالنسبة إلى أبواب العقود.

أقول: و يمكن منع ذلك، بأن مورد الرواية و العبارة المسطورة ما إذا كان للعمل قسماً: عمدى و خطئى مع محفوظية عنوان أصل العمل في كلا القسمين، و كان لكل منهما حكم في الشريعة، فمفاد الرواية: أن القسم العمدي من هذا العمل لو صدر من الصبي كان بحكم الخطئى الصادر من البالغ، و هذا المعنى ظاهر الانطباق على باب الجنایات، فإن القتل مثلاً يمكن تحققه على وجه العمد و على وجه الخطأ مع محفوظية عنوانه في كليهما، و حكم عمد القصاص أو الدية، و حكم خطأ ثبوت الدية على العاقلة.

و أما في باب العقود فلا يمكن إجراؤه، إذ حقيقة العقد لا يتحقق و لا يتقوم إلا بالقصد و العمد، و لا يكفي فيه مجرد اللفظ مع عدم التفات القلب، فالخطأ فيه غير متصور.

و أما أخبار جواز أمر الغلام، فقد عرفت حالها و أنها لا تدل على أزيد من نفى الاستقلال.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٨

و إذا فالمرجع هو عمومات لزوم الوفاء بالعقود، و القدر المتيقن تخصيصها بصورة استقلال الصبي بالمعاملة من دون سبق إذن من الولي و لا لحوق إجازته.

و أما صورة المسبوقية بالإذن فلا شك أن خروجها مستلزم لزيادة التخصيص، فيتمسك فيها بالعمومات.

و أمياً صورة الملحوقية بالإجازة، فلا يمكن التمسك في إدخالها بالعموم الفردي، و هل يمكن بالعموم الزماني؟ بأن يقال: إن هذا

العقد و إن كان إلى حين الإمضاء غير لازم الوفاء لكنه يصير من هذا الحين كذلك، لعموم لزوم الوفاء لجميع الأزمان، فالكلام فيه هنا هو الكلام فيه في الأجنبي البالغ، و يأتي في باب الفضولي إن شاء الله تعالى تفصيله.

ثم إن المصنف - قدس سره - أراد أن يصحح الاستدلال بحديث رفع القلم على لغوية معاملات الصبي، بملاحظة صدر الرواية التي وقع هذا الحديث في ذيلها، و هي قوله في جناية المجنون و الصبي:

«و عمدهما خطأ يحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم».

فقال ما حاصله: أنه لا بدّ و أن يكون بين الفقرة الأخيرة و الفقرة الأولى مناسبة، و هي بأن يكون بينهما العلية و المعلولية، إما يكون الفقرة الأولى علمه و الثانية معلولة، و إما بالعكس. فيكون المعنى على الأول: لما كان عمدهما بحكم الخطأ رفع عنهما القلم، و على الثاني: أنه لما كان القلم مرفوعاً عنهما صار عمدهما بمنزلة الخطأ، و على أي حال لما كان القصاص من العقوبة الدنيوية، فذكر الحديث في مقامه يدل على كونه شاملاً للمؤاخذه الدنيوية أيضاً، و حينئذ فنقول: الحكم على الصبي بكون ماله مالا للغير بسبب البيع - مثلاً - نوع مؤاخذه مائية فيدلّ الحديث على رفعها، و على هذا فكلّ التزامات الصبي على نفسه لا تفيد بمقتضى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٩

رفع قلم المؤاخذه عنه إلزاماً، بل يمكن تعميم ذلك لصورة إذن الولي أيضاً، إذ المؤاخذه المرفوعة شاملة للمؤاخذه التي أذن فيها الولي.

أقول: الحديث الشريف في حدّ نفسه مسوق لرفع العقوبة و الجريمة عن الصبي، سواء كانت أخروية أم دنيوية، فهو بنفسه يدلّ على رفع الحدود عنه، و كذا القصاص و الدية و القتل، و بينونة الزوجة و المال في الارتداد و نظائر ذلك مما يكون مجعولاً بعنوان المؤاخذه و الجريمة على العمل. نعم يبقى الكلام في التعزير، و هو خارج عن عموم الحديث بالدليل. و بالجملة: فلا حاجة في إحراز عموم الحديث للعقوبة الدنيوية إلى ملاحظة وقوعه في هذه الرواية.

ثم دعوى أنّ صيرورة مال الصبي مالا للغير بالتزامه البيعي و نحوه نوع مؤاخذه. لا يخفى ما فيها، إذ إيقاع المعاملة و دفع المال و أخذ العوض بغرض عقلائي ليس فيه مؤاخذه أصلاً، فما يمكن أن يقال به في المقام: إنّ صورة تفويض الولي تمام النظر في المعاملة إلى الصبي من دون أن يكون للولي دخل بل و لا اطلاع - كما هو الغالب من وضع الأطفال في الدكاكين و إيكال أمر البيع و الشراء إليهم من دون اطلاع الولي على خصوصيات معاملاتهم - يمكن فهم حكمها من أدلّة حجر الصبي و الأمر بدفع أموالهم إليهم بعد إيناس الرشد منهم بعد بلوغ الحلم، فإنّ الظاهر من تلك الأدلة: أنّ الصبي نظره ملغى عند الشارع، و حينئذ فكيف يمكن أن يؤثر إذن الولي في اعتبار نظر الصبي و ترتيب الأثر عليه، و لو أمكن ذلك لإذنه الشارع، فإنّ إذنه أعظم بمراتب من إذن الولي، فحيث لم يأذنه بل نهى الأولياء عن دفع الأموال إليهم، يكشف عن أنّ نظره ليس منشأ للآثار، و لا يقبل أن يصير محللاً لاعتناء الشارع، و بالجملة من لم يعتن بنظره الشارع كيف يمكن أن يجعله الولي معتنى به.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٠

و أما صورة مباشرة الولي لتمام خصوصيات المعاملة و إذن الصبي لمجرد إجراء الصيغة، فمما لا مانع منها، إذ لا دليل على مسلوئية عبارة الصبي و عدم ترتيب أثر عليها أصلاً، كيف و عبارته في الصلاة مؤثرة على ما مرّ من كون العبادة مستحبة في حقّه، و كذا فحشه موجب لتعزيره، بل على هذا لا مانع من توكيل الغير إياه في مجرد إجراء الصيغة للمعاملة المتعلقة بهذا الغير، من دون حاجة إلى إذن وليه هنا. نعم في إجراء الصيغة لمعاملة نفسه يحتاج إلى إذنه حتّى يصحّ استناد المعاملة إلى الولي.

ثمّ إنّ يظهر من المصنف أنّه جعل خروج التعزير من عموم رفع القلم من باب التخصص، حيث جعل القلم المرفوع هو القلم الموضوع على البالغين، مثلاً:

السرقه في حق البالغين موجبه لقطع اليد، فهو مرفوع عن الصبي إذا سرق، و هكذا. و هذا لا ينافي جعل قلم آخر عليه كالتعزير.

و لكنّ الظاهر أنّه من باب التخصيص، إذا الظاهر ارتفاع مطلق قلم المؤاخذه. و لا داعى لدعوى الاختصاص بالقلم الموضوع على البالغين، و إن كان هو الفرار عن التخصيص، فالتخصيص لازم على أى حال فى موارد ثبوت التعزير على البالغين. و أما قبول الصبى فى الهبة، فلا مانع منه، إذ ليس تصرفاً فى المال، بل هو تحصيل له، فيكون كسائر الأسباب المملّكة الموقوفة على القصد كالالتقاط و الحيازة، فكما لا يكون قصده ملغى هناك حتى فى صورة عدم إذن الولى فلا بدّ أن يكون كذلك هنا. نعم هو محجور عن التصرف فى المال الذى حصل له من هذه الوجوه بعد ذلك. مضافاً إلى إمكان التمسك لعدم إلغاء قصده فى المقام بأخبار جواز إعطاء كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥١

الصدقات و الزكوات و الفطر إلى أطفال المؤمنين. و دعوى كونها مسوقة لبيان أصل جواز الإعطاء، فلا- ينافى لزوم كون المتولّى للأخذ هو الولى، مخالفة لظاهرها.

و حاصل الكلام فى معاملات الصبى: أنّ استقلاله فيها بحيث كان أمر المعاملة تحت نظره- سواء كان بإذن الولى أم بدونه- غير جائز، و أمّا لو كان تمام أمر المعاملة تحت نظر الولى، و إذن الصبى فى مجرّد إجراء الصيغ، أو فى مجرّد الإعطاء و القبض فى المعطاء، فهو جائز، فهنا دعويان: و الدليل على أولاهما الآيه السابقة، حيث علّق فيها دفع أموال اليتامى إليهم على رشدهم بعد البلوغ، و أخبار جواز أمر الغلام على ما مرّ من أنّ الاستفادة منها نفى الاستقلال فى المعاملة.

و أمّا الثانية: فالدليل عليها أنّ العمومات مقتضية للصحة، و القدر المتيقّن من المنع الاستفادة من كلمات الأصحاب هو غير هذه الصورة، و خبر رفع القلم و عمد الصبى قد عرفت عدم جريانها فى المقام، و الآيه و خبر جواز أمر الغلام ناظران إلى ما إذا كان العمدة فى إيقاع المعاملة هو الصبى بحيث صحّ نسبتها إليه فلا يشملان ما إذا كانت منسوبة إلى الولى، و لم يكن للصبى استقلال أصلاً، بل كان بمنزلة اللسان و الآله للولى.

و من هنا يظهر وجه ما ذكره المصنف- قدس سرّه- فى مقام ردّ الاستدلال بحديث رفع القلم فى الإيراد الثالث بقوله: ثالثاً و اندفاع ما اعترضنا عليه سابقاً، و ذلك لأنّ الاعتراض إنّما يتم لو كان البيع مضافاً إلى الصبى إذ حينئذ يقال: نفوذه خلاف الفرض من ارتفاع الأحكام الوضعيّة فى حقّ الصبى، و عدم نفوذه ينافى مع دعوى كونه موضوعاً للتكليف الغير. و أمّا لو كان الصبى واسطه لتمامية بيع غيره، بحيث إذا تمّ بواسطة عمل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٢

الصبى نسب إلى الولى، بمعنى أنّ الولى كان هو العمدة فى إيقاع المعاملة و لم يكن الصبى إلّا مجرّد الآله بحيث لا ينسب إليه البيع أصلاً، نظير ما إذا تساوم كبيران و تقاولا مدّة حتى إذا استقرّ رأيهما على البيع بالوجه الخاص، و كلا رجلا بالغا لإجراء الصيغ، حيث إنّ هذا الرجل ليس إلّا واسطه لتصحيح بيع الكبيرين، فلا- منافاة بين ارتفاع الأحكام الوضعيّة فى حقّ الصبى و كون عمله موضوعاً لتكليف غيره كما هو واضح. و بالجملة: فمجرّد آليه الصبى فى المعاملة المتعلقة بماله أو مال غيره ممّا لا مانع منه.

ثمّ إنّ فرق فيما ذكرنا- من المنع من استقلال الصبى و لو كان بإذن الولى- بين المحقّرات و المجلّلات، فعلى هذا لا يجوز له بيع البقل- مثلاً- إلّا إذا جعله الولى «باقه باقه»، و ميّز بين الباقيات، و قال له: بع كلاً من هذه بفلس مثلاً، بحيث كان المفوض إلى الصبى مجرّد الإعطاء و الأخذ.

ثمّ إنّ المصنّف لما التزم بسلب عبارة الصبى، و كانت رواية السكونى مخالفة لهذا، حملها على محامل، فينبغى التعرّض لها و لمعناها. فنقول: قد روى السكونى عن الصادق- عليه السلام- أنّه قال: «نهى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده، لأنّه إن لم يجد سرق» و ليس المراد بالكسب معناه المصدرى، بل المراد المال المكتسب، و هذا النهى إرشادى، بقريته تعليقه باحتمال السرقة، فمفهومه أنّه لو علم من الخارج أنّه صادق فى دعواه، فيجوز أخذ كسبه. فهذا يدلّ على ثبوت كسب



للصبي في الجملة، إذ لو لم يكن له كسب أصلاً لم يكن وجه للتعليل بالاحتمال المزبور، بل كان الأخذ منهياً عنه حتى لو علم بصدق دعواه، فيكون مخالفاً لما ذكره - قدس سره - من وجهين:

الأول: من حيث جواز توليّه إجازة نفسه بدون إذن الولي، والثاني: لو سلمنا عدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٣

جواز ذلك وأنه لا بد من أن يكون المتولّي هو الولي، لكن يظهر من الرواية جواز قبض الصبي مال الإجارة الذي ملكه على المستأجر، فهذا مخالف لما ذكره - قدس سره -: من أن قبض الصبي لا يعين الكلي في الخارج. لكنّه - قدس سره - حمله على مثل ما يكتسبه من التقاط، و مال الإجارة فيما إذا أوقع الولي الإجارة، وأجرة المثل عن العمل فيما إذا أوقعها الصبي بدون إذن الولي، أو أمر بالعمل من دون إجارة. لكن هذا الحمل لا ينفعه - قدس سره - إذ على هذا تكون الرواية مخالفة لما ذكره في قبض الصبي.

والأولى على ما ذكرنا حمل الرواية على ما إذا كان العمدة في إيقاع الإجارة هو الولي و كان الصبي آله.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٤

### [الشرط الثاني القصد إلى المدلول]

مسألة

قال - قدس سره الشريف -: (مسألة: و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به).

أقول: لا إشكال في أن التكلم بالصيغة بدون خطور المعنى في الذهن - الذي يعبر عنه بالإرادة الاستعمالية - ليس بعقد، بل مجرد لفظ مهمل، وكذا لو كان مع خطوره ولكن لم يتعلّق القصد الجدي بوقوع مضمونها، فحينئذ وإن كان اللفظ مستعملاً لكن لم يتحقّق العقد، كما في عقد الهازل، وهذا يعبر عنه بالإرادة الجدية، والأولى تنفك عن الثانية في الأخبار و في الإنشاءات.

أمّا في الأخبار، فكما في الكنايات، فإنّ من قال: زيد كثير الرماد، يتصوّر عند تكلمه معاني هذه الألفاظ، و لكن ليس غرضه الانتقال إلى نفسها، بل إلى لازمها وهو الجود، ولذا لو لم يكن له رماد و كان جواداً، لم يكن كذباً أصلاً أو هو كذب محلّل.

و أمّا الأخبار الكاذبة، فالغرض الجدي متعلّق بمدليلها، وليس المتكلم بها كمن تكلم بالقضية الخبرية هازلاً بالوجدان.

و أمّا في الإنشاءات، فكما في عقود الهازل و كمن أنشأ الطلب لا - لغرض وقوع المطلوب في الخارج، بل للاستهزاء أو التعجيز أو الامتحان أو نحو ذلك، فهذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٥

الإنشاء لا يؤثر في لزوم الإطاعة حتّى في الأخير بحسب اللب، بخلاف ما لو كان الغرض وقوعه، فإنّ الإنشاء حينئذ مؤثّر في لزومها.

و من هنا ظهر أنّه لا وجه لما في كلامه - قدس سره - من تشبيه الإنشاءات الهزلية بالأخبار الكاذبة، فإنّ الأولى - على ما عرفت - خالية عن الإرادة الجدية، و الثانية مشتملة عليها، هذا، و الإرادة الجدية لا تنفك عن الأخرى.

ثمّ إنّه نقل عن الشهيد الثاني دعوى: أنّ الفضولي و المكره غير قاصدين إلى مدلول العقد، و ليس المراد هذا الذي ذكرنا اعتباره في العقد، فإنّ تحقّق هذا في حقّهما ممّا لا شكّ فيه، بمعنى أنّ لهما القصد إلى وقوع المنشأ جداً.

نعم عقد المكره ليس عن طيب النفس بمعنى الرضا بالبيع بعنوانه الأوّلي، و إنّما رضاه به حصل ثانياً و بالعرض، و للخوف من العدو، و لسنا نعتبر في العقود إلّا الرضا بهذا المعنى.

ألا ترى أنّ من كان ملجأً إلى بيع داره لنفقة عياله أو لأداء الدين المضيق، يكون بيعه صحيحاً، مع أنّه ربّما يكون فاقداً لطيب النفس، بل يمكن أن يقال:

إنّه ليس المراد بطيب النفس إلّا مجرد الرضا، و لو كان متعلّقاً بالعنوان الثانوي، و لهذا يقال: طاب لى الموت، فعلى هذا لو لم يكن في

البين حديث رفع ما استكروها عليه، الذي استشهد به الإمام - عليه السلام - في الوضعيات، لكان عقد المكره صحيحا بلا اشكال بمقتضى القواعد كعقد الملجأ. نعم لو كان مورثا أو غير قاصد للمعنى أصلا، لم يتحقق العقد من هذه الجهة.

ثم إنه نقل عن بعض المحققين: أنه ذكر في المقام فروعا، وجعلنا مبتنية على أنه هل يعتبر - علاوة على القصد الجدوى إلى مدلول الصيغة - تعيين المالكين اللذين يكون منهما وإليهما النقل والانتقال في البيع أو لا؟ وذكر أن المسألة في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٦

غاية الإشكال، واضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس الله أرواحهم - في تضاعيف أبواب الفقه.

ثم اختار - قدس سره - تفصيلا، وحاصله: أن العوضين لو كانا شخصيين، فمعلوم أن كلا منهما ينتقل إلى مالك الآخر، فلا حاجة إلى التعيين وإن كان أحدهما أو كلاهما كليتا، وكان من يصلح للمالكية متعددا، فالتعيين لازم.

مثال ذلك: لو كان شخص واحد وكلا عن شخصين في شراء أربعة أذرع من كرباس مثلا، أو ولنا للصغيرين، فإنه لو اشترى أربعة أذرع من كرباس معين بأربعة قرانات في الذمة، كان المشتري ومن يصلح لأن يكون صاحبا للذمة مرددا بين ثلاثة، نفسه والموكلين أو الصغيرين. وكذا لو كان وكلا عن أشخاص كثيرين أو ولها على أطفال.

وما أفاده في تعليل ذلك وجهان: الأول: أنه لو لم يعين المالك في هذا الفرض، لزم أن يكون المال بلا مالك واقعا. والثاني: يلزم أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، ولا بشيء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك، ولعل المراد أنه لم يعلم أن العقد وقع لهذا الشخص أو لذاك، فيكون راجعا إلى الوجه الأول.

أقول: يمكن أن يقال: إنه كما يمكن جعل المبيع كليتا - كما في بيع صاع من الصبرة، فإنه يصير المشتري بعد البيع مالكا لصاع كلّي مردد بين أفراد محصورة وهي ما اشتمل عليه الصبرة - كذلك يمكن عكس ذلك، وهو أن يكون المبيع معيناً والمشتري كليتا مرددا بين أفراد محصورين، كما في المثال المتقدم، فإن الأربعة الأذرع من الكرباس المعين يصير بعد البيع ملكا للشخص الكلّي المردد بين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٧

ثلاثة أشخاص.

ودعوى أن المالية لا تتقوم في الكليات والذمم إلا بإضافتها إلى شخص معين، والذمة المضافة إلى الواحد المردد بين أشخاص غير محصورين أو محصورين ليست بمال، مدفوعة، بأننا لا نتعلق من مالية الكلّي في الذمة - فيما إذا كانت الذمة مضافة إلى معين - إلا اقتدار مالكة على تحصيله في فرد معين من صاحب الذمة، وهذا المعنى بعينه موجود فيما إذا كان من أضيف إليه الذمة مرددا بين جماعة محصورين، فإنّ البائع مثلا مقتدر على تحصيل هذا الكلّي من بين تلك الجماعة، غاية الأمر أنه متى أراد ذلك يتوسل فيه إلى تعيين الوكيل أو الولي المذكورين المشتري من بين الجماعة، ثم يرجع إلى من عين، ويطالب الكلّي منه، فتحصيل المال من صاحب الذمة هنا أيضا مقدور غاية الأمر إنه مع واسطة التعيين، والمقدور بالواسطة مقدور.

و أمّا صيرورة المال كالمبيع في المثال بعد البيع وقبل تعيين المشتري بلا مالك معين، فلا ضير في الالتزام به بعد تحققه في نظائر المقام. ألا ترى أنه لو وصّى أحد بكون مال معين من أمواله ملكا للفقير، فبعد الموت وقبل تعيين الورثة، هل يكون المالك للمال المعين إنما كليتا مرددا بين أفراد غير محصورين؟ وكذا حقّ الزكاة، فإنّ مالكة أيضا قبل تعيين من عليه الزكاة كلي مردد بين فقراء العالم. وعلى هذا فيلزم صحة البيع فيما إذا قال البائع بأعلى صوته في وسط السوق مثلا: بعث هذا الثوب ممن اشتراه منّي بكذا، فقال عقيب هذا متصلا رجل: قبلت.

و يؤيد ما ذكرنا - من جواز كون المشتري واحدا مرددا بين محصورين - ما ذكره في بابي الطلاق والعق، من أنه لو قال: إحدى زوجاتي طالق، أو أحد عبيدي حرّ، يقع الطلاق أو العتق صحيحا، ثم إذا عين واحدة من الزوجات أو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٨

واحدًا من العبيد، صارت المعينة طالقًا، و صار المعين حرًا.

بل كون المشتري كليًا في البيع أيضًا واقع. مثاله: لو اشترى متولّي الدار الموقوفة على الفقراء من مال الوقف بابا لها مثلاً، فلا شك أنّ هذا الباب ينتقل إلى صاحب الثمن و هو عنوان الفقير، فإنّ المال مال الموقوف ليس ملكًا مشاعًا بين الفقراء، و لهذا يجوز للمتولّي صرفه في مصرف فقير واحد، بل هو نظير حق الزكاة ملك للكلي.

ثمّ ما يكن القول به في المقام أن يقال: لا شكّ في أنّه يعتبر في البيع أن يكون التعاوض بين المالكين، فإذا كان العوضان شخصيين فلا إشكال.

و أمّا إذا كان أحدهما أو كلاهما كليًا، فلا إشكال في أنّ نفس المفهوم الكلي ما لم يلاحظ معه وجود إمّا في الذمّة أو في الخارج ليس بالمال، و لا يبذل العقلاء بإزاء الآلاف منه فلسًا، كما أنّه لو اعتبر بلحاظ الوجود في ذمّة الشخص المعين، فلا شبهة في ماليته و بذل المال بإزائه. و كذا لو اعتبر بلحاظ الوجود في الخارج، كما لو لوحظ الصّاع مجرّد عن جميع الخصوصيات و مقيدًا بالوجود في الصبرة المشاهدة. و بالجملة: فلا إشكال في صحّة وقوع الكليّ بأحد هذين الاعتبارين عوضًا في البيع لكونه مالا.

و أمّا لو لوحظ الكليّ باعتبار الوجود في ذمّة الكليّ، فإن كان الكليّ صاحب الذمّة مالكا للمال، فتكون ذمته أيضًا متموّلة، فيكون الكليّ المضاف إلى ذمته كالكليّ المضاف إلى ذمّة الشخص، غاية الأمر إنّ المطالب هنا متولّي مال الكليّ و هناك نفس الشخص، و ذلك كما في مثال شراء الباب للدار الموقوفة على الفقراء إذا جعل الثمن كليًا، فيكون المديون ذمّة الفقير الكليّ، و المطالب هو المتولّي. و بالجملة فالكلي بهذا الاعتبار أيضًا مال، فلا مانع من جعله عوضًا في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٥٩

البيع.

و أمّا لو لم يكن الكليّ الجامع مالكا كعنوان «ابن بكر»، فإنّ المالك خصوص زيد أو عمرو أو خالد مثلاً، و لا مالكية لهم من حيث هم أفراد لابن بكر، و كذا الواحد المرّد بين الوكيل و موكله أو الولي و الصغيرين، فإنّ الواحد المبهم واقعا المرّد بين هذه الجماعة من حيث هو هذا العنوان لا مال له، و إنّما المال لخصوص كل واحد من أفرادها، فذمّة هذا الكليّ أيضًا غير متموّلة، بمعنى أنّ الكليّ المضاف إلى ذمته ليس بمال، فلا يصحّ جعله عوضًا في البيع و لا يجدي صيرورته بعد التعيين مالا، إذ المعتبر المائيّة حال البيع حتّى يصير المال بإزاء المال، فلا بدّ حينئذ من تعيين المالك حال البيع - كما ذكره هذا المحقق - لأجل أن يصير الكلي مالا حال البيع. هذا إذا كان أحد العوضين أو كلاهما كليًا.

اراكي، محمد علي، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ١، ص: ٢٥٩

و أمّا لو كان كلاهما شخصيا فحينئذ هل يعتبر تعيين المالكين أو لا يعتبر مطلقًا، أو لا يعتبر ما لم يقصد الخلاف فإذا قصد بطل البيع؟ جعل المحقق المذكور الأخير أقوى، و الوسط أوسط، و الأوّل أشبه بالأصول.

و وجه شبهة الأوّل بالأصول أنّ الأصل في جميع ذوات الأسباب عند الشك في تحقّق السبب هو العدم.

و وجه أوسطيّة الوسط أنّ عمومات صحّة البيع و العقد شامله للمقام، إذ لا شك في كون البيع الخالي عن تعيين المالك مع كون العوضين شخصيين، عقدا و بيعا.

و وجه أقوى الأخر أنّ الجّد في إرادة البيع ينافي الجّد في إرادة نقل المال إلى غير مالكة، فإنّ مقتضاه نقل كلّ من المالكين إلى مالك الآخر، لأنّ هذا معنى البيع و حقيقته، فلا يمكن الجّد في كلتا الإرادتين، فلا بدّ من إلغاء إحداهما و صوريتها،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٠

و حيث لا ترجيح تعيين البطلان.

و نظير هذا أورد على من صحح بيع الفضولي لنفسه بالإجازة، فيقع للمالك فإن قصد حقيقة البيع جدا ينافي مع قصد انتقال الثمن إلى نفسه، و الإجازة إنما تؤثر فيما إذا تحقق الجدد في إنشاء البيع من الفضولي.

و لكن الحق أنه غير المقام، سواء صححناه بالإجازة أم أبطلناه من الأصل، لأنه إن صححناه نقول: بأن الفضولي قاصد جدا إلى البيع، أعني: نقل كل من المالكين من مالكة الواقعي إلى المالك الواقعي للآخر، غاية الأمر إنه يقول: أنا المالك للمثمن، فلا بد أن ينتقل الثمن إلى، فالإجازة مصححة لأصل قصده إلى إنشاء البيع، فيلغى تنزيله نفسه منزلة المالك الواقعي.

و لا يخفى أن هذا الجواب غير متمشٍ هنا، إذ الفرض أن البائع مثلا يريد أن يتقل الثمن من ملك المشتري إلى ملك الثالث بإزاء نقل المثمن من ملك نفسه إلى ملك المشتري، بدون أن ينزل الثالث مقام نفسه في مالكية المثمن، و يرى نفسه فضوليا حتى يرتفع محذور التدافع و يتحقق منه الجدد في إنشاء البيع و يصير التنزيل لغوا، بل هو في حال البيع يرى نفسه مالك المثمن، و مع ذلك أراد نقل الثمن ابتداء إلى الثالث، فلا محالة يكون بين هذه و إرادة البيع تهافت و تدافع، فيتعين البطلان.

و إن أبطلناه من الأصل فليس ذلك لأجل التدافع في القصد، بل لمنع الانحلال و أن الغاصب في بيعه، حاله حال من يزعم مال الغير ماله، فيبيعه، بمعنى أن معروض قصده ليس إلا المعاملة الخاصة بخصوصية إضافتها إلى نفسه، بحيث يكون للخصوصية مدخل في قوام قصده. و بعبارة أخرى ليس الصادر منه إلا قصد واحد بسيط متعلق بشيء واحد بسيط، و هو المعاملة الخاصة، و ليس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦١

قصده على وجه ينحل إلى قصد أصل البيع و تطبيق عنوان المالكية على نفسه.

فهذا نظير ما ذكره في باب الجماعة: من أن المأموم لو قصد الاقتداء بزيد مثلا على وجه التقييد، بأن يجعل الإمام في قصده هو الشخص الحاضر، المتخصيص بزعمه بخصوصيات الزيدية من حيث هو كذلك، فبان أنه عمرو، بطلت صلاته و إن كان عمرو عادلا عنده، بخلاف ما إذا كان قصد الخصوصية الزيدية على وجه الداعي و كان المنظور في مرحلة الاقتداء هو الشخص الحاضر بتجريده عن جميع الخصوصيات، فإنه حينئذ لو كان عمرو عنده عادل صحت صلاته، و إن كان المأموم ممن لو علم بأنه عمرو من الابتداء لم يقتد به، فلم يحكموا في الصورة الأولى بانحلال قصده إلى الاقتداء بالإمام العادل و تطبيقه على زيد.

و ما نحن فيه نظير هذه الصورة، و حينئذ فوجه البطلان: أن الإجازة لو صححت البيع للغاصب كما أنه قصد كذلك، فهذا غير معقول، و إن صححته للمالك فكذلك، لأن البيع للمالك مخالف لما قصده الغاصب، و الإجازة إنما تتعلق بالمقصود. فعلم أن بيع الفضولي لنفسه على أي حال خال عن محذور التدافع هذا.

و أمّا صورة عدم تبيء الخلاف مع عدم تعيين المالكين المنتقل منهما و إليهما، فهي مشمولة للعمومات، لصدق عنوان العقد و البيع عليها، و إذا وجد الدليل فلا يبقى مجال لجريان الأصل.

ثم إن المحقق المذكور ذكر هنا فروعا، و جعل الحكم فيها مبتنية على الوجه الوسط، أعني: عدم لزوم التعيين و وقوع المعاملة للمالكين و إن قصد لغيرهما.

منها: أنه لو باع مال نفسه عن عمرو، وقع لنفسه و لغا قصد كونه عن عمرو.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٢

و منها: لو باع مال زيد عن عمرو، وقع لزيد إن كان و كيلا عنه، و إلا يقف على إجازته، و وجه ابتناء هذين على الوجه الوسط واضح. و منها: لو اشترى لنفسه و جعل الثمن في ذمة زيد، فإن لم يكن و كيلا عن زيد يقع لنفسه، و يستقر الثمن في ذمته، و إن كان و كيلا عنه، فالمقتضى لكل من العقدين موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و حيث لا معين احتمال البطلان و وقوعه لنفسه، لعدم

تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة و وقوعه لزيد لتعين العوض في ذمته، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين.

و أنت خبير بأن الوجه الوسط وقوع المعاملة للمالكين حتى مع قصد الخلاف إذا كان العوضان شخصيين، و لا شك أن الكلى في ذمة المعين كالشخصي، فمقتضاه كون المعاملة في هذا الفرع لزيد، و لغويّة قصد كونها لنفسه إذا كان و كيلا عنه و كونها موقوفه على إجازة زيد إذا لم يكن و كيلا عنه و أما الوجه الأخير، فمقتضاه البطلان في جميع هذه الفروع.

قال- قدس سره-: (إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره) إلى قوله: (و لكن الأقوى).

أقول: مقصوده- قدس سره- الإشكال على ما ذكره من تصحيح المعاملة المذكورة. و حاصل الإشكال جعلها باطله بأحد الوجهين: الأول: أن يجعل وقوع البيع لغيره قرينه على عدم قصده من البيع المبادلة الحقيقية، و لعل مرجع هذا إلى تدافع القصدين و تناقضهما، فإن مقتضى قوله:

بعث هذا الكتاب، و وقوع البيع لنفسه، و مقتضى قوله: عن زيد، و وقوعه عنه، و من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٣

المعلوم تنافيهما، فالمقصود أنه لم رجحت الأول على الثاني، بل أجعل الثاني قرينه على عدم إرادة الأول، يعنى: لا مرجح في البين، فلا محيص عن البطلان.

الثاني: أن يجعل ذلك قرينه على تنزيل البائع الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، حتى يتمشى منه قصد المعاوضة الحقيقية كما ذكر ذلك في بيع الغاصب لنفسه.

و أنت خبير بأن جعل هذا وجهاً للبطلان لا يستقيم على مذهبه- قدس سره- في بيع الفضولي لنفسه، حيث إنه يصححه و يجعل للمالك إجازته، بدعوى أن فعل الغاصب ينحل إلى شيئين: قصد المعاوضة الحقيقية و دعوى المالكية لنفسه، فالإجازة متى تحققت تصحح الأول، و لا يعتنى بدعواه الفاسدة، إذ على هذا لا يكون المقام قاصراً عن ذلك البيع، فإذا نزل البائع هنا الغير منزلة نفسه، فقد تحققت منه القصد إلى المعاوضة الحقيقية، غاية الأمر مقرونا بتطبيق خطئى، فاللازم الحكم بوقوع البيع لنفسه بلا ترقيب الإجازة، لأن البائع هنا نفس المالك، و قد تمشى منه القصد إلى المبادلة الحقيقية.

و من هنا يظهر فساد ما ربما يتوهم في دفع ذلك من أن المقصود في الاستشكال جعل المعاملة المذكورة بلا صحه فعليته إماماً بجعلها باطله من الأصل، كما هو مفاد الوجه الأول، و إماماً بجعلها مراعى على إجازة البائع الذى هو المالك، و هذا مفاد الوجه الثانى، و ليس المقصود من هذا الوجه إسقاط المعاملة عن قابليته الصحة بالمرّة حتى يتوجه الإشكال عليه- قدس سره- بما ذكر.

و أمّا كون المعاملة على الثانى محتاجة إلى الإجازة مع كون البائع هو المالك، فلا ضير فيه بعد وقوع مثله، كما فيما لو باع الوارث المال بظن حياة مورثه فبان موته، فإن وقوعه لنفسه يحتاج إلى إجازته.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٤

و وجه فساده ما عرفت من عدم الحاجة إلى الإجازة بعد كون البائع نفس المالك و حصول القصد إلى المبادلة الحقيقية منه. و قياس المقام ببيع الوارث مع الفارق، إذ من المعلوم أن البائع هناك لعدم اطلاعه على مالكية نفسه لم يحصل له طيب النفس الفعلى بالمعاملة، فإذا أطلع عليها يتوقف صحتها على إجازته، و هذا بخلاف المقام، فإن البائع مطلع على مالكية نفسه و ليس ناسياً لها بالفرض، غاية الأمر أنه نزل الغير منزلة نفسه في المالكية.

نعم يصح عدّ هذا الوجه وجهاً للبطلان على مذاق من يجعل بيع الفضولي لنفسه باطلاً من أصله، مدّعياً أن البائع لم يقصد إلا وقوع البيع لنفسه، و هذا غير قابل للتصحيح بالإجازة و وقوعه للمالك غير مقصوده، فكيف تتعلق به الإجازة، إذ له أن يقول هنا أيضاً: بأنه

إذا قصد وقوع البيع لغيره منزلاً لهذا الغير منزلة نفسه مع فرض كون نفسه هو المالك، فهذا أمر لا يمكن صحته، و وقوع البيع لنفسه خلاف مقصوده، فلا محيص عن البطلان.

ثم ما ذكره - قدس سره - جواباً لهذا الإشكال بعد قوله:

(و لكن الأقوى) - إلى آخره)

لم نتعقل له معنى محصياً، إذ لو كان المقصود أن الثمن ينتقل من المشتري إلى البائع المالك للمثمن ثم ينتقل منه إلى الغير، فهذا خلاف المفروض، إذ الفرض أن يكون قاصداً تحقق النقل والانتقال بالنسبة إلى الغير من أول الأمر.

و إن أراد أنه يجعل نفسه طرفاً للمعاملة لكن بقصد انتقال الثمن إلى الغير ابتداءً مع ذلك فهذا لا يعقل، لأنه لا يعقل التفكيك بين قصد البيع لنفسه و بين قصد أثره و هو انتقال الثمن إلى نفسه، و أيضاً يعود اشكال التدافع فيتوجه البطلان.

ثم بعد تعيين الموجب البائع في نفسه أو غيره و القابل المشتري كذلك، هل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٥

يعتبر أن يعلم كل منهما ما عيّنه الآخر في ضميره؟ بأن يعلم الموجب أن القابل هو المشتري أو وكيله أو وليه، و على التقديرين الآخرين أن الموكل أو المولى عليه من هو؟ و كذا القابل، أو لا؟

الكلام هنا في موضعين: الأول: فيما ذكر، و الثاني: في أنه لو علم أن القابل وكيل أو ولي عن الغير، هل يجوز في مقام إجراء الصيغة أن يقول الموجب: بعتك باعتبار الوجود التنزيلي، و يقول هو قبلت؟ أو لا- بد أن يقول الأول: بعث من موكلك، و الثاني: قبلت من موكلتي؟

أمّا الموضع الأول، فالتحقيق فيه أن يقال: إن كان العوضان شخصيين، فالجهل من الموجب بأن المشتري من هو، و من القابل بأن مالك المثمن من هو غير مضرّ، إذ لا- يلزم منه غرر، لعدم اختلاف الأغراض في هذا الباب باختلاف الأشخاص في الغالب، نعم قد تختلف نادراً، لكن الحكم يدور مدار الغالب.

و إن كان أحدهما أو كلاهما في الذمة، فالجهل المذكور مضرّ، لا من باب أنه لو لم يعين من يكون العوض في ذمته لم يكن العوض الكلي مالا، لأن المفروض أنه معين واقعا، بل لاستلزامه الغرر، إذ تختلف الأغراض باختلاف الأشخاص من حيث الغناء و الإعسار، و سهولة الأداء و صعوبته، و تساوى شخصين من هذه الجهة نادر، مع أنه لا يوجب رفع الحكم الغررى عن مورده، لإناطته بالغالب، و لهذا لو اشترى ما في الصندوق بدرهم مع عدم العلم بما فيه تفصيلاً، و العلم بأنه لا ينقص عن هذا المقدار، و المفروض أن البائع أيضاً عالم به تفصيلاً، لا يوجب ذلك جواز المعاملة، و سرّه أن الجهل بالعوضين غالباً موجب للغرر، و كذا الجهل بصاحب الذمة في طرف البائع و المشتري.

و أما الموضع الثاني، فالميزان فيه وجود القرينة على إرادة المخاطب من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٦

ضمير الخطاب من حيث وجوده التنزيلي بحيث صار الضمير ظاهراً عند العرف في ذلك، و عدمه، فإن كانت القرينة المذكورة موجودة- كما لو تواطيا قبل العقد على أن يكون القابل وكيلاً أو ولياً للغير، أو كان ذلك معهوداً من حال القابل كما إذا كان دلالاً، فإن قوله: بعتك بضميمة أحد هذين، يصير ظاهراً في الوجود التنزيلي - جاز و إلّا فلا.

نعم على قول من اعتبر في صيغ العقود أن يكون دلالتها على المراد بالوضع، فلا يكفي اللفظ المستعمل في غير ما وضع له، إذا كان الاعتماد على القرينة الحالية المقامية، إذ يرجع هذا إلى عدم الإتيان بالكاشف لتمام المراد، بل لبعضه و الاكتفاء في البعض الآخر بالعلم به، لا يجوز هنا الاكتفاء بالقرينة الحالية.

لكنك عرفت سابقاً أن القرائن الحالية كالمقالية تفيد الظهور للفظ في غير ما وضع له. و بالجملة فالاعتماد عليها ليس من باب ضم

العلم بالكاشف بل هو جعل للفظ كاشفا عن تمام المراد.

و على هذا فمقتضى القاعدة جواز الاكتفاء بضمير الخطاب مرادا به الوجود التنزيلي للمخاطب، مع شهادة الحال و المقام بذلك فى باب النكاح أيضا، فيجوز أن يقول و كيل الزوجة لو كيل الزوج- إذا كان معلوما و كالتة-: أنكحتك، و لعل عدم مرسوميّة ذلك فى هذا الباب لأجل الاحتياط و المداقّة فى باب الفروج.

### [الشرط الثالث الاختيار]

#### إشارة

قال- قدس سرّه-: (و من شرائط المتعاقدين، الاختيار و المراد به. إلى آخره).

أقول: المراد به مقابل الإكراه لا ضد الإكراه، فإنّ فعل المجبور يصدر لا عن شعور، و المكره يصدر عنه الفعل عن شعور و رويّة و ملاحظة الغايات.

ثمّ المراد ببيع المكره المبحوث عنه فى هذا المقام هو البيع الذى كان جامعا كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٧

لجميع شرائط العقد، غاية الأمر كان الداعى إليه خوف الضرر المتوّعد به، لا ما اختل فيه بعضها كما لو كان غير قاصد إلى اللفظ أو قاصدا إليه من دون إرادة المعنى، أو معها لكن بدون الإرادة الجديّة فى الإنشاء و قصد وقوع المنشأ فى الخارج. و بالجملة: محلّ الكلام ما إذا كان عنوان البيعيّة محفوظا بحيث صدق على الصادر عن المكره: إنيّة بيع تامّ، نظير ما لو شرب الخمر مكرها، فإنّه يصدق أنّ ما صدر منه شرب الخمر.

و من هنا يظهر أنّ ما حكى عن البعض من أنّ المكره قاصد إلى اللفظ دون المدلول، لا وجه له سواء أريد أنّ لفظه مجرّد الصوت خال عن المعنى أصلا، أو قصد أنّه خال عن الجدّ فى الإنشاء و قصد وقوع المضمون فى الخارج، كما وجّه به المصنف- قدس سرّه- إذ لو فقد عمله واحدا من هذين لم يكن يبيعا، و خرج عن محلّ الكلام. و ليس هنا شىء آخر كان فى عقد المختار، و فقده عمل المكره سوى طيب النفس.

فنعقول: إن كان المراد رضا الفاعل بالفعل أوّلا و بالذات بحيث كان متكيّفا به، فلا نسلمّ اعتباره فى العقود، و إلّا لما كان عقد المضطر إلى بيع داره مثلا لأداء دين مضيق أو للإففاق على الأهل و العيال صحيحا، ضرورة أنّه ربّما يكون فاقدا لهذا المعنى، بمعنى أنّه يقدم على البيع عن تكلف و تحمّل مشقّة.

و إن أريد به ما يعمّ الإقدام على الفعل عن تفكّر فى العاقبة و تدبير الأمر، و اختيار أقلّ الضررين و دفع الأفسد بالفساد، و إن كان الفاعل غير راض به أوّلا و بالذات، فلا نسلمّ انتفائه فى المكره، و أى فرق بينه و بين الملجأ، فإنّ الأمر هنا بين الضرب أو الشتم، أو القتل، و بين بيع الدار مثلا، و هناك بين عسر المعيشة على العيال أو استقرار الدين، و بين بيعها، فكما أنّه يقدم البيع هناك على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٤٨

العسر و الاستقرار، و يتحمّل هذا مع كونه صعبا لأجل التخلّص من ذاك لكونه أصعب، فكذا هنا، بل أى فرق بينه و بين من أكره على دفع مقدار من المال فباع داره لأداء ثمنه إلى المكره، أو من يبيع داره حيلة و فرارا من ظلم الظالم، فإنّ البيع فى هاتين الصورتين لا شبهة فى صحّته.

و من هنا يظهر أنّه لا بدّ و أن يكون المراد بالتراضى و طيب النفس فى قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** و قوله- عليه السلام-

: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» هو هذا المعنى العام، وحينئذ لا وجه للاستدلال بهما على فساد بيع المكره. نعم يمكن الاستدلال بحديث الرفع، فإنَّ المراد به رفع جميع الآثار التي يكون وضعها و رفعها من وظيفة الشارع، من غير فرق بين التكاليفية منها كالحرمة و الوجوب و نحوهما، و الوضعية كالحرية و انقطاع الزوجية و الملكية و نحوها. و الدليل على شمول لفظ الرفع لجميع الآثار استدلال الإمام به لعدم تأثير الحلف بالطلاق و العتاق الذي وقع إكراهها عقيب توهم السائل تأثيره، فإنَّ هذا الحلف و إن كان باطلا غير مؤثر من أصله في مذهبننا، لكنَّ الإمام قد استدل بهذا الحديث على عدم تأثير ما وقع منه مكرها عليه لأجل كونه كذلك، مع التنزل و المماشاة مع السائل في زعم تأثير أصله، فلو لم يكن لفظ الرفع شاملا- لمثل الحرية و انقطاع الزوجية لتمسك به السائل و أنكر على الاستدلال، بل لما استدل به الإمام.

[و هنا مسائل]

### [المسألة الأولى في بيان الفرق بين المكره و المضطر]

ثم إنَّ المصنّف- قدس سرّه- حاول الفرق بين المكره و المضطر، و حوّله إلى الوجدان، و لعلَّ مراده- قدس سرّه-: أنَّ المضطر يفعل الفعل عن تدبير و روية، و يلاحظ غاياته، و ينظر إلى أطرافه، فيميّز حسننها عن قبحها بميزان عقله، فهو كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٦٩

و إن كان مرتكبا للفساد لأجل دفع الأفسد، لكنّه فاعل مستقلّ في فعله، و متحرّك بسلطان عقله و أمره و نهيته، و هذا بخلاف المكره، فإنّه بايع لإرادة غيره و ليس له إرادة أصلا إلّا عن صرف الوهم، فحاله حال الحيوان، فإنّه يعمل لصاحبه و يتحرّك بإرادته لخوف ضربه، فالفاعل المستقل المدبر هو صاحب و ليس الحيوان إلّا صرف الآلة، و ذلك لأنَّ فعله ليس عن روية و فكر و ترتيب الصغرى و الكبرى، و ملاحظة أنّه لو لم يتحمّل مشقّة الفعل وقع فيما هو أشدّ منه، من ألم الضرب، بل هو تابع صرف لإرادة صاحبه و إشارته، من دون أن يكون له استقلال و تدبير أصلا، و هكذا المكره، فإنّه متحرّك نحو الفعل لخوف سيف المكره، من دون أن يكون في هذا الحال مراعى لغايات العمل.

و لكن الإنصاف أنّه مختار في عمله حيث يربّجه على القتل. نعم يمكن أن يقال: إنَّ المعترف في حقيقة طيب النفس أن يكون العمل صادرا لا عن أمر آمر قاهر، فلا يصدق عرفا فيما إذا كان كذلك أن العامل طيب النفس و إن كان الرضا الثانوي منه متحققا، و هذا بخلاف المضطر، إذ يقال عرفا: إنّه طاب نفسه ببيع داره لغاية احتياجه، فيكون الرضا أعمّ من طيب النفس مطلقا، و لهذا يمكن التمسك على فساد بيع المكره بدليل اشتراط طيب النفس، و كذا بآية التجارة عن تراض، فإنَّ المتبادر منه عرفا أن لا يكون البيع بحمل الغير و قهره و إن كان لحاجة و ضرورة.

و أمّا حديث الرفع، فقد عرفت تمامية التمسك به لرفع الأثر عن بيع المكره، على ما مر من شموله لجميع الآثار، و أمّا وجه عدم جريانه في بيع المضطرّ مع كون عنوانه مذكورا فيه، و معلومته أنّ المعنى الواحد يكون مرفوعا بالنسبة إلى جميع العناوين فلا يكون المرفوع في بعضها بعض الآثار و في بعضها تمامها، فإذا ثبت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٠

التعميم في عنوان الإكراه ثبت في سائر العناوين التي منها عنوان الاضطرار، فهو أنّ الحديث الشريف مسوق في مقام اللطف و الامتنان، فاللازم عدم شموله لكلّ حكم لا يناسب ارتفاعه للمنة، فضلا عن أن يكون خلافها، و من المعلوم أنّ رفع الحكم عن بيع من لجأ إلى بيع داره بحيث لو لم يفعله وقع في خطر و ضرر عظيم، لا- يناسب المنّة، بل يكون خلافها كما هو واضح، و هذا بخلاف الأحكام التكاليفية، ففي رفعها عن المضطرّ لطف و امتنان.



**[المسألة الثانية هل يعتبر في صدق مفهوم الإكراه عرفاً أن لا يكون الضرر المتوقع به حقاً ثابتاً على المكره]**

ثم هل يعتبر في صدق مفهوم الإكراه عرفاً أن لا يكون الضرر المتوقع به حقاً ثابتاً على المكره - بالفتح - للمكره - بالكسر - كما لو قال بع دارك وإلا قتلتك قصاصاً، أو طالبتك بالدين الذي لى عليك، أو لا؟ الفتوى على صحه البيع حينئذ، و هل هو لأجل عدم صدق الإكراه، أو لتخصيص أدلته؟ فغير معلوم.

**[المسألة الثالثة الإشكال في أن ظهور حديث الرفع للأحكام التكليفية أقوى من ظهوره في رفع الآثار الوضعية]**

ثم هنا إشكال، و هو: أن ظهور الحديث الشريف في رفع الأحكام التكليفية أقوى من ظهوره في رفع الآثار الوضعية، و هذا ممّا لا شك فيه ظاهراً، و حقيقة الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه، و من المعلوم أن مجرد أمر أحد بإتيان ما لا يلائم الطبع لا يصير داعياً للإنسان إليه، بل لا بد أن يكون الأمر شخصاً يوجب مخالفة أمره وقوع المكره في ضرر علماً أو ظناً، و هذا الضرر قد يكون من قبيل القتل و الضرب و أمثالهما، و قد يكون ممياً يعدّ ضرراً بالنسبة إلى حال المكره، كما لو كان الأمر أباه أو أمه أو صديقه، و كانت مخالفتهم شاقّة عليه مخافة تألمهم منها، أو قال المكره: افعّل كذا و إلا انتزعت من يدك ما تكون مأنوساً به و يشقّ عليك مفارقتة - من كتاب و نحوه - فلو تحقّق الإكراه بهذا النحو في أبواب العقود يحكم بالفساد بمقتضى ظاهر الحديث، لصدق حمل الغير على ما يكرهه في هذه المقامات.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧١

و أمّا في أبواب المحرّمات، فالقطع حاصل بأنّ الإكراه بهذه التوسعة غير مجوّز لها، إذ لا يلتزم أحد بأنّ من أمره أحد أبويه أو صديقه بشرب الخمر، أو أمره شخص آخر، و أوعد على المخالفة انتزاع كتابه المأنوس به - مثلاً - من يده، يجوز بمجرد ذلك له الشرب، مع أنّه عنوان الإكراه صادق بل من المسلّم في القتل و اللواط ترجيح تعريض النفس للقتل عليهما. نعم لو دار الأمر بين الشرب و القتل لم يبعد ترجيح الشرب، و لو دار بين هتك أحد العرضين، كما لو قال: وازن و إلاّ زنيت بزوجتك، أو بين العرض و القتل، فالأمر مشكل. و حينئذ فإن التزم بأنّ مورد الحديث ما إذا كان المتوقع به أشدّ مفسدة في نظر الشارع من المكره عليه، فهذا لا يناسب المنّة، لكون ذلك هو القاعدة التي لا محيص عنها عند تعارض الحرامين الشرعيين. و إن جعل مورد في خصوص عنوان الإكراه خصوص الأحكام الوضعية، فيعمل في التكليفات على طبق القاعدة، فهذا أيضاً يبعد الالتزام به بعد ما عرفت من كون الحديث في التكليفات أظهر منه في الوضعيات.

**[المسألة الرابعة هل يعتبر في صدق حقيقة الإكراه عدم إمكان التفضي عن الضرر المتوقع به بغير الفعل المكره عليه أو لا؟]**

ثمّ إنّه هل يعتبر في صدق حقيقة الإكراه عدم إمكان التفضي عن الضرر المتوقع به بغير الفعل المكره عليه أو لا؟ و التفضي يتصور على وجهين:

الأوّل: أن يكون علناً، كما لو أكرهه مكره على البيع في مكان، و هو ما دام في هذا المكان لا يمكنه التفضي، و لكن يمكنه أن يخرج و كان له خدم يستخلصونه من ضرر المكره.

الثاني: أن يكون بالتوريه، أعنى: عدم قصد المعنى عند قوله: بع، أو قصد معنى غير إنشاء البيع، و هذا موجود في حقّ غالب الأشخاص، إلاّ من غلب عليه الدهشة و غفل عن ذلك، فهل يعتبر عدم إمكان التفضي و المندوحة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٢

بكلا الوجهين في تحقّق موضوع الإكراه أو حكمه، أو لا يعتبر؟ أو يعتبر عدم إمكانه بالوجه الأوّل دون الثاني؟ الحقّ هو التفصيل.

و الدليل على اعتبار عدم إمكانه بالوجه الأول هو أنه لا شك في أنه يعتبر في صدق عنوان الإكراه أن يكون الداعي إلى الفعل دفع الضرر المتوقع به على الترك، وهذا لا يتحقق إلا مع عدم المندوحة، وأما معها، فليس الداعي هو دفع الضرر فقط، إذ هو كما يمكن بالفعل يمكن بإعمال المندوحة أيضا - كالخروج عن المكان في المثال - فلا محالة يكون الداعي مركبا من دفع الضرر و ميل النفس إلى الفعل دون إعمال المندوحة للتكاسل عنه و نحوه.

و أما وجه عدم الاعتبار في الثاني، فهو أن التورية ليست بمندوحة، ولا يتفصلي بها عن شيء، و ذلك لأن المكروه يريد صدور السبب الشرعي لحصول الملك له عن المالك، و هذا يتحقق بالتلفظ بالصيغة، فيكون أحد الجزأين و هو اللفظ محرزا بالحس، و الآخر و هو القصد بالأصل العقلائي الجاري في كل كلام صادر عن عاقل مختار، و من المعلوم أن هذا لا يفرق فيه بين التورية و عدمها، فإن التورية أمر قلبي لا ربط له بعالم الدلالة و ظهور اللفظ، فمقصود المكروه في كلا الحالين حاصل، فالتورية لا يترتب عليها ثمرة أصلا، أما في مرحلة الظاهر فلما عرفت من عدم الفرق بين وجودها و عدمها في حصول السبب الظاهري للملك، و أما في مرحلة الواقع، فلعدم الفرق أيضا بينهما في عدم حصول الانتقال، فكما أنه لا يحصل الانتقال في صورة التورية لعدم البيع، فكذا في صورة عدمها لأدلة الإكراه.

و من هنا، يظهر أنه لو أكره على إظهار الكلمات الشنيعة فلا دليل على وجوب التورية، إذ القبيح هو التلفظ بألفاظ يكون ظاهرها عرفا هو المعاني

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٣

الشنعية، و هذا حاصل مع التورية و عدمها، و الاعتقاد الجناني على طبق مضامين الألفاظ غير حاصل مطلقا، فلا فائدة تحت التورية، و لهذا ليس في الأخبار المجوزة لتلك الكلمات عند الإكراه تنبيه على لزومها.

ثم إنه قد يكون البيع بحمل الغير عليه صريحا و إيعاد الضرر على تركه، فلا إشكال في صدق الإكراه و فساد البيع. و قد يكون بكثرة إيدائه بقصد التوسل بذلك إلى بيع داره، من دون أن يكون طالبا منه البيع صريحا في زمان، فيوجب ذلك إقدامه على البيع من باب الإلجاء تخلصا من إيدائه، كما يتفق ذلك كثيرا في الشريك القوي بالنسبة إلى الشريك الضعيف، فلا شك في عدم اندراج ذلك في الإكراه، لما فرض من عدم تحقق الحمل و الطلب المعبر في مفهومه، بل يكون من أفراد الاضطرار، و أما البيع فيمكن أن يقال بفساده، لكونه موافقا للمنة، إذ لا فرق بين هذا و صورة الإكراه، فيشمله الحديث.

و بالجملة: فالظاهر أن الملاك في رفع كل أثر و عدمه هو الموافقة للمنة و عدمها، فلو فرض كون الرفع عن مورد الإكراه في مقام غير موافق لها، فلا ضير في عدم شمول الحديث له، هذا لكن المتراءى من كلماتهم، هو الفرق بين عنواني الإكراه و الاضطرار، بالفساد في الأول و الصحة في الثاني من غير تفصيل.

### [و هنا فرعان يرتبطان بالبحث]

#### فرع لو أكره على أحد الأمرين المعينين لا بعينه و اختار المكروه واحدا معينا منهما

فالمشهور على أن هذا، الواحد يقع مكرها عليه، فيفسد لو كان له أثر شرعي. و قيل بصحته نظرا إلى أنه اختار الخصوصية بطيب نفسه لا عن إكراه.

و الحق: هو التفصيل بين ما إذا كان كل من الأمرين اللذين أكره على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٤

أحدهما لا بعينه ذا أثر شرعي، كما لو قال: بع دارك أو طلق زوجتك و إلّا قتلتك، و بين ما إذا كان واحد منهما بلا أثر شرعي، كما

لو قال: بع دارك أو امش من المكان الفلاني إلى المكان الفلاني و إلا قتلتك، ففي الأول يفسد و في الثاني يصح. و وجه الفساد في الأول أنه لا شك في أن أحدهما لا بعينه مكره عليه، و يكون له أثر شرعي، لأنه إذا كان كل من الشئيين ذا أثر شرعي فأحدهما لا بعينه لا محالة يكون كذلك، فالإكراه عليه يوجب بمقتضى الحديث رفع أثره. ثم لا شك في أن مفهوم أحدهما لا بعينه كلى صادق على كل واحد من المعينين، و الكلى إذا تعلق الطلب بإيجاده فله انطباق قهري على أول شخص منه يوجد، ففي المثال لو اختار المكره البيع، فالكلى المكره عليه ينطبق عليه، و لو اختار الطلاق فكذلك، و على أى حال فيرتفع الأثر بمقتضى الحديث.

و وجه الصحة في الثاني أنه و إن كان أحدهما لا بعينه أيضا مكرها عليه، لكنه بلا أثر شرعي، ضرورة أن كون أحد الشئيين بلا أثر شرعي يوجب كون جامعهما كذلك، فالإكراه عليه لا يؤثر شيئا نظير الإكراه على أمر معين ليس له أثر شرعي، فالمكره لو اختار الفرد الذى له أثر كالباع في المثال، فالكلى المكره عليه و إن كان ينطبق على هذا الفرد لكن ذلك لا يوجب ارتفاع أثره، لأن الأثر إنما يكون للخصوصية و هي غير مكره عليها.

### فرع لو أكره على بيع واحد من عبيدين فباعهما جميعا بصفقة واحدة

فإن كان مراد المكره هو الواحد بشرط الانفراد، تعين الصحة في الجميع، لكون المجموع مباينا للمكره عليه مباينة الشيء بشرط شيء مع الشيء بشرط لا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٥

و إن كان مراده الواحد لا بشرط، فإن كان المكره بالفتح راضيا بهذا المعنى أيضا، فلا يعقل أن يصدر منه حينئذ إلا بيع واحد من العبيدين منفردا، لوضوح عدم الداعى إلى البيع بالنسبة إلى الزائد، و المتعين حينئذ صحة البيع، إذ يعتبر في حكم الإكراه أو في موضوعه كون تمام استناد العمل إليه، لا إلى طيب النفس، أو إلى المركب منهما.

و إن كان رضا المكره بالفتح متعلقا بعنوان الزائد، بمعنى أنه بعد إكراهه على بيع الواحد يرضى ببيع الآخر معه من باب الإلجاء لعدم نفع أحد العبيدين بحاله، فهو في بيع واحد مكره و في بيع الآخر مضطر، و حينئذ فلا إشكال في فساد البيع بالنسبة إلى الواحد لكونه مكرها عليه، و حيث إن هذا الواحد غير متعين فيصير البيع بالنسبة إلى الآخر من بيع غير المعين، فيبطل لأجل عدم التعيين، لكن يمكن أن يقال: إن القدر المتيقن من الأدلة قدح الإهمال في مرحلة أصل الجعل، و في المقام لا إهمال في مرحلة أصل الجعل، و إنما طرأ من جهة حكم الشرع بطلان البيع بالنسبة إلى الواحد المكره عليه.

فهذا نظير ما إذا باع ما يملك و ما لا يملك صفقة واحدة، حيث استشكل في صحة البيع بالنسبة إلى ما يملك بأن بطلانه بالنسبة إلى ما لا يملك يوجب الجهل بما يقع من الثمن في مقابل ما يملك.

فأجاب عن ذلك المصنف - قدس سره - في بعض تحقیقاته، أولا بالمنع من عدم انضباط ما يقابل ما لا يملك عند مستحل بيعه، حتى يوجب ذلك الجهل فيما يقابل الآخر، و ثانيا بأن هذا الجهل على فرضه طارئ، و القادح إنما هو الجهل الابتدائي.

و نظير ذلك أيضا ما إذا باع بثمن شخصي مع اعتقاد كل من المتعاقدين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٦

كونه من مال المشتري، فظهر كون مقدار غير معلوم منه مستحقا للغير، و علم بعدم رضا هذا الغير بالبيع بالنسبة إلى هذا المقدار، فلا شك في أنه يقع الجهل حينئذ في بقیة الثمن، و كذا فيما يازائها من الثمن.

و بالجملة: ففي المسألة ثلاثة وجوه: بطلان البيع في الجميع، و صحته في الجميع، و ما ذكرنا من بطلانه في واحد و صحته في آخر، فيرجع حينئذ في مقام التعيين إلى القرعة. هذا كله فيما إذا باع العبيدين بصفقة واحدة.

و أمّا إذا باعهما على التعاقب فالمتعین في الفرد الأوّل هو البطلان، لانطباق المكره عليه، وفي الثاني هو الصحّة، إذ حين وقوع البيع الثاني ليس للمكره طلب أصلا، ولا يعقل حينئذ تبادل المكره عليه بالفرد الثاني بالقصد، كما لا يعقل تبادل الفرد الأوّل بالثاني في مرحلة امتثال الأوامر الصادرة من المولى إلى العبيد.

و نظير ذلك أيضا ما لو طلب المولى فردين من الطبيعة، أحدهما على وجه الإيجاب والآخر على وجه الاستحباب، فالفرد الأوّل يتّصف بالوجوب وإن قصد به الاستحباب، وذلك لأنّ المولى في حال الإتيان بالفرد الثاني ليس له حالة المنع من الترك. و من هنا ظهر عدم الوجه لما توهم من الرجوع في تشخيص المكره عليه إلى قصد البائع.

ثمّ إنّه حكى عن العلامة- قدّس سرّه- في التحرير أنّه قال: لو أكره على الطلاق فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق. انتهى.

وقد اختلفت الآراء في توجيه هذه العبارة، فحمله بعض على أنّ المكره قاصد إلى اللفظ بمعنى الصوت دون المعنى أصلا، و المصنّف- قدّس سرّه- على أنّه قاصد للمعنى في مرحلة الاستعمال دون مقام اللب، و قد عرفت ضعفهما و أنّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٧

المكره الذي هو محل البحث قاصد للإنشاء استعمالا و جدّا.

و توضيح هذا الفرع على وجه ينطبق عليه ظاهر عبارة التحرير هو أن يقال:

إنّ المكره تارة يقدم على الطلاق لمجرد ملاحظة مشقّة تحمّل الضرر المتوقع به، من دون أن يبعثه ذلك- بملاحظة الدواعي الأخرى- إلى الرضا و الحب به من حيث الذات، و إن كان راضيا به من حيث أنّه يدفع به ما هو أضرّ منه بحاله و أشدّ كراهة في نفسه.

و أخرى يقدم عليه بملاحظة مشقّة تحمّل الضرر المذكور أيضا، لكن يحدث في ذهنه مقارنا لتلك الحال أمور و مطالب مثل: ملاحظة أنّه لو لم يقع الطلاق الصحيح و لم تتحقّق بينونة الواقعيّة يتفق الزنا بذات البعل في الخارج، فالكراهة الشديدة بوقوع الزنا بذات البعل بعد معلوميّة تحقّق الإكراه لا محالة تصير علّة تامّة لحصول الحبّ الحقيقي بإيقاع الطلاق و البغض الحقيقي بتركه، فيوقعه عن طيب النفس به، فالإكراه حينئذ يكون علّة العلّة، و هذا هو الظاهر من عبارة التحرير.

و وجه أقربيّة الصحّة كون الطلاق مستندا إلى طيب النفس، غاية الأمر إنّ منشأ هذا الطيب هو الإكراه، و وجه الفساد كونه منتهيا بالآخرة إلى الإكراه.

و حاصل الكلام: أنّه يمكن أن يصير فرض تحقّق الإكراه لا محالة مع بعض الأغراض الأخرى- كما في مسألة الطلاق- أو الدنيويّة، مثل: ملاحظة خلوّ اليد عن المال رأسا- على تقدير عدم صحّة البيع في مورد الإكراه عليه- داعيا إلى رضا الإنسان و حبه بالفعل المكره عليه من حيث نفسه حتّى يقع حين وقوعه بداعي الرضا به و الحب له مع كون ذات الفعل- مع قطع النظر عن هذا الفرض- في غاية الكراهة، و هذا هو المصحح لتحقّق عنوان الإكراه، و الرضاية الحاصلة في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٨

ظرف فرض وجود الإكراه غير منافية له، فإنّ المنافاة إنّما تتحقّق بينهما فيما إذا اتّحدا في الرتبة، لا فيما إذا كان الرضا متأخرا رتبة عن الإكراه كما هو المفروض.

و من التوجيهات لتلك العبارة حملها على ما إذا كان الداعي إلى الطلاق في نفس الزوج موجودا مع قطع النظر عن الإكراه، فإذا انضمّ الإكراه كان المجموع من قبيل الداعيين المستقلين اللذين كلّ منهما لولا الآخر مؤثّر تامّ.

و فيه مع بعد هذا المعنى عن العبارة- كما لا يخفى- أنّ الإكراه ليس عبارة عن مجرّد الأمر بالفعل و لو كان الفاعل في غاية طيب النفس به، بل يعتبر في تحقّقه كراهة الفاعل للفعل المكره عليه في حدّ نفسه أيضا، فاجتماع الإكراه مع طيب النفس في مرتبة واحدة من قبيل اجتماع المتنافيين.

و منها حملها على ما إذا كان الداعي إلى الطلاق في حدّ نفسه موجودا أيضا، لكن كان ضعيفا و لم يكن بمثابة صار بوحده مؤثرا، و

كذلك مشقة تحمّل الضرر المتوعد به لم تكن بمثابة كانت بانفرادها داعية إلى الطلاق، ولكن إذا انضم أحد هذين بالآخر صار المجموع من حيث الاجتماع داعياً، ووجه أقرية الصحة حينئذ أن المتيقن من دليل الإكراه ما إذا كان تمام الاستناد إليه، فغيره مشمول للعمومات، ووجه الفساد كون الطلاق منسوباً إلى الإكراه أيضاً.

وفيه على تقدير تسليم تحقق الإكراه في هذا الفرض، أن هذا المعنى أيضاً بعيد من العبارة كما لا يخفى.

ثم إن عقد المكره لو لحقه الرضا هل يصح حينئذ أو لا؟ قيل: نعم، نظراً إلى أنه عقد تامّ جامع للشروط سوى رضا المالك، فإذا انضم إليه كان تاماً مؤثراً.

وقيل بالعدم، نظراً إلى اشتراط طيب النفس مقارنة للعقد.

ثم الدليل على اشتراط الرضا في العقود، أما اللبى منه - أعنى: الإجماع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٧٩

و السيرة - فواضح حاله، إذ لا يفيد أزيد من اعتبار الرضا الأعم من السابق والمقارن واللاحق.

و أما اللفظي، فمنه آية التجارة عن تراض، فقد يقال بملاحظة كلمة عن النشوية باعتبار المقارنية و تسبب العقد عنه.

و اعترض عليه المصنّف بأنّه: إمّا من جهة مفهوم الوصف، أو الحصر، أما الأول: فغير مفيد، لوروده مورد الغالب، نظير ربائبكم اللاتي في حجوركم. و أمّا الثاني فيمنع إفادة هذا الاستثناء للحصر، لكونه منقطعاً غير مفرغ، لوضوح أن التجارة عن تراض ليس من أفراد الأكل الباطل، و وجه عدم إفادة المستثنى المنقطع الحصر أن أداة الاستثناء فيه بمنزلة لكن، و الكلام معه بمنزلة جملتين مستقلتين خاليتين عن الحصر، فقولك: جاءني القوم إلّا حماراً، بمنزلة قولك: جاءني القوم لكن ما جاءني الحمار.

أقول: و يظهر من تقييده - قدس سرّه - المنقطع بغير المفرغ، تصوير المفرغية في المنقطع، و أنت خبير بعدمه، إذ كلما لم يكن المستثنى منه مذكوراً في الكلام، يقدر ما يدخل تحته المستثنى، فيقدّر في قولنا: ما جاءني إلّا حماراً، شيء و هكذا. و بالجملة فملاك عدم إفادة الحصر - لو سلّم - هو الانقطاع و ليس لغيره مدخل في ذلك، مع إمكان منع عدم إفادة الحصر في الآية، فإنّ المستفاد عرفاً من لفظ الباطل فيها هو التعليل لا التقييد، فكأنّه قيل: لا تأكلوا أموالكم فإنّه باطل، نظير قولك: تجنّب عن طول الكلام المورث للصداع إلّا ما كان نافعا بحالك، و حينئذ فيصير المستثنى متصلاً، فيفيد الحصر، هذا. و مجمل الكلام في دلالة الآية: إنّ الإنصاف أنّ الوصف فيها ليس وارداً مورد الغالب، بل إنّما يفهم منه: أنّه للاحتراز، و حينئذ فنقول: إمّا أن يكون المراد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٠

بالتراض: الرضا بالعقد الذي هو السبب، أو بمضمونه الذي هو المسبب، كالنقل و الانتقال الخارجي في البيع.

فإن كان الأول، فالمستفاد من الآية اعتبار مقرونية البيع بالرضا بنفسه و كونه مسبباً عنه، و إن لم يكن الرضا بمضمونه موجوداً، و حينئذ فلا دلالة في الآية على فساد عقد المكره، لوضوح كونه ناشئاً عن الرضا بنفسه كما عرفت، و بالجملة فكلّ فعل كان اختيارياً لفاعله، فلا - محالة - يكون مسبباً عن الرضا به، غاية الأمر إنّ الرضا به تارة ينبعث عن الرضا بأثره، و أخرى عن أمر آخر - كما في المقام - فإنّ الرضا بالبيع جاء من جهة خوف الضرر المتوعد به.

و إن كان الثاني، فلها دلالة على ذلك، إذ على هذا ينحصر مصداق الوصف في البيوع الاختيارية و الاضطرارية دون الإكراهية، بمعنى أنّ من يقدم بالبيع اختياراً، فالسبب الذي دعاه إليه لا محالة يكون هو الرضا بوقوع أثره في الخارج - أعنى: ملكية الثمن أو المثمن - كمن يشرب الخمر اختياراً، فإنّ شربه مسبب عن الرضا بالسكر الذي هو أثر الشرب.

و هكذا المضطر، فإنّ بيعه أيضاً مسبب عن الرضا بملكية الثمن أو المثمن، و اللجوء إليها، و هذا بخلاف المكره، فإنّ عقده مسبب عن

خود الضرر لا عن الرضا بالانتقال الخارجى. نعم هو عالم حين العقد بحصول الانتقال بسببه لو جهل بحكم الشرع بالبطلان، كما أنّ من يشرب الخمر عن إكراه، فليس شربه مسببا عن الرضا بالسكر، نعم هو عالم حين الشرب بحصول السكر بعده. و منه أدلّة الإكراه فقد يتمسك بها لعدم فائدة لحقوق الرضا بعقد المكره، بتقريب: أنّ المراد «بما استكرهوا عليه» الذى رفع أثره، هو الفعل الصادر عن داعى الإكراه، فيكون مخصّصا لعموم وجوب الوفاء بكل عقد، وبذلك يسقط العموم عن الاستدلال. كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨١

بيان ذلك: أنّ خروج العقد الغير المرضى به عن حكم وجوب الوفاء يتصوّر على نحوين: الأوّل: أن يكون بنحو التقييد لإطلاق ما دلّ على وجوبه بصورة حصول الرضا، فحينئذ لو شكّ فى أنّ المعبر هو الرضا المقارن، أو يكفى مطلق الرضا، فيمكن أن يتمسك لإدخال مورد الشك - أعنى: صورة حصول الرضا -؟؟؟- حقا - تحت الحكم بإطلاق الدليل. والثانى: أن يكون بنحو التخصيص لعمومه، و ما نحن فيه من قبيل الثانى، و لا- يمكن أن يكون من قسم التقييد، إذ الخارج هنا هو العقد الصادر عن داعى الإكراه، فيكون الباقي تحت العام هو الصادر لا عن إكراه، و لا يخفى أنّ الواقع عن الإكراه لا يمكن تغييره عمّا وقع، فلا- يصير فى زمان واقعا لا- عن إكراه حتّى يقال: بأنّ إطلاق الدليل مقيد بحالته كون العقد صادرا عن إكراه، فالحالة المشكوكة - أعنى: كونه صادرا لا عن إكراه - داخله تحت الإطلاق، إذ هو بالنسبة إليها سليم عن المقيّد. وبالجملة: فلا محيص هنا عن التخصيص الفردى، بأن يكون الخارج فردا من العقد و هو ما كان منه صادرا عن إكراه، ثمّ هذا الفرد الغير اللازم الوفاء من أوّل الأمر و إن كان يمكن أن يصير لازم الوفاء بعد لحوق الرضا - لعدم نهوض ما دلّ على خروجه عن لزوم الوفاء بإثبات الخروج فى جميع الأزمان - لكن لا دليل على لزوم الوفاء به فى هذا الحين أيضا. نعم لو كان لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عموم أزمانى بحيث كان كلّ قطعه زمان بمنزلة فرد دلّ على ذلك - كما هو واضح - لكن قطع المصنّف - قدّس سرّه - فى بعض تحقيقاته بعدم دلالة على العموم المذكور، و حينئذ فلا يمكن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٢

التمسك بهذه الآية لإثبات لزوم الوفاء بعقد المكره بعد لحوق الرضا.

ثمّ إنّ المصنّف - قدّس سرّه - أيد الصّحّة بعد الرضا بفحوى صحّة عقد الفضولى بعد إجارة المالك، فإنّ هذا فاقد للرضا، و ذاك فاقد له مع كون العقد صادرا عن غير المالك.

أقول: إن جعلنا الحكم فى الفضولى على طبق القاعدة، بأن قلنا بعدم اعتبار مقارنة الرضا، فالحال كما ذكر، لكن لو أثبتنا حكمه بالدليل الخاص على خلاف القاعدة، فلا وجه للأولوية حينئذ، بل الحكم هنا أيضا دائر مدار وجود الدليل و عدمه.

ثمّ إنّه - قدّس سرّه - أجاب عن الاستدلال بأدلة الإكراه لعدم الصّحّة بوجهين:

الأوّل: إنّ الحديث لكونه مسوقا فى مقام الامتنان لا ينهض إلّا برفع الآثار التى تكون من قبيل المؤاخذه و الإلزام بشىء، فأثر البيع - أعنى: إلزام كل من الطرفين على دفع الآخر ماله إليه - فعلا - قد ارتفع عن بيع المكره، و أمّا الأثر التأهلى، أعنى: قابليته لأن يصير صحيحا بلحوق الرضا، فهذا ليس حقا على المكره - بالفتح - بل حقّ له، فالامتنان فى وضعه لا فى رفعه، فلا ينهض بنفيه الحديث. نعم بعد ثبوت هذا الحق يحدث بتبعه حكم إلزامى، و هو إلزام المكره بأحد الأمرين من الإمضاء و الفسخ لو طالت المدّة، لكن هذا من تبعات الحقّ المذكور.

الثانى: إنّ هذا الحكم التأهلى حكم ثبت للعقد من قبل الإكراه، يعنى أنّ موضوعه هو العقد المكره عليه بوصف أنّه مكره عليه، و مثل هذا لا يشمل الحديث، فإنّه يرفع الآثار الثابتة لذات الفعل لولا الإكراه، لا لما يحدث من قبل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٣

نفس الإكراه، بل لعلّ شموله لمثل ذلك كان من الممتنعات، إذ لا يعقل أن يكون الشىء رافعا لما اقتضاه نفسه.

أقول: تمام ذلك صحيح تام، لكن لو كان في البين دليل على ثبوت هذا الحكم التأهلي لعقد المكره بعد رفع الحكم الفعلي عنه بأدلة الإكراه، فلنقال أن يقول: ما الدليل على أصل هذا الحكم حتى يفيد الوجهان كونه باقيا وغير مرفوع بالأدلة المذكورة. ووجه عدم المثبت لهذا الحكم أن أدلة الإكراه لكونها شارحة للمراد من أدلة الأحكام التي منها أدلة الوفاء بالعقود، فلا محالة تكون حاكمة عليها وإن كانت النسبة بينهما هو العموم من وجه، ولا إشكال أن المكره عليه وصادق ما الموصولة في قوله: و ما استكرهوا عليه، في المقام هو نفس العقد لا- حاله من حال-ته، فتخصيص الفرد لا- يمكن الفرار عنه، فكأنه قيل: العقود التي يجب الوفاء بها، بمقتضى قوله تعالى أوفوا بالعقود المراد بها ما سوى هذا الفرد.

نعم لو دار الأمر بين التقييد والتخصيص، كما إذا علم بخروج قطعة من الزمان من ابتداء العقد عن وجوب الوفاء وشك في أنه من باب تخصيص العموم بهذا الفرد أو من باب تقييد الإطلاق بهذه القطعة، يحكم بالثاني بمقتضى أصالة عدم التخصيص، فيجعل مبدأ وجوب الوفاء من ما بعد هذه القطعة، بمقتضى أصالة الإطلاق الثابت للدليل بالنسبة إلى قطعات الزمان. لكن فيما نحن [فيه] حيث لا محيص عن تخصيص الفرد- لما عرفت- فالتمسك بالعموم لإثبات الحكم فيما بعد الرضا يكون من باب التمسك بالعام لدخول فرد في زمان بعد خروجه عن الحكم في الزمان السابق، و جوازه في المقام مبنى على ثبوت العموم الزماني للآية، والحق عدمه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٤

والحاصل: أن العمومات ساكتة عن إثبات الحكم بالنسبة إلى ما بعد الرضا، كما أن أدلة الإكراه ساكتة عن رفعه بالنسبة إليه، فيتعين الرجوع إلى القواعد، ومقتضاها البطلان.

هذا مع إمكان أن يقال: إن أدلة الإكراه تدل على رفع الحكم بالنسبة إلى ما بعد الرضا أيضا.

وبيان ذلك: أن قوله تعالى أوفوا بالعقود دال على وجوب الوفاء بكل عقد بلا شرط، وقوله تجارة عن تراض مشتمل على قيدين: الأول: أصل الرضا، والثاني: مقارنته، و سببته للعقد، و ظهوره في التقييد بالنسبة إلى الأول- أعنى: أصل الرضا- لعله لا يمكن إنكاره، و أما بالنسبة إلى الثاني، فيمكن أن يقال بوروده مورد الغالب، بملاحظة غلبة البيوع الناشئة عن الرضا و ندرة الإكراهية، فإطلاق الآية الأولى لا بد و أن يقيد بالأول، فيصير الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد و الرضا معا و إن كان الرضا متأخرا، لا العقد وحده.

و أما بالنسبة إلى القيد الثاني فظهورها في الإطلاق محكم و إن قلنا بأن الآية الثانية مجملة بالنسبة إليه، لما تقرّر في محلّه من أن القرينة المجملة إذا كانت منفصلة فلا توجب إجمال الكلام. و بالجمله فيصير المحصل من مجموع الآيتين أن العقد المرضي به من الابتداء يؤثر فعلا، و العقد الغير المرضي ابتداء ليس له أثر فعلي لفقد شرط الرضا، و لكن له أثر تعلقي، بمعنى أنه لو لحقه الرضا يؤثر من ذاك الحين، فحال الرضا هنا حال القبض في المجلس في الصيرف و السلم- و من هنا تكون صحة العقد الفضولي بعد الإجازة على طبق القاعدة كما يأتي في بابها إن شاء الله تعالى- و حينئذ نقول إن قضية أدلة الإكراه رفع كل أثر كان ثابتا لولا الإكراه، مع كونه مناسبا للمنة، و في عقد المكره الأثر الثابت- لولا الإكراه- هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٥

الأثر التعلقي، لأن الأثر الفعلي مرتفع عنه لولا الإكراه أيضا، لأجل فقدان شرط الرضا.

لا يقال: إن سبب عدم الرضا في هذا العقد هو الإكراه فلولا كان الرضا موجودا، فما معنى ارتفاع الأثر الفعلي لولا الإكراه؟

لأننا نقول: إن الإكراه و الرضا ضدان، و عدم أحد الضدين لا يكون مسببا عن وجود الآخر، بل هما متلازمان، و ارتفاع الأثر الفعلي مسبب عن عدم الشرط الذي هو الرضا، لا عن وجود المانع الذي هو الإكراه، فصحح أن الأثر الفعلي كان مرتفعا لولا الإكراه، فيبقى الأثر التعلقي، فيرتفع بأدلة الإكراه.

و وجه مناسبته للمنة أن جعل العقد المكره عليه خاليا عن كل أثر، أكثر داعوية بعد العلم به إلى عدم إيقاع الإكراه في الخارج من

إبقاء الأثر التعليقي له، إذ حينئذ لا يصير سببا لعدم وقوعه في الخارج بالكليّة، إذ ربّ أحد يقدم عليه مع ذلك بقصد إرضائه للمالك المكره فيما بعد.

و لا- فرق فيما ذكرنا- من رفع الأثر التعليقي بأدلة الإكراه- بين القول بكون الرضا المتأخر ناقلا- بأن يكون جزء المؤثر- و بين القول بكونه كاشفا، إمّا بأن يكون الشرط هو وصف تعقّب الرضا، و لا يكون لنفس الرضا دخل أصلا، أو بأن يكون نفس الرضا دخيلا في الأثر المتحقّق من حين العقد على نحو الشرط المتأخر، فإنّ دليل الإكراه يرفع الأثر الثابت لنفس العقد بملاحظة كونه جزء الموضوع، أو نفس المشروط و هو الأثر التأهلي، فيبقى الجزء الآخر- و هو نفس الرضا أو وصف تعقّبه- و كذا الشرط المتأخر بلا أثر. و يمكن أن يقال: بعدم حكومه حديث الرفع على الإطلاقات بالنسبة إلى عقد المكره، بناء على استفادة اشتراط سبب الرضا للعقد من آية التجارة عن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٦

تراض، فإنّ العقد الواقع عن إكراه و إن كان له أثر تأهلي، بمعنى أنّه لو كان صادرا عن الرضا كان مؤثرا، لكن هذا الأثر غير قابل للرفع، لأنّ المعلق عليه- أعنى: الصدور عن الرضا- غير ممكن الوقوع بعد فرض صدور العقد عن إكراه، و هذا بخلاف ما إذا كان الشرط صرف الرضا، فإنّ فائدة رفع الأثر التأهلي عن عقد المكره حينئذ عدم ترتّب الأثر عند حصول المعلق عليه، و بالجملة رفع الأثر التعليقي بعد عدم إمكان حصول المعلق عليه لغو.

فقد تحصل ممّا ذكرنا أنّ بطلان عقد المكره بعد حصول الرضا، مستفاد من أدلّة الإكراه بناء على اشتراط مجرّد الرضا، و مستفاد من نفس الإطلاقات بناء على اشتراط سببته.

□  
بقي الكلام- على القول بالصحة بعد الرضا- في أنّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ و تحقيقه يأتي في باب الفضولي إن شاء الله تعالى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٧

### [الشرط الرابع من شروط المتعاقدين ملك التصرف]

#### القول في عقد الفضولي

#### إشارة

و المراد بالفضولي هو من ليس مالكا للعقد [و لا] مختارا في الأمر، فإن كان مالكا و ليس مختارا كالراهن و السفية و الباكرة الرشيدة فهو فضولي، و إن لم يكن مالكا و لكنّه مختار للأمر كالوليّ و الوكيل و المأذون فليس بفضولي، هذا.

#### [الكلام في بعض الموارد]

#### [المورد الأول العقد المقرون بالرضا فضولي أم لا؟ و بيان الأدلة عليه]

و لكن يقع الكلام في بعض الموارد، و هو من عقد و الحال أنّ المالك راض و العاقد عالم به أو غير عالم، و الحاصل: أنّه لا إشكال في عدم الاندراج تحت هذا العنوان مع صدور إنشاء الرضا المسمّى بالإذن من المالك، و كذلك مع الفحوى، و أمّا مع حصول الرضا باطنا بدون إنشاء و إظهار له خارجا هل يخرج العاقد عن كونه فضوليا أو لا؟



استدل شيخنا المرتضى - قدس سره - على عدم الاندراج بعموم وجوب الوفاء بالعقود «١» و بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ  
«٢» و بقاعدة «لا- يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه» «٣» تقريب الاستدلال في الأوّل أنه وقع جميع أفراد العقود موردا لوجوب  
الوفاء و تطبيق العمل على وفقه من جميع

(١) المائدة: ١.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) الوسائل: ج ٣، من الباب ٣، من أبواب مكان المصلّى، ص ٤٢٤، ح ١ و ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٨

المكلفين، و معنى تطبيق العمل، المعاملة مع المثلث معاملة ملكية المشتري، غاية الأمر أنه خرج [منه] صورة عدم رضى من هو مختار  
[فى] الأمر فبقى الباقي تحت العموم، و لو فرض أنّ المفهوم من الآية بحسب الانصراف أنه: أوفوا بعقودكم، كما فى آية و تُوفُوا  
تُذَوْرَهُمْ «١» فنقول: لا إشكال فى دخول نفس المتعاقدين على مال الغير فى هذا العموم، فإذا وجب عليهما الوفاء فمعناه الحكم بملكية  
المال للمشتري، غاية الأمر خروج صورة عدم رضى [من هو] مختار فى الأمر فيبقى الباقي، [تحت العموم] اللهم إلا أن يدعى أنّ  
المفهوم منها انصرافا أزيد من هذا و هو أنه: أوفوا بعقودكم أيها الملاك للعقد، فيخرج ما نحن فيه عن العموم، أمّا بالنسبة إلى  
المتعاقدين فلعدم كونهما مالكين، و أمّا بالنسبة إلى المالك فلعدم كون العقد مضافا إليه.

و لكن يشكل على هذا دخول الفضولى بعد إجازة المالك فى العموم أيضا لعين تلك الجهة، إذ كما أنّ عقد شخص لا ينسب و لا  
يضاف إلى غيره بمجرد رضا ذلك الغير به باطنا، فكذلك لا ينسب إليه مع إمضائه له لاحقا أيضا، نعم لو كان هو المحرك و السبب  
لصدور العقد تصح النسبة، فليس مادة العقد من المواد المأخوذ فيها المباشرة حتى لا يصح نسبتها مع التسبب مثل الأكل، بل من قبيل  
الإتلاف الذى يصح نسبه إلى المباشر و السبب معا، و أمّا مع عدم المباشرة و التسبب فمجرد الإمضاء اللاحق لا يصير العقد عقدا  
للإنسان.

و تحقيق المقام أننا لو عملنا بظاهر الآية الشريفة كان اللازم وجوب وفاء كل واحد بكل عقد صدر من كل أحد، فى مال كل أحد، و  
هذا أمر تستغربه الأذهان

(١) الحج: ٢٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٨٩

و يستوحش منه كل أحد، فلا بد أن يقال: إنّ المضيّق لهذه الدائرة الوسيعة، هو الارتكاز الموجود فى كل أحد، من احتياج عقد غير  
المالك، إلى شىء من طرف المالك، فىكون القيد لثبوتها، لكن القيود اللبئية على قسمين، فقسم منها يكون نظير القيود اللفظية المتصلة  
بالكلام و هذه تمنع من انعقاد الظهور من الأوّل فى غير الخاص، كما هو الحال فى اللفظية المتصلة، و قسم منها يكون نظير القيود  
اللفظية المنفصلة، فلا يمنع من انعقاد الظهور على الخلاف.

و بعبارة أخرى: القيود الارتكازية العقلية التى يصرف بها الكلام عن ظاهره قد يكون حافّة بالكلام بحيث يصح ركون المتكلم إليها  
لأجل أنّ الكلام لا ينعقد ظهور له فى العموم أو الإطلاق أصلا، لاحتياجه إلى مقتضيات أكيدة و تصريحات بليغة حتى يخرج عن  
الأذهان ما غرس فيها و جبلت هى عليه- و من هذا القبيل مقدمات الحكمة- و لهذا يقال: إنّ الكلام ظاهر فى الإطلاق بسببها.

و قد لا- يكون حافّة بل يقع فى الكلام من الأوّل بصورته على ما هى عليه بحسب وضعه اللغوى فى الذهن و بواسطة كون خلافه  
ارتكازيا تحدث الوحشة ابتداء، ثم بعد التأمل ففى أوامر الموالى الظاهرية إمّا يحمل على السهو و الاشتباه، و إمّا يؤول الكلام عن

ظاهرة بقرينة الارتكاز، و في أوامر المولى الحقيقي فيتعين الثانى.

مثال ذلك كما لو قال: أكرم جيرانى، و قطع من الخارج أنه لا- يجب إكرام عدوّه و أنّ فى جيرانه من هو عدوّ له، فحينئذ يحمل كلامه- إن كان مولى ظاهرياً- على أنه غفل أو لم يعلم بوجود العدوّ فى الجيران، و فى المولى الحقيقى يتصرّف فى كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٢٩٠ الإطلاق و يقال: إنّ المراد ليس إلّا ما سوى العدوّ.

و بالجملة: القسمان مشتركان فى المنع من العمل بالعموم و الإطلاق فى ما عدا موردهما، لكنّ الفرق أنّ الأوّل يمنع من انعقاد الظهور، و الثانى يمنع من العمل به بعد انعقاده و استقراره، و تظهر الثمرة فيما إذا تردّد أمر هذا الارتكاز بين الأقلّ و الأكثر، ففى الأوّل يسرى الإجمال إلى العامّ و المطلق، فلا بدّ من الاقتصار فى حكمهما على المتيقّن و هو فيما اجتمع فيه القيود المحتمل دخلها فى حكم العام و المطلق، و فى الفاقد [عن] بعضها لا بدّ من الرجوع إلى الأصل العملى، و فى الثانى لا يسرى الإجمال إليهما، فلا بدّ من الاقتصار فى حكم المخصّص و المقيّد على المتيقّن و هو المجتمع فيه القيود المحتمل دخلها فى حكم المخصّص و المقيّد و فى غيره لا بدّ من الرجوع إلى العام و المطلق.

و حينئذ نقول: القيد الارتكازى فى المقام يدور أمره بين أن يكون هو اضافة العقد إلى المالك: يعنى يجب الوفاء بعقود المالك دون غيره، و بين أن يكون هو تعلق رضاه به مع تحقّق الإنشاء المظهر له، و بين أن يكون مطلق للرضا و لو باطنياً، لكن مع كون العقد متسبباً عن الرضا، و بين أن يكون مطلق الرضا و لو باطنياً و إن كان من المقارنات الاتفاقيه أو لاحقاً للعقد.

و حينئذ فيختلف الحال بين كون القيد حافاً بالكلام و بين كونه غير حافّ به، و الحق هو الأوّل، فالمعنى الملقى فى الأذهان من الآية الشريفة ليس هو ذلك المعنى الذى ذكرنا بذلك الإطلاق و السعة، بل لا يدخل فى الذهن من الأوّل إلّا المعنى المقيّد، و قد عرفت أنّه مع الإجمال و التردّد بين الأقلّ و الأكثر لا بدّ من الاقتصار على ما اشتمل على جميع القيود و فى ما عداه إلى حكم المخصّص أو كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٢٩١

الأصل، فيكون الباقي تحت عموم الآية هو العقد الصادر عن المالك أو مأذونه أو وكيله. □ و من هنا يعرف الكلام فى الآية الثانية أعنى قوله تعالى □ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ □ إلّا أنّ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ «١» فإنّ قيد كونه منكم، إمّا متعلّق بالمقيّد أعنى: التجارة عن تراض، و إمّا مجمل، و يحتمل كونه كذلك، فدعوى الجزم بتعلّقه بالتراضى دون التجارة خالية عن الشاهد، و أمّا قوله: لا يحلّ إلخ فالظاهر أنّه حكم حيثى، يعنى أنّ الحليّة محتاجة إلى طيب [نفس] المالك و بدونه لا يحصل، و أمّا أنّه مع حصوله لا يحتاج إلى شىء آخر مثل إجراء الصيغ و الإنشاء من المالك فلا يفهم منه، و ذلك يعلم بالعرض على العرف، هذا.

و يمكن التمسك للصحة بدون الحاجة إلى الإجازة بخبر الحميرى فإنّ فيه:

«الضيعة لا يجوز ابتاعها إلّا من مالكةا أو بأمره أو رضى منه» «٢» و مثله صحيحة محمّد بن مسلم، فإنّ فيها: «لا تشتريها إلّا برضى أهلها» «٣» و أنّ النواهي المتعلّقة بالمعاملات ظاهرة فى الإرشاد و الوضع، فمعناه توقّف صحّة الاشتراء على أحد الأمور الثلاثة و الظاهر منهما أنّ المعبر من قبل المالك ليس أزيد من ذلك.

و بعبارة أخرى: و إن لم يكن فى مقام البيان من جميع الجهات لكن من جهة الشرائط المعبرة من قبل المالك الظاهر كونهما بمقام البيان، فلو كان شىء آخر من إنشاء و غيره معتبراً فى هذا المقام أيضاً لكان اللازم بيانه، لكن لا يقال: إنّ الظاهر

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل: ج ١٢، الباب ١، من أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٠، ح ٨.

(٣) المصدر نفسه: ص ٢٤٩، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٢

من «الباء» هو السببية والاستناد فإذا حصل الرضى و لكن لم يستند الا شراء إليه لم يكف، لأننا نقول: فى خصوص الأمر نقطع بخلاف ذلك بمعنى أنه لو أمر المالك و نسيه المشتري و اشترى بغير داعى أمره أو لم يصل إليه أمره فإنه لا شبهة فى الصحة حينئذ، فيعلم أن «الباء» أريد منها المصاحبة.

### [المورد الثاني فى بيان صور بيع الفضولى]

#### إشارة

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - قسم الفضولى إلى ثلاثة أقسام، لأنه إما أن يبيع للمالك أو لنفسه، و على الأول قد يسبقه المنع من المالك و قد لا يسبقه، فهنا ثلاث مسائل،

### [المسألة الأولى: بيع الفضولى للمالك غير المسبوق بالنهاى]

#### إشارة

المسألة الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك و هو المتيقن من الفضولى، و هل هو باطل أو يصح بلحوق الإجازة؟ المشهور هو الثانى، و استدلل عليه شيخنا المرتضى بالعمومات و الإطلاقات، و هذا الاستدلال مبنى على ثلاث مقدمات. الأولى: وجود الإطلاق و العموم و عدم التقييد فيها بأن كان مفادها نفوذ عقد كل أحد فى مال كل أحد. و الثانية: الرضا المأخوذ قيدا فى الأدلة إما يؤخذ قيدا فى الحكم فلا نفوذ بدونه، و إما فى الموضوع فالعقد المرضى به نافذ، و يؤيد الأول قوله: «لا يحل الخ» و الثانى قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض فعلى تقدير جعله قيدا للموضوع لا بد من كون الموضوع أمرا قارزا ذا بقاء حتى يتعلق و يرتبط به الرضى اللاحق، و إلا فلا معنى لتعلقه بالأمر المعدوم. و الثالثة: أن يكون الدليل المقيّد إمّا مطلقا أعنى مفيدا لكفاية مطلق الرضا أعنى من السابق و اللاحق، أو مجملا حتى يرفع إجماله بالعمومات، و هاتان المقدمتان الأخيرتان لا صعوبة فى إثباتهما.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٣

لكن الكلام كله فى الأولى و هو ما ذكرنا من أننا لو خلىنا و أنفسنا و فرضنا ورود آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» بدون الأدلة المقيدة لما فهمنا بحسب ارتكازياتنا إلا المعنى المقيّد الرفع للوحشة، و لم ينقدح فى ذهننا من الأول أصلا ذلك المعنى الواسع أعنى: نفوذ عقد كل أحد على مال كل أحد بل نعلم أنه تحت ميزان و ضابط رافع للهرج و المرج و لما يدور أمر هذا الميزان و الضابط بين أمور، فلا محالة يجب الاقتصار فى حكم و جوب الوفاء على القدر المتيقن، و لا فرق فى أخذ القدر المتيقن بين المالك و غيره، فقد يكون العقد من المالك و لكن لا نعلم دخوله تحت القيد الارتكازى كما فى صورة حجره كالراهن و العبد و الباكرة الرشيدة، و قد لا يكون مالكا و نعلم بدخوله تحت القيد مثل عقد الوكيل و الولى و المأذون.

فإنصاف عدم إمكان التمسك بهذه الأدلة، نعم يمكن التمسك بقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بتقريب أن البيع اسم للمسبب أعنى نفس المبادلة الواقعية الغير المتحققه إلا بانتقال كل من المالىن إلى مالك الآخر واقعا، و إطلاقه على السبب يكون على سبيل التوسع.

و حينئذ نقول: لا شك أن الألفاظ محمولة على المصاديق العرفية لمفاهيمها، فينصرف لفظ البيع إلى الأفراد العرفية للمبادلة الواقعية و عند العرف، كما تتحقق المبادلة بصدور العقد من ولي الأمر أو بإذنه، و كذلك يروونه متحققا إذا صدر من شخص آخر ثم أمضاه

الولى و أجازته، كما لا تحقّق لها [عند العرف] أصلا عند صدوره من غير الولي [أو المالك] مع عدم لحوق الإجازة [من قبلهما] إلى الأبد.

فالحاصل: ليس البيع كالعقد اسما للسبب حتّى يتحقّق مصداقه عرفا في

(١) المائدة: ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٤

مورد عدم لحوق الإجازة حتّى نحتاج إلى تقييده بالقيود الارتكازي حتّى يقال: إنّه مجمل فيصير مجملا بإجماله، بل هو اسم للمسبب و هو واقعا ليس بوجود بنظر العرف إلّا في الموارد الخاصّة. بل نقول: لو أغمضنا عن التسبب بما ذكرنا، الذى حاصله الرجوع إلى موارد ترتب الأثر بنظر العرف و أريد [به] إثبات صحّة الفصولي بمجرد الأدلّة الشرعيّة لمّا أمكن ذلك و لو مع الالتزام بقيود كون العقد منتسبا إلى المالك، بدعوى الانصراف الذى تقدّم، بمعنى أنّه لا يمكن فى مورد [أن] نشكّ فى ترتب الأثر عرفا التسبب بأنّ عقد الفصولي يصير عقدا للمالك بسبب الإجازة فيندرج تحت: أو فوّا بالعقود. توضيح ذلك: أنّ الفعل الصادر من الغير لا يصحّ انتسابه إلى الإنسان إلّا مع توقّف ترتب أثره المترقّب منه على رضاه به، فلو فرض أنّ الأثر مترتب عليه سواء رضى الإنسان به أم لا، لا يصحّ أن يقال:

إنّه فعل له بل لفاعله، فإذا فرضنا أنّ العقد الصادر من الغير نشكّ فى ترتب الأثر عليه عرفا برضى مالكه، فنشكّ لا محالة فى صحّة تطبيق عنوان عقد المالك عليه، و أمّا لو فرضنا إحراز ترتب الأثر عرفا عليه بمعنى أنّهم بسبب رضى المالك يحكمون بالبيع، فحينئذ و إن صحّ انتسابه إلى المالك إلّا أنّ هذا الانتساب حينئذ يكون فى عرض أو فوّا بالعقود، إذ لا قصور حينئذ فى نفس البيع أن يكون موضوعا لل أو فوّا بالعقود.

فالحاصل: أنّه مع قطع النظر عن البيع بنظر العرف لا- انتساب، و مع النظر إليه لا- حاجة إليه، فتحقّق أنّا لسنا فى غنى عن التمسك ب «أحلّ الله البيع» بمعونة تطبيقه على البيوع العرفيّة.

فإن قلت: قد تقرّر فى الأصول أنّ الطبيعة إذا وقعت موضوعا لحكم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٥

فالظاهر أن تكون بنفسها موضوعة لا باعتبار معرفتها و مرآيتها لأفرادها الخارجيّة، و إذن فجعل البيع فى قوله تعالى أحلّ الله البيع (١) إشارة إلى المصاديق الخارجيّة حتى لا- يكون محيى عن التطبيق على المصاديق العرفيّة خلاف الظاهر، بل اللازم حمله على نفس طبيعة البيع، و من المعلوم أنّه لا اختلاف فيها بين العرف و الشرع.

قلت: بعد ما قامت القرينة و هو الورود مورد الامتنان على عدم إرادة فرد ما من طبيعة البيع حيث لا امتنان فى حليته، فهو نظير وقوع الطبيعة موضوعة فى القضايا الإخباريّة، مع عدم كون محمولها الحكم، مثل إنّ الإنسان لفي خسر (٢) حيث لا- يمكن حملها على فرد ما، فلا يمكن الإخبار عن كون فرد ما من الإنسان فى الخسر، و هذا بخلاف ما لو وقعت موضوعة للحكم مثل الوجوب فيصحّ تعلّقها بفرد ما، و يكون اختيار التعيين بيد المكلف كما فى وجوب طبيعة الصلاة، حيث إنّه يحمل على وجوب فرد ما من الأفراد الواقعة، بين أوّل الوقت و آخره.

و بالجملة بعد ما صار احتمال الحمل على فرد ما فى خصوص المقام مقطوع الخلاف يتعيّن الحمل على جميع الأفراد بنحو الاستيعاب و الاستغراق.

و حينئذ إمّا نقول بأنّ المتبادر منه كون مفهوم (٣) البيع المستعمل فيه اللفظة إشارة و معرّفا و مرآتا للأفراد الخارجيّة، و إمّا أن نقول بأنّه و إن لم يتعرّض المتكلم إلّا

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) العصر: ٢.

(٣) إشارة إلى أنه ليس من باب دخل قيد الفرد في مقام الاستعمال حتى يكون خلاف وضع اللفظ، بل اللفظ مستعمل في ذات المعنى، لكن ذات المعنى له كفتيتان من اللحاظ الاستقلالية والمرآتية كما في لفظه من و لفظ الابتداء و كما في العام المجموعى و الاستغراقى. منه دام ظلّه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٦

لحمل الحكم على صرف الطبيعة، و التطبيق إنما هو من وظيفة العقل، لكن لا بدّ و أن نقول في الحكم المعلق على صرف الطبائع مع اختلاف موارد تطبيقاتها بنظر الشرع و العرف من اكتفاء الشارع بما هو فرد بنظر الشارع و يقنع به امتثالا لما جعله تحت الحكم، لأنّ ما هو العلة لحمل ألفاظه على المصاديق العرفية - عند تعرضه [في] كلامه للمصاديق أو على المفاهيم العرفية عند تخالف النظرين في المفهوم - بعينه موجود في ما لم يتعرّض للمصاديق و لم يكن اختلاف في المفهوم مع وجوده في المصاديق إذ هو نقض الغرض و من المعلوم مساواته في المقامين.

[في بيان أدلة المثبتين و النافين لصحة عقد الفضولي و بطلانه]

[المقام الأول في ذكر الأدلة على صحة عقد الفضولي و مؤيداتها]

إشارة

بقي الكلام في الأدلة الخاصة التي تمسك بها لصحة الفضولي بعد إجازة المالك،

[منها حديث عروة البارقي]

منها: قضية عروة البارقي، و لا صراحة فيها في الفضولية، إذ من المحتمل كونه مأذونا صريحا أو بالفحوى من النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو وكيل له كما حكى عن خلاصة العلامة - قدس سرّه.

[و منها صحيحة محمد بن قيس]

و منها صحيحة محمد بن قيس، و الأحسن التيمّن بنقلها أولا، فنقول: روى في الوسائل عن المشايخ الثلاثة بطرقهم عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى في وليدة «١» باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري فقال: خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن، قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك

(١) و في رواية الكليني - قدس سرّه - قال: قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في وليدة. منه - دام ظلّه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٧

حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه «١».

ثمّ إنّه ذكر للاستدلال بهذا الخبر موهنات.

منها: ظهور بعض فقراته في الردّ مثل المخاصمة و قوله - عليه السلام - بطريق التعيين: خذ وليدتك و ابنها، و مناشدة المشتري و قوله: حتى ترسل ابني، فإنّ ظاهر الإرسال أنّه كان محبوسا، و لعلّ ظهوره في إظهار اليأس عن وصول الوليدة، و إنّما يسعى في علاج فكاك ابنه.

و حينئذ نقول: ظهور قوله - عليه السلام - : «حتى ينفذ لك» و قول الباقر - عليه السلام - : «أجاز بيع ابنه» في قابليته العقد الصادر بغير إذن المالك للحقوق إنفاذه و إجازته، و حيث إنّ الإجازة المسبوقه بالردّ غير مؤثرة إجماعا فلا بدّ من رفع اليد من أحد الظهورين أمّا بتأويل الأوّل بما لا يلازم الردّ و إمّا بحمل الثاني على البيع المستقلّ.

و منها: كون الرواية قضية في واقعة، و منها: تعليمه - عليه السلام - الحيلة لانفاذ البيع بتعليم ما يوجب إيجائه إليه، و من آداب القاضي ترك ذلك.

و منها: حكمه - عليه السلام - بأخذ الولد الحرّ لأجل الدين الثابت في ذمّة أبيه، فإنّ الولد الذي حصل للمشتري من الجارية يصير حاصلًا بوطنى الشبهة، فلا يصير رقًا لمولاه، نعم يستقرّ قيمته يوم ولادته في ذمّة المشتري لصاحب الجارية و لا يمكن بمجرد ذلك حبس هذا الحرّ لأجل الوصول إلى هذه القيمة.

و يجاب بأنّ المخاصمة أعمّ من الردّ لملاءمتها مع الترديد و مع الكراهة بدون إنشاء الردّ، و للمالك عند عدم مباشرته العقد و عدم إذنه ما لم يجز أن يحبس العين

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٨٨، من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ص ٥٩١، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٨

لأجل أنّه إن وصل إليه الثمن أجاز و إلّا ردّ.

نعم بعض التصرفات المالكية تكون ردًا فعليًا مثل الوطى و العتق، و أمّا صرف انتزاع العين من يد المشتري فأعمّ، فإنّ المال ما لم يجز بحكم ملك المالك و لو على الكشف، و لهذا يحرم على المشتري قبضه و التصرف فيه بمجرد العقد و لو مع القطع بلحقوق الإجازة، و من هنا يظهر وجه عدم ظهور الحكم بتعيين الأخذ في الردّ، فإنّه يصحّ ذلك و لو مع عدم الردّ و الإجازة معا.

و أمّا الفقرتان اللتان ادّعى ظهورهما في الإجازة، فالظاهر صراحتها فيها و عدم احتمالهما لإرادة البيع المستقل، و ذلك لأنّه جعل في الرواية من فائدة هذه الإجازة خلاص الابن، و مع البيع المستقلّ لا وجه للخلاص، فإنّه إمّا رقّ للمالك لعلم المشتري بالفضولية و كون وطيه زنا فيكون أخذ المالك له بحق الملكية، و إمّا حرّ لجهله بها فيكون الولد من الوطى بالشبهة، فيكون حبسه لأجل أخذ قيمته.

و على كلّ حال لا يرتفع ملاك الأخذ ببيع الأمة بالبيع الجديد كما هو واضح، بخلاف إجازة البيع السابق، فإنّها على الكشف يجعل الوطى صحيحا في الصورة الأولى فيخرج الولد عن الرقية، نعم لا يرفع التجزى، و في الصورة الثانية يكون الولد كسائر النماءات راجعة إلى المشتري، لأنّ ذلك مقتضى الكشف.

و أمّا كون الرواية قضية في واقعة، فلا يضرّ بعد أنّ الظاهر من نقل الباقر لقضاء الأمير - صلوات الله عليهما - أنّه يكون لأجل أن يعمل به، فإنّ محمد بن قيس على ما نقل نقل قضايا قضى فيها الأمير من قول الباقر - صلوات الله عليهما - و من الظاهر أنّ الحكمة في نقل الباقر - سلام الله عليه - لتلك القضايا لأجل العمل، و لو كان لخصوصية المورد دخل لما كان للعمل وجه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٢٩٩

و أمّا تعليم الحيلة مع أنّه ليس من آداب القاضي، فيمكن لأجل التوصل به إلى درء الحدّ عن المشتري - فإنّه على ما يأتي لا بدّ من حمل وطئه على الزنا، و مع الإجازة يخرج عنه، فيدرء عنه الحدّ بانتفاء الموضوع - و إلى صيرورة ولد الزنا في حكم ولد الحلال، في الإلحاق بالنسب و غيره.

و أما حكمه بأخذ الولد الحرّ، لأجل الدين على الأب، فيجاب بعدم وروده بالالتزام بعدم حرية الولد بواسطة علم المشتري بالفضوليه، فكان زانيا فالولد كان رقاً للمولى، و ذلك بواسطة حفظ القواعد المقتضية لعدم جواز حبس أحد لأجل مديونية غيره، بناء على جواز التمسك بالعموم في مورد العلم بخلاف حكمه مع الشك في انطباق موضوعه لتشخيص عدم كون المورد معنونا بعنوان العام، لدوران الأمر بين التخصيص و التخصص.

[و منها فحوى ما دل على صحة النكاح الفضولى]

و منها: فحوى صحه الفضولى فى عقد النكاح الصادر عن العبد و الحرّ الثابتة بالنص و الإجماع، بتقريب أنّ تملك بضع الغير إذا لزم بعقد الغير، مع إجازة صاحب البضع فتمليك الملك أولى، مضافاً إلى شدة الاهتمام فى نظر الشرع. و أنت خير بأن هذا إنما يتم مع افادة هذه الأولوية للقطع، و بعد خفاء المصالح الواقعية علينا أنّى لنا بإثبات هذا القطع، فمن المحتمل أن يوجب شدة الاهتمام بالفروج تسهيل الأمر و التوسعة فى أسبابه لئلا يقع الناس فى الزنا، و لا يكثر أولاد الزنا، و بهذه الحكمة شرعت المتعة كما يشهد به ما روى من أنه لولا منع عمر عن المتعة لما زنى إلّا شقى «١».

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ١، من أبواب المتعة، ص ٤٣٦، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٠

لكنّ الكلام فى المقام فى أنه هل بعد تمامية هذه الأولوية، يوهنها الرواية الواردة فى الردّ على العامة حيث حكموا بصحة البيع الصادر من الوكيل بعد عزل الموكل إيّاه و قبل وصول الخبر إليه، و حكموا بالفساد فى النكاح فى عين هذه الصورة معللين بأنّ المال له عوض و أمّا البضع فليس له عوض، فقال الإمام - عليه السلام - لما حكى ذلك عنهم الراوى: «سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده إنّ النكاح أحرى و أجدر أن يحتاط فيه، و هو فرج و منه يكون الولد» «١».

فقد يقال فى توجيهه: إنّ المعنى أنه إذا حكمت بالصحة فى البيع فالنكاح أولى بالاحتياط بالحكم بالصحة، فيقع الكلام فى أنه كيف يكون الصحة فى النكاح مطابقة للاحتياط؟ فيقال: إنه لو كان صحيحاً واقعا و حكم بالفساد فيتزوج الزوجه فيقع الزنا بذات البعل، و لو كان فاسداً و حكم بالصحة فحيث إنّ الزوجه بلا مانع فلا يقع الزنا إلّا بالمرأة الغير المزوجه، فمعنى الأحوط هو الأشد احتياطاً. و أمّا البيع فلا يمكن القول بالاحتياطية فى شىء من الصحة و الفساد فيه، فإنّه على فرض الصحة لو حكم بالفساد للزم تصرف كل من البائع و المشتري فى ماله الأصلي المنتقل إلى صاحبه، و لو حكم بالصحة فى فرض الفساد لزم تصرف كل منهما فى مال صاحبه الغير المنتقل إليه، فعلى أىّ تقدير يلزم التصرف فى مال الغير بغير حقّ فيدور الأمر بين المحذورين فترجيح أحدهما بلا مرجح. و حينئذ فيما أن يقال: إنّ معنى العبارة أنّ النكاح أولى بأن يحتاط فيه بالحكم بالصحة يعنى متى دار الأمر فيه و فى البيع بين الصحة و الفساد فهو أحق

(١) الوسائل: الباب ١٥٧، من أبواب مقدماته و آدابه، ١٩٤، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠١

بأن يحتاط فيه بالصحة من البيع، يعنى أنّ الاحتياط المتأكد فيه يوجب أقربيته إلى الصحة و عدم الإبطال من البيع، أو يقال: إنّ هذا الاحتياط المتأكد الموجب لأقربيته إلى الصحة و أبعديته من الإبطال إنما يحدث فيه لو حكمنا فى البيع بالصحة. أو يقال: هو مطلقاً يكون مورداً للاحتياط المتأكد لكن اقتضاء هذا الاحتياط المتأكد لأقربيته إلى الصحة إنما يكون فى ما لو حكمنا فى البيع بالصحة. و الظاهر هو الوجه الأول فيستفاد منه أنّ طبع النكاح لمكان تأكد الاحتياط فيه يكون أقرب إلى الصحة و أبعد من البطلان من طبع

البيع، فلو ورد الحكم بصحة البيع في مورد أمكن الحكم بصحة النكاح في ذلك المورد دون العكس، فيمكن التعدي من صحة البيع إلى صحة النكاح، ولكن لا يمكن التعدي من صحة النكاح إلى صحة البيع، كما هو مبني الاستدلال في مسألة الفضولي.

وقد يوجه الرواية بطريق آخر، وهو ما ذكر لكن يجعل الاحتياط هو احتياط الشارع دون المكلف يعنى أن الأحوط في حق الشارع هو التوسع على العباد وعدم الإبطال في باب النكاح لثلاً يكثر الزنا و ولد الزنا كما هو الحكمة في تشريع المتعة، ولكن الظاهر هو احتياط المكلف لاستبعاد استناد الاحتياط إلى الشارع العالم، وعلى كلا هذين الوجهين تكون الرواية موهنة للأولية كما هو واضح. وقد يوجه بوجهين آخرين ليخرج عن الموهية، أحدهما: أن يقال: إنها متعرضة فقط لحيث إن النكاح أحق بالاحتياط بدون تعرض أن مقتضاه ماذا، يعنى لو كان الاحتياط ورعاية جانب العقد الواقع بإبقائه وعدم نقضه مهما أمكن هو الملاك للحكم، فالنكاح أحق وأحرى بالاحتياط ولو بأن يكون بالعقد الجديد أو بالطلاق، فهذا تخطئه لهم حيث زعموا أن ملاك الحكم الاحتياط، والإمام كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٢

- عليه السلام- يردعهم بأنّه لو كان الملاك ذلك لما كان الحكم فى النكاح البطلان، بل اختيار ما يوجب الجزم بالواقع، لأنه أحق بالاحتياط من البيع.

وفيه: أن الظاهر من الرواية أن المراد هو الاحتياط بإبقاء العقد وعدم نقضه كما هو الظاهر من المنقول عن مدرّك العامّة الذى هذا الكلام يكون ردّاً لذلك المدرّك.

و ثانيهما: ما اختاره شيخنا الأستاذ و كان مصرّاً به فى مجلس الدرس- أدام الله أيام إفادته- و هو أن يقال: ليس المراد بالاحتياط ما هو الشائع فى اصطلاحنا الآن، بل معناه الأصلي و هو إصابة الواقع و تعلّمه من المأخذ الصحيح، فيقال: إن المفتين المذكورين قد بذلوا وسعهم و سعيهم و اجتهادهم فى باب البيع و أصابوا الحكم الواقعى بالطريق الصحيح، و لكن فى باب النكاح قنعوا عن الفحص عن الحق و الواقع بأن يقايسوه بالبيع و يستفيدوا حكمه بعد المقايسة بواسطة المساواة و عدمها، فزعموا بعد المقايسة أن لوجود العوض فى باب البيع مدخل بنحو جزء المؤثر فى الحكم بالصحة، بمعنى أن لخصوصية المورد أيضاً دخل، فلا يرد لزوم التعدي إلى كلّ مقام وجد فيه العوض، ثمّ لما رأوا عدم وجود العوض فى النكاح حكموا بعدم الصحة فيه لعدم تمامية علّتها، فما ذكر من العلة كان علة لعدم تسرية الحكم من البيع إلى النكاح، لا أن كلّ واحد من جزئى العلة علة مستقلة لواحد من الحكمين فى بابى البيع و النكاح كما ربّما يتراءى من ظاهر كلامهم.

و إذن فردّ الإمام- عليه السلام- عليهم يكون فى تركهم الفحص عن وجدان الحكم الواقعى فى مثل باب النكاح الذى هو باب الفروج، و تخصيصهم البيع الذى هو باب الأموال بالفحص و جعلهم إياه أصلاً لمعرفة الحكم فى النكاح مع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٣

أنّه لو كان هذا المشى أعنى العمل بالاستحسانات و القياسات صواباً لكان الصواب العكس بأن يخصّوا جهدهم و احتياطهم و سعيهم بباب النكاح الذى هو أهمّ ثمّ يستفيدوا الحكم فى البيع الذى هو المهم بالمقايسة مع باب النكاح.

و حينئذ الرواية أجنبية عن الأولوية المدّعاة فى مسألة الفضولى كما هو واضح، لكنك خبير بأنّ ما ذكره- دام ظلّه- و إن كان فى نفسه معنى لطيفاً يليق أن يكتب بالنور لكن يحتاج تطبيقه على الرواية إلى تمحّل كثير.

[و منها ما ورد فى المضاربة]

ثمّ إنّه ربّما يؤيد صحة الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصّة، مثل موثقة جميل عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذى أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «١»، و نحوها غيرها الواردة فى هذا الباب.



قال شيخنا المرتضى - قدس سره - إنها إن بقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك وغيره كان فيها استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

و إن حملناها على صورة رضى المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب، و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دلّ على اعتبار رضى المالك في نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي، و صحّتها في المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب، انتهى كلامه رفع مقامه.

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ١، في أحكام المضاربة، ص ١٨٢، ح ٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٤

و يمكن أن يقال: إنّ مضمون الرواية غير منطبق على القواعد مطلقاً لا في فرض الإجازة و لا في فرض عدمها و لا في جانب الربح و لا في طرف الوضعية و الخسران، أمّا في فرض الإجازة فلاّ أنّ المضاربة لم تقع لا أصالة لعدم انطباق العقد على الواقع، و لا فضولة لأنّ الفرض أنّه لم ينشأ عقد المضاربة فضولة من طرف المالك و إنّما إنشاء البيع و الشراء، فلحوق الإجازة لا بدّ أن يصحّح عقد البيع لا المضاربة، و من المعلوم أنّ مقتضاه رجوع تمام الربح إلى المالك و عود تمام الخسران عليه من دون عود شيء منهما إلى العاقد. و أمّا في فرض عدم الإجازة فاشتراك الربح معلوم عدم وفقه مع القواعد و كذلك الخسران، فإنّ ظاهر العبارة أنّ البيع في غير الخسران نافذ و إنّما يتحمّل العاقد مقدار الخسران. و على هذا فالرواية مشتملة على التبعّد المحض لا يمكن الاستثناس و الاستشهاد بها للمقام.

و قد يقال بخروج موردها عن موضوع الفضولي رأساً بدعوى حملها على صورة تعدّد المطلوب بمعنى أنّ المالك قد رضى بمطلق المضاربة وضعاً لكنّه شرط المعاملة في الوجه الخاص لأجل ثبوت الضمان على تقدير المخالفة.

و فيه: أنّ ذكر القيد المتخلف لو كان في العقد الواقع على العين الشخصية كأن يقول: بعث هذا الفرس على أن يكون عربيّاً، فبان تركيّاً أمكن أن يقال بأنّ عدم تحقّق القيد لا- يوجب فساد البيع في الأصل بدعوى تعدّد المطلوب عرفاً، و أمّا إذا كان مورد العقد المشروط الأمر الكلي - كما هو المفروض في المقام حيث إنّ المالك اشترط على العامل أن لا يرتكب في معاملاته الجهة الكذائية- فحينئذ مورد المضاربة هو المقيّد بغير الجهة الخاصّة و هو مبين مع الواجد لها.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٥

[و منها أخبار الانجار بمال اليتيم]

و من الأخبار الواردة في المقامات الخاصّة المؤيّد بها صحّة الفضولي الأخبار الواردة في اتّجار غير الولي في مال اليتيم و أنّ الربح لليتيم «١».

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - إنّها إن حملت على صورة إجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة، و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعة ممّن تقدّمهم خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدّم.

و يمكن أن يقال: إنّ هذا الذي ذكره - قدس سره - مبني على ثلاث مقدّمات، الأولى: حمل من بيده مال اليتيم الذي هو الموضوع في تلك الأخبار على المتصرّف على غير الوجه المشروع، أعنى: غير الولي بدون إذنه، الثانية: أن يكون الاتّجار بعين مال اليتيم لا بما في الدّمّة مع الوفاء بعين ماله، و الثالثة: أن يكون الاتّجار بقصد اليتيم لا بقصد نفس المتّجر.

و كلّ من هذه الأمور خلاف الظاهر، فإنّ الظاهر من عنوان من بيده المال المتصرّف فيه على الوجه المشروع و كذلك الظاهر من

الاتجار بملاحظة غلبة المعاملات بما في الذمة وكون التأديبه بالأعيان الخارجيه هو الحمل على ذلك، ولا ينافيه عنوان الاتجار بمال اليتيم، إذ يكفي هذا المقدار في صحه هذا الإطلاق كما لا يخفى، ولا فرق في ذلك بين النقود والأعيان، فإن المعامله في الأعيان في الدورة الأولى تقع على العين لكن في الدورة الثانية تقع بما في الذمة وتكون التأديبه بأثمانها، وكذلك الظاهر أن المتجر إنما يتجر لنفسه، و من المعلوم أنه بناء على هذه الظواهر تخرج الروايه عن المساس بمسأله الفضولي كما هو واضح.

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٧٥، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٩١، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٦

ثم إنه بناء على ارتكاب خلاف الظاهر من الجهات الثلاث ربما احتل دخولها في المسأله من حيث إن الحكم بالمضى إجازة الاهيه لاحقه للمعامله.

□  
و فيه أولاً: أن الحكم بالمضى ظاهر في التشريع لا في أعمال جهه المالكيه، و ثانياً: لو أغمضنا عن ذلك فحيث إن الله تعالى عالم بالعواقب فإنه يرضى من أول الأمر ولا يحتاج إلى أن يصبر إلى ما بعد العقد ثم يمضيه.

[و ما يؤيد الصحه ما ورد فى شراء العبد المأذون]

و ربما يؤيد المطلب أيضا بروايه ابن أشيم الواردة فى العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها و يحجّه عن أبيه، فاشترى أباه و أعتقه ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأبد و ورثه الدافع و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر - عليه السلام -: أميا الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو ردّ فى الرق الموالى أبيه، و أى الفريقين بعد أقاموا البيئه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا «١».

قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -:

إنه لولا كفايه الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد إقامة البيئه المتضمنه لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البيئه عليها كافيه فى تملك المبيع.

و يمكن أن يقال: إن من الممكن كون العبد مأذونا من قبل الجميع فى التجارة، فيخرج عن مسألتنا، و قول كل من الفرق: اشترى بمالنا لا يدل على خلاف ذلك، لإمكان أن يكون مقصودهم من ذلك الكنايه عن الشراء بقصدهم و بعنوان المأذوبيه من قبلهم، و الحاصل لم يريدوا إثبات تملكهم بمجرد الشراء بمالهم بل مع حفظ سائر القواعد، هذا مضافا إلى اشتمال الروايه على تقديم قول

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٥، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٣، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٧

مدعى الفساد، أعنى: مولى الأب مع أن مقتضى القاعده المقرره تقديم مدعى الصحه.

[و ما يؤيد الصحه ما ورد فى الإقالة بوضيعة]

و مما يؤيد به المطلب صحيحة الحلبي: «عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقيله إلا بوضيعة؟ قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد» «١».

قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -:

إن الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحه الفضولى لنفسه

و يمكن أن يقال: إن كان المقصود من قوله: فإن جهله فأخذه الأخذ بعنوان الإقالة فحيث إن الإقالة ليست إلا بردّ عين كل من المالكين

أو بدلتهما إلى مالكهما ولا- يعقل بردّ البعض أمكن انطباقه على البيع الفضولي، و أمّا لو كان المراد البيع المستقلّ و كان المراد من عدم الصلاحية هو الكراهة و من ردّ ما زاد هو استحباب ذلك فهو أجنبي عن بحثنا و ليس فى الرواية ما يظهر منه أحد الأمرين إلّا كلمة (أن يقيله) و لم يعلم كونه بالياء المثناة التحتانية و يمكن بالياء الموحدة.

[و ما يؤيد الصحة ما ورد فى شراء السمسار]

و ممّا يؤيد به أيضا موثقة عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - «عن السمسار أ يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال: لا بأس بالخبر» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ١٧، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٩٢، ح ١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٢٠، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٩٤، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٨

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -:

إنّ الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه - إلى أن قال: - و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فى ما رضى و يفسخه فى ما كره، و يحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق فيجيز ما يريد و يرده ما يكره، و ليس فى مورد الرواية ظهور فى إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضولياً كما لا- يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام بعدم البأس من دون استفعال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات، انتهى كلامه رفع مقامه.

و الاحتمالان الأوّلان واضحان، و أمّا الأخير فهو أن يأذنه فى أصل الإنشاء و إيقاع العقد، و أمّا حقيقة البيع و النقل و الانتقال فلم يقع تحت الإذن بل أوكله إلى أن ينظر فى المستقبل فإذا رآه صلاحاً أجازته، و ذلك نظير ما قبل الإذن لو التفت إلى أن الفضولى اشترى له متاعاً ربّما يفرح بهذا القدر لأنّه مورث لأن يبقى المتاع سالماً من اشتراء مشتر آخر إمّا لجهل البائع بالفضوليه، و إمّا للزوم من طرفه، فكذلك يمكن ذلك فى حال الإذن فيأذنه أن يوقع سبب انقطاع يد الغير عن المال، و أمّا حقيقة البيعة و السبب نحو الانتقال فأوكله إلى النظر المستقبل، و لا- يبعد أن يقال بظهور عبارة السائل فى هذا الاحتمال الأخير، إذ وصف السمسار بأنّه يشتري بالأجر يبعد احتمال كون أخذه للورق قرضاً، و كذلك ظاهر قوله: تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، عدم الملزمة الابتدائية لا الحاصلة بحق الخيار.

[و ما يؤيد الصحة التعليل الوارد فى نصوص نكاح العبد]

و ربّما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٠٩

مولاه، معللاً بأنّه «لم يعص الله و إنّما عصى سيده» (١)

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: إنّ المانع من صحّة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى، و أمّا المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيّد فيزواله يصح العقد، و رضى المالك من هذا القبيل، فإنّه لا يرضى أولاً و يرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ و جلّ بفعل، فإنّه يستحيل رضاه.

و فيه أنّ اللازم أن نقول: بأنّ العقد الصادر من غير البالغ أيضا صحيح بالبلوغ، و كذلك نظيره ممّا لا يلتزمون به، فالكليّة لا تستفاد من

هذه العبارة، بل يمكن أن يقال: إنها ناظرة إلى تخطئة العامية حيث زعموا أن النهى متى تعلق بالمعاملة و لو بالعنوان الثانوى يوجب فسادها، فأبطل الإمام - عليه السلام - هذه الدعوى و قال: إن النهى المورث لذلك هو ما كان العصيان بنفس العقد نظير البيع الربوى، دون ما لم يكن بها بل بعنوان آخر كمخالفة السيد و اذن فليس ناظرا إلا إلى كيفية هذه الكبرى الشخصية، أعنى: مانعية النهى عن الصحة من دون مساس له بالكلية المذكورة.

□

و ربما يستدل أيضا برواية مسمع أبى سيار، قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام -: إني كنت استودعت رجلا مالا فجحديني و حلف لى عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه فقال: هذا مالك فخذ، و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح، و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: قال - عليه السلام -: «خذ الربح و أعطه النصف و أحله»

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ٢٤، من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ص ٥٢٣، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٠

إن هذا رجل تائب و الله يجب التواين» (١).

قال بعض السادة الأساطين - قدس سرهم -: إن ظاهر ذيله أن تمام الربح له و أنه - عليه السلام - أمره بإعطائه النصف منه من جهة أنه تائب و هو لا ينطبق إلا على صحة الفضولى، و استدلل أيضا برواية التجارة بالزكاة حيث حكم أن الربح لها و لا وضيعه عليها، فيدل على صحة الفضولى.

أقول: هاتان الروايتان و رواية ابن أشيم المتقدمه و روايات الأتجار بمال اليتيم يستفاد منها أن البيع أو الشراء لما فى الذميه إذا كان القصد حين المعاملة الدفع من عين مال الغير يكون كالمعاملة الواردة على عين المال ابتداء، فيندرج فى الفضولى و يرجع ربحها إلى صاحب العين، و يناسب ذلك مع ارتكاز العرف، ألا ترى أن العصاة و الظلمة مع شرائهم و تحصيلهم لما يملكونه غالبا بالثمن فى ذمتهم يقال:

إن ما بيدهم مال لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به بظاهر هذه الروايات و تكون دالة على صحة الفضولى أيضا و إلا فهى على خلاف القواعد لا يمكن استفادة الكلية منها.

### [المقام الثانى أدلة بطلان بيع الفضولى]

[الدليل الأول الكتاب]

و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة أما الكتاب فقوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** «٢».

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضى، و من المعلوم أن الفضولى غير داخل فى المستثنى.

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ١٠، فى أحكام الوديعة، ص ٢٣٥، ح ١.

(٢) النساء: ٢٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١١

و أجاب عنه بأن دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء، إلى أن قال:

و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى لكونه واردا مورد الغالب

كما في ما نحن فيه و في قوله تعالى وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ «١».

أقول: العمدة نفى المفهوم للقيد و معه لا يضمر وجود الحصر، فإن المحصور فيه حينئذ مطلق التجارة و ما نحن فيه من أفرادها، كما أنه مع ثبوت هذا المفهوم لا ينفعا نفى الحصر، فإن المفهوم حينئذ أن سبب الأكل الذي يكون من هذا الجنس، أعنى: التجارة لا بد فيه من مقارنة الرضى، فلا ينفع فرد منه بدونها كما في ما نحن فيه.

و تحقيق حال المستثنى المنقطع أن المقصود من إثباته في الكلام استحكام عموم الحكم الثابت للمستثنى منه و أنه ما خرج منه فرد واحد حتى احتاج في مقام الاستثناء إلى إخراج غير الجنس، كما يقال لم يخرج من أهل البلد خارج البلد أحد، نعم كان غراب يطير في الهواء، و أما أن الحكم الثابت للمستثنى لغير أفراد المستثنى منه غير ثابت و ليس للمشارك، فليس في مقام البيان من هذه الجهة، فيمكن أن يكون في المثال عصفور مع ذلك الغراب طائرا أو نفر في الصحراء راعيا، ففي الآية يدل الاستثناء على عموم النهى لجميع أفراد عنوان الباطل، و أما غير الباطل العرفي ينحصر المحلل منها للأكل في خصوص المستثنى فلا تعرض من هذه الجهة. و أما تحقيق حال المفهوم الذي هو العمدة فقد يقال بأنه - و إن قلنا به -

(١) النساء: ٢٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٢

لا يدل على فساد الفضولي من جهة أن التجارة عبارة عن العقد و القرار القابلين للبقاء، لا لإيقاعهما الذي هو أمر آتى لإقرار له فهو حين الإجازة موجود، و لم يصرح في الآية بأن المعتبر مقارنة خصوص وجودها الحدوثي للرضى، فيكفي اقتران الوجود البقائي. فإن قلت: نعم لكن يستفاد من «عن الشويبة» علاوة من الاقتران، الاستناد و التسبب، و من المعلوم عدم ذلك في الوجود البقائي. قلت: يلزم من ذلك القول بفساد العقد حتى في بعض صور اقتران الوجود الحدوثي أيضا إذا لم يكن وقوع العقد بسبب الإذن و الرضى، كما لو أوقع الوكيل أو المأذون العقد لا عن استناد إلى الوكالة و الإذن بل عن أغراض موجودة في أنفسهما، و لا يلتزمون بالبطان في هذا الفرض، فنعلم من ذلك إلغاء قيد الاستثناء فيبقى صرف المقارنة و هي حاصلة في الوجود النفساني. و لكن الإنصاف عدم تمامية هذا الجواب، إذ الظاهر من إضافة القيد إلى ما هو من قبيل الأفعال كون حدوث ذلك الفعل مقيدا بذاك القيد، فإذا قيل: الشك في ما إذا تجاوز محل المشكوك لا يعتنى به، لا يندرج فيه الشك الحادث قبل التجاوز إذا اشتغل الشاك بالفعل المترتب على المشكوك، و هكذا لو قيل: بائع زيدا يوم الجمعة فلا يصدق بالبيعه يوم الخميس و البقاء عليها إلى يوم الجمعة.

فالعمدة الجواب بإنكار أصل المفهوم ببيان أن القيد في ما إذا كان غالبا يسوغ ذكره في الكلام بمجرد هذه النكته، و إذا وجد في البين نكته أخرى غير تضييق دائرة الموضوع سقط الكلام عن الدلالة.

و ليعلم أن الاستدلال غير مبتن على القول بالمفهوم المصطلح، فإنه ينتزع من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٣

إفادة القيد لعلية الوصف و انحصار العلة به أيضا، و مقامنا يكفيه الأول و لو منع من الحصر، إذ يدل عليه أنه متى لم توجد علة أخرى فالعلة التي هي من جنس التجارة لا بد في تأثيرها من مقارنة الرضى، و المفروض في مقامنا عدم شيء آخر سبب للنقل و الانتقال سوى عقد الفضولي، فإذا قيد بسببته أيضا بالمقارنة المتيقنة ثبت البطان لا محالة، فإنكار المفهوم لا يثمر المقام بل العمدة إنكار ظهور التقييد في الدخالة في الحكم، و قد عرفت شيوع إتيان القيد في الكلام بمحض شيوع وجوده في الأفراد، فلا يبقى ظهور في الدخالة، إذ هو مبتن على عدم فائدة أخرى لتصون كلام الحكيم عن اللغوية، و إذ ليس فليس.

و أما السنّة فأخبار:

□  
منها: النبوي المستفيض و هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» (١).  
قال شيخنا الأنصاري - طاب ثراه - فإنَّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر: «لا يبيع إلّا في ما يملك» بعد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا تطلق إلّا في ما يملك و لا عتق إلّا في ما يملك» (٢) و لما ورد في توقيع العسكري - صلوات الله عليه - إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (٣).  
و محضّل ما يجاب عن المجموع أنّ النهي لا بدّ و أنّ يتعلّق بالأمر المتعارف

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٤، ح ٢.

(٢) المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ١٢، من أبواب مقدّماته و شرائطه ص ٢٨٦، ح ١، ٢، ٤، ٦، ٧، ١٠ إلخ.

(٣) المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٢، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٤

ليكون ردعا عنه و لا شبهة أنّ بيع مال الغير مثل بيع مال النفس بأن يترتب عليه الأثر بلا انتظار رضی المالك لم يكن أمرا متعارفا، فلا يجوز صرف النهي إليه، و إنّما المتعارف أمران، أحدهما: بيع العين الشخصية المملوكة للغير عن النفس و يلاحظ ملكيتها للنفس باعتبار القدرة على تحصيلها، كما يصحّ اعتبار الملكية في الكلّي في الملى، باعتبار قدرته على تحصيل مصاديقه الخارجيّة، فهنا ملكيتان تعلّقتا بعين واحدة في زمان واحد، إحداهما في طول الأخرى و كلتاهما فعليّة لا شأنيّة، فالمالك الأصلي واضح كونه فعلا مالكا، و الأجنبي البائع للنفس أيضا مالك فعلي لنفس تلك العين باعتبار القدرة المذكورة.

و إن شئت فقلت: أحد الشخصين مالك للوجود الخارجي و الآخر للوجود الذمّي فلا يرد أنّ متعلّق القدرة ماذا؟ إن كان هو التملك بمعنى أنّه يقدر على أن يملكه من صاحبه فهذا تحصيل الحاصل، لأنّ المفروض كونه مالكا، و إن كان هو الإقباض لا يصير منشئا لاعتبار الملك، فإنّه يقال: متعلّقه هو الأول و لا يلزم تحصيل الحاصل، لأنّه تحصيل مرتبة أخرى من الملكية و هي المتعلّقه بالوجود الخارجي، و ما كان حاصلها هي المتعلّقه بالوجود الذمّي.

و الحاصل: البيع في هذا القسم قطعي و تصير العين في عهدة البائع، و في القسم الأوّل ليس يبيعا تماما بل كأنّه نصف بيع، لأنّه بعد يحتاج إلى إمضاء صاحب الأصلي، و ظهور قوله في القسم القطعي لعلّه لا ينكر، فبمعونه هذا الظهور يحمل على القسم الثاني، فلا يرتبط بما نحن فيه، إذ مفاده أنّ هذا القسم من البيع لا يقع، و نحن و إن صحّحنا عين هذا القسم أيضا فضولنا لمالكه لم يكن منافيا للرواية، إذ هي سالبة للأثر بالنظر إلى إضافته إلى البائع، و بعبارة أخرى ناظرة إلى ما هو المقصود للطرفين و هو الإلزام و الالتزام بنفس هذا العقد، و أمّا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٥

قابلية هذا العقد للصحة بإضافته إلى المالك الأصلي لو أجاز فلا إثبات من هذه الجهة و لا نفى.

و ليعلم أنّ بيع ما لا يملك بالنحو الذي ذكرنا له فردان، أحدهما: ما كان المبيع العين الشخصية المملوكة للغير، و الآخر: ما كان كليّا في الذمّيّة في ما لم يكن بيد البائع من مصاديقه شيء أصلا مع كونه كليّا، و الإطلاق و إن كان متساويا بالنسبة إلى الفردين لكنّه بالنسبة إلى الثاني مقتيد بالإجماع و النصّ.

[الدليل الثالث حكم العقل على قبح التصرف في مال الغير بلا إذن منه]

و أمّا العقل: فما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، فإنّ الرضى اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، و

من التصرف ببيع مال الغير، وفيه: أن مجرد إنشاء البيع على مال الغير من دون قصد لترتيب الأثر عليه إلا بعد رضی صاحبه لا يعد عرفاً تصرفاً فيه، نعم ما يقصد ترتيب الأثر بعده بلا انتظار لا يبعد أن يكون تصرفاً كما في بيع المالك و الغاصب المستقل. ثم لو فرض كونه تصرفاً،

قال شيخنا المرتضى - طاب ثراه -: فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءة و الاصطلاء بنور الغير و ناره.

قال شيخنا الأستاذ - دام عمره -: الظاهر أنه مع صدق التصرف، العقل مستقل بالقبح، فلو لم يستقل في موضع يكشف عن عدم صدق التصرف، فالتصرف في مال الغير عند العقل علة تامّة للقبح فلا يمكن إنكار هذه المقدمه بعد تسليم الأولى.

ثم قال - قدس سره -: مع أن تحريمه لا يدل على الفساد

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: يمكن تقريب الدلالة بناء على ما قرر من أن النهي المتعلق بعنوان المعامله ابتداء قام الإجماع على إفساده و إن لم يستلزم عقلاً للفساد بأحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٦

وجهين:

الأول: أن النهي عن التصرف يكون راجعاً إلى العناوين الخاصه و هذا العنوان مرآه صرف نظير هؤلاء، فتعلق النهي بنفس البيع فيدخل تحت تلك الكبرى.

و الثاني: لو سلمنا أن العنوان مأخوذ موضوعاً نقول: فرق بين ما كان متعلق النهي عنواناً قد يتفق اجتماعه مع عنوان البيع في المصادق - كما في مخالفه السيد فلا - ربط لهذا النهي المتعلق بالعنوان المجامع بعنوان البيع - و بين ما كان المتعلق للنهي عنواناً كان البيع أحد مصاديقه نظير عنوان كل تصرف و كل تليب في مال الغير، فإن مصاديقه الأكل و الشرب و البيع حسب الفرض، و بعد ما كان معيار الفساد كون المعامله ما به يعصى الرب، ففي ما نحن فيه و إن كان العصيان مستندا بالكلية الموجود في ضمن البيع و هو جامع التصرف و لم يقع تمام منشأ انتزاع البيع مورداً للنهي، لكن يصدق عرفاً أن هذا المصادق، أعني: البيع شيء تحقق به العصيان كما يقال: إن هذه النار أحرقت مع أن الإحراق مستند إلى الجامع من غير دخل للخصوصية.

لكن يخدم في هذا، فإنه لا يتم إلا على مذهب من يقول بامتناع اجتماع الأمر و النهي، و أما على مذهب المجوزين - كما أنه دام ظلّه منهم - فلا، فإنه يقال:

إن البائع قد عصى بشيء و ارتكب المباح بشيء آخر، كما يقال في الصلاة في الدار المغصوبه: إنه أطاع و عصى، فإن المقام مثل ذلك بلا فرق، و على هذا فلا - يصدق أنه عصى بالبيع، و المفروض أنه ملاك البطالان فينحصر الوجه في الأول و هو أيضاً قابل للإنكار.

### [المسألة الثالثة في بيع الفضولي لنفسه و فيه تمهة تتضمن أمرين]

#### [الأمر الأول جريان بيع الفضولي في المعاطاة]

#### إشارة

الثاني: الظاهر أنه لا فرق في صحه بيع الفضولي بين العقدي و المعاطاة، أما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٧

بناء على إفادتها الملك فلما اخترنا من صحتها على القاعدة و أنها مشموله للعمومات، و قد مرّ تطبيق صحه الفضولي أيضاً عليها، فلا يلزم من اجتماعهما مخالفه قاعدة لا - محاله. نعم بناء على تصحيح المعاطاة من جهة الدليل الخاص - لما كان هو السيرة - فالقدر

المتيقن منها غير الفضولي، لكن المبنى ضعيف.

وقد يستشكل في إجراء الفضولي في المعاطاة من جهة أن إنشائها يكون بالإقباض و هو في الفضولي لما يكون تصرفاً في مال الغير بغير إحراز رضاه محرّم، فيكون فاسداً، لأننا وإن لم نقل بدلالة النهي على الفساد عقلاً و لكن نقول بها في خصوص النواهي المتعلقة بعنوان المعاملة من جهة الإجماع الذي حكاه الأستاذ عن أستاذه<sup>١</sup> - طاب رمسه - أو من جهة الاستفاده من تعليل رواية صحه نكاح العبد بغير إذن سيده في قبال العامة بأنه إنما عصى سيده و لم يعص الله.

و بالجملة: فالدليل قائم على أنه متى صار نفس البيع مصداقاً للعصيان فهو فاسد و الإقباض هنا تصرف في مال الغير، و المفروض أن البيع نفس هذا الإقباض، و الحاصل: فرق بين أن يكون نفس منشأ انتزاع البيع معصية و بين أن تكون المعصية عنواناً آخر منطبقاً على منشئه كمخالفة السيد، و مقامنا من الأول.

فإن قلت: بناء على القول بجواز الاجتماع هنا عنوانان مجتمعان في الوجود، لكن بحسب موطن تعلق النهي متغايران و بينهما عموم من وجه، أحدهما: عنوان البيع المنتزع من التصرف في المال بمبادلته بمال آخر، و الآخر عنوان الغصب المنتزع من التصرف في مال الغير عدواناً، فإذا كان الثاني معصية لا يلزم أن يكون الأول كذلك، نعم بناء على الامتناع ما ذكرته حقاً.

قلت: ما ذكرته حقاً لو كان متعلق النهي عنوان التصرف في مال الغير، و أما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٨

لو كان هو مرآتا و إشارة إلى العناوين الخاصة من الأكل و الشرب و البيع و غير ذلك فلا، و نحن نتكلم على هذا التقدير فالشأن بيان المخلص عليه.

و حينئذ فقد يقال في رفع الإشكال بما حاصله: إن النهي المفسد بعد ما لا يرجع إلى المسبب، أعني: نفس المبادلة الواقعية - إذ النهي عنها دليل وقوعها - لا بد من إرجاعه إلى السبب و هو الإنشاء، ثم يختلف الحال على حسب اختلاف القولين في حقيقة الإنشاء، فعلى قول من يقول بأن الإنشاء عبارة عن صفة قلبية يكشف عنها اللفظ، و ليس لتلك الصفة حكاية عما وراها سبب المبادلة المعبر عنه بالعقد، و الإيجاب و القبول عبارة عن عنوان ثانوي منتزع من مرتبة إظهار تلك الصفة القلبية و هو منطبق على نفس تلك الصفة، فإن العناوين المنتزعة من مرتبة إظهار الشيء على قسمين، أحدهما: ما ينطبق على الشيء المظهر بالفتح، و الوجوب من هذا القبيل، و الثاني: ما ينطبق على المظهر بالكسر، و التوهين من هذا القبيل، و لهذا ينتزع من صرف التلفظ بالألفاظ الدالة على المعنى المستقبح و لو علم عدم قصد المتكلم معانيها، و مقامنا من القبيل الأول، إذ العقد و إنشاء المبادلة عبارة عن نفس تلك الصفة القائمة بالنفس في مرتبة إظهاره إما بالقول أو بالفعل، فما يكون نهي مفسداً هو هذا المعنى، و لا يوجب حرمة مظهره بالكسر، أعني: - اللفظ أو الفعل - حرمة نفسه.

و أمّا بناء على قول من يقول بأن الإنشاء يقصد به تحقّق المفهوم في الخارج غاية الأمر نظر المتلفظ طريق إلى الواقع فبنظره يحصل المفهوم في الخارج - و لهذا نقول بحصول الملكية باعتباره بعد إنشائه لا أنه إنشاء المفهوم مقيداً بكونه باعتباره ثم إذا أمضى الشارع هذه الملكية و المبادلة صار ملكية واقعية و إلّا يبقى على اعتباريتها - فالإنشاء و السبب المنقل و المملك على هذا القول هو القصد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣١٩

الجدى من المتكلم بإيقاع المضمون في الخارج، و التلفظ و الإقباض آله و وسيلة لهذا الإيقاع، فلا يلزم من حرمتها إلّا حرمة ما هو آله الإنشاء و الإيجاب و القبول و حرمة الآله لا يقتضى حرمة ذى الآله، و ما هو المفسد حرمة ذى الآله حسب الفرض، و الحاصل: ليس الإنشاء على قوله عبارة عن نفس اللفظ أو القبض بل عبارة عن الأمر القلبي الذي نسبتها إليه نسبة الآله.

**فرع لو تخيل مالك المال أن المال لغيره فتصدى لبيعه إما لذلك الغير و إما لنفسه لبنائه على تملكه غصبا**



فالكلام من حيث تمشى قصد البيع هو ما تقدم بعينه حرفا بحرف، لكن هل يحتاج هذا البيع إلى رضى آخر بعد الالتفات إلى كون المال لنفسه؟ الظاهر ذلك سواء على مبنى الشيخ - رحمه الله - أم على ما قواه الأستاذ - دام ظلّه -، أمّا على المبنى الأول وإن كان الإيجاب ساكتا عن قيد كونه لنفسه أو لغيره لكن لم يكن الرضى متعلقا بهذا العنوان بنحو تعدد المطلوب بل كان بنحو وحدة المطلوب متعلقا بمال الغير، و ما يعتبر فى صحّة العقد هو الرضى بعنوان المالكيّة. والحاصل: مجرد رضاه بعنوان الإيجاب المقتضى للنقل من المالك الواقعى بذاته لا بمدلوله مع كونه مالكا واقعيا لا يكفى ظاهرا بعد فرض أنّه غير عالم بانطباق عنوان المالك على نفسه.

و من هذا يعلم الحال على مذاق الأستاذ - دام ظلّه - فإنّه وإن قال بأنّ موضوع البيع هو المهملة بين الخصوصيتين إلى الكون للنفس أو الغير لعدم كونهما معدّين للموضوع بنظر العرف، لكن هذا يكفى لصدق عنوان البيع ولا يتحقّق به رضى المالك بعد فرض العلم بعدم كونه مالكا، فالغاء الخصوصيّة فى صدق العنوان لا يوجب إلغائها فى مقام الرضى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٠

[الأمر الثانى] اشتراء الفضولى بعين مال الغير أو فى الذمّة:

### إشارة

قال - قدّس سرّه - «ثم إنّه قال فى التذكرة: لو اشترى فضوليا، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف فى البطلان و الوقف على الإجازة، إلّا أنّ أبا حنيفة قال:

للمشترى بكل حال، وإن كان فى الذمّة لغيره و أطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعى فى القديم و أحمد، و إنّما يصحّ الشراء لأنّه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره، و إنّما وقف على الإجازة لأنّه عقد الشراء له، فإن أجاز له، فإن أجاز له، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بين أن ينفذ من مال الغير أو لا. و قال أبو حنيفة يقع عن المباشر. انتهى».

أقول: إن كان قوله لغيره قيّدا لقوله فى الذمّة - يعنى: اشترى فى ذمّة غيره فى القصد و لم يصرح بهذا فى اللفظ - فلا وجه للزوم أداء الثمن على المباشر فى صورة الرد، و لا يناسبه التعليل بقوله: لأنّه تصرف فى ذمته، إذ المفروض أنّه تصرف فى ذمّة الغير.

و إن كان خبرا بعد خبر لكان، و يكون المعنى أنّه اشترى فى ذمّة نفسه لكن بقصد كون المبيع لغيره، و لم يصرح بهذا القصد فى اللفظ، فالتعليل و إن كان مناسبا لكن الحكم حينئذ يبتنى على أنّه: هل يعتبر فى البيع دخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوض أو لا؟ فعلى الثانى، يحكم بالصحة و لزوم أداء الثمن على المشتري و كون المبيع لذلك الغير بلا وقوف على إجازته، لأنّ هذا ليس بيعا فضوليا. و على الأول، يحكم بالبطلان من الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢١

فالذى يمكن أن يقال فى توجيه كلامه: إنّه ناظر إلى مقام الإثبات لا الثبوت، يعنى: لو عيّن فى التبيّة الثمن فى ذمّة الغير، و أطلق فى الصيغة لفظ الذمّة، الظاهر بإطلاقه فى ذمّة نفسه، فإن أجاز ذلك الغير فلا نزاع فى البين، لأنّ المفروض أنّ البيع قد عقد واقعا لذلك الغير و هو أجازته، فيلزم بدفع الثمن، و إن ردّ فيحكم بحسب ظاهر الصيغة بنفوذ البيع عن المباشر و لزوم دفع الثمن إيّاه، و يكون التعليل لتعميم الحكم بالصحة هنا لصورة الردّ مع تخصيصه فى الفرض المتقدم - أعنى: ما إذا وقع الاشتراء على عين مال الغير - بصورة الإجازة، و المقصود أنّه يلزم هناك من الحكم بالصحة - حتى فى صورة الرد - التصرف فى مال الغير بدون رضاه، بخلاف هنا، فلا يلزم من الحكم بالصحة مطلقا - سواء نفذ من مال الغير كما فى صورة الإجازة أو من مال المباشر كما فى صورة الرد - التصرف فى مال الغير بدون رضاه، بل اللزوم فى الصورة الثانية التصرف فى ذمّة المباشر.

و يؤيد هذا الذي ذكرنا- من إرادة مقام الإثبات- نسبة القول بالتفصيل المذكور إلى علمائنا، فإن هذا الوجه يمكن نسبته إليهم دون الوجهين السابقين، و من هنا خالفهم أبو حنيفة في صورة الإجازة، فحكم فيها أيضا بالوقوع عن المباشر أخذًا بظاهر اللفظ. و عرفت أنّ الأخذ بالظاهر في هذه الصورة لا وجه له، لعدم النزاع في البين.

و يبقى حينئذ الكلام في أنّ تصرف المباشر في المبيع مع علمه بتعيينه الثمن في ذمّة الغير- المفروض ردّه- ما حكمه؟ فيمكن أن يقال: بجوازه من باب التقاض، لتعدّر وصوله إلى حقّه بعد حكم الشرع ظاهرا بدخوله في ملك البائع.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٢

### [استدراك الأمر الثاني المتقدم في التمهة]

قال- قدس سرّه- (الثاني الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين العقدي و المعاطاة) إلى آخره. أقول: الكلام في هذا الأمر في أنّه كما أنّ بيع مال الغير بالصيغة يصح بإجازته كذلك بيعه بالقبض و الإقباض أيضا يصح بإجازته، أو لا؟

فنقول: إن جعلنا كلًّا من صحّة الفضولي و إفادة المعاطاة للملك على طبق القاعدة، فلا محيص عن القول بصحّة البيع الجامع للحثيتين، لكونه بكلتا حثيته مشمولًا للعمومات، و إلّا بأنّ صححنا الفضولي بالدليل الخاص، أو قلنا بإفادة المعاطاة الإباحة على خلاف القاعدة، فالمتعين الحكم بالبطلان، لأنّ المتيقن من دليل صحّة الفضولي ما إذا كان بالصيغة، و من دليل إفادة المعاطاة الإباحة ما إذا كان التقابض بين المالكين.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٣

### [القول في الإجازة و الرد]

#### [القسم الأول في الإجازة و فيها ثلاثة أبحاث]

#### [البحث الأول من أن الإجازة كاشفة أو ناقلة و فيها ثلاثة مقامات]

#### [المقام الأول في بيان حكمها]

#### [الكشف و النقل]

قال- قدس سرّه- القول في الإجازة و الرد، أما الكلام في الإجازة فيقع تارة في حكمها و شروطها، و أخرى في المجيز، و ثالثة في المجاز.

أمّا حكمها، فقد اختلف القائلون بصحّة الفضولي بعد اتفاقهم على توقفها على الإجازة في كونها كاشفة- بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقلة- بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة- على قولين، فالأكثر على الأول).

أقول: يرد على الكشف أنّ الشرط من أجزاء العلّة، فكيف يتأخّر عن المعلول؟

و قد يجاب بمثل ما قاله صاحب الفصول في الواجب التعليقي، و هو أنّ الشرط ليس هو الإجازة المتأخّرة، بل وصف كون العقد متعلّقًا بالإجازة و ملحوقًا بها، و هذا وصف قائم بالعقد، موجود معه.

و فيه: أنّ هذا و إن كان يحصل به التفضي عن الإشكال إلّا أنّه مخالف لما هو الظاهر بل المقطوع به من الأدلّة من أنّ الشرط رضا

المالك، إذ على هذا ما هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٤

الشرط- أعنى: التعقب- ليس برضا، و ما هو الرضا- أعنى: الإجازة المتأخرة- ليس بشرط، بل لا يصلح أن يكون شرطا، لعدم كونه صادرا من المالك، لخروج المال من حين العقد عن ملكه.

وقد يجاب أيضا بأن الشرط هو الوجود الدهرى الثابت فى سجلّ الكون، و بيان ذلك أنّ المتدرجات فى الوجود أعنى: الزمانيات- لو قطع النظر عن الزمان- فهى مجتمعته فى وعاء الدهر فى عرض واحد، و يصحّ على كلّ واحد منها إطلاق اسم الموجود فى مقابل المعدوم.

فإن قلت: زيد الذى لم تنعقد نظفته بعد، لا يقال إنّه موجود فى الحال، بل يقال إنّه سيوجد بعد هذا.

قلت: البعدية و القبلية و الحالئية من الزمان، فالكلام المذكور شأن من لم يقطع نظره عن الزمان، لا من جرّد النظر عنه و وضع القدم فوقه، ألا ترى أنّ الله تعالى، الذى تنزهت ساحته عن الكون فى الزمان، يتعلّق علمه بتمام الموجودات إلى يوم القيامة فى آن واحد، مع أنّ تعلّق العلم بالمعدوم محال، و حينئذ فكما يمكن أن يكون السابق علّة للاحق أو لاتصافه بوصف، فكذلك يمكن أن يكون اللاحق مؤثرا فى السابق أو فى اتصافه بوصف، و من جملة العناوين- التى يكون الوجود اللاحق دخيلا- فى تحققها سابقا بحيث لولا هذا الوجود لما تحققت- هى عنوان التعقيب المذكور، فإنّ الإجازة المتأخرة شرط تحققه، لكونها منشأ لانتزاعه.

و منها عنوان الأوليّة، فإنّ ثبوتها للشىء يتوقف على وجود الشىء الثانى، و منها قبلية اليوم الحاضر على الغد مع أنّ الغد لم يجرى بعد. و منها حسن المشى إلى فرسخ من البلد و لغويته، فإنّ المسافر لو قدم فى الغد كان هذا المشى حسنا، و لو لم يقدم إلّا بعد مدة طويلة كان لغوا، و كذا يحسن وضع السرداب لوجود الصيف فيما بعد، إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٥

غير ذلك من الأمثلة الكثيرة الواقعة فى الخارج.

و أيضا كما يمكن أن يكون سبب وجود الثانى هو الأوّل، كذا يمكن أن يكون سبب وجود الأوّل هو الثانى.

و فيه: أنّ هذا أيضا مخالف لما هو المقطوع به من الأدلّة من كون الشرط هو الإجازة الصادرة من المالك من حيث إنّه مالك، إذ على هذا تكون الإجازة صادرة عن غير المالك، لزوال حيثية المالكية عن المجيز بسبب العقد.

فإن قلت: المالكية بلحاظ عالم الدهر موجود مع الإجازة فى عرض واحد.

قلت: نعم هما موجودان لكن بوجودين متمايزين لا- يرتبط أحدهما بالآخر، و هذا لا يكفى فى تحقق عنوان الإجازة المضافة إلى المالك.

و بالجملة: تحقق إضافة فعل إلى عنوان و لو فى عالم الدهر، يتوقف على خروج هذا الفعل من قوّة ذلك العنوان و اختياره، فلا يكفى فى تحقق ضرب الأسود، مثلا- و لو فى عالم الدهر- الضرب الصادر من الأبيض و إن كان فى السابق أسود.

وقد يجاب عن أصل الإشكال أيضا: بأنّ الشرط فى التكوينيات عبارة عن أمر خارجى أثر فى أمر خارجى آخر، سواء تصوّره أحد أم لا- فطول الشمس مثلا- يؤثّر فى وجود النهار، لاحظه أحد أم لا، و ليس الأمر هكذا فى المجعولات، فليس الشرط فيها هو الأمر الخارجى، يعنى: أنّ الوجود الخارجى ما لم يوجد فى اللحاظ و لم يتعقل فى الذهن لا يؤثّر فى النفس، و لهذا لو جاء زيد و لم تلتفت لا تصير قاصدا لإكرامه، بل المؤثّر فى أفعال النفس- من الجعل و الإرادة و نحوهما- ليس إلّا الوجود الذهنى العلمى، يعنى: لا دخل للوجود الخارجى فيها أصلا، و لهذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٦

تنفدح إرادة الإكرام فى نفس الجاهل المركب بمجىء زيد.

و حينئذ نقول: لا فرق في اللحاظ بين المتقدم والمتأخر والمقارن، يعني: كما أن الشيء بلحاظ مسبقته بشيء آخر يصير شيئا خاصا، وقد يكون بهذه الخصوصية الطارئة له في اللحاظ ذا مصلحة، كذلك لحاظ ملحقته بشيء آخر أيضا يحدث فيه خصوصية، وقد يكون بهذه الخصوصية ذا مصلحة، مثلا: الصوم بلحاظ مسبقته بغسل الجنابة فيه المصلحة ويكون مطلوبا، و بلحاظ ملحقته بغسل الاستحاضة أيضا فيه المصلحة ويكون مطلوبا. فالعقد فيما نحن فيه يختلف حاله على حسب اختلاف لحاظ الجاعل و كيفية تعقله إياه، فتارة يلحظه غير مسبق برضا المالك و لا ملحق به، و حينئذ لا جعل له و لا حكم، و أخرى يلحظه مسبقا برضا المالك، و هذا اللحاظ موجب لجعل الأثر، أعني: الملكية للعقد، و ثالثه يلحظه ملحقا برضاه، فهذا أيضا يمكن أن يصير موجبا لجعل الأثر، و حينئذ فحيث إن العقد الخارجي الذي ستلحقه الإجازة بعينه يكون هو العقد الخاص الذي لحظه الجاعل يكون ذا أثر.

نعم لا يتم هذا الوجه فيما لا يكون من قبيل الأحكام و المجموعات، بل يكون من قبيل الموضوعات، كحبيضة الدم الذي تراه المرأة في اليوم الأول من الأيام الثلاثة المتواليه، المشروطة باستمرار الدم إلى آخر جزء من اليوم الثالث، فإن الظاهر أن الحبيضة من الموضوعات لا الأحكام.

وفيه: أن هذا أيضا مخالف لما هو القطعي و المستفاد من الأدلة من اشتراط إجازة المالك، إذ على هذا أيضا لا تكون الإجازة صادرة من المالك، فإنه لا بد من مالكية المجيز حال الإجازة، و لا يكفي مالكيته حين العقد، فلو فرض أن المالك نقل ما باعه الفضولي من شخص إلى آخر غير ملتفت إلى بيع الفضولي، فإجازته

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٧

بعد الالتفات غير مصححة لبيع الفضولي، بل قيل بأن إجازة المالك الثاني مصححة له.

وقد يتفصي عن أصل الإشكال أيضا بالتزام أن الشرط أمر مجهول حاصل حين العقد ملازم لحصول الإجازة فيما بعد، بحيث يستكشف من حصولها فيما بعد حصوله حين العقد.

وفيه أيضا ما لا يخفى من المخالفة للأدلة و القطع بشرطيته نفس الرضا لا شيء آخر، فهذه أربعة وجوه لتصوير الكشف الحقيقي، و الظاهر أنه غير خارج منها. و قد عرفت مخالفة كلها للأدلة.

و أمّا الكشف الحكمي فله وجهان: الأول: أن تكون الإجازة مؤثرة فيما قبلها، بمعنى أن العقد حين وقوعه غير مؤثر في الانتقال، بل المال باق على ملك مالكه، و الإجازة الحاصلة فيما بعد تجعل العقد من السابق، أي من حين وقوعه مؤثرا في الانتقال.

وفيه أن تغيير الواقع عميا وقع عليه غير معقول، فقلب العقد الغير المؤثر من حين وقوعه مؤثرا من حين وقوعه ليس إلما مثل جعل الأبيض في الأمس أسود في الأمس.

الثاني: ما ذكره المصنف - قدس سره - و هو: أن تكون الإجازة ناقلة، فيكون مبدأ حصول الملكية حين الإجازة، لكن تكون آثار الكشف مرتبة بقدر الإمكان.

وهذا وإن كان ممكنا بحسب التصوير، و لا يرد عليه الإشكال المتقدم - كما لا يخفى - لكنه مخالف للقاعدة، إذ لو سلمنا صحة الفضولي على طبق القاعدة، بأن يكون الرضا - المستفاد اشتراطه من الأدلة - أعم من المقارن و المتأخر، لكن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٨

القاعدة تقتضى ترتب الآثار من بعد الإجازة التي هي من تتمه العلة، فترتبها قبلها يحتاج إلى دليل خاص. نعم ثبوتها قبلها يكون على طبق القاعدة في بعض المواضع.

و بيان ذلك: أن العقود على قسمين، فبعض منها يكون الزمان مأخوذا قيدا في مضمونه كسائر القيود، و بعض منها يكون الزمان ظرفا لنفسه لا قيدا لمضمونه.

فالأول كالإجازة و عقد التمتع، فإن مضمون الإجازة تملك المنفعة المحدودة بقطعة خاصة من الزمان، و مضمون عقد التمتع إيقاع

الزوجية المحدودة بقطعة خاصة من الزمان.

و الثاني: كالبيع، فإنّ مضمونه النقل المطلق المتعلق بالعين، لا النقل المقيد بكونه من هذا الحين إلى الأبد أو إلى أجل معين، غاية الأمر إنّ الملكية بسبب حصول السبب المملّك صار حاصلًا، و ما دام لم يثبت السبب المزيل لها يكون باقيا.

و الحاصل أنّ حصول الملكية في الزمان المتصل بالبيع من جهة صيرورة علّتها تامة في هذا الحين، لا من جهة تقييد الملكية المدلول عليها بالعقد بكونها من هذا الحين، و لهذا لو كان للأمر المتأخر الحصول عن البيع مدخل في العلة- كالتقبض في الصرف- كان مبدأ حصول الملكية من حين حصول هذا الأمر، و غاية الأمر أن يكون حينئذ ظرف جزء العلة زمانا، و ظرف جزئها الآخر زمانا آخر، فالإجازة في الفضولي من القسم الأول مقتضية لترتب الآثار من أول الزمان الذي جعل في العقد قيда إلى آخره، و إن كانت حاصله بعد انقضاء بعض هذا الزمان أو تمامه، مثلا لو أجاز الفضولي الدار من حين الإجازة إلى انقضاء عام واحد شمسي، ثم أجاز مالك الدار بعد انقضاء ستة أشهر، فهذه الإجازة تقتضي تملك المنفعة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٢٩

للمستأجر من أول العام إلى آخره، لا من نصفه إلى آخره، و سرّ ذلك أنّ الإجازة إنفاذ لمضمون العقد و إمضاء لمقتضاه، لا لشيء آخر، فإذا كان مضمون العقد النقل في الزمان الخاص، كانت الإجازة لا محالة إمضاء للنقل في هذا الزمان الخاص، و لا يلزم من ذلك التناقض بأن تكون المنفعة في الزمان الواحد- أعني: ما قبل الإجازة- ملكا للمستأجر بمقتضى ما ذكر، و غير ملك له بمقتضى ناقلية الإجازة، إذ ذلك مدفوع بأخذ الزمان المتخلل بين العقد و الإجازة قيда للمنفعة، و فرض زمان آخر للمجموع منهما، مثلا يقال في المثال المذكور: إنّ سكنى الدار الكائنة في هذه الأشهر الستة، كانت إلى الآن ملكا للمجيز، و الآن صارت ملكا للمستأجر. فإن قلت: المنفعة الماضية غير ممكنة الاستيفاء، فلا معنى لتمليكها.

قلت: كيف و لو استوفاها المستأجر أو منع من استيفائها، فلا كلام، و إلّا فله مطالبة الأجرة ممن استوفاها، أو منع من استيفائها. و أمّا الإجازة في الفضولي من القسم الثاني، فواضح أنّه إمضاء لأصل التمليك لا- التمليك المقيد بزمان خاص، فيكون حصول التملك في هذا الحين لا في غيره من باب تمامية العلة فيه، لا في غيره.

هذا و لكن المحشّى الطوسي- قدس سرّه- بعد ما ذكر أنّ مقتضى القواعد هو النقل، و ذكر في مثل الإجازة و التمتع مثل ما ذكرناه: من كون الإجازة مؤثرة في الملكية و الزوجية من مبتدأ المدّة إلى منتهاها و إن كانت واقعة في أثناء المدّة إلى آخر ما ذكرنا، قال ما لفظه: و كذا إذا كان- أي العقد- مثل البيع و النكاح الدائم، فإنّ قضيتيه إطلاقهما هو القصد إلى مضمونه مطلقا و مرسلا بلا تحديد في أوله و لا في آخره، و لم يلحظ فيه تقييد و تحديد بزمان الإرسال و الإطلاق،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٠

و لازمه تحقّقه مقارنة لزمان وجود علّته، و هذا غير الإبهام و الإهمال الذي لا يكاد يصحّ العقد عليه. انتهى موضع الحاجة من كلامه. و حاصله: أنّ مفاد البيع مثلا إنشاء الملكية المطلقة، لا المقيدة بالزمان و لا المهملة، و لازمه حصول الملكية من حين البيع لو وجد إمضاء الشارع في هذا الحين، لكن لما تأخر وجوده إلى حين الإجازة، و جب الانتزاع من هذا الحين للملكية من حين البيع مستمرا، فالإجازة المتأخرة المتعلقة بمضمون العقد تكون لا محالة مؤثرة في نفوذ الملكية من حين البيع.

أقول: ناقلية الإجازة على وجه يؤثر في نفوذ مفاد العقد المتقدم من حين وقوع العقد- على فرض تسليمها في مثل الإجازة- لا يتم في مثل البيع، و ذلك لمكان الفرق بينهما.

و بيانه: أنّ الزمان قيد للمنفعة فمنفعة يوم السبت مال و منفعة يوم الأحد مال آخر، فالمنفعة المقيدة بزمان حالها حال العين، فيمكن أن تكون ملكا لثنين في زمانين، مثل أن تكون منفعة يوم الأحد ملكا لأحد في يوم السبت، و ملكا لآخر في يوم الأحد، كما أنّ نفس الدار- مثلا- تكون في السبت ملك أحد و في الأحد ملك غيره، و حينئذ فالإجازة كما تنقل منفعة اليوم البعد إلى المستأجر، كذلك

يمكن أن تنقل منفعة اليوم القبل الواقع بعد العقد أيضا إليه من دون لزوم اجتماع المالكين المستقلين أو الملكية و عدمها في زمان واحد، و ذلك لأن قيد المنفعة و إن كان زمانا واحدا و هو اليوم القبل، لكن ظرف ملكية المجيز ما قبل الإجازة، و ظرف ملكية المستأجر ما بعدها، كما هو الحال بعينه في منفعة اليوم البعد، و هذا بخلاف العين، فليس الزمان قيدها، فالدار في يوم السبت ليست غير الدار في يوم الأحد، فالزمان هنا لا بد و أن يكون ظرفا و قيدها للملكية، يعنى: يكون الدار ملك أحد في السبت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣١

و ملك غيره في الأحد.

فلنا فيما بين البيع الفضولى و الإجازة ثلاثة أمور: العين و الملكية - يعنى:

ملكية المالك لها- و ظرف هذه الملكية و هو الزمان المتخلل، و المفروض أن الملكية ليست قابلة لأن تنتقل و تقع متعلقة لملكية أخرى حتى يقال هنا بمثل ما قيل في السابق، بأن يقال: ملكية اليوم القبل المتعلقة بالعين ملك للمالك فيما قبل الإجازة، و ملك للمشتري فيما بعدها، فحينئذ ناقلية الإجازة بمعنى أن تجعل العين ملكا للمشتري من حين العقد، لا تخلو من حالين: إما أن لا تذهب ملكية المالك من حين العقد إلى حين الإجازة، و إما أن تذهبها، فالأول لازمه اجتماع المالكين المستقلين، و الثانى هو القلب الغير المعقول، بل يمكن منع الناقلية بالمعنى المذكور فى مثل الإجازة أيضا، و ذلك لأن الناقلية بهذا المعنى فرع قابلية المنفعة الماضية المتخللة بين العقد و الإجازة للانتقال، و ليست قابلة له، لعدم كونها مالا، و أما مالية المنفعة الآتية فإنما هى لأجل إمكان استيفائها بخلاف المنفعة الماضية، فإن المتصرف فيها بالاستيفاء أو الإتلاف إما أن يكون هو المالك، أو يكون هو الغاصب أعم من أن يكون الغاصب هو المستأجر أو غيره، فعلى الأول لا ضمان لها، لفرض كون المتصرف مالكا، فالمنفعة التالفة الغير المتداركة بالعوض كيف تكون مالا؟ و على الثانى و إن كان لها الضمان لكن المنفعة التالفة ليست بمال، كيف و إلا لم تكن مضمونة. نعم ما فى ذمة الغاصب يكون مالا و لهذا يجوز نقله إما إليه، و إما إلى غيره.

و الحاصل أن المنفعة الماضية ليست مثل المنفعة الآتية مالا، كيف و إلا لزم أن يصح تعلق عقد الإجازة ابتداء بالمنافع التى كان جميعها ماضيا أو كان بعضها ماضيا و بعضها آتيا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٢

فإذن الإجازة فى مثل البيع الفضولى مقتضية لترتب الأثر من حينها، لما مرّ من أن العقد ليس مضمونه إلا إنشاء أصل التملك من دون نظر إلى الزمان أصلا، فمتى تحققت الإجازة كان ابتداء الملكية من هذا الحين، لأنه زمان تحقق العلة بتمامها.

فإن قلت: يمكن تقييد مضمون البيع بالزمان الآتى، مثل أن يجعل كون هذا ملكا للمخاطب من الغد- كما يمكن إنشاء الوجوب من الغد- غاية الأمر لا يصح هذا البيع بحسب الشرع، فحيث أمكن التقييد أمكن الإطلاق أيضا، بأن ينشأ الملكية الغير المخصوصة بزمان دون زمان، بل السارية فى تمام الأزمان.

و حينئذ فحيث لم يكن المنشأ هو الملكية المقيده- كما هو المفروض فى المقام- تعين أن يكون هو الملكية المطلقة، فإذا كان مضمون عقد الفضولى الملكية المطلقة، لزم أن يتحقق بسبب الإجازة هذه الملكية المطلقة المرسله من حين البيع مستمرا.

قلت: كون الملكية مطلقة لا يستلزم كون البائع قاصدا لإنشاء الملكية من هذا الحين، لأن الإطلاق ليس قيدها زائدا على نفس الطبيعة كسائر القيود، و إلا لم يمكن الأخذ به فى مورد اجتماع مقدمات الحكمة، لكونه ترجيحا بلا مرجح، بل إذا أنشأ البائع نفس الملكية و لم يقيدها بشىء اتصفت الملكية بوصف الإطلاق، فلا مدخل فى تحقق هذا الوصف لقصد شىء سوى قصد نفس الملكية، فمتى تحققت العلة التامة تحققت نفس الملكية، و لازم ذلك تحقق الملكية من حين الإجازة لا من حين البيع.

و أما فى مثل الإجازة الفضولية فيما إذا تحققت الإجازة بعد مضي بعض المدة، فلا بد من الالتزام إما بعدم تأثيرها أصلا، لعدم إمكان تعلقها بجميع ما تعلق به الإجازة، و إما بالتبويض، بأن لا تؤثر فى البعض الغير القابل - أعنى: المنفعة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٣

الماضية- و تؤثر في البعض القابل- أعنى: المنفعة الآتية- نظير ما إذا بيع بصفقة واحدة ما يملكك و مالا يملكك فضولة، فإن الإجازة مصححة للبيع فيما يملكك، دون غيره.

ثم إنك عرفت أن وجوه الكشف مما سوى القلب مخالفة لمقتضى القواعد من اشتراط إجازة المالك، و القلب غير معقول. و استدلل للكشف بوجوه ضعيفة:

منها: أن الإجازة لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم- أعنى: العقد- فى الموجود- أعنى: الملكية- مثلاً.

و الجواب: أولاً بالنقض بالقبض فى العقود المشروط به، فإن العقد معدوم حال القبض، مع أن القبض ناقل باعترافهم، و أيضاً الإيجاب معدوم حال القبول، بل يلزم على هذا أن تكون العلة التامة للنقل هو التاء من قبلت، لوضوح انعدام كل حرف عند التكلم بلا حقة.

و ثانياً: بالحل و هو ما عرفت من أن العلة فى المجعولات متقومة بملاحظة الجاعل، يعنى: أن الوجود الخارجى مع قطع النظر عن اللحاظ لا- يؤثر فى الجعل، و فى عالم اللحاظ ليس فى البين تقدم و تأخر، بل المتقدم و المتأخر فى هذا العالم مجتمعان و مقترنان، يعنى أن الجاعل يلحظ كليهما فى آن واحد، و حينئذ فلا مانع من أن يلاحظ الشارع «بعث و قبلت» السابقين مع الإجازة اللاحقة، و يرى المصلحة فى جعل الأثر للمجموع، فيجعله له.

و الحاصل: أن العلل الجعلية ليست كالعلل التكوينية مستحيلة الانفكاك عن المعلول.

و منها وجهان آخران، قد عرفت الجواب من أحدهما، و لعله يأتى الكلام على الآخر فيما سيجىء.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٤

فعلم مما ذكرنا من أول البحث إلى هنا أن مقتضى القاعدة هو النقل فيبقى الكلام حينئذ فى أن ترتيب أثر الكشف بقدر الإمكان مع ذلك- و هو الكشف الحكيم الذى ذكره المصنف قدس سره- هل عليه دليل خاص أو لا؟ قال- قدس سره-:

«و أما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف».

أقول: و ذلك لأن ظاهرها إنه لما أجاز مالك الوليدة بيع الابن أخذ المشتري الوليدة مع ولدها.

قال- قدس سره-: (نعم صحيحة أبي عبيدة) إلى قوله: (ظاهرة فى قول الكشف).

أقول: بعد اعترافه- قدس سره- بعدم معقولية الشرط المتأخر: فلا بد أن يكون الخبر الموهوم له مطروحا أو مؤؤلا عنده، ثم حمل هذه الصحيحة على الكشف الحكيم، و إن كان فيه ما ذكره- قدس سره- من استلزامه للتصرف فى قاعدة التسليط، إلا أن حملها على الكشف الحقيقى أيضاً مستلزم للتصرف فى قاعدة أخرى ظاهريه، و هى أصالة عدم الإجازة، فإذا كان التصرف فى قاعدة لا بد منه على أى حال، فالحمل على الكشف الحكيم أولى، لما فى الكشف الحقيقى من المخالفة للأدلة كما عرفت.

قال- قدس سره-: (اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط) إلى آخره.

أقول: هذا مربوط بكلام صاحب الدعوى و هو صاحب الجواهر- قدس سره- يعنى هذا الإيراد الذى ذكرنا وارد عليه. إلا أن يكون المراد بالشرط فى كلامه ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه، بأن يكون قد جعل الشرط حقيقه وصف التعقب المقارن للأثر، و أطلق لفظ الشرط على نفس المتأخر- من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٥

الرضا و الغسل و نحوهما- باعتبار توقف تأثير السبب المتقدم على لحوقها.

و هذا و إن كان سالما من الإيراد المتقدم، لكن يرد عليه إيرادات آخران.

أحدهما: أن هذا المعنى لا يطلق عليه اسم الشرط بحسب الاصطلاح.

و الثاني: أنه غير صادق على الرضا إلى آخر ما ذكره - قدس سره.

و لعمري إن هذا معنى واضح لهذه العبارة و إن جعلها مجمله و أطنب الكلام في تفسيرها السيد المحشى - دام ظلّه. قال - قدس سره - : و أما ثانيا، فلأننا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا، إلى قوله: لكن نقول: لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه.

أقول: قد يقال تارة بأنّ مضمون العقد إنشاء نفس الملكية كما ذكرنا.

و أخرى بأنه إنشاء الملكية المطلقة أى من حين البيع.

ثم تطبيق صحّة عقد الفضولى على القاعدة إنّما يكون بأحد وجهين، قال بكلّ منهما قائل، أحدهما تعميم العقود فى الآية الشريفة لعقود غير المالكين على أموالهم، ثمّ تقييد هذا الصنف من العقود برضا المالك.

و الثانى تخصيصها بعقود المالكين، و القول بأنّ عقد الفضولى يصير مضافا إلى المالك بسبب إجازته إياه فيتوجه التكليف بالوفاء حيثنذ إليه، فتمام المالك فى المطلب المقصود فى المقام هو الوجهان الأولان، من غير أن يكون فرق فى هذا المطلب بين الشقين الأخيرين على كل واحد من ذينك التقديرين، كما يستفاد من عبارة المصنّف - قدس سره - فإنه إن قلنا بأنّ مضمون العقد إنشاء نفس الملكية، فلا فرق بين أن يكون الجزء الأخير من العلة رضا المالك، أو يكون هو إضافة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٦

العقد إليه و إنفاذه إياه، فعلى أى حال لا بدّ من الالتزام بحصول الملكية من حين الإجازة، لأنّه زمان تامية العلة. و إن قلنا بالقول الآخر، فلا فرق أيضا بين كون تتمّة العلة هو الرضا أو الإنفاذ، فعلى التقديرين لا بدّ من الالتزام بحصول الملكية من حين العقد، لأنّ هذا المضمون - أعنى: الملكية من حين العقد على التقدير الأول - قد حصل مقتضية و هو العقد فاقتدا للشرط، فإذا وجد الشرط و هو الرضا صار هذا المضمون من هذا الحين موجودا، لتحقّق علته التامة. و على التقدير الثانى قد حصل جزء من مقتضيه و هو نفس العقد، و بقى جزؤه الآخر، و هو إضافته إلى المالك، فإذا حصل هو أيضا حصل من هذا الحين هذا المضمون، لوجود علته.

نعم بين الشقين الأخيرين فرق فى مطلب آخر غير مرتبط بالمقام، و هو أنّه هل يعتبر فى الإجازة التفات المالك إلى وقوع عقد فى السابق على ماله، ثمّ رضاه بمضمون هذا العقد الملتفت إليه، أو يكفى مجرد رضاه بالمضمون و إن لم يلتفت إلى وقوع عقد فى السابق أصلا؟ كما يقال له: هل أنت راض بمعاوضة هذا المال بعشرة دراهم؟ فيقول: نعم، فلازم كون الجزء الأخير الإنفاذ هو الأول، و لازم كونه الرضا هو الثانى.

ثمّ إنك عرفت أنّا أنّ الدليل على مقتضى القول الأخير - و هو كون الملكية من حين العقد حاصلًا من حين الإجازة - موجود لولا امتناعه.

لكنك عرفت أيضا سابقا امتناعه، لاستلزامه إمّا القلب و إمّا اجتماع المالكين، فلا بدّ على هذا القول أيضا من المصير إلى حصول الملكية من حين الإجازة، لأجل وجود المانع عن حصولها من حين العقد، لا لأجل عدم الدليل عليه كما يستفاد من عبارة المصنّف فى صورة جعل التتمّة هو الإنفاذ.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٧

[المقام الثانى فى الثمرة بين أنحاء الكشف و بين و النقل و فيه أمران]

## إشارة

قال - قدس سره - (بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل).

أقول: احتمالات الكشف - على ما عرفت - ثلاثة: أحدها: الكشف الحقيقى الحقيقى و هو حصول الانتقال و الملكية من أول الأمر فى



علم الله [جلّ جلاله]. إمّا بجعل الشرط وصف التعقّب، أو الوجود الدهرى، أو الأمر المجهول. والثاني: الكشف الحقيقي بمعنى الانقلاب، وهو صيرورة الانتقال و الملكية من الأوّل منعقدا و موجودا في هذا الحال- أى حال الإجازة- بعد ما لم يكن فى السابق بموجود، مع جعل الشرط هو الوجود الخارجى للإجازة. والثالث: الكشف الحكمى، و هو عدم وجود الانتقال و الملكية من أوّل الأمر فى علم الله و عدم إيجاد الملكية من الأوّل فى الحال، و لكن ترتّب آثار الملكية من الأوّل بقدر الإمكان مع جعل الشرط هو الوجود الخارجى للإجازة أيضا.

### [الأمر الأوّل فى بيان الثمرة بين أنحاء الكشف]

فنقول: تظهر الثمرة بين الكشف الحقيقى الحقيقى و الحكمى فيما لو وطئ المشتري الجارية بين العقد و الإجازة، فعلى الكشف الحقيقى هذا الوطاء حلال واقعا، لوقوعه فى ملكه، و حرام ظاهرا، لأصالة عدم الإجازة إلّا أن يعلم بحدوث الإجازة فيما بعد، فيكون حلالا واقعا و ظاهرا، و لو حصل الولد صارت أمّ ولد، لحدوث الولد فى ملكه، و على الكشف الحكمى هذا الوطاء واقع على ملك الغير مع العلم بأنّه ملك للغير، فيكون حراما، فيترتب على ارتكابه العصيان و استحقاق العقاب، و لا يرتفع هذا العصيان و الاستحقاق بسبب الإجازة.

و سرّ ذلك أنّ الإجازة مؤثّرة بالنسبة إلى الآثار الشرعيّة- كملكيّة النماء- دون الآثار العقليّة، فإنّها تابعة لموضوعها وجودا و عدما، و لا يقبل التعبد لا نفيا و لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٨

إثباتا، فلازم ارتكاب الحرام مع العلم بالحرمة هو العصيان و استحقاق العقاب بحسب العقل، فلا يعقل رفع هذا الأثر العقلى بحسب الشرع.

و الحاصل أنّ الكشف الحكمى هو القول بالنقل مع ترتيب آثار الكشف الممكنة الترتب، و الآثار العقليّة ليست منها. و كذا الآثار التى لا يشملها دليل التنزيل، كما فيما لو نذر أن يعطى الفقير دينارا لو ملك الجارية فى يوم السبت من الشهر الفلانى مثلا، فاشترها من الفضولى فى هذا اليوم من هذا الشهر، فأجاز المالك بعد أيام، فعلى الكشف الحقيقى يجب الإعطاء، و على الحكمى لا- يجب، أمّا الأوّل، فلحصول ملك الجارية حقيقة، و أمّا الثانى، فلأنّ هذا الأثر- أعنى: وجوب الإعطاء- ليس من آثار الملك من حيث إنّهُ ملك، حتّى يحكم على الكشف الحكمى بترتبه، و إنّما هو أثر للملك الجارية من حيث إنّهُ متعلّق للنذر المذكور.

و معنى الكشف الحكمى أنّ الشارع نزل عدم الملك منزلة الملك، و عامل معه معاملته، و هذا يفيد ترتّب آثار حيث الملكيّة لا غير، مثلا: ملكيّة النماء و الضمان من آثار الملك بما هو ملك، فينتقلان من المالك الأصلي إلى المشتري بسبب الإجازة. و لو نقل المالك ما باعه الفضولى من شخص إلى غيره، فإن كان مع التفاته إلى عقد الفضولى كان ظاهرا فى الردّ فلا تثمر الإجازة بعده، على ما سيحىء ان شاء الله تعالى، و إن كان بدون الالتفات، فلا كلام فى عدم كونه ردّا، إنّما الكلام فى بقاء المحل للإجازة بعد هذا النقل و عدمه.

فنقول: أمّا على الكشف الحقيقى فيمكن أن يقال ببقاء المحل لها، فإذا أجاز، توقّف النقل المتخلّل بين عقد الفضولى و الإجازة الصادر من المالك الأصلي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٣٩

على إجازة المشتري من الفضولى، لاستكشاف كونه فضوليا. و أمّا على الكشف الحكمى، فيمكن أن يقال بعدم بقاء المحل لها، لأنّ تصرف المالك قبل الإجازة و بعد العقد بمقتضى مالكيته-

كما هو المفروض - نافذ، فيفيد نقله تملك المنقول إليه، و حينئذ و إن لم يكن استحالة في أن يرتب الشارع على العقد النافذ و المعاملة الصحيحة أثر البطلان في زمان و يعامل معه معاملة الباطل، فيرتب على نقل المالك الذي كان نافذا صحيحا إلى حين الإجازة أثر البطلان بعدها و يعامل معه معاملة ما لو صدر عقد الفضولي من نفس المالك، إلّا أن خروج هذا المال الذي صار ملكا للمنقول إليه بنقل المالك عن ملكه و صيرورته ملكا لآخر - أعنى: المشتري من الفضولي - بسبب إجازة المالك الأصلي، مخالف لآية التجارة عن تراض، و قاعدة التسليط، فإن مقتضاهما انحصار سبب حلّ أكل المال في التجارة عن تراض و أنّ إخراج المال عن الملك و إبقائه باختيار صاحبه، و على هذا يلزم أكل مال المنقول إليه بدون التجارة عن تراض. و خروج ماله عن ملكه بقول أجزت من المالك الأصلي، و مخالفة القاعدة المذكورة في مورد الخبر المتقدم الوارد في نكاح الصغيرين - كما عرفت - إنما هي لأجل الاضطرار و الإلجاء، فإنّ الخبر ناصّ في العزل، و المفروض عدم معقولية الكشف الحقيقي، أو مخالفته للقطع، و هذا بخلاف ما نحن فيه، فالنص هنا مفقود، فيمكن أن يكون الكشف الحكمي مقصورا على ما إذا لم يتصرّف المالك الأصلي التصرف الناقل بين العقد و الإجازة، و لا إطلاق أيضا في دليل الكشف الحكمي حتّى يؤخذ به، و يخصّص به القاعدة، لأنّ دليله صحيحة ابن قيس، و هي قضية في واقعة شخصيّة، خالية عن تصرّف المالك الأصلي في الجارية بين العقد و الإجازة، تصرّفا ناقلا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٠

هذا، مع إمكان أن يقال على هذا القول: بعدم تأثير الإجازة بعد التصرف الناقل أصلا، من باب عدم كونها إجازة صادرة من المالك، و هذا بخلاف الكشف الحقيقي، فإنّ الشرط على بعض احتمالاته وصف التعقب و على الآخر الأمر المجهول، و هو حاصل. و من هنا يظهر فساد وجه آخر لتصحيح العقد الفضولي في هذا الفرع بالإجازة على الكشف الحكمي - ربّما يصطاد من عبارة المصنّف - قدس سرّه - في مسألة نقل النماء لا العين غير ما ذكرناه من أنّ نقل المالك الأصلي صحيح، و تكون العين ملكا للمنقول إليه إلى حين الإجازة، و من هذا الحين يصير النقل باطلا و العين ملكا للمشتري من الفضولي - و هو الحكم بصحة نقل المالك إلى الآخر، أى بدون الحكم عليه بالبطلان بعد ذلك، ثمّ تضمين المالك البديل للمشتري من الفضولي، لأنّ ذلك مقتضى الجمع بين صحية نقل المالك حيث إنّه عقد صدر من أهله في محلّه، و بين تنزيل الإجازة من الآن ملك المالك الثابت من حين العقد إلى حين الإجازة منزلة ملك المشتري من الفضولي، فإجازة المالك هنا نظير فسخ ذى الخيار الواقع بعد نقل أحد الطرفين ما انتقل إليه إلى الغير بنقل لازم، حيث إنّه أيضا موجب للرجوع إلى بدل العين المنقولة.

وجه الفساد أنّ هذا الوجه و إن كان سالما عمّا في الوجه المتقدم من المخالفة لآية التجارة عن تراض و قاعدة التسليط، إلّا أنّ فيه: أنّ ثبوت البديل على المالك بسبب الإجازة لا دليل عليه، لأنّ ذلك فرع كون الإجازة إجازة المالك، و ليست بها.

و أمّا التنظير بالفسخ، ففي غير محلّه، لأنّ حقّ الخيار ليس متعلّقا بالعين و إلّا لم يجز نقلها، و لا بالعقد ما دام لم ينقل العين، بل متعلّق بنفس العقد، ففي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤١

صورة النقل أركان هذا الحق موجودة و هي الطرفان و نفس العقد، و لازم ذلك أنّه إذا فسخ العقد رجع كلّ إلى عينه إن كانت باقية، و إلّا فإلى بدلها، و هذا بخلاف ما نحن فيه، إذ ليس إجازة المالك موجودة.

و إذن ففي الحكم ببطلان الفضولي و خروجه عن قابلية الصحة بعد النقل مع موافقة القواعد المذكورة سلامة عن مخالفة قاعدة صحة الفضولي مع الإجازة أيضا، و ذلك لعدم إجازة المالك في البين، كما عرفت، هذا.

و لو استولد المشتري الأمة قبل إجازة مالكها فأجاز، فعلى الكشف الحقيقي صارت أمّ ولد، و هذا واضح.

و أمّا على الحكمي فلا إشكال في أنّ هذا الولد بحسب قاعدة باب الميراث لا يرث من أبيه لكونه ولد الزنا فلا بدّ أولا من تنزيل هذا الولد منزلة الولد الحادث عن الوطء في ملك المشتري حتّى يترتب عليه حكم الإرث فتصير أمّه حرة من نصيبه، فلا بدّ أولا من التكلم

فى أنّ الدليل الذى يفيد أنّه يجب من حين الإجازة ترتيب آثار الملكية من حين العقد للمشتري هل يشمل مثل هذا الأثر، أعنى: إرث هذا الولد أو لا؟

فنعول: هذا الأثر ليس من الآثار المترتبة على ملكية المشتري بلا واسطة، بل لازم ملكيته عقلا كون الولد حادثا فى ملكه، فيتحقق موضوع الإرث، فهذا الأثر أثر شرعى لملكية المشتري بواسطة أثر عقلى، و الذى ذكره فى الأصول فى باب الأصول العمليّة و هو التحقيق أنّ لسان التنزيل قاصر عن إثبات اللوازم العقلية و العادية، و الآثار الشرعية المترتبة بتوسطها، و يسمون الأصل الجارى لإثباتها أصلا مثبتا، مثلا ذكروا فيما لو شك فى أنّ الولد قد تولد حيا حتى يرث من أبيه الميت أو ميتا حتى لا يرث: أنّه لو كان تاريخ وفاة الأب معلوما و تاريخ ولادة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٢

الابن مجهولا، يستصحب حياة الولد الثابتة له فى بطن الأم إلى زمان الخروج، فيحكم بإرثه.

فاستشكلوا عليه بأنّ هذا الأصل مثبت، لأنّ موضوع الإرث: من مات عن ولد حيّ، و أحد جزئية و هو الموت وجدانى و الآخر و هو حياة الولد مستصحب، لكن عنوان مات عن ولد حيّ عنوان ثالث، و هو لازم عقليّ لحياة الولد عند الخروج، فالاستصحاب قاصر عن إثباته و إثبات أثره، فتبين عدم الدليل على إرث الولد فى مسألتنا، فيرجع إلى قاعدة عدم إرث ولد الزنا، فلا تصير الجارية أمّ ولد، هذا.

و لو نقل المالك النماء دون العين قبل الإجازة، فأجاز، فحينئذ يجمع بين صحّة هذا النقل و بين الملكية التنزيلية للمشتري بالحكم إمّا بصحة هذا النقل إلى حين الإجازة و ببطلانه من هذا الحين ثمّ انتقال النماء إلى المشتري، أو بصحته إلى الآخر و رجوع المشتري إلى البدل.

و لا يرد هنا ما أوردناه فى مسألة نقل العين من عدم كون الإجازة إجازة المالك، لفرض بقاء العين على ملك المالك و عدم الانتقال إلى الغير إلى حين الإجازة، و إنّما نقل النماء.

لكن يمكن أن يقال: أنّه يجب الاقتصار فى التنزيل على القدر المتيقن من دليله، و القدر المتيقن منه هنا ما إذا لم يتصرّف المالك فى النماء، إذ لا إطلاق لصحيحة ابن قيس، فتبقى الصورة الأخرى تحت القاعدة.

قال- قدّس سرّه-: (و ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد).

أقول: قد عرفت ممّا ذكرنا: أنّ التنزيل و فرض الملكية من حين العقد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٣

للمشتري واقعا لا يصحّ بالنسبة إلى جميع الآثار، و ذلك لما عرفت من أنّ دليل التنزيل لا يشمل الآثار العقلية و العادية و ما يكون بتوسطها من الآثار الشرعية، مثل حرّية الأمة من نصيب ولدها، التى هى أثر شرعىّ لحدوث الولد فى الملك الذى هو أثر عقليّ للملكية الواقعية للمشتري. و كذا عرفت أنّه يجب الاقتصار فى التنزيل على القدر المتيقن من دليله، فلا تنزيل بالنسبة إلى غيره، مثل ملكية النماء فى صورة نقل المالك إياه.

قال- قدّس سرّه-: (و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعققات محلّها مع احتمال الرجوع إلى البدل).

أقول: لا يخفى التناقض الواضح بين هذا الكلام و الكلام المتقدم فى نقل أمّ الولد، حيث جزم- قدّس سرّه- هناك بالرجوع إلى البدل و هنا بفوات المحل، و ذكر الرجوع إلى البدل على سبيل الاحتمال مع عدم الفرق بين النقل و العتق أصلا، لكن هذا إنّما يرد لو كان الكلام المتقدم هكذا: و لو نقل المالك أمّ الولد، بإثبات كلمة الأم- كما فى بعض النسخ. و أمّا لو كان هكذا: «و لو نقل المالك الولد» بإسقاطها كما فى البعض الآخر، فلا.

و لا- يخفى أنّ ما فى بعض النسخ من إسقاط كلمة الأم لا يستقيم، لأنّ الولد الذى أولده المشتري الأصل من الجارية حرّ على

الكشف الحكمي، و ليس برق، غاية الأمر إنَّ الجارية مملوكة حتى يموت المولى، و تصير حرّة من نصيب الولد، و أمّا نفس الولد فليس مملوكا و مالا حتّى يرجع المشتري إلى عوضه لو نقله المالك.

نعم لو استولد العبد الجارية كان الولد رقًا، و على هذا يحمل حكمهم برجوع المالك إلى الغاصب بقيمة الولد لو استولد الجارية المغصوبة، لإتلافه ولدا مملوكا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٤

من المالك، بمعنى أنّه لو كانت الجارية في يد مالكةا أمكنه تحصيل ولد مملوك منها، باستيلاء عبده إيّاها، لا بمعنى إمكان تحصيل الولد المملوك باستيلاء نفسه إيّاها.

فإن قلت: يحمل كلام المصنّف - قدّس سرّه - على ما في هذا البعض من النسخ: على ما إذا كان الولد حاصلًا من استيلاء عبد المشتري لا من استيلاء نفسه.

قلت: لو كانت العبارة كما في هذا البعض فلا شكّ أنّ الظاهر منها كون الولد من المشتري لا من غيره.

### [الأمر الثاني في الثمرة بين الكشف و النقل]

إشارة

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ١، ص: ٣٤٤

[الثمره الأولى النماء]

قال - قدّس سرّه - (ثمّ إنّه ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع:

منها النماء، فإنّه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه.

و للشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها - كما فعله بعض - أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر).

أقول: كلام الشهيد الثاني ممتزجا مع كلام اللمعة هكذا: و تظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع - كما لو اشترى من الفضولي بقرا بحمار مثلا - و إنّما خصّ الثمن بالمعين لعدم النماء للكلية. و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز. انتهى.

و الظاهر أنّ مفروض هذه العبارة صورة فضولية أحد الطرفين من البائع و المشتري لا كليهما، فيرد عليه أنّ ملكية المالك المجيز لنماء الثمن المعين عند فضوليّة البائع، و نماء المثلث عند فضوليّة المشتري، لا وجه له، فتعيّن صرف هذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٥

الكلام عن ظاهره، تارة بجعل مورده صورة فضوليّة الطرفين معا ثمّ إرادته جنس المالك من المالك المجيز، و أخرى بحمل ملكية نماء الثمن على صورة فضوليّة المشتري و حمل ملكية نماء المثلث على صورة فضوليّة البائع مع جعل المورد صورة فضوليّة أحد الطرفين فقط، كما هو الظاهر.

و آخر أبقاه على ظاهره من ملكية المالك المجيز للنماتين معا مع فرض فضوليّة أحد الطرفين، ثمّ تصدى لتطبيق هذا الظاهر على القواعد بتقريب: أنّ ملكيته لنماء ملك نفسه ظاهرة، و أمّا ملكيته لنماء ملك الطرف المقابل، فلاقدام الطرف المقابل على ذلك، فإنّه

إذا أقدم على المعاملة عالما بفضوليّة الطرف الآخر فقد أقدم على إدخال ماله مع النماء في ملكك مالكك العوض. و أما وجه أولويّة فعل ذلك البعض، من تكلف هذا الآخر- كما ذكرها المصنّف قدّس سرّه- فهو أجليّة شأن الشهيد الثاني- قدّس سرّه- عن الإفتاء بمثل هذه الفتوى متمسكا بمثل هذا الوجه الضعيف:

فإنّ فيه أولا: أنّ مورد الكلام غير مختصّ بما إذا كان الطرف الأصيل عالما بفضوليّة طرفه، بل يعمّ ما إذا كان معتقدا مالكيته. و ثانيا: إنّنا نمنع الإقدام لو كان الأصيل عالما بفضوليّة الطرف لكن أقدم على المعاملة متوقّعا للحقوق إجازة المالك، فإنّ معنى التوقع بقاء مال كلّ من المالكين على ملكه قبل مجيء الإجازة، و حصول الانتقال و المعاوضة بعد مجيئها. و ثالثا: لو فرضنا كونه في مورد عالما بالفضوليّة غير متوقّع للإجازة. لكن نقول: ثمرة الإقدام على ما تقرّر في باب الضمان رفع الضمان، لا- التمليك، ففيما إذا دفع المالك ماله إلى الغير فأتلفه هذا الغير يحكم بعدم ضمانه، لا أنّه فيما إذا كان المال في يد غير مالكة و لم يتلف يحكم بكون نمائه ملكا للغير.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٦

فإن قلت: كيف لا يكون الإقدام هنا مملكا و الحال أنّ قول الأصيل:

اشترت أو بعت، مشتمل على التمليك ضمنا أو صريحا، فهو قد دفع المال إلى الفضولي بانيا و مقدما على ملكية المالك الآخر له و لنمائه.

قلت: أولا: لا- شكّ في أنّ الأصيل لم يقدم على تمليك ماله مجانا و بلا عوض، بل على وجه المعاملة و المعاوضة، غاية الأمر لم يملك العوض بحسب الشرع، فحاله حال من يشتري بماله الشيء المغصوب من الغاصب عالما بالغصبيّة، فإنّه لم يملك ماله للغاصب مجانا قطعا.

و ثانيا: إنّ مورد الكلام غير مختصّ بما إذا دفع الأصيل المال إلى الفضولي، بل يشمل ما إذا كان باقيا في يده إلى حين الإجازة.

[التمرة الثانية جواز فسخ الأصيل بناء على النقل]

قال- قدّس سرّه- (فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود و لزومها، و لا يخلو عن إشكال).

أقول: يعني على تقدير عدم الإجماع على اشتراط عدم حصول الفسخ من أحد المتعاقدين قبل تمامية العقد و لو بشرطه، و كون حصوله قبل ذلك موجبا لصيرورة العقد بلا أثر بعد مجيء التتمّة، فتطبيق الاشتراط أو عدمه على القواعد و العمومات محلّ إشكال. و الحقّ اشتراط عدم حصول الفسخ بين الإيجاب و القبول، و ذلك لعدم صدق المعاقدة و المعاهدة عرفا مع حصوله، إذ يعتبر في صدق هذا المفهوم عرفا بقاء الموجب على عهده و قراره، و عدم رفع اليد عنه ما دام لم يجئ القبول من الطرف الآخر، فلو رفع اليد عن عهده قبل ذلك، لم يتحقق في الخارج مفهوم المعاهدة التي هي بمعنى إعطاء العهد و أخذه، فلم يتحقق العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء، فلا يمكن دفع احتمال الشرطيّة بعموم أوفوا، لأنّه فرع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٧

وجود الموضوع و هو مفروض العدم. و هذا بخلاف ما إذا حصل الفسخ بعد الإيجاب و القبول و قبل الشرط، فإن دفع هذا الاحتمال حينئذ ممكن، بتقريب أنّ الموضوع الذي هو العقد قد تحقق بالفرض، غاية الأمر لا يجب الوفاء به ما لم يحصل الشرط، فإذا حصل هو كان إطلاق أوفوا بلا مانع، لحصول العقد و الشرط، فيدفع بهذا الإطلاق احتمال مانعيّة الفسخ المتخلّل و شرطيّة عدمه.

نعم لو جعلنا مبني صحّة عقد الفضولي على طبق القاعدة، هو: أنّ موضوع الوفاء سببان: العقد أعمّ من أن يكون من المالك أو من غيره و رضا المالك، فدفع احتمال مانعيّة الفسخ الحاصل قبل الإجازة بإطلاق أوفوا ممكن كما ذكرنا.

و أمّا لو جعلنا المبنى هو أنّ موضوعه عقد المالك، و الإجازة في عقد الفضولي موجبة لصيرورة العقد عقدا للمالك، فحال هذا الفسخ حال الفسخ الحاصل بين الإيجاب و القبول، إذ على هذا لا بدّ من أن يقع المالك بنفسه طرفا للأصيل عوض الفضولي حتى تقع المعاهدة بين الأصيل و المالك، فيجب بقاء الأصيل على عهده ما دام لم تحصل الإجازة التي هي عهد من جانب المالك، و إلّا لم يبق صدق المعاهدة بين الأصيل و المالك، و ينتفى موضوع الوفاء الذي هو عقد المالك.

[التمرة الثالثة جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه]

قال- قدّس سرّه-: (و منها جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه) إلى آخره.

أقول: محصّل الكلام في المقام: أنّه على النقل و الكشف الحكمي يكون للأصيل أن يتصرّف قبل الإجازة تصرّفا موجبا لسقوط المحلّ عن قابلية لحوقها، فيجوز لمن باع الجارية من فضولي بيعها من الغير قطعيا و وطؤها و استيلاها قبل إجازة المالك الآخر، و كذا لمن زوجت نفسها من فضولي تزويجها من الغير قبل إجازة الزوج، و ذلك لأنّ موضوع وجوب الوفاء هو المقيّد، فقبل وجود القيد لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٨

يجب الوفاء، فيكون المال باقيا على ملكية البائع، و تكون المرأة مختارة على نفسها، و لازم ذلك نفوذ التصرّف و التزويج و حلّيتهما. و أمّا على الكشف الحقيقي، فالكلام على أحد احتماليه- و هو أن يكون الشرط نفس الإجازة المتأخرة، و يكون من حينها مؤثّرة في ما قبلها، بأن ترفع ملكية المالك الأصلي من حين العقد، و تضع في محلّها ملكية المجيز- هو الكلام على النقل بعينه، فيحلّ التصرّف حتى مع العلم بحصول الإجازة فيما بعد، و ذلك لأنّ الإجازة و إن كانت توجب سراية الأثر إلى حين العقد إلّا أنّه لا بدّ أن توجد، فتوجب السراية، فلا سراية قبل وجودها.

و أمّا على احتماله الآخر، و هو أن يكون الشرط حاصلًا حين العقد، أعمّ من أن يكون هو وصف التعقّب أو الوجود الاستقبالي الدهري، أو ما هو معلوم عند الله تعالى و مجهول عندنا، فنقول: هنا ثلاث صور: صورة العلم بحصول الإجازة فيما بعد، و صورة العلم بعدمه، و صورة الشك. فلا إشكال في عدم حليّة التصرّف و عدم نفوذه في الصورة الأولى، كما لا إشكال في حليته و نفوذه في الصورة الثانية.

و أمّا صورة الشك، فيمكن الحكم فيها بالحليّة بحسب الظاهر، و وجهه أنّه لا- شكّ في أنّ العقد الفضولي ليس بنفسه موضوعا لوجوب الوفاء، بل هو مع قيد آخر، و كاشفيّة الإجازة لا تدلّ على موضوعيّة نفسه، كيف و معنى الكاشفيّة أنّ للعقد نقصانا، و كشفت الإجازة عن وجود تتمّته، و حينئذ فوجود نفس العقد و إن كان مقطوعا لكن وجود قيده مشكوك، فيقع الشك في موضوع وجوب الوفاء- أعنى: المقيّد بما هو مقيّد- فيتمسك في نفيه بالأصل، فيرتفع وجوب الوفاء بارتفاع موضوعه. ثمّ لو حصلت الإجازة تنكشف الحرمة واقعا، ففي هذه الصورة حال تصرّف البائع من الفضولي فيما انتقل عنه عكس حال تصرّف المشتري من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٤٩

الفضولي فيما انتقل إليه، حيث حكم- قدّس سرّه- بحرمة ظاهرا و حليته واقعا على تقدير الإجازة.

و من هنا ظهر أنّه لا وجه لما ذكره- قدّس سرّه- من الحكم بعدم جواز التصرّف على الكشف الحقيقي بالمعنى الثاني مطلقا حتى مع العلم بعدم حصول الإجازة فيما بعد.

قال- قدّس سرّه-: (و أمّا على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثّرا تامّا) إلى قوله- قدّس سرّه-: (و من هنا).

أقول: من الواضح فساد القول بكون تمام التأثير لنفس العقد الفضولي، و عدم الدخول للإجازة شرطا و شطرا، المستلزم لعدم الحاجة

إليها وكون وجودها و عدمها على السواء، مع أنه مناقض للقول بأن الإجازة دخيلة في كون العقد بنفسه سببا تاما، فإننا لا-نعنى بالشرطية في كل مقام إلا كون أحد الشئيين بحيث إذا وجد مع الآخر استقل هذا الآخر في الفاعلية، و صار هو بنفسه مؤثرا تاما، بمعنى أن يكون الفاعل هذا الشيء الآخر الخاص بخصوصية مصاحبه مع الشيء الأول في مقابل الشرطية، فإن المراد بها كون أحدهما بحيث إذا وجد مع الآخر صارا مشتركين في الفاعلية.

و بالجملة: إذا سلم كون الإجازة شرطا، الذي مقتضاه كون المؤثر و الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد الخاص بخصوصية مجيء الإجازة، المستلزم لجريان الأصل في نفي هذا الخاص عند الشك في الخصوصية، فلا معنى للحكم بترتب حكم وجوب الوفاء على نفس العقد من دون تقييد بشيء أصلا، الذي مقتضاه شمول وجوب الوفاء لصورة القطع بعدم مجيء الإجازة فضلا عن الشك فيه، كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٠ و هذا واضح.

قال- قدس سره-: (و من هنا تبين فساد توهم) إلى قوله: (و دعوى).

أقول: حاصل الإيراد أنه إذا سلم كون نفس العقد واجب الوفاء من دون مدخلة للإجازة أصلا، لا شرطا و لا شطرا- كما ذكرت- فلا بد من الالتزام بأنه كما يحرم على البائع الأصيل التصرف في المثل قبل الإجازة، كذلك يجوز له التصرف في الثمن قبلها، و قد قلت في السابق بعدم جوازه.

و حاصل الجواب: أن البائع الأصيل- مثلا- قد التزم بملكيته هذا للمخاطب بإزاء ذاك، فالتزامه مركب من جزأين: أحدهما عليه و هو خروجه ماله عن ملكه، و الآخر له و هو دخول العوض في ملكه، و حكم وجوب الوفاء مترتب على الأول دون الثاني. و الإنصاف أن الإيراد وارد و الجواب غير نافع، لأن الأمر بالوفاء إما حكم وضعي مفاده الحكم بحصول مقتضى العقد، و إما تكليفي يستكشف منه الحكم الوضعي، و على التقديرين، يلزم مما ذكره- قدس سره- من وجوب الوفاء الأصيل بما عليه، أعنى: خروجه ماله عن ملكه دون ماله، أعنى: دخول العوض في ملكه اجتماع العوض و المعوض في ملك المالك الآخر.

قال- قدس سره-: (و دعوى أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة) إلى قوله: (و لأجل).

أقول: الإنصاف أن المطابقة التامة بين طرفي التنظير و إن كانت منتفية- كما ذكره- إلا أن المطابقة بينهما فيما هو محط نظر المدعي حاصله، و ذلك لأن إنشاء الأصيل و إن كان غير مشروط بالإجازة- كما ذكره قدس سره- إلا أن تملكه مرتبط

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥١

بتملك العوض، و فرق واضح بين التملك المطلق الغير المرتبط بشيء- كالهبة- و بين التملك بالعوض الذي هو المبادلة، و حينئذ فكما أن الناذر المذكور ليس له التزام فعلي بإتيان المنذور، فكذا في المقام ليس للأصيل تملك فعلي و لو لم يدخل العوض في ملكه. هذا.

و لعمرى إن شأن الشيخ المحقق المصنف- قدس سره- أجل من إرادة ما فهمناه من العبارة من المعنى الوارد عليه مثل هذه الإشكالات الواضحة! فلعله- قدس سره- أراد معنى تقصير أفهامنا عن إدراكه، و الله تعالى هو العالم بحقائق الأمور.

و ينبغي هنا التعرض لمسألة النذر التي نظر المدعي المقام بها.

فنقول: النذر المتعلق بالأضحية- أعنى: الشاء المخصوصة- يتصور على أنحاء: إما ينذر أن يذبح هذه الشاء و يعطيها الفقراء، أو ينذر أن تكون هذه الشاء مالا للفقراء، و يسمى الأول بنذر الفعل و الثاني بنذر النتيجة، و على التقديرين، النذر إما مطلق و إما مشروط بشيء كشفاء المريض و قدوم المسافر و نحوهما، ففي صورة نذر الفعل مطلقا أو مشروطا مع حصول الشرط، لا إشكال في تنجز التكليف الإيجابي بفعل الذبح و الإعطاء.

و أما بيع هذه الشاء و هبته و سائر أنحاء إخراجها عن الملك، فقد يتوهم فساد هذه التصرفات لأحد وجهين:

الأول: أن العين المنذورة قد تعلق بها حق للمندور له، فتصرف الناذر فيها تصرف في متعلق حق الغير، نظير فساد تصرف الراهن في العين المرهونة لتعلق حق المرتهن بها، وتصرف السيد في أم الولد لتعلق حق لها بنفسها.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٢

و أنت خير بأن نذر الذبح والإعطاء لا يوجب إلّا وجوبها على الناذر، وهذا غير ملازم لثبوت الحق للفقراء في هذه الشاة ولم يدل على ذلك دليل آخر أيضا.

و الثاني: أن الفعل المنذور - أعني: الذبح والإعطاء - يكون واجبا، فيكون كل ما هو مخالف له من الإتلاف والبيع والهبة ونحوها حراما، قضيه لاقتضاء الأمر بالشىء النهى عن أضداده الخاصة، و حرمة موجبة لفساده.

و فيه: - مضافا إلى منع الاقتضاء كما قرر في محله - أن ما هو ضدّ لواجبنا وهو البيع المسببى، أعني: التمليك المتعقب بالتملك، لا يمكن أن يكون النهى التكليفى المتعلق به موجبا للفساد، و إلّا لزم التكليف بما لا يطاق، لرجموع الأمر على هذا إلى أن الناذر لا يقدر على التمليك الحقيقى، فكيف يكون منهيا عنه بالنهى التكليفى، و ما يمكن أن يكون النهى التكليفى المتعلق به موجبا للفساد - وهو البيع السببى، أعني: مجرد قول بعت و قبلت، مع قطع النظر عن حصول النقل والانتقال - لا يكون ضدا لواجبنا، لوضوح أن مجرد هذا اللفظ بدون الخروج عن الملك لا ضديه له مع الذبح والإعطاء الذى هو الواجب أصلا.

و هذا بخلاف الحال في العبادات، فالنهي هناك متعلق بصلاة الحائض - مثلا - باعتبار الصورة، يعنى: أن الحائض منهى عن صورة الصلاة، لا عن الصلاة الموصوفة بالصحة والمقرية، و إلّا لزم التكليف بما لا يطاق و إن كان عدم القدرة ناشئا من قبل هذا النهى. و من هنا يظهر صحة هذه التصرفات قبل حصول الشرط بطريق أولى. هذا بحسب الحكم الوضعى.

و أما بحسب الحكم التكليفى، فلا إشكال في حصول العصيان، و حث النذر بسبب هذه التصرفات في صورة إطلاق النذر أو اشتراطه مع حصول

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٣

الشرط، و أمّا مع عدم حصوله فكذلك أيضا، لكن مع العلم بحصوله فيما بعد، بناء على ما بنينا عليه في الواجب المشروط خلافا للمشهور، من أن حال الواجب المشروط - مع علم المكلف بحصول شرطه في محله - في حصول العصيان في الجملة حال الواجب المطلق.

و أما مع الشك في حصول الشرط فيما بعد، فيدور الحكم بحسب الواقع مدار الواقع، و أمّا بحسب الظاهر فمقتضى الأصل: الحلية و عدم العصيان على ما هو الحال في الواجبات المشروطة بالأصالة.

و يمكن أن يقال هنا بعدم الفرق بين حالى العلم و الشك في حصول العصيان، و إن قلنا بالفرق بينهما في سائر الواجبات المشروطة، و ذلك بأن يدعى أنه يتبادر عند العرف من النذر المتعلق بفعل متعلق بعين المشروط بشرط غير حاصل نذر آخر ضمنى، و هو نذر إبقاء العين، ألا ترى أن من وعد زيدا بذبح الشاة المعينة و طبخها له إن جاءه زيد في الغد فباعها قبل الغد مع عدم العلم بعدم المجيء في الغد، يعد عرفا بيعه خلفا للوعد، و ليس ذلك إلّا للملازمة العرفية بين الالتزام المذكور و التزام إبقاء الشاة إلى زمان تبين الحال. و حينئذ ففى مسألة النذر التصرفات المنافية في حال الشك حث للنذر الضمنى المذكور، فيكون حراما من هذه الجهة. هذا كله في نذر الفعل.

و أمّا نذر النتيجة، مثل نذر حرية عبده أو ملكية شاته للفقراء، فإن كان مطلقا أو مشروطا و الشرط حاصل، فلا إشكال، لا من حيث الحكم التكليفى، و لا من حيث الحكم الوضعى، فالتصرف المنافى مثل أكل لحم الشاة حرام، و العقد عليه باطل، لخروجه عن ملكه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٤

و إن كان مشروطا و الشرط غير حاصل، فلا إشكال أيضا في الحكم التكليفى بناء على ادعاء تبادل النذر الضمنى الذى هو نذر الإبقاء،



فالتصرّف المنافي حرام، لكونه حثًا لهذا النذر، و أمّا العقد عليه فمقتضى القواعد و العمومات صحته.

فتحصّل حرمة التصرف المنافي في جميع أقسام النذر و صحّة العقد في نذر الفعل بأقسامه و قسم واحد من نذر النتيجة و هو المشروط الذي لم يحصل شرطه، و بطلانه في قسميه الآخرين هذا.

و يمكن أن يقال ببطلان العقد في جميع أقسام النذر، و بيانه يحتاج إلى مقدمة، و هي أنّ في كثير من الأخبار أنّ مضمون النذر: نذرت لله كذا عند كذا، و من هنا توهم جماعة اعتبار قصد القرية في النذر و كون النذر باطلا بدونه.

و ظني أنّ اللام في كلمته لله ليس لإفادة القرب، بل هي وصليّة تملكيّة، فقولك: لله عليّ ذبح هذه الشاة و إعطاؤها الفقراء، كقولك: لك عليّ دينار، فالكلامان مشتركان في أنّ المتكلّم بهما يصير نفسه بسببهما مديونا لغيره، غاية الأمر إنّ المطالب و الدائن في الأوّل هو الخالق، و في الثاني هو المخلوق، و المطالب- بالفتح- في الأوّل: هو العمل، و في الثاني: هو المال.

و الفرق بين العهد و النذر أنّ الأوّل: إشهاده تعالى على القضية، و الثاني:

جعل النفس مديونا له تعالى، و مطالبته تعالى للعمل في الأوّل مطالبته للعمل بما جعله تعالى شاهدا عليه، و في الثاني مطالبته لقضاء الحق و الدين، و هما غير مطالبته العمل المتعلق للتكاليف و الإلزامات، فإنّها فيها مسبوقه بمجرد الإلزام، الذي لازمه عقلا الثواب على الموافقة و العقاب على المخالفة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٥

### [المقام الثالث في تنبيهات الإجازة]

#### [التنبيه الأول القول في كاشفية الإجازة]

القول في كاشفية الإجازة: و لا بدّ أولاً من تصوّر الوجوه المتصورة في المقام لكاشفية الإجازة و تصوّر إمكانها العقلي، ثمّ إنّ مقتضى القواعد أيّ منها؟ فنقول مستعينا بالله تعالى و الرسول صلّى الله عليه و آله و سلّم هيئنا وجوه متصورة:

الأوّل: أنّ الشرط هو عنوان التعقّب و هو مقارن للعقد و هذا الوجه علاوة على كونه كراً على ما فرّ، فإنّه ننقل الكلام إلى نفس هذا العنوان فنقول: هو مشروط بأمر متأخر استقبالي، أعني: نفس الإجازة الخارجيّة، و القول بأنّه مشروط بلحاظها لا وجودها، و لهذا لو لم يكن لا حظ في البين لا وجود له أصلاً، مدفوع بأنّ اللحاظ أيضا يكون بتبع الملحوظ و مشروطا به، فلو لم يكن ملحوظ لم يكن لحاظ يكون على خلاف الأدلّة، فإنّ الاستفادة منها اشتراط الطيب لا التعقّب.

الثاني: أنّ الشرط عبارة عن لحاظ الأمر المتأخر و توضيح ذلك: أنّ الخارج البحث لا يتصرّف في النفس بل لا بدّ من لحاظه، و حينئذ فكما يمكن أن يلاحظ الملاحظ أمراً مقدّماً أو مقارناً و يرى بملاحظته الصلاح، كذلك يمكن أن يناط الصلاح بنظره بملاحظة الوجود الاستقبالي، فيجعل الحكم عند لحاظ وجوده، فكما ينتزع في الوجه المتقدم عنوان التعقّب بملاحظة الأمر المتأخر ينتزع هنا الملك عوض التعقّب بملاحظة ذلك الأمر، بمعنى أنّه لما يرى وجود الإجازة في ما بعد يرى الصلاح في جعل الملك في هذا الحال، كما أنّ المريد للفعل قد يحدث في نفسه الإرادة بعد ملاحظة ترتّب الغاية المتأخرة في الاستقبال فيريد مثلاً بناء السرداب بملاحظة مجيئ الصيف في ما يأتي.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٦

و الحاصل: أنّ الشرط هو اللحاظ و من المعلوم أنّ المتفرقات في الخارج مجتمعات في الذهن و لا تقدّم و لا تأخر فيه بينها، و هذا أيضا- علاوة على ما تقدم في السابق من الإشكال الأوّل- مخالف للقواعد أيضا، فإنّه و إن جعل الشرط هو الطيب لا شيئاً آخر لكن جعل تحقّق المشروط بعد لحاظه دون وجوده الخارجى، و الظاهر من الأدلّة أنّ الحليّة و الملكيّة لا يتحقّقان إلّا بالطيب، يعنى: إلّا بعد وجوده في الخارج كما هو المنساق من نظائره في العرف.

الثالث: أن الشرط نفس الإجازة المتأخرة بوجودها الخارجى لكنّها تؤثر في الملكية من حين العقد فإنّ الملكية أمر اعتبارى، فيمكن اعتبارها بالنسبة إلى العين الشخصية في قطعة واحدة من الزمان لشخص في زمان و لشخص آخر في زمان آخر، و نظير ذلك المنافع في باب الإجازة، ألا ترى أنّك لو ملّكت شخصا منفعه دارك في يوم الجمعة و كان زمان التملك يوم الأربعاء، فندمت ففسخت الإجازة يوم الخميس فمنفعه يوم الجمعة صارت ملكا لاثنين في زمانين.

و يمكن ذلك في الوجوب أيضا كما هو الحال في الفسخ، فما الفرق في ذلك بين الزمان اللاحق و السابق؟ فإذا فرض أنّ الفضولى ملك منفعه يوم الأربعاء فأجر ذلك يوم الجمعة فما المانع من أن يؤثر من هذا الحين ملكية منفعه يوم الأربعاء؟ و لا يلزم اجتماع المالكين، لاختلاف زمانى الاعتبار، كما أنّ الحمار مثلا يكون يوما لأحد و يوما لآخر لشخص آخر. ثمّ ما الفرق بين المنفعة و نفس العين؟ فيمكن أن يقال: إنّ هذا العين في يوم الأربعاء على نحو الظرفية ملكيتها مضافة إلى زيد يوم الجمعة ثمّ من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٧

يوم الجمعة صارت ملكيتها الثابتة في يوم الأربعاء منتقلة إلى عمرو، هذا محصل ما يقال. و تحقيق الحال إنّنا قد نعتبر محلّ النقل و الانتقال و المبادلة نفس العين، غاية الأمر لّما ليس المبادلة بينهما في الحقيقة و لا في الوجود فلا محالة لا بدّ أن نعتبرها بضرب من المسامحة بلحاظ غرض من أغراضهما أو الأمور المتعلقة بهما، كما أن يكون في المكان يعنى أعطى المكان الذى لولا الإعطاء كان مكان هذا لذاك و بالعكس، و كذا الحال في الملكية، يعنى صار هذا معروضا لملكية ذاك و بالعكس بناء على المسامحة العرفية في انتقال العرض و الاكتفاء في أصالة الوجود البقائى للملكية إلى المعوض بصرف وجود المقتضى، فيقال: هذا صار واجد ملكية ذاك و بالعكس، فالمبادلة بين المالكين بلحاظ الملكية.

و حينئذ فيلزم ممّا ذكر اجتماع النقيضين و اجتماع المالكين في زمان واحد، فإنّ العين الواحدة فرضناها في يوم الجمعة مثلا ملكا لزيد و لا ملكا له و كذلك ملكا لعمرو و لا ملكا له، و نحن و إن قلنا: إنّ الملكية أمر اعتبارى، لكن لها النفس الأمرية و الصدق و الكذب و إلّا فلو كان من قبيل التخيل المحض و أنياب الأغوال لأمكن مع اتحاد زمان الاعتبار أيضا.

و قياس المقام بباب الإجازة في غير المحلّ، لأنّ الزمان هناك قيد للمال، فالمنفعة الكائنة في يوم الجمعة بمنزلة الحمار يكون ملك أحد يوما و ملك غيره يوما آخر فاختلفت الملكيتان في المال الواحد، و هذا بخلاف المقام فإنّ الزمان أخذ هنا ظرفا للملكية، فالعين ملك في يوم الجمعة لأحد و ملك في هذا اليوم أيضا لآخر، غاية الأمر: أن زمان اعتبار الملكية الأولى يوم و زمان اعتبار الأخيرة غيره، فهذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٨

نظير أن تتصف العين بالبياض في يوم الجمعة في يوم السبت ثمّ يوم الأحد ينقلب الواقع و يتصف بالسواد في يوم الجمعة. و قد نعتبر محلّ النقل و الانتقال نفس الملكية فنقول: قد انتقلت الملكية الكائنة في يوم الجمعة في يوم السبت إلى أحد و انتقلت هذه الملكية في يوم الأحد إلى غيره، فحينئذ يكون القياس بباب المنفعة في محله، لكنّ المبنى خلاف الواقع، فإنّه لا يتعلّق التملك و التملك و النقل و الانتقال بالملكية و لا يصير الإنسان مالكا للملكية بل يصير مالكا للمال، و هذا واضح.

فقد تحصل ممّا ذكرنا أنّ وجه الكشف بين ما يكون على خلاف القواعد و ما لا يعقل، لكن ظاهر صحيحه محمد بن قيس المتقدمه بل صريحها هو الكشف فلا بدّ من رفع اليد عن ظاهر الأدلّة لذلك، و لا يبقى مريح لأحد الوجهين المعقولين، و ما ذكره شيخنا المرتضى - طاب ثراه - من الكشف الحكيمى بمعنى النقل الحقيقى من حين الإجازة و ترتيب آثار الملك من حين العقد فإنّ كلّا من الوجوه الثلاثة مشتركة في مخالفة الأدلّة، فإنّ الكشف الحكيمى أيضا خلاف قاعدة تبعية النماء للأصل، و حينئذ فلو كان للرواية ظهور في أحد الوجوه كان متبعا، و لا يبعد دعوى ظهور الرواية في الكشف الحقيقى.

و حينئذ فنقول: إما نختار مذهب من يقول بأن وصف الإطلاق عبارة عن لحاظ الإرسال و الشيوخ، ففي المقام حيث إن التقييد بزمان خاص ممكن بأن يملكه في قطعه خاصية فملاحظة الإرسال بحسب الزمان أيضا ممكن، فيحمل إطلاق إنشاء المعاملة على إيجاد الملك بطريق الإرسال، و الإجازة المتأخرة معناه إنفاذ ما جعله و أنشأه المنشئ، و على هذا كما كان من جعله نفس الملك كذلك وصف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٥٩

إرساله و بديه من حين العقد، فتعلق به الإجازة أيضا، فيلزم تعلق إضاء الشرع لذلك أيضا.

و إما نختار مذهب من يقول: ليس وصف الإطلاق إلّا عدم لحاظ التقييد في عالم تعلق الحكم و لا- يحتاج إلى لحاظ أمر زائد، فالمجوع على هذا إنّما هو نفس الملكية و كونها في زمان العقد من لوازم تمامية علته فيه، فإن تمت العلة فيه اقتضت وجوده فيه قهرا لا- من قبل الجعل و إلّا فعند تمامها في أيّ زمان كان كما هو الشأن في سائر المعلولات، فالإجازة على هذا تتعلق بنفس الملكية، و الإضاء محقق لها، و لازم ذلك تحقق الملك حين الإجازة.

فإن اخترنا الثاني فالأمر واضح ممّا قررنا، و إن اخترنا الأول فلا بد أن نقول بلغوية الإجازة، فإن مفادها على ما عرفت لا يعقل أن تتحقق في الخارج، فلا يمكن أن يشملها أو فوّا فهو كما لو تعلق العقد بالملكية السابقة، لأنّ ما قصده العاقد غير ممكن التحقق و ما يمكن غير مقصود للعاقد، هذا.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أن قضية القواعد هو النقل، و الكشف الحقيقي غير مطابق للقواعد أو غير معقول، و أمّا الكشف الحكمي بمعنى النقل من حين الإجازة و التنزيل منزلة الملك من حين العقد بالنسبة إلى الآثار الممكنة فهو أيضا على خلاف القواعد كما هو واضح، لأنّه خلاف قاعدة السلطنة و قاعدة تبعية النماء للأصل و نحوهما، فيتّضح من هذا أنّه لو قام الدليل الخاص كما هو الواقع على الكشف على خلاف القواعد فلا مرجح للكشف الحكمي على الحقيقي، إذ ليس فيه حفظ للقواعد حتّى يكون طريق الجمع، فلو كان لذاك الدليل ظهور في الكشف الحقيقي فلا بد من اتّباعه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٠

و الإنصاف عدم ظهور صحيحة محمد بن قيس في أحد القسمين، فإنّ قوله:

«الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» ظاهر في الحكم الواقعي، فيطابق الكشف الحكمي، و على الكشف الحقيقي لا- يتم ذلك إلّا على الحكم الظاهري و قوله- عليه السلام- في مقام تعليم العالج: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك» ظاهر في الإنفاذ الحقيقي دون التنزيلي.

و لا ظهور في أحد الجانبين في صحيحة أبي عبيدة أيضا الواردة في تزويج الصغيرين فضولا المرأة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتّى تدرك و تحلف، و إن قال شيخنا المرتضى- طاب ثراه- أنّه ظاهر في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم. و ظاهره أنّه على الكشف الحقيقي يمكن حفظ هذه القاعدة و أنت خبير بأنّه أيضا مخالف لهذه القاعدة فإنّه كيف يبقى للمالك سلطنته بعد انتقال المال عنه من حين العقد مع عدم التفاته و عدم شعوره بل و صغارته.

### [التنبه الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ]

الثالث من شروط الإجازة: أن لا يسبقها الردّ،

قال شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- إذ مع الرد ينسخ العقد فلا يبقى ما تلحقه الإجازة، و الدليل عليه بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا- طاب ثراهم- أنّ الإجازة إنّما تجعل المجيز أحد طرفي العقد و إلّا لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من

أن وجوب الوفاء إنما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما، وقد تقرّر أنّ من شروط الصيغة أن لا يحصل بين كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦١ طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.

أقول: أولاً: جعل وجوب الوفاء مخصوصاً بالعاقدين ينافي ما سبق منه - طاب ثراه - من أنه لا يعتبر سوى صدق العقد ورضى المالك فلا يعتبر استناد العقد إلى المالك، و ثانياً: لو سلّمنا اعتبار الإضافة المذكورة نقول: ليس ردّ المالك مفنيا للعقد الذي أوقعه الأصيل و الفضولي و معدما لموضوعه، غاية الأمر السلامة معه عن الأثر فإذا لحقه الإجازة بعد ذلك تمّ السبب و كان بعينه كما قبل الرد و ليس هذا كموضوع نفس المنشئ عن إنشائه، يعنى: لو رجع الموجب عن إيجابه و بعد ذلك لحق القبول يضرّ بصدق المعاهدة، و أمّا ردّ القابل لإيجاب الموجب مع بقاء الموجب على إيجابه ثمّ ندم الآخر و قبل بعد الردّ فلا مانع عرفاً من صدق التعاقد من دون حاجة إلى تجديد إنشاء من طرف الموجب، و سرّ ذلك أنّ شخصاً آخر لا ولاية له على تخريب الإنشاء الصادر من غيره، و جعله كالعقد كالعقد المقيس عليه أيضاً، أعنى: عدم تخلّل الردّ من القابل بين الإيجاب و القبول ليس واضحاً غير قابل للإنتكار. هذا كلّه مع لزوم صدق العقد، مع أنّ لنا أن نمنع ذلك و نكتفى بصدق البيع عرفاً، و كما يصدق البيع مع الإجازة قبل الرد فكذلك معها بعده بلا فرق فراجع، و من ذلك يظهر أنّ المنع السابق على العقد أيضاً لا يؤثر بعد لحوق الإجازة في اللاحق. نعم لو شككنا في صدق العقد المضاف إلى المالك أو صدق البيع فلا محيص عن القول بعدم الانتقال لأنّه مقتضى الأصل، و على فرضه فلا يمكن الشك برواية الوليدة، وجه ذلك أنّ تصرّف المالك في المنتقل عنه ليس كتصرّفه في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٢

المال المنتقل إليه، فالثاني يدلّ على الإمضاء و الرضى بالعقد و لكنّ الأوّل لا دلالة فيه على الكراهة و الرد، لأنّه أعمّ إذ من الممكن أن يكون إثبات اليد على ماله من جهة ملاحظة أن لا يخلو يده عن البديل و المبدل معاً إذا كان العوض في يد الفضولي كما هو الظاهر في رواية الوليدة حيث إنّ ثمنها قد أخذه ابن المولى، و تعليقه أخذ الوليدة بأنّه «باعها ابني بغير إذني» أيضاً لا يدلّ على الكراهة، إذ من الممكن أن يكون ذلك مصحّحاً لأخذه الوليدة حتّى يتّضح مآل الحال، لا لردّه المبيع.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٣

## البحث الثاني في التكمّل في المجيز

### إشارة

و فيه مقامات:

### المقام الأوّل: يشترط في المجيز أن يكون حال الإجازة جامعاً لشرائط نفوذ التصرّف

فكما يشترط كونه مالكا كذلك يعتبر كونه بالغاً عاقلاً- رشيداً، فلا- يصحّ من الصغير و المجنون و السفه من غير فرق بين القول بالكشف و النقل، و لو كان محجوراً عليه بالمرض و قلنا بأنّ تصرّفات المريض في الزائد على الثلث يحتاج إلى إمضاء الوارث، أو بالفلس فلا- إشكال في عدم النفوذ أيضاً على النقل و كذا على الكشف بمعنى دخل الإجازة الخارجيّة في التأثير، إذ يصدق على الإجازة حينئذ عنوان التصرّف فيشملة أدلّة الحجر، و أمّا على الكشف الحقيقي بمعنى كشف الإجازة عن تحقّق عنوان إمّا منتزع منها من التعقّب أو الوجود اللحاظي، و إمّا مجهول عندنا.

فقد يستشكل بأنّه ليس على هذا في البين تصرّف حتّى يمنع منه، و إنّما الدخيل و المؤثّر أمر آخر ملازم مع ما هو فعل الشخص المحجور و هذا الملازم ليس وجوده و عدمه تحت اختياره و إرادته، كيف و هو موجود قبل وجوده فضلاً عن اختياره؟ هذا.

و لكنه مدفوع بأن عين ما يقتضى القول بالنقل باعتبار كون من يصدر عنه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٤

الإجازة واجدا لشرائط التصرف كوجدانه للمالكية يقتضيه على القول بالكشف، فإنه ليس الداعي على عدم تمامية العقد بنفسه في التأثير إلا الأدلة النقلية أو الارتكازية الدالة على أن مال أحد لا يمكن أن يخرج عن ملكه بلا اطلاعه و رضاه، غاية ما في الباب أن القائل بالنقل استظهر من الأدلة اعتبار هذا المعنى على نحو يتعقبه الأثر في الزمان، و القائل بالكشف استظهر اعتبار هذا المعنى بطريق وجود الأثر قبل هذا المعنى.

و بعبارة أخرى: كلا- القائلين يتنازعان في معنى واحد و هو ما اجتمع جميع شرائط التأثير، فلا يقال: إنه على القول بالكشف بالمعنى المتقدم لا- تأثير للإجازة فلا- وجه لاعتباره شرائط التأثير. فإنه يقال: الملازمة مع العنوان المؤثر التي هي مبني الكشف إنما هي في المستجمع للشرائط، و غيره غير ملازم فلا يستكشف منه تتمه السبب.

### المقام الثاني: هل يشترط وجود مجيز حال العقد؟

فلو بيع مال اليتيم لغير مصلحة لم ينفعه إجازته بعد البلوغ و لا إجازة وليه عند حدوث المصلحة.

تحقيق المقام يبنى على ذكر مقدمتين:

الأولى: أن تصحيح عقد الفضولي بعد الإجازة يكون من باب القاعدة من جهة صدق عنوان البيع و الصلح و الهبة و النكاح و غير ذلك عليه عند العرف و أنه لا فرق في صدق هذه العناوين بين وجود الرضى قبل العقد أو بعده، و هذا بعد لحوق أدلة الإمضاء من قبيل **أحلَّ اللهُ البَيْعَ (١)** و **«الصلح جائز» (٢)** و **«النكاح**

(١) البقرة/ ٢٧٥.

(٢) الوسائل: ج ١٣، الباب ٣، في أحكام الصلح، ص ١٦٤، ح ١ و ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٥

سنتي» و غير ذلك يصير حجة و دليلا، لكن مقتضى هذا إنما هو حصول الأثر من حين الإجازة لأنه حين صدق الاسم. الثانية: أن صححة محمد بن قيس السابقة قد خصصت هذه القاعدة المؤمى إليها من جهة صراحة دلالتها في الكشف و ترتب الآثار من حين العقد لا حين الإجازة، و بعد كون كل من الكشف الحقيقي و التعبدى على خلاف القاعدة لا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا إذا كان أحدهما ظاهرا من الصححة، فنقول:

الظاهر من الصححة هو الكشف التعبدى، فإن الظاهر منها أن الإجازة بنفسها منشأ للأثر و بها يناط الأثر، لا أنه بها يعلم ما به يناط الأثر من عنوان التعقب أو نحوه، فإنه خلاف الظاهر من مفادها، فإذا استقر ظهورها في ذلك يتعين الأمر في الكشف التعبدى. و حينئذ فنقول: كل شرط و قيد احتملنا شرطيته و قيديته في صحة الفضولي بهذا النحو من الكشف لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن و الرجوع في فاقد ذلك القيد و الشرط إلى القاعدة المذكورة، من الصحة على وجه النقل، اللهم إلا أن نصحح الكشف فيه أيضا بواسطة عدم الفصل إما بينه و بين سائر أفراد هذا العقد مما يكون واجدا للقيد و الشرط، و إما بين هذا العقد و بين عقد النكاح، فإن الإطلاق الراجع لاحتمال القيود المحتملة يكون فيه موجودا و هو دليل صحة تزويج الصغار عند إجازتهم بعد الكبر من حيث ترك الاستفصال فيه بين وجود الصلاح و عدمه، و وجود الولي و عدمه، و لكن لا يخفى أن صحة هذه الطريقة موقوفة على إحراز الإجماع على البسيط، أعنى: نفي الثالث، و إلا فالمتبع ما ذكرنا من القاعدة.

ثم إنه لو جعل العنوان في هذا المقام اشتراط وجود ذات من له أهلية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٦

الإجازة و لو كان ممنوعاً من الإجازة فعلاً - غاية الأمر مع قيد التمكّن من الوصول إليه لثلاً يرد الإيراد بأنّه موجود دائماً على مذهب الإمامية من وجود الإمام في كلّ عصر - فحينئذ لا ينطبق على التمثيل للمقام ببيع مال اليتيم لغير مصلحته، فإنّ قيد كونه لغير مصلحته يناسب مع إرادته المميز الجائز الإجازة فعلاً لا ذات المميز.

و إن جعل العنوان هذا الأخير، أعني: جائز الإجازة، لم يبق فرق بينه وبين بعض فروع المقام الآتي، فإنّ من فروعه ما إذا كان المميز ممنوعاً حال العقد من التصرف بفلس و رهن و نحوهما فيشمل الولي على الصغير مع عدم الصرفه في إجازة العقد الواقع على ماله، و الأولى أن يقرّر عنوان هذا المقام اشتراط المميز الجائز الإجازة ليصحّ التمثيل ببيع اليتيم مع القيد المذكور، و تقرير عنوان المقام الآتي أنّه سواء أقلنا باعتبار وجود المميز أم بعدم اعتباره هل يعتبر كون المميز للعقد هو المالك للمال حال العقد و لو كان حال العقد ممنوعاً من التصرف، فإنّه على هذا يصير العنوانان غير مبتن أحدهما على الآخر، و يناسب العنوان الثاني أيضاً مع التمثيل له بما إذا باع ثم ملك، هذا.

و لكنّ الظاهر من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّه جعل العنوان الأول اشتراط المميز الجائز الإجازة، و العنوان الثاني أنّه على فرض هذا الاشتراط هل يشترط كون الشخص المميز للعقد عين من كان حال العقد جائز التصرف و الإجازة، أو يكفي التعدّد؟ و هذا يشمل بعض الفروع الذي ليس محلاً للكلام و بعض فروعه ليس مبتنياً على العنوان المتقدم، فإنّ بيع الفضولي مال اليتيم مع الاقتران بالصرفه و وجود الولي لكن لم يجز حتّى صار اليتيم كبيراً، فأجاز في حال الكبر، داخل في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٧

هذا العنوان و ليس في صحّته كلام، و مسألة من باع ثم ملك يكون من فروع المقام و ليست مبتنية على العنوان المتقدم، فإنّه مع القول بعدم اعتبار المميز حال العقد أيضاً يمكن التكلّم في أنّه هل يعتبر كون المميز هو المالك حال العقد أو يكفي كون المالك غيره؟

[المقام الثالث اعتبار كون المميز جائز التصرف حال العقد و عدمه و فيه مسائل]

[المسألة الأولى إذا باع شيئاً ثم ملكه]

و على كلّ حال فالمهمّ التعرّض للمسألة المذكورة، فنقول: إذا باع الفضولي ثم ملك فهل يقع البيع الأول أو توجب هذه الملكية فساداً؟ ثمّ على تقدير الصحّة هل يحتاج إلى إجازة هذا المالك الجديد أو يكفي نفس ملكيته في صحّته؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: الأقوى الصحّة للأصل و العمومات،

و مراده أن العقد قد تحقّق و رضی المالك أيضاً لحقه، فيبقى احتمال أن المعتبر رضی من هو المالك حال العقد فنُدفعه بالإطلاقات و هذا على النقل واضح و أمّا على الكشف الحقيقي فلا يتم لأنّ مقتضى صحّة البيع الأول من حينه و هي مقتضية لفساد البيع الثاني الذي قد شمله عمومات صحّة العقود، و حينئذ فيما نقول بأننا لم نلتزم بالكشف في جميع الموارد ففي هذا المورد نقول بالنقل، و إمّا نقول بالكشف لكن بالقدر الممكن و هو من حين العقد الثاني، قال - قدس سرّه -: و ربّما نسلّم هنا عن بعض الإشكالات الجارية في مسألة من باع مال الغير لنفسه فأجاز ذلك الغير مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، هذا.

و لكن ربّما يستشكل في هذا بأنّ الأمر بالعكس و أنّ الإجازة في تلك مطابقة لمقصود المتبايعين دون المقام، بتقريب أن البيع عبارة عن المبادلة، و المبادلة مقتضية للمحلّ الذي ينتقل منه و المحلّ الذي ينتقل إليه كما هو الحال في المبادلة الخارجية المكانية، ثمّ إمّا أن يجعل هذان المحلّان عنوان المالك للمال، غاية الأمر أنّه منطبق على شخص لكنّ الخصوصية الشخصية خارجة في الطرفين عن طرفية المبادلة،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٨

و إما أن يجعل نفس الشخصين الحاصلين المالكين للعرضين في حال وقوع المبادلة، و إما أن يجعل عنوانا جامعا لهذا الشخص و لمن يملك المال بعد ذلك مثل عنوان ابن عمرو، لا سبيل إلى الأخير لأن هذا الجامع غير مرتبط بالإضافة المائتة، و لا إلى الأول، فإن عنوان المالك منتزع عن نفس الإضافة المتحققه بين ذات الشخص و ذات المال فيكون متأخرا في الرتبة عن هذه الإضافة فكيف يكون هو طرفا لها؟ فيلزم تقدم الشيء على نفسه، فتعين أن يكون طرفا المبادلة ذات الشخصين المتصنفين بالمالكية حال وقوع المبادلة، و الفرض أن هذا الشخص مغاير في مسألتنا مع المجيز و المالك حال الإجازة بخلاف المسألة السابقة، حيث إن المالك في الحالين فيها متحد فتتحقق المطابقة بين الإجازة و مضمون العقد فيها دون المقام.

تحقيق المقام على وجه يرفع غاشية الأوهام يقتضى بسط الكلام فنقول و بالله الاستعانة: قد نقول: إن مفهوم البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال و من المعلوم أن البدلية ليست في الحقيقة و الذات، فلا يتبدل حقيقة الكتاب درهما و لا العكس، و إنما هي في الإضافة الملكية بمعنى يتبدل إضافة الكتاب إلى صاحبه بإضافة الدرهم إلى صاحبه، فيصير الكتاب مضافا إلى صاحب الدرهم و الدرهم إلى صاحب الكتاب. و بالجملة: قصد النقل من المالك و الانتقال إلى المالك مأخوذ في حقيقة البيع، و لا بد من وقوعه في حيز الإنشاء. كما في الترويح فإنه غير متعرض لنقل العلاقة من النفس لعدم ثبوتها لها و إنما المتعرض نفس الإثبات للغير و كما في بيع الكلي مع عدم تملك الشخص فإنه لا يسلب عن نفسه شيئا لفرض عدمه، و إنما يدخل في ملك الغير مالا.

و تارة نقول: إن مفهوم البيع ليس إلا تملك المال للغير بالعوض و لو كان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٦٩

خروج المال من شخص و دخول العوض في ملك آخر، غاية الأمر أنه عند الإطلاق يحمل على كونه خارجا ممن يدخل في كيسه العوض، لكن حقيقته غير آبية عن التقييد بغير ذلك، و على هذا فيصير ما زاد عن هذا المفهوم العام خارجا عن تحت الإنشاء البيعى. فإن قلنا بالأول و قد فرضنا تمشى قصد ذلك المعنى من الفضولى البائع للنفس فنقول: إنه علاوة على اعتبار المالكين في البيع يعتبر كونهما مشخصين، لأن اعتبار النقل من عنوان المالك لا معنى له، و كذلك من الجامع الآخر، و إنما من شخص زيد مثلا، فبعد تحليل العقد الفضولى المذكور على مذاق الشيخ إلى أصل البيع و ادعاء الملكية، أو على ما ذكرنا من أنه على خلاف الواقع - لأن الفرض وحدة المطلوب - فالعلاج أن القصد متى تعلق بمهملة البيع يؤثر في وجوده و مهملة البيع يصدق تعلق القصد بها عند تعلق القصد بالمقيدة، فلو كان المصداق الواقعى من المهملة غير ما وقع تحت الإنشاء فوجود المهملة لا محالة يكون في ضمن ذلك المصداق الواقعى، فإن قصد خصوصية المصداق الغير الواقعى، أعنى الإخراج من النفس و. فيه غير مؤثر، و إنما المؤثر القصد إلى المهملة، فالمؤثر يؤثر أثره و ما لا أثر له و هو قصد الخصوصية يصير لغوا.

و بالجملة على كلا المبنيين لا بد من صحة البيع في المسألة المتقدمة و فسادها في المقام، و وجه أنه بعد ما تحقق القصد إلى البيع فلا بد من تأثيره، وقوعه خارجا، كما لو أوقعه المالك الحقيقى غاية الأمر أن الموجود بقصد الفضولى يكون كالجسم بلا روح، و محل وقوعه و لو بهذا النحو، أعنى: كالجسم بلا- روح و في مرتبة خارج الإنشاء ينحصر في المالكين الحقيقين، إذ غيرهما غير قابل للتأصاف بالبيعية، و إذا كان قصد المهملة موجبا لوقوعه فلا محالة يوقعه في الفرد الممكن، فالقصد و إن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٠

تعلق بها في ضمن الغير الممكن لكن وقوعه لا- يمكن و لو بالوقوع الإنشائي إلا في الفرد الممكن، فالإجازة المتأخرة التي هي مرقبة (كذا) لبيكرة البيع و منفخ للروح فيه إن تعلقت بنفس هذا الواقع فهو و إلا فلا بيكرة في غير هذا المحل حتى يصير ذا روح بالإجازة، ففي المسألة المتقدمة يتعلق بنفسه و في مقامنا ليس كذلك.

و من هنا علم أنه لا فرق بين القول بأن البيع عبارة عن نقل عن محل ما و تعيين المحل في الشخص، أو نقول بأن من الأول ينقذ في

الذهن النقل الخاص، كما أن القائل في «ضرب زيد» لا ينقذ النسبة إلى فاعل ما ثم تعيين فاعل ما في زيد، بل من الأول يسند الضرب إلى زيد. وبالجملة وجوده الذهني وجود وحداني بسيط لا وجودان مترتبان: إجمالي و تفصيلي، ولا فرق أيضا بين القول بأن سهم حقيقة البيع، إنما هو نفس المبادلة المالية والخصوصيات الأخر تكون بدال آخر كما في المعنى الحرفي، أو قلنا بأن الخصوصيات مأخوذة في مفهوم البيع، فإن جميع هذه الصورة مشتركة في أنه بعد تلبس مهمله البيع بالقصد يتصف بالوقوع وهو غير ممكن إلا في المحل القابل وهو شخص المالكين.

ومن هنا ينقذ أن عدم كون خصوصيات الملاك المتعددة معددة للبيع الوارد على المال بالنظر العرفي كتخلف وصف العربي من الفرس المبيع - حيث لا يوجب تعدد المبيع بنظر العرف - لا ينفع في المقام، فإن هذه الوحدة العرفية لا ينفع بعد الوقوع و قرار الإنشاء على المحل الخاص، فكما أن إنشاء الملك يوجب استقرار البيع على نفسه في اعتبار المنشئ و نظر الشارع معا فكذلك في مقامنا يورث استقراره في نظر المنشئ.

و يؤيد ما ذكرنا أنه يلزم على تقدير صحة البيع في مسألتنا في ما إذا باع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧١

الفضولي مال زيد مثلا فباع زيد هذا المال من عمرو و عمرو من بكر و هكذا ترتبت الأيدي إلى ستين سنة مثلا، فالمالك على رأس الستين كان له أن يجيز ذلك البيع الفضولي.

لا يقال: يلزم عليك أيضا ذلك في ما إذا عاد الملك بعد الستين إلى المالك الأول و هو زيد في المثال.

لأننا نقول: مدعانا اعتبار وحدة الإضافة الحاصلة حال العقد مع الحاصلة حال الإجازة، و في ما ذكرت، الشخص و إن كان واحدا لكن إضافته الثابتة حال العقد قد زالت، و الموجودة حال الإجازة إضافة متجددة مغايرة للأولى.

فإن قلت: فما تقول في الورثة بحيث يجيزون العقد الفضولي الواقع على ملك مورثهم؟

قلت: الوارث وجود تنزيلي لمورثه، فكأن المورث موجود و حتى بيدنه التنزيلي بإضافته باقية، و لعل سر أشد حبان الإنسان ولده من نفسه و ولد ولده من ولده، هو أن النسبة بينهما هو النسبة بين الفاني و الباقي، فكأن له بدنين أحدهما بدن نفسه و هو فان و الآخر بدن ولده و هو باق، و هكذا الملاك في الولد و ولد الولد.

و بالجملة: يعتبر العرف وجود الوارث وجود مورثه، فلا يرون العلاقة متجددة.

هذا تمام الكلام في أصل الصحة.

و أمّا حال الإجازة من حيث الكشف و النقل على تقدير الفراغ من الصحة - حيث إن الكشف من حين العقد الفضولي غير ممكن - فنقول: قد يكون المدرك في القول بالكشف هو كون الإجازة إنفاذا لما هو مضمون العقد و مضمون العقد هو النقل من حينه، و من المعلوم أنه إذا لم يمكن إنفاذ هذا المضمون، فالقول

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٢

بالتبعض بمعنى الكشف بالقدر الممكن لا وجه له، إذ ما هو المضمون غير ممكن الإنفاذ و ما هو ممكن الإنفاذ غير مضمون العقد، فلا محيص عن بطلان الإجازة.

و قد يكون المدرك العموم و حينئذ أيضا قد نقول بأن لنا عمومين، أحدهما:

«كل إجازة كاشفة من حين العقد»، و الثاني: «ليس شيء من الإجازة بناقله» فيكون جملة ما في المقام بضميمة عمومات صحة العقود عمومات ثلاثة لا يمكن الأخذ بجميعها، لكن العام الأخير غير مزاحم بالأولين لأنه موجد للموضوع بالنسبة إليهما فيكون مقدما في الرتبة عليهما فيكون الأمر دائرا بينهما، و حينئذ فإن قلنا بناقلية الإجازة يكون خلاف عموم لا شيء من الإجازة بناقله، و إن قلنا بالكشف من حين القابلية يكون تخصيصا في عموم كل إجازة كاشفة من حين العقد، غاية الأمر بالنسبة إلى قيد الكشف لا أصله، و



حيث لا مرجح في البين نرجع إلى عمومات الفوق و قضيتها النقل. و قد نقول: العموم قد انعقد على أن كل إجازة كاشفة من حين العقد، و أمّا أن الإجازة ليست بناقله فمستفاد من الإجماع القطعي و لو الحاصل من القولين، أعني: النقل في كل مورد و الكشف كذلك، فعلى هذا يرتفع احتمال النقل بواسطة الإجماع، فيتعين التخصيص في العموم المذكور.

اللهمّ إلا أن يدعى إجماع آخر و هو أنه إمّا تكون الإجازة كاشفة من حين العقد أو ناقله من حينها، و أمّا التبعض فمجمع على بطلانه فيتعين حينئذ البطلان، لكن هذه المقدمات كلّها فرضية لا واقع لها، و الواقع أن العمومات مقتضية للنقل و الدليل الخاص الدال على الكشف تعبداً يكون مورده غير ما نحن فيه و لا إطلاق فيه يشملها، فلا بدّ من المشي فيه على القاعدة من النقل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٣

□ هذا كله حال المسألة بحسب القواعد و العمومات، و أمّا بملاحظة الأخبار الخاصّة الناهية عن بيع غير المملوك، مثل النبوي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا تبع ما ليس عندك» «١»، فالكلام في محتملات هذه القضية و أن الظاهر ماذا؟ و ليعلم أولاً أن الظاهر من مثل هذا التركيب عند العرف عدم خصوصية الإضافة إلى العاقد، فلو قيل: لا تبع المجهول، يفهمون أن بيع المجهول لا يقع مطلقاً، فلو فرض العاقد فضولياً و كان جاهلاً و المالك عالماً، يحكمون ببطلانه حتّى بالنسبة إلى المالك العالم. فلو حملت القضية على معنى دخل فيه عقد الفضولي، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظاهر بواسطة الدليل على صحّة الفضولي الذي كان صريحاً فيها. و حينئذ نقول: محتملات هذه القضية أمور:

أحدها: أن يقصد كل من البائع و المشتري ترتيب آثار الصحّة من ملكية الثمن للبائع و المثمن للمشتري، بمحض إنشاء البيع بدون حالة انتظارية. و هذا خلاف الظاهر. من جهة أن فساد هذا واضح عند العرف و أن مال شخص لا يحلّ لغيره بلا رضاه. الثاني: أن يكون قصدهما الإنشاء بانتظار الاشتراء فقط أو مع الإجازة و هذا ينطبق على مسألتنا.

الثالث: أن يكون القصد نقل العين الخارجية المملوكة للغير لكن على أن تصير مملوكة في ذمّة البائع و عهدته، فالمملوك هو العين الخارجية، و الملكية مقيدة بكونها في العهدة، بمعنى أن المشتري ملك العين على عهد البائع، لا أنه ملك العين في الخارج، فالملكية قسماً، أحدهما: ما يكون ظرف اعتباره الخارج و هذا

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢، من أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٦، ح ١٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٤

القسم ثابت لمالكها الأصلي، و الآخر: ما يكون ظرف اعتباره العهدة. و ملاك القسم الأول: السلطنة الخارجية و الاستيلاء الخارجي. و ملاك القسم الثاني:

الاعتدال على تحصيل السلطنة الخارجية بالاشتراء من المالك و نحوه، و هذا القسم كما في ملكية الكلي في الذمّة، فإن معنى ملك الكلي ليس الملك الخارجي، إذ ربّما يكون الملك الخارجي ثابتاً لغيره، بل معناه الاعتدال على تحصيل الكلي بتحصيل مصاديقه. لكن قد يستشكل بالفرق بين الكلي و الشخصي، فإنّه في الأول يكون متعلّق العهدة التسليم، غاية الأمر تسليمه يتوقّف على تسليم الفرد و تملكه. و أمّا في الشخصي، فإن كان متعلّق العهدة التسليم مع حصول الملك قبله يلزم أن لا يكون ملكاً لمالكه و إلا يلزم اجتماع الملكيتين في العين الشخصية. و إن كان المتعلّق هو التملك، فمعناه أنه لم يحصل بعد ملكه العين و إلا يلزم تحصيل الحاصل.

و لكن يجاب بأن متعلّق العهدة التملك للعين في الخارج، و ما حصل بالعقد هو الملكية في العهدة، و على كل حال، المعاملة على هذا الوجه الثالث إن كانت صحيحة فمعنى صحّتها دخول الثمن في كيس البائع بمجرد العقد و حدوث حقّ مطالبته تسليم عين المبيع للمشتري من البائع مع محفوظية ملك المالك الأصلي لها في الخارج، و يكون على هذا تملك العين بعد تملكها إيفاء بمضمون العقد لا تتمّة للسبب، كما أن صحّة العقد على الوجه الأول معناها دخول الثمن في كيس البائع و خروج المبيع من كيس المالك و

دخوله في كيس المشتري بمجرد العقد، وعلى الوجه الثاني تكون المبادلة بين المالك والمشتري.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٥

فعلم من هذا: أن ما يمكن مساسه بالمالك إنما هو الأخير والثاني (أى الوجه الثاني والأول) بناء على إلغاء الخصوصية، و أما الأول- أى الوجه الثالث:-

فالمعاملة واقعة بين الأصليين، فإن كانت صحيحة لم يحتج إلى إجازة المالك، لأنك قد عرفت أنه ليس هذا منافيا لملكه و أن ملكه محفوظ معه، و إن لم تكن صحيحة لم تنفعه الإجازة لما ذكرنا من كون نفعها فرع المساس به، و المفروض عدمه. فنقول: الظاهر من الأخبار بقربنة قوله: «أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟» (١) وقوله: «لا- تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» (٢) هو الاحتمال الأخير.

و عليه فلا- دخل لها بمسألتنا، فلو أغمضنا عن جهة تعدد الإضافتين في مسألتنا لكان الحكم فيها هو الصحة بمقتضى العمومات. و العجب من شيخنا المرتضى- قدس سره- حيث يظهر من مطاوى كلامه استظهار هذا الذى استظهرناه من الأخبار، حيث سمي تملك المبيع بعد التملك تسليمًا، و قد عرفت أنه لا يتم إلّا عليه، و مع هذا قال: لا منافاة بين عدم صحته بالنسبة إلى العاقد و صحته للمالك إذا أجاز.

و محصل ما ذكرنا فى مفاد الأخبار: أنها متعرضة لصورة نقل الملكية الشائنة الثابتة فى العهدة إلى الغير، و تحصيل المبيع و تسليمه يكون حاله حال تحصيل الشخص فى بيع الكلى و تسليمه فى كونه وفاء بالعقد بعد تماميته و ليس كحال إجازة المالك و رضاه فى كونه من تنمة المؤثر، فهذا يكون ملزما بالتحصيل كما فى الكلى.

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٨، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٦، ح ٤.

(٢) المصدر نفسه: ص ٣٧٨، ح ١٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٦

و على هذا فالخارج من الأخبار صورتان: صورة بيع مال الغير بترقب إجازة الغير و هو واضح. و صورة نقل مال الغير بلا ترقب إجازته، لكن لا على سبيل نقل العهدة بل نقل نفس المال الخارجى أما باعتقاد مائئة نفسه، أو عدوانا و غصبا، فإنها أيضا غير مشمولة للأخبار المانعة بالمعنى الذى ذكرنا و إن كان الظاهر من عبارة شيخنا شمولها و أن الخارج منحصر فى الأولى، و الوجه ما ذكرنا من أنها ناظرة إلى نقل مال الغير بانيا على أنه مال الغير بلا ترقب الإجازة بنحو نقل العهدة كبيع الكلى على تفصيل ذكرنا، فيبقى غيره خارجا. فلو كان مقتضى العمومات الصحة كما ذكرنا فى كلتا صورتين، لم تكن هذه الأخبار مانعة.

و لو تباعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته، فهذا له صورتان، إحداهما: أن يملكه لا مطلقا، بل فى ظرف ملكية الملحوظة وجودها فى المستقبل و هذا باطل للتعليق الموجود.

و الثانية: أن ينشأ التملك على وجه الإطلاق و التنجيز لكن كان الداعى له إنفاذه بعد تملك نفسه ليدخل التعليق فى غرضه لا إنشائه، و هذا صحيح بمقتضى القواعد، و الأخبار لا تنافيه، فكما أن المالك الأصلي لو أطلع فأجاز، تشمله العمومات، كذلك لو ملك البائع و أجاز و قلنا بعدم مضرية تعدد الإضافة، لا مانع من صحته أيضا. و مجرد خيال أنه إذا تملك أجاز البيع، وجوده و عدمه سيان، فالخيال المذكور لا يوجب شموله تحت الأخبار كما توهم.

[المسألة الثانية لو باع ملك الغير فتملكه فالظاهر البطلان]

مسألة لو باع مال الغير فملك و لم يجز فهل يجب عليه الوفاء أو لا؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: لا، لوجوه، الأول: الأخبار الخاصة الناهية عن بيع ما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٧

ليس عنده. الثاني: قاعدة سلطنة الناس على أموالهم و عدم الحل بدون طيب نفسهم و الالتزام السابق تعلق بملك الغير ثم قال: اللهم إنا أن يقال: إنه وإن كان حين العقد أجنبيا غير مأمورا بالوفاء لكن بعد التملك لا مانع من عموم أوفوا، فيشملة بمجرد التملك. و أجاب عنه بأنه قبل الملك لم يكن مأمورا بالوفاء فكذا بعده بالاستصحاب، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا الرجوع إلى العام ثم أمر بالتأمل.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بناء على مبناه من استفادة اختصاص مورد النهي في الأخبار بالبيع في العهدة، و استفادته من كلام شيخنا المرتضى - قدس سره - أيضا، بأننا لو أغمضنا عن تلك الأخبار لكان مقتضى القواعد صحة البيع العهدي المذكور بلا حاجة إلى الإجازة. و شيء مما ذكره غير مانع، أما حديث السلطنة فإذا أزمناه بمقتضى عقده الذي أقدم عليه و دخل تحت أوفوا فهذه سلطنة قد فوتها على نفسه كما في كل معاملة، فإن إعمال السلطنة لا ينافي السلطنة.

و أميا عموم أوفوا فلا مانع من شموله من أول الأمر، بمعنى ملزميته على التحصيل كما في بيع الكلبي، حيث إنه ملزم على تحصيل الفرد، و على فرض الإغماض عن هذا و القول بأن شمول دليل الوفاء متأخر إلى زمان حصول الملك، نقول: حاله حال تبدل عنوان المسافر بعنوان الحاضر، بالنسبة إلى عمومات و جوب الصلاة الرباعية، فإذا فرضنا أن عنوان المالك دخيل في حكم لزوم الوفاء كدخل عنوان الحاضر في وجوب الرباعية و كان فرد من العقد من أول وجوده عقد الغير المالك ثم صار عقدا للمالك فهو كما لو صار الشخص المسافر حاضرا، و لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٨

شبهة في دخوله تحت العموم و لو لم نقل بالعموم الأزمانى، و ما بيتنى على العموم الأزمانى ما إذا خرج الفرد فى زمان من غير نظر إلى عنوان، كما لو قام الإجماع على خروجه زيد فى يوم الجمعة من «أكرم العلماء». و الحاصل: أن للبيع صورتين، إحداهما: صورة الفضولية بأن يبيع عن ثالث أو عن المالك أو عن نفسه اعتقادا أو عدوانا بناء على إرجاع ذلك إلى البيع عن المالك.

و الثانية: صورة البيع على وجه العهدة. و كلمات شيخنا مضطربة، فمن بعضها يستظهر الأولى و من بعضها الثانية و على كليهما يחדش كلامه هنا، فإنه فى الصورة الثانية يكون عموم أوفوا شاملا - من الأول فليس مرتفعا حتى يرجع إلى استصحاب حكم الخاص، و فى الصورة الأولى و إن كان لم يشمله العموم، لكنّه من جهة عدم تامة الموضوع لعدم لحوق إجازة المالك، فمتى لحقت تمت المعاملة و دخلت تحت أوفوا كما فى القبض فى الصرف و السلم، و الحاصل: أن هذا من باب التقييد لا التخصيص و الرجوع إلى استصحاب حكم الخاص فى ما كان من باب التخصيص، فالرجوع إلى الاستصحاب لا يتم على كل حال، و يمكن أن يكون أمره بالتأمل إشارة إلى هذا.

و لسيدنا المحقق المحشى - طاب ثراه - هيهنا فى وجه التأمل ثلاثة أوجه:

الأول: أن يكون إشارة إلى ما تقدّم من أنه يجب على الأصيل و الفضولى الوفاء بمعنى عدم النقص و الفسخ و إن لم يجز بمعنى ترتيب آثار الملكية - كما مرّ منه قدس سره - فلم يكن عن العموم خارجا من الأول حتى يرجع إلى استصحاب حكم الخاص. لكنك خبير بأنه ما تقدّم هذا الكلام منه - قدس سره - إلا بالنسبة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٧٩

إلى الأصيل لا الفضولى، و مقامنا مبن على جريانه فى الفضولى و لم يتقدّم منه ذلك.

الثانى: أن يكون إشارة إلى أن العموم الزمانى قد يكون بالتصريح باللفظ كما فى «أكرم العلماء فى كل زمان»، و قد يكون بالإطلاق و

مقدمات الحكمه، فإذا خرج فرد في القسم الأول في زمان، لا وجه لخروجه في الزمان الثاني، لأنه تخصيص زائد، فترجع مع إجمال المخصص إلى العموم، و أمّا في القسم الثاني - حيث لا لسان للعام بالنسبة إلى الزمان الثاني - فإذا خرج لا دليل على دخوله ثانيا في العام.

و بعبارة أخرى دخوله ليس حفظا للعموم و خروجه ليس تخصيصا زائدا.

فإن قلت: الأمر دائر بين التخصيص و التقييد و الثاني أرجح.

قلنا: الكلام مفروض في ما لم يكن في البين احتمال التقييد و كان من باب التخصيص و لا محالة حينئذ خروج الفرد دائما أو في بعض الزمان سيان بالنسبة إلى العموم، فيكون دخوله في الزمان الثاني بلا- دليل، و مقامنا من هذا القبيل، فلو لم يكن في البين استصحاب لما كان للرجوع إلى العموم وجه، فليس المقام مقام الرجوع إلى العموم حتى يقال بتقدم الاستصحاب عليه من جهة أنه استصحاب حكم الخاص.

و فيه: أن عين هذا البيان بيان الرجوع إلى الاستصحاب، و توجيهه كما بينه في خيار الغبن و في باب الاستصحاب من الفرائد، فلا يمكن أن يكون وجه التوجيه وجهها للخدشه، اللهم إلا أن يكون الغرض إيهام العبارة جعل الاستصحاب معارضا للعموم و مقدما عليه، فكان الغرض التنبيه على دفع هذا التوهم لا النظر إلى أصل المطلب.

الثالث: أن يكون إشارة إلى أن الاستصحاب لا يعمل به في مقابل العموم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٠

إلما في ما إذا كان جاريا في موضوع الخاص و إلما فاستصحاب الحكم في مقابل العام غير جائز، لأنه تقديم الأصل على الدليل الاجتهادي، ثم مثل بثلاثة أمثلة:

الأول: الكلب إذا وقع في الملح و صار ملحا فلا يجوز في قبال عموم كل ملح طاهر أن يعمل باستصحاب نجاسته الثابتة حال الكلبية، بأن يشير إلى الجسم و يجعل هو الموضوع.

الثاني: أن يقول: أكرم العلماء في كل يوم، ثم قال: لا تكرم الفساق، و كان المتيقن من هذا الأخير اليوم الأول، ففي ما بعده لا مساغ لاستصحاب حكم هذا الخاص في مقابل عموم أكرم العلماء في كل يوم.

الثالث: أن يقول: أكرم العلماء و لا- تكرم الفساق، و كان زيد فاسقا ثم شك في خروجه عن الفسق و بقاءه، فهنا مقام استصحاب الفسق، و ليس مقام الرجوع إلى العموم، لأنه تمسكك بالعام في الشبهة المصدقية، و في الأخير أيضا في الحقيقة يكون المخصص للعموم هو الدليل الاجتهادي، و الأصل إنما أثبت موضوعه، فلم يلزم تخصيص الدليل الاجتهادي بالأصل.

و فيه: أن معنى ذلك أن يكون الشيخ- قدس سره- بعد أن أسس هذا الأساس و بنى هذا البنيان، أعنى: الفرق بين العموم و العموم عدل عنه هنا و رفع اليد عن ذلك التحقيق و ذهب إلى أن العام بقول مطلق لا يمكن في مقابله العمل بالاستصحاب.

### [المسألة الثالثة لو باع معتقدا لعدم جواز التصرف فبان جوازه و الصور ستة]

إشارة

المقام الرابع: ما لو باع معتقدا لعدم جواز التصرف فبان كونه جائز التصرف و عدم جواز التصرف المستكشف خلافه قد يكون لأجل عدم كونه وليا على البيع مع كونه وليا عليه بالولاية أو الوكالة أو المأذونية، و هذا على قسمين: قد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨١

لا يعلم أصل الولاية و الوكالة و المأذونية، و قد يعلم ذلك و لا يعلم أن المال مال المولى عليه أو الموكّل أو الآذن، بل يعتقد كونه مال الأجنبي، و قد يكون لأجل عدم كونه مالكا. و على كل من التقادير الثلاثة إما يبيع عن المالك أو عن نفسه، فهذه ست صور:

الأولى: أن يبيع عن زيد اليتيم مثلا- معتقدا أنه غير وليّ عليه ثم علم كونه وليّا، أو يبيع مال عمرو معتقدا أنه غير وكيل من طرفه فبان كونه وكيله.

فنقول: الولاية إما نفس جواز التصرف أو مساوق معه، ولا يمكن أن يؤخذ في موضوعه العلم بنفسه، فإنّ الشيء لا يمكن أن يتوقف تحقّقه ووجوده على العلم به، وهذا واضح. وهكذا الحال في الوكالة، فإنّه عبارة عن القيام مقام المالك في نفوذ التصرف و مالكيّة الأمر. وهذا المعنى لا يمكن أن يتوقف على العلم به.

وعلى هذا فأدلة إثبات الولاية للأب والجد و نفوذ تصرفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية و مالكيّة الأمر و المختاريّة في ذات الولي و الوكيل، لا يعقل انصرافها إلى حال العلم بالولاية و الوكالة كما ادّعاها بعض الأساطين في حاشيته على هذا المقام من مكاسب شيخنا المرتضى- قدس سرهما- نعم لو فرضنا وجود الدليل على أنّ تصرف الولي و الوكيل في حال الشك في الولاية و الوكالة أو العلم بالخلاف غير نافذ، لكننا ملجئنا إلى حمل أدلّة إثبات الولاية الواقعيّة و الوكالة كذلك على مرتبة شأنيتهما، فيقال: إنّ العلم بتلك المرتبة مؤلّد للمرتبة الفعلية، ولكن بعد عدم هذا الدليل و انحصار الأمر في أدلّة واقع الوكالة و الولاية لا يمكن دعوى انصرافها مع ظهورها في المعين الذي هو عين جواز التصرف أو يساوقه إلى حالة العلم. و دعوى ظهورها من الأوّل في الثانية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٢

خلاف الواقع.

و أمّا الفرق بين هذين العنوانين و عنوان المالكيّة حيث نقول: بأنّ نفوذ تصرف المالك موقوف على علمه بعنوان مالكيته هو أنّ المالكيّة أمر وراء السلطنة و نفوذ التصرف، و لهذا المحجور مالك مع عدم نفوذ تصرفه، فيمكن أخذ العلم بهذا العنوان في موضوع الأثر المترتب عليه، فيقال: المالك إذا علم بأنّه مالك فطيب نفسه مؤثّر، و لكن لا يمكن أن يقال: المختار إذا علم بأنّه مختار يكون مختارا كما لا يمكن في عنوان المالك أيضا أن يقال: إنّ المالك إن علم بأنّ طيب نفسه مؤثّر فطيب نفسه مؤثّر.

و على هذا فلا بدّ أن يقال في الفرع المذكور- أعنى: بيع الولي و الوكيل مع علمهما بأنّ هذا المال مال لشخص هما في الواقع وليّا أمره، غايه الأمر لا يعلمان بالولاية و الوكالة- أنّ البيع صحيح نافذ بلا حاجة إلى إجازة منهما بعد العلم.

و هذا بخلاف الصورة الثانية، أعنى: أن يبيع الولي و الوكيل عن زيد مثلا مع علمهما بكونهما وليّي أمره ماله لكن معتقدين أنّ المال مال لعمرو الذي هما أجنبيان عنه، فإنّ من المعلوم أنّ حالهما حينئذ حال نفس المالك، فكما أنّ طيب نفس المالك و جب أن يتعلّق بمال نفسه بعنوان أنّه مال نفسه، فكذلك طيب نفس الولي و الوكيل أيضا لا بدّ و أن يتعلّق بمال المولى عليه و الموكل، أعنى: شخصيّتهما بعنوان شخصيهما.

الصورة الثالثة: أن يبيع المال عن نفسه معتقدا بأنّ المال لهذا الصغير بأن غصبه منه و تملكه و باعه لنفسه مع جهله بكونه وليّا، فنقول: أمّا صحّة بيعه، فهو ككلّ من باع مال غيره عن نفسه، حيث قلنا بأنّ خصوصية كونه عن نفسه تصير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٣

ملغى فيقع البيع الإنشائي عن غيره، و أمّا صحّته الفعلية، فالكلام في مانعيّة جهله بالولاية ما تقدّم من عدم مانعيته، نعم المانع عدم تعلّق طيب نفسه بوقوع البيع عن الصغير، فإنّه لا يرضى بكونه أصل مائيّة المال للصغير فكيف يرضى بتبعاته من البيع و نحوه؟ فيقوى كون البيع محتاجا في اللزوم إلى الإجازة المستأنفة من هذا الولي بأن يجيز العقد للصغير، لكن ليعلم أنّ جعل الولي بالولاية و علمه بها سيّان في ما ذكرنا، لا اشتراكهما في الملاك الذي ذكرناه من الانحلال و عدم الطيب بإضافة البيع إلى الصغير.

الصورة الرابعة: أن يبيع مال الصغير الذي يعلم بولايته عليه باعتقاد أنّه مال زيد و يوقع البيع عن نفسه بأن يغصبه عن هذا المالك التخيلى و يبيعه عن نفسه، فالكلام في أصل الصحّة ما تقدم، و في اللزوم من جهة عدم طيب النفس يعلم حاله من المسألة الآتية و هي ما إذا باع الإنسان مال نفسه باعتقاد أنّه مال زيد عن زيد، فأصل الصحّة بواسطة ملغائيّة قيد عن الغير كملغائيّة الخصوصية في عكسه لا

إشكال فيه.

وإنما الإشكال في أنه لو اخترنا في أصل الصحة مذهب شيخنا المرتضى - قدس سره - حيث يقول: بأن البيع منحل إلى بيع عن المالك الواقعي وادعاء أن نفسه المالك، إذ يقال: لا إشكال في أن كل معنى جعلناه مضمونا للعقد فلا دليل على تعلق الطيب بأزيد منه، إذ الدليل دل على أن البيع مثلا - متوقف على رضی المالك، وقد فرضنا أن المالك أنشأ مضمون البيع أعنى النقل عن عنوان المالك، ولا محالة كان هذا الإنشاء منه صادرا عن طيب نفسه.

وبعبارة أخرى: المعتبر هو رضی المالك ببيع ماله وإن كان على وجه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٤

الإجمال، مثلا لو باع المال عن مالكة كائنا من كان و لو كان نفسه، فقد قصد بيع مال نفسه بعنوان مال نفسه إن كان المال ماله، غاية الأمر بنحو الإجمال، ولا دليل على وقوع عنوان مال نفسه تحت القصد والاختيار والرضى بهذا العنوان التفصيلي.

وحينئذ فنقول: إذا فرضنا أن يبيعه عن أبيه انحل إلى قصدتين، قصد للبيع عن المالك وفي هذا القصد عنوان المالك تمام الموضوع فمعناه أنه قاصد للبيع عن المالك مع جميع الحالات المتصورة في هذا العنوان التي منها كونه منطبقا على نفسه أو على غيره، فجميع هذه الخصوصيات وقع تحت قصده إجمالا، إذ معنى تعدد المقصود هو عدم دخالة القيد في المقصود الأولي، وهو معنى الإطلاق، وإلا فذات المهملة بحد الإهمال موجود في المقيّد على وجه وحدة المقصود أيضا، وإذن فيبقى دعوى أن المنصرف من الأدلة هو رضی المالك ببيع ماله بهذا العنوان التفصيلي، و أنى لأحد بإثبات ذلك؟

هذا على ما اختاره شيخنا في مسألة بيع الغاصب لنفسه الذي يجري بعينه في مسألتنا، وأما على طريق اخترناه في تصحيحه الذي يجري أيضا في المقام وحاصله بعد منع ما ادّعه شيخنا من إرجاع القصد إلى البيع عن المالك وتعيين أنه المالك لوضوح أننا نرى عدم تعلق الغرض في البيع عن عنوان المالك.

فإن قلت: إن ما هو المعتبر في صحة البيع هي خصوصية المالكية، وأما خصوصية كونه زيد بن عمرو، وطويلا وعالما، إلى غير ذلك من سائر الخصوصيات الموجودة، فهي من باب ضم الحجر في هذا المقصود الذي هو البيع، ولو فرض تعلق غرض بواحد منها كان أجنبيًا عن المقصود البيعي ولا يدعو هذا المقصود إلا إلى البيع عن المالك، ومن الممكن أن يوجد الطبيعة بداع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٥

والخصوصيات بداع آخر، ولهذا قلنا: إنه لو أتى بالطبيعة الأمور بها بداع الأمر واختار من بين الخصوصيات إحداها بداع شهواني، كفي في العبادية.

قلت: عدم اعتبار الخصوصيات الأخر غير المالكية، إنما هو في الحكم الشرعي فلا يقدح تخلفها في الحكم الشرعي، ولا ينافي ذلك تقييد القصد إلى البيع بداع شهواني بالخصوصيات الأخر، بحيث كان الداعي إلى الطبيعة والخصوصية أمرا واحدا شهوانيا يكون للخصوصية مدخلا في حصول هذا الغرض، فلا محالة يقصد الخاص بخصوصيته.

وإذن فتصحیح البيع في مقامنا وفي بيع الغاصب لنفسه وفي بيع الموصوف المتخلف وصفه بطريق تعدد المقصود غير واقع، وما يمكن أن يكون طريق التصحيح في الجميع أن يقال: القصد وإن تعلق بالمقيد بنحو الوحدة ولكن المهملة كما يوجد بوجود المقيد يقصد أيضا ضرورة بمقصودية المقيد، وهذا لا شبهة فيه وإلا يلزم تخلف المقسم عن القسم والعام عن الخاص، والمهملة مشتركة بين الخاص الذي وقع تحت القصد والخاص الذي لم يقع تحته.

فإن قلت: المهملة التي في ضمن المقيد لا إطلاق فيه ولا تقييد ولكن لا ينطبق إلا على المقيد، ولهذا لو تعلق حبك بزید فقد أحببت الإنسان، ومع ذلك لا يسرى إلى عمرو حتى بالعنوان الإجمالي، فإذا قصدت الطبيعة بقيد الخصوصية لا يسرى القصد إلى فاقدها حتى مهملة.

قلت: فرق بين المهملة و المهملة، فكلمًا كانت الخصوصية المقصودة مع الخصوصية المفقودة معدّتين للموضوع بنظر العرف مثل الفريسيّة و الحجرية في الجسم المشار إليه، فهنا ما ذكرته حقّ، فإذا أُشير إلى الجسم بعنوان الفرس و أنشأ كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٦

بيعه لما يقال: إنّ هذا الحجر قد بيع، و كلاً ما كانت الخصوصيتان غير معدّتين و كانت الوحدة الشخصية الفردية محفوظة بنظر العرف مثل العربية و العجمية في الفرس فهنا القول بالصحة قويّ، فإنّ القصد و إنّ تعلق بالمقيد بنحو الوحدة و لكن المقيد بالمقيد المقصود، و المقيد بالمقيد المفقود في عالم القصد واحد بنظر العرف شخصاً، فيقال: هذا الفرس العجمي قد بيع.

و على هذا فنقول: من الخصوصيات الغير المعدّدة خصوصية كون المبادلة الواقعة بين المالكين الحقيقيين، أم بين المالكين المقصودين، فيمكن الإشارة إلى المالكين و يقال: إنّهما بيع أحدهما بالآخر و هذا بيع واحد شخصي لا تنلّم وحدته الشخصية باختلاف المالك، و على هذا فيحكم بالصحة في مقابل الفساد و لكنّه محتاج إلى إجازة المالك.

وجه ذلك: أنّ الخصوصيتين و إنّ كانتا غير معدّتين و قضية ذلك صدق إضافة القصد إلى فاقد الخصوصية المقصودة كما يضاف بقاء النجاسة إلى الماء بعد تغيير الماء و زواله من قبل نفسه، و لكن قضية ذلك ليس بأزيد من تعلق القصد و طيب النفس أيضا بالمهملة، و لكنّ الشرع حكم بدخل نفس الخصوصية المقصودة هنا.

توضيح المقام: أنّ الدليل دلّ على عدم حلية مال الغير بدون طيبه، يعنى بدون طيبه بالتصرّف المتعلّق بماله و ظاهر عنوان المال الموضوعية لا المعرفية إلى العناوين الخاصة الأولى من الخبز و الكتاب و الفرس و نحوها و عنوان الطيب كعنوان الاختيار إذا أضيف إلى عنوان، فالعلم بهذا العنوان مأخوذ في مفهومه، فكما أنّ ضرب زيد إنّما يصير اختيارياً إذا علم الضارب بأنّ مضروبه زيد، كذلك كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٧

إنّما يصير ممّا طيب به النفس إذا علم الشخص الذي طاب نفسه بكونه زيدا، فهنا قد وقع بيع مال الإنسان متعلقاً بطيب نفسه فلا بدّ من التفاته و علمه بأنّ المبيع مال له، فإذا فقد هذا الالتفات بل علم بأنّه مال الغير كما هو مفروض مقامنا و هما الخصوصيتان الموجودة إحداهما و المفقودة أخراهما فهذا مساوق لفقدان وصف الطيب الذي اعتبره الدليل هذا، و الطيب المتعلّق بالمهملة حيث كان بالسراية من الخاص لم يسر إلى خاص آخر حتّى يقال بأنّ هذا الفرد وقع تحت الطيب بعنوان إجمالي، بخلاف الحال على مبنى شيخنا المرتضى - قدس سرّه -، فإنّ الطيب أولاً و بالذات كان منسوباً إلى المهملة، و ما هذا شأنه يسرى إلى جميع أفرادها فلا محالة يصير هذا الفرد الفاقد للخصوصية المقصودة تحت الطيب بعنوان إجمالي.

فرع لو غرّ الغاصب المالك، بأن أظهر عبده المعصوب منه عبداً لنفس الغاصب فقال له بع عبدي هذا عنك

فباع فهل يحكم بالاحتياج إلى الإجازة بعد وضوح الأمر أو يحكم بال لزوم بدونها؟ الحقّ أنّه يختلف الحال بناء على ثبوت الدلالة الاقتضائية التي ادّعاها بعض في عكس هذا الفرع، و هو ما لو قال: أعتق عبدك عنّي، و تلقّاها شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أيضا بالقبول.

و على عدم تسليمها، فإن قيل بعدم الدلالة المذكورة و أنّ الكلام إمّا محمول على هذه الصورة من بيع مال الغير عن نفسه، أو محمول على البيع عن المالك و إباحة التصرف في ثمنه، فالكلام عين الكلام في المسألة المتقدمة فإنّ المالك الحقيقي باع مال نفسه معتقداً أنّه لغيره موقعا للإنشاء عن ذلك الغير و هو عين المسألة الماضية، فلا وجه لما يظهر من شيخنا من امتيازها عنها حيث قال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٨

فالأقوى أيضا عدم النفوذ.

و إن قيل بثبوت تلك الدلالة، فالكلام الصادر من الغاصب يكون بمنزلة «ملكته إياك و اشترطت عليك بيعه» و قول بعت الصادر بعد

ذلك من المالك، له أثران طوليان: تملك وبيع، كما أن بيع ذي الخيار فسخ وبيع، ولا دليل على ثبوت الملك قبل إنشاء البيع بل لا بد من ثبوته قبل تأثيره وهنا ذلك حاصل، فإن هذا الإنشاء له تأثيران: الأول في حصول الملك والثاني في البيع، فعلى هذا المالك الحقيقي للمال قد باع المال الذي اعتقد مألته لنفسه لكن أخطأ في سبب ملكيته فزعم أنه صار ملكا بهذا القبول والحال أنه كان ملكا له بالإرث مثلا، وهذا لا ضير في تخلفه، والطيب المعتبر صدوره من المالك في موضوع ماله قد تحقق، ولا فرق بين كون تسبب الملكية من السبب الخاص بنحو التقييد أو بنحو التطبيق، فإنه على فرض الأول أيضا يكون من باب تقييد الغرض والداعي الذي لا شبهة في عدم قدح تخلفه، كمن تخيل أن المال الفلاني قد انتقل إليه مجانا وبلا عوض فأقدم على بيعه ثم بان أنه انتقل إليه من طريق الشراء، فلا يلتزمون بأنه مختل الشرط من جهة فقدان طيب المالك.

تنبيه

نقل شيخنا المرتضى - قدس سره - عن بعض من قارب عصره وبعض من عاصره أنهما ذهبا إلى أن البيع في المقام مترزل البقاء كالبيع الخيارى، معللا ذلك بقاعدة نفى الضرر، وردّه شيخنا واختار أنه مترزل الحدوث، واستدل عليه بوجهين: الأول: دليل «لا يحل» حيث دل على أن الملكية متوقفة على حصول الطيب فلو حصل الملك، ولو فقد وصف اللزوم لصار المال حلالا بلا طيب مالكة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٨٩

والثاني: قاعدة نفى الضرر، ففرّق - قدس سره - بين الضرر في باب الغبن والضرر هنا بما حاصله: أن الضرر تارة راجع إلى العوضين بمعنى أن العوض لا يساوى مائة المعوض كما لو عوض ما يساوى المائة بخمسين، فهذا ضرر مالى، وقضية «لا ضرر» نفى وصف اللزوم.

وأخرى غير راجع إليهما فإن المال عوض بما يساوى مألته فليس فى البين ضرر مالى وإتما الضرر انتقال ماله بلا علمه والتفاته، فإن ذلك نقص فى سلطنته وضرر فى شأنه واعتباره، بناء على شمول القاعدة للضرر الغرضى والاعتبارى وعدم اختصاصه بالمالى، وقضية «لا ضرر» حينئذ نفى أصل الانتقال والملك لا نفى وصفه، ومحصل ما أفاده، أنه لو لم يكن لنا دليل «لا يحل» لكفانا دليل لا ضرر لإثبات موقوفة الملك فى الفضولى على إجازة المالك.

وربما يستشكل عليه - قدس سره - بأنه ما الفرق بين المقامين؟ إذ لنا أن نقول فى باب الغبن أيضا أن نفس انتقال المال عن ملكه بأدون من قيمته ضرر عليه، فلا بد أن يرتفع، فإن قيل لا ضرر بعد تداركه بالخيار، قلنا فى المقام أيضا لا ضرر فى انتقال المال عن ملك المالك بلا اختياره بعد أن بقاء ذلك بيده ومنوط بإجازته وعدم ردّه.

ولكن يمكن أن ينتصر له - رحمه الله - بالمقايضة بإذهاب المال الخارجى، فإذا أخرج ظالم فرس زيد من اصطبله وأذهب إلى داره فنفس هذا الإخراج توهين لزيد وضرر شأنى شرفى عليه، وبقاء المال فى يد الظالم أيضا ضرر مالى عليه، فسد هذا الضرر المالى كما يحصل بالمنع من أصل الإخراج يحصل بالإعادة بعده أيضا.

وأما الضرر الشرفى، فلو وقع الإخراج فهو واقع ولا يمكن جبرانه، فسده منحصر بالمنع من أصل الإخراج، هذا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٠

الصورة السادسة: (كذا) أن يبيع مال نفسه معتقدا أنه لغيره لكن مع إيقاع البيع لنفسه عدوانا، فالحكم بالصحة كما تقدم، وأما الحاجة إلى الإجازة فهى مبتنية على الخلاف فى مبنى صحة بيع الغاصب لنفسه، فإن قلنا إن مصحح قصده للبيع هو ادعاء المالكية نظير المجاز السكاكى حيث إن المتكلم استعمل لفظ الأسد فى معناه والمصحح لتطبيقه على زيد ادعاء أنه زيد، فالطيب قد حصل معلقا على هذا الملك الادعائى والمعتبر حصوله فى الملك الحقيقى فيحتاج إلى الإجازة المستأنفة.



و إن قلنا: إن الملكية أمر واقعي له نفس أمرية و الانظار طريق و كاشفة عنها لا أن يكون واقعها بصرف النظر، و حينئذ فنقول: يمكن اختلاف الانظار فيها بحسب الشرع و العرف بل و المنشئ و غيره، أما الأول: فكما في بيع الخمر حيث يقصد البائع عين ما يقصده في البيوع الصحيحة من نقل المال بالمال بل ربما يعدّها من أنفس المال و ربما يعجب المشتري بزعمه أنه قد غبن البائع، و الحاصل: العرف يراه مالا و الشرع يراه لا مال.

و أمّا الثاني: فكما في إيجاب كلّ موجب للبيع، فإنّ البيع بنظره الإنشائي قد تمّ بلا حالة منتظرة، فهو بنظره الإنشائي يرى المثلث ملكا للمشتري و الثمن للبائع و إن كان العرف و الشرع يحكمان ببقائهما على ملك مالكهما الأصلي، و لا منافاة بين الحكمين إذا كان الشخص متشرعا و من أهل العرف، و منشأ للبيع، فإنّه يمكن اختلاف الحكم من الحكم الواحد باختلاف الحثيات، كما قلنا نظيره في الأصول في الجميع بين التكليف الواقعي الموجود في أطراف العلم الإجمالي مع الترخيص في بعض الأطراف بأنّ الحكم التكليفي صادر من الشارع بحيث شارعيته، و الترخيص صادر بحيث كونه حائزا لكرسي الفصل و قائما مقام عقل كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩١ المكلف.

و بالجملة فنقول: في مقام تصحيح القصد الجدّي للبائع الغاصب بأنّه بنظره يرى نفسه مالكا واقعا كما يرى بائع الخمر و مشتريها، الخمر ملكا واقعا، فيصدر منه القصد الجدّي إلى البيع، و هذا بخلاف ما لو قلنا بأنّه يرى الملك الحقيقي للمغصوب منه، و لكنّه يدعى كونه مالكا نظير الأسد الادّعائي، فإنّ هذا لا يصحّ القصد الجدّي نحو الإيقاع الذي موضوعه المصدق الحقيقي، مثلا لو كان من آثار الأسد الحقيقي أنك تقصد جدا لضربه، فلا يتمشى هذا منك بالنسبة إلى زيد، و هكذا من آثار الملك الواقعي أنك تقصد جدا مبادله بمال آخر، فلا يتمشى منك في الملك التنزيلي الادّعائي.

و بالجملة: فعلى ما ذكرنا لا حاجة إلى الإجازة لأنّ المالك الحقيقي قد طاب نفسه في ما رآه ملكا حقيقيا له و كان كذلك أيضا واقعا، غاية الأمر أخطأ في سبب حصولها فكان سببها الواقعي مثلا الإرث و هو زعم أنه الغصب و قد تقدّم عدم مضرية ذلك، هذا. و هنا مبنى آخر يتوجه عليه الحاجة إلى الإجازة و هو أنّ الملكية لا واقع لها سوى اعتبار المعبر و ليس وراء الاعتبار لها واقع محفوظ، فإذا كان كذلك فهو خفيف المؤنة، فإنّ الاعتبار لا مؤنة له كما في التشريع، فيمكن اعتبار الإنسان غير الملك ملكا و غير الوجوب وجوبا، و كما في إيجاب السائل بل و إيجاب البيع، و على هذا فيمكن دعوى أنّ الشارع إذا حكم بحكم في موضوع الملك فهو إنّما تعلّقه بمصاديقه الذي يعتبره نفسه دون ما يعتبره العرف كما قد يدعى في عنوان المأكول اللحم و غيره و المكيل و الموزون و غيرهما، إذ على هذا إنّما حصل الطيب في الملك باعتبار الغاصب و قد كان المعبر الطيب في الملك باعتبار الشارع.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٢

### [البحث الثالث] القول في المجاز

#### إشارة

و استقصائه ببيان أمور:

#### الأمر الأول [اعتبار كون العقد جامعا للشروط]

#### إشارة

لا إشكال أن الكلام في الفضولي في ما إذا كان جميع الشرائط على نحو اعتبارها موجودة إلا رضى المالك، و هذا بحسب الكبرى لا

يقبل الإنكار، و أما بحسب الصغرى ففي مقام الثبوت هنا أنحاء متصوّرة:

الأول: أن نعتبر الشرائط في المنشئ للعقد و لو لم يسمّ عاقدا عرفا و لا بائعا كما في الوكيل في محض إجراء الصيغ، فهو أيضا يعتبر استجماعه لمثل هذا الشرط و لو لم يكن الموكل كذلك، بل لا يجدى اتّصاف الموكل مع عدم اتّصاف الوكيل.

الثاني: أن نعتبر الشروط في العاقد و هو في مورد الوكالة في صرف الإنشاء الموكل، و في مورد الوكالة في كلّ المعاملة هو الوكيل، و الفرق بين الإنشاء و العقد أنّ الأول لا يقبل البقاء و الثاني يقبله، و على هذين يعتبر اتّصاف الفضولي بالشروط و المالك المجيز إن كان يصير عاقدا بالإجازة لكن المعتبر الاتّصاف حال صدور العقد مع كون الشخص عاقدا، اللهمّ إلّا أن نعتبر الشرط في العاقد في أيّ زمان صار عاقدا و لو بعد صدور العقد.

الثالث: أن نعتبر الشروط في البائع يعنى من انتسب إليه البيع المنشئ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٣

الدائر بين الوجود و العدم، أعنى: المبادلة الواقعيّة، و هذا أيضا يمكن أن يعتبر طرف الاتّصاف فيه زمان صدور العقد و يمكن زمان صيرورته بائعا، فعلى الأول يعتبر اتّصاف الفضولي، و على الثاني يكفي اتّصاف كلّ منهما، هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما مقام الإثبات فالظاهر من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّ الشروط المعتبرة في عنوان البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد، فيرد عليه - قدس سرّه - أنّه ما الفرق بين المقام و بين الأخبار الناهية عن البيع في غير الملك؟ حيث ما قلتم باعتبار الملك في أصل إنشاء العقد حتّى تحكمون بالبطلان من رأس عند عدم كون العاقد مالكا، و قلتم: الظاهر أنّ النهي يكون باعتبار الأثر الذى يترقبه الناس و يريدون ترتيبه و هو المبادلة الواقعيّة الفعلية بلا حالة منتظرة، فالمعنى أنّ هذا الذى يترقبونه لا يفيد، فلا ينافي إفادته لغيره و عدم سقوط العقد من رأس، فيشملة العمومات، فإنّه على هذا نقول في مثل قوله - عليه السلام -: «نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم عن بيع الغرر» (١) إنّ الظاهر من اللفظ لولا الصرف بقريته التبعّد من الخارج أنّ الأثر المبادلي لا يتحقّق في البيع مع الغرر فلا ينافي كون أصل العقد باقيا على قابليته الصّحّة بارتفاع الغرر بعد ذلك.

و بالجملة: فلا وجه لقولكم: إنّ الظاهر من اللفظ كون الشرط معتبرا في إنشاء العقد الذى يفيد تخلفه البطلان من رأس لا في ترتّب الأثر.

ثمّ على فرض اعتبار الشروط في المتعاقدين فهل يعتبر بقاؤهما على هذه الشروط إلى حال الإجازة أو لا؟

قال شيخنا المرتضى قدس سرّه: لا ينبغي

(١) الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠، من أبواب آداب التجارة، ص ٣٣٠، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٤

الإشكال في عدم الاعتبار حتّى على القول بالنقل

. و ظاهر كلامه الإطلاق بالنسبة إلى جميع الشروط مع أنّ من جملتها شرط الحياة، و لا يمكن القول بأنّه لا ينبغي الإشكال بعدم اعتبار بقائها في طرف الأصيل إلى حال الإجازة بناء على النقل و إن كان يقبل التصوّر بأن يقال: كما نتصوّر فسخ ذى الخيار في حال موت الطرف فينتقل المال إليه و يتلقى الورثة منه، فكذلك هنا أيضا لكنّه ليس بمثابة لا ينبغي الإشكال فيه.

ثمّ قال: نعم على القول بكون الإجازة بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط.

و فيه: أنّه لا وجه لبقاء الفضولي أصلا، لأنّه خارج من طرفى هذا البيع الجديد، لأنّه بين الأصيل و المالك، غاية الأمر أنّ قبول الأصيل يقدّم على إيجاب المالك الذى هو إجازته و وقع بينهما فصل طويل، و أما الأصيل فإنّ من لا يقدح عنده هذا الفصل الطويل لا يقدح قطعاً عنده كون الأصيل عاقلا - حال الإجازة أو مجنونا، ألا - ترى أنّهم لا يلتزمون بأنّ المالك متى أراد أن يجيز يجب عليه إعلام

الأصيل حتى يلتفت ثم يجيز في حال التفاته.

### [مسألة هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة أم لا؟]

ثم قال - قدس سره - و أما شروط العوضين فالظاهر اعتبار بقائها بناء على النقل ثم لم يستبعد ذلك بناء على الكشف أيضا.

وفيه: أن الظاهر منهم أنهم يجعلون المعلومية شرطاً في العوضين ولا يمكن الالتزام بأنه لو كان العوضان معلومين عند الفضولي و طرفه حال العقد ثم نسيه ثم أجاز المالك في حال نسيانهما أن هذه الإجازة غير مثمرة، اللهم إلا أن يدعى أن العلم بالمقدار من شروط المتعاقدين فيدخل تحت ما حكم بأنه لا ينبغي الإشكال في اعتبار بقاءه.

### [الأمير الثاني هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلاً أم لا؟]

هل يشترط في المجاز كونه معلوماً بالتفصيل لدى المجيز بحسب العوضين جنسا و كما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٥

، و بحسب أصل العقد بأن يعلم أنه بيع أو صلح أو إجازة أو يكفي أن يعلق إجازته بالمردد ما بين هذه الأمور؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: وجهان من أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق

فكما لا بأس قطعاً بأن يأذن المالك غيره بأن يتصرف في ماله ببيع أو صلح أو إجازة بأن أحال تعيين ذلك إلى ذلك الغير، فكذلك الإجازة اللاحقة أيضا لا مانع من أن يتعلق بما وقع كيفما كان، و أيا ما كان.

و من أن الإجازة إما بمنزلة القبول الذي تقدم إيجابه من الأصيل أو بمنزلة الإيجاب الذي تقدم قبوله منه، و كما لا يجوز جهل القابل بأصل الإيجاب و خصوصياته فكذلك هنا.

ثم قال - قدس سره -: و من هنا يظهر أنه لو لم يعلم بأصل وجود العقد

و كان عنده محتملاً، فلا يجوز له الإجازة في حال التردد، لأنه في معنى التعليق، فكأنه قال: لو بيع مالي فقد أجزته، فإن الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد إجماعاتهم على بطلان العقود بالتعليق لكنه بمنزلة و يفيد فائدته، ثم استشهد على كون الإجازة بمنزلة العقد بأن المجيز يخاطب بالوفاء بالعقد السابق و لا يجب الوفاء إلا على العاقد، ثم أمر بالتأمل.

و في كلامه - قدس سره - مواقع للنظر، أما أولاً: فلأن الإجازة لا إشكال في كونها شرطاً لنفوذ العقد و ليست ركناً له، و كما أن الإذن السابق كاف مع التردد على القواعد فكذلك الإجازة فإنهما يستفاد اعتبارهما من الأدلة بنحو واحد فلا وجه لاحتمال التفريق، و من هنا يظهر النظر في منع التعليق في الإجازة.

و أما ثانياً: فسلمنا اعتبار عدم التعليق في الإجازة، لكن التعليق على أمر يكون نفس العقد معلقاً عليه مثل: (إن كان هذا لي فقد بعته) لم يعلم دخوله تحت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٦

إجماعهم، و المقام من هذا القبيل، سلمنا اعتبار عدم مثله أيضا لكن نقول:

الشخص الشاك لا مانع من أن يقصد الإنشاء بصورة التنجيز برجاء ثبوت الواقع كما في الطلاق الاحتياطي، فإن الرجاء داع عقلائي لتمشّي القصد الجدّي نحو الإنشاء بنحو التنجيز.

و أما ثالثاً: فاستدلّاه على كون المجيز عاقداً لم يعلم المراد منه، فإن أريد أنه محدث للعقد، فقد أتضح عدم كونه كذلك. و إن أريد

أنه ينسب العقد السابق إليه، فاللزام اعتبار عدم التعليق في العقد السابق، فما وجه اعتباره في الإجازة؟ و مجرد كونها سببا لإضافة العقد لا يجدى بعد اشتراكها مع الإذن في ذلك.

### [الأمر الثالث: حكم العقود المترتبة على العوض أو المعوض]

الأمر الثالث: العقود المترتبة إما تترتب على نفس مال المالك و إما على عوضه و على كل منهما إما أن يكون ورود العقود المترتبة على شخص المال أو على أبداله، و على كل منهما إما أن يكون المجاز أول العقود أو آخرها أو وسطا بين الواردين على شخص المال أو بدله أو بالاختلاف، فلو باع عبد الملك بفرس و باعه المشتري بكتاب و باعه الثالث بدينار، فإجازة المالك يبعه بالكتاب فسخ منه لما قبله و ملزمة لما بعده بناء على الكشف، و أما بناء على النقل فيبتنى لزوم ما بعده على مسألة اشتراط ملك المجيز حال العقد و عدمه، و لو باع عبد المالك بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف و باع الرغيف بعسل، فإجازة بيع الفرس بالدرهم مصححة لما قبله و مبطله لما بعده.

و ضابط المسألة: أن كلما ترتبت عقود على مال المجيز فأجاز عقدا من العقود المتوسّطة، فالعقود المترتبة على المعوض في هذا العقد المجاز سابقا عليه، إن كانت على شخصه يبطل بإجازة هذا العقد، و إن كانت على أبداله يصح، و العقود المترتبة على العوض في هذا العقد الذي صار للمجيز يبطل لاحقه مطلقا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٧

سواء وقعت على شخصه أم على أبداله و العقود المترتبة على المعوض في العقد المجاز لاحقه، فعلى الكشف يلزم بلزوم هذا العقد و على النقل يبتنى على مسألة من باع ثم ملك من غير فرق بين ما وقعت على شخصه أم على أبداله، و يعلم من هذا حال ما إذا كان المجاز أول العقود أو آخرها.

و من هنا يظهر أن ما جعله شيخنا المرتضى - قدس سره - ضابطا للمسألة من الفرق بين ما إذا تعددت الأشخاص في العقود فالإجازة فسخ من المجيز لما قبله و ملزم لما بعده، و بين ما إذا اتحد فبالعكس ينتقض بما إذا ترتبت العقود في اللاحق على المعوض في العقد المجاز فإنها تلزم من غير فرق بين صورة التعدد و الوحدة، و كذا في العقود المترتبة في اللاحق على عوضه، فإنها تبطل على كل من التقديرين كما ذكرنا.

نعم ما ذكره حق بالنسبة إلى العقود المترتبة على المعوض في السابق فإنها لو كانت من أشخاص - و لا محالة يكون على شخصه - يبطل و لو كانت من شخص - و لا محالة يكون على أبداله - يصح.

و المثال الجامع لما ذكرنا: ما إذا باع عبد المالك بفرس و باعه المشتري بكتاب و باعه الثالث بدينار، ثم باع الثالث الدينار بجارية و باع الجارية بدرهم، ثم باع مشتري الجارية إياها بحمار و باعها المشتري الثاني بناقة، ثم باع المشتري الثاني الناقة ببقره و باع البقره بالحنطة و باع الحنطة بالسمن.

ثم باع بائع الجارية بدرهم، الدرهم برغيف و باعه المشتري بعسل و باعه المشتري الثاني بالدبس، ثم باع المشتري الثاني الدبس بالجبن و باع الجبن بالمخيض و باع المخيض باللبن «١».

(١) هذا المثال ليس للأستاذ - دام ظلّه - فان كان فيه خلل فمني. منه دام ظلّه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٨

فأجاز المالك بيع الجارية بدرهم فما كان من العقود السابقة جارية على ابدال الجارية و هو اثنان - بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بجارية - يصح بهذه الإجازة، و ما كان جاريا على شخص العبد الذي هو بدل الجارية و هو اثنان - بيع العبد بالفرس و يبعه بالكتاب

يبطل بسببها.

وأما العقود اللاحقة فما جرت على الجارية و هي ما وقعت بين قولنا: ثم باع مشتري الجارية- إلى قولنا: - ثم باع بائع الجارية، تصح كلاً، و ما جرت على الدرهم و هي من قولنا: ثم باع بائع الجارية إلى آخر الأمثلة، تبطل كلا.

ثم إن الإشكال الذي نقله شيخنا- قدس سره- في هذا المقام عن بعض الأعلام من الإشكال في صحته تتبع العقود فيما إذا علم المشتري بغصب البائع و أقبضه الثمن و أن إقباضه تسليط مجاني منه فلو اشترى الغاصب به شيئاً فقد وقعت المعاملة له، فليس للمالك إجازة هذه المعاملة، بناء على مذهب الأصحاب من أنه ليس للمشتري الرجوع إلى الغاصب مع تلف الثمن في يده. لم يعلم ما وجه هذا الإشكال، ثم على تسليمه أي اختصاص له بمسألة التتبع بل لا بدّ من أسرائه إلى أصل إنشاء العقد الأولى.

أما الأول فإننا قد تصوّرنا حصول القصد الجدّي إلى البيع و الشراء من الغاصب و من يعلم بحاله و يعامل معه و هو البناء على المالكية على ما ذكرنا و التنزيل منزلة المالك الحقيقي على ما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سره- و على كلّ حال فقد صدر من كلّ من المتعاملين قصد المعاوضة جدا. هذا بحسب مقام الإنشاء.

و أما بحسب ترتيب الأثر في الخارج، فعين ما ذكرنا في إنشائهما يجرى فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٣٩٩

أيضاً فإنهما بعد انعقاد أصل الإنشاء يصيران بصدد الوفاء لما أنشأه، فكما كانا بقصد المعاوضة في أصل الإنشاء فكذلك في مقام القبض و الإقباض أيضاً بلا فرق، فأين التسليط المجاني.

و من هنا ظهر وجه السؤال الثاني فإنه بعد كون المقامين من واد واحد فلا بدّ إما من قبول ما ذكرنا من تحقق قصد المعاوضة و عدم المجانية في كلا المقامين و إما من عدمه، و القول بعدم تمشى القصد المذكور من العالم بعدم المالكية في كلا المقامين أيضاً فلا وجه للتفكيك، فلا- بدّ للقائل المذكور أن يقول بطلان أصل البيع الواقع من الفضولي و المشتري العالم بغاصبته و لو لم يكن في البين إقباض، فما قاله من صحته البيع و إذا حصل الإقباض حدث الإشكال، لم يعلم وجهه، و أما الإجماع المدعى من الأصحاب على عدم الرجوع فإن كان إجماعاً فمسلّم و إن كانوا حكموا على القاعدة فقد عرفت مقتضاها.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٠

### [القسم الثاني القول في الردّ و فيه بحثان]

#### إشارة

القول في الردّ

### [البحث الأول الكلام في الردّ القولي]

لا إشكال في تحقّق الردّ بمعنى سقوط عقد الفضولي من قابلية لحوق الإجازة بالقول الصريح مثل رددت و فسخت و نحوهما، و هل يتحقّق ذلك بالفعل و بالقول، الظاهر أيضاً كما نكتفى بهما في باب الفسخ في العقد الخياري الكلام فيه مبني على أنه هل سقوط قابلية العقد عن لحوق الإجازة بعد الردّ أمر تعبدي دليله الإجماع، أو هو على طبق القواعد؟

فإن قيل بالأول: بتقريب أن العقد في أنظار العرف بعد اطلاع المالك و ترديده أو جزمه بالردّ لو بدئ له الإجازة قابل للارتباط بالمالك و ليس الردّ معدماً لموضوع العقد الواقع بين أجنبيين عنه بعد بقائهما على عقدهما و لا- مانعاً عن التصاق إجازته بهذا الموجود و إنّما تعبّدنا الشرع في مورد القول الصريح بعدم الصحّة فلا بدّ من الاقتصار في خلاف الأصل على مقدار اليقين و في غيره المشى على قواعد صحّة العقود بعد طيب المالك.

و إن قيل بأنه لا يتحقق الارتباط و الإضافة بعد الردّ عند العرف لا بالتعبد فحينئذ كما يتحقق الردّ عرفاً باللفظ الصريح فكذا بما له ظاهر عرفي و كذا بالفعل كما يكفي ذلك عندهم في باب العقد.

و كذا الحال لو قلنا بالمبنى الأول لكن قلنا: إنّ المستند في التعبد الشرعي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠١

ليس هو الإجماع حتى يقال: إنّ له قدراً متيقناً بل المستند هو الدليل اللفظي، بيانه أنّه كما ذكروا في باب الفسخ في العقود الخيارية هنا أيضاً احتمالين.

الأول: أن يكون التخيير الثابت للمالك بين الإجازة و عدمها كما يقال في ذلك الباب أنّ التخيير الثابت لذى الخيار واقع بين الفسخ و عدمه فحينئذ يمكن أن يقال: إنّه ما لم تصدر منه الإجازة، و لو صدر منه الردّ تخيير باق.

و الاحتمال الثاني: أن يكون التخيير بين أمرين وجوديين، أعنى: بين الإمضاء و الفسخ في ذلك الباب، و بين الإجازة و الردّ فيما نحن فيه فكلمة عمل المخير بأحد طرفي التخيير فقد عمل بمقتضاه و سقط التخيير، فكما لو أجاز هنا ليس له الردّ بعد ذلك، فكذا لو ردّ أيضاً ليس له الإجازة.

ثمّ نقول: يمكن استظهار الثاني من الأخبار الواردة في النكاح الفضولي، حيث إنّ في بعضها أنّ «ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز و إن شاء ردّ».

فإنّ الظاهر كون التخيير بين ما ذكر من الإجازة و الردّ، ثمّ بضميمة أنّ سنخ اعتبار الطيب و الرضا في عقد النكاح و سائر العقود نحو واحد نقطع بكون الحكم في البقية أيضاً كذلك.

و هذا المعنى و إن لم يتعرّض له شيخنا المرتضى و لا من تعرّض له من المتأخّرين عنه في باب الخيار فيما نحن فيه، و لكن أظنّ أنّه وجه وجيه لإسقاط الردّ لقابلية العقد عن لحوق الإجازة فعلى هذا المبنى المتبع إطلاق ذلك الدليل الوارد في باب النكاح و هو في مقام البيان من هذه الجهة.

ثمّ لو شككنا و تردّد الأمر بين المباني الثلاث فالعمومات محكّمة لكون الشبهة مفهومية و المخصّص منفصلاً و لا مجرى لاستصحاب بقاء القابلية إمّا ذاتاً لأنّه بالنسبة إلى إحراز الإضافة إلى المالك على القول بها مثبت و إمّا لوجود

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٢

العمومات المذكورة بناء على عدم الحاجة إلى إحراز الإضافة.

فإن كان المراد من الأصل المذكور في كلام شيخنا المرتضى في هذا المقام هو الأصل اللفظي و قلنا باعتبار الإضافة كما يظهر من بعض كلماته - قدّس سرّه - الميل إليه، فيرد عليه: أنّه مع الشك في الصدق كيف يمكن التمسك بالعموم و إن أراد مع هذا الفرض الأصل العملي، فيرد عليه: أنّ الأصل لا يثبت قيد الإضافة فالمتعّين هو الرجوع إلى أصالة عدم تحقّق العقد المؤثر بعد تحقّق الردّ بغير اللفظ الصريح.

نعم يتمّ كلامه - قدّس سرّه - على القول بعدم اعتبار الإضافة كما يظهر من بعض كلماته الأخرى، و أراد بالأصل اللفظي إذ لو أراد العملي فيرد عليه كما تقدّم أنّه لا مساغ له مع وجود اللفظي.

و أمّا تصرّف المجيز قبل الإجازة في العين بما يخرجها عن ملكه كالبيع و الهبة و الإنلاف فيختلف الحال في بقاء القابلية للحقوق الإجازة و عدمه بناء على القول بالنقل و الكشف و على الكشف أيضاً بين وجوهه.

أمّا على النقل فمعلوم أنّ العلّة التامة لملكية الغير قد تحقّقت و عقد الفضولي كانت علّة ناقصة و معلوم أنّ العلّة التامة لشيء لا تراحم بالعلّة الناقصة لضده و هذا واضح.

و أمّا على الكشف فكذلك لو قلنا بأنّ الكشف بأيّ معنى أريد منه يكون على خلاف القاعدة و لا بدّ من الاختصار على ما يتيقن من

وجود الدليل عليه، إذ لا شك أن المتيقن من الدليل ما إذا كان قابلية المحل إلى حين الإجازة محفوظة.

و بعبارة أخرى في مورد يصح أن تقع الإجازة ناقلة، فالقائل بالكشف في هذا المورد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٣

يقول بأن طيب المالك لا- بوجوده الخارجى بل بوجوده التعقبى أو اللحاظى أو بنحو تأثير الوجود المتأخر حقيقة فيما تقدم يكون مؤثرا.

نعم يمكن ادعاء أن الأدلة شاملة لما إذا كانت العين تالفه في يد غير المالك على وجه يورث الضمان للمالك، فإن العين حينئذ باعتبار المالية باقية فيصح إجازة العقد الواقع عليه حين وجودها عند تلفها، فيرجع المشتري إلى المتلف بالمثل أو القيمة و تصح حينئذ الإجازة حتى على النقل أيضا.

و أما بناء على القول بأن الكشف على وفق القاعدة و أن الإجازة إنفاذ مضمون العقد و هو إيجاب الملكية في الزمان الأول و قلنا بأن الواقع بعد ما وقع يمكن أن يؤثر اللاحق فيه و يغيره عمّا وقع عليه فالمال إلى حال الإجازة كان واقعا ملكا للمجيز، و مع هذا الحال نحكم بأنه ملك من أول العقد للمشتري من الفضولى واقعا، فالظاهر من كلام شيخنا أن التصرف البيعى على هذا أيضا مفوت للمحل حيث خصّ - قدس سرّه - استثناء القول بالكشف بالتصرفات الغير المنافية للملك.

و حينئذ فرمّا يستشكل عليه أنه بناء على هذا القسم من الكشف غاية ما يتوهم كونه مانعا عن شمول «أوفوا» لعقد الفضولى هو جريان هذا العموم فى العقد الثانى المقتضى لملكية المشتري من المالك، فإنهما متنافيان، و حيث إن الأول قد أشغل المحل سابقا كان له التقدم فإن مجيئ «أوفوا» على هذا فى عقد الفضولى يتأخر إلى زمان الإجازة، و المفروض أن العقد الثانى كان مشمول هذا العموم من أول وجوده، لكن هذا لا يمنع عن جريان «أوفوا»، فإننا بعد ما فرضنا أن شأن الإجازة هو إسراء الأثر إلى الزمان المتقدم و فرضنا ذلك معقولا و كون ملك فى زمان واحد ملكا لاثنين أيضا معقولا، فليس هذا أعنى: إعدام العقد الثانى بأصعب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٤

و أكثر مؤونه من ملك نفس المالك الثابت فيما بين الإجازة و العقد فإنه أيضا كان ثابتا إما بأدلة الإرث أو بأدلة البيع أو الهبة أو سائر المعاملات، فكما قال هذا القائل بتقدم عموم الوفاء بالنسبة إلى العقد الفضولى و إن تأخر زمانه على تلك الأدلة مع تقدمها زمانا و تأثيرها فى قطعته من الزمان فلا غرو فى أن نقول ذلك بالنسبة إلى العقد الثانى، و كما استقرّ ظهور «أوفوا» فى العقد الثانى قبل الإجازة فكذلك استقرّ ظهور تلك الأدلة قبلها أيضا.

و إن شئت قلت: الأمر دائر بين التخصيص و التخصيص فإن جريان «أوفوا» فى العقد الثانى مرتب على كون ما ورد عليه العقد ملكا للعاقده، فإذا دلّ الدليل على إبطال ملكية العاقده حين ما ورد عليه العقد و لو كان هذا التأثير من اللاحق فإنّ الفرض معقوليته فلا يعقل مزاحمة هذا الدليل بدليل صحة هذا العقد المبتنى على ملكية العاقده، فلو قيل بخروج عقد الفضولى عن وجوب الوفاء يلزم التخصيص، بخلاف ما لو قيل ببقائه و خروجه العقد الثانى، فإنه خروجه عن الحكم بتبع لخروجه الموضوعى و قد تفضّى عن هذا الإشكال بعض الأساطين - قدس سرّه - فى حاشيته على هذا المقام من مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سرّه - مصدرا بقوله و التحقيق فى الجواب.

و حاصل ما ذكره: أن الأمر بالوفاء على فرض المجيء بالنسبة إلى عقد الفضولى نسلم أن أثره إذهاب الملكية السابقة للمالك التى كان صحة العقد الثانى متفرّعة عليها لكن نقول هذا فرع أصل مجيئ هذا الأمر، و نحن ندعى وجود المانع عن مجيئه و هو العقد الثانى فإنه متقدم زمانا على الإجازة فالأمر بالوفاء المتعلق به متقدم زمانا على الأمر بالوفاء المترتب على الإجازة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٥

و الحاصل: أنتم أردتم دفع مزاحمة العقد الثانى بواسطة الملكية السابقة المنتزعة من الأمر بالوفاء الحادث بالإجازة و قد فرض أن نفس هذا الأمر مزاحم بالأمر المتعلق بالعقد الثانى فدفع المزاحم بالمنكشف، أعنى: الملكية السابقة ثم اجراء الكاشف ليثبت به المنكشف

دور ظاهر هذا محصل ما ذكره - قدس سره - بطوله.

و فيه نظر فإنه مبنى على أن الملكية أمر مسبب عن أمر الشارع بالوفاء و لكننا نقول: إن أمر الشارع يستكشف منه بطريق الإن عن ثبوت الملكية في مورده، و على هذا فدلّل الأمر بالوفاء بالعقد المجاز يكون بمنزلة دليل كان مفاده الأولى هو الحكم بأن هذا المال كان من ذلك الزمان حقيقة ملكا للمشتري من الفضولى و هذا المعنى بعد فرض إمكانه ذاتا كما هو مبنى القائل بهذا القسم من الكشف و فرض أن هذا الدليل على فرض التأثير يكون شأنه الهدم و الإبطال لما سبقه، فلا يعقل مزاحمته بالدليل الذى أريد هدم أثره و إلا فلا بدّ من الالتزام بالإشكال بالنسبة إلى ملك المالك الثابت بين العقد و الإجازة فإنه أيضا كان بمقتضى الوفاء بعقد من العقود، فمن أين حكمتم بتقدّم تأثير دليل «أوفوا» الجارى فى عقد الفضولى بسبب الإجازة و أبطلتم بسببه ما اقتضاه العقد السابق؟ فعين ما أجبتم به عن الإشكال هناك نحن أجبناكم به هنا فإنّ المقامين من واد واحد.

هذا كلّ على القول بهذا القسم من الكشف و أمّا على القول بمدخليّة الصفة الانتزاعيّة أو الوجود اللحاظى فالأمر واضح غايته، إذ يتعين القول بصحّة العقد المجاز لتقدّم سبب نفوذه.

هذا كلّ فى التصرفات المخرجة لرقبة المال عن الملكية، و أمّا التصرف الغير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٦

المخرج للرقبة كإجازة الدار فقد حكم فيه شيخنا المرتضى أيضا بعدم صحّة الإجازة، فإنّ صحّة الإجازة و صحّة الإجازة متنافيان فإنّ معنى صحّة الإجازة على الكشف كون الإجازة واقعة فى ملك الغير و حيث فرضنا صحّة الإجازة يتعين القول ببطلان الإجازة. و فيه أنه يمكن العكس فإنه بعد فرض عموم دليل الصحّة للإجازة لا يبقى مجال لصحّة الإجازة بل لا بدّ من القول بذلك على ما تقدّم آنفا فى التصرف المخرج، فإن كان هناك إجماع فلا بدّ من الالتزام بصحّة الإجازة و تضمين المالك أجره المنافع، فإن كان هنا إجماع آخر على عدم التضمين فغايته عدم إمكان صحّة الإجازة على نحو الكشف، فما المانع من صحّته حينئذ على وجه النقل، هذا كلّ على الكشف، و أمّا على النقل فالمتعين القول بأنّ الإجازة تؤثر فى انتقال المال مسلوب المنافع إلى المشتري من الفضولى. هذا و لكنّ الذى يقتضيه النظر فى هذا القسم من الكشف، أعنى: القول بتأثير الشرط المتأخر أنه لا نقول بقلب ما وقع عمّا هو عليه فإنّ ذلك لا يعقل صدوره من عاقل بل كلامه يرجع بالحقيقة إلى النقل، غاية الأمر ظهور الثمرة بينهما فى النماء.

توضيح ذلك: أنّ غاية التوجيه للشرط المتأخر أن يقال: كما أنه فى ملك المنافع يتصور كون منفعة المال من يوم السبت الآتى إلى الخميس الآتى مالا للمالك ثمّ فى زمان آخر انتقلت الملكية فى هذه القطعة الخاصية إلى غيره و لا يلزم اجتماع المالكين لاختلاف زمان الاعتبار فكذلك فى ملك العين أيضا يمكن تقطيع الملكية بحسب قطعات الزمان، ثمّ ملاحظه إضافة الملكية فى القطعة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٧

الخاصية إلى شخصين فى زمانين من هذه العين من السبت الماضى إلى هذا الخميس الحاضر كانت ملكيتها مضافة إلى مالكةا الأصلي، و من هذا الخميس صارت هذه الملكية الكائنة فى القطعة المزبورة مضافة إلى المشتري من الفضولى، فالإضافة متجددة فى الزمان الحاضر و لكن المضاف هو الملكية المتقدمة.

و أنت خبير بأنّ مدعى الكشف على هذا مع القائل بالنقل شريك فى أنّ الإجازة لا تقلب التصرفات الماضية عمّا وقعت عليه بمعنى أنّ العقد الصادر من المالك فى القطعة الواقعة بين عقد الفضولى و الإجازة حدث فى حال كون الملك مضافا إلى المالك المجيز و الآن أيضا كما كان و لا يقلب هذه الحالة عنه أبدا، و كذا كلّ تصرف صدر من المالك حدث فى حال الإضافة إليه فاتصف بالحيّة و لم يسلب عنه هذا الوصف أبدا لأنه فرع أن تؤثر الإجازة اللاحقة فى أن يجعل العقد و التصرف الواقعيين فى حال الإضافة إلى العاقد واقعين فى زمان صدورهما فى حال الإضافة إلى غير العاقد و لم يكن هذا لازم القائل على ما وجهنا كلامه به.

نعم من حين الإجازة تصير الملكية السابقة مضافة إلى المشتري، و هذا لا يضرب بالعقد الذى كان زمان صدوره قبل حدوث هذه



الإضافة إلى العاقد فإنَّ المعبر في صحّة العقد حال صدوره فإذا صدر في وقت ثبوت فلا يضرّ انتفائها بعد ذلك لأنّه عقد صدر عن أهله في محلّه ولا ينقلب عمّا هو عليه أبداً، و على هذا فما تقدّم من أنّ «أوفوا» في العقد الصادر من الفضولي لم يوجب التخصّص قد ظهر فساد، و أنّه في عرض هذا العموم في العقد الصادر من المالك و حيث لا يجتمعان فلا بدّ من تأثير أسبقهما و هو بالنسبة إلى عقد المالك.

نعم يمكن إلزام القائل بهذا المبني بأنّه لا مانع من تأثير «أوفوا» في عقد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٨

الفضولي بالنسبة إلى الزمان المتوسط بين العقدين إذ على هذا يصير حال ملكية العين حال المنفعة في التقيّد بالزمان و التقطيع حسب قطعاته.

كما أنّه في مسألة تتبع العقود أيضا حال هذا الكشف يصير حال النقل فإنّ العقد الصادر من المشتري عن الفضولي حسب الفرض لم يتغيّر عمّا هو عليه من كون صدوره في حال ثبوت إضافة الملك إلى المجيز و عدم انسلاخها عنه.

نعم فيما بعد ذلك تضاف ملكية ذلك الوقت إلى المشتري العاقد. و بالجملة فتبنتي صحّة عقده على صحّة البيع أولا ثمّ التملك كما على النقل.

و أما ظهور الثمر بينه و بين النقل في النماء الموجود فلاّنه يمكن أن يقال كما أنّ ملكية الأصل الثابتة في الزمان الثاني صارت مضافة من هذا الحين إلى المشتري، فالنماء الحادث في تلك القطعة أيضا حالها حال العين، و تصير ملكيتها بتبع ملكية العين مضافة إلى المشتري.

نعم لا يمكن ذلك في النماءات التالفة تحت يد المجيز و لا يمكنه تضمينه اجرة المثل بالنسبة إليها و ذلك لما ذكرنا في العقد من أنّ التصرف لم ينقلب عن حاله التي وقع عليها و المعيار حال الصدور أيضا، فإذا كان حال الإلتلاف ملكية المتلف مضافة إلى المتلف كفي في عدم الضمان و لو صارت بعد ذلك مضافة إلى الغير.

و يمكن الذبّ عمّا ذكرنا من إمكان إلزام القائل المذكور بعدم المانع من تأثير «أوفوا» في عقد الفضولي بالنسبة إلى الزمان المتوسط بأنّنا و إن قلنا بأنّ المنشأ في العقد هو الملكية الممتدة و لكن لا يلزمنا الإلتزام بتقطع الملكية حسب قطعات فإنّها في ذلك تابع لاعتبار العرف فهو مساعد للملك الممتد، أعنى: ما كان مبدؤا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٠٩

من حين العقد مثلا- و كان منتهاه إمّا تلف العين أو نقل المشتري إلى الغير، و أمّا الملك المحدود بيوم أو يومين مثلا فلا يساعده الاعتبار العرفي بمعنى أنّهم لا- يساعدون على انتقال عين واحدة مرتين متواليين من شخص واحد من غير توسط انتقال جديد إلى المنتقل عنه.

و على هذا فيتحقّق التنافي بين مقتضى العقدين فيما نحن فيه فإنّ مقتضى الأول انتقال العين من المالك إلى زيد، و مقتضى الثاني انتقالها منه إلى عمرو، و هو ما ذكرنا من عدم إمكانه من جهة عدم مساعدة العرف فلا محيص عن سقوط أحد العقدين عن الأثر، و المتعيّن لذلك هو الأول لتمايمه العلّة في الثاني قبل مجيئ تنمّة الأول.

و أمّا الإشكال الثاني على المبني المذكور من أنّه على هذا كما أنّ التصرف المعنون في الماضي بعنوان كونه من المالك في ماله و هو العقد الثاني في مسألتنا لا- يتغيّر عن عنوانه، كذلك التصرف المعنون في الماضي بكونه من الأجنبي في ملك غيره أيضا و هو تصرف المشتري من الفضولي في مسألة تتبع العقود لا يتغيّر عن عنوانه فيندرج هذا التصرف بعد الإجازة في مسألة من باع ثمّ ملك فلا بدّ إمّا من البطلان أو الاحتياج إلى الإجازة المستأنفة، و الحال أنّهم جعلوا ذلك من موارد ظهور الثمر بين النقل و الكشف، و أنّه على الأول يصير من المسألة المذكورة و على [الثاني] تصير الإجازة ملزمة له.

فيمكن الذبّ عنه أيضا بأنّ عنوان كون التصرف من الأجنبي في ملك غيره ليس مانعا عن الصحّة بل إنّما هو غير مقتضى لها فإذا حصل و لو في المستقبل عنوان كون التصرف من المالك في ماله كان هو مقتضيا للصحّة و لا معارضة بين المقتضى و اللامقتضى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٠

توضيح ذلك: أنّه على هذا تصوير بالإجازة نفس الملكية الماضية التي صادفها عقد المشتري، من الفضولي مضافة من حين الإجازة إلى المشتري و قد قلنا في السابق: إنّ معيار مسألة من باع ثم ملك تعدد الملكية و لو مع وحدة الشخص، فلو اتّحد الملك و لو تعدد الشخص كما في ملك الورثة كانت الصحّة متّجهة، ففي مسألة التبع يصدق على المشتري العاقد عنوانان في زمانين: كونه مالكا بالملك الموجود حال العقد و كونه غير مالك بذلك الملك، فالثاني لا مقتضى للصحّة و الأول مقتضى لها.

و بمثل ذلك يجب عن الإشكال الثالث و هو عدم إمكان تضمين المالك اجرة المنافع فيما إذا تلفت تحت يده أو أجرها، فإنّه يقال: ليس ملكية المنافع بمقتضى العقد و إنّما مقتضاه ملكية الرقبة و ملكية النماء يكون بتبع ملكية الرقبة فلا يمكن القول في الإجازة بمثل ما قلنا في البيع من التنافي بين مقتضى الإجازة و مقتضاه، فإنّ مقتضى الإجازة ملكية زيد للرقبة و مقتضى الإجازة ملكية عمرو للمنافع و لا ينافي هذه مع مقتضى الإجازة فلا مانع من صحتهما معا.

ثم بعد صحّة الإجازة نقول فيها و في الإتلاف و التلف الحقيقيين: أنّ هنا عنوانين:

أحدهما: صدور الإتلاف الشرعي كما في الإجازة أو الحقيقي من المالك، و هذا ليس إلّا لا مقتضى للضمان لا أنّه مقتضى لعدم الضمان.

و الآخر: صدور ذلك من الأجنبي في ملك الغير، و هذا مقتضى للضمان، هذا في الإجازة.

و أمّا الاستيلاء فهو كالبيع في خروج المحلّ عن قابليّة الانتقال و كان الواجب جعله رديفا للبيع لا كما فعله شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من جعله

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١١

رديدا للإجازة كما أنّ تزويج الأمة من هذا القبيل فإنّه مفوّت للمحلّ بالنسبة إلى إجازة التزويج الصادر من الفضولي في مورد الأمة. هذا كلّه على الكشف المشهورى، و أمّا على الكشف بمعنى اشتراط وصف اللقوق و التعقّب أو الوجود الدهرى أو الوجود اللحاطى، فجميع التصرفات مبنية على الظاهر و بعد الإجازة يحكم ببطلان الكلّ، لكنّ القائلين بالكشف لا يمكن حمل كلامهم على شىء من ذلك، لأنّه مستلزم لما لا يلتزمون به من جواز تصرفات الأصيل في ما انتقل لو علم بلقوق الإجازة فيما بعد، كما قلنا بعدم معقولية الكشف بمعنى قلب الماضى عمّا هو عليه، فالذى يسلم عن عدم المعقولية و عمّا لا يلتزمون به هو ما ذكرنا من التوجيه للكشف بمعنى تأثير الوجود المتأخّر و الكشف التعبدى، فإنّهما في الحقيقة شأنهما النقل، و لا يرد إشكال القلب الغير المعقول في التعبدى فإنّه بمعنى ترتيب آثار غير الواقع في المستقبل لا جعل الواقع غير الواقع حقيقة كما هو واضح، و قد عرفت الكلام على القسم الأول، و أمّا على القسم الثانى أعنى: التعبدى، فلإجازة على هذا أثران أحدهما التعبد بآثار الملك في الماضى، و الثانى النقل الحقيقى في المستقبل.

فمن حيث الأثر الأول و إن كان يقتضى التقدّم على البيع الصادر من المالك تقدّم النافى لشرط الموضوع على مثبت الحكم للموضوع، غاية الأمر لا على وجه الحقيقة حتى يكون ورودا بل على وجه التعبد فيصير حكومه، فإنّ الإجازة على هذا تقتضى إعدام ملكية المالك التي هى شرط للعقد الصادر منه قبل الإجازة، غاية الأمر بلسان التعبد، فكيف يزاحمها وجوب الوفاء المتعلّق بذلك العقد المشروط بالملكية؟ و لو لا ذلك لزم سدّ باب الحكومة.

و لكنّ المانع إنّما هو من حيث الأثر الثانى، أعنى: النقل الحقيقى فإنّه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٢

يتمتع، لأنّ المال بعد انتقاله إلى غير المالك بالسبب الذى تمّ قبل ذلك يمتنع نقله من المالك ثانيا بالسبب المتأخّر و هو عين ما

ذكرنا على القول بالنقل.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا إلى هنا انفساخ عقد الفضولي بالرد القولي الصريح و بتفويت المحل

### [البحث الثاني الكلام في الرد الفعلي]

#### إشارة

و بقي الكلام في الردّ الفعلي بدون التفويت كما في التعريض للبيع و البيع الفاسد، و ينبغي الكلام في مقامين:  
المقام الأول: على حسب القاعدة.

و المقام الثاني: على حسب النصوص الخارجية.

أمّا الأول: فلا إشكال لو أحرزنا أنّ البيع الذي رده المالك في زمان ينحلّ بنظر العرف و لا تقبل الإجازة فيما بعد فإنّه لو أحرز ذلك علم بوحدة المناط في القولي و الفعلي و عدم الفرق بينهما فيكون سقوط الإجازة الواقعة عقيب الردّ من باب عدم شمول العمومات، و كذلك لو أحرزنا عكس ذلك و أنّه يبقى بحاله من غير انحلال ففي كلّ وقت لحقه الإجازة شملته العمومات، فحينئذ يكون سقوط الإجازة المتأخّرة عن الردّ التبعدي على خلاف العمومات و بواسطة الإجماع فكلمّا تيقّن دخوله تحت الإجماع و إلّا يرجع في حكمه إلى العمومات، فإذا كان المتيقّن من الإجماع غير الفعلي بقي الفعلي على القاعدة.

و لكن لو بقينا على الشكّ و ما جزمنا بشيء من هذين فالتمسك بالعمومات غير جابر للشك في الموضوع، و أمّا الاستصحاب فيتصوّر على وجوه:

أحدها: استصحاب بقاء القابلية للإجازة الثابتة سابقا على الردّ و هذا بالنسبة إلى إثبات أنّ العقد بالإجازة يكون ذا مساس بالمالك مثبت.

و الثاني: استصحاب أنّ العقد كان قبل الردّ بحيث لو لحقته الإجازة صار

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٣

مأسيا بالمالك، و هذا استصحاب تعلقي في الموضوع و هو محلّ إشكال من جهة أخرى تحققت في الأصول فينحصر في الأصل الجارى في المسبب، أعنى: أصالة عدم انتقال المال عن المالك الثابت قبل الإجازة.

المقام الثاني: في التكلّم في النص الوارد في المقام و هو ما ورد فيمن زوجته أمّه و هو غائب من قوله- عليه السلام-: «إن شاء الزوج قبل و إن شاء ترك» بناء على ظهور الترك في الرد فإنّ الترك في مقابل الوجود كان ثابتا من أوّل الأمر و ليس سببا متجددا رديدا للقبول، و ما ورد في نكاح العبد بغير إذن سيّده من أنّ ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز و إن شاء فرّق بينهما، تقريب الاستدلال بهما على المدعى من سقوط الإجازة عن التأثير بعد الردّ أنّه لا فرق في الحكم الثبوتى المتعلّق بالطبيعة بين كونه تعيينيا أو تخييريا في كونه ظاهرا في تعلّقه بصرف الوجود غير القابل للتكرار.

فكما إذا قيل: اضرب زيدا، فبالضرب الأوّل يحصل الامثال و يسقط الأمر.

فكذلك لو قيل: أضرب إمّا زيدا و إمّا عمرا، فبضرب كلّ منهما في الدفعة الأولى يسقط الأمر التخيري، و هذا بخلاف الحكم السلبي المتعلّق بالطبيعة فإنّه ظاهر في التعلّق بوجودها السارى، فإذا قيل: لا تضرب زيدا، كان ظاهرا في ممنوعيته ضربه في جميع الأزمان، فإذا قيل: أما اضرب زيدا و إمّا لا تضرب عمرا، فحصول ضرب زيد في الدفعة الأولى مسقط للتخيير، و أمّا عدم حصول ضرب عمرو في اليوم الأوّل مثلا لا يوجب سقوط الاختيار عن ضرب زيد و إنّما يسقط بعدمه في جميع الأزمان و الأيام، هذا في التكليفات.

و هكذا الكلام في الوضعيات ففي مقامنا لو كان مفاد الدليل أنّ للمالك الإجازة و عدمها فبعدم الإجازة في الزمان الأوّل لم يسقط اختياره عن الإجازة لأنّ الفرض أنّ عدم الإجازة في تمام الأزمان صار عدلا للإجازة في زمان فلا بدّ في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٤

سقوط التخيير إمّا من الإجازة في زمان و إمّا من عدمها في تمام الأزمان فمع عدم الأمرين، كما لو صدر منه الرد كان التخيير بحاله لعدم صدور شيء من طرفيه.

و أمّا لو كان المفاد أنّ للمالك أحد أمرين وجوديين إمّا الإجازة و إمّا التفريق و الرد فكلّ من الأمرين حصل في زمان أوجب سقوط الاختيار بالنسبة إلى الأمر الآخر، و قد عرفت ظهور الرواية في كونه من التخيير بين الوجوديين هذا.

و لا يعارض بقاعدة السلطنة، لأنه مضافا إلى أنّ النسبة عموم و خصوص مطلق قد تقرّر في محلّه عدم كون القاعدة مشرعه، و على هذا فالمتبع إطلاق هذه الرواية بالنسبة إلى الردّ الفعلي و عدم إطلاقها، فلو كان لها إطلاق لم يبق إشكال.

ثمّ لا- بدّ من تنقيح مطلب آخر و هو أنّه هل يعتبر في مفهوم الردّ عرفا الإنشاء أم يكفي في صدقه الإخبار عن عدم الرضى؟ الظاهر الثاني، فإنّ الظاهر أنّه لو قال المالك بعد اطلاعه على وقوع العقد من الفضولي على ماله: اعلموا أنّي غير راض بهذا العقد- بحيث كان مقصوده صرف الإخبار و الكشف دون الإنشاء- يصدق عرفا أنّه رادّ لعقد الفضولي، و على هذا فالبيع الفاسد و التعريض الغير المقصود به الإخبار يصحّ عدّهما مثالا- للمقام، و أمّا على القول بأنّه و إن لم يعتبر في الإجازة الإنشاء لكنّه معتبر في الردّ و الحلّ يخرجان عن كونهما مثالا، فإنّ غاية الأمر كشفهما عن عدم الرضى و هو غير الإنشاء.

فإن قلت: بل هما خارجان حتّى على بناء على عدم اعتبار الإنشاء و ذلك لما تقرّر من أنّ الأمر بالشيء لا يقتضى النهي عن الضدّ، فتعلّق الإرادة بالبيع الذي هو ضدّ لإنفاذ عقد الفضولي لا يدلّ أيضا على كراهة إنفاذ عقد الفضولي، غاية الأمر الدلالة على عدم إرادته.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٥

قلت: المدعى في المقام أنّ المرید لأحد الضدّين إذا كان ملتفتا إلى الضدّ الآخر فلا محالة ينصرف ذهنه عن هذا الضدّ الملتفت إليه و هو معنى الردّ، بخلاف حال الغفلة و عدم الالتفات، و أمّا الكراهة فهي منتفية في كلتا الحالتين و لا يعتبر في الردّ الكراهة و إنّما المعتبر صرف الذهن عنه، و لو كان عن لحاظ الصلاح الأسدّ في الضدّ.

ثمّ إنّ قد يستشكل في ظهور الرواية في التخيير بين وجوديين، و ذلك لأنّ هنا مطلبين:

أحدهما: سلطنة المالك على ماله و اقتداره على التصرفات فيه فكما أنّ له البيع و معناه كون كلّ من طرفي وجوده و عدمه تحت اختياره فإنّه يكفي في اختياريّة عدم اختياريّة بقائه و عدم نقضه بالوجود، فكذلك لو وقع بيع من غير المالك و كانت الحالة المنتظرة من جهة عدم إجازة المالك فيصحّ أن يقال له الإجازة و عدمها، و ليس هذا بأزيد من أنّ لإجازته مدخلا في تأثير العقد فلو لا الإجازة لا نفوذ للعقد، و هذا لا كلام فيه، و المقصود هو إسقاط العقد بسبب الردّ عن قابلية الإجازة.

و الثاني: أن يكون للإنسان حق متعلّق بالعقد بين سببين إنفاذه و إسقاطه عن قابلية النفوذ، فعلى هذا لو اختار الردّ فقد أخذ بالحق و استوفاه، لأنّ حقّه كان ذا نسبة إلى الأمرين على السواء بخلاف الحال على الأول فإنّ له حق متعلّق بالإجازة و مع تركها لا يقال قد استوفى الحقّ، بل يقال ترك استبقاء الحقّ نظير ما يقال في باب حق الخيار بأنّ الحقّ له نسبة واحدة بالفسخ، فالإجازة قد تكون إسقاطا لهذا الحقّ و قد لا تكون، كما لو صدرت في حال الغفلة عن ذلك الحقّ، أو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٦

مع البناء على عدم رفع اليد عنه، و أمّا لو كان الحقّ ذا نسبتين إلى الفسخ و إلى الإجازة فهو قد استوفى حقّه و لا يقال: إنّ أسقط حقّه و رفع اليد عنه.

و الحاصل: يتصوّر هنا أيضا أمران:

أحدهما: أنّه لما يكون مالكا و رضاه جزء أخير للعلّة فله حقّ تثبيت العقد بأن يرضى بمضمونه و له أن يمنع من تأثير ما تحقّق من سائر

أجزاء العلة بأن يمسك عن رضاه الذي هو جزء أخير حتى ينفك الباقي عن التأثير، و في هذا المقام يصح أن يقال في حق الولي على النكاح أن له الإجازة و له التفريق بين الزوجين، يعنى: أن رضاه لَمَّا يكون دخيلاً- فمع عدمه فالفرقة بوجودها البقائى مسبب عن اختياره، و إلا فسائر مقدمات الوصلة قد فرض وجودها، و لكن هذا لا ينافى ثبوت حقه بمعنى أنه متى رضى يحصل الأثر. و الثانى: أن يدعى علاوة على هذا و هو أنه مضافا إلى حق تثبيت سائر الأجزاء بإيجاد الجزء الأخير، له حق إسقاطها عن قابلية التأثير. و بعبارة أخرى عن مرتبة الاقتضاء و التأثير التأهلى فأى الأمرين أخذ أخذ بالحق و إذا لائم العبارة المذكورة مع المعنى الأول فلا يبقى لها دلالة على الثانى.

و الجواب: أن هذا أمر راجع إلى الاستظهار و أمره موكول إلى العرف و المقصود أن العرف يفهم من العبارة كون الحق ذا طرفين. و الحاصل: إن استفيد من الرواية ما ذكرنا مع تميمه فى غير باب النكاح بضميمة عدم الفصل فى حكم الفضولى بينه و بين سائر الأبواب، و إلا فما ذكره فى عرض ذلك شيخنا المرتضى - قدس سره - من الوجهين لا يتم شىء منهما، أما خروج العقد بعد الرد عن الانتساب إلى المالك فقد ذكرنا عدم استبعاد خلافه عرفا حتى فى الرد القولى، غاية الأمر ثبوت الإجماع فيه على عدم صحة الإجازة. كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٤١٧

و أما الإجماع فى العقود المترزلة بالخيار على حصول الفسخ بالفعل بضميمة أن العقد الثابت المؤثر فعلا إذا ارتفع أثره بالفعل الدال على الفسخ فما نحن فيه الذى هو مترزل من حيث الحدوث، اندفاع أثره أهون قطعاً، ففيه: أن الأهونيه مسلّمة بعد إحراز مقدّمه و هى كون المالك ذا اختيار بالنسبة إلى العقد بحيث كان بيده زمام عقده و حله و إثباته فى الأثر و إسقاطه كما هو الحال فى ذى الخيار فى العقود الخيارية.

و أمّا على ما هو الفرض من عدم إحراز ذلك من الخارج لفرض الإغماض عن الرواية و الثابت إنما هو ولاية المالكية الثابتة على المال الغير القاضية بأزيد من موقوفية تأثير العقد و فعلية أثره بلحوق رضاه و أين هو من مختاريتته على العقد فلا يثبت الأهونيه لوضوح أنه ثبت بالإجماع هناك أن من له اختيار أمر العقد المستقرّ الحدوث المترزل البقاء يمكن له حلّ العقد و إسقاطه عن التأثير بمطلق الرد الشامل للفعل، فثبت بذلك أن المالك لأمر العقد المترزل من حيث الحدوث بطريق أولى يمكنه حلّ ذلك العقد بذلك، و لكن أتى لنا بإثبات الصغرى و هو أن المالك فى مقامنا علاوة على مالكيته للمال مالك للعقد أيضا فالعمدة فى المقام هو التمسك بالرواية.

ثم إن شيخنا المرتضى بعد أن استشكل فى كفاية تصدى الفعل المنافى مع عدم الالتفات إلى العقد الفضولى قال: بل الإشكال فى كفاية سابقة أيضا (يعنى صورة الالتفات) فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالإجازة، و لذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده و قرره فى الإيضاح و جامع المقاصد على الإشكال.

كتاب البيع (للأراكى)، ج ١، ص: ٤١٨

أقول: أما الإجماع فيمكن دعوى القطع بعدمه و أما المال المذكور فيمكن إبداء الفارق بينه و بين المقام، و حاصل الفرق أن التصدى للفعل المنافى فى المال تارة يلاحظ بالإضافة إلى العقد الوارد على هذا المال الذى مضمونه مثلا انتقاله إلى زيد مع كون مضمون المتصدى به انتقاله إلى عمرو، فحينئذ يمكن أن [يقال] بقضية التضاد و التنافى بين المضمونين أن التصدى و الإقدام بأحدهما ردّ و دفع للآخر.

و اخرى يلاحظ بالإضافة إلى الولاية الثابتة لشخص آخر على المال، و فى هذا يمكن القول بأن التصدى المذكور حتى مع الالتفات أيضا ليس دفعا و نقضا للولاية المزبورة، ألا ترى أن المال الذى له وليان مثل الأب و الجد تصدى أحدهما بمقتضى ولايته لبيعه ليس نقضا لولاية الآخر.

نعم هو تفويت للمحل بالإضافة إلى الولاية الأخرى لأن مقتضى نفوذ الولاية المعمولة خروج المال عن ملك المالك فلا يبقى موضوع للولاية الأخرى، وهذا المعنى في الشخص الواحد أيضا موجود فإن المالك إذا باع ماله انقطع يده عن ذلك المال، وليس هذا نقضا لسلطته بل هو مقتضى سلطته وإعمالها، فنقول باب الوكالة من هذا القبيل الثاني فإن الموكل جعله قائماً مقام نفسه فكأن له بدنين و يصير للمال وليان لإعمال أحدهما اختياره و ولايته ليس نقضا و دفعا و حلاً لولاية الآخر.

نعم بعد إعمال هذه الولاية و ترتب الأثر عليه تنحل تلك الولاية و تنتفى قهرا بواسطة انتفاء الموضوع، فإذا فرض انفكاك هذا الإعمال عن الأثر كما في فرض بطلان العقد كما في المثال لم يرد اختلال في الولاية الأخرى، و هذا بخلاف المقام فإن الإقدام على العقد المقتضى لانتقال المال إلى عمرو دفع و حل لا محالة لما يقتضى بمفاده انتقاله إلى زيد مع التفات المقدم إليه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤١٩

## فروع

### الأول: لو انتقل المال من المالك إلى غيره

فبناء على ثبوت اختيار أمر العقد الفضولي في يد المالك و سقوطه عن الأثر برده لا تثمر إجازة هذا المالك الجديد أيضا مع رد المالك القديم، و أما بناء على عدم تمامية ذلك بالرواية و التمسك بعدم اعتبار العرف انتساب العقد إليه، فحال الرد حينئذ حال تفويت المحل في كون المحل للإجازة بالنسبة إلى المالك الجديد باقيا فإن الخروج عن الانتساب إلى المالك الأول لا يلزم ذلك بالنسبة إلى الثاني، فالفرق بين الرد و التفويت مبنى على المبنى الأول.

### الثاني: لو رد الفضولي قبل إجازة المالك فهل لردّه أثر أم لا؟

يمكن القول بتأثيره بالإضافة إلى إجازة نفسه لو ملك بعد ذلك و قلنا بصحة من باع ثم ملك، بل يمكن ذلك بالنسبة إلى المالك أيضا، و ذلك لأن الاعتبار العرفي مساعد بأن المحدث للشئ قادر على إعدامه و العقد و إن كان متعلقا بمال الغير لكن لما كان حدوده باختيار الفضولي فإعدامه أيضا مقدور له فلا يبقى لإجازة المالك أيضا أثر، هذا بناء على الاستناد في الرد لعدم الانتساب عرفا، و أما لو استندنا إلى الرواية فإطلاقه يشمل المالك في هذه الصورة أيضا.

### الثالث: و هذا لا يرتبط بالمقام و إنما يناسب باب الخيارات

و هو أنهم ذكروا في باب الفسخ للعقود الخيارية بحصوله بالفعل المنافي لملكية المشتري و عدوا من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٠

الأمثلة الوطى للجارية المشتراة.

وفيه: أن حلية هذا الوطى موقوفة على سلب ملكية المشتري أولا و إثباتها للبائع الواطى حتى يقع الوطى في ملكه و يخرج عن الزنا، و المفروض أن القصد الخالي عن المظهر لا- يكفي في هذا المطلب بل لوجود المظهر أيضا دخل و هو حسب الفرض نفس الوطى فالملكية غير مقارنة للوطى فيكون الوطى زنا و حراما، و بعد وقوعه حراما لا يبقى كشفه عن الفسخ، فإننا بأدلة حمل فعل المسلم على الصحة تمسكنا لحلية الوطى و تركها استكشفتنا الفسخ، و بعد ما فرضنا من وقوعه حراما على كل تقدير فأين الكشف عن الفسخ؟

نعم هذا المعنى يتم في البيع إذ يمكن أن ينشأ به أمران: أحدهما في طول الآخر، التملك ثم النقل إلى الغير و إذا كان هذا ممكنا فدليل الحمل على الوجه الصحيح يقتضيه.

توضيح المقام يقتضى بسط الكلام فنقول: قد تحقق مما تقدم أن الانفساخ في العقد الفضولي يحصل بأمرين: أحدهما: الفسخ و الرد،

و الآخر: تفويت المحل و إعدام الموضوع فهل العقود الخيارية أيضا يجرى فيها الأمران، لا إشكال في جريان الأوّل و أمّا الثاني بمعنى أن يقال: إنّ تصدّي ذى الخيار للتصرّفات الموقوفة على الملك يعدم المحلّ بالنسبة إلى تلك العقود، فلا إشكال أيضا في عدم جريانه فإنّ التصدّي لذلك ينتج في ذلك عكس ما ينتج في الباب فإنّ ملك المتصرّف في مقامنا محفوظ، فلا محالة توجب صحّة هذه التصرّفات بتماميّة علّتها قبل تمام العلّة للعقد الفضولي انعدام الموضوع بالنسبة إليه، و أمّا في تلك العقود فالمال صار بسببها ملكا للمشتري، فالعلّة التامة من طرفها تحققت قبل تحقّق العلّة لتلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢١

التصرّفات، فلا بدّ من الحكم بطلان تلك التصرّفات، فلا بدّ في انفساخ تلك العقود بإرجاع هذه التصرّفات إلى الفسخ بمعنى أنّها تكشف عن قصد التصرّف للفسخ أولا ثم التصرّف فيكون القصد فقط أو مع مظهرية هذا التصرّف فسحا. و حينئذ نقول: قد يفرض الكلام في التصرّفات التي أثارها حدوث الوضع كالبيع و العتق و قد يفرض فيما يكون أثارها التكليف كالوطى و شبهه.

أمّا الأوّل: فإنّما يحصل الإشكال فيه بعدم معقولية دخل المظهر في تحصيل الملك الذى هو شرط لصحة المظهر إذا قلنا باشتراط البيع بالمعنى السببى، أعنى:

نفس إنشاء الإيجاب و القبول بالملكية، فلو انفك جزء من الإنشاء عنها حكم بالفساد، و أمّا إذا منعنا عن ذلك و قلنا: إنّ قوله «لا بيع إلّا فى ملك و لا- عتق إلّا فى ملك» ظاهر فى المعنى السببى، أعنى: المبادلة المنشأة الحاصلة عقيب الإنشاء حتى فى مثل عقد الفضولى فاشتراط هذا المعنى المتوقّف حصوله على تمام السبب المتوقّف على انقضاء تاء بعث بل من قبلت لا يقتضى إلّا حصول الملك قبل التاء، فلا ينافى عدم حصولها حين التلّفظ بلفظة بع من بعث.

هذا فى أثر الوضعى المترقب منه. و أمّا تأثيره فى الفسخ فيحصل بمحض الشروع فى بعث حتى لو فرض موته قبل تتميم هذه الكلمة يحكم بالفسخ كما فى البيع الفاسد فإنّ الإقدام الخارجى بفعل ما هو مضاف لبقاء العقد الخيارى يحصل بذلك فيتحصّل أنّ عود الملك إليه يحصل بلفظة بع من بعث، و الملكية المنشأة منتظرة لمجىء التاء و حين ما تجىء قد فرض كونه مالكا.

و أمّا الثانى: أعنى التصرّفات المستتبعه للتكليف، فإنّ بنينا على مذهب شيخ الطائفة- قدس سره- من أنّ حصول الملك فى العقود الخيارية بعد انقضاء زمن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٢

الخيار فلا إشكال أيضا، إذ يصير الحال على هذا فى تلك العقود هو الحال فى العقد الفضولى من وقوعها فى حال الملك و تقدمها فى التأثير على ما لم يجىء تمام علّته فيكون الوطاء حلالا، لوقوعه فى ملكه و سببا لانحلال العقد لتفويت موضوعه.

و كذلك الحال لو قلنا فى باب الخيار بمثل ما قاله بعض فى الرجوع إلى المطلقة رجعا بأنّها لم تنقطع علاقة الزوجية بالتمام، غاية الأمر أنّها ضعفت، فجواز الوطى يكون بحاله لبقاء موضوعه، فكذلك نقول فى باب الخيار: إنّ علاقة الملك لم تنقطع من ذى الخيار عن المال رأسا و إنّما ضعفت، فجواز التصرّفات باق بحاله فعلى هذين المبيينين لا- كلام و يتحقّق الانفساخ مع الجواز الوضعى و التكليفى فى عامّة تلك التصرّفات.

و كذلك لا كلام لو قلنا بسلب العلاقة كليًا عن المالك من دون انتظار لانقضاء الخيار و لكن قلنا: إنّه يكفى فى الفسخ نفس القصد الباطنى و لو لم يلحقه الإظهار فإنّه أيضا يشترك مع الأوّلين فى وقوع التصريف فى حال الملك، غاية الأمر حصول الانفساخ بالتفويت على الأوّلين و بالفسخ على الأخير.

إنّما الكلام فى ما استقرّ البناء الآن عليه من حصول الملك بنفس العقد لا بانقضاء الخيار و احتياج الفسخ إلى المظهر و عدم كفاية الرد الباطنى.

فحينئذ أيضا لو كان دليل خاص قائماً بصحة هذه التصرفات كان ذلك تخصيصاً للقواعد المقتضية لتوقف صحتها على الملك. و أما على ما هو المفروض من عدم ذلك و إنما نريد إتمامه على القواعد كما عن العلامة أنه علل ذلك بأنه لأجل صيانته فعل المسلم عن الفساد و هو مع قطع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٣

النظر عن أنه عندهم من الأصول فلا- تثبت به الحواشي من اللوازم و الملازمات و الملزومات حتى يثبت به قصد الرد، يرد عليه: أنه كيف يصح ذلك مع فرض دخالة الإظهار في حصول الملك؟ فيكون وقوع ملك التصرفات في غير الملك. اللهم إلهما أن يقال: إن الشرط ليس هو الإظهار بخارجه بل بما ينتزع منه من وصف التعقب، يعني: أن المؤثر هو القصد الذي يتعقبه متصلاً و بلا- فصل الإظهار الخارجي، لكن هذا موقوف على ملاحظة أن مفهوم الرد عرفاً بم يتحقق، و نحن إذا راجعنا الوجدان نراه حاكماً بأن مفهوم الرد سواء قلنا باختيار الإظهار على نحو الإيقاع و الإنشاء أم باعتباره و لو على نحو الإخبار و الكشف أمر متولد عقيب خارج الإظهار إذ حال الحل في ذلك حال العقد فكما أن العقد يحتاج إلى الإظهار الخارجي فكذلك الحل. و حينئذ فنقول في طريق التفصي عن الإشكال.

أما في مثل البيع مما يكون المطلوب منه الأثر الوضعي فيما مر من أن شرطية الملك لم تلحظ في الأدلة بالإضافة إلى الإنشاء و إنما لوحظت بالإضافة إلى المسبب، فمع حصوله حالة لا ضير في عدم حصوله قبله فبإتباعه يحصل الفسخ و بتأته يحصل البيع المسبب. و أمياً في مثل الوطى مماً المطلوب فيه الحلية التكليفيه. فنقول: لا نحتاج في تحقق الفسخ إلى إثبات الحلية، إذ من الممكن تحققه بالوطى الحرام و بعد ذلك نقول: يمكن إثبات الحلية بأحد أمرين:

الأول: أن الدليل الدال على حرمة الوطى في غير الملك من قوله تعالى:

وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرَوِجُهُمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٤

مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ\* منصرف عن الوطى الذي به يتحقق الملك فتكون حليته على مقتضى الأصل. و الثاني: أن يقال: إن الدليل دل على أن كل نحو من أنحاء الرد جائز و الوطى أيضا نحو منها فيشمله ذلك الدليل، غاية ما في المقام الإشكال على ذلك بأحد وجهين.

الوجه الأول: أن الدليل المذكور ليس مفاده بأزيد من إثبات الجواز الوضعي فمعنى قوله- عليه السلام- للمالك الإجازة و له الرد أنه لو أجاز يؤثر ذلك في تنفيذ العقد و لو رد يؤثر في إهماله عن الأثر و ليس فيه دلالة على الجواز التكليفي.

و يمكن الجواب عن ذلك بأن الاستفادة من ذلك الدليل ليس صرف ثبوت حكم وضعي بل يستفاد كون ذلك حقاً للمالك و أن له حق أن يجيز و حق أن يرد و ما وقع متعلقاً للحق بطبعه مقتضى للحلية إذ لا- معنى لكون الإنسان ذا حق في إتيان فعل و كون ذلك الفعل محرماً عليه، نعم لا منافاة لذلك مع حرمة ببعض الجهات الطارئة مثل ما لو نذر ترك العمل بحقه فيصير بهذا العنوان الثانوي حراماً.

فإن قلت: سلّمنا ذلك لكن ذلك إنما هو بالنسبة إلى العنوان المتولد في طول الوطى، و الوطى سبب له و حلية المسبب و هو الرد لا يلزم حلية السبب و هو الوطى.

قلت: عنوان الرد منطبق على نفس الوطى و لا منافاة بين أن يكون منشأ انتزاع العنوان هو الأثر المتولد عن الشيء المتأخر عنه لا محالة بين أن يكون هذا العنوان المنتزع منطبقاً على نفس ذلك الشيء المتولد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٥

و بعبارة أخرى: يمكن أن ينطبق على الشيء بلحاظ ترتب أثر كذائي عليه عنوان كما هو الحال في تحريك المفتاح و فتح الباب



المنطبقين على حركة اليد، فكذلك في المقام أيضا ينطبق على نفس الوطاء بلحاظ أثره الذي هو الانفساخ عنوان الفسخ أو الحل، و الفرض أنه وقع محلا للحق فيصير حلالا إلى أن يعرضه عنوان آخر تأثرى كالنذر و شبهه.

و الوجه الثاني: أن هذا الدليل سلّمنا تكفّله للحكم التكليفي علاوة على الوضعي لكنّه حكم اقتضائي مثل حلية الغنم فلا ينافي الحرمة من جهة أخرى، فهذا الفعل الخاص من حيث إنّه فسخ و ردّ حلال و من حيث إنّه وطى في ملك الغير حرام و لا ينفى حليته بالجهة الأولى حرمة بالجهة الثانية.

و يمكن أن يجاب عنه أيضا بأنّ عنوان الزنا منتزع من الوطى في ملك الغير، و هذه الخصوصية، أعنى: الكون في ملك الغير هو المصير للوطى فسخا، إذ لولاه لما تحقّق الفسخ و الخصوصية التي منها يتحقّق مصداق الردّ الذي فرض جوازه، فلا محالة يزاحمه عدم جواز تلك الخصوصية.

و حينئذ نقول: عموم دليل الردّ يقضى بجواز هذا الفرد المشتمل على هذه الخصوصية و عموم دليل حرمة وطى غير الزوجة و المملوكة يقضى بحرمة هذا الفرد من الوطاء، و نحن نحتمل أن لا يكون في هذا المصداق من الوطاء مقتضى الحرمة و كان فيه مقتضى الجواز فقط، كما يحتمل العكس، و الإطلاق من كلّ من الجانبين يدفع هذا الاحتمال، فيحصل التعارض.

نعم لو فرض العلم بتحقيق كلا المقتضيين في هذا الفرد و وصل الأمر إلى العقل لكان حكم العقل بترجيح جانب الحرمة لأنه مقتض بالنسبة إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٦

الخصوصية و لا يقتضى جهة الحلّية إلّا صرف الوجود كما هو الحال في باب مقدّمه الواجب حيث نحكم باختصاص الوجوب بالفرد الغير المحرّم، و مع كون الملاك و هو المقدمية موجودا في هذا الفرد أيضا.

و الحاصل: أن هنا عنوانين بينهما عموم من وجه أحدهما موضوع الحرمة و الآخر موضوع الجواز، و لكن كلّ واحد من الموضوعين يوجد في مفهومه خصوصية واحدة و هي خصوصية كون الفعل في ملك الغير، فالرد و الوطاء المحرّم كلاهما ينتزعا من هذا، فحينئذ قد يقال الحكم المعلق بالردّ حكم اقتضائي فلا يزاحمه الحكم الفعلي من جهة الوطاء.

و الجواب: أنه إنّما لا يزاحم الاقتضائي بالفعلي إذا كان الاقتضائي معلقا بعنوان و الفعلي بعنوان طار على ذلك العنوان، و أمّا في مثل المقام فلا- فإنّ الاقتضائي ناظر إلى عنوان الفعلي، فيجتمعان في حيثية واحدة، و إنّما يجوز اجتماعهما في حيثيتين، فلهذا لا يعقل اجتماع الحيثي و الفعلي في هذا الفرد، ثم قلنا إنّنا إن كنا عالمين بوجود الملاك في صرف وجود الفسخ مع تحقّقه في تمام أشخاص الوطاء لكنّا جازمين باختصاص حكم الحلّية بغير هذا الفرد و عدمه فيه لا حيثية و لا فعلا، و قد فرض عدم جزمنا بذلك فيبقى الكلام في إطلاق الدليلين و كل من الدليلين ينظر بإطلاقه إلى الحيثية المذكورة.

أمّا دليل الوطاء فهو المفروض فيه، و أمّا دليل الفسخ فلاّنه إذا جعل الشارع اختيار الرد بيد المكلف و الفرض أن له قسمين متعارفين أحدهما قول رددت و شبهه، و الآخر التصرف المالكى و لم يتقيد كلامه يقيد، فالإطلاق في كلامه يقتضى تساوى هذين القسمين في هذه الرخصة فإنّ الإطلاق و إن كان ليس بمعنى لحاظ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٧

التسوية لكنّه بحكمه، بمعنى أنه يحرز من المتكلم حال لو سئل عنه عن الأفراد لأجاب بالتسوية، و حينئذ فكلّ من الإطلاقين ناظر إلى هذا الفرد بما اشتمل هو عليه من الخصوصية فأحدهما يحكم عليه بالحلّ و الآخر بالحرمة، و هذا معنى التعارض.

و حينئذ فلو لم يكن بين الدليلين أظهر لتساقطا و يرجع إلى الأصل و هو في المقام [الاحتياط] حيث إنّه باب الفروج و هو مورد الاهتمام في جانب الحرمة و لكن لنا حينئذ دعوى أن دليل الوطاء الذي كان حال ظهوره في شمول هذا الفرد الخفى من الوطاء الذي يحصل بمجرد و في الآن المتصل به الملك بمثابة أمكن ادعاء انصرافه عن هذا الفرد، غاية الأمر بالتسليم منه ذلك لا يبقى له ظهور

بعد ملاحظة معارضته بدليل الرد الذي هذا الفرد فرد جلى بالنسبة إليه كما ذكرنا أنه أحد قسميه المتعارفين بدعوى أظهرية دليل الرد بالنسبة إلى ذاك يصير سهلا.

هذا كله إذا علم أن مقصود الواطئ هو الرد، و أما مع الشك في ذلك فهل لنا في مقام الإثبات أصل أو اماره يحرز بسببه الحال أو لا؟ قد عرفت أن بعضهم - رضوان الله عليهم - تمسك لإثبات الحلية بأصالة الصحة و صيانته فعل المسلم عن الفساد.

وفيه: أن المدرك لهذا الأصل إنما هو السيرة و لا يستفاد منها مزيد من الأصليه و استفادة كون الوطء مقرونا بالقصد للرد موقوف على الأمارية حتى يثبت بها اللوازم و لا يمكن الالتزام بذلك، فإننا لو علمنا أن شخصا إما سلم و إما تكلم بالفحش فأصالة الصحة تقتضى بعدم فسقه و لكنها لا تثبت السلام حتى نحكم بوجوب الجواب، و كذا لو أحرز عنوان العقديه و شك في أنه من القسم الصحيح

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٨

أو الفاسد فأصالة الصحة تقتضى بأنه من الصحيح ليرتب عليه آثار الصحيح، و لكن لو نذرت عند صدور العقد المشتمل على العريه مثلا التصدق ما وجب عليك ذلك و هكذا.

نعم ظاهر حال المسلم هو اشتغال فعله على الشرائط و لكن لا دليل على حجية هذا الظاهر إلا إذا كان مستندا إلى اللفظ، فلو تصدى للرد بإنشاء البيع و لم يعلم أنه يقصد الرد أو أوقع نحو بيع الفضولي لنفسه فظاهر كلامه عند الإطلاق عدم الأخير و أنه باع بنحو بيع المالك مال نفسه.

### [البحث الثالث حكم المالك مع المشتري لو لم يجز]

مسألة ليس جواز ارتجاع العين من آثار الرد بل للمالك ما دام عدم الإجازة أن يرتجع العين مع بقائها في يد من وجدها عنده و مع التلف يرجع بعوضها نعم هنا كلام بناء على القول بأن الرجوع في باب الضمانات يكون إلى أعلى القيم فهل يرجع هنا لو ترتبت الأيدي بتمام الزيادات الحاصلة في القيمة أو العين حتى ما كان حصوله في اليد السابقة على المرجوع إليه و انتفى قبل الوصول إليه؟ أو يختص الرجوع بما حصل تحت يده أو يد من ترتبت يده على يده؟ و الظاهر على المبنى المذكور هو الثاني، لاختصاص موجب الضمان بالزيادات المتأخرة دون المتقدمه، هذا هو الكلام في رجوع المالك إلى المشتري.

و أمرا رجوع المشتري إلى البائع، فقد يقع الكلام في رجوعه بالثمن الذي أقبضه للبائع، و قد يقع في رجوعه بما يغترمه للمالك فهنا مسألتان:

الأولى: في رجوع المشتري إلى البائع بثمنه الذي دفعه إليه فإن كان جاهلا بأنه فضولي فالظاهر جواز رجوعه سواء كان باقيا أم تالفا، و اعترافه بأنه مالك إن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٢٩

كان مبتنيا على ظاهر اليد لا يضرب بعد انكشاف الخلاف، نعم لو كان اعترافه مبتنيا على الواقع كما اعترف بعد قيام البيئه على أنه ملك المالك، فحينئذ ليس له الرجوع، و أما مع عدم معلومية الحال فهل يوجد لظاهر الحال من كون الإقرار مبني على ظاهر اليد أو بظاهر اللفظ من الدلالة على الواقع وجهان.

و إن كان عالما بأنه فضولي و كانت العين باقية فالظاهر جواز الرجوع أيضا لأنه لم يحصل منه ما يوجب انتقال العين منه إلى البائع شرعا غاية ما حصل تسليطه على العين مع العلم بعدم ملكيته للمبيع، و هذا ليس تملك له و إلا لزم في البيع الفاسد أيضا ذلك لأن كلاً من المتبايعين هنا قد سلط صاحبه على ماله مع علمه بأن المعاملة فاسدة و أنه لا يتملك منه العوض شرعا.

و كذا يلزم أن لا يصح البيع بإجازة المالك لأن البائع صار مالكا للثمن قبله فقد فات بسببه محل الإجازة فتأمل.

و أما إن كانت العين تالفه فالظاهر المحكى من بعضهم - قدس أسرارهم - الاتفاق على عدم الرجوع، و وجهه على ما يظهر أيضا منهم أنه سلطه على ماله بلا عوض.

و توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم على اليد ما أخذت، و إما لقاعدة الإقدام على الضمان التي جعلها الشيخ مدركا لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده، أما الأول فمخصص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفع إليه المال إما لحفظه كما في الوديعة أو للانتفاع به كما في العارية أو لاستبقاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة و إذا كان الدفع على هذا الوجه غير موجب للضمان فالتسليط على عامّة التصرفات حتى الإتلاف غير موجب بطريق أولى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٠

و دعوى أنه لم يسلطه مجانا و بلا- عوض حتى يكون حاله كالهبة الفاسدة بل في مقابل العوض، مندفعه بأنّ العوض مال غيره ففي الحقيقة لم يضمنه بشيء من كيسه، فحاله حال الهبة الفاسدة، و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره التي قالوا فيها بعدم الضمان، و من هنا ظهر عدم جريان الوجه الثاني للضمان أعنى قاعدة الإقدام فإنّ البائع لم يقدم إلّا على الضمان بشيء يعلم المشتري بعدم كونه ملكا له. فإن قلت: التسليط على الثمن إنّما هو لثباته على ملكية البائع للمثمن و لولا ذلك لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم في بيع الغاصب لنفسه، فالتسليط وقع على وجه الضمان بماله لا بمال الغير إلّا أنّهما لما قطعنا النظر عن حكم الشرع بعدم ملكية البائع للمثمن و تعاقدنا معرضين عن ذلك فالتسليط ليس مجانا، و التضمن للبائع بما يقابل الثمن من ماله حقيقى، و إن كان ملكيته للمثمن ادعائية فحاله حال ما إذا ظهر المثمن المعين ملكا للغير فإنّ رجوع المشتري إلى البائع بعوض الثمن لو كان تالفا اتفاقى مع أنه إنّما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذى كان مالا لغيره، فكما أنّ التضمن هنا حقيقى و كون المثمن مالا له اعتقادى لا يقدح تخلفه فى التضمن، فكذلك هنا تضمين المشتري البائع للمثمن حقيقى و كونه مالكا للمثمن ادعائى و لا يقدح فى ذلك التضمن.

قلت: معنى الضمان كون الشيء على عهدة الإنسان و ورود خسارته عليه و مع كون المضمون به ملكا و كون المشتري عالما بذلك أيضا لا يتحقق هذا المعنى بالنسبة إلى البائع حقيقة، و بناء المتعاقدين على ملكية البائع للمثمن إنّما تصحّح عقد التمليك و التملك بينهما ادعاء لا حقيقة، و إلّا فأصل المعاوضة الحقيقية تكون بين المالكين و الضمان و التضمن يكون بينهما، و لهذا يدخل الثمن فى ملك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣١

المالك إذا أجاز و يدخل فى ضمانه بذلك، و الحاصل لا تضمين حقيقى فى تسليط المشتري البائع على الثمن. و أمّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لكون المبيع ملكا للبائع عند انكشاف الخطأ مع أنّ التضمن حقيقة يكون بتملك الغير، فلاجل عدم طيب نفس المشتري بالتصرف فى الثمن من دون ضمان، و إن كان المضمون به غير ملك له و لا يتحقق به التضمن لأنّ طيب نفسه بالتصرف مبنى على اعتقاد المالكية، و هذا بخلاف الحال فيما نحن فيه فإنّ طيب النفس بالتصرف بالمال من دون ضمان له بما له حاصل.

هذا و ربّما يستشكل «١» على الشقّ الأوّل من هذا الكلام أعنى رجوع المشتري بالثمن فى صورة الجهل بالفضولية التي فضّلنا بين صورة الإقرار بكون المبيع للبائع فى الواقع فلا- يجوز الرجوع، و بين صورة الإقرار مبتنيا على ظاهر اليد فيجوز، و بين صورة عدم معلومية الحال، ففيه وجهان بأنّه لا وجه لهذا التفصيل بل الوجه أن يقال: قد يتكلّم فى واقع المسألة و قد يتكلّم فى مقام الظاهر إمّا قبل المرافعة و إمّا بعدها، أمّا فى الأوّل فمتى اتّضح أنّ البائع غير مالك للمثمن فالوجه جواز رجوع المشتري و إن أقرّ حين الشراء و صرح حتى بعد قيام البينة بكون المال للمالك أيضا بأنّه للبائع فإنّه بعد وضوح الأمر و انكشاف الخلاف لم يعهد من أحد أن يقول بأنّه مأخوذ على حسب إقرار مع فرض حصول العلم التفصيلى بخلاف المقرّ به.

نعم مع مخالفة الإقرار للعلم الإجمالى حكموا باتّباعه كما لو أقرّ بأنّ هذا

(١) ورد في الحاشية اشكال شيخنا الأستاذ- دام ظله على شيخنا المرتضى- قدس سره.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٢

المال لزيد ثم عمرو فحكموا بأنه ينتزع العين من يده و يدفع إلى المقر له الأول و يدفع ثمنه إلى المقر له الثاني مع أنه يعلم إجمالاً بمخالفة أحد هذين الإقرارين للواقع لكن مع العلم التفصيلي لم يعهد القول بالاتباع هذا حال الواقع.

و أما مقام الظاهر و المشى على القواعد الظاهرية فنقول: إما يفرض طرح الدعوى بين المالك و المشتري و إما بينه و بين البائع فإن فرض بينه و بين المشتري فطريق أخذ العين من المشتري على أنحاء:

الأول: الإقرار بدون المرافعة، و الثاني: إقامة البيّنة كذلك، و الثالث: المرافعة لدى الحاكم و فصله الخصومة بينهما بإقرار المشتري، و الرابع: فصله بإقامة البيّنة، و الخامس: فصله باليمين المردودة، و السادس: فصلها بالنكول.

فإن كان الأول: أعني، أخذ المالك عينه من يد المشتري بواسطة إقراره بأنّ المال له فبأيّ قاعدة يجوز له أن يرجع إلى البائع بالثمن بعد دفعه المثل إلى المالك بمقتضى إقراره فإنّ قضية يد البائع و أصالة الصّحة صحّة المعاملة و تملك البائع للثمن من غير فرق بين إقرار المشتري بمالكية البائع و عدمه و يحتاج الرجوع إلى البائع إلى مرافعة مستقلة معه فهو مدّع بالنسبة إلى البائع.

و إن كان الثاني: أعني: أخذ المالك المال بواسطة إقامة البيّنة عند نفس المشتري بدون رفع الأمر إلى الحاكم، فالبيّنة و إن كانت حجة في الملازمات أيضاً فيثبت بها فساد المعاملة و استحقاق المشتري الثمن من البائع، لكنّها حجة في حقّ الشاك، و أمّا من ادعى العلم بالقضية مثل البائع المدعى بأنه عالم بأنّ المبيع كان لنفسه فلا، فكيف يكون ملزماً بدفع الثمن إلى المشتري بدون المرافعة معه.

و إن كان الثالث، أعني: الترافع إلى الحاكم و ختم الأمر بالبيّنة فحكم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٣

الحاكم ليس حاله حال الأمانة حتى يكون حجة في الملازمات، فلازم كون المبيع للمالك فساد المعاملة الواقعة بين المشتري و البائع لكن لم يصدر من الحاكم إنشاء الحكم بالفساد، نعم تحقّق البيّنة عنده يوجب أن يحكم على تقدير الترافع إليه بالفساد.

و بالجملة فحكم الحاكم و إن وجب قبوله و ترتيب الأثر عليه على كلّ أحد و يحرم نقضه على كلّ من البائع و المشتري، لكن إنشاء الحكم بكون المبيع في يد المشتري لزيد غير الحكم بأنّ المعاملة الواقعة بين المشتري و عمرو في هذا المال باطلة، فيحتاج الرجوع إلى البائع أيضاً إلى المرافعة الجديدة معه من غير فرق بين الإقرار بمالكية و عدمه.

و إن كان الرابع و الخامس و السادس فقد أتضح الكلام فيه من الكلام في الثالث، و إن فرض طرح الدعوى بين المالك و البائع فيجىء فيه الأقسام المذكورة أيضاً أعني أنّه: قد يقرّ بالدعوى بلا رفع إلى الحاكم. و قد يلزم بالبيّنة القائمة عنده لا عند الحاكم و قد يترافعان إلى الحاكم، و منشأ حكم الحاكم أيضاً قد يكون إقراره، و قد يكون البيّنة أو اليمين المردودة أو النكول.

فإن أقرّ بلا- رفع إلى الحاكم فهو بمقتضى إقراره مأخوذ، فيجب عليه دفع بدل المبيع إلى المالك، و أمّا رجوعه إلى المشتري بالعين الموجودة في يده فلا وجه له لأنّ العين جاء في يده على حسب القواعد الشرعية و مقتضى الإقرار ليس إلّا ترتيب ما على المقرّ من الآثار دون ما كان له، و فساد المعاملة من هذا القبيل.

و إن قامت البيّنة عند البائع على أنّ المال الذي باعه كان للمالك فهو أيضاً غير مثير بحال المشتري إذا ادعى العلم بخطاء البيّنة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٤

و إن رفع الأمر إلى الحاكم و حكم بأنّ المال الذي في يد المشتري يكون للمالك فهذا الحكم أيضاً متعلّق بالمال الشخصي من حيث انتسابه إلى البائع لا- من حيث انتسابه إلى المشتري، فالبايع على حسب حكم الحاكم يجب عليه الإنفاذ، و كذا يجب على المشتري أيضاً إنفاذ هذا الحكم لكن إنفاذه ليس بأزيد من أنّه في صورة التمكّن من العين شرعاً و عقلاً يجب على المحكوم عليه و هو البائع

دفع نفسها، و في صورة عدم التمكن منها إما عقلا كما في صورة التلف أو شرعا كما في صورة النقل على القواعد الشرعية يجب عليه دفع البذل، فالمشترى يقول قد انتقل هذا المال إليّ بالعقد الصحيح الشرعي وقد وجب عليك بحكم الحاكم ردّ هذا العين إلى المدعى، و أثر هذا الحكم مع فرض تحقّق هذا النقل الصحيح ليس إلّا دفع البذل.

وقد يجاب عن الإشكال بأنّ الحاكم فيما إذا كان مستند حكمه غير الإقرار و إن كان يفصل الخصومة بين المترافعين و هما المدعى و المشتري مثلا، لكن ما به يفصل حكمه بأنّ هذا المال للمدعى، و هذا الحكم يستتبع حكما ظاهريا من الشارع مثله في المضمون بلا تفاوت، فكما أنّ مضمون حكم الحاكم كون هذا المال للمدعى بطريق الإطلاق يعني لا بالإضافة إلى خصوص المدعى عليه- و لهذا لسائر الناس ترتيب آثار المالية للمدعى- كذلك مضمون حكم الشارع أيضا هو أنّ هذا المال للمدعى.

ثمّ إنّ ظاهر يد البائع هو كونه مالكا فالمعاملة الصادرة صحيحة و الثمن الواقعة في يده عوض لهذا المال، و هذا الظاهر أيضا مستتبع لحكم ظاهري آخر من الشارع على طبقه بلا تفاوت، مضمونه: أنّ هذا الثمن عوض لمال البائع الذي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٥

في يد المشتري، و لا- شكّ أنّ لازم الحكم الأوّل نفى عوضيّة هذا المال لثمنه الذي في يد البائع، و لازم نفى عوضيّة هذا المال صيرورة الثمن مجانا و بلا عوض، و هذا لازم نفس الحكم بما هو حكم بمعنى أنّ نفس هذا الحكم لا يجامع مع ضد ذلك اللازم، نظير ما يقال في باب الاستصحاب من أنّ اللوازم العقلية المرتبة على نفس الحكم الظاهري يجب ترتبها و ما لا يرتب لوازم الواقع.

و على هذا فالحكم الظاهري المثبت بعوضيّة الثمن و عدم مجانيته مصاد مع الحكم الأوّل في عالم الحكم الظاهري بمعنى عدم إمكان اجتماع الانشائين لهذين الحكمين، و من المعلوم أنّه عند المضادة في نفس الحكم الظاهري لا بدّ من رفع اليد عن أحدهما، و هذا غير التنافي الواقعي بين الحكمين الظاهريين بمعنى العلم بعدم مطابقتها كليهما للواقع فإنّه يمكن حفظهما مع عدم لزوم المخالفة العلمية، و من الواضح أنّه لا حجّة و أماريّة ليد في قبال حكم الحاكم بمعنى أنّه كلّما اقتضى حكم الحاكم سببا و اقتضى اليد و لو في غير مورد المدعى عليه كما في مقامنا سببا مضادا لنفس ذلك الحكم في مرحلة الظاهر يجب طرح اليد، لأنّ صاحبها أيضا ممّن يجب عليه إنفاذ حكم الحاكم و يحرم عليه نقضه.

و إذا صار الثمن في يد البائع بمقتضى حكم الشارع المطابق لحكم الحاكم مجانيا في يده كانت المرافعة فيما بينه و بين المشتري قهرا مفصوله و لا- حقّ للبائع في المرافعة الثانية مع المشتري. نعم له حقّ المناقشة في جهات المرافعة الأولى، هذا كلّ في فصل المرافعة الأولى و عدم إقرار المشتري بعد قيام بينة المدعى و حكم الحاكم على طبقها بأنّ المال للبائع، و أمّا مع هذا الإقرار فمقتضى الحكم كما عرفت عدم ملكيّة البائع للثمن، و مقتضى هذا الإقرار عدم جواز رجوع المشتري

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٦

بالثمن و عدم ملكيته له فيصير الثمن مجهول المالك، و ليس حال الإقرار حال اليد في مطروحيته في قبال حكم الحاكم بل البناء على العمل به، و لهذا لو أقرّ المحكوم له بعد الحكم بحقائيقه طرفه ليس له أخذ الحقّ، و إن كان ليس للطرف أيضا بمقتضى الحكم التصرف فيه.

و أمّا إقرار المشتري المستند إلى ظاهر يد البائع فلا يضرّ، و إذا اشبه الحال و شكّ في أنّ إقراره من القسم الأوّل المضرّ أو الثاني حتى لا يضرّ. قال شيخنا المرتضى- قدّس سرّه-: ظاهر الحال من عدم معلوميّة الأموال غالبا إلّا بطريقيّة اليد يقتضى كونه من القسم الثاني، و ظاهر اللفظ أنّه إخبار عن الواقع، و فيه أنّه بعد ما ثبت بروايه حفص بن غياث أنّ المشهود و لو كان منشأ ثبوته أصلا أو أماره ظاهريّة تجوز الشهادة الواقعية به فيجوز حينئذ التصريح أيضا بأنّ هذا المال واقعا للبائع مع فرض استناده إلى اليد، فظهور الكلام في الشهادة عن الواقع على هذا ساكت عن المدرك و أنّه العلم أو التعيّد، نعم يبقى ظاهر الحال باقيا بلا معارض من طرف اللفظ فإن كان متبعا فهو.

فإن قلت: ما ذكرت في أصل رجوع المشتري من التنافي بين الحكامين في مرحلة الظاهر ممنوع و لقائل أن يقول: إنما وجب على المحكوم عليه و هو المشتري المعاملة مع العين معاملة ملك المدعى، و أنه ليس بعوض للثمن الذي في يد البائع، و بعبارة أخرى كان الحكم الظاهري بفساد البيع و سلب العوضيه متوجهاً إلى خصوص المشتري، و البائع أيضا يجب عليه إنفاذ حكم الحاكم بهذا المقدار، و العوضيه في حق البائع كانت محفوظة و ثابتة بحكم ظاهري أخرى.

و الحاصل: يمكن الحكم على البائع شرعا بجواز معاملة العوضيه مع الثمن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٧

و يحكم على المشتري بمعاملة عدم العوضيه مع المثل، فحكم الحاكم إنما قطع المرافعة من حيثية الرجعة إلى المدعى و أما من حيثية الرجعة إلى البائع فالمرافعة باقية لم تفصل.

قلت: محصيل ما ذكرت التفكيك في مقام التعيد بين عوضيه الثمن و عوضيه المثل كما في صورة اختلاف المتبايعين اجتهادا أو تقليدا في أحد شروط المعاملة فكانت فاسدة بمذاق واحد و صحيحة بمذاق الآخر، فهنا نقول: صدور الحكامين من الشارع إما غير ممكن فإن جعل العوضيه لهذا المناقض مع سلب العوضيه عن ذاك الذي عد له، و ليس هذا قابلاً للتفكيك بأن يجعل العوضيه في حق واحد دون صاحبه و يسلب في حق صاحبه دون ذلك الواحد، و إن أبيت إلا عن إمكان ذلك و أنه ليس جعلاً حقيقياً للعوضيه و عدمها و إنما هو التعيد بآثارهما، فنقول: لا أقل من عدم التفكيك بينهما في مقام التعيد فهو من قبيل جلاء الواسطة الذي قرر في الأصول بأنه يصح لإثبات ذيهما فكما أن العرف يفهم من التعيد بالأبوة لشخص بالنسبة إلى آخر التعيد بالبنوة لهذا الآخر و لا يرى التفكيك، فكذلك هنا.

لا- يقال: فما تقول في باب الإقرار حيث حكموا بأنه لو أقر الزوج بالزوجه و أنكرت الزوجه يجب على الزوج ترتيب الآثار من قبيل النفقة و غيره و يجب على الزوجه عدم الترتيب فقد وقع التفكيك.

لأننا نقول: يمكن الالتزام في ذلك الباب بالموضوعيه بمعنى أن نفس الإقرار له موضوعيه لإلزام المقر بما التزم من دون أن يكون بلحاظ الطريقيه إلى الواقع، غاية الأمر اختصاص ذلك بمورد الشك فلا يجرى مع القطع التفصيلي بالخلاف.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٨

ثم إن السيد المحقق المحشى بعد ما سلم في هذا المقام كلام شيخنا برجع المشتري بالثمن إلى البائع و حمله على صورة المرافعة- نعم في صورة اشتباه الحال في الإقرار رجح جانب الإقرار.

قال ما حاصله: و أما فيما بينه و بين الله فإن كان عالماً بالحال فلا إشكال، و إن كان شاكاً و البائع مدعياً لكذب المدعى فهل يجوز له الرجوع مطلقاً أو لا- كذلك، أو هنا تفصيل بين ما إذا كان مستند الحاكم هو البيئه فيجوز و ما إذا لم يكن فلا؟ ثم رجح الاحتمال الأخير.

فنقول: لا يخلو الأمر من حالين إما نقول: إن حكم الحاكم بماليه العين للمدعى أثبت المجاتيئه للثمن في يد البائع و إما لا نقول، فإن قلنا به فما وجه التوقف في صورة الشك و عدم جواز الرجوع في بعض الصور فيما بينه و بين الله؟

بل الحق حينئذ جواز الرجوع و رفع الشك بواسطة حكم الشارع بملكيه المثل للمدعى الراجع للشك في الثمن، و إن قلنا بالثاني فما وجه القول في صورة المرافعة بطئ المرافعة بالحكم في المرافعة الأولى، بل الحق بقائها بحالها حتى في صورة استناد حكم الحاكم إلى البيئه، إذ لعل المشتري لم يحرز عدالتهما فلم يكن قولهما حجة شرعية في حقه فكيف يجوز له الرجوع. نعم مع إحراز ذلك يجوز.

هذا كله هو الكلام في صورة جهل المشتري، و أمياً مع علمه بالفضوليه و بقاء العين فلم يحصل منه مملك و مجرد التسليط لا يفيد الملك إلا أن يقال كما يقال نظيره في المعاطاة على تقدير قصد الإباحة المطلقة أن التسليط المطلق على مطلق التصرفات حتى

الإتلاف يساوق التملك.

و كيف كان فالعمدة التكم في حال تلف الثمن، فنقول: عمدة ما يستند

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٣٩

إليه في الحكم بالضمان قاعدة اليد في صورة التلف السماوى و هى مع قاعدة من أتلف في صورة الإتلاف و أن المقام ليس من باب هتك المالك حرمة ماله، فالعمدة التكم في أنه من هذا الباب أو لا.

فنقول: ما يحتج به للعدم أن الفرض قصدهما للإنشاء الجدى للمعاملة الحقيقية، و أنهما لم يصدر منهما إلا إنشاء واحد فيحصل من هاتين المقدمتين أن البائع الغاصب قصد جدًا بيع هذا المال عن نفسه و شخصه و ذاته بإزاء ذلك الثمن لينقل هو من المشتري إلى نفس البائع و شخصه، و المشتري أيضا قبل هذا المعنى، و ليس فى البين إنشاءان أحدهما إنشاء النقل و الانتقال بالنسبة إلى عنوان المالك، و الثانى إنشاء آخر راجع إلى تطبيق عنوان للمالك على نفسه.

أما أولاً: فلأنه غير معقول من وجهين:

أحدهما: أنه حيث إن تطبيق العنوان يكون بالبناء و الادعاء مع عدم الواقعية فكيف يمكن أن يصير موجبا للقصد الجدى إلى المعاملة؟ مع أن الفرد الغير الحقيقى للعنوان لا يصير فردا حقيقيا له بمحض الادعاء، و تمشى قصد البيع جدا فرع المالكية الحقيقية ليتحقق قصد الإدخال و الإخراج الحقيقين، و أما ادعاء المالكية فلا يوجب إلا ادعاء الإدخال و الإخراج لا حقيقتها كما أنه لا يتمشى من الإنسان قصد الأكل جدًا بادعاء كون الحجر خبزا، و لا يصح قياس المقام بالمجاز السكاكى بتقريب أنه كما صار هناك ادعاء كون زيد أسدا مصححا للقصد الجدى إلى استعمال لفظ الأسد فى معناه الحقيقى حقيقة جاز فى المقام أيضا أن يصير ادعاء المالكية مصححا للقصد الجدى إلى استعمال صيغته إنشاء البيع فى حقيقة معناه الإنشائى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٠

وجه عدم الصحة أن الاستعمال هناك لا مؤنه له إلا تصور المفهوم الحقيقى للفظ و هو بمكان من الإمكان و هو غير الاستعمال فى باب الإنشاء فإنه عبارة عن الإيقاع و ترتيب الأثر الخارجى فإن فك الملك و إدخال عوضه فى الملك ترتيب أثر الملك، و هذا المعنى لا يتمشى بمحض الادعاء.

و ثانيهما: أن الملكية إضافة بين الأموال و أعيان الأشخاص و ليس عنوان المالك إلا كعنوان العلية، فكما أنه غير مأخوذ فى موضوع نفسها بل العلية نسبة بين نفس السبين و ذاتهما كذلك هنا أيضا عنوان المالكية و المملوكية حادثان فى الرتبة المتأخرة من ملاحظة تحقق النسبة بين الذاتين و نفس الشخص و المال، فمحل فك الملك و إيراد الملك ليس هو العنوان بل نفس الشخص و عينه و ذاته.

و أما ثانيا: فلو سلمنا إمكان ذلك فهو خلاف الواقع إذ ليس المعهود من السرّاق و العصاة و الظلمة عند تصديهم للبيع و الشراء بما فى أيديهم من أموال الناس البناء و الادعاء للمالكية.

و أمّا ثالثا: فلو سلمنا كونه الشائع فلا نسلم كون هذا البناء داعيا لهم إلى إنشاء البيع للعنوان بل لنفس شخصهم و ذاتهم، و بالجملة: فليس الصادر منهم إلا قصد واحد و إنشاء واحد و هما متعلقان بشخصهم و ذاتهم و ليس ذلك سببا لايقاعهم البيع أولا لعنوان المالك الادعائى ثمّ يتبعه لأنفسهم و إن شئت فقل إن الجهة تعليلية لا تقيديّة.

و أما رابعا: فلو سلمنا أن الجهة تقيديّة بمعنى أن إيقاع البيع وارد على نفسهم باعتبار تحيئها بحيثية المالكية، و لكن لا نسلم أن تعلق الحكم على هذا النحو قابل للإطلاق و التعدى من موضوعه إلى موضوع آخر، ألا ترى أنه لو قيل

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ١، ص: ٤٤١

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤١

لزید مثلا ادخل داری من حیث إنك صدیقی لیس هذا إذنا لمطلق الصدیق، و كذا لو قیل أكرمت زیدا لصدائقه لا یقتضی إكرام مطلق الصدیق.

و أما خامسا: فلو سلمنا جمیع ذلك فما وجه الفرق فی المقام بین ما نحن فیهِ و العقد الفاسد مع علم المشتري بالفساد، فكما قلت إن علم المضمن بعدم كون المضمون به ملكا للضامن ینافی القصد الجدی لتضمن الضامن و إنما ینصرف إلى المالك الواقعی، فكذلك نقول نحن: علم المضمن بعدم صحّة التضمن و عدم تأثیره فی خروجه المضمون به عن ملك الضامن ینافی مع قصد التضمن الحقیقی و یرجع إلى قصد عدم التضمن، إذ لا فرق فی ذلك بین عدم كون المضمون به مالا للضامن و بین كونه مالا له و لكن لم یتصف بالمضمون بهیئة فكلّ منهما مشترك فی عدم تحقق الضمان.

فإن قلت: بالنظر إلى العرف قد تحقق التضمن و إنما نفيه بملاحظة عدم إضاء الشرع.

قلنا: فی ما نحن فیهِ أيضا بنظر العرف أموال الظلمة و السراق تعدّ أموالا لهم و إنما تسلب المالیة بالنظر إلى عدم إضاء الشرع فكما أثر التضمن العرفی هناك فی الحكم بالضمان فلم ما حکمتم بتأثیره فیما نحن فیهِ، و بالجملة إن قلنا إن الملكیة ممّا یختلف باختلاف الأنظار فإثباته بنظر لا ینافی سلبه بنظر آخر من الحكم بالضمان فی كلا المقامین، و إن قلنا: إنه غیر قابل لاختلاف النظر و بعد التّدين بالشرع لیس إلّا النظر الشرعی و ینتفی النظر العرفی لعدم إمكان اجتماع الاعتقاد بالنقیضین فلا بدّ فی كليهما من الحكم بعدم الضمان، فإنّ المشتري فیما نحن فیهِ قد ضمن البائع بما لیس مالا له و فی البيع الفاسد بما لم یرج بالضمنین عن ملكه فالتفرقة بین المقامین تحكّم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٢

و یمکن الجواب عن الكلّ أما الأوّل: فبالفرق بین مقام الإيقاع الإنشائی و الإيقاع الخارجی، فیری من وجداننا قلّة المؤنة فی الأوّل و أنه فی الفرد الغیر الحقیقی بدون ادعاء أصلا لا یتمشی و لكن بعد الادعاء ممکن، ألا ترى أنّ القضية الخبریة أيضا محتاجة إلى إيقاع النسبة التجزئیه بین الموضوع و المحمول، فإذا ادّعينا غیر فرد الموضوع فردا له یكفی ذلك فی انقداح النسبة التجزئیه.

الحقیقیة فی حمل المحمول المختصّ بذلك الموضوع علی هذا الفرد الادعائی فكذلك الإيقاع فی باب الإنشاء لیس بأزید من هذا، فكما صار ادعاء أسدیة زید مصححا لتمشی هذه النسبة التجزئیه الإيقاعیة فی النفس فی قولك: هذا أسد، كذلك لا مانع من أن یصیر ادعاء كون النفس مالكا مصححا لتمشی النسبة الإنشائیة البیعیة فی النفس فی قولك بعتك هذا المال مشیرا إلى مال غیرك.

و أمّا الثانی: فما یتحیل إنما هو دخل المالكیة الحادثة من إضافة نفس هذا المال فی مالکیته فلا یكون المال ملكا لمالکه بما هو مالک بل بشخصه و أين هذا من المدعی من جعل موضوع ملك الثمن هو مالک الثمن بعنوان المالكیة، و ان أبيت عن ذلك بملاحظة أنه لا یصح فی فكّ المثلث عن النفس فإنه بعد عدم الإضافة للمثلث بعنوان مالکه کیف یعقل الفكّ عنه؟ قلنا: الموضوع هو الحصّة الملازمة من الذات فی اللحاظ مع عنوان المالكیة علی نحو تصوّر فی المقدمّة الموصولة فی قصر الوجوب علیها مع عدم لزوم دخالة قید الإیصال لا فی المطلوب و لا فی الطلب لا عنوانا و لا خارجا فنقول الذات الملحوظ فی لحاظ المالكیة معروض للتملیک و التملك و هی منطبقه علی المالك الواقعی.

و أما الإشکال الثانی فبدعوى أنّ الخارج علی خلاف ما قلت، فإنّ الادعاء و البناء لیس له كثير مؤنة بل أمر موجود فی الارتكاز غیر منفكّ عن بیع الغاصب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٣



و أمّا الثالث: فالمدعى أنّ الملحوظ و لو بنحو الارتكاز مثل ارتكازيّة قصد القرية في أثناء الاشتغال بالعبادة مع عدم الاستحضار التفصيلي حيث المالكية فالشخص مقصود جدا للنقل و الانتقال لكنّه متحيث بهذه الحيثية و متلون بهذا اللون فالتمليك و التملك يثبت للحيثية و اللون أولا- و بالذات، و للمتحيث و المتلون ثانيا و بالعرض و هما، أعنى: تعلق التمليك بالحيثية ثم بالمتحيث أمران، أحدهما مطوى و مندمج في الآخر، و صورتها في النظرة الأولى صورة و حدانية بسيطة فلا تنافى ذلك مع وحدة القصد و الإنشاء و التعدد و التفكيك إنّما هو في النظرة الثانية التحليلية.

و أما الرابع: و هو منع التعدد عن المحلّ إلى المالك الواقعي، مع فرض تسليم تقيديّة الجهة ففيه أنّ هذه الكبرى، أعنى: أنّ الثابت للشئ بحيثية تقيديّة ثابت لنفس تلك الحيثية عقلية غير قابل للتخصيص، و ما ترى من الأمثلة الموهمة للخلاف إنّما هو من جهة سبق الجهة التعليلية إلى الذهن أو لأجل دخل خصوصية أخرى غير الجهة المذكورة في عروض الحكم، و إلّا فلو فرض كون الجهة تقيديّة و كونها تمام الموضوع لا جزأه فلازم ذلك عقلا السراية من المحلّ الغير المتّصف إلى المتّصف.

و حاصل الكلام أنّ البائع فيما نحن فيه ذو عنوانين أحدهما: مالك ادعاء، و الثاني: غير مالك حقيقة، و المفروض أنّ العنوان الثاني أيضا ملتفت إليه و حيث إنّ التمليك و التملك قد تعلقا بالمالك الواقعي النفس الأمري في نظر مدعى المالكية لا بالمالك الادعائي، و كون هذه الجهة تقيديّة أنّ يرجع إلى من اتّصف واقعا بالمالكية و تسلبا عن هذا الشخص فالتضمن الموجود في ضمن التمليك و التملك أيضا ما يكون راجعا إليه، و أمّا التسليط الخارجى فهو أيضا معنون بكونه تسليط

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٤

المالك الواقعي بحيث القصد لأنّه وفاء لذلك الإنشاء، و لكن المعنون و هو نفس التسليط الخارجى البحث لا يمكن صرفه إلى المالك الحقيقى فلم يتسلط هو و لم يقع المال في جارحته فليس حاله حال الإنشاء و القصد الذهني حيث رجعا إلى المالك الحقيقى.

ثمّ إنّ مع تسليطه هذا الشخص و هذا الجسم عالم و ملتفت بأنّه لا استحقاق له و ليس المثلث المضمن به مالا له و لم يصير هذا العلم و الالتفات مانعا و رادعا له عن الدفع بل دفعه عمدا و اختيارا مع طيب النفس لعدم ضمان له بماله.

و أمّا الخامس: و حاصله أنّه و إنّ لم يكن مالا شرعا لكنّه لا مانع من كونه مالا بنظر العرف كما قلتم في البيع الفاسد أنّه مملك عرفا و مجرد هذا يكفي في التضمن إذ المناط صدق ذلك عرفا فيمكن الجواب بمنع ذلك فيما نحن فيه، فإنّ عين أموال الناس الموجودة في أيدي السراق و الظلمة لا- نسلم أنّها بنظر العرف أيضا معدود مالا لهم، كيف و الدهريّة و غير القائلين بالشرعية أيضا يسلبون المالكية عنهم و يقولون إنّ هذا مال الغير في يدهم لا- أنّه مال لهم حصوله بالسرقه، و إنّ أطلقوا ذلك أحيانا كان على ضرب من المسامحة و التجوّز، هذا عند محفوظية عين المال كما هو محلّ البحث.

و أمّا بعد التقلب و التقلّب فيه فحيث إنّ الأعيان التي يحصلها الغاصب من أثمان تلك الأموال تكون منتقلة إليهم بالثمن الكلى في ذمتهم فلهذا يحكمون بأنّ هذه الدار و البستان و الفرس مالهم، غاية الأمر أنّهم مديونون لصاحبى الأموال، و أمّا عند غصبهم أولا نفس الدار و البستان و الفرس فلا نسلم أنّهم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٥

يحكمون بماليتها لهم و لو بقى في أيديهم مدّة مديدة، و هذا بخلاف البيع الفاسد بحكم الشرع لأجل الاختلال بشرط من الشروط المعترية فيه التي لا يدخل في أذهان العرف احتمال اشتراطها فإنّهم لا يرون الفرق بين بيع الصرف أو السلم المشتملين على القبض في المجلس و غيره في الحكم بالصحة و كذلك بين الغررى و غيره. و بالجملة فيمكن دعوى الفرق بين المقامين بتحقيق التضمن الحقيقى العرفى في أحدهما و عدمه في الآخر.

هذا غاية تقريب مرام الشيخ الأجل- قدس سرّه- و لكنّه مع ذلك فيه نظر، لأنّنا لا نخلو إمّا أن نقول بأنّ المال عرفا و في نظر العامّة يعدّ

مالا للغاصب و هو مالكا له حقيقة فلا إشكال أنه حينئذ يتحقق بالنسبة إلى شخص الغاصب المدفوع إليه الثمن تضمين بما هو مال له و لم يتحقق في حقه تسليط مجاني بل تحقق منه الإقدام على الضمان بماله و من المشتري تضمينه بماله، و إما أن نقول بمقالة الشيخ من عدم المالية العرفية و تصحيح قصد البيع بالبناء، فحينئذ لو كان المدرك للضمان هو هاتين القاعدتين فقط، أعنى: الإقدام على الضمان و التضمين تم الكلام، فإنّ الفرض أنه غير مالك واقعا لا شرعا و لا عرفا و حقيقة التضمين و الإقدام إنما تعلقا بمال الغير لا بمال نفس المدفوع إليه، و لكن ليس الحال على هذا المنوال، بل المدارك هو قاعدتا على اليد و من أتلف ليس إلّا، و ليس الخارج من تحتها إلّا صورة هتك المالك و إسقاطه المال عن الاحترام، و لا يصدق في مقامنا ذلك و إن كان يصدق عدم الإقدام و عدم التضمين، و ذلك لأنه كما قلتم في مقام أصل إنشاء البيع أنّ علم المنشئ بعدم المالكية غير مضر في تمسّي القصد الجدى نحو حقيقة البيع الذى هو ملازم لحفظ حرمة المال و عدم بذله بلا عوض.

و بعبارة أخرى هو رأى نفسه بنظر المالكية و أنشأ نقل المثلث من كيسه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٦

بعوض الثمن و رآه المشتري أيضا بهذا النظر و أنشأ نقل الثمن إليه بعوض المثلث فهو في إنشائه هذا غير هاتك من باب روية المالكية، فكذا الحال بعينه في التسليم الخارجى فإنه بلا شبهة يكون يقصد أنه المالك و ينطبق عليه عنوان الوفاء فهو في هذا الفعل أيضا واجد لهذه الرؤية و بعد رؤيته بلون المالكية، و فى هذا التقدير يرفع التسليط الخارجى فيكون التسليط مبنيا على التقدير الذى حصل الفراغ منه بحسب بيانه و نظره و لا يوجب مجرّد علمه بعدم وجود اللون واقعا لصيرورة هذا التسليط مطلقا غير مشروط كما لا يوجب فى مقام الإنشاء.

و بالجملة التسليط و إن كان طرف اضافة هذا الشخص الخارجى و لا يصير المالك الحقيقى أيضا مسلطا بتسلطه و لكنّه مقيد و مبنّى على لحاظ المالكية نظير ابتناء الوجوب فى الواجب المشروط على لحاظ الشرط، و إن كان الموضوع مقطوعا عدم تلبسه بالشرط واقعا، و هذا يكفى فى صدق أنّ المالك، أعنى: المشتري، لم يصير بصدد هتك ماله جدّا، إذ كما قلتم إنّ القصد الجدى نحو البيع متمش منه جدّا مع هذا العلم و هو ينافى مع عنوان الهتك، كذلك عنوان الوفاء بذلك البيع أيضا يمكن قصده جدّا بهذا التسليط الخارجى و هو ينافى مع عنوان الهتك و إذ لا هتك فمقتضى عموم القاعدتين، أعنى: اليد و الإتلاف هو الضمان.

و من هنا تظهر الخدشة فى كلامه - قدّس سرّه - فى الحكم بعدم الضمان فى مثل بيع الخمر و الخنزير و الحرّ فإنه قد يكون ما أريد بيعه من مثل الديدان و الخنفساء ممّا لا مالىة له عرفا أيضا و يعدّ بذل المال بحدائه عبثا و سفها، ففى مثل هذا لا يتمشى البيع أيضا فيصدق الهتك فلا ضمان من هذه الجهة، كذلك فى بعض أقسام الحرّ كما إذا كان غير داخل تحت قدرة البائع مثل بيع السلطان، و أمّا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٧

فى مثل ما ذكره من الخمر و الخنزير و بعض أقسام الحرّ و هو من كان تحت استيلاء البائع و إيسارته مثل حال العبيد فقصد البيع متحقق جدّا و معه لا يصدق الهتك بل ربّما يروونه من باب البذل فى مقابل العوض الأحسن فكيف يمكن مع ذلك الحكم بعدم الضمان و لو قلنا بانحصار المدرك فيما ذكره من قاعدتى الإقدام و الضمان.

ثمّ إنّه - قدّس سرّه - استثنى من الحكم بعدم الضمان موارد، منها: ما إذا باع الفضولى غير بائع لنفسه بل عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة فى إيصاله إلى المالك.

أقول: هذا له صورتان:

الأولى: أن يكون البيع بترقب الإجازة و دفع الثمن ليكون عنده أمانة فإنّ أجاز دفعه إليه و إلّا ردّه فحينئذ يده يد أمانى و لا وجه لضمان عند التلّف كما هو محل الكلام.

و الأخرى: أن لا يكون بترقيها بل بالبناء على كون البائع وليا على العقد و صاحب اختيار على المالك مع عدمه واقعا فحينئذ و إن كان مقتضى ما قررناه هو الضمان لكن مقتضى ما قرره - قدس سره - عدمه، إذ كما أن في صورة البناء على المالكية مع العلم بعدمها حكم بالتسليط المجاني ففي صورة البناء على الولاية البنائية مع العلم بعدمها لا بد من الحكم بالأمانية.

و منها: ما لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ المالك العين، و الظاهر أنه ليس وجه الحكم بالضمان حينئذ دليل الوفاء بالشرط فإن هذا الشرط بعد بطلان البيع شرط ابتدائي غير نافذ بل الوجه أنه معه يخرج عن عنوان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٨

التسليط المجاني و الهتك. و بعبارة أخرى التسليط المجاني حاصل على تقدير عدم الأخذ و غير حاصل على تقديره.

المسألة في رجوع المشتري على البائع فيما اعتمزم للمالك و هو على ثلاثة أقسام:

الأول: زيادة القيمة على الثمن.

الثاني: ما دفعه في مقابل ما استوفاه.

و الثالث: ما دفعه من غير أن يصل إليه في مقابله شيء مثل الخسارة الواردة من جهة قلع غرسه و خراب عمارته الحادثين في ملك المالك. و الكلام فيها إما مع العلم بالفضولية واضح و إما مع الجهل، ففي القسم الأخير فحكم شيخنا المرتضى بالرجوع مستظها نفى الخلاف فيه مستدلاً بقاعدة الغرور و قاعدة الضرر و ظاهر أو فحوى رواية جميل، و أما السكوت في روايتي زرارة و زريق فليستا و لا يكونا في مقام البيان، و ثانياً لا يعارض السكوت فيه مع الدليل مع احتمال كون السكوت لأجل عدم التمكن من البائع في رواية زرارة، و لأجل العلم بعدم استحقاق البائع في رواية زريق هذا حاصل ما أفاده.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٤٩

#### [البحث الرابع] [قاعدة الغرور و الضرر]

أقول: لا بد من التكلم في قاعدة الغرور مأخذاً و مفاداً ثم قاعدة الضرر فنقول:

أما مأخذ القاعدة فأمران: الأول: النبوي: «المغرور يرجع إلى من غره» و هو نقل باللفظ أو بالمعنى و ضعفه بواسطة الإرسال منجر بعمل الأصحاب على وجه يعلم عدم ركونهم إلّا إليه.

و الثاني: الأخبار الخاصية الواردة في باب التزويج و أنّ من زوج امرأة ذات عيب فالمهر على الذي زوجها و لم يبين عيبها، و أكثرها غير معلل و في بعضها التعليل: «هو له لأنه دلّسه» و في آخر: «كما غرّ الرجل و خدعه».

و أما المفاد فتكلم من جهتين:

الأولى: مقتضى عموم لفظ القاعدة الضمان في مثل ما إذا أجب أحد أحداً أنّ في المكان الفلاني يهون المال مجاناً فأنفق السامع في طريق المسافرة مبلغاً كثيراً فلما وصل تبين الكذب، و كذا فيما إذا أخبر بمأمونية الطريق فانكشف خطريته و سرق السارق أموالاً كثيرة من المغرور، إذ في المورد لا نقض في صدق شيء من ألفاظ القاعدة مع ظهور عدم التزامهم بالضمان إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة و الالتزام بالتخصيص يستلزم التخصيص بالأكثر و جابريّة العمل إن تعلقت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٠

بالسند فالمضمون مأخوذ، و إن كان ما فهمناه غير ما فهموه، نعم قد يكون مع الفراغ عن السند بجبر الدلالة بالعمل و هو ما إذا كان بحيث لو عمل بظاهر اللفظ يلزم التخصيص بالأكثر كما في قاعدة القرعة فيكشف منه إنه كان مع الكلام قرينة فحينئذ يحتاج إلى العمل لاستكشاف كون المورد مشمولاً بتلك القرينة المخفية.

هذا و من الممكن أن يقال في معنى القاعدة ما لا يشمل تلك الموارد بأن يقال إن قوله يرجع قرينة على ما إذا كان أخذ المال على

وجه الاستحقاق الشرعى ليكون طريق الرجوع إليه منسداً شرعاً فيرجع إلى الغاز، و أما فى مثل مثال السارق الذى ليس له استحقاق فهو شرعاً محكوم بالرجوع إلى نفس المتلف.

و يقال: إنّ الاخبار الخاصّة المعلّلة أمرها بهذا الحمل أسهل و ذلك لأنّ المعلّل فيها هو الحكم بأنّ المهر الذى أخذته المرأة على نحو الاستحقاق يرجع إلى الغاز، و هذا الحكم يتعدى من مورده و هو المهر و المرأة إلى غيره.

و أما نفس الحكم بما له من القيود محفوظ عند أسرائه إلى موضوع آخر لكن فيه عدم الجزم بالظهور فى جانب القاعدة و لذا ترى صدقه فى مثال السارق مع أنّه منقوض بما إذا أوقعه الغير فى بيع المال مع عدم الصرفه له فيه و أمثاله ممّا لا يلتزمون غير عزيز، و خصوصية المورد فى أخبار الترويج أيضاً ملغاة بعد عموم الوارد، فيدور فى الحكم بالضمان على العلة و ما ذكر نظير ما إذا قيل فى لا تشرب الخمر لأنّه مسكر يتعدى الحكم إلى خصوص المتخذ من العنب أو المائع و إذن فالحق هو الاحتياج إلى العمل فى الجابريّة لكلا المقامين، أعنى: السند و الدلالة، و فى مقامنا موجود.

الجهة الثانية: الظاهر أنّ معنى الغرور هو الخدعة كما يظهر من جعله رديفاً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥١

لقوله: «و خدعه» فى الخبر المتقدم، و من الظاهر عدم صدق الخدعة فى صورة علم المشتري بعدم المالكية، و كذا لا يصدق مع جهل البائع و اعتقاده أنّه المالك، و كذا لا يصدق لو علم البائع و جهل المشتري و علم البائع بعلم المشتري.

نعم لو فسّر الغرور بالإيقاع فى الخطر يسهّل صورة جهل البائع لكن لا مطلقاً بل يفصل بين ما إذا جاء المشتري إليه و أقدمه على البيع فلا يصدق و بين ما إذا جاء البائع إلى المشتري و أقدمه على الشراء فيصدق.

و أما الكلام فى قاعدة لا ضرر فلو كان دليل الضمان غير قطعى لوجب تخصيص القاعدة أيضاً أو يلزم طرحه رأساً من حكومته القاعدة فبعد تخصيصها به فالحكم بعدم قرار الضمان و لزوم تداركه على الغاز ضرر آخر و تخصيص آخر بلا مخصّص، و إن قيل قرار الضمان ضرر آخر فى مقابل تزلزله قلنا فيدور الأمر بين الضررين.

و يمكن أن يقال فى توجيه «١» الاستدلال أنّ معنى القاعدة أنّ الشارع أراد إعدام أصل الضرر فى الدنيا كما فى لا فسوق و لا جدال فى الحج. و المراد بالضرر هو الإضرار بالغير و كما كان فى مورد قاعدة الغرور يصدق أنّ البائع غازّ و المشتري مغرور كذلك فى مكان الغازّ هنا يصدق أنّ البائع ضارّ و المشتري مضرور و لا يصدق العكس.

تقرير الكلام فى قاعدتى الغرور و الضرر بيان آخر:

أما إشكال تخصيص الأكثر فى قاعدة الغرور فقد قلنا إنّ لها مدركين:

(١) لا- يخفى مغايرة هذا مع ما اختاره بعض الأساطين فى أصوله فإنّه حملة على نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فهو مع ما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سرّه- متحد نتيجة و ما ذكرنا راجع إلى جعل النفي مصداقاً للتحريم مثل لا جدال و لا فسوق فى الحج فتدبر. منه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٢

النبوى و التعليل فى أخبار الترويج.

أمّا النبوى فيمكن أن يقال بقريته «يرجع» حيث إنّه ظاهر فى أنّه دفع المال و لم يجئ فى مكانه عوض فيرجع فى ترميم هذا المكان الخالى إلى الغاز، فلا يشمل ما إذا وجد العوض و جاء فى مكانه ما يرممه بحسب الأسباب الشرعية، أعنى: ما إذا حدث فى البين سبب ضمان شرعى كما فى مثال السارق، فإنّه محكوم شرعاً بقاعدة اليد و الإتلاف بالخروج عن عهده عوض المال و صار مشغول الذمّة بالعوض فكان المسروق منه قد عاد إليه ما ذهب منه فلا رجوع له هنا إلى غازه، و أما فيما إذا كان الأخذ للمال مستحقاً شرعياً كما فى

أخذ المالك في المقام فلا ضمان لا محالة، فيكون المال قد ذهب بلا مجيء عوضه في مكانه، فهنا يصدق أنه يرجع في هذا الضرر الخالي محلّه إلى الغارّ، أمّا عدم صدق الرجوع في الفرض الأوّل فلعدم حصول التلف في الحقيقة، و أما صدقه في الفرض الثاني فلحصوله مع كونه مستندا إلى الغارّ، فكما نشأ منه يعود إليه.

فإن قلت: أمّا تلف العين الشخصية، أعنى: ما فوّته المشتري من أوصاف المبيع أو أجزائه، فالمباشر فيها هو المشتري و هو الأقوى في نسبة الإلتلاف من السبب الذي هو البائع، و أمّا تلف ما يشتغل ذمّة المشتري به من عوض هذا الجزء و الوصف فقد جاء من قبل حكم الشارع بالضمان على موضوع الإلتلاف الذي باشره المشتري فلا ربط للبائع في حدوث هذا الضمان.

قلت: بعد ما يكون دواعي صرف المال مجانا حاصلًا في نفس المشتري و حكم الشارع أيضا كبروى منتظر لوجود الصغرى. فالحاصل المعلول مستند إلى الجزء الأخير، فإنّ الصارف للمشتري عنوان ماليّة الغير، فإذا رفع البائع هذا الصارف بواسطة إظهاره أنه مال نفسه فقد أوجد هو هذا الضمان و إن كان ذات

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٣

العمل الخارجى الذى هو موضوع الضمان يسند إلى المشتري لكنّه غافل عن السبب و البائع ملتفت إليها.

و أمّا التعليل فنحن و إن خالفنا السيد المرتضى - قدس سرّه الشريف - في قوله بعدم جواز التعدى في القياس المنصوص العلة - لاحتمال مدخلية خصوصية المورد، و وجه عدم القبول أنّ ظاهر اللفظ في مثل «الخمير حرام لأنه مسكر» إلغاء خصوصية المورد و كون الضمير في «لأنه» لصرف تطبيق المسكر و حمله عليه.

و بالجملة الدفع مستند إلى ظهور اللفظ و بهذا البيان أيضا تتعدى في التعليل الوارد في باب عدم نقض اليقين بالوضوء بالشك في الحدث بقوله: «و لا ينقض اليقين بالشك أبدا» فيرفع احتمال عهديه اللازم في اليقين و الشك بواسطة ظهور الكلام و تعدى الحكم إلى كلّ يقين و شكّ في كلّ باب من أبواب الفقه - و لكن هذا الظهور يمكن الخدشة فيه في المقام، إذ مع ملاحظة احتمال أن يكون الحكم بالرجوع إلى الغارّ و المدّلس منوطا بكون المال المدفوع بغروره و تدليسه مدفوعا على وجه الاستحقاق الشرعى الغير الموجب لضمان العوض. و بعبارة أخرى على وجه المجانية لا يبقى وثوق و ظهور تطمئن به النفس في العموم. نعم خصوص المهر و الزوج و الزوجة يمكن رفع احتمال خصوصيتها بعموم التعليل.

و أمّا الكلام في القاعدة من حيث مدخلية علم الغارّ و جهل المغرور فمضافا إلى إمكان دعوى مأخوذية ذلك في مادّة لفظ الغرور لأنه مرادف للخدعة لغه كما أنّ العلم دخيل في مادّة الظلم و التعدى يمكن القول في بعض المواضع مع عموم المادّة بتضييق النسبة فلاحظ مادّة الإلتلاف.

و أمّا الكلام في قاعدة لا ضرر و عدّه دليلا مستقلا للمقام و هو رجوع المشتري بعد اعترافه للمالك ما لم يصل إليه نفع في مقابله أو إنفاقه النفقة كذلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٤

إلى البائع فمحصل الكلام فيه أنه إمّا أن يحمل الكلام على ما حمله شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من نفى الحكم الضررى و إمّا أن يحمل على نفى أصل الضرر و نقضه، مثل لا جدال و لا فسوق في الحج.

فعلى الأوّل قد ورد و جعل الحكم الضررى في المقام بواسطة حكم الشارع بضمان المشتري لما أتلفه من مال المالك أو حكم الشارع بأخذ المالك ماله من يد المشتري الملازم لصيرورة نفقاته ضررا عليه و ذاهبة من كيسه، و بعد هذا التخصيص في القاعدة يبقى هنا مطلبان:

أحدهما: أن يقال: حكم الشارع بتغريم المشتري إن كان على وجه الإطلاق يكون ضررًا و إن كان على وجه التقييد بالضمان للبائع لا يكون ضررًا. و بعبارة أخرى الحكم بالتغريم على وجه لا يضمن البائع ضررى و على وجه يكون البائع ضامنا ليس بضررى، فمقتضى

القاعدة عدم جعل القسم الأول فيتعين في الثاني.

و فيه: أن التقييد أن لوحظ في العمل، يعنى: يجب الدفع إن دفع البائع، كما في الوفاء المعاملى حيث إن الدفع يكون مشروطا بالدفع فلو امتنع أحدهما فلا وجوب على الآخر كان مقيدا و موجبا لعدم حدوث الضرر أصلا، و أما إن لوحظ في الحكم، يعنى: أن الشارع قد علّق إيجابه على وجه الإطلاق على دفع المشتري سواء دفع البائع أم لا، غاية الأمر أنه جعل هنا إيجابا آخر متعلقا بعمل البائع و هذا لا- يوجب عدم ضرورة ذلك الحكم، و ليس هنا من قبيل أفراد متعدّدة علم بخروجه البعض و شكّ في الباقي، حيث يقتصر على المتيقّن و يرجع في المشكوك إلى عموم العام فإنّ الحكم بإيجاب الدفع مطلقا في مقام العمل على المشتري فرد واحد من الحكم الضررى و ليس استمراره إلّا تخصيصا واحدا و خروجا واحدا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٥

و ثانيهما: أن القاعدة تشمل العدميات فعدم الحكم بضمان البائع ضررى و لا- يعارض بكونه ضررا على البائع لأنه وارد في مقام الامتنان بقرينه قوله: «في الإسلام» و كما أن القصاص منفعه بالنسبة إلى القائل أيضا لأنه حافظ للحياة و مانع عن القتل، كذلك الحكم بضمان البائع هنا و إن كان ضررا عليه لكنّه ليس على خلاف المنة بل جعله امتنان.

و فيه: أنه بمجرد كونه موافقا للامتنان لا يوجب جعله فإن القاعدة متصدّ لجعل ما لولاه حدث الضرر، و هنا لو لم يجعل ضمان البائع لم يصل النفع إلى المشتري لا أنه يصل الضرر إليه فإنّ الضرر الواصل إليه من قبل الحكم الضمانى غير مرفوع بالفرض و لا منقلب عن عنوان كونه ضرريا كما تقدم.

و على الثاني، أعنى: حمل الكلام على نفى موضوع الضرر فحينئذ حكم الشارع بالضمان في مورد الإلتلاف كشف عن السبب الواقعى أو جعله مثل تكوين النار الحارّة ثم نهى عباده عن إيقاع بعضهم بعضا، فهذا الذى أحدث هو سببته للضمان. و بالجملة فموضوع الضرر حينئذ لم يصير غير مبغوض للشرع فلا تخصيص في القاعدة و إنما عصيت بواسطة إقدام البائع على إيصال هذا الضرر ثم مبغوضات الشارع بل كل ناه على قسمين.

قسم يكون بعد وقوعه لازما غير ممكن التدارك، و ترميم ما فسد من ناحيته محال كما في شرب الخمر و القتل و نحو ذلك فلا يمكن منع وجود هذا المبغوض الواقعى في الآن الثانى بل حزنه في غير الشارع دائم و جرحه في غيره أيضا أبدا غير ملتئم و مندمل. و قسم يكون بعد الوقوع قابلا لجعله كالعدم، و رفع تفويت الغرض الحاصل من ناحيته في الآن الثانى ممكن، و بعبارة أخرى و إن كان وجوده الحدوثى غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٦

ممكن الزوال لكن وجوده البقائى قابل له و حينئذ فلا- حاجة لنا إلى دليل آخر لإثبات وجوب هذا الأمر في الآن الثانى، بل يكفينا الدليل على مبغوضيته أصل العمل الأول، فإنّ لازم مبغوضيته و كون هذا تداركا عند العرف له وجوب إيجاب الشارع له بحكم العقل، و حينئذ نقول: المقام من هذا القبيل فإنّ من أضّر أحدا ثم في الآن الثانى دفع إليه ما يجبر ضرره فقد تصدّى لإعدام الإضرار. و بعبارة أخرى ليس في البين بعد ذلك فوت غرض فالدليل الدال على متعرضية الإضرار واف فإثبات وجوب هذا الدفع عقلا.

اللهمّ إنّما أن يقال: عين هذا يجرى على التقريب الأول أيضا فإنّ إيجاب الشرع مع قطع النظر عن تضمين البائع إضرار منه، و بعده يكون الإضرار من ناحية الحكم الأول منجبرا. و بالجملة: إيجاب الشارع هناك بمنزلة عمل البائع هنا، فكما أن العمل الثانى هنا جابر فالحكم الثانى هناك جابر فتأمل.

ثم إنّ شيخنا المرتضى بعد التمسك بقاعدة الغرور مثل المقام و شبهه بشاهد الزور، و إدراجه تحت القاعدة مبنى على الحكم بضمان الحاكم للمحكوم عليه ثم رجوعه إلى الشاهد فإنّ المغرور هناك إنّما هو الحاكم دون المحكوم عليه، و أمّا على ما هو الواقع من عدم ضمان الحاكم فالذى تلف منه المال غير مغرور و الذى هو مغرور لم يتلف منه المال، فهنا يحتاج إلى استنباط كلية أخرى منطبقه على

ضمان شاهد الزور و هو الحكم بضمان كل من حدث من ناحية الضرر على الغير و أسند إليه ذلك و لو على نحو التسيب مع عدم وجود مباشر محكوم بالضمان في البين فهو ضامن، و إنما قلنا إن الحاكم غير ضامن لأنه يأخذ المال بحكم الشرع و هو مضطر فيه فالضرر في الحقيقة مستند إلى حكم الشارع فهو خارج عن عنوان من أتلّف لأقوائيه السبب هنا من المباشر.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٧

و محصل ما ذكرنا أنه بعد تسليم كون البائع مضرًا هل يقتضى قاعدة نفي الضرر لزوم التدارك عليه أو لا؟

فنقول: إن بنينا على حمل القاعدة على تحريم الإضرار بالغير فمقتضاه على ما مرّ ذلك لما قرّرنا من أن كلّما صار شيء مبغوضا للشارع فلا محالة يسخط بوجوده، فإذا فرض شيء يرفع سخطه فيحكم العقل بعين الملاك في مبغوضيته بوجود هذا الشيء من غير فرق بين صورة علم الفاعل و جهله فإنه إذا كان مهتوكية شخص مبغوضا للشارع و وقع من شخص ذلك معذورا فبعد التفاته لازم مبغوضيته هذا الهتك الواقع و كون أمر جابرا له و مخرجا عن المهتوكية و جوب ذلك عقلا لا اتحاد الملاك.

فإن قلت: وجه عدم قبول الملازمة العقلية بين حكم العقل و الشرع و هو إمكان كون نفس الجعل ذا مفسدة جار بعينه هنا فإن الملاك في نفس عمل التدارك و إن كان محرزا و لكن يمكن كون جعل الوجوب ذا مفسدة و إذا جاء هذا الاحتمال يصير التكليف الفعلي مشكوكا فيدفع بأصل البراءة.

قلت: هذا ممّا يستقلّ بلزوم المتابعة فيه العقل فإنه من قبيل ما إذا رأى العبد ابن المولى في البئر و كان المولى نائما و سامح في إخراجه معتذرا بأنه لعلّ المولى لو كان ملتفتا ما كان المصلحة في أمره فلا إشكال في أنه يعدّ هذا الاعتذار منه مستهجنا لا أن ينسبوه إلى الكذب و أنك ما كنت تحتمل ذلك و إلا كنت معذورا، و بالجملة فمحرزية الملاك علة تامّة عند العقل لتمامية الحجّة و الشك في المانع عن البعث الفعلي لا يحسب عذرا مع معلوميّة أصل المحبوبيّة، و لا ينافي هذا مع منع الملازمة فإنّ المقام مقام تمامية الحجية عند العقل و هو غير مقام القطع بتحقيق الإنشاء الفعلي من المولى فإنه مشكوك، لكن لازم هذا الكلام الحكم بالضمان في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٨

مسألة الإخبار كاذبا ببذل المال في المكان الفلاني فذهب و تحمّل المخارج الكثيرة فإنّ الإضرار صادق عرفا، و القول بأنّ عدم وصول المال عدم النفع و مخارج الطريق كلّها ممّا وصل عوضه إليه مثل أجره ركوب الدائبة و نحوها كما ترى، فيلزم على هذا البيان الحكم بضمان المخبر هذا على ما قلنا.

و أمّا على ما قاله شيخنا المرتضى من نفي الحكم الضرري. فالظاهر منه - قدس سرّه - الفراغ عن صدق الضرر في المقام و إنّما نتكلم فيه في المقام الآتي، أعنى: ما يغرمه في مقابل النفع الواصل إليه، فهل على هذا المبنى كيف يكون مقتضى القاعدة تدارك البائع، فنقول: يمكن تقريبه بأن يقال: إنّ هنا حكيمين تكليفيّ و وضعي و القاعدة شاملة لهما و لهذا يستندون إليها في البيع الغبني لنفي اللزوم الذي هو الوضع.

أمّا الحكم الوضعي و هو مديونية المشتري لعوض ما استوفاه و مهدورية ما ذهب منه بلا استيفاء شيء في قبالة، فقد قلنا إنّ القاعدة قد خصّصت به و لكن هنا حكما تكليفيا و هو تجويزه الشارع و ترخيصه للغاز أن يلقي المغرور في هذا الضرر، فإنه ضرري فإنّ الدواعي بالنسبة إلى إضرار الغير متوفرة فيلزم من عدم منع الشارع وقوعه في الخارج بخلاف إضرار النفس فإنّ الدواعي مصروفة و لا يحتاج إلى المنع الشرعي، و بالجملة لا إشكال في كون الأوّل حكما ضروريا فلا بدّ من نفيه بقاعدة لا ضرر و إذ انتفت الإباحة مع القطع بعدم غير الحرمة ثبت الحرمة.

فإن قلت: نمنع الملازمة، و لهذا في الضد المزاحم بالأهم لا يقولون بالحرمة و لا بالوجوب و لا بالإباحة بل يبقى بلا حكم فما المانع من صيرورته في المقام بلا حكم، لا يقال: نفس عدم الحكم ضرري إذ يكفي دى عدم ارتداع النفوس عدم تحريم الشرع، لأنّ نقول:

الكلام إنّما هو على تقدير عدم شمول القاعدة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٥٩

للعدميات.

قلت: لا شبهة في عدم خلق الأشياء بعناوينها الأولى عن جميع الأحكام الخمسة و لا ينافي ذلك خلؤها بواسطة بعض العناوين الطارئة و مقامنا من الأول فإن نفس الإضرار بالغير نتكلم فيه و نقول: لو كان حكم الشارع فيه الإباحة يلزم الضرر فيتعين أن يكون التحريم، و إذا ثبت التحريم يرجع الأمر إلى الكبرى العقلية المتقدمة و أنه متى كان شيء مبغوضا و كان له تدارك فالعقل حاكم بنفس مبغوضيته المتدارك بالفتح لوجوب المتدارك بالكسر من غير فرق بين حالتي العلم و الجهل، و بعبارة أخرى بين العصيان و المعذورية.

فتحصّل من مجموع ما ذكرنا إلى هنا التكلّم في ثلاث قواعد كئيّه إحداها:

قاعدة الغرور، و الثانية: قاعدة لا ضرر، و الثالثة: قاعدة السببية و التسبب، كما في شاهدى الزور فلا بدّ حينئذ من التكلّم في تطبيقها على المقام.

أمّا الأولى: فقد عرفت أنّها مختصّة بقضية مرادفة الغرور مع الخدعة بحال علم الغارّ فلا ينطبق في مقامنا إلّا على صورة علم البائع و مع جهله غير شاملة للمقام.

أمّا الثانية: فقد يناقش في صدق الإضرار على البائع الغارّ و ذلك لأنّ العقد أمر قائم بالطرفين نسبتة إليهما على حدّ سواء فلا خصوصيّة و امتياز للبائع حتى يوجب ذلك إسناد الضرر المترتب على العقد إليه.

و بالجملة الذى يأتي من ناحيته الضرر إنّما هو العقد و هو متساوى النسبة إلى الموجب و القابل و ليس القبول متفرّعا على الإيجاب حتى يصير الإيجاب علّة العلة، بل هما في عرض واحد و لهذا يصحّ تقديم الإيجاب و لا فرق بين علم البائع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٠

و جهله و كذا المشتري.

و لكن يمكن أن يصحّ الإسناد بواسطة تفرّع قبض المشتري على إقباض البائع فإنّهما من مقولة الفعل و الانفعال و الثانى مترتب على الأوّل و في طوله فيكون إسناد الضرر بالآخرة إلى فعل البائع، نعم لا يتمّ هذا فيما إذا لم يترتب قبض المشتري على إقباض البائع أو إذنه بل قبض هو بدون إذنه، لا يقال: إنّ القبض مستند إلى اختيار المشتري فإنّه يقال: نعم لكن على معنى أنّ لا اختياره أيضا دخلا في وجود المال تحت يده و لا ينافي ذلك مع كون الإقباض سببا فهو كما إذا مكّن المضروب نفسه لوقوع الضرب عليه فإنّ السبب و الفاعل ليس إلّا الموجد للضرب و هذا التمكين شرط تأثيره.

و بالجملة: المعدّ و الشرط و عدم المانع كلّ ذلك ذو دخل و لكنّ السبب أمر غيرها هذا كلّ هو الكلام حسب القواعد.

و أمّا بحسب الأخبار الخاصّة فرواية جميلة دالة إمّا منطوقا و إمّا بالأولوية و لكن روايتا زارة و زريق خاليتان عن هذا الحكم، فأجاب شيخنا المرتضى - قدّس سرّه.

أولا: بأنّهما في مقام بيان حكم المشتري مع المالك و ليستا بمقام بيان حكمه مع البائع.

و ثانيا: أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، و في الوجه الثانى نظر، فإنّ السكوت في الدليل الخاص مع كونه في مقام البيان كما هو الفرض يوجب انعقاد ظهور الخاص فيقدم على القواعد الثلاث المتقدمة لأنّها عمومات و هاتان الروايتان تخصصانها.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦١

نعم لا يجرى هذا بالنسبة إلى رواية جميلة لأنّها أيضا خاصّة و هي ناصّة في الحكم فلا يعارضها ما هو ظاهر في الخلاف، و حينئذ فلا بدّ من فهم أنّ سنخ ما تعرضته رواية جميلة ماذا؟ فإن كانت حرية الولد ممّا يعدّ نفعاً عائدا إلى الوالد كانت شاهدة لما نحن فيه بطريق أولى، و إلّا فلا بدّ من التفصيل بين القسمين فالغرامة بلا وصول النفع حكمه الرجوع و الغرامة معه حكمها عدم الرجوع بقضية تينك الروايتين بل مقتضى رواية زريق تثليث الأقسام، أحدها: الغرامات التى يجبر بها ضرر المالك و هذا مقسّم إلى قسمين: ما كان بإزائه



نفع و ما ليس كذلك، فهذه تجرى فيها التفصيل المذكور بين قسميه على تقدير و الحكم بالجوع مطلقا على تقدير آخر. و القسم الأخير ما خرج من كيس المشتري في إصلاح المبيع و صرف النوائب عنه الذي يصير بعد عود المبيع إلى المالك خسرا على المشتري و نفعاً للمالك فهذا مقتضى صريح رواية زريق الرجوع فيه إلى المالك و معه لا معنى للرجوع إلى البائع، و شيخنا المرتضى - قدس سره - مع تعميمه القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرها في كلامه لما شمل هذا القسم. و ما ليس في مقابله نفع بل بعض أمثله صريح في هذا القسم و هو النفقة و ما صرفه في العمارة استشهد بالأدلة المتقدمة و ذكر أنّ رواية زريق لا تنافيها لأنها ساكنة.

فبرد عليه - قدس سره - أنّ سكوتها في القسم الذي يتدارك ضرر المالك صحيح، و أمّا في القسم الذي ذهب من كيس المشتري و دخل نفعه في كيس المالك فصريح الرواية الرجوع بها إلى المالك، و لا يمكن معه الرجوع إلى البائع كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٢ و الفقرة الدالة على ذلك، منها:

قوله في آخرها: «يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه» (يعنى: على المشتري) كلما خرج منه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها كل ذلك مردود إليه. إلخ و كذلك حكمه في زرع زرعه المشتري و غرس غرسه و بناء بناه بأن له إمّا قيمة الزرع و إمّا أن يصير المالك إلى وقت الحصاد، فإن لم يفعل كان ذلك له و ردّ القيمة و كان الزرع له و كذلك له إمّا قيمة الغرس و البناء، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه حيث ما حكم - عليه السلام - بأن للمالك قلع الزرع و الغرس و هدم البناء و ذلك لأنّ في كل ذلك أربعة أنحاء: الأول: التراضي على النقل إلى المالك بالقيمة.

و الثاني: التراضي على إعطاء كرى الأرض إلى وقت الحصاد في الزرع و إلى ما توافقا عليه من الزمان في الغرس و البناء. و الثالث: اختيار المشتري قلع الزرع و الغرس و هدم البناء.

و الرابع: اختيار المالك تخلص أرضه عن ملك الغير و الرواية متعزّضة في الزرع للقسمين الأولين و في الغرس و البناء للأول و الثالث، و الظاهر أنّ عدم تعزّضها للثالث في الزرع، أعنى: اختيار الزرع قلع الزرع، و عدم تعزّضها للثاني في الغرس و البناء من باب مصروفية الدواعى النوعية عن ذلك لا أنّه ليس له ذلك شرعا و لا أقلّ من احتمال ذلك، المسقط للاستدلال، فيبقى مقتضى قواعد السلطنة و غيرها في ذلك على حالها.

و ليس هكذا حال سكوت الرواية عن القسم الرابع في الجميع فإنّ الظاهر أنّه لأجل عدم القدرة شرعا و أنّه لا يعامل مع من كان عمله في ملك الغير على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٣

طبق ظاهر الشرع معاملة الغاصب فلا يجبر على قلع ما غرسه و زرعه و هدم ما بناه و إن كان الغاصب يؤخذ بذلك لأنّه «لا حق لعرق ظالم».

و بالجملة يعلم منها أنّ الشارع راعى جانب المشتري سواء في ما أحدثه من قبيل الغرس و نحوه، أم فيما أعطاه من كيسة في مصلحة المال و دفع المضار عنه، أم في عمل عمل فيه كان له مائة عرفا، فجميع ذلك لم يحكم عليه بالمهدورية بل أبقاه على صفته الاحترام، فإنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه و يؤيد هذا ما تسالموا عليه من غير نصّ خاص في البين في باب المفلس عند رجوع الغريم إلى عين ماله لو وجده حيث حكموا بأنّه لو أحدث فيه المفلس قبل الحجر شيئا كان له مائة عرفا رجع بقيمته إلى ذلك الغريم. و دعوى الفرق بينه و بين المقام بكون الأحداث هناك في ملك نفس المحدث و هنا في ملك غيره واقعا، مدفوعة بأنّ ملك الغير

بعد المحكومية ظاهرا بملكيتها للنفس بالنهي الواقعي الغير المنجز لا يؤثر في رفع الاحترام عن مال المسلم و عمله.  
 نعم عند تنجز هذا النهي و معلومية ملكية الغير كما في الغاصب فالشارع ألغى احترام العمل و جعله مهتوكا و بلا أجر، و إلا فبحسب القاعدة النهي المعلوم أيضا لا- ينافي مع بقاء احترام العمل كما في الوجوب كذلك من غير فرق بين ما إذا أحدث العمل هيئة في المال صارت سببا لزيادة المالية في العين كنسج الغزل، و ما إذا لم يحدث ذلك و إن فرض ثبوت الإجماع على خلافه في الثاني حيث لا- يلتزمون في مثل ما إذا سقى أرض الغير بمائه بخيال أنه أرضه بضمان صاحب الأرض لقيمة الماء و عمل السقى خصصناه بصورة حدوث الهيئة مثل حفر القنوات  
 كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٤  
 و تشقيق الأرض للزراعة الذي يسمى في الفارسية (بشيار و شخم).

ثم إن رواية زريق سالمه في هذه الغرامات عن معارضة رواية جميل لما عرفت من اختصاصها إما بما في مقابلة نفع فيثبت فيما ليس بقباله نفع بالأولوية أو بالقسم الثاني، و على كل حال تبقى المخارج المصروفة لأجل انتفاع المال أو صرف العوارض عنه خارجة عنها، و كذلك خارجة عن القواعد المتقدمة إذ قد عرفت عدم شمولها لما كان هنا ضامن غير الغاز فإنه لا يصدق الغرور و الضرر و السببية معه.

ثم إن الظاهر أن الحق مع صاحب الحدائق حيث ذهب إلى عدم سكوت الرواية عن حكم المشتري مع غير المالك فإن «غيره» في مورد الرواية عبارة عن القاضى و الشاهد و الورثة فإن في إيراد الخسارات الواردة على مشتري المعيشة التي يغرمها للمالك لكل من المذكورين دخلا بنحو السببية فيصدق على كل منهم أنه السبب لإتلاف هذا المال المغروم على الغارم و هو المضر و هو الغاز، غاية الأمر اختصاص الأخير بصورة علمهم و لكن القاضى و الشاهد لا يغرمان ما يلزم بواسطة عملهما بما هو تكليفهما شرعا، فإن القاضى عند تحقق موازين القضاء عنده يجب عليه القضاء، و كذا الشاهد إذا تحمّل الشهادة يجب عليه إقامة ما عنده و لا ينافيه أخبار ضمان الشاهد لاختصاصها بمورد اشتباه الشاهد أو تعمده الكذب، مضافا إلى إمكان عدم استناد الضرر في مورد الرواية إلى الشاهد.  
 و على كل حال ينحصر من يقبل لقرار الضمان عليه في الورثة و قد تعرضت الرواية للرجوع عليهم بالثمن فيعلم أنه كان بمقام بيان حكم المشتري معهم، و مع ذلك سكت عن تغريمهم هذه الخسارات فيكون شاهدا على العدم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٥

ثم إن هنا مطلبا ينبغى التنبيه عليه و هو أنهم- رضوان الله عليهم- كثيرا ما في باب الإتلاف يبحثون عن أقوائه السبب و المباشر ثم يرتبون حكم الضمان على الأقوى منهما و يحكمون ببراءة الآخر، و منه يعلم مغايرة ذلك الباب مع ما نحن بصدده من إثبات الضمان على المشتري و إثبات قراره على البائع.

و بالجملة فيفترقون بين ما إذا كانت الواسطة فاعلا غير ذى شعور مثل ما إذا أخرج نارا في محل هبوب الريح فوصل إلى بيدر الغير فأحرقه، أو ألقى اللحم إلى السبع فأكله، أو أعطى الطعام للصبي فأكله، أو وضع الإناء بمحل سقط جنب النائم عليه فكسره مع التفاته إلى ذلك، فحكموا في مثل ذلك بضمان السبب دون المباشر و بين ما إذا كان المباشر أقوى أو لم يكن في البين سبب كما في أكل نفس الصبي بدون عطاء أحد إياه أو سقوط جنب النائم بدون وضع أحد، فحكموا فيها بضمان المباشر و مثلوا للقسم الأول بما إذا أكره أحد أحدا على الإتلاف فأتلفه فحكموا بضمان المكره- بالكسر- دون المكره- بالفتح.

هذا و يشكل ما ذكره فإنه إذا كان الحكم دائرا مدار صدق المتلف فلا شبهة في صدق هذا العنوان في حق المكره إذ لو اعتبر في صدقه اختيار الفاعل فلا بد من القول بعدم صدقه في النائم و الغافل و الساهى و لا يلتزمون به بل إسناد الإتلاف إلى المكره لكونه متصديا بمباشرة جوارحه يكون بالأولى من إسناده إلى مكرهه فإنه إنما يصير متلفا بالتوسط و الأول بلا توسط، فلو كنا نحن و قاعدة من أتلف لا بد من الحكم بتخيير المالك في الرجوع إلى أى منهما شاء.

فإن قلت: نعم و لكن حديث الرفع بالنسبة إلى المكره- بالفتح- حاكم لشموله للوضعيات لا يقال: كيف المقال فى النائم و الساهى و الناسى حيث لا يقولون بعدم ضمانهم بواسطة الحديث.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٦

لأننا نقول: يمكن الفرق بأن رفع الضمان عن المذكورين و إن كان فيه المنّة بالنسبة إليهم و لكنّه خلاف الامتنان على صاحب المال و هذا بخلاف الحال فى المكره فإنّ رفعه موافق الامتنان بالنسبة إلى المكره و لا يخالفه بالنسبة إلى المالك لثبوت الضمان على المكره بالكسر، و بالجملة فحال مقامنا حال بيع المكره و بيع المضطرّ حيث إنّ وجه الفرق فيهما مع شمول الحديث لهما كون الرفع فى الأوّل على وفق المنّة و فى الثانى على خلافه.

قلت: نعم ما ذكرت تامّ لولا الإشكال فى شمول الحديث للآثار الوضعية، فإنّه قابل للإنكار، فإنّ الظاهر من الحديث فى حدّ نفسه الاختصاص بالتكليفيات لظهور الرفع فى رفع العقوبة.

و ما تمسّك به للتعميم من استشهاد الإمام فى بعض الأخبار بالحديث لئفى أثر الحلف بالطلاق و العتاق عند الإكراه عليه. فيه: عدم ظهور الرواية فى كون السؤال راجعا إلى الأثر الوضعى، و أنّ العتاق و الطلاق المذكورين يقعان أولا، بل من الممكن كون نفس اليمين بالطلاق و العتاق من المحرّمات النفسية، فسأل السائل عن صورة وقوعه عن إكراه، و قوله: أ يلزمه ذلك؟ يعنى أ يلزمه عقوبة ما فعله و ارتكبه بواسطة إكراه الظالم و وقع فى العصيان أو أنّه غير عاص، و مع هذا الاحتمال لا يبقى مجال للاستدلال.

إلّا أن نمنع ذلك بكونه خلاف الظاهر من عبارة السؤال و أنّ الظاهر من السؤال بمثل هذه العبارة عقيب ذكر الاستكراه على الحلف بالطلاق و العتاق هو الرجوع إلى جهة الوضع.

هذا و يمكن أن يختار مسلك آخر لتوجيه كلام المشهور فى الحكم بعدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٧

ضمان المكره دون المكره. و هو: أنّ ما اشتهر من أنّ «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليس عبارة رواية و إنّما هو معقد الإجماع، و نحن إذا راجعنا المجمعين رأيناهم يبحثون فى تعيين أنّ المتلف من ذا؟ مع أنّه لا شبهة فى صدقه لغه و عرفا على كلّ من المباشر و السبب، غاية الأمر أنّ فى موارد كون أحدهما غير ذى شعور لا يصدق كلمة «من» الموضوعه لذوى العقول، و أمّا صدق الإلتلاف فلا فرق بينهما فيه فى جميع الموارد، فإذا رأينا ذلك نفهم أنّ مراد قائلى هذه العبارة أحصّ ممّا هو ظاهره، و أنّه ما يستفاد من كلماتهم فى موارد عديدة من أنّه كلّما كان فى البين سبب و مباشر فلا بدّ فى الحكم بضمان المباشر من كونه بحيث يقبل لتوجيه النهى بترك الإلتلاف و المباشرة نحوه، فلو لم يقبل التكليف أصلا إمّا لعدم الشعور كما فى الريح و الشمس و إمّا لأنّ اختياره كالعدم كما فى الصبىّ و النائم و المكره فلا ضمان حينئذ على المباشر، و إن كان مع عدم السبب لم يكن لهذا القيد دخل فى الحكم، و لعلّ من هذا القبيل الحكم بعدم ضمان الحاكم فإنّه مكلف بالقضاء عند تحقّق موازينه بنظره، فلا يكلف بعدم الحكم و القضاء.

فإن قلت: فما تقول فى الشاهد و المغرور حيث هما ضامنان مع عدم قابليتهما للنهى عن التصرف و الشهادة؟

قلت: و إن كانا غير قابلين ظاهرا و لكنّهما ممنوعا واقعا و لا يجرى هذا فى الحاكم فإنّه فى الواقع و الظاهر مكلف بالحكم لا أنّ خطابه فى الظاهر أحكم و فى الواقع لا تحكم. و الحاصل المراد بأقوائيه المباشر من السبب كونه قابلا للتكليف و بأقوائيه السبب كونه غير قابل له.

### [البحث الخامس فى قاعدة ضمان اليد]

بقى هنا شىء و هو أنّ ضمان اليد مع هذا لا يرتفع عن المكره فنقول

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٨

للمسألة صور:

الاولى: أن يكون للمكروه يد سابقة موجبة للضمان.

و الثانية: أن يكون يده مستندة إلى المكروه - بالكسر - ولكن كان مختاراً في الأخذ و مكراً في الإتلاف.

و الثالثة: هذه مع كونه مكراً في الأمر الأول دون الثاني.

و الرابعة: هذه مع الإكراه في الأمرين.

ففي الصورة الأولى: قد ألتف المكروه - بالكسر - على المكروه لأنه أوقعه في تنجز ضمان يده لأنه كان معلقاً على التلف و هو أوجد المعلق عليه بسبب إكراهه فيستند ذهاب البدل من كيس المكروه - بالفتح - إليه فحينئذ يجوز له الرجوع إلى المكروه - بالكسر - لو رجع إليه المالك فيكون القرار على المكروه مع جواز الرجوع ابتداء كما تقدم.

كما أن في الصورة الثانية أيضاً مقتضى القاعدة قرار الضمان على المكروه فإن المكروه - بالفتح - وقع بواسطة يده في ضمان المالك و المكروه بالكسر على ما حققه شيخنا المرتضى.

ثم المكروه - بالكسر - هو السبب لتنجز هذين الضمانين، فلا بد أن لا يرجع هو إلى المكروه - بالفتح - لأنه ألتف على نفسه، و إن رجع المالك إليه يجب عليه التدارك، لأنه أيضاً من قبله، كما يجوز للمالك الرجوع إلى المكروه - بالكسر - ابتداء كما تقدم.

نعم مقتضى القاعدة في الثالثة كون القرار على المكروه - بالفتح - لأنه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٦٩

باختياره أوقع نفسه و المكروه في الضمان، فلو رجع المالك إلى المكروه بالكسر يجب عليه التدارك، و إن رجع المالك إليه لا يجوز له الرجوع إلى المكروه بالكسر لأنه لم يجبره على الإتلاف.

و أما الرابعة: فيمكن منع صدق اليد للمكروه بالفتح، فإنه بمعنى الاستيلاء كما هو المراد في اليد التي أماره الملك و لا يصدق عرفاً على من أمره قاهر بأخذ مال غيره و إتلافه، أنه ذو يد عليه، فمقتضى القاعدة فيها عدم الضمان أصلاً.

و لو تلف في يده بعد الإكراه على الأخذ و صدق الاستيلاء و اليد فالظاهر قرار الضمان على المكروه لأنه السبب لدخول المكروه في ضمان اليد، و لا يقال بتعارض مقتضى السببية و اليد حيث إن مقتضى اليد قراره على المكروه - بالفتح - كما احتمله شيخنا الأستاذ دام بقاءه في الدرر - و لا بد من تقديم الثاني و إلا يلزم كون السببية لقرار الضمان على المكروه سبباً لعدم القرار و هو خلف، و ذلك لأن دليل السببية ناظر إلى ما أثبت دليل اليد، و لا يعقل كون الثاني ناظراً إلى الأول المتأخر عنه رتبة.

القسم الثالث: زيادة القيمة عن الثمن هل يغرم البائع تمام القيمة حتى ما قابل الثمن، أو لا يغرم شيئاً منها حتى الزيادة عن الثمن، أو يغرم ما قابل الثمن دون الزيادة؟ الظاهر الأخير، لعدم الغرور بالنسبة إلى ما قابل، لأنه أقدم عليه و لو كان البائع صادقاً و صدقه فيما زاد لأنه وقع في ضمانه بكذبه بحيث لولاه لما وقع فيه، و على هذا لا بد من التفصيل في الأجزاء أيضاً فإن الثمن مقسط عليها في ضمن الكل، و أمياً الأوصاف فقد فرق شيخنا المرتضى - قدس سره - بين ما لم يقسط الثمن عليه كما عدا وصف الصحة و بينه، فحكم في الرجوع في التمام في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٠

الأول و بالتفصيل في الثاني على ما هو مفهوم كلامه.

و فيه: أولاً: سؤال الفرق بين وصف الصحة و وصف الكمال، فإن الثمن لا يقسط في كليهما إلا بإزاء العين بلحاظ الصفة، فالصفة مزيدة لمالية العين لا أنها مال و لا شهادة في ثبوت الأرش في فقدان وصف الصحة دون وصف الكمال.

أما أولاً: لأن جواز الإمضاء مع العيب ينافي هذا.

و أما ثانياً: فمقتضى ذلك رجوع مقدار من عين الثمن بقسطه، و الحال جواز دفع الأرش من مال آخر، فهذا يدل على عدم التقسيط.

و ثانيا: سؤال الفرق بين الأجزاء والأوصاف، إذ لا فرق في صدق الغرور بين القبالية في مقام الإنشاء المعاوضى و بين عدمها مع المنشئية لتفاوت المالية و القيمة، فكما يلتفت المشتري في شراء عشرة أذرع من الكرباس بعشرة بأن كل درهم يقع بقبال ذرع، كذلك يلتفت المشتري للعبد الكاتب بعشرة دراهم مع كون غير الكاتب بتسعة، فإن الواحد يكون لأجل الكتابة، فمقتضى القاعدة التفصيل في الوصف أيضا مطلقا، نعم في الوصف الحادث لدى المشتري الزائل عنده لا يجرى هذا فيرجع فيه بكل القيمة.

ثم لو باع الفضولى بيعا فاسدا فالتغير في مورد صدقه لم يوجب التغيريم بالاستقلال بل مع الفساد، فإن اعتبرنا في تأثير التغيريم الاستقلال، فهنا لا بد أن لا يرجع إلى البائع لأن فساد البيع غير مقتضى لرجوع، و التغيريم فاقد للاستقلال، لكن هنا سؤال الفرق بين المقام و البيع الفاسد، لأنه مع علم البائع بالفساد هو السبب لوقوع المشتري في الضمان و مغرر له، و مع الجهل أيضا هو السبب لاستناد قبض المشتري إلى إقباضه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧١

و بالجملة: حال علم البائع فيه كحال علمه في مقامنا و حال جهله فيه حال جهله في المقام، فلا بد من التفصيل بين الثمن فيرجع به على المشتري، و أمّا سائر الغرامات فليس له الرجوع بها إمّا لقاعدة الغرور و السببية، و إمّا للثانية فقط، فما وجه حكم القوم هناك بجواز الرجوع في الكل مطلقا مع حكمهم هنا برجوع المشتري إلى الغازّ و السبب؟ و مقتضاه عدم رجوع البائع الغازّ و السبب، إذا كان هو المالك و على هذا فإذا كان الفضولى البائع فاسدا مدّعا للملكية فهو غازّ من جهتين، عند علمه بالفساد، و من جهة، عند جهله.

نعم لو ثبت الفرق بين المقامين فعند الاجتماع يتوجه بناء على اعتبار الاستقلال في الغرور عدم الرجوع لما تقدّم من أن الغرور غير متحقق الحكم أو الموضوع لأجل انتفاء الاستقلال و الفساد غير مقتضى للرجوع حسب الفرض.

ثم إن كلما يرجع المشتري به على البائع لو رجع إليه لا يرجع البائع إلى المشتري لو رجع عليه، بخلاف ما لا يرجع به المشتري على البائع مثل زيادة القيمة على الثمن فإنه يرجع البائع بها على المشتري.

فإن قلت: ما وجه ذلك مع اشتراكهما في مقتضى الضمان و هو اليد؟ نعم مع الإلتاف يتم ذلك لأنّ اللاحق هو الذى أوجب تنجز الضمان على السابق باتخاذ ما علق عليه الضمان فتشمله قاعدة التسبيب، و أمّا مع التلف فلا.

قلت: هذا من جزئيات مسألة تعاقب الأيدي الضامنة و الكلام فيها في مقامين:

الأول: في تصوير كيفية اشتغال الذمم المتعددة بالشىء الواحد و هو البديل عند التلف، مع أن الشىء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٢

و الثانى: في تصوير أنه لم يرجع اليد السابقة على اللاحقة عند غرامتها للمالك.

و محصّل الكلام في الأول أن المراد بكون المال في عهده الإنسان الذى هو المستفاد من كلمة على الواقعة في حيز الأعيان كون الإنسان هو المسؤول و المؤاخذ بتبعاته، فيكون على رقبته تدارك ما ورد على المالك و غيره من الخسارات من ناحية هذا المال، و هذا المعنى الذى يعبر عنه بالفارسيّة ب (گرفتارى) أمر وراء استقرار مال في الذمّة بل هو في الحقيقة استقرار العمل، أعنى: تدارك الدرك و الخسارة على العهدة، و هذا أمر يتعلّق بعهده في العمل المتعلّق بعين واحدة بالنسبة إلى أشخاص متعدّدة.

نظيره في العرفيات وقوع العبيد المتعدّدين في عهده وجدان ابن مولا هم المفقود، و في الشرعيّات الواجب الكفائي. لا نقول إنه صرف تكليف بل هو أمر وضعى واقعى يكون الإنسان في ضرر التدارك في مقامنا و المتحصّل منه ثبوت حقّ للمالك في أخذ معادل ماله من أى من الأيادي شاء، لا ثبوت الملك له في ذمّة كلّ لمعادل ماله فإنه لا ينفك إمّا من ثبوت المعادل المتعدّد بعدد الذمّة أو توزيع المعادل الواحد على الذمم، و لا معنى للذمّة المردّدة التى لازمها عدم الاقتدار على الأشخاص، و إن وقع التعبير في كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بما يوهم ذلك فهو من باب ضيق العبارة.

و الحاصل التعهّد بالمال غير ثبوت البدل في الذمّة، و الثاني لا يتحقّق إلّا بعد التلف، و الأوّل يتحقّق بمحض ثبوت اليد و من لوازمه استحقاق المالك إخراج البدل عند التلف من مال المتعهّد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٣

و محصّل الكلام في الثاني أنّه يتمّ بثلاث مقدّمات:

الاولى: أنّ مفاد على اليد ليس أمرا تعليقيا بمعنى أنّ العهدة إنّما تحدث بحدوث التلف بحيث كان اليد جزء علة لحصول هذا المعنى و الجزء الأخير كان هو التلف إذ على هذا جميع الأيادي المتعاقبة متساوية في عدم عهدة لأحدها قبل التلف، و بعده يحصل للجميع في مرتبة واحدة بدون سبق لأحدها على الآخر، لتساوي الجزء الأخير من العلة بالنسبة إليهم و إن اختلف الجزء الأوّل تقدّما و تأخرا. و بالجملة يصدق على كلّ من الأيادي أنّه قد أثبت على مال له بدل في عهدة آخر فلازمه رجوع كلّ إلى آخر حتّى اللاحق إلى السابق، لكنّ بعد ما فرض أنّه يحدث هنا أمر تنجيزي غير معلق عقيب اليد يعبر عنه بالفارسيّة ب (گرفتاری) فاليد علة تامّة لحصوله بدون انتظار حصول التلف فيصدق على اليد السابقة أنّه قد أثبت على مال لا يقع في خسارته إلّا شخص واحد و هو المالك، و أمّا اليد اللاحقة فيصدق أنّها قد أثبتت على مال يقع أحد شخصين على البدل في ضرره و خسارته و هما المالك و الضامن الأوّل. المقدمة الثانية: أنّ المال الذي له بدل في عهدة شخص لمالكه إذا ضمنه شخص آخر و لم يعين المضمون له و أنّه المالك أو غيره أو كلاهما فلازم البدليّة هو التوسعة و إطلاق البدليّة، فإنّ معنى كون المال على عهدة الثاني بدون ذكر المضمون له أنّ من يتضرر من قبله أيّا من كان في العالم فله الأخذ بركبه هذا الضامن و إخراج تدارك ضرره من كيسه فإنّ معنى البدليّة أنّ من عليه البدل يقع في خسارة تلف المبدل كالمالك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٤

فإذا قيل خسارات هذا العين على عهدة فلان فهو عند الإطلاق يشمل هذه الخسارة لأنّه من خساراته و لا يخرج عن كونه بدلا له كما في صورة تعيين المضمون له، كما في ضمان العهدة في العوضين في البيع، فإنّ ضامن العهدة ليس ضامنا إلّا للمالك دون من تلف عنده المال من المشتري أو البائع فلا يرجعان إليه عند رجوع المالك إليهما فيكشف ذلك عن قصور البدليّة و عدم شمولها حتى بالنسبة لهذا الحكم.

المقدّمة الثالثة: أنّ الخسارة الواردة على اليد اللاحقة لا فرق فيه بين أسبابها فلو فرض تحقّقها من ناحية اليد أيضا لا مانع من شمول الحكم له إمّا بشمول اللفظ له إن قلنا بالقضية الطبيعية، و إمّا بتنقيح المناط، لوضوح عدم الفرق بين الأسباب إن لم نقل بها. و أمّا استظهار هذه المقدّمات: أمّا الأولى فهي مقتضى سوق حكم العهدة المستفاد من كلمة «على» على الإطلاق و عدم تعليقه بشيء. و أمّا الثانية فقد يتوهم شهادة العامّة في تعيين المضمون له في المالك فلا وجه له، إذ لا ملازمة بين كون الغاية الأداء إلى المالك و كون المتعهّد به خسارة كلّ من يتخسّر من ناحية هذا المال، و قد يستشكل في صدق خسارة هذا المال بالنسبة إلى اليد السابقة فإنّ المتحقّق في حقّه خسارة البدل دون العين.

و الجواب: أنّه لا شبهة في صدق أنّ بتلف هذا المال يقع شخصان في الضرر على التبادل إمّا المالك و إمّا المتعهّد به، و لذا يغتم كلاهما عند ثبوت اليد الثانية على العين، أحدهما لخوفه على ماله و الآخر على مال وضع على عهده.

و أمّا الثالثة: فعلى القضية الطبيعية لا إشكال فيها و كذا على تنقيح المناط

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٥

لوضوح عدم الفرق بين الأسباب.

لا يقال: ينتقض على هذا ما أبرمته سابقا فيما إذا أكره اليد السابقة اللاحقة على الأخذ فتلف في يد الثاني، حيث قلت: قرار الضمان على الأوّل و لا يمكن جعل هذا الضمان المسبّب عن السببيّة الحاصلة من حكم اليد الثانية مشمولا لحكم اليد الثانية فإنّه لا مانع من

شموله على نحو القضية الطبيعية أو تنقيح المناط.

فإنه يقال: فرق بين مقامنا هذا و تلك المسألة، فإن المدعى أن المستفاد من القاعدة أن كل ضمان حصل أسباب حدوثه في اليد السابقة مع قطع النظر عن حدوث هذه اليد اللاحقة و لو كان جائيا من هذه القاعدة، فبمقتضى القاعدة يحمل على الثانية، و أين هذا من ضمان ليس له عين و لا أثر مع قطع النظر عن هذه اليد فإن السببية إنما يتحقق موضوعها بواسطة اليد و مثل هذا لا تنفعه القضية الطبيعية أو تنقيح المناط، فتدبر.

و بالجملة بعد وضح المقدمات الثلاثة لا مجال للإشكال تارة: بأن التقريب يجيء في حق السابق أيضا لصدق أنه وضع اليد على ماله بدل، و جوابه ظهر من المقدمة الاولى و أنه مبتن على استفادة العهدة التعليقية، و أما على التنجيزية فلا مجال له كما هو واضح. و اخرى: بأن ضمان العين التي لها بدل لا يقتضى ضمان بدله مع أنه لم يحصل موجب للضمان بالنسبة إلى البدل، و دعوى كونه من توابع العين و شئونه كما ترى و جوابه ظهر من المقدمة الثانية.

و ثالثة: بأنه لو سلم ذلك اقتضى ضمان البدل للمالك لا لمن عليه البدل،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٦

و جوابه ظهر أيضا من تلك المقدمة فإن غير من عليه البدل لم يتخسر حتى يجبر خسارته و قضية القاعدة أنه ما لم يصل إلى مالكة فكل من يتخسر منه لا بد أن يجبر ذو اليد خسارته.

و رابعة: بالنقض بضمان الاثني لواحد و ضمان العهدة و ضمان المال عند العامة و ضمان الأعيان المضمونة بصدق ضمان شيء له بدل مع عدم ضمان البدل، و جوابه أيضا علم من تلك المقدمة. و حاصله: أنا لم نعلق الحكم على صرف كون الضمان ضمان شيء له بدل - كما توهمه صورة عبارة شيخنا المرتضى قدس سره - بل قيدناه بعدم تعيين المضمون له و قد عيّن في تلك الموارد دون المقام، فاستكشف البدلية المقيّدة في تلك الموارد المطلقة في المقام.

و خامسة: بأنه إذا رجعت العين من اليد اللاحقة إلى السابقة فتلفت فلازم البيان المتقدم قرار الضمان على اللاحقة مع أن القاعدة تقتضى قراره على السابقة و ذلك لأن الضمان إنما حدث باليد الأولى للسابقة فاليد الثانية لها لم تحدث شيئا حتى يقال إنها في هذا الحين - أعنى: حين إثبات اليد الثانية - ضمن شيئا له بدل، و الجواب أنه إنما لا تحدث اليد الثانية أصل ضمان العين لصاحبها لفرض حدوثه باليد الأولى و ما حدث لا يحدث ثانيا، و أما بالنسبة إلى ضمان اليد اللاحقة فلا مانع من تأثيرها فضمن اللاحق للمالك يستقر على السابق فضمانه للسابق يسقط.

و سادسة: بأن لازم ما ذكر جواز رجوع السابق إلى اللاحق بعد التلف و لو قبل رجوع المالك عليه، و الجواب: أنه لم يتخسر بعد و إذا كان مفاد القاعدة تحميل الخسارة فلا تحميل مع عدم الخسارة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٧

فإن قلت: قد ذكرت أن هنا ابتلاء فعليا يحصل عقيب اليد بلا انتظار شيء فلازم هذا لزوم تداركه.

قلت: نعم و لكن ليس تدارك هذا دفع العين إلى السابق في حال بقائها أو بدلها في حال التلف إذ ذلك لا يرفع ضمان السابق و إنما يرتفع بالدفع إلى المالك، فغاية الأمر أن للسابق حقّ مؤاخذه اللاحق بأن يدفع العين أو البدل إلى المالك و نحن نلتزم بذلك و لا نتحاشى عنه.

و سابعة: بأن لازم ما ذكر مع الالتزام بأن الخسارات اللاحقة كلّها من كيس الضامن ثبوت الضمان للسابق بالنسبة إلى اللاحق، إذ من جملة الخسارات هذه الخسارة الواردة على اللاحق و بعد عدم تعيين المضمون له كما تقدم لا بد من تحميل هذه الخسارة أيضا على السابق و جعلها من كيسه.

و الجواب أن كل خسارة فرضت للعين مع قطع النظر عن اليد نحكم بضمان ذي اليد لها و العين مع قطع النظر عن اليد السابقة لها

خسارات من التلف و فوات الجزء أو الوصف الموجودين فعلا أو بعد الخروج عن اليد قبل الوصول إلى المالك فإن فواتها أيضا من خسارات هذا العين مع قطع النظر عن ثبوت هذا اليد و ليس هكذا خسارة اللاحق، إلا أن يقال أنا نفرض كون يد اللاحق غير مستند إلى اليد السابقة، بل صرف كونه متأخرا في الزمان فان قطع النظر عن اليد السابقة يوجب قطع النظر عما هو معلوله لا ما هو متأخر عنه زمانا، فهذا القسم يدخل تحت النظر فلا فرق بينه و بين السمن الحادث فيما بعد المتبدل بالهزال قبل الوصول إلى المالك فكما نحكم بضمان الثاني على اليد السابقة لا بد أن نحكم بضمان الأول أيضا عليها.

و يمكن أن يقال: إنه لا بد من فرض العين على الحال التي كانت عليها

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٨

حين وقوع اليد عليها و هي حال وقوع اليد السابقة كونها غير مضمونة لأحد فالخسارات التي نحكم بها على الضامن لا بد أن ترجع إلى خسارات العين الغير المضمونة لأحد، و خسارة اليد الثانية خسارة العين المضمونة، و هذا بخلاف الهزال في السمن الذي لم يحدث بعد فإنه من الخسارات الفعلية للعين على هذه الحالة التي كانت لها قبل ثبوت اليد فإنه كما أن من خساراتها زوال سمنها الموجود كذلك من غصصها و ابتلائها زوال السمن الذي يحدث بعد ذلك أو اللبن كذلك.

ثم إن لصاحب الجواهر - قدس سره - هنا كلاما و هو أن الخطاب بالنسبة إلى من تلف في يده ذمي و بالنسبة إلى من تقدم عليه شرعي، و ذلك لعدم الدليل على شغل الذمم المتعددة بالمال الواحد و وجه رجوع غير من تلف عنده إلى من تلف عنده لو رجع إليه أنه يملك بواسطة دفع البدل ما في ذمته الأخير فهذا معاوضة قهرية فكما يمكن المعاوضة الجعلية بين المالك و غيره على هذا المال الذمي فهنا دفعت بتصرف الشرع بواسطة حكمه بإعطاء البدل، و يرد عليه:

أولا: أنه ما وجه التفرقة في مفاد على اليد إذا الفرض عدم الدليل غيره، فإن كان الوجه عدم معقولية شغل الذمم المتعددة بالمال الواحد فأى فرق بين الخطاب التكليفي و بين الذمي، فكما قلتم أن كون تدارك المال الواحد في العهديات الوضعية المتعددة غير معقول، فكذلك كون العمل الواحد أيضا في العهديات التكليفية المتعددة غير معقول، و هذا مراد شيخنا المرتضى - قدس سره - و شأنه أجل من حمل كلامه على ما لا يخفى فساده على فاضل، فكيف على من هو مؤسس.

و ثانيا: أن ما ذكر من المعاوضة القهرية إنما يسلم إذا كان بدل المال من باب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٧٩

المعاوضة الشرعية و ليس هكذا بل هو من باب الغرامة فإنه عوض لوجود العين لا لنفس العين كما يقال نظيره في بدل الحيلولة أنه بدل السلطنة الفائتة لا نفس العين.

و ثالثا: أنه على هذا لا بد أن لا يجوز لمن اغترم للمالك أن يرجع إلى الأيدي المتوسّطة، لا يقال كما ذكرتم أن ضمان المبدل يلزم ضمان البدل و إنما خرج البدل عن البدلية فالترموها هنا أيضا بأن ملك البدل حاله حال ملك المبدل في جواز الرجوع إلى الأيدي المتوسطة.

قلت: الوجه فيما تقدم إرجاع خسارة البدل إلى خسارة العين، و أما هنا فالحكم بجواز الرجوع إلى الأيدي المتعاقبة لأجل ثبوت اليد على المبدل لا يقتضى الحكم بذلك في ملك البدل الذي لم يثبت عليه يد هؤلاء.

ثم إن سيدنا المحشى لكلام شيخنا المرتضى - قدس سرهما - ذكر في المقام وجها آخر و هو أن ما يدفعه الدافع عوض لنفس العين التالفة لا للعوض الثابت في ذمة الأخير فيقوم مقام المالك في الرجوع إلى الأيدي الأخر و العين التالفة باعتبار الضمان له اعتبار المالية عرفا كما في باب الفسخ، نعم يشكل على هذا أنه يجوز عليه رجوعه إلى السابقين عليه لأنه قام مقام المالك.

و يمكن دفع ذلك بأن وجه عدم رجوعه على خلاف المالك أنه السبب لاستقرار الضمان على السابقين لأجل إثبات يده على العين التي في عهدهم و حيلولته بينها و بينهم.



قلت: يمكن منع السببية في بعض الموارد و هو ما إذا كان إرجاع العين إلى صاحبها متوقفة على طى مسافة لا يمكن عادة إلا بمضى ساعة، فصارت من أول الساعة في اليد الثانية و مكثت خمس دقائق ثم تلفت بالتلف السماوى، فكيف كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٠

يمكن الحكم في هذه الصورة بأن الثاني صار سببا لاستقرار ضمان الأول. نعم لو أراد الأول الإرجاع فأخذها الثاني من يده بالقهر و مضت مدة تسع الإرجاع ثم تلفت يصح القول بالسببية حينئذ، فدعوى سببية الثاني على وجه الإطلاق في محل المنع. و لو أبرأ المالك واحدا منهم فهل له مطالبة غيره؟ الحق هو التفصيل فإن قلنا بأن الثابت فى الذم هو المال الواحد الشخصى فلا محالة يسقط ما فى ذمة واحد يسقط هذا الواحد الشخصى، و إسقاط الإضافة أو حق المطالبة لا معنى له، إذ المجمعول له حق مطالبة المال، و أما إبقاء المال و إسقاط حق المطالبة أو إضافته بالشخص فهو تصرف فى حكم الشرع، و أما إسقاط الواجب الكفائى عن بعض المكلفين فهو إخراج الأمر بعضهم عن تحت الأمر، لا إسقاط للمكلف به مع إبقاء الأمر. و هنا أيضا هذا التصرف يكون للشارع و أما المالك فلا.

و إن قلنا: بأن الثابت عهدته التدارك و للمالك حقوق متعددة فإذا أسقط بعضها يبقى الباقي بحاله. و لو رجع بعد ذلك إلى من تقدم على من أسقط عهدته هل للمرجوع إليه الرجوع إليه؟ الظاهر نعم، لأنه إنما أسقط حقه لا حق غيره. ثم هذا كله حال تلف المبيع فى يد المشتري، و أما مع بقاءه فكل من الأيدي الجارية على العين مكلف بالإرجاع و للمالك مطالبة كل واحد بذلك، فيكون حال البقاء حال التلف بعينه، فيرجع المالك إلى الأول مثلا، فيرجع هو إلى الثاني و هكذا إلى أن يستقر على من عنده، و وجه ذلك أنه يصدق على الثاني مثلا أنه أثبت اليد على عين ينوح عليها شخصان، فعليه إسكات نوحتهما بدفع العين إلى مالكةا.

هذا ما ربما يستفاد من شيخنا المرتضى - قدس سره - و لعله من دلالة على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨١

اليد، فإنه كما يستفاد منه ضمان الخسارة عند القوات، يستفاد منه كون الرد على العهدة عند بقاء العين، و أما «المغصوب مردود» فلا يستفاد منه ذلك، لأنه يزول هذا الاسم بزوال اليد، فلا يكلف إلا من فى يده العين و حينئذ نقول: معنى «على» هو العهدة و لفظه «ما» يراد بها نفس العين و لها حالتان من الوجود و العدم، و عهدته حال الوجود هو لزوم الرد، و عهدته حال التلف دفع البدل، لكن يمنع عن تعميم العهدة الغاية المذكورة فى الذيل من قوله «حتى تؤدى» فإنه يصير بمثابة جعل لزوم الأداء معيى بالأداء و هو ركيك، فلا بد من إخراج هذا القسم من العهدة المستفادة من «على». و بعد الغض عنه يبقى ما يصلح للإرادة عهدته الخسارة، و جعل عهدته الخسارة معيى بالأداء لا- ركاهة فيها، و هى و إن كانت قضية تعليقية معلقة على التلف لكن الغاية غاية لتتمام القضية من المعلق و المعلق عليه لا لخصوص الأول حتى يرد أن جعل الغاية للحكم هو الأداء فى ظرف فرض التلف غلط. و إذن فوجوب الأداء لا- يستفاد من كلمة «على».

و حينئذ نقول: يمكن أن يقال: إن العرف يفهم من مثل هذه العبارة بملاحظة الغاية- أعنى «حتى تؤدى»- أن القائل يحب أداء المأخوذ إلى مالكة، فهى نظير الغايات التى يراد بها التعليل، مثل «لازمه حتى يؤدى مالكة» فالغاية هنا و إن لم يجىء لأجل التعليل لكنه يستفاد منه عرفا، و حينئذ فالمستفاد صرف الوجوب التكليفى، و على هذا فلا يجوز لنفس الأيدي رجوع بعضها على بعض لأنه فرع استفادة حكم وضعى من كلمة «على» و لم يستفد. فكل يد مكلف بالأداء من دون رجوعه إلى لاحقه.

هذا هو الكلام فى استفادة أصل حكم وجوب الرد و أما الكلام فى نسبة القاعدة مع قاعدة لا ضرر بملاحظة استلزام الرد للمثونة فنقول: حيث إن الأداء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٢

الواجب في تمام زمان العهدة و هو يشمل زمان الكون في اليد و زمان الخروج عنها و قبل الوصول إلى المالك فهو غالبا لا ينفك عن صرف مئونة في طريق الرد، إذ ربّما يكون من في يده المال غائبا و أنّه ربّما يكون المالك غائبا و ربّما يكون كلاهما غائبين و لا يخلو ردّ المال مع هذا غالبا عن صرف المال، نعم يمكن حضور كليهما بحيث لم يحتج إلى المئونة أصلا لكنّه فرض نادر، فلا يمكن تخصيص وجوب الأداء بهذا الفرض للزوم التقييد بالنادر و إخراج الأكثر، فلا بدّ من القول بأنّ المقدار المتعارف الغير المجحف بحسب المال و الحال يجب بوجوب الأداء و يخصّص قاعدة لا ضرر. مع إمكان أن يقال إنّ صرف المال فيما يقابله من العمل مثل حمل المال و غيره من لوازم الأداء ليس من الضرر بعد احتياج الإنسان إلى العمل المذكور فأى فرق بين إعطاء العوض بإزاء الماء لأجل رفع العطش و بين صرفه لأجل الوضوء، و كذلك هنا أيضا لا فرق بين إعطاء أجره الحمال لأجل حاجة نفسانية و إعطائها لأجل حاجة شرعية، غاية الأمر إنّ الموجد للحاجة و المدخل في عنوان صاحب الحاجة هو الشارع لكن مع هذا أيضا لا بد من إخراج البذل بإزاء العمل ما يقابله إذا كان خارجا عن المتعارف من حيثية أخرى، مثل كون المالك في بلد بعيد من بلاد الإفرنج لا يتعارف وقوع مثله في مثل ذلك البلد، فإنّ مئونة الحمل إليه و إن كان بحسب الأجرة المتعارفة الغير المجحفه هو المائنة مثلا، لكن يجب إخراجها عن وجوب الأداء بقاعدة لا ضرر، فالأوجه ما ذكرنا في الوجه الأوّل.

فإن قلت: الوجوب أعم من سلب الاحترام ألا ترى أنّ الدابة المستأجرة تكون نفقتها على المستأجر، و كذا الوديعه يكون حفظها و لو توقّف على المئونة على الودعي، و كذا الوصي لو توقّف عمله بالوصية على بذل مال يجب عليه، و مع ذلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٣

يرجع الكل إلى من وقع العمل لأجله من الموجر و المستودع و الميت، فهنا أيضا لا نقول بكون الوجوب مقيدا بحال عدم الحاجة إلى المئونة حتى يرد الاشكال، و لكن قاعدتنا لا- ضرر و الاحترام العمل و المال مع وجوب الأداء جميعا لا بد من مراعاتها و هو وجوب البذل على الضامن ثم الرجوع إلى المالك.

قلت: في كل مورد حكم برجوع العالم و باذل المال إلى من انتفع بعمله و ماله لا بد إمّا من كونه ياذن ذلك الذي انتفع و تحميلة كما في عقد الوديعه و الوصية و الإجارة فإنّ نفس هذه العقود دالة و لو التزما على الاذن في البذل، و إمّا من وجود النص الخاص على الرجوع، كما في باب اللقطة لو بذل لأجلها الملتقط على ما نقل من وجود النص على رجوعه على المالك، و مع عدم الأمرين فلا وجه يقتضى تحميل ذلك على المالك إذا لم يكن مطالباً للبذل، و إنّما يطالب المال و القاعدتان لا تقتضيان حمله عليه، و مجرد وصول النفع إليه لا يقتضى كون الأجرة و البذل على ذمته، و لهذا لو سقى زرع الغير بمائه بتخيّل أنّه زرعه لم يستحق الأجرة و البذل على ذلك الغير، و النص أيضا مفقود، هذا هو الكلام في المقدار الغير المجحف.

و أمّا الكلام في المجحف: فإن كان البائع معذورا، لهجه و زعمه كون المال لنفسه فلا إشكال في جريان دليل لا ضرر و لا حرج في حقّه لرفع المقدار المجحف سواء الإجحاف المالي و الحال.

و أمّا إن كان عالما بحيث تنجز عليه التكليف بالرد بمقدار لا يلزم ضرر و حرج فعصى و آخر، فالظاهر عدم جريان الدليلين في حقّه و لزوم بذل المال عليه و إن بلغ ما بلغ.

توضيح ذلك: أنّ من دخل الدار الغصيبة مثلا عالما بغصبتها فهو قبل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٤

الدخول كان قادرا على ترك جميع أنحاء الغصب و أفراده فتوجه إليه الخطاب بترك جميعها فإن بقيت قدرته بعد الدخول فلا كلام في تنجز العقوبة عليه، و إن انسلخت القدرة عنه و عجز عن الخروج، فكذلك لأنّ حاله حال من ألقى نفسه من شاهق في عدم بقاء القدرة على ترك إهلاك النفس و سقوط تكليفه و بقاء عقوبته، بل لو بقيت القدرة على ترك الغصب الزائد لكن زاحمه واجب أهم، كما لو توقّف بعد الدخول حفظ نفسه على عدم الخروج لا يعاد ظالم قتله لو خرج يجب عليه البقاء للحفظ، و عقوبة الغصب

باقية بحالها، لأنه قبل الدخول كان قادرا على ترك الغضب مع حفظ نفسه بعدم الدخول، ولا فرق بين علمه باتفاق ذلك بعد الدخول وجهله، لأنه مع الجهل يدور أمره بين بقاء قدرته في الزمان المستقبل لعدم طرؤ العجز ولا الابتلاء بالمزاحم الأهم وبين عدمه لطرؤ أحدهما، فعلى الأول ينتج عليه العقاب لقدرته المستقبلية، وعلى الثاني لقدرته السابقة فنتيجة الأمرين تنجز العقوبة، هذا حال العجز والمزاحمة بالأهم.

و أميا صيرورة الخروج حرجيا و ضرريا، كما لو أوعده ظالم بأخذ مال خطير منه لو خرج فليس حاله بأقوى من حال العجز، فإذا لم يؤثر العجز في رفع العقوبة، وكفت القدرة السابقة في تسجيلها، فلزوم الضرر والحرج لا يؤثر بطريق أولى، و حينئذ فدليل نفى الضرر والحرج غير جار هنا، لأنه بعد عدم ارتفاع العقوبة بسقوط التكليف فلا منة في إسقاطه، وقد كان مساقه المنة، ولا فرق أيضا بين علمه باتفاق ذلك وجهله كما تقدم، نعم لو قام عنده طريق شرعي أو عقلائي ممضى للشرع، كالاطمئنان على عدم اتفاق ذلك و بقاء قدرته بلا مزاحمة أهم ولا لزوم ضرر و حرج فاتفق حصول ذلك لا نضايق من معذوريته حينئذ و شمول لا ضرر إياه، و اذن فلا بد في العالم أيضا من التفصيل بين هاتين الصورتين.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٥

و حينئذ نقول في المقام إنه بعد ثبوت اليد على مال الغير إن اعتقد كونه لنفسه فلا إشكال في تقييد دليل الأداء في حقه بغير صورة الإجحاف، و إن اعتقد أنه مال الغير، ففي أول زمان ثبوت يده كان متمكنا من رفع الحيلولة بين المال و صاحبه بجميع أفرادها و وجوداتها في الأزمنة الآتية بلا ضرر و حرج، فإن آخر و لم يؤد فإن قام عنده أمانة شرعية على بقاء قدرته فيما بعد فاتفق حصول الضرر المجحف فدليل لا ضرر جار في حقه، و إن لم يقدّم فاتفاه في الأزمنة المستقبلية لا يجدى شيئا بعد تنجز العقوبة عليه بالقدرة السابقة، فالأمر دائر بين أشدّية العقوبة الأخروية و دفع تمام مال الدنيا، و من المعلوم تقدم الثاني عقلا، هذا. نعم لو فرض كون الرد من أول ثبوت يده مستلزما للضرر المجحف فيقتد الخطاب به حينئذ لا محالة.

ثم إنه لو باشر المالك الرد بالأجرة فلا مانع لكون عمله محترما.

و لو لم يقدر على الرد سواه و امتنع فهل يجب على الغاصب بدل الحيلولة، الظاهر لا، و ذلك لأن الاحتمالات في بدل الحيلولة ثلاثة: الأول: كونه بدلا لنفس الحيلولة بناء على أنها شيء يتدارك بالمال.

و الثاني: كونه بدلا عن تمكّن الغاصب.

و الثالث: الدوران مدار صدق التلف عرفا، فإن غرق المال الغير المرجو عادةً خروجه تلف عرفا، و كذلك سرقة بيد من لا يرجى وجدانه، و الاستيلاء عليه و قد بنينا في محلّه على صحّة الأخير. لأجل أن نفس الحيلولة بعد ردّ نفس العين كما لو اتفق وجدانه، و «١» ردّ عوض منافعه الفاتئة ليس شيئا يتدارك بالعوض، و قد أجاد جامع المقاصد حيث قال: و جعله بدلا للحيلولة لم يتضح معناه.

(١) عطف على «ردّ» لا على «وجدانه». منه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٦

و الثاني أيضا مستلزم لرجوع البديل إلى الغاصب بمجرد عود تمكّنه و إن لم يصل المال إلى صاحبه، بل كان تالفا في حقه.

و الثالث مقتضى القواعد و حال رجوع العين على خلاف العادة كحال رجوع العين التالفة الحقيقية على خلاف العادة.

و حينئذ نقول: لا- يخفى عدم صدق التلف في مقامنا بعد تمكّن المالك من الاسترداد و مسامحته فيه، فلا وجه لأخذه البديل مع اختصاصه بصورة التلف.

## إشارة

لو باع مال نفسه مع مال غيره، فعلى القول بصحة الفضولي وإجازة المالك في حصته فلا إشكال إنما الكلام في صورتين: إحداهما: القول ببطان الفضولي، والأخرى: القول بصحته، ولكن رد المالك في حصته فيقع الكلام على هذين في مقامين: الأول: هل يمكن القول بالصحة في البعض المملوك للبائع مع فرض البطان في الكل أو لا. - ينفك البطان في الكل عن بطان البعض.

□ والثاني: بعد تسليم إمكان صحة البعض منفكاً عن الكل هل هنا سبيل إلى إثبات الخيار الذي شاع التعبير في لسانهم - رضوان الله عليهم - عنه بخيار تبعض الصفقة أو لا وينبغي التكلم أولاً على حسب مقتضى القواعد ثم على حسب مقتضى النص الخاص. فنقول: يمكن تقريب الصحة بأن الإنشاء وإن تعلق بالكل بالصورة الوجدانية، ولكنه نظير العام الاستغراقى في باب الأمر، فكما أنه ينحل إلى إيجابات، فقول المولى أذ دينك وإن كان مضمونه إيجاباً واحداً متعلقاً بالكل، لكن أخذ هذه الصورة الكلية مرآة لما يحويه من الأجزاء، فيحصل بعدها هنا إيجابات

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٧

فقس حال إنشاء النقل في مقامنا بحال الإيجاب هناك، فالتعليق البيعي الإنشائي، وإن تعلق بالشاتين مثلاً بالصورة الوجدانية لكنه ينحل إلى تملكين، وإن شئت فقس حال النقل الإنشائي بالنقل الخارجى، فكما أنك لو حرّكت جسمين من بين يديك كان هذا التحريك الواحد سبباً لانتقال ما كان منهما خالياً عن المانع، فلو أمسك أحدهما ممسك فلا مانع من انتقال الآخر فكذا النقل الإنشائي هذا.

و لكن يرد على هذا أنه إن كان الإنشاء متعلقاً بالكل كما ذكرت على نحو تعلق الحكم بالعام الاستغراقى، فالصحة في البعض ممكن الانفكاك عن الكل لأنها بيوع عديدة غير مرتبطة بعضها ببعض، ولكن لا يصح القول بالخيار، إذ مجرد بطلان بيع لا يوجب الخيار في بيع آخر صحيح، ومجرد كون الداعي متعلقاً بهما مرتبطين وقد تخلف، موجود في البيعين المستقلين.

و إن كان الإنشاء متعلقاً بالكل المرتبط فهنا إنشاء واحد مرتبط فكيف يمكن التفكيك في الصحة، بمعنى أنه بعد بطلان هذا الإنشاء الواحد فعلى حسب الفرض من عدم الانحلال لا إنشاء آخر متعلقاً ببعض حتى يحكم بصحته، فالقول بصحة البعض بعد بطلان الكل لا وجه له، فالجمع بين القول بالصحة في البعض مع القول بالخيار لا يصح على أى تقدير.

و يمكن الجواب بأننا نختار الشق الثانى، قولكم فكيف يمكن التفكيك في الصحة بين البعض والكل مع عدم وجود المقتضى إلا بالنسبة إلى الثانى وقد بطل، مدفوع بأن القصد الإنشائي البيعى سبب لوجود الملكية في تمام الأجزاء، ضرورة أن القصد الإنشائي في عامة الإنشاءات موجود و سبب لتحقيق المنشأ فى الخارج، فإذا تحقق المانع عن تأثير هذا السبب فى بعض المسبب، لا مانع من تأثيره فى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٨

الباقي. مثال ذلك لو تعلق غرضك بمشى خمسين قدماً بحيث لا يفى بشىء منه مشى الأربعين، بل كان مضراً، فقصدت المشى المحدود بخمسين و مشيت أربعين فقهرتك مانع عن إيجاد البقية، فلا - إشكال فى أن ذات الأربعين قدماً مستنده إلى قصدك و اختيارك و فعل اختيارى لك، و إن كان وصفه و حدّه خارجاً عن اختيارك، لأنه أمر قهرى عند عدم لحوق البقية الحاصل من غير اختيارك، فلو كان أثر مترتباً على صدور ذات أربعين قدماً منك بوصف الاختيارية التابعة للاستناد إلى القصد، فلا تتأمل فى ترتيبه مع أن القصد كان بنحو الوحدة متعلقاً بكل الخمسين بدون انحلال فى البين، هذا فى الأقل و الأكثر المتعاقبين، و هكذا الكلام فى الدفيعين، مثاله لو كان لك قالب بمقدار ذراع لتسويد الخط الأبيض، فرفعت هذا القالب و وضعته على الخط المقدر بالذراع بقصد تسويد كله قصداً واحداً مرتباً فاتفق حصول مانع فى نصفه فلا محالة تسود نصفه الآخر، و يستند تسويد ذات هذا النصف إلى

قدرتك، و يقال إنه فعل اختياري لك و لا يصح القول بكونه فعلا اضطراريا، نعم هو بحد النصفية خارج عن قدرتك. و حينئذ نقول في تطبيق ذلك على المقام، قصد إنشاء البيع متعلقا بالكل بنحو الارتباط سبب و علمه بسبب إمضاء الشارع لظرو لون الملكية على مجموع الشاتين مثلا، و قد صدر منك بوحدته لبا و إنشاء، و اتفق وجود المانع عن تأثير هذه العلة في واحدة من الشاتين فلا محالة يتحقق التأثير في الشاة الأخرى.

فإن قلت: التأثير فرع انطباق الصورة التي وقعت في عالم الذهن تحت القصد على الأمر الخارجى، و إذا فرضنا الصورة بوصف الارتباط، فالجزء موجود فيها بنحو الاندكاك، و قد فرض في الخارج بحد الاستقلال، و الدليل على عدم الانطباق عدم حصول الامتثال للأمر المتعلق بالكل بإتيان البعض مع طرو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٨٩

العجز عن الباقي في الأثناء، فلو كان الصورة المتعلقة للأمر منطبقه لكان حصول هذا الخارج بدعوى الأمر و لا نعى بالامتثال إلا ذلك، فإذا قلت بعدم الامتثال كشف ذلك عن عدم الانطباق، و أن ما يدعوا الأمر إليه غير هذا الخارج، و لهذا قلت في المقدمة الموصلة، بعدم اتصاف كل واحدة من المقدمات في حال الانفراد بالوجوب.

قلت: ارادة الأمر المتعلقة بالصورة الوجدانية، إنما توجب اتصاف المجموع في لحاظ الاجتماع بالوجوب و لا انفكاك بينها في الذهن حسب الفرض، نعم هي موجدة خارجا لمتعلقها من باب تأثيرها في نفس العبد المنقاد، فلو فرض أن العبد صار متحرزا بالأمر نحو مشى الخمسين فانفق مصادفه المانع القهرى عند بلوغ الأربعين لصدق أن ذات الأربعين مستندة إلى الإرادة التشريعية المولوية، كما يصدق استنادها إلى الإرادة التكوينية المأمورية، فلو كان أثر لوقوع هذه الذات عن تحريك الأمر لزم ترتيبه، و أما عدم اتصاف الجزء المأتى من المركب و المقدمة الواحدة لو فرض عدم لحوق البقية لمانع قهرى بالوجوب، فلأن ارادة المولى متعلقة بالصورة الوجدانية، و لا- توجب وجودا خارجيا و إنما توجب الوجوب و هو متعلق بالصورة المشتملة على الكل، و الامتثال عبارة عن إتيان العبد في الخارج شيئا تنطبق عليه تلك الصورة و هي غير منطبقه على غير المشتمل على جميع الأجزاء.

و بالجملة: كلامنا في ما إذا كان لإرادة الكل تأثير خارجى و عليه في الوجود الخارجى، و الإيجاب ليس من هذا القليل.

فإن قلت: فعلى هذا لا بد أن تقول في المتباينين و المطلق و المقيد أيضا بمثل ذلك، فإذا باع الفرس فطبقه على البقر لا بد من صحه البيع بالنسبة إلى أصل الحيوان.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٠

قلت: الفرق أن نفس ذوات الأجزاء هنا وقعت تحت الإرادة لا- تحت ارادة أخرى، و أميا هناك فالارادة لم تتعلق إلما بهذه الصورة المغايرة لصورة المهملة، و بالجملة المرید للإنسان إذا لاحظ اتحاد الحيوان مع الإنسان يريده ارادة تبعية، و أما المرید للعشرة فنفس هذه الإرادة موزعة على ذوات التسعة إذ ليس العشرة إلا هذه الذوات.

و من هنا يتبين الفرق بين المقام و باب تعدد المطلوب فإن المطلوب الواحد هنا ينقسم إلى متعدّد، إلا أن المطلوب من الأول أمور متعدّدة، نظير ما يقال من أن الغرض الخارجى قابل للقسمه الخارجيه باعتبار انقسام المحل، فهنا أيضا ينقسم المحل الواحد و ينقسم غرضه أيضا باعتباره. هذا تقريب الصحه.

و أما تقريب الخيار فهو أنه قد وقع العقد على المحدود بالتسعيه و قد قصد المحدود بالعشريه، و هذا الحد قد حصل بغير اختياره و إن كان الذات حصل باختياره، و وجه حصول الحد أنه لا يحتاج إلى مثنوه أخرى، بل يتحصل بنفس عدم وجود الزائد و يتولد قهرا، و لا يقال: فكيف تحكم بالصحه في هذا الحد مع أنه خلاف دليل السلطنة، و الدوران مدار رضا المالك و قد حصل الحد باعتراك بغير سلطنته و رضاه، فإنه يقال: تأثير الرضا و السلطنة صار بنحو التأثيرات العقلية الخارجيه فهذا من لوازم نفس المسيبيه.

و حينئذ فلو كان مأمورا بالقيام على هذا المحدود الذى لم يقصده بحدّه كان ذلك حرجا عليه فبدليل رفع الحرج يثبت له الخيار.

و أمّا ثبوته للبائع مع قطع النظر عن النص حيث إنّ فيه وقد وجب الشراء من البائع فيما يملك فمع علمه بالحال لا إشكال في عدم الخيار، كما في صورة معلومية جهله أو اعتقاد مأذونية نفسه، وكذا مع التردد، ولكن أقام البيّنة على كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩١

طبق دعواه أو أقرّ المشتري بصدقه، و أمّا مع التردد وعدم الأمرين فمجرد دعواه لا تثمر بمحض كونها دعوى لا تعلم إلّا من قبله أو أنّه مدع بلا- معارض، إذ لم تعلم كليه لهاتين الكبيرين، فالمرجع هو الأصل لو كان، في هذا الباب و باب الغبن عند دعوى المغبون الجهل، و إلّا فلزوم الوفاء جار و الأصل المتوهم أصالة عدم العلم، و هو لا يثبت عدم كونه مقدما على الضرر و الحرج، و كذلك أصالة عدم الاقدام لا تثبت كون الضرر جائيا من قبل حكم الشرع، و الحاصل المنفى هو الضرر المسند إلى الشرع فكلما كان طبع العمل مع قطع النظر عن الحكم المرتب عليه في الشرع ضروريا، فالإقدام عليه مع الالتفات أقدام بالضرر، فلو حكم عليه الشارع باللزوم لا يكون إضرارا مسندا إلى الشرع، و أمّا إذا كان نفس العمل غير ضروري في حد ذاته، و إن كان كذلك بالنظر إلى حكم الشرع، كما في الجنابة عمدا في الهواء البارد، أو أكن ضروريا و لم يلتفت المكلف إلى عنوانه الضرري، فهنا إلزام الشرع ضروري، فالمدار على ضرريه حكم الشرع و عدمها و لا أصل يعين أحدهما، فالمرجع عمومات الوفاء هذا.

ثمّ قد يتوهم الإشكال في صحّة البيع المذكور من جهة الجهالة بالمقدار الذي يقسّط من الثمن على حصّة البائع، و ليس بشيء، فإنّ الغرر منتف، و الجهل بالثمن الذي قام الإجماع لعى إضراره، إنّما هو في الثمن المعجول في عقد المعاوضة ابتداء و لا دليل على لزوم العلم حتى بما يصير بقبال الجزء بعد الانحلال.

هذا تمام الكلام في مقتضى القاعدة، و أمّا التعبد، فصحيحة الصفار الواردة في من أراد مئة و لم يتسع مجاله لتعيين ما ملكه من القرية التي كانت بمراحل من منزله، و كان مالكا لقطاع من تلك القرية فباع القرية كلا بما لها من الحدود الأربعة، فأجاب- عليه السلام:- «لا يجوز البيع فيما لا يملك، و قد وجب الشراء من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٢

البائع فيما يملك» و الاشكال بأنّه قضية في واقعة فيه ما فيه، و الإنصاف تامة دلالة الجواب على العموم.

نعم هنا كلام في أنّ ما لا يملك يشمل حتى ما لا يقبل الملك كالخمر و الخنزير أيضا، أو يختص بما يقبله و لا يملكه البائع و يملكه غيره، فيمكن أن يقال: حيث لا عموم في الموصول فمن المحتمل دخالة القابلية للمملوكية في هذا الحكم. و كيف كان فهو خارج عما نحن بصدده.

و أمّا الكلام في كفيّة التقسيط فما يظهر من الجماعة من نسبة قيمة كلّ منفردا إلى قيمتهما مجتمعين، يتوجّه عليه إشكال جامع المقاصد من عدم استقامة ذاك إلّا في صورة عدم تأثير الهيئة الاجتماعية في مقدار القيمة، و أمّا معه فيلزم الظلم على واحد من البائع و المشتري، و لا- يكون حال التقسيط عند الردّ كحاله عند الإمضاء، و الحال لزوم ذلك [يعنى يجب أن يكون حال التقسيط عند الردّ مشابهة للتقسيم عند الإمضاء]، فلذلك عدل عن هذا شيخنا المرتضى- قدس سرّه- و اختار أن ينسب قيمة كلّ منفردا إلى مجموع القيمتين و يخرج من ثمن المسمّى بهذه النسبة، و هو أيضا لا يستقيم في صورة تأثير الهيئة في أحدهما بالزيادة، و في الآخر بالنقص، أو لم تؤثر في الآخر أصلا، بل تساوى قيمته في كلتا الحالتين، مثلا- لو قومت الأمة في حال الانفراد عن طفله بعشرة و في حال الانضمام بخمسة، و الطفل بالعكس في حال الانضمام بعشرة و في حال الانفراد بخمسة، فعلى مختاره- قدس سرّه- يلزم أن تضع بإزاء الأمة ثلثا الثمن الذي كان ثمانية عشر مثلا و هو اثنا عشر، و في قبال الطفل الثلث و هو الستة، و الحال أنّ الأمر بالعكس فكان يجب عند الإمضاء دفع الاثنى عشر لصاحب الطفل و دفع الستة لصاحب الأمة، فالطريق الأسلم أن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٣

يقال: الاعتبار بقيمة كلّ منفردا، و لكن بلحاظ حال الانضمام و ملاحظة نسبتها إلى قيمة المجموع بوصف الانضمام و هذا يطرد في

جميع الموارد.

مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف الدار

إشارة

فهنا صور أربع: لأنه إما ليس له التصرف في نصف الغير، وإما يكون، وإما للمأذونية، وإما للولاية، و على التقديرين إما نعلم المراد و أنه أراد نصف نفسه أو نصف غيره أو بالإشاعة حتى يكون المبيع مشاعا في المشاع، أو أراد النصف المطلق بدون التعيين في أحد الأقسام الثلاثة المتقدمه، وإما أن لا نعلم لكن نعلم إجمالاً أنه يريد لما هو المفهوم، و المفاد لهذه القضية أعنى قوله: بعتك نصف الدار لا كلام في صورة قصد نفسه أو غيره أو الإشاعة.

إنما الكلام في حكم الصورتين الأخيرين أعنى: صورة العلم بأنه أراد النصف المطلق، و صورة العلم الإجمالى بأنه أراد مفهوم هذا اللفظ، و على كل منهما، تارة نفرض جواز تصرفه في نصف الغير، و أخرى عدمه فهذه أربع صور.

الصورة الاولى: أن نعلم إجمالاً أنه أراد مفهوم هذا اللفظ مع كونه غير جائز التصرف في نصف غيره، فلا بد من التكلم في أن مفهوم هذا اللفظ ماذا حتى نعلم أن حكمه ماذا؟ فنقول: هنا ثلاثة ظهورات:

الأول: ظهور بعث في الأصالة و الاستقلال.

و الثانى: ظهور المقام حيث إنه مقام التصرف في أن المراد بالنصف في نصفه المختص فإنه هو الذى يكون له أن يتصرف فيه و الثالث: ظهور لفظ النصف في الكسر المشاع في الحقين فلازمه كون المبيع مشاعا في المشاع.

أو يقال: إن الظاهر منه هو المشاع في ذات الدار، مع قطع النظر عن كونها

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٤

معروضة للملكين فيتردد بين نصف البائع و نصف غيره، و فى الحقيقة معنى النصف هو الكسر المشاع على كل تقدير، و إنما الاختلاف في المضاف إليه، فهل الظاهر إضافة الكسر إلى الدار بما هو مملوك لهما أو هى بملاحظة نفسها و ذاتها، فعلى الأول: نلاحظ الكسر في مجموع الملكين، و على الثانى: نلاحظ في نفس ما هو مفروض ملكية هذا و ذاك، و المفروض أن له نصفين: أحدهما لهذا و الآخر لذاك فحيث لم يصفه إلى نفسه و لا ذاك يبقى مرددا بين النصفين.

ظاهر شيخنا المرتضى - قدس سره - أن ظهور «بعث» فى الاستقلال المقتضى لتعين النصف فى نصف نفسه محكوم لظهور النصف فى الإشاعة و إن كان كل منهما إطلاقياً، أمّا الأول: فلأن نفس البيع الصادر من الإنسان إذا لم يلاحظ كونه لغيره أو لنفسه فهو واقعا مضاف إليه، و إنما يحتاج صرفه إلى الغير إلى ضم ملاحظة الغير، نظير الصلاة، فإن الإنسان لو لم يلاحظ كونها لأبيه مثلا يكفى فى كونها صلاة نفسه، و لا نحتاج فى صيرورتها كذلك إلى قصد ذلك بل هو حاصل قهرا.

و أمّا الثانى: فإن النصف إذا لم نلاحظ قيد كونه ملك نفسه أو ملك غيره فهو مطلق تحصل إشاعته فى كلا الملكين، فالذى يحتاج إلى المؤنة هو الاختصاص، و أمّا الإشاعة فهو من طبع هذا المعنى لو خلى و نفسه، ثم المدعى أن ظهور النصف فى الإشاعة فى قبالة نصف هذا أو ذاك إطلاقى و ارد على ظهور بعتك فى الاستقلال الذى هو أيضا إطلاقى.

و وجه ذلك أن الإطلاق الثانى: إطلاق المطلق، و الأول: إطلاق القيد، مثلا إطلاق الرقبة متقوم بعدم لحوق القيد، فإذا كان للمؤنة عند الإطلاق ظهور

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٥

ينافى إطلاق الأول نأخذ به، و هنا أيضا البيع مطلق و النصف مقتيد فيجرب فيهما ما ذكر.

و استشكل على هذا بأنه لا بد فى لا- تنقض اليقين، و لا- تضرب أحدا أيضا من إجراء ذلك، و قد قلتم فيهما بالعكس فى باب

الاستصحاب من الأصول.

و يمكن أن يجاب بأن الكلام هنا في الظهور الإطلاقي و هناك في الانصرافي و الوضعي، و بعبارة أخرى في المادى، مع أن المرجع في هذه الأمور هو الوجدان و نحن إذا راجعناه نجد الفرق، و قد يستشكل أنه ما الفرق بين هذا و بين الظهور الانصرافي المقامى و الإطلاقي المنعدين في لفظ النصف، فإن مقتضى إطلاقية الثانى و انصرافية الأول عدم التوقف في أنه يورث انعقاد الظهور من الأول متضيقة غاية الأمر بتعدد الدال و المدلول.

ألا ترى لو كان قرينه مقامية على ارادة قيد المؤمنة من قوله: أعتق رقبته، فهل يبقى محل لمزاحمة إطلاق الرقبه لهذه القرينه المقامية؟ كما لو قال: أعتقت الرقبه فإنه ظاهر بقرينه مقام التصرف في أنه من مال نفسه لا أنه أعتق فضوليا من مال غيره و على هذا فقياس المقام بقول بعث غانما إذا كان الاسم مشتركاً بين عبده و عبد غيره حيث نرفع إجمال الاسم بظهور المقام في محله، فهنا أيضا نرفع اليد عن الإطلاق بسببه، فكما نحكم بتعين المبيع في ماله فلا بد أن نحكم في المقام بذلك لا بالتوقف و الترديد.

و يمكن الدفع بأنه إن كان النصف كلياً له مصداقان، مشاع و مختص، كان الحال كما في مثال أعتقت الرقبه، فإن الرقبه بالنسبة إلى خصوصيته الحالية لنفسه المعتق و غيره لا ظهور له أصلاً بخلاف المقام، فان للنصف ظهوراً في أحد الخاصين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٦

و الجزئين، أعنى النصف الخارجى المشاع فى الملكين، و لهذا عند عدم القرينه فى مثال الرقبه لا يحمل على واحد من الخصوصيتين، و هنا يحمل على المشاع، كما فى ما أقر أحد الشريكين بنصف الدار لثالث حيث إنهم يفتون ظاهراً بالحمل على الإشاعه و النفوذ فى نصف نصفه الذى هو ربع الدار.

لا يقال: فإذا تعارض الظهور ان فى القيد و هو النصف يبقى المورد أعنى:

إطلاق البيع سليماً عن الوارد.

لأننا نقول: كلما فإنه من قبيل ذكر ما يصلح للقرينه فى الكلام، فإنه يوجب عدم حمل المطلق على إطلاقه، و يتفرع على ما ذكرنا و ذكروا من حمل النصف عند الإطلاق و التجرد عن القرينه على المشاع بلا ترديد، أنه لو كان البائع للنصف ولنا أو مأذونا من مالك النصف الآخر لا يبقى ترديد فى حمل قوله: بعث نصف الدار على المشاع فى الملكين، و ذلك لأن الظهور المقامى المعارض ليس هنا، فإن ظهور مقام التصرف ليس بأزيد من كون المال المتصرف فيه جائز التصرف للمتصرف، و أما كونه ملك نفسه فلا دلالة للمقام المذكور عليه، و المفروض فى المثال حصوله على كلا-التقديرين، أعنى كون النصف هو المشاع أو المختص فيبقى ظهور النصف فى الأول سليماً عن المعارض هذا.

إلما أن يمنع من الأصل هذا الظهور للفظ النصف فى المشاع حتى تكون النتيجة فى كلا الفرعين هو الحمل على المختص بلا ترديد بأن يقال: إن الإشاعه فى الملكين يحتاج إلى لحاظ الملكين و إضافة النصف إلى المجموع من حيث كونه مجمع الملكين، و الكل خلاف مفروض مسألتنا من العلم بعدم إرادة المتكلم أمراً خارجاً عن مدلول لفظ بعثك نصف الدار، فالظاهر من لفظ النصف ليس هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٧

الكلى كما فى قولك: النصف أعظم من الثلث و لا المشاع فى المشاع بل المشاع فى نفس الدار، و من المعلوم أن نفس الدار ليس له أزيد من نصفين خارجيين، و لا امتياز لأحدهما عن الآخر إلا بصرف أن أحدهما نصف و الآخر نصف آخر، فامتياز الثانى بوصف الآخريه فقط، و المفروض أن كلا من هذين النصفين مختص بواحد من الشخصين، فيدور الأمر بين إخراج أحدهما رأساً و إدخال الآخر و العكس، و لا-يبقى لاحتمال التشريك سبيل، فيحمل فى الفرع الأول على نصف البائع لأجل قرينه المقام، و فى الفرع الثانى أيضاً، لأجل أنه ملك كلياً ملك مصداقه يعنى نكرة «١» تملك مصداقا من مصاديقه البدئية الطولية.



و على هذا أعنى كون النصف غير ظاهر في المشاع في المشاع بل في المشاع في نفس العين الخارجية المنحصر صدقه في فردين، ينطبق حكمهم في مسألة طلاق الزوجة قبل الدخول و بعد هبة الزوجة نصف صداقها التي كانت عينا خارجية، بأن النصف المردود بالطلاق من تلك العين إلى الزوج متعين في النصف الباقي و ليس مشاعا في الباقي و الموهوب.

و مقتضى كلامهم هنا حيث أثبتوا للنصف ظهورا في المشاع في الحقين، و صار هو منشا لترددهم في المسألة الأولى أن يكون النصف في هذه المسألة أيضا مشاعا في الموجود و التالف عن ملك الزوجة الذي هو الموهوب، فيدفع إلى الزوج نصف ما في يدها و نصف قيمة التالف، و لا- يمكن كون مبنى كلامهم أن الأقرب إلى التالف هو الربع الآخر الموجود في يدها، فإنه من جميع الجهات متساو معه، بل عرفت أن الامتياز بينهما منحصر في أحدهما ربع الدار مثلا و الآخر ربعها الآخر.

(١) لأن الكسر المشاع ليس من قبيل الكلى في المعين بل من قبيل الفرد المردد و النكرة كما قرّر في محلّه فراجع - منه - دام ظله.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٨

وجه عدم الإمكان، تعليلهم الحكم بأنه قد بقي مقدار حقّ الزوج فينطبق على ما ذكرنا من أن النصف حصّة شائعة في جنسه فقد ملك الزوج على الزوجة كليا تملكه هي صدقه، و بعبارة أخرى: إذا جعل بمقتضى الآية نصف ما فرضتم للزوجة، فيعود نصف ما فرضتم أيضا إلى الزوج، و يصدق على هذا الذي بقي في يد الزوجة أنه نصف ما فرضتم.

و بالجملة هذه المسألة مناف لأحد طرفي ترديدهم هنا و هو كون ظهور النصف المضاف إلى الملك المشترك في النصف المشاع في الحقين أو الحقوق، و هنا مناف آخر للطرف الآخر من ترديدهم و هو ظهور مقام التصرف في الاختصاص و منشئته للتوقف عن حمل النصف على ما هو ظاهره من الإشاعة، و هو حكمهم في مسألة المدعين للدار على أن يكونا شريكين بالمناصفة و أنّهما قد ورثاها من مورثهما مثلا، فأقرّ صاحب اليد لواحد منهما بالنصف فصالح المقرّ هذا الواحد على ذلك النصف بعوض، فقالوا إن الصلح يقع في نصف ملكيهما فينفذ في ربع المصالح و يقف في ربع شريكه على إجازته، فإنّ حال هذا الصلح بعينه حال البيع في مقامنا، فكما صار في مسألة البيع قرينه المقام الظاهرة في إرادة النصف المختص مانعة عن حملهم النصف على ما هو ظاهره من الإشاعة في الحقين و جب مثله في مسألة الصلح أيضا، فبين توقفهم في الأولى و جزمهم بأحد الطرفين في الثانية مع كونهما من باب واحد تناف.

لا يقال: كلامنا في مسألة البيع ما إذا قصد النصف المطلق، لأننا نقول: في مسألة الصلح أيضا لا يخلو إما نقصد نصفه المختص به أو مطلق النصف، و على كلّ حال لا وجه للحمل على الإشاعة، و دفع المحقّق الأردبيلي - قدس سرّه - هذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٤٩٩

الإشكال بأنّ النصف الواقع في كلام المقرّ محمول على الإشاعة بمقتضى طبعه مع عدم الصارف، و الصلح حسب الفرض واقع على ما وقع عليه الإقرار و هو المشاع فيخرج كلامهم عن المنافاة إلى الملائمة.

و يمكن دفعه بأنّ النصف الواقع في كلام المقرّ له حيث يدعى أن له نصف الدار محمول على نصفه المختص بلا شك، ضرورة أنه لا يدعى إلّا نصف نفسه لا النصف المشاع بينه و بين شريكه، فالإقرار أيضا متعلق بما تعلق به الادعاء، فنقول: ما ادّعيته صدق، فيكون الصلح أيضا دائرا بين الاحتمالين اللذين ذكرناهما بلا ثالث لهما، من قصد النصف المختص الذي هو المقرّ به أو مطلق النصف، و ظاهر كلامهم هو الثاني، حيث حكموا بالإشاعة فيكون منافيا لما هنا.

و على كلّ حال لا إشكال في حمل النصف الواقع في كلام المالك للنصف لولا قرينه صارفة إلى نصف نفسه على النصف المشاع في النصيين، و لهذا أفتوا ظاهرا بأنه لو أقرّ أحد المالكين للدار الثابت يد كلّ منهما عليها بالمناصفة بأنّ ثلث الدار لثالث، يحمل على المشاع في النصيين، فإنّ صدقه شريكه الآخر دفع كلّ سدس ما في يده إلى ذاك الثالث، و أمّا لو كدّب فالمنكر باعتقاد المقرّ لا يستحقّ إلّا الثلث، فالزائد و هو سدس الدار في يده مغضوب، و نسبة هذا السدس إلى المقرّ و المقرّ له على السواء، فلا- وجه

لاختصاصه بالمقر له، و إذن فالنصف الذى تحت يد المقر لا بدّ من تنصيفه بينه و بين المقر له فيكون الناقص عن حقّ كلّ نصف السدس الذى فى يد المنكر.

لا يقال: كلّ نصف مشتمل على ثلاث أسداس كلّ سدس حقّ لواحد من المقرّ و المقرّ له و المنكر، فالنصف الذى فى يد المقرّ يكون ثلثه الذى هو سدس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠٠

المجموع لنفسه و ثلثه للمقرّ له و ثلثه للمنكر، إلّا أنّ له بإزاء ثلث المنكر ثلثا فى يد المنكر و قد قسماهما بالمراضاء، فرضى كلّ بتصرف الآخر فى ثلثه بإزاء تصرفه فى ثلث ذاك، فيبقى الثلث الآخر الباقي فى يد كلّ من المقرّ و المنكر فهو متعين ذاتا للمقرّ له، هذا بحسب الواقع، و أمّا بحسب ما حدث بالإنكار فالإذن الشرعى حاصل للمنكر فى أن يتصرف حصّة المقرّ له أعنى سدسه.

فالتلف الحادث من قبل هذا الإذن أيضا تعلق بما تعلق به الإذن، و المفروض أنّه متعلق بحقّ المقرّ له فكذلك التلف، فهذا تعين ذاتي لا أنّه بتعيين من الشارع فى إذنه حتّى يستشكل من أين يستفاد هذا التعيين من الإذن الشرعى الجائى من قبل يد المنكر.

كما أنّه لا وقع أيضا للاستشكال فى أنّ الحكم على طبق اليد حكم ظاهرى مسبب عن أماره ظاهريّة هى اليد و حجيتها مختصّة بغير العالمين و المقرّ عالم بالواقع فلا معنى بحجّيّة الإماره فى حقّه، فإنّ المراد ليس الحكم بمحكوميته بهذه الأماره بل المقصود أنّ التلف الناشئ من قبل هذه الأماره، الحجّة فى حقّ الشاكين فى أى موضع ورد، و قد عرفت و روده فى حقّ المقرّ له و لعلّه لذا حكم الأكثر فى مسألة الإقرار بالنسب بأنّه لو أقر أحد الأخوين بأخ ثالث يدفع الزائد عن نصيبه الذى هو الثلث و هو سدس ما فى يده إلى المقرّ له دون نصف ما فى يده.

و الحاصل فرق بين الغاصب الغير المأذون شرعا و الغاصب المأذون، ففي الأوّل لا-بدّ من حساب التالف من قبل الغصب على الشريكين، و أمّا فى الثانى فالإذن الشرعى إنّما ورد فى ما زاد على ما استحقّه المنكر بالاستحقاق و المراضاء مع المستحق.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠١

و أمّا الغصب فلا يتعلّق بعنوان الزائد فيرد على حقّ الشريكين فى عرض واحد إلّا على احتمال مضعف فى محلّه من تصوير غضب المشاع و صحّة تقسيم الشريك مع الغاصب حتّى يتمحض المغصوب فى حصّة الشرك الآخر.

لأنّنا نقول: إذا فرضنا انحصار ذى اليد على الدار فى المنكر و كانت يده على نصفها، كان كأنّ للدار ستّة بيوت فتصرف فى ثلاثة منها، ثمّ أقرّ الشريك الآخر المالك لنصف الدار بأنّ لزيد مثلا ثلث هذه الدار و فرضنا تنزيل هذا الثلث على الإشاعه فى النصيين، فأنكر الآخر الذى ثبتت يده على ثلاثة بيوت ذلك، فهل يصحّ لك أن تقول بأنّ للمقرّ ترجيح بالنسبة إلى ثلاثة بيوت آخر على المقرّ له، أو أنّه لا محيص من القول بالتساوى و التنصيف فيكون السدس الفاضل فى يد المنكر محسوبا عليهما لا محالة؟

و أمّا قولك بعد ثبوت اليد من المقرّ يكون تحت يده ثلاثة أسداس كالمنكر، و هو و إن كان مرتكبا للحرام بالنسبة إلى كلّ التصرف لكن لا ضمان له إلّا بالنسبة إلى الثلث الذى هو سدس المجموع كالمنكر.

فمدفوع بأنّه بعد ما فرضت من أنّه قبل وضع يده كان النصف بينهما على السواء، فمن أين حدث المعين و المرجح بعد ثبوت اليد؟ إن قلت: مراضاته مع الغاصب. قلت: المراضاء بالنسبة إلى سهم المقرّ له الذى هو النصف من النصف غير نافذة، فالمراضاء بالنسبة إلى السدس و نصف السدس المختصّ به صحيحه، و أمّا بالنسبة إلى السدس و نصف السدس الآخر، ففي حقّ المقرّ له على حسب إقراره، و أمّا قولك: يد المنكر بمقتضى حجّيته بالنسبة إلى اليد الخارجة دون الداخلة معيّنة للسدس للمقرّ له، فمدفوع بأنّ الإقرار يوجب أخذ المقرّ بما هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠٢

الواقع على تقدير صدقه، و بعبارة أخرى: مفاد الإقرار نافذ فى حقّ المقرّ مقدّما على أمارية اليد و قد فرضنا أنّه لو علم صدقه كان نسبة

النصف بينه و بين المقر له على السوية.

و أمّا مسألة الإقرار بالنسب فمقتضى القاعدة فيه ما ذكرنا و لكن ظاهر مرسله الصدوق - قدس سره - توجب المشى على خلاف القاعدة فيه، فان ظاهر صدرها أعنى مسألة الإقرار بالدين حيث نفى استيعاب الدين لكلّ ماله و قدر الثابت فيه بمقدار حصّته أنّه لو كان حصّته النصف مثلا فعليه النصف و هكذا، ثمّ بقرينه اتحاد السياق المستفاد من قوله: كذلك يستفاد أنّ الحكم فى الذيل أعنى: مسألة الإقرار بالنسب أيضا مثل الأوّل فى كون مقدار الخارج من حصّة المقرّ للأخ المقرّ له مقدار حصّته من التركة.

### مسألة

لو باع ما يملك و مالا يملك بصفقة واحدة فالكلام فيه حسب القاعدة بعينه هو الكلام فى المسألة السابقة أعنى بيع مال الغير مع مال نفسه، و الفرق بينهما فى أمور:

الأوّل: أنّ النص قاصر عن شمول المقام لا لأجل خصوصية المورد بل لأجل عدم العموم فى الجواب، نعم خصوصية المورد الخاص المفروض للسؤال مقطوع عدم دخلها، فلهذا تعدّينا إلى كلّ ما يشابهه، من بيع مال الغير مع مال النفس، و أمّا بيع المال مع غير المال فلا عموم و لا مشابهة فلو فرض الخدشة فى العمومات و الإطلاقات كانت الصحة بلا دليل.

الثانى: أنّ المشهور قيدا بالحكم بالصحة فى هذا المقام بعدم علم المشتري

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠٣

بالحال و أنّ بعض المبيع غير المال، و لم يعلم وجه لهذا التقييد أولا - ثمّ لاختصاصه بالمشتري ثانيا، بيان ذلك أنّه إن كان الوجه تصحيح قصد البيع جدّا فأولا هذا فى البائع أيضا موجود فما وجه التخصيص بالمشتري؟

و ثانيا: أنّ للمسألة صورا: الأولى: أن يكون الضميمة غير المال الشرعى المعدود من جملة الأموال عرفا مثل الخمر و الحرّ كما فى الأسير المقهور فى يد التركمان، و الثانية: أن يكون غير مال عرفا و شرعا مثل الخنفساء و هذا له صور:

الأولى: أن يشتبه موضوع الخنفساء بموضوع من موضوعات الأموال. الثانية: أن لا يشتبه موضوعه لكن يخيل أن له مائئة و تمولا عند العرف إمّا بقدر معين و إمّا فى الجملة.

و الثالثة: أن نعلم أنّه خنفساء و نعلم أيضا أنّه لا مال عرفا و شرعا.

فالقسم الذى لا تصوّر فيه القصد الجدى هو الأخير فقط و سائر الصور تمشى القصد الجدى فيها بمكان من الإمكان.

و إن كان الوجه عدم لزوم الغرر، فأولا: لا اختصاص لهذا أيضا بالمشتري، و ثانيا: إن أريد الغرر بمعنى الخطر فهو مأمون، و إن أريد الإبهام حيث قام الإجماع ظاهرا على أنّ نفس الإبهام و لو مع عدم الخطر المالى و الأمن منه مبطل، كما لو باع بالقيمة العادلة بدون تشخيصها فى حال الصيغة بقصد التشخيص فيما بعد فهو مانع للإجماع، و من المعلوم عدم ثبوته فى المقام و إنّما المتيقن هو الجهل و الإبهام الابتدائي دون ما يحصل بعد التقسيط مضافا إلى أنّه غالبا يكون قيمة كلّ من الضميتين معلومة.

الأمر الثالث فى كيفية التقويم، و أمّا التقسيط بعد التقويم فكيفيته كما مرّ، فنقول: لا إشكال فى ما إذا كانت الضميمة مالا عرفا مع عدم الاشتباه فيرجع إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ١، ص: ٥٠٤

قيمه عند أهله، و إنّما الإشكال فى ثلاث صور:

الأولى: أن يشتبه و تخيل الخمر خلّا و يجرى هذا فى مثل ما إذا تخيل الجمل فرسا فإنّ البيع بالنسبة إليه لتخلف العنوان باطل، و فى مثل إذا تخيل الغراب ديكا.

و الثانية: أن يشتبه فى حكم الخنفساء فتخيل أن له مائئة بقدر كذا.

و الثالثة: أن يشبه أيضا فيه و تخيل أنه مال و لكن لم يعلم قدر ماليته.

ففى الأولى: لا إشكال فى عدم اعتبار قيمة الخمر و الجمل بل يفرضان خلا و فرسا بنحو ما تخيله و يقومان.

و فى الثانية أيضا لا إشكال فى الأخذ بالقيمة المتخيلة.

و أمّا الثالثة فقد يتوهم فيها البطلان من رأس لإبهاام الثمن بحسب الواقع، لكن الظاهر أن البيع لولا الإجماع القائم على مبطئية الإبهاام تامّ الأجزاء و الشرائط، و الإبهاام و عدم التعيين [فى] الواقع لا يوجب الحكم بالبطلان، كما لو تبايعا على ما تراضيا فى ما بعد من الثمن فلا مانع من شمول الإطلاقات، و إنّما المانع الإجماع و قد عرفت أنه مفقود فى المقام.

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكى)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - إيران، اول، ١٤١٥ هـ ق

## الجزء الثانى

### [تنمة شروط المتعاقدين]

### [تنمة الشرط الرابع من شروط المتعاقدين ملك التصرف]

### [الكلام فى أولياء التصرف و هم:]

### [الأول فى ولاية الأب و الجد]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين مسألة لا خلاف فى أصل ثبوت الولاية للأب و الجد للأب على مال الصغير و لا نحتاج فى إثبات هذه الجملة إلى الأخبار، نعم هل هى على وجه الإطلاق بالنسبة إلى حالتى عدالة الأب و الجد و فسقهما، أو مختصة بالأولى و هنا موضعان من الكلام، الأول حسب القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار الخاصة، و الثانى فى مقتضى الأخبار الخاصة.

أمّا الأول: فقد يقال: إن المرجع عموم لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه، خرج منه حالة العدالة و حيث إن المخرج حسب الفرض مجمل فلا بدّ من الاقتصار فى تقييد إطلاق العموم المذكور على المتيقن، و الرجوع فيما زاد إلى إطلاقه من غير فرق بين سبق العدالة و طرؤ الفسق، و بين وجود الفسق من

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ٤

الابتداء، فلا مجال لاستصحاب الولاية الثابتة حال العدالة فى القسم الأول إذ بعد وجود الإطلاق المذكور لا مجال للرجوع إلى الأصل. و حينئذ فلا بدّ من التفصيل بين التصرفات اللازمة فى المال التى يعلم بعدم رضا الشارع بعدم تصدّيها لانجرار الأمر إلى تلف المال و ضياعه فبالنسبة إلى ذلك نعلم تقييد الإطلاق المذكور فلا بدّ فى القسم الأول من التمسك بالاستصحاب، و فى القسم الثانى من الجمع بين إذن الأب و الحاكم و بين التصرفات الغير اللازمة التى لا يترتب على تركها محذور، فبالنسبة إليها يكون الإطلاق محفوظا فيحكم بعدم جوازها لكل أحد و بقاء المال موقوفا إلى أن يبلغ الولد فيصير هو المتصرف فيه.

هذا، و لكن الظاهر أن التمسك بالرواية لمقامنا فى غير المحلّ رأسا لأن مفادها من مجموع المستثنى و المستثنى منه عبارة عن إناطة التصرفات بإذن المالك، و هذا المعنى هو الذى يعبر عنه بولاية التصرف، و هو الذى سئل عنه فى رواية أخرى: أنه متى يجوز أمر

اليتيم؟ فأجاب: حتى يبلغ أشده وفسره بالاحتلام.

والحاصل: قد يقال: إن موضوع الرواية شامل للصغير والكبير في عرض واحد، فكما أن مال الكبير محكوم بأنه لا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، كذلك مال الصغير، غاية الأمر إن الإذن فيه مقيد بما بعد الكبر، يعني لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال الطفل بغير رضاه الحاصل في حال الكبر، يعني لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال الطفل بغير رضاه الحاصل في حال الكبر، وبالجملة تقييد المستثنى لا يوجب تقييد المستثنى منه أعني: عدم الجواز، ولكنه خلاف الظاهر بل الظاهر أنه خارج موضوعاً وإنما المستثنى والمستثنى منه جميعاً يثبتان في حقه بعد الكبر، لأن مفاد القضية أمر واحد هو إناطة التصرف بالإذن التي هي لازم ولاية الأمر المتوقفة على البلوغ، فلا نطق للرواية بالنسبة إلى حال الصغر أصلاً.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥

نعم بعد سقوط الرواية لا يصير المرجع عمومات أدلة البيع و سائر المعاملات، للقطع بأنه لم يسلب عن مال الطفل الاحترام بحيث لم يشترط في نفوذ معاملاته رضا أحد بل نعلم أن رضا شخص دخيل في الصحة ثم نشك أن هذا الشخص هو الأب والجد، أو هو الحاكم؟ ولا- يحتمل كون كليهما لا على وجه الاستقلال ولا على وجه الشركة، للقطع بعدم كون الحاكم في عرض الأب والجد فالاحتمالات بين ثلاثة: أن يكون المعتبر رضا نفس الطفل بعد الكبر ليس إلّا وأن يكون رضاه أو رضا أحد من الأب والجد، وأن يكون رضاه أو رضا الحاكم.

و حينئذ فلا بد من التفصيل بين صورتى سبق العدالة و عدمه، ففي الأولى لا مانع من الاستصحاب من غير فرق بين التصرف اللازم و الجائر، و فى الثانية لا بد من الاحتياط بالجمع بين إذن الأب و الجد و إذن الحاكم، من غير فرق بينهما أيضاً.

الموضع الثانى: فى مقتضى الأخبار الخاصة و قد عرفت أن أصل ثبوت الولاية لا يحتاج إلى مؤنة إثبات و إنما المحتاج إليها جهات: الجهة الأولى: تعميمها بالنسبة إلى حالتى الفسق و العدالة، فاعلم أنه قد ورد فى الأخبار المستفيضة أن مال الولد للوالد و أن الوالد يفعل فى مال ولده ما يشاء و أنه و ماله لأبيه، و ورد أيضاً أن علة تحليل مال الولد للوالد أنه موهوب له فى قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ أُنثِيَ و يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ «١»، و ورد أيضاً «أنه إن كان للولد جارية فأراد أن ينكحها الوالد قومها على نفسه و يعلن ذلك» و فى رواية عبيد بن زرارة، عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إنى لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدى على أبيه، فقال: أصلح الله الأمير إن أبى زوج ابنتى بغير

(١) الشورى / ٤٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦

إذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فى ما يقول هذا الرجل؟ فقالوا:

نكاحه باطل، قال: ثم أقبل على فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلما سألتى أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن رجلاً جاء يستعدى على أبيه فى مثل هذا فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه، قال: فأخذ بقولهم و ترك قولى «١» و فى أخرى عن على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر- عليهما السلام- قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى الجد أن يزوجه أحدهما و هوى أبوها الآخر أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذى هوى الجد أحق بالجارية لأنها و أباهما للجد، إلخ. «٢»

و من المعلوم أن الوالدية و المولودية- التى جعلت فى هذه الأخبار معياراً للاختصاص المستفاد من اللام بعد التنزل عن معناها الحقيقى من حقيقة الملك حتى يكون الحال مثل حال العبيد مع الموالى فى الملكية الطولية- و كذلك ما جعل علة لذلك، أعنى الموهوبية لا- اختصاص لها بالأب العادل بل يجرى فيه و فى الفاسق، ثم حمل الاختصاص المذكور على الولاية يكون بقريته تطبيق

هذه القضية على مسألة نفوذ تزويج الجد للبنت في الروايتين الأخيرتين، هذا.

ولكن هذا التمسك لمقامنا أعنى: تعميم الولاية في غير المحل لأنها في مقام تشريع السلطنة المالكية التنزيلية للأب في مال الابن و أنه لا اختيار و سلطنة للولد في قبال الوالد، و ليس له منع الوالد من انتفاعاته و استيفاء الحظوظ من مال الولد، و أين هذا من مسألة الولاية التي هي عبارة عن تحميل أمور مال الولد و حفظه

(١)- الوسائل: ج ١٤، باب ١١، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ص ٢١٨، حديث ٥.

(٢)- المصدر نفسه: ص ٢١٩، حديث ٨.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧

و صيانتها و الناظرية له و دفع المضار عنه على الوالد؟ و في الأوّل قد روعي جانب الأب و في الثاني جانب الابن، و أما التطبيق على نفوذ نكاح الجدّ فيمكن - كما هو نص الأخير - حمله على مورد المزاحمة بعد الفراغ عن ثبوت حقّ الولاية من الخارج و أنه حينئذ عند التراجع يقدّم الأب (كذا) فهو ساكت عن تعيين ذى الحقّ و أنه مطلق الأب أو خصوص العادل، و يشهد لذلك أنّ شيخنا أستاذ الأساتيد - قدس الله نفسه - عدل عن التمسك بها إلى إطلاق أخبار الولاية، و حينئذ نقول: يمكن استفادة الإطلاق من ثلاث مواضع من الأخبار:

الأوّل: ما ورد في باب الوقف من رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - أنه قال في الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ والده هو الذى يلى أمره. الحديث «١».

و مثله رواية عبيد بن زرارّة عن أبي عبد الله - عليه السلام - فإنّ مفاد التعليل أنّ الوالد الذى يلى أمر الصغير يكفى قبضه في صحّة الوقف و لزومه، لأنّه وليّ الموقوف عليه و هو قضيه مطلقه شامله لحالتي الفسق و العدالة.

و الثانى: ما ورد في باب النكاح من رواية عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟

قال: لا ليس لها مع أبيها أمر. «٢»، فإنّ قضيه إطلاق الذيل أعنى: «ليس لها» بل عمومه حيث إنّه نكرة في سياق النفي إنّ أموراتها كلّها مسلوّبة عنها و مفوّضة إلى

(١)- الوسائل: ج ١٣، باب ٤، فى أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٢٩٧، حديث ١، ٥.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٤، باب ٦، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ص ٢٠٧، حديث ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨

أبيها و هذا المضمون غير استقلال الأب في صرف مال الابن في حوائج نفسه و عدم مالكية الابن في قبال الأب شيئا، بل هو حكم في فرض ثبوت المال للولد بأنّ أمره الراجعة إلى نفسه و ماله يعنى النظر في إصلاحها و حفظها موكولة إلى الوالد و هذا معنى الولاية. الثالث: ما ورد في هذا الباب أيضا من رواية زرارّة عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فإنّ أمرها جائز تزوّج أن شاءت بغير إذن وليها، و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليها». «١»

فإنّ الظاهر من الوليّ متولّى الأمور كليه في الأموال و غيرها، فيعلم من هذه الرواية [كبرى] كليه و هو أنّ من يجوز بإذنه تزويجها هو الولي، و أمّا الصغرى و هو أنّ الأب يجوز بإذنه تزويجها فقد ثبت بالرواية المتقدمه، فيمكن من مجموع الروايتين ترتيب القياس، و

بهذا يمكن التمسك لإثبات ولاية الجدّ وإطلاقها نعم هذا التمسك مبنى على ما قرّر في الأصول من جواز الأخذ بالعموم عند الدوران بين التخصيص والتخصّص والتحقيق جوازه.

و بهذا استغنيا عن التمسك بروايات «أنت و مالك لأبيك» لإثبات ولاية الجدّ مع عدم تماميته، أما أولاً فلأنّ لفظ الأب منصرف إلى الأب بلا واسطة.

و إن قلت: إنّه يجرى في الأب بالنسبة إلى أبيه فيكون الأب مع ماله الذى منه مال ولده للجدّ، ولا ضير فى ثبوت موضوع القاعدة بنفسها فى القضية الطبيعىة

(١) - الوسائل: ج ١٤ باب ٩، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ص ٢١٥، حديث ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩

قلت: الظاهر من المال أيضا هو المال التحقيقى لا التزيلي.

و أما ثانيا فلما مرّ من بينونه مفادها مع ما هو المدعى من إثبات الولاية فإنّه بلسان سلب المال عن الولد و المدعى تولية الأمور إلى الأب بعد الفراغ عن مائيه الابن و كونه صاحب المال.

اللهمّ إلمّا أن يقال: بعد ما رأينا تطبيق هذه القاعدة فى الأخبار فى مقام أعمال الولاية دون الأخذ و الانتفاع مثل باب التزويج حيث عرفت استشهاد الإمام بالقضية لنفوذ تزويج الجد و كذلك رواية على بن جعفر عن أخيه - سلام الله عليه - «قال: سألته عن رجل تصدّق على ولده بصدقة ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ، و الهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره» (١) و هذا و إن لم يعمل بمضمونه على إطلاقه، و إنّما عمل فى صورة الشرط و لكن لا يضرّ فى المقصود الذى نحن بصدده من تطبيق القاعدة على التصرف الولاى لا الاستنفاعى، نعلم أنّ المراد بهذه القاعدة فى سائر الأخبار أيضا و إن طبقت على مورد الأخذ و الأكل من مال الابن معنى يشمل الولاية أيضا بقريته اتحاد السياق نظير ما يقولون فى باب الاستصحاب من استفادة الاستصحاب من قضية لا تنقض دون قاعدة اليقين بواسطة معلومية تطبيقها عليه فى بعض الأخبار و يعلم الحال فى الباقي باتّحاد السياق و كذلك فى قاعدة التجاوز، و إذن فالاستدلال بإطلاقها لباب الولاية أظنّ أنّه ممّا لا مانع منه و إن كان شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - متحاشيا عنه.

ثمّ بعد ثبوت الإطلاق فيما ذكرنا لا وجه لرفع اليد عنه بآيتى

(١) الوسائل: ج ١٣، باب ٥، فى أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٢، حديث ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠

الركون «١» و النبا «٢».

أمّا الأولى فبتقريب أنّه بعد ما نهى الله عزّ و جلّ عن ركون الناس إلى الظالم المراد به الفاسق، و مطلق من عصى الله عزّ و جلّ بقريته لا يتألّ عهدى الظالمين فهو تعالى أولى بذلك، فيجب أن لا يدفع أمر ولاية مال الصغير إلى الأب الظالم لأنّه ركون إليه و اعتماد به و قد نهى سبحانه عنه.

و أمّا الثانية: فبتقريب أنّ الولاية للظالم مستلزمة لقبول إخباراته و إقراراته و هو مناف لآية النبا و كلا التمسكين فاسد.

أمّا الأولى: فلأنّ الركون كالتصديق من فعل الجنان فأما أن يحمل على العمل الخارجى و ترتيب الأثر كما فى التصديق فحينئذ يصير المقام مرتبنا بمفاد الآيه، و إمّا أن يحمل على نفس ما هو عمل الجنان و القلب من الميل و الحبّ، و عليه فلا مساس للآيه بما نحن فيه إذ يمكن إيكال أمر إلى ظالم مع النفرة عنه قلبا غايتها، ثمّ الظاهر من الآيه عرفا هو الثانى خصوصا بملاحظة ذيلها فتمسككم النار، و

ملاحظة ما ورد في تفسيرها من أنه الرجل يأتي السلطان فيحب بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه. و أمّا الثاني: فلأن إثبات الولاية للظالم لا يوجب زيادة تخصيص في الآية على كل حال، لأننا إما أن نقول إن قبول إخبارات الولي و إقراراته ثابت بالإجماع و التسلم كما هو مبنى الإيراد، فحينئذ المخصيص للآية هو الإجماع في عنوان الولي، و أدلة الولاية إنما يجعل الأب مصداقا لذاك العنوان، و هذا ليس بزيادة تخصيص، و إما أن نقول بأن ذلك لم يثبت فلا يلزم أيضا من القول بالولاية تخصيص في الآية، إذ نقول بالولاية بأدلتها و بعدم قبول الإخبار و الإقرار بالآية.

(١) - هود/ ١١٣.

(٢) - الحجرات/ ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١

الجهة الثانية: تعميم الولاية من حيث متعلقها إلى ما فيه مفسدة أو تخصيصها بما لا مفسدة فيه و إن لم يكن فيه صلاح، أو تخصيصها في صورة الدوران بين ما فيه الصلاح و الأصلح و بالأصلح، وجه الأول إطلاق أخبار «يفعل الوالد في مال ولده ما أحب»، و أخبار نفوذ نكاح الأب للصغيرة الشامل بإطلاقها صورة وجود المفسدة.

وجه الثاني هذه الإطلاقات مع التعليل الوارد في بعض الأخبار لعدم جواز أخذ الوالد إلّا قوته إذا احتاج بآية و الله لا يحب الفساد (١). وجه الثالث: سقوط الأخبار المذكور عن المساس بباب الولاية رأسا بالبيان المتقدم، و انحصار المرجع في خبر النكاح المستفاد منه القياس المتقدم، و خبر الوقف المصرح بأن الوالد هو الذي يلي أمر ولده، و من المعلوم عدم كونهما في مقام البيان من حيث متعلق الولاية.

لا يقال: تخصيص المتعلق بما لم يكن فيه فساد أو بالأصلح تضيق لدائرة الولاية و تحديد لها و هو مناف مع إطلاق الدليل المثبت لها. لأننا نقول: ولاية الأمر بمعنى ولاية البيع و الشراء و العتق و الشهادة و الأخذ و الإعطاء و غير ذلك لم يؤخذ فيها كيفية أعمال هذه الأمور، فلو أخذ فيه كيفية خاصة لا يكون تقييدا للولاية، و أمّا إطلاق تزويج الصغيرة فلا يمكن الاستدلال بها، لأن المتعارف الغالب من حال الآباء في تزويج البنات كمال المداقمة و ملاحظة الأطراف لئلا تقع بناتهم في محذور و مفسدة، فإن محذور بناتهم محذور لهم.

و بالجملة بعد سقوط ما كان له إطلاق و عدم إطلاق ما كان غير ساقط لا يبقى لنا إلّا التمسك بالأصل و الاقتصار على مورد اليقين، أو الرجوع في الجدد

(١) - البقرة/ ٢٠٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢

عند موت الأب إلى آية و لَأَنْ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* (١)، و تتميم القول في غيره بعدم الفصل، فيلزم الاقتصار على الأحسن و عدم الاكتفاء بالحسن.

و لكن الرجوع إلى الآية أيضا مشكل، من حيث إن مقتضى ظاهرها اختيار الشق الأحسن فيما بين الشقوق المتصورة من أفراد التصرف، و هذا لا يمكن حفظه في جميع الموارد، إذ ربما لا يمكن غير التصرف الحسن، مثل ما لو انحصر مشتري الدار بمن يشتري بمائة، و حينئذ فيما أن يتصرف فيه بالحمل على ما يكون وجوده أحسن من عدمه، و أمّا بالحمل على ما ليس أحسن منه في البين، فعلى الأول لا يلزم رعاية الأصلح الممكن و يكفي مجرد الصلاح الموجب لخيرية الفعل من الترك، و على الثاني لا بد من الاقتصار على أقصى مرتبة الإمكان، و حيث لا أظهرية في اللفظ بالنسبة إلى أحد المعنيين، لا بد من الاقتصار على المتيقن هذا.



و أما الكلام في الجدّ سواء الأدنى و الأعلى فبعد سقوط «أنت و مالك إلخ» عن الدلالة بالنسبة إلى مقام الولاية المدّعاء، ينحصر الأمر في أخبار النكاح، و مساق تلك الأخبار لو لم يكن خصوص الكبيرة فلا أقلّ من عدم إمكان تخصيصها بالصغيرة، فمساقها مساق الأخبار الواردة في ولاية الأب على البنت في حال الكبر، فلا- دليل لفظي بالنسبة إلى خصوص حال الصغر حتى ينطبق على الولاية المدّعاء حتى يؤخذ بإطلاقه و يرتب القياس و يقال: الجد مطلقا و إن كان فاسقا يتولّى أمر النكاح، و متولّى النكاح ليس إلّا المتولّى لجميع الأمور فينتج: أنّ الجدّ مطلقا و إن فسق متول لجميع الأمور، و إنّما الدليل هو الإجماع على نفوذ نكاح الجدّ، و لا لسان له من حيث التعميم من هذه الجهة، فلا بدّ في الجد من الاقتصار على المتيقّن في كلتا الجهتين، أعنى حيث العدالة و الفسق و حيث الصلاح و الفساد.

(١)- الأنعام/ ١٥٢، الأسراء/ ٣٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣

### [الثاني من أولياء التصرف ولي الفقيه و فيها بحثان]

#### [البحث الأول في بيان معاني الولاية و ذكر أدلتها]

مسألة: في ولاية الفقيه اعلم أنّ للولاية معنيين، الأوّل: السلطنة المطلقة على الأموال و النفوس و مجرائية أوامره و نواهيها، و استقلاله في التصرف في مال غيره و نفسه بما شاء و أدى إليه نظره و الثاني: أن يكون هنا أمور مطلوبة للشارع على كلّ حال و فرغ عن كون وجوده في الخارج مطلوباً من غير مدخلة متصدّد خاص، مثل حفظ مال اليتيم، و تجهيز الميت الذي لا وليّ له، و لكن اشترط في تصديّه أن يكون بإذن من الشخص الخاص كالمجتهد، و الفرق بين المعنيين أنّه على هذا يحتاج إلى وجود أمر من الأمور العامة الكفائية في البين حتى يعتبر إذن الشخص في تصديّ غيره إيّاه، و على الأوّل لا يناط بوجود ذلك، بل هو مختار في الأموال و النفوس يفعل فيها ما شاء تصرف الملاك في أملاكهم.

ثمّ الأصل في هذين القسمين مختلف و إن كان صريح شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّه فيهما واحد و هو عدم الولاية، و ذلك لأنّ الأصل في القسم الأوّل و إن كان ما ذكره - قدس سرّه - و لكن في القسم الثاني مختلف، ففي التكاليفيات يدور الأمر بين الإطلاق و التقييد، و البراءة العقلية قاضية بالبراءة عن القيد و عدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤

صحّة العقوبة عليه، و أمّا في الوضعيات فأصل عدم تحقّق المسبّب في غير صورة وجود إذن من يحتمل اعتبار إذنه متّجه، لأنّ الأصل في ذوات الأسباب عند فقد الإطلاق و التقييد اللفظيين هو ذلك، لا- أصالة عدم اعتبار القيد و إن كان الشك سبباً، لأنّ إثبات الإطلاق بهذا الأصل في السبب لا يصح إلّا على الأصل المثبت مع عدم خفاء الواسطة بنظر العرف كما لا يخفى، مع عدم اقتضاء السببية أيضاً إلّا جواز الرجوع إلى الأصل الجارى في السبب، فيما كان الترتّب شرعياً أو عقلياً، و لكن المترتب عليه كان الأعم من الظاهر و الواقع، و هذا واضح و ليس شيء من الأمرين في مقامنا.

ثمّ إنّ بين موارد القسمين عموماً من وجه، أمّا مادّة الافتراق من جانب المعنى الأوّل، فكما في الأئمة - عليهم السلام - حيث إنّ لهم أن يمنعوا من بيع الإنسان داره، و لكن إذا أراد الإنسان بيع داره، لا يتوقّف على تحصيل الإذن من الإمام - عليه السلام - و مثاله في الأمور العامة كما لو لم نشترط في تجهيز الميت إذن أحد و إن كان خلاف الواقع، و مادّة الافتراق من جانب الثاني واضح، فإنّ وليّ الميت أولى بتجهيزه، بمعنى اشتراط تصرف غيره بإذنه، و لكن ليس له ولاية على الأموال و النفوس [و مجمع العنوانين كما في ولايتهم على

التصرف في أموال القاصرين فإن فيها اجتمع الأمران] هذا.

و الشأن إثبات المعنيين بحسب الأدلة في حق كل من الإمام و الفقيه و النظر فيما هو مقتضى الأدلة، فنقول: قد استدلل على إثبات الولاية بالمعنى الأول في النبي و الأئمة - عليهم السلام - بالنقل و العقل المستقل و غير المستقل.

أما الأول فيكفي في التصرفات الراجعة إلى الرئاسة و حفظ نظام المعاش و سياسة المدن، ما دلل من الكتاب و السنة على أنهم أولو الأمر فآية.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥

أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ «١» لو خص بإطاعتهم - عليهم السلام - فيما يبلغونه عن الله تعالى من الأحكام، فهذا عين إطاعة الله، و الظاهر كون إطاعتهم - عليهم السلام - عنوانا مستقلا في عرض اطاعة الله تعالى، و لا يتم هذا إلا بكونهم صاحب الرئاسة و الولاية، و لكن لا يفي هذا إلا بإثبات ما يتوقف عليه السياسة، فلو أراد أخذ مال أحد أو طلاق امرأته بدون اقتضاء السياسة ذلك، بل لأجل مصلحة شخصيه، فلا يعلم من هذا الصنف من الأدلة جوازه.

نعم يكفي في إثبات الولاية، في هذا القسم من التصرفات أيضا آيات الولاية و أخبارها، أعني ما دلل على كون النبي و الوصي - عليهما السلام - وليا و أولى بالمؤمنين من أنفسهم «٢»، فإن معنى ذلك أن كل ما كان للمؤمنين من التصرفات في أموالهم و نفوسهم يكون لهما بل بالأولى، و معنى أولويته أن بعض التصرفات جائز لهما مع عدم جوازه للمؤمنين، مثل إتلاف النفس، فكل ما كان للمؤمنين يكون لهم من دون عكس، فيكون هنا ثلاث مراتب طولية في مالكية الأموال، الأولى لله، و الثانية للنبي و الوصي - عليهما السلام -، و الثالثة لطبقات الناس، نعم لا يثبت بهذا إلا الولاية على الاختيارات لا على الأحكام، فلا يثبت جواز ترتيب الزواج على زوجة الغير بدون توسط تفريق و تزويج، نعم يجوز بتوسيطهما.

و أما العقل المستقل فقد استدلل بما دلل منه على وجوب شكر المنعم، بعد معرفته أنهم - عليهم السلام - أولياء النعم و لا يخفى أن معنى كونهم - عليهم السلام - أولياء النعم ليس ما يوهمه بعض قواعد أهل المعقول من ترتب العقول و قاعدة إمكان الأشرف من كونهم و سائط الفيض، بمعنى أنهم معطوا الوجود و الحياة و العلم و المال

(١) - النساء / ٥٩.

(٢) - الأحزاب / ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦

و الصحة و الولد و الزوجة و الوجه و الاعتبار و غير ذلك من نعم الدنيا و الآخرة، حتى ينطبق على قاعدة أن المعطى للشيء لا يمكن أن يكون فاقدا له، فيحث إنهم معطون لهذه الأشياء فهم مالكون لها، لأن هذا قد انعقد ضرورة المتشعبة على خلافه، نعم ما ثبت، هو كونهم - عليهم السلام - وسائط الفيض، بمعنى أنهم عللة الغائية.

و ما روى من قول الأمير - عليه السلام - نحن صنائع الله و الخلق بعد صنائع لنا، الصحيح أن الفقرة الأخيرة كما نقلنا من أنه صنائع لنا لا صنائعا، و الشاهد القطعي على هذا أن هذه الفقرة موجودة في كتابه الأمير - عليه السلام - إلى معاوية - لعنه الله - و قد علم شدة اهتمام معاوية بأخذ ما يوجب و ههنا - عليه السلام - في أنظار الشاميين الحمق بأي وسيلة أمكنت، و لو كان المكتوب صنائعا، لكان ذلك لمعاوية بابا و سيعا لغرضه، فكان يهّم بنشر هذا في الأصقاع، و أنه - عليه السلام - مدع للربوبيه.

و بالجملة فالثابت من مذهب المتشعبة ليس بأنهم علة غائية لإفاضة المفيض الحقيقي مع كونهم بمعزل عن الإفاضة رأسا، نعم ليسوا - عليهم السلام - بأدنى من ملائكة الله القائمين كل بشغل من أمور الخلق على نحو الآلية فلا مضايقة من جريان الأمر على أيديهم الشريفة بهذا النحو، فغاية ما يلزم حينئذ أن العباد ليس لهم تمرد أو امرهم و نواهيهم في الأمور الجزئية الشخصية، و أما نفوذ

تصرفاتهم بمعنى فكّ المال عن مالكة بيعهم، و بينونة الزوجة عن زوجها بطلاقهم فلا يثبت بهذا الدليل.

و منه يظهر حال العقل الغير المستقلّ، أعنى: ما يحكم العقل بمقايسته

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧

وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة بعد ملاحظة أعظميه حقهم - عليهم السلام - بمراتب و لعله لذا أمر شيخنا المرتضى - قدس سره - بالتأمل.

هذا كله في الولاية بالمعنى الأول، و أمّا بالمعنى الثاني فالأمور المهامّ التي تتعارف في كلّ قوم و ملّة الرجوع فيها إلى الرئيس و السلطان و لا يرون لرعيته القيام و الاستقلال بها من دون إجازة من الرئيس، لا إشكال في انفهام اشتراط رضاهم عليهم في تصدّي غيرهم لهذه الأمور من أدلّة كونهم أولى الأمر و ولاته، كما لا إشكال في عدم الاشتراط في الأمور الشخصية، نعم يبقى الشك في بعض الأمور العامة التي لم يعلم حالها و أنّ شأنها الإرجاع إلى رئيس الطائفة أيضا أو لا فالمرجع في هذا القسم هو الأصل و قد عرفته. و يبقى الكلام فيما هو المهمّ في المقام من ولاية الفقيه، فنقول: أمّا الولاية بالمعنى الذي ثبت في النبيّ و الأئمّة - عليهم السلام - فمن المقطوع عدم ثبوتها لهم، فليسوا بمفترضى الطاعة و نافذى التصرف في جميع الأمور جزئية و كلية و هذا واضح، كما أنّ من المقطوع ثبوت منصب الإفتاء و القضاء لهم، إنّما الكلام في الأمور الراجعة إلى الرئاسة و الرتق و الفتق في أمور المملكة، مثل جواز أخذ المال و السلاح و الراحلة من أيدي الناس قهرا و جبرا لجدال العدو أو قتل أحد أو ضربه، أو سائر أقسام مجازاته أو قطع علاقة الزوجية أو نحو ذلك إذا اقتضت السياسة ذلك، و المراد إثبات خصوصية له يمتاز بها عمّن عداه و إلّا فحفظ بيضة الإسلام و حفظ النفس و الأمر بالمعروف مطلوب من كلّ أحد بقدر مكنته.

مثلا- لو اقتضى نظره في زمان تحريم التباك على أهله فلو لم يكن تحريمه موجبا للحرمة لما كان شرب شخص واحد في الخفاء بحيث لم يطلعه أحد حراما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨

لعدم كونه مورثا لتقوية الكفر أصلا، و أمّا إذا صار من جانب الله تعالى صاحب منصب الرئاسة فمقتضاه كون نظره مشرعا، فإذا حرّم على كلّ شخص شخص يصير حراما عليه بالخصوص و إن لم يترتب عليه الفساد أصلا، و مثله الحكم بجواز المشروطة أو الاستبداد و الحكم بهلال رمضان و سؤال.

ثمّ إن و في الدليل بإثبات هذا المنصب لهم ففي المقام الثاني أعنى اشتراط الرجوع إليهم في المهامّ، لا يبقى إشكال، إذ شأن الرئيس أن يكون هو المرجوع إليه في تلك الأمور، و أمّا إذا قصر الدليل عن إثبات المقام الأول فلا رئيس حتى يرجع إليه فيما من شأنه الرجوع إلى الرئيس، نعم الرجوع إليه من باب أنّه القدير المتيقن مطلب آخر غير إثبات المنصب له بالدليل.

و كيف كان فالمهم النظر في أدلّة الباب، فنقول: و بالله الاستعانة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩

### [البحث الثاني الكلام في ولاية التصرف في الأموال و الأنفس و الوجوه المتصورة فيها]

#### إشارة

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقلّ بالتصرف في ماله الحاكم و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى.

و تفصيل الكلام أنّ الولاية تتصوّر على وجهين:

الأول: استقلال الولي بالتصرف بمعنى كون نظره سببا في جواز تصرفه من غير حاجة إلى إثبات الجواز من الخارج، بل نفس دليل الولاية بهذا المعنى يستفاد منه مضيّ تصرفات الولي في مال الغير و نفسه و عرضه، و معناه المعاملة مع أموال الناس كمال نفسه بل هي

حقيقته مال نفسه، و مع أنفسهم معاملته العبيد بل أعلى، لأنه إذا أدى نظره إلى إتلافه [كما في أمر الرضا- عليه السلام- من يتولى له معترضا لم لا تقدمون بأخذ حقكم و الشيعة من ورائكم مطيعين لأمركم و أمره بدخول النار فأبى و تحاشى و جاء آخر و أمره بذلك و قال سمعا و طاعة و دخل النار إلخ] جاز له كما في أعراض الناس لو أدى نظره إلى تفريق الزوجين، و الحاصل كونه بحيث أعطى بيده زمام اختيار أموال الناس و نفوسهم و أعراضهم، و بالجملة كل تصرف أراد بالنسبة إلى أمور الغير، فلا حاجة إلى التماس دليل من الخارج في إثبات مشروعيتها بل نفس ولايته متكفلة للمشروعيتها.

الثاني: عدم استقلال الغير بالتصرف و كونه منوطا بنظره، و معناه شرطية نظره في جواز تصرف غيره، و حاصله: أن الأمور التي قد فرغ عن وجوبها على الناس كفائيا، مثل تجهيز الموتى، و حفظ أموال الصغار، بحيث لو لم يكن هذا الشخص موجودا لكان على سائر الناس تصديها و مباشرتها بالاستقلال، و الحاصل مشروعيتها في الخارج مفروغ عنها على كل حال، فهذه الأمور المرجع فيها هذا الشخص، و لا بد أن تقع خصوصياتها و تصحيح جهاتها بنظره و تصويبه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠

و بين موارد الوجهين عموم من وجه، فمادة الافتراق من الأول كما لو قام الدليل على جواز تصدى بعض الأمور العامة الغير المتعلقة بالسياسة لكل أحد من غير إناطته بإذن ولي الأمر، فيكون حال هذا الأمر العام نظير الأمر الجزئي الشخصي في مال نفس المتصدي و أمور شخصه، كما لو قيل: بأن القضاء يكون هكذا، يعني لا يحتاج بعد معرفة موازين القضاء إلى نصب ولي الأمر و السلطان. و من الثاني كما لو قلنا بأن الفقيه في حال الغيبة أعطى منصب مرجعية الأمور، و لكن بعد مشروعيتها من الخارج و إن كان استنباط ذلك من الأدلة أيضا من شأنه، و لكن منصب مرجعيته لا يقتضى في حد ذاته أزيد من كون الأمور المشروعة الراجعة إلى الناس واقعة برأيه و نظره.

ثم إذنه المعتبر في تصرف الغير إما يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، و إما على وجه التفويض و التولية كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم، و إما على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

إذا عرفت هذا فلا بد أولا من تأسيس الأصل فنقول: كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، فإن علم أنه وظيفة شخص خاص كولاية الأب على مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاء و الإفتاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك، و إن لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطا في وجوده أو وجوبه بنظر شخص خاص، فإن كان لدليل هذا التصرف إطلاق في جوازه لكل أحد من دون اشتراط إذن أحد، كما لو كان على سبيل المثال لآية السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما «١» إطلاق، أو علم من

(١)- المائدة / ٣٨.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١

دليله التقييد بإذن شخص خاص فهو المتبع، و إلا فلا إشكال أنه لو كان هنا أثر شرعي مرتب على الولاية بأحد الوجهين فأصالة عدم الولاية جارية لنفى ذلك الأثر، و كذلك لنفى نفس الولاية- حيث إنها من مجعولات الشرع- و لكن لا يثبت بهذا الأصل جواز تصدى كل أحد، و حال هذا الأصل كحال أصالة عدم الشرطية فيما احتمال شرطية شيء في المعاملة مع عدم إطلاق دليل أو تقييد، حيث إن الشرطية أيضا من مجعولات الشرع، لكن لا يترتب أثر عملي على أصالة عدمها، بل لا بد في الخارج من ترتيب أثر الشرطية بواسطة أصالة عدم المسبب، أعنى: النقل و الانتقال هناك و هنا أيضا حيث إن مقامنا من ذلك الباب عينا، لأنه شك في شرطية الإذن في صحة المعاملة الواقعة على مال المولى عليه فأصالة عدم النقل و الانتقال بدون إذن من يحتمل شرطية إذنه قاضية باعتبار إذنه. لا يقال: الشك في حصول النقل و الانتقال بدون الإذن مسبب عن الشك في الشرطية المسبب عن الشك في الولاية، و قد قرّر في

محله تقديم الأصل في السبب عليه في المسبب، فأصالة عدم الولاية مقدّمة على أصالة عدم النقل والانتقال. لأننا نقول: نعم و لكنّه مثبت؛ فإنّ عدم الولاية و كذلك عدم الشرطيّة وحده غير كاف في حصول النقل و الانتقال فإنّه يلائم مع البطلان من رأس، فلا بدّ من إثبات صحّة أصل المعاملة الفاقدة للإذن، و الأصل المذكور ليس لسانه إلّا نفى الاعتبار عن المحتمل الاعتبار و لا يثبت به تماميّة الفاقده في التأثير.

و بعبارة أخرى لا يثبت به حدّ ما ثبت مؤثريته بالأدلة، أعنى أصل البيع، فلا يثبت بذلك حدّ الإطلاق، و القول بخفاء الواسطة كما ترى.

اللهمّ إلّا أن يقال:- بناء على شمول حديث الرفع للوضعيات كما يشهد له

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢

صحيحة البنظي - إن مقتضى الجمع بينه و بين أدلّة إثبات الواقع هو القول بكون الفاقده مؤثراً، و لكنّ الكلام على البناء و المبنى يطلب في الأصول إن شاء الله تعالى، هذا هو الحال في الوضعيات المحتاجة إلى الأسباب.

و أمّا التكاليفيات، فما كان تصرفاً في نفس الغير بمراتبه من القتل و ما دونه، فلو شككنا في أن لأحد حقّ ذلك بدون إذن من يحتمل ولايته فعمومات حرمة تلك التصرفات في نفس الغير من حرمة القتل و الإيذاء و غير ذلك محكمة، و هذه الأدلّة و إن خصّصت بالوليّ و هنا نشكّ في مصداقه، و لكنّ الشكّ لم ينشأ من الأمور الخارجيّة حتى يكون من باب التمسك بالعام في الشبهة المصداقيّة، بل نشأ من الشبهة في المفهوم، و من المعلوم كون المرجع في مثله العام.

و ما كان تصرفاً في مال الغير فعموم لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره، قد عرفت عدم صحّة التمسك به في المقام، نعم عموم حرمة مال المسلم كحرمة دمه تام، لكنّه في غير التصرفات التي علم عدم رضا الشارع بإهمالها و ترك تعرّض كلّ أحد إيّاها، و أمّا فيها فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن فيحكم بالجواز في حقّه و بالحرمة في حقّ غيره إلّا بإذنه.

### [مسألة الكلام في ثبوت الولاية للنبي و الأئمة ع و الاستدلال عليها بالأدلة الأربعة]

هذا و المهمّ التعرّض لأدلّة الباب فنقول: قد ثبت الولاية بالمعنى الأوّل في حقّ النبي و الأئمّة - صلوات الله عليهم أجمعين - بالأدلة الأربعة.

أمّا الآيات: فيكفي قوله تعالى **أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ** «١» فإنّ ظاهر العطف المغايرة، و لو أرجع الإطاعة المعطوفة إلى حيث

(١) - النساء / ٥٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣

الرسالة و تبليغ أوامر الله تعالى كانت عين الإطاعة المعطوف عليها و هو خلاف الظاهر، فلا بدّ من إرجاعها إلى الأمور الغير المرتبطة بالتبليغ و الأحكام.

نعم هذه الآية مختصّة بالتصرفات العامّة التي هي شأن الرئيس، و أمّا مثل جواز أخذ عباة زيد و داره و سائر التصرفات الشخصية، فيكفي في إثباتها قوله تعالى **النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ** «١» يعني كلّ ما كان للمؤمنين الولاية عليه من النفس و العرض و المال فهو صلّى الله عليه و آله و سلّم أولى بتلك الأمور من المؤمنين، فإنّه له صلّى الله عليه و آله و سلّم ولاية الإيتلاف و ليس لهم ذلك، و من هنا يظهر التمسك بالأخبار.

و أمّا الإجماع فغير خفيّ، و أمّا العقل المستقل فهو ما دلّ على وجوب شكر المنعم و هم - عليهم السلام - و إن كانوا ليسوا منعمين، بل

الفيض والإعطاء كله بيد الله - وما توهمه كلمات أهل المعقول من قاعدة إمكان الأشرف و سلسلة العقول على خلافه انعقدت ضرورة المتشرع و إجماعهم و أخبارهم - ولكن لا شبهة في كونهم عللا غائية في إعطاء الوجود و سائر النعم لأفراد الممكنات ممن سواهم فتأمل، حيث إن غاية ما يثبت من هذا بالنسبة إلى الجواز و الإباحة و أما حصول الوضع عقيب التصرفات المعاملية فلا. و أما الولاية بالمعنى الثانى فكل ما كان من شأن الرئيس فلا إشكال في اعتبار إذنه بدلالة ما دل على رئاستهم و كونهم أولى الأمر، نعم يقع الشك في بعض التصرفات العامة التي ليست من هذا القبيل، و قد عرفت الأصل المرجوع إليه بعد اليأس من الدليل في مثلها، و أنه مقتضى لولايتهم وضعاً و تكليفاً في الجملة.

(١) - الأحزاب / ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤

و أما الفقيه الجامع للشرائط فلا شبهة في عدم ثبوت الولاية بالمعنى الذى ثبت فى الأئمة - عليهم السلام - من كونهم أولى بالمؤمنين من أنفسهم فى حقه و لكن هل هنا دليل يثبت شطرا منها له، أعنى كونه متصرفاً فى الأمور العامة التى هى شأن الرئيس فهل هو فى زمان الغيبة جعل نائباً عن الرئيس الأصلى أو لا، قد يتمسك لذلك بروايات.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥

### [الثالث من أولياء التصرف عدول المؤمنين]

#### إشارة

مسألة فى ولاية عدول المؤمنين اعلم أن هنا ثلاثة أقسام من التصرفات.

الأول: ما يقطع بمطلوبيتها على وجه الإطلاق من أى فاعل صدر.

و الثانى: ما يقطع بمطلوبيتها و لكن لا يعلم كون مطلوبيته على وجه الإطلاق، و هذا على قسمين، الأول: أن يحتمل كونه من وظائف شخص الإمام فيفوت بفوت أسبابه، و لا ينافى معرفيته جعل الشارع لمصلحة إياه وظيفة شخص خاص، فيفوت عند عدم التمكن منه، و الثانى: أن يقطع بعدم انقطاع مطلوبيته و عدم رضى الشارع بتعطيله، و لكن لا يعلم كونه وظيفة كل فاعل، بل يحتمل تقدم طائفة على غيرها و أولويتها بالتصدى و لو كان عند التعذر تسقط تلك المرتبة، و يحتمل اعتبار المرتبة النازلة، مثلاً عند التمكن من الفقيه يحتمل اعتبار تصديده، و عند تعذره يحتمل اعتبار تصدى العدول، و مع فقدهم تصدى الثقات، و مع فقدهم تصدى الشيعة و هكذا.

فالقسم الأول لا كلام فيه و لا يحتاج إلى مثل قوله تعالى وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦

وَالتَّقْوَى ﴿١﴾ لكونه من المستقلات العقلية و الآية فى مثلها من الإرشادات الصرفية، إنما الكلام فى القسمين الآخرين، فهل يصح التمسك بعموم مثل الآية الشريفة و إطلاق قوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة» ﴿٢﴾ لإثبات إطلاق المعرفية أو لا؟ الحق الثانى، لأن العموم لا يتكفل لتحقيق موضوعه.

إن قلت: بعد ما فرضنا كون التصرف معروفا عرفاً و براً كذلك نحكم بدخوله تحت الحكم، و أى فرق بين هذا و بين التمسك بإطلاق مثل قوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴿٣﴾ لدفع احتمال شرطية ما يحتمل شرطية؟

قلت: الفرق أن الاختلاف فى باب البيع اختلاف مصداقى، فرب شىء يراه العرف مصداقاً دون الشرع، فما دام لم يرد تخطئه من الشرع لنظر العرف يحمل على المصداق العرفى لئلا يلزم نقض الغرض.

و أما هنا فعند العرف أيضا للبرّ قسمان: قسم لا يعتبر الإضافة إلى فاعل خاص في برّيته، و قسم يعتبر، و من الثاني عندهم إصلاح مال الغير الكبير بدون إذنه أو الصغير الذي له أب بدون إذن منه، فإنّ مجرد كون التصرف إصلاحا لا يجوز له و لا يوجب اندراجه في البرّ، و الحاصل: أنّ العمل البرّي من حيث نفسه لا بدّ من ملاحظة أنّه هل يكون له اختصاص بأحد فتصدّى غيره يخرج عن البريّة؟ يعنى أنّه بإضافة إلى هذا الغير لا- يكون برّا أو لا يكون كذلك حتّى لا يكون مانع من قبل الإضافة للاقتضاء الثابت من قبل الذات، و مع الشكّ يكون مرددا بين كونه برّا و مشروعاً أو محرّما و غير مشروع، فالتمسكّ بالعام تمسكّ في

(١)- المائدة/ ٢.

(٢)- الوسائل: ج ١١، الباب ٥٩، من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه، ص ١٠٨، ح ٢.

(٣)- البقرة/ ٢٧٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧

الشبهة الموضوعيّة، هذا حال الآيّة و مثله قوله: كلّ معروف صدقة «١».

و أما قوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة» و قوله: «و أنّه تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» فالتمسكّ بهما و إن لم يمكن في المشكوك الموضوعيّة لكون التصرف عوناً عرفاً، إلّا أنّه يمكن منع كون أمثال هذه القضايا التي سيقّت لبيان الثواب على طبيعته حسنة في مقام الإطلاق، ألا ترى أنّه لا يمكن الأخذ بإطلاق قوله: «الصوم جنّة» «٢» و قوله: «إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ» «٣».

و إذن فلو شككنا في تصرف أن يكون منوطاً بنظر الإمام- عليه السلام- مثل إجراء الحدود الشرعيّة على مستحقّيها بأن كان هذا الأمر و لو لمصلحة نوعيّة مودعا إلى من له حقّ الرئاسة و السلطنة على العباد و له السيّاف و الجلاد و السجن، فيكون تصرف غيره في حقّ الغير بدون إذن مالكة و صاحبه فيكون معروفاً متعذراً لتعذّر أسبابه، و لو لم نشكّ من هذه الجهة قطعنا بمطوبيته للشارع في زمان الغيبة، و لكن احتملنا أنّ الشارع أو كل مباشرته و نظارته إلى طائفة خاصّة ليس لغيرها التصدّي بدون إذن هذه الطائفة اقتصاراً في الخروج عن أصالة عدم المشروعيّة على القدر المتيقّن، فإنّ الأصل في التصرفات الراجعة إلى النفوس و الأعراس و الأموال المتعلقة بالغير الحرمة و عدم المشروعيّة حتّى يثبت المخرج، و المفروض إجماله، و أصالة عدم اعتبار نظارة من يحتمل نظارته غير جارية إذ لا يثبت بها إطلاق الدليل المخرج، هذا هو الكلام على حسب القاعدة.

(١)- الوسائل: ج ٦، الباب ٤١، من أبواب الصدقة، ص ٣٢١، ح ١-٢.

(٢)- المصدر نفسه: ج ٧- الباب ١، من أبواب الصوم المندوب، ص ٢٩٠، ح ٨.

(٣) العنكبوت/ ٤٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨

و أما بالنظر إلى الأخبار الخاصّة، فربّما يدعى أنّ الاستفادة منها جواز تولّى كلّ أحد من غير فرق بين العادل و غيره بشرط أن يكون مراعياً للمصلحة و ناظراً للغبطة، نعم هذا بحسب تكليفه فيما بينه و بين الله.

و أمّا بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل الغير إذا لم يعلم أنّه راعى المصلحة أو لا كالشراء منه مثلاً، فلا يجوز الاعتماد على قوله و تصديقه في خبره أنّه على وفق الصلاح إلّا إذا كان عدلاً.

أما أصل جوازها لكلّ أحد فمضافاً إلى عموم أدلّة ذلك المعروف مثل «عون الضعيف من أفضل الصدقة» و مثل قوله تعالى و لا تقربوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ\* «١» تدلّ عليه صحيحة محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا و لم يوص، فرفع أمره إلى قاضي

الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه وصية و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج. فما ترى فى ذلك؟ قال: إذا كان القيم به ممتلك و مثل عبد الحميد فلا بأس» «٢» و كونه من باب الإذن خلاف الظاهر، فإن ظاهر قوله: فما ترى؟ أنه فى مقام سؤال الفتوى.

و حينئذ نقول: المماثلة يحتمل فيها خمسة أوجه، الأول: ما ذكرنا من مراعاة غبطة اليتيم و ملاحظة مصلحته، و لو كان المتولّى غير شيعى، و الثانى: المماثلة فى التشيع، و الثالث: فى الوثاقه، و الرابع: فى العدالة، و الخامس: فى الفقاهة.

(١) - الإسراء / ٣٤.

(٢) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦، من أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٧٠، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ٢٩

و احتمال الأخير مدفوع بأن إطلاق المفهوم على تقديره شامل لحال تعدد الفقيه، فيكون قيام غير الفقيه و لو مع تعدده ممّا فيه بأس، و هو مقطوع الخلاف، و هذا بخلاف الأربعة الأول، فإنّ البأس ثابت للخائن و المخالف و غير الثقة و الفاسق و إن تعدد غيرهم فيدور الأمر بين هذه الأربعة، و حينئذ و إن كان يجب الأخذ بالأخص منها، و هو العدل، و لكنّ الظاهر من بعض الروايات كفاية ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسرا لاحتمال الثانى فى وجه المماثلة.

ففى صحيحة على بن رثاب قال: «سألت أبا الحسن موسى - عليه السلام - عن رجل بينى و بينه قرابة مات و ترك أولادا صغارا و ترك ممالك له غلما و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد و ما ترى فى بيعهم؟ فقال: إن كان لهم ولّى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم» «١».

و موثقة زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و ممالك، كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس» «٢».

بناء على أنّ المراد، من يوثق به و يطمئن بفعله، و إن لم يكن فيه ملكة العدالة، و أمّا عدم جواز تصديق الغير الذى يريد ترتيب الأثر على فعل المتولّى قوله فى رعاية المصلحة إلّا إذا كان عدلا، فتدلّ عليه صحيحة إسماعيل بن سعد

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٨٨، فى أحكام الوصايا، ص ٤٧٤، ح ١.

(٢) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٨٨، فى أحكام الوصايا، ص ٤٧٤، ح ١.

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ٣٠

الأشعري قال: «سألت الرضا - عليه السلام - عن رجل مات بغير وصية و ترك أولادا ذكرانا غلما صغارا و ترك جوارى و ممالك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال:

نعم، و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحلّ شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإنّ تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله (يستخلفه) الخليفة أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال - عليه السلام -: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك» «١».

و مثلها موثقة زرعة المتقدمة على تقدير حمل الوثاقه على العدالة، كما ربّما يستظهر من إطلاقها، فإنّ الوثاقه من كلّ الجهات من حيث الديانة و غيرها كما هى المستظهر عند الإطلاق مساوقة مع العدالة، و أمّا حمل الثقة فى دليل حجّية خبر الثقة و أذان العارف



الثقة على خصوص الثقة في الإخبار فلعله لأجل الاحتفاف بالقرينة و هي وقوعه مسندا إليه الأخبار، فتأمل.

و يدل أيضا على عدم جواز التصديق أن أدلة العام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، نعم لو كان الأمر مرتبا على الفعل الصحيح و كان أصل الفعل محرزا و شك في صحته أمكن إحراز الصحة بأصالة الصحة، كما لو صلى فاسق على ميت و لم يعلم صحته، فيجوز اكتفاء الغير بها لأن الموضوع هو الصلاة الصحيحة، و هذا بخلاف شراء مال اليتيم من الفاسق المتولى لبيعه مع الشك في أنه راعى المصلحة أو لا، فإنه لم يقع البيع الصحيح موضوعا لنفوذ الشراء و صحته حتى يحرز بأصالة الصحة، بل الموضوع عنوان كون هذا الشراء

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٨٨، في أحكام الوصايا، ص ٤٧٤، ح ٢. و الجزء ١٢، الباب ١٦، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٧٠، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١

إصلاحا لمال اليتيم و مراعاتا لحاله، و هذا العنوان لا يكاد يحرز بأصالة الصحة في بيع الفاسق، فإنه لا يثبت كون تصرفه إصلاحا حتى يثبت بالملازمة كون الشراء أيضا كذلك.

نعم لو رأينا في يد الفاسق ثمنا من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق، و كذا يجوز شراء عين مال اليتيم الذي في يد ذلك المشتري من الفاسق، لأن مال اليتيم الذي يجب إصلاحه و حفظه من التلف مردد بين كونه الثمن أو المثل و أصالة الصحة حاکمة بالأول، هذا حاصل ما أفيد في هذا المقام.

و قد تنظر فيه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - أما أولا: فما ذكر من صحة التمسك للمقام بعموم «عون الضعيف» و لا تقرُّوا مال اليتيم\*.

فيه: أن الأول غير مسوق للإطلاق و حاله حال «إن الصوم جنه من النار» (١) فلا ينافيه اعتبار ألف شرط، و الثاني أيضا مسوق لاعتبار مراعاة الحسن و الصلاح في مقام فرغ عن جواز أصل القرب من مال اليتيم و التصرف فيه، نظير قوله: «لا- يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» و قوله: «لا صلاة إلا بطهور» (٢).

ألا ترى أن بيع غير الجدد في صورة وجوده عن القرب من مال اليتيم لا يعد منافيا لعموم الآية كما لا ينافي اعتبار الإنشاء مثلا في حلية المال في المعاملة و اعتبار سائر الشروط في الصلاة لعموم القولين المذكورين.

و أما ثانيا: فما ذكر من التفرقة بين احتمال الفقاهة و غيرها من الوجوه الأربعة في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة الأولى لا يعلم لها وجه، فإنه إما نفرض كون

(١) - الوسائل: ج ٧، الباب ١، من أبواب الصوم المندوب، ص ٢٩٠، ح ٨.

(٢) - المصدر نفسه: ج ١، الباب ١، من أبواب الوضوء، ص ٢٥٦، ح ١، ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢

التصرف مفروغا عن معرفيته مطلقا، و أن الشارع لا يرضى بعدم وقوعه مطلقا، فجميع الوجوه مشترك في أن إطلاق المفهوم لحال تعدد الغير مناف مع هذا القطع الخارجى، و إما لا نفرض كذلك فلا منافاة في إطلاق المفهوم بالنسبة إلى العادل في حال تعدد الفقيه أيضا.

هذا مع إمكان أن يقال: ليس للصحة إطلاق بالنسبة إلى حال تعدد مثل عبد الحميد، فإن القضية الشرطية ظاهرها عقد كل من المنطوق و المفهوم في الموضوع المفروق، فقولك: إن جاءك زيد فأكرمه، ساكت عن حال عدم وجود زيد في العالم منطوقا و مفهوما، فكذلك في المقام حيث إنه بمنزلة قولنا: إذا قام بالأمر زيد فلا بأس، لا مثل قولنا: إذا كان القيم فقيها، حيث إن الموضوع

المفروغ عنه حينئذ هو القيم لا الفقيه فتدبر، و على هذا فلا محيص عن إجمال الرواية و لزوم الأخذ بأخص الاحتمالات و هو الفقاهة فيكون أجنبيا عن مقامنا.

و أما ثالثا: فما ذكر في الصحيحة من أخذ المعيار في الولاية و القيمومة مطلق القيام الصلاحي مبنى على كون قوله: «الناظر لهم فيما يصلحهم» تفسيرا للقيم بأمرهم و هو غير معلوم لو لم ندع العلم بالخلاف، فإنه ليس معنى القيم مطلق من تنبس بمبدأ القيام بالأمر و لو في واقعة شخصية، بل المراد من كان أمور الصغير موكولة إليه، فالرواية ساكتة عن تعيينه و بيان معياره، و إنما تعرضت لشرط صحة تصرف من تمت أركان القيمومة فيه، فلا ينافيها اعتبار ألف شرط في موضوع القيمومة، فلا تكون الرواية على هذا في مقام رفع جهل السائل من كل الجهات، و إنما هي في مقام الردع عن احتمال مساواة القيم و غيره و كون القيم أيضا مختارا في ما يفعل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣

و أما رابعا: فما ذكر في الموثقة و صحيحة إسماعيل بن سعد المعتمر في أولاهما الوثاقفة، و في ثانيهما العدالة من حملهما على الحكم الإثباتي الناظر بحال الشك في كون المتصدى مراعى للصالح و عدمه، فيه أنه مبنى على استظهار أن اعتبار الأمرين إنما هو لصرف الطريقتة من دون موضوعية لهما أصلا، بحيث لو علم من الخارج كون المتصدى مراعى للغبطة في مال الصغير يجوز الخروج عن مدلولها و الشراء من غير العدل و الثقة، و من الممكن بمكان من الإمكان منع ذلك لأن هذا تقييد في إطلاق الخبرين بلا وجه. فإن من الممكن إيكال الشارع هذا المعروف بيد خصوص هذين العنوانين و تخصيصه له بهما، و لو لمصلحة نوعية، بحيث كان قيام الغير محرما و غير مشروع، و بعد إمكان هذا و تمسشى احتمال ما المانع عن أخذ الإطلاق؟ حيث إن إطلاق البأس المستفاد من مفهوم «لا بأس» شامل لحال العلم بمراعاة غير العدل و الثقة الصلاح و الغبطة.

و محصيل ما ذكرنا أنه مع وجود الثقة و العدل لا- يمكن القول بجواز مباشرة غيرهما لأمر الصغار بمحض كونه مراعى للغبطة و الصلاح لا من العمومات و لا من الأخبار، بل المستفاد العدم و أن حال المتصرف في مال الكبير مع كمال المدافعة في إصلاحه. نعم مع تعدد الثقة و العدل لو فرض أن هنا مطلوبا لا يرضى الشارع بتركه يتصدية المتيقن فالمتيقن، و يجيء في تصديق الغير له حينئذ التفصيل الذى ذكره من أنه لو أراد الشراء من الفاسق نفس مال اليتيم ابتداء لا يجوز إلّا مع إحراز ملاحظة الغبطة و لا يجدى أصالة الصحة لعين ما ذكره، و لو أراد الشراء بعد وقوع المعاملة أولا بينه و بين آخر، فأصالة الصحة في معاملتهما منقح للموضوع بالنسبة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤

إلى تكليف هذا الثالث المرید للمعاملة الثانية، هذا حال من أثبتنا له الولاية من باب القدر المتيقن.

و أما من ثبت ولايته بالأخبار كالعدل و الثقة بل و الفقيه على احتمال تمامية أدلته، فمقتضى جعل الولاية منصبا له جواز الاعتماد على عمله و عدم الحاجة إلى إحراز أنه عمل بالشرط (و هو رعاية الصلاح) أو لا فلا يقال: إنه ليس إلّا من باب الاعتماد على العدل الواحد في الموضوعات الذى هو محل الإشكال، فإن ذلك في غير موضوع ثبت لهم الولاية.

فإن قلت: يحتمل انعزاله عن الولاية بواسطة الخيانة فالشك راجع في الموضوع.

قلت: إنما نيظت في الأدلة صحة تصرف الغير على إحراز عنوان العدالة و الوثاقفة و الناظرية في الصلاح بمعنى ملكة هذه الأمور و لو كان العمل بها في خصوص الواقعة الشخصية مشكوكا.

ثم إنه حيث ثبت ولاية المؤمنين، قد يكون على وجه الحكم من الإباحة أو الندب أو الوجوب، أو على وجه الولاية فيكون قائما مقام الأب و الجد، أو على وجه النيابة إما عن الحاكم الشرعى و إما عن الإمام- عليه السلام.

و شيخنا المرتضى- قدس سره- حاول الفرق بين هذه الوجوه في الثمرة و هي جواز مزاحمة عدل آخر للعدل المتصدى قبل إتمامه العمل، كما لو باع الأول ما عرضه الثانى للبيع من شخص، من شخص آخر قبل بيع الثانى، بناء على الوجهين الأولين، و عدم جواز ذلك على الأخير، و من هنا فرق بين ولاية المؤمنين و كذا الأب و الجد و بين ولاية الحكام بأن الأولتين ليستا من باب النيابة، و إذا

كان كل من الاثنين مرجعا و مالكا للأمر فمهما تصدياه فقد تصداه المالك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥

و أميا ولاية الحكام فهي تابعة لمدرکها، فإن كان المدرک مثل التوقيع الشريف «١» الأمر بإرجاع الحوادث الواقعة إلى الفقيه، فالمستفاد منه صرف المرجعية فيجوز لو عين فقيه من يصلى على الميت أو من يقوم بأمر أمواله أو وضع اليد على مال أن يزاومه فقيه آخر و يفعل خلاف ما أراد الأول و بنى عليه؛ لأنه أيضا مرجع و لا يخرج عن المرجعية بمجرد شروع الأول في مقدمات التصرف، نعم لو صدر منه التصرف فهو من باب فقدان الموضوع.

و إن كان المدرک عمومات النيابة فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الآخر، لأنه كمزاحمة نفس الإمام فيما أراده و دخل في مقدماته، فكما لا يجوز مزاحمته - عليه السلام - لا يجوز مزاحمة نائبه - صلوات الله عليه - فأدلة النيابة عن الإمام - عليه السلام - لا يشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام - عليه السلام -، هذا ما ذكره - قدس سره -.

و قد تنظر فيه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأنه لا فرق بين الوجوه الثلاثة من جهة هذه الثمرة سواء كان المدرک للولاية هو القدر المتيقن أم الأدلة اللفظية، أما على الأول فلأن القدر المتيقن من الخروج عن خلاف الأصل الأولى من عدم جواز التصرف في أنفس الغير و أمواله و إعراضه صورة عدم تصدى فرد آخر من العنوان، فيخرج الباقي عن القدر المتيقن، و لا فرق بين الحكم و الولاية و النيابة و هذا واضح.

و أميا على الثاني، فيدور الأمر مدار استفادة العموم الأزمانى من الدليل، فإن الدليل الأمر برجوع العوام مثلا في الوقائع الحادثة إلى الحكام إن كان ناظرا إلى زمان دخول فقيه آخر أيضا نظير ما يقال في التخيير الاستمرارى في دليل التخيير

(١) - الوسائل ج ١٨، الباب ١١، من أبواب صفات القاضى، ص ١٠١، ح ٩.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦

بين الخبرين كان للفقيه الآخر مزاحمة الأول، و للعوام المراجعين أن يرفعوا اليد عن الأول و مراجعة الثاني كما في الخبرين، و كذلك الدليل الدال على ولاية هذا الجنس أو نيابته إن استفيد منه العموم الأزمانى و أن الولاية أو النيابة محفوظة حتى بعد تصدى فرد آخر مثله جاز المزاحمة، و ليس مزاحمة نائب الإمام - عليه السلام - حينئذ إلا من نائبه و ياذنه - عليه السلام -.

هذا على تقدير الاستفادة، و لو لم يكن للدليل عموم أزمانى على جميع الوجوه الثلاثة فيكون الحال كما لو كان المدرک هو القدر المتيقن فهل يصح إثبات جواز تصرف الثاني بالاستصحاب أو لا؟ الحق الجواز، فيقال: إنه كان قبل تصدى الأول جائز التصرف أو وليا أو نائبا و الآن نشك في بقاء ذلك فالأصل بقاءه.

لا يقال: هذا مبنى على القول بانصراف قوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» إلى المالك الذى من شأنه الإذن و طيب النفس، فلا يشمل الصغير، و أما لو قلنا بعمومه للصغير أيضا فلا بد حينئذ من التفصيل بين ما لو استفيد الحكم فالمرجع عند الشك عموم هذا الخبر أو الولاية فالمرجع الاستصحاب، و الفرق أن استصحاب حكم الخاص مع وجود العموم الأزمانى كما هو الحال في الخبر المذكور غير جائز، لأنه تمسك بالأصل في قبال الدليل، و الاستصحاب المنقح لموضوع العام مقدم على العام، فلو استفيد الحكم كان تصرفا في حكم قضية لا يحل، و لو استفيد الولاية أو النيابة كان تصرفا في موضوعها و تعميما لطيب نفسه إلى طيب نفس من يقوم مقامه بلسان التنزيل، و الأول تخصيص و الثاني أيضا تخصيص بلسان الحكومة، فلا جرم يختلف حال الاستصحاب عليهما.

لأننا نقول: هذا العموم بالنسبة إلى الصغير غير ممكن العمل مطلقا، لأن العمل به إنما يحصل بإناطة جواز التصرف بطيب نفس الصغير و هذا المعنى غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧

متحقق في حال الصغارة أبداً، و بعد ذلك لا يفرق الحال بين أن يكون جواز التصرف ثابتاً لواحد أو اثنين، فلا يكون الثاني زيادة تخصيص و لا الأول حفظ عموم.

### [فصل في اشتراط المصلحة في غير الأب و الجد و عدمه]

[فصل] ثم إنه هل يعتبر في ولاية العدول أو غيرهم ممن ثبت ولايته و جواز تصرفه في مال اليتيم ملاحظة الغبطة له أو لا؟ لا بدّ أولاً من التكلّم في الأصل في المسألة.

فنقول: أمّا في التكاليفيات الصرفية فمقتضى الأصل العقلي في باب النفوس و الفروج و الأموال هو الاحتياط حتّى في الشبهة البدويّة أيضاً، مضافاً إلى عمومات أدلّة عدم جواز التصرف فيها شرعاً، خرج ما كان موافقاً للغبطة، و بقي الباقي.

و أمّا في الوضعيات فالأصل الأوّلي فيها هو الفساد و عدم ترتّب المسببات، و لكنّه هنا محكوم، لأنّه إن قلنا بأنّ الثابت في المقام صرف الحكم التكليفي دون الوضعي و هو الولاية فالمرجع عند الشكّ عموم أحلّ الله البيع و نحوه، إذ قد علمنا كون طيب نفس المالك أو من يقوم مقامه ساقطاً عن الاعتبار بالنسبة إلى البيع الصادر من هذا الشخص و لكن نشكّ في اعتبار قيد آخر و هو مراعاة الصلاح و الغبطة فأصالة الإطلاق يدفعه.

و إن قلنا: بأنّ الثابت هو الولاية فالمرجع حينئذ أصالة عدم الولاية، لأنّا نعلم بأنّ إطلاق أحلّ و شبهه قد قيد بطيب نفس المالك أو وليه، و الشكّ في ولاية هذا المتصدّي عند عدم مراعاة الصرفيّة، فاستصحاب عدم ولايته منقّح للموضوع و هو مقدّم على أصالة العموم أو الإطلاق، هذا حال الأصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨  
و أمّا مقتضى الأدلّة فقوله تعالى لا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ \* «١» عدم الجواز إلّا مع رعاية الصلاح، و التكلّم في مفاد الآية يقتضى شرح ما يحتاج إلى الشرح منها.

فنقول و بالله الاستعانة: «القرب» فيها يحتمل أربعة أوجه على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سرّه -:

الأوّل: مطلق التقلب و التحريك و لو من مكان إلى غيره، فلا يشمل حكم إبقاء المال على حال أو عند أحد.

الثاني: وضع اليد و الاستيلاء عليه و لو بأخذ مفتاح الحجره التي فيها مال اليتيم فلا تشمل حكم ما بعد الوضع و التصرفات المترتبة المتأخّرة عنه.

الثالث: مطلق ما يعدّ تصرفاً عرفياً، فيشمل الوضع و كلّ تصرف جديد بعده، فكلّ منها متعلّق لنهي مستقل نظير حرمة الغصب، فإنّه ليس التصرف في الدار الغصبيّة مثلاً بجميع أنحاءه ذا نهى واحد، حتّى أنّه لو اضطرّ إلى المكث فيها لا يفرق الحال بين الجلوس في مكان واحد و السير في أطرافها، بل السير عرفاً تصرف زائد على أصل الكون فيتعلّق به نهى مستقل و المفروض عدم الاضطرار به، و لهذا اشترطوا في صحّة صلاة المحبوس فيها أن لا يتصرف فيها زائداً على مقدار اضطراره، نعم لا اعتبار بما لا يتفاوت عرفاً و لا يعدّ تصرفاً زائداً.

و بالجملة: ففي المقام مثلاً وضع اليد على فرس اليتيم منهى عنه و ركوبه منهى آخر و هكذا، و لكن لا يفرض على هذا الحال الإبقاء، لأنّ الظاهر منها أنّه

(١) - الإسراء / ٣٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩

لا تحدّثوا ما يعدّ تصرفاً، فلو أمسك الفرس في اصطبله و لم يتصرف فيه بما زاد على الإمساك لم يخالف إلّا نهياً واحداً و إن طال

ذلك سنين. نعم هذا بحسب ما استفاد من اللفظ، و أما استفادة حرمة الإبقاء من تنقيح المناط أو من الخارج فلا ينافي ما ذكرنا. الرابع: مطلق الأمر الاختياري وجوديًا كان أم عدميًا، فلو كان مال اليتيم في بيته و لكن كان تصدى الإنسان بيعه أحسن من ترك التعرض له رأسا يجب اختيار الأول، لأن هذا الترك أمر اختياري فلا يجوز اختياره في مال اليتيم إلا إذا كان أحسن، هذا احتمالات «القرب».

و أما لفظ «الأحسن» فيحتمل أيضا أربعة أوجه كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره -:  
الأول: أن ينسلخ عن معنى التفضيل و يكون بمعنى الحسن و يراد بالحسن ما فيه مصلحة.  
الثاني: هذا و يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قاله بعض من أن الحسن ما لا حرج في فعله.  
الثالث: أن يكون باقيا على ظاهره من معنى التفضيل و يراد به الأحسن من تركه كما في وَجَدْلَهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (١) و «ضع أمر أخيك على أحسنه» (٢).

الرابع: هذا و يراد الأحسن مطلقا من غيره من سائر التصرفات الوجودية و لكن لا بمعنى ما لا يتصور أحسن فوقه، إذ هذا لا يتناهى، و لا بمعنى أحسن ما يوجد، إذ ربما كان هناك ثلاثة تصرفات اثنتان منها أحسن من الثالث لكن لا

(١) - النحل / ١٢٥.

(٢) - الوسائل: ج ٨، الباب ١٦١، أبواب أحكام العشرة، ص ٦١٤، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٠

تفاضل بينهما، فالقطع حاصل بجواز التصدي و عدم جواز الإهمال و كذا لو لم يوجد إلا تصرف واحد و كان عدمه مضرًا، فإننا نقطع بعدم جواز الإهمال لأجل عدم اتصاف هذا التصرف بالأحسنية عما عداه الموجود، بل بمعنى ما لا أحسن منه، كما هو الحال في الولد الأكبر، فإن المراد به الولد الذي لا أكبر منه فيشمل الواحد و التوأمين و كذا تقليد الأعم فالمراد من لا أعلم منه. ثم الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات الأحسن هو الأخير، أما الثاني فواضح، و أما الأول، فلأن من الواضح أن المراد من القرب في هذه المقامات ليس معناه الحقيقي حتى تكون المجاورة المكانية و بالبدن محزومة بالنسبة إلى مال اليتيم، بل المقصود هو الكناية، و الممكنى عنه يختلف حسب اختلاف المقامات، فإذا أضيف إلى الأفعال كما في لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَ أَنْتُمْ سُكَارَى (١) كان كناية عن إيجاد ذلك الفعل، و إذا أضيف إلى الأعيان كما في:

فلان لا يقرب الكتاب أو لا يقرب المسجد، فالمقصود الكناية عن الأفعال المعهودة المتعارفة بالنسبة إلى تلك العين كالمطالعة بالنسبة إلى الكتاب، و الصلاة أو مطلق العبادة بالنسبة إلى المسجد.

ففي مقامنا لا بد أن يكون الممكنى عنه التصرفات المتعارفة في الأموال و هي مطلق ما يعد تصرفًا وجوديًا فيها أعم من نفس الاستيلاء أو التقليب من مكان إلى غيره أو البيع و الشراء، فتخرج عنه العدميات، و ينطبق هذا على المعنى الثالث.

و على هذا فلو اختار التصرف الوجودي و كان في البين أصلح و صالح لا- يجوز العدول عن الأول، و أما أصل اختياره التصرف الوجودي في قبال ترك التصرف الرأسي فلا شيء في الآية يدل على لزومه بمجرد كونه أصلح من غيره

(١) - النساء / ٤٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤١

و عدم جواز البقاء على عدمه لفرض عدم شمول القرب للعدميات.

و لا يرد أنه على هذا يلزم أنه لو كان في الترك مفسدة أعظم من مصلحة الفعل و لو كانت هذه المصلحة بالنسبة إلى مصلحة فعل

آخر أعظم جاز التصدي بناء على كون المراد الأحسن من غيره من التصرفات الوجودية لا من تركه، إذ لا يعقل أحسنية الشيء من تركه، للزوم أن يكون الترك أحسنًا وهو مع حسن الفعل غير مجامع، إذ يمتنع اتصاف النقيضين بالحسن والرجحان بعد أن لازم رجحان كل من طرفي النقيضين مرجوحية الطرف الآخر ككفتي الميزان إذا رجح أحدهما خف الآخر، بخلاف الضدين حيث يمكن اتصاف كليهما بالحسن، فملاحظة الأحسنية في الآية لا بد أن تكون مقصورة بالأضداد الوجودية دون الضد العام، وجه عدم الورد عين ما ذكر، فإنه إذا فرض كون الترك ذا مفسدة أعظم لا يعقل اتصاف الفعل بأصل الحسن حتى يلاحظ تفاضله بالنسبة إلى الغير.

ثم هذا كله مقتضى الآية الشريفة، ولكن يازائها خبران دالان على عدم لزوم مراعاة الأصلح عند وجوده ووجود الصالح: الخبر الأول: حسنة الكاهلي «قال: قيل لأبي عبد الله - عليه السلام -: إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومع خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك؟ فقال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا» (١) الحديث. الخبر الثاني: رواية ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: إن لى ابنه أخ

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٧١، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٨٤، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٢

يتيمه فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا رب هذا بهذا؟ قال: لا بأس» (١). أما دلالة الثانية بواسطة ترك الاستفصال عن زيادة العوض و مساواته على جواز المساواة فواضحة.

و أمّا الأولى: فلا شبهة في انقداح المعارضة بين صدرها و ذيلها كما في نظائرها بدوا، فإنه إذا قيل: إن غسلت ثوبك في الممرن فمرتين، و إن غسلته في ماء جار فمرة واحدة، يتعارض الصدر الذيل في الماء الكثر لأن مفهوم الصدر عدم لزوم المرّتين، و مفهوم الذيل عدم جواز الاكتفاء بالمرّة، و هكذا في المقام التصرف الضروري حرام بمقتضى الذيل و ما فيه المنفعة سواء بالزيادة في المالية كما لو شرب ماء و أعطى درهما يوازي أضعاف مائية ذلك الماء، أم في غيرها كما لو أكل خبزاً و أعطى مكانه خبزاً في يوم آخر بحيث لو بقي الخبز الأول لنقص عن طراوته و جداوته جائر بمقتضى الصدر، و ما لا نفع فيه و لا ضرر كما لو أكل خبزاً و وضع مكانه خبزاً مثله في ساعته، يتعارض فيه مفهوم الجملتين.

فقضية مفهوم الصدر حيث أناط الجواز بالنفع عدم الجواز، و مقتضى مفهوم الذيل حيث أناط الحرمة بالضرر الجواز هذا، و قد نقل هذا المعنى شيخنا المرتضى عن بعض معاصريه - قدس سرهما - و لم يرتضه و قال في بيان عدم التعارض: إن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك انتهى المقصود من كلامه - أعلى الله مقامه.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٧١، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٨٤، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٣

و أنت خير بأته - قدس سره - أراد إدخال ما لا نفع فيه و لا ضرر في قسم ما يوازي و مشمولاً للمنفعة، و بهذا فسّر كلامه أيضا بعض الأساطين من محشّى كلامه، لكنّه قال بعد هذا التفسير: و كيف كان فلا تنافي بين صدر الرواية و ذيلها لكون الشرطية في كلّ منهما مسوقة على ما هو الغالب من حصول الضرر أو النفع من دخول بيت اليتيم، لندرة الموازاة بين الضرر و النفع الداخلين عليه من الدخول فلا تعرّض في إحداها لهذه أصلاً فلا تعارض كما لا يخفى، انتهى كلامه - زيد في علو مقامه.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته -:

أولاً: بأنه خلاف مرام شيخنا و هو بصدد تفسير كلامه و توضيح مرامه، إذ على هذا يلزم مسكوتية الفرض المزبور في الرواية، و مقصوده - قدس سره - على ما فسره نفس المحشى أيضا شمول الصدر لهذا الفرض.

و ثانياً: ما ذكره من كون ندره فرض الموازة موجبا لخروجه عن كلتا الشرطيتين، فيه أن ندره الوجود إن صار بمثابة أوجب انصراف لفظ المنفعة مثلا إلى غيره، كان ما ذكره تاماً، لكن من المعلوم عدم كونه كذلك، و حينئذ فإن كانت القضية خالية عن ذكر الشرط و الإناطة و مشتملة على صرف إنشاء حكم في موضوع أمكن أن يقال: إنه في مقام إنشاء حكمه ما تعرض لغير ما هو محل ابتلاء المخاطب و خصص إنشائه بالأفراد الداخلة تحت ابتلائه، و أما إن اشتملت على ذكر المناط و العلة للحكم فهو في هذا كشف حجاب عن أمر واقعي دون إيجاد و إنشاء و لا معنى لاختصاص الأمر الواقعي بموارد الابتلاء دون الخارج عنه.

و الحاصل: أن المفروض أنا نفهم من قوله: «إن كان في دخولكم منفعة فلا بأس» كون وجود المنفعة سببا منحصرا للجواز فيستكشف من السببية المنحصرة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٤

الحال في غير محل الابتلاء و هذا بخلاف ما إذا قال: أنفعوا اليتيم و لا تضروا، فيمكن أن يقال: إنه ساكت عن صورة عدم النفع و الضرر لكونه نادرا، بخلاف قوله: النفع سبب منحصر للجواز، و إذن فالتعارض بينه و بين ما دل على أن السبب المنحصر للحرمة هو الضرر متحقق في الفرد الغير النافع الغير الضار.

و ثالثاً: سلّمنا عدم شمول مفهوم الشرطيتين للفرد النادر بواسطة عدم إفادة الحصر حتى بالنسبة إليه و لكن نقول مع ذلك يتحقق التعارض، لأننا و إن أغمضنا عن الدلالة على الحصر لكنّ الدلالة على أصل السببية غير قابلة للإنكار، و هذا المقدار في خصوص هذا المقام يكفي في التعارض، لأننا نقطع أنه إما وجود النفع سبب الجواز و إما وجود الضرر سبب الحرمة على سبيل منع الجمع. مثلاً لا تعارض بين قولنا: الغسل بالمركن سبب المرّتين و بالجارى سبب المرّة بخلاف قولنا: النفع سبب الجواز، و الضرر سبب الحرمة، و مجرد السكوت عن فرض عدم الضرر و النفع لا يرتفع التعارض.

و إذن فنقول: الحقّ في رفع هذا التعارض أن يقال: المتفاهم عرفاً من أمثال هذه القضايا أن الأصل هو ما ابتدأ به المتكلم في صدر الكلام، و ما عقبه في الذكر بمثابة التفرّيع على الجملة الأولى مقتصر على بعض الأفراد لنكتته، إمّا لكونه الأخصى أو الاهتمام بذكره أو غير ذلك.

ففي مثال الغسل بالمركن نقول: المعيار هو القلمة المعبر عنها بالمركن و إنّما اقتصر في الجملة الثانية التي هي بمثابة التفرّيع على ذكر الجارى لندره وجود الكثر في بلد السائل مثلاً و نحوها، و من هذا القبيل استفادة المانع لبس جزء غير المأكول في الصلاة دون شرطية لبس المأكول من موثقة ابن بكير الواردة في باب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٥

لباس المصلّي، فنقول في المقام: المستفاد أن وجود النفع ملاك الجواز و ذكر الضرر في طرف الحرمة لكونه أعلى الأفراد.

هذا و قد تبين أن مقتضى إطلاق الخبرين عدم لزوم مراعاة الأصلح و قد كان مقتضى الآية اللزوم، فقد يقال: إن الباب باب المطلق و المقيّد فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق الخبرين و تقييدهما بالآية.

و لكن لا يبعد أن يقال: ليس المقام مقام ملاحظة هذا النوع من الجمع، و توضيح المقام أن يقال: إذا كان المتكلم بالعام أو المطلق بصدد بيان المحمولات الإنشائية، فحينئذ يفتح باب أن يكون إنشاء هذا المحمول بالنسبة إلى بعض ما شمله العام غير مطابق مع الإرادة الجدّية و كان لأجل ضرب القانون، غاية الأمر أن أصالة التطابق مقتضية لعدم كونه على هذا النحو، فإذا رأينا الخاص صار الحمل على كون العموم لضرب القانون جمعا عرفياً.

و أمّا إذا كان المتكلم بصدد بيان المحمولات الاخبارية فباب هذا المعنى، أعنى: ضرب القانون، مسدود إذ لا معنى له إلّا في

المحمول الإيجادى دون الأمر الواقعى النفس الأمري الذى شأن المتكلم كشف الحجاب عن وجهه، ألا ترى أنه لو قال المتكلم: رأيت جميع علماء هذا البلد، ثم فى مجلس آخر قال فى حق عالم من علماء هذا البلد: ما رأيت قط، فلا يجمع بين كلاميه، كما كان يجمع لو قال لعبد فى مجلس: أكرم جميع علماء هذا البلد، و فى مجلس آخر استثنى واحدا منهم.

نعم باب غير هذا النوع من أنحاء التجوزات واسع كما أطلق الكلّ مسامحةً و بالعناية على الجميع الكثير الذين يكون الخارج عنهم غير معتدّ به، و باب الإطلاق و التقييد خارج عن التجوز، و تفكيك بين الإرادة الاستعمالية و الجدّية فأراد من قوله: أكرم العلماء حقيقةً و جدّاً زيد و لكن لا لداعى الغرض اللبى فى إكرامه،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٦

بل ربّما كان مبعوض الإكرام، بل لمصلحة فى نفس الإرادة المنشأة الجدّية، و لو كانت المصلحة ضرب القانون، ثم إذا وصل محلّ بيان إرادته اللبّية بالنسبة إليه أظهرها.

و أما فى المقام فأراد جدّاً (زيد) من قوله: رأيت علماء هذا البلد، و أراده أيضاً جدّاً من قوله: ما رأيت زيدا قط، فلا محالة إحدى هاتين الإرادتين الحاكيتين للنسبة الخارجية صدق و الأخرى كذب، فيكون القائل مأخوذاً و محجوجاً عند أهل العرف بهذين القولين و هو غير مأخوذ و مسؤول عندهم بنظرهم فى الإنشاءات.

و أقوى شاهد على هذا المدعى باب الإقرار حيث إنه لو أقرّ لزيد بعشرة دراهم إلّا واحداً كان الثابت تسعة لأنّه مقدار المقرّ به، و أمّا إذا أحرّ الاستثناء إلى مجلس آخر لا- يسمع منه و لا- يجمع بين كلاميه، و لا- يقال: إنّه و إن انعقد ظهور كلامه الأوّل و استقرّ لكن الكلام الثانى أوجب نقصان حجّيته العقلية، فلا- يصحّ نسبة إرادة العاشر إليه، و من المعلوم أنّ النفوذ الشرعى متعلّق، بما صار موضوعاً للحجّية العقلية، بل يقال: إنّ كلامه الأوّل إقرار بالعشرة، و الثانى إنكار عقيب الإقرار و هو غير مسموع، و ما دام لم يكن تهافت عرفى بين الكلامين- مع قطع النظر عن حكم الشرع- لما كان لهذا وجه.

و حينئذ نقول فى المقام: إنّ أداة الشرط دالّة على عليّة المدخول، فإذا قيل: إذا جاء زيد فأكرمه، فكأنّه قيل: المجيء علمه لوجوب الإكرام، و هذا لا- يجمع مع قولنا: المجيء راكبا علمه للوجوب، فإنّ العليّة أمر واقعى إمّا ثابتةً و إمّا معدومة، و ليست كالإرادة لها مرتبتان: مرتبة الاستعمال و مرتبة اللب، و هذا هو السرّ فى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٧

مقابلة المتباينين مع قوله- عليه السلام-: «إذا زالت الشمس دخل الوقتان» (١) و قوله- عليه السلام-: «إذا مضى من الزوال مقدار أربع ركعات دخل وقت العصر» دون معاملة المطلق و المقيّد.

نعم لا- مانع من الجمع بنحو آخر كأن يقال: إنّما جعل الزوال وقتاً لهما من باب التوسّع و المسامحة، و مثل هذا ممكن فى مقامنا بأن يتصرّف فى لفظ الأحسن فى الآية و يقال: إنّه تعارف ذكر هذا اللفظ و إرادة الأحسن من تركه كما فى وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٢) فإنّ المراد ما كان بقول لّين و قوله «ضع أمر أخيك على أحسنه» (٣).

(١)- الوسائل ج ٣، الباب ٤، من أبواب المواقيت، ص ٩١، ح ١.

(٢)- النحل / ١٢٥.

(٣)- الوسائل ج ٨، الباب ١٦١، من أبواب أحكام العشرة، ص ٦١٤، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٨



## إشارة

## مسألة

يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنًا أو مثنًا أن يكون مسلمًا فلا يصح نقله إلى الكافر. واستدل على هذا تارة بأن الكافر يمنع من استدامته، لأنه لو ملكه قهرا يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه فيستكشف من مبعوضيته البقاء مبعوضيته الحدوث. وأخرى بقوله تعالى وَكَرُنْ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «١». وثالثه بقوله - عليه السلام -: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» «٢». والإنصاف كما ذكره شيخنا المرتضى: عدم خلو التمسك بها عن الخدشة في الدلالة، أما حكاية مبعوضيته الاستدامة، فغاية ما تقتضيه مبعوضيته الحدوث على نهج مبعوضيته البقاء، ولم يحكم هناك بزوال الملكية والانعقاد قهرا، وإنما حكم عليه بقوله - عليه السلام -: «يبعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده» في المانع أن يقال بمثله في الحدوث فكان البيع صحيحا مؤثرا و بعد صيرورته ملكا للكافر بيع عليه. ومن هنا تظهر الخدشة في التمسك بالآية والنسب، فإن سياقهما آب عن

(١) - النساء / ١٤١.

(٢) - الوسائل: ج ١٧، الباب ١، أبواب موانع الإرث، ص ٣٧٦، ح ١١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٩

التخصيص، و بعد ما رأينا أن ملك الكافر في طرف الاستدامة لم يرتفع، قهرا يلزم التخصيص فيهما فيجب صونا لهما عن ذلك، حملهما على معنى لا يشمل الملكية، إلا أن يقال: الظاهر من الآية أنه ما شرع الله للكافر أن يتسلط عليه باختياره فلا ينافى تملكه قهرا إما بالإرث أو بإسلام عبده، وذلك لأن السبيل المجعول للكافر الذي وقع تحت النفي ظاهر في ما كان اختياريا، إذ هذا يصدق عليه أنه سبيل للكافر، وعلى هذا فالابتداء مشمول للآية وخروج الاستدامة ليس من باب التخصيص. اللهم إلا أن يقال: لا نسلم صدق السبيل على مجرد التملك ولو بالاختيار إذا كان مسلوبا عنه جميع التسلطات والاستنفاعات المتعارفة من الأموال، فلا مانع من شمول دليل صحة البيع، غايته المانع عن دليل السلطنة، هذا. ويمكن أن يقال: إن مثل هذه العلاقة التي ليس لصاحبها شيء من أنحاء التصرفات المالكية حتى يجوز للمسلمين بيعه بدون اعتبار طيب منه، ولا يمكنه اتخاذ خدمة وفائدة منه غير أنه يستحق ثمنه عند شراء الغير لاستحق عرفا إطلاق اسم المال. وحينئذ ففي طرف الاستدامة قد أفاد البيع فائدته من نقل المال بالمال لكن تحقق في الأثناء ما نقص عن مالئته وأسقطه عن درجته المائية وأبقى علاقة ضعيفة، وأما في الابتداء فلا يمكن القول بأن البيع يفيد هذه الفائدة، إذ يلزم تفكيك الإنشاء عن المنشأ وهو خلاف مفاد أدلة الصحة الذي هو إمضاء ما فعله المتعاقدان في إنشائهما، والمفروض أن العقد البيعي لا يتحقق في الخارج له حقيقة إلا إذا قصد البائع الذي هو مالك العبد في المقام مثلا سلب علاقة نفسه التي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٠

هي علاقة الملكية القويّة التامة وإيجاد مثلها، أعنى: علاقة قويّة تامة للمشتري، وهذا المعنى لا يمكن انعقاده، و بعد عدم إمكانه فالقول بانعقاد المرتبة الضعيفة خارج عن مدلول العمومات ومحتاج إلى تعبد خاص كما ثبت في طرف الاستدامة، حيث إن الأمر فيه بالعكس حيث تنتقل العلاقة الضعيفة وتبدل عند المشتري بالقويّة، ولولا النصّ لكان في إثباته بالقواعد محلّ إشكال، وأما إطلاق

البيع عليه في قوله: «بيعه» فهو من باب إطلاقه في بيع سكنى الدار وخدمة العبد ليس على حقيقته.

فإن قلت: فما تقول في المالكين المحجورين كالصغير والسفيه والمفلس، فإنهم ممنوعون من جميع التصرفات سوى أنهم يستحقون الثمن فلازم ما ذكرت عدم صحة البيع في أموالهم؟

قلت: يكفي في صدق المالية وجود من يقوم مقام المالك ويتصرف في ماله و ينتزل منزلة المالك في سائر الأموال بعنوان الولاية على صاحب المال وهذا متحقق فيما ذكرت وغير متحقق في مقامنا، إذ لم يعلم كون حكمه - عليه السلام -:

«بيعه» بعناية الولاية وعدم إلغاء طيب نفسه بالمرّة، إذ هذا معنى جعل الولاية، فإنه تبادل طيبه بطيب الولي لا إسقاط طيبه رأساً، بل لا يبعد في المقام كونه من الثاني فهو بالنسبة إلى هذا العبد كأحد من الباعين لا مدخلية لرضاه وعدم رضاه.

هذا وقد جعل التعارض شيخنا المرتضى - قدس سره - بين الآيه وبين عمومات صحة البيع وقاعدة السلطنة بعد تسليم عموم السبيل للملك، وعدم اقتضاء إباء سياقه عن التخصيص حملها ابتداء على ما لا يشمل الملك، وعدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥١

المانع أيضا عن عمومه من جهة تفسيره بالحجة باعتبار أن تعميمها لما يشمل الاحتجاج والاستيلاء يحتاج إلى تكلف، والحاصل بعد تسليم عدم قصورها ذاتا عن عموم التملك، ثم جعل تلك العمومات أظهر وحمل الآيه بواسطة أظهرتها على معنى لا يشمل الملكية، قال:

و حكومه الآيه عليها غير معلومة.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته -: ليس نظره - قدس سره - إلى أنه ليس للآيه نظر الحكومة وأنها غير مندرجة تحت ضابطها، إذ من المعلوم الذي لا يمكن نسبة إنكاره إلى مؤسس هذا الأساس عدم الفرق بين الآيه وبين آيه ما جعل عليكم في الدين من حرج (١) و حديث «لا ضرر ولا ضرار» (٢).

نعم قد يستشكل عليه أن ملاحظة الأظهرية بين دليل الحاكم والمحكوم في أصل مفاد حكومته خلاف مبناه - قدس سره - في الأصول، فإنه - قدس سره - بنى على أنه لو كان الدليل الشارح فيه احتمالان: أحدهما غير مماس بالمحكوم، وبالآخر يصير شارحا و مبينا له و ناظرا إليه و بمنزلة «أعني» بالنسبة منه، و كان في حد ذاته ظاهرا في الثاني، و لكن المحكوم بالنسبة إلى شمول المورد كان أقوى ظهورا من ظهور ذلك في الحكومة لا يلاحظ الترجيح بالأظهرية بينهما، بل يحكم بتقديم الأول في مفاده الشرحي.

و قد اخترنا ذلك أيضا في محله، و وجهه إجمالا أن الترجيح بالأظهرية فرع انقداح التعارض، و مثل هذين الدليلين لا ينقدح من الأول تعارض بينهما حتى نحتاج إلى ملاحظة الترجيح و تقديم أظهرهما، نعم اختار بعض من تأخر عنه

(١) الحج / ٧٨.

(٢) الوسائل: ج ١٧، الباب ١، من أبواب موانع الإرث، ص ٣٧٦، ح ١٠.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٢

- قدس سره - خلاف هذا، و أنه في هذا المقام أيضا يلاحظ الترجيح فهو في هذا المقام سالم عن الإشكال و لكنّه - قدس سره - مأخوذ هنا بمبناه.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفادته -: يمكن ذب هذا التنافي في المقامين بين دعوويه - قدس سره - فيهما بأن يقال: قد يراد إعمال الترجيح و الموازنة بين الظهورين في أصل مفاد الحكومة كأن يكون دوران أمره بين كونه «أعني» حتى يكون حاكما، أو «يعني» حتى يكون أجنبيًا و كان ظهوره في الأول، و كان ظهور المحكوم أقوى من هذا الظهور، ففي هذا المقام لا يجوز ذلك و كلامه في الأصول ناظر إلى هذا المقام.

وقد يراد بعد الفراغ عن تقديم الدليل الحاكم في هذا المفاد الشرحي إعماله في تعيين محلّ هذا الشرح وأنه بأيّ شيء تعلق فإنّ «أعنى» مثلا إنّما يفسّر ما وقع متعلّقا له، وفي هذا المقام تصل النوبة إلى ملاحظة التعارض، مثلا ربّما أمكن أن يقال: إنّ أدلّة العبادات وإن كان ليس لها وجه تقديم على دليل لا ضرر ولا حرج في موارد ضرريّة العبادة، بل مفاد لا ضرر في أصل شارحيته مقدّم عليها فلا يحمل لأجلها على معنى النهي عن إيجاد الضرر حتّى لا ينافيها على خلاف ظهوره وإن فرض أنّ ظهور تلك الأدلّة كان أقوى، و لكن بالنسبة إلى عموم متعلّقه، أعنى:

الضرر للضرر الجزئي، يمكن أن يقال ظهور تلك الأدلّة أقوى، فينصرف بأظهريتها شارحيّة «لا» إلى موارد الضرر العظيم. وهذا منه - قدّس سرّه - نظير تقديم ظهور العام في بعض الموارد بالنسبة إلى بعض الخصوصيات على الخاص، كما لو ورد: أكرم العلماء، ثمّ: لا تكرم الفسّاق من العلماء، وتردّد مفهوم الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو الأعمّ منه و من كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٣

مرتكب الصغيرة و كان الاحتمال الثاني أظهر منه في حدّ ذاته، و لكن ظهور العلماء في القضية الأولى لمرتكبي الصغائر كان أقوى، فإنّ القول هنا بترجيح أقوائيّة العام في الظهور لا ينافي مع دعوى أنّ الخاص المطلق مقدّم على العام كذلك، فكذلك في المقام لا تنافي بين الدعويين.

الأ- ترى أنّه لو قال: أكرم العلماء و لا تكرم الجهّال، أعنى: غير زيد، فلا شبهة أنّه لو تردّد أمر كلمة «أعنى» بين ظاهره من التفسير و معنى آخر نأخذ بظاهره، و لو كان ظهور الجمليتين أقوى منه في شمول زيد، و لكن لا بعد الأخذ بمفاده الظاهر لو حصل لنا ترديد في مفاد زيد لكونه مشتركا بين عالم و جاهل و كان منصرفا إلى العالم مثلا، و فرضنا أنّ ظهور العلماء في القضية الأولى في شموله زيد العالم أقوى من هذا الانصراف نرى بالوجدان أنّ رفع اليد عن انصراف زيد و تعيين محلّ شارحيّة «أعنى» و صرفها إلى زيد الجاهل، ليس فيه الخروج عن قانون الجمع العرفي كما كان لو أعملنا ذلك بالنسبة إلى مفاد «أعنى»، هذا.

ثمّ إنّّه - قدّس سرّه - بعد الحكم بتقديم العمومات للأظهرية و حمل السبيل على معنى لا يشمل الملكية بأن يراد من السبيل السلطنة فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقّق السلطنة، بل يكون محجورا عليه مجورا على بيعه - قال: وهذا و إن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شيء لم يكن و لن يكون، و أنّ نفى الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال، هذا انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -: ملاحظة الترجيح بين الآية و دليل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٤

الاستقلال ليست على حالهما بالنسبة إلى عمومات صحّة البيع، بل لا بدّ من تقديم الآية من دون حاجة إلى التعليل بالأهويّة من العكس، و ذلك لأنّ هذا فرع المعارضة، و لا معارضة بين الآية و ذلك الدليل، لأنّ أمر هذا الدليل لا يخرج عن حالين، إمّا يكون مشرعا و إمّا لا يكون.

فإن كان الثاني - كما هو مذاقه قدّس سرّه -: فالأمر واضح، إذ حال حجر الكافر بالنسبة إلى جميع التصرفات حينئذ بعينه حال المولى المسلم قبل البيع بالنسبة إلى خصوص بعض التصرفات، كالتقيل و الوطى و نحوهما، فكما لا منافاة بينهما هناك لكون قضية الناس حيثيّة فكذلك هنا بلا فرق.

و إن كان الأوّل: فهذا الدليل مقطوع التصرف إمّا بالتخصيص أو التقييد، لأنّه إن كان البيع غير صحيح فهذا خروج هذه السلطنة عن إطلاق مسطون، و إن كان صحيحا و كان الكافر محجورا كان تخصيصا في الناس، فهو مرفوع اليد عن ظاهره على كلّ حال و ليس له مع ذلك قابليّة المعارضة.

ثم إنه - قدس سره - ذكر أن على فرض تكافؤ أدلته البيع مع الآية فمقتضى الأصل هو الصحة لا الفساد، لأن استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضى الصحة كما إذا كان الكافر مسبوقاً بالإسلام بناء على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام، أو كان العبد مسبوقاً بالكفر فيثبت في غيره بعدم الفصل،

قال - قدس سره -: ولا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد؛ لأن استصحاب الصحة مقدّم عليها فتأمل انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -: كلامه - قدس سره - مبني على دعوى الملازمة بين الصحة في الموردين حتى في الظاهر، فلا يرد عليه أن إثبات أحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٥

المتلازمين بالأصل مبنّى على الأصل المثبت الذي هو على خلاف مبناه؛ وذلك لكون التلازم في الأعم من الظاهر والواقع، ولكن قد يستشكل عليه - قدس سره - بأنه ما وجه حكمه بتقديم استصحاب الصحة مع عدم تسبّب بينهما، فإن الفساد والصحة عدلان ليس الشك في أحدهما مسبباً عن الآخر؟

و يجب بأنّه ليس المراد بأصالة الفساد استصحاب الفساد الذي هو حالة عدمية في العقد عدلاً للصحة، وهو: عدم المؤثرية والبطلان؛ لأنّ هذا المعنى لم يكن في السابق معلوماً، إذ ليس لنا زمان نقول: كان بيع العبد المسلم الغير المسبوق بالكفر من الكافر الغير المسبوق بالإسلام، بحيث لو وجد كان باطلاً غير مؤثر حتى نستصحه.

فإن قلت: الإمضاء أمر حادث مسبوق بالعدم الأزلي فنقول: نشك من أولّ بدو التشريع أنّه هل شرع الإمضاء في هذا الصنف من البيع أو لا؟ فنستصحب عدمه الأزلي، وليس بعد هذا تطبيق الحكم المعلق على هذا العنوان الكلي على مصداقه الخارجي من باب الأصل المثبت، لما قرّر في محلّه من أنّ هذا أيضاً خارج عن الأصول المثبتة؛ لأنّ إسراء الحكم المعلق على العناوين الكلية إلى مصاديقها من لوازم نفس الحكم الأعم من الظاهري والواقعي.

قلت: قد يكون الأثر لوجود شيء بنحو مفاد كان التامة، فاستصحاب العدم الأزلي لذلك الشيء حينئذ مفيد لإثبات نقيض ذلك الأثر، مثلاً ربّما يقال:

إنّ وجود المخالفة للكتاب والسنة مانع عن نفوذ الشرط لا الوجود الربطي، وحينئذ فمتى شككنا في أنّ اشتراط كذا في العقد هل هو مناف لآية كذا؟ أو سنّه كذا فلنا أن نقول: المخالفة أمر حادث معدوم في الأزلي فلنا استصحاب هذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٦

العدم الأزلي، فالشرط وجداني و عدم المخالفة تعبدى.

وقد يكون الأثر لوجود شيء أو عدمه مرتبطاً بموضوع آخر كما لو اعتبر المانع لكون شرط مفروغ الوجود مخالفاً فاستصحاب العدم الأزلي إلى زمان وجود الشرط ليثبت به أنّ هذا الموجود متّصف بهذا العدمى مثبت على ما هو التحقيق من تخالف حقيقة السلب بانتفاء الموضوع مع السلب بانتفاء المحمول، هذا في الأصول الموضوعية.

و أمّا الأحكام فلا - شبهة أنّ جعلها يحتاج إلى جعل قضية بأن يلاحظ العنوان الكلي باعتبار وجوداته و مصاديقه الخارجية ثمّ يحمل عليه حكم وجودي أو عدمي، و حينئذ فالعدم الأزلي بعدم القضية رأساً لا يجدى شيئاً، فلو شككنا أنّ شرب التتن منع عنه الشارع أو لم يمنع عنه فلا يمكن أن يقال: التتن في الأزلي كان بحيث لو وجد لم يمنع عن شربه الشارع، و الآن كما كان، لأنّ المعلوم في الأزلي ليس تركيب قضية جعل فيها عدم المنع على موضوع التتن، بل هو العدم الراسي واللاشيئية الصرفة، فجرّ هذا ثمّ إثبات أنّ هذا التتن الخارجي غير ممنوع عن شربه مبنّى على الأصل المثبت.

نعم لو علم عدم المنع سابقاً بنحو اعتبار القضية ثمّ شككنا لاحتمال النسخ فاستصحاب هذا العدمى إلى حال وجود الموضوع، ثمّ إثبات أنّ هذا الموضوع غير ممنوع ليس من الأصل المثبت، لما ذكر من أنّ تطبيق الحكم الكلي على صغريات موضوعه من لوازم

الأعم من الظاهر و الواقع.

و لعل ما ذكرنا مراد شيخنا المرتضى - قدس سره - في مبحث البراءة من الأصول حيث منع عن التمسك للبراءة في الشبهات الحكيمية باستصحاب عدم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٧

المنع الشرعي و إن كانت عبارته قاصرة عن إفادة هذا المعنى و لهذا وقعت موردا للإيراد في كلمات المحشيين لكلامه، و من هنا يظهر الجواب عن توهم آخر في المقام و هو أن الشك في الصحة و الفساد مسبب عن الشك في أن جعل الذي نعلم بصدوره من الشرع على عنوان البيع هل جعل فيه شرطية إسلام المنتقل إليه في ما كان المبيع عبدا مسلما أو لم يجعل، و لا شبهة أن جعل الشرطية على تقدير ثبوته حادث مسبق بالعدم الأزلي فباستصحاب عدمه يثبت إطلاق الجعل المعلوم؟

فإن الجواب أن جز هذا الأمر العدمي إلى زمان انقداح القضية الإنشائية في ذهن النبي أو الوصي - صلى الله عليهما و آلهما - ثم إثبات الحالة العدمية و الحد العدمي المعبر عنه بالإطلاق للطبيعة الملحوظة في ذلك الذهن الشريف مثبت، و لهذا صار الأصل المقرّر عندهم في جميع موارد الشك في الشرطية أو الشطرية في عامية أبواب ذوات الأسباب عند عدم إطلاق في البين هو الفساد و لا يتشبهون بديل مثل هذا الاستصحاب مع جريانه في جميع تلك المقامات.

و حينئذ نقول في مقامنا: إن مراد شيخنا بأصالة الفساد هو أصالة عدم الانتقال و هو في رتبة المسبب بالنسبة إلى استصحاب الصحة إذ بهذا الاستصحاب نثبت صحة البيع في تلك الموارد بواسطة الملازمة الظاهرية بين الصحتين، و إذا ارتفع الشك عن السبب و هو الصحة في تلك الموارد ارتفع عن المسبب و هو الانتقال.

و على هذا يتم كلام شيخنا و لا يتوجه عليه الإيراد و يكون أمره بالتأمل للإشارة إلى أن هذه الملازمة لو كانت فبالنسبة إلى الواقع و تعميمها إلى الظاهر كما في الماء المتمم و المتمم دون إثباته خرط القتاد، و مع الشك فيه لا يصح إثبات أحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٨

المتلازمين بالأصل الآخر.

ثم بعد البناء على التمسك بالآية - كما يظهر من شيخنا المرتضى لأجل استشهاد التمسك بها حتى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء و في غيره إلى أصحابنا بل لما مرّ منا من الوجه في تقريب التمسك بها - الظاهر عدم الفرق بين البيع و سائر أنواع التمليكات كالهبة و الوصية.

فإن قلت: على ما ذكرت لا مانع من الصلح المقصود به إعطاء تلك العلاقة الضعيفة التي منشأها مجرد استحقاق الثمن فإنه غير مختص بالأموال، بل يجري في الحقوق أيضا.

قلت: ليست المبادلة أولا بين الإضافيين بل بين المضافين باعتبار الإضافة، و معنى ذلك أن يصير العين عند انتقالها واجدة لمثل تلك الإضافة التي كانت لها عند صاحبها، و أما تمليك المنافع فمجملة الكلام فيها أنه بين ما لا يصدق عليه السبيل أصلا و ما يصدق عليه السبيل لكن بتبع حرمة مال الكافر الذمي، كالسبيل الذي يحصل له على مطالبه المديون المسلم الآتي من قبل حرمة ماله، و يكون نفى هذا السبيل مساوقا لنفى احترام ماله، و الآية الشريفة منصرفه عن مثله، و ما يصدق عليه السبيل بدون انصراف في البين فيشملة النفي في الآية.

فمن الأخير إعاره العبد المسلم للكافر لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سيلا و علوا، و إجارة المسلم عبدا كان أم حرا للكافر لكن مع وقوع الإجارة على الشخص بأن يكون الكافر مسلطا و ذا يد على الاستنفاعات و الاستخدامات منه بما يشاء و هو ما يسمى بالفارسية ب (نوكرى) و لا فرق بين وقوعه على مطلق الاستنفاعات أو على استنفاع خاص كالكتابة أو البريديّة و نحوهما بحيث يسمى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٥٩

بالاسم المذكور و واقعا على الشخص، و الفرق بينه و بين الإجارة على الذمة أن الكافر في القسم الأول ذو يد على الشخص و متولى بنفسه لاستيفاء المنفعة من جوارح الأجير، فتسلطه أولا على الشخص.

وفى القسم الثانى إنما يكون ذا مال كالحياطة و نحوها فى ذمة الشخص فتسلطه أولا على ماله و بتبع هذا يكون له تسلط على الشخص بمطالبة ماله و إخراجة عن ذمته فيكون حاله كالدائن المطالب من المديون بل هو هو، فيكون هذا من القسم الوسط الذى قلنا إنه و إن كان يصدق السبيل لكن الآيه لا تنفى مثله.

و من القسم الأول: الارتهان عند الكافر و الإيداع و مجرد التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه فيهما، و التسليط على منع المالك عن التصرف فيه إلاً بإذنه، و تسلطه على إلزام المالك ببيعه فى الأول لا يوجب صدق السبيل عرفاً، هكذا قاله شيخنا الأستاذ- دام بقاءه-، و صرح فى التذكرة على ما حكاها شيخنا المرتضى- قدس سره- بالجواز فى كليهما.

ثم إنه ذكر شيخنا المرتضى- قدس سره- أن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالتواصب و الغلاة و المرتد، غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآيه،

و قال شيخنا الأستاذ- دام بقاءه-: لا شبهة فى كبرى ما ذكره- قدس سره- من أنه متى ما رأينا الشارع علق حكماً على عنوان كلى و علمنا أنه ما لاحظ إلاً صدق هذا العنوان فلو فرض أن المتعارف فى زمانه من أفراد هذا العنوان مغاير مع المتعارف فى زماننا، فلا شبهة فى إسراء الحكم إلى تلك الأفراد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٠

نعم لو شككنا أنه لاحظ بماله من الأفراد المتعارفة له فى ذلك الزمان المفروض انقراضها فى هذه الأزمنة بحيث احتملنا مدخلية ذلك الصنف الخاص لا أنه جعل العام غيره للأشخاص الخارجيه كما فى القضية الخارجيه كما ربما يقال فى السجود على القرباس، فحينئذ لا يمكن التمسك بعموم الدليل فى أفراد زماننا، لكن من المعلوم أن الكافر فى الآيه ليس من هذا القبيل، فإنه بمناسبة الحكم و الموضوع يعلم أن هذا الحكم ثابت لجنس الكافر.

لكن الكلام فى أن حقيقة الكافر هل هو معنى يندرج تحته التواصب و الخوارج أو لا؟ و إنما الثابت فيهما الإلحاق الحكى المقتصر فيه على مقدار دليله و أن التنزيل و الإلحاق فيه هل يشمل الأثر المبحوث عنه أو لا؟

قال- دام ظلّه-: الظاهر أنه لا يمكن دعوى الأول، أعنى: التوسع فى حقيقته، إذ الظاهر أنه مقابل المسلم، و الظاهر أن الإسلام بحسب ما يستفاد من الأدلة سواء الظاهري منه أم الظاهري و الباطنى عبارة عن الإقرار بالشهادتين و هو الذى كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يدعو الناس إليه و يكتفى فى صدق المسلم بمجردهما، ألا- ترى أن الأمير- سلام الله عليه- فى محاربة الخوارج و صفين ما عاملهم معاملة الكفار فى أخذ الأسير و الغنيمه حتى اعترض عليه بعض أصحابه فى غزوة الجمل، فقال- عليه السلام-: من يرضى بأن يأخذ عائشة أسيراً؟ و كذلك من أخطت هذه الطائفة الخبيثة و ألعنهم عبد الله و مصعب ابنا الزبير و مع ذلك كانت مولاتنا سكينه زوجته مصعب.

و حينئذ المنصرف من إطلاق الكافر هو ما يقابل الإسلام بهذا المعنى و إن كان له مراتب، و بهذا الاعتبار أطلق على المخالف، أو نقول: إن الإطلاق فى هذه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦١

الموارد من باب التنزيل و الإلحاق الحكى، كما أن المؤمن فى الآيه أيضاً هو بمعنى الإسلام أو هو معناه فى زمان نزول الآيه كما فى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا\*** و نحوه، فالمراد هو الإيمان بالشهادتين، و من هنا يعلم الخدشه فى شمول الكافر لطفله.

[مسألة]

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع.

منها: ما إذا كان الشراء مستعقبا للاعتاق بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب، أو ظاهرا كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عني، و الوجه في الأول و الأخير واضح، لأن الملكية آنا ما مقدمه للاعتاق لا يعد سبيلا.

و أما الوسط فاستشكل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره - بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب، لثبوت الخلل إما فى المبيع لكونه حرًا، أو فى المشتري لكونه كافرا، فلا يتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعتاقه، قال - قدس سره - إلا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته -: قد تكون الملكية الواقعية - و لو انفكت عن الظاهرية - سبيلا منفيا بالآية، و حينئذ يتولد للثالث الذى هو الحاكم الشرعى فى المثال العلم التفصيلى بالبطلان بل للبائع أيضا، فحاله حال اقتداء أحد واجدى المنى فى الثوب المشترك بالآخر لو قلنا شرط صحه صلاة المأموم عدم جنابة الإمام واقعا، فإنه يتولد العلم التفصيلى بالبطلان، غاية الأمر عدم معلومته كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٢

المبطل تفصيلا لتردده بين جنابة نفسه و جنابة إمامه، و حينئذ لا - محيص عن البطلان فى ما نحن فيه كالمثال، و قد يكون الأصل الظاهرى النافى لملكية الكافر ظاهرا موجبا لانتفاء السبيل واقعا، فيكون الشرط الواقعى لصحة البيع واقعا عدم الحكم ظاهرا بملكية الكافر، و لو حكم بملكيته واقعا.

فحينئذ لا يحصل العلم التفصيلى بالبطلان كما أنه فى المثال لو قلنا بأن شرط صحه صلاة المأموم واقعا الحكم الظاهرى لعدم جنابة الإمام الجارى فى حق نفسه لا يعلم حينئذ بطلان صلاة المأموم، لأن جنابة نفسه محتملة منفية بالأصل و جنابة الإمام واقعا غير مضره و فى الظاهر مقطوع العدم.

و حينئذ نقول فى مقامنا: إن البائع قاطع بالرقية لكنه يعلم أن ملكية الكافر مسلوبة فى الظاهر و إن كانت ثابتة و متحققه فى نفس الأمر بواسطة الشراء ما لم يتحقق مزيلها بحيث لو انكشف بعد ذلك للحاكم خطأ إقرار الكافر لكان يحكم بملكية الكافر و يرتب عليه أثرها و هو كونه يباع عليه، و لكن مجرد الملكية النفس الأمرية غير مناف مع نفي السبيل لحصوله بالسلب الظاهرى للملكية.

و بالجملة فالبايع قاطع بعدم الخلل فى البيع لا من جهة حرية المبيع، لكونه قاطعا بالرقية و لا من جهة كفر المشتري لكون ملكيته غير منافية مع انتفاء السبيل، و أما الحاكم فهو مكلف بالتفكيك، فكل أثر يعد ضررا على المقر يرتبه على الإقرار، لأنه يحتمل الحرية و كون الإقرار صادقا، و المفروض أن حجية الإقرار ليست فى جميع الآثار، بل فى خصوص ما يرجع إلى ضرر المقر، فإقرار الكافر كما أن له حكاية عن عدم ملكية نفسه بالشراء كذلك له حكاية عن عدم ملكية المسلم له و عدم استحقاقه الثمن بالبيع، و لو أخذه يرتجع منه، و لكن دليل حجية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٣

الإقرار إنما يشمل المحكى الأول فقط، لأن ما نفى إما غير مرتبط بالمقر و إما نفع له، و المرتبط المضر منحصر فى الأول، فالحاكم بواسطة هذا الطريق الحجية الشرعية الغير المعلوم خلافها يحكم بعدم ملكية الكافر فينتزع المبيع من يده.

ثم هنا أماره أخرى دالة على ملكية المسلم و كون من فى يده رقبا و كونه مستحقا لثمنه و عدم جواز الارتجاع عنه، و كذا كون المشتري مالكا و هى ثبوت يده على العبد بعنوان المالكية، و قد فرضنا عدم جواز الأخذ بهذه الإمارة فى الأثر الأخير لتقدم حجية الإقرار بالنسبة إليه فلا مانع من الأخذ فى بقيه الآثار فيجبر الكافر بدفع الثمن إلى المسلم البائع.

نعم الحاكم يعلم إجمالا بمخالفة أحد الحكمين للواقع، أما حكمه بعدم ملكية الكافر للعبد الذى أقر بحريته و إما حكمه باستحقاق

البائع للثمن، و لكنّ التفكيك في مرحلة التعبد بالآثار بين المتلازمين في الواقع لا غرو فيه.

ألا ترى أنّه لو أقر أحد الاثنين الذين في يدهما المال بكون تمام المال لثالث فالحاكم ينتزع النصف من يد المقرّ و يسلمه للمقرّ له و يقرّ النصف الآخر في يد صاحب المقرّ مع أنّه يعلم إجمالاً- أنّ أحد الأمرين على خلاف الواقع، إمّا تسليمه النصف للمقرّ له و إمّا إبقاؤه النصف في يد صاحب المقرّ، لكونه قطعاً بأنّ تمام المال إمّا للثالث و إمّا لصاحبي اليد بالاشتراك.

و منها: ما لو اشترط البائع عتقه، فإنّ الجواز محكّي عن الدروس و الروضة و هو حسن في شرط النتيجة كما تبّه عليه بعض الأساطين- قدّس سرّه- في حاشيته على المقام، لأنّ حاله حينئذ هو الحال في من ينعق عليه و في ما قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك، حيث قلنا إنّ الملكية الثابتة أنا ما مقدمة للانعقاد لا يعدّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٤

سيلا عرفاً، و أمّا شرط الفعل فالتحقيق عدم الجواز، إذ لا فرق بين هذا و بين الحكم الشرعي الثابت مع عدم الاشتراط بكون العبد يباع على الكافر، فكما أنّ الثاني لم يوجب انتفاء السبيل و العلوّ فكذلك هذا الاشتراط أيضاً لا يجدي شيئاً، فإنّ السبيل و العلوّ حينئذ ثابتان غاية الأمر ثبوت الطريق إلى إزالتها.

### [حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]

[مسألة]

ثمّ ما ذكرنا كلّ حكم تملك الكافر المسلم اختياراً، أمّا التملك القهري فيجوز إن كان بالإرث كما لو ورثه الكافر من كافر مات قبل البيع عليه قهراً، أمّا أصل الرقية في مقابل الانعقاد بسبب الموت فلعدم احتمال كون ملكية الكافر الميت للعبد المسلم في حال حياته متقومة بحياته نظير ملكية الموقوف عليهم للعين الموقوفة، و لهذا ليس عدم انتقالها بموت البطن الأوّل إلى ورثتهم تخصيصاً في أدلّة الإرث لعدم صدق متروك الميت الذي هو موضوع تلك الأدلّة على مثل هذا، لأنّه مرتفع بارتفاع الموضوع فلا يكون متروكاً و ذلك للقطع بأنّ هذا العبد أيضاً كسائر أموال الكافر، و حينئذ فأدلّة الإرث ناهضة بنفي احتمال الانعقاد و الحرية و أنّه إمّا ينتقل إلى الوارث الكافر و إمّا لا ينتقل فيصير كالمال بلا وارث فينتقل إلى الإمام- عليه السلام.

و حينئذ فلا حاجة إلى التشبّث في نفي الاحتمال المزبور بذيل استصحاب بقاء الرقية حتّى يستشكل عليه بأنّه مبنّى على القول باستصحاب الكلّي في القسم الثالث منه في الأصول، لأنّ هذا من أفرادها لأنّ شخص الرقية المتقومة بالميت مقطوع الزوال فيحتمل حدوث شخص آخر متقوم بالوارث مقارنة لزوال الأوّل، فيستصحب جامع الرقيتين، و إن كان التحقيق عدم ورود الإشكال، لأنّ ملكية كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٥

الوارث بنظر العرف عين ملكية المورث فحالها عندهم حال الخيمة القائمة بدعامة ثمّ تبدلت الدعامة بدعامة أخرى حيث إنّ الخيمة بشخصها و بهيئتها الخاصّة القيامية باقية من غير تبدل و تغير هذا.

و أمّا أنّه رق لمن؟ فالتحقيق أنّه إن قلنا بأنّ آية نفي السبيل حاكم على الأدلّة الواقعية التي منها أدلّة الإرث فيتقدّم عليها و يحكم بعدم الانتقال إلى الكافر فيصير المال منتقلاً إلى الطبقة المتأخّرة لو كان فيها مسلم و إلّا فإلى الإمام، و إن قلنا إنّها معارضة مع تلك الأدلّة فيصير العبد مردداً بين الأمرين، هذا بحسب مشي الشيخ الأجل- قدّس سرّه.

و أمّا على ما تقدّم من عدم استبعاد إرادة القوم الفرق بين الاستدامة و الابتداء في البيع بالتخصّص في الأوّل و التخصيص في الثاني، و حيث إنّ الآية آية عن التخصيص فلا بدّ من تقديمها ببيان أنّ العلاقة الضعيفة الباقية من كسر الملكية التامة و نقص حدّ تمامها لا يصحّ البيعة و يحتاج إلى تعبد خاص و هي لا تعدّ سيلا عرفاً بعد سلب جميع التسلّطات.

فنقول: لا مانع من الحكم بالانتقال إلى الوارث حتّى على التعارض، و ذلك لأنّ العلاقة الضعيفة كما كانت في يد المورث غير منافية



مع انتفاء السبيل فكذلك انتقالها بالإرث إلى وارثه.

و على هذا فيتّضح الحال في سائر التملّكات القهرية غير الإرث سواء كان بسبب اختياري كالاتقاط أم غير اختياري كما لو حلف مسلم أنّه لو فعل كذا صار عبده ملكا للكافر، فإنّ كلّما كان الانتقال في هذه العلاقة الضعيفة لا مانع منه، وكلّما كان في الملكية والعلاقة القويّة كان باطلا حتّى بالنسبة إلى الضعيفة، أمّا الأول لمنافاته لنفى السبيل، و أمّا الثاني فلعدم وقوعه موردا للانتقال بالفرض.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٦

و على هذا يسقط البحث في شمول أدلّة الخيارات لما إذا تولّى الكافر بيع عبده المسلم من خيار المجلس و الحيوان و الشرط، ووجه السقوط أنّه بعد أن كان الحكم بسلب هذه العلاقة الضعيفة من الكافر و إحداث المرتبة القويّة للمسلم المشتري، و كذا إحداث الملكية للكافر في الثمن عقيب قول الكافر: «بعت» و قول المسلم: «اشترت» حكما تعديدا غير مرتبط بإمضاء ما أنشأه المتعاقدان، لأنّ عقدهما وقع على الملكية التائيّة و بلحاظه و هو ما وقع تحت الإمضاء، و المفروض عدم إنشاء آخر بلحاظ العلاقة الضعيفة، و عدم انحلال الإنشاء الأوّل أيضا إلى إنشاءات بعدد المراتب التحليلية لا معنى لفسخ هذا الحكم التعدي، لأنّ مجرى الفسخ ما كان حدوثه بفعل المتعاقدين و هو المضمون العقدى إذ الفسخ عكس العقد و المفروض عدم موضوع له في المقام، هذا في ما كان دليلا غير قاعدة الضرر.

و أمّا ما كان كذلك فالأمر فيه أوضح، إذ هو في محلّه أيضا قد ناقشنا في دلالاته على جعل الخيار لارتفاع الضرر بثبوت الأرش فإتمامه في محلّه بغير الإجماع مشكل، نعم يجري هذا البحث على مبنى شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - حيث يرى التنافي بين هذه الملكية المعزاة عن الآثار مع انتفاء السبيل، و لهذا يقول بالتخصيص في طرف الاستدامة.

فقد يقال على هذا المبني: أمّا ما كان مدركه غير القاعدة فهو ليس بأقوى من دليل إحداث الملكية من عمومات صحّة البيع، فكما خصّصت تلك الأدلّة فكذلك أدلّة الخيار في هذا المقام، و لا وجه لابتناء الكلام على أنّ العائد كان لم يزل أو أنّ الزائل كان لم يعد، فعلى الأوّل الثابت عين الملكية السابقة و قد فرضنا مخصّصية الآية بالنسبة إليها، و على الثاني ملك جديد منفي بالآية، ووجه عدم الابتناء أنّا و إن قلنا بأنّ العائد كان لم يزل فالعائد عين ما كان وجودا عند العرف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٧

لأنّ إعادة المعدوم بنظرهم غير محال لكن لا أقلّ من اختلاف الحال و القدر المتيقّن من تخصيص الآية بالإجماع غير ما إذا طرأ هذه الحال.

و أمّا ما كان مدركه القاعدة فالكلام مبنيّ على أنّ بين دليل نفي السبيل و دليل نفي الضرر تعارضا أو تراحما و لا يبعد الثاني، لأنّ إطلاق المادة في كلّ من الدليلين المستفاد من مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أنّ انتفاء السبيل للكافر على المؤمن مطلقا مطلوب للشارع بدون تقييد و كذلك انتفاء الحكم الضروري مطلقا محبوبة من غير تقييد بمقام دون آخر، فعند عدم إمكان الجمع كمقامنا، أعنى: ما إذا باع الكافر عبده المسلم بأدون من قيمته أو اشتراه المسلم بأعلى من قيمته، لا بدّ من رفع اليد عن واحد من الغرضين.

ألا ترى أنّهم يعاملون معاملة التراحم مع دليل الصلاة و حرمة الغصب و ليس إلّا لاستفادة ذلك من إطلاق مادة الدليلين بمناسبة في ما بين الحكمين و موضوعيهما، نعم على هذا لا بدّ أن يكون المثال المتداول في الألسنة لأجل التعارض مع كون النسبة عموما من وجه من قول: أكرم العلماء، و قول: لا تكرم الفسّاق، أيضا من باب التراحم و الأمر سهل، هذا ما قد يقال.

و لكن يمكن أن يقال على المبني المذكور بالفرق بين دليل صحّة البيع فالآية مقدّمة عليه و دليل الفسخ سواء كان دليلا خاصا أم عموم قاعدة لا ضرر فيجب العمل بدليل الخيار، من حيث إنّ دليل صحّة البيع ليس له اقتضاء انتقال نفس العين، و لو لم يمكن بدلها بل له اقتضاء العين الخاصّة، و قد فرضنا أنّ الآية مانعة عنها فلا جرم صار دليل البيع ساقطا.

و أمّا دليل الفسخ فله اقتضاء البدل عند عدم إمكان ردّ العين بنفسها لتلف حقيقى أو شرعى، كنقل أحد المتبايعين في زمن الخيار ما

انتقل إليه بعقد لازم أو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٨

جعله لو كان ما انتقل إليه عبدا حراً و حينئذ فالجمع بين الآيه و مقتضى دليل الفسخ ممكن بأن نقول بعد فسخ الكافر أو مشتريه أن الثمن ينتزع من يد الكافر و يرد إلى المشتري المسلم، و أما العبد فالآيه تمنع حصول السبيل للكافر عليه فيكون كما لو أعتقه المنتقل إليه و كان الطرفان مسلمين، فكما أن دليل نفوذ الإعتاق هناك مانع شرعى عن ردّ نفس العبد إلى المالك الأصلي، فهنا دليل نفى السبيل مانع شرعى عن ذلك فينتقل إلى البديل فيكون العبد في يد المسلم و يدفع قيمته الواقعيه و يأخذ الثمن المسمّى. و الحلّ في الكلّ أن الفسخ تصرّف في العقد و جعله كأن لم يكن من حين الفسخ و بعد ما صار كأن لم يكن، و الفرض أن العين غير موجود أو غير ممكن الردّ فأمّا يقال إن الشارع ينزل القيمة الواقعيه منزلته في كونه بإزاء الثمن، فيقتضى حلّ العقد التراد في ما بين الثمن و تلك القيمة.

أو يقال: إن التراد يعتبر فيما بين نفس العين المتلبسه بالتلف و بين الثمن و لا يقتضى هذا حصول السبيل للكافر بل اعتبار كونه تالفاً عليه، لم يجيء إلّا من قبل حفظ عدم السبيل له عليه فكيف يكون منافيا له و العين التالفه لها اعتبار المائيه إذا كانت مضمونه، فإنها إلى الحال كانت مضمونه بالعوض المسمّى، فإذا انسلبت العوضيه عنه بالفسخ، و المفروض أن المالك لم يقدم على تلف ماله عليه مجّانا، فلو لم يكن مضمونا بعوضه الحقيقي كان هذا خلاف احترام ماله.

أو يقال: إن التراد يعتبر في ما بين الثمن و نفس العين لا- مع تلبسها بالتلف فيكون التلف واردا على ملك الغير، و تصويره في التلف الحقيقي واضح.

و أمّا في المقام فبأن يقال: إن العقد من حين الفسخ صار كأن لم يقع، و حيث إن ما وقع أيضا لم يبطل بل هو ثابت في موطنه فمن هذه الجهة قد ورد تلف على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٦٩

مال الكافر في يد المسلم و حكم التلف هو الضمان بالعوض الواقعي و ليس هذا أيضا منافيا لانتفاء السبيل، فإنّ العبد و إن كان يحكم بكونه ملكا للكافر لكنّه مع الحكم عليه بأنّه تالف عليه لا يعدّ بمجرّده سيلا عرفا.

و حاصل ما ذكر: أن الفسخ عبارة عن تراذ العينين كما كان البيع عبارة عن مبادلتها و إلّا كان اللازم عدم الموضوع له عند عدم وجود أحدهما أو كليهما، بل هو عبارة عن حلّ العقد من حينه فلا بدّ من ترتيب آثار عدم العقد من هذا الحين لا بمعنى نقض التصرّفات و الآثار المتقدّمه كالكشف الحكمي- و إلّا لزم وجوب دفع النماء الحاصل بين العقد و الفسخ أيضا- بل بمعنى المعامله مع كلّ من العوضين من هذا الحين مع حفظ التأثيرات و التصرّفات الماضيه فيهما معاملة المال الذي لم يقع عليه عقد من رأس، و لازم ذلك وجوب ردّ نفس المال مع الإمكان و ردّ بدله مع عدمه بأحد الوجوه الثلاثه المتقدّمه من غير فرق بين عدم إمكان الردّ لكونه ملكا للغير بالنقل اللازم أو لصيرورته حراً و بين عدم إمكان ذلك لسقوطه عن قابليه الرد كما في ما نحن فيه.

### [حرمه نقل المصحف إلى الكافر]

مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر،

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته الشريفه-: إمّا نقل النقوش القرآنيه فغير جائز حتّى بالنسبه إلى المسلم، فالمراد هنا أن ما يقبل النقل إلى المسلم و هو الجلد و الغلاف فغير جائز نقله إلى الكافر، و لعلّ السرّ أن تسلط الكافر على الجلد أيضا و هن للقرآن و هذا ممّا لا شبهه فيه فيدخل تحت قوله في روايه تحف العقول: «أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم بيعه و شراءه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلّب فيه» بناء على أن الحرمة في الروايه بمعنى الفساد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٠

### «الكلام في شروط العوضين»

#### [الشروط الأول التمولى]

يشترط كونهما متمولين.

المال والملك والحق بينها تباين، فقد يصدق الأول دون الأخيرين كما في المباحات قبل الحيازة، والثاني دون الآخرين كما في حبة حنطة، والأخير دون الأولين كما في أولوية السبق في المكان، وحق التحجير وحق القسم، والمال أيضا عرفي وشرعي، وتعريفه بما يبذل بإزائه المال دوري، والأولى الإحالة على وضوحه، فما كان مالا وملكاً عرفاً وشرعاً لا إشكال في قبوله للوقوع ثمنا ومثماً في البيع إذا كان عينا لا منفعة لصدق البيع حينئذ لغه و عرفاً و شرعاً.

كما أنه لو لم يكن مال عرفاً، ولا حق، لا يقبل شيئاً من المعاوزات فضلاً عن البيع، وكذلك لو لم يكن مالا ولا حقاً عند الشرع، وذلك لعدم صدق حقيقة المعاوضة أصلاً فضلاً عن البيع، فلا- موقع للتمسك بالأدلة المعلقة للحكم على البيع وسائر أنواع المعاوزات، غاية الأمر في الصورة الأولى لا معاوضة عند العرف وفي الثانية عند الشرع.

نعم لو كان مالا- ومنفعة يقبل المعاوضة الإجاري والصلحي والهبي دون البيعي، وما كان غير مال وحقاً يقبل الصلح والهبة والمعاوضة دون البيع، وما كان مالا- وعينا لا- ملكاً بمعنى عدم إضافته إلى الشخص لا يصح بيعه كما في المباحات قبل الحيازة وكذلك الأرض المفتوحة عنوة التي هي فيء المسلمين وليس ملكاً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧١

للعنوان كما في الوقف على المسلمين، وإلا لزم تملكهم منافعتها عند إقباض المتولى، بل هي مصروفة في مصالح المسلمين من دون أن يحصل لنا إضافة عينا أو منفعة إلى شخص من أشخاصهم.

ونظيره في أنظار أهل العرف الأموال التي يسمونها أموال الدولة، فإنه لا مساس لها بالشخص، بل ما دام يكون مثلاً يصرفه هو ويتولى صرفه في مصالح الدولة دون شخصه لو لم تقتض مصلحة الدولة ذلك، فكذا هنا أيضا ليس لأحد أن يصرف عين تلك الأراضي أو منافعتها في مصلحة نفسه من دون ملاحظة مصالح المسلمين، فتحصل أنه يعتبر في البيع أمور.

المالية عرفاً و شرعاً فلا يصح بيع الخنفساء والخمر و حبة حنطة، ولا بيع حق السبق و حق التحجير و حق المضاجعة. والعينية، فلا يصح بيع سكنى الدار و خدمة العبد.

و الملكية بمعنى الإضافة إلى الشخص، فلا يصح بيع المباحات قبل الحيازة ولا بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

أما مع عدم المالية أو العينية فلعدم صدق البيع عرفاً أو شرعاً، وأما مع عدم الملكية مع تحقق الأوليين فلمساواة نسبة جميع الناس بالنسبة إلى ملك العين المتمولة في ذاتها فلا تتحقق المعاوضة، نعم قد يعتبر في القسم الأول، أعنى:

المباحات بملاحظة قدرة الناقل على حيازة العين و تحصيلها و تعهده لذلك كما في الكلى في الذمة، فلو تعهد غواص مثلاً بإخراج السمك الفلاني الشخصي و أوقع البيع على هذا الشخص الخارجي كان عند العرف بيعاً و لكن الشرع قد منع عنه في النهي عن بيع ما ليس عندك، هذا كله مع العلم و عدم الشك في انطباق العناوين الثلاثة أو عدم انطباقها واضح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٢

و لو شك فيما يشك في كونه عند العرف مالا أو لا، فلا مجال للتمسك بالعمومات حينئذ، لا بعمومات صحة البيع ولا بعموم عدم جواز الأكل بالباطل، لكونه بالنسبة إلى كليهما شبهة موضوعية فالمرجع حينئذ أصالة الفساد و عدم تحقق المسبب و إنما يشك في

كونه عند الشرع مالا بعد الفراغ عن ماله عند العرف فحينئذ يكون محلّ التمسك بعمومات صحّة البيع والتجارة. قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفا فلا إشكال ولا خلاف في عدم وقوعه أحد العوضين، إذ لا بيع إلّا في ملك، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا، فالظاهر فساد المعاملة، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة، وخصوص قوله - عليه السلام - في المروى عن تحفّ العقول: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلال بيعه» انتهى موضوع الحاجة من كلامه - أعلى الله مقامه.

وما ذكره - قدس سرّه - بظاهرة المتراءى منه غير تام، إذ فيه بعد الغضّ عمّا في استدلاله في الشقّ الأوّل بقوله: «لا بيع إلّا في ملك» مع كون المدعى اعتبار المائيّة، أنّ الشقّ الثاني له فردان: ما علم بمالتيته عرفا، وما شكّ في مالتيته كذلك. فالفرد الأوّل وإن كان لو شكّ فيه من جهة المائيّة الشرعيّة يصحّ التمسك فيه بعمومات البيع والتجارة لكن لا معنى لصيروره أكل ما في قبالة أكلا بالباطل عند العرف.

والفرد الثاني يكون شبهة موضوعية بالنسبة إلى كلا الدليلين فلا يتمّ الترتيب المذكور في شيء من الفردين، هذا. كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٣

### [الشرط الثاني الملك]

### [في أقسام الأراضي وأحكامها]

### إشارة

[فصل] ثمّ حيث انجزّ الكلام إلى ذكر بعض أقسام الأرضين لا بأس بالإشارة إلى أقسامها، فنقول والله المستعان: إنّ الأقسام أربعة لا خامس لها، لأنّها كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: إمّا موات وإمّا عامرة، وكلّ منها إمّا تكون كذلك بالأصالة أو عرض لها ذلك.

### [القسم الأوّل الموات بالأصالة]

فالقسم الأوّل، أعنى: ما كان مواتا بالأصل من غير سبق بالعمارة لا - من معمر ولا من غيره، فهو القدر المتيقّن من قولهم - عليهم السلام -: «من أحبى أرضا مواتا فهي له» «١» فيحكم بمملوكيته للمحبيّ سواء أكان مسلما أم كافرا وهذا ممّا لا شبهة فيه.

### [القسم الثاني العامرة بالأصالة]

والقسم الثاني، أعنى: العامرة بالأصالة يعنى لا بتعمير معمر، فهو داخل تحت عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به».

### [القسم الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت]

و القسم الثالث: و هو ما كان مواتا فعمره معمر فعرض له الموت و الخراب ثانيا فهل يجوز لغير المحيي الأول إحياءه ثانيا أو لا؟ و على الأول هل تبقى على ملك المحيي الأول أو تصير ملكا للمحيي الثاني؟  
قال شيخنا المرتضى - قدس سره -:

فيه خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشؤه اختلاف الأخبار انتهى.  
و لا بأس ببسط الكلام فيه على حسب القاعدة و ما هو مقتضى النظر في أخبار الباب.  
فقول: أما الكلام على حسب القاعدة فعموم قولهم - عليهم السلام - : من أحیی

(١) الوسائل: ج ١٧، الباب ١، من أبواب إحياء الموات، ص ٣٢٧، ح ٥ و ٦.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٤

إلخ، شموله للمحيي الثاني و كذلك عموم الأرض لهذه الأرض المبحوث عنها، فإن النكرة الواقعة في سياق الموصول تفيد العموم على ما قيل، و غاية ما يورد عليه أنا نقطع بأن الأرض المتصفة بمملوكية الغير لا تملك لشخص آخر بالإحياء، فلو فرض أن الإمام - عليه السلام - وهب أرضا مواتا لأحد فلا يجوز لغيره تملكه بالإحياء، و لا فرق في هذه الجهة بين الملكية الحاصلة بغير سبب الإحياء كالمثال، و الحاصلة بسببه.

و حينئذ فالأرض المذكورة إن كانت باقية على ملك المحيي الأول بعد الخراب و لم تزل ملكيته بمحض الموت، كان إحياءه الثاني واقعا في ملك الغير، و المفروض الفراغ عن عدم ملكيته حينئذ.

فالمقام من قبيل الشبهة المصداقية للعموم المزبور و بعد سقوطه نرجع إلى استصحاب ملكية المحيي الأول إلى ما بعد الخراب و الموت، بل يمكن استفادة ملكيته من إطلاق الاختصاص المستفاد من اللام في قوله: «فهي له»، فإنه شامل لحالتى الحياة و الموت. لكن ما ذكر غير وارد و ذلك لأن القطع المزبور ليس بمثابة القيد اللفظي و إنما هو أمر لثبي نظير ما إذا قال الأمر: أكرم جيرانى، و كنا قاطعين بعدم حبه لإكرام عدوه، و من المقرّر في محلّه أن المخصّصات اللبّية يجوز التمسك في مصاديقها المشكوكه بعموم العام، و تشخيص عدم كونها متلبسه بعنوان المخصّص و فردا له، فلو شكّ في المثال في أن واحدا من جيرانه عدوه أو لا، يرفع احتمال العداوة بظاهر العموم، و كذلك في مقامنا يرفع احتمال بقاء الأرض بعد الموت و الخراب على ملك المحيي الأول بظاهر العموم و يحكم بزوال الملكية بمحض طرؤ الخراب، فالإحياء غير وارد على ملك الغير، و من هنا ظهر عدم جريان الاستصحاب لعدم مقاومته مع العموم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٥

و أما التمسك بإطلاق الاختصاص المستفاد من اللام، ففيه أن الدليل الدال على مملكية العنوان ساكت عن مزيل الملكية فلا تعرض للعموم المزبور الدال على مملكية إحياء المحيي الأول، لأن الموت و الخراب مزيل لهذه الملكية أولا، و بالجملة حال أدلته إثبات الملكية كلية إنما هو التعرض للحدوث و البقاء خارج عند مدلولها، و إنما هو بمقتضى طبع نفس الملك، حيث إنه كعرض سواد الجسم يبقى ما لم يرفعه رافع. هذا غاية ما قيل في المقام في تقريب الاستدلال.

و لكن استشكل فيه شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة - بأن القطع المزبور لو كان وحده و لم يكن المستكشف من العموم بملاحظته و هو الحكم بزوال الملكية للمحيي الأول بمجرد الخراب مستبعدا و على خلاف المرتكز العرفي كان تمام المطابقة بين المقام و بين المثال، حيث إن الحكم بأن زيدا مثلا ليس بعدو الذى هو المستكشف من عموم أكرم جيرانى، ليس على خلافه استبعاد و ارتكاز، و لكن ليس الأمر هكذا فإنه من البعيد جدا فى أنظار العرف أن يكون دار الإنسان أو بستانه و مزرعته ملكا له ما دام قائما

على أصوله و بنيانه، فإذا خرب و سقط عن العمارة كان ذلك مخرجاً لرقبة الأرض عن ملكه.

و هذا البعد إما يوجب انصراف العموم عن هذه الأرض بعد ملاحظة القطع المزبور، و إما يوجب عدم العموم و حصول الإجمال في الكلام بالنسبة إلى شمول هذه الأرض، و لا ينافي هذا مع ما تقرّر منّا في محلّه من أنّ القدر المتيقّن في مقام التخاطب لا يضّر الأخذ بالإطلاق أو العموم، و ذلك لأنّ القرائن الارتكازية على قسمين: فقسم منها كالصور المنفصلة اللفظية لا يوجب صلوحها للقريية سقوط ظهور الكلام عن الحجية، و قسم منها لشدة الوضوح تكون كالقرائن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٦

اللفظية المتصلة الحافة بالكلام المانع صلاحيتها للقريية عن انعقاد الظهور للكلام.

فنقول: الارتكاز المزبور في المقام يحتمل أن يكون من القسم الثاني، فكان إيكال المتكلم عليه في إرادة المقيّد من المطلق في كلامه صحيحاً، فإذا جاء هذا الاحتمال بطل الاستدلال، و حينئذ فاستصحاب ملكية المحيي الأول لا مانع منه.

و الإشكال فيه - تارة بعدم إحراز الموضوع لاحتمال كون القيد، أعنى: صفة حياة الأرض، ممّا له دخل في موضوع الملكية و ما به قوامها، و أخرى بأنّ الشكّ في بقاء الملكية مسبّب عن الشكّ في قصور مقتضيها.

و بعبارة أخرى: أنا و لو سلّمنا عدم دخالة القيد في الموضوع و إنّما هو ذات الأرض و لكن لم يحرز أنّ المقتضى لها و هو الإحياء هل له اقتضاء الدوام أو لا، فلا يتمحض الشك في الرفع - مدفوع.

أمّا من الجهة الأولى فأولاً: بأنّ احتمال دخالة القيد يدفعه ظاهر الدليل، فإنّ العرف يفهم من أمثاله أنّ الوصف جهة تعليلية و واسطة في ثبوت المحمول لذات المتّصف كما ترى في قولك: إن جاء زيد فأكرمه، حيث لا يحتمل أحد أن يكون المجيء علمه لوجوب إكرام زيد الجائي بل لذات زيد، فكذا في المقام، الإحياء علمه لصيرورة ذات الأرض المحياة ملكاً لذات المحيي.

و ثانياً: لو فرض أنّ لسان الدليل دخل الصفة على وجه التقييد في الموضوع لكن قد قرّر في محلّه أنّنا لا ندور مدار وحدة الموضوع الدليلي في إجراء الاستصحاب، بل مدار وحدة العرفي، فلو فرض أنّه قد علّق في الدليل حكم النجاسة على المتغيّر لا على الماء إذا تغيّر لا نتوقف في استصحاب النجاسة بعد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٧

زوال التغير بل نقول: الموضوع العرفي هو الماء و التغير من أحواله، فكذلك في المقام بلا فرق.

و أمّا من الجهة الثانية فأولاً: بأنّ الملكية ليست من الأعراض التي كان لعلتها تأثيراً في طولها و قصرها و بقائها ساعة أو ساعتين، فالموجد للملكية لا يوجد للملكية الكائنة في ساعة واحدة أو الكائنة في ساعتين، بل شأنه إحداث الملكية فقط كما هو الحال في مسود الجسم، و البقاء إنّما هو من طبع ذات العرض أو محلّه ما لم يطرأ رافع، فالشكّ في بقاء الملكية دائماً ممحض في الشك في رافعها.

و ثانياً: أنّ من المقرّر في الأصول عدم اختصاص الاستصحاب بالشك في الرفع، فلو سلّم أنّ المقام من قبيل الشكّ في المقتضى لا مانع من جريان الاستصحاب فيه. هذا تمام الكلام في مقتضى القاعدة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٨

**[الثالث] [من شروط العوضين كونهما طلقاً]**

**[في بيان أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً]**

**[السبب الأول كون الملك وقفاً و فيه أبحاث]**

## [البحث الأول في بيان معاني الوقف و هل هو آب عن قبول البيع أم أنه بحسب الذات قابل و المنع تعبدى]

مسألة

لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة و محكياً

، قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته الشريفة-: لا بدّ أولاً من تحقيق ذات الوقف و أنّه بذاته هل هو آب عن قبول البيع فلا نحتاج إلى التماس دليل على المنع لكونه مطابقاً للأصل و إنّما المحتاج هو الجواز في بعض الموارد، أو أنّه بحسب الذات قابل و المنع تعبدى، فيكون الجواز على القاعدة و المنع محتاجاً إلى الدليل؟ فنقول: بحسب التصوير هنا محتملات:

الأول: أن يكون معناه إيقاف الملك على الموقوف عليهم، يقال: وقفت الدابة تقف و قوفاً و وقفتها أنا يتعدى و لا يتعدى أى سكنت هى أو أسكنتها أنا، و على هذا فمقتضى ذات الوقف بعد إمضاء الشرع كون ملك الموقوف عليه ساكناً باقياً غير متغير عن حاله ببيع و لا غيره، لأنّ الخلود و الدوام مأخوذ في ذاته، فيحتاج في موارد الجواز إلى تعبد شرعى.

الثانى: أن يكون معناه فكّ الملك و نزعه عن نفسه، من دون إحداث الملك للموقوف عليه و إنّما الثابت ملك المنافع دون الرقبة، فحال نفس الرقبة حال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٧٩

المباحات الأصلية كعلف الصحراء في أنّه مال و ليس بملك و من شرط البيع، حيث إنّه المبادلة و هى فرع وجدان السلطنة، فإنّه كيف يبادل الإنسان ما ليس له، حتّى أنّه في بيع الكلى في الذمّة أيضاً و إن كان ليس اعتبار الملكية إلّا بعد البيع لكن مع ذلك قد بادل ما يكون له، و إن شئت قلت: الوجود الذمى أيضاً نحو من الوجود و نحو من السلطنة كاف في تحقّق المبادلة.

و أمّا في المقام فقد فرضنا مساواة الواقف و الموقوف عليه و جميع الناس بالنسبة إلى الرقبة في عدم الإضافة إليه بنحو من الأنحاء كالمباحات الأصلية، غير أنّ للموقوف عليه حقّ استيفاء المنافع، و هذا المقدار غير كاف في تحقّق المبادلة فلا يحتاج إلى التمسك ب «لا- بيع إلّا في ملك» حتّى يرد عليه الخدشه، فيكون المنع على هذا أيضاً من قضية ذات الوقف و الجواز في موارد لا بدّ من إثباته بتعبد شرعى.

الثالث: أن يكون معناه سلب الإضافة عن نفسه اللازم منه التملك للغير أو كان ابتداء تملك الغير من دون أخذ المحبوسية في مفاده و المنشأ به، و حينئذ لا مانع من البيع إلّا تعلق حقّ البطون اللاحقة به و هو أيضاً لا مانع فيه إذا كان المتصدى هو المتولّى الناظر للغبطة بالنسبة إلى جميع البطون، فكما يجوز له الإجارة في مدّة مستطيلة كخمسمائة سنة مع ملاحظه غبطة البطون، فكذلك يبيعه، فالجواز على هذا على القاعدة و المنع محتاج إلى التعبد الشرعى.

ثمّ إنّّه- دام ظلّه- قال: الظاهر بحسب مادّة الوقف و ما هو المرتكز في الأذهان من معناه هو المعنى الأول، أعنى: التملك مع الحبس، و حينئذ فيما أن نقول بالتفصيل بين الأوقاف الخاصّة كالوقف على الأولاد، و الأوقاف العامّة كالوقف على المسلمين و الوقف على المسجد بأن يقال: مفاده الأولى هو إيجاد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٠

الربط بين المال و الموقوف، فإن كان الموقوف قابلاً للتمكّن حصلت الملكية، و إن لم يقبل كالجهد و المسجد كان مجرد اختصاص. و إمّا أن نقول: بأنّه لا مانع من اعتبار الملكية في الأوقاف العامّة أيضاً بعد أنّ الملكية أمر خفيف المؤنّة لا يعتبر إضافته إلى الحيّ، فربّما يتترع بالنسبة إلى الميت، كذلك لا مانع من انتزاعه بالنسبة إلى الجماد، فنقول: المسجد محتاج إلى الحصر و الحصر ماله، و هكذا.

ثم على فرض الاحتمال الأخير فالتعديد الشرعي المستفاد من الأخبار هو المانع عن صحة البيع بناء على أن النهي في المعاملات ظاهر في الوضع كما هو الحق، وما عداه مما ذكر في المقام لا يخلو عن مناقشة مثل تعلق حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها.

فإن أريد أن إنشاء عقد الوقف قد أخذ فيه الدوام والتأييد وعدم الانتقال كما هو الوجه الأول، فهذا ليس حقا للواقف موجودا فعلا أعني بعد إجراء الصيغة وحصول الملك للموقوف عليه، فإن نفوذ مقتضى العقد ووقوعه في الخارج لا يستحق إطلاق اسم الحق، فلا يقال لمن باع داره مثلا أنه مستحق لانتقال داره إلى المشتري، بل الحق بمحض إجراء الصيغة وإمضاء الشرع مفادها قد انقطع، والعين صارت حقا للموقوف عليه محضا.

وإن أريد أن الإنشاء وإن كان لا يقتضى الدوام ولا عدمه، وإنما مقتضاه صرف الاختصاص والتملك لكن الداعي والباعث على هذا الإنشاء إنما هو الصدقة الجارية المنتفع بها على الدوام، فهذا لا يمنع عن صحة البيع، فإن الغرض الغير الداخلة تحت الإنشاء غير لازم الاتباع، مضافا إلى أننا نفرض الكلام فيما إذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨١

لم يعين الموقوف لمصرف مخصوص لا يقبل البديل كتعيين الخان لنزول الزوار، بل جعله لمطلق انتفاع نوع الفقير مثلا بأي نحو كان، ومن المعلوم أن من أنحاء الانتفاع بالخان جعله مبدلا بالبستان إذا كان ذلك أنفع للفقراء.

ومن هنا يعلم أن إطلاق الصدقة الجارية في الأخبار أيضا لا يمنع عن صحة البيع بقول مطلق، نعم في مثل ما إذا عين المصرف لا يصدق هذا العنوان على البديل، لأن المقصود والمنشأ حسب الفرض الصدقة للانتفاع بوجه مخصوص غير حاصل من البديل.

ومثل تعلق حق البطلان اللاحقة المتأخرة عن بطن البائع، فإننا قد فرضنا كون المتصدى هو الناظر العام الذي له النظر للبطلان اللاحقة أيضا، فإذا رأى البيع أصلح بحالهم أيضا فليس هذا منافيا لحقهم أصلا، وبالجملة حال المال حينئذ حال مال اليتيم في اشتراط صحة البيع وسائر التصرفات فيه على ملاحظة الغبطة لا المنع عن التصرف رأسا.

ومثل أن انتقال المنفعة في الوقف إلى الموقوف عليه يكون على نحو الاستقلال من دون تبعية العين كما هو مقتضى قوله - عليه السلام -: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، وليس على حد ملك المنافع في سائر الأبواب حيث يكون ملكها لمن يملك العين بتبعه بقضية العرف والشرع، حيث إنهما حاكمان بأن الناس مسيطون على أموالهم، وعلى هذا فكما كان المنافع في سائر الأبواب ينتقل بانتقال العين وبتبعه لا - يمكن مثله في المقام، إذ الفرض أن هنا ملكيتين مستقلتين في عرض واحد من غير تبعية أحدهما للآخر، وحينئذ يكون المبيع هو العين المجردة عن المنافع إذ ليست مملوكة على غير هذا الوجه وهي لا مائة لها على هذا الوجه فلا يقبل البيع إلا أن يشترط انتقال المنافع مع انتقال العين، فيكون الانتقال في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٢

كل منهما ملحوظا على سبيل الاستقلال كمملوكيتهما.

وقد صرح شيخنا العلامة - أعلى الله مقامه - بأن المعاملة المتكفلة لانتقال العين والمنفعة لا يكون إلا الصلح، فلا يمكن البيع فيما نحن فيه ويمكن نفي الصلح أيضا لعدم القول بالفصل، إنما أن يقال: ليس هذا أولى من العكس فيقال بجواز البيع الجامع لنقل العين مع اشتراط المنفعة بضميمة جواز الصلح كذلك، إلا أن يقال: العين الملحوظة معزاة عن جميع المنافع لا مائة لها فلا يصح البيع من هذه الجهة.

إلا أن يقال: إنه يكفي في صحة البيع مائة المبيع ولو بلحاظ الشرط الملحوظ فيه ولا يعتبر مائته بالاستقلال، هذا وفيه مضافا إلى عدم تماميته لما أشار إليه أخيرا أنه يقع الكلام حينئذ في فعل الواقف، فإنه على هذا قد أنشأ أمرين في عرض واحد، فإنشاء تملك العين معزاة عن المنافع وتمليك المنافع كذلك، وهذا يرد عليه عين ما أشير إليه من أن العين المعزاة لا مائة لها فكيف يصح فيها



التملك، و أما قوله- عليه السلام:- «حبس الأصل و سبل الثمرة» فليس المقصود منه إلّا حصول هذين الفعلين، و لو كان بإنشاء واحد كان نتيجه ذلك و لا يدلّ على لزوم كون الإنشاء مشتملا على جزئين عرضيين.

ثم إن الظاهر كون الدوام و المنع عن المعاوضة مأخوذاً في مفهوم الوقف و مدلول صيغته، فإنّه المتبادر من مادّة الوقف لغّة و عرفاً و هو الظاهر ممّا ورد في صورة وقف أمير المؤمنين- صلوات الله عليه- فإنّ قوله- عليه السلام:- «صدقة لا تباع و لا توهب» (١) ظاهر في كون الوصف مأخوذاً في نوع هذا القسم من الصدقة لا أنّ هذا

(١) الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٤، ح ٣ و ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٣

الشخص الخاص كذلك، فإنّ الظاهر أنّ للصدقة أقساماً و بعض أقسامها يكون مميزه عن سائر الأقسام هذا الأمر «١»، فالزكاة صدقة و الصدقة على الفقير أيضاً كذلك، و لكن هذان القسمان قبالان للبيع و النقل فتكون الصدقة الموصوفة بكونها لا تباع و لا توهب، ظاهر الانطباق على الوقف بنوعه في قبال ذنك القسمين لا عليه بشخصه أو بصنفة في قبال سائر أشخاصه أو أصنافه، فالمستفاد منه شرح حقيقة الوقف و أنّه الصدقة الغير المبيعة الغير الموهوبة، فيكون المنع و الدوام مأخوذاً في ماهيته و حقيقته.

ولا يخفى أنّ جواز البيع لبعض العوارض كخلف بين أربابه مؤد إلى خرابه، و غير ذلك ينافي حقيقة الوقف و بقائه على هذا لا أنّه ينافي نفس البيع لا جوازه، كما قوّاه شيخنا المرتضى- قدس سرّه- مع تصريحه بأنّ مدلول صيغة الوقف أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة و إن صرح في ذيل كلامه بمنع كون المنع عن المعاوضة مأخوذاً في مفهومه.

لكن يظهر منه- قدس سرّه- في صدر كلامه أنّ أخذ ذلك في الإنشاء لا ينافي جواز مخالفته لبعض العوارض، و نظره بالعقد الجائر كالهبة حيث إنّ مقتضاه التملك المقتضى لتسلط الطرف المنافي لجواز الانتزاع من يده، و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطته.

ثم أمر بالتأمل، و لعلّه للإشارة إلى الفرق بين المقامين بأنّ نفس جواز قطع السلطنة ينافي السلطنة لكنّ المنشأ ليس هو السلطنة و إنّما هو الملكية و من آثاره السلطنة، و الملكية التي هي المنشأ لا ينافي نفس الجواز كما هو واضح، أو أنّ

(١)- كذا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٤

المنشأ هناك نفس الملكية و أمّا بقاؤها و دوامها و عدم انقطاعها فخارج عن مدلول الصيغة و المفروض حصول أصل الملكية بخلاف المقام حيث إنّ دوام الملك أيضاً تحت الإنشاء حسب الفرض.

و لعلّه- قدس سرّه- أراد أنّ المنع الابتدائي غير مأخوذ في مفهومه كما لعلّه الظاهر من ملاحظة أطراف كلامه، و بيانه أنّه تارة يقال كما قلنا إنّ حقيقة الوقف هو التملك و لو في بعض الموارد و فصله المحبوسية عن التصرفات الناقلة، و من الواضح أنّ لازم هذا المعنى ارتفاع الوقف بارتفاع فصله عند طرؤ أحد المجوزات كما أنّ الإنسان يرتفع بطرؤ ما يوجب زوال وصف النطق. و أخرى يقال: ليس حقيقته بأزيد من التملك المضاف إلى البطون المتلاحقة الغير المنقطعة فالمنشأ هو التملك المستمر، و لازمه أن لا يجوز البيع و سائر التصرفات الناقلة، لأنّه خلاف تملك البطون المتأخّرة عن البطن البائع، و فرق واضح بين كون الحبس و عدم الجواز لازماً من جهة كون المأخوذ الابتدائي و ما هو المنشأ هو الدوام، و بين كون المنشأ الابتدائي هو الحبس.

و تظهر الثمرة في أنّه على الأوّل كما يجوز الإيجاب بلفظ «وقفت على أولادي مثلاً- بطناً بعد بطن» كذلك يجوز الإيجاب بلفظ «تصدّقت عليهم بطناً بعد بطن» و على الثاني ينحصر في الأوّل، إذ الحبس لا يستفاد من الثاني.

و من المعلوم ظهور الثمر بينهما في المقام أيضاً، فإنّه على الأوّل يلزم كما ذكرنا ارتفاع الوقف بارتفاع الحبس لفرض أنّه الفصل، و

على الثاني لا- يلزم ارتفاعه بنفس الجواز، إذ ما كان حقيقته إلا مجرد التمليك، غاية الأمر على جميع البطون، فيكون للبطن البائع عند طرؤ أحد المجوزات أما الولاية على سائر البطون في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٥

إبدال ما لهم بمال آخر، وإما حقّ إبطال الوقف بالبيع لنفسه ليدخل البديل في ملك نفسه دون سائر البطون.

و على كلا الوجهين فما دام لم يقع البيع لم يبطل الوقف، لأنّ ملك البطون محفوظ، غاية الأمر يجوز سلبه لعارض، و من هنا لو اندفع الضرورة المجوزة و لم يتفق البيع كان الوقف على حاله، و يلزم على الوجه الأول أن يخرج الموقوف بمحض طرؤ أحد العوارض عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف و هو خلاف الإجماع، هذا.

و اختار شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته الشريفة- القائل بالوجه الأول للتفصيلى عن هذا الإشكال الأخير، أعنى: لزوم ارتجاع الملك إلى واقفه بعد البطلان و هو خلاف الإجماع طريقا، و هو أنّ الموجود المجمع للحيثيات المتعددة الداخلة في حقيقة ذاته المندمجة في وجوده على وجه الانبساط و الوحدة كالإنسان- حيث إنّه مجمع للجسميّة و النموّ و الحيوانيّة و الناطقيّة بمعنى كون هذه الحيثيات مندمجة في ذاته و موجودة بوجود واحد بسيط- إذا ارتفع بعض حيثياته برفع، كما لو شرب الإنسان دواء زال عنه وصف النطق فبقاء بقيّة الحيثيات غير محتاج إلى مؤثر آخر فلا يلزم من ارتفاع النطق ارتفاع كلّ الحيثيات من الجسم و غيره.

نعم ذلك الوجود المتفصل بفصل النطق لا محالة يرتفع بارتفاع النطق فبقاء البقية لا محالة يكون وجودا آخر، لكنّ المدعى أنّ هذا الوجود الآخر مع كونه وجودا آخر مغايرا للأول لا يحتاج بعد زوال الأول إلى موجود آخر غير ما أوجد الوجود الأول، لأنّ فصل هذا الوجود الثاني هو النقص، و الهولى الموجودة في الأول التى هى المادة لهذا الوجود قد وجد بالموجد الأول، غاية الأمر كانت مندكة فى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٦

الوجود الأول، فإذا ارتفع حدّ ذلك الوجود الذى هو أمر وجودى فالمحدوديّة بحدّ هذا الوجود الذى هو أمر عدمى حاصل قهرا من دون حاجة إلى تأثير جديد، و لهذا نشاهد أنّ الإنسان إذا مات يبقى جسمه جامدا و هذا من الواضحات.

و حينئذ نقول: الوقف عند التحليل العقلى له جزءان، أحدهما التمليك أو إيجاد العلاقة الاختصاصية بين المال و الموقوف عليه، و الثانى كونه محبوسا و ممنوعا عن التصرفات الناقلة فيه و هاتان الحيثيتان موجودتان فيه على نحو الاندماج، فإذا حصل الرفع للحيثية الأخيرة، أعنى: الحبس، لا يلزم بطلان أصل الاختصاص.

نعم اللازم لا محالة بطلان حقيقة الوقف و انعدام صورته كما كان الإنسان مرتفعا بزوال النطق، و لكن كما قلنا لا يلزم من بطلانه و ارتفاعه ارتفاع الحيثية الأولى منفصلا بالفصل الناقص، فكما صار وجود الإنسان هناك مثلا بعد زوال النطق وجود الحيوان بلا شعور قهرا من غير تأثير جديد، كذلك يصير وجود الوقف هنا بعد زوال فصله الوجودى الذى هو الحبس وجود الاختصاص بلا حبس قهرا من غير حاجة إلى مؤثر جديد.

**[البحث الثانى فى بيان أقسام الوقف و ذكر أحكام كل منها]**

**[الكلام فى القسم الأول الوقف المؤبد]**

إشارة

إذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تارة فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع، أما الأول قال شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- إنّه على قسمين قسم يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم استئجاره،

و لو غصبه غاصب و انتفع به فلهم أخذ أجره ما انتفع من منافعه، و هذا غالباً في الوقف على المخصوصين كالأولاد و الطلاب، و يمكن تصويره في الوقف العام أيضاً كما لو وقف أرضاً مثلاً لمطلق انتفاع الفقراء فيجوز حينئذ للناظر العام الإجارة و صرف الأجره في منافع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٧

الفقراء، فيكون ملك الفقراء للرقبة و المنافع حال ملك المسلمين للأراضي المفتوحة عنوة حيث ليس لأحدهم التصرف لعدم الملكية للأشخاص، فينحصر جواز التصرف لمن كان متولياً لأموال المسلمين كالإمام- عليه السلام- و من يقوم مقامه.

و قسم آخر يكون غير ملك لأحد و إنما هو فك الملك، نظير التحرير و منه المساجد و المدارس و الخانات و الرباطات و القناتير، بناء على أنها ليست ملكاً للمسلمين كما هو مذهب جماعة، فإن الموقوف عليهم يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنها أحد غصبا فالظاهر عدم ضمانه أجره المثل، فجعل محل الكلام بين الأعلام من حيث جواز البيع في الجملة و عدمه هو القسم الأول.

و أما الثاني فاستظهر- قدس سره- عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك كما اعترف به غير واحد، ثم حكى كلام كاشف الغطاء- قدس سره- حيث ذهب إلى جواز إجارة أرض المسجد مع اليأس عن الانتفاع في الجهة المقصودة و بيع الآلات و الفرش و ثياب الضرائح و نحوها مع تعذر الانتفاع بها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، و رده بأنه لم يثبت كون ذلك ملكاً للمسلمين حتى يجوز الإجارة و البيع، و المتيقن خروجها عن ملك مالكةا، و أما الدخول في ملك المسلمين فمشكوك، و مقتضى الأصل عدمه.

قال شيخنا الأستاذ- دامت أيام إفاضاته الشريفة-: لا بد من تحقيق حال الوقف على الأشخاص و الوقف على الجهة و المصلحة الخاصة و أنه هل يكون بينهما فرق أو لا؟ فنقول: لا شبهة أن حقيقة الوقف لا يختلف في الموضوعين بمعنى أن يكون حقيقته في أحدهما التملك، و في الآخر هو الفك حتى يكون مشتركاً لفظياً، إذ هذا ممّا يمكن القطع بخلافه و أنه في كليهما مستعمل في معنى واحد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٨

و حينئذ فالذي يمكن أن يقال هنا وجوه:

الأول: أن يكون معنى الوقف على كلا القسمين هو الحبس عليهما و يكون الدالّ على التملك في القسم الأول هو الإضافة إلى من يقبل التملك، و الدالّ على الفك في الثاني هو الإضافة إلى غيره فيكون الخصوصيتان داخلتين في المنشأ خارجتين عن حقيقة الوقف مدلوله عليهما بادل خارجي.

الثاني: أن لا يكون المنشأ إلّا الحبس من دون أن يكون في البين زيادة خصوصية و لو بادل خارجي، و لكن هذا الإنشاء مع الإضافة إلى من يستأهل الملكية منشأ لانتزاع الملكية عرفاً و هو مع الإضافة إلى غير الأهل منشأ لانتزاع الفك، فالاختلاف على الأول راجع إلى القصد، و على هذا لا اختلاف في عالم القصد و إنما هو في انتزاع أهل العرف.

الثالث: أن يكون الحال كالثاني في عدم الاختلاف بين القسمين بحسب القصد، و لكن كان التخصيص بالمستأهل منشأ لانتزاع ملكية المنفعة دون الرقبة و بغيره منشأ لانتزاع ملكية الانتفاع، و هذه الوجوه كلها مشتركة في أن اللازم منها عدم جواز البيع في القسم الثاني لعدم الملك.

و لكن هنا وجه رابع لا بأس بالمصير إليه لو لم يتم إجماع على خلافه لازمه الجواز في هذا القسم أيضاً، و هو أن يقال تارة يضيف الواقف الوقف إلى الأشخاص فيقول: وقفته على أشخاص كذا، فمعنى ذلك أو المنتزع منه: كون العين ملكاً لهؤلاء الأشخاص، و أخرى لا- يضيفه إلى الأشخاص و إنما يضيفه إلى عمل من الأعمال كأن يقف المسجد على الصلاة و الخان على نزول الواردين و القنطرة على عبور العابرين و الحسينية على التعزية و إقامة مجلس المراثي و العزاء،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٨٩

فيفيد أيضاً التملك لكن لا تملك المصلين أو الواردين أو العابرين بل تملك نفس المصروف الخاص و الجهة المعينة.

فإن قلت: على هذا يلزم أن تكون منفعة العين مالكة للعين و هو غير معقول بناء على ما مرّ منك من أن العين إذا فرضت منسلخة عن المنفعة فلا مائة لها، مضافا إلى ركاكة ذلك و عدم مساعدة العرف لذلك البتة.

قلت: الذي فرضناه مالكا كَلِّي الصلاة مثلا بمعناها الذي وقعت بحسب الأمر و هو المفهوم العارى عن الوجود و العدم الملحوظ بلحاظ الخارج، و الذي هو منفعة الأرض مصداق هذا الكَلِّي و وجوده فى الخارج و تحقّقه فى الأرض، فيصير المحصل أن الكَلِّي مطالب و مستحقّ لوجود مصداقه فى المسجد، و هذا معنى مالكيته للمسجد.

□  
و الذى يدلّك على إمكان مالكية هذا المعنى بل وقوعها فى باب الزكاة، ألا ترى أنه عدّ فى الآية فى جملة مستحقّيها سبيل الله، فنقول: لو عزل المالك الزكاة عن ماله و لم يصرفه فى شىء من مصارفه فلا يخلو إما أن تقول: إنه ليس بملك فاللازم أن لا يجوز صرفه فى سبيل الله بأن يباع مثلا و يتاع بثمنه آجر المسجد فإنّ ما ليس بملك لا يقبل البيع.

و إما أن تقول بأنه ملك و حينئذ فإمّا أن تختصّه بالفقراء مثلا فاللازم عدم جواز دفعه إلى غيرهم من سائر المصارف، فيبقى الأمر منحصرًا فى أن نقول بأنه ملك للجامع بين جميع ما ذكر فى الآية الذى منها فى سبيل الله، و لا شبهة أن سبيل الله عبارة عن تعمير المسجد و إقامة التعزية و نحوهما.

و أيضا من جملة المصارف فكّ الرقاب بأن يشتري بالزكاة الرقاب تحت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٠

الشدة ثم يعتق أو يعتق بعد الشراء قهرا، و على كل حال فالثمن الذى هو الزكاة ليس غير ملك و لا ملكا لنفس الرقاب فيتعين أن يكون ملكا لفكّها.

و أيضا كما لا يابى العرف من إضافة الحق إلى الصلاة فيقال: حقّ الصلاة كذا، فلا يابى أيضا من إضافة الملك إليه فيقال: الشىء الفلانى مال الصلاة، و كما يعتبرون الملكية للميت بعد موته بالنسبة إلى ثلث تركته الذى عينها لنفسه لأجل أنه ينتفع بذلك الثلث بعد الموت، فكذلك لا غرو فى اعتبارها للصلاة مثلا لأجل هذا الانتفاع أعنى تحقّق مصداقها فيه.

و على هذا ففرق بين نفس المسجد الذى هو وقف على نفس الجهة الصلاة و بين وقف الحصر و التربة و غيرها على المسجد، فالمالك فى الأوّل هو الجهة و فى الثانى نفس المسجد، و على هذا فلا مانع من وقوع البيع لا فى نفس المسجد و لا فى آلاته و أمواله إذا سقطت عن الانتفاع بها فى الجهة المقصودة، إذا أمكن بيعها و صرف الثمن فى الأقرب فالأقرب.

و ربّما يساعد هذا أيضا عمل أهل العرف فى الخارج لأننا نرى أهل العرف بالنسبة إلى معابدهم حتى النصارى بالنسبة إلى كنائسهم أنه إذا سقطت نفسها أو آلتها عن الانتفاع فلا يتحاشون عن التصدّى لبيعها و التبديل بفرد آخر، و لو كان الأمر كما ذكروا لكانوا متحاشين من جهة أنه بيع لما قد حرّر و خرج عن دائرة الملك كعلف الصحراء و سائر المباحات الأصلية.

و ممّا ذكرنا يظهر الخدشة فى ما ذكره - قدّس سرّه - من الأقسام الثلاثة فى القسم الثانى.

أحدها: وقف نفس المسجد فجعله من قبيل فكّ الملك و تحريره، و استظهر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩١

عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه.

و الثانى: الحصر الموقوف على خصوص المسجد أو على المسلمين و لكن وضع فى المسجد من جهة أنه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع فى المسجد، و هذا ملك غير طلق فلا يجوز بيعه إلّا فى موارد يسوغ فيها بيع الوقف.

و الثالث: ما يكون ملكا طلقا كالحصر المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل، فإنه يرد عليه - قدّس سرّه - أنه ما وجه هذه التفرقة، فإن كان قضية الوقف فكّ الملك فى الجميع، و إن كان هو التملك للمسلمين فكذلك أيضا.

و أما على ما ذكرنا من أنه كما يصح اعتبار الملكية لذوى العقول كذلك يصح للجماذ ونحوه من غير ذوى العقول إذا فرض اشتراكه معهم فى الحاجة والاقتضاء، فنقول: كما أن الأولاد مثلا يحتاجون إلى ملك يصرفونه فى حوائجهم كذلك المسجد، و كما أن الإنسان يقف القرية مثلا على الأولاد فيملكون منافعها ملكا طلقا يتصرفون فيها ما شاءوا كذلك هنا أيضا وضع المسجد موضع الأولاد فكما أفاد الانتزاع من النفس والإضافة إلى الأولاد ملكهم فكذلك هنا أيضا يفيد ذلك الانتزاع ملك المسجد للقرية، فيصير منفعه ملكا طلقا له، غاية الأمر أنه لما ليس من ذوى الشعور فيحتاج إلى المتولّى الناظر فى مصالحه، فإذا اشترى المتولّى من غلّة ملك القرية حصيرا للمسجد ثم رأى المصلحة فى تبديله بحصير آخر جاز فلا يتوقف البيع على وجود أحد المسوّغات، غاية الأمر يوقفه على رعاية الصرفة.

و هذا بخلاف ما إذا اشترى الرجل الحصير للمسجد و وقفه عليه، فهذا أيضا يفيد ملكه لكن ملكا غير طلق لا يباع ولا يوهب، فهذا يحتاج بيعه إلى أحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٢

المسوّغات، هذا حال حصير المسجد، و أما الجذع والأخشاب والأحجار و سائر أجزاء البناء، فإن كان إجراء الوقف بعد تمام البناء فحالتها حال الأرض، و إن كانت الأرض وقفت أولا مسجدا ثم وقف هذه عليه فحالتها حال الحصير، هذا حال أموال المسجد، و أما حال نفس المسجد فقد مرّ أنّ مالكة نفس الجهة، أعنى: الصلاة لا المسلمون.

لا يقال: فعلى هذا يجوز للمتولّى إجارة المسجد فى غير أوقات الصلاة و صرف الأجرة فى توسعة المسجد، لأنّ المفروض أن المنفعة حينئذ ملك للجهة طلقا، نعم نفس الرقبة غير طلق، فعدم جواز الإجارة كاشف عن صحّة ما ذكره من كون وقفه بمعنى فكّ الملك و المسلمون مالكون للانتفاع دون المنفعة.

لأننا نقول: صحّة الإجارة مبيّنة على ملك المنافع الممكنة الاستيفاء من العين و المفروض حصر الملكية فى المنفعة الخاصة على نحو المباشرة، فالرقبة ملك مع هذه المنفعة بنحو المباشرة، و سائر المنافع لا مالك لها، و بهذا يندفع الإشكال عن الشيخ المرتضى - طاب ثراه - القائل فى القسم الثالث بالملكية المطلقة للمسلمين بأنّه يلزم جواز صرفهم غلّة القرية الموقوف على هذا الوجه فى مطعمهم و ملبسهم و سائر منافعهم. و الجواب: أنّ الملكية المطلقة لا تنافى مع الاختصاص بالجهة الخاصة فالغلّة ملكهم الطلق لكن على أن يصرفوا نفسها أو بدلها فى منافع مسجدهم لا غير.

ثمّ إنّه حكى الأستاذ - دام أيام إفاضاته - عن السيّد المحقّق الطباطبائى اليزدى - طاب ثراه - فى كتاب الوقف من العروة الوثقى أنّه أنكر الإجماع على عدم جواز بيع المسجد عند السقوط عن الانتفاع فى المسجدية، بل أثبت الضمان على من حبس المسجد عن الصلاة فيه و كذا على متلف الرقبة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٣

و استشكل شيخنا الأستاذ - دام أيام بقاءه - على الضمان كأجرة مثل المنافع فى صورة الحبس بأنّه سواء قلنا بملكية المسجد للمسلمين كما هو مذهب السيّد - قدس سرّه - أم للجهة كما اخترناه فالمنافع الأخر غير إيقاع الصلاة غير مملوكة للموقوف عليه، و معنى ضمان أجرة مثل منافع الرقبة أنّه يلاحظ جميع مالها من المنافع بحسب الذات و يقدر بحسب ذلك مائبة فيحكم بضمن تلك المائبة، و العين حسب الفرض لها منافع كثيرة بحسب الذات غير منحصرة فى إيقاع الصلاة، فيكون ما يقدر لها من القيمة و المائبة أكثر من العين التى بحسب الذات و الخلقة تنحصر فائدتها فى إيقاع الصلاة، فالمقدار الزائد عمّا يقابل منفعة إيقاع الصلاة يكون الحكم بضمنها بلا جهة، لفرض كون سائر المنافع بلا مالك.

نعم الحكم بضمن التلف له وجه سواء كان المدرك قاعده من أتلف، أم قاعده اليد، بخلاف ما إذا قلنا بأنّ المسجد و نحوه غير

ملك أصلاً، فإن موضوع القاعدة الأولى الإضافة إلى الغير، لأنه مال الغير، وكذلك الثانية بملاحظة الغاية.

[صور جواز بيع الوقف المؤبد]

[الصورة الأولى أن يخرب بحيث لا ينتفع به]

إشارة

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الصورة الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالحیوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته الشريفة:-

هنا بحسب التصور ثلاثة مبان لا بد من التكلم عليها و أن مقتضى اختيار كل منهما ماذا؟

الأول: أن نقول: إن عنوان ذى الفائدة ملحوظ في إنشاء الواقف على وجه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٤

التقييد، و لا- يتوهم أنه من قبيل منقطع الآخر، إذ لا فرق بين وقف الحيوان على حمل الماء للمسجد مثلاً فمات، و بين وقف الشجر المثمر بقيد كونه مثمراً فسقط عن إعطاء الثمر، فإن كليهما من فوات الوقف بفوات الموضوع، و ليس من التوقيت بمدة معينة فيصير من الوقف المزبور.

الثانى: أن نقول: إنه غير ملحوظ له كسائر العناوين من البستانية و الدارية و غيرهما، فالموضوع في إنشائه إنما هو الذات بلا تقييد بقيد و لكن قد أخذ في حقيقة الوقف حيث كونه لا يباع و لا يوهب.

و الثالث: أن نقول بعدم لحاظ العنوان المذكور قيدها و لا دخل قيد كونه لا يباع و لا يوهب في حقيقة الوقف.

فإن قلنا بالأول، فلا شبهة في زوال لون الوقفية بزوال الموضوع، أعنى:

الخروج عن قابلية الانتفاع فى المنفعة المقصودة، إذ لا فرق بين زوال الموضوع بذاته و بين زواله بقيد، فى أن كلما منهما موجب لزوال الحكم المفروض تعلقه بالمقيد، و تخصيص الجاعل إياه به بنحو وحدة المطلوب، فلا فرق بين الوقف على هذا العنوان و بين إنشاء إيجاب الإكرام فى موضوع العالم، فكما ينتفى الوجوب بانتفاء وصف العلم و لو بقى الذات فكذلك هنا أيضاً.

و ما ذكرناه فى نفس الوقف من إمكان أن يزول فصله الذى هو الحبس و يبقى أصل الاختصاص موجوداً بوجود آخر غير جار هنا، إذ المدعى هناك أن زوال الفصل من حقيقة لا يوجب زوال الجنس و عدم وجوده بوجود آخر، و أين هذا من زوال الغرض بزوال القيد الذى كان متقوماً به، ألا ترى أنه مع أن الإنسان إذا مات يبقى جسمه جامداً لكن الخواص و الآثار المتقومة بحد الإنسانية أو الحيوانية قد زالت عنه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٥

ثم بعد زوال لون الوقفية هنا بحسب مقام الثبوت احتمالات، الأول: أن يرجع الملك إلى الواقف، الثانى: أن يصير من المباحات الأصلية، و الثالث: أن يبقى ملكاً للموقوف عليهم.

و الأول خلاف الأصل؛ إذ بعد ما انقطعت علاقة المالك بالمرءة عن العين فى حال وجود العنوان و صيرورته كأحد من الناس بالنسبة إليها، فالعود إليه بعد فقد العنوان يحتاج إلى دليل جديد، فإن دليل ثبوت الملك السابق له ليس عاماً استغراقياً بالنسبة إلى أجزاء الزمان و إنما مقتضاه إثبات أصل الملك و دوامه بمقتضى طبعه إلى أن يزيله مزيل.

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ٢، ص: ٩٥

و كذلك الاحتمال الثاني؛ لأنه خلاف استصحاب ملكية الموقوف عليه، لا يقال: كما أن الوقفية في لحاظ المنشئ مقيد بحال وجود المنفعة كذلك التمليك الذي في ضمنه، فكما زال الأول بزوال الموضوع لا بد من زوال الثاني أيضا.

لأننا نقول: لا- نسلم كون الملكية بإنشاء المنشئ و أن إنشاء الوقف متضمن لإنشاء التمليك، بل نقول: إن العرف ينتزعون من إنشاء الوقف الملكية في الموقوف، و حينئذ فمن المحتمل أن يكون إنشاء الوقف في موضوع ذي المنفعة بنحو التقييد علته محدثة لانتزاع الملكية في موضوع الذات و لا- يكون باقيا ببقائها، و هذا بخلاف أصل الوقف حيث إن المفروض معلومية حال الجاعل في موطن الثبوت و أنه قيده بحال وجود المنفعة، و الشارع أيضا لم يتعدينا بما وراء ما جعله الواقف، بل: «الوقف [عنده] تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (١).

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢، في أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٢٩٥، ح ١ و ٢، و الباب ٧، في أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٨، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٦

لا يقال: قد تعرضوا في البيع أنه لو قال: بعتك هذا الفرس العربي بشرط كونه عربيا فانكشف عدم عربيته فالبيع صحيح و الخيار ثابت لأجل تخلف الشرط، و على ما ذكرت هنا يلزم الحكم هناك بالبطان؛ لانكشاف تخلف المبيع.

لأننا نقول: كلامهم مبني على حمل ذلك على الالتزام في ضمن الالتزام على نحو تعدد المطلوب، و إلا فلو فرض في مقام الثبوت أن البائع أراد التقييد كان من تخلف المبيع لا محالة.

ثم إذا حكم بملكية الموقوف عليهم فالمانع من البيع من ناحية الوقف قد ارتفع فينحصر المانع في تعلق حق البطون المتأخرة، فإذا فرضنا أن البيع جمع بين حقوق البطن الحاضر و المتأخر لأن الأمر دائر بين تركه حتى يتلف، و بين صرف البطن الحاضر في مصالحهم بإتلافه، و بين بيعه و تبديله لينتفع بالبدل البطن الموجود و المتأخر كان المانع من هذه الجهة أيضا مرتفعا، إلا أن يتمسك في منع البيع باستصحاب كونه لا يباع في حال الوقفية.

و لكنّه مخدوش بأنه بعد ما ثبت ملكية الموقوف عليه مع زوال الوقفية فالمرجع في الشك في نفوذ التصرفات الناقله هو عموم «الناس مسلطون على أموالهم» و أحلّ الله البيع (١) و نحوهما، لأنّ القدر المتيقن تقيدها بحال الوقف، فيرجع في غيره لو احتمل كون العنوان علته محدثة إلى العموم، و ذلك لأنّ المرجع في المقيّد المنفصل المرّد بين الأقلّ و الأكثر مفهوما إلى إطلاق المطلق و عموم العام.

و ليس هذا من موارد التمسك في الشبهة المصدقية بدعوى تقيدها بعنوان الطلق و شك في انطباقه في المقام؛ إذ لم يرد باعتبار هذا العنوان دليل و إنما هو

(١)- البقرة/ ٢٧٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٧

شيء انتزعه من الموارد الخاصية المتعلقة فيها بالحكم بالعناوين الخاصية، و لا من موارد استصحاب حكم الخاص بدعوى أن شخص هذا المال قد خرج عن عموم «الناس إلخ» في قطعه من الزمان و شك بعدها، و لا عموم أزمانى في المقام، و قد تقرّر أن المرجع في مثله الاستصحاب، و ذلك لأنّ هذا مختص بما إذا لم يكن خروج الشخص بعنوان من العناوين كعنوان الوقفية في المقام، كما إذا علم أن زيدا في يوم الجمعة لا يجب إكرامه، حيث إن يوم الجمعة ليس من عناوين الموضوع و إنما هو طرف للحكم.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ كلّاً من الملكيّة و وصف المنع عن البيع يتمّ فيه أركان الاستصحاب، و لكنّ الأوّل لا دليل اجتهادي يقتضى خلافه بخلاف الثاني، هذا و يمكن إثبات الملكيّة بوجه آخر غير الاستصحاب، و هو أن يقال: إنّ مفهوم الوقف مركّب إمّا خارجاً و إمّا تحليلاً عقلياً من جزئين، أحدهما: حبس العين، و الآخر: تسبيل المنفعة، فمتعلّق الحبس، أعني: حبس الواقف نفسه عن التصرفات، نفس العين الخالية عن المنفعة.

و حينئذ إذا زال أحد الجزئين و هو التسبيل بواسطة زوال موضوعه و هو المنفعة، فالجزء الآخر لا يحتاج في البقاء على حدّ النقص إلى تأثير مستقلّ كما تقدّم بيان ذلك. هذا بالنسبة إلى أصل الملكيّة، و أمّا جواز البيع فيتمسك فيه بالعمومات كما تقدم. و إن قلنا بالمبنى الثاني، أعني: أنّ عنوان ذى المنفعة لم يوجد قيوداً في الموضوع و إنّما هو الذات المجزّدة، و ليس من جزء الوقف أيضاً تسبيل المنفعة، و لكن أخذ في حقيقة الوقف كون المتعلّق لا يباع و لا يوهب، فحينئذ من الممكن كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٨

ورود التعبد على خلاف القاعدة بجواز البيع، لكنّ الكلام في إمكان إثباته على القواعد.

فنقول: يظهر من كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - إمكانه،

قال - قدس سرّه -: و لو سلّم أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين فإنّما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذّره هنا، انتهى.

و الظاهر أنّه - قدس سرّه - أراد إتمام المطالب على نحو المطلوبين المترتّبين، فأخذ التقييد بالمنع في الرتبة الأولى فقط، فإذا تعذّر الانتفاع الذي هو الشرط في المطلوب الأول فهنا مطلوب آخر و هو وقف متعلّق بأصل المائيّة غير مأخوذ فيها شخص المال، و على هذا لا - إشكال في إمكان الإتمام على القاعدة، و لكن الشأن في استظهار ذلك من مقام الوقف، فإنّ طرؤ حالة الخراب و السقوط عن الانتفاع غالباً مغفول عنه في نظر الواقف.

فإن قلت: كيف ذلك و المنظور هو الثبات و الدوام، و مع فرض كون العين غالباً معرضاً للآفات و الخراب و السقوط عن الانتفاع كيف يصير ذلك مغفولاً عنه في نظره؟

قلت: كما أنّ انتفاء أصل الموضوع رأساً مثل موت الحيوان لا يمنع عن ملاحظة التأييد فيكون تأييداً في طرف الموضوع، كذلك الحال بالنسبة إلى انتفاء وصف الانتفاع.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله تعالى أيام إفاضاته الشريفة -: يمكن اختيار وجه آخر للتطبيق على القاعدة و هو أن يقال: إنّ الواقف قد أنشأ الوقف معللاً بغرض انتفاع البطون، فالتقييد مأخوذ في دأعيه لا في مرحلته إنشائه، كما أنّ المشتري للدواء مثلاً إنّما ينشئ المعاملة بعليّة تسكين دائه لكن في الثاني لا يوجب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٩٩

تخلّف هذا الداعي، كما لو فرض عدم تسكين دائه بشرب الدواء، بطلان البيع، و ذلك لأنّ المفروض أنّه أنشأ المعاملة مطلقاً، و الشارع في دليل صحّة المعاملة قد أمضى نفس إنشائه من دون مدخليّة لغرضه في إمضاء الشارع.

و هذا بخلاف الحال في الوقف فإنّ إمضاء الشارع قد تعلّق بفعل المنشئ مع كونه معللاً بمثل غرضه، فإنّ الشارع إنّما يمضى الوقف لكونه من سبل الخيرات و الصدقة الجارية التي ينتفع به الواقف حيّاً و ميّتاً، فإذا انسلخ عنه هذا العنوان انفكّ إنشاء المنشئ عن الإمضاء و ليس هذا تقييداً في الإمضاء و إنّما هو التعليل و قد بين الفرق بينهما في محلّه.

و الفرق بين التعليل في إنشاء الشارع و التعليل في إنشاء غيره أنّ غيره ربّما يتوهّم جهلاً مركّباً فاقداً لعلّة واجداً لها فينشأ فيه المعلول من البيع مثلاً مبتتياً على هذا الاعتقاد الخطائي، و لكنّ الشارع حيث إنّ عالمه بالغيب يختصّ بإنشائه بموارد وجود العلة لا غير، فلو فرض أنّ العلة التي صارت في البيع علة لإنشاء البائع كانت علة لإمضاء الشارع بأن كان الشارع متابعاً لأغراض المعاملين، لكان اللازم هو الحكم



بالبطلان عند تخلف الداعي فيها أيضا، و لكن ثبت فيها أن الشارع إنما يلاحظ إنشاءهم دون أغراضهم، و المفروض أن الإنشاء مطلق، غاية الأمر مبتيا على الاعتقاد الخطائي.

و بالجملة: لا إشكال في إمكان هذا الوجه و تماميته ثبوتا، إنما الكلام في مرحلة الإثبات و أن إمضاء الشرع معلل بغرض الواقف على وجه يستكشف من عدمه عدم الإمضاء لا على سبيل الحكمة، و لم يستبعد شيخنا الأستاذ- دام أيام بقاءه- استظهاره بملاحظة تسميته في الأخبار بالصدقة الجارية و أن الشارع إنما يراعى نفع عباده فتأمل و أما قوله- عليه السلام-: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٠

فالمقصود إمضاء الكيفية المرسومة بعد الفراغ عن خيريته أصل موضوع الوقف، ثم بعد زوال لون الوقفية ببقاء ملكية الموقوف عليه و جواز التصرفات الناقلة يكون الكلام فيهما ما تقدم حرفا بحرف.

و إن قلنا: بالمبنى الأخير من عدم أخذ المنفعة لا في الموضوع و لا في المحمول و عدم أخذ المنع عن المعاملة في مفهوم الوقف و إنشائه، فالمانع عن البيع حيثنذ منحصر في الأدلة المانعة مثل لا يجوز شراء الوقف، و يمكن دعوى انصرافها عن هذه الصورة فيكون جواز البيع فيها على طبق القاعدة، هذا بحسب مقام الثبوت و التصور. و أما مقام الإثبات فقال شيخنا الأستاذ- أطال الله أيام إفادته الشريفة:-

الظاهر مأخوذة قيد الانتفاع و الحبس بمعنى المنع عن التصرفات الناقلة كليهما في حقيقة الوقف، أما الثاني فقد أتضح مما تقدم، و أما الأول فلأن الظاهر أن الوقف عبارة عن فعلين تحليليين يوجدان بإنشاء واحد، أحدهما ملحوظ مقدمه و توطئه للآخر، أحدهما: حبس العين، و الثاني: إطلاق المنفعة، فالأول، أعنى: الحبس، إنما هو ملحوظ تبعا و مقدمه لأن تصل المنفعة إلى جميع البطون، فالجزء الأعظم فيه هو تسبيل المنفعة لا أن يكون حاله كالبيع فتكون ملكية المنافع تبعا لملكية العين.

و من هنا لو كانت العين مسلوبة المنفعة إلى مدّة لكونها مستأجرة يشكل صحّة وقفه إلما مشروطا، و هذان الجزآن مندمجان و موجودان بإنشاء واحد، و لازم ذلك أن يكون الموضوع هو العين المقيّدة بكونها ذات منفعة، إذ هو القابل لهذا المحمول الإنشائي البسيط المنحل إلى جزئين، فتصير العين التي في ضمن هذا المقيّد متّصفه بالحبس، و المنفعة متّصفه بالإطلاق.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠١

و إن شئت قلت: العين المقيّدة بالمنفعة تصير عينها محبوسة و منفعتها مطلقة، و من هنا إذا زال التسبيل بالخراب و السقوط عن الانتفاع لم يبق الحبس، إذ المفروض أنه ليس الفعالان منحايزين في الإنشاء فليست القضية الإنشائية عبارة عن حبست العين و سببت الثمرة، بل هي عبارة عن قوله: وقفت هذه العين، فكل من الجزئين المندمجين في وقفت، وارد على العين المقيّدة، فبارتفاع القيد يرتفع الوقف بكلا جزئية.

و هذا بخلاف الحال في باب البيع حيث إن نقل المنفعة تبع لنقل العين و ليس فعلا مستقلا بإنشاء مستقل، فالعين في حال المنفعة تقع موضوعا لا- بقيدها، بل و كذا الحال في وصف المائتية التي هي صفة منترعة للعين من ملاحظة المنافع، فلا يلزم بطلان البيع بزوال المائتية، فإن المبيع إنما هو الدار و الكتاب و الفرس و سائر الأشياء بعناوينها الأوتلية لا بما هي مال، و معنى تفسيره بمبادلة مال بمال: لزوم كون مورده مالا- لا- أن يكون وصف المائتية ملحوظا في ينظر المنشئ قيدا، نعم وصف المائتية و المنافع ملحوظ في الداعي و الغرض.

و أما كيفية ملك البطون للمنفعة، فهي أن المنفعة الحاصلة في مدّة عمر كل طائفة جعلت مسبلة على هذه الطائفة، فالمنافع المقسطة على الأزمان جعلت كل قطعة منها مقدّرة بقدر عمر كل طائفة ملكا لتلك الطائفة، و من هنا ليس لها إجارة العين في مدّة تزيد عادة عن عمرها.

و أما ملك العين، فحيث إنه غير قابل للتقسيم و التبعض بحسب أجزاء الزمان، فلا يمكن إنشاء ملكية الرقبة في مدّة عشرة أيام مثلا،

فنقول: الملك هنا أيضا كسائر الأبواب غير مقدّرة بزمان، بل الملكية مطلقة و لكنّ المنشئ جعل وصف انتقاله بموت الطائفة الأولى إلى الثانية في منشئه، فكما أنّ ملك الأب غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٢

مقدّر بزمان و مع ذلك بالموت ينتقل إلى الابن بالجعل الشارعي، كذلك هنا، غاية الأمر أنّ الانتقال و التلقّي في كلّ بطن من سابقه يكون بالجعل المالكى.

و حينئذ فكلّ ما كان مجعولا بإنشاء المنشئ فاللازم- حيث إنّ الفرض تقييد إنشائه بالمنفعة بل كونها جزءا رئيسا فيه- هو أن يزول بزوال المنفعة و هو المجعول الواحد الذى هو الوقف المنحلّ إلى حبس العين بمعنى المنع عن التصرفات الناقلة و التسبيل، و ما كان هذا الإنشاء علّة لانتزاعه و حدوثه، و هو الإضافة الملكية إلى العين و إلى المنفعة فهو مستصحب البقاء، حيث إنّ الملكية و إن كانت غير المائنة و لهذا ليس حطب الصحراء ملكا مع كونه مالا، لكنّها ليست منتزعة إلّا عن إضافة تامّة شخصيّة إلى المال، فإذا صار المال مضافا إلى شخص خاص فهذا منشأ لانتزاع الملكية.

فنقول: الواقف أولا نزع الإضافة عن نفسه بالكلية، لأنّ هذا حال من صار بصدد وقف ماله مؤبدا فلهذا لا يعود إليه بعد بطلان الوقف بواسطة الأدلة الاجتهادية بأن يقال: القدر المتيقّن تقيدها بحال الوقف، بل قد عرفت أنّه لا يمكن نزع الملكية المادامى و إعطائها، فتقطع الملكية بالأدلة بعد نزع المالك لها رأسا لا وجه له.

ثمّ بعد هذا النزع أعطاها فى العين و المنفعة على النحو الذى مرّ للموقوف عليهم، فالعرف من هذا النزع و الإلصاق ينتزع الملكية فى العين و المنفعة لا- أنّ إحداث ملكيتهما من فعل المنشئ و بإنشائه حتى يقال يلزم ارتفاعها بارتفاع ما جعله قيادا فى موضوعهما من المنفعة و لا مجال مع هذا لاستصحابهما كما فى أصل الوقفية.

و حينئذ فحيث إنّ من الممكن بقاء هذا المنتزع و لو كان منشأ انتزاعه زائلا،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٣

بأن كان حال المنشأ هنا حال الماء المتغيّر بالنسبة إلى عرض النجاسة حيث إنّ قيد التغيّر علّة محدثة لا مبقية، فكذلك هنا أيضا العين الموقوفة صارت ملكا بالطريق المتقدم، فمن الممكن كون قيد الموقوفية علّة محدثة لا مبقية، فإذا جاء هذا الاحتمال كان المجرى للاستصحاب.

لا- يقال: على ما ذكرت من أنّ المنشأ هو الإضافة المطلقة بالنسبة إلى العين لا المقيّدة بمدّة العمر، فما دامت العين معمورة لم يجز للبطن الأول البيع، لمنافاته مع الحبس الذى فرض فى مدلول الوقف. و أمّا إذا صارت خربة و بطل الوقف و الحبس الذى فى ضمنه فما المانع حينئذ من بيع هذه الطائفة الأولى لأنفسهم و أكلهم ثمنه، كما أنّ الأب يجوز له البيع و لا يلزم عليه رعاية الابن.

لأننا نقول: لإنشاء الواقف أثران: سلطنة قويّة للبطن الأول تسمى ملكا، و ضعيفة للبطن اللاحق تسمى حقّا، و هى حقّ أن يبقى العين فيتلقاها من البطن الأوّل، إذ هذا أيضا شىء ينتزعه أهل العرف، و به يمتاز عن مسألة الأب و الابن، فكما نستصحب الملكية للبطن الأولى كذلك نستصحب الحقّ للطائفة اللاحقة، و ليس هذا الاستصحاب محكوما للأدلة الاجتهادية المقتضية لتسلّط الملاك على أموالهم و نفوذ تصرفاتهم فى أموالهم، فإنّ الموضوع فيها أموال أنفس الملاك لا حقوق سائر الناس ممّن عداهم، فالمنع عن التصرف لكونه فى متعلّق حقّ الغير ليس تخصيصا فى تلك القواعد بل خروج موضوعى.

و على فرض التزلّ و كون ذلك تخصيصا فيها بواسطة قوله: «لا- يجوز لأحد أن يتصرّف فى مال الغير إلّا بإذنه» و ما يشابهه، فالاستصحاب أيضا جار لكونه منقّحا لموضوع الدليل المخصص. و بالجملة: الاستصحاب إمّا مخرج للموضوع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٤

عن أفراد العام، و إمّا مدخل له فى أفراد الخاص، و على كلّ حال ليس محكوما بالعام.

ثم إنك عرفت أن العين بعد الخراب تصير بواسطة الاستصحاب كما قبل الخراب في كون رقبته ملكا لهذه الطائفة و منتقلة بعد الموت إلى اللاحقة و المنفعة ملكا طلقا للطائفة الأولى تصرفها في منافع نفسها، و كذلك منافع زمان الطبقة الثانية ملك طلق لهم، و هكذا، فلا بد أن يكون البديل في المعاوضة عينا ذات منفعة حتى يصير بهذا المنوال من ملكية الرقبة و طليقة المنفعة، إذ ليس النقد قابلاً لذلك، لعدم المنفعة له، إذ كلّ نماء حصل من الاتجار به فلا بدّ من احتسابه من رأس المال و لا يجوز صرف البطن الموجود له في مصالحهم، لأنّ فيه حقّ جميع البطون كالمبدل، لأنّه عوض للمبدل الذي هو كان كذلك، فلا بدّ من تبديل النقد على فرض المعاوضة به بالعين ذات المنفعة، نعم يمكن أن يكون الصلاح في البيع بالنقد و إبقائه مدّة و الاتجار به و احتساب النماء من رأس المال إلى أن يتمكن من شراء العين ذات المنفعة.

ثمّ العين المشتراة- كما عرفت- تصير بنفس الشراء ملكا للبطون على نحو كان الثمن ملكا لهم، و على هذا فما قاله بعض من إجراء صيغة الوقف على هذه العين لا- وجه له، إذ يصير من قبيل الوقف على النفس الذي ادّعى الإجماع على بطلانه، و الأصل فيه قبله أنّ من المسلم كون الوقف صدقة و لا معنى لصدقة الشخص على نفسه، فلا تتحقّق حقيقة الصدقة إلّا مع تعذر المعطى و المعطى له.

ثمّ إنّ المتصدّي لهذا البيع لا يجوز أن يكون هو متولّي الوقف، إذ المفروض

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٥

أنّ متعلّق توليته أمور مخصوصة من إيصال الموقوف عليهم و ليس منها البيع و نحوه فهو كالوكيل في جهة خاصّة ليس له تصدّي غير تلك الجهة.

نعم لو فرض الجزم بالمراتب في الوقف بأن يكون المنشئ أنشأ الوقف في فرض وجود المنفعة و أنشأ الاختصاص في أصل المالية بعد انتفائها أمكن القول بأنّ وظيفة المتولّي ثلاثة أمور: إيصال المنافع، و البيع، ثمّ إيصال المنافع، لكنّ الجزم بهذا مشكل بل لا يبعد الجزم بخلافه.

فرع لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة

فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي و إن لم يرضى البطن الموجود؟

قال شيخنا المرتضى- قدّس سرّه الشريف:-

وجهان آتيان في ما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا- يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقّها البطن الموجود إذ لم يشترط الواقف إخراج مؤنة الوقف عن منفعة قبل قسمته في الموقوف عليهم انتهى.

قال شيخنا الأستاذ- أطال الله أيام إفاضاته الشريفة:- في المسألة صور:

الأولى: أن يكون ما يعطى بثمر البعض المخروب مساويا للبعض الباقي في المنفعة، كما لو كان كلّ منهما يؤجر كلّ سنة خمسين تومانا، و حينئذ فالأمر دائر بين صرف الثمن في عمارة البعض الثاني ليطول بقاؤه حتى تنتفع به البطون اللاحقة من دون أن تزيد منفعة كأن كانت قناته قريبة من الانطماس فصرف الثمن ليطول بقائها من دون ازدياد مائها و غلّة الأراضي، فيصل على هذا التقدير إلى كلّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٦

من البطن الحاضر و الغائب كلّ سنة خمسين تومانا، و بين صرفه في شراء ما يؤجر كلّ سنة بالأجرة المذكورة فيصل إلى البطن الحاضر كلّ سنة مائة تومانا، خمسين من أجرة البعض القريب الانطماس، و خمسين من أجرة الجديد الابتاع، و يصل إلى الغائب كلّ سنة خمسين تومانا من أجرة الثاني لفرض انطماس الأول على تقدير عدم العمارة و عدم بقائه إلى زمانهم، فالصرف في التعمير المذكور إخراج لخمسين تومانا من كيس الموجودين مع عدم تفاوت بحال المعدومين لفرض كون الواصل إليهم على كلّ تقدير خمسين تومانا.

الثانية: أن يكون ما يتباع بالثمن المذكور أكثر منفعة من الباقي كأن كان أجره الباقي على تقدير التعمير بالنسبة إلى كل من الحاضر و الغائب كل سنة عشرة توأمين و ما يتباع خمسين تومانا، فعلى تقدير الابتاع يصل كل سنة إلى الحاضرين ستين تومانا و إلى الغائبين خمسين تومانا كما هو واضح، و على تقدير التعمير يصل إلى كل منهم ستّة عشر تومانا فهذا تفويت لخمسين تومانا من الحاضرين و لأربعين من غيرهم، و الظاهر فيها بين صورتين عدم مجال لاحتمال جواز التعمير مع عدم رضى الموجودين، و مجرّد صيرورة البعض الباقي - على تقدير التعمير طويل البقاء بعنوان الوقفية بخلاف البعض المبتاع حيث أنّه مسلوب عنه العنوان المذكور - لا يصير مجوّزا، فإنّ ما على عهده المتولّي للوقف حفظه من التخريب لا من الخراب و لو بصرف مال من كيسه أو كيس الغير في تعميره.

الثالثة: أن يكون ما يتباع أقلّ منفعة من الباقي كأن كان أجره الباقي على فرض التعمير لكلّ طبقة في كلّ عام مائة تومان و أجره ما يتباع عشرة توأمين،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٧

فيدور الأمر بين أن يفوت من الحاضرين كلّ سنة عشرة توأمين ليزيد على منفعة الغائبين تسعون، و بين أن يفوت من الغائبين كلّ سنة تسعون ليزيد على منفعة الحاضرين عشرة، و الظاهر في هذه الصورة لزوم الصرف في التعمير، و ذلك لأنّ هذا من كبرى ما أستفيد من نفي الضرر من أنّه متى دار الأمر بين ضرر شخص و ضرر آخر و كان أحد الضررين أخفّ كان المتعيّن اختياره، نعم لو كان متوجّها إلى شخص لا يجب على غيره دفعه عنه بإيراده على نفسه بملاك أنّ العباد كلّهم في نظر الشارع كالعبد الواحد.

فنقول في المقام: مجموع الجزء الصحيح و بدل الجزء البائر متعلّق لحقّ مجموع السلسلة الطويلة المركّبة من البطن الحاضر و من يتأخّر عنهم و قد دار الأمر بين أن يورد الضرر المقدّر بعشرة على هذه السلسلة، و بين أن يورد الضرر المقدّر بالتسعين عليها، فمقتضى مطلوبيّة نفي الضرر عن هذه السلسلة على قدر الإمكان لزوم اختيار الأقلّ، فيلزم على الحاكم القائم مقام المعدومين إلزام الموجودين بصرف الثمن في الجزء الصحيح، و ليس هذا من أشرف حائظ إنسان على الخراب حيث لا يلزم إنسان آخر بدفع المال لترميمه، لأنّ الضرر هناك متوجّه إلى الأوّل و لا مساس له بالثاني بخلاف المقام، فإنّ الجزء الصحيح و إن كان لو خلى و طبعه يخرب و تضرّر به المعدومون فقط.

لكنّ الفرض أنّ هنا مالا موجودا في الخارج و هو بدل الجزء البائر و هو و إن كان ملكا للموجود بلا شركة المعدوم و إنّما يتلقّى منه المعدوم كباب الإرث و لكن ليس أجنبيا صرفا عنه، بل متعلّق لحقوقهم، فتوجّه الضرر إليهم إنّما هو بعد عدم صرف هذا المال الذي فيه لهم حقّ في تعميره و إلّا كان متوجّها إلى الموجود.

و من هنا يتوجّه الإشكال على شيخ أساتيدنا العظام الميرزا الشيرازي

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٨

- قدّس سرّه اللطيف - حيث جعل المقام أخيرا في حاشيته على مكاسب شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - من باب توجّه الضرر إلى المعدومين فقط، كما أنّه يتوجّه عليه - قدّس سرّه - في جعله المقام أولا من باب دوران الأمر بين محروميّة الطبقة اللاحقة من منافع الجزء الصحيح أو الأولى من بدل الجزء البائر، فلا - ترجيح لإحدى الطبقتين على الأخرى فللحاكم القائم مقام الطبقة الثانية اختيار انتفاعهم بمنافع الأولى.

إذ يرد عليه - قدّس سرّه - أولا: أنّه ليس المقام من دوران محروميّة إحدى الطائفتين، بل من دوران الأمر بين محروميّة المعدومين فقط أو محروميّتهم و محروميّة الموجودين معا في جميع الصور الثلاث.

اللهم إلما أن يفرض أنّ ما يشتري بثمر البائر لا يقبل الإثمار إلما بعد انقراض الموجودين ثم يوازي ثمرته مع ثمره الجزء الصحيح الموجود حال حياة الموجودين البائر بانقراضهم، إذ حينئذ يتساوى ضرر كلتا الطائفتين، و لكن يرد حينئذ إشكال آخر و هو أنّ ظاهر عبارة شيخنا العلامة المرتضى أنّ أحد الوجهين لزوم إلزام الحاكم الطبقة الموجودة مع عدم رضاهم و مقتضى ما ذكره جواز ذلك، و

ظاهره توجيه أحد الوجهين في هذه الصورة.

ثم إنه لم يعلم وجه لما ذكره شيخنا المرتضى في الفرع الآخر، أعنى: ما إذا توقّف انتفاع اللاحقين على صرف المنفعة الحاضرة في تعمير الموقوفة من جريان الوجهين فيه، إذ بعد كون المنفعة ملكا طلقا للموجودين كيف يصحّ إلزامهم بالصرف لأجل أن ينتفع اللّاحقون، و أى فرق بين هذا و سائر أمواليهم؟ نعم لو شرط الواقف أن يكون أصل تملكّ البطون في كلّ زمان للمنافع بعد موته العين فهو مطلب آخر، و حينئذ لا ملكية للموجودين أصلا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٠٩

### الصورة الثانية من صور بيع الوقف أن يخرب بحيث يقلّ انتفاعه

إشارة

فإن كان بمثابة يعدّ معدوما فالكلام كما تقدّم حرفا بحرف، و إن كان لا يعدّ معدوما لكن لا يعتدّ به كمزرعة خربت و لكن ما خرجت عن عنوان المزرعة، أو دار كذلك لكن فرض قلّه منافعهما بحيث لا يعدّ شيئا معتدا به عرفا، فمع العلم بثبوت التقييد بالمنفعة المعتدّ بها يكون كما تقدّم، و مع العلم بالعدم الموضوع محفوظ و الوقفية باقية و لا- وجه للجواز، و مع الشكّ نستصحّب الوقفية لوجود الموضوع العرفي و هذا لا كلام فيه.

إنّما الكلام في ما إذا انعدم عنوان الوقف كما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانيّة فخربت حتّى خرجت عن قابليّة ذلك فإنّه و إن لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس من عنوان الوقف، فاختر صاحب الجواهر- قدّس سرّه الشريف- تقوية البطلان في هذا الفرض.

و أورد عليه شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- بعد مخالفته للإجماع بما لفظه:

أنّه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله: وقفت هذا البستان فلا شكّ أنّه ليس إلّا كقوله: بعث هذا البستان أو وهبته، فإنّ التملك المتعلّق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كلّ جزء خارجي و إن لم يكن في ضمن عنوان البستان، و ليس التملك من قبيل الأحكام الجعائية المتعلّقة بالعناوين. و إن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم، و لا بدّ من بيان المراد منه. انتهى المقصود من كلامه- زيد في علوّ مقامه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٠

و حاول السيد المحقّق الطباطبائي اليزدي في باب الوقف من العروة الوثقى الفرق بين باب البيع و أمثاله- فالعنوان فيها مأخوذ موردا، فقوله: بعث هذا البستان في قوّة بعث هذا الشيء- و بين باب الوقف، فالعنوان مأخوذ قيدا و عنوانا للموضوع.

وفيه: أنّه ليس في باب البيع أيضا موردا و إلّا لزم فيما إذا قال: بعثك هذا الفرس، و كان المشار إليه كتابا، أن يصحّ البيع لكونه في قوّة: بعثك هذا الشيء، فلا فرق بين هذا و بين قوله: بعثك هذا البستان، فظهر كونه عرصه، فإنّه أيضا كالأول من تخلف المبيع.

قال شيخنا الأستاذ- أطال الله تعالى أيام إفاداته الشريفة:- إنّ الحقّ مع صاحب الجواهر من أنّه إن علم أنّه أراد وقف البستان على وجه المورديّة كما إذا قال وقفته لينتفع به على حسب ما يصله من المنفعة في كلّ زمان فلا يضرّ تغيير العنوان و إن علم أنّه أراد ذلك على وجه التقييد كما إذا قال: وقفته لينتفع بشمره، فتغيّره موجب لبطلان الوقف، و العنوان في البيع و إن كان قيدا لا على وجه المورديّة و لكن مع ذلك انتفائه لا يوجب بطلان الملكية هناك و يوجب الخروج عن الوقفية هنا.

توضيح الفرق: أنّ الملكية المنشأة في البيع غير قابلة للتأيد و لا التوقيت بغاية معيّنة، فإنّ المنشئ إنّما ينشئ الملكية في الخارج كما يسوّد الجسم، و أمّا كونها دائما أو موقّتا إلى زمان كذا، فليس يتأثر من قبل إنشائه، و حينئذ فما هو الوظيفة في ذاك الباب إنّما هو إحداث أصل الملك فإذا علّق على عنوان فاللازم تحقّق هذا العنوان في زمان الإحداث فقط.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١١

فإن قلت: كما يمكن في طرف المالكية تعليقها بالعنوان مع عدم قابليتها للتأييد و التوقيت كما في ملك الفقير أو العالم في الوقف بحيث إذا انسلب العنوان انسلبت المالكية، فأى مانع من أن يكون الحال في طرف المملوكية كذلك؟

قلت: لا- بد من مراجعة أهل العرف و نحن نراهم يعتبرون المملوكية المنشأة في أبواب العقود كالمالكية فيها كالأعراض القائمة بالجسم كالسود و البياض حيث إن إحداثها و لو كان بملاك عنوان خاص، مع ذلك يبقى بعد زوال ذلك العنوان، و يعتبرون المالكية و المملوكية في غير تلك الأبواب، أعنى: ما كان بتعبّد من الشرع أو بانتزاع من العرف عقيب إنشاء شيء آخر كالوجوب و سائر الأحكام في القابلية للقيام بالعنوان، فكما أن وجوب الإكرام قابل للقيام بعنوان العالم، كذلك وصف المالكية و المملوكية المذكورتين في نظرهم و اعتبارهم.

هذا حال البيع، و أما الوقف فهو قابل للتأييد و للتوقيت بناء على صحّة الوقف المنقطع الآخر، فالمنشئ إنمّا ينشئ تحبباً مطوّلاً بطول الزمان بحيث يكون استمراره في كلّ آن من تأثير إنشائه، فحال تمام أزمته وجود الوقفية هنا حال زمان حدوث الملكية هناك، فكما كان اللازم ثبوت العنوان في ذلك الجزء هناك يلزم هنا في جميع الأجزاء.

فإن قلت: يمكن كون الوقفية و الحبسية كالملكية غير قابلة للقيام بالعنوان و إنمّا يقوم بالأجزاء الخارجية للمعنون.

قلت: المدعى عدم كونها بحسب الخارج و اعتبار العقلاء كالملكية و قبولها للقيام بالعنوان كوجوب الإكرام، و حاصل المقام أنّ البابين مشتركان في لزوم ثبوت العنوان حال فعل المنشئ، لكنّ الفرق أنّ فعل المنشئ هناك فعل واحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٢

كالتسويد و هنا بمنزلة أفعال عديدة بعدد أبعاض الزمان، و من هنا يكون الشكّ في الملكية المنشأة في العقود أبداً منحصرًا في الشكّ في المزيل و الرافع بخلاف الحبسية، فإنّ الشكّ فيها ممكن من جهة المقتضى و من جهة الرافع.

و حاصل ما ذكر هو الفرق بين أخذ الانتفاع في الموضوع- كما في الصورة الأولى فإنّه لا يقع إلّا على وجه واحد- و بين أخذ العنوان الآخر كالبستانية مثلاً فيه كما في هذه الصورة، فإنّه يقع على وجهين:

أما الأول: فلأنّ الوقف كما عرفت تحبب العين و تسبيل الثمرة دائماً و هذا المحمول لا يحمل إلّا على المعنون بالانتفاع بما هو معنون دون الذات المجردة، و حينئذ إذا زال كلا الجزئين زال التحبب لأجل جواز البيع، و كذا التسبيل لأجل ارتفاع المنفعة فكيف يبقى المعنى المذكور، أعنى: التحبب و التسبيل الدائمين الموجودين في كلّ وقت.

و أما الثاني: فلأنّ عنوان البستانية يمكن أن يلاحظه الواقف مورداً كما قال:

وقفت هذا البستان حسب ما يقبله من الانتفاع في كلّ زمان، و يمكن أن يلاحظه موضوعاً و على وجه القيدية كما قال: وقفته ليأكلوا من ثمره.

أما القسم الأول فلا كلام فيه، و أما الثاني فحاصل الفرق بينه و بين البيع حيث إنّ العنوان فيه إذا أخذ قيداً لا يبطل بزواله، ألا ترى أنّه لو أشار إلى جزئى خارجي و قال: بعثك هذه الحنطة فبان دقيقاً كان باطلاً، و هذا دليل كونه قيداً لا مورداً كما في المقام، و مع ذلك لا- تخرج الحنطة بصيرورتها دقيقاً و خبزا عن ملكية المشتري بخلاف المقام، حيث إنّه هنا يوجب زوال الوقفية أنّ الملكية التي هي المنشأة هناك مطلقاً و بلا قيد من الدوام و التوقيت، فالذى يوجد باختيار المنشئ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٣

و ينشأ بإنشائه إنّما هو حدوث الملك، فالمعتبر وجود العنوان حال الحدوث، و أما بعده فانسلاب العنوان و إن كان يوجب صيرورته موضوعاً آخر كحال الحدوث لكن لا يوجب ارتفاع الملكية؛ لأنّها في البقاء لا يدور مدار إنشاء المنشئ حتّى يلاحظ القيد الذى اعتبره. بل إنشائه المتعلق بالمقيد عليه عرفاً لعروض الملكية على ذات المقيد فمع انتفاء القيد حال الحدوث لا يتقيد حتّى تعرض

الملكيّة ذاته و بعد وجوده في هذا الحال و معروضيّة الذات يصير القيد في مرحلة البقاء ملغى.

فإن قلت: على هذا لو صرح المنشئ بالدوام و قال: ملكتك هذا البستان مثلا دائما يلزم بطلان التملك بزوال البستانية.

قلت: نعم و لكن قيد الدوام غير ممضى للشرع. و الحاصل: أنّ الملكيّة في جميع أبواب العقود التي مضمونها إنشاء الملك ليست إلّا مطلقة، و ليس بقاؤها من فعل المنشئ، فلهذا زوال العنوان في مرحلة البقاء لا يضرّ، فلو قال: بعتك هذا العباء أيها العالم، على وجه كانت العالميّة قيدا فليس المعتبر إلّا العالميّة في ذاك الحين.

نعم في غير أبواب العقود المنشأة للملك، أعنى: ما إذا حصل بتعيّد من الشرع كحصولها بالإحياء أو بانتزاع من العرف عقيب إنشاء المنشئ أمرا آخر كما اخترناه في باب الوقف حيث إنّه ليس إنشاء التمليك و إنّما هو إنشاء الحبس و التسيل، و هو منشأ لانتزاع الملكيّة لا مانع من الملكيّة الموقّته المغيّاة بزوال العنوان، فيمكن كون الأرض المحياة بوصف المحيائية ملكا للمحيي، كما أنّ العالم في باب الوقف أو الحي، بما هما كذلك معروضان للتملك، ففي غير باب العقود يمكن الشكّ في الملكيّة من جهة المقتضى و أمّا في ذاك فمحصّر في الشك من جهة المزيل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٤

هذا حال البيع، و أمّا الوقف فبعد اشتراكه معه في قيديّة العنوان كما هو المفروض في هذا القسم يفترق معه في أنّ الدوام هنا أيضا جزء من المنشأ و داخل فيه، فحال البقاء و الحدوث كليهما هنا حال الحدوث وحده هناك، فكما كان المعتبر ثبوت العنوان في مرحلة الحدوث فقط هنا- لأنّ المقدار الذي كان الأمر تابعا لإنشاء المنشئ إنّما هو الحدوث فقط- يكون المعتبر هنا ثبوته في كلتي مرحلتى الثبوت و البقاء، لأنّ البقاء هنا أيضا كالحديث تابع للإنشاء.

فقول القائل: وقفت هذا البستان، في هذا القسم ينحلّ إلى إنشاءات بعدد أجزاء الزمان كلّ منها معلق بعنوان البستانية، نعم لو قيد العنوان بالحاصل منه حال الإنشاء بأن قال: وقفت هذا البستان، أعنى: المتّصف بالبستانية حال الوقف و سبّلت منفعة دائما، فتغيير العنوان لا يضرّ، لأنّ عنوان البقاء أيضا هو العنوان الحدوثي.

و أمّا لو جعل الوقف و الدوام على موضوع البستان فالمعتبر بقاء البستانية في جميع الأزمان، و لا فرق في ذلك بين اعتبار الدوام قيدا للربط أو للحبس الذي هو المربوط، أعنى قال: جعلت البستان دائما حبسا، أو قال: جعلته حبسا مخلّدا دائما. أمّا الأول فواضح، و أمّا الثاني فلاّنه مثل قولنا: الضرب الدائمى أو المغيّى بعشرة أيام لهذا العالم واجب على وجه كانت العالميّة قيدا، فكما لا شبهة أنّ الحكم الإيجابى يزول بزوال العالميّة في أثناء المدّة فكذلك قولنا: الحبس الدائمى جعلته و أنشأته في هذه الأرض معلقا بعنوان البستان.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٥

و ما ربّما يتوهم أنّ هذا النحو من الوقف مناف مع التأييد المعتبر فيه، ففيه:

أنّ المعتبر عدم التوقيت لا التأييد و إلّا فيلزم بطلان وقف ما لا يقبل الأبدية، كالحوان، و إن شئت قلت: المعتبر هو التأييد في فرض وجود الموضوع و هذا المعنى موجود هنا كما هو واضح.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر- قدّس سرّه الشريف- بعد ما ذكر ذلك قايس المقام بالوصية قبل موت الموصى و قبول الموصى له، فكما أنّه لو زال عنوان الوصية كالبستانية يوجب بطلان الوصية كذلك في المقام، فأورد عليه شيخنا المرتضى- قدّس سرّه اللطيف- بأنّ المناسب أن يقايس المقام بالوصية بعد تمامها بموت الموصى و قبول الموصى له، فكما لا يوجب زوال العنوان هناك زوال الوصية فكذلك في المقام.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته العالمة-: إنّ المناسب لتأييد مرامه هو الوصية قبل التمام، و ذلك لأنّ الإيجاب ما لم يلحقه القبول يعتبر بقاء العنوان المعتبر فيه إلى حين حصول القبول ليتوافق القبول مع الإيجاب و يتواردا على موضوع واحد، فباب الوصية بين

إيجابها و قبولها في الدوران مدار الإنشاء و المتابعة له حاله حال المقام في جميع الأزمان، و أمّا بعد تمام القبول فيخرج الإنشاء عن المؤثرية في ذاك الباب، فهذا لا يؤثر زوال العنوان شيئاً، فحينئذ يصير أجنبياً عن المقام، فالمناسب بالمقام منها إنّما هو ما بين إيجابها و قبولها، و تخصيص الوصية من بين سائر العقود مع جريان ذلك في الجميع هو ما تعارف فيها دون سائر العقود من الفصل الطويل غالباً في ما بين إيجابها و قبولها، فتدبر.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٦

وهنا فروع

الأول: لو كثر في الطبقات المتأخرة عدد الموقوف عليهم

كالأولاد، إلى حدّ يكون الواصل إلى الواحد منهم من غلّة الموقوفة مثلاً في القلّة إلى حدّ لا يعدّ مالا كحبه حنطة، و أقلّ كما لو كان تمام غلّة الموقوفة عشرين مثلاً و بلغ عدد الأولاد إلى آلاف ألوف، فهل يلحق هذا بصور سقوط الأرض عن القابلية للانتفاع أو لا؟ الظاهر الأول، فإنّ نظر الواقف إلى انتفاع الأولاد المفقود في الفرضين، فالوقفية زائلة بزوال الموضوع.

و أمّا جواز البيع و الانتفاع بالثمن و أكل الطبقة الحاضرة إياه فيمكن أن يقال: إنّ ما لم يصل إلى حدّ كان حاله حال المثلث في كثرة القلّة عند التوزيع يجوز ذلك فيادرون بالبيع قبل بلوغ عدد الأولاد إلى حدّ كان حال الثمن أيضاً كذلك، أو يقال: إنّ ترجيح هذه الطبقة على من لحقهم ممّن حالهم كحالهم في ما ذكر ليس بأولى من العكس، و إذن فيؤخر البيع إلى طبقة تغلب على الظن صيرورة الثمن بعد انقراضهم في القلّة كالمثلث.

أمّا أصل الجواز، فلاّنه مقتضى الملكية و عدم الوقفية، و أمّا صرفهم الثمن في حوائجهم، فلاّنّ المانع منه كان تعلق حقّ البتون اللاحقة و المفروض انتفائه بانتفاء المتعلق، فإنّ حقّهم كان متعلقاً بالانتفاع من الموقوفة عينا أو بدلا و المفروض انتفاء ذلك في حقّهم، و يمكن أن يجعل هذا محملاً لروايتي جعفر بن حنان و الاحتجاج الآيتين فيخرجنا بذلك عن مخالفة الإجماع و القواعد فتأمل.

اللهمّ إنّما أن يقال: إنّ لا ينافي بقاء حقّ أن يصيروا ذوى حقّ الاختصاص؛ إذ لا شبهة في أنّه لو لم يبع العين إلى زمانهم ليسوا كسائر الناس بالنسبة إليها، بل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٧

□

لهم حقّ اختصاص، فإنّ حينئذ كما إذا كان تركه الميّت درهما واحدا و كان عدد الورثة إلى ما شاء الله.

الثاني: لو غصب العين غاصب و لم يمكن الاستيفاء منه إلّا بالبيع منه فهل يجوز أو لا؟

الظاهر الثاني، لعدم المجوّز سوى توهم أنّه مع عدم البيع تبقى العين في يده لا يمكن انتزاع نفسها و لا أجره منافعها من يده، فينحصر انتفاع الموقوف عليهم في الحكم الشرعي بضمان الغاصب لأجره المنافع، و هذا ليس انتفاعاً و لكن لا يصلح هذا مجوّزا بعد فرض قابلية نفس العين للانتفاع و قابلية الموقوف عليهم أيضاً لذلك، و إنّما المانع عن الانتفاع حصل بقسر خارجي.

الثالث: لو خربت العين بحيث سقطت عن انتفاع الموقوف عليه بالمرّة،

كمزرعة انطمست قنواتها بالمرّة و لم يكن من يقدم بتعميرها فغصبها غاصب، و أحيائها بإجراء ماء له من مكان بعيد إليها ثم امتنع إلّا من البيع منه، فهل هذه الصورة أيضاً كالسابقة في عدم المجوّز، أو يجوز البيع منه هنا بملاحظة سبق الخراب و الخروج بسببه عن الوقفية؟ الظاهر الأول؛ فإنّ الأرض بعد ما كانت خربة و لا يتعلّق بها أجره، صارت بفعل الغاصب متعلّقة للأجره، فقد عادت إلى صفة



الانتفاع بعد السقوط عنها و تعود الوقفية بعود ذلك كما تعود الزوجية ب حياة أحد الزوجين أو كليهما بعد الموت بالإعجاز، و كحياة الحيوان المملوك بعد الموت كذلك، فإن هذا بنظر العرف يعدّ من إعادة المعدوم، فيقولون: هذا عين الذي كان لها في السابق ذاتا و خاصية و أثرا.

### الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه

و ظاهر المراد منه أن يكون

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٨

ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدّة وجود الموقوف عليه، و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود بأن يأكلوا الثمن، و قد يلاحظ بالنسبة إلى جميع البطن إذا قيل بوجود شراء بدل الوقف بثمنه.

و الأقوى - وفاقا لشيخنا المرتضى قدس سرّه الشريف - المنع في كلتا صورتين، لوجود المقتضى و هو الوقفية و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية الحسن ابن محبوب عن عليّ بن رثاب عن جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمّه، و أوصى لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابة بثلاثمائة درهم في كلّ سنة و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمّه؟ فقال: جائز للذي أوصى له بذلك، قلت: أ رأيت إن لم يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلّا خمسمائة درهم؟ فقال: أ ليس في وصيته أن يعطى الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمّه؟ قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئا حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك، قلت: أ رأيت إن مات الذي أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم، فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يردّ ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّة، قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: نعم إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيرا لهم باعوا» (١).

و الخبر المروى عن الاحتجاج أنّ الحميري كتب إلى صاحب الزمان - عليه السلام

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٦، ح ٨.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١١٩

و عبّل الله فرجه - روى عن الصادق - عليه السلام - خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع أم لا - يجوز إلّا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك، و عن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب - عليه السلام -: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كلّ قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين و متفرّقين إن شاء الله تعالى» (١).

بناء على أنّ الجواب بواسطة الاحتفاف بالسؤال عن صورة الأصلح لا يعم غيرها، نظير قوله - عليه السلام -: «عزل فمك عن موضع الفضّة» عقيب السؤال عن الشرب من الإناء المفصّص» (٢).

و ليس هذا من باب القدر المتيقّن في مقام التخاطب الذي قلنا في الأصول بعدم مضرّيته بالأخذ بالإطلاق و أنّ خصوصيّة المورد لا يخصّص الوارد كما إذا قال: أكرم العالم، عقيب السؤال عن زيد مع إحراز شرائط الأخذ بالإطلاق، بل إمّا من باب القرينة أو ما يصلح للقرينة.

ثمّ على فرض عموم الجواب يتقيّد بمفهوم رواية جعفر بالأصلح، و اعتبار رضى الكلّ في رواية جعفر إنّما هو في صورة بيع تمام

الوقف لا من باب اعتباره في بيع كل واحد بقريئة رواية الاحتجاج، فتحصل من الروايتين اشتراط الخيرية والأصلحية فقط دون أمر زائد من وصف الاجتماع وغيره، فينطبق على المدعى من الجواز مشروطا بزيادة نفع الثمن على المنفعة التدريجية الحاصلة مدّة وجود الموقوف عليه، هذا.

(١)- الوسائل ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٦، ح ٩.

(٢)- المصدر نفسه ج ٢، الباب ٦٦، من أبواب النجاسات، ص ١٠٨٦، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٠

وحاصل ما أجاب عن هذا الاستدلال إمام الفن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - أنه أولاً: سلّمنا أن المراد من الخيرية في الأولى والأصلحية في الثانية زيادة النفع على الوجه الذي ادّعت، لكن في رواية جعفر زيادة قيد آخر وهو الاحتياج وعدم كفاية الغلة لمثونه سنة الموقوف عليه، لأنّ السائل قال: لهم أن يبيعوا إن احتاجوا ولم يكفهم إلخ؟ فقال الإمام - عليه السلام -: نعم، يعني لهم ذلك إن احتاجوا ولم يكفهم وزاد - عليه السلام - على ما فرضه السائل شرطاً آخر وهو الخيرية، فالحاصل أنّ الجواز مشروط بأمرين، وبهذا يتقيد رواية الحميري أيضاً فتباين مدلول الروايتين مع المدعى بالعموم والخصوص.

وثانياً: ليس المراد من الخير ما ذكرت من زيادة نفع الثمن من المنفعة التدريجية للمثمن، بل المراد منه:

إمّا مطلق النفع والصلاح الذي يلاحظه الفاعل عند إرادة الفعل ولو لم يكن نفعاً مالياً، وحينئذ فليس مراد الإمام - عليه السلام - بيان اعتبار ذلك تعبداً، بل المقصود بيان الواقع الذي فرضه السائل، فجعل - عليه السلام - خصوصية الحاجة وعدم الكفاية ملغاة وملحوظة من باب كونها أحد مصاديق مطلق النفع بالمعنى المذكور، وحينئذ فمعين الرواية ممّا لا يقول به أحد، وهذه الدعوى جارية في الأصلح الواقع في رواية الاحتجاج أيضاً كما هو واضح.

وإمّا النفع الخاص الذي فرضه السائل، أعني: رفع الحاجة فيكون الأصلح في الأخرى أيضاً متقيداً بهذه الرواية بالفرد الخاص من الأصلح، أعني: ما كان أصلح لأجل رفع الحاجة لا - لأغراض آخر يتصوّر للبائعين، فعلى هذين يباين مدلول الروايتين مع مقصود المستدل بالمرّة كما هو واضح، هذا حال الاستدلال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢١

بالروايتين للدعوى المذكورة.

وأما الاستدلال برواية جعفر لدعوى جواز البيع لو لحق الموقوف عليه ضرورة شديدة إلخ، وهذا الاستدلال مبني على المعنى الثالث، أعني: أن يراد بالخير النفع الخاص الذي هو رفع الحاجة التي فرضها السائل، فأجاب - قدس سره - بأنّ مفاد الرواية على هذا اعتبار الفقر الشرعي وهو عدم مالكية قوت السنة وهو غير الضرورة الشديدة، والنسبة بينهما عموم من وجه، إذ رب فقير شرعي يكون في السعة لوجدانه من الزكاة أو الخمس أو غير ذلك من مال الفقراء، ورب غني شرعي يتفق له في بعض الأوقات الضرورة والحاجة الشديدة، كما إذا أكرهه الظالم بدفع مال خطير لا يتمكّن فعلاً منه إلّا ببيع مال الوقف و كان الظالم أوعده بالقتل مثلاً.

هذا مع أنه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب كفاية مطلق النفع الذي هو المعنى الثاني بإلغاء خصوصية الاحتياج فتباين المدعى رأساً.

ثمّ إنّه - قدس سره - نقل عن المختلف وجماعة الجواب عن الاستدلال برواية جعفر للمدعى الأول، أعني: البيع بشرط الأنفعيّة بالمعنى المتقدم بعد تسليم انطباق مفاد الرواية على المدعى المذكور بأنّه لا ظهور فيها في المؤبد، بل يمكن حملها على المنقطع بملاحظة ذكر القرابة بدون ذكر أعقابها.

فأجاب - قدس سره -: بأنّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلّ على الانقطاع، وحينئذ فترك استفصال الإمام - عليه السلام - مع قابلية السؤال واحتماله لكلّ من التأييد والانقطاع دليل على اشتراكهما في الحكم، هذا جملة ما أفاده شيخنا المرتضى - قدس سره

الشريف - في المقام.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٢

وقال شيخنا الأستاذ - دام أيتام إفاداته العلية -: إن التكلم في الرواية في مقامين، أحدهما: في دفع ما يتوهم من الإشكال على صورة الوقف فيها، والثاني:

في تطبيق الحكم فيها على وجه يخرج عن الإجماع على الخلاف.

أمّا المقام الأول: فقد يستشكل في ما فرضه السائل من الوقف على القرابة، ثم الوصية للرجل الأجنبي بثلاثمائة درهم بأن الوصية المذكورة لا يصح جعلها من الوصية المصطلحة ولا من الوقف، إذ يلزم على الأول أن يكون مقدار من الأرض يحصل منه ثلاثمائة درهم باقيا على ملك الواقف حتى تتعلق الوصية به ويكون الوقف متعلقا بما عداه، وهذا المقدار أمر كلي قد ينطبق على كل الأرض إذا كان تمام المحصول ثلاثمائة درهم، وقد ينطبق على النصف إذا كان ستمائة، وقد ينطبق على الثلث إذا كان تسعمائة، وهكذا يختلف بزيادة المحصول ونقصانه، ولازم كلية المستثنى كلية المستثنى منه الذي هو الموقوف، وهذا مناف مع ما اشترطوا في الوقف من كون متعلقه عينا، واحترازوا بذلك عن أمور ثلاثة: الدين والكلي والجزئي المردد، وبعين هذا يستشكل لو جعلت الوصية المذكورة من باب الوقف والجواب بالتزام كونها شرطا على الموقوف عليهم والوقف متعلق بتمام الأرض، إلا أنه قد اشترط عليهم إعطاء المقدار المذكور للأجنبي.

أمّا المقام الثاني: فنقول تارة بكون قول السائل «و لم يكفهم» معطوفا على قوله: «احتاجوا» بالواو فيكون لبيان حد الاحتياج، وينطبق على ما فهمه الشيخ المرتضى - قدس سره الشريف - من عدم الكفاية لمثونه السنة الذي هو حد الفقر الشرعي، وحينئذ فيجىء في الرواية جميع ما ذكره - قدس سره - في قبال كلتا الدعويين، وأخرى يكون معطوفة بكلمة «أو» كما هو الموجود في بعض النسخ.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٣

و حينئذ فيمكن أن يقال: إن المراد من قوله: «احتاجوا» هو مطلق الحاجة وهو غير الفقر الشرعي، فإنه كما أفاده - قدس سره - يجتمع مع إمكان التوسل لرفع الحاجة بل إلى التوسعة بمال الفقراء، ومعنى الحاجة على وجه الإطلاق أن لا يكون محيص ومخلص سوى بيع مال الوقف وهذا ينطبق على الضرورة الشديدة، فإنه يقال في من لا يملك شيئا ينفقه في قوته و سد رمقه وليس له وسيلة إلى تحصيله بوجه من الوجوه إلا بيع الوقف و صرف الثمن في شراء ذلك: إنه محتاج إلى البيع بقول مطلق، ولو فرض أن له طريقا آخر للتخلص لا تصدق الحاجة إلى خصوص البيع كذلك حتى لو كان الطريق الآخر بيع ما يستثنى في الدين من الدار و أثاث البيت و غير ذلك.

وهكذا يقال لمن شدد الأمر عليه دائنه أو الظالم و لم يمهلها، و لا هو قادر على الاستقراض و انحصر طريق الخلاص في بيع الوقف، و منه يعلم استفادة قيد الشدة أيضا، فإن الحاجة الجزئية لا يحوج الإنسان و لا يلجئه إلى البيع لأنه يقدر على تركها و الإغماض عنها أيضا، فالإلجاء إنما يتحقق مع عدم إمكان الإغماض عنها و لا وجدان طريق آخر لرفعها و إنجاحها، هذا هو الكلام في الفقرة الأولى.

و أما الثانية، أعنى: قوله: «لم يكفهم ما يخرج من الغلة» فيمكن أن يقال: إنه حيث لم يذكر متعلق عدم الكفاية فإنه قد يضاف إلى مؤنة السنة فيقال: هذا المال لا يكفي لمؤنة السنة، فلا ينافيه كفايته لمؤنة سنة أشهر مثلا، و قد يضاف إلى مؤنة شهر فلا ينافي الكفاية لما دونها، و هكذا إلى أن يصل إلى أقل مراتب الكفاية و هو الكفاية لإطعام الشخص في مجلس واحد، فالسلب الكلي للكفاية إنما يصدق إذا انتفى جميع هذه المراتب، ضرورة عدم صدق السلب الكلي مع الإيجاب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٤

الجزئي، و هذا منحصر في ما إذا لم تسقط الأرض عن قابلية الانتفاع في حد ذاتها كما هو مفروض السؤال في ما إذا تعدد أفراد القرابة الموقوف عليهم في بعض الطبقات المتأخرة إلى حد صار سهم كل إنسان منهم مثقالا من الحنطة مثلا.

فلو فرض أن أبانا آدم - على نبينا وآله و عليه السلام - وقف على أولاده نسلا بعد نسل قرية مثلا فغلبت تلك القرية في أمثال هذه الأزمنة التي بلغ عدد أولاده إلى آلاف ألوف كيف يكفيهم؟ فيصدق أنه بقول مطلق مسلوب الكفاية، فإن ما يصل إلى كل شخص منهم لا يفي بشيء من حوائجه حتى أكله واحدة، و على هذا فالرواية مشتملة على ذكر مجوزين لبيع الطبقة الموجودة و أكلهم الثمن، أحدهما الضرورة الشديدة و الآخر عدم الكفاية بالنحو المذكور.

فيكون المراد بالخيرية في الرواية ما هو المعروف من معناه من عدم ملاحظة معنى التفصيل فيه أو ملاحظته بالنسبة إلى الترك، و يكون المعنى أن خيرهم منحصر في البيع و لا - خير آخر سواه فيكون بيانا لما يفرضه السائل من الفرضين، فيكون إطلاق الأصلح في رواية الاحتجاج أيضا متقيدا بهذا المعنى، و لهذا فصل في الجواب بين الوقف على إمام المسلمين - حيث إن واحدا من الأمرين لا يتفق في حقه - و بين الوقف على قوم من المسلمين بأعيانهم و أعقابهم، و يكون رضى الكل في الرواية الأولى كما أفاده - قدس سره - محمولا - على فرض الاجتماع في البيع لا من باب اعتباره في بيع كل واحد بقرينة رواية الحميري، فإنها ناظرة و شارحة للمراد منها، و حيث إن بيع المال الموقوف و أكل ثمنه مناف مع تعلق حقّ اللاحقين فيستكشف انتقاله و صيرورته ملكا طلقا للبائعين آنا ما قبل البيع هذا.

بقي في المقام ما حكاه شيخنا المرتضى - قدس سره - عن المختلف و جماعه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٥

من حمل الرواية على الوقف المنقطع، فإن كان المقصود منه الوقف على خصوص الطبقة الموجودة، فيردّه أنه خلاف نص الإمام - عليه السلام - في قوله: «فأما إذا انقطع ورثته» إلى قوله - عليه السلام -: «يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلبة» فإن معناه أن الجميع حينئذ وقف و ذلك لارتفاع الشرط بارتفاع موضوعه، و التقسيم بينهم إنما هو في مال الوقف، و قوله: «يتوارثون ذلك» معناه توارث هذا الذي ذكره من تقسيم الوقف مع حفظ الوقفية و ليس المراد هو الإرث الشرعي كما هو واضح.

### الصورة الخامسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة

أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحة خاصية على حسب ما يشترط

قال في الإيضاح في وجه المنع: إن الوقف للتأييد و البيع ينافيه، قال: و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، و عن المحقق الكركي - قدس سره اللطيف - أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة؛ لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأييد المعبر في الوقف لأنه مقيّد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع، و إلّا فلا للمنافاة فلا يصلح حينئذ حيسا، لأن اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفا مناف لذلك، لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفا و لا حيسا.

و قال شيخنا المرتضى - قدس سره اللطيف - ما حاصله: إنه يمكن التمسك بجواز البيع في هذه الصورة بعموم «الوقف» و عموم «المؤمنون»

أمّا أولاد: فلأن التحقيق أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن الوقفية، فهذا الشرط مما يجتمع مع مفهوم الوقف و حقيقته،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٦

فالعومان شاملان له.

و أمّا ثانيا: فلاّنه لو سلّم منافاة الجواز لمقتضى عقد الوقف فإنما المنافي بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و أمّا تبديله بوقف آخر فلا

تنافى بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبسا كونه محبوسا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجزئه عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالاتراط في متن العقد فتأمل.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته العلية:- إن الكلام هنا في مقامين:

الأول في تميمه على حسب القواعد، و الآخر في حكمه حسب الدليل الخاص، أما الأول فنقول: تارة يعتبر في الوقف الحبس و أخرى التملك، و على كل تقدير إما مؤبد و إما مؤقت، فإن قيل بالأول فإن كان الملحوظ في الإنشاء التأييد فالشرط المذكور، أعنى: شرط البيع عند حصول كذا، الراجع إلى عدم الحبسية عنده يعدّ مع إنشاء أصل الحبس المؤبد من المتناقضين في القصد و لا- يمكن اجتماعهما في عالم الإنشاء؛ إذ يمتنع توجه القصد نحو الحبس في جميع الأزمان و نحو عدمه في زمان كذا بدون رجوع الثاني إلى الاستثناء من الأول.

و إن كان مرجع الشرط إلى الاستثناء لئلا فمعناه إنشاء الحبس للبطون إلى حصول الحاجة مثلا، و على تقدير الحصول إنشاء عدمه فهذان الإنشاءان فرضيان و ليسا من الشرط الاصطلاحي الذي هو الالتزام المندرج تحت التزام آخر و المنضمّ معه كالالتزام بالخياطة في عقد البيع و إنما هما نظير الالتزام بالبيع في تقدير، و الالتزام بالبيع في تقدير آخر.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٧

و حينئذ فيسقط كل من دليلي الوقوف و الشروط عن قابلية الاستدلال لنفوذ هذا الشرط، أما الأول، فلائنه من الاستدلال بدليل نفوذ الوقف على نفوذ اللاوقف و دليل نفوذ البيع على نفوذ اللابيع، و أما الثاني فلائنه مبني على الاستدلال به في نفوذ الشروط الابتدائية، لأنّ هذا الشرط على ما عرفت ليس شرطا ضميتا، لأنه عبارة عن الالتزام بالالوقفية في تقدير قبال تقدير الالتزام بالوقفية فلم يجتمع الالتزامان في تقدير كالاتزام بالبيع أو الخياطة.

و من هنا يظهر الكلام إن قيل بالثاني، لأنه إما أن ينشأ ملكية الطبقات في ظرف وجودهم و ما اعتبر فيهم من الأوصاف كالعلم و الفقر و نحو ذلك، و بعبارة أخرى يجعل الملازمة بين تحقق الوجود مع الأوصاف و بين ملكيتهم، فإنشاء لا ملكيتهم في فرض الوجود و الأوصاف إن لم يرجع إلى الاستثناء يعدّ مع الأول من المتناقضين في الإنشاء لا يمكن توجه القصد إليهما، و إن رجع إلى الاستثناء فمعناه تشقيق فرض الوجود و الأوصاف إلى حالة حصول الحاجة لمن يقدم و حاله عدمه، فجعل الملازمة في الأولى و ما جعلها في الثانية، فيجىء فيه ما تقدّم من عدم إمكان التمسك لنفوذه بشيء من دليلي الوقف و الشرط.

فإن قلت: يتمسك لنفوذ حدّ الوقف و الانتهاء إلى حصول الحاجة بدليل الوقف أو الشرط.

قلت: إن كان المقصود أنّ المنشأ هو الوقفية المقيّدة، فهذا خلاف الفرض حيث لم يتعلّق الإنشاء بالحبس أو التملك المؤقت، بل هنا إنشاء، أحدهما تعلّق بمطلق الحبس أو التملك، و الآخر بنقيضهما في تقدير خاص، و مرجع الثاني على أحد الوجهين إلى الاستثناء لئلا، و معنى ذلك أنّه لاحظ تقدير وجود البطون

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٨

المعدومة و سائر ما اعتبر فيهم من الأوصاف فجعل الملازمة في تقدير و نقيضها في تقدير، لا أنّه جعل الملازمة الخاصة مع أنّه على ما فرضت من كون المنشأ مقيّدا لا وجه للتمسك بدليل الشرط، لأنه وقف مؤقت ابتدائي و لا ربط له بدليل الشرط.

بقي الكلام في أمرين الأول: في ما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سرّه الشريف-، قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته العلية:- ليس مراده- قدس سرّه- التفرقة بين حبس الجامع و هو أصل المائنة و حبس الفرد، ضرورة أنّ متعلّق الحبس هو التصرفات الناقلة من البيع و الصلح و غيرهما، و لا يردّ ذلك إلّا على العين الخاصة دون الجامع بينها و بين إبدالها، بل الظاهر أنّه أراد التفكيك بين التصرفات في العين الخاصة بعد الفراغ عن تعلّق الحبس بها.

فتارة يقصد بحبس هذه العين محبوسيتها عن جميع التصرفات الناقلة حتى مثل تبديلها بشيء آخر مثلها يقوم مقامها، و أخرى يراد حبسها عن خصوص التصرفات المالكية في الأملاك الطلقة بأن يباع و يؤكل ثمه، فإذا تعلق الحبس بالعين فقبل جعلت هذه العين محبوسة، فمقتضى إطلاق الحبس هو المحبوسية عن جميع أنحاء التصرف، و إذا قيد عند حصول الحاجة مثلا ببيعه، فهذا تقييد للحبسية بخصوص القسم الثاني، و يكون هذا الشرط منافيا لإطلاق الحبس لا لأصله، فإطلاقه بالنسبة إلى غير تقدير الحاجة مراد و بالنسبة إلى هذا التقدير يقصد الحبسية الخاصة فيحتاج هذا إلى إنشائين.

و هذا يرد عليه أن اللازم منه جواز الحبس بهذا النحو من ابتداء الأمر و الظاهر أنهم لا يلتزمون به، لأن الوقف عندهم حبس الأصل و تسبيل الثمر و ليس

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٢٩

الربح و لا ثمر البديل ثمرا للأصل و إلاً لجواز وقف النقود، نعم عند العرف يعدّ ربح النقود مثلاً فائدة و منفعة لها و لكنّ التعبد الشرعي على خلافه.

فإن قلت: كيف يعدّ الربح منفعة و يجوز معاملة المنفعة معه بأن يتصرف فيه الطبقة الموجودة و ينتفعون به و الحال أن قضية المبادلة مقابلة كل جزء من المبدل بالبديل و بالعكس، فكما كان المبدل ملكاً للموجودين و حقاً للآخرين كذلك البديل بجميع أجزائه فلا يصير الربح ملكاً طلقاً للموجودين، حتى أنه لما لم يتصور في باب المبادلة غير ذلك نلتزم في باب المضاربة بأن الربح بتمامه ينتقل إلى المالك ثم مقدار الشرط يتلقاه العامل من المالك لا أنه من الابتداء ينتقل من المشتري إليه؟

قلت: يمكن لرفع هذا المحذور العقلي الالتزام بأن الواقف قد جعل في إنشائه حقّ الآخرين، بحيث بعد ما تعلق بتمام البديل قضية للمبادلة كان في مقدار الزائد عن القيمة الواقعية للمبدل ساقطاً و يصير ذلك المقدار ملكاً طلقاً للموجودين.

و بالجملة: هذا المعنى لا بأس في تصويره لكنّ الشرع منع منه و لم يجوز هذا النحو من الوقف و اعتبر تسبيل المنافع الحاصلة من نفس الأصل مع بقاء عينه، و هذا يكشف عن أن حقيقة الوقف هو الحبس المطلق أو ملزوم له، اللهم إلا أن يفرّق بين الابتداء و الاستدامة و يقال: حيث إنّ الدليل على ذلك ليس إلاً الإجماع فالمتيقّن منه الوقف الابتدائي، و لكن يبعده أنه إذا فرض أن حقيقة الوقف عند الشارع تسبيل المنفعة الحاصلة من شخص الأصل، فمن البعيد أن يختلف ذلك في الابتداء و الاستدامة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣٠

الثاني: في الرواية الظاهرة في جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه في ما ينتفعون به،

و قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: السند صحيح و التأويل مشكل و العمل أشكل.

و محلّ الاستشهاد فقرتان، الأولى: «فإن أراد - يعني الحسن - عليه السلام - أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعّل إن شاء لا حرج عليه فيه» و الثانية:

«و إن كان دار الحسن بن علي - عليهما السلام - غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه، فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله و يجعل ثلثاً في بني هاشم و بني المطلب و يجعل ثلثاً في آل أبي طالب - عليه السلام - و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله» الرواية «١». فإن احتمال كون ذلك على وجه الوصية لا الوقف خلاف قوله - عليه السلام - : و أن الذي كتبت من أموالى هذه صدقة واجبة بتلّة حيا أنا أو ميتا.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: أما الفقرة الأولى: فليس بذلك البعيد أن نحملها على المنفعة، يعني يبيع شيئاً من المنفعة كما أن قوله - عليه السلام -: «و ليأكل منه بالمعروف» ظاهر في المنفعة، فيكون هذا الشرط لأجل أنه يجوز له مزاحمة الشركاء في هذين الموضوعين، أعنى: الأكل منه بالمعروف و البيع لأداء الدين، و لولا هذا الشرط لما كان له - عليه السلام - التجاوز عن قاعدة

الشركة.

و أما الثانية: فأولا ظاهر ذكر الاسم الظاهر عقيب أداة الشرط ثم ذكر الضمير في الجزاء أن يكون هذا الضمير راجعا إلى تلو الشرط لا إلى تلو تلو، مثلا

(١)- الوسائل ج ١٣، الباب ١٠، في أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣١٢، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣١

لو قال: إن جاءك زيد بن عمرو فأكرمه، الظاهر رجوع الضمير في «أكرمه» إلى زيد لا عمرو، و هكذا إن قال: إن كانت دارا لزيد جنب دار عمرو فخرّبوها، فالظاهر رجوعه إلى دار زيد لا دار عمرو، و هكذا في مقامنا قوله- عليه السلام-: «و إن كان دار الحسن بن علي- عليهما السلام- غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا- حرج عليه فيه» ظاهر في رجوع ضمير أن يبيعها إلى دار الحسن- عليه السلام- لا إلى دار الصدقة، غاية الأمر أن لهذا مبعدين:

أحدهما: أنه من قبيل توضيح الواضح، الثاني: قوله: «فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث إلخ»؛ فإن دار الحسن- عليه السلام- يصير ثمنها ملكا لنفسه- عليه السلام-، و يمكن رفع كليهما.

أمّا الأول: فلأنّ الكلام ليس مسوقا لإفادة صرف بيع الدار، بل لما هو الغالب في مثل هذا المورد من أنّ الإنسان إذا كان له دار مملوكة و كان هنا دار صدقة كان هو أحد الموقوف عليهم، فإذا باع داره المملوكة لا محالة ينتقل إلى تلك الدار الموقوفة و لا يشتري دارا آخر مع وجودها، فالكلام منزل على هذا الغالب، فكأنه قال: إن أراد بيع داره و ينتقل إلى دار الصدقة فلا حرج عليه، فرجع الحرج، إنّما هو بالنسبة إلى الجزء الثاني الذي يكون البيع توطئه له، أعنى: الانتقال لدفع توهم أن دار الصدقة مخصوصة بمن لا دار له. و أما الثاني: فلأنّ من الممكن حمل ذلك على الاشتراط، يعني: أن جواز انتقاله إلى دار الصدقة بعد بيع الدار مشروط ببذله ثمن داره في المصارف الثلاثة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣٢

### الصورة السادسة أن يؤدى بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا و الخراب قد يكون للتخلف بين الأرباب و قد يكون لغيره

و أيضا قد يكون بمعنى التلف و انعدام كلية المنفعة، و قد يكون بمعنى زوال المنفعة المعتدّ بها، و قد يكون بمعنى نقص المنفعة، و قد يكون بمعنى زوال المنفعة المقصودة من الوقف مع جواز الانتفاع على غير ذلك الوجه، إمّا مساويا معه، و إمّا أزيد، فهل يجوز البيع في جميع هذه الصور، أو لا في جميعها، أو أنّ هنا تفصيلا بين الصور المذكورة؟

قال شيخنا المرتضى- قدس سرّه الشريف-: الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا معتدا به عرفا سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره و المنع في غيره من جميع الصور، أمّا الجواز في الأول فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظنّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلا.

و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة، و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته العلية-: قد نتكلم في المسألة على مبنى شيخنا المرتضى- قدس سرّه- في المسألة السابقة و قد نتكلم على ما اخترناه، أمّا على الأول أعنى: عدم منافاة جواز البيع مع عنوان الوقف فنقول: إن كانت

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣٣

الأولوية التي أشار إليها هنا و في ما تقدّم في مسألة السقوط عن الانتفاع أو لوليّة قطعيّة، نقطع بعدم رضی الشارع بخلافها. فيرد عليه - قدّس سرّه - أنّه لا يفرق الحال بين عموم الأدلّة المانعة عن بيع الوقف للمقامين و انصرافها، إذ على فرض العموم كانت مقطوعة التخصيص بواسطة هذا الأمر المقطوع به، و إن كانت غير قطعيّة يحتمل خلافها تعبداً فمع عدم عموم الأدلّة المذكورة نرجع إلى استصحاب عدم جواز البيع، فما ذكر - قدّس سرّه - سابقاً من قوله: و به يعنى بهذا الدوران يندفع استصحاب المنع محلّ منع على هذا التقدير و على التقدير الآخر صحيح، و لكن تمسّكه بانصراف الأدلّة محلّ الخدشة لما ذكر.

و أمّا نحن، فقد اخترنا هناك أنّ لون الوقفيّة يرتفع بحدوث الجواز فلا موقع للأدلّة لارتفاع الموضوع، نعم الاستصحاب المذكور متحقّق الأركان، و لكن أجبنا عنه بأنّ العمومات الاجتهادية من قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١» و نحوه قاضية بالجواز و لا يرد الإشكال بأنّه فرع العموم الأزمانى و هو محلّ منع فى هذه العمومات.

وجه عدم الورود أمران: الأول: أنّ الرجوع إلى الاستصحاب فى صورة عدم العموم الأزمانى إنّما هو فى صورة عدم كون إخراج الفرد الخارج عن تحت العام بعنوان التقييد، كما لو قال: أكرم العلماء، و قيّد ذلك فى كلام آخر بالعدول فخرج زيد فى يوم الجمعة عن العام الأول للفسق ثم صار عادلاً يوم السبت، فلا يشكّ أحد فى الرجوع إلى العام حينئذ من غير ابتناء على العموم الأزمانى، و مقامنا من هذا القبيل، لأنّ الخارج عن **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو المال الموقوف و قد خرج المال

(١) - البقرة / ٢٧٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣٤

عن هذا العنوان حسب الفرض بواسطة السقوط عن الانتفاع و ارتفاع الموضوع الذى هو العين المنتفع بها. و الثانى: أنّ المقام من قبيل تخصيص فرد و التمسك بالعام فى دخول فرد آخر، و بعبارة أخرى التمسك إنّما هو بالعموم الأفرادى لا الأزمانى، و ذلك لأنّ فرد البيع الصادر حال بقاء الوقفيّة غير فرد الصادر بعد زوالها، و هما فردان من العام الذى هو البيع فى قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**. هذا هو الكلام على مبنا فى المسألة السابقة.

و أمّا فى هذه المسألة التى تكون العين باقية على الانتفاع مشرفه على السقوط، فلون الوقفيّة أمّا مقطوع البقاء و معنى الوقفيّة عدم جواز البيع كما عرفت، و إمّا مشكوكه فيرجع إلى استصحابها، و لا يرد على هذا الاستصحاب ما ورد على ما تقدّم، لأنّ هذا من استصحاب عنوان المخصّص مثل استصحاب عنوان الفاسق فى المثال المتقدّم و لا شبهة فى أنّه لا مجال معه للرجوع إلى العام، فينحصر الوجه على هذا المبنى لتصحیح البيع فى صورة بطلان الوقفيّة، و هو منحصر فى دعوى القطع بأنّ الأولوية المتقدّمة لا يرضى الشارع بخلافها الكاشفة عن أنّ حدّ إمضاء الشارع إنّما هو العلم أو الظنّ بالتأديّة المذكورة، بالتقريب المتقدّم من الفرق بين البيع و الوقف، بعدم متابعة غرض الشارع فى الأوّل لغرض البائع و متابعتها فى الثانى لغرض الواقف بقريته كونه صدقة جارية، فإنّ أمكن هذه الدعوى جرى جميع ما تقدّم من الكلام حرفاً بحرف و إلّا فلا محيص عن الاستصحاب المذكور.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٣٥

**الصورة السابعة أن يؤدى بقاء إلى خرابه علما أو ظناً، و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا له**

و الخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حدّ سقوطه من الانتفاع نفعاً معتدّاً به و قد يكون على وجه نقص المنفعة، و أمّا إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فجواز بيعه مبنى على ما تقدّم من أنّ تغيير عنوان الوقف مسوّغ، و عن عبارة جماعة تجويز البيع فى صورة التأديّة إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و عن أخرى تقيدهم به.

**الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس**



و ان لم يعلم أن يظنّ بذلك، و استظهر من بعض العباثر جوازه لذلك خصوصا من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

### الصورة التاسعة أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

### الصورة العاشرة أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس

و الكلام هنا فى مقامين، الأول فى مقتضى القواعد مع قطع النظر عن النصّ الخاص، و الثانى فى ما هو مقتضى

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ١٣٦

النصّ الخاص.

أما الأول: فاختار شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - التفصيل بين القسم الأول من الصورة السابعة، أعنى: التأديّة علما أو ظنا إلى خراب الوقف بسقوطه عن الانتفاع المعتدّ به سواء كان للاختلاف أم لغيره، فالجواز، و بين القسم الثانى أعنى: التأديّة إلى خرابه بنقصان منفعتة، و جميع الصور الثلاثة الأخيرة فالمنع.

أما الجواز فى الأول: فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع و هو عدم كون الجواز منافيا لحقّ الله و لا حقّ الواقف و لا حقّ الموقوف عليه، أما الأول؛ فلعدم نهوض الأدلّة الشرعيّة على المنع فى هذه الصورة لاختصاص الإجماع و انصراف العمومات إلى غير هذه الصورة، و أما الثانى؛ فلأنّ غرض الواقف من عدم البيع عدم انقطاع شخص الوقف، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا- نوعه، كان الثانى أولى و أقرب بغرض الواقف، و أمّا الثالث؛ فلأنّ المفروض إذن الموجودين منهم و قيام الناظر العام أو الخاصّ مقام المعدوم منهم، ثمّ ذكر بعض فروع مزاحمة حقّ الموجود و حقّ المعدوم.

و أما المنع فى الثانى فأولا: لاستصحاب المنع الثابت قبل طرؤ هذه الحالة، و ثانيا: لعموم الأدلّة الشرعيّة من قوله - عليه السلام -: «لا يجوز شراء الوقف» و غيره.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - بالنسبة إلى ما أفاد فى تقريب الجواز فى القسم الأول أولا: أنّ مقتضى ما مرّ من الدليل هو دوران الجواز مدار واقع التأديّة إلى الخراب و لو لم يعلم أو يظن، و ظاهر المشهور كون الوصفين موضوعين كما فى الخوف فى الصوم و فى باب التيمّم. و ثانيا: ما الدليل على حجّية هذا الظنّ؟

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ١٣٧

إلّا أن يقال: إنّه من باب الانسداد الصغير حيث إنّ المقام ممّا يتعسّر حصول العلم فيه، فلو اقتصر عليه لزم الوقوع فى المخالفة كثيرا، و ثالثا: كما كان استصحاب المنع جاريا فى القسم الأخير لو لا إطلاق الأدلّة فما المانع من جريانه فى هذا القسم بعد أن سلّم عدم إطلاق الأدلّة فيه.

و الحاصل: أنّ التريديد و الدوران المذكور فى كلامه - قدس سره - فى تقريب عدم المنافاة مع فرض الواقف إن كان فى حدّ ذاته يورث القطع كما ربّما يشعر قوله - قدس سره - فى ما تقدّم بعد ذكره، و به يندفع استصحاب المنع بأنّ انقطاع الاستصحاب حسنا و لا وجه للتمسك بانصراف الأدلّة؛ إذ لو فرض إطلاقها أيضا كانت مقطوع التخصيص، و إن لم يكن بهذه المثابة كما ينادى بذلك ما أورده على استدلال المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام حيث ذكر: إنّه ليس دليلا فى حدّ ذاته.

و العمدة منع جريان أدلّة المنع فلا وجه لعدم العمل بالاستصحاب مع تسليم قصور إطلاق أدلّة المنع، هذا هو الكلام على مبنى شيخنا

المرتضى من عدم كون المنع داخلا في حقيقة الوقف.

و أما على هذا المبنى الذى تقدم اختياره فالمتبع هو استصحاب الوقفية الملزومة لعدم جواز البيع فى جميع الصور المذكورة، و هذا على خلاف الحال فى مسألة ما إذا سقط عن الانتفاع، فإن الوقف هناك بطل ببطلان الموضوع و لم يبق إلا استصحاب عدم الجواز و قد كان محكوما لعمومات الجواز و لا- حكومة لها على الاستصحاب هنا؛ لأنه من باب استصحاب عنوان المخصيص و ذاك من استصحاب حكمه، فلهذا كان المرجع هناك العمومات و هنا الاستصحاب.

المقام الثانى: فى الكلام فى مكاتبه ابن مهزيار المنقولة فى الكتب الأربعة

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ١٣٨

قال: «كتبت إلى أبى جعفر الثانى- عليه السلام- أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسأل عن رأيك فى بيع خصية تك من الأرض أو تقويمه على نفسه بما اشتراها به أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلى: أعلم فلانا أنى أمره ببيع حصتي من الضيعة و إيصال ثمن ذلك إلى و أن ذلك رأيى إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك ارفق له «١».

قال و كتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته؟ فكتب بخطه- عليه السلام- إلى و أعلمه أن رأيى له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس «٢».

و يمكن حمل السؤال الأول على جعل الخمس الاصطلاحى بأن كان فى المال الذى اشترى الضيعة به حق الخمس فما جعله فى الذمة بل بدله فى الضيعة بناء على تعيينه بمجرد تعيين المالك و لو لم يقبض، أو كان مفروغا عنه قبول الإمام- عليه السلام- بناء على عدمه، و لا شهادة فى قوله: «أو يدعها موقوفة» على الوقف الاصطلاحى، لاحتمال إرادة المعنى اللغوى، و ربما يشهد لما ذكرنا التعبير بقوله: «أوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس» الظاهر فى أن الخمس المفروغ عن أصل ثبوته اختار محله فى الوقف، و لو كان المقصود هو الوقف لكان حق التعبير أن يقال: فأوقف خمسها عليك و أربعة أخماسها على غيرك، مضافا إلى استبعاد جعل

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، فى أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٥، ح ٥.

(٢)- المصدر نفسه: ح ٦.

كتاب البيع (للأراكى)، ج ٢، ص: ١٣٩

الوقف لشخص الإمام، بل ظاهر من يتصدى للوقف أنه يجعله لإمام المسلمين، و بالجملة الفقرة الأولى أجنبيته عن المقام. و أميا الفقرة الثانية: فلا محيص لإنكار كون موردها الوقف، لكن هل العبرة بصرف وقوع الاختلاف و إن لم يخش الأداء إلى خراب الوقف و لا- غيره بناء على الاعتبار بالشرطية، و جعل قوله- عليه السلام-: فإنه ربما إلخ مبيتا على التقريب و الحكمه، أو بالاختلاف الموجب للخشية بناء على تقييد الذيل الصدر أو بأداء البقاء إلى الفساد أو فساد خاص بناء على الاعتبار بالذيل فقط؛ لأنه علته و العلة هى المناسط، كما فى لا- تأكل الرمان لأنه حامض، اختلف أنظار العلماء- رضوان الله عليهم- فى تعيين هذه الوجوه و بذلك اختلف فتاويهم.

و قال شيخنا المرتضى- قدس سره الشريف-: الأظهر فى مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف؛ لأن الذيل مقيّد، و لا خصوص المؤدى علما أو ظنا؛ لأن موارد استعمال لفظه ربما أعم من ذلك، و لا مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور؛ لعدم ظهور الذيل فى التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشارة إلى التعليل.

ثم ذكر بعد كلام طويل: لكن فى النفس شىء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات و هو الاختلاف المؤدى

علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته العلية:- إن مراده- قدس سره- بعدم ظهور الذيل في التعليل كونه مجملا لا ظاهرا في التقريب و الحكمة و إلا لما كان وجه للتقييد كما اعترف هو- قدس سره- في ما تقدم على هذا الكلام، و معلوم أنه على فرض الإجمال يسقط الصدر عن الظهور في الإطلاق لاحتماله بما يصلح

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٠

للقرينة، فمعنى التقييد كونه القدر المتيقن لا التقييد الاصطلاحي حتى يرد عليه- قدس سره- أنه مبني على ظهور التعليل الذي أنكره، و معه لا بد من إهمال قيد الاختلاف رأسا، إذ كما أن من شأن العلة التضييق يكون من شأنها التوسعة أيضا هذا. و لكن يرد عليه- قدس سره- أنه ما وجه رفع اليد عن ظهور كلمة «فإنه» في التعليل كما في نظائره، و لا يلزم من هذا أن يجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه، لأن مفروض الكلام الاختلاف الناشئ من الوقفية و بعد إهمال قيد الاختلاف تكون العلة مطلق الفتنه المحتملة الناشئة من الوقفية، فلا يشمل ما إذا كان حدوث الفتنه من سبب خارجي و كان بيع الوقف و إعطاء الثمن للمتخاصمين مصلحا للفتنه، فيصير المحصل أنه كلما كان البقاء على الوقفية معرضا- و لو على وجه الاحتمال- للسببية لحدوث فتنه ماله سواء في مال الوقف أو غيره، أو نفسية سواء في نفس الموقوف عليهم أو غيرهم، و سواء كان الاختلاف من الموقوف عليهم أو من غيرهم إذا فرض سببية الوقفية للاختلاف، أو لم يكن حدوث الفتنه بتوسط الاختلاف أصلا فالبيع جائز و ليس هذا مجمعا على بطلانه، هذا هو الكلام في مدلول الرواية.

و أميا سندها فعمل المشهور جابر لضعف السند لو كان، و عدم الاعراض و لو لم يصل إلى حد الشهرة كاف لجبر ضعف الجهة كذلك و هما حاصلان في المقام.

فإن قلت: لو كان للفظ الخبر معنى ظاهره و أنكره المشهور و لم يفتوا بطبقه فهذا يوهن دلالة الخبر من حيث قوة احتمال قرينه كانت و خفيت علينا، كما لو كان لفظه مجملا مرددا بين معنيين لا شاهد على أحدهما، فحمله المشهور على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤١

أحدهما كان جابرا للدلالة لقوة احتمال أن يكون قرينه معينة و خفيت علينا.

و بالجملة الشهرة كما أنها في المقام جابرة للصدور و جهته كذلك جابرة لما فهموه من المعنى.

قلت: ليس ما استفدناه من عليّة الفقرة الأخيرة و إهمال الأولى بمثابة من الظهور التي لا ينكر، كيف و مثل شيخنا المرتضى- قدس سره- قد سمعت منه إنكار الظهور و أنه مجرد الإشارة و الاشعار، و بالجملة نحن بعد الاطمئنان بالصدور و الجهة من عمل المشهور لا نتعبد بفتاويهم و استنباطهم من مدلول الرواية بل تتبع ما هو الظاهر عندنا.

نعم هنا جهات أخرى ربما يقال بالاحتياج إلى الانجبار بالشهرة من جهة إجمال الرواية من هذه الجهات، و مع ذلك حملها المشهور على تلك الجهات.

منها: كون مورد السؤال وقفا مؤبدا أو منقطعاً؛ فإنه لا دلالة في السؤال على شيء منهما، و مع ذلك فهموا منه حكم المؤبد.

و منها: عدم إشعار في السؤال على كون ذلك الاختلاف و إرادة البيع بعد إقباض الوقف، فمن المحتمل كونه قبله، فيكون الحكم بالجواز من جهة عدم تمام الوقف و مع ذلك حملوها على ما بعد الإقباض.

و منها: أن مقتضى القاعدة اشتراك البطون من الموجود و المعدوم في ثمن الوقف مع تصريح السائل بتقسيمه بين الموجودين على حسب سهامهم و ظهور الرواية في تقريره، و هذا قرينه على الوقف المنقطع، و مع ذلك تعدوا إلى المؤبد.

و منها: تصدى الواقف للبيع، و هذا أمانة عدم تمام الوقف، إذ مع صحته و تمامه ينقطع هذا الوقف، و لو جاز بيعه فإنما المتصدى هو الموقوف عليهم و الناظر العام و مع ذلك حملوها على الوقف التام، هذا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٢

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفة:- الإنصاف عدم الاحتياج في شيء من هذه الوجوه إلى الانجبار، بل في نفس الرواية دلالة على ما فهموه.

أما الجهة الأولى: فبعد احتمال السؤال و قابليته للأمرين إذا ساق الإمام- عليه السلام- الجواب بقول مطلق بدون الاستفصال، فهذا دليل على أن حكم المؤبد أيضا كذلك، وإلا لوجب الاستفصال.

و أما الثانية: فلأن السائل إذا حكى وقوع وقف على مال فالقاعدة عدم السؤال عنه من شرائط صحه الوقف من العريه و الموالاه و غير ذلك الذي منها القبض، كما لو قال لك أحد: بعث اليوم بيع صرف، فهذا الكلام محمول على الجامع للشرائط التي منها القبض في المجلس و هذا ظاهر.

و أما الثالثة: فلأنه بعد أن كان وجود الوقف سببا للتشاجر و الاختلاف و الشارع أراد رفع هذا الأمر، و المفروض أن البدل لو كان وقفا كان التشاجر بحاله، فلا محيص لمريد قلع مادة الفساد عن تقسيم الثمن على الموجودين، و لا يمكن ذلك بتقسيم نفس الوقف حتى تكون الوقفية محفوظة، و ذلك لتوليد التشاجر في مقام القسمة، و هذا بخلاف تقسيم النقد، فإنه لا تشاجر فيه، و أما كونه خلاف مقتضى المبادله- لأنه قضيتها كون البدل متعلقا لحق المعدومين كالمبدل فيقتضى منه بالتزام إسقاط الشارع حقهم آنا ما قبل البيع ليصير الملك طلقا للموجودين- فلا ينافي قضيه المبادله.

و أميا الرابعة: فكما كان إذن الإمام- عليه السلام- في الفقرة الأولى على ما حملناها عليه إذا مال كيا يمكن كونه في هذه الفقرة إذا ولاتيا، و لا- ظهور في كون قوله- عليه السلام-: «و أعلمه أن رأبي» في كونه فتوى و بيان الحكم، لأنه مثل قوله- عليه السلام- في الأولى: «و أن ذلك رأبي إن شاء الله تعالى».

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٣

فإن قلت: فعلى هذا يشكل تصدى الحكام الشرعية في مثل هذا الزمان لعدم ثبوت الدليل على الولاية لهم على مثل هذه الأمور. قلت: نعم لكن هذا من الأمور التي يعلم من الشارع عدم رضاه بتعطيلها كتعطيل أموال الصغير و وقوعها عرضة للضياع و الفساد، فإنه لا يرضى أيضا بوقوع مثل هذه الفتنة التي هي مظنة نهب الأموال و قتل النفوس، و قد مر أن مثل هذه الأمور يتكفلها المجتهد الجامع للشرائط من باب القدر المتيقن و لو لم يتم الدليل على الولاية.

### [الكلام في القسم الثاني الوقف المنقطع]

و أما الوقف المنقطع فالمقرون منه بالمدّة كسنه و أزيد باطل في الجملة إجماعا، لكن هل يقع حسبا أو يبقى على ملك الواقف؟ فيه خلاف، و المقصود منه هنا ما إذا وقف على من ينقض عادة كريد، أو زيد و عقبه بلا- واسطة، فهو محلّ الخلاف، فالمراد من الإجماع على اشتراط التأييد و الدوام في الوقف إنما هو مقابل التوقيت و التأجيل لا ما هو الظاهر منه و إلا ينافي مع الخلاف في هذا القسم، فالمعروف هو الصحه.

و هؤلاء بين من يقول ببقائه على ملك الواقف و بين من يقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، و هم أيضا بين من يقول بملكهم ملكا مستقرا ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، و بين من يقول بعوده إلى ملك الواقف، و من يقول بصيرورته في سبيل الله.

و الحق هو الصحه، لصححه ابن الصغار: «كتبت إلى أبي محمّد- عليه السلام- أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، و قال قوم: إن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٤

الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها قال و

قال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذى هو غير موقت أن يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل؟ فوقع - عليه السلام -: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى «١».

يظهر منها صحه كل من القسمين اللذين فى كلام السائل لوجود الحسب فى كل منهما، و بطلان القسم الأخير فإنه لعدم ذكر الموقوف عليه الذى هو أهم الكيفيات، فلا يدخل تحت قوله: بحسب ما يوقفها أهلها.

و يظهر من هذه الصححه تفسير صححه ابن مهزيار «قال: قلت له - عليه السلام -: روى بعض مواليك عن آبائك - عليهم السلام - أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك - عليهم السلام - فكتب - عليه السلام -: هكذا هو عندي» «٢».

فالموقت إلى وقت معلوم عبارة عما ذكر فيه الموقوف عليه إما ممن ينقرض و إما ممن لا ينقرض، و غير الموقت الذى وصفه بكونه جهلا - مجهولا - و حكم بكونه باطلا - عبارة عما أهمل فيه ذكر الموقوف عليه، و على كل حال فالكلام فى بيع هذا الوقف تارة على المبنى المختار فى كل الوقف من كون الحسب و عدم التعدي إلى الغير مأخوذا فى مفهومه و إنشائه، و أخرى على كل واحد واحد من الأقوال الأربعة المذكورة بناء على عدم مأخوذية الحسب فى الإنشاء.

(١) - الوسائل ج ١٣، الباب ٢، فى أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٢٩٥، ح ١ و ٢.

(٢) - المصدر نفسه: الباب ٧، فى أحكام الوقوف و الصدقات، ص ٣٠٧، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٥

أمّا على الأول، فالظاهر عدم الفرق بين المؤبد و المنقطع فى الجهة المذكورة أعنى: مأخوذية الحسب فى الإنشاء، لوضوح اتحاد حقيقته فيهما، و حينئذ فلا يجوز البيع، و إن قلنا ببقائه على ملك الواقف و قلنا بصحة البيع على المبنى الآتى - لكونه منافيا مع الحسب المعبر فيه الممضى شرعا لقوله - عليه السلام -:

«الوقوف على حسب إلخ» و هو و إن كان بغرض تسهيل المنفعة، و البيع لا ينافيه، لأنه متعلق بالعين المسلوبة بالمنفعة - و لكنّه - أعنى حبس الرقبة - مانع عن وقوع البيع، و لا اعتبار بالغرض بعد صيرورة الإنشاء ممضى.

و أمّا على مبنى شيخنا المرتضى من عدم دخالة الحسب فى إنشاء الوقف فإن اخترنا القول الأول، أعنى: بقاء هذا الوقف على ملك الواقف فعدم جواز بيع الموقوف عليه واضح، لعدم الملك، و أمّا بيع الواقف فلا مانع منه من جهة الأدلة المانعة عن شراء الوقف لانصرافها إلى البيع الناقل للعين المستتبع للمنافع، و البيع هنا إنما يرد على العين مسلوبة بالمنفعة كبيع العين المستأجرة.

نعم قد استشكل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -: قد يقايس المقام بباب الكلى فى السلم، حيث إنه لو جعل زمان التسليم مرددا بين أجلين كراس الستة أشهر أو السنة يبطل.

و القياس مع الفارق، و ذلك لأنّ مائذ الكلى متقومه بالإضافة إلى شخص الوجود، و لا يكفى جامع الوجود، ألا ترى أنه لا يعتبر المائذ فى ما إذا جعل فى عهده الحنطة فى أى زمان شاء تسليمه، فإن هذا مع مفهوم الحنطة الغير المضافة إلى ذمه أحد مشترك فى عدم المعدودية من الأموال، و الفرق بين الجامع الأوسع و الأضيق لا محصل له، فيرجع الحاصل إلى أن الجهل بزمان التسليم يوجب الجهل بأصل المبيع و تردده بين شخصين، فإن الكلى المقدر بسنة أشهر شخص من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٦

المال غير الكلى المقدر بسنة نظير العبدین، فيصير بيع الواحد المراد بينهما نظير بيع أحد العبدین، و هذا بخلاف المقام حيث لا ترد

فى المبيع، فإنه مثلا هذه الدار الشخصية الخارجية المعينة بحدودها وجميع أوصافها الدخيلة فى قيمتها و المشكوك زمان القدرة على تسليمها المبني على انقضاء حياة زيد الموقوف عليه، فالقياس بذاك الباب فى غير المحل.

و تحقيق المقام: أن الغرر المبطل للبيع لا- بد فى تشخيص مقدار مفهومه من الرجوع إلى موارد الإجماعات، و ذلك لأن مفهومه العرفى غير مراد قطعاً، لأنه إما بمعنى الغرور و الخديعة الذى هو التديليس و الغش و إراءة صورة حسنة مع باطن سيئ كما هو المراد فى قاعدة الغرور، و هذا فى المعاملات و إن كان محرماً لكنه يوجب خيار التديليس و الغش لا- البطلان، و أما بمعنى الخطر و هو الإقدام على أمر محتمل للضرر و هذا أيضا غير موجب للبطلان، فإن من يقدم على المعاملة مع الجهل بقيمته الواقعية لا يقول أحد ببطلان معاملته. نعم لو ظهر المغبوتية كان له خيار الغبن، و الذى تحصل من ملاحظة موارد إجماعاتهم مضرة الجهل فى موردين: أحدهما: الجهل بأوصاف المبيع الراجعة إلى كنهه أو كيفه التى تختلف باختلافها قيمته، فالجهل بالمالية الشئ و قيمته المستند إلى الجهل بصفته مضراً، و أما الجهل الغير المستند بذلك فغير مضراً.

و الثانى: الجهل بأصل القدرة على التسليم كما فى بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، إذا عرفت ذلك فنقول: شئ من الأمرين غير موجود فى المقام.

أما الأول: فلأن الجهل فى المقام راجع إلى الجهل بمقدار حياة زيد الموقوف عليه، و لا إشكال أن الذى يعد وصفا للدار هو حيث كونها موقوفة على زيد، فلو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٧

جهل كونها وقفا على زيد أو عمرو أو على زيد فقط أو مع عقبه كان من قبيل الجهل بالوصف الدخيل فى القيمة، و أما الجهل بمقدار عمر زيد بعد الفراغ عن كون الدار موقوفة على زيد، فهو و إن كان منشأ للجهل بالقيمة و المائىة لاختلافها باختلاف طول مدة انسلاب المنفعة و قصرها، و لكنه ليس راجعا إلى الجهل بوصف الدار بل راجع إلى أن الوصف المعلوم ينطبق خارجا على أى مقدار من الزمان، و قد عرفت أن الجهل بالمائىة الغير المستند إلى الجهل بالوصف غير مضراً.

و من هنا يتضح الفرق بين المقام و باب بيع العين المستأجرة إذا لم يعلم مقدار مدة الإجارة، و حاصل الفرق أن المدة مأخوذة فى إنشاء الإجارة، فالإجارة إلى سنة صفة للدار و إلى سنتين صفة أخرى، فإذا دار الأمر بينهما كان المجهول صفة الدار و هذا بخلاف المقام، فإن المنشئ إنما أنشأ الوقف على زيد الموجود الحى، و هذا أمر مبين و الشك فى المنطبق عليه.

و أمّا الثانى: فلأن المسلم من كلماتهم الجهل بأصل القدرة كالمثاليين لا الأعم منه و ممّا إذا علم أصل القدرة و شك فى زمانه، و الشاهد على عدم المسلمية أنه قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - فى ذيل مسألة اعتبار القدرة على التسليم:

«و لو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها فى الصحة إشكال»

و جعل وجه الإشكال حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء، لجهالة وقت تسليم العين.

و أنت خبير بأنه لو تم الإجماع فى مسألة بيع مسكن المعتدة لا يمكن فهم الكلية منه، لاحتمال اختصاص بذلك المورد الخاص لنص وصل إليهم، و بالجملة ثبوت الإجماع بالنسبة إلى مورد الجهل بزمان القدرة مع معلومية أصلها قابل للدغدغة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٨

هذا مضافا إلى أن لنا طريق إثبات إلى أن مقامنا غير مندرج تحت مفهوم الغرر المضراً و هو الصحيحة أو الحسنه الدالة على صحة البيع فى السكنى الموقته بعمر أحدهما بناء على ما تقرّر فى محله من أنه إذا علم حكم مخالف لحكم العام فى موضوع معين و شك فى أنه من أفراد ذلك العام حتى يكون تخصيصا أو لا- حتى يكون تخصيصا، فأصالة عدم التخصيص يعين الثانى، و به تشخص حال الموضوع، إذ على هذا يعلم أن بيع السكنى المذكورة ليس من أفراد بيع الغرر، و من المعلوم مساواته مع بيع الوقف المنقطع الذى هو محل الكلام.

ثم إنه بناء على تسليم الغرر في ما نحن فيه لو وقعت المعاملة على مجموع العين و المنفعة بصيغته الصلح بأن يكون أصالة في الأول و نيابة عن الموقوف عليه في الثاني، فيكون العوض موزعاً عليهما، فلا إشكال حينئذ من حيث الغرر، و لكن يستشكل من جهة أخرى و هو عدم انصراف مطلقات المنع عن شراء الوقف المعلوم عدم اختصاصها بخصوص البيع و الشراء و جريانها في نوع النقل إلى الغير عن شمول هذه الصورة، فإن المنصرف عنه هو نقل العين المجردة بلا منفعة كما في ما تقدم، و أما نقلها مع المنفعة و إن لم تكن المنفعة بتبع العين بل في عرضها فهو مشمول لها.

ألا ترى أن أصحاب هذا القول - أعني عدم دخالة الحبس في مفهوم الوقف - لا يلتزمون في الوقف المؤبد لمثل هذا النقل أعني نقل كل من العين و المنفعة في عرض واحد و بصيغته المتكفلة لهما، هذا.

و لو باع الواقف و رضى الموقوف عليهم،

قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - : مجرد ذلك لا يجوز البيع من الأجنبي، لأن المنفعة مال لهم فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٤٩

منهم، إلى أن قال: و ممّا ذكرنا يظهر وجه التأمل في ما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدل كلامه عليه المحكي عنه في مسألة السكنى حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضى مالك الانتفاع أو المنفعة، نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما في السكنى على قول صح ما ذكره، لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل، انتهى كلامه - رفع في الخلد مقامه.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته - قوله - قدس سره - : « كما يدل كلامه عليه » دفع لدخل مقدر و هو أنه كما فصلتم أنتم بين البيع من أحد الطرفين و لحوق الرضى من الآخر فالمنع، و بين الصلح المشتمل على نقل كل من العين و المنفعة عن صاحبه فالجواز، لم ما حملتم كلام التنقيح على القسم الثاني حتى يكون خاليا عن التأمل؟ فأجاب بأنه يدل على إرادته القسم الأول الذي فيه التأمل، كلامه في مسألة السكنى فإنه هناك أجاز استقلال مالك العين و لو من دون رضى مالك الانتفاع أو المنفعة، و قرينه المقابلة بين المسألتين قاضية بأنه في المقام منع ما أجازته هناك و هو استقلال مالك العين و لو بدون رضى الموقوف عليه، و أما بيعه مع اتفاق الموقوف عليه معه بمعنى رضاه ببيعه كالعكس يعني بيع الموقوف عليه مع رضى الواقف ببيعه فجاز.

ثم قال شيخنا - دام ظله - : ما ذكره الشيخ - قدس سره - من الفرق بين الحق و المال و أن رضى الموقوف عليه مفيد على التقدير الأول دون الثاني لإمكان سقوط الحق بخلاف المال، فيه: أنه يمكن في المال أيضا ذلك بالإعراض عنه، فإنه إذا عرض المالك عن ماله كان ذلك مؤثرا في إعدام علاقة الملكية عمّا بينهما،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٠

و لهذا يفتون في نثار العرس بجواز التصرفات الناقلة فيه، ثم بعد زوال العلاقة يصير المال على حسب ما يقتضيه طبعه الأولى، ففي الأعيان يصير من المباحات الأصلية تملك بالحيازة، و في المنافع تصير تابعة للعين، و ذلك لاختلاف الطبع الأولى في المقامين و أن المنافع ليست حالها كالعين.

و من هنا نقول في ما إذا استأجر العين من مالكها ثم اشتراها منه قبل انقضاء مدة الإجارة ثم باعها من غيره قبل الانقضاء أيضا بأنه يمكن أن يكون هذا أيضا إضرعا عن تملك المنافع بسبب مستقل فتعود إلى حالتها الأولى من تبعية العين، ثم ينتقل إلى المشتري من دون انتظار لانقضاء المدة.

و تحقيق المقام أن حال المنافع كالكلية في باب السلم لا يعدّ مالا في قبال العين إلا بعد تقطيعها في عالم الإنشاء من العين، فحينئذ يعتبر آنا ما ملكيتها لمالك العين، و حينئذ فما دام هذا التقطيع باقيا فهو، و إذا زال تصير المنفعة إلى أصله من الاندكاك في العين و

عدم المحسوبيّة في قبالة، فلا يرد أنّه يلزم الجمع بين العوض و المعوّض في ما إذا آجر المالك العين ثمّ باعها و رضى المستأجر أو رضى قبل بيعه، فإنّه يلزم جمع المنفعة مع عوضها لدى مالك العين، مع عدم كون الانتقال بسبب مستأنف من صلح أو هبة. وجه عدم الورود: أنّ المعوّض إنّما هو المنفعة في حال التقطيع عن العين و المعدوديّة في عرضها، فلو عاد بعد الإعراض بهذه الحال لزم الجمع، و أمّا إذا عاد على مثل حالها قبل التقطيع من التبعيّة للعين فلا اجتماع، هذا. اللهمّ إلّا أن يمنع تأثير الإعراض مطلقاً في قطع العلاقة، إذ لا دليل عليه غير السيرة و الارتكاز و هو قابل للتشكيك. هذا كلّ بناء على اختيار المبنى الأوّل، و لو اخترنا الثاني أو الثالث

قال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥١

شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: لا يجوز البيع للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقاء العين في يدهم إلى انقراضهم. قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته العالمة -: إن أراد - قدس سرّه - أنّه اعتبر كون العين تحت يدهم و لو انتقل ملكها إلى غيرهم فهذا ينافي مع جواز صلحهم المنفعة مدّة العمر في حقّ غيرهم، فإنّه يوجب خلوّ يدهم عن العين، إذ يجب تسليمها للمصالح له حتى يستوفى المنافع، و إن أراد أنّه اعتبر عدم انتقال العين إلى غيرهم ملكاً فهذا مشترك الورود بين هذين المبنيين و المبنى الأوّل و هو مالكيّة الواقف كما هو واضح.

هذا بحسب ما أفاده إنشاء الواقف بضميمة قوله - عليه السلام -: «الوقوف على حسب إلخ» و أمّا أدلّة المنع عن شراء الوقف فالحقّ أيضاً عدم التفرقة حسب المباني في الاستدلال بها و عدمه، لأنّ الحال لا يخلو عن أمرين، إمّا أن نقول بأنّها منصرفه إلى الوقف المؤبّد فيسقط عن الاستدلال على جميع المباني، و إمّا أن نقول بأنّها شاملة لكلّ من المؤبّد و المنقطع و على هذا لا ينقدح في الذهن أبداً فرق في شمول الأدلّة حسب المباني المذكورة، فالتفصيل ليس له وجه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٢

### [السبب الثاني من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها وفيه أبحاث]

#### [البحث الأول التبرك بذكر أخبار أم الولد و مناقشتها]

بيع أم الولد

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها، فإنّ ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة

و ينبغي أولاً التبرك بأخبار المسألة فنقول:

منها: الصحيح على المحكي عن محمّد بن مارد عن أبي عبد الله - عليه السلام - في الرجل يتزوج الأمة فتلد منه أولاداً ثمّ يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثمّ يبيدو له في بيعها؟ قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و إن شاء أعتق «١».

و منها: رواية السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام -: أنّ أمير المؤمنين - عليه السلام - قال في مكاتبته: يطؤها مولاها فتحمل، قال: يرد عليها مهر مثلها و تسعى في قيمتها، فإن عجزت فهي من أمّهات الأولاد «٢».

و منها: رواية عمر بن يزيد قال: قلت لأبي إبراهيم - عليه السلام -: أسألك قال:

سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين - عليه السلام - أمّهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهنّ.



قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع

(١)- الوسائل: ج ١٤، الباب ٨٥، من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ص ٥٨٩، ح ١.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٦، الباب ١٤، حكم ولاء مكاتب و ولده، ص ٩٧ ح ٣، و ١١٥ ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٣

من المال ما يؤدى عند أخذ ولدها منها فبيعت و أدّى ثمنها، قلت: فيبعت في ما سوى ذلك من دين؟ قال: لا «١».

و منها: رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا- عليهم السلام- أتاه رجل فقال: إن أمّتى أَرْضعت ولدى و قد أردت بيعها، فقال- عليه السلام-: خذ بيدها و قل من يشتري منى أمّ ولدى.

إذا عرفت ذلك فلا بدّ أولاً من التكلّم في أنّه هل يمكن استفادة الكليّة من هذه الأخبار بحيث كانت هي المرجع عند الشك في قبالة عمومات صحّة البيع، و على تقدير عدم الدلالة هل يمكن تحصيلها من كلمات العلماء على وجه علم اتّفاقهم على العموم المضروب للقانون ثم الكليّة المستفادة لا بدّ أن تكون فعليّة و إلّا فإن اشتملت على المنع الاقتضائي الغير الناظر للطوارئ فلا ينفع لموارد الشكّ كما هو واضح.

و حينئذ فنقول: أمّا الرواية الأولى فمحلّ استفادة الكليّة منها مفهوم الغاية في قوله: هي أمّته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل، يعنى إن حدث عنده حمل فليس له البيع، و لكن استشكل شيخنا الأستاذ- دام أئيام إفاداته العالمة- في عموم المفهوم نظراً إلى أن قيد الإطلاق إذا صار مصرّحاً به في المنطوق فحاله حال العموم المأخوذ فيه في أنّ المفهوم في كليهما يكون انتفاء ذلك الإطلاق أو العموم المأخوذ في المنطوق و رفعهما لا ينتج إلّا قضيه جزئية.

مثال الأول قولك: إن جاء زيد فأكرمه مطلقاً، فإنّ المفهوم أنّه إن لم يجتئك فيرتفع هذا الخطاب، و هذا يلائم مع إثبات الوجوب بنحو الإيجاب الجزئي.

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب الحيوان، ص ٥١، ح ١ و ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٤

و مثال الثانى: ما دمت معى فلا تخف أحداً، حيث إنّهُ ليس المفهوم أنّه إن لم تكن معى فلا بدّ أن تخاف من كلّ أحد، و على هذا فالرواية من هذا القبيل، لأنّ قوله- عليه السلام-: إن شاء باع، معناه كون المالك مطلق العنان، فكأنّه قال: يجوز بيعها مطلقاً ما لم يحدث الحمل، فيصير المفهوم ارتفاع الجواز المطلق عند حدوثه و هو لا ينافى ثبوت الجواز الجزئي، نعم لو كان الإطلاق بمقدّمات الحكمة فنسبته إلى كلّ من المنطوق و المفهوم على السواء، و قد قرّر ذلك في محله.

و أمّا الثانية: فالمذكور فيها ليس بأزيد من إلحاق المكاتبه الموطوءة الحاملة بعد السعى و العجز عن أداء مال الكتابة بأمهات الأولاد من غير تعرّض لحكم أمهات الأولاد و أنّه المنع عن البيع في كلّ مورد أو في مورد مخصوص.

و أمّا الثالثة: فمحلّ الاستشهاد منها فقرتان، الأولى: قول السائل: لم باع أمير المؤمنين- عليه السلام- أمهات الأولاد؟ فإنّها كاشفة عن كون ممنوعه بيع أمّ الولد على سبيل الكليّة مرتكزة في ذهن السائل، حتّى سأل عن وجه جواز بيع الأمير- عليه السلام-، و الإمام- عليه السلام- قد قرّره على هذا، و الثانية: ذيل الرواية، حيث سأل عن بيعهنّ في ما سوى ثمن رقبتهنّ من سائر الديون، فأجاب- عليه السلام-: لا.

و الأخيرة لا- يستفاد منها الكليّة إلّا في خصوص أداء الدين و أمّا في غير ذلك من الموارد فلا، و أمّا الأولى فيكفى في صحّة هذا السؤال من السائل كون قضيه منع بيع أمّ الولد على نحو الاقتضاء مرتكزة في ذهنه، ألا ترى أنّك لو رأيت أحداً يحترز عن لحم الغنم

يصح السؤال عنه: لم تحترز؟ بل ربما يقال إن قوله: «لم باع»، دليل على قابلية المنع للمرخص وهو لا يصح إلا مع كونه اقتضائياً. و أما الرابعة: فالمانع من التمسك بها قوله: أرضعت ولدى فإن كونها كناية عن الأم غير ظاهر، إذ لا ملازمة بين الأمومة والإرضاع، نعم لو لم تكن هذه الجهة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٥

كانت دلالتها على الكليّة على نحو الفعلية بل كون البيع من المنكرات في صدر الإسلام واضحة ولكن الجهة المذكورة مانعة، ولا يبعد حملها على الأمة المرضعة، والتعبير المذكور للدلالة على كراهة بيعها يعني أن حزاوة ذلك بحد يدركها أهل السوق أيضاً، فالمراد وإن كان الاستنكار العرفي لكن لما كان بداعي الإمضاء وتقريب الكراهة الشرعية إلى ذهن السائل لا يرد أن الدلالة على الاستنكار العرفي بعيد عن شأن الإمام مع كون السائل بصدد استفهام الحكم الشرعي. □

ثم إنه يمكن استفادة الكليّة على الوجه المقيد بحال الشك من كلمات العلماء - رضوان الله عليهم - فهذا نظير قاعدة: من أ تلف مال الغير فهو له ضامن.

ثم إن عنوان أم الولد لا فرق في صدقه عرفاً بين حدوث الولد في ملك المالك أو قبله لكن قد عرفت من الصحيحة الأولى اختصاص المنع بما إذا كان الولد من المولى في حال المولوية، فالممنوع أم الولد لمولاه كما تقدم في العنوان، و أيضاً هذا العنوان عرفاً لا يصدق على الحمل فلا تصير المرأة أم الولد و ذات الولد إلا بعد انفصال الولد لكن المنع شامل لذات الحمل أيضاً بدلالة الصحيحة المذكورة لقوله فيها: ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، و تشترك معها في هذه الدلالة الرواية الثانية حيث إن في كلام السائل قوله: «فحمل».

و النظر في دلالتها بملاحظة أن زمان الحكم بعد تحقق السعي و العجز عقيب الحمل، و الغالب ولوج الروح حينئذ فلا يدل على كفاية مسمى الحمل، يمكن منعه أولاً أن تعيين عجزها عن أداء مال الكتابة لا يحتاج إلى مضي مدة دائماً بل من الممكن أن يتبين ذلك لها في عرض أيام قلائل بأن يعلم من حالها عدم وفائها إلا للمكاسب اليسيرة الغير الوافية.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٦

و ثانياً: الرواية ظاهرة في أن وجه هذا التفصيل الذي ذكره الإمام - عليه السلام - من أنها تسعى في قيمتها إن كانت قادرة و إن كانت عاجزة فهي من أمهات الأولاد ليس إلا الحمل فيعلم أنه المعيار لمنع البيع.

ثم بعد تبين أن الحمل كاف في المنع فهل معيار الحمل ماذا و مبدأ صدقه من أي زمان؟ فإن هنا مراتب من الجنين و المضغ و العلق و النطفة المستقرّة في الرحم و النطفة الغير المستقرّة و هي مختلفة في الوضوح و الخفاء، فالجنين معلوم الصدق و النطفة الغير المستقرّة معلوم العدم، و الظاهر صدق الحمل على المضغ.

و يدل عليه مضافاً إلى شهادة العرف حيث يسمونها عند الإلقاء سقطاً، لأن معناه إسقاط الحمل ما ورد في باب عدّة الحامل من صحيحة ابن الحجاج «عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: سألته عن الحبل إذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً تم أو لم يتم أو وضعت مضغاً؟ فقال - عليه السلام -: كل شيء يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت عدتها، و إن كان مضغاً» (١) فإن الرواية في مقام التفسير لقوله تعالى:

وَ أُولَاتُ الْأَخْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢) و بعد ما استفدنا مفاد الحمل من الرواية ترتب عليه جميع آثاره الشرعية، نظير إذا ما ورد خبر الواحد بتفسير معنى الصعيد فإنه يوجب ترتيب آثار الصعيد بلا شبهة، و قيد الاستبانة ليس جزءاً من الموضوع بأن يكون أوّل مراتب الحمل هو الاستبانة أعنى الكون بحيث يفهمه كل أحد و يحكم بأنه حمل و لا يكون ذلك مخصوصاً بأهل الخبرة من القوابل و ذلك لاستلزامه الدور؛ لأن دخل الاستبانة في تحقق متعلقها، و مفهومه محال فهو مأخوذ طريقاً محضاً، و وجه ذكره أن المقام مع الشك يكون من موارد استصحاب بقاء

(١) - الوسائل: ج ١٥، الباب ١١، من أبواب العدد، ص ٤٢١، ح ١.

(٢) - الطلاق / ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٧

العدّة فاعتبر الاستنباط لانقطاع هذا الاستصحاب. وبالجملة لا يعلم من الرواية أنّ حدّ الحمل ماذا، وقوله - عليه السلام -: وإن كانت مضغّة تقرير كلام السائل لا بيان أقلّ مراتب الحمل.

و أما العلقه و هي القطعة الجامدة من الدم فالظاهر أيضا صدق الحمل عليه عرفا و المعيار ظاهرا صدق اسم السقط عند الإسقاط، و هذا متحقّق في العلقه.

و أما النطفة المستقرّة التي هي مبدأ نشوء آدمي فالظاهر عدم صدق الحمل عليها لانتفاء المعيار المذكور فيها، لأنّه لا يصدق عليها اسم السقط و ما نرى من التعبير عن المرأة التي تأخّر حيضها شهرا مثلا أنّها صارت حبلى منذ شهر فهي مسامحة في التعبير، و المقصود أنّ أسباب صيرورتها حبلى قد تحققت فهو من باب المجاز بالمشاركة.

ثمّ إنّ المنع مختصّ بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز لارتفاع عنوان أمّ الولد عنه، كما أنّ ضرب العالم يرتفع بارتفاع وصف العالمية عن المضروب، و لو مات الولد و خلف ولدا فالظاهر عدم إجراء حكم المنع، لعدم صدق الولد المضاف إلى هذه الأمّ عليه و كذا الأمّ المضافة إلى هذا الولد عليها، و على فرض الشك فلا مجال لاستصحاب عنوان أمّ الولد؛ لأنّ الشبهة مفهومية و لا شبهة في الخارج، و تقرّر في محلّه عدم جريان الاستصحاب في مثله، و لا لاستصحاب بقاء المنع بعد وجود الأدلّة الاجتهادية على الجواز، و هي عمومات صحّة البيع و العقود، فإنّ العقد الصادر بعد هلاك ولد الصلب فرد مغاير للصادر قبل الهلاك، فالشك في التخصيص الزائد و المرجع في إجمال المخصّص المنفصل المراد بين الأقلّ و الأكثر إلى عموم العام.

### [البحث الثاني في ذكر بعض المستثنيات عن قاعدة عدم جواز بيع أمّ الولد]

#### إشارة

بقي الكلام في المستثنيات عن قاعدة عدم جواز بيع أمّ الولد،

فقال شيخنا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٨

المرتضى - قدّس سرّه الشريف -: هي صور يجمعها تعلق حقّ للغير بها أو تعلق حقّها بتعجيل العتق أو عدم تحقّق الحكمة المانعة عن النقل.

### [موارد القسم الأول تعلق حق للغير بها]

فمن موارد القسم الأوّل ما إذا كان عن رقبتهنا دينا على مولاها و مات المولى و لم يكن له ما يؤدّي هذا الدين

#### إشارة

و الدليل على الجواز في هذه الصورة في مقابل القاعدة المانعة ما رواه المشايخ الثلاثة من صحيح عمر بن يزيد المتقدّم. و في رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن - عليه السلام - عن أمّ الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبتهما، و الصحيح المتقدّم حكى رواية الفقيه له بهذا الوجه: أخذ من ولدها ثمنها منه بيعت، بدل قوله في رواية الكافي: أخذ ولدها منها، و قد يؤيد

الأول بأنه واضح الانطباق على قوله - عليه السلام - في فكاك رقابهن، فإن البيع من ولدها يوجب انعقادها عليه بخلاف ما في الرواية الثانية، فإن النقل من مالك إلى مالك آخر يستقر ملكه لها لا يوجب فكاك رقبته.

و فيه: أن فكاك الرقبة بملاحظة تعلق حق الديان بعد الموت بأعيان التركة فكأنها مرهونة للدين، إن امتنع الوارث من فكها تباع تلك الأعيان و يوفى الدين، و على هذا إطلاق اسم الفك هنا كما في باب الرهن، هذا مع أن رواية الفقيه بيغدها أمران.

الأول: أنه لو كانت الرواية على هذا فلا شبهة أن بيع أم الولد على هذا الوجه أعنى كونه مستعقبا للعتق ليس فيه استحاش و كان خارجا عن الموضوع الذى استوحش منه السائل، و كان حق الجواب أن يقول: استهنت فى اسناد البيع المستنكر إلى الأمير - عليه السلام -، و الظاهر من الجواب أنه - عليه السلام - بصدد بيان المجوز مع حفظ الموضوع كما يدل قول السائل عقيبه: فيعن فى ما سوى ذلك، و الحاصل: أن المستوحش هو البيع الغير المستعقب للعتق، فإن المستعقب تعجيل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٥٩

العتق و هو غير المستوحش، و ظاهر الرواية بيان المجوز للبيع الغير المستعقب.

الثانى: أن الغالب فى ولد مثل هذه الأم الأمه و الأب الفاقد لما يؤدى دینه عدم كونه ذا مال، و فرض كونه كبيرا و قد اكتسب المال بسعى نفسه فرض نادر، فكيف يصح سوق هذه الكتيه بملاحظة هذا الفرض النادر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - بعد ذكر صحيحه عمر بن يزيد و روايته قال:

و مقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحيحه كما قيل ثبوت الجواز مع حياة المولى، كما هو مذهب الأ-كثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحا، نعم تردد فيه الفاضلان، و عن نهاية المرام و الكفاية أن المنع نادر لكته لا يخلو عن قوة.

و ربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحه السابقه بناء على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها: «و لم يدع من المال إلى آخره» فيدل على نفي الجواز عما سوى هذا الفرد إما لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد فيدل على الحصر، و إما لأن نفي الجواز فى ذيلها فى ما سوى هذه الصورة يشمل بيعه فى الدين مع حياة المولى، و اندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح.

و الظاهر أن مراده - قدس سره - أن السائل لم يسأل إلّا عن مجوز خصوص البيع الصادر عن الأمير - عليه السلام -، و حيث كان جميع بيوعه - عليه السلام - فى صورة موت المولى فالإتيان بكلمة «لم يدع» الظاهرة فى الموت من باب الموردية و ليس فى مقام الضابط الكلى لمطلق بيع أم الولد حتى يكون ظاهرا فى القيدية، و من هنا يظهر وجه ضعف الوجه الثانى؛ فإن الموت فى الذيل أيضا ملحوظ على وجه الموردية، و الحاصل: لا ظهور فى شىء من الفقرتين فى أخذ قيد الموت المستفاد من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٠

كلمة «لم يدع» قيدا لا موردا.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالیه - قول السائل: «لم باع أمير المؤمنين - عليه السلام - أمهات الأولاد» يحتمل وجهين، الأول: أن يكون لإضافة البيع إلى الأمير - عليه السلام - دخلا فى السؤال، يعنى أنه - عليه السلام - لم أقدم؟ و الثانى: أن يكون السؤال ممحضا فى وجه جواز ذلك البيع من أى شخص صدر، و تخصيصه الأمير - عليه السلام - بالذكر من باب المورد.

فإن كان السؤال على الوجه الأول كان ما ذكره - قدس سره - متينا؛ فإنه من المحتمل حينئذ أن يكون - عليه السلام - فى مقام الذب عن الأمير - عليه السلام - ذكر قيد «لم يدع» لكون الموت مورد بيعه - عليه السلام -، فإنه حيث كان ولى أمور المسلمين كان تصديبه فى موارد عدم إقدام المالك التى منها موت المالك و صغاره ورثته أو كبراتها مع الامتناع عن الإقدام.

و أما إن كان على الوجه الثانى فكأنه أشير إلى طائفة من البيوع الخارجية و قيل ما المجوز فى هذه البيوع من دون نظر إلى أن فاعلها أى شخص، و لا شبهة أنه إذا ذكر فى الجواب فى مقام الضابط للجواز كلمة «لم يدع» الظاهرة فى الموت كان ظاهرا فى القيدية، و هو

نظير قولنا: أكرم الرجل العالم، فإنه و إن كان لا يفهم منه حصر الوجوب في العالم- فلا يبقى احتمال قيام العادل مقامه- لكن لا شبهة في أنه يفهم منه عدم وجود ملاك الوجوب في ذات الرجل مع قطع النظر عن ضمّ صفة خارجيّة، فالاستظهار المذكور غير متين على القول بمفهوم الوصف.

و على هذا فنقول في المقام: إنه لو كان نفس ديتية ثمن الرقبة مع عدم ما بقي بالدين كافيا من غير فرق بين الموت و الحياة كان ذكر «لم يدع» مستدركا كذكر العالم في المثال لو كان الرجل تمام موضوع الوجوب؛ إذ لو فرض الاقتضاء كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦١

في الوصف أيضا كان المعلول مستندا إلى أسبق العلتين، و بالجملة ينفي هذا المعنى ظاهر اللفظ فإنه ينفي مساواة الحياة و الموت في الحكم هذا.

و الظاهر من هذين الوجهين هو الثاني، فإن الجهات الراجعة إلى تصدّي الأمير- عليه السلام- مفروغ عنها و موكولة إلى محلها من كونه مثلا في مال من يحتاج إلى ولي كالميت و الصغير و الغائب و الممتنع، فالسؤال ممحّض في حكم أصل بيع أم الولد، و على هذا فإطلاق رواية عمر بن يزيد لا بد من تقييده بالصحيحة.

ثم على فرض الغضّ و تسليم عدم ظهور الصحيحة في القيدية قال شيخنا المرتضى- قدس سرّه الشريف-: يمكن أن يقال في وجه القوّة- أي قوّة المنع عن البيع حال الحياة- بعد الغضّ عن دعوى ظهور قوله: يباع في الدين في كون البائع غير المولى في ما بعد الموت: إن النسبة بينها و بين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه، فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدّم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها، إلى أن قال- قدس سرّه الشريف-: فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهرة في عدم كون بيعها في ثمن رقبتها كما يشهد به قوله: «فيمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها» مع أنّ ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

و بالجملة فبعد منع ظهور سياق الرواية في ما بعد الموت لا إشكال في رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل، مضافا إلى اعتضادها بالشهرة المحقّقة، و المسألة محلّ إشكال، انتهى المقصود من كلامه.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفادته الشريفه-: وجه كون النسبة بين الروايتين عموما من وجه اختصاص رواية ابن مارد موردا بحال حياة المولى، فإنّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٢

مفهوم الغاية فيها أنه إن حدث عند المولى حمل بعد ما ملك الأمة فليس له بيعها، و عمومها من حيث كون البيع الممنوع في ثمن رقبتها أو غيره، و اختصاص رواية عمر بن يزيد بالبيع في ثمن الرقبة و عمومها لحال الموت و غيره، فالبيع حال الحياة في ثمن الرقبة يصير موردا للتعارض، فمقتضى إطلاق المفهوم المذكور منعه، و مقتضى إطلاق الأخيرة جوازه.

و أمّا ما ذكره- قدس سرّه- في وجه رجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على رواية ابن مارد فمعارض بالمثل؛ إذ كما أنّ إطلاق رواية ابن مارد كما أفاده بالنسبة إلى البيع في ثمن الرقبة ظهور ضعيف، كذلك إطلاق رواية عمر بن يزيد لحال الحياة ظهور ضعيف، لأنه- قدس سرّه- جعل هذا الظهور قابلا للإنكار، بل دعوى ظهور سياق «يباع في الدين» في ما بعد الموت، و إذن فكلّ من الظهورين في الضعف بالنسبة إلى شمولها لمورد الاجتماع متماثلان، غاية الأمر أنّ ضعف أحدهما من جهة خصوصية البيع في ثمن الرقبة، و ضعف الآخر من جهة خصوصية حال الحياة.

و هنا وجهان آخران لرجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد خاليان عن الخدشة المذكورة.

أحدهما: ما ذكرناه سابقا في منع الكليّة من رواية ابن مارد من جهة أنه إذا أخذ الإطلاق في المنطوق صريحا فالمفهوم المأخوذ منه

ليس إلاً قضية جزئية، فمفهوم قوله - عليه السلام -: «هي أمته إن شاء باع وإن شاء أعتق ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك» أنه إن حدث الحمل ترتفع هذه الكلية فلا ينفى ثبوت الجزئية، وهذا الوجه إنكار لأصل إطلاق المفهوم المذكور.

و الثاني: سلمنا استفادة الإطلاق والكلية من المفهوم لكنّ اللازم مع ذلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٣

تقديم إطلاق رواية عمر بن يزيد، وذلك لأنّ قضيه منع بيع أمّ الولد في كلتا الروايتين كانت مرتكزة للسائل مع تقرير الإمام - عليه السلام - له، لكن في أحدهما مورد التقرير هو الكلية القابلة للتخصيص.

وبعبارة أخرى: العموم القانوني الأعم من الإنشائي والجدّي، فعين - عليه السلام - محلّ هذه الكلية و ضرب القانون في حال حدوث الحمل في ملكه، وفي الآخر وقع السؤال عن مورد تخصيص هذه الكلية وأنّ المورد الكذائي مراد جدّاً أو إنشاء، فيكون للثاني لسان الحكومة بالنسبة إلى الأول، لأنه بصدد تعيين كمية تلك الكلية بحسب المراد الجدّي، فشمول أحدهما للبيع حال الحياة في ثمن الرقبة بنحو العموم المضروب للقانون، وشمول الآخر بنحو الاستثناء والشارحيّة.

وأما خروج حال الموت عن مدلول الأول فهو من باب السكوت وعدم التعرّض لا من باب الاستثناء، نعم لو كان مدلوله أنّ المنع عن بيع أمّ الولد مخصوص بحال الحياة دون الموت كانت المعارضة في محلّها لكون كلّ منهما بصدد الاستثناء عن القضية الكلية الارتكازية القانونية، هذا.

ثمّ على فرض الغصّ وتسليم عدم رجحان إحدى الدالتين على الأخرى فلا شكّ أنّ المرجع حينئذ قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد الثابتة بالنص والإجماع إن قلنا بثبوتها، لأنّ المرجع في المخصّص المجرى المردّد بين الأقلّ والأكثر هو العام وإن كان الإجمال من جهة تعارض الخاصّين في مورد الاجتماع بناء على أنّ العام ليس من أحد طرفي هذا التعارض كما هو المحقّق في محلّه، وإن لم نقل بثبوت هذه القاعدة فالمرجع قاعدة «أحلّ الله البيع» لا قاعدة السلطنة، لعدم كونها مشرعة، وهذا كلّ واضح.

و إنّما الكلام في أنّه على فرض ثبوت قاعدة المنع ومعارضتها بوجوب أداء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٤

الدين كما توهم - وإن كان التوهم على خلاف التحقيق كما أفاده شيخنا المرتضى لعدم كون وجوب الأداء مشرعاً و كونه متقيّداً بالقدرة العقلية والشرعية وقاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية، وبعد الغصّ عن أنّ المرجع حينئذ عمومات صحّة البيع - هل الأصل العملي ماذا؟

الذي صرح به شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّ المرجع حينئذ أصالة بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء ولا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين كما لا يخفى، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: توجيه مرامه - قدس سرّه - أن يقال: ظاهر قوله «بيع في الدين» أخذ «في الدين» قيدياً للبيع، وقوله: «نعم في ثمن رقبته» بمنزلة أنّ البيع في ثمن الرقبة جائز، والحاصل أنّ قيد «في الدين» من القيود المفردة للبيع، فالبيع المضطرّ إليه لأجل ثمنها فرد، والبيع الغير المضطرّ إليه فرد آخر، فالباقي تحت قاعدة المنع يصير معنونا بغير المضطرّ إليه، وأما المضطرّ إليه ففي حال الموت مقطوع التخصيص وفي حال الحياة مشكوكه مع عدم جريان أصالة عدم التخصيص، وقاعدة صحّة البيع أيضاً يصير معنونا بالمضطرّ إليه، لأنّ الخارج عنه غيره.

و إذن فقبل الاستيلاء كانت قاعدة الصحّة في الفرد المضطرّ إليه مفيدة للحكم الجدّي و بعدها قبل العجز كانت قاعدة المنع مفيدة للجدّي في غير المضطرّ إليه وللإنشائي المشكوك التخصيص الغير المجري لأصالة عدم التخصيص في المضطرّ إليه.

فبعد العجز إن استصحب هذا الحكم الإنشائي فهو مجامع مع ذلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٥

الحكم الجددي الآتي من قبل قاعدة الصحة، لأنهما مع القطع بهما كانا مجتمعين فكذا مع استصحابهما، وإن استصحب الحكم الجددي فهو في الفرد الغير المضطر إليه، وهو مغاير مع المضطر إليه هذا، ولكن جعل قيد «في الدين» مفردا محل منع، فإن البيع فرد واحد عرفا، والاضطرار وعدمه من حالاته والمتبع في الاستصحاب هو العرف، مع أن ظاهر الدليل أيضا جعله قيدا للنسبة لا للموضوع كما هو الظاهر في سائر القيود في القضايا، فإذا استصحب المنع جار دون الجواز، لانقطاعه.

## و هيها فروع

الأول: قد اشترط في جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها إعسار المولى، وعدم ملك شيء غيرها

فإن كان المدرك قوله في رواية عمر بن يزيد: «بياع في ثمن رقبتها» بتقريب أنه لا يصدق عنوان البيع في الدين و في ثمن الرقبة إلا عند انحصار المخلص في البيع، ففيه: أنه يصدق هذا العنوان في صورة عدم الانحصار لكن كان أمّ الولد بالبيع أقرب من غيرها، كما لو ملك قريه و أمّ ولد و دار الأمر بين بيع القريه أو أمّ الولد، فإنه يصدق لو اختار الثاني أنه باعها في الدين و في ثمن رقبتها. وإن كان المدرك قوله - عليه السلام - في صحیحہ عمر بن يزيد: «و لم يدع من المال ما يؤدى عنه» فمضافا إلى اختصاصها بحال الموت و المدعى أعم - مقتضاها عدم شيء غيرها حتى من المستثنيات؛ لأنها أيضا شيء يؤدى الدين عن صاحبها، غاية الأمر لا يجب عليه صرفها فيه، فما ذهب إليه المشهور من اعتبار عدم ما زاد على المستثنيات في حال الحياة لا يتم على كل حال.

اللهم إلا أن نتثبت لإثبات أصل الإعسار بالمناسبة المقاميّة و هي معلوميّة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٦

ملاحظة الشارع الجمع بين الحقيين مهما أمكن، أعني حقّ الديان و حقّ أمّ الولد، و تقديم الأوّل على الثاني عند الدوران و هو صورة الإعسار، و لإثبات عدم مضرّيّة المستثنيات بما هو المعلوم حسب الارتكاز من أن الشارع لاحظ حقّ الدائن في إسقاط حقّ أمّ الولد، و إذا كان حقّ الدائن مزاحما بحقّ المالك فكيف يزاحم حقّ المالك ما يزاحمه حقّ الدائن أعني حقّ أمّ الولد؟

الثاني: لا إشكال في ما إذا كان نفس الثمن دينا على المولى

و أمّا إذا استدان فاشتراها و أدّى ثمنها أو اشتراها في الذميّة ثم استدان و أدّاه فظاهر قوله في رواية عمر بن يزيد: «في ثمن رقبتها» شمول هذين القسمين أيضا؛ إذ يصدق فيها أن البيع لأجل الثمن، و مقتضى قوله - عليه السلام - في صحیحہ عمر بن يزيد: «و لم يؤدّ ثمنها» عدم شمولهما؛ إذ يصدق فيهما أنه أدّى الثمن، و لا يبعد أن يقال: إن ظهور الثاني أقوى و التصرف في الأوّل أهون، هذا بالنسبة إلى حال الموت، و أمّا حال الحياة فإن ثبت عدم الفصل فكذلك و إلا فالمتبع هو الرواية لاختصاص الصحیحہ بحال الموت، و من هنا ظهر أن الفرق بين القسمين لا وجه له.

الثالث: لو أدّى بعض الثمن و بقى بعضه دينا عليه

فمقتضى قوله - عليه السلام - «لم يؤدّ ثمنها» عدم شمول هذه الصورة، فإنّ الثمن و إن كان اسما للمجموع و يصدق أنه ما أدّى المجموع، و لكنّ المجموعيّة عند العرف في هذا المقام غير ملحوظة، ألا ترى أن من أكل بعض القرصة لا يصحّ أن يقال ما أكل القرصة؟

و مقتضى قوله: «في ثمن رقبتها» شمولها، و الظاهر هنا أظهريّة الأخير على الأوّل، و هذا بالنسبة إلى ما بعد الموت و أمّا قبله فكما تقدّم.

الرابع: لا إشكال في ما إذا تبرّع المتبرّع و أدّى الثمن

إنما الكلام في ما إذا أدى الولد ثمن نصيبه،

فقال شيخنا المرتضى - قدس سره -: انعتق عليه و حكم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٧

الباقي يعلم من مسائل السراية.

و استشكل عليه بأنه لو قصد بذلك شراء النصيب فلا معنى لشراء ما هو ملكه، نعم بناء على البقاء على ملك الميت يصح لكنه خلاف التحقيق، و لو قصد الفك فاللازم انفكاك مقدار نصيبه مشاعا في كل الأمة فينعتق مقدار نصيبه من هذا المقدار لا أنه ينعتق تمام هذا المقدار؛ لأن الدين مقسط على العين، فالنصف المشاع منها متعلق النصف و الثلث المشاع متعلق الثلث و هكذا، و بعد كون المكسور مشاعاً في الكل لا وجه لتعين بعضها في نصيب الولد بقصده، إذ هو نظير دفع أحد الشركاء مالا لاستخلاص مقدار حقه من العين المغصوبة.

و التحقيق أن يقال: إن الموت سبب لورود أمرين في عرض واحد على العين أحدهما ملك الورثة و الآخر حق الديان، فكما أن ملك الولد مثلاً يتعلق بالثلث من أصل الأمة كذلك حق الديان أيضا وارد على عين هذا، فالمعروض للأمرين شيء واحد، نعم لو كان ملك الوارث متقدماً في الورود على حق الديان كان متعلق ملك الولد مثلاً لثلث الأصل و متعلق حقهم هو الثلث المضاف إلى العين المملوكة، و لازم هذا هو الإشاعة في الإشاعة فيكون كل من أثلاث متعلق الحق مشاعا في الأثلاث المملوكة مثلاً لو كان هنا ثلاثة أبناء.

الخامس: لو امتنع المولى الموسر من دفع الثمن بغير عذر فهل للبائع بيع أم الولد مقاضة مطلقاً أو بإذن الحاكم؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سره - له وجه، و ربما يستوجه خلافه، لأن المنع لحق أم الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرمة و في الجميع نظر انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -: أما الوجه المقتضى للجواز فهو صدق عنوان كون البيع في ثمن رقبته، إذ لا فرق بين عدم المال رأساً و وجوده

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٨

مع امتناع المالك عن الأداء، و أما وجه النظر في الوجه الأول من الوجوه الثلاثة للمنع فلم يعلم وجهه، إذ بعد ما علمنا أن منع الشارع لمراعاة حق أم الولد، فسقوط هذا الحق إن كان بواسطة قصور المولى و عدم إمكان دفع الثمن كان له وجه، لا ما إذا قصير المولى و امتنع مع يساره بغير عذر، و الحاصل: أن الرواية بواسطة الاحتفاف بهذه القرينة منصرفه عن شمول هذه الصورة.

ثم إن هنا وجه آخر للمنع أقوى من هذا الوجه و هو أن المقاضية حيث إنها من باب الولاية كان مشروعيتها في موارد جواز تصدى نفس المالك، و في المقام لو فرض أن المولى أراد التصدى بملاحظة كونه ممتنعاً فلا يشك أحد في عدم استفادة جوازه من الرواية فكيف يجوز لغيره التصدى بعنوان الولاية عليه في ما ليس له مباشرته.

السادس: قد علم حال البيع في ثمن رقبته، و هل يجوز بيع أم الولد في الدين الآخر أو لا؟

قد نقل الإجماع على عدم مع حياة المولى، و أما مع موته فقد حكى عن شيخ الطائفة - قدس سره - جوازه في الدين المستوعب، و المهم ملاحظة مقتضى أدلة الباب.

فنقول و بالله المستعان: لا إشكال في أن مقتضى روايتي عمر بن يزيد مفهوماً و منطوقاً نفى الجواز في الدين الآخر غير ثمن الرقبة، و ليس بإزائها إلا عموم المفهوم في مقطوعة يونس في «أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا هي أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعق من الورثة فإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهي للولد، و إذا



ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها و تستسعى في بقية ثمنها» (١).

(١) - الوسائل: ج ١٦، الباب ٥، باب أم الولد إذا مات ولدها قبل أبيه، ص ١٢٦، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٦٩

لكن المعارضة إنما هي لو جعل المفهوم أنه إن كان على الميت دين فليس للولد، يعني يكون للدائن بيعها، ولكن يمكن منع هذا وأنه لا معارضة في البين أصلاً، إذ الحكم الثابت في جانب المفهوم نقيض المذكور في جانب المنطوق والمذكور فيه أنه يصير للولد و ينعق عليه، فالثابت في المفهوم رفع هذا، يعني ليس له حتى ينعق عليه.

و الحاصل منه بقائها و عدم انعقادها، و لا منافاة لهذا مع ممنوعيتها بيعها كما هو مقتضى الأولين، و حيث إن المنع عن الانعقاد معلوم أنه لرعاية حال الديان و عدم ذهاب حقه من البين رأساً يدور الأمر بحسب مقام الثبوت بين أمرين، أحدهما: إلزام الولد لدفع القيمة ثم الانعقاد عليه، و الثاني: استسعاء الدائن أم الولد إلى أن استوفى دينه ثم ينعق.

و الحاصل: أنه لو لم يكن في البين إلا عمومات المنع عن بيع أم الولد و أدلته ملك الوارث للتركة، و أدلة انعقاد الأمة على ولدها من نصيبه لقلنا بأن حال أم الولد كحال الكفن و سائر مؤن التجهيز في عدم وقوعها متعلقاً لحق الديان أصلاً فيملك بالموت و ينعق قهراً كما في صورة عدم الدين، أو قلنا بأنها تنعق بالضمان فيضمن الولد قيمتها للدائن، لكن الرواية نفت احتمال كونها كالكفن حتى لا يقع مورداً لحق الديان، و كذا احتمال كونها منعتة بالضمان على الولد، و الدليلان السابقان أيضاً ينفيان البيع فيبقى الاحتمالان المذكوران.

و أما الترجيح بين هذين الاحتمالين فيمكن أن يقال: إن الأول منهما ليس مقتضى شيء من القواعد، فمقتضى الأصل خلافه، و أما الثاني فهو من شئون كون الأمة باقية لرعاية حق الديان، فإنه إذا عرض على العرف هاتان القضيتان أعنى قولنا: هذه الأمة لا ينعق على الولد بواسطة استظهار الديان، و قولنا: لكنّها

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٠

لا يجوز بيعها، يفهمون منهما أن الديان يأخذون دينهم من منافعها، فإن ذلك مقتضى حرمانهم من عينها و بقائها وثيقة لدينهم بخلاف إجبار الولد، فإنه أجنبي عن كون أمها وثيقة، فإن معناه ابتلاء الأم دون الولد، هذا.

و لكن هنا رواية ربما يستظهر منها تعيين الوجه الأول أعنى إجبار الولد بدفع القيمة. و هي ما رواه الشيخ في الموثق عن أبي بصير «قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات؟ قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاهما و عليه دين قومت على ابنها و إن كان ولدها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ولدها بيعت في الميراث إن شاء الورثة» (١).

و ظاهر الانتظار بالصغير إلى حين الكبر أن هذا مجرد تكليف بدون اشتماله على الضمان الوضعي و إلا لما اختص بحال الكبر و كان المتصدى وليه و لكن التعبير بالإجبار يناسب الحقيقة، فيكون التأخير إلى زمان الكبر و عدم المطالبة قبله تعبدى يكون تقييد.

و الأولى التيمن بذكر الأخبار المروية عن أبي بصير فإنها أربع روايات، الأولى: ما ذكر، و الثانية: ما رواه الشيخ في الموثق أيضاً على المحكى عن أبي بصير عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال بعد كلام لا يتعلق بالمسألة: «و أي رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن يبيعها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها باعها، و إن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، و إن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على ثمنها، و إن مات ابنها قبل أمه بيعت في

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٢، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧١

ميراثه إن شاء الورثة» (١).

و الثالثة: ما رواه أيضا عن أبي بصير عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجل اشترى جارية يطأها فولدت له أولادا فمات ولدها قال: إن شاءوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها، وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه» (٢).

وله في هذه المضامين أيضا رواية أخرى وهي الرابعة وهي ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي بصير أيضا: «قال: سئل أبو عبد الله - عليه السلام - وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرة إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر؟ فقال أبو عبد الله - عليه السلام -:

إن كان للذي اشتراها سنة مال أو عقده يوم اشتراها و أعتقها تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه و تزوجيه جائز، وإن لم يكن للذي اشتراها و تزوجها مال و لا عقده يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه و نكاحه باطل؛ لأنه أعتق ما لا يملك و أرى أنها رق لمولاهما الأول. قيل له فإن كانت قد علفت من الذي أعتقها و تزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيتها» (٣).

وهنا روايتان أخريان لمحمد بن قيس و اردتان في هذه المضامين، أولاهما ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن قيس «عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى علي - عليه السلام - أيما رجل ترك سرية لها ولد أو في بطنها ولد أو لا ولد فإن كان أعتقها ربها عتقت و إن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله و كتاب الله

(١) - المصدر نفسه: ج ١٦، الباب ٦، باب حكم أم الولد إذا مات سيدها، ص ١٠٨، ح ٤.

(٢) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٢، ح ٤ و ٥.

(٣) - المصدر نفسه: ج ١٤، الباب ٧١، أبواب نكاح العبد و الإماء، ص ٥٨٢، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٢

أحق فإن كان لها ولد و ترك ما لا جعلت في نصيب ولدها و يمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد فيكون هو الذي يعتقها إن شاء و يكونون هم الذين يرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها ولدها عتقت، و إن توفي عنها ولدها و لم يعتقها فإن شاءوا أرقوا و إن شاءوا أعتقوا» (١).

ولما ذكر الشيخ في الكتابين هذا الحديث حمله على ما إذا كان ثمن الجارية دينا على المولى و لم يقض شيئا فإنها توقف إلى أن يبلغ ولدها فإن أعتقها - بأن يقضى دين أبيه - انعتقت و إن لم يفعل و مات قبل البلوغ بيعت في ثمنها إن شاءوا و إن شاءوا أعتقوها و ضمنوا الدين و استدل على ذلك بالموثق و بما دل على انعقاد الأم بملك الولد مع الاستسعاء أو بدونه.

و ثانيهما: ما رواه الصدوق في الحسن كالصحيح عن محمد بن قيس عنه - عليه السلام - قال: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: أنما رجل ترك سرية لها ولدا أو في بطنها ولد أو لا ولد لها فإن كان أعتقها ربها عتقت و إن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله و كتاب الله عز و جل أحق، فإن كان لها ولد و ترك ما لا جعلت في نصيب ولدها و يمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد فيكون هو الذي يعتقها إن شاء و يكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها ولدها عتقت، و إن توفي عنها ولدها و لم يعتقها فإن شاءوا أرقوا و إن شاءوا أعتقوا، و قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في رجل ترك جارية و قد ولدت منه ابنة و هي صغيرة غير أنها تبين الكلام فأعتقت أمها فتخاصم فيها مولى أبي الجارية فأجاز عتقها لأمتها» (٢).

و رواه الكليني و الشيخ في الحسن كالصحيح عن محمد بن قيس عنه - عليه

(١)- الوسائل: ج ١٦، الباب ٦، أن أمّ الولد إذا كان ولدها حيًا، ص ١٠٧ ح ١ و ٢ و ص ١٢٨ ح ٢.

(٢)- المصدر نفسه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٣

السلام- نحو ذلك و أسقطا قوله: و يمسكها إلى قوله و قضى.

ثمّ التكلّم في وجه الجمع بين هذه الأخبار و رفع الاختلاف عمّا بينها على عهدته مقام آخر، و الذي على عهدته هذه المسألة هو التكلّم في الخبر الأوّل من أخبار أبي بصير الذي هو مستند ابن حمزة- قدّس سرّه الشريف- القائل بأنّه متى كان على الميّت دين في غير ثمن رقبته و لم يخلف سواها قوّمت على ولدها، فإذا بلغ الزم أداءها، فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات قبل البلوغ بيعت في الدين. فنقول: أمّا سند الرواية فقد عرفت موثوقيتها، و أمّا دلالتها فواضحة، لكنّ الإشكال في أنّها غير معمول بها على ظاهرها، و ذلك لأنّه يلزم عليه- كما تبّه عليه صاحب المقاييس- قدّس سرّه الشريف- في الردّ على كلام صاحب المسالك أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها يساوى قيمة الأمّ كما إذا كان تمام التركة من أمّ الولد و غيرها ثلاث مائة دينار و كان الورثة ثلاثة أبناء أحدهم من أمّ الولد فإنّ نصيب هذا الولد من المجموع مائة و فرض أنّ قيمة الأمّ أيضا مائة و فرض أنّ الدين أيضا مائة مثلا تقوّم عليه و الزم بأداء المائة إلى الدائن من ماله الآخر غير الإرث، فإنّه نصيبه من سائر الإرث أيضا يقع في الأمّ و ينعق من نصيب ولدها من تمام التركة فيصير تمام ما بقى خالصا للابنين الآخرين بدون تعلق دين بهما أصلا.

و هذا الولد علاوة على اعتناق أمّها قد لزمه تمام الدين في ماله، و كذلك لو فرض أنّ تمام نصيب الولد من تمام التركة يساوى نصف قيمة الأمّة أو ثلثها أو غير ذلك، كما إذا فرض في المثال المتقدّم أنّ قيمة الأمّة كانت مائتين و كذلك الدين، فإنّه يلزمه أداء المائة من ماله.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٤

و لو فرض في المثال الأوّل أنّ الورثة ابنان فنصيب كلّ مائة و خمسون فتساوى قيمة الأمّ مع زيادة النصف فيسلم هذا النصف الذي هو الخمسون إلى الدائن و يطالب الولد بالخمس الباقية، هذا إن اقتصرنا في التقويم على الولد بمقدار قيمة نصيبه من أمّ الولد الذي هو مساوق مع نصيبه من مجموع التركة.

و إن بنينا على ما هو ظاهر الخبر من التقويم المطلق بدون التقييد بنصيبه فاللازم أشنع، إذ يلزم في المثال الوسط تحميل تمام المائتين على الولد في ماله إن كان له مال و إلّا ففي ذمّته، و هذه اللوازم ممّا نقطع بمخالفتها للواقع، و تخصيص الرواية بمورد وحدة الوارث تخصيص و إخراج للمورد، فإنّ ذيلها صريح في فرض تعدّد الورثة.

و إذن فاللازم طرح الرواية و التكلّم في الجمع بين عموم «لا- تباع» لما بعد الموت بالنسبة إلى الدين غير ثمن الرقبة و بين مقطوعة يونس المتقدّمة، و قد عرفت أنّ مقتضى مفهوم الشرطية فيها- أعنى قوله- عليه السلام:- «فإن كان لها ولد و ليس على الميّت دين فهي للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت إلخ»- أنّه لو كان للميّت دين لم يثبت الحكم المذكور.

و حينئذ فإن قلنا- في صورة استغراق الدين- بعدم انتقال التركة إلى الورثة فالمعنى واضح، يعنى لا يملكها الولد حتى ينعق، و إن قلنا بمقتضى القواعد بالانتقال إليهم فالمعنى أنّه ليس على حدّ الملك المستقرّ الثابت الذي يقدر المالك على الاستفاد به و يكون مطلق العنان فيه، و بواسطة انعدام ذلك لا- يتحقّق الاعتناق لعدم الموضوع، إذا المفروض ترتبه على هذا النحو من الملك في جانب المنطوق.

و بالجملة فعلى كلّ حال مفاد المفهوم عدم اعتناق أمّ الولد في صورة وجود

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٥

الدين، و هذا و إن كان مخالفا للظاهر الأولى لدليل المنع عن بيع أمّ الولد- حيث إنّ ظاهره كون أمّ الولد كمثونة التجهيز لا يتعلّق به

حقّ الديان أصلاً- لكن بعد ملاحظة حكم الشرع بعدم الاعتناق المعلم كونه لرعاية حال الديان يكون وجه الجمع استيفاء الدين من الأمة بغير وجه البيع و سائر النواقل الواردة على العين إما باستخدامها أو إجارتها في مدة طويلة يفى وجهها بالدين، أو يتعلّق ذلك في ذمتها و رقبته فتسعى في فكاك رقبته.

لكن لا بدّ من المراجعة و ملاحظة أنّ هذا المعنى أعنى عدم الاعتناق إلى أن يوفى الدين و تحقّقه بعد ذلك ليس على خلافه إجماع، هذا كلّ هو التكلّم في المسألة على ما هو المختار في الجمع بين أخبارها.

و أمّا على طريقة القوم- رضوان الله عليهم- حيث جعلوا المقطوعه معارضه لأخبار «لا- تباع». فاعلم أنّ شيخ الطائفة- قدّس سرّه الشريف- في المبسوط جوّز البيع إذا كان الدين مستغرقاً للتركة بحيث لا يفضل عنه شيء يتعلّق به الإرث.

و حجّيته على ذلك- على ما حكى- ما دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها كروايات أبي بصير و ابن قيس المتقدمه، و كذا ما في بعض الأخبار أنّ علياً- عليه السلام- أوصى في أمهات الأولاد التي كان يطوف عليهنّ من كان فيهنّ لها ولد فهي من نصيب ولدها، و هذا و إن ذكر في الوصية الخاصية لكن معلوم أنّه من الأحكام العامية، و قد أجمع الإمامية على أنّها لا- تتحرّر بموت المولى، و المعروف أنّها تعتق من نصيب ولدها كما دلّت عليه تلك الروايات، و من المعلوم أنّه لا نصيب له أصلاً مع استيعاب الدين للتركة بحيث لا يفضل منها شيء للورثة، إذ لا ريب في تقدّم الدين على الإرث للإجماع، و للآية و للنصوص الكثيرة، فإذا انتفى العتق الذي كان هو الغرض من منع المولى و الورثة من التصرفات، و ليس بعد موت المولى أمر يترقّب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٦

للإعتاق تعين جواز البيع، إذ الوساطة بينهما غير معقولة هنا، و هذا هو المدعى، و يؤيد ذلك أيضاً مقطوعه يونس المتقدمه بعد حملها على صورة استغراق الدين.

و قد حاول الشهيد الثاني- قدّس سرّه الشريف- للجواب عن هذا الدليل و قال: إنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً و إن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها، كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء مقدار قيمة النصيب من ماله، انتهى. و قد قدح في هذا الجواب صاحب المقاييس- قدّس سرّه الشريف- من وجوه أربعة:

أحدها: أنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها أنّ ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، و إنّما الكلام في باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمه هل تقوم عليه أو تسعى هي في أداء قيمتها، و هذا مخالف لما ذكره.

ثانيها: أنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل، و المقصود منه النصيب المستقرّ الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثها: أنّ ما ادّعاه من الاعتناق على الولد بمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب و لا دلّ عليه دليل معتبر، و ما يوهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم، و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من يعتق عليه بناء على صحّة الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

و رابعها: ما أشرنا إليه في الجواب عن التمسك بخبر أبي بصير من لزوم ما لا يقول به أحد من الأصحاب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٧

و قد ناقش في هذه الوجوه شيخنا المرتضى- قدّس سرّه الشريف، أمّا في الوجه الأول: فبأن مقتضى دليل المنع عن بيع أمّ الولد ليس بأزيد من أنّه ليس للوارث دفعها و فاء عن دين مورثه و لا للدائن أخذها و لو مع امتناع الوارث عن فكّها بالقيمة، و بالجملة مقطوعه يد الوارث و الدائن عن التصرف العيني فيها، فيترتب على هذا الملك الذي ثبت للوارث الاعتناق، لأنّ الفرض أنّه كلّما ثبت ملك غير مزاحم بحقّ الديان يتعقّب الاعتناق، و قد فرض هنا حصوله، فيكون الاعتناق على قاعدته من دون لزوم أحد من الوجه الثاني و الثالث.

و الحاصل: دليل المنع بإطلاقه يصير منقحاً لموضوع دليل الانعتاق على الولد من نصيبه الثابت المستقر المملوك له بغير مزاحم. ثم بعد ذلك إما أن نقول بأن الدائن كما صار محروماً عن العين فهو محروم عن القيمة أيضاً أما في ذمة الولد أو في رقبته فيكون حال أم الولد حال مؤنة التجهيز المنقطع عنها حق الدائن عينا وقيمة، وإما أن نقول بأنه وإن كان محروماً عن العين لكنه مستحق للقيمة إما في ذمة الولد لأنه الذي تلفت العين في ملكه بالانعتاق عليه، وإما في ذمة المملوكه فيكون حال الدائن حال الزوجه حيث إنها محرومة عن إرث عين البناء دون قيمتها.

أو نقول: إنه وإن كان محروماً عن التثبث بالعين لكنه مستحق للمنافع فلهم أن يؤجروها مدة طويلة يفى أجرتها بدينهم فيكون حالهم حال الغرماء بالنسبة إلى أم ولد المفلس على ما قيل، فالوجه الأول طرح لما دل على بقاء حق الديان متعلقاً بالتركة و عدم سقوطه بالمره كما في مؤنة التجهيز، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين وهو التعلق بالقيمة بأحد وجهيها والتعلق بالمنافع، فتكون الأمه منعتة على كل حال مع استحقاق قيمتها أو منفعتها، هذا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٨

و استشكل على هذا الكلام شيخنا الأستاذ- أطال الله أيام أبحاثه الشريفة- بأن شيئاً من الوجهين بعد فرض الانعتاق لا يجدي في العمل، بدليل بقاء حق الديان متعلقاً بالتركة، بل هما مع الوجه الأول في طرحه مشتركان، نعم لو قيل بعدم الانعتاق وبقائها مملوكة كان القول باستحقاق منافعتها أخذاً بذلك الدليل.

أما وجه عدم الأخذ مع الانعتاق في كلتا صورتيه من مستحقيته القيمة و مستحقيته المنفعة أن التعلق بشيء يدخل تحت عنوان متروك الميتم عمل بذلك الدليل، و أمياً التعلق بأمر أجنبي عن المتروك فلا، و مقامنا من الثاني، أما على تقدير التعلق بالقيمة فلأن القيمة سواء اعتبرت في ذمة الولد أم في ذمة المملوكه ليست من متروكات الميتم حتى يكون تعلق حق الدائن بها تعلقاً بمتروك الميتم و هذا واضح.

و أما المنافع فهي و إن كانت مالا في حد نفسها لكن يمكن منع صدق المتروك عليها في المقام؛ لأن انتقال المنافع إلى الوارث إما يكون من باب التلقى من الميتم فهو يتلقى منه شيئاً في عرض واحد، أحدهما العين و الآخر المنفعة، أو يقال كما هو الظاهر أن المنفعة تابعة للعين، فبالإرث، لا ينتقل إلا العين و ملك العين من حكمه عرفاً و شرعاً ملك المنافع كما هو الحال في النواقل الاختيارية الواردة على العين حيث إنها مستقلة بنقلها، و انتقال المنافع يكون حكماً و أثراً لانتقال العين.

فإن قلنا بالأول فهنا ثلاثة آتات، آن الحياة و آن الموت و آن ملك الوارث، فإن اعتبر بالإضافة إلى آن الحياة يخرج عن عنوان كون المال منتقلاً من الميتم إلى الحي، فيكون انتقالاً من الحي إلى الحي، فلا بد من اعتبار بالإضافة إلى آن الموت في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٧٩

صدق هذا العنوان، و لا يخفى أن الملكية المعترية أنا ما للميتم لتحقق موضوع الإرث ملكية عارية عن ملك المنافع بل الملكية الآنية التي نقولها في كل مقام حفظاً للقواعد كما في ملك من ينعق عليه لحفظ «لا عتق إلا في ملك» و غير ذلك كلها ليست بملكية بالحقيقة؛ لأنه اعتبار صرف في ذات الرقبة المسلوقة عن كل المنافع لا بمعنى ملاحظة سلبها، بل لعدم قابليتها في الآن العقلي لشيء من الانتفاعات فلا يليق حقيقته اسم الملكية بالنسبة إلى الذات أيضاً، ففي الحقيقة يكون تخصيصاً لأدلة لا عتق إلا في ملك و نحوه في اللب بلسان الحكومة.

و إن قلنا بالثاني: فالتلقى من الميتم محتاج إلى استقرار ملك الوارث للعين المتلقاه من الميتم، و أما إذا كانت هو أيضاً ملكاً أنا ما لحفظ قاعدة لا عتق إلا في ملك فلا تصل النوبة إلى تحقق ملك المنافع تبعاً للعين بل يعدمها العتق المترتب قهراً على ذلك الملك الآني.

نعم لو استقر ملك الوارث للعين صدق أن ملكه للمنافع من تبعه متروكات الميتم يعني أنه لما ملك العين من الميتم فقد ملك

منافعها، فالمنافع وإن لم تكن متروكا استقلاليا لكن يصدق عليه أنه من شئونه و تبعاته، و من هنا يظهر صدق ما ادعينا من حفظ قاعدة بقاء حقّ الديان متعلقا بالتركة مع فرض تأخر الانعتاق و استقرار المملوكية، و لهذا يكون استنفاع الديان لأعيان التركة مثل سكنى الدار و استخدام العبد أو إجارتهما وجها من وجوه أخذ دينهم من تركة الميت «١».

و على هذا فقد تحقّق أنّ لو أغمضنا عن المقطوعة إمّا للخدشة فى سندها و إمّا فى دلالتها فمجرد ملاحظة الجمع بين دليل لاتباع و دليل بقاء حقّ الديان لا يقتضى الانعتاق ثمّ القول بتعلّق حقّهم بأحد الأمرين لما عرفت من أنّ ذلك ليس

(١)- و يأتى للمقام زيادة توضيح إن شاء الله تعالى فانتظر منه- دام ظلّه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٠

حفظ ظهور للدليل الثانى، فالجمع يقتضى تخصيص الأوّل للثانى و أنّ أمّ الولد بالنسبة إلى الديان كمثونه التجهيز و لو كان هذا خلاف الإجماع و أنّ حقّ الديان لا يسقط رأسا.

و بعبارة أخرى لم يخصّص عموم دليل حقّ الديان فى التركة، فهذا يكشف عن بقاء الأمّة على المملوكية حتى يستوفوا دينهم من منافعها بالاستخدام أو إجازتهم إياها، أو تكون الأمّة تسعى فى فكاك رقبتها، فيكون هذا وجه الجمع بين لاتباع و العموم المذكور، و لو كان تأخر الانعتاق أيضا خلاف الإجماع و كان منعقدا على تعجيله فيكون حكما تعديدا خاصا بمورده و ليس من باب العمل بأدلة ثبوت حقّ الديان فى التركة.

ثمّ إنّه- قدّس سرّه الشريف- أجاب عن الإشكال الرابع و هو لزوم ما لا يلتزمه أحد

بأنّ ذلك إنّما يلزم من الجزم بثبوت القيمة بعد الانعتاق متعلقا بذمّة الولد، و إمّا إن قلنا باستسعادها فلا يلزم شىء، ثمّ قال: فالضابط حينئذ أنّه ينعقد على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك فى رقبته.

قال شيخنا الأستاذ- أدام الله أيام إفادته الشريفة:- أنّ مقصوده- قدّس سرّه- ليس رفع هذا الإشكال عن المسالك بل فى مقام أنّ هذا الإشكال لا يصحّح ما ذهب إليه الشيخ- قدّس سرّه- كما كان المنتصر بمقام تصحيحه، فإنّه قال بعدم الانعتاق و لا يلزم من هذا الاشكال صحّته بل معه يصحّح قول المسالك بالانعتاق و إن كان يبقى عليه الإشكال فى حرمة ثبوت القيمة على الولد.

فحاصل معنى العبارة أنّ القول بالانعتاق لازم على كلّ تقدير، غاية الأمر أنّ الضابط بعد هذا الإشكال يصير أنّ أمّ الولد تنعقد على ضرر الولد حيث لم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨١

يتعقبه و لم يلزمه ضمان من نصيبه العائد إليه من مجموع التركة، و وجه ضرورية الانعتاق أنّه لولا الانعتاق كان مالكا لملك بلا مزاحم. و أمّا إذا تعقبه و لزمه من ملك النصيب ضمان أداء ما قابله من الدين يعنى أنّه لا يستقرّ له هذا الملك إلّا بالضمان و أداء ما قابله من الدين، فحينئذ لا يكون الانعتاق ضروريا عليه، فإنّه لو لا الانعتاق لم يكن له ملك بلا مقابل. فعلى كلّ حال لم يسلم له ملك مقابل الدين بدون تفاوت بين صورة الانعتاق و عدمه؛ لأنّه فى صورة عدمه إمّا يسلم الأمّة إلى الدائن أو يدفع قيمتها من ماله، و فى صورة الانعتاق أيضا خرجت الأمّة عن ملكه بدون لزوم شىء عليه؛ لأنّ حقّ الدائن إنّما انتقل إلى ذمّة المملوك، فلم يتفاوت حال الولد فى الصورتين، و على هذا يصير حال الولد كحال غيره لو كان غيره أيضا وارثا لشىء منها بالإرث، فإنّه أيضا لا يملك نصيبه منها مجانا، بل إمّا يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه من الدين من ماله فتصير أمّ الولد كما لو لم يكن دين فينعقد نصيب غير الولد عليه مع ضمان الولد أو ضمانها قيمة حصّته التى فكّها من الديان على الخلاف المقرّر فى محلّه، و إمّا كلّى بينها و بين الديان فيتعين عليهم مع ضمان أحدهما، و إمّا حرمان الديان عنها عينا و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصّته منها أو من ولدها و صرفها فى غير

الدين، فمخالف لأدلة ثبوت حقّ الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أمّ الولد لذلك.

### و من موارد القسم الأول أيضا تعلق كفن مولاها بها

اعلم أنّ من الممكن ثبوتها مع قطع النظر عن مقام الإثبات أن يكون حقّ الكفن مقدّما على حقّ الاستيلاء في صورة و حقّ الاستيلاء عليه في غيرها، وليس الدليل على تقديم حقّ الكفن في مورد خاص دليلا عليه بنحو الكليّة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٢

توضيح ذلك: أنّا علمنا من الشرع في صورة موت المولى و دين ثمن رقبتها و انحصار التركة فيها و في ما يقابل مؤنّه التجهيز أنّه حكم بصرف ما يقابل في التجهيز دون أداء الدين و صرف أمّ الولد في دين ثمن رقبتها، فقدّم حقّ الميّت على حقّ البائع، و حقّ البائع على حقّ أمّ الولد، و ليس لنا بمجرّد ذلك أن نحكم في صورة وجود دين ثمن رقبتها دون ما يقابل مؤنّه التجهيز بتقديم حقّ الميّت على حقّ البائع، إذا من الممكن لنا اختصاص تقديمه بصورة وجود ما يقابل، و كذلك ليس لنا أن نحكم في صورة عدم الدين رأسا و عدم ما يقابل مؤنّه التجهيز بتقديم حقّ الميّت على حقّ أمّ الولد بأن نقول إنّ كان في الصورة الأولى مقدّما عليه برتبتين، فكيف لا يتقدّم عليه في هذه الصورة بلا واسطة.

و بعبارة أخرى: ترتّب قياس المساواة و نقول: المقدّم على المقدّم على الشىء مقدّم على هذا الشىء، فإنّ هذا لا يورث القطع لإمكان اختصاص ذلك بصورة وجود الدين و وجود ما يقابل مؤنّه التجهيز.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أمّا الكلام في مقام الإثبات فلا إشكال في صورة وجود دين ثمن الرقبة و عدم ما يقابل مؤنّه التجهيز في تقديم الكفن على الدين بعموم أدلّة الكفن ثمّ الدين، لأنّ ذلك مقتضى الجمع بينها و بين الدليل السابق على تقديم دين ثمن أمّ الولد على حقّها، و أمّا صورة عدم الدين و تردّد الأمر بين حقّها و حقّ مولاها الميّت فعموم قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد بناء على تسليمه يقتضى تقديم حقّها، و عموم قاعدة تعلق حقّ الكفن بمال الميّت يقتضى تقديم حقّ الميّت فيتعارضان أو يتزاحمان. لا يقال: لا محيص عن تقديم الأول؛ لعدم اقتضاء الثانى الحكم الوضعى و هو نفوذ البيع، ألا ترى أنّه لو انحصر تركه الميّت بالخمير لا يصحح قاعدة تعلق

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٣

الكفن بالتركة نفوذ بيع الخمر؟ و كذلك لو انحصر الأمر ببيع التركة لتحصيل ثمن الكفن بالبيع الربوى أو الغررى أو القمار أو غير ذلك من التصرفات الغير المشروعة، و ليس هذه الموارد تخصيصا في تلك القاعدة كما لا يخفى، فيستكشف من ذلك أنّه لا اقتضاء لها إلّا في الموارد القابل من دون نظر إلى مقام التشريع فيكون الدليل الدال على عدم المشروعية واردا عليها. لأنّنا نقول: إذا فرضنا دخول أمّ الولد تحت عموم التركة في دليل تعلق الكفن بالتركة فلا بدّ أن يكون نقل أمّ الولد بوجه من وجوهه مجوّزا شرعا، و حينئذ فلا يرد شىء من النقوض المذكورة، و أمّا الخمر فلائها ليست بمال شرعا فليست من التركة، و أمّا البيع الربوى و غيره من الأسباب الغير الشرعية، فالمال في تلك الموارد مشمول للتركة، و الشرع أيضا جعل له طريق نقل صحيح، غاية الأمر لم يقدر المكلف على إعماله فهو كما إذا لم يوجد من يشتري المتاع رأسا في عدم منافاة ذلك مع عموم الدليل المذكور.

نعم يبقى الفرق بين المقام و المال المرهون حيث يقال هناك بتقدّم حقّ المرتهن، و لعلّه لأجل أنّ حقّ المرتهن كان ثابتا في حال الحياة أيضا، و حقّ الكفن يحدث بالموت، و من المعلوم عدم تأثير السبب اللاحق بعد تحقّق السابق، و أمّا الاستيلاء فلا يتولّد منه حقّ حال الحياة و إنّما هو صرف حكم أن لا يباع و لا يتصرف فيها بسائر التصرفات الناقلة، و صرف هذا الحكم لا يصير منشأ انتزاع الحقّ، فإنّ وجوب البقاء على ماليّة مالك واحد و عدم التعدى إلى غيره لا يستحقّ اسم الحقّ في جانب المملوك، نعم هي بحيث ينعقد بعد الموت، لكن مجرّد هذا الأمر التعليقى متحقّق في الدائن و الوارث أيضا؛ لأنّهما أيضا بحيث لو مات المديون و المورث يستحقّون

المال، فكما لا يولد فيهما حقًا فكذلك هنا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٤

فالتحقيق أن في المقام عند الموت يتوارد حقان في المال في عرض واحد، حقّ الاعتاق و حقّ الكفن، وهذا ما قلنا من تعارضهما أو تراحمهما، وعند ذلك فتارة يقع التكلم في الأصل المرجوع عند اليأس عن الدليل الاجتهادي، و أخرى في الدليل الاجتهادي. أما الأول:

فقال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -: و لو فرض تعارض الحقيين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل، انتهى كلامه الشريف.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -: تارة يجعل قيد كون البيع للكفن مفردا للبيع و أخرى يجعل من الحالات الطارئة على الفرد الواحد، فعلى الأول فالمتعين استصحاب الجواز الثابت قبل الاستيلاء دون المنع الثابت بعده حال الحياة، لأنه متعلق بالبيع لا للكفن و هو فرد آخر كما تقدم نظيره في البيع في ثمن رقبته.

و على الثاني كما هو الظاهر حيث ليس المراد البيع بداعي الكفن أو البيع المصروف ثمنه في الكفن فيكون من قبيل الشرط المتأخر ضرورة عدم توقف صحة البيع على شيء من الأمرين، فالمراد طرؤ حالة الاضطرار إلى البيع للكفن، و هذه شرط في الحكم لا قيد في الموضوع، فالمرجع استصحاب الفساد الثابت قبل الموت و قبل طرؤ هذه الحالة، و لا مجرى الاستصحاب التعليقي بأن يقال: قبل الاستيلاء كانت بحيث لو مات مولاها و احتاج إلى الكفن كان بيعها نافذا فالآن كما كان؛ ضرورة عدم دخالة شيء من الأمرين، أعني: الموت و الاحتياج في نفوذ البيع، بل كان بيعها هناك جائزا سواء مات أم لم يموت و سواء احتاج إلى الكفن أم لم يحتج.

نعم وجوب البيع كان مشروطا بالأمرين لكن كلامنا في أصل النفوذ، و على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٥

هذا فيبقى الإيراد على شيخنا - قدس سره - بأنه ما وجه التفرقة بين المقامين، أعني: البيع في الكفن و البيع في ثمن الرقبة حيث رجحتم استصحاب المنع في الأول و الجواز في الثاني مع أنّهما من واد واحد.

و أما الكلام في الدليل الاجتهادي فلا إشكال أنه عمومات أحلّ الله البيع، لكنّ التمسك بها مبنّى على أنه إذا خرج الفرد في زمان ثم شكّ في ما بعد ذلك الزمان فهل المرجع استصحاب حكم الخاص أو عموم العام كما قرره شيخنا المرتضى - قدس سره - في الأصول؟

قد يقال: إن تلك العمومات في مقامنا هي المرجع، و لو قلنا في تلك المسألة بأنّ المرجع استصحاب الخاص و ذلك لأنّ التخصيص في مقامنا راجع إلى فرد آخر غير ما علم خروجه في الآن الأول، و في مثله لا - شبهة في الرجوع إلى العام، و ذلك ضرورة أن البيع المسيبي، أعني: الانتقال و المبادلة بنظر العرف مع قطع النظر عن حكم الشرع يصدق على كلّ من الواقع قبل الموت و بعد الاستيلاء و الواقع بعد الموت؛ فإنّ ما لا يقبله المال الواحد إنّما هو الانتقال النفس الأمريان دون ما لا واقعية له سوى النظر.

نعم الحكم الشرعي يتعلّق بأى منهما كان قابلاً، فمع قابلية كليهما يقع أولهما لا محالة، لانطباق العنوان عليه و عدم المانع، و أمّا مع عدم قابلية الأول فيتعيّن الثاني، فالعموم الأفرادى كاف و لو لم يكن عموم أزماني، هذا ما يقال.

و لكنّ الحق خلافه، و ذلك لأنّ المراد بالبيع العرفي الذي هو موضوع أحلّ ليس هو البيع الإنشائي الذي يكفي التشريع القلبي من واحد، بل المراد به ما اجتمع تمام أهل العرف على رؤيته و الحكم به، و هذا المعنى أيضا في المال الواحد لا يقبل التكرار كقتل زيد، فإذا فرض أنّ المقام لا نظر فيه إلى الزمان أصلا فلا وجه للرجوع إليه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٦

و الحقّ أن يقال بعدم ابتناء مرجعية العام على العموم الأزمانى، و لكن بتقريب آخر تقدم نظيره، و هو أنّ الباب باب التقييد و لا



إشكال في مرجعية العام فيه فإنه يقال: القدر المتيقن من تقييد أحلّ الله الاستيلاء مع عدم الاحتياج إلى الكفن، و أما معه فيشك في تقييده فيرجع إلى إطلاقه الأحوالي و هو غير منوط بالعموم الأزمانى، هذا.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - ذكر في آخر كلامه نظير ما اختاره في المسألة المتقدمة فقال بعد الكلام المتقدم: نعم يمكن أن يقال: نظير ما قيل في الدين من أن الولد يرث نصيبه و ينعق عليه و يتعلّق بدمته مؤنّه التجهيز أو تستسعى أمها و لو يبايع نفسها في مدّة و أخذ الأجره قبل العمل و صرفها في التجهيز و المسألة محلّ إشكال، انتهى كلامه الشريف.

و قد تقدّم استشكال شيخنا الأستاذ على هذا الكلام في البحث السابق و زاد هنا على ما تقدّم - زاد الله في طول عمره الشريف - أن ملك الوارث للمنفعة إمّا يبيع لملك العين و إمّا في عرضه، و الثانى يرد عليه أنه إذا فرض استغراق الدين لجميع المنافع، فالعين المسلوبة لا مالتية و لا ملكية لها و لا حق أولوية فيها، أما الأول فواضح، و أما الثانى و الثالث فلاختصاص اعتبار الثانى بما يتحقّق له مالتية ملققة من انضمامه إلى أمثاله كحيتية الحنطة، و اختصاص الثالث بما يؤول إلى المال كحقّ التخليل، أو يكون له بعض المنافع الجزئية كمكسور الأوانى، و شىء من ذلك غير موجود فى العين المذكورة، و إذا فرض الحال هكذا فلا معنى لعدّها من التركة و لا لملك الوارث و لا لانعاقها.

هذا مضافا إلى كون الوجه المزبور خلاف الواقع، لأنّ المنتقل إلى الوارث ليس إلّا العين؛ لأنّ المنفعة لا يعدّ مالا فى عرض العين حتى يكون متروكا فيشملة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٧

أدلة الإرث، ألا ترى أنّ الحال فى سائر النواقل أيضا كذلك؟ فيتعين الأمر فى الوجه الأول، أعنى: كون ملكية المنفعة من آثار ملكية العين و توابعها و أحكامها.

و حينئذ فيخرج ملكية المنافع عن باب المتروكية للميت، إذ معنى المتروك أن يكون النقص راجعا إلى عدم قابلية الميت للملكية كما هو المتحقّق فى العين، و إمّا المنفعة فالقصور من جهة عدم ملكية متبوعها، و بعبارة أخرى: لا بدّ فى صدق المتروكية كون المقتضى للملك موجودا و كان الموت مانعا، و عدم ملكية الميت للمنافع ليس من هذا القبيل، لأنّه مستند إلى عدم المقتضى لا وجود المانع الذى هو الموت، فالمنافع تخرج عن باب متروك الميت بالمرّة فلا وجه لتعلّق الدين بها.

و منها: ما إذا جنت على غير مولاها فى حياته

أما بعد مماته

فقال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - لا إشكال فى حكمها؛ لأنها بعد الموت يخرج عن التشبّث بالحرية إمّا إلى الحرية الخالصة أو الرقبة الخالصة، انتهى.

و استشكل عليه بأنّه إذا فرض الولد بعد وفاة المولى نطفة أو علقه أو مضغّه فإنه يتشبّث بالحرية و ليس رقّا خالصا قطعا و لا منعقا، لأنّه لا عتق إلّا فى ملك، و النطفة و العلقه و المضغّه ليست قابلة للملكية حتى يملكها فينعق عليها، و كذا لو كان للولد مانع عن الإرث كالكفر و ورثها غيره ممّن لا تنعق عليهم فإنّها حينئذ مملوكة متشبّثة بالحرية، يعنى لا يجوز بيعها لإطلاق أدلّة المنع عن بيع أمّ الولد، انتهى.

و يمكن دفع الأوّل بأنّه لا يخلو الواقع عن أحد الأمرين، لأنّه إمّا ينفصل حيّا أو لا، فعلى الأوّل يستكشف كون الأمه من الأوّل منعقا، و على الثانى يستكشف كونها من الأوّل للوارث الآخر فيندرج فى الفرض الثانى، و دعوى عدم قابلية النطفة و أختيها للملكية يمكن منعها، إذ ليس حالهما بأقصر من الميت، و أمّا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٨

الفرض الثاني فيظهر حاله من التكلم في أصل المسألة.

فنقول: قد يفرض الكلام في الجناية العمديّة وقد يفرض في الخطائيّة، أما الأولى فربما يتخيل أنه يمكن أن يقال أن رقبته للمجنّي عليه لا تزيد على رقبته للمالك الأول، لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول، ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلّة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدّمة في عدم بيع أم الولد مطلقا.

و اختار شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - أنه إن كان في مورد ثبت القصاص للمجنّي عليه القصاص نفسا كان أو طرفا، وله استرقاقها كلّا أو بعضها على حسب جنايتها، فيصير المقدار المسترقّ منها ملكا طلقا، وقال بعد ذكر كلام المتخيل: و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا، وإلّا فهو احتمال مخالف للإجماع، والنص الدالّ على الاسترقاق الظاهر في صيرورة الجاني رقّا خالصا.

و ما وجه به هذا الاحتمال من أنّها تنتقل إلى المجنّي عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنه ليس في النصّ إلّا الاسترقاق و هو جعلها رقّا له كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتّى يقال: إنه إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول. والحاصل: أن المستفاد بالضرورة من النصّ والفتوى أن الاستيلاء يحدث للأمة حقّا على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفته على خلاف في ذلك، انتهى كلامه الشريف.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: النهى الوارد عن بيع أم الولد يحتمل ثلاثة احتمالات، الأول: أن يكون المراد المنع من مطلق انتقال أم الولد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٨٩

من مالكةا إلى غيره سواء كان بسبب اختياري للمالك كالبيع و الهبة و نحوهما أم غيره كفسخ ذى الخيار إذا كان الخيار لبائع الأمة من مولاها المستولد، و سواء كان الانتقال عن ملك المالك المستولد للأمة أم ملك من ملكها بعدها كالوارث منه، و سواء كان الانتقال من المالك الثاني لغرض عائد إلى المستولد كأداء ديونه و كفته أم لا، و على هذا فيكون أصل إرث أم الولد على خلاف قاعدة المنع، و كذلك الاسترقاق، و كذلك لو فرض صحّة الإرث في الفرض المتقدّم، أعنى: كفر الولد و وجود من لا ينعق عليه من الوارث، و كذلك صحّة الاسترقاق في مقامنا، فلا يجوز للوارث و لا للمسترقّ البيع و غيره، فيكون كلام المتخيل على هذا الاحتمال متوجّها.

لكن يرد عليه أنه ما وجه صحّة أصل الانتقال بالاسترقاق؟ فإن مقتضى هذا كما عرفت عدم صحّة أصل الاسترقاق، هذا مع قطع النظر عن المعارضة، و أمّا بملاحظة معارضة هذا الدليل مع إطلاق دليل التخيير بين القصاص و الاسترقاق للمجنّي عليه أو ورثته، فمقتضى القاعدة هو الرجوع إلى استصحاب المنع الثابت قبل الجناية، و لو فرض عدم المعارضة و أن المقام مقام التراحم بين حقّ أم الولد و حقّ المجنّي عليه، فمقتضى كون الأول تعيينا و الثاني تخييرا هو الجمع بينهما بتعين الشقّ الآخر من التخيير و هو القصاص.

الثاني: أن يكون المراد المنع عن مطلق الانتقال اختياريّا أم غيره عن ملك المستولد أم غيره لكن بشرط أن يكون بغرض عائد إلى المستولد كأداء دينه و غير ذلك، و على هذا يكون الإرث و الاسترقاق المذكوران خارجين عن مورد المنع، لعدم عود نفعهما إلى المستولد، و كذلك نقل الوارث و المسترقّ إلى غيرهما، نعم يبقى فسخ البائع للأمة من المستولد داخل فيه، لأنّه يوجب رجوع ثمنها إلى المستولد فيكون

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٠

كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - على هذا متوجّها.

و كذا على الاحتمال الثالث و هو: أن يكون المراد المنع عن النقل الاختياري الصادر من المالك المستولد أو من يقوم مقامه كوارثه إذا باعها لأجل كفن مولاها أو ثمنها أو سائر ديون المولى الميت، لكن على هذا الاحتمال يخرج الفسخ أيضا عن مورد المنع، لأنّه لم

يصدر من المالك ولا مَن يقوم مقامه و يعمل سلطنته.

ثم من الواضح أن الظاهر هو أحد الاحتمالين الآخرين و ذلك لأننا بعد القطع بإلغاء خصوصية البيع في النواهي المذكورة و كذلك خصوصية الغرض لا- نفهم منها مطلق الانتقال الشامل لمثل الانتقال بالإرث و الاسترقاق، بل المنصرف منها إنا النقل الصادر من المالك و كذلك من يعمل سلطنة المالك، و أما النقل العائد نفعه و الغرض منه إلى المستولد و لو لم يكن صادرا منه و لا مَن يعمل سلطنته- و على هذا فمسألتنا هو الاسترقاق- ليست من أفراد النقل الممنوع، و يكون الاستثناء منقطعاً، فيكون أدلة الاسترقاق بلا مانع و مزاحم، و هذا مراد شيخنا المرتضى- قدس سره الشريف- من مخالفة الاحتمال المذكور المبني على الاحتمال الأول من هذه الاحتمالات للنص، و أما مخالفته للإجماع فربما يستشكل فيها بأنه كيف يمكن تحصيل هذا الإجماع مع أنه لم يحك التعرض لهذا الاستثناء من جميع العلماء.

و يمكن الجواب بإمكان استفادته من حكمهم في باب القصاص و الجنایات بتخيير المجنى عليه أو وليه بين القصاص و استرقاق المملوك الجاني بما يوجب القصاص على الإطلاق من دون فرق بين أن يكون المملوك عبداً أو جاريه، أم ولد أو غيرها؛ فإن هذا الحكم منهم ليس على حد حلية لحم الغنم حكماً طبيعياً لا ينافيه الارتفاع بمزاحمة حق آخر بل هو حكم فعلي.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩١

و حينئذ فمن المقطوع أن ليس من ديدن أرباب الفتوى ذكر الفتوى الفعلية بنحو الإطلاق و إحالة التقييد باب آخر، فإن بناءهم على ملاحظة مدارك المسألة ثم ذكر ما يستفاد من مجموعها من مطلقها و مقيدتها.

ألا ترى أنه لم يذكر فقيه أن الماء طاهر لا ينجسه غير التغيير بدون استثناء القليل إحالة فيه إلى ذكره في محل آخر؟ بل يتصدون أولاً لتشقيق الماء إلى أقسامه، ثم يذكرون حكم كل مستقلاً، و بالجملة ليست الطريقة المعمولة في الأخبار معمولة في الفتاوى، فبعد حكمهم فعلاً- بالتخيير المذكور في جناية المملوك مع كون أم الولد نوعاً شائعاً منه و عدم التعرض لاستثنائها شاهد قطعي على العموم.

و أما الثانية: أعني الجناية الخطائية فالمشهور أن أم الولد فيها كسائر المماليك و حكم جنائيتهم خطأ أن التخيير إلى المولى إن شاء يدفع المملوك أو مقدار الجناية إلى المجنى عليه، و إن شاء يفديه و يخلص رقبته، و قد اختلفوا في مقدار الفداء، فقال المشهور: إنه أقل الأمرين من قيمة المملوك و أرش الجناية، و قال الشيخ- رحمه الله:- إنه الأرش و لو زاد على القيمة، فالمشهور أن هذا الحكم بهذا الخلاف جار في أم الولد أيضاً.

قال شيخنا المرتضى- قدس سره- بعد ذكر ذلك: و عن الخلاف و السرائر و استيلاء المبسوط أنه لا خلاف في أن جنائيتها يتعلق برقبته،

و الظاهر أنه أراد- قدس سره- تأييد المشهور؛ فإن المراد بالتعلق برقبته كون حق المجنى عليه متعلقاً بعينها، نظير تعلق حق الديان بأعيان التركة، غاية الأمر أن للمولى الفك بأداء الفداء، و ليس المراد أن الدية تتعلق بدمية أم الولد تتبع بها بعد الحرية حتى يكون مراده- قدس سره- بيان مخالف المشهور.

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ٢، ص: ١٩١

و الشاهد على إرادة المعنى الأول من العبارة ما حكى عن استيلاء المبسوط

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٢

بعد العبارة المذكورة من قوله: و هو «أى المولى» بالخيار بين أن يفديها أو يبيعها عندنا، و عندهم على السيد أن يفديها و يخلصها من الجناية، و ما حكى عن كتاب أمهات الأولاد من السرائر بعد العبارة المذكورة أيضا من قوله: و المولى بالخيار بين أن يفديها أو يسلمها للبيع عندنا، و عند المخالف على السيد أن يفديها و يخلصها من الجناية.

ثم قال شيخنا- قدس سره -: لكن عن ديات المبسوط أنّ جنائتها على سيدها بلا خلاف إلّا عن أبي ثور فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط.

و ظاهره أنّ هذا مخالف للمشهور كما يدلّ تخصيص هذا بتصديره بكلمة (لكن) وجه المخالفة أنّ الظاهر من كلمة «على سيدها» ثبوت الإديّة في ذمّة السيد و هو ينافى مع التعلّق بالعين و جواز الفكّ للمولى، كما أنّ هذا أيضا هو الظاهر من رواية مسمع عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «أمّ الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها»، قال: «و ما كان من حقّ الله عزّ و جلّ في الحدود فإنّ ذلك في بدنها» (١).

و مثلها ما أرسل عن عليّ- عليه السلام- في المعتق عن دبر «هو من الثلث و ما جنى هو و أمّ الولد فالمولى ضامن لجنائتهم»، لكنّه- قدس سره- حمل الكلّ على أنّ المراد خروج دية الجناية من مال المولى المردود بين ملكه الجاني أو ملك آخر، فمعنى كونها على السيد عود خسارة الجناية على السيد في مقابل عدم خسارة المولى لا من عين الجاني و لا من مال آخر و كونها في ذمّة نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب فدائها في مقابل التعلّق بالعين.

(١)- الوسائل ج ١٨، الباب ٤٧، أبواب حدّ الزنا، ص ٤١٤، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٣

قال- قدس سره -: و كيف كان إطلاقاً حكم جنائيه مطلق المملوك سليمة عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أمّ الولد؛ لأنّ ترك فدائها و التخليه بينها و بين المجنى عليه ليس نقلا لها، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفادته الشريفة -: إمّا توجيهه- قدس سره- لعبارة ديات المبسوط جمعا بينها و بين عبارة استيلاء المبسوط ففي غاية المتانة، و كذلك ما ذكر أخيرا من عدم المعارضه بين إطلاقاً حكم جنائيه المملوك و النهي عن بيع أمّ الولد و قد تقدّم تقريب ذلك.

و أمّا ما ذكر من عدم كون الرواية الأولى مخصّصة لتلك الإطلاقاً فغاية تقريبه أنّ الرواية إمّا يتساوى فيها احتمال كون عنوان أمّ الولد له مدخلية في الحكم المذكور حتّى يصير المراد هو الثبوت في ذمّة السيد، أو الحمل على كون الخسارة عليه ينافى مدخلية العنوان؛ لأنّه حكم كلّ مملوك، و احتمال كون تخصيص هذا العنوان لا- لأجل المدخلية بل لنكتة دفع توهم امتيازها عن سائر المماليك بواسطة تشبّثها بالحرية حتّى يصير المراد كون الخسارة واردة على المولى، أو يقال بأظهرية الأول من الثاني لا لأجل ظهور العنوان في الاختصاص بل لكون كلمة «على سيدها» في الثبوت في الذمّة أظهر من كونها لمطلق الخسارة و الضرر.

و على كلّ حال يتعيّن العمل بالإطلاقاً المزبورة أمّا على الأول فواضح، و أمّا على الثاني، فلأنّ الأظهرية في نفس الرواية لا تنافي أظهرية الإطلاقاً منها و صرفها إلى خلاف ظاهرها، إذ قد يصير الجمع العرفي حمل المقيد على المطلق إذا كان الثاني أظهر، و مقامنا من هذا القبيل، هذا غاية تقريب ما ذكره.

و فيه: أنّ هذا مسلّم لو لا ما ذكر في ذيل الرواية من قوله- عليه السلام-: «و ما كان من حقوق الله في الحدود فإنّ ذلك في بدنها» فإنّ هذا ينفي احتمال كون القضية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٤

مسوقة لأجل دفع التوهم، إذ يصير المعنى بناء على كونها كذلك أنّ أمّ الولد مثل غيرها في أنّ جنائتها في حقوق الناس يرد خسارتها

على مولاها و مثل غيرها أيضا في أن الحدود تجرى في بدنها، و هذا من الحزازه بمكان؛ إذ لا يتوهم أحد اختلاف حكم أم الولد في الحدود عن غيرها إما بأن يسقط عنها بالمرة أو يجرى على سيدها.

فهذا قرينه واضحة على أن المراد إعطاء المدخلية للعنوان و أنه يمتاز عن غيره في هذا التفصيل؛ فإن غيره يكون جنائته في حقوق الناس و في حقوق الله كلاً متعلقه بربقتها، غاية الأمر أن المولى يجوز له فكّه في الأولى بإعطاء الديه بخلاف أم الولد فإن فيه التفصيل، فجنائتها في حقوق الناس لا ربط لها بربقتها و إنما توجب اشتغال ذمّه مولاها، و جنائتها في حقوق الله توجب جريان الحد على بدنها و لا ربط لها بسيدها.

نعم الرواية الثانية يجيء فيها ما ذكره - قدس سره - بل يتعين بملاحظة اشتغالها على المدبر، و الظاهر كما قيل عدم الخلاف في التخيير بالنسبة إلى المدبر، فلو صحّت سندها أمكن أن تجعل قرينه بالنسبة إلى الأولى لكن اعتبارها غير ثابت، إلا أن توهن الرواية الأولى بإعراض المشهور عنها من حيث عدم إفتائهم بمضمونها فتدبر.

**و منها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى**

فهل تعود ملكا طلقا بجنائتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها أو لا كما هو المشهور؟

ظاهر شيخنا المرتضى - قدس سره - انتصار الثاني، و علله بأنه

لم يتحقق بجنائتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها، و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل، انتهى

. و وجه كونه تحصيلا للحاصل أن الملكية حاصله للمولى بلا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٥

قصور فيها، غاية الأمر المحكوميّه بمنع التصرفات الناقله أو كون الأمه مستحقه على مولاها لذلك، و لا يوجب ذلك نقصا في الملك حتى يقال: الذي يراد تحصيله هو المرتبة الكاملة، كيف و هما من آثار الملكية فكيف يؤثران نقصا فيها، و هذا واضح.

و لكن قد يقال: إن الحق عند المحققين أن الحاجة إلى العلة إنما هي من جهة الإمكان لا من جهة الحدوث، فالممكن محتاج في بقائه إلى العلة كما في حدوثه، لا اشتراكهما في الإمكان، لأن بقاء الممكن ممكن بالضرورة، و حينئذ إذا فرض بقاء ممكن كملكية أم الولد في ما نحن فيه يكون بقاءه مستندا إلى العلة لا محالة، فإذا فرض عروض علة أخرى لوجود الملكية لو لم تكن موجودة بالسبب المزبور يكون نسبة الأمر الباقي بعد وجود هذه العلة إلى كل من العلتين على السواء، فاستناده إلى إحداهما ترجيح بلا مرجح، فيشتركان في السببية للبقاء كما لو اجتمعتا على الحدوث.

و حينئذ أمكن أن يقال: إن القدر المتيقن من الملكية المانعه هو المستنده إلى خصوص السبب المقدم على الاستيلاء دون المستند إلى مجموع السابق و اللاحق، كما لا يمنع المستنده إلى خصوص اللاحق على ما دل عليه رواية ابن مارد.

و أجاب عنه شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفادته الشريفة - بأن المفهوم من لفظ الاسترقاق كظائره من الاستفهام و الاسترحام و نحوهما هو طلب أصل الحقيقة في مقابل عدم الأزلي، و لا شك أن هذا المعنى لا يصدق على البقاء، فلزوم تحصيل الحاصل إنما هو بالنسبة إلى خرق عدم الأزلي حيث أنه غير قابل للتكرار، فما ذكر في الإشكال إنما هو مجرد تصوير عقلي، و أما مع الالتزام بما هو ظاهر الاسترقاق المأخوذ في الأدلة فلا محيص عن لزوم تحصيل الحاصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٦

و من هنا يظهر وجه ضعف ما قيل في توجيه الاسترقاق في المقام من أن الأسباب الشرعية يؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم يؤثر الجنائية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد في التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحه ابن يزيد المتقدمه، مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمدا.

أما الأول: فلأن الاستقلال في التصرف أثر للملكية، فإذا اعترف بعدم حصول السبب فلا مورد لثبوت أثره بناء على ما هو الظاهر من الشرع و العرف من كون الملكية أمرا واقعيًا، إذ جعلنا يترتب عليه تلك الآثار، نعم لو جعلنا الملكية عبارة عن نفس الآثار أو منتزعة منها بأن يقال: الملكية عبارة عن كون الشيء بحيث يجوز فيه جميع التصرفات أمكن أن يقال: إن سبب الملك سبب لنفس الآثار حقيقة، فإذا تعدد تأثيره في بعضها لسبق مؤثر آخر تعين تأثيره في البعض الذي لا مانع له، لكن التحقيق خلاف أصل المبنى.

و أمّا الثاني و الثالث: فمضافا إلى كونهما مجملا غير قابل للتمسك يكون التمسك فرع القابلية و الإمكان العقلي، و بعد ما عرفت امتناعه عقلا فلا مجال لإقامة الدليل الشرعي.

و أما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال في أنها لا يجوز التصرف فيها، لأنها في غير المولى يوجب اختيار المولى بين دفع الأثم حتى يسترّفها المجنى عليه أو وليه و بين دفع الفداء، و شىء من الأمرين غير معقول في حقّ نفس المولى؛ إذ لا معنى لأخذه الفداء من مال نفسه و لا لاسترقاقه مال نفسه.

و لكن هل تثبت قيمتها في ذمتها حتى تستسعى فيها بعد العتق؟ الروايات

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٧

في هذا الباب متخالفه، فروى الشيخ في الموثق على المحكي عن غياث عن جعفر عن أبيه عن عليّ - عليهم السلام - «قال: إذا قتلت أمّ الولد سيدها خطأ فهي حرّة ليس عليها سعاية» (١)، و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه - صلوات الله و سلامه عليهما -: «أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرّة لا سبيل عليها و إن قتله عمدا قتلت به» (٢).

و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه - عليهم السلام -: «إذا قتلت أمّ الولد مولاها سعت في قيمتها» (٣) و في بعض النسخ زيادة لفظ خطأ، و جمع الشيخ - قدس سرّه الشريف - بحمل الأولين على الخطاء المحض و الأخير على شبه العمد، و قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: يمكن حملها - يعني الأخيرة - على سعيها في بقيّة قيمتها إذا قصر نصيب ولدها، انتهى.

و استشكل على الأخير شيخنا الأستاذ - دام علاه - بأنه جمع لا يساعده العرف بل يرى العرف قضية «لا سعاية عليها» و قضية «سعت في قيمتها» متناقضتين، فما ذكره - قدس سرّه - جمع تبرّعي.

و منها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها

فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها و بين إمساكها و لا شىء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، ففي المستولدة يحتمل ذلك و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: لا شبهة في أنه لو قلنا في

(١) - الوسائل: ج ١٩، الباب ١١، أبواب ديّات النفس، ص ١٥٩، ح ٢.

(٢) - المصدر نفسه: ح ٣.

(٣) - المصدر نفسه: ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٨

أصل المسألة بأنّ الباب باب العوضيّة تعبدًا و قلنا بذلك في ما نحن فيه أيضا كان هذا استثناء عن قاعدة المنع، و أنّه لو قلنا بالعوضيّة في أصل المسألة لأجل دليل عام يشمل المقام فنبسته مع دليل النهى عن بيع أمّ الولد عموم من وجه، فترجع بعد التساقط إلى استصحاب منع المعاوضة الثابت قبل الجناية، و في أنّه لو قلنا في أصل المسألة بعدم تعبد خاص و مقتضى القاعدة أيضا عدم كون باب الدية باب العوض، فكما لا - يوجب في الحرّ مملوكيته فكذلك في الحرّ، و السرّ أنّه ليس عوضا عن نفس الرقبة بل عمّا فات

بالجناية، فليس المقام من الاستثناء فى شىء.

### و منها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقّت

حكاه فى الروضة، قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفه:- إما أن نقول بأنّ اللقوق بدار الحرب لا يوجب زوال رقيتها لمولاها، و إما نقول بإيجابه لذلك، فإن قلنا بالأول فإن استرقّها هو، فلا معنى لاسترقاقه ملك نفسه، و إن استرقّها غيره فكذلك أيضاً، إذ دليل الاسترقاق لا يشمل مملوك المسلم حتى يقال بأنه بنفس الاسترقاق يزول ملكه و يصير ملكا للمسترق نظير الالتقاط. و إن قلنا بالثانى فلا إشكال مع استرقاق الغير، و ليس جواز نقله استثناء عن قاعدة المنع، و أما مع استرقاق المولى فيمكن القول بجواز التصرفات الناقلة أيضاً بدعوى انصراف النهى إلى غير هذه الصورة و هو ما إذا بقى الملك الذى وقع فيه الاستيلاء، ألا ترى أنه لو باعها فى ثمن رقيتها ثم صار موسراً فاشترها ليس مضمولاً للنهى؟ فكذا فى المقام، و لا أقل من أن المتيقن من النهى غير هذه الصورة فتدبر.

و قد الحق بهذه الصورة ما لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكانت فى ما أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمه المولى إلّا بعد القسمة، و قلنا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ١٩٩

بأنّ القسمة لا تنقض، و يغرم الإمام- عليه السلام- قيمتها لمالكها، لكنّ المحكى عن الأكثر و المنصوص أنّها تردّ على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتلة.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفه:- إن كان الأسر موجبا لخروجها عن الرقية لمولاها فالكلام كما تقدّم، و إن كانت باقية على رقيتها له فمجرد وقوع القسمة جهلاً بكونها ملكاً له لا يوجب حسب القاعدة خروجها عن ملكه، بل مقتضاها نقض القسمة بعد انكشاف الحال، لوضوح أنّه لا يحلّ مال أحد بقسمة الغير له، و حينئذ فلا ينطبق شىء من الأمرين من الغرامة لمولاها من بيت المال و من الغرامة للمقاتلة على القاعدة.

### و أمّا القسم الثانى: و هو ما إذا عرض لها حقّ لنفسها أولى بالمراعاة من حقّ الاستيلاء

فمن موارده ما إذا أسلمت و هى أمه ذمى

فإنّها تباع عليه، بناء على أن حقّ إسلامها المقتضى لعدم سلطنة الكافر عليها، أولى من حقّ الاستيلاء المعرض للعتق. قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفه:- لا إشكال فى حكم المسألة بعد حكومه آية نفى السبيل «١» على جلّ القواعد التى منها النهى عن بيع أمّ الولد، إنّما الإشكال فى تصحيح كلام شيخنا المرتضى- قدس سرّه الشريف- حيث إنه بعد ما فرض تكافؤ الدليلين جعل المرجع عمومات صحّة البيع دون قاعدة السلطنة المقتضية لعدم جواز بيعها عليه لحكومة الآية على القاعدة. فإنّه يرد عليه أولاً: أنّ المرجع على فرض تسليم التعارض هو استصحاب المنع الثابت قبل الإسلام دون العمومات المذكورة كما كان هذا مختاره فى نظيرى المسألة من مسألة البيع فى ثمن الرقبة حال الحياة و البيع فى الكفن، فجعل المرجع

(١)- النساء / ١٤١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٠

فى الأوّل أصالة الجواز، و فى الثانى استصحاب المنع، و لم يجعل المرجع فى شىء منهما العمومات المذكورة، فإن كان لها عموم أزمانى فما وجه ما ذكره فيهما و إلّا فما وجه ما ذكره فى هذا المقام.

و ثانيا: أنه بعد ما فرض التعارض فما وجه تعليل عدم مرجعية القاعدة بحكومة الآية؟ فإن الحكومة مع فرض التعارض لا يجتمعان. قال شيخنا الأستاذ- دام ظلّه-: يمكن ذب الإشكالين عن كلامه- قدس سرّه- بأن يقال: إنّه- قدس سرّه- أوّلا تمسك بالوجه الاعتباري بعد إحراز المقتضى لكلا الحقيين من إطلاق مادّة الدليلين، فإنّه قد يستفاد ذلك من الدليل الناظر إلى الحكم الفعلي كأكرم العلماء، و بعد هذه الاستفادة تمسك لترجيح حقّ الإسلام على حقّ الاستيلاء بأهميّة الأوّل اعتبارا، فلو كان الدليلان متعارضين أيضا كُنّا نقدم حقّ الإسلام لأولويته بالمراعاة.

و ثانيا: بعد تسلّم أنّ هذا الاعتبار لا اعتبار به و أنّ إطلاق المادة لو خلّى و هو متكافئان تمسك بالحكومة و أنّه بسببها نستكشف إنّ أهميّة جانب الإسلام.

ثمّ بعد محكومة دليل النهى بدليل نفى السبيل يدور الأمر بين أمور، الأوّل:

بقاء ملكية الذمّي و عدم جواز إخراجها عن ملكه، و الثاني: العتق أو الانعتاق عليه قهرا، و الثالث: البيع عليه قهرا، فالأول مناف لنفى السبيل و يكون كزا على ما قرء، و الثاني مناف لاحترام مال الذمّي، و الثالث مدلول دليل بيع المملوك الكافر على المسلم مع عدم منافاته لقاعدة إلّا قاعدة السلطنة المفروض ارتفاعها بحكومة دليل نفى السبيل.

فمراده- قدس سرّه- من تكافؤ الدليلين تكافؤ إطلاق مادّتهما في إثبات المقتضى الغير المنافي مع حفظ حكومة الهيئة في أحدهما، و الشاهد على هذا تصريحه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠١

في ذيل الكلام بحكومة دليل نفى السبيل على جلّ القواعد، و مراده- قدس سرّه- بعمومات صحّة البيع هو عموم بيع المملوك المسلم على المولى الكافر، و هو و إن كان نسبه مع دليل النهى عن بيع أمّ الولد عموما من وجه لكن مقتضى ذلك تعارضهما مع عدم وجود حاكم على أحد الطرفين في البين و قد فرض حكومة دليل نفى السبيل على الثاني فيكون الأوّل سليما عن المعارض، و هذا معنى مرجعيته، و على هذا فيكون كلا الإشكالين مندفا.

أمّا الأوّل؛ فلاّنّ وجه عدم الرجوع إلى الاستصحاب إمّا في جانب الجواز و إمّا في طرف المنع هو وجود الدليل الاجتهادي و ليس هو عموم أوّفا بالعقود و أحلّ الله البيع بل عموم ما ورد في بيع المملوك المسلم على الكافر، و أمّا الثاني فليس المراد بالتكافؤ تكافؤ الهيئتين بل تكافؤ المادتين مع حفظ حكومة إحدى الهيئتين على الأخرى فتدبر.

فإن قلت: بعد حكومة دليل نفى السبيل يدور الأمر بين رفع اليد إمّا عن دليل الاحتراز و الالتزام بالعتق أو الانعتاق القهريين و بين رفع اليد عن دليل النهى عن بيع أمّ الولد و الالتزام بجواز البيع عليه، و لا ترجيح للثاني على الأوّل فما وجه تعيينه؟ قلت: مقتضى الجمع الدليلي ما ذكرت، و لكنّ الظاهر أنّ الأوّل خلاف الإجماع و بضميمته يتمّ المطلوب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٢

### [السبب الثالث من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]

بيع المرهون

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا،

فإنّ الظاهر بل المقطوع به في كلام شيخنا المرتضى- قدس سرّه- الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون و روى مرسلا عن النبي صلي الله عليه و آله و سلّم أنّ الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف، إنّما الكلام في أنّ بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟



و الذى قواه شيخنا المرتضى - قدس سره - هو الثانى

للعوموات السليمة عن المخصيص؛ لأنّ معقد الإجماع والأخبار الظاهرة فى المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت فى محلّه من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: الجمع العرفى بين إطلاقات وعمومات صحّة البيع، و خصوص النهى عن بيع الراهن ليس إلّا ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم ببطلانه رأسا كما هو الحال فى الجمع بين تلك الإطلاقات والعمومات، والنهى عن بيع الوقف و بيع أمّ الولد و بيع الغرر و غير ذلك، و لو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحّة التأهيلية لكان اللازم ذلك فى تلك المقامات أيضا.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٣

فنقول: مفاد النهى مع ذينك الإطلاق و العموم قابلية أصل العقد للتأثير و الحالة الكذائية مانعة عن استقلاله فيه، فلا ينافى تأثيره الضمنى بضميمة زوال تلك الحالة، فمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أمّ الولدية أو الوقفية أو الجهالة، و الحال أنّ أحدا لا يقول بذلك بل من المسلم احتياج المعاملة بعد زوال تلك الحالة إلى صيغة جديدة، و عدم فائدة فى الصيغة الأولى رأسا، و إذن فما الفرق بين تلك المقامات و مقامنا، و هل النهى عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلّا مثل تلك النواهي.

فالأسدّ فى إثبات القول المزبور هو اختيار طريقة أخرى اخترناها فى تصحيح عقد الفضولى بعد ردّ الطريق المذكور فيه أيضا بمثل ما ذكرنا و هى أن يقال - بعد أنّ قوله أحلّ الله البيع ظاهر فى البيع المسببى، أعنى: النقل و الانتقال، دون السببى، أعنى: الإنشاء المظهر باللفظ، و هذا المعنى محمول على مصاديقه العرفية، فكلما حكم فيه العرف بتحقيق المبادلة و النقل و الانتقال يحكم عليه الشرع بحكم أحلّ -: أنّ الشارع ربّما يخطئ العرف فى تشخيص بعض المصاديق و يقول: ما حكمتكم بمصاديقته ليس بمصداق واقعا، و هذا هو الحال فى بيع الغرر و أمثاله ممّا انفكّ نظر العرف فيه عن نظر الشرع، و ربّما يقرّره فى تشخيص بعض آخر و يقول: قد أصبتم فى حكمكم بالمصاديق أو بعدمها فى مورد فلانى.

و من هذا القبيل مقامنا و بيع الفضولى، فإنّ العرف كما لا يرى المبادلة متحققة بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لا يراها حاصله بمجرد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، و كما لا يفرق فى حصولها بين حصول إجازة المالك فى الفضولى قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك فى المقام أيضا لا يفرق بين الصور المذكورة بالنسبة إلى إجازة المرتهن فى الحكم بالحصول فى جميعها، فإذا قال الشارع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٤

الراهن ممنوع من التصرف البيعى فمعناه عند العرف أنّ حقيقة المبيعة و المبادلة لا يتحقق منه إلّا بعد لحوق إجازة المرتهن و ليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنه حينئذ يصير من باب التعبد و التخطفة المصاديق و قد فرضناه ليس بهذا الصدد، و إنّما هو بصدد التقرير و المشى على طبق ارتكازهم و طريقتهم، و المفروض أنّ طريقتهم إنّما هو المنع قبل الإجازة لا بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور واردا فى هذا المقام لا فى مقام التعبد و التخطفة.

هذا مضافا إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى - قدس سره - من أنّه على تسليم الظهور فى بطلان التصرف رأسا يمكن التمسك بأدلة الفضولى بعد الأولوية القطعية، فإنّه إذا كان بيع الأجنبى للعين المرهونة سواء كان لترقب الإجازة أم باعتقاد المالكية أم بالبناء الغصبى العدوانى صحيحا نافذا عند إجازة الراهن و المرتهن بواسطة تلك الأدلة، فمن المقطوع أنّ حال الراهن الذى هو المالك ليس بأدون من ذلك الأجنبى، و لازمه صحّة البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، و بالجملة يمكن التصرف فى الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظة تلك الأدلة بضميمة هذه الأولوية القطعية.

ثمّ قال شيخنا - دام أيام إفاداته الشريفة -: و هنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، و هو أن يقال: ليس المقام كعقد

الفضولي؛ فإنَّ العرف كما عرفت لا يرون المبادلة هناك حاصلة إلَّا بعد إجازة المالك، و أمَّا هنا فمصدق المبادلة و البيع المسببي محقق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأنَّ حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقُّق البيع - بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشتري - كذلك هنا أيضا الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة و كونها وثيقة لدين المرتهن تصير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٥

منتقلة إلى المشتري.

و كما أنَّ سلب المنافع هناك لا يوجب عدم صحَّة اعتبار الملكية و المبادلة و ذلك لوجود ما يصحَّ انتزاع ذلك عنه و هو المنافع المتجددة بعد انقضاء المدَّة كذلك هنا أيضا ليس الممنوعية عن التصرفات موجبة لعدم اعتبار الملكية و البيع، إذ يكفي في صحَّة انتزاعهما كون العين جائر التصرف من البيع و الإجارة و غيرهما من المشروطة بالملك عند إجازة المرتهن و كون نماءاتها للمالك. و إذن فنقول: مقتضى عموم أحلَّ الله البيع صحَّة هذا البيع و لو لم يلحقه إجازة المرتهن، غاية الأمر كون المشتري مع جهله بالحال مختارا في الفسخ و الإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر و بيع أم الولد ممَّا يرى فيها العرف حقيقة المبادلة، و مقتضى العموم المذكور فيها أيضا هو الوقوع. و لكنَّ الفرق بين المقامين أنَّ النهي الخاص المتعلق بخصوص البيعين تخصيص ذلك العموم و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة و الاستيلاء بعد ذلك و عدمه.

و أمَّا المقام فالنهي الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنَّ الخبر الوارد في المقام قوله في المرسل: «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» و لم نعثر فيه على خبر آخر بناء على شمول التصرف لمثل هذا الإنشاء المستعقب للانتقال العرفي و كونه حراما و فاسدا.

و حينئذ فنقول: قد قام الدليل من الخارج على أنَّ المرتهن لو باع يصحَّ بيعه بإجازة الراهن، فالأمر دائر في الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعية الرأسيَّة المنافية للصحة التأهليَّة أيضا، غاية الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن في تصرفاته الناقله و بين أن يحمل التصرف على عمومه و إطلاقه بالنسبة إلى المرتهن، و لكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعية الاستقلال في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٦

التصرف الغير المنافية مع الصحة التأهليَّة.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء و علم بأنَّ زيد العالم يستحب إكرامه فإنَّ الأمر دائر بين التصرف في المادة بتخصيص العلماء بما سوى زيد، و بين التصرف في الهيئة بحملها على مطلق الطلب، و حينئذ فلو لم نقل بأظهرية المادة في المقام المقتضية لحمل الهيئة على ممنوعية الاستقلال فلا أقلَّ من الإجمال، فيكون إطلاق أحلَّ الله البيع بالنسبة إلى ما بعد لحوق الإجازة سيما عن المعارض و المقيّد، و بعبارة أخرى يكون القدر المتيقن الخروج هو البيع الغير المرضي به فيبقى البيع المرضي به داخلا تحت الإطلاق. فلا وجه للقول بالبطلان و إن قواه بعض الأساطين - قدس أسرارهم - كما لا وجه لما قد يقال في توجيه البطلان من أنَّ الرهن و البيع متفانين، و على القول بكاشفيَّة الإجازة يلزم اجتماعهما في زمان واحد و هو ما قبل الإجازة.

و فيه أولا: أنَّه لا منافاة بينهما عقلا كما عرفت، لإمكان رهن مال الغير.

و ثانيا: سلّمنا منافاة بواسطة إرسالهم إياها إرسال المسلم، و لكنَّ القائل بالكشف كما يقول بانتقال الملك من حين العقد يقول بزوال الرهانة أيضا من حينه، فلم يجتمعا في زمان واحد.

و ثالثا: لا يلزم من القول بالكشف في الفضولي بعد كونه خلاف القاعدة كما قرر في محلّه و كون النقل على وفقها، القول به هاهنا مع اختصاص الدليل - و هو صحيحة محمد بن قيس - بذلك الباب و عدم إجماع في المقام أيضا.

و رابعا: لو قال بالكشف في الإجازة فلا وجه للقول به في الفكّ و الإسقاط و السقوط بالإبراء حتّى يقال: لا معنى لكشف عن سبق

زوال الرهن فيها، و ذلك للقطع بتأخر زوال الرهانة، أعنى: حصوله حينها، و حينئذ فكيف التوفيق بين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٧

الفكّ الحالى و الانتقال الماضى، وجه عدم الوجه اختصاص دليل الكشف بالإجازة فلا بدّ فى غيرها من الفكّ و أخويه من المشى على طبق القواعد من النقل، و عليه فلا يلزم شىء، هذا.

بقى الكلام فى كاشفيته الإجازة و الفكّ و الإسقاط و الإبراء و ناقلتيها أو التفصيل بين الإجازة و غيرها بكاشفيته الأولى و ناقلتيه غيرها كما يظهر تقويته من كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالمة -: القول بالكشف فى مسألة الفضولى تارة مستند إلى القواعد و أخرى إلى التعبد، و على الأوّل قد نختار تقريب صاحب الفصول من جعل الشرط وصف التعقّب الحاصل حال العقد فيخرج عن الشرط المتأخر و يكون من الشرط المتقدم، و قد نختار تقريب صاحب الكفاية - أعلى الله مقامه - من كون الشرط هو الوجود للنحاطى لا الخارجى و هو مقارن سواء قارن الوجود الخارجى أم سبق أم لاحق، و هذا أيضا يخرج عن الشرط المتأخر إلى المتقدم.

و هذان ممّا لا يلتزم بلازمهما القوم مضافا إلى كونهما خلاف ظاهر الأدلّة، أما الأوّل فلاّذّ اللازم منهما جواز تصرفات المشتري من الفضولى فى المبيع قبل الإجازة إذا علم بلحوقها و لا يلتزم به القوم، و أما الثانى فلاّذّ الظاهر من الأدلّة أنّ الشرط إجازة المالك و هذا إجازة غير المالك.

و قد نختار تقريب آخر هو ظاهر المشهور القائلين بالشرط المتأخر و هو أن يقال كما هو عبارة جامع المقاصد و الروضة على المحكى: بأنّ العقد سبب تامّ فى الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فى الفضولى إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاما، يوجب ترتّب الملك عليه و إلّا لم أن لا يكون الوفاء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٨

بالعقد خاصّة بل به مع شىء آخر، انتهى.

و توضيح المراد منه أنّ مقتضى العمومات أنّ متعلّق الوفاء هو العقد، و معنى الوفاء به هو الجرى على طبق مفاده و مضمونه و هو إمّا النقل من حينه بناء على دخل الزمان فى المنشأ قيدا على خلاف التحقيق، و إمّا النقل على وجه الإرسال و الإطلاق من دون تحديد فى أوّله و لا فى آخره، و مقتضى هذا مقارنة زمان المعلول الذى هو المضمون لزمان علته الذى هو العقد، كما أنّ النار ليس مؤثرا فى الإحراق المقيّد بالحال و إنّما الحال ظرف تأثيرها، و لكن حيث إنّ أثرها الإحراق المطلق المرسل لا المبهم المهمل فلازم ذلك عدم تأخر الإحراق عن زمان وجود النار، هذا مقتضى العمومات.

و أمّا الدليل الدالّ على اعتبار الرضا و طيب النفس من المالك أو من له الاختيار فإن كان ظاهرا فى اعتبار خصوص الرضا المقارن دون المتأخر لم يكن بدّ من رفع اليد عن العموم فى غير صورة مقارنة الرضى، و أمّا إذا كان المتيقّن منه اعتباره فى قبال عدم وجوده رأسا لا سابقا و لا مقارنا و لا لاحقا، فمقتضى الأخذ بالعموم فى ما سوى القدر المتيقّن و الاختصار فى التخصيص على مقدار المتيقّن هو القول بلزوم الوفاء عند تأخر الرضا كما فى صورة مقارنة، و قد عرفت أنّ قضيه الوفاء بالعقد و الجرى على مضمونه من التملك من حينه أو التملك المرسل الملازم مع التملك من حينه هو الحكم بعد الإجازة المتأخرة لحصول هذا المضمون، أعنى: حصول الملكية من حين العقد، لأنّ غير ذلك أجنبى عن العقد و مفاده خارج عن اسم الوفاء به و الجرى على طبقه.

غايه الأمر يبقى هنا إشكال أنّه يلزم اجتماع المالكين فى مال واحد فى قطعته واحدة من الزمان و هى ما بين الإجازة و العقد، و أيضا كيف يمكن التأثير من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٠٩

اللاحق فى السابق؟

و الجواب عن كلا الإشكاليين يتضح بملاحظة باب الإجارة، ألا ترى أن المؤجر ينقل المنفعة في القطعة المستقبلة إلى المستأجر مع كونها قبل ذلك للمؤجر؟

فلا مانع من وجود المالكين في القطعة الواحدة بعد تعدد زمان الاعتبار، فالحال في القطعة السابقة في مقامنا حال القطعة اللاحقة في الإجارة، فما قبل الإجارة كان المعتبر ملكية الدار مثلا للمالك الأصلي و ما بعدها يعتبر ملكيتها في تلك القطعة الخاصة الماضية للمشتري من الفضولى.

و في الحقيقة مرجع هذا الوجه أيضا إلى الشرط المتقدم؛ فإن الحكم بمضمون العقد إنما هو بعد الإجارة الخارجية و إن كان المحكوم به متقدما، و هذا سالم عن الإشكاليين السابقين الواردين على الوجهين المتقدمين كما هو واضح، إلا أنه يرد عليه أن مفاد العقد على ما هو التحقيق ليس إلا إنشاء حقيقة الملكية معزاتا عن جميع القيود حتى قيد الإطلاق و الإرسال، و إذن فاللازم تأخر هذا المنشأ عن كل ماله دخل في التأثير، و إذن فالكشف بهذا المعنى غير معقول، و إذا ورد في النصوص ما ظاهره ذلك فلا بد من التصرف و تأويله إلى إرادة الكشف الحكمي بمعنى التعبد بآثار الملكية السابقة، و على هذا فالمطابق للقواعد هو النقل، و الكشف الحكمي ثابت بالتعبد.

إذا عرفت ذلك فنقول في المقام: إن اخترنا مذهب المشهور من كون الكاشفية على وفق القواعد فعين التقريب المتقدم جار في المقام حرفا بحرف، فإنه يقال: إذا لم يكن للدليل الدال على مانعية الرهانة ظهور في أن وجود الرهانة حال العقد مانع و لو طرأ عليه الزوال بعد ذلك كما هو الحال في مانعية الوقف و الاستيلاء و الغرر بل القدر المتيقن منه دوران المانعية مدار وجودها، ففي أى زمان كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٠ ارتفعت زال المانع عن تأثير العقد.

و حينئذ فكما قلنا في الفضولى أنه حين حصول الإجارة تحقق شرط نفوذ العقد و معنى نفوذه تحقق مضمونه من هذا الحين، و مضمونه الملكية من حينه أو ملازم لها، كذلك نقول هنا: إنه حين ارتفاع الرهانة ارتفع مانع نفوذ العقد، و معنى نفوذه تحقق مضمونه من هذا الحين و هو الملكية المقارنة لحال العقد، إذ لا فرق في الجهة المذكورة بين الشرط و المانع، و مجرد كون الإجارة لها لسان في إمضاء ما هو مضمون العقد بخلاف الفك و نحوها- فإنه من هذا الجهة لا لسان له أصلا- لا يوجب الفرق فإن هذا إنما يكون فارقا لو كان المؤثر في حدوث الملك هو الإجارة و الفك، و أما إذا كانا موجبين لتمامية العقد في التأثير فلا تفاوت بين وجود هذا اللسان و عدمه و هذا واضح.

بل الإجارة في مقامنا من حيث كونها دخيلة لا- لسان لها؛ فإنها من حيث نفسها غير معتبرة كما في إجارة المالك، بل المعتبر رفع المانع، فالإجارة إنما يعتبر بها من حيث كشفها عن رفع المرتهن يده عن المنع و الرد، و من هنا قالوا بصحة العتق مع كونه من الإيقاعات الغير القابلة للوقوف بإجارة المرتهن، و من هنا أيضا اختار بعض عدم مصرية الرد السابق في الإجارة اللاحقة، إذ ليس بأزيد من عدم رفع اليد عن حقه، و الإجارة معناها رفع اليد عنه، هذا بناء على ما هو المشهور بين القائلين بالكشف.

و أما على ما هو الحق من الكشف الحكمي فلا بد من الاقتصار على مقدار الدليل بعد كون مقتضى العمومات هو النقل، و مقتضى صحيحة محمد بن قيس التي هي المستند في ذلك الباب ليس إلا الكشف في خصوص الإجارة المالكية في باب البيع، و على فرض التعدى بضميمة الإجماع على عدم الفرق إلى سائر الأبواب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١١

من الصلح و الإجارة و غيرها من العقود الواقعة على ملك الغير، فلا وجه للتعدى إلى مثل إجارة المرتهن في المقام التي قد عرفت أنها ليست من قبيل تميّة المقتضى، بل رفع المانع فضلا عن التعدى إلى غيرها من الفك و الإسقاط و الإبراء، فلا محيص فيها عن المشى على القاعدة من النقل، هذا.

و مما ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - من أن القول بالكشف في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوى، لأن إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، و هي هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه،

لأن الفحوى المذكورة ممنوعة غاية المنع بناء على ما هو قضية القواعد من النقل كما هو مختاره - قدس سره - أيضا، فإذا ورد التعبد بالكشف الحكمى فى ما هو من قبيل جزء المقتضى لا يمكن التعدى منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، و هل هو إلا القياس الممنوع؟ نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيدا بناء على جعل قضية القواعد هو الكشف.

و ظهر مما ذكرنا أيضا أن الفك فى المقام لا شباهة له ببيع الفضولى لنفسه ثم تملكه، و ذلك لأن الإشكال فى تلك المسألة أن حقيقة البيع هو المبادلة عن شخصى المالكين الموصوفين بالمالكية حال العقد، فإذا تغير الشخص المالك حال العقد مع المالك حال الإجازة، فلا يرتبط الإجازة بالمجاز، و هذا الإشكال غير وارد فى المقام فى صورة الفك و نحوه، فإن الذى تعرضت لنقله المعاملة البيعية إنما هو الإضافة الملكية و هى وقت العقد و الفك ثابتة لشخص واحد و هو الراهن.

نعم الإضافة الحقيقية قد اختلف من قامت به، فحال العقد كانت للمرتهن و حين الفك صارت للراهن يعنى تمخضت العلاقات له، فلو كانت المعاملة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٢

البيعية متصدية لنقل الحق و مبادلته أيضا كان الإشكال المذكور بالنسبة إلى الحق جاريا، و لكن من المعلوم أن المبادلة إنما هى بلحاظ ملكية الرقبة من غير تعرض للحقوق المتعلقة بها و عليه فلا إشكال.

ثم إن ما تقدم من الكلام فى تصحيح بيع الراهن بإجازة المرتهن يجرى حرفا بحرف فى تصحيحه عند فوات موضوع حق المرتهن بالإسقاط أو السقوط و ذلك بأن يقال: قضية أحل الله و أوفوا هو الصحة فى هذا الفرد سواء قبل السقوط أم بعده، و لكن بعد ورود الدليل على المنع فى حال عدم السقوط مع إجماله بحيث لم يعلم أنه منع دائمى أو ما دام عدم السقوط يؤخذ فى ما سوى القدر المتيقن بالعموم المذكور.

لا يقال: حيث إن الإجمال إنما نشأ من عطف المرتهن على الراهن، و المنع فى المرتهن معلوم أنه معيى بإجازة الراهن و لا ينفعه شىء آخر، فالمناسب أن يكون فى طرف الراهن أيضا غاية المنع إجازة المرتهن ليس إلا، فلا إجمال من حيث السقوط بغير الإجازة.

لأننا نقول: غاية ما ذكرت حدوث احتمال ثالث فى العبارة؛ فإن المعلوم أن المنع فى طرف المرتهن منع عن الاستقلال، غاية الأمر قد علم من الخارج أن الضميمة المحتاج إليها فيه ليس إلا الإجازة، فالذى يعلم من ذلك فى طرف الراهن إنما هو كون المنع منعا عن الاستقلال، و أما ما يحتاج إليه فى تمامية التأثير ماذا؟ ففى هذا الطرف غير معلوم، فمن الأمور المحتملة كونها كافية فى تميم التأثير هو السقوط بغير الإجازة و إن كنا نحتمل أن يكون خصوص إجازة المرتهن حتى لا يمكن الصحة بعد زوال موضوع الحق، لامتناع لحقوق الشرط الذى هو الرضى من المرتهن بامتناع موضوعه، فإذا كان العموم موجودا يرجع إليه فى مورد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٣

الشك، فالتقييد الوارد عليه إما بتقييد عنوان العقد بما وقع على العين الغير الواقعة تحت الرهن بحيث كلما خرج عن تحته كان كافيا و لو بعد وقوع العقد عليها مرهونه، و إما بتقييد الأمر بالوفاء بجعله مشروطا بما بعد السقوط.

فليس المقام على كل حال من التخصيص الفردى حتى يقال إنه بعد خروج هذا الفرد فى زمان، أعنى: ما قبل السقوط، فعموم العام له بعد ذلك الزمان محتاج إلى العموم الأزمانى و هو مفقود فى المقام فلا بد من الرجوع إلى استصحاب عدم النقل و الانتقال.

و إن كان هذا المعنى يظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -؛ فإنه أولا استظهر إلحاق الفك و الإسقاط و نحوهما بالإجازة، لأن المانع قد زال، ثم احتمل أن لا ينفك الفك و نحوه فى التصحيح بملاحظة أن صحة بيع الراهن لكونه فى ما فيه حق المرتهن منوطه

برضى المرتهن و هو قد امتنع حصوله بواسطة فوات موضوعه و فوات الموضوع و إن كان متحققاً في طرف الإجازة أيضاً إلا أنه فوات مترتب على الإجازة التي هي الشرط، و هذا بخلاف الفك و نحوه؛ فإنه ليس في ذلك دلالة على رضى المرتهن بمضى البيع أصلاً، فحال البيع في صورة الفك و نحوه حال البيع الفضولي الذي صار بعد ذلك مالكا، فكما أن إجازة من له الإجازة حال العقد ممتنعة هناك، فكذلك في المقام، و أيضاً حاله حال نكاح العبد بعد عتقه قبل إجازة المولى حيث لا يثمر العتق في نفوذ النكاح لامتناع لحوق تأثير الشرط في استقلال عقده و هو رضى المولى.

ثم قال - قدس سره -: مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فنستصحب حكم الخاص، و ليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمانى حتى كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٤

يقال: إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام.

و كآته - قدس سره - أولاً تمسك بإطلاق المخصيص الدال على إطلاق الممنوعيه في غير صورة رضى المرتهن و لو بعد فوات حقه، ثم بعد الغض عن هذا الإطلاق

قال: إن المقام ليس من مرجعيه العام لعدم العموم الأزمانى،

ثم استدرك عن هذا الكلام

و قال: لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى و إنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذكرنا إلى أن أدله سببيه البيع المستفاده من نحو أوفوا بالعقود و «الناس مسلطون على أموالهم» و نحو ذلك عامه، و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب، و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص فافهم، انتهى ما أردت نقله من كلامه المنيف - أعلى الله مقامه الشريف.

و حاصل هذا الكلام تسليم سقوط العموم في الحكم الفعلى عن قابليته الاستدلال؛ لعدم العموم الأزمانى، لكن مع ذلك لا يرجع إلى استصحاب حكم الخاص بواسطة استفادة المناط الشرعى و معاملته باب المزاحمة بين المناط في المقام، و ذلك لأننا نستفيد من العمومات - أعنى: بإطلاق مادتها - تامية العقد في السببيه و نستفيد من دليل مانعية الرهن أنه من جهة المزاحمة و كونه أحق بالمراعاة لا من جهة كسره في اقتضاء المقتضى، فمقصوده من أن المقام مقام العمل بالعام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٥

هو العمل بالعموم الاقتضائى و أن التخصيص إنما ورد في العموم في الحكم الفعلى دون الاقتضائى.

و حينئذ فقاعدة باب المزاحمة بحكم العقل أن السبب يؤثر أثره إذا زال المزاحم عن تأثيره، و ليس هكذا الحال في نكاح العبد بدون إذن سيده، فإن عدم الاستقلال فيه ليس لأجل المزاحمة بل لقصور المقتضى فلا يمكن بعد زوال الرقية الحكم بنفوذ تأثير السبب و فعليته لعدم معلوميه حد المقتضى، فيكون استصحاب عدم اللزوم محكماً، هذا ما أفاده - أعلى الله مقامه.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - أعلى الله شأنه و أدام على الطلاب فيوضات بحثه - أولاً: إذا أسقطتم عموم أوفوا بالعقود عن قابليته التمسك عند إجمال دليل المنع و عدم إطلاقه لما بعد السقوط فلم ما ذكرتم ذلك في مسأله الفضولى بعد إجمال دليل اشتراط طيب نفس المالك و رضاه و عدم دلالته على خصوص الرضى المقارن؟

فمقتضى ما ذكرتم هنا أن تقولوا بسقوط العموم المذكور أيضاً عن الاستدلال، فإن خروج هذا العقد في زمان، أعنى: ما قبل إجازة المالك يوجب عدم التمسك بالعموم بعده لعدم العموم الأزمانى، و لكنكم قلتم في ذلك الباب بأن الباب باب التقييد لا التخصيص

الفردى بمعنى أن العقد مطلق وعمّ من المجاز وغيره، و أوفوا مطلق غير مشروط بالإجازة و عدمها، فإذا صار دليل الاشتراط مجملا من حيث اعتبار المقارنة فالمقدار الذى يرفع اليد عن الإطلاق إنما هو بالنسبة إلى أصل الرضى، و أما المقارنة فالإطلاق بالنسبة إليه محكم، و إذا كان الحال فى ذاك المقام بهذا المنوال بل و فى إجازة المرتهن فى مسألتنا حيث صرّحتم بكونه من باب التنوع لا التخصيص، فلم يعلم ما وجه الفرق بين ذينك المقامين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٦

و هذا المقام، أعنى: مسألة فكّ الرهن و سقوط بالإسقاط و نحوه فإنّ عين هذا الكلام جار فيه بلا فرق و تفاوت.

و ثانيا: إذا أغمضنا عن ذلك الإشكال و سلّمنا سقوط العموم عن قابليّة الاستدلال فالمرجع ليس إلّا الاستصحاب و إتمام المرام بمعاملة باب المزاحمة بين المناطات الشرعية المعلومة فى غاية الإشكال.

أمّا أولا: فلأنّه إذا فرضتم عدم عموم أوفوا فى الحكم الفعلى، و خروج الفرد عن تحته فى ما قبل السقوط فمن أىّ طريق يستكشف السببية و الاقتضاء فى هذا العقد، و المفروض انحصار طريقه فى الاندراج تحت العموم المتعرض للحكم العقلى المفروض العدم فى المقام؟ و إطلاق المادّة إنّما يؤخذ به فى قبال التقييدات العقلية الواردة على الخطاب لا فى قبال القيود الشرعية اللاحقة له و لو بدليل منفصل، فمن المحتمل كون المقام من باب قصور المقتضى، و إذا جاء الاحتمال كفى فى مرجعية الاستصحاب و إن كان المقصود أن أوفوا و أمثاله أحكام حيثية اقتضائية غير متعرضة للحكم الفعلى، فما وجه الاستدلال به فى مقامات كثيرة لدفع احتمال شرطية أمر أو مانعيته إلّا بناء على قاعدة المقتضى و المانع، التى تقرّر فى محلّه عدم تماميتها باعترافه - قدّس سرّه.

و أما ثانيا: فسلمنا استفادة السببية من العموم فى الحكم الاقتضائى و أن التخصيص إنّما هو بالنسبة إلى الحكم الفعلى دون الاقتضائى المستكشف منه، فمن أىّ طريق يستكشف كون مانعية الرهن قائمة بوجوده دائرة مداره إثباتا و نفيًا؟ فمن المحتمل كونها قائمة بأصل الحدوث و لو زال و لم يبق فإنّ المفروض إجمال دليل المنع أيضا من هذا الحيث، فإذا جاء هذا الاحتمال أيضا كفى فى الرجوع إلى الاستصحاب.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٧

فإذن فالأسلم هو الطريقة التى مشيناها من الرجوع إلى العموم فى الحكم الفعلى كما مرّ توضيحه، هذا بالنسبة إلى أصل الصحة، و أما بالنسبة إلى النقل و الكشف فقد عرفت الكلام.

لكن يظهر من كلام شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - أنّه سواء قيل فى الإجازة بالكشف على طبق القاعدة بناء الاستدلال على ما ذكره جماعة من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه، أم قيل فيها بالكشف التعديدي فلا محيص من القول بالنقل فى الفكّ و الإسقاط، ثمّ نظره بمسألة بيع الفضولى ثمّ تملكه و أن القول بالكشف كما يلزم منه فى تلك المسألة محذور اجتماع المالين فى زمان واحد - هو ما بين العقد و الانتقال إلى الفضولى - يلزم فى مسألتنا اجتماع البيع و الرهن مع كونهما متنافيين فى زمان واحد، هذا ما أفاده.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - أطال الله أيام إفاضاته الشريفة - أولا: بأنّه لو قيل بالكشف على طبق القواعد فكون الإجازة لها لسان بالنسبة إلى إمضاء مفاد العقد دون الفكّ لا يجدى نفعًا، لأنّ الإجازة ليست معتبرة فى هذا المقام إلّا من جهة دلالة على رفع المنع، و هذه الجهة مشتركة بينها و بين الفكّ، و على فرض الغضّ عن ذلك و كونها معتبرة من حيث نفسها فالمبنى المذكور يقتضى عدم الفرق و عدم اجداء فى اللسان المذكور فى الكشف.

و ذلك لأنّه بعد ما فرض تسلّم القائل - بمقدّمين الأولى: كون مفاد العقد النقل من حينه لا أن مفاده حقيقة النقل و قيد من حينه مأخوذ فى الإجازة، فإنّ الإجازة لا تتعلق إلّا بمفاد العقد كيف ما كان فظاهر كلامه أن قيد من حينه مأخوذ فى مفاد العقد، و الثانية: إمكان تحقّق هذا المضمون فى المستقبل كما هو مبنى كلامه - فلا - محيص له عن القول بالتسوية بين الإجازة و الفكّ فى القول

بالكشف، وقد مرّ تفصيل ذلك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٨

و ثانيا: لو كان الوجه في الفرق بين المقامين ما ذكره أخيرا من لزوم المحذور المذكور من كاشفيّة الفكّ - حيث إنّ ظاهر الكلمات أنّ الرهن بعد تعلّقه بالمال سواء مال نفس الراهن أم غيره لا- يمكن تعبيره عن مالّيته صاحبه و كون ذلك مسلّمًا فيما بينهم يتلقّونه بالقبول من غير إنكار- ففيه: أنّ القدر المتيقّن من ذلك ما دام الرهن باقيا غير مفكوك، أمّا بعد الفكّ فلا مانع من سراية البيع من المستقبل إلى الزمان الماضي الذي كان ظرفا للرهن، و هو غير ما يلزم في مسألة الفضولي، فإنّ اللازم هو الحكم بملكيّة النماءات مع كونها ملكا للمالك الأصلي للمشتري من الفضولي، و من المعلوم عدم إمكان القول به، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - جعل في هذا المقام و في مسألة الفضولي من الثمرة بين الكشف و النقل جريان حكم الوفاء في حقّ الأصيل و الفضولي هناك، و في حقّ البائع و المشتري هنا قبل لحوق الإجازة من المالك و المرتهن بناء على الكشف، و أمّا بناء على النقل فالحال كما بين الإيجاب و القبول حيث لا وجوب في حقّ الموجب ما لم يلحق القبول.

قال شيخنا الأستاذ - دامت بركات أبحاثه الشريفة -: إلى الآن لم أفهم ما مراده - قدّس سرّه - و أنّه على أيّ معنى حمل قول الكشف حتّى أفاد هذه الثمرة، و هل القائل يقول بنقصان في تأثير العقد و عدم كونه تامّا في التأثير و منتظرا للحقوق شيء آخر، أو يقول لا دخل لشيء أصلا و هو علمه تامّة، فإنّ كان الثاني فما وجه التوقّف عن ترتيب آثار البيع التام من جميع الجهات؟ و إن كان الأوّل فلا فرق بين المقام و بين ما قبل القبول، و الذي نعقله أنّ قضية كلّ من النقل و الكشف جواز التصرفات المنافية لكلّ من الطرفين ما دام لم يلحق الإجازة، و إن علم بلحوقها إلّا بناء على القول باشتراط التعقّب، فإنّ لازمه عدم الجواز مع العلم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢١٩

باللحوق، و الجواز مع العلم بالعدم و كذا مع الشكّ لأصالة عدم اللحوق.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - فرّع على ما ذكره من ثمره الكشف أنّه لا- يجوز للبائع الراهن بيع العين المرهونة، لأنّه خلاف الوفاء بعقد البيع ثمّ احتمال أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر لكونه مقدّمة للوفاء بعقد البيع ثمّ قال: يمكن أن يقال: ليس مقتضى الوفاء إلّا عدم نقض البيع

، و أمّا الفكّ و التخليص عن حقّ الغير فليس من مقتضاه، فلا دليل على وجوب الفكّ من جهة أوفوا بعقد البيع.

قال شيخنا الأستاذ: على هذا يلزم بطلان رهنيّة، إذا الإيجاب على البيع أو تصدّي الحاكم له فرع قابليّة العين لتصرف نفس الراهن، لأنّ الحاكم وكيل و نائب عن الراهن و النيابة فرع عدم المانع، في ذات العمل للمنوب عنه، و ليس قضية عقد الرهن إلّا بيع العين المرهونة في تقدير سلطنة الراهن و مشروعيتها أصل البيع في حقّه، فإذا فرض خروجها عن ذلك فقد فات المحلّ، و على هذا فيخرج العين عن كونها وثيقة للدين، لعدم الطريق إلى تحصيل الدين منها، و هذا معنى بطلان الرهانة، هذا على ما ذكره - قدّس سرّه - و أمّا على ما مضى فما لم يلحق الإجازة لا مانع من شيء من التصرفات المنافية لا للمشتري في الثمن و لا للبائع في المثل من ناحية هذا العقد، فلا مانع من بيعه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٠

### [السبب الرابع من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا جناية العبد عمدا]

مسألة إذا جنى العبد بما يوجب قصاصه في النفس أو الطرف أو استرقاق كلّه أو بعضه

فهل يبيع المولى له صحيح أو باطل من رأس، و على الأول هل يقع مراعى بالافتكاك - و إلّا يصير باطلا من رأس كالفضولي - أو يقع



صحيحاً غير مراعى، غاية الأمر ثبوت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال.

فهنا موقعان من الكلام، أمّا الأول: فقضية العمومات هو الصحة و كون العين متعلق حق الغير - ما لم يدل دليل كما فى الرهن - لا يصلح مخصصاً بعد فرض بقاء ملكية المولى بعد الجنائية على حالها كما هو ظاهر لفظ الاسترقاق الواقع فى بعض الأخبار، و لا مزاحمة بين البيع و حق المجنى عليه، لأنّ الحق قائم بالعين فى ملك أى مالك دخل و لا يتقوم بخصوص ملك مولى الذى وقع الجنائية فى ملكه، و من هنا يعلم أنّ حال البيع أسهل من العتق، فإنّه له مزاحمة من جهة تفويته للمحلّ بالنسبة إلى الاسترقاق الذى هو أحد طرفى الحقّ التخييري للمجنى عليه بخلاف البيع فإنّ الحقّ بكلا طرفيه قابل للأعمال بعده كما كان قبله بلا تفاوت أصلاً، و من هنا يظهر أنّ قضية القاعدة فى الموقع الثانى هو القول بالصحة و عدم المراعاة، غاية الأمر ثبوت الخيار مع الجهل بالحال.

لا يقال: الأمر دائر بين تخصيص عمومات صحة البيع أو حفظها و تخصيص قاعدة الناس بالنسبة إلى المشتري لتسلط المجنى عليه على ماله المنافى لسلطنته.

لأننا نقول: قاعدة الناس بالنسبة إلى هذا المال مقطوع التخصيص، و لا فرق بين بقائه على ملك مالك واحد أو تبادل الأملاك عليه و لا يوجب الثانى كثرة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢١

تخصيص فى القاعدة بعد كون خروج الجميع بعنوان واحد و هو كون مالك هذا المال أى شخص كان غير مختار بالنسبة إلى الاسترقاق و القتل، و على هذا فيبقى تخصيص عمومات صحة البيع بلا وجه.

و الفرق بين المقام و المقام السابق، أعنى: باب الرهن - حيث لم نقل فيه بالصحة على طبق القواعد مع ثبوت الخيار - وجود الدليل الخاص من الإجماع و المرسل المتقدم المانع من القول بذلك هناك و عدم مثله هنا، و إلّا فقضية القواعد بالنسبة إلى كلا المقامين ما ذكرنا بلا تفاوت.

و يمكن أن يقال: إنّ هذا الكلام فى مورد علم المشتري بالحال أو جهله و فسخه قبل وقوع أحد الأمرين من القتل أو الاسترقاق صحيح، و أمّا إذا جهل و لم يطلع إلّا بعد الوقوع فإن قلنا من القاعدة الكلية أنّ التلف أو الإلتلاف الغير الضمانى الواقعين فى زمن خيار أحد الطرفين يكون من غير ذى الخيار فكذلك لا - كلام، إذ يحكم فى المقام بأنّ العبد من ملك البائع ورد عليه التلف فيرجع المشتري بثمنه.

و أمّا إن قلنا: بأنّ ذلك لم يثبت على وجه الكلية و إنّما الثابت تحقّقه فى بعض الخيارات فاللازم فى غيره هو المشى على طبق قاعدة الفسخ، فحينئذ مقتضى قاعدته أن يصير العقد منحلّاً كالأول، و معناه رجوع كلّ إلى عين عوضه مع البقاء و إلى بدله مع التلف، فكما يرجع المشتري فى مقامنا إلى ثمنه عند المولى البائع، يرجع هو أيضاً إلى بدل عبده، إذ الفرض تالفته، فالفسخ المذكور يكون كراً على ما قرّر، إذ الفرض أنّ الغرض من جعله دفع ضرر الاسترقاق أو القتل عن المشتري، فإذا فرض أنّ الفسخ أيضاً يوجب تدارك العبد عليه فهو من باب الأكل من القفا، فيبقى مطابق القاعدة بعد ملاحظة ذلك هو القول بعدم اللزوم و المراعاة،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٢

فإن افتكك لزم و إلّا بطل من الأصل، لأنّ لا - ضرر مقطوع التخصيص بالنسبة إلى المولى إلّا أن يقال: مقتضى الجمع بينها و بين عمومات الصحة هو القول بالانفاسخ القهري أنا ما قبل الاسترقاق أو القتل، و لكنّه يحتاج إلى الدليل و المفروض عدمه.

و يرد على أصل الكلام بالنسبة إلى الشقّ الأول من التريديد أنّنا سلّمنا عموم كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له فى جميع الخيارات لكن هذا لا ينفع فى إثبات أصل الخيار، فإنّ الخيار لا بدّ أن يثبت من الخارج، ثمّ يتفرّع عليه هذا الحكم و لا يمكن إثباته بنفس هذا الحكم. و بعبارة أخرى لا بدّ أن يكون الخيار فى نفسه مشمولاً لقاعدة لا ضرر حتّى يفيد الحكم المذكور، و لا يمكن كون هذا الحكم جاعلاً تحت القاعدة، هذا مضافاً إلى عدم العموم و أنّ الظاهر أنّ المراد بزمن الخيار الزمن الذى يكون حدّاً للخيار، فلا

يشمل إلاً الخيار الزماني و هو خيار الحيوان و الشرط و المجلس.

و يرد على الشقّ الثاني أنّ قاعدة الفسخ جعل كلّ من المالين مالا لصاحبه الأصلي، فلو تلف في يد المالك العرضي ينزل من حين الفسخ منزلة مال المالك الأصلي الذي تلف في يد الثاني فيكون الضمان على قواعده، ففي الموارد الآخر يكون بحكم ثبوت اليد على ملك الغير، و أمّا في المقام فاليد غير موجبة للضمان، لأنّ الفرض أنّ المسترق أو المقبض من يد المشتري ذو حقّ على المال فقد أدّى اليد المال إلى ذى الحقّ و هو غاية الضمان.

و القول بأنّ التنزيل إنّما هو من حيث الرجوع إلى العوض و الثمن و أمّا من حيث المهدوريّة و المهتوكيّة فلا، مدفوع بأنّ المهتوكيّة حكم على نفس المال لا باعتبار إضافته إلى مالك دون آخر، فإذا أضيف هذا المال المهدور الذاتى إلى كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٣

البائع تنزيلا فمعناه رفع الضمان، و لو لا هذا فلا ينفع القول بالمراعاة و البطلان الرأسى على تقدير عدم الافتكاك أيضا شيئا، فإنّ البائع يرجع إلى المشتري و يقول:

عين مالى وقعت فى يدك و تلفت فأنت ضامن، و إذن فالقول بالصحة و عدم المراعاة و الفسخ مع عدم رجوع البائع إلى العوض أقرب إلى القواعد.

لا يقال: كيف يكون أقرب إليها و الأمر دائر بين رفع اليد عن قاعدة لا ضرر فى جانب البائع بالقول بالخيار كما ذكرت و بين رفع اليد عنها فى جانب المشتري بالقول بعدمه و لزوم العقد، فالمقام من الدوران بين ضرر أحد الشخصين و لا مرجح. لأننا نقول: ضرر المشتري أولى بالمراعاة؛ لأنّ هذا من موارد ما أفاده شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - من أنّه إذا كان الضرر بطبعه متوجّها إلى أحد الشخصين فلا يجوز دفعه عن نفسه بإيراده على الشخص الآخر و إن كان هذا المنع ضررا عليه، و بيانه فى الأصول، فى المقام أيضا الضرر إنّما يوجّه إلى البائع أولا دون المشتري.

و قد يستند فى إثبات الخيار فى المقام إلى إدراجه فى الغبن، فإنّ العبد الذى عرضه للاقتصاص أو الاسترقاق أقلّ قيمه ممّن ليس كذلك، فإذا فرضنا قيمته مع هذه الحالة عشرين و بدونها مائة و قد اشتراها بالمائة جاز له الفسخ و الرجوع إلى البائع بما زاد على العشرين، و أمّا العشرون فقد فرض مساواة العبد له فى المائيه فلم يتلف عليه مجّانا، فيعود هذا المقدار إلى البائع لأنّه عوض التالف و هذا سالم عمّا يرد على الأول لكنّه لا كليّة له، إذ لا يشمل ما إذا اشترى العبد المذكور بالعشرين، أعنى: بما يساوى قيمته الفعلية، فاللازم حينئذ هو اللزوم و عدم الخيار.

أو يقال فى هذه الصورة بل فى الصورة الأولى أيضا على فرض التنزل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٤

و تسليم عدم الاندراج تحت الغبن أنّ العقد صحيح لازم لا يجوز الفسخ و لكن على البائع رفع ضرر المشتري لأنّه هو السبب لوقوع هذا الضرر عليه و لو فرض أنّه كان أيضا جاهلا بالحال و أنّ عبده جان، فإنّ محلّ إجراء قاعدة السببية كلّ مورد كان فى البين مباشر ضعيف الداعى كالإلقاء عند السبع أو قوى الداعى لكن لم يكن منهيا من قبل الشرع بل محققا مرخصا فى إتلافه فإنّ الضمان فى الموردين يتوجّه إلى السبب من غير فرق بين علمه و جهله، كما لو وضع طعام الإنسان بين يديه بزعم من كليهما أنّه لغيره فإنّ الواضع ضامن بقاعدة السببية.

لا- يقال: السبب هو العقد و هو مشترك بينهما، لأنّ البائع موجب و المشتري قابل، لأننا نقول: نعم و لكن استناد الأثر إنّما هو إلى الموجب لأنّه المملّك و إنّما المشتري يقبل فعل البائع، و لكن هذا الوجه أيضا لا كليّة له، إذ غاية الأمر ثبوت ذلك فيما إذا كان البائع هو الذى دعا المشتري إلى المعاملة، و أمّا لو فرض كون الأمر بالعكس و أنّ المشتري جاء إلى البائع و دعاه إلى المعاملة فلا يصدق السبب عليه عرفا.

و مما ذكرنا ظهر أنّ ملاك قاعدة لا ضرر أيضا لا كليّة له، لعدم جريانه في ما إذا ساوى قيمته السوقية مع الثمن المسمّى، لأنّ تلف العبد حينئذ مثل موته إلّا أن يقال بجريان قاعدة لا حرج، فإنّ ممنوعيّة المالك عن المدافعة عن ماله حرج عليه.

و كيف كان قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته-: أنّه يمكن التثبت لإثبات الخيار بطريق آخر جار حتى في المورد المذكور أيضا و هو أن يقال: لا فرق في الأوصاف المبتية عليها المعاملة على وجه التقييد لا الداعي و التعليل بين كونها مذكورة في اللفظ أو منظورة ملحوظة حال المعاملة و كان الإنشاء واقعا بحسب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٥

للحافظ على المقيد و من هذا القسم الأخير وصف الصّحة فإنّ المتاع يشتريه الإنسان فهو ينظر إليه بنظر الصّحة و يوقعه بهذا الوصف بحسب الشراء و المعاوضة، فنقول إذا كان وصف الصّحة هذا حاله لا أنّه من قبيل الداعي، و العقد واقع على العين المجردة كما هو الحال في المساواة مع الثمن حيث إنّ داخل في الداعي لا أنّه منظور إليه بنحو التقييد، فالذي هو الطرف نفس العين و مساواتها علّة و داع للإقدام، يكون الحال في مقامنا، أعنى: سلامة العبد عن حاله استحقاق الغير أخذه كذلك بطريق أولى، فالعقد يقع على العبد الملحوظ كونه بحيث ليس لأحد حقّ انتزاعه عن يد مالكة، فإذا ظهر الخلاف و لو اشترى بما يساوى قيمته يثبت الخيار على تفصيل المذكور في باب خيار تخلف الوصف كما يأتي إن شاء الله تعالى ثمّ، بقيّة الكلام كما سبق حرفا بحرف.

هذا كلّ بناء على عدم انتقال العبد بمحض الجناية إلى المجنى عليه، و أمّا لو قلنا بذلك غاية الأمر إمكان المصالحة مع المولى باختيار الأرش فحال المقام حال الفضولي لكن عند إجازة المجنى عليه، و أمّا عند الافتكاك فهو من أفراد مسألة من باع ثمّ ملك. و أمّا مسألة الانتقال و عدمه فظاهر قوله في حسنة زارة في العبد إذا قتل الحرّ: «دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه» «١»، و في آخر قال: «إذا قتل العبد الحرّ فأهل المقتول إن شاءوا قتلوا و إن شاءوا استعبدوا» «٢».

و في ثالث عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال الراوى: سألت عن عبد قتل أربعة أحرار واحدا بعد واحد قال: فقال- عليه السلام-: «هو لأهل الأخير من القتلى إن

(١)- الوسائل: ج ١٩، الباب ٤١، من أبواب القصاص في النفس، ص ٧٣، ح ١.

(٢)- المصدر نفسه: ص ٧٤، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٦

شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه؛ لأنّه إذا قتل الأول استحقّ أولياؤه، فإذا قتل الثاني استحقّ من أولياء الأول فصار لأولياء الثاني، فإذا قتل الثالث استحقّ من أولياء الثاني فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحقّ من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه» «١»، حيث دفع الاسترقاق في الجميع في قبال القتل محفوظيّة ملك المالك و إنّما ينتقل بالاسترقاق، و ليس في قباله ظهور إلّا ما يتوهم من ظهور «دفع» و ظهور اللام و لا- ظهور لهما بعد ما ذكرنا؛ لملاءمتها مع كون الحقّ مفوضا إليهم، و لا اختيار للمولى كما يكون له في جنائية الخطاء ثمّ على فرض التسليم فلا أقلّ من التكافؤ فيرجع إلى استصحاب الملكيّة، هذا تمام الكلام في مسألة جنائية العمد، و أمّا الخطاء فالأمر فيه واضح ممّا مرّ في العمد.

و الفرق إنّما هو في أنّ التخيير بين الأرش أو أقلّ الأمرين و بين دفع العبد أو ما قابل الجناية يكون للمولى، و قد كان هناك التخيير للمجنى عليه، و من هنا قد يتوهم هنا أنّ اختيار البيع التزام من المولى بالفداء، و فيه: أنّ البيع لا- دلالة فيه على الالتزام أولا، و على فرضه فلا- دليل على صيرورته بمجرّد الالتزام متعيّنا في الذمّة بمعنى انقطاع يد المجنى عليه عن الرقبة، فلا يكون له الانتزاع لو امتنع المولى عن الفداء، فإنّ كون التخيير بيده لا- يدلّ على كون اختيار تعيين الفداء في ذمته أيضا بيده، و لو لم يرض المجنى عليه. و بالجملة فالمبيع هنا متعلّق لحقّ الغير، غاية الأمر لحقّ تقديري يقدرها امتناع المولى عن دفع الفداء، فيجرى هنا عين ما تقدّم في العمد

حرفا بحرف.

(١) - الوسائل: ج ١٩، الباب ٤٥، أبواب القصاص في النفس، ص ٧٧، ح ٣.  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٧

### [الشرط الرابع من شروط العوضين القدرة على التسليم]

[في بيان بعض الأبحاث المتعلقة بهذا الشرط]

### [البحث الأول في بيان أدلة هذا الشرط]

#### [الدليل الأول الاستدلال بنهي النبي ص عن بيع الغرر]

الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم واستدلوا عليه بأنه «نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر» (١) و هذا غرر، و الغرر اسم مصدر للتغريب و معناه الخضر في كلام بعضهم، و في آخر أن التغريب التعريض للهلكة و الاسم الغرر، و في ثالث أن الغرر ما كان له ظاهر يغتر المشتري و باطن مجهول، و في رابع أن التغريب هو الحمل على غير ثقة و الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة. و الظاهر أن مآل الكل إلى عدم الوثوق و الاطمئنان كما هو المروي عن أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - من أن «الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»، و على هذا فالأمر دائر مدار الوثوق و عدمه لا الواقع و عدمه، بمعنى أنه لو وثق بحصول القدرة يحكم بالصحة و لو كان غير قادر واقعا، و لو لم يثق فسد البيع و لو كان قادرا كذلك، فبين ما وقع في العنوان من اشتراط القدرة الظاهرة في الواقعية و بين ما يستفاد من النهي المذكور من اشتراط الوثوق عموم من وجه. هذا و مع الغرض عن ذلك ربما يستشكل في الاستدلال بالنهي للمقام بأن ظاهر النهي المذكور حيث تعلق ببيع الغرر هو ممنوعيته الغرر الواقع في البيع الذي

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠، أبواب آداب التجارة، ص ٣٣٠، ح ٣.  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٨

هو مبادلة مال بمال و هو لا محالة إنما يكون بعدم الوثوق بالوجود أو الصفات أو المقدار في واحد من العوضين أو كليهما، و أما بعد تحقق الاطمئنان و الثقة بكل ذلك فعدم الاطمئنان بحصول التسليم الخارجي و عدمه لا يوجب غررية البيع، لأن التسليم و التسلم الخارجيين من متفرعات التمليك و التملك الإنشائيين، و البيع هو المتفرع عليه و الغرر إنما هو في المتفرع، و لو كان الغرر في البيع يشمل الغرر في متفرعاته، فلا بد أن يقولوا بالبطلان في ما إذا اطمأن بأصل الحصول في اليد و لكن لم يبق ببقائه فيها، كعبد خاف المشتري أن ينهزم من يده بعد ساعة أو يغصبه غاصب كذلك و الحال أن أحدا لا يلتزم بذلك، فالفرق بين المقامين في المشمولية و عدمها تحكّم.

#### [الدليل الثاني الاستدلال بالنبوي المشهور لا تبع ما ليس عندك]

و استدلال على الاشتراط المذكور بوجهين آخرين، الأول: ما اشتهر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من قوله: «لا تبع ما ليس

عندك» (١) بناء على أن كونه عنده لا- يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب و السلف إجماعاً، فهي كناية لا- عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظه اللام، و لا عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكةا خصوصاً إذا كان و كيلا عنه في بيعه و لو من نفسه، فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء، فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و إن كان غائباً، و على أي حال فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلة أو بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٨، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٢٩

و قد أورد عليه شيخنا الأستاذ- دام أيام بقائه- بأن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري، و الشاهد على الاختصاص قوله في بعض تلك الأخبار: «لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها و تشتريها» (١) و في آخر بعد سؤال الراوي قال:

«أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به» (٢).

حيث إن من المعلوم أن مواجهة البيع في ملك الغير مع البناء على كونه ملك الغير لا يصدر من أحد إلا على الوجه المزبور، أعني: المبايعة على العين الشخصية على أن تكون ملكا للمشتري في عهده البائع نظير بيع الكلي في السلف، فيكون النهي بدلالة الاقتضاء مصروفاً إلى خصوص هذا القسم، و حيث إن هذه الأخبار كما يعلم بملاحظتها تكون ناظرة إلى شرح النبوي صلى الله عليه و آله و سلم «لا تبع ما ليس عندك» تكون دالة على اختصاصه بهذا المورد.

### [الدليل الثالث أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدورا]

الوجه الثاني: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدورا، لاستحالة التكليف بالمنتع، و يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة، و إن أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكّن، كما لو تجدد العجز بعد العقد، و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط.

قال شيخنا المرتضى- قدس سره-: و في الاعتراض و المعارضة نظر واضح، انتهى.

و لعل مراده- قدس سره- أن المستدل حيث إنه تمسك بالقطع الخارجي

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٤، ح ٢.

(٢)- المصدر نفسه: ص ٣٧٥، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٠

بالملازمة بين الصحة و الوجوب المنجز فليس جوابه إلا المنع عن هذا القطع، و لا- يمكن ذب هذا المنع عنه بأصالة الإطلاق في الوجوب، إذ لم يستند في دعواه إلى شيء من الأدلة اللفظية حتى يكون موردا للأصول اللفظية، كما لا وقع لمعارضه هذا الإطلاق بإطلاق البيع الواقع في الأدلة، فإنه يسقط الإطلاق عن الحجية بعد القطع المزبور.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفادته-: يمكن توجيه كلام المستدل على وجه يندفع عنه المنع المزبور و هو أن يدعى أن مقتضى عقد

البيع ليس هو الالتزام بملكيته هذا بإزاء ملكية ذاك فقط، بل هو هذا الالتزام مع الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري و تسلم الثمن منه، و لو كان مقتضاه هو الالتزام الأول لزم في ما إذا يقطع الطرفان بانقطاع يد كل منهما عن المال إِمَّا لوقوعه في قعر البحر بحيث لا يرجى التمكن منه، أو وقوعه في أيدي بعض الظلمة و السراق الغير القابل بحسب العادة لاسترجاع المال من أيديهم أن يتمشى القصد الجدوى إلى البيع و الشراء، و الظاهر عدمه و أن حاله بعينه حال ما إذا لم يمكن فكّ الملكية عن البائع، فكما أن القصد الجدوى حينئذ من البائع إلى البيع يرجع إلى قصد المتناقضين كذلك في هذا المثال أيضا قصد البيع الجدوى.

و على هذا فتسمية التسليم الخارجى من كل من الطرفين وفاء مع كون الوفاء عبارة عن الجرى على طبق مقتضى العقد يكون على القاعدة، و إلاً فمجرد كون حكم العقد إيجاب التسليم مع كونه صرف الالتزام بالملكية من باب وجوب تسليم مال الغير إليه لا يستحق اسم الوفاء، مع أنه يكفى فى الجرى على طبق الإنشاء المتكفل لتبادل الملكين إمساك كل منهما المال بعنوان الغصب من صاحبه، فصيرورة خصوص التسليم وفاء لا يستقيم إلاً على ما عرفت من وجود

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣١

الالتزامين العرضيين فى حقيقة البيع إِمَّا على وجه التركيب و إِمَّا على وجه البساطة و الاندماج.

لكن نتيجة هذا البيان هو اشتراط العلم بالقدرة لا واقعها، إذ يكفى فى تمشى القصد العلم بها و لو كان جهلا مركبا، و لا يخفى أن هذا البيان لا يدفع الإشكال الذى تقدم على الاستدلال برواية نفى الغرر، فإن ظاهر الرواية نفى الغرر اللازم بعد انعقاد أصل البيع و تحقّق موضوعه العرفى الإنشائى، و على ما ذكرنا يخرج العقد المقرون بالقطع المزبور عن كونه بيعا.

فإن قلت: يدفع الدعوى المزبورة باب البيع الفضولى حيث إنه بيع و لم يستشكل أحد بأنه لا يتمشى منه البيع مع أنه غير قادر على التسليم، و كذلك بيع العبد ممن ينعق عليه، و كذلك بيع الآبق مع الضميمة.

قلت: أمّا الفضولى يمكن تصوير تمشى القصد الجدوى منه إِمَّا بالبناء على كونه المالك و إِمَّا للقطع بأنه سيرضى المالك، نعم لازم البيان المزبور عدم تمشيه مع الشكّ و لكن لا يضّر [قول] ذلك القائل بصحة الفضولى، لأنه إنما يقول بصحته بعد الفراغ من جهات آخر، و أمّا بيع العبد ممن ينعق عليه فالمقدار المعترف و هو رفع البائع يده عن سلطنته ممكن و الالتزام به حاصل، غاية الأمر لا يصل إلى يد المشتري و ليس عليه عهدة ذلك، و أمّا بيع الآبق مع الضميمة فنلتزم بأنه حكم تعبدى خرج بالنص.

### [البحث الثانى هل القدرة شرط أو العجز مانع و بيان الثمرة فى ذلك]

ثم أن شيخنا المرتضى - قدس سره - استظهر من معاهد الإجماعات كون القدرة شرطا، و أورد على من استظهر أن العجز مانع قائلاً بأن الثمرة تظهر فى موضع الشكّ بأن

العجز أمر عدمى، لأنه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر فكيف يكون مانعاً مع أن المانع هو الأمر الوجودى الذى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٢

يلزم من وجوده العدم.

ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا فى صورة الشكّ الموضوعى أو الحكمى و لا فى غيرهما، فإننا إذا شككنا فى تحقّق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها أو لا معه فالأصل عدمها، أعنى: العجز سواء جعل القدرة شرطا أو العجز مانعاً، و إذا شككنا فى أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمرّ أو العجز فى الجملة أو شككنا فى أن المراد بالعجز ما يعمّ التعسر كما حكى أو خصوص التعذر، فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعاً، و الحاصل أن التردد

بين شرطية الشيء و مانعية مقابله إنما يصح و يثمر في القيد من مثل الفسق و العدالة لا في ما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل، انتهى.  
قال شيخنا الأستاذ- دام أيام علاه:- قد عرفت أن في المسألة مبنيين، الأول: مختار شيخنا المرتضى من التمسك بنفي الغرر، و الثاني مختارنا من التمسك بأخذ الالتزام بالتسليم في حاق معنى البيع، و على كليهما البحث المذكور ساقط، فإنه مناسب لأن يكون المعيار المنطوق هو الواقع من القدرة أو العجز و هو مما لا يساعده شيء من المبنيين، و أما على ما هو الحق من عدم العبرة بالواقع و أن المنطوق هو العلم و الوثوق فيسقط البحث المذكور من أصله.

أما على المبني الأخير، فلائنه بعد أخذ الالتزام المذكور في البيع لا يتمشى قصد البيع جدًا في صورة الشك في القدرة كما في صورة العلم بعدمها، و هذا بخلاف الحال في العمل الإنشائي مثل التمليك حيث إنه مع القطع بأن النتيجة و الأثر يتوقف على تحقق أمر آخر كالقبول أو القبض يصح للموجب بنظره الإنشائي جعل الإيجاب و التمليك جدًا إذا كان حصول ذلك الأمر مرجوًا بعد كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٣

ذلك، و أما العمل الخارجي فلا يتمشى الالتزام الجزمى الجدى من الفاعل مع الشك في القدرة. نعم يتمشى التقديرى التعليقى، و لا ينفع الاستصحاب في رفع هذه الغائلة و تمشى القصد البيعى كما هو واضح.  
و أما على المبني الأول فالمدار على تحقق الغرر و هو عدم الوثوق و الشك، فمن الواضح أيضا بقاء صفة التردد و التزلزل النفسانى الوجدانى و عدم ارتفاعه باستصحاب القدرة.

فإن قلت: نعم و لكن أى فرق بين المقام- حيث إنه حكم الشارع على موضوع الشك و عدم الوثوق بالفساد- و بين أدلة الأصول حيث حكم على موضوع الشك في الحلية بالحلية فكما قلتم فيها بتقدم الاستصحاب لأجل الحكومة بناء على أخذ الشك بمعنى الصفة و لأجل الورود بناء على أخذه بمعنى عدم الطريق فلا نقول بمثله هنا؟  
و بتقريب آخر قد قرّر في مبحث القطع قيام الأمارات و بعض الأصول الذى هو الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقة، و عدمه مقام المأخوذ على وجه الصفتية، فالقطع و الوثوق بالقدرة في المقام إن أخذ على وجه الطريقة فلا مانع من قيام الاستصحاب مقامه.

قلت: قد قرّر في هذا الباب أيضا أنه مشروط بعدم كون القطع تمام الموضوع، فإنه حينئذ ليس للواقع أثر حتى يجرى فيه الاستصحاب و يكون حاكما على تقدير أخذ الشك صفة و واردا على تقدير أخذها بمعنى اللاطريق، و المقام على حسب ما تقدم من المبنيين من هذا القبيل.

نعم إن قلنا باعتبار كلا- الأمرين معا، أعنى: القدرة الواقعية للإجماعات و العلم بها لحديث نفي الغرر صح حينئذ التمسك بالاستصحاب و دخل في ذلك

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٤

الباب، هذا فالبحث المذكور يجيء على تقدير كون العبرة بالواقع فقط أو به و بالعلم على وجه الطريقة و الأخير صريح شيخنا المرتضى- قدس سره- فى ما يأتى، فلا يتوجه عليه إيراد على مبناه.

### [البحث الثالث هل العبرة على زمان استحقاق التسليم أم لا؟ و بيان فروعه]

ثم إنه- قدس سره- جعل العبرة على زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد مع العلم بعدمها حال الاستحقاق، و لا يقدح عدمها حال العقد مع وجودها حال الاستحقاق و فرع على ذلك فروعا:  
منها: سقوط اعتبار هذا الشرط فى ما إذا كانت العين فى يد المشتري.

و منها: سقوطه في ما لا يستحقّ المشتري التسليم رأسا كما إذا اشترى من ينعق عليه.

و منها: سقوطه في ما إذا لم يستحقّ التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخير مده، و إما لتزلزل العقد و مراعاته كما إذا اشترى فضولا، فإنه لا يستحقّ التسليم إلا بعد الإجازة، فلا يعتبر القدرة قبل زمان الاستحقاق.

ثم استشكل بناء على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل فيتحقّق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله، نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين، ثم عطف على بيع الفضولي بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه، و كذا بيع السلم و الصرف فلا يضرّ عدم القدرة حال العقد، لأنّ القبض في المجلس شرط تأثيرهما و التعذّر إنّما يكون مانعا في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره.

و السرّ أنّ التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلّقه بغير المقدور، و الحاصل الاعتبار بالقدرة على التسليم حال تمام النقل، و لهذا لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدّد القدرة بعده، و المفروض أنّ المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٥

قال شيخنا الأستاذ- دام أديام إفاداته:- أمّا الفرع الأوّل فلا إشكال فيه بناء على مبنى التمسك بالغرر إذ لا غرر للمشتري بالنسبة إلى شراء العين التي في يده، و لو كان البائع عاجزا من التسليم، و أمّا الثاني و الثالث فما الفرق بينهما و بين ما ذكره في الغرر في الأوصاف من أنه لو باع عبدا من عبدين كان باطلا، و كذا في كلّ مورد لم يكن خطر للمشتري في شراء المبيع مع كونه مجهولا فجعلوا المعيار على كون المعاملة خطيرة بحسب نوعها و لو لم يكن كذلك بحسب المورد الشخصي، فنقول في الفرعين أيضا و إن كان لا خطر على المشتري فيهما إلاّ أنّه من باب خصوصيّة المورد و إلاّ فنوع المعاملة المجهول فيها التسليم خطري، و بالجملة مقتضى اكتفائهم في الحكم بالفساد بمطلق الجهالة في الأوصاف و إن انفكت عن الخطر بحسب الشخص اكتفائهم هنا أيضا بذلك و مقتضاه الفساد في الفرعين، هذا.

و أمّا الرابع فاللازم على ما ذكره- قدّس سرّه- جواز الجهل بالأوصاف و الكمّ في حال عقد الفضولي و كفاية المعلوماتية حال الإجازة، و من المستبعد التزام ذلك، و الظاهر بناءه- قدّس سرّه- ذلك على جعل البيع المسببي متعلّقا للنهي كما يظهر منه ذلك في الفرع اللاحق.

و ربّما يستشكل بأنّه فرق بين وقوع البيع موضوعا لمثل أحلّ و موضوعا للنهي، ففي الأوّل يحمل على السبب، و أمّا في الثاني فالظاهر إرادة العمل البيعي و هو البيع الإنشائي و في مسألة الفضولي و إن كان المسبب مرتبا على مجموع الإيجاب و القبول و الإجازة و لكن لا يسمّى بالبيع إلاّ الأعلان، فالمجيز يجعل فعل المتعاقدين معنونا بالبيعيّة لا أنّ عمله إيجاد البيع، و بالجملة فالملاحظ انتفاء الغرر في حال الإيجاب و القبول.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٦

و لكن هذا مخدوش من وجهين: الأوّل: أنّه لا داعي إلى صرف لفظ البيع عمّا هو ظاهره من المسبب إلى السبب بعد ما تقرّر من قابليّة المسبب للنهي، و المسبب لا شبهة في تحقّقه حتّى بنظر العرف بعد الإجازة، و الثاني: سلّمنا حمله بقريته النهي على العمل البيعي لكنّ اتّصاف الإيجاب و القبول بعنوان البيع لا- شبهة في كونه متأخرا عن الإجازة، فعلى كلا- التقديرين اللازم ملحوظيّة الغرر في حال حصول الانتقال، هذا.

و أمّا ما ذكره- قدّس سرّه- من الإشكال بناء على الكشف فغاية ما يتصوّر فيه أنّه تارة يقال به من باب جعل الشرط هو التعقّب أو الوجود اللحظي، و أخرى من غير هذا الباب، فعلى الأوّل أمر العقد بحسب الواقع دائر بين أمرين لا ثالث لهما لحقوق الإجازة و عدم لحوقه، فعلى الثاني لا- بيع أصلا حتّى عرفا، و على الأوّل البيع متحقّق من حين العقد و لكنّه متّصف بالغرريّة فيكون باطلا، فحاصل



الإشكال على هذا أنه مردّد بين اللابيع و البيع الفاسد، لكنّ الظاهر عدم إرادته- قدّس سرّه- هذا المبني.

و أما على الثاني فالملكية غير حاصله سواء على تقدير لحوق الإجازة أم على غيره، و لكن خطاب أوف قد يوجّه إلى الأصيل و صار من أثره ممنوعيته من التصرفات في الثمن فيكون حاصل الفرق بين النقل و الكشف أنّ العقد على الأول لو لم يؤثّر هذا الأثر الناقص أيضا في حقّ الأصيل فلم يتحقّق في حقّه غرر، و أمّا على الثاني فقد أوجب ثبوت ذاك الأثر تحقّق الغرر في حقّه لأنّه ممنوع عن التصرف في ماله و لا يعلم وصوله إلى عوضه لعدم علمه بإجازة المالك و زمانها على تقدير اللحوق، و لكن هذا مبنيّ على أنّ كلّ عقد و قرار أوجب الغرر كان منهيّا و لم يكن خاصّا بالبيع كما يظهر من بعض الكلمات حيث يجرّونه في الصلح الغير المبنيّ

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٧

على التسامح.

ثمّ إنّه لم يعلم وجه لما ذكره من أنّه على الكشف يسلم الفضولي من الطرفين عن هذا الإشكال، فإنّ أمره أيضا دائر بين عدم لحوق الإجازة أصلا فيكون فاسدا من الأصل و بين أن يلحق كليهما الإجازة، و حينئذ فالغالب عدم اقترانهما في الزمان و وقوع إحداهما أسبق من الأخرى، و حينئذ يجري فيه إشكال صورة أصليّة أحد الطرفين، نعم يبقى فرض نادر و هو أن يكون الإجازتان حاصلتين في آن واحد.

و أمّا ما ذكره- قدّس سرّه- من التفرقة بين ما إذا كان التسليم من أحكام العقد، فالقدرة عليه شرط و بين ما إذا كان من شروط تأثيره كما في الصرف و السلم فليست بشرط فهو مبنيّ- كما تبه هو قدّس سرّه عليه- على أن يكون البيع المنهيّ عن الغرر فيه هو البيع المسببي الشرعي، أعني: تعلّق النهي بمصاديق المبادلة الواقعية التي كان تشخيصها من وظيفة الشرع دون ما عينها العرف و هو خلاف التحقيق المحقّق في محلّه و إن ذهب المحقّق الخراساني- قدّس سرّه- إلى خلافه و حاصل المطلب أنّ الأحكام المعلقة على المفاهيم هل يتعلّق بها باعتبار التطبيقات العرفيّة أم باعتبار التطبيقات الدقيّة؟ و الحقّ هو الأول، فكما أنّ المتّبع في الاختلاف المفهومي الواقع بين العقل و العرف هو العرف كذلك في الاختلاف التطبيقي بعد الاتفاق في المفهوم بلا فرق.

و من هذا القبيل ما نحن فيه، فإنّه لا اختلاف بين العرف و الشرع في مفهوم المبادلة، و إنّما الاختلاف في التطبيق، فالعرف يطبّقه في الصرف و السلم قبل القبض و الشرع لا يطبّق إلّا بعده، فإذا ورد في لسان الشرع المنع عن المبيعة الغرريّة فالمتّبع في تعيين موضوع هذا المنع هو ما عين العرف من مصاديق المبيعة، و قد عرفت أنّه يعينها في المورد قبل القبض.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٨

فإن قلت: بعد فرض الاتفاق في المفهوم الحال لا- يخلو من أمرين، إمّا أن نقول بالتقييد بمعنى أنّه أراد من لفظ البيع معناه و قيده بالعرفيّة، و إمّا أن نقول بإطلاق اللفظ و إرادة معناه بدون تصرّف فيه، و لا- إشكال أنّ الأوّل خلاف الظاهر؛ إذ الألفاظ موضوعة للمعاني النفس الأمرية و الأنظار طريق إلى تعيينها لا أنّها مأخوذة في معانيها، فتعيّن الثاني، و من المعلوم أنّ لازم ذلك سراية الحكم إلى ما للمفهوم من المصاديق الواقعية النفس الأمرية دون ما يراها العرف مصداقا له خطأ، و على هذا فالنواهي الواردة في البيوع الفاسدة ليست على حقيقتها؛ إذ كونها على وجه الحقيقة فرع تحقّق المصداق للمبادلة النفس الأمرية في تلك الموارد، و المفروض عدمها، فمعنى لا تبيعوا: لا تريدوا إيقاع المبادلة، لأنّها لا تقع في هذه الموارد.

قلت: لو فرض كون الناهي واحدا من الموالى العرفيّة بالنسبة إلى عبيده فهل يشكّ أنّ النهي يتعلّق بالمبادلة بلحاظ المصاديق العرفيّة مع ما هي عليه من الخطاء في التطبيق في كثير من الموارد؟ مع أنّ هذا المولى لم يتصرّف في لفظ البيع و لم يخرج عن حقيقته و لا تصرّف في النهي بجعله بمعنى طلب ترك إرادة الإيقاع، فكما تصوّرنا ذلك في أهل العرف الغير الملتفتين إلى الواقع فنقول في حقّ الشارع أنّ الفرق بينه و بين ذلك المولى العرفي أنّه ملتفت إلى حقيقة الحال، فلا يتمشّي في حقّه التطبيق الخطائي كما تمشّي في حقّ ذلك المولى.

و لكن إذا تكلم الشارع مع أهل العرف مع ما يراهم عليه من التطبيق الخطائي بحيث لا يرى من يسلم عن هذا الخطاء إلا الأوحدي المتوغل في العلميات و الناشئ في الدقيات فلا- محالة لا بد من صرفه النظر عن اطلاع نفسه بحقيقه الحال و تنزل نفسه عن تلك المرتبة و يتكلم على قدر عقول المخاطبين،  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٣٩  
لأنه لا طريق إلى تحصيل المراد بغير هذا الوجه.

و إن شئت مثالا لتوضيح الحال فافرض أن لك عبدا أحول العين يرى الشيء الواحد اثنين فهل ترى بدا عند إرادتك منه إتيان ذلك الشيء الواحد إلا أن تقول مثل قوله: ائتين هذين الاثنين؟ و أنت في هذا الحال لم تستعمل لفظ الاثنين في غير حقيقته بل استعملته في عين معناه كعين استعمال ذلك الأحوال، إنما نزلت نظرك في مقام التطبيق.  
و ما أشبه المقام من هذه الجهة بالحقيقه الادعائية السكاكية حيث إن التصرف هناك أيضا ليس في اللفظ و إنما هو في الأمر العقلي، ثم حيث إن هذا النظر اختياري و قد اجتمع مع ذلك النظر الصحيح الغير المخطئ عن الواقع فالردع و النهي و الحكم بالفساد و أمثال ذلك يكون مبيتا على ذلك النظر الصحيح، و إلا فقضية استمرار النظر الأول هو ترتيب الآثار و عدم الردع و المنع.  
و بالجملة بناء على صحة اجتماع النظرين في الشارع كما هو الحق يرتفع الإشكال من رأسه، و قد حقق في الأصول أيضا ذلك في وجوه الجمع بين الحكمين الواقعي و الظاهري و رفع التهافت بينهما، هذا.

و ربما يقال في مسألتنا كما نبه عليه أيضا- قدس سره- مع التأمل فيه بأنه فرق بين ما إذا رتب الشارع حكم الحلية و الصحة على البيع، فالملاحظ هو المصاديق العرفية كما ذكرت، و أما إذا رتب عليه مع خصوصية فلائيه مثل الغرر حكم الفساد- فحيث إن المفروض أنه نبه العرف على المصاديق الواقعية و عرفهم خطأهم في الصرف و السلم فاللازم حينئذ تعلق النهي بملاحظة ما للمفهوم من المصاديق المتبه عليها و هو ما بعد القبض في المورد، و إن شئت فقل يكون لبيان الشرع في باب السلم و الصرف و أنه لا مصادق للبيع إلا بعد القبض شبه حكومه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٠

على ما دل على المنع عن بيع الغرر.

و لكن هذا الكلام مبني على ملاحظة الدليل الوارد باشتراط القبض في البيعين سابقا على دليل المنع عن الغرر، و قد حقق في الأصول أنه لا وجه لذلك و أنه لا بد من ملاحظة الدليلين في عرض واحد ثم ملاحظة النسبة بينهما، و إلا فلنقال أن يعكس الأمر و يجعل دليل المنع سابقا على دليل الاشتراط، هذا.

### [البحث الرابع جعل القدرة على التسليم شرط بالتبع و بيان أن المقصود الأصلي هو التسليم]

ثم إنه- قدس سره- جعل القدرة على التسليم شرطا بالتبع و إنما المقصود الأصلي هو التسليم، و من هنا يكفي قدرة المشتري في الصحة، بل الوثوق بالحصول في يد المشتري كاف و لو لم يستند إلا إلى قدرة الأجنبي أو سبب آخر كعود الطائر بواسطة الاعتياد و نحو ذلك.

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: لو فرض قدرة البائع و عدم الوثوق بالتسليم بواسطة امتناعه فاللازم من كون الاشتراط تبعيا هو الحكم بالبطالان، فإن الخطر حاصل و إن اكتفى بصرف وجود القدرة نظرا إلى الإجماعات، فهذا معنى أصاليتها في الاشتراط فلا دليل على التعدي إلى ما ذكره من الفروع، اللهم إلا أن يدعى أن الشرط أحد الأمرين إما قدرة البائع و إما الوثوق بالحصول و لا دليل عليه أيضا.

## [البحث الخامس في بيان معاني الغرر في النبوي المشهور]

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - حمل الغرر في النبوي صلى الله عليه وآله وسلم على معنى الخطر وهو الموجود في كلمات كثير من أهل اللغة، ولكن يفسرون هذه المادة في غير هذه الهيئة بمعنى الغفلة والخديعة كما هو المعنى في قول الفقهاء: المغرور يرجع إلى من غرّ، ويقولون: التغرير بالنفس المخاطرة بها وتعريضها للهلكة، والاسم الغرر وهو الخطر، وحمل - قدس سره - ما في نهاية ابن الأثير من تفسيره بأنه ما كان له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول على تفسير الخطر، فقال - قدس كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤١

سرّه: - ليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة: - إن من البعيد أن يكون لمادة الغرر في هذه الهيئة معنى مغايرا لمعناها في سائر الهيئات، فإذا رأينا أن معنى المادة في غيرها هو الغفلة والإغفال فمن القريب أن يكون التعبير بالخطر من باب أنه غالبا مسبب عن الغفلة، فقد عبروا بالمسبب وأرادوا خصوصية السبب ودخالها في المعنى أيضا وأهملوا ذكره للوضوح وإن كان يمكن فرض الانفكاك بأن يحصل الخطر ولا يكون ناشئا عن الغرور والغفلة كما هو الحال في الإقدام على القمار، فإنّ المقدم مطلع على الحال ومع ذلك يقدم برجاء التفوق وليس دخوله في هذا الأمر الخطري مسببا عن إغفال أحد أو غفلة نفسه ولكن الغالب في موارد الوقوع في الأعمال الخطرية نشوؤها عن الغفلة وعدم اطلاع الحال.

والحاصل: أن معنى الخطر هو تردد الواقعة ومعرضيتها لعدم الوصول إلى المهم وعدم طريق على الوصول، فقد يكون السبب للإقدام هو الرجاء للوصول وقد يكون هو الإغفال وإراءة الوصول، والغالب هو الثاني.

فإن كان نظر من فسره بالخطر إلى خصوص القسم الثاني ولم يتعرض للخصوصية للغلبة ناسب مع معنى هذه المادة في سائر هيئاتها ويكون تفسير النهاية باقيا على ظاهره من دخالة وصف الغرور في حقيقة المعنى.

وإن كان نظره إلى مطلق الخطر ولو كان مسببا عن رجاء الواقع كما هو المتراءى من تمثيلهم له ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، فلا محالة تغاير مع معناها في سائر الهيئات ويكون وجه الجمع بينه وبين تفسير النهاية أنه كان غرضه مجرد ذكر السبب الغالبى من دون تعلق غرضه بجعله دخيلا - فى المعنى، وحينئذ فلا وجه للجزم بشيء من الطرفين بل كما عرفت لعل الوجه الأول بملاحظة سائر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٢

الهيئات أولى وأقرب بالجزم، فلم يعلم وجه جزمه - قدس سره - بالوجه الثاني.

ثم سلمنا حمل الغرر على مطلق الخطر لكن لا ينطبق على جميع موارد التطبيقات؛ فإنّ من مواردها شراء العبد المجهول كتابته لأجل حاجة خاصة غير مرتبطة بالكتابة مثل الطبخ وغيره، فإنّ المشتري ليس فى خطر من جهة هذا الجهل، أو شرائه لأجل العتق، فإنّ الجهل بشيء من الصفات لا يجعله فى الخطر، فإنّه نائل بغرضه على كل حال.

وأمّا حمل الخطر على النوعى فلا وجه له بعد كون الظاهر هو الشخصى كما هو المسلّم فى قاعدة نفي الضرر، وبالجملة حمل الغرر فى النبوي صلى الله عليه وآله وسلم على مطلق الخطر أولا ثم النوعى منه ثانيا لم نعلم له وجه.

نعم لو فرض الاطمئنان من تطبيقات العلماء - رضوان الله عليهم - بأنهم إنّما أخذوا ذلك من الشرع فكان إجماعا منهم على إرادة هذا المعنى من هذا اللفظ كان هو أيضا حسنا، ولكن أنّى لنا بهذا الاطمئنان لقوة احتمال استناد هذه التطبيقات إلى تفسير أهل اللغة إياه بالخطر وفهمهم منه مطلق الخطر واستظهارهم منه فى الحديث كونه نوعيا، وحينئذ فلا يبقى لنا إلّا التشبث بذيل الإجماعات فى خصوص كل مورد موردا ولا يضرّ استدلال المجمعين أو بعضهم بالحديث، فإنّ من المعلوم أنّ ذلك بعد مسلمية أصل المطلب

بينهم.

**[البحث السادس في بيان أن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين]**

ثم إنه - قدس سره - قال أن الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين؛ لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية، ولو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع وتجددها بعد ذلك صح، ولو لم يتجدد بطل. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: كلامه - قدس سره - مبني على أن المعبر ذو جزئين، أحدهما: العلم لرفع الغرر و يكفي فيه الجهل المركب،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٣

لارتفاعه بسببه أيضا، و ثانيهما: القدرة في بعض أزمنة الاستحقاق، و لو انفك هذان الجزآن أحدهما عن الآخر كما في المثال الذي فرضه - حيث إن ما تعلق به العلم غير واقع و ما هو واقع لم يعلق به العلم - كفي في الصحة.

و على هذا يرد عليه - قدس سره - أن هذا الكلام مناقض مع ما تقدم منه من التصريح بأنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صح. انتهى

؛ فإنه قد نفى صريحا اعتبار قدرتهما رأسا بحيث لو عجزا إلى الأبد صح بمجرد الوثوق المذكور.

و القول بأنه - قدس سره - جعل اشتراط القدرة توصلتا تبعا فلعله يجعل الجزء الواقعي نفس الوصول. يدفعه أنه يلزم حينئذ في ما لو كانا قادرين و عالمين و لكن اتفق عدم وصول المال إلى المشتري أن يكون البيع باطلا لعدم حصول ما هو الشرط الحقيقي و هو الوصول، و لا يلتزم به أحد، اللهم إلا أن يقال: إن الشرط مجرد عدم المانع عن الوصول لا الوصول الفعلي.

**[البحث السابع في بيان أن العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل]**

ثم إنه - قدس سره - قال

لا إشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد، فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه، و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه بحيث يعدد الموكل أجنيا عن هذه المعاملة فلا إشكال في كفاية قدرته، و هل يكفي قدرة الموكل؟ الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته -: هذا أيضا يدل على ما قلنا أنه مبني كلامه المتقدم - من أنه علاوة على العلم يعتبر أمر واقعي - فإن الجزء العلمي المعبر لرفع الغرر قد صرح هو - قدس سره - بعدم اشتراط تعلقه بالقدرة، بل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٤

يكفي اطمئنان الحصول من أي طريق كان.

و حينئذ فالقدرة التي هي شرط واقعي تعيدي إن علمنا أنه خصوص قدرة المالك أو خصوص قدرة الأعم منه و من الوكيل المطلق فلازمه عدم كفاية قدرة الوكيل في إجراء الصيغة، و إن احتمل كون قدرته أيضا كفاية فالمرجع عمومات الصحة، و ما ذكره - قدس سره - من أنه يشترط علم المشتري إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط مبني على ما تقدم من عدم اشتراط تعلق العلم بالجزء الواقعي، بل يكفي وجودهما منفكين، هذا.

و لكن لم نفهم ما وجه هذا الاشتراط، فإن قيل لعله استند في اشتراط واقع القدرة بالإجماعات، و في اشتراط العلم بالغرر، ففيه: أنه ينافي ذلك استناده في اشتراط أصل القدرة بحديث نفي الغرر، و قد تقدّم الاستشكال في دلالة الحديث على اشتراط العلم فضلا عن القدرة الواقعية، و لم يبق ما يصحّ الاعتماد عليه في هذا الباب بالنسبة إلى اشتراط العلم وحده و لو كان جهلا مركبا و لم يلحقه القدرة رأسا إلا ما أشرنا إليه سابقا من التشبث بمأخوذية الالتزام بالتسليم الخارجي في حقيقة البيع لا كونه شرطا خارجا. و يدلّ عليه أن المرتكز في أذهان العرف عند تمام المعاملة عدم كون مطالبة المشتري للمبيع أو البائع للثمن من باب مطالبة ذي الحقّ حقّه حتّى يكون ذلك من أحكام البيع كالمطالبة من الغاصب بل يعدّونه إلزاما بما التزم و مطالبة للعمل بالقرار البيعي.

### [مسألة في حكم بيع العبد الآبق منفردا و مع الضميمة]

#### إشارة

مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا و ينبغي التكلّم في مقامين:

### [المقام الأول في مقتضى القواعد]

الأول: في مقتضى القواعد، و الثاني: في مقتضى النصّ الخاصّ، أمّا الأول: قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته الشريفة:- مقتضى القاعدة بناء على ما كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٥

تقدّم منهم من التمسك بنفي الغرر و حمله على الخطر أن يقال هنا بالتفصيل بين ما إذا كان غرض المشتري من الشراء عتق العبد كما لو اشتغلت ذمته بالكفارة فيصحّ مطلقا سواء مع اليأس أم مع الرجاء، إذ لا تلف مع الأول بعد إمكان نيل الغرض منه مع حالة الإباق و لا ضرر و خطر مع الثاني، إذ الخطر عبارة عن المعرضية للوقوع في خلاف الغرض و هذا مأمون هنا، و بين ما إذا كان الغرض الانتفاعات الأخر من العبد المتوقّفة على الحصول في اليد فيبطل مطلقا سواء مع اليأس أم مع الرجاء، أمّا مع اليأس فلاّنه سفهية و أكل الثمن في مقابلة أكل بالباطل، و أمّا مع الرجاء فللغرر المنفي لعدم الاطمئنان بعدم الوقوع في مخالفة الغرض.

و الحاصل أن الغرر بعد ما عرفت تسليم كونه بمعنى الخطر لا الغرور و الخديعة فلا وجه لحمله إلا على الخطر الشخصي، كما في لا ضرر، و حينئذ فلا- محيص عمّا ذكرنا، نعم لو ثبت إجماع منهم على أن المراد بهذه اللفظة في لسان الشرع هو النوعي فلا بدّ من الحكم بالفساد في كلتا صورتين، و من هنا يعرف الحال في ما هو قضية القاعدة في العبد الضال و المحجور و المغصوب و كذا الجارية و أنه التفصيل بناء على الخطر الشخصي و البطلان مطلقا بناء على النوعي، فلم يعلم وجه لما في بعض الكلمات من الفرق بينها و بين الآبق.

فإن قلت: يمكن التفصيل في صورة الرجاء بين تعهّد البائع و ضمانه لإيصال العبد و عدمه بالصحة في الأول و البطلان في الثاني، و هذا نظير ما ذكره في الأوصاف من أن ذكرها في العقد الذي هو بمنزلة الاشتراط يكفي في الصحة و لو لم يحصل الاطمئنان، فهذا يدلّ على أن المعتمد أحد الأمرين إمّا الوثوق بالوجود و إمّا التعهّد به، و كذلك في المقام أيضا المعتمد أحد الأمرين إمّا الوثوق بالحصول أو التعهّد بالإيصال.

قلت: المفروض هو التكلم على القواعد و لم يعلم مسلمية ما ذكرت في باب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٦

الأوصاف عندهم، و على هذا فمع الجهل بالقدرة الغرر موجود و لا يرتفع موضوعه بالتعهد كما هو واضح، هذا. و لكن شيخنا المرتضى - قدس سره - بعد ما تمسك للحكم بالبطلان بحديث الغرر استشكل فيه بمنع الغرر بقاعدة ضمان المبيع قبل القبض على البائع بعد فرض كون اليأس هنا كالتلف، و المفروض عدم تسلط البائع على مطالبه الثمن لعدم تسليم المثل. و أجب بأن الضمان حكم شرعي لا ينافي صدق الغرر عرفا، و ناقش في هذا الجواب بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته - أولا: بمطالبة الفرق بين المقام و بيع الفضولي على الكشف حيث سلم هناك صدق الغرر في جانب الأصيل و حكم بعدم صدقه في المقام لو كان الضمان حكما عرفيا مع أن الأمر في كليهما دائر بين أمرين لا يلزم على كل منهما خطر.

أما في المقام فبين التسليم الذي هو المطلوب و بين عدمه المأمون عن تضرر الثمن بواسطة الضمان، و أما هناك فبين الإجازة التي هي المطلوب و بين عدمها الموجب لبقاء الثمن على ملك المشتري.

و لكنه - قدس سره - اكتفى هناك في صدق الغرر بمجوز الممنوعية عن التصرفات في الثمن مع عدم العلم بوصول المثل، و عين هذا موجود في المقام أيضا إلا أن يكون الثمن كليا، و كلامه - قدس سره - مطلق شامل لما إذا كان عينا شخصية.

و ثانيا: بأن كلامه - قدس سره - مبني على كون الخطر في البيع عبارة عن خوف فوت الثمن على تقدير عدم وصول المثل و هو ممنوع، بل هو عبارة عن خوف عدم وصول المثل و لو كان مطمئنا من الثمن، و ذلك لأن خطر كل شيء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٧

عبارة عن خوف عدم ترتب الأثر المترقب منه عليه، نعم يعتبر أن يكون الغرض الشخصي أيضا قائما بذلك الأثر و لا شبهة أن الأثر المقصود من البيع و وصول المثل لا - حفظ مقدار مائتيه الثمن، لأنه كان حاصل قبل البيع، فالمعتبر في صدق الغرر في البيع أمران، خوف عدم وصول المثل و قيام الغرض الشخصي بالوصول، إلا أن يكتفي بالغرر النوعي فيكفي الأمر الأول، و على كل حال لا ينفع المأمونية من مائتيه الثمن في عدم صدق الغرر بعد عدم المأمونية من المثل مع قيام الغرض بوضوح أو مطلقا على الوجهين.

و من هنا يعلم أن شرط الضمان أيضا لا ينفع سواء أريد به ضمان نفس العبد أو قيمته أو مثله، أما الأول فلائنه مع عدم الوثوق بالقدرة كما هو الفرض لا - يجدي الضمان شيئا، و أما الثاني فلائنه يوجب الاطمئنان في طرف الثمن لا المثل، و أما الثالث و المراد اشتراط ملكية مثله على نحو شرط النتيجة فهو تدارك للغرر و لا يوجب ارتفاعه لوضوح حصوله بالنسبة إلى شخص المبيع.

و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعدّر تسليمه فيعتبر فيه القدرة على التسليم؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -: وجهان بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه كجهالة المصالح عنه إذا تعدّر أو تعسير معرفته بل مطلقا، و اختصاص الغرر المنفي بالبيع، و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى إنهم يستدلون به في غير المعاوضات كالوكالة.

قال شيخنا الأستاذ: لم يعلم ما المراد بالغرر في الوكالة، فإن كان الغرض تعميم متعلق الوكالة بأن يجعله و كيلا مطلقا في عامة أمواله يفعل فيها ما يشاء فللغرر وجه؛ لأن الموكل لا يعلم أن ما يفعله الوكيل في ماله خير له أو شر، و مجرد الإقدام لا يرفع الغرر كما في المعاملة، و كذلك التعميم و الإطلاق لا يوجب ارتفاع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٨

الجهالة في النتيجة التي هي مناط الغرر، كما أن التصريح في بيع العبد بالتعميم و أنه بأي صفة كان متعلق للبيع لا يخرج عن الغررية،

و لكن لا يلتزم أحد ببطلان هذا القسم من الوكالة فراجع.

ثم إنه قد يكون الحكم في لسان الدليل معلقاً على عنوان البيع أو الشراء ونحوهما ومع ذلك نتعدى منهما إلى كل نقل و انتقال و لو بسبب آخر كالصلح و الهبة، و ذلك بواسطة اقتضاء المناسبة المقامية الواقعة بين الحكم و الموضوع و من هذا القبيل حكمهم في مسألة تعلق الخمس بالأرض التي اشتراها الذمي من المسلم بإلحاق مطلق الأرض المنتقلة إليه بصلح أو هبة أو غيرها. و حينئذ لقائل أن يقول: ليست المناسبة بين الحكم و الموضوع في ذلك الباب بأجلى و أوضح منها في مقامنا: أعني: النهي المتعلق ببيع الغرر، فإنه يمكن دعوى ظهور الكلام في أن مراد المتكلم سد باب الخطر في عامة الأبواب التي بناءها على المدافعة لا مثل الصلح «١» المبني على المسامحة، و ذكر البيع من باب المثال كذكر لفظ الشراء في ذلك الباب و إن كان اللازم من هذا اغتفار الغرر في البيع أيضا إذا لم يكن مبتيا على المدافعة كبيع المحاباة.

### المقام الثاني: في مقتضى النص الخاص

و هو روايتان: الأولى: صحيحة رفاعه النخاس «٢» قال: سألت أبا الحسن موسى - عليه السلام -: «قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراءها إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما؛ فإن ذلك جائز» «٣».

(١) - القيد احترازي، منه - دام ظله.

(٢) - بيع الرقيق، منه - دام ظله.

(٣) - الوسائل ج ١٢، الباب ١١، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٢، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٩

و الثانية: موثقة سماعة عن أبي عبد الله - عليه السلام - في «الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتري معه شيئا آخر و تقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده في ما أشتري منه» «١» و هاتان الروايتان ناصيتان بالبطلان في مسألتنا مع الانفراد و بالصحة مع الانضمام و لا كلام في ذلك، إنما الكلام في أن قوله - عليه السلام - في ذيل الأخيرة: فإن لم يقدر إلخ هل يمكن استفادة القاعدة الكئيئة منه حتى يعمل بها في سائر الموارد أو لا؟ ربما يقال بإمكان ذلك نظرا إلى أن مساقه مساق التعليل فيستفاد منه أولا:

أن للقدرة الواقعية أيضا مدخلا في صحة المعاملة علاوة على العلم بها الذي استفيد اعتباره من حديث نفي الغرر؛ فإن ظاهره أن وجه الحكم بالفساد و عدم الصلاح مع الانفراد هو عدم القدرة الواقعية.

و ثانيا: أن ما ذكره في صورة وجود الضميمة يقوم مقام ذلك الشرط و يجبر النقص الوارد من فقدانه، ثم يعلم منه بقريته المقام أن الجابر لذلك أن لا يصير ما أعطى بإزاء الآبق بلا مقابل في الخارج رأسا بل يقع في يد مالكة الذي خرج منه شيء كأننا ما كان، و على هذا فالمورد و إن كان صورة كون الآبق مثمنا لكن بعموم العلة مع قريته المقام يمكن التعدى إلى صورة كونه ثمنا. و كذا يمكن التعدى عن العبد إلى كل مبيع كان معرضا لتعدر التسلم لا ما تعدر تسليمه قطعا، و ذلك بدلالة «إن» على كون الشرط محتملا لا مقطوعا، فيفيد الجابرية في صورة الرجاء لا اليأس.

بل و يمكن التعدى من البيع إلى سائر المعاوزات، و بالجملة بعد استظهار

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١١، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٣، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٠

أنّ الوجه في الحكم بالصحة و الصلاح مع الضميمة هو وقوع ما يعطيه المشتري بقبال الضميمة و عدم صيرورته بلا مقابل خارجي لا محيص عمّا ذكرنا من إلغاء الخصوصيات، و أمّا استفادة العلية مع عدم ما يدلّ عليها من «اللام» و نحوها؛ فلاّنها المساق من نظائره في المحاورات، ألا ترى أن قولك: جالس المؤمن و لا تجالس الفاسق فإن لم ينفعك المؤمن ما ضرّك، يستفاد منه التعليل؟ نعم لو نوقش في استظهار العلية و احتمال كون الشرطيّة مسوقة لبيان حكم آخر و هو تقسيط الثمن على المجموع مع القدرة و على الضميمة فقط مع عدمها كان المتعين الاقتصار على جميع الخصوصيات المحتمل دخلها في الحكم، لكن لا وجه للمناقشة؛ فإنّ ظهور كون الدليل إنّما جيئ به لتصحيح ما ذكر في الصدر من التفصيل بين الصورتين لا لحكم مستقلّ ممّا لا ينكر ظاهرا.

و لكن يمكن أن يدفع بأنّه و إن كان لا شبهة في ظهور الدليل في أنّه جيئ به لتصحيح الصدر لا لحكم مستقل و لكن حيث إنّه ليس مشتملا على اللام و نحوها لا يستفاد منه العلية التامة، و ذلك لأنّ مثل هذه القضية كما يذكر في مقام العلة التامة- كما في المثال- يذكر في مقام تميم العلة الناقصة أيضا، كما إذا كان المقتضى في الصدر محرزا و لكن زيد فيه خصوصيّة لأجل رفع المانع فيذكر عقبيه القضية الشرطيّة لبيان نكتة زياده تلك الخصوصيّة، و ليس ذلك خلاف ظاهرها، مثاله قولك: اذهب إلى منزل زيد وحدك لا مع الجماعة، فإن شتمك لم يلتفت غيرك، فلا يجوز التعدي من هذه الشرطيّة و إجراء الحكم في كلّ من تجرى فيه هذه القضية، بل المفهوم من الكلام أنّه عند حصول مقتضى الذهاب إلى منزل زيد يكون هذا وسيلة لرفع المانع.

و على هذا فمن المحتمل أن تفصيل الإمام- عليه السلام- بين صورة الضميمة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥١

و غيرها كان خاصيا بالعبد الآبق لوجود مقتضى غير موجود إلّا فيه، و كان ضمّ الضميمة رافعا لمنقصة ذلك المقتضى، فلا يمكن التعدي إلى مورد آخر، و ليس في قبال هذا ظهور في الكلام.

ثمّ إنّ في معنى العبارة احتمالين:

الأوّل: أن تكون كلمة «إن» للترديد و الشكّ كما هو الغالب فيها، و تكون القدرة كناية عن الظفر و الحصول باليد، و يكون المراد بالجزء أن النقد الذي نقده يصير بمقابل ما اشتراه، فالمعنى أن العقد يؤثّر في انتقال المبيع الذي هو مجموع العبد و الضميمة بإزاء الثمن و يكون الثمن مقسّطا على المجموع على ما هو قضية المبادلة و البيع، و لكن عند حصول اليأس و عدم الظفر على العبد يصير ما وقع من الثمن بإزاء العبد واقع من هذا الحين بإزاء الضميمة بحكم الشرع تعبدا، فيبقى العبد على ملك المشتري مجانا و بلا عوض.

و يترتب على هذا أنّه لا يرجع المشتري على البائع بشيء إن قلنا بأنّ العبد بواسطة اليأس عن الظفر يصير في حكم التالف، و جواز العتق ليس منافيا لعدّه تالفا، فتكون قاعدة التلف قبل القبض بلا- موضوع هنا، إذ لا ثمن في مقابل التالف حتّى يحكم باسترداده من البائع.

الثاني: أن يكون المراد بالقدرة نفس معناها لا كناية عن الظفر، و حيث إنّها حالة و جدائية غير قابلة للشكّ و التردد كانت كلمة «إن» هنا مثلها في قوله تعالى:

إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ «١» الآية، و يكون الكلام إشارة إلى القدرة المعبرة في البيع، كأنّ قائلًا يقول: إذا جاز بيع الآبق مع الضميمة و المفروض خروجه عن حيطة اقتدار المشتري فأين اعتبار القدرة على التسليم في صحّة البيع؟ فأجاب- عليه

(١)- يوسف: ٧٧.



السلام:- أنه إن لم يقدر لكن نقده الذى نقده يكون مبدولا فى هوى ما اشتراه و يكون هو تسلياً لقلبه و جابراً لفقد القدرة، و هذا المعنى أنسب بكلمة «فى» من المعنى الأول، إذ المناسب له حرف الباء كما يشهد بذلك ملاحظة نظائره، مثل بيع أم الولد فى ثمن رقبته، و على هذا يبقى جميع لوازم صحه البيع بحالها من التقييد على الكلّ و الرجوع بما يقابل العبد عند تلفه و غير ذلك. بقى الكلام فى أنه هل جواز العتق موجب لعدم صدق التالف مع اليأس عن الظفر أو لا؟ يمكن أن يقال بالثانى نظراً إلى أن العتق ليس من المنافع المنظورة الملحوظة المتقوم بها مائيه العين، فإنه عبارة عن إخراج العبد عن ربه المائيه، فهو نظير كسر الكأس حيث لا يعدّ منفعة منظورة مصححة لاعتبار المائيه و من المعتبر فى المنفعة المقومه للمائيه ذلك، و لهذا لا يعدّ الخمر مالا مع جواز العلاج بها عند الضرورة، فالمنظور من العبد غير العتق من سائر الانتفاعات و الاستخدامات، فإذا فرض انتفاء الجميع و بقى العتق فحاله حال الكائن المنحصر فائدته فى إمكان كسرها، بل لولا مسلميه جواز العتق فى الآبق لقلنا بعدم قبوله له أيضاً بملاحظة أن معنى العتق هو الإطلاق عن قيد الرقه و الكون تحت الشده و هو فى الآبق حاصل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٣

### [الشرط الخامس من شرائط العوضين] [العلم بالثمن و الثمن]

[فى ذكر مسائل تتعلق بهذا الشرط]

### [المسألة الأولى اشتراط العلم بالثمن قادراً]

مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قادراً فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعاً كما عن التذكرة، قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفادته:- إتمام المطلب بغير الإجماع مشكل؛ لأنّ حديث نفي الغرر الذى تمسك به على هذا المطلب مخدوش بوجود الغرر فى بعض الموارد عرفاً- مع أن العلم بقدر الثمن موجود- و ارتفاعه فى بعض آخر مع أنه مجهول. أمّا الأول: فهو كما لو عيّن قادراً و ترددت القيمة السوقية عنده بين الأقلّ و الأكثر، فإنّ الحال فى تحقّق الخطر بعينها هى الحال فى ما لم يعين القدر و باع بما فى الصندوق مثلاً و كان متردداً بين الأقلّ و الأكثر. و أمّا الثانى: فهو كما لو باع بما فى الصندوق مع الاطمئنان بأنّ ما فيه إمّا مساو مع القيمة السوقية أو أكثر، و حينئذ فكيف يكون دليل اعتبار العلم بالقدر ما لا يدور مدار العلم لا وجوداً و لا عدماً؟ فإن كان على أصل المضمون إجماع كاشف عن تلقّيه من صاحب الشرع- سلام الله عليه- فهو و يكون الحديث أيضاً مؤيداً فى بعض الموارد، و إلّا فالاستناد إلى الحديث فى غاية الإشكال. ثمّ لو فرض تمامية دلالة الحديث لكن لا بدّ من رفع اليد عنه بالنسبة إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٤

خصوص مورد البيع بحكم المشتري بواسطة صحیحه رفاعه النخاس «قال: قلت لأبي عبد الله- عليه السلام:- ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن؟ فقال- عليه السلام:- أرى أن تقوم الجارية قيمة عادله، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، و إن كان ثمنها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له، قلت:

جعلت فداك إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال- عليه السلام:- ليس لك أن تردّها و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصحه و العيب منه» (١).

فإنّ الظاهر من إيكال البائع إلى المشتري كما هو المتعارف الآن خصوصاً إذا كان عرفاً مثل رفاعه حيث كان يتبع الرقيق و وثوقه بعدم

تقويمه أنقص من القيمة العادلة، فيكون مورد رضاه هو القيمة العادلة فما فوقها، فكأنه قال: بعتك بالقيمة العادلة فما فوقها، و على هذا ينطبق جواب الإمام- عليه السلام- مع الصحة؛ إذ الحكم حينئذ رد ما نقص عن القيمة العادلة لو كان ما بعث انقص منها؛ لكونها أقل مراتب رضاه، و عدم استرداد الزيادة لو كان ما بعث أكثر من القيمة العادلة لفرض اختياره له و صيرورته ثمنا بذلك.

فما ذكره شيخنا المرتضى- قدس سره- في منع التمسك بهذه الرواية للصحة

بقوله- قدس سره-: لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصحة البيع و فساده، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع إذا لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص، انتهى-  
ليس بمرضى بعد ما عرفت من ثبوت المراتب للثمن أدناها القيمة العادلة، و كلامه- قدس

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٨، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٧١، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٥

سرّه- مبنى على إرادة البيع بأمر واحد هو ما يراه المشتري قيمة عادلة كائنا ما كان، إذ حينئذ يرد أنه لا معنى لوجوب رد ما نقص عن القيمة العادلة، و أما على ما ذكرنا فلا يرد شيء.

نعم لو ثبت إجماع في مورد الرواية بالبطان كان مانعا عن الأخذ بها، فإشكال الرواية حينئذ أن مضمونها خلاف الإجماع لا أنها غير دالة على المطلوب.

قال صاحب الحقائق- قدس سره- على ما حكى عنه، ما نصه: لا يخفى أن مدار كلامهم في رد الخبر المذكور على الإجماع الذي ادّعه العلامة- رحمه الله- في التذكرة في هذه المسألة و أنه لا معارض له سوى الخبر المذكور.

و أنت خبير بأن من لا يعتمد على هذه الإجماعات المتناقلة في كلامهم و المتكّرر دورانها على رؤوس أقلامهم تبقى الرواية المذكورة سالمة عنده من المعارض، فيتعين العمل بها خصوصا مع صحة السند و اعتضاد ذلك، برواية صاحب الفقيه لها المشعر بقوله بمضمونها و العمل بها بناء على قاعدته المذكورة في أول الكتاب كما تكرر في كلامهم من عدّ مضامين أخباره مذاهب له بناء على القاعدة المذكورة، و ليس هنا بعد الإجماع المذكور إلّا العمومات التي أشاروا إليها من حصول الغرر و تطرّق النزاع و نحو ذلك، و هذه العمومات مع ثبوت مستندها و صحته يمكن تخصيصها بالخبر المذكور، بل من الجائز أيضا تخصيص الإجماع المذكور مع تسليم ثبوته بهذا الخبر الصحيح الصريح كما تخصّص عمومات الأدلّة من الآيات و الروايات و هو ليس بأقوى منها إن لم يكن أضعف بناء على تسليم صحته، و حينئذ يقال باستثناء صورة حكم المشتري و قوفا على ظاهر الخبر، و ما المانع من ذلك و قد صاروا إلى أمثاله في مواضع لا تحصى. انتهى.

و هذه العبارة كما ترى غير متعزّضة لانصراف الثمن إلى القيمة السوقية حتى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٦

يرد عليه أنه ما وجه حكمه- عليه السلام- في صورة زيادة ما دفع عنها بأنه له، فنسب ذلك إلى ظاهر كلامه- قدس سره- في غير المحلّ.

نعم ذكر ذلك المحقق الأردبيلي- قدس سره- في ما حكى عنه مع مضيئه في المسألة على الإشكال، قال على ما حكى عنه بعد ذكر الرواية و صحته سندها ما لفظه: و هي تدلّ على جواز الجهل في الثمن و أنه يقع البيع صحيحا و ينصرف إلى القيمة السوقية إذا بيع بحكم المشتري، و لكن نقل الإجماع في التذكرة على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه يمنع القول بها و تأويلها مشكل و كذا ردّها، فيمكن أن يكون حكما في قضية و لا يتعدّها. انتهى.

و أمّا توجيه ما في ذيل كلام الحقائق من تجويز تخصيص الإجماع بالخبر المذكور مع أن الإجماع قد ادّعه العلامة في شخص

المسألة، أعنى: بطلان البيع بحكم أحدهما فهما من قبيل المتباينين لا العام والخاص فهو أن يقال: ليس لنا جزم بانعقاد الإجماع على خصوص هذا الفرع بل من المحتمل أنه هو الإجماع المنعقد على الأصل، أعنى: اشتراط العلم بالثمن قدرا إلا أنه لما لم يكن فى نفس الفرع معارض لذلك الإجماع إلا الخبر المذكور و كان هو مجملا عندهم كما صار كذلك عند شيخنا المرتضى - قدس سره و أسرارهم - أفتوا فيها بمضمون الإجماع مدعىا فى نفسه الإجماع.

لا يقال: يدفع هذا الذى ذكرت ظاهر اللفظ حيث إنه دال على كونه منعقدا فى نفس المسألة ابتداء، فإنه يقال: نعم لولا كثرة وقوع ما ذكرنا من نقل الإجماع المنعقد على الأصل فى الفرع فى كلماتهم، فإنه بعد ذلك يصير الظهور موهونا، و بالجمله لا نجزم بأن الخبر كان عندهم تام الدلالة على الصحة من غير حاجة إلى التأويل كما ذكرنا، و مع ذلك طرحوها استنادا إلى الإجماع، و حينئذ كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٧

فالمسألة فى كلا طرفيها مشكلة.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر أن الرواية بناء على القول بالفساد يحتاج إلى مزيد من التأويل المحتاج إليه بناء على الصحة، و لعل وجهه أنه بناء على الصحة ليس المنافى إلا فقرة واحدة و هى قوله - عليه السلام -: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن ترد عليه ما نقص»، و أما الفقرتان الأخريان من قوله - عليه السلام -: «إن كان قيمتها أقل مما بعثت فهو له» و قوله - عليه السلام - فى صورة وجدان العيب بعد ما مسها: «ليس لك أن تردّها و لك أن تأخذ الأرش» فغير محتاجين إلى تأويل، لانطباقهما على القاعدة، و هذا بخلاف الحال بناء على الفساد حيث إنه لا يلائمه شىء من الفقرات الثلاثة كما هو واضح.

و أمّا التأويل الذى نحتاج إليه بناء على الصحة فى الفقرة الأولى فهو الحمل على أنه و إن كان الثمن ما يحكم به المشتري و لكن ينصرف إلى القيمة السوقية تعبدا سواء كانت أكثر مما بعث أم أقل، فقوله - عليه السلام -: «و إن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له» يكون ضمير هو راجعا إلى ثمنها لا إلى ما بعثت، و وجه التأويلية أن بناء الحكم فى الرواية على هذا التعبد بعيد عن ظاهرها.

و أمّا التأويل المحتاج إليه بناء على الفساد فهو حمل قوله: «باعنيها بحكمى» على قطع المساومة بتقويم رفاعه الجارية على نفسه بما يراه قيمة عادلة لها حيث كان من أهل الخبرة بقيمتها؛ لكونه دلال الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم أما معاطاة و إما مع إنشاء الإيجاب و كالة و القبول أصالة.

و الحاصل كان معنى باعنيها هو التوكيل و لم يقصد به إنشاء البيع حتى يكون الثمن ما يحكمه المشتري، فتكون الرواية أجنبية عن المقام، لأن الثمن فى البيع حسب الفرض هو الألف درهم و الضمير فى قوله - عليه السلام -: «فهو له» راجع كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٨

إلى «ما بعثت» و أمّا وجه لزوم ردّ الزيادة لو كان ثمن المثل أزيد فهو أن المالك لم يقبل الألف درهم إمّا لظهور غبن له فى البيع و أن رفاعه مخطئ فى القيمة، و إمّا لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به، فالإلزام برّد الزيادة يكون للإرشاد إلى طريق إمساك الجارية، يعنى حيث إن المالك لا حاجة له إلى الجارية فإذا بذل له التفاوت يرضى و يقدم بذلك على إسقاط خياره.

### [المسألة الثانية اشتراط العلم بقدر المثل كالثمن]

#### إشارة

مسألة العلم بقدر المثل كالثمن شرط بإجماع علمائنا كما عن التذكرة، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته -: الكلام هنا كما تقدّم فى سابقه من أنه لو كان المدرك منحصر فى النبوى صلى الله عليه و آله و سلم المشهور فمجال المناقشة واسع، إذ ربّما يكون قدر المثل مجهولا و لا غرر كما لو باع أحد الشيين الخارجيين، و علم أن

أحدهما خمسة أمان حنطة جيّدة و الآخر عشرة أمان حنطة رديّة و لكنهما في القيمة متساويان و لم يكن له غرض شخصي في خصوص أحدهما، و الحاصل كان عالما بأحد الأمرين من القدر أو وصف الجودة الجابر لنقصان القدر. و كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المتساوي له في القيمة فإنه لا يتصوّر هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار كلّ من العوضين إلّا أنّه مساو للآخر في المقدار.

و كما لو كان المقدار المتخلف عن الخرص و التخمين بالزيادة في جانب البائع و النقيصة في جانب المشتري غير قليل المقدار كمنّ و منّين من التبن إذا باع عدلا منه حيث إنّ نفس المنّ و المنّين يقعان مبيعين مستقلّين و يوضع لهما الميزان و لكن عند بيع العدل و العدلين لا- يرضى المشتري و البائع- لتضييع وقتهما- بوضع الميزان لإدراك المنّ و المنّين، بل يكتفون بالخرص و يتسامحون في المقدار المتخلف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٥٩

حفظا لما هو الأهمّ من مراعاة الوقت.

و بالجملة المجازفة في هذا المثال حاصل بخلاف الأولين و لكن ليس بغرر عرفا لا أنّه عندهم غرر مقدم عليه بخلاف المقدار القليل المتسامح فيه لقلته فإنه لا مجازفة فيه أيضا، فإنّ المجازفة عبارة عن الإقدام بجهالة بالمقدار و دورانه بين القليل و الكثير. و بالجملة استفادة شرطية العلم بالقدر بحيث يشمل مثل هذه الموارد من حديث نفى الغرر في محلّ المنع

#### [فرع: في ذكر الأخبار الخاصّة الواردة في خصوص الكيل و الوزن تيمنا]

فتبقى الأخبار الخاصّة الواردة في خصوص الكيل و الوزن، فلا بدّ من التيمّن بذكرها و التكلّم فيها.

فنقول مستمدّين من آل الرسول صلّى الله عليه و آله و سلّم من جملة الأخبار المستدلّ بها في المقام صحيح ابن محبوب على المحكيّ عن زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن شراء الطعام و ما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن؟ فقال: أمّا أن تأتي رجلا في طعام قد كيل و وزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه إذا كان المشتري الأوّل قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع: إنّي أربحك بكذا و كذا و قد رضيت بكيلك أو وزنك فلا بأس» (١).

و منها: رواية أبان عن محمّد بن حمران «قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -:

اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه و أخذناه بكيله؟ فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيّله» (٢).

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفة-: الرواية الأولى ظاهرة في مدخليّة خصوص المرابحة في الحكم، فإنّ كون النكتة في ذكرها هي العليّة خلاف

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٧، ح ٧.

(٢)- المصدر نفسه: ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٠

الواقع، و حينئذ فلو حملناها على مسألتنا من اعتبار الكيل بمعنى معلوميّة المقدار لم يبق للقيّد المذكور مدخليّة أصلا كما هو واضح، و الرواية الثانية يبعد تنزيلها على المقام من حيث أنّه يلزم التفكيك في اعتبار قول البائع بين مقام البيع و مقام الشراء.

و إذن فمن القريب بل لا- يحتمل غيره أن تكون الروايتان غير مرتبطتين بمقامنا و مندرجتين في أخبار مسألة أخرى هي حرمة بيع المكيل و الموزون قبل القبض و هي بين مانعة مطلقا و مرخصه كذلك، و مفضّلة بين المرابحة و التولية بالمنع في الأولى و التجويز

في الثانية. و كيف كان فالناظر لتلك الأخبار و هذين الخبرين يقطع بأنّ الخبرين من باب تلك الأخبار و غير مرتبطين بمقامنا. توضيح ذلك: أنّ السائل في الرواية الأولى توهم من الأخبار المانعة المطلقة أنّ حصول الملك للمشتري منوط بالقبض و لهذا منعت تلك الأخبار عن ترتيب أثر الملكية و هو مطلق البيع، فمقصوده بقوله: «هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن» أي قبل قبض نفسه المبيع عن البائع، إذ المتعارف في عرف الأخبار إطلاق الكيل و الاكتيال و إرادة القبض الخارجي أنّه هل الشراء متحقق قبل قبضى أو متوقف على القبض؟ فأجابه الإمام - عليه السلام - بأنه إذا كان الرجل الذي تشتري منه قد قبضه كفى في صحّة شرائك منه و صيرورته ملكا لك، و ذكر قيد المراجعة من باب ذكر الفرد الخفيّ، فيبين - عليه السلام - له أنّ القبض شرط في البيع من طرف البائع لا أنّه متمم سبب الملك، فمع عدم القبض يحصل الملك و لكن لا يجوز بيع المراجعة تعديدا إلّا بعد القبض، و لفظ «بكيل أو وزن» في قوله: قد أخذه بكيل قيد توضيحي.

و إلى ما ذكرنا من التفصيل بين الملك فلا يشترط في حصوله قبض المشتري،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤١

و بين البيع فيشترط أشار في الفقرة الثانية من الرواية الثانية، فمقصود السائل بقوله: أ يجوز أن يبيعه كما اشتريته بغير كيل هو السؤال عن بيع التولية قبل قبض نفسه، يعنى يجوز بيعه بالقيمة التي اشتريته قبل أن أقبضه؟ فأجاب - عليه السلام -: أمّا أنت إلخ، يعنى و إن كان بيع البائع الأوّل منك غير مشروط بقبضك منه، أمّا أنت فيعك مشروط بقبضك، فيكون الخبر من الأخبار المانعة في مطلق البيع.

و على هذا يندفع الاستبعاد عن الرواية في الحكم باعتبار إخبار البائع بالكيل في خصوص الشراء منه و عدم اعتباره في بيع المشتري لغيره لو حملناها على اعتبار الكيل من باب رفع المجازفة و حصول العلم بقدر المبيع.

و أمّا الفقرة الأولى منها فذات وجهين: الأوّل: أن يكون المراد تصديق البائع في أنّه قبضه من المالك الذي هو الشرط في بيعه فيكون أجنبيا عن مقامنا، الثانى:

أن يكون الركون إلى تصديقه و الاعتماد بقوله في مقام رفع المجازفة و تحصيل العلم بقدر المثلث فيكون مرتبطا بالمقام، لكن لا دلالة له على أزيد من رفع الغرر، فإنّ من أحد طرقه الاطمئنان بقول البائع فلا يدلّ على اعتبار الكيل زيادة على هذا المقدار، و بالجملة فليس فيه إلّا الدلالة على الاكتفاء بتصديق البائع مع السكوت عن أنّ المعبر في تقدير عدم التصديق ماذا.

و منها: صحيحة الحلبي على المحكي عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنّه قال في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و أنّ صاحبه قال للمشتري: ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل فإنّ فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعت؟ قال - عليه السلام -: لا يصلح إلّا بكيل و قال: ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنّه لا يصلح مجازفة هذا ممّا يكره من بيع الطعام «١».

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٤، ح ٢ و ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٤٢

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - هذه الرواية الشريفة ذات احتمالين بأحدهما دالّة على المدعى في خصوص الطعام، و بالآخر في كلّ مكيل و موزون، أمّا الأوّل: فهو أن يكون المراد من قوله: ما كان من طعام إلخ موضوعيّة الطعام و كان التوصيف للتنوع فيكون الحكم خاصيا بالحنطة و الشعير أو مطلق الحبوب دون مثل الفواكه و سائر المطعومات فضلا عن غيرها من أنواع المكيل و الموزون، و يكون التنوع لإخراج مثل الزرع بعد انعقاد الحب خصوصا عند أوان حصاده فإنّه طعام و ليس بمكيل، اللهم إلّا أن يחדش في كونه مسمى بالطعام.

و أمّا الثانى: فهو أن يكون ذكر الطعام من باب المثال و يكون المقصود إناطة الحكم بالكيل و الوزن، و لكن يبيّده أنّ الظاهر كون

قوله: «سَمِيَتْ» تقييدا للطعام لا بيانا و توضيحا، و كيف كان فدلالة الرواية في خصوص الطعام قدر متيقن، و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أم نقص مع عدم حصول الاطمئنان بقوله، هذا.

و لكن يرد على الرواية أن غايه ما يفيدها هو الفساد في صورة صدق المجازفة و من الواضح عدم صدقها في المثال الذي تقدم من صورة معلومية أحد الأمرين من القدر و وصف الجودة الجابر للنقصان و صورة البيع بما يوازي المبيع في الميزان مع المساواة في القيمة؛ فإن الجراف هو المساهلة في الأمر و عدم التحقيق، و أما المثال الثالث الذي تقدم فتدل الرواية على منعه لصدق الجراف فيه و إن لم يصدق الغرر، لكن في خصوص الطعام لا في كل مكيل و موزون، لتوقفه على استظهار الاحتمال الثاني و قد عرفت منعه.

و منها: ما في رواية أبي العطار «قلت فاخرج الكرّ و الكزّين فيقول الرجل كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٣

أعطنيه بكيلك، فقال: إذا ائتمنك فلا بأس» «١» دلت على قيام إخبار البائع مقام الكيل في صورة كونه مؤتمنا عند المشتري و لو لم يحصل الوثوق الشخصي.

و منها: مرسله ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله - عليه السلام - عن «الرجل يشتري الجصّ فيكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل؟ فقال - عليه السلام -: إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيه كله» «٢» هذه أيضا في الدلالة على لزوم أحد الأمرين كالسابقة، و أما الإشكال بأنّ الاستفادة منه منع التبعض و لا يلتزم به أحد، فغير وارد، لأنّ مفروض السؤال بحسب الظاهر استواء الحال في كلا البعضين من حيث حصول إخبار البائع في الكلّ أو عدم حصوله كذلك لبعده حصوله في البعض دون البعض، أو حصوله في الكلّ و لكن لم يكن موثقا عند إخباره بالبعض فصار كذلك عند إخباره بالبقيّة.

و حاصل ما استفدناه من سليم الدلالة من هذه الأخبار في باب المكيل و الموزون هو اعتبار عدم المجازفة و أنّه لا يكفي الخرص و التخمين و الأخذ بالمساهلة، و أما مثل ما مثلنا لك سابقا من معاوضة الجنسين المتساويين في الميزان و المائنة و بيع ما علم فيه أحد الأمرين من القدر و الوصف فلم يعلم ممنوعيته من الأخبار.

فإن قلت: فعلى هذا تكفي الصخرة المشاهدة الغير المعلوم وزنها، إذ ليس مرجع الأوزان أيضا إلّا إلى المشاهدة، و إلّا فليس المنّ بما هو إلّا ما كان منقسما إلى نصفين منّ بالمشاهدة و نصف المنّ ما كان منقسما إلى ربعين كذلك و هكذا إلى أن ينتهي إلى المثقال و الحمصة و الشعيرة، و الشعيرة أمر مشاهد.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٧، ح ٦.

(٢) - المصدر نفسه: ص ٢٥٦، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٤

قلت: نعم مرجع الوزن أيضا إلى المشاهدة كما ذكرت، و لكنّ الفرق بينه و بين الصخرة المشاهدة المجهولة هو انتهاء الوزن إلى ما ذكرت من تلك الأجزاء الصغار المشاهدة فيكون منضبطا بالمشاهدة بقدر الإمكان، بخلاف الحال في الصخرة المجهولة، و أما الفرق بينها و بين الجنسين المتقابلين في الميزان فهو انضباط حدّ المائتين فيهما و عدمه في الصخرة، هذا هو الكلام في المكيل و الموزون.

و قد يتمسك بروايات آخر لا اعتبار العلم و عدم الجهالة في مطلق المبيع.

منها: ما عن دعائم الإسلام عن أبي جعفر - عليه السلام - أنه «سئل عن رجلين باع كل واحد منهما حصّته من دار بحصّة لصاحبه من دار أخرى؟ فقال - عليه السلام -: ذلك جائز إذا علما جميعا ما باعاه و اشترياه، فإن لم يعلماه أو لم يعلم أحدهما فالباع باطل» «١»، و فيه: أنّه مورد الرواية حسب الفرض بحيث يلزم من عدم المعلومية الجراف و الغرر، و لم يعلم منه البطالان في مورد الانفكاك عن العوانين كما في بيع أحد العبدین أو إحدى الدارين، و بالجملة عدم معلومية الحصّة و أنّها الثلث أو النصف أو الربع مثلا ملازم مع

الجزاف و الغرر، بخلاف الإبهام في أحد العبدین المماثلین من جميع الجهات أو إحدى الدارين كذلك.  
و منها: ما عن الدعائم أيضا في حديث «عن أمير المؤمنين - عليه السلام - أنه سئل عن بيع السمك في الآجام - إلى أن قال -: هذا كله لا يجوز، لأنه مجهول غير معروف يقل و يكثر و هو غرر» (٢) و الكلام فيه كسابقه، فإن دوران الأمر بين القلة و الكثرة فيه لا يشمل مثل الدوران الموجود في ما مثلنا من مورد العلم بأحد الأمرين من زيادة الكم أو زيادة الكيف بشهادة تطبيق كبرى الغرر عليه، مع

(١) - مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٤، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٣١، ح ٢.

(٢) - الوسائل: ج ١٣، الباب ١٠، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٣٨، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٥

وضوح عدم تطبيقه على المثال كما تقدم.

و منها: ما عن الدعائم أيضا عن أبي عبد الله - عليه السلام - عن أبيه عن آبائه - صلوات الله عليهم أجمعين -: «أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع الغرر و هو كل بيع يعقد على شيء مجهول عند المتبايعين أو أحدهما» (١).

و فيه - على تقدير تسليم كون التفسير عن الصادق أو أحد من الأئمة أو النبي - صلوات الله عليهم أجمعين - دون صاحب الدعائم - أن المراد بالمجهول مجهول، فإنه لا يمكن أن يكون المراد مطلق المجهول و لو من حيث الأمور الغير الدخيلة في المائية مثل العبد المجهول اسمه المراد بين مبارك و ياسر مثلا و هكذا.

و إن كان المراد المجهول من حيث المائية أو من حيث الرغبة النوعية كما لو علم أنه يوازي ديناراً و لكن لا يعلم أنه مما يكثر الرغبة إليه أو يقل، فلو كان مقدار المائية معلوماً، و كذلك كونه مرغوباً إليه بطباع العامة كما في الحنطة و الزبيب المتقابلين في الميزان فلا تدل الرواية على منعه، و على كل حال لا يشمل مثل بيع أحد العبدین؛ فإن المبيع هنا مبهم لا مجهول، و بين الأمرين بون بعيد، و لهذا لا يقال عند وقوع الأحدث تحت الخطاب أن موضوع الخطاب مجهول.

و بالجملة الذي اعتبروه في الفتاوى في الثمن و المثلن سواء في المكيل و الموزون أم في المشاهدات لم نعثر له بكلية على مدرک في الأخبار فإن كان مدرک كان هو نفس تلك الفتاوى، هذا.

و من الغريب ما حكى عن المحقق الأردبيلي - قدس سره - أنه أنكر وجود خبر على اعتبار العد في المعدود فناقش بذلك في اعتبار العدد في خصوص المعدود، بمعنى أنه يجوز من غير اعتبار مع التراضي، و الحال أن رواية الجوز و إن

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠، أبواب آداب التجارة، ص ٣٣٠، ح ٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٦

كان ليس محط السؤال و الجواب فيها ذلك، لكن يستفاد منها اعتبار العدد، و هي صحيحة الحلبي و ابن مسكان جميعاً عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنه «سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكالم ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به» (١).

فإن الظاهر منها كون اعتبار العدد مفروغاً عنه عند السائل حتى سأل عن كون ما ذكره علاجاً لحال تعدّره و طريقاً إلى تعيينه فقرّره الإمام على هذا و أن الكيل طريق إلى العدّ عند عدم الاستطاعة، و بالجملة تقرير الإمام - صلوات الله عليه - بالنسبة إلى أصل اعتبار العدّ غير قابل للإنكار.

نعم يمكن منع التقرير بالنسبة إلى اختصاص التقدير بالكيل بحال عدم الاستطاعة إذ لم يعلم كون نظر السائل إلى إناطة الجواز بعدم الاستطاعة، فلعله ذكره من باب أنه مع الاستطاعة لا داعي إلى الكيل، فهو نظير قول السائل: إن لم أستطع من الصلاة إلى ما بعد نصف

الليل؟ فقيل في الجواب: يكون أداء فلا- يستفاد عدم الأدائية في صورة عدم الاستطاعة، لأنّ ذكره ليس من باب الإناطة و التقييد للحكم بل لأجل أنّ الإنسان لا يترك الصلاة بلا عذر إلى ما بعد نصف الليل و لا أقلّ من إجمال اللفظ، فتبقى العمومات بالنسبة إلى حالة الاستطاعة و الاعتبار بالكيل سليما عن المخصّص، هذا.

### [المسألة الثالثة في تعيين المناط في المكيل و الموزون و المعدود]

مسألة لو قلنا بأنّ المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو رفع الغرر الشخصي و أنّه ليس المعبر إلّا ذلك لا شيئاً زائداً

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٩، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٧

عليه فلا إشكال في جواز تقدير كلّ منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً، لكن تقدّم أنّ بعض الأخبار و إن كان لا مساس لها بالباب و لكن صحيحة الحلبي بضميمة المفروغية عند السائل في سائر الأخبار يفيد اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي.

و حينئذ أيضاً لو قلنا بأنّ المعبر زائداً على رفع الغرر إنّما هو رفع المجازفة، أعني: المساهلة و الدخول في الأمر على غير تحقيق فكلّ ما كان رافعاً للمجازفة جائز، حتّى قلنا: إنّ لازم هذا جواز البيع بما يوازى المثلن في الميزان مع التساوي في القيمة، فلا إشكال على هذا أيضاً في اعتبار المكيل بالوزن و الموزون بالكيل، و لو قلنا بأنّ المعبر زائداً على رفع المجازفة أيضاً هو التقدير بالكيل أو بالوزن تعبداً لا بطريق آخر كالمثال المذكور.

فيقع حينئذ الكلام و الإشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه، فاختلّفوا في جواز بيع المكيل وزناً و بالعكس و عدمه على أقوال، ثالثها جواز المكيل وزناً دون العكس، لأنّ الوزن أصل الكيل و أضبط و إنّما عدل إليه في المكيلات تسهيلاً. قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفادته الشريفة-: إنّ الذي ينبغي أن يقال هو الجواز و الكفاية في كلا الطرفين و ذلك لعدم الإطلاق في الأخبار بالنسبة إلى اعتبار الكيل في المكيل بل إطلاقها منزّل على صورة صعوبة الوزن و أنّه لو لا الكيل كان الطريق منحصرًا في المشاهدة، فاعتبر الكيل في قبال المشاهدة لا الوزن فيبقى كفاية الوزن تحت القاعدة، و أمّا قيام الكيل مقام الوزن فلا وجه لمنعه إلّا ما عرفت من المفصل من كون الوزن أصلاً و أضبط من الكيل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٨

و يمكن منع الأضبطية إلّا في مقدار يتسامح به، توضيح ذلك، أنّ وجه رفع المجازفة بالوزن ليس إلّا انضباطه و انقسامه إلى أجزاء متساوية بانقسامات عديدة حتّى ينتهي إلى الحمصّة و الشعيرة، فانتهاه الأمر فيه إلى المشاهدة لكن بعد مثل هذه المداقفة من التقسيم المنتهي إلى مثل الشعيرة، فنقول: عين هذا المعنى جار في الكيل أيضاً؛ فإنّ وجه الاعتبار به ليس إلّا أحد أمرين:

إمّا كونه عبرة و طريقاً إلى الوزن الخاص، فيكون اعتباره من باب اعتبار الوزن، و إمّا إجراء التقسيم المذكور في الوزن في نفس الكيل بأن نعتبر القصة منقسمة إلى نصفين و النصف إلى فنجانين و الفنجانين إلى الاستكانين و الاستكان إلى ضعفى ما يقال له بالفارسية «انگشتانه».

نعم قد يتخلف الكيل عن الوزن لكن مقدار التخلف قليل يتسامح به إلّا أن يكون الجنس ممّا لا يتسامح به بهذا المقدار، فليس عدم اعتبار الكيل حينئذ إلّا مثل عدم اعتبار الميزان المعدّ للمنّ و المنين في بعض الأشياء التي لا يتسامح فيها بالمقدار المتخلف من هذا



الميزان، فكما يعتبر فيه الميزان المثقالى يعتبر فى الأول الوزن فى قبال الكيل.

و من هنا يعرف أنه لا عبرة بخصوص الوزن المتعارف و الكيل المتعارف بل يجوز الاكتفاء بما يصنعه و يخترعانه من الوزن و الكيل لكن بالشروط الذى ذكرنا من انتهاء الأمر بالانقسامات العديدة إلى قسمين متساويين إلى الجزء الصغير من الوزن و الكيل، فيجوز لهما اختراع الوزن من العدسة على خلاف ما تعارف من اختراعه من الشعيرة.

فإن قلت: إطلاق قولنا: المكييل و الموزون يجب فيهما الكيل و الوزن منصرف إلى المتعارف فما ذكرت من المخترع و المصنوع خارج عن مفاد الأخبار.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٦٩

قلت: لا- فائدة فى هذا الانصراف بعد ما ادعينا من أن الحكم وارد مورد مقام آخر و أن الحصر إضافي بمعنى أنها فى مقام نفى المشاهدة و مثل البيع بالتقابل فى الميزان، و أما التقدير الخاص من بين التقادير فليس فى الأخبار تعرض للنفى و الإثبات فيه، و ذلك لأن اعتبار الكيل و الوزن من باب المفروغية عند المخاطبين فى موارد الأخبار المتقدمة و موارد ما كانت بحيث لولا الكيل كانت المعاملة جزافية، فالمفروغية إنما هى فى مقام أصل اعتبار التقدير فى مقابل عدمه، و لا يكفى انصراف الكيل فى هذا المقام كما هو واضح.

و الحاصل: أن اعتبار الزائد على تقدير المائية بالنحو المتعارف فى العرف- أعنى: بانتهاء الأمر إلى الأشياء الصغار المشاهدة بالانقسامات العديدة إلى قسمين متساويين بحيث كان عدد تلك الأشياء الصغار مضبوطا معلوما- غير معلوم من الأخبار، فتبقى العمومات سليمة عن المخصص فيكفى كل من الكيل و الوزن فى مقام الآخر سواء المتعارف أم المصنوع المستحدث، هذا. و قد فصل شيخنا المرتضى- قدس سره- فى المقام بعد ما قسم محل الكلام إلى أربعة أقسام: الأول: جعل الكيل أماره على الوزن، و الثانى: جعل الوزن أماره على الكيل، و الثالث: جعل الكيل أصلا برأسه فى مقام الوزن، و الرابع: جعل الوزن كذلك فى مقام الكيل، فاختار الجواز فى الأولين و الأخير دون الثالث.

أما الجواز فى الأولين فلأن التفاوت المحتمل إما يتسامح به و إما لا يتسامح به، فعلى الأول لم يخرج عن مدلول الأخبار، إذ التقدير بالوزن أو بالكيل قد تحقق غاية الأمر بطريقتيه و أحدهما للآخر كما لو أخبر من يعلم بأخباره، و على الثانى فكذلك أيضا، لأن التفاوت و إن لم يكن يسيرا لكن احتمالاه موهوم لا يعتنيه العقلاء؛ لأن الفرض كون كل أماره عرفية على وجود الآخر، فهذا أيضا غير خارج

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٠

عن تقدير الموزون بالوزن و المكييل بالكيل، غاية الأمرين إحراز الأمر بالطريق الحجة العقلية نظير أخبار البيه أو إخبار البائع، فعلم أنه مع الجمود على مفاد الأخبار من اعتبار التقدير بخصوص الوزن فى الموزون و بخصوص الكيل فى المكييل أيضا مقتضى القاعدة هو الحكم بصحة كلا القسمين.

نعم ربما يتوهم منافاة التقرير فى خبر الجواز حيث أناط السائل جواز كيل المعدود بعنوان الطريقتيه للعد بعدم الاستطاعة و مقتضاه عدم الجواز مع الاستطاعة و قد قرره الإمام- عليه السلام- لكن عرفت الخدشه فى هذا التقرير فراجع.

و أما الجواز فى الأخير فلعله- قدس سره- بأن الوزن أضبط من الكيل و هو أصل الكيل فى المكييلات و لا عكس، و أما عدم الجواز فى الثالث، فلأنه داخل فى المجازفة، إذ لم يفد فى الموزون معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة نظير تقدير الموزون بالصخرة المشاهدة أو معاملة مثل الأعاجم بالوزن المرسوم عند أهل العراق من الحقة و الرطل و الوزن، فإن مجرد ذكر أحد هذه العناوين على الموزون و جعله فى الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم فى مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، هذا محصل ما ذكره- قدس سره الشريف.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام أبحاثه المفيدة:- أمّا ما ذكره في القسمين الأوّلين ففى غاية المتانة، أمّا ما أفاده في القسمين الآخرين فمحلّ نظر، وذلك لأنّ قياسه الكيل بالمشاهدة لعلّه مبنّى على أن يكون المراد جعل مكيال غير معلوم المقدار فى مقام الوزن أصالة، ولكنّه غير المراد، بل المراد أن يكون المكيال مورثاً لمعرفة مقدار المكيال كما يستكشف مقدار الأشياء الأخر بالمقادير الأخر؛ فإنّ طريق المعرفة فى سائر المقامات هو العلم بأنّ الصخرة أو الكيل ينتهى إلى أى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧١

عدد من الحمّصة مثلاً أو إلى أى عدد من الوعاء الصغير فى غاية الصغارة، فالمقصود استعمال الكيل المعروف مقداره بهذا الطريق فى مقام الوزن، ومن الواضح عدم شباهته بالصخرة المشاهدة المجهولة، إذ مقدار مائئة الحنطة المكيّلة بهذا الكيل مثلاً يعلم أنّه ماذا ولا يعلم مع الوزن بالصخرة المجهولة كما هو واضح.

و حينئذ فنقول: لا يخلو الأمر إمّا يستكشف من الأخبار اعتبار عدم المجازفة أو يستفاد منها خصوص الكيل فى المكيال و الوزن فى الموزون بناء على منع ما ذكرناه سابقاً، و تسليم الإطلاق للأخبار و عدم كونها فى مقام الحصر الإضافى، فإن قلنا بالأول فاللازم الكفاية فى كلّ من القسمين لما ذكرنا من رفع المجازفة، و إن قلنا بالثانى فاللازم أيضاً عدم الفرق بينهما بعدم الكفاية، فإنّ أضيفه الوزن لا يوجب صحّة أخذه فى مقام الكيل مع كون المستفاد من الدليل اعتبار خصوص الكيل، فلا يعلم لما أفاده- قدّس سرّه- من الفرق وجه على كلا المبنيين.

بقى الكلام بناء على تسليم وجود الدليل على اعتبار الكيل فى كلّ مكيال و الوزن فى كلّ موزون فى أنّ المعيار أى عصر و أى بلد عند اختلاف الأعصار و البلدان فى شىء من هذه الجهة، و يجرى هذا فى مسألة حرمة الربا فإنّها أيضاً معلّقة على المكيال و الموزون. و اعلم أنّ المنسوب إلى الأصحاب- رضوان الله عليهم- أنّ المعتبر فى الكيل و الوزن ما كان فى عهد النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا علم ذلك، و إن تغير، و إن لم يعلم فعادة البلدان فى وقت البيع، فإن اختلفت فلكلّ بلدة حكمها، هذا ما نسب إليهم، فإن ثبت اتفاق فهو و إلّا فللخدشة مجال واسع، لأنّ عنوان ما يكال و يوزن الواقع فى أدلّة البابين لا يخلو الحال فيه إمّا يجعل معرّفًا إلى الأشياء الخاصّة و إمّا عنواناً،

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٢

و على الثانى أيضاً إمّا يراد به المكيال بقول مطلق المتوقّف صدقه على توفيق البلاد أو جّلها على الكيل أو المكيال فى الجملة، فيوجب الكيل فى البلد الواحد جريان الحكمين، أعنى: عدم صحّة الجزاف و عدم جواز التفاضل فى معاملته المتجانسين منه فى جميع البلاد إذ يختلف الحال بحسب كلّ بلد نظير عنوان (المتعارف) و عدم إمكان استفادة الترتيب المذكور بين المراتب الثلاث من العبارة فى شىء من هذه التقادير فى غاية الوضوح.

و حينئذ فعمومات أوّفوا بالعقود و تجارة عن تراض و نحوهما هى المحكّم فى مورد الشكّ مضافاً إلى أصالة عدم كونه مكيالاً فى عهد النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم.

لا يقال: إذا فرض أنّ العمومات قد خصّصت بما كان مكيالاً أو موزوناً فى عهد النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فمورد الشكّ شبهة مصداقية لتلك العمومات. لأننا نقول: نعم و لكنّ المخصّص لثبوت، فإنّ الإجماع لم ينعقد إلّا على المضمون لا [على] صدور هذا اللفظ عن المعصوم- عليه السلام- مع أنّه على الثانى أيضاً يمكن استكشاف حال المصداق بأصالة العموم؛ فإنّه من المحتمل أن يكون المتكلم فى قوله أوّفوا بالعقود الغير الغرورية لاحظ جميع الأفراد المتحقّقة إلى يوم القيامة فلم نعر فيها على شىء كان مصداقاً لعنوان المخصّص، أعنى: ما كان فى عهد النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لعزّة وجوده مقدّراً ثم صار فى ما بعد لكثرة الوجود يكتفى فى رفع غرره بالعدّ أو المشاهدة.

لا يقال: نعم و لكن لنا علم إجمالى بثبوت المخالفة بين الأعصار المتأخّرة و عصر النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فى تلك الأشياء

المختلفة في البلاد المختلفة و مقتضاه الاحتياط بمراعاة التقدير.

لأننا نقول أولاً: نمنع هذا العلم، لأنه على فرض كون العبرة ببلد النبي صلى الله عليه وآله وسلم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٣

و لم يعلم إرادته من المجمعين بل الظاهر إرادتهم عصره و يكون لكل بلد من البلاد المختلفة في عصره حكم نفسه، و ثانياً: سلمنا و لكن لئما كان طرف هذا العلم غير محلّ للابتلاء لأنّ متعلّقه التكليف المرّد بين المكلفين فكلّ منهما يتمسك بأصل البراءة في حق نفسه، و ثالثاً: سلمنا عدم جريان أصالة البراءة لا عقلا و لا نقلا، و لكن أصالة العموم لا مانع من الأخذ بها في مثل هذا المورد ممّا علم بالتخصيص إمّا في المورد المبتلى به أو في مورد آخر غير مرتبط بالإنسان، نظير ما إذا علم العبد بورود التخصيص إمّا على عام صادر من مولاه و إمّا على عام صادر من المولى في الهند بالنسبة إلى عبده، و كذلك لو قال طيب: اشرب الدواء الفلاني و علمنا بأنّه إمّا كذب في هذا الإخبار أو فيما أخبر به زوجته من الإخبار الأخر، و بالجملة لا يسقط العام بمجرد طرؤ هذه الجهة عن قابليّة المحاجة و الاحتجاج، هذا.

و لكن يمكن الخدشة بأنّ العمومات غير مبتئية على أعمال علم الغيب حتّى يمكن التمسك بها في الشبهة المصدقية، و يمكن أن يقال: إنّ عنوان معقد الإجماع، أعنى: ما يكال في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم مضافاً إلى احتمال كونه إشارة يحتمل على تقدير العنوائية كونه أمانة بمعنى أنّ الشارع رأى بملاحظة تطابق الأزمان و الأعصار في عزّة الوجود و كثرته في الأجناس المائتة كون عصره صلى الله عليه وآله وسلم أمانة على سائر الأعصار فحكم بأنّ ما يكال في عهده فهو ميزان رفع الغرر إلى يوم القيامة، و على هذا لا تخصيص أصلاً.

و لكن لا يزم هذا رفع اليد عن الإجماع عند العلم بمخالفة عصر مع ذلك العصر لانكشاف خطأ الأمانة، و هو غير مراد المجمعين ظاهراً، فالظاهر كون العنوان على وجه الأصالة و لازمه التخصيص فيكون مواقع الشكّ ممّا شكّ في انطباق عنوان المخصّص عليه، و قد عرفت عدم إمكان التمسك بالعمومات فيه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٤

أيضاً، اللهمّ إلّا أن يتشبه بالأصل المنقح للموضوع، أعنى: أصل عدم كون الجنس مكيلاً في عهده صلى الله عليه وآله وسلم و لكنّه مبنى على كون قيد في عهده قيماً للمحمول، و إن كان ظرفاً للنسبة فلا مجرى له؛ لعدم الحالة السابقة بالنسبة إلى ما هو موضوع الأثر و هو مفاد كان الناقصة.

إلّا أن يقال: إنّ الأصل عدم تحقّق قضية «هذا مكيل» في ذلك العهد و يقال: إنّ هذا العقد غير غرريّ بواسطة تقدير المائتة بما يتعارف فيه من العدّ أو المشاهدة بالوجدان و موجب الفساد و هو كونه مكيلاً في ذلك العهد غير متحقّق بالأصل، و ليس إحراز حال هذا المال و أنّه غير مكيل في العهد المذكور دخيلاً حتّى يكون الأصل مثبتاً بالنسبة إليه، ثمّ لو فرض الخدشة في هذا الأصل كان المرجح لا محالة أصالة الفساد دون الصّحة، لكون الشبهة حكمية، إلّا أن نمنع كشف الإجماع بواسطة التعليل الواقع في كلماتهم أو يقال: إنّ منعت على الأشياء الخاصّة لا العنوان.

### [المسألة الرابعة في إخبار البائع بمقدار المبيع]

مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور و عبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه.

اعلم أنّ الكلام هنا في مقامين:

أحدهما: في كون إخبار البائع طريقاً عرفياً أو شرعياً و لو لم يكن بناء. و الثاني: في أنّ البناء على المقدار الفلاني كاف في رفع الغرر

أولا ولو لم يكن إخبار.

أمّا الأول: فأما العرفي فالمتيقن من بناء أهل العرف هو الاعتماد على قول ذي اليد في ما يتعلّق بما تحت يده في ما لم يكن مظنة الكذب نظير الإخبار بطهارة الطفل ونحوه، وأما مثل المقام ممّا يتعارف فيه المدافعة، ودواعي الكذب فيه موجودة فالبناء غير محرز لو لم يحرز خلافه، وأما الشرعي فقد عرفت نفى الاعتبار من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٥

صحيحة الحلبي، بل يمكن استفادة عدم فائدة في البناء أيضا كما هو المقام الثاني بناء على ظهور مقام إخبار البائع بوقوع المعاملة مبينة على المقدار المخبر به، هذا.

و يشهد لهذا المضمون، أعني: عدم طريقيّة نفس الإخبار من حيث هو الإخبار الآخر، فإنّ قوله في رواية الكزّ والكزين: «إذا ائتمنك فلا بأس» وقوله في مرسله ابن بكير: «إما أن تأخذ كلّ بتصديقه، وإما أن تكيله كلّ» ظاهرهما الاعتماد على المؤتمنيّة في الأول و على الاطمئنان الموجب للتصديق في الثاني.

و أمّا الثاني: فلم يعلم وجه لكون التباي مع الجهل رافعا للغرر، لا يقال حيث إنّ الشرط يوجب تخلفه الخيار فلا غرر، لأننا نقول: صحّة الشرط الموجبة للخيار عند التخلف موقوفة على اجتماع نفس العقد شرائط الصحّة التي منها الغرر، و من هنا يعلم سراية الإشكال في باب الأوصاف لو لم يحصل الاطمئنان من توصيف البائع، إلّا أن يقال: الخيار عرفي لا شرعي وهو موجب لرفع الغرر، ولكنّه أيضا مدفوع بأنّه قد مرّ في باب اشتراط القدرة على التسليم أنّه بحسب العرف أيضا يكون لكلّ من المتعاقدين حبس العوض إلى أن يسلم صاحبه المعوّض و معه لا غرر، و مع ذلك لا يكتفون بهذا، فلهذا قلنا إنّ ملاك الغرر عدم الاطمئنان بنيل المقصد و لو مع الأمن عن الضرر و هذا موجود في المقام.

ثمّ في كلّ مورد حكمنا بالصحة فلو تبين الخلاف لا إشكال في ثبوت الخيار و لكن هل هذا الخيار خيار تخلف الوصف أو تخلف الجزء؟ مبنى الأول أنّ المبيع هذا الشيء و كونه بمقدار كذا من قبيل كون الفرس عربيا فيكون من تخلف الوصف فإمّا يفسخ و إمّا يمضى بتمام الثمن، و مبنى الثاني أنّ المبيع هذا المقدّر بكذا بنحو التقييد، و الإشارة ملغاة فحاله حال هذا الفرس لو بان كتابا، و لكنّ الفرق أنّ التخلف هناك يوجب البطلان و لا يوجب هنا، لأنّ الكتاب ليس بشيء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٦

من الفرس و لكنّ الخمسة أمانان نصف للعشرة فينتج خيار التبعض.

و لا يبعد قوّة الثاني بملاحظة أنّ قوام النظر في باب البيع كما يكون بالجنس مثل الحنطيّة و الشعيريّة كذلك بما يحدّد مقدار المايّة، فلا فرق بين الإتيان في صورة الإنشاء بصورة الشرط و الوصف أم بصورة الموضوع، فعلى كلّ حال له سمت الموضوعيّة لئلا تكون نتيجة تبعض الصفقة اشتراك الخيار في صورة النقيصة بين المشتري و البائع، و عدم اختصاصه بالأوّل لاشتراك التبعض بينهما و عدمه رأسا من شيء من الطرفين في صورة الزيادة، فإنّ المبيع عشرة أمانان بعشرة دنانير مثلا فإذا ظهر أحد عشر فلا بدّ من ردّ المنّ الواحد و لا تبعض للمبيع كما هو واضح، فما يظهر منهم في هذا الباب من اختصاص الخيار في الأوّل بالمشتري و في الثاني بالبائع يظهر كونه مبنيّا على جعل المقام من تخلف الوصف و لكنّه مناف مع بيانهم في باب الشروط على جعل المقام من تخلف الجزء.

### [المسألة الخامسة في حكم بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة مع عدم المسح]

مسألة قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة و إن لم يمسحا، و لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك و تعدّر إدراكه بالمشاهدة، و عن التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صحّ كالثوب و الدار و الغنم إجماعا، و عن التحرير

التصريح بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها.

و استشكل شيخنا المرتضى - قدس سره - بثبوت الغرر غالبا مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم، نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرابيس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقا إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع، و بالجملة المعيار هنا دفع الغرر الشخصي، إذ لم يرد هنا نص

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٧

بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به و لو لم يكن غرر كما استظهرناه في المكيل و الموزون.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: يمكن أن يكون المراد بكفاية المشاهدة الإيجاب الجزئي يعني منع مراعاة رفع الغرر، فإنه كما يرتفع بتعيين عدد الأذرع في الثوب كذلك يرتفع بالعلم بوفائه لقبائين مثلا لا أزيد و لا أنقص و لو مع تردد ذرعه بين الزائد و الناقص، و كذا في الأرض كما يرتفع الغرر بتعيين المساحة يرتفع أيضا بتعيين أنها وافية لزراعة من من الحنطة مثلا لا أزيد و لا أنقص و لو مع تردد المساحة بين الزائد و الناقص، و كذا في قطع الغنم كما يرتفع بتعيين العدد يرتفع بالعلم بأن ما يحويه المحوطة الخاصية يكفي لطعام أي عدد من النفوس و لو مع ترده بين الزائد و الناقص، و هذا نظير ما قلنا في المكيل و الموزون من إمكان رفع الغرر بغير طريق أحد التقديرين، غاية الأمر منعنا منه فيهما النصوص الخاصة، و المفروض انتفائها في المقام، فإن كان المقصود إثبات عدم لزوم التقدير في ما ذكر في قبال المكيل و الموزون كان حقا، و إن كان المقصود الإيجاب الكلي فمن الواضح ورود الإشكال عليه.

### [المسألة السادسة في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء و فيها وجوه]

#### [الوجه الأول أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيًا من الجملة مقدرا بذلك العنوان]

مسألة بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد و شبه ذلك يتصور على وجوه:

الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيًا من الجملة مقدرا بذلك العنوان، فيريد بالصاع مثلا من صبرة يكون عشرة أصوع عشرها و من عبد من عبيد نصفهما، و لا إشكال في صحته ذلك و لا في كون المبيع مشاعا في الجملة، و لا فرق بين اختلاف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٨

العبيد في القيمة و عدمه، و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه؛ لأن الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع نعم لو اختلف قيمة العصيان و لم نعلم نسبة الجيد إلى الرديء يلزم الغرر، فيعتبر في هذه الصورة العلم بهذه النسبة و لو لم يعلم العدد.

#### [الوجه الثاني أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع]

الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد و هذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة، و لا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمة كالعبيد المختلفين، لأنه غرر لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده

و هذا مبني على أن الجهل في مقام الوفاء يوجب الغرر و إلّا فلا جهل في مرحلة الإنشاء؛ لأن متعلقه أحد الشئيين المعلومين و هو معنى مبهم غير معيّن، و لكن حيث لا يعلم أن هذا المعنى على أي الشئيين يطبق يحصل الغرر من هذه الجهة، فالغرر هنا مثل الغرر في مورد الجهل بالقدرة على التسليم.

و أما مع اتّفاقها في القيمة كما في الصيعان المتفرقة فالمشهور أيضا كما عن كلام بعض المنع، بل عن الرياض نسبتة إلى الأصحاب، و عن المحقق الأردبيلي - قدس سره - أيضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب. و استدلّ على المنع بوجوه كلّها مخدوشة، الأول: بالجهالة التي يبطل معها البيع إجماعا، وفيه - بعد تسليم الكبرى - ما عرفت من منع الصغرى و أنّ المقام من باب الإبهام و اللاتعيينية الواقعية و لا ربط له بالجهالة. الثاني: بأنّ الإبهام في البيع مبطل له لا من حيث الجهالة، وفيه: أنّ الكبرى ممنوعة؛ إذ لا نسلم كون الإبهام و لو مع قطع النظر عن الغرر يوجب الفساد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٧٩

الثالث: بلزوم الغرر، وفيه: أنّه لا- خطر أصلا في بيع أحد العبدین المتساويين من جميع الجهات، كيف و لو كان هذا غررا لكان كذلك على فرض إرادة الكلّي في المعين، فما وجه الفرق بين المقامين كما يظهر منهم؟ الرابع: بأنّ الملك صفة وجودية محتاج إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج، و أحدهما على سبيل البديل أمر انتزاعيّ من أمرين معيّنين و ليس له واقع في الخارج حتّى يقبل الاتّصاف بالصفات مثل السواد و الحموضة و منها الملكيّة، فلا يقبل الاتّصاف بها أيضا مثل سائر الصفات.

وفيه: أولا: أنّ هذا المعنى بعينه موجود في الكسر المشاع، إذ ليس لعنوان النصف المشاع في الجملة واقع في الخارج، بل ليس إلّا انتزاعا ذهنيّا، و ما في الخارج ليس إلّا الأجزاء المعيّنة الغير السارى إلى غيرها، و المشاع ما كان ساريا في الكلّ فلا وجه للفرق بين المقامين.

و ثانيا: أنّ أمر الملك أوسع من الصفات الوجودية المتأصلة كالحموضة و السواد بل و كذا من الأمور الاعتبارية.

توضيح ذلك: أنّ الأعراض حسب ما قسمها أهل المعقول منحصرة في ثلاثة لا رابع لها، الأول: أن يكون ظرف العرض و الاتّصاف هو الخارج كالسواد و الحموضة، و الثاني: أن يكون ظرفها الذهن كالكليّة للإنسان، و الثالث: أن يكون ظرف العرض هو الذهن و ظرف الاتّصاف هو الخارج كالفوقية و الأبوة، و هذا الأخير يسمّى بالأمور الاعتبارية، و الأول بالأمور المتأصلة. فعلم أنّ كلّا من الأمور المتأصلة و الاعتبارية يعتبر كون المتّصف بها و المعروف لها أمرا خارجيا، فلو لم يكن شيء خارجي فلا سواد و لا فوقية و لا أبوة و لا عبودية إلى غير ذلك من الاعتبارات. و أما الملك فقد يكون المتّصف به أمرا خارجيا كملك الأعيان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٠

الخارجية، و حينئذ حاله حال الأمور الاعتبارية و يكون المتّصف به صورة ذهنية حاكية عن الخارج كملك الكلّي في الذمة حيث إنّّه لا- يتعلّق ملكه بشيء من الأفراد الخارجية، و ليس هذا من قبيل القسم الوسط أعني كليّة الإنسان مثلا و إلّا لم يستحقّ أمرا خارجيا، فليس إلّا أنّ العرف يتخيّلون للكلّي وجودا خارجيا و يرتّبون على هذا الوجود التخيّل أثر الواقعي من الملكيّة، و الشارع أيضا لم يردعهم.

و على كلّ حال هذا المعنى في المقام متحقّق كما في المشاع، إلّا أن يفرّق بأنّ ملك المشاع يعتبره العرف و لكن لا يعتبرون ملك الأحد البدلي و لكنّه منقوض بباب الوصية حيث صرّحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل أحد الشخصين و نحوهما، هذا.

و قد ينكر وجود هذا القسم و أنّه راجع إلى القسم الأخير أعني الكلّي، و ذلك لأنّ مفهوم الأحد المقيّد بالخصوصيات لا يصير جزئيا، و لا- يسقط عن قابليّة الانطباق، و لكنّه مدفوع بما في الأصول من أنّ هذا المفهوم الحاكي لا شكّ في كونه كليّا، لكنّ المحكى به جزئي، و لهذا لو وضع لفظا بإزاء الجزئي الداخل تحت الإنسان مثلا كان الموضوع خاصا مع أنّ عنوان الجزئي الداخل تحت الإنسان كلي، و سرّه أنّ المحكى خاص و جزئي، و أمّا قابليّة التطبيق فلا يلائم الكليّة؛ لأنّ ما يلازمها هو كون القابليّة لأجل وجود السعة في ذات المعنى حتّى يقبل الاحتواء على كثيرين، و أمّا في المقام فليس في المعنى سعة؛ لأنّه ينطبق على الممتاز و ما كان كذلك لا يقبل

أن يحتوى على الممتازين، نعم يمكن صدقه على كل منهما على نحو التبادل و هو غير الكليّة بل جزئية مردّدة، و أمّا عدم وجود هذا المعنى بل عدم إمكان تحقّقه فى الخارج فلا ينافى صحّة اعتباره فى الذهن، كما أن الكسر المشاع لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨١

وجود له فى الخارج بوصف الإشاعة مع أن له اعتبارا منشأ للآثار.

فالإنصاف عدم دليل معتبر على المنع فالدليل هو الإجماع لو ثبت، و قد عرفت من غير واحد نسبه إلى الأصحاب إلّا أن يوهن بوجود التعليقات فى كلماتهم الموجب لاحتمال استنادهم إلى أمثالها.

### [الوجه الثالث أن يكون المبيع طبيعة كليّة منحصره المصاديق فى الأفراد المتصوره فى تلك الجملة]

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كليّة منحصره المصاديق فى الأفراد المتصوره فى تلك الجملة بمعنى أن المبيع هو الذى يصير محمولاً فى قولك: هذا الصاع صاع من هذه الصبرة، فكما أن المحمول مغاير لا محالة مع الموضوع- لا- بمعنى أن الحمل بلحاظ المفهومين لعدم اتّحادهما بل المحمول هو مفهوم صاع هذه الصبرة بلحاظ الوجود الخارجى فلهذا لا يسرى عرض المحموليّة منه إلى ما يتّحد معه من الخاص أعنى الموضوع- كذلك وقع هذا المعروض للمحموليّة فى ملاحظه تعريته عن هذا الخاص و ذاك الخاص معروضاً للملكيّة بلحاظ الوجود الخارجى.

ففى الحقيقة المعروض هو الصورة الذهنيّة لكن بلحاظ حكايتها عن الخارج، و للطبيعة فى الخارج واقعيّة، غاية الأمر لا بوصف الجامعيّة و الانطباق و ليس هو فى الخارج عين الشخص و إن كانا متّحدين وجوداً، و لهذا قد يستند الأمر إلى نفس الطبيعة من دون دخالة للخصوصيّة، مثلاً الحرارة من أثر جامع النار من غير مدخليّة الهيئه الخاصّة و سائر التشخصات الموجوده فى النار الشخصيّة فى التأثير أصلاً فما هو الموضوع للأثر صار موضوعاً للملكيّة هنا.

لا يقال: فعلى هذا يكون الحال فى الكليّة فى الذمّة أيضاً كذلك فلا وجه لتعلّقه بالذهن، و بالجملة لا بدّ إمّا من القول بأنّ المقام أيضاً من قبيل ذلك فيكون الملك ثابتاً فى الذمّة غير مرتبط بالخارج، و ذلك لأنّ قيد كونه فى دائرة هذه الأفراد الخاصّة لا يخرج عن الكليّة، غاية الأمر يصير كليّاً أضيّق، و إمّا من القول

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٢

بالعكس فما وجه الفرق؟

لأننا نقول: الفرق بعد اشتراك المقامين فى أخذ الطبيعة المعرّاة عن الخصوصية مع قيد الوجود الخارجى موضوعاً أن الوجود المأخوذ فى المقام حقّ الوجود و واقع الوجود، و أمّا فى ذلك المقام فقد نزل كون عهده البائع معروضاً للخروج منه و قابلاً للاستيفاء عنه بمنزلة الوجود التحقيقى كما نعتبر عمل الأجير مع كونه موجوداً فى المستقبل بملاحظه وجود معدّاته و هو قابليّة الفاعل لاستيفاء العمل منه موجوداً فعليّاً فيعتبر المائيّة فيه و يبذل بإزائه المال، ثمّ الفرق بين هذا و بين النكراه هو الفرق بين الطبيعة المقيدة بالوحده و الموجوده فى هذه الدائرة بما هو هو و بالحمل الأولى و بين ما هو مصداق لهذه الطبيعة و يحمل عليه بالحمل الشائع.

ثمّ الظاهر صحّة بيع الكليّة بهذا المعنى كما عن صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقّق الثانى و غيرهم بل استظهر شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- عدم الخلاف فيه، و أمّا ما أورد من لزوم الإبهام و الغرر فقد عرفت منعه فى النكراه، لأنّ الكلام هنا فى ما إذا كان الأفراد متساوية فى الأوصاف و إن كان ربّما يتوهم من عبارة شيخنا- حيث فرّق فى النكراه بين صورة التساوى و الاختلاف و سوى بينهما فى الإشاعة و سكت هنا- أنه عمّم الحكم بالصحة هنا فى صورتين لكنّه على خلاف الواقع، فإنّ مقصوده الحكم من حيث الكليّة فى قبالة النكراه بعد الفراغ من جهات أخرى، ألا ترى أنّه يعتبر تساويها فى الجنس، فلو باع الكليّة بين صاع حنطة و صاع بطيخ لا- يصحّ، فإنّ الكليّة و إن كان معلوماً لكن بحسب مقام التسليم يلزم الغرر، فكذلك الحال فى الأوصاف المختلفه باختلافها

القيمة بلا فرق، و أما عدم معهودية ملكية الكلى بهذا المعنى فمنقوض بباب الوصية و الإصداق.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٣

### [المسألة السابعة حكم ما لو باع صاعا من صبره و لم يكن في اللفظ ما يعين أحد الاحتمالات الثلاثة و دار الأمر بين الإشاعة و الكلى]

#### إشارة

مسألة لو باع صاعا من صبره

و لم يكن في اللفظ ما يعين أحد الاحتمالات الثلاثة و كان الأمر دائرا بين أحد الوجهين الصحيحين أعنى الإشاعة و الكلى فهل ينزل على الإشاعة أو على الكلى؟ الظاهر الثانى، لأصالة الإطلاق، فإن إرادة الكلى لا يحتاج إلى مؤنة أزيد من الطبيعة و الوحدة و الوجود، و غيره يحتاج إلى هذا و زيادة قيد الإشاعة، فالمتعين الحمل على الأول عند عدم القرينة الصارفة.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - ذكر لثمرة الوجهين أمورا:

أحدها: كون اختيار التعيين بيد البائع بناء على الكلى، فليس للمشتري اقتراح الخصوصية على البائع، لأنه إنما ملكه الطبيعة فبملاحظة عرائها عن كل من هذا الخاص و ذاك الخاص فيبقى الخاصان فى ملكه، فمطالبة المشتري لكل من الخاصين مطالبة بغير حق، و أما على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركة فتحتاج القسمة إلى التراضى.

ثانيها: أنه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، لأن الطبيعة لا تنعدم إلا بانعدام جميع الأفراد، و التالف و أن كان قابلا لمصداقية تلك الطبيعة المملوكة إلا أنه لم يصير ملكا فعليا للمشتري بل كان كذلك للبائع، و بعد التلف خرج عن قابلية التطبيق فانحصر الفرد القابل فى الثانى فيتعين فيه قهرا، و هذا بناء على الكلى لا الإشاعة، و لكنه ما دام لم يعين البائع حق المشتري فى التالف قبل تلفه مما لا إشكال فيه.

و أما لو عين و لم يقبضه المشتري ثم تلف فهل التلف صار واردا على ملك المشتري أو لا؟ المسألة مبنية على أن من ملك كليا على أحد فلا إشكال أن اختيار

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ٢، ص: ٢٨٤

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٤

التعيين بيد المملوك عليه، و لكن هل يشترط قبض المالك الجديد فى تشخص ذلك الكلى فى ضمن الفرد الخاص أو أنه بمحض تعيين البائع و عزله ذلك الخاص يتشخص الكلى فيه؟ صريح شيخنا المرتضى اعتبار القبض فيكون فى المثال حق المشتري متعينا فى الباقي.

و لكن شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته - رشح عدم الاعتبار نظرا إلى أن ملك الكلى قد حصل بالإيجاب و القبول، و هذا الذى يعينه البائع أيضا مصداق لذلك الكلى، فهو عند إقباضه و قبل حصول القبض إنما يوقع الدفع و الإقباض على مال الغير فيصدق عليه أنه مشغول بدفع مال الغير إليه لا أنه مشغول بتصيير المال مالا للغير، و القابض أيضا يوقع القبض على مال نفسه لا أنه يوقعه على مال الغير و فى الرتبة المتأخرة يصير مالا لنفسه.

و حلّ المقام أن وجه عدم حق اقتراح الخصوصية للمشتري كونها متعلق حق للبائع، فإذا فرض رفعه اليد عن حقه، و المفروض أن



المقتضى بالنسبة إلى الكلى المنطبق عليه متحقق، فهذا موجب لتعيين هذا الفرد من بين سائر الأفراد ملكا للمشتري لحصول العلة التامة بالنسبة إليه دون الباقي. و لهذا نقول بتعيين الغرر قهرا عند انحصار الفرد فيه و تلف غيره فإنه حينئذ لا حاجة فيه إلى تعيين و إقباض قطعا، و وجهه أن حقّ البائع ساقط عن هذه الخصوصية فينطبق الكلى عليه قهرا، و على هذا فيكون في المثال حقّ المشتري متعينا في التالف فيصير من أفراد التلف قبل القبض.

و يؤيد هذا أيضا أنه لو باع صاعا لمشتري آخر بعد ما باع صاعا للمشتري الأول و أقبض صاع المشتري قبل إقباض المشتري الأول فتلف الجميع إلا ما أقبضه للمشتري الثاني فعلى القول بأنه ليس للبائع تعيين الكلى لا بدّ من القول كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٥

برجوع المشتري الأول إلى الثاني، و لا- أظنّ أن يلتزموا به، فإذا لم يكن له الرجوع إليه فمعناه جواز أن يعين حقه في الباقي مع عدم حضوره و اطلاعه و قبضه؛ فإنه لو لم يجز له ذلك فليس له أيضا ما يستلزم التعيين و هو النقل إلى المشتري الثاني. و على كل حال فاللازم التعرض لحكم هذه المسألة مع قطع النظر عن حكم التعيين، فنقول: لو باع صاعا من شخص آخر بعد ما باع صاعا من المشتري الأول فتلف إلا صاعا واحدا فهل هو للمشتري الأول أو له و للثاني بالاشتراك؟ وجه الثاني أنه كان قبل التلف قابلا لتطبيق كل من الكليين عليه و لم يحدث ما يوجب تغيير هذه القابلية عنه.

و لكنّ الحقّ- كما قاله شيخنا المرتضى و شيخنا الأستاذ- هو الأول، و وجهه أن الصاع المبيع هو الطبيعة باعتبار صرف الوجود، و الطبيعة بهذا الاعتبار كما لا يمكن تعلّق الطليين به كذلك لا يمكن تعلّق الملكين به، فكما أنه لو تعلّق طلب بالطبيعة بهذا الاعتبار ثمّ تعلّق طلب مستقلّ غير تأكيد الأول بها أيضا لا بدّ من إرجاع الثاني إلى الوجود الزائد على صرف الوجود، كذلك في المقام أيضا إذا تعلّق ملك المشتري الأول بصرف الوجود، فالذي يبقى للمالك من الصبرة المشتملة على عشرة صاع مثلا تسعة صيعان كلية معنونة بعنوان الزائد على صرف وجود الصاع الواحد. و حينئذ فالتلف إذا ورد يرد على الزائد دون صرف الوجود، و لهذا نقول في باب الخمس بورود التلف على الربح دون رأس المال.

و على هذا فإذا باع البائع صاعا كليًا من المشتري الثاني أيضا فهو إنّما نقل من تلك الصيعان المعنونة بعنوان الثاني بعد صرف الوجود، فإذا ورد التلف على الجميع إلا واحدا تعين فيه صرف الوجود و يصير التالف هو الزائد عليه الذي يكون ملك المشتري الثاني فيه فينتفى ملكه كملك البائع بانتفاء الموضوع بخلاف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٦

المشتري الأول.

و لازم هذا أنه ليس للبائع تسليم صاع المشتري الثاني قبل تعيين صاع الأول؛ لأنه إنّما ملك الصاع المعنون بعنوان الآخر و هذا الذي دفعه إليه ليس صاعا آخر، لفرض عدم تعيين صاع الأول، نعم لو كان من قصده و لو إجمالا الأداء من الباقي كان هذا تعيينا لحقّ الأول في الباقي فيتصّف المدفوع بالآخرية، و أما لو لم يكن من قصده الأداء أصلا عصيانا فهذا الذي يدفعه إلى الثاني صاع أول لا صاع آخر لعدم تعقّل تقدّم الوجود الآخر على الوجود الأول.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى- قدس سرّه- قال في هذا المقام: إنّه إن أقبض البائع مجموع الصبرة ليكون بعضه وفاء و بعضه أمانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده و عدم توقّفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابليته تملك المشتري له فعلا و ينحصر حقه في الثاني، فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما.

و الحاصل: أن كلّ جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلاً أو بعضا ملكا فعليا للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذ هو الكلى السارى، فالتالف المعين غير قابل لكون جزؤه محسوبا على المشتري؛ لأنّ تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه، فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإنّ تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الإقباض، فنسبة كلّ جزء معين من الجملة إلى كلّ

من البائع و المشتري على حد سواء، انتهى كلامه - زيد في علو مقامه.

و حاصله: أنه يتبدل ملكه إلى النكرة، فصاع واحد نكرة ملك المشتري و تسعة صيعان نكرات ملك البائع، فالتالف لا وجه لترجيح كونه بتمامه من أحد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٧

المالكيين دون الآخر فلا بد من التوزيع، هذا.

و لكنك خير بأن مقتضى ما ذكرنا من وجه تقدم البائع برجوع التلف إليه و أنه مالك للصاع الآخر الزائد على عنوان صرف الوجود أن لا يتغير الحال بعد قبض المجموع أيضا، فإنه و إن كان يتعين الكلي في ضمن خصوصية ما، إلا أنه مع وصف كونه صرف الوجود و كون ملك البائع زائدا عليه، فالنكرة المملوكة للمشتري من النكرة المنطبق عليها صرف الوجود، و النكرة المملوكة للبائع هو النكرة المنطبق عليها ثانيا الوجود، فاللازم أيضا تقديم البائع بالتلف.

و من هنا يتضح الحال في بيع النكرة بناء على عدم تسليم الإجماع على بطلانه فهو في هذه النتيجة متحد مع الكلي، هذا، بل يمكن منع كونه نكرة بل هو باق على كليته كما كان قبل القبض.

و تحقيق المقام أن يبيع الصاع على وجه الكلي يتصور على ثلاثة وجوه، الأول: أن يكون المبيع صرف الوجود الخارق للعدم الذي يتوقف فناؤه على فناء تمام صيعان الصبرة، و على هذا فتمام ما تقدم من الكلام جار، و إن شئت التوضيح للمقام فلاحظ التاجر بمأتين إذا ربح مائتين و صار ما عنده أربعمائة ثم تلف مائتان فهل التلف وارد على رأس ماله أو على خصوص الربح؟ لا شبهة في تعيين الثاني عندهم، و المقام نظير ذلك فإن ما به قوام العشرة الصيعان مثلا هو الصاع الواحد الذي يصدق عليه صرف الوجود الخارق للعدم.

الثاني: أن يكون المبيع معنونا بما زاد على هذا الواحد الذي به القوام و هو ما يكون به قوام التسعة الصيعان أو تمام التسعة، و على هذا يكون الحال على عكس ما تقدم فلو تلف إلا واحدا كان للبائع.

الثالث: أن يكون المبيع هو الصاع الملحوظ في عرض سائر الصيعان، و على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٨

هذا يشتركان في التالف و الباقي لعدم لزوم الترجيح بلا مرجح، و على كل واحد من هذه الوجوه لا فرق بين ما قبل القبض و بين ما بعد قبض تمام الصبرة فالمبيع يكون على حاله الذي كان قبل القبض، نعم فائدة هذا القبض عدم انفساخ البيع بتلف تمام الصبرة بعده، هذا.

و على ما ذكرنا يسهل الأمر في مسألة الاستثناء التي حكموا فيها بتوزيع التلف على المالكيين حيث حكموا بأنه لو باع ثمرة شجرات و استثنى أرتالا- معلومة فخاست الثمرة يسقط من المستثنى بحسابه، فإنه يقال: إن القضية و إن كانت بحسب الصورة و الإرادة الاستعمالية ظاهرة في تعلق الحكم بالجميع أولا ثم إخراج المستثنى عن تحت الحكم فيكون الحكم ثابتا على ما زاد على المستثنى و ما بقي بعد إخرجه و إفرازه، و لكن الظاهر عرفا في مقام كشف المراد الجدوى عرضية الأمرين أعنى إيراد الإثبات في المستثنى منه و النفي في المستثنى أو بالعكس في عرض واحد.

فلو قال: أكرم العلماء إلا زيدا فأهنه، يعلم من هذا الكلام أنه طالب لإكرام ما سوى زيد و طالب لتوهينه في عرض واحد، لا أنه تعلق طلبه أولا على من عدا زيد ثم بتوهين زيد، فكذلك نقول في المقام إذا قال: بعثك تمام هذه الصبرة إلا صاعا، فليس الظاهر منه إلا التشقيق بين الصيعان في عرض واحد، فحكم بإخراج تسعة و إبقاء واحد على ملك نفسه لا أنه باع التسعة بعنوان كونها الباقي بعد الصاع و الزائد عليه حتى يكون التلف واردا على ما زاد على الصاع الباقي على ملكه.

فإن قلت: في ما إذا باع صاعا من الصبرة أيضا يكون الظاهر هو التشقيق و إخراج الواحد و إبقاء غيره، فما وجه التفكيك بالتوزيع في

مسألة الاستثناء

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٨٩

و اختصاص التلف بالبائع في مسألة البيع.

قلت: الذي نجزم به إنما هو استظهار العرضية في مسألة الاستثناء، و أما مسألة البيع فنحن لا ندعى في مقام الاستظهار شيئاً و إنما قلنا إن في مقام الثبوت ثلاثة تصورات.

و حاصل ما قلنا إن صرف وجود الصاع الواحد الموجود في ما بين العشرة أصوع باق ما دام واحد من العشرة باقياً، فلو فرض أن لوجود هذا الواحد في الدار مثلاً خاصية طبيعية بحيث كان التسعة الأخر زيادة في تأثير ذلك الأثر فهذه الخاصية مرتبة ما دام من العشرة واحد موجوداً في الدار، و هذا الواحد نسبته إلى كل من العشرة على نسق واحد، يعني كل منها على فرض وحدته و عدم انضمام ما عداه يترتب عليه تلك الخاصية و إن كان في حال وجود الكل في الدار يقوم الواحد الصرف بتمام الأفراد العشرة.

لا- يقال: فعلى هذا يكون الكل صرف الوجود، و بعبارة أخرى الكل خارق لعدم الأزلي ففرض كون واحد من تلك الآحاد خارقاً دون ما عداه لا وجه له. نعم مع التعاقب في الوجود يتعين الخارق في الأول و لكن المفروض عدم التعارف و كونها موجودة في الدار دفعة، ألا ترى أنه لو طلب موليان من عبيدين لهما إتيان صرف وجود الرجل الواحد فأتى كل عبد برجل واحد من رجال الدنيا الذين يقوم صرف الوجود بهم في ذلك الوقت كان كل من الطليين صحيحاً و كل من العبيدين آتياً بصرف الوجود.

لأننا نقول: لا إشكال في ما فرضنا من المثال لتوضيح المقام، في كون الزيادة على الصاع الواحد لغواً صرفاً بلا تأثير أصلاً، فالمؤثر في ذلك المثال واحد لا يقبل التكرار و غير المؤثر ما زاد عليه، و أما وجه عدم الانطباق على الكل أن الكلي لم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٠

يوجد بعنوان الحنطة مثلاً بل بعنوان الصاع و الصبرة كما أنها مشتملة على الصاع تكون مشتملة على الزيادة أيضاً بلا شبهة فتمام الصبرة صاع و زيادة لا أنها صاع فقط نظير ما إذا أدخل في الدار الإنسان و البقر دفعة.

ثم هذا ما دام تمام الصيعان في الدار، فإذا أخرج الجميع فلنا تعيين الصرف في كل منها بإدخاله في الدار.

فنقول: افرض مقام المؤثر مملوك المشتري و مقام غير المؤثر مملوك البائع، فلهذا يطول ملك المشتري بطول العشرة و ينقضى ملك البائع بانقضاء التسعة كما هو الحال في المؤثر و غير المؤثر في المثال، و بهذا يتضح حال ما عرفت من اعتبار تعيين مال المشتري الأول قبل الثاني في مقام الأداء، فإنه لو فرض في المثال خاصية طبيعية لوجود الصاع الزائد على الواحد الصرف في الدار بقيد الزيادة فأخرجت من تلك الدار فادخل واحد فيها لا يمكن ترتب هذه الخاصية على هذا الداخل و إنما المترتب عليه خاصية صرف الوجود، و خاصية الوجود الزائد تتأخر إلى إدخال الصاع الثاني.

و كلمات شيخنا المرتضى - قدس سره - بعضها يستفاد منه هذا المعنى و هو قوله في ما لو باع مشترياً آخر بعد المشتري الأول و بقي صاع واحد:

إنه كان للأول؛ لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سار في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، انتهى.

و لكن تعليقه حساب التالف على البائع دون المشتري بعدم قابلية التالف لملكية المشتري بخلاف التالف بعد الإقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً ينافي هذا المعنى، فإن مقتضاه التعليل بعدم كون التالف في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩١

كلا صورتين مصداقاً لعنوان كلي المشتري أعني خارق لعدم، و انطباق عنوان كلي البائع عليه أعني ما زاد على الخارق.

و ممياً ينطبق من كلامه على هذا المعنى أيضاً قوله في أواخر كلامه في جواب إن قلت حيث يورد على نفسه بأن مال البائع بعد بيع

الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً في الخارج، فيكون كلياً كنفس الصاع، فيجيب بقوله:  
قلت نعم و لكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان  
إلى آخر ما ذكره فراجع كلامه.

و مقصوده- قدس سره- أن ملك البائع يصير بإخراج صاع المشتري كلياً قهراً يعنى أنه لما أخرج الصاع الواحد الكلى فصار غيره  
معنونا بالزائد على الصرف، وهذا بخلاف مسألة الاستثناء، فإن المالكين ملحوظان معا، فاللازم هو الاشتراك.  
و أما وجه ما ذكره من صيرورة ملك البائع كلياً أنه لا يتصور أن يكون تمام الجزئيات ملكاً له مع خروج صاع واحد عن ملكه، فكما  
إذا قال المتكلم: رأيت العشرة إلا واحداً فلا محالة رأى التسعة، فكذا في المقام لا يبقى ملكيته على جميع الأشخاص الخاصة بحالها،  
ألا ترى أن الأمور بإتيان واحد من عشرة رجال بنحو الكلى لا يبقى على حاله قبل الأمر من التوسعة و المختارياً بالنسبة إلى إتيان كل  
من العشرة و عدمه؟

و المحصيل أن الحنطة مثلاً- و إن كان يصدق على تمام العشرة أصوع و لكنّها مقدرة بقدر الصاع لا يصدق على الكل لا محالة،  
فالصبرة مشتتة على الصاع و زيادة، فالمنتقل إلى المشتري مقدار الصاع و الباقي للبائع ما زاد عليه، فالكلية الطارئة على ملك البائع  
بتبع إخراج كلى المشتري، إلا أنه اعتبر كل من الملكين

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٢

كلياً كما في مسألة الاستثناء، هذا حاصل ما استفدناه من شيخنا الأستاذ- أدام الله أيام إفادته- مع بعض توضيح من نفسى الحقيرة، و  
قد نقل هو- دام ظله- ذلك أيضاً عن مجلس بحث سيده الأستاذ- طاب ثراه.

ثم إن شيخنا المرتضى- قدس سره- ذكر توجيهين لفرق العلماء- رضوان الله عليهم- بين المقامين، أحدهما: و هو الثانى فى كلامه ما  
أشرنا إليه من كون كل من المالكين معتبرا و ملحوظا كليته فى عرض الآخر فى تلك المسألة دون المقام، فعلى هذا يحصل الإشاعة و  
الاشتراك من أول الأمر.

و الثانى: أن يكون بناؤهم على الإشاعة من حين التلف السماوى مع عدمه قبل التلف، فالمسألان مشتركان فى التنزيل على الكلى  
دون المشاع، و لكن الفرق من حيث بعض الثمرات و هو كون التلف محسوبا عليهما، و يشعر و ينبى عن إراداتهم ذلك أعنى عدم  
الإشاعة من الأول فتوى جماعة منهم بأنه لو فرط المشتري و جب أداء المستثنى من الباقي، و لو كان مشاعاً لم يختص ذلك بصورة  
التفريط، بل الحكم ضمانه مطلقاً لعدم جواز تصرف أحد الشريكين فى المال المشترك بدون إذن الآخر.

و يؤيد هذا أيضاً استمرار السيرة فى صورة الاستثناء على استقلال المشتري فى التصرف و عدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء، ثم  
قال- قدس سره-: لا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فى ما يسلم للمشتري  
لا مطلق الموجود وقت البيع، انتهى كلامه- رفع فى الخلد مقامه.

قال شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاضاته العلية-: يحتمل كلامه وجهين، الأول: أن مقدار تمام الثمرة حيث يكون معلوماً بالتخمين كما لو  
عين بمائة رطل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٣

فاستثناء عشرة أرتال مثلاً ينصرف إلى استثناء العشر لا بنحو الكسر المشاع بل بنحو الكلى فى المعين، و من المعلوم أن العشر كلما  
ينتفى من الثمرة شىء يصير مضيق الدائرة فهو من المائة عشرة و من الخمسين خمسة و هكذا، و هذا إذا أضيف إلى ما يسلم للمشتري  
لا إلى الموجود وقت البيع.

الثانى: أن يكون نفس مقدار العشرة أرتال بما هو هذا المقدار مستثنى لا بإرجاعه إلى العشرة مثلاً، و لكن تقيده بما يسلم بمنزلة  
الاشتراط لورود التلف عليه بحسابه، هذا.

وقد وقع من بعض الأساطين المحشدين لهذا المقام في توجيه كلام الشيخ ما هو خلاف صريح مراده فراجع كلامه - أعلى الله مقامه -، عفى الله عن الزلل في القول والعمل.

## فرعان

### الأول: على المشهور من المنع في النكرة، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه

ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع وقال البائع أردت معينا، ففي التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملا بأصالة الصحة وأصالة عدم التعيين، واستحسنه شيخنا المرتضى - قدس سره - لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في أحد المعينين، وأما معه فالمنع هو الظاهر، وأصالة الصحة لا تصرف الظواهر، قال: وأما أصالة عدم التعيين فلم أتوقفها، انتهى.

أمّا وجه عدم صرف أصالة الصحة للظاهر فلاّنه إمّا من قبيل الأصل المحكوم أو المورد للظاهر، وإمّا من قبيل الأمانة ولكن نحو أمانة الاستصحاب عند بعض من اختصاص أماريته بما إذا لم يكن أمانة أخرى، والظاهر أماريته

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٤

مطلقاً، فهما من قبيل المقتضيين التعليقي والتنجزى المعلوم تقدّم التنجزى، وأما وجه عدم تحقق أصالة عدم التعيين فلما سيجيء إن شاء الله تعالى في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني لو لم يبق من الصبرة إلا صاع وادعى المشتري إرادته الكلي ليكون مالكا لتمام الصاع، والبائع إرادته المشاع ليكونا شريكين فيه

فقد يقال بموافقة قول المشتري للأصل؛ لأنّ ملاحظة مهمل الصاع معلومة وجدانا والشك في انضمام خصوصية زائدة وهي الإشاعة والأصل يقتضى عدم انضمامها.

والحق أن يقال: إن كان في البين لفظ و كان الشك في اتصال القيد و عدمه فبناء العقلاء استقرّ على المعاملة معه معاملة العدم و يحرزون به حال المهمل، و أنّها محدودة بحدّ الإطلاق في ذهن المتكلّم فيحكمون في المقام بملكية الصاع بتمامه للمشتري، و في ما إذا قال المولى: أعتق الرقبة، و شكّ في قيد المؤمنة لسراية الوجوب إلى الكافرة.

و أمّا إذا لم يكن في البين لفظ أصلا أو كان و لم يحرز شيء منه أصلا ففي باب التكاليف و إن اخترنا البراءة عملا بمعنى أن العبد ليس عليه بمقتضى عبوديته سوى التحرّك بتحريك إرادة مولاه على مقدار العلم و إن كان شاكّا في تعلق أمر مولاه بالمطلق أو بالمقيّد و لا يحرز بأصل أحد الحدّين، و لكن في هذا الباب نقول بأنّه لا يمكن تعيين محلّ الوضع و أنّه قائم بالمطلق أم بالمقيّد، و الإطلاق و إن كان عبارة عن عدم اللحاظ لا لحاظ العدم، و لكن مع ذلك لا يكفي استصحاب عدم اللحاظ الأزلي في الحكم على الموجود من لحاظ المهمل بأنّه محدود بهذا الحدّ العدمي؛ لوضوح ثبوت الأثر للمهمل المحدودة لا لوجودها و عدم القيد و لو منحازين.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٥

و بالجملة منشأ انتزاع وصف الإطلاق و إن كان نفس الذات و عدم القيد و لكن انتزاعه مختصّ بما إذا أحرز الأمران وجدانا لا إذا أحرز أحدهما تعبدا و الحكم بسراية التكليف إلى جميع الأفراد، و تملكية الصاع للمشتري في المقام فرع إحرار المنتزع أعني وصف الإطلاق. هذا، و قد يقال بموافقة قول البائع للأصل نظرا إلى أنّ شخص الصاع كان ملكه قبل البيع فالأصل بقاؤه بعده على ما كان، و فيه: أنّه معارض مع أصالة بقاء ملك المشتري كلى الصاع الموجود في يد البائع، و على هذا فالمسألة من باب التداعي ظاهرا.

بقي الكلام في أقسام بيع الصبرة التي أنهارها في الروضة تبعا للمحكّي عن حواشي الشهيد - قدس سره - إلى عشرة؛ لأنّها إمّا تكون معلومة المقدار و إمّا مجهولة، فإن كانت معلومة صحّ بيعها أجمع و بيع جزء منها مشاع و بيع مقدار كصاع يشتمل الصبرة عليه و بيعها

كُلِّ صَاعٌ بِدِرْهَمٍ لَا يَبِيعُ كُلُّ صَاعٍ مِنْهَا بِدِرْهَمٍ.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٦

[في ذكر فرعين آخرين بتعلقان بالمسألة]

إشارة

فرعان

**الأول: لو اختلفا في التغيير فادّعاه المشتري فهل يقدم قوله أو قول البائع؟**

قد يقال بمطابقة قول البائع للأصل، وذلك لاستصحاب ملكه الثمن بعد فسخ المشتري، نعم عمومات اللزوم لا يفيد لكون التمسك بها بالنسبة إلى المقام تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية.

وقد يعارض هذا بأن اليد تشهد للمشتري بأنه مالك ما في يده من الثمن، فإننا لو رأينا المعاملة قد وقعت بين زيد وعمرو ثم رأينا المشتري يعامل مع ما جعله في تلك المعاملة ثمنا معاملة ملك نفسه يجوز لنا الشراء منه أو البيع منه بذلك الثمن لأن يده تشهد بأنه عاد إلى ملكه بوجه صحيح.

فحيث نقول في المقام: من المحتمل تحقق التغيير في المبيع و حدوث حق الخيار للمشتري و كان المفروض أنه فسخ أول حين إطلاعه حتى لا ينافي مع فوريته خياره، و على هذا التقدير يكون الثمن في يده ملكا له، فاليد معين لهذا الاحتمال، لأنه أماره و الفرض انحصار المحتمل في هذا و عدم تحقق سبب آخر للعود إلى المشتري فيكون حاكما على أصل عدم تحقق التغيير لو كان جاريا و كذا على استصحاب الملك.

لا يقال: نعم و لكن لنا أن نستصحب عنوان اليد؛ لأنها كانت قبل الفسخ يد أمانة فالأصل بقاءها على ما كانت فلا شهادة فيها على الملك.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٧

لأننا نقول: كلاً، كيف و نفس اليد مصدق لدعوى صاحبها أنه المالك و نحن أيضا نحتمل صدقه، و وجه عدم الاعتناء في السابق من جهة العلم بالأمانته حيث لا أماره في ظرف العلم بالخلاف، و إذا ارتفع العلم فلا مانع من الأخذ بالأماره، و لهذا لو علمنا بأن ما في يد زيد غضب ثم مضى زمان و احتملنا أنه كان انتقل إليه من المالك بوجه صحيح شرعي و هو كان مدّعيا لذلك فيده تصدّقه و يجوز لنا الشراء منه، نعم لا يجري هذا في حق من كان من شأنه السرقة، لحصول الاطمئنان بعدم زوال الغصبيّة عمّا في يده، هذا. و لكن يمكن رفع المعارضة بأن أمارية اليد مسلمة و لكن لا تنفع في صيرورة المشتري منكرا، لأنهم صرحوا بأن ذا اليد إذا أقر بسبب اليد و كان السبب هو الانتقال من الطرف إليه انقلب مدّعيا و طرفه منكرا، و مقامنا من هذا القبيل؛ لأن المشتري يدّعي أن يده مستند إلى الانفساخ الموجب لانتقال الثمن من البائع إليه و البائع ينكر تحقق أسباب الانتقال.

اللهم إنا أن يقال: بناء على ما ادّعاها العلامة في التذكرة من الإجماع على عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن في مدّة الخيار و إن تسلّم الآخر أنّ الشك في انقطاع سلطنة المشتري عن الثمن و عدمه، و الأصل يقتضى عدم الانقطاع، و الحاصل أنّ سلطنة المشتري كانت بنحو الملكية قبل الشراء ثابتة و نشك في ثبوتها له بعده و لو بنحو آخر غير نحو الملكية، فلنا استصحاب الجامع بين النحويين بناء على صحّة استصحاب الجامع في القسم الثالث من أقسامه كما هو المقرّر في محلّه، و لكنّه مدفوع بالأصل الجارى في سبب الخيار كما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وقد يعارض أيضا بأن الأصل عدم علم المشتري بالمبيع على هذا الوصف، و فيه: أنّ الخيار و اللزوم ليسا من آثار العلم و عدمه بل

من آثار التقييد بالكتابة مع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٨

التخلف وعدم التقييد أو التقييد بعدم الكتابة و هما و إن كانا ملازمين عرفا مع العلم بالكتابة و العلم بعدمها، و لكن الأثر لا يترتب إلّا عليهما لا- على العلمين، نعم أثر العلم أنه رافع الغرر و هو مقطوع الحصول بأحد الأمرين من العلم أو البناء على ما مرّ من كفاية كلّ منهما في رفعه، مع أنّ ترتب الرفع على أحد الأمرين أيضا عقليّ، و بالجملة فلم أتعلّل لأصالة عدم علم المشتري محصّلا.

قال شيخنا المرتضى- قدس سرّه الشريف- ما حاصله: أنه يمكن بناء المسألة على أنّ بناء المتعاقدين على الأوصاف المشاهدة بل هو من قبيل الاشتراط و حال الأوصاف حال الشوط المندرجة في ضمن العقد حتّى يرجع دعوى المشتري إلى حصول اشتراط زائد على أصل العقد الواقع على العين متعلّق بكتابتها أو سمنها مثلا، فالأصل عدم تحقّق تلك الزيادة في هذا المال، فالأصل يكون مع البائع، أو أنّه من قبيل التقييد و حال الأوصاف حال القيود المأخوذة في المعقود عليه، فالدعوى راجعة إلى أنّه هل وقع على هذا العبد مع وصف عدم كتابته عقد أو لا، و المشتري يدّعي عدم الوقوع فالأصل معه فرجّح الوجه الثاني، إذ ليس هنا عقد على العين و التزام آخر بوصف كونها كاتبا مثلا بل الواقع عقد واحد على المقيّد.

و حينئذ فأصالة عدم وقوع العقد على هذا العبد الغير الكاتب جارية و أثرها عدم وجوب دفع الثمن على المشتري بإزائه، فإنّ هذا الوجوب فرع كون ما يدفعه البائع خارجا متعلّقا للعقد و بعبارة أخرى فرع كون ما ينطبق على ذلك المدفوع أعني العبد الغير الكاتب تحت العقد، و أمّا إذا لم يتّصف بهذا فليس خطاب (ف) و ادفع الثمن متوجّها إلى المشتري.

و دعوى معارضة هذا الأصل بأصالة عدم وقوع ما لا ينطبق على هذا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٢٩٩

المدفوع أعني العبد الكاتب تحت العقد بالعدم الأزلي. مدفوعة بأنّه لا أثر لهذا الأصل؛ فإنّ وجوب دفع الثمن إنّما يترتب بضميمة العلم بوقوع العقد إمّا على الكاتب و إمّا على غيره، فإذا انتفى الأول تعيّن الثاني، فصرف عدم وقوع المقيّد تحت العقد لا يكفي في الحكم على المال الموجود الفاقد للكتابة بأنّ دفعه موجب للزوم دفع مقابله من الثمن.

و الحاصل أنّ هنا أصليين، أحدهما: أصالة عدم تقييد متعلّق هذا العقد الواقع بقيد الكتابة و هذا من أثره على تقدير الجريان وجوب الوفاء، و لكن لا يجري لعدم الحالة السابقة، و الآخر: أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد بالكتابة بالعدم الأزلي، و هذا و إن كان جاريا لوجود الحالة السابقة و لكن لا أثر له، لأنّ الأثر لوقوع هذا الغير الكاتب متعلّق العقد، فهذا نظير الأصليين في الماء المخلوق دفعة المشكوك كرتيه، فإنّه تارة يقال: الأصل عدم وجود الكرّ في هذا المكان فهذا جار لوجود الحالة السابقة، و لكن لا ينفع بحال هذا الماء الموجود و لا يثبت كونه غير كزّ، و أخرى يقال: الأصل عدم كون هذا الماء كزّا، و هذا نافع على تقدير الجريان لكن لا يجري، لعدم الحالة السابقة.

و ممّا ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم حيث إنّ المبيع ملك المشتري و الثمن ملك البائع اتّفاقا، و إنّما اختلافهما في تسلّط المشتري على الفسخ فينفي ما تقدّم من قاعدة اللزوم، توضيح الفساد أنّ الشكّ في اللزوم و عدمه من حيث الشكّ في متعلّق العقد، فإنّا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتّى يثبت اللزوم و هو حاكم على أصالة اللزوم.

قال شيخنا لأستاذ- دامت أيام إفاضاته العالمة-: تقريب مرّاه- قدس سرّه- أن يقال: إنّنا لا نتعرّض بحال العقد الواقع و أنّه خيارى أو لازم لا يقبل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٠

الحلّ، فإنّ إثبات كلّ منهما يحتاج إلى الواسطة و لا يكفي مجرد عدم وقوع العقد على المقيّد بالكتابة بالعدم الأزلي، فإنّه كان في الأزل و لم يكن معه لزوم و لا جواز، فلا بدّ من إثبات أنّ العقد الواقع على المقيّد بالكتابة حتّى يثبت الجواز، فيرد عليه عين ما ذكره

على المعارض من أن الأصول العدمية لا يثبت الأضداد في مواردنا، فالمراد مجرد عدم وجوب الوفاء من ناحية العقد الواقع على العبد اللاكاتب، فإن وجوب الوفاء يحتاج إلى موضوع فبانتفاء الموضوع يصير منتفيا.

وحينئذ أيضا نحتاج إلى ضم ما عن العلامة من عدم لزوم تسليم العوض في مدة الخيار، فإنه حينئذ يحتمل أن لا تنقطع سلسلة عدم لزوم الوفاء من الأزل إلى حال إجراء الأصل لا قبل العقد ولا بعده، قبل الفسخ وبعده، أما قبل العقد فلعدم الموضوع، وأما بعده قبل الفسخ فلاحتمال وجود الخيار، وأما بعده وبعده فلاحتمال انتقال الملك إليه، هذا حاصل تقريب الأصل الذي أفاد جريانه في طرف المشتري.

و أما الأصل المعارض له الذي نفاه في جانب البائع فمجمل الكلام فيه أن محلّ الخدشة في جريانه أحد أمرين لا ثالث لهما، الأول: أن يقال: نفى العقد على المقيّد بالكتابة بنحو الكلي بالعدم الأزلي من غير تطبيق على العقد الشخصي لا أثر له أصلا نظير أصالة عدم وجود الكثر في المكان الخاص حيث لا أثر له إلا في مورد النذر، والأثر إنما هو لكون الماء الخاص كرا أو غير كثر. والثاني: أن يقال: إنه ذو أثر ولكن الأثر الذي يثبت لا ينافي الأثر الجائي من قبل الأصل الأول بل هما قبالان للاجتماع. وحاصل الكلام في الأول أن المنشأ في جانب وجود الخيار أمران، الأول وجود التقييد في العقد بالكتابة، والثاني انتفاء الكتابة في العبد المدفوع، وبعبارة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠١

أخرى مجرد عدم مطابقتها المدفوع للمعقود عليه لا يوجب الخيار؛ ضرورة تحقّقه في الأمانة عند العقد على العبد مع عدم الخيار بل البطلان، فالذي يوجب الخيار أن يكون هنا قدر مشترك محفوظ عرفا بحيث يعدونه نفس المبيع وأن المتخلف بعض صفاته و يكون وجه الخيار حينئذ أخذ الصفة في متعلق العقد على وجه المدخلية.

و إن شئت قلت: إن أثر هذا التقييد أن تخلفه يوجب الخيار نظير أن الخمر شربه حرام، و حينئذ نقول: إن في جانب نفى الخيار يكفى انعدام أحد الأمرين فإذا ثبت بالأصل أن العقد على العبد مقيدا بالكتابة ما وقع كفى في رفع الخيار.

فإن قلت: لا بد في الحكم بانتفاء الخيار من موضوع، قلت: حاله حالة نفى لزوم الوفاء الذي أثبتتم، فكما قلتم لا وجوب وفاء من ناحية العقد على العبد الغير الكاتب من غير تعرّض بحال شخص العقد الواقع، نقول أيضا: لا حق للمشتري في استرداد الثمن من البائع من ناحية العقد والالتزام الواقع على العبد المقيّد بالكتابة من غير تعرّض أيضا لحال شخص هذا العقد الصادر، هذا حاصل الكلام في الجهة الأولى.

و أما الجهة الثانية: فالظاهر عدم إمكان اجتماع نفس مفادى الأصلين من نفى لزوم الوفاء و نفى جواز الاسترداد في المورد الشخصي و هو الثمن الشخصي في المعاملة الشخصية؛ للقطع بأنه ملك البائع إمّا لانزاع الدفع و إمّا حائز الاسترداد، فبقي كلا الأمرين مقطوع الخلاف، و هذا غير الأثرين في الموردين اللذين نقطع بمخالفة أحدهما مع الواقع، فإنه لا مانع من إجراء الأصلين إذا لم يكن مخالفة عملية قطعية في البين.

و أما ما ذكره - قدس سره - من حكومه الأصل المذكور على استصحاب الملك بعد الفسخ بناء على كونه المراد من أصالة اللزوم في كلامه - قدس سره -

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٢

ففيه: أن أصالة عدم وقوع العقد على الفاقد على ما مرّ من تقريبه، و يظهر من كلامه - قدس سره - أيضا لا تعرّض فيه لنفى أو إثبات الخيار و إلا جرى فيه مثل ما أورده على معارضة من إشكال المشبّهة كما مرّ.

و حينئذ فلا وجه للحكومة أصلا؛ فإنّ الشك في بقاء الملك بعد فسخ المشتري مسبب عن ثبوت حق الخيار و عدمه، و فرضنا بقاء الشك السببي بعد الأصل المذكور أيضا بحاله، غاية الأمر أن الأصل المذكور يفيد عدم وجوب الوفاء و الدفع إلى البائع، و



الاستصحاب مفيد لبقاء ملك البائع بعد الفسخ فيتنايان ويتعارضان من دون حكومة في اليبين أصلا.

و إن كان المراد عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ و «المؤمنون عند شروطهم»، ففيه: أن التمسك بها في المقام من باب التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وكذا الحال في ما ذكره بعد هذا من عموم حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ و عموم «ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، و عموم «الناس مسلطون على أموالهم».

و أميا ما ذكره في ذيل كلامه من أصلين آخرين أحدهما أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، والثاني أصالة عدم انطباق العين الخارجية المنتقلة إلى المشتري على متعلق العقد. ففي الأول منهما أنه من قبيل استصحاب عدم الغروب عند تحقق الاستتار و قبل الذهاب حيث لا شك في الخارج، و ما هو المشكوك من انطباق عنوان الغروب غير ذي أثر، فإن عنوان العوض بما هو هذا العنوان و إن كان مشكوك الوصول لكن الأثر لوصل ما هو مصداق هذا العنوان و هو مردد بين مقطوع الوصول و مقطوع العدم.

و كذلك الحال في الثاني؛ فإن عنوان متعلق العقد حاله حال عنوان متعلق

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٣

النذر في كونه مشيرا إلى الأفراد الخارجية، و حال الوفاء بالعقد حال الوفاء بالنذر و المفروض عدم الشك بحسب الخارج.

و أميا الثاني: فقد تقدم أن صرف عدم انطباق عين خارجية مع معقود عليه لا يوجب الخيار كما رأيت من مثال الأمانة و العقد على العبد، بل المعتبر أمران: وجود عقد اقتضى انتقال أصل محفوظ عند العرف، و تخلف وصف أخذ في ذلك العقد قيدا، فلا بد في طرف الخيار من وجود عقد مفروغ الوجود و تحقق التخلف في هذا الموضوع المفروغ عنه، فالمحتاج إلى الوجود هو الخيار، فباستصحاب عدم هذا الوجود يرتفع الخيار من غير حاجة إلى إثبات موضوع مفروغ عنه، نظير ما إذا رتب الأثر على قضية إن كان زيد قائما؛ فإنه يصح استصحاب عدم هذا المجموع عند الشك في وجود هذا المجموع.

نعم لا يثبت بالأصل المذكور وجوب الوفاء و دفع الثمن، و لكن لا نحتاج إليه و يكفينا إثبات عدم ثبوت خيار استرداد الثمن من البائع و إدخاله في ملك نفسه، و لا نحتاج أيضا إلى تعليق هذا المحمول العدمي أعني اللاخيارية على الموضوع الخاص من العقد الخارجي، بل نقول: الأصل عدم وقوع العقد على العبد مقيدا بالكتابة مع حصول التخلف، فلا فسخ في الثمن، فيكون معارضا مع أصالة عدم وقوع العقد على المقيد بالكتابة؛ لأن مقتضاها عدم وجوب الوفاء و جواز الإمساك، و مقتضى الأول عدم جواز الفسخ و هما متنايان.

هذا على تقدير تسليم ما نقل عن العلامة في باب الخيار و إلا سقط الأصل الثاني عن الأثر و يبقى الأول بلا معارض، و وجه السقوط ما مر من أن مجرد عدم وقوع العقد على العبد المقيد بعدم الكتابة لا يفيد عدم وجوب الوفاء، إذ يمكن تحقق هذا العدم مع وجوب الوفاء بمعنى حرمة الإمساك عند المطالبة كما في المقام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٤

حيث إن حرمة الإمساك متحققه على كلا التقديرين، نعم المتحقق على تقدير الخيار جواز الفسخ و الاسترداد و هو غير جواز الإمساك مع مطالبة الطرف و تسليمه العوض بدون فسخ و لا إمضاء هذا.

ثم إنه لم يعلم ما وجه فرقه - قدس سره - في أول المسألة بين صورة كون البناء من باب الاشتراط أو من باب التقييد حيث جعل الأول من باب الأقل و الأكثر، و الثاني من باب المتباينين، و الحال أن الأوصاف المرئية مطلقا وجودية كانت أم عدمية يكون العقد مبتئا عليها، و لهذا يثبت الخيار للبائع في صورة كون الصفة عدمية مثل عدم الكتابة و تبين الوجود، و على هذا لا فرق بين الصورتين في حصول التعارض، فالأمر على الأول دائر بين اشتراطين و على الثاني بين التقييدين لا الاشتراط و العدم و التقييد و الإطلاق كما يظهر منه - قدس سره.

و أيضا ليس حال الاشتراط إلا كالتوصيف من حيث إنه و إن كان سببا مستقلا بخلاف الوصف لكنه التزام في التزام، فلا بد من تحقق

الضمنية، و ليس حاله حال الالتزامين الغير المرتبط أحدهما بالآخر، و إذن فكما لا يصح أصالة عدم التوصيف لعدم الحالة السابقة فكذلك أصالة عدم الاشتراط بلا فرق و حاصل جميع ما ذكرنا أن الحق تقديم قول البائع.

و أميا أصالة عدم التغير فإن جعلناه أصلا عقلائيا يوجد بلوازم متعلقه فهو، و نتيجته أيضا تقديم قول البائع، و إلا فهو أصل مثبت لاحتياجه إلى إثبات أن العقد وقع على السمين.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٥

### الفرع الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقديم التغير على البيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار

فلمسألة ثلاث صور، الجهل بكلا التاريخين أعنى: تاريخ البيع و تاريخ التغير، و العلم بالأول فقط، و العكس، ففي صورة العلم بتاريخ البيع - كما إذا علم وقوعه أول صبيحة يوم الجمعة، و لكن الغنم الخارجية لم يعلم ما حالها تلك الساعة هل بقيت على سمنها السابق أو عرض الهزال عليها، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - لا مانع من استصحاب بقاء السمن إلى زمان وقوع البيع فيقال: المبيع هو الغنم بقيد أنها سمينه وجدانا، و هي في حال البيع كانت سمينه بتطبيق الشرع و بحكم الاستصحاب تعبدا، فقد تحقق كلا جزئي موضوع اللزوم، أحدهما وجدانا و الآخر تعبدا.

لا - يقال: موضوع اللزوم عبارة عن اتصاف العين الخارجية حال العقد على الموصوف حتى ينطبق العقد على الخارج الموصوف و ينقصد فيه، فهذا الانطباق و الانعقاد لا يثبت بالاستصحاب.

لأننا نقول: لا منشأ لما ذكرت إلا صدق عنوان الوفاء بالعقد، فإن الوفاء بالعقد على الموصوف إنما يتحقق وضعا إذا انتقل إلى ملك المشتري العين الخارجية المتصفة، و حينئذ نقول: لا حاجة لنا إلى توسيط عنوان الوفاء، إذ كما قلنا في الوفاء بالندى بل كل عنوان أخذ باعتبار الوجود السارى يكون عبءا إلى الأفراد و موضوع الحكم نفس الأفراد، و لهذا يصح استصحاب حياة الولد إذا نذر التصدق بدرهم ما دام الولد حيا، و حينئذ نقول في المقام: الحكم مرتب على نفس عنوان انتقال السمين من دون حاجة إلى تطبيق عنوان الوفاء عليه، و إن أبيت إلا وجود الوساطة عقلا فلا أقل من خفائها عرفا؛ لأن العرف يقولون: هذا عالم و كل عالم واجب الإكرام فهذا واجب الإكرام.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٦

لا يقال: سلمنا أن الحكم لنفس العناوين الخاصة لا لما هو الجامع لها من عنوان الوفاء، إنما بدعوى إلغائها عقلا أو خفائها عرفا، و لكن انتقال السمين لا شبهة في كونه محتاجا إليه و استصحاب السمن إلى حال انتقال الذات لإثبات انتقال الموصوف من الأصول المثبتة. لأننا نقول: هذا أيضا تحقق في الأصول عدم عدّه من تلك الأصول؛ لأن حاله حال حرمة الشرب في استصحاب الخمرية، فكما أنه مفيد لكون شرب هذا المائع شرب الخمر تعبدا، لأن من آثار كونه خمرا أن شربه حرام كشرب الخمر، كذلك هنا أيضا نقول: أثر العقد على السمين كون إعطاؤه في الملك موجبا للزوم و عدم الخيار، فاستصحاب السمن في الغنم الخارجية مع وقوع العقد عليها بوصف السمن كما هو المحرز وجدانا يفيد أن انتقال هذه الغنم الخارجية بمنزلة انتقال السمين، فكما كان انتقالها ملزما للعقد فكذا هذه.

هذا كله في صورة العلم بتاريخ البيع، و أما صورة العلم بتاريخ الهزال فلا وجه لاستصحاب عدم البيع إلى ما بعد الهزال، لأنه لا يثبت وقوع البيع على المهزول، إلا أن يقال أثره عدم وجوب الوفاء، و هو نظير أصالة عدم وقوع البيع مقيدا باللاكتابة في المسألة المتقدمة، فيجوز فيه ما تقدم هناك من معارضته بأصالة عدم تحقق موجب الخيار.

و أميا صورة الجهل بالتاريخين فعلى مختار شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من جريان الأصل في المجهولي التاريخ و تساقطهما

بالتعارض يتعارضان و يتساقطان، و أمّا على مختارنا من عدم الجريان كما حَقَّق في الأصول فالمرجع أصالة عدم موجب الخيار لولا معارضته بأصالة عدم موجب اللزوم، و إلّا فالمرجع أصالة بقاء ملك البائع بعد فسخ المشتري، و قد تقدّم بيان كلّ هذا في ما تقدّم.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٧

و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض في ما يكفي في قبضه التخليّة و اختلفا في تقدّم التلف على البيع و تأخّره، فقد يتوهم هنا أيضا أنّ مقتضى استصحاب الوجود إلى حال البيع عند معلوميّة تاريخه هو الصّحّة كما كان مقتضى استصحاب السمن في الفرع السابق هو اللزوم و لكنّه في غير المحلّ، و جهه أنّ انتقال المعدوم غير معقول على غير وجه قصد تملكه في طرف الوجود و لا- قصد تملكه بلحاظ البدل مثلا- أو قيمته، و الحكم الظاهري و إن كان في موضوع تعيّد لکن لا بدّ من قابليّة الموضوع التعيّد لقبول الحكم الظاهري، فإنّه من سنخ الحكم الجدّي و البعث الحقيقي فلا بدّ فيه من قابليّة الموضوع، فلو فرض عدم قابليّة الموضوع للبعث و الحكم عند كونه تعيّديا كما إذا ترتّب على وجود العالم وجوب تقبيل يده فلا يمكن باستصحاب الوجوب ترتيب أثر تقبيل اليد، فلا محلّ للاستصحاب حينئذ لعدم قابليّة المحلّ للبعث نحو التقبيل، نعم لو فرض القابليّة كما في استصحاب حياة الزوج الموجب على الوكيل الإنفاق على زوجته فلا بأس، لأنّ موضوع البعث حينئذ موجود و هو الوكيل.

فنقول في المقام أيضا: بعد كون المعدوم غير قابل للنقل و الانتقال لا مجرى لاستصحاب الوجود، إذ معناه الحكم الجدّي بالانتقال و لو ظاهرا، و المفروض أنّ المعدوم غير قابل للانتقال أصلا و لو ظاهرا، نعم يمكن التعبد في الظاهر بوجود الانتقال في المشكوك؛ لأنّ معناه ترتيب أثر الانتقال، و أمّا التعبد بوجود المشكوك ليكون معناه التعبد بانتقاله و انتقال ما يازائه فلا يمكن.

هذا غاية تقريب عدم جريان الاستصحاب، و مثله الكلام في أصل الصّحّة على تقدير الجريان مع إمكان الخدشة في جريانه مع قطع النظر عمّا ذكرنا نظرا إلى أنّه محتاج إلى إحراز عنوان العمل ثمّ الحكم بصّحته بمعنى ترتّب ما يترتب على

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٨

العنوان المذكور، و حينئذ فالذي نحرز هنا إنّما هو المعنى الإنشائي السببي الذي يكون لغوا صرفا عند عدم وجود المعقود عليه، و يعدّ عاقده فاعلا- للقيح، و هذا المعنى ليس له إلّا أثر تأهلي و هو مع العلم أيضا غير نافع، إذ يحتاج إلى ضمّ وجود المعقود عليه بل هو مقطوع به لفرض عدم الخلل من سائر الجهات، و الذي يكون إجراء الأصل فيه نافعا و هو النقل المسببي العرفي الذي يحكم ببطقة الشرع ليس عنوانه محرزا حتّى يجرى فيه أصالة الصّحّة.

و الحاصل: أنّ نفس المعنى الإنشائي أيضا و لو مع تفكيكه عن النقل الحقيقي المسببي العرفي مورد للحكم الشرعي بالصّحّة التأهليّة كما في بيع الفضولي قبل لحوق رضی المالك، هذا.

و لكن ما ذكرنا في منع جريان الاستصحاب من عدم قابليّة جعل الحكم الظاهري مع انعدام الموضوع في مثل المقام لا يلتزم العلماء به في نظائر المقام، مثلا استصحاب النجاسة في الشيء إذا كان ملاقي ملاقيه موجودا دون ملاقيه يكون من آثاره نجاسة ملاقيه ثمّ نجاسة ملاقي الملاقي، و حيث إنّ ليس إخبارا بل إنشاء من حينه فلا يعقل جعل النجاسة في الشيء المعدوم في الحال، و لازم ما ذكرنا أنّه إذا لم يعقل التعيّد في الوسطة فلا يجرى في ذبها أيضا و إلّا لانفتح باب الأصول المثبتة كما هو واضح، إذ ليس المانع إلّا عدم قابليّة الوسطة للتعبد مع أنّهم لا يلتزمون بعدم الجريان في ذى الوسطة.

و كذا لو وقع عقد على شيئين موجودين و شككنا في واجديته لبعض شروط آخر غير وجود المعقود عليه و كان حال الشكّ أحد الشيين معدوما فإنّه لا شبهة عندهم في جريان أصل الصّحّة مع جريان ما ذكرنا فيه حرفا بحرف، و إذن فبعد الغضّ عن أصالة الصّحّة بملاحظة ما ذكر فيه من الإشكال لا مانع في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٠٩

استصحاب الوجود إلّا أحد أمرين كلاهما مدفوع.

الأول: أن محلّ حكم الشرع بالصحة أو البطلان إنما هو المعنى المسببي وإثباته بأصالة الوجود بضميمة إحراز الإنشاء السببي وجدانا من الأصول المثبتة، والثاني: سلّمنا عدم الحاجة إلى واسطة ذلك المعنى ولكن إحراز تقييد العقد المحرز وجدانا بوجود المعقود عليه بحكم استصحاب وجوده أيضا من الأصول المثبتة؛ لأنّ المؤثر العقد على الموجود لا العقد على الصورة إذا كان ذوها موجودا في الخارج.

ويمكن دفع الأوّل بأنّ باب المعاملات باب الإمضاء، ومعناه حكم الشارع بطبق ما حكمه العرف لا أنّ حكمه في طول حكمهم، و إذن فكما يحكم العرف على الإنشاء المقرون بوجود المعقود عليه بحصول النقل المسببي عقيب ذلك يساعدكم الشرع و يحكم أيضا بحصوله عقيب تلك الأسباب والشروط، ومعنى أحلّ الله البيع أيضا ذلك، يعني ما هو بيع عندكم إنا أيضا منكم في رؤيته يباع و مصدق لكم، و على هذا فواسطة النقل العرفي ملغاة في حكم الشرع بل هو وارد على نفس الأسباب كما هي المورد لحكم العرف أيضا.

ويمكن دفع الثاني أيضا بأنّ المعترف في السبب هل هو وجود عقد على العباء مثلا و وجود العباء أيضا حال العقد أو أنّ هنا ثلاثة أشياء معتبرة، هذان مع تقييد العقد أيضا بالوجود الخارجي بحيث انتزع عنوان العقد عن الموجود الخارجي؟ لا يبعد أن يقال بالأول؛ فإننا لا نحتاج إلّا إلى العقد على العباء المعروف للوجود و العدم مع كونه موجودا أيضا، و أمّا تعلق العقد به بوصف الموجودية فيمكن منع اعتباره و لزومه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٠

### [المسألة الثامنة لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة في ما يختلف قيمته باختلاف ذلك]

مسألة لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة في ما يختلف قيمته باختلاف ذلك و لا- شبهة في ذلك، إنّما الكلام في خصوصية الاختبار كما في باب الكيل و الوزن بحيث لو ارتفع الغرر الشخصي بغيره أيضا كان الاختبار لازما كما في ذلك الباب، تحقيق المقام أن يقال: تارة يفرض الكلام في الصفات الدخيلة في القيمة التي هي زائدة على وصف الصحة مثل مقدار الطعم و الرائحة بعد الفراغ عن صحّة المبيع و عدم معيوبته و فساده.

و أخرى يفرض في الصفات التي يدور معها وصف الصحة و السلامة عن العيوب، و مجمل الكلام في القسم الأوّل أن لا إشكال في انحصار طريق رفع الغرر في الاختبار نوعا و بحسب الغالب و عدم إمكانه بالتوصيف و لا بأصل عقلائي.

أمّا الثاني فلعدم أصل في هذا المقام، و أمّا الأوّل فلعدم اندراج هذه الأوصاف، أعنى: مقدار الطعم و الريح و اللون و كيميائياتها و نحو ذلك تحت الانضباط، فالطريق منحصر بذوق شيء من جنسه أو شمّه أو إبصاره، و لكن هذا كما عرفت أمر غالبى فيمكن اتفاقا رفع الغرر في بعض المقام بغير اختبار شيء من جنسه بأن يوصف بأمر مباين معه كما إذا كان المبيع شيئا من غير جنس الدبس و لكن كان شبيها به في مقدار الحلاوة، فاشترط في متن العقد كونه بمثل تلك المرتبة من الحلاوة مع عدم ذوق شيء من جنسه أصلا، فلو فرض رفع الغرر بذلك فلا- دليل على عدم الكفاية و وجوب الاختبار بالذوق و نحوه. و أمّا رواية محمد بن العيص فغير دالّة على الوجوب؛ لأنّ الأمر فيها في مقام الخطر، فغايتها جواز الذوق لا وجوبه، نعم لو بنينا في باب الغرر على النوعى لا الشخصى لم يرتفع بحسب ما

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١١

يرتفع نوعا و لكن عرفت ضعفه و أنّ المعترف هو الرفع الشخصى.

و أمّا القسم الأخير، أعنى: ما إذا تمحّض الأمر في استعلام صحّة المبيع و سلامته عن العيب كما في البيض حيث إنّ المقصود عدم

حدوث الدم و الفساد فيه، و كذا البطيخ في بعض الموارد فقد يتوهم هنا أيضا عدم كفاية التوصيف بوصف الصحة و السلامة و عدم كفايته عن الذوق.

و لكن فيه أن التوصيف بعد كونه ممكنا هنا و رافعا للغرر كما تقدّم لا وجه لعدم كفايته، و المفروض عدم خصوصية في الذوق بالتعبّد الشرعي، فلا وجه لهذا القول و إن حكي عن السرائر.

إنّما الكلام في الاكتفاء عن الأمرين من الاختبار و التوصيف بأصالة الصحة و السلامة، و مجمل القول فيه: إنّنا نجد من أنفسنا بعد المراجعة و جود بناء العقلاء على العمل بهذا الأصل مع إمكان تعيين الحال بسهولة من ذوق بالذائقة أو شمّ بالشامة، و إن لم يكن له ذائقة و لا شامة فالرجوع إلى واجد الحاستين و الاستعلام منه أو الاطمئنان بشخص البائع إذا كان عارفا بحاله و مطمئنا بفعاله، نعم لو يئس من جميع تلك المقدمات فلم يكن له شامة صحيحة و لا وجد من له ذلك و تمكّن استعمال الحال منه أو كان العيب المحتمل من الأمور المخفية التي يشقّ الأطلاع عليها كشعرات العانة و كون الجارية لا- تحيض و هي في سنّ من تحيض فالأصل في هذه الموارد معمول به.

ألا ترى أن من كان له الشامة الصحيحة أو أمكنه الاستعلام بمقدّمة سهلة و ابتاع جلابا فتبين عدم الرائحة له من الأصل يقولون له: لم فعلت ذلك أم تكن لك شامة؟ و هذا بخلاف من فقد الشامة فلا يستتكرون منه هذا، فهذا دليل على أن العقلاء يفرقون في عملهم بين الموردین، و لعلّ نظر العلماء حيث لم يعتبروا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٢

بأصالة الصحة إلى ما ذكرنا بملاحظة إمكان الاستعلام و اختبار الحال؛ لأنّ موضوع كلامهم ما لا يفسده الاختبار.

نعم في موارد فقد الحواس و عدم مقدّمة سهلة أخرى للاستعلام بناء العقلاء على العمل بأصالة الصحة و السلامة عندهم أماره حيث لا أماره و يجب الفحص فيها لتحقق موضوعها، و هل يفرق في مورد بنائهم بين أن يكون العيب المحتمل على فرض وجوده طارئا أو خلقيا أصليا حادثا من أوّل الوجود كما يظهر من شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- تخصيصه بالأوّل.

الإنصاف أنّنا لا نجد من أنفسنا الفرق بين الموردین في أنّه بعد اليأس عن الأمارات الأخر يبنون على أصالة السلامة في كلّ من العينين و يحكمون بأنّه لم يحدث فيه من أوّل وجوده عيب و لا طرأ عليه بعد وجوده.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- بعد تخصيصه الأصل بما إذا كان الشكّ في طرّو المفسد فصل بين العيوب التي يستلزم الشكّ فيها الغرر ككون الجارية ختنى و كون الدائبة لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه، و بين العيوب التي لا يستلزم شكّها غررا ككون الجارية ممّن لا تحيض في سنّ الحيض و عدم نبات الشعر في عانة الجارية، فأوجب في القسم الأوّل أحد الأمرين من الاختبار أو الوصف و جوّز في الثاني تركهما، و أمّا حدوث الخيار عند تبين العيب فلاجل انصراف الإطلاق إلى الصحيح كانصرافه إلى النقد لا النسبة.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- بأنّه إذا سلّمتم الانصراف فلم تبتدتم في ذلك القسم من العيوب الموجبة للغرر أحد الأمرين من الاختبار و التوصيف؟ بل يجب القول بكفاية الإطلاق لوجود الانصراف المفيد لفائدة الذكر اللفظي بل هو هو فيرتفع الغرر و يوجب الخيار عند التخلف أو يقال بالفرق في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٣

الانصراف بين القسمين و هو أيضا بعيد، هذا.

و ربّما يستشكل في الاكتفاء بالأصل العقلاني إذا لم يوجب الوثوق الشخصي في رفع الغرر الشخصي، و فيه: أنّه لو كان الأصل المذكور من الأصول المقررة للشاك بما هو شاكّ فمن المعلوم أنّ الأصل المحرز للسلامة الواقعية لا يثبت الوثوق بها على تقدير الملازمة بينهما كيف و لا ملازمة أيضا، و أمّا إذا كان طريقا عقليا يمشون على طبقه في أمورهم فلا إشكال، ألا ترى أنّه إذا كان

سلوك الطريق المظنون الخطر محظورا عند العرف فقام أماره عقلائية يعتمد العقلاء عليها في أمورهم و يعاملون معها معاملة العلم على أمن ذلك الطريق فلو سلكه واحد فهل ترى من نفسك أنه مذموم عند العقلاء و لو لم يرتفع عن نفسه ظن الخطر بواسطة تلك الأماره؟ هذا فتأمل.

### [المسألة التاسعة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار]

مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعا على الظاهر كما في مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سره -، و الكلام في هذه المسألة أيضا تارة في الأوصاف الزائدة على وصف الصحة و أخرى في الراجعة إليها.

أما الأول: فالمفروض عدم إمكان الاختبار الغير المفسد و عدم إمكان الضبط و التحديد بالوصف أيضا و لا أصل عقلائي أيضا يحرز به، فلا - محيص عن اغتفار هذا المقدار، و لو كان الاختلاف بين الأمرين المحتملين كثيرا و لكنهم يسامحون و يقدمون على جهل بتلك الصفات كما في العبد - حيث إن بعض الحالات و الصفات الدخيلة في زيادة القيمة أو نقصانها كثير الدخول يكون محتاجا إلى صحبة تامه و عشرة طويلة حتى يعلم بوجودها أو عدمها - فالبناء على الإقدام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٤

بدون إحراز تلك الصفات، و كذلك في المقام أيضا لم يجر ديدن المعاملين على وضع بطيخ ليدوق المشترون منه ثم يبيعون على ذلك الطعم و الحلاوة مع أن مراتب الحلاوة مختلفة في المائيه اختلافا كثيرا، نعم كل مقدار أمكن ضبطه يجب.

و أمّا الثاني فلا - إشكال في إمكان الاعتماد على الأصل العقلائي و كذلك على التوصيف و لا يمكن الاتكال على نفس الحكم الشرعي بالخيار لو ظهر العيب، حيث إنه شامل لمورد عدم التقييد و الكون على نحو الداعوية لما تقدم من اعتبار رفع الغرر عرفا مع قطع النظر عن حكم الشرع.

و كيف كان فإذا تبين فساد المبيع و كونه معيبا فإمّا يظهر ذلك قبل الكسر و إمّا بعده، ففي الأول لا شبهة في الخيار بين الردّ و الأرش، هذا إذا كان الفاسد متمولا و معدودا من أفراد المبيع، و أمّا إذا كان غير متمول أو غير معدود من أفراد فلا شبهة في البطلان، و أمّا بعد الكسر فهذا التصرف و إن كان قبل الاطلاع على الخيار و هو على القاعدة لا يسقط الخيار لعدم دلالة على الإسقاط، إلا أن في خصوص خيار العيب ورد النصّ بمسقطيته مطلق التصرف الموجب لخروج المبيع عن صدق كونه قائما بعينه، و على هذا فيثبت الأرش بمعنى تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد الغير المكسور.

هذا إذا كان للفاسد قيمة و كان من جنس المبيع، و لو فرض خروجه عن التمّول بالكسر كما في البيض الفاسد حيث يصلح للموضع تحت الدجاجة قبل الكسر و بذلك يحصل له مائيه قليلة و بعد الكسر يخرج عن المائيه رأسا و أمّا أحد الفرضين فلا إشكال في البطلان.

و أمّا ما نقله شيخنا المرتضى - قدس سره - عن الدروس من القول بانفساخ البيع من حين تبين الفساد في فرض عدم مائيه الفاسد فلم يظهر له وجه، فإنه لا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٥

يخلو الحال من أمرين، إمّا يكون متمولا قبل الكسر و إمّا غير متمول، فعلى الأول لا معنى لانعقاد البيع و على الثاني لا وجه لانفساخه، غاية الأمر ثبوت الأرش، و أمّا تضمين هذا التلف الوارد بسبب الكسر على البائع بواسطة الغرور أو الإلتلاف فلا وجه له بعد جهله و عدم اسناد الكسر و الإلتلاف إليه مع أنه على فرضه يوجب الرجوع إلى القيمة دون الثمن.

ثم إنه جعل محل ظهور ثمره هذا الخلاف في مؤنة نقله من الموضع الذي اشتراه إلى موضع الكسر فقبل بأنها على القول بملكيه البائع عليه وعلى الآخر على المشتري، وقيل على كل تقدير على البائع، وقيل على كل تقدير على المشتري.

قال شيخنا الأستاذ- أدام الله أيام إفاداته الشريفة:- لم يظهر لي وجه للتفصيل المذكور؛ لأن الحال لا يخلو من أمرين، إما نقول بصدق الغرامة على هذه الأجرة التي دفعها المشتري إلى الأجير، وإما لا نقول، فعلى الثاني لا غرم حتى يرجع إلى البائع، لأنه دفع مالا وأخذ عوضه، غاية الأمر لم ينفعه المال المذكور، أعنى: عمل الأجير ولم يستوف غرضه له، وعلى الأول فإما أن نقول بصدق المتلف على البائع، وإما لا، وعلى الثاني أيضا لا وجه للرجوع بناء على كلا التقديرين كان ملكا له أو للمشتري، إذ على تقدير ملكية البائع أيضا لم يكن هذا بأمره، وعلى الأول يتعين الرجوع على كلا التقديرين، فلا وجه للتفصيل أصلا.

ثم الظاهر من الوجوه المذكورة هو الأول؛ وذلك لوقوع الإجارة صحيحة، ومعنى صححتها أنه وصل إلى المشتري في مقابل الأجرة عمل من الحر الأجير، غاية الأمر ما وصل نفع هذا العمل بغرضه وهو غير عدم المائتيه فقد دخل في كيسه ما يوازي الأجرة فلا غرم حتى يرجع إلى البائع ولو في صورة علم البائع وصدق الغارز عليه هذا كله في مؤنة نقله إلى موضع الكسر.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٦

و أما مؤنة نقل القشور من موضع الكسر إذا طالب ذلك مالك المكان أو كان المكان مسجدا أو مشهدا ففصل فيه شيخنا المرتضى- قدس سره- بين كون تلك القشور بعد خروجها عن المائتيه باقية على صفة الملكية، وبين كونها خارجة عن الملكية أيضا، ففي الأول رجح كون الأجرة على البائع على التقديرين لأنها ملكه بعد الفسخ، وفي الثاني جعل المشتري مؤاخذا به.

قال شيخنا الأستاذ- أدام الله أيام إفاداته- كلا الحكمين محل النظر، أما الأول فلأن مجرد إضافة الشيء إلى الإنسان لا يوجب كونه مكلفا بتفريغ ملكه عن [دار] الغير، نعم إذا كان الواضع أولا- هو فالبقاء أيضا مستند إلى ذلك الاختبار فيكون داخلا- تحت عنوان التصرف في ملك الغير والغصب، وأما إذا كان الواضع شخصا آخر وكان المتحقق في حق هذا الإنسان مجرد الإضافة مع اقتداره على إزالة البقاء فلا يكفي لصدق عنوان التصرف والغصب، فكيف يمكن الحكم عليه بإيجاب التفريغ.

و أما الثاني فإذا فرضنا أن بقاء الإضافة المكلية كافية لصدق إضافة التصرف البقائي إلى الشخص فلم لا يكفي الإضافة الاختصاصية الباقية عند عدم الملكية في ذلك؟

ثم المحكى عن الشيخ وأتباعه أنه لو تبرأ البائع من العيب في ما لا قيمة لمكسوره صح، قال شيخنا الأستاذ- دام علاه:- قد حملوا هذه العبارة على صورة عدم المائتيه رأسا قبل الكسر ولكن لا وجه لذلك بعد فتوى الشيخ بالبطلان لعدم المائتيه وعدم تحقق معنى البيع مع عدمها فكيف يصح مع هذا الشرط، وليس إلّا كشرط عدم البيع، بل الظاهر من نفس هذه العبارة حيث قال: لا قيمة لمكسورها اختصاص عدم المائتيه بما بعد الكسر، و ضمير قوله صح راجع إلى التبري، و وجه

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٧

اختصاص المقام بالذكر مع صحته في جميع المقامات توهم أن يكون لهذا العيب الذي كان منشأه من عند البائع خصوصية بمعنى أن الخروج عن أصل المائتيه الذي هو بعد الكسر عيب كان سببه حاصلا حين كون العين في يد البائع، فيتوهم أنه مضمون عليه فلا يصح شرط البراءة فذكر الصحة دفعا لهذا التوهم، هذا.

و أميا ما أشار إليه شيخنا في آخر الكلام في الاستشكال في عامية موارد هذا الشرط بملاحظة رجوعه إلى عدم الاعتداد بوصف السلامة فيوجب الغرر في المعاملة، فيمكن دفعه بأنه صحيح إذا كان طريق الدفع هو البناء والتقيد بوصف السلامة حيث إنه لا يمكن جمعه مع شرط البراءة، وأما إذا كان المستند في دفع الغرر وجود الطريق المعمول به عند العقلاء على وجود السلامة فلا مانع عن هذا الشرط، وفائدته رفع الخيار عند تبين العيب.

**[المسألة العاشرة في حكم بيع المسك في فأره]**

مسألة بيع المسك في فأره

محل إشكاله أمران، الأول: حيث النجاسة و الطهارة، و الثاني: حيث رفع الغرر و الجهالة، أما الأول، فإن فرض توقّف طهارته على التذكية نظير الجلود و الشحوم أشكل حال المعاملة في موارد يعلم انتهاء يد المسلم إلى يد الكافر كما هو المتعارف الآن في أسواق المسلمين.

و أمّا إذا فرض هنا فرد لا يحتاج طهارته إلى التذكية ففي موارد الشكّ يسهل الأمر و يجرى قاعدة الطهارة من دون حكومة أصالة عدم التذكية عليه كما في الفرض الأول، و الظاهر هو تحقّق فرض الثاني، فإنّ بعض أفراد الفأر عند سقوطه عن الحيوان في حياته لا يعدّ من الأجزاء المبانة عن الحيّ، و ذلك بواسطة بلوغه إلى

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٨

أوان الانقطاع و صيرورته زائدا عن أجزاء بدن الحيوان مثل الثمر على الشجر، هذا بحسب نفس الفأر.

و أمّا المسك فيه فلا يجرى فيه استصحاب النجاسة الثابتة حال الدمية؛ لأنّ هذا من موارد القطع بالاختلاف الموضوع في نظر العرف، فإنّ هذا الذي يسمّونه المسك و يمسحونه على الوجوه و الثياب يعدّ عندهم موضوعا مغايرا كمال المغايرة مع الدم و إن كان أصله و منشؤه الحاصل منه هو الدم، نظير الرماد الحاصل من الخشب و البيض الحاصل من الدجاجة، فإنّ لا مانع من قاعدة الطهارة لا في نفس المسك و لا في فأره عند مشكوكيته من جهة كون قطعه بعد أوان اقتطاعه أو قبله حال كونه جزء البدن و ورود التذكية على هذا التقدير عليه و عدمه.

و أمّا الثاني فمحصل الكلام فيه أنه تارة نتكلم من حيث الصحة و الفساد و أخرى من جهة الصفات الزائدة على الصحة الراجعة إلى مراتب الكمال، فالجهة الأولى يمكن رفع الغرر بأصالة السلامة و بالتوصيف بوصف الصحة، و أمّا الجهة الثانية فإن فرض إمكان رفعه أيضا إمّا باختبار مسك آخر و اشتراط مثل تلك المرتبة في المبيع، و إمّا باختبار نفسه و لو بإدخال خيط بإبرة في جوفه و إخراج و شمه يتعيّن ذلك، و إن لم يفرض إمكان رفعه بهذه الوجوه بحيث دار الأمر بين ترك المعاملة أو فعلها مع وجود الجهالة، فاستظهر شيخنا الأستاذ - دام علاه - حينئذ أنّ العرف لا يرون الإقدام في مثل هذا من الغرر و لا ينصرف أذهانهم من نهى الغرر إلى مثل هذا. ثمّ لو فرض حصول النقص بسبب إدخال الخيط للاختبار فهل يضمنه المشتري لو لم يشتره أو لا؟ مبنّى على أنّ الإذن من المالك ظاهر في رفع الضمان أو لا؟

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣١٩

و التحقيق أنّ التصرف المأذون فيه لو كان ملازما للنقص كما في المقام إذا فرض إدخال الخيط قبل ذلك كرارا بحيث لو أدخل مرّة أخرى حصل النقص، أو كان معرضا لحصوله كما لو أذن بالإلقاء في الشطّ، إذ من المحتمل عدم ذهابه و بقائه في بعض سواحل الشطّ فالظاهر من هذا الإذن رفع الضمان، اللهمّ إلّا أن يدعى في خصوص مقام البيع عدم هذا الظهور و أنّه إنّما أذن من حيث رفع الحرمة التكليفيّة و لم يهتك ماله من حيث رفع الضمان الوضعي، و عهده هذا على مدّعيه.

**[المسألة الحادية عشر لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه أو لا]**

مسألة لا فرق حسب القاعدة في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه أو لا إذ ضمّ المعلوم لا- يصير المجهول معلوما بل المجموع أيضا مجهول، مثلا لو باع الدابّة و حملها أو بشرط الحمل فكما يعتبر معلوميّة



الحمل عند بيعه استقلالا إما بإعمال طريق عقلائي رافع للجهل بجهاته الراجعة في زيادة القيمة و نقصانها من الذكورة و الأنوثة و تمامية الخلقة و عدمها أو باشتراط ذلك في متن العقد، كذلك يعتبر ذلك بأحد النحويين في ما إذا أدرج في المبيع بنحو الجزئية أو الشرطية، و لا يثمر معلومية البقية بحال الحمل.

و هكذا الحال لو باع السمك في الآجام و هو لا يعلم هل هي موجودة أو لا، و على الأول بأي مقدار من العدد أو الوزن؟ فلا يكفي ضمّ مقدار من السمك الخارجى المعلوم بل لا بدّ من رفع الجهل في نفس سمك الأجمة إما بتحصيل الطريق الرفع للجهالة بالوجود و المقدار و سائر الأوصاف الدخيلة أو بالاشتراط، و لو لم يمكن شىء من الأمرين فلا بدّ من التوقف و عدم البيع إلّا بعد ما برز و خرج عن الماء، و هكذا الحال بعينه في اللبن في الضرع، و هذا واضح.

نعم يمكن أن يقال: إنّ بعضاً من الأشياء التي لا يحتاج انتقالها إلى المشتري

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٠

إلى لحاظ في الإنشاء و جعل متعلق بها إما جزءاً و إما شرطاً و إما استقلالا بإنشاء آخر متولد عن الإنشاء الأول لا يوجب جهلها غرراً في البيع، و ذلك مثل مفتاح الباب في بيع الدار إذا تردّد أمره بين غالى القيمة و رخيصها لا يوجب هذا غرراً في بيع الدار، إذ البيع لم يتعلّق بحسب الإنشاء بالدار و المفتاح، و لا بها بشرطه، و لا هنا إنشاء مستقل بنقل المفتاح معلول إنشاء نقل الدار؛ فإنّ المفروض عدم احتياج انتقاله إلى شىء من ذلك و حصوله و لو مع الغفلة و الذهول بل و القطع بعدمه.

و على هذا فما وقع تحت الإنشاء البيعى لم يحدث غرراً و ما أتى منه الغرر لم يقع تحت الإنشاء، بل و لو فرض تفسير البيع بالمعنى المسببى، أعنى: النقل الحقيقى العرفى؛ فإنه أيضاً أمر مباين مع انتقال مثل المفتاح، نعم لو فرض التصريح في متن العقد باسمه شرطاً أو شرطاً فلا إشكال في مجيء الغرر بالنسبة إليه.

و بالجملة كلّ ما دخل تحت الإنشاء بأيّ نحو من الدخول كان لا بدّ من مراعاة رفع الغرر فيه من غير فرق بين الكلّ و الجزء و الشرط و المشروط و التابع بأيّ معنى و المتبوع، نعم ربّما يكون التابع شيئاً حقيراً غير معتنى بشأنه مثل البيض الموجود في بطن الدجاجة المشترأة، فإنّ الجهل في مثله من حيث الصغر و الكبر لا يحدث غرراً هذا.

و لكن هنا أخباراً مستفيضة بعضها صحيحة صريحة في جواز الاكتفاء في رفع الغرر عن مجموع المبيع لارتفاع الجهالة في بعضه مثل مرسله البنظى - التي قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه - إرسالها لوجود سهل فيها سهل - عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شىء من السمك فيباع و ما فى الأجمة» «١».

(١) - الوسائل ج ١٢، الباب ١٢، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٣، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢١

و رواية معاوية بن عمّار عن أبى عبد الله - عليه السلام - فى شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هى ماء «قال: تصيد كفاً من سمك تقول: اشترى منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمة بكذا و كذا» «١».

و دلالة الخبرين على المدعى المذكور لا يقبل الإنكار ظاهراً إذ هى بإطلاقها يشمل ما إذا علم أصل وجود السمك و شكّ فى مقداره و أنّه المائى مثلاً أو الألف، و لا يضرّ ما فى الذيل من عدم التصريح بتعيين مقدار الكفّ المخرج، إذ أولاً نقول: كما يوزن السمك يجوز بالعدّ أيضاً كما هو المتعارف الآن، و ثانياً ليست الرواية بهذا الصدد، فهو من هذه الجهة محوّل على محلّه من اعتبار تعيين وزنه، فلا يستشكل أنّ الرواية بظاهرها تدلّ على كفاية ضمّ المجهول إلى المجهول فهى غير معمول بها عند أحد.

نعم لا يمكن التعدى عن مورد الروايتين فليس فيها دلالة على الكليّة المدّعاة كما لا يمكن استفادة العموم من موثقة سماعة عن أبى عبد الله - عليه السلام - كما فى الفقيه على ما حكى «قال: سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع، فقال:

لا إلاً أن يحلب لك سكرجة فيقول: اشترى منى هذا اللبن الذى فى الأسكرجة و ما فى ضرورها بثمن مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الأسكرجة» (٢).

و مثله ما فى الصحيح على ما حكى إلى ابن محبوب عن إبراهيم الكرخى «قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام - ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما؟ قال: لا بأس بذلك؛ إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف» (٣).

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٤، ح ٦.

(٢) - المصدر نفسه: الباب ٨، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٥٩، ح ٢.

(٣) - المصدر نفسه: الباب ١٠، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦١، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٢

وجه عدم الإمكان أن التعليل مشعر بأن النظر مَحْضٌ فى جهل الحصول دون الصفة و المقدار فمساقيهما مساق ما ورد فى الضميمة فى العبد الأبق، و كما لا يمكن الحكم هناك بكفاية معلومية الضميمة صفة و مقداراً عن معلومية صفة العبد لعدم ورود الإطلاق فى هذا المقام كذلك فى المقام بلا فرق، نعم لا بأس باستفادة العموم، مضافاً إلى روايتى السمكة فى الآجام من موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله - عليه السلام - «فى الرجل يتقبل بجزية رءوس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطير و هو لا يدري لعله لا يكون من هذا شىء أبداً أو يكون، أيشتره و فى أى زمان يشتره و يتقبل منه؟ قال - عليه السلام -: إذا علمت أن ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به» (١).

وجه الاستفادة أنه إذا عطفت أشياء عديدة غير مرتبطة و وقع السؤال عن الجميع و صار الجواب عن الكل بكفاية الضميمة مع أن الجهل بالمقدار أيضاً حاصل و لا وجه لاختصاص النظر فيها كما فى روايتى السمك بجهل الحصول لأن هذا خلاف الإطلاق بدون قرينة شاهدة على التخصيص كما فى رواية العبد.

و بالجملة يستفاد من تكرار موارد الحكم أن الحكم غير خاص بموضوع مخصوص، هذا بحسب أصل الدلالة فى هذه الروايات الثلاثة على أصل المطلب و على عمومته لكل مورد، و أمياً الإيراد بأنه لا قائل بهذه الكليّة فهو خلاف ما صدر به عنوان البحث؛ فإنه عنوان بضمّ المعلوم إلى المجهول فأسند المنع إلى المشهور و الصّحة إلى بعض من المتقدمين و المتأخرين.

ثمّ إنه يعلم من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أن هناك قسمين من التابع، أحدهما التابع العرفى، فالجهل به و إن لم يستلزم غرراً إلا أن المجهول منه جزءاً

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٦٤، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٣

داخل فى معقد الإجماع على إبطال الجهل فى المبيع الشامل لأجزائه، نعم لو جعل شرطاً خرج عن بيع الغرر و عن معقد الإجماع، و الثانى التابع بمعنى ما يندرج فى المبيع من غير إناطة بالجعل بل يدخل و لو مع عدم خطوره ببال المتعاقدين، نظير المفتاح فى بيع الدار، فاستظهر عدم الخلاف و الإشكال فى عدم مضرية الجهل به إلا إذا استلزم غرراً فى نفس المبيع، انتهى المحصل من مرامه.

و الظاهر أن مراده من استثناء الواقع فى آخر الكلام ما إذا عدّ التابع وصفاً من أوصاف المبيع، مثلاً لو فرضنا أن العبد يملك و أن ما يملكه من قبيل ما يندرج فى بيع العبد من غير إناطة بالجعل فلا شبهة أن الجهل به من هذا الحيث غير مضرّ و لكن من أنه منشأ انتزاع وصف التمول و الثروة فى موضوع المبيع و باختلافه يختلف قيمته اختلافاً فاحشاً لا بدّ من العلم به، هذا.

و لكننا لم نعلم ما مراده من القسم الأوّل من التابع و كيف يكون الجهل بالشىء فى حال الجزئية و الشرطية مختلفا. إلا أن يفرض الكلام فى أشياء حقيرة فى معاملة خطيرة مثل الثمرة على الشجرتين فى الدار المرذدة بين من أو منين فى معاملة الدار بألف دينار، فإن الجهل بمقدار الثمرة حتى بنحو التخمين لا يوجب غررا فى هذه المعاملة و إن كان لو وقعت مستقلة تحت البيع و الشراء حصل الغرر، و بعد عدم الغرر يكون المرجع هو الإجماع على إضرار الجهالة و هو ليس إلا فى صورة الجزئية.

### [المسألة الثانية عشر فى حكم الإندار]

#### إشارة

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدارا يحتمل الزيادة و النقص على المشهور اعلم أنه بعد ما عرفت لزوم المعرفة بوزن المبيع تفصيلا و أن ما يصححه العرف من البيع كل رطل بدرهم مع عدم تعيين عدد الأرتال نظير ما تعارف

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٤

عندهم من إجارة الدار كل ليلة بدرهم بدون تعيين عدد الليالى قد منعه الشارع و أنه لا بد من المعرفة التفصيلية و إن كان الغرر مندفعاً بالنحو المرسوم، فاعلم أن المعاملة على الموزون فى الظرف على أن يكون المبيع نفس المظروف من ذلك القبيل أيضا، فاشتراكهما فى عدم تعيين عدد أرتال نفس المظروف، نعم يتعين هنا عدد المجموع و لكنّه غير المبيع و لكنّه جوز شرعا فى هذا الباب ما كان ممنوعا فى غيره و هذا لا شبهة فيه.

و لكن هل للإندار التخمينى للظرف مدخل فى صحة المعاملة فيكون الشارع قد قنع عن تعيين مقدار الظرف تحقيقا بتعيينه تخمينا و أغمض عن هذه الجهالة بمقدار المظروف، أو أنه قنع بنفس تعيين وزن المجموع و لم يوجب تعيين مقدار المبيع حتى بنحو الإندار التخمينى للظرف أيضا؟ و حيثذ فإن وقع المعاملة بثمن معين لم تقع حاجة إلى الإندار أصلا، و إن وقع بنحو التسعير كان المعاملة صحيحة و لكن فى مقام تعيين حقّ البائع يحتاج إلى الإندار.

لا بد فى تشخيص الحال من هذه المرجع المراجعة إلى أخبار المسألة فنقول و على الله التوكيل:

منها: موثقة حنان «قال: كنت جالسا عند أبى عبد الله - عليه السلام - فقال له معمر الزيات: إننا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق، فقال - عليه السلام -: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه» (١).

و منها: خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الاسناد «عن أخيه موسى - عليه السلام - قال سألته عن الرجل يشتري المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق فيقول: ادفع

(١) - الوسائل ج ١٢، الباب ٢٠، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٧٣، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٥

للناسية رطلا أو أقل أو أكثر من ذلك أ يحلّ ذلك البيع؟ قال - عليه السلام -: إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا» (١).

و منها: رواية على بن أبى حمزة «قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله - عليه السلام - قال: جعلت فداك - إلى أن قال -: يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص؟ فقال - عليه السلام -: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس» (٢).

## و الكلام فى مقامات:

## المقام الأول: فى تعيين أن المستفاد أى النحويين من الأخبار

فنعول: الظاهر دخل الإندار فى الصحّة؛ و ذلك لأنّ الظاهر أنّ السائل فى هذه الأخبار إنّما يسأل عن كفاية الإندار المرسوم عندهم عن الوزن المعترى الشرعى المرتكز فى ذهنه، و من البعيد أن يكون غرضه أنّى فارغ عن صحّة الشراء و لكنّى أسأل عن أنّ هذه الكيفية كافية فى تفرغ الذمّة فى مقام الأداء و يتعيّن به حقّ البائع من الثمن أو لا، و إن كان الإندار بحسب ما هو المرسوم عند العرف لا يتقوم به صحّة المعاملة و لكنّهم قد عرفت اقتناعهم بإجارة البيت كلّ ليلة بكذا. فالسؤال عن أنّه كما منع عن ذلك فى ذلك المقام هل يمنع منه فى هذا المقام أو لا.

نعم لا بأس بقريته كون المتعارف عدم الالتزام بإيقاع الإندار فى مجلس البيع أن يقال بأنّ حال هذا الشرط مثل القبض فى بيع الصرف حيث إنّ البيع المسببى الشرعى لا يحصل إلّا بعده و لكنّ الإنشاء لا يلزم أن يكون مقارنا له،

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٢٠، أبواب عقد البيع و شروطه، ص ٢٧٣، ح ٣.

(٢) - المصدر نفسه: ص ٢٧٢، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٦

فيجوز هنا أيضا تأخر الإندار عن الإيجاب و القبول و لكنّ النقل الشرعى متأخر عن وقوع الإندار.

## المقام الثانى: فى تشخيص الحال من جهة اعتبار التراضى المذكور فى الأخبار

و أنّه ما وجه الاعتبار و قد كان اعتباره مفروغا عنه فى المعاملة شرعا و عرفا فيكون ذلك قرينة على أنّ المراد فى الأخبار هو الوجه الآخر، أعنى: اعتبار الإندار لتعيين الحقّ لا لمدخليته فى المعاملة.

و يمكن أن يقال إنّّه لدفع توهم أن يكون العلم الإجمالى بالإندار على نحوه المتعارف بين التجار مع عدم التفات إلى صورته التفصيلية كافيا فى صحّة المعاملة نظير المعاملة بالثمن الذى بيع به من زيد، فإنّه لا يكفى فى العلم بمقدار الثمن هذا الوجه الإجمالى، فكذلك هنا أيضا لا يكفى الإندار بما هو المرسوم عند التجار من دون علم بصورته التفصيلية، و حينئذ فنقول: مورد الخبر الأوّل ظاهرا هو التراضى، فإنّ الحاسب هو البائع أو وكيله، و المحسوب له هو المشتري فأعنى ذلك عن التقييد فى كلام الإمام - عليه السلام - فلا إطلاق له حتّى ينافى الخبرين الآخرين.

## المقام الثالث: لا إشكال أن الأصل على الوجه الذى ذكرنا هو الفساد مع ما عرفت من دخول المورد فى عمومات الغرر و الجهالة

و أمّا على ما اختاره شيخنا المرتضى - قدس سرّه - فقد اختار مذهب المشهور من جواز إندار ما يحتمل الزيادة و النقص، قال - قدس سرّه -: لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع مزيدا ممّا يعطيه المشتري من الثمن.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: أولا: مقتضى الأصلين الاكتفاء بالقدر المتيقّن، فما وجه اختيار مذهب المشهور من تعيين ما يحتمل الزيادة و النقص من دون إناطة بالتراضى؟

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٧

و ثانيا: إن كان المراد بالأصل الأوّل استصحاب عدم زيادة المبيع بنحو ليس الناقصة فليس له حالة سابقة و ليس كاستصحاب عدم زيادة ماء الحوض الموجود تدريجا فيه على مقدار الكثر بأن يقال: قد وجد السمن فى الجدل تدريجا و كان أوّل وروده أقلّ من ثمانية

أمان مثلاً؛ إذ مع عدم جريانه في الظروف المتسعة ليس للوجود في الجدل مدخلة، وأصل الوجود مشكوك الحال من أول الأمر. وإن كان المراد بنحو ليس التامة فغاية ما يثبت به عدم المبادل بين المقدار المتصف بالزيادة و ما يوازيه من الثمن، و أما إثبات الحال بواسطة ذلك مع ضميمه الوجدان بأن يقال فالواقع محدود بحد كذا مبني على الأصل المثبت، نعم الأصل الثاني - حيث إن المقام مما دار الأمر فيه بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين - لا مانع منه لإثبات الحد الأقل الذي لا يحتمل النقيضة و يحتمل الزيادة لكن لا يثبت به الآثار الوضعية المترتبة على دفع الثمن من سقوط الخيار و نحوه.

#### المقام الرابع: في قوله - عليه السلام - : «إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه»

الظاهر أن المراد بالمتعاطفين فعليتهما لا احتمالهما، و الظاهر كونهما وصفين لمجموع النقصان المحسوب لا لجزئه، و حينئذ فيتعين الحمل على النوع و أنه متصف بالزيادة تارة و بالنقيضة أخرى، و لازم ذلك كون الشخص مشكوك الحال، و الظاهر أن المناط الواقعي هو الاحتمال، و إنما ذكر ذلك توطئة له، و المشهور أيضا فهموا ذلك لا أنهم حملوه على احتمال ابتداء حتى يكون خلاف الظاهر، و الظاهر رجوع الضمير كما ذكرنا إلى المقدار المحسوب دون الوزن الواقعي للطرف و دون المظروف. و تظهر الثمرة في الفقرة الأخيرة؛ فإنه على التقدير الوسط يكون المراد ظهور المبيع أنقص من تخمين بايعه، و على الأول و الأخير يكون الأمر بالعكس، و لكن لا فائدة في هذا بعد أن الظاهر أن القضية الأخيرة في مقام التفريع على الأولى و يكون كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٨

المناط هو احتمال الزيادة و النقيضة و عدمه إما بعلم الزيادة أو بعلم النقيضة كما هو الظاهر من أمثاله من القضايا. ثم إن شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة - جعل القضية الأخيرة بملاحظة ما سبق من كون المورد صورة التراضي، و إلا على ما اختاره من الوجه من مدخلة الإندار في صحة المعاملة بتقريب أنه لم يبق وجه للنهي في صورة العلم بالزيادة لو نزلت القضية على مقام إيفاء الحق بعدم تمام المعاملة؛ لأن الفرض حصول التراضي، و لا - معنى له عند العلم بتخلف المدفوع عن الحق الواقعي إما بالزيادة أو بالنقيضة إلا الإسقاط أو الهبة، و هذا بخلاف ما لو حملت على مقام تصحيح المعاملة؛ فإنه حكم تعبدى يمكن أن يجعله الشارع خاصاً بمورد دون آخر، هذا.

#### المقام الخامس: قد ورد الحكم في الأخبار المذكورة في السمن و الزيت و المتاع

و في جانب الطرف في ظروف السمن و الزيت و الناسية و الجوالق، و بعد هذا فإما أن يجمد على خصوص هذه الموارد - لكنه من المستبعد التزامه - و حينئذ فلا وجه للتعدي إلى كل ضميمه يضم إلى المبيع مع عدم قصد بيع المجموع، فإما نتعدى إلى أمثال ما ذكر ممياً يكون مظروفاً و متعارف البيع في الطرف و كان وزن الطرف على حدة شاقاً، و لم يعلم وجه للتعدي إلى غير ذلك بل لو كنا و الخير الأول زاد على ما ذكرنا احتمال اعتبار كون المظروف مثل السمن في الزقاق مما يلتصق بالطرف و يشق تخليص الطرف منه. ثم إن هنا رواية أخرى غير الثلاثة التي ذكرناها ربما يستظهر من شيخنا المرتضى - قدس سره - جعلها من روايات الباب، و لكن ليس في الرواية ما يشهد بذلك فراجعها في كلامه - قدس سره.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٢٩

#### المقام السادس: في بيع المظروف مع الطرف

أعلم أن بيع الشئيين المختلفي الجنس كالحنطة و الشعير بصفة واحدة و وزن واحد لا إشكال فيه مع اتحادهما في القيمة، إذ لا يعتبر العلم إلا بوزن المبيع جملة لا - بكل جزء جزء منه، و كذلك لو حصل من انضمامهما صورة ثالثة و لو اختلفا قيمة كالسكنجيين و

أمثاله، كما أنه لا إشكال في العدم مع عدم الأمرين، وإن كان أحد المنضمين ظرفاً والآخر مظروفاً كالسمن في البادية من الصفر مع اختلافهما قيمة فإنه غرر منهى عنه وإن كان يجوز بيع السمن في البادية وحده، فإن ذلك لا يوجب تجويز ما ذكرنا، هذا إذا كان الظرف مميّاً بوزن، وأمياً إذا كان ممّا يشاهد كالجلد، فبناء على ما ذكرنا يمكن الخدشة فيه، إذ مورد الأخبار لا شبهة في أنه صورة انفراد المظروف بالبيع، فلا بدّ من دعوى تنقيح المناط القطعي و أتى لنا ذلك، فكما أنّ السمن عند انفراده عن الظرف و حال وجوده فيه اختلف حكمه فما الاستبعاد في اختلاف الحكم بين صورة انفراده بالبيع و انضمامه مع الظرف في حال وجوده في الظرف أيضاً، بل يمكن الخدشة في الحكم لو انضمّ إلى السمن في الجلد شيء آخر مثل الكتاب، نعم لا بأس بسمن آخر في الجلد.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٠

### [مسألة في وجوب التفقه و التعلّم في الأصول و الفروع و بيان الحال عند مزاحمته مع الاكتساب]

اعلم أنّ التعلّم في مسائل الأصول واجب بحكم العقل المستقلّ بلزوم دفع ضرر المحتمل؛ لأنه بعد بعث مدعى النبوة يحتمل وجود الصانع و صدق المدعى و أنه يعاقبه على ترك الفحص.

و بعبارة أخرى يحتمل وجود الحجّة التي لو فحص ظفر بها لا أنّ هذه القاعدة تصير بيانا و حجة بل احتمال وجود الحجّة في الواقع بحيث يعلمه تفصيلاً لو فحص كاف في صحّة العقوبة بحكم العقل، و هذا واضح.

و أمياً التعلّم في مسائل الفروع فينقسم إلى قسمين، الأول: ما يجب علينا على كلّ أحد في معاملاته و عباداته لتكليف شخص نفسه، و الثاني: ما يتوقّف عليه قيام أمر الشريعة من قبيل «لو لا القميون لاندست آثار النبوة» و كذا الواجب في جانب الاكتساب أيضاً، ينقسم إلى قسمين، أحدهما: ما يجب على كلّ شخص عينا لإنفاق نفسه و عياله، و الثاني: ما يجب لأجل انتظام أمر نوع العباد و البلاد من صناعة الصانع و غيرها من الواجبات الكفائية.

أمياً القسم الأول: أعني: الواجب العيني من تحصيل العلم، فالإنسان و إن كان يحتمل أنه لم يتفق له في شيء من المعاملات التي يتصدّأها في عمره خلاف مشروع أصلاً و لكنّه لا يأمن من الوقوع أيضاً، و نفس هذا الاحتمال مع فرض كون الحجّة قائمة ملزم عقلي لاختيار أحد أمرين إمّا الاحتياط و إمّا تعيين الحال و طلب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣١

العلم اجتهاداً أو تقليداً، فإن فرضنا استلزام الأول لاختلال النظام كان المتعين هو الثاني.

فعلم أنّ وجوب التعلّم ليس من باب المقدّمة الوجودية إذ قد عرفت إمكان عدم الوقوع في مخالفة مشروع أصلاً مع الجهل و لكنّه واجب عقلاً للأمتية و الاطمئنان، و لا فرق بين الالتفات حال العمل و الغفلة في الأثناء بالنسبة إلى بعض المعاملات و العبادات بعد وجود الالتفات من الأول و لا يتوقّف على العلم الإجمالي بوجود غير المشروع في ما يرتكبه، بل نفس الاحتمال حيث أنّه مساوق احتمال وجود الحجّة على العقاب يكفي للبعث العقلي حذراً عن العقاب المحتمل.

و أمياً القسم الأخير من تحصيل العلم و هو ما كان مقدّمة لبقاء الآثار و عدم الاندراست فوجوبه ممّا لا يحتاج إلى مزيد بيان بل هو بمرتبة لا يزاحمه حفظ النفوس الطيبة المقدّسة، فلو دار الأمر بين بقاء الدين و بقاء النبيّ كان المتعين الأول، هذا حاصل الكلام في أصل وجوب القسمين.

و أمياً الكلام في المزاحمة فنقول: أمياً القسم الأول من التعلّم الواجب العيني لو زاحمه وجوب الكسب المتوقّف عليه حفظ النظام فلا ريب في أولوية الثاني مع عدم من به الكفاية، و أمياً مع وجوده فلا مزاحمة، و لو زاحمه وجوب الكسب اللازم لقوت نفسه و عياله الواجبي النفقة حيث يحرم على ذي المزة سوى بقائه معطّلاً و جعل نفسه كلّاً على الناس بأخذ الزكوات و الصدقات - فإنّ مستحقّ الزكاة غير ذي مزة - فالواجب عليه التعلّم، و يخرج بذلك عن كونه ذا مزة لأنّ الوجوب الشرعي كالعقلي، فيجوز له أخذ الزكاة و

التعطل عن الكسب بالاشتغال بتحصيل العلم الواجب إمّا اجتهاداً أو تقليداً.  
و أما القسم الثاني منه: أعنى: ما كان مقدّمه لبقاء الدين فلا يزاحمه شيء من  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٢

نحوى الكسب لا العيني ولا الكفائي عند عدم من به الكفاية فى شيء من الجانبين أو من جانب التعلّم، و أمّا مع وجود من به الكفاية  
فى جانب التعلّم و عدمه فى جانب الكسب، المتعين هو الثانى.

و لو فرض فى هذه الصورة تراحمه مع الكسب الواجب العيني فقد يقال إنّه من باب التراحم بين الواجب و المستحبّ، و من المعلوم  
تقدّم الكسب الذى هو الواجب أيضاً، و لكن يمكن أن يقال: و إن كان التعلّم مستحبّاً لكن يمكن استفادة تقييد دليل ذلك الواجب  
بدليل هذا المستحب، حيث إنّ فى أخبار طلب العلم ما يقرب هذا المضمون من «أنّ الله قد ضمن و تكفّل لطالب العلم رزقه» فيعلم  
بذلك أنّ الخطاب بالكسب فى أدلته خاص بغير طالب العلم.

إن قلت: ما استندت فى حرمة التعطيل عن الكسب عند عدم الاشتغال بالعلم من كونه ذا مرّة سوياً و لا يستحقّ حينئذ الزكاة موجود فى  
حال الاشتغال أيضاً، لأنّ الاستحباب الشرعى ليس كالوجوب الشرعى حتّى يقال: إنّه كالوجوب العقلى سالب للعنوان المذكور.  
قلت: إذا فرض فعليّة الاستحباب فى حقّه و أراد العمل بهذا الحكم الفعلى و صار مشتغلاً به فهو عرفاً خارج عن العنوان المذكور ما  
دام باقياً على بناءه و شغله.

هذا جملة ما استفدته فى هذه المسألة من بحث مولانا الأستاذ- أطال الله تعالى إفاداته.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٣

## [القول فى النقد و النسيئة]

### إشارة

القول فى النقد و النسيئة «١»

ينقسم البيع باعتبار التقديم و التأخير فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام:

بيع الحاضر بالحاضر سواء كانا كليين أم شخصيين و هو النقد، و بيع المؤجل بالمؤجل - و هما لا محالة كليان - و هو بيع الكالى  
بالكالى، و بيع الحاضر بالثمن المؤجل - سواء كان الحاضر كلياً أم شخصياً - و هو بيع النسيئة، و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم.

و اعلم أولاً: أنّ عنوان بيع الكالى بالكالى ليس فى الأخبار على ما حكى، و لو فرض وجود بيع الدين بالدين فيها لكان الظاهر من هذا  
العنوان هو الدين الذى ثبت عنوان ديّته مع قطع النظر عن هذا البيع، فينحصر فرده فى ما هو صحيح بالاتفاق من بيع دين ثابت للبائع  
فى ذمّة شخص من ذلك الشخص بإزاء دين ثابت لهذا الشخص على ذمّة ثالث، و على فرض صدقه على الدين الذى ثبت ديّته بهذا  
البيع لم يكن وجه لتخصيصه بصورة التأجيل، و ذلك لصدق الدين على الثابت فى الذمّة من غير فرق بين تعجيله و تأجيله، ألا ترى أنّ  
الدين عند حلول أجله دين و لا ينتفى عنه موضوع الديّته؟

(١) - كان هذا البحث فى نسخة المؤلّف - دام ظلّه - كمتاجر الشيخ الأنصارى - رحمه الله - بعد بحث الخيارات فلا تغفل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٤

فالحاصل أنّ الحكم فى خصوص الفرد الذى قالوه، أعنى: الدين الحاصل ديّته بهذا البيع مع كونه مؤجلاً لا شاهد عليه إلا الإجماع  
على فرض ثبوته.

## [و ينبغي ذكر هذه المسائل]

## [المسألة الأولى إطلاق العقد يقتضى النقد والملكية]

مسألة: اعلم أن العقد عند عدم تقييد الأجل يفيد الملكية، و مقتضى الملكية وجوب الدفع إلى صاحب المال، غاية الأمر مع شرطه الذى هو بذل الطرف الآخر أو تمكينه، و لو امتنع يجبر و لا خيار، و هذا مراد التذكرة حيث علل - على المحكى كون الإطلاق مقتضيا للنقد- بأنّ قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها، و بالجملة: النقد مقتضى الأصل الأولى فى الأملاك فخالفه يحتاج إلى دليل.

و أما كون الإطلاق منصرفا إلى اشتراء النقد فلا نسلم ذلك و مجرد كونه داعيا غالبا لا يثمر، و يدل على الحكم - مضافا إلى ذلك- الموثق: «فى رجل اشترى من رجل جارية بثمان مسمى ثم افترقا؟ فقال: وجب البيع، و الثمن إذا لم يكونا شرطاه فهو نقد» (١). ثم إن الشرط يمكن أن يكون لنفع البائع، و يمكن أن يكون لنفع المشتري، و المعتبر كقيّة اعتبار المنشئ، فتارة يكون الملحوظ فى جعل الأجل - إما فى طرف الثمن كما فى النسبة أو فى المثلن كما فى السلم- نفع المشتري فى الأوّل و البائع فى الثانى، أعنى: لا يكون فى ضيق من جهة الأداء و فوريتته عند حصول المطالبة كما هو قضية طبع العقد على ما عرفت بل يكون التأخير فى المدة المضروبة له جائزا.

و ربّما يكون الملحوظ فيه نفع الطرفين، أعنى: أنه لا- يجب عليه الإقدام الفورى عقيب المطالبة، و الطرف الآخر أيضا يستحقّ عليه فورية الأداء عند حلول

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٦، ح ٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٥

الأجل، ففى الصورة الأولى متى حلّ الأجل و سأمح كان عاصيا و يجبر و فى الصورة الثانية علاوة على العصيان تخلف عن شرطه، فيحصل للجانب الآخر خيار تخلف الشرط، هذا بالنسبة إلى ما بعد الأجل، و كذا بالنسبة إلى ما قبله، أعنى: تارة يكون الملحوظ نفع المشتري فى النسبة و البائع فى السلم كما عرفت، و أخرى يكون الملحوظ نفعهما أعنى: أن الطرف الآخر أيضا يستحقّ الامتناع لو بذل الآخر و أراد تفرغ عهده، و المدار فى ذلك كقيّة اعتبار المنشئ.

و الظاهر المتعارف من الشرط من الحيثية الثانية، أعنى: ما قبل الأجل ملاحظة نفع من عليه الحقّ؛ لأنّ نفع من له الحقّ فرض نادر لا يحمل عليه الإطلاق، و إذن فمقتضى القاعدة أنه لو تبرّع المشتري فى النسبة بالأداء قبل الأجل أو البائع فى السلم كذلك ليس للطرف الآخر الامتناع عن القبول؛ إذ بعد عدم الشرط- كما هو المفروض من قيام الظاهر عليه- يكون على حسب القاعدة الأولية، و هو تسلط من عليه الحقّ فى مقام تفرغ ذمته و عدم الحقّ لمن له الحقّ فى الامتناع عن الأخذ و القبول.

لكنّ الذى يمنع الفقيه عن الفتوى أنهم ادّعوا الإجماع أو عدم الخلاف فى جواز الامتناع، و إن احتمل أن يكون نظرهم إلى سلب عنوان المائنة عنه قبل الأجل، كما يحتمل أن يكون هذا أيضا وجه إجماعهم على عدم جواز بيع المشتري فى السلم قبل حلول الأجل، و من المعلوم بطلان هذا الوجه لأنه مال فعلا فى عهدة الطرف، و الأجل ظرف للإمهال فى الأداء و إلّا فاللازم بطلان أصل المبايعه، لوقوعها على ما ليس بمال فعلا و إنما يصير مالا بعد ذلك و هو غير كاف، لكنّ الفقيه لا يجسر بمجرد هذا الاحتمال على رفع اليد عن مقتضى الإجماعين، هذا من الحيثية الثانية.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٦

و أما الكلام من الحيثية الأولى، أعنى: ما بعد الأجل، فالظاهر من جعل الأقساط للثلث أو المثلن ملاحظة نفع الطرفين، إذ نشاهد أنه لو



سامح في رأس الأجل عن أداء القسط المقرّر يرى نفسه مخلفا للقول لا مجزّد كونه عاصيا، و هذا دليل على ملاحظة الأمرين معا في الشروط، و على هذا فلو أحرّ كان للآخر خيار تخلف الشرط.

ثمّ المحكّي عن المشهور أنّ اشتراط التعجيل تأكيد لمقتضى الإطلاق، و أنت خبير بفساد هذا الكلام بظاهره، نعم لو قلنا بانصراف الإطلاق إلى الاشتراط صحّ لكن عرفت منعه، و حينئذ فالإطلاق لا- يقتضى إلّا وجوب التعجيل بالوجوب التكليفي، و أمّا لو انضمّ الاشتراط فيصدق على المسامحة عنوان خلف القول و الشرط فيستحقّ الطرف الآخر للفسخ كما في كلّ شرط، فأين التأكيد؟ نعم الظاهر أنّ طبع الشرط طبع ما كان مقتضى العقد لا أنّه جعل شيئا زائدا عليه، فلا بدّ من التكلّم في مقتضى العقد و أنّه ماذا؟ لا إشكال في أنّه ليس مقتضاه الفوريّة الغير المنوطة برضا من له الحقّ بمعنى أنّه لا يفرق في وجوبه الفوري رضاه بالتأخير و عدمه، بل لا كلام في أنّه برضاه بالتأخير يسقط الوجوب، و أمّا لو كان غافلا و خاليا عن الرضا و الكراهة، أو يكون ملتفتا و لا يطالب لأجل مانع من الإظهار مثل الاحتشام عن المطلوب منه، فلا دليل على السقوط فيه، فقولهم: عند عدم المطالبة ينتفى الفوريّة القدر المتيقّن منه هو الرضا القلبي المستكشف إمّا بطريق قطعي أو كاشف عرفي مثل السكوت في بعض المواضع.

و أمّا صورة الخلوّ عن الأمرين فهي باقية تحت القاعدة الأولى؛ و ذلك لأنّ كلمه عدم المطالبة بحسب اللغة و إن كان أعمّ من صورة الخلوّ و لكنّه عرفا ظاهر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٧

في طلب البقاء، نظير كلمه (فلان غير راض) حيث إنّه ظاهر في أنّه كاره و إن كان لغه أعمّ منه و من الغافل الصرف. إذا عرفت ذلك فنقول: الظاهر من حال المشتراط أيضا أنّه يلزم المشروط بمثل هذا المعنى، أعني: أنّه ما لم يرض بالبقاء يكون ملزما بالأداء، فلا إلزام مع الرضا، فإن كان المراد من التأكيد هذه الجهة فلا كلام، هذا.

### [المسألة الثانية في اشتراط تأجيل الثمن مدّة معينة غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان الغير المتسامح فيهما]

مسألة لا إشكال في أنّه لو اشتراطا أجلا في النسبة غير معيّن مفهوما، مثل أن يجعلاه (مهرجان) و لم يعلما ما المراد بهذه اللفظة و أنّه أوّل الاعتدال الخريفي يكون باطلا للغرر.

و أمّا إذا عرفا المفهوم كالنيروز أو رأس شهر رجب و لكن لم يعرفا ماذا مقدار ما بينهما و ما بين الأجل لعدم علمهما بأنّ هذا اليوم أيّ يوم من الشهر أو لعدم العلم بأنّ الشهر ثلاثون كاملا أو تسعة و عشرون، و كذا التأجيل بآخر اليوم مع عدم العلم بساعات بقين من اليوم فإنّه لا- إشكال في بطلان صورة الاشتراط بنفس المردّد بين هذه الأمور و كونه غررا، كان يجعل الأجل مردّدا بين ثلاثين أو تسعة و عشرين أو ست ساعات أو خمس.

و أمّا في صورة جعل الأجل نفس المفهوم المردّد مصداقه فقد يقال بالصحة، و يقاس بالبيع بغير البلد مع عدم المعرفة بالمصداق، فإنّه قليلا ما يعرف المتعاقدان اشتمال المنّ مثلا على أيّ مقدار من المثاقيل على التفصيل، مع أنّه لو تردّد في الوزن بين مقدارين من المثقال فهو غير جائز، و ربّما احتمل الاكتفاء بالمعرفة عند العامّة.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٨

قال شيخنا الأستاذ- أطال الله بقاءه-: الظاهر صحّة المعاملة في كلا الفرضين، أعني: صورة عدم المعرفة بمصداق الأجل مع معرفة المفهوم، و صورة عدم المعرفة بمصداق وزن البلد مع معرفة المفهوم، لكن كلّ من البابين بملاك خاص به غير جار في الآخر.

أمّا في التوقيت بالأجل، فلاشكّ الأجل و هو رأس المدّة و لو لم يعلم مقدار المسافة الفاصلة في البين أمر معلوم، فأخر الشهر أو آخر السنة أو أوّل رجب أجل معلوم عرفا لا جهل فيه، بخلاف يوم موت زيد و يوم الحصاد و قدوم الحاج، فإنّه ليس تحت انضباط بحيث وقع في كلّ شهر في يوم معيّن مثلا، أو في كلّ سنة كذلك، و نحن إذا راجعنا أخبار باب السلم و رأينا الاكتفاء فيه بالأجل المعلوم

فنعلم أنّ باب النسبة ليس فيه شيء أزيد من ذلك الباب.

و أمّا الجهل بمقدار الفصل حيث إنّ مردّد بين عددتين متفاوتتين تفاوتاً فاحشاً فلعلّ السرّ في عدم لزوم الغرر أنّ حوائج الناس غالباً مقسّطة على تلك الآجال، مثلاً احتياج الناس إلى النقد غالباً في رأس النيروز أو في رأس الشهر، والحاصل يحدث عند هذه الآجال حوائج مخصوصة و يحصل الحاجة إلى النقد فيها لأجل رفع تلك الحوائج، فإذا علم أنّ رأس الاعتدال الخريفى يحصل بيده النقد، و المفروض أنّه يوم شراء الكتيراء، أو القطن أو الحاجة الكذائية فهو عالم بوصوله إلى النقد يوم احتياجه للحاجة الكذائية، فلا غرر. و أمّا في المعاملة بغير البلد مع عدم العلم بمقدار مثاقيله، فلعلّ الوجه في عدم الغرر أنّ الاتّكال غالباً في تعيينها على تعيين شخص خبير رئيس في المملكة فهو قد عيّن العيار بالمدافّة، و سائر الناس اتّكلوا على تعيينه، فهم عارفون إجمالاً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٣٩

بصحتّه و انضباطه، و أمّا احتمال كفاية علم العامّة فيه ما لا يخفى من الوهن بعد أنّ المعتمد رفع الغرر عند المتعاقدين. و بالجملة: حال الآجال غير حال العيار، فإنّ الآجال معلومة مضبوطة في حدّ أنفسها من غير اتّكال على أحد، فرأس الشهر من المواقيت المعلومة و لو لم يعلم المسافة إليه و عدد الأيام الواسطة في البين، و أمّا وزنه البلد فهي و قطعة حجر أخرى غير وزنه متساوية في عدم المعرفة إلّا بجسمهما المحسوس، فالاتّكال على تشخيص الخبير المؤسس.

ثمّ بعد تعيين مدّة الأجل لا فرق بين القصير و الطويل ما لم يخرج عن حدّ العقلانية و أمّا إذا فرض - من جهة كثرة طول المدّة كألف سنة - صيرورة المعاملة سفهية مثل بيع ما يساوي عشرة دراهم بعشرة آلاف دينار إلى رأس ألف سنة، فإنّ كثرة الثمن لا تخرج عن كونها سفهية لأنّه لا يعلم ماذا يصير حال المشتري بعد الألف هل يكون موجوداً بوارثه أو منقرضاً و هل يكون ذا مال أو بلا مال ففى الحقيقة يعدّ هذا تفويتاً لعشرة دراهم. و بالجملة الحكم بالفساد لأجل كون المعاملة سفهية متّجه، و أمّا احتمال خروجها عن ذلك بواسطة حكم الشارع عليه بالحلول عند الموت ففاسد، لأنّ حكم الشارع يتعلّق بالموضوعات بملاحظة حالها قبل الحكم و لا يلاحظ أنّها بما ذا تتّصف بعد ورود الحكم، فإذا فرضنا أنّ الحكم في المعاملة مخصوص بالمعاملة الغير السفهية فالمتّبع وجود هذا العنوان مع قطع النظر عن حكم الشارع، و لا ينظر إلى عدمه بملاحظة حكم الشارع كما هو الحال في الضرر و الغرر، هذا.

و لكن شيخنا المرتضى - قدس سرّه - جعل هذا من أفراد الشرط المخالف للسنة بملاحظة أنّ الشارع جعل الموت سبباً للحلول، و جعل الأجل ألف سنة

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٠

ينافى ذلك، و هو منه عجيب، فإنّ الشرط إذا كان مخالفاً للسنة لا يكون صحيحاً، و إذا كان فاسداً فلا ينعقد من الأوّل فكيف يحكم بكونه حالاً عند الموت، فهذا الحكم مفروض في الشرط الصحيح.

و بعبارة أخرى: الالتزام الشرطى لا إطلاق له بالنسبة إلى ورود نفسه، و الحكم وارد بهذه الملاحظة، و مثل هذا لا يعدّ مخالفاً، و إن شئت قلت: الموضوع هو الشرط الذى يكون صحيحاً لو لا هذه الجهة، نعم لو شرط أنّ الموت لا يكون سبباً للحلول كان مخالفاً للسنة، و أمّا شرط الأجل فلا، كيف و إلّا يلزم سدّ باب صيرورة الموت سبباً للحلول رأساً لصيرورة الشرط فاسداً من الأوّل بواسطة طرؤ الموت قبل الأجل، و لعلّه - قدس سرّه - أشار إلى هذا بقوله - قدس سرّه -:

فافهم.

### [المسألة الثالثة في حكم من باع بثمن حالاً و بأزيد منه مؤجلاً]

مسألة لو باع نقداً بثمن و مؤجلاً بأزيد منه فهل يحكم بالفساد رأساً و عدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً - لا المقصود و لا غيره كبيع أحد العبدین - أو يحكم بالصحة و ترتّب الأثر المقصود أو يحكم بعدم ترتّب الأثر المقصود و وقوعه موضوعاً لحكم شرعى تعبدى و هو

استحقاق البائع أقل الثمنين في أبعده الأجلين؟

و ليعلم أولاً: أن محلّ كلامنا صورة التريديد في الثمن، فيخرج منه ما إذا جعل الثمن واحداً معيناً و شرط أنه لو أخر زاد عليه مقداراً، فإنه من شرط الربا و يكون فاسداً و غير مفسد على ما مرّ من عدم إفساد الشرط الفاسد، و يخرج أيضاً ما إذا باع بالثمن الأقلّ معلّقاً على النقد و باع بيعة آخر بالثمن الأكثر معلّقاً بالتأجيل، فإنه فاسد من جهة التعليق.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤١

فالكلام ممحّض في البيع المنجز مع التريديد في الثمن، و هو الذي وقع التعبير عنه في الأخبار بشرطين في بيع تارة، و يبيّن في بيع أخرى، و صفتين في صفقة ثالثة، و الأقوى فيه القول بالفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود و كونه موضوعاً للحكم شرعاً باستحقاق البائع بإزاء المبيع أقلّ الثمنين في أبعده الأجلين.

أمّا الفساد؛ فلأجل ما ورد من النهي عن شرطين في بيع و يبيّن في بيع و صفتين في صفقة، و قوله - عليه السلام -: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجل و الآخر نظرة فليسّم أحدهما قبل الصفقة» (١) فإنه إمّا يحمل ذلك النهي و هذا الأمر على الإرشاد و إمّا على التحريم، فعلى الأول يدلّ على الفساد، بمعنى أنه إذا أردت أن ينفذ مقصودك فافعل هكذا، و على الثاني لا ينافي مع ما دلّ على الفساد بهذا المعنى مع ترتّب أثر آخر و هو ما دلّ على المطلب الثاني و هو روايتان.

إحداهما: رواية محمد بن قيس المعتبرة «قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلّا أقلّهما و إن كانت نظرة» (٢) فإنّ هذا ظاهر في أنه ليس للبائع استحقاق أزيد من الأقلّ، و إن كان على وجه النظرة فليس له استحقاق الزيادة و لا استحقاق المطالبة قبل الأجل، نعم لا ينافي هذا مع وجوب التعجيل على المشتري و كونه عاصياً بالتأخير نظير من اشترى نسيئة و نذر قبل الأجل أداء الثمن، فإنه عاص بالتأخير لمخالفة النذر و لكنّ البائع غير مستحقّ للمطالبة قبل الأجل.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٧، ح ١.

(٢) - المصدر نفسه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٢

و الثانية: رواية السكوني «عن جعفر - عليه السلام - عن أبيه عن آبائه - عليهم السلام -:

أنّ علياً - عليه السلام - قضى في رجل باع بيعة و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط؟ فقال - عليه السلام - هو بأقلّ الثمنين و أبعده الأجلين، يقول: ليس له إلّا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجّله بنسيئة» (١).

و هذا صريح في عدم استحقاق البائع لا الأزيد من الأقلّ و لا المطالبة قبل الأجل، نعم، هذا أيضاً لا ينافي مع عصيان المشتري بالتأخير، و أمّا حمل الروايتين على صورة البيع بثمان نقداً و اشتراط الربا، أعني: لو أخر يزيد مقداراً فيأبى عنه ظاهرهما من كون جعل الثمن على هذا النحو أي التريديد، غاية الأمر أطلق في الثانية لفظ الاشتراط على هذا الجعل، لكن فيه ما هو أظهر من هذا يدلّ على كون المراد أنّ الثمن المجمعول أمر مردّد، و لا داعي إلى الصرف و التأويل بعد عدم منافاة ظاهر الخبر مع عقل أو نقل قطعي.

و أبعده من هذا حمل الخبرين على صورة التلف و مساواة ثمن المثل للثمن النقد، فيدلّ على الفساد رأساً. و أنت خبير بأنّ هذا من التأويلات التي لا يجوزها إلّا قيام عقل أو نقل قطعي على خلاف متفاهم الرواية، و أين هذا من المقام؟

نعم هذا الحكم مخالف للقواعد و العمومات الدالة على أنّ العقود تابعة للقصد و لكنّها قابلة للتخصيص (٢) و رفع اليد عن مقتضاها بالدليل، و الروايتان صالحتان للدليّة و جامعتان لأركانها، فإنّ سندهما عرفت أنّه في غاية الاعتبار، و كذلك دلالتهما غير قابلة للتأويل، و أمّا وجه الصدور فالأصل العقلاني قائم على حمل كلام المتكلم على الصدور بغرض الجّد و بيان الواقع.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٧، ح ٢.

(٢)- كما في نسيان الأجل في نكاح المتعة فإنه ينقلب دائما. منه دام ظله.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٣

نعم ربما تكون الرواية في غاية الاعتبار سنداً و دلالة و لكنّ الأصحاب أعرضوا عن الإفتاء بمضمونها مع ما هي عليه من قوة السند و الدلالة كما هو الحال في ما دلّ على إجزاء الأغسال المستحبّة عن الوضوء الواردة بمضمون «أى وضوء أنقى من الغسل» (١) فإنّها صحيحة صريحة في المطلب، و مع ذلك أعرض الأصحاب عن الإفتاء بمضمونها، فيوجب إعراض هؤلاء المهرة سقوط ذلك الأصل العقلاني في حقه كسقوط أصل عدم السهو في حقّ من رأينا منه السهو كثيرا.

و هذا المعنى أيضا غير متحقّق في المقام، فإنّ العلماء طرّا عاملون بهذين الخبرين متّكلين عليه، غاية الأمر إنهم بين عامل بظاهرهما كما اخترناه و بين موجه لهما بأحد الاحتمالين السابقين، و لا يخفى أنّ التوجيه أيضا شاهد على الاعتماد بجهات السند، غاية الأمر إنّه لم ينهض عندهم دلالتهما على حدّ تأسيس حكم جديد في مقابل العمومات و القواعد، و بواسطة هذا الاستبعاد و الاستيحاش وقعوا في ما وقعوا.

و أنت خبير بأنّ هذا غير مستوحش بعد ورود الدليل، و قد عرفت تماميته من الجهات الثلاث و الله العالم بحقائق أحكامه، ثمّ إنّ الحكم لَمّا يكون على خلاف القاعدة يجب الاقتصار فيه على مورد النصّ فلا يتعدّى إلى ما إذا جعلنا ثمنين في أجلين بل يحكم فيه على حسب القواعد بالبطلان.

### [المسألة الرابعة في حكم دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل]

مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل الأجل و إن طالبه البائع، لأنّه

(١)- الوسائل: ج ١، الباب ٣٤، من أبواب الجنابة، ص ٥١٥، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٤

فائدة التأجيل، إنّما الكلام في أنّه لو تبرّع بالدفع قبل الأجل يجب على البائع القبول أو لا؟ و مثله الكلام في السلم و في كلّ دين مؤجل إذا تبرّع المديون بالدفع قبل الأجل، و الظاهر أنّ جواز إسقاط المديون أجل الدين أيضا و أنّه يسقط أو لا متّحد الملاك مع المسألة السابقة.

فقد يقال في كليهما بأنّه لا وجه لعدم الوجوب و عدم السقوط بعد أنّ شرط التأجيل - على ما هو الغالب الذي يكاد يلحق خلافه لغاية شذوذه بالمعدوم - شرط روعي فيه نفع المديون و الإرفاق بحاله فينتزع منه الحق له فقط.

و أمّا الانتزاع للبائع بأن يكون له حقّ أن يبقى الدين في المدّة في ذمّة المديون ففي غاية الندرة و لا يحمل عليه المتعارف في أيدي الناس، و على هذا فيسقط المشتري حقه يسقط كسائر الحقوق الحاصلة بالشرط، و كذا يجب على البائع القبول عند تبرّعه بالأداء قبل الأجل، اللهمّ إلّا أن يكون هنا إجماع و أنّه من قبيل الحكم (١) و غير قابل للإسقاط و التغيير، فلا يجب و لا يسقط، هذا ما يقال.

و لكن يمكن توجيه ما نسب إلى المشهور من غير خلاف يعرف إلما من العامّة بما يستفاد من كلام العلامة - أعلى الله مقامه - في التذكرة، و حاصله: أنّه تارة يكون المبيع و الثمن نفس المتاع و النقد، و التأجيل شرط خارجي كشرط الكتابة، فحينئذ يجيء فيه ما ذكر حرفا بحرف، و أخرى يكون هذا الاختلاف راجعا إلى الاختلاف في المبيع و الثمن، لا - بمعنى أنّ المبيع هو الكلّي في ذلك الوقت أو النقد كذلك حتّى يكون باردا، بل بمعنى أنّ المبيع موصوف بكونه مستقرا في ذمّة البائع إلى رأس الأجل الكذائي، و كذا

الثلث في النسبة في ذمة المشتري، و هذان وصفان

(١)- و أن النقد و النسبة نوعان، لا من قبيل المطلق و المشروط فيه الأجل.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٥

كالعربية في ما إذا باع الفرس العربي، لا أنهما شرطان، فإن المتبادر من بيع النقد و النسبة و السلم و الكالي بالكالي أن تلك أوصاف للعوضين فيتصف بها البيع و تصير أقساما له.

و على هذا فيتجه ما ذكره في كلا الفرعين؛ إذ التبرع بالأداء حينئذ أداء لغير ما كان وقع عليه العقد، نظير إعطاء البائع الحنطة الجيدة مع كون المبيع الحنطة الرديئة، فإنه و إن لوحظ في هذا الوصف إرفاق البائع و نفعه و لكن ليس له التبرع بإعطاء الجيد و إلزام المشتري بقبوله، و كذلك لا يقبل الإسقاط.

نعم، يلزم على هذا أنه لا يقبل التقايل أيضا مع أن ظاهر بعضهم قبوله، فإن الوصف بانفراده لا يقبل التقايل، كما لو تقايلا على إسقاط وصف الجودة أو الرداءة.

و يمكن توجيه كلام ذلك البعض بأن يقال: إن مراده بالتقايل هو الإعطاء لغير الجنس بتراضى الطرفين، فإنه يعد مصداقا للوفاء عرفا، كما إذا طالب أحدهما الحنطة فتراضيا بالشعير، فإنه يعد وفاء جعليا حينئذ، فكذا في المقام إذا تراضيا على إسقاط الأجل و إعطاء العوض نقدا، فإطلاق التقايل عليه من باب المسامحة.

نعم يبقى ما في كلام هذا البعض من عدم تصوير التقايل في صورة نذر التأجيل معللا بأن التقايل في العقود لا في النذور، فإنه إن كان المراد نذر أن يوقع المشتري شراء مؤجلا أو البائع يبع كذلك فبالإيقاع خرجا عن عهدة النذر و يقبل العقد.

و إن كان المراد أنه بعد إيقاع العقد مؤجلا لو نذر المشتري أن لا يؤدي قبل الأجل فلا يقبل التقايل، ففيه أنه عاص بهذا التراضى و حانث للنذر لا أنه غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٦

مؤثر أثره الوضعي، و كذا إن أريد نذر البائع بعد العقد مؤجلا أن لا يأخذ الثمن قبل الأجل فإن تراضيه موقوف لموضوع نذره، نظير ما إذا نذر غسل الميت فأحرقه فإنه عاص و لكن التكليف ساقط، فكذا في ما نحن فيه التقايل يؤثر أثره، و يجب على البائع القبول و على المشتري الأداء بعده، و هما عاصيان بإقدامهما على التقايل الموقوف لموضوع النذر، لأن موضوعه صورة عدم سقوط الوصف و بقائه متعلقا للحق.

### [المسألة الخامسة في حكم من دفع الثمن قبل حلول الأجل]

مسألة قالوا: كل دين حال يجب على مالكة قبوله عند دفع المديون إليه، إذ لا حق له في إبقاء ذمة الغير مشغولة بحقه، فهذا إضرار و ظلم و مخالفة لسلطنة الناس على أنفسهم، ثم لو امتنع تنتقل ولاية القبض إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي الممتنع.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - أولا بأنه ما الدليل على أن الكلي الثابت في ذمة شخص في حال كونه متعينا بأسبابه للملكية لشخص آخر محتاج في تطبيقه على مصداق إلى قبض الدائن و قبوله بحيث لو لم يقبض لم يتعين في المدفوع، فإن الثابت في ذمة المديون قد تحقق أسباب ملكيته للدائن بالإيجاب و القبول أو بسبب آخر، فيكون ما في الذمة متصفا بالملكية للدائن، فإذا خوطب المديون بأداء هذا المال إلى صاحبه فمعناه أن اختيار التطبيق إليه، لأنه يدفع إليه ماله.

نعم لو أراد التملك بنفس هذا الإعطاء يوجه أن يقال لا بد من قبوله، و أما إذا فرض كونه ملكه من قبل فحاله حال الوديعة و الأمانة حيث ليس المعتمد من الأداء فيهما إلّا إحضار الوديعة و الأمين العين عند المالك، و لو امتنع هو عن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٧

القبض فإنَّ الأداء يتحقَّق بهذا، وكذا في ما نحن فيه، الكلِّي صار ملكا للدائن و إذا خوطب المديون بأداء هذا المال فاللزام كون الاختيار إليه كما في مرحلة الامتثال للأمر.

و مثل ما ذكرنا يجرى في الفقير الكلِّي الذي قد ملكه الله الزكاة حيث قالوا يعتبر في مالكيته قبضه و قبوله، فإنَّه يرد أيضا أنه ليس إعطاء غير المالك حتَّى يحتاج إلى القبول بل إلى المالك بالأسباب السابقة على الإعطاء، فإذا قيل أعط مال الفقير إياه فعند الإعطاء يعطيه ماله لا- ما يحتاج في المائيَّة له إلى قبوله، و بالجملة معنى أداء مال الفقير كون الاختيار بيد المعطى في التشخيص من دون مدخلة لقبول المعطى (بالفتح).

و ثانيا: سلّمنا الاحتياج في التعيين إلى قبول المعطى و لا يكفي صرف الإقباض الحاصل من ناحية المديون، و لكن ما الدليل على أن هذا القبول واجب على الدائن، فإنَّه ليس في التأخير إضرار على المديون كئيبة. نعم، ربّما يفرض كونه كذلك لكنَّ الحكم على وجه الكليَّة استنادا إلى قاعدة لا ضرر محلّ كلام، فإنَّ لنا أن نفرض موردا لا ضرر و لا خوف على المديون أصلا.

و ثالثا: سلّمنا أنه خلاف قاعدة لا ضرر فيجب عليه القبول، لكن ما الدليل على قيام الحاكم مقامه مع الامتناع إمّا ابتداء أو بعد الإكراه على الكلام فيه؟ فإنَّ القبض لو قلنا به ليس المراد به إلّا الرضا الباطني من دون حاجة إلى إنشاء خارجي، فليس حاله كالعقد الإنشائي الذي ينوب الحاكم منابه في إجرائه لو امتنع كما في بيع العين المرهونة، و أمّا الرضا الباطني الغير المحتاج إلى الإنشاء فاللزام بقاعدة لا ضرر سقوط عن الاعتبار عند امتناعه، لأنَّه أمر غير حاصل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٨

على كلِّ حال سواء رضی الحاكم أم لا، فأى دليل على أنه بعد سقوط رضاه يكون الأمر دائرا مدار رضا الحاكم؟ هذا. و لكن يمكن أن يقال: إنّا لو أغمضنا عن الإشكال الأول و قلنا إنَّ الوفاء أمر يحتاج إلى طرفين كالعقد فالإشكالان الأخيران قابلان للذبح، أمّا الأول: فلا نفس الكون تحت دين الغير عرفا ضرر و إيذاء على الشخص و لو كان الدائن في كمال الرفق و الملاطفة، و لا أقل من أنه في معرض أن يموت بلا مال يتركه و لا وارث يؤدّي عنه فيبقى تحت الدين.

لا يقال: سلّمنا أنه ضرر و لكنّه مقدم في أصل إحداث الدين الذي لازمه الاحتياج في الأداء إلى قبول الطرف على هذا الضرر. لأننا نقول: و إن كان الاحتياج من أحكام الدين شرعا و عرفا لكنّه غير الإقدام عليه، مثلا لو أقدم على عارية خشبة للوضع في البناء فوضعها ثم عاد المعير و طالبها، فلا- يمكن أن يقال: أن تخريب البناء ضرر قد أقدم المستعير عليه، كما حكى ذلك عن صاحب المسالك- قدس سرّه-، لأنَّه و إن كان ذلك من أحكام العارية لكن ليس بناء العارية لأجل الغرض المذكور على العود، بل المستعير مطمئن خاطر بأنَّه لا يعود، و هكذا في مقامنا هو مطمئن خاطر بأنَّه متى أحضر عنده المال يقبله، فعدم القبول أمر غير مقدم عليه و إن كان أمرا جائزا.

و أمّا الثاني: فيمكن أن يقال: إنَّه بعد فرض كون الأداء و الوفاء محتاجين إلى طرفين و المفروض وجوب القبول لأجل الضرر و امتناع الدائن عنه فسقوط القبول عن الجزئية في التأثير يكون مثل ما إذا وجب البيع لأجل الضرر و امتنع البائع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٤٩

فيقال بتحقيق الملكية بلا بيع، فإنَّه لا يمكن ذلك بل اللزام القول بتصدي الحاكم للبيع لأجل دفع الضرر عن الفقراء، و هكذا هنا يقال بتصدي الحاكم للقبض و القبول لأجل دفع الضرر عن المديون، و لا أقل من أن يقال: إنَّ دليل لا ضرر إنَّما يسقط بمقدار الضرورة، فإذا لم يمكن القبض بمباشرة الدائن و رضاه يسقط قيديَّة الرضا لا أصل القبض و لا قيد المباشرة، فإذا لم يتمكّن من قيد المباشرة أيضا فلا وجه لرفع اليد عن أصل القبض فيتصدّاه الحاكم.

و تحصيل من جميع ما ذكرنا من أوّل المسألة أنّا كما قلنا بالدليل على لزوم القبول في تحقق البيع الخارجى مع أن مفهومه عبارة عن

المبادلة- فمن الممكن أن يكتفى الولي من الطرفين كالولي عن الصغيرين بلفظ (بعث) في بيع مال أحدهما من الآخر- كذلك نقول: ما الدليل على لزوم القبول في أداء الدين الكلي و تشخيصه في الخارج و عدم كفاية التخليه بين صاحب الدين و بين المصداق الخارجى؟ و كذا في باب الزكاة ما الدليل على لزوم قبول الفقير الزكاة و عدم كفاية التخليه المذكورة؟ فإن دليل لزوم الإيفاء و الأداء مع وضوح صدقهما بنفس التخليه و لو لم يرض الطرف دليل على أن اختيار التعيين بيد المديون فى البابين.

و دليل السلطنة على النفس أو المال لا يفيد اشتراط التعيين برضا صاحب الدين بعد دلالة الدليل المذكور على الاختيار المذكور، فتتصرف السلطنة إلى أشياء آخر من البيع و سائر التصرفات دون التطبيق.

و على فرض التسليم و دلالة دليل السلطنة على اشتراط القبول ففى باب البيع قد علمنا بالاحتياج إليه و عدم سقوطه بحال، و أما هنا فلم نعلم ذلك، و القاعدة حاكمه على جميع العمومات التى منها دليل السلطنة، فلم لا نقول

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٠

حينئذ- أعنى: صورة لزوم الضرر من امتناع صاحب الدين على المديون- بسقوطه عن الشرطيّه و كفاية التخليه.

و على فرض التسليم و أنه فى هذا المقام أيضا لا محيص عن تحقق القبول فالقول بأنه لا بد حينئذ من إجبار الحاكم لصاحب الدين على القبول مبنى على القول بأن طيب النفس المعتبر فى الباب متحقق مع الإكراه على خلاف ما اختاره شيخنا المرتضى فى محله من عدم تحققه و لو كان متحققا فى صورة الإلجاء و الاضطرار.

و أما على القول بعدم تحققه كما اختاره الشيخ فلا وجه للإجبار، بل لا بد من قبول نفس الحاكم، و القول بأن نفس القبول وراء الرضا و طيب النفس، فالرضا معتبر من الحاكم و القبول من الدائن، ففيه أن القبض معتبر من باب الكاشفية و المظهرية للرضا و الطيب، فإذا علم عدمهما فهو ساقط عن الاعتبار.

و الحاصل: تارة نقول: القبول شىء، و طيب النفس شىء آخر قيد له فإذا لم يمكن القيد فلا وجه لرفع اليد عن الأصل، و أخرى نقول: القبول ليس شيئا مستقلا بل اعتباره من باب الكشف عن الطيب فإذا علم عدم المكشوف فهذا اللفظ الخالى غير مفيد شيئا فلا بد من الانتقال إلى قبول الحاكم.

ثم على القول الآخر، أعنى: تحقق الطيب مع الإكراه لا- وجه لتخصيص الإجبار بالحاكم بما هو حاكم و صاحب ولاية، فإن معنى ولايته أنه يقوم مقام من هو وليه كالصغير و الغائب أو الممتنع، غاية الأمر هما قاصران و هذا مقصّر، فيفعل الحاكم ما كان فعلا للمولى عليه، و هذا غير متحقق هنا، نعم من باب الأمر بالمعروف جاز أن يجبره و لكن هذا ليس شأنه من حيث هو حاكم كما هو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥١

واضح.

و يجرى هذا الكلام فى باب الشروط الفعلية أيضا إذا امتنع المشروط عليه عن الوفاء، حيث يفتون بإجبار الحاكم، فإنه يرد أيضا أنه إن كان من باب الولاية فليس هذا محلها، لأن محلها تصديقه فعل المولى عليه القاصر أو المقصّر، و إن كان من باب الأمر بالمعروف فليس وظيفه للحاكم بما هو حاكم، إلا أن يقال: وجه الاختصاص به أنه ذو قوة و اقتدار و تمكّن من الإجبار دون غيره بحسب الغالب. و من العجب أن شيخنا المرتضى- قدس سره- قد صرح بعد فرض تعذر إجبار الحاكم و تعذر قبضه بإجبار المؤمنين و إن لم يكونوا عدولا، معللا بأن هذا من المعروف الذى أمر به كل أحد فلا اختصاص له بالعدول، و مع هذا جعل إجبار الحاكم مقدما على إجبار غيره.

ثم إنه- قدس سره- قوى فى صورة عدم تمكّن الإجبار عدم تصدى العدول للقبض و عدم قيامهم مقام الحاكم، و فيه أيضا إشكال، فإنه و إن كان دليل ولاية السلطان على الممتنع لا يشمل إلا الحاكم، و لكن الدليل الذى دلّ فى أمور القصر بولاية العدول- و هو أنه أمر نعلم بعدم رضا الشارع بإهماله و عدم إجرائه، و الأمر دائر بين مساواة جميع الطبقات أو الاختصاص بطائفة دون غيرها فتكون هذه

الطائفة متيقنا- بعينه موجود في الممتنع في كل باب، مثلا لو امتنع الراهن عن بيع المرهون و تعذر الحاكم و لم يمكن للعدول إجباره و لكن تمكنا من مباشرة البيع فهل يمكن أن يقال بعدم الجواز؟ و إن قلنا به فما الفرق بينه و بين المقام؟

ثم إنه- قدس سره- بعد اختيار عدم في قبض العدول اختيار في مقام

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٢

التفصيلى عن ضرر المديون بأنه يعزل المدفوع من جملة أمواله و يكون هو معدودا من أمواله إلى أن يقبضه الدائن فيخرج حينئذ عن ملكه إلى ملك الدائن، و لكن لو تلف قبل قبضه فتلفه من مال الدائن دون مالكة الذى هو المديون، و ذلك لأن هذا مقتضى الجمع بين دليل لا ضرر و سائر القواعد، فإن ما دل على اشتراط ملكية الدائن بالقبض يمكن حفظه مع دفع الضرر عن المديون. لا يقال: لا يخلو أن الذممة إما مشغولة بالدين و إما بريئة، فعلى الأول لا وجه للضمان على الدائن، و على الثانى فقد تشخص الحق بالمدفوع.

لأننا نقول: بل الذممة بريئة و لم يتشخص مع ذلك الدين بالمدفوع، بل متعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى، و هذا مثل ما ذكره فى باب الزكاة من تعلق الحق برقبه العين الخارجية لا بذمة المالك مع كون المال ملكا للمالك، هذا ما ذكره- قدس سره- و أورد عليه شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- أولا: بأن قاعدة لا ضرر شأنها رفع الحكم الذى نشأ من قبله الضرر لا رفع الضرر بآى نحو أمكن، فلا بد من النظر إلى أن أى حكم فى المقام يولّد الضرر من ناحيته، و لا شك أنه الحكم بمدخلية القبض فى انتقال الذممة إلى الخارج، فلا بد من رفع هذا و القول بأن المعتبر حينئذ هو الأداء و التخليه، و أما جعل ضمان المال على الدائن مع كونه مالا للمديون فهو حكم رافع للضرر، لكن ليس شأن القاعدة، لأنها ناظرة إلى الأحكام المجمولة فى الشريعة المتولّد منها فى بعض الموارد الضرر، و الذى يتولّد منه الضرر طبعاً هو ما ذكرنا لأنه بعد بقاء المدخلية بحالها حتى فى الحال التى فرضناها فالمدفوع مال للمديون و ذمته مشغولة و ضمان ماله على نفسه، فالذى نشأ منه الضرر هو الحكم

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٣

بالمدخلية المذكورة لا الحكم بكون ضمان المال على مالكة. و ترتب ما ذكر، أعنى:

كون المال باقيا على ملك صاحبه و كون الذممة بريئة عن الدين و تعلق الدين برقبه المال على العزل سلّمنا إمكانه فى مرحلة الثبوت و لكننا نطالب بدليله فى مرحلة الإثبات، فإن لا ضرر لا يحدث كل شىء ممكن، و الأحكام الثبوتية فى مقامنا أمور:

أحدها: أصل بقاء الدين، و الثانى: مدخلية القبض فى التشخص بالمدفوع من حيث براءة الذممة، و الثالث: مدخليته فيه من حيث حصول الملكية و لم يكن هنا حكم ضررى على موضوع العزل حتى ينفى بالقاعدة و يثبت خلافه، فترتيب الأحكام المذكورة على موضوع العزل و إن كان رافعا للضرر لكنّه خارج عن عهده دليل نفي الضرر.

نعم يمكن أن يقال مع الغض عما ذكرنا سابقا: إن الأداء أمر بسيط، و محققة فى الخارج أمران، الإقباض و القبض، فالذى ارتفع بدليل لا ضرر مدخلية القبض فى إبراء الذممة، و إما دخله فى الملك فباق بحاله، و لا تنفيه القاعدة، و لكن هذا غير العزل و التخليه، فإنهما متحققان بأن يعين المال عنده و فى منزله و لو لم يعلم الدائن بالحال، و لا ينافى كونه ممتنعا فإنه يتحقق بأن أظهر له أولا الحضور للاستيفاء فأنكر و امتنع ثم أتى المديون منزله و عين الدين فى مال، فإن ظاهر كلام شيخنا الأجل كفاية ذلك، بل و كذا ظاهر كلام المحقق الثانى و صاحب المسالك حيث ينقل منهما التفصيل فى مسألة وجوب الحفظ بين صورة الإتيان و الطرح عنده فلا وجوب، و بين صورة العرض أو الإعلام بالحال فالوجوب ثابت، فإن الظاهر تسليهما أن العزل الخالى عن الإعلام و العرض كافى فى مسألة التبرية و أن هذا تفصيل فى مسألة وجوب الحفظ، نعم أهملنا صورة واحدة و هو العزل الخالى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٤

و لعل مقصود المفصيل أنه بالإتيان و الطرح تحصل الملكية فلا يجب الحفظ بملاحظة أنه ليس المعتبر فى حصولها أزيد منه كما



قَوِيناه، و أما لو لم يأت معنى فى صورة تعذر ذلك فحينئذ يتعين براءة الذمة بالعزل فيجب الحفظ ثم بعد تعلق الحق برقبه المال الظاهر أن التصرف المتلف غير جائز و إن كان موجبا للضمان و لكنّه حرام شرعا كما هو الحال فى كلّ مال متعلق لحق الغير، فإنّ تفويته حرام شرعا و موجب للضمان، فلا وجه لما صرح به شيخنا فى المقام من الحكم بالجواز و لا فائدة فى كون الدائن راضيا بالتصرف، فإنّ رضاه بالشبوت فى الذمة و عدم التعلق بالخارج، و المفروض عدم حصول ذلك.

ثمّ إنّ من العجيب تردد جامع المقاصد فى ما إذا أجب الغاصب أحد الشريكين على دفع نصيب شريكه أو غضب نفس الغاصب سهم بعض الشركاء فى العين المشتركة بتيه كونه سهم بعضهم، حيث تردد فى ثبوت ولاية القسمة للشريك الآخر حتى يكون محفوظا من ضرر ظلم الغاصب بأن يعين نصيب نفسه فى غير ما أخذه الغاصب و نصيب الشريك فى ما أخذه.

وجه الاستعجاب أنّ الأخذ و الغضب يوجه إلى العين الخارجيّة المفروض كونها بجميع ذراتها مشتركة بين الاثنين، فالضرر متوجه إليهما بنسبة واحدة و صرف كون الغاصب يأخذه بعنوان كونه مال فلان لا يخرج عن واقعه، و قاعدة لا ضرر لا تفى فى مثل هذا بإيراد الضرر على شخص آخر ليحفظ مال المورد عن الضرر، فلا وجه لتوهم ثبوت ولاية القسمة بقاعدة لا ضرر، نعم هنا طريق تفصّل عن الضرر و هو أن يبيع الشريك نصف نفسه المشاع، فإنّ النصف المشاع مختصّ به و ليس مشتركا، فإذا عينه بكونه مختصّا به و لا يطلق لفظ النصف حتى يقع مورد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٥

الإشكال، فلا إشكال فى وقوع البيع حينئذ بتمامه فى مال هذا الشريك و يتمخض الغضب فى مال الشريك الآخر، هذا.

### [المسألة السادسة فى حكم تأجيل الثمن الحال بأزيد منه]

مسألة لا إشكال فى أنّه كما يصدق الربا بقرض عشرة دراهم مثلا بشرط أداء اثني عشر يصدق أيضا بقرض عشرة بمثلها إلى شهر ثمّ إذا انقضى الشهر أضاف مده أخرى بإزاء درهمين، إذ لا فرق فى صدق الربا بين الإحداث و الإبقاء، فإنّ حقيقته أخذ الزيادة عن رأس المال بإزاء الأجل و هذا متحقق فى المسألتين.

إنّما الكلام فى ما ذكره للتفصّي عن الربا من أن يبيع المقترض شيئا بأقلّ من ثمنه و يشترط الإمهال فى الدين السابق إلى مده و الزيادة فى أجله، فهل يخرج بهذا عن عنوان الربا المحرّم أو لا؟ فإنّ العنوان الذى وقع تحت المنع هو القرض الذى جرّ النفع بواسطة جعلهما و شرطهما و لم يتقيّد بوقوع الاشتراط و الجعل فى نفس عقد القرض، بل لو وقع فى ضمن عقد خارجى أيضا و لكن صدق كون القرض هو الذى جرّ النفع بتوسط جعلهما كفى فى الحرمة.

مثلا لو اشترط فى ضمن بيع شىء يساوى مائة بخمسين أن يقرضه المشتري ألفا إلى سنة فهذا القرض الخارجى و إن كان ليس فى ضمنه اشتراط نفع، و لكن يصدق أنّه بالشرط فى ما بين المقرض و المقترض صار هذا القرض ممّا يجرّ النفع، فإنّه بسببه يخرج عقد البيع الواقع مع الشرط عن التزلزل الذى يحدث فيه على فرض التخلف عن القرض المشترط، و هذه فائدة جرّها فعل القرض خارجا و تحقّق له ببركة الاشتراط، و القول بانصراف كلمة جرّ النفع إلى صورة كونه باشتراط فى ضمن نفس عقد القرض غير مسموع من قائله.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٦

و حينئذ نقول: نحن و إن استشكلنا فى الفرع المذكور و فاقا للوحيد البهبهاني فى رسالته الفارسيّة المعمولة فى المعاملات - حيث قوى صدق الربا و إن علق عليه الميرزا الشيرازى - قدّس سرهما - بأنّ العبارة غير صافية - و لكن الظاهر عدم جريان ذلك الإشكال فى مسألتنا، أعنى: ما إذا اشترط زيادة الأجل فى ضمن عقد بيع ما يساوى مائة مثلا بخمسين.

وجه الفرق أنّ فائدة خروج عقد البيع عن التزلزل التى جرّها فعل القرض خارجا فى تلك المسألة غير متفرّعة فى هذه المسألة على هذا

الإبقاء الذي في ضمن البيع، لأن عقد البيع غير مترزل، بواسطة تحقق شرطه بتحقق نفس البيع، فإنه شرط النتيجة و ليس لها تخلف، فلا يكون العقد في معرض التزلزل حتى يرفع تلك المعرضية إبقاء القرض.

و حاصل الدعاوى في المقام أمور:

الأول: أنه كما أن القرض ابتداء بزيادة شيء بإزاء الأجل ربا عرفا، كذلك القرض الحال تأخير مدته و اضافة مدّة على مدته بزيادة شيء أيضا قرض ربوي عرفا و لا نحتاج في إثبات الحرمة و الفساد إلى أزيد من عمومات الربا من غير حاجة إلى أخبار خاصّة مضافا إلى وجودها.

الثاني: أنه لا فرق بين جعل ذلك، أعنى: الزيادة بإزاء طول المدّة بنحو الشرط الابتدائي أو بجعله شرطا في ضمن عقد بيع أو صلح، فإنه من قبيل الشرط الفاسد.

الثالث: لو جعل الزيادة التي تكون بحسب الغرض بإزاء طول الأجل و تأخيره ثمن بيع محاباتي، و اشترط في ضمنه الإمهال في مدّة القرض الحال بنحو

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٧

شرط الفعل فهذا داخل في عنوان القرض الذي جرّ النفع بتوسيط الاشتراط، إذ كما أن الاشتراط في ضمن القرض يوجب صدق العنوان المذكور كذلك في ضمن عقد آخر. فيقال: فعل القرض الخارجي بواسطة الاشتراط في ضمن ذلك البيع المحاباتي مع نفس ذلك البيع أوجبا نفعا للمقرض و هو حصول ملكية عشرة توأمين غاية الأمر أصل الملك معلول البيع، و لزومه و عدم انفكاكه بالقرض الخارجي و هو شيء أتى من قبل الشرط، فإن الشرط و إن يتعلّق بمفاده بهذا المعنى إلا أن لازمه العرفي حصول هذه الخاصية للقرض، فيصحّ أن الالتزام الواقع بين الشخصين أعطى هذه الخاصية للقرض.

و دعوى انصراف الأدلّة العامية في باب الربا القرضي إلى صورة الاشتراط في ضمن نفس القرض دون خارجه، أو إلى ما إذا كان الالتزام بمفاده الابتدائي متعلّقا بالنفع دون لازمه العرفي، كما ترى، و لا- أقلّ من أن يكون احتمالا موجبا للإشكال و عدم الجزم بالصحة كما هو المشهور، و أما الأخبار الخاصة في الباب فظاهرها غير هذه الصورة، أعنى: الصورة التي سنذكرها.

الرابع: لو اشترط في ضمن البيع المحاباتي المذكور نفس طول مدّة القرض السابق الذي حلّ أجله فالظاهر عدم انطباق العنوان المتقدم عليه.

لا يقال: في هذه الصورة أيضا لو لم يتحقق شرط النتيجة لمانع لكان ملكية ذلك الثمن الأزيد مترزلا، فصدق إن هذه النتيجة، أعنى: حصول زيادة المدّة التي هي القرض الاستمراري أوجبت نفعا للمقرض و هو بواسطة الاشتراط، فما الفرق بينه و بين صورة شرط الفعل؟

لأننا نقول: الفرق أن نفس انعقاد طول القرض و انعقاد المبادلة البيعية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٨

متحققان في عرض واحد بصيغته البيع، لا- أن يكون انعقاد المبيعة أولا- بنحو التزلزل ثم انعقد القرض البقائي في طوله و أوجب استحكام ذلك المنعقد الأولى، و إن كان لو فرض فساد هذا الشرط كان موجبا للخيار لكن لا يلزم أن يكون استحكام العقد البيعي في صورة الصحة مستندا إلى انعقاده، بل هما معلولان لعلّة ثالثة، ألا ترى أن أجزاء المبيع كلّ منها يحصل النقل و الانتقال فيها بسبب العقد في عرض واحد و مع ذلك لو تبين فساد بعضها يوجب الخيار في البقية، هذا مضافا إلى أن أخبار المسألة كلّها ناظرة إلى هذه الصورة، أعنى: شرط النتيجة و هي ناصّة في الصحة.

مسألة لا إشكال حسب القواعد في صحته بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلاً بثمان حال أو مؤجلاً من بائعه أو غيره بذلك الثمن أو أزيد أو أنقص قبل الأجل أم بعده، بل و لو اشترط ذلك في ضمن العقد الأول، فإن مقتضى القاعدة صحته الجميع، نعم خالف المشهور في صورة اشتراط بيعه من بائعه، وخالف الشيخ مع عدم الشرط في صورة البيع من البائع بأنقص من الثمن إما بعد حلول الأجل أو في الأعم منه ومما قبله، واستند إلى بعض الأخبار.

واللازم أولاً- النظر فيها، وعلى فرض تمامية الدلالة، النظر في الأخبار المقابلة الدالة على الصحة في هذه الصورة وإن كنا غير محتاجين إلى هذه الطائفة لو لا تلك الأخبار لموافقة الصحة مع القواعد، لكن لأجل التقابل مع تلك الأخبار صارت محتاجة إليها.

فنقول وبالله الاستعانة والاستمداد من آل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: أما الخبر الأول فلا

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٥٩

دلالة فيه على مدعى الشيخ من وجوه، الأول: إن المدعى بحسب الظاهر مشتمل على قيود: أن يكون البيع الأول مؤجلاً ويكون الثاني بأنقص من ثمن الأول ويكون المثلث في الثاني عين المثلث في الأول بشخصه، ويكون الثمن مجانسا لثمن الأول ويكون الثاني واقعا بعد الأجل في الأول، أو أن المدعى أعم من هذه الجهة كما يظهر من الحدائق، والمذكور في الخبر لا ينطبق على تمام هذه القيود، لأن الموجود فيه كلمة (طعام)، وظاهره المغايرة مع الأول شخصاً. وإلا ناسب الإتيان بها محلاً باللام.

والثاني: لو أغمضنا عن ذلك فليس فيه كون الثمن في الثاني أنقص أو أزيد أو مساوياً، والثالث: قوله: لا تشتريه، فإنه لا خير فيه يلوح منه الإرشاد إلى كراهة هذا الشراء لا فساد.

وأما الخبر الثاني: فتغير السعر فيه وإن كان أعم لعمه من الزيادة والنقصان ولكن حسب قرينه المقام ظاهر في الزيادة، وذلك لأنه إذا تغير سعر الطعام عن سعره الأول الذي كان له حين البيع الأول بالزيادة فاللازم أن يأخذ بعض ما أعطاه في مقام مطالبته ثمنه وهذا أوجب وحشة السائل بعد قول الإمام- عليه السلام- له «اشتره منه بسعر يومه»، وقال: أفهم أصلحك الله أنه طعمى الذي اشتراه متى، [فلما استوحش ذلك قال له الإمام- عليه السلام-]: «لا تأخذه منه حتى يبيعه ويعطيك»، يعنى: أما الآن فحيث يثقل عليك أخذ مالك بأزيد من قيمته الأولى فاصبر حتى يبيعه من غيرك ويعطيك ثمنك من قيمته [ولهذا قال السائل]: أرغم الله أنفى رخص لى فلما رددت عليه شدد على؟ «١».

(١)- الوسائل ج ١٣، الباب ١٢، من أبواب السلف، ص ٧٥، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٠

وعلى هذا لا دلالة فيه بمرام الشيخ إلا أن يقال: إنه استفاد من قوله: لا تأخذه، من حيث إن مفاده أن ما أحببته من أخذ مالك بأنقص أو مساو للثمن الأول ليس بجائر فاصبر حتى يبيعه، ولكن فيه أنه حينئذ لا دلالة فيه على خصوص النقص بل بعم المساواة، فالدليل أعم من المدعى.

والحاصل: أن مراد الإمام- عليه السلام- من المنع عقيب الرخصة إمّا ما زعمه السائل من التحريم و كان من باب أنه لما رد على الإمام قوله- عليه السلام- استحق بذلك التشديد، كما في قضية ذبح بقرة بنى إسرائيل كلّموا سألوا اشتد عليهم الأمر، وإما ما هو الظاهر من الرواية من الإرشاد وتنبه السائل على ما يرفع الاستيحاش عن ذهنه، يعنى كما أن البيع من غيرك جائز ولا تستوحش منه فاعلم أنه ليس بمالك فالباع منك أيضاً جائز فعلى الأخير لا دلالة على مدعى الشيخ بل الدلالة على خلافه، وأما على الأول فهو حكم مختص بمورده، أعنى: السائل، فإن التشديد في حقه لكونه في مقام الرد والاعتراض فلا ربط له بغيره.

هذا ما استدلل به الشيخ وقد عرفت عدم تمامية دلالتها على مرامه فلا حاجة لنا إلى الأخبار المقابلة وإن كان دلالتها بالعموم تامة، أما خبر بشار بن يسار فواضح.

و أمّا خبر الغنم: فربّما يستشكل في دلالته على التعميم لصورة أنقصيّة ثمن المعاملة الثانية بأنّها صريحة في المساواة لمكان قوله: بدراهمك التي عندي، و لكنّ الجواب أنّ قوله في الصدر: كان له على رجل دراهم من ثمن غنم، إمّا خاص ببعض الدراهم بناء على كون (من) للتبعية، و إمّا أعمّ من الكلّ و البعض بناء على كونه للبيان، و على فرض كونه البعض يكون الثمن أنقص؛ لأنّ ظاهر قوله كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦١

خذ هذه الغنم، الإشارة إلى تلك الغنم المشتراة لا غيرها و لا بعضها، فالخبر إمّا خاص بالأنقص و إمّا مطلق شامل له. و أمّا خبر العينة: فدلالته بالعموم أيضا واضح بناء على ما هو معنى العينة، فإنّ معناها أن يبيع المقرض بعد حلول أجل القرض و استدعاء المقرض زيادة أجل آخر شيئا يساوي خمسة مثلا بخمسة عشر مثلا، ثمّ يشتريه من المقرض بخمسة حتى يكون العشرة نفعا لزيادة مدّة القرض، و هذا أعمّ من حيث كون المعاملة الأولى نقدا أم نسيئة، و كذا من حيث كون الثانية في مجلس الأولى أم بعده، قبل انقضاء الأجل أم بعده، و ذلك لأجل قوله في قبال قول أهل المسجد حيث قالوا بتخصيص الصحة بصورة تأخير الثاني عن الأول بأشهر، و قال- عليه السلام:-

إنّما هذا تقديم و تأخير و لا بأس، و أمّا أنقصيّة ثمن الثاني عن الأول فمأخوذ في مفاد العينة كما عرفت.

و أمّا خبر علي بن جعفر: فالظاهر منه و إن لم يكن فيه كلمة (إلى أجل) أيضا هو التأجيل، و كذا وقوع الثاني بعد أجل الأول، فإنّ وقوع هاتين المعاملتين في مجلس واحد بعيد من أغراض المتعاملين بحسب النوع، كما أنّ تأخير الثمن في الحال أيضا بعيد، كما أنّ وقوع الثاني قبل انقضاء المدّة في الأولى أيضا لا داعي إليه، فالصورة التي ينصرف إليها الكلام ما إذا كان البيع الأول مؤجلا و حلّ الأجل و لم يكن واجدا للثمن فأقدم على بيعه بالثمن الأنقص، و هذه الزيادة و النقص أيضا كانتا لأجل المؤجلية و النقدية، فلا يبعد أن يقال بظهور هذا الخبر في خصوص موضوع البحث على كلتا نسختيها و الله العالم.

بقي الكلام في أساس آخر نسب إلى شيخ الطائفة، و أنّه يستفاد من بعض

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٢

الأخبار و من علّه مصرحة في خبر علي بن جعفر حيث سأله عن رجل له على آخر تمر أو حنطة أو شعير فلما جاء الأجل أراد أن يأخذ الدائن بقيمتها دراهم. فقال- عليه السلام:- إذا قومتها دراهم فسد؛ لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم» (١). بدعوى أنّ المستفاد منها أنّ التبدل بالدرهم و أخذ الدرهم مكان ما في الذمّة من الأجناس غير جائز، إذ ربّما يتفاوت سعر الحال مع سعر حال الشراء و المفروض أنّ الذي وقع ثمنها في المعاملة الأولى الدراهم، فمع هذا التبدل الآخر بالدرهم تصير المعاملة بين الدرهم و الدرهم و ربّما يزيد أو ينقص و لا يصلح بإطلاقه بل لا بدّ من رعايته مساواة الدرهمين.

فإن قلت: لا إشكال في أنّه ليس بحقيقة المعاملة بين الدرهم و الدرهم فلا بدّ من التنزيل على التبعّد و التنزيل الحكمي، و على هذا فمن المحتمل أن يكون التنزيل في جهة فوت القبض المعتمد في الصرف لا من جهة اعتبار المساواة المعتمد في المتجانسين، فلا ربط له بغير الدراهم و الدنانير.

قلت: أوّلا- يمكن كون النظر إلى جميع الآثار، و ثانيا يمكن استظهار كون التنزيل من جهة المجانسة و لزوم الزيادة و النقص لا من حيث فوات المجلس و القبض فيه، هذا ما يقال و قد سكت شيخنا الأجلّ المرتضى- قدّس سرّه- عن جوابه.

و يمكن أن يقال: إنّ كلمة «إذا قومتها دراهم فسد» ناظرة إلى حال البيع لا حال الاستيفاء يعني أنّ هذا الاستيفاء للطعام بالدراهم له صورتان، إحداها: أن يكون واقعا تحت الالتزام و التعهّد في ضمن البيع الأول يعني اشترط المشتري على البائع أن يقوم الجنس في رأس الأجل بهذا المبلغ من الدراهم التي هي أزيد أو

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١، من أبواب السلف، ص ٧١، ح ١٢.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٣

أنقص من الثمن، و الثانية: أن لا يكون كذلك، ففي الصورة الأولى تفسد دون الثانية، و على هذا يخرج عن المساس بمقامنا و يصير من جزئيات مسألة اشتراط البيع الثاني في ضمن الأول التي هي المسألة الثانية.

لا- يقال: هذا خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر منه ما هو المصرح به في أخبار آخر واردة في باب السلم و هو التصريح بأن المسلم فيه إذا تعذر عند الأجل فلا يجوز أن يأخذ المشتري إلّا رأس ماله لا أزيد، فإنّ ملاحظة هذه الأخبار تدفع احتمال كون النظر من جهة اعتبار القبض في المجلس المعبر في الصرف، و كذا احتمال كون المراد هو الاشتراط في ضمن البيع الأول، نعم يرد حينئذ أن المضمون حينئذ خلاف المشهور، و يمكن الجواب بأنه حيث إنّ الظاهر من بعض الأخبار هو الرخصة و لو بالأزيد فمقتضى [الجمع] هو الحمل على الكراهة.

لأننا نقول: أولاً لا نسلم أنه خلاف الظاهر؛ لأنّ الضمير راجع إلى التمر أو الحنطة أو الشعير، و أما كونه بوصف الاستقرار في الذمة فلا ظهور فيه فمن الممكن أن المراد إذا قيد في أول عقد جعلها في الذمة كونها مقومة في رأس الأجل بالقيمة الزائدة، و مجرد أنه ذكر في بعض الأخبار ما ذكر لا يصير دليلاً على المراد في هذا الخبر، و الجمع الذي ذكر من الحمل على الكراهة و إن كان متأثراً في سائر الأخبار لا يتأتى في هذا الخبر لمكان قوله: فسد؛ فإنه لا يلائم مع الكراهة، و إذن فمن الممكن الحمل الذي ذكرنا و ليس المضمون كما عرفت خلاف المشهور أيضاً، هذا.

و أما المسألة الثانية، أعنى: اشتراط البيع من البائع في ضمن البيع الأول فالمشهور على البطلان و استدلوا بوجوه: الأول: ما في كلام العلامة- قدس سره- من قضيه الدور، و ربّما يحتمل أن مراد العلامة هو الشرط الأصولي، فإنه إذا كان البيع مشروطاً بالبيع من المالك و من المعلوم توقّفه على انتقال الملك و المشروط أيضاً

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٤

متوقّف على الشرط جاء الدور، و لكنّه بعيد عن ساحته- أعلى الله مقامه.

و ربّما يحتمل ابتناؤه على مطلب آخر و هو: أن تصرفات من عليه الخيار غير نافذة في زمن الخيار بمعنى معرضية العقد للزوال، و على هذا فنفوذ العقد الثاني محتاج إلى الاستقرار، و الاستقرار أيضاً موقوف على وقوعه، و لكنّه يرد أنه وارد بعينه في شرط البيع من غير المالك مع أن العلامة تفتن به و لم يقل فيه بجريان الدور، فلا يمكن أن يكون مراده هذا الوجه.

و ربّما يحتمل أيضاً أن يكون الكلام مبتدأ على مذاق شيخ الطائفة من توقّف حصول الملك للمشتري على انقضاء زمن معرضية العقد للزوال بالفسخ، فإنّ البيع من المالك موقوف حينئذ على حصول الملك و هو أيضاً موقوف على البيع منه الذي به يسقط المعرضية المذكورة و هذا غير جار في البيع من غير المالك، لأنه على نحو الفضوليّة و الوكالة متمشّ غاية الأمر يصير من جزئيات من باع ثم ملك و هذا أيضاً لا يحتمل إرادته لأنّ مذهب العلامة عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار.

و ربّما يحتمل أيضاً أن يكون مبتدأ على أن تأثير البيع في النقل موقوف على أن السبب المتقدم قد زال أثره بالمرّة، و بالنسبة إلى المالك قد بقي من أثر السبب المتقدم شيء، و لهذا نقول بالفسخ بعود عين الملك السابق و ليس كما في الهبة فإنه تملك جديد كتملك المباحات، و تسميته بالاسترداد و الرجوع بملاحظة الملكية السابقة نوعاً لا شخصاً.

و الحاصل: أن اعتبار البيع عرفاً لا يتمشى في صورة بقاء أثر السبب الأول و كونه كالمالك للمالك الأول نظير عدم اعتبار الترويج في الزوجة المطلقة الرجعية

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٥

حيث إنّها لم تصر أجنبية بل هي في حكم الزوجة، و الترويج لا بدّ من إيراده في الأجنبية، و هذا أيضاً لا يمكن نسبه إليه- قدس سره- لوضوح الخدشة في كبراه بورود الإيراد في صورة عدم الخيار رأساً أيضاً فيلزم عدم جواز البيع من المالك الأول رأساً و لو بعد

الخيار أو في البيع الذي ليس فيه خيار أو [إذ ظ] لا- أقل من جواز التقايل و التفاسخ فإنّ به أيضا يعود عين الملك السابق لا الملك الجديد.

و الذي حمل عليه شيخنا المرتضى- قدس سره- الدور المذكور هو ابتناؤه على مسألة أنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد، فإنّه على هذا يكون صحّة العقد مشروطة بصحّة الشرط و متوقّفة عليها توقّف الشيء على عدم مانعه، و أمّا توقّف صحّة الشرط على صحّة العقد في مسألتنا فهو مبنيّ على أنّ من شروط صحّة الشرط أن يكون معقولا في نفسه مع قطع النظر عن البيع الذي وقع فيه، و البيع من المالك غير معقول في ذاته إلّا بتوسيط ملكيّة المشتري و بعد زوال ملكيّة البائع، و المفروض أنّ هذا أيضا متوقّف على البيع المتوقّف على المعقولية في حدّ ذاته.

و بعبارة أوضح: معقولية البيع من المالك مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه متوقّفة على ملكية المشتري و لو من غير ناحية البيع، و الملكية حسب الفرض من عدم تحقّق سبب آخر غير البيع متوقّفة على المعقولية المزبورة.

و أجاب عن هذا التقرير شيخنا الأستاذ- أطال الله بقاءه- بأنّا نمنع على تقدير القول بمفسديّة الشرط الفاسد كون فساد الشرط علّة لفساد المشروط، و لا ينافيه التعبير بالمفسديّة، فإنّ مبناه أنّ المقصود واحد و متقيّد، و من المعلوم أنّ المقصود الواحد لا ينعقد في ما إذا كان القصد مؤثرا مع عدم انعقاد بعض أبعاضه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٦

و الحاصل: كما أنّ الانعقاد نسبته إلى جميع أبعاض هذا المقصود الواحد نسبة واحدة كذلك عدمه أيضا، لا أنّ عدم انعقاد هذا البعض مستند إلى عدم انعقاد ذلك، نعم عدم انعقاد الكلّ مسبّب عن عدم انعقاد هذا البعض و لكنّ البعض ليس له انعقاد فعلى بل انعقاد تأهلي و هو محفوظ بحاله، و أمّا الفعلية الضمّية في ضمن الكلّ فنسبته عدمها إلى الجزأين نسبة واحدة و ينسب العدم إليهما في عرض واحد.

و بعبارة أخرى: لا يجتمع صحّة هذا مع عدم صحّة ذاك نظير القدرة التي هي شرط صحّة الأمر، حيث إنّ الأمر لا يجتمع مع العجز حال العمل، لا أنّه متوقّف على القدرة السابقة حتى لا يمكن تأتي القدرة بنفس الأمر، فهنا أيضا المعقولية شرط لصحّة الشرط و لكن لا يلزم أن تكون محفوظة مع قطع النظر عن صحّة البيع بل و لو تأتي بنفس البيع.

و بالجملة: أوّلا نمنع توقّف صحّة العقد على صحّة الشرط بناء على مفسديّة الشرط الفاسد، كيف و إلّا لزم الدور في عامّة الشروط، لأنّ صحّة العقد متوقّفة على صحّتها حسب الفرض، و صحّتها أيضا متوقّفة على صحّة العقد، لأنّ الشرط في ضمن العقد الفاسد فاسد. و ثانيا: نمنع لزوم كون الشرط معقولا و مقدورا مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه لم لا يجوز أن يكون كالقدرة في الامتثال؟ بمعنى أن يكون حال تعلق أوف بهذا الشرط غير مقدور و حصلت القدرة بنفس هذا الحكم.

و ثالثا: سلّمنا أنّ حكم الوفاء بالشرط لا بدّ و أن يتعلّق بالشرط المقدور سابقا على هذا الحكم لكن لا يلزم بمجرّده دور؛ إذ نقول: لا مانع من أن يتعلّق أوف أوّلا بالمبادلة ثمّ في الرتبة المتأخّرة يتعلّق بالشرط كما في تصرّف ذي الخيار في ما انتقل

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٧

عنه، حيث يؤثّر أثرين طوليين أوّلا في النقل إلى نفسه ثمّ إلى طرفه، فهنا أيضا يحصل النقل و الانتقال أوّلا ثمّ يلزم عليه البيع. و على كلّ حال فالدور غير وارد لعدم التوقّف- بناء على ما هو الحقّ- في شيء من الجانبين و بناء على المماشاة في جانب واحد، فهذا الوجه أيضا لا يمكن نسبته إلى العلّامة.

بقي التكلّم في خبر حسين بن المنذر الوارد في السؤال عن العينه، أعني:

البيع ثمّ الاشتراء من المشتري في ذاك المكان حيث قال: «إن كان المشتري مختارا في البيع و البائع مختارا في الشراء لا بأس» «١» و مفهومه أنّه لو لم يكونا أو أحدهما مختارين بأن اشترطا في ما بينهما ذلك ففيه البأس، ثمّ نقل السائل عن أهل المسجد أنّهم قالوا: لو

وقع الشراء في غير ذاك المكان و بعد انقضاء أشهر صحّ و إلّا ففي ذاك المكان و بهذه العجلة لا يصحّ، فقال الإمام- عليه السلام-: لا بأس بالتقديم و التأخير، فإنّه قد يقرب دلالته على فساد البيع الأوّل المشتمل على الشرط كما هو مدعى المشهور و فهمه صاحب الحدائق- رحمه الله. و إن استشكله شيخنا المرتضى- قدس سرّه- بأن يقال: إنّ أهل المسجد و السائل توهموا أنّ البيع ما لم ينقض عليه مدّة لم يحصل أثره، فلو أوقع البيع الثانى كان هذا موجبا لبطلان تمام العمل من البيع الأوّل و الثانى، أمّا الثانى فلعدم انتقال الملك بعد، و أمّا الأوّل فلاّنه لم يصبر حتّى يتنجز أثره.

و الحاصل: أنّ الفصل الزمانى مصحّح للبيعين، و أمّا الوصل فمانع عن مجيء أثر الأوّل، و عدم أثر الأوّل يوجب عدم أثر الثانى، فالإمام- عليه السلام- قرّره فى هذا الأمر الارتكازى فى صورة الاشتراط، يعنى: ما توهمته و توهموا من بطلان كلا

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٠، ح ٤.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٨

البيعين أمر صحيح فى صورة الاشتراط و إن كان منشؤه و هو احتمال دخالة مضيّ مدّة على تصرّف الآخر فى حصول المبادلة فاسدا لكن أصل الشبهة و هو فساد البيع الأوّل و الثانى صحيح، و أمّا لو لم يشترط فى متن العقد و أوقعا الثانى عن تراض بينهما فى المجلس الواحد متّصلا بالبيع الأوّل فالتوهم باطل بل البيعان كلاهما صحيحان.

لكن يمكن أن يقال: إنّ السؤال وقع عن صحّة البيع الثانى و فساده كما يشهد به خلاف أهل المسجد، و الإمام- عليه السلام- حكم بفساده فى صورة الاشتراط و وقوع البيع الثانى عن وفاء به و رؤية نفسه غير مختار على الترك، و هذا إنّما يدلّ على فساد الشرط، إذ لا يجتمع صحته و فساد البيع المشروط، و أمّا صحّة البيع الأوّل و فساده فإمّا مسكوت عنه و إمّا إنّ الكلام بعد الفراغ عن صحّته. لا يقال: الالتزام بالعقد مبتيا على زعم فاسد- مثل توهم أنّه نذر أن يبيع و الحال أنّه لم ينذر- ليس رافعا للطيب المعتبر فى المعاملة، فكذا هنا إذا كان الشرط فاسدا لا يصير دليلا على فساد البيع لفقد الطيب.

لأننا نقول: ليس المدرك فقد الطيب حتّى يرد النقص بما ذكرت، بل هذا حكم تعيّدى تعلق بصورة وقوع البيع بهذا الالتزام، و يظهر الثمر فى ما إذا اشترط فى البيع الأوّل ثم أسقطا الشرط و أوقعا لا عن وفاء بذاك الشرط بل لأجل تراضيهما، فإنّه لا مانع من الصحّة بناء على ما ذكرنا، و بناء على الوجه الأوّل يلزم الحكم بالفساد، لأنّ الحكم راجع إلى مجموع البيعين فى صورة شرط ثانيهما فى الأوّل و هذه الصورة داخله فيها.

و ممّا ذكرنا فى خبر ابن المنذر تعلم الكلام فى خبر على بن جعفر الوارد فى من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٦٩

باع ثوبا بعشرة إلى أجل و اشتراه بخمسة نقدا قال- عليه السلام-: «إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس»، فإنّ الكلام فيه هو بعينه ما ذكر فى سابقه، لكن من المحتمل أن يكون جهة السؤال فى هذه الرواية كون الثمن أنقص لا حيث كونه شراء لما باعه.

و محصّل الوجهين المتقدمين فى الرواية الأولى أنّه بعد الفراغ عن أنّ السؤال و محطّ نظر السائل و المجيب صحّة المعاملة الثانية و فسادهما لكن منشأ احتمال الفساد فيها هل هو فساد الأولى بمعنى عدم تحقّق القصد إلى حقيقة فكّ الملك عن نفسه و نقله إلى صاحبه؟ أو أنّ المنشأ احتمال الفساد فى نفس الثانية مع صحّة الأولى بملاحظة عدم مضيّ مقدار من الزمان و عدم قابليّة المحلّ للنقل بعد؟ لا يبعد أن يكون جهة السؤال هو الأوّل.

ألا ترى أنّه لو اتّفق الشراء الثانى من غير بناء عليه من الأوّل بل كان بصرف الاتفاق بأن حدث لهما داع إلى النقل الجديد إلى المالك الأوّل بعد وقوع المعاملة الأولى بقصد البقاء عليها فهل يحتمل أن يكون الثانى فاسدا مع أنّ الاتّصال محفوظ؟ فالظاهر أنّ جهة السؤال و الاحتمال هو فساد البيع الأوّل من أجل عدم تحقّق المبادلة و المبايعه.

و على هذا فالجواب ورد بصحة هذا الخيال في صورة الاشرط، يعنى: إن اشترط ذلك فكأنه ما باع و لم يقصد جدًا إلى حقيقة المبيعة و لم يقطع عن نفسه علاقة الملكية، و أما لو أطلق و كان الواقع صرف مقاوله بحيث وقع الثانى عن رضى به حاله لا عن التزام كان فى البيع الأول فهذا صحيح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٠

## [القول فى القبض]

### إشارة

#### القول فى القبض

اعلم أن الوفاء بالبيع على تقدير ارتباط أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بباب المعاملات- و إن استشكلنا فيه و قلنا باختصاصه بالعهود- عبارة عن إيجاد ما التزم به فى الإنشاء خارجا مطابقا لما التزم به، فإذا كان قد التزم و أنشأ تملك الطرف المقابل فهو قد أنشأ و جعل كونه سلطانا على هذا المال، فالوفاء هو التسليط له على هذا المال خارجا، لا أن مجرد البناء القلبي و عقد القلب كاف فى الوفاء و لو كان عمله على الخلاف بعنوان العصيان، كما أن الوفاء بالبيعة عبارة عن الإتيان بمقتضى البيعة خارجا لا أن اعتقد قلبا و لكن خالفه عصيانا فى الخارج.

لكن يقع الكلام فى أنه هل المعتبر فى الخارج هو وصول المال تحت سلطنة الطرف المقابل بجميع مقدماته سواء المتمشية من البائع أم من المشتري؟ أو اللزم هو إعطاء السلطنة بالقدر الذى تحت قدرة البائع دون الأعم منه و ممّا هو على عهده المشتري؟ لا يبعد الثانى: فإن الإنشاء إنما تعلق بالتسليط من قبله و لهذا يحتاج إلى قبول المشتري، فالوفاء بهذا الأمر النسبى هو الإتيان فى الخارج بما هو مرتبط به دون ما هو مرتبط بالمشتري، لكن هذا كله بالنسبة إلى الحكم التكليفى مضافا إلى أن دليل وجوب الوفاء غير مربوط بباب العقود.

و أما من حيث الحكم الوضعى فمن الممكن تعلقه بالإقباض الذى هو غير

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧١

منفك عن القبض كالكسر الغير المنفك عن الانكسار، و الحاصل لا ملازمة بين التكليف و الوضع، فإذا فرضنا أن التكليف بالإقباض بهذا المعنى على وجه الإطلاق لا- يجوز بل اللازم إمّا إرجاعه إلى ما هو من فعل البائع و إمّا مشروطا بحضور المشتري للتسلم فلا ملازمة بينه و بين أن لا يمكن صيرورته موضوعا للوضع، مثل اشترط صحة فرد من البيع كالصرف و السلم أو صحة الهبة أو الرهن أو الوقف، أو حرمة البيع فى ما يكال أو يوزن أو كراهته قبل الإقباض، فاللازم مراجعته دليل كل مقام.

فمن المقامات مسأله رفع ضمان البائع للمبيع، و الدليل فيه النبوى: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (١) و رواية عقبه بن خالد المشتملة على أن «ضمان المتاع على البائع حتى يقبضه و يخرج من بيته» (٢)، أما النبوى فالظاهر من القبض و إن كان لغه هو الأخذ باليد أو بتمام الكف و منه القبضه و لكن الظاهر أنه جىء به كناية عن الاستيلاء و الدخول تحت السلطنة، و حيث إنه أضيف إلى عامية الأموال من المنقول و غيره و ما يتناول باليد و غيره فلا محالة يكون الاستيلاء و الدخول فى قبضه التصرف بالنسبة إلى كل شىء على حسبه.

مثلا- لو قيل: زيد قد أدخل جميع ما يملكه تحت استيلاء عمرو و فى قبضه اقتداره و كان فى ما يملكه الدار و العقار و المركب و الكتاب و غير ذلك فلا- محالة يكون الاستيلاء بالنسبة إلى هذه الأمور متفاوتا فى الخارج. و على كل حال ظاهر الخبر الأول جعل القبض الذى هو فعل المشتري رافعا للضمان.



و أما الخبر الثاني: فالظاهر من كلمة (يقبضه) أيضا هذا المعنى، فإن معنى

(١)- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، ص ٣٥٨، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٢

الإقباض هو الملازم للقبض كالكسر الملازم للانكسار، و أما عنوان الإخراج من البيت فمن الواضح عدم موضوعية البيت، فهو نظير البيت في آية وَ مَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُّجْرًا إِلَى اللَّهِ وَ رَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ الْآيَةُ «١». حيث إنها عامية لمن ليس له بيت و يسكن المسجد أو المخروبة، فالظاهر أنه كناية عن الإخراج عن السلطنة لكن من المعلوم أيضا أنه ليس المراد ذلك و لو بالإلقاء في الصحراء بل خصوص ما كان بمحضر من المشتري، و في عرضه قبوله و تسلّمه حيث إنّ الغالب عدم انفكاك الإخراج بهذا النحو عن قبوله، فلا يبعد أن يجعل كناية عنه.

و الحاصل: أن يكون المراد من إخراج المال عن تحت سلطنة البائع هو إدخاله تحت سلطنة المشتري، فيتحد مع مفاد الإقباض، و على هذا فلا مخالفة بين ظاهري الخبرين بل هما معا دلّان على أن رافع الضمان فعل المشتري.

لا يقال: ما ذكرته جار في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» لأنّ التأديّة بدون الأداء محال كالكسر بدون الانكسار. لأننا نقول: إن أمكن الالتزام نلتزم بذلك في ذلك الباب أيضا و إلّا فذلك التسلم الخارجى أوجب رفع اليد عن مقتضى الظاهر و ليس هو في مقامنا فالقياس مع الفارق.

و يمكن أن يقال في كلا- الخبرين أنه لا يفهم من قولهم- عليهم السلام:- تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع، صورة كون المال في ما بينهما محلًا للنزاع، فالبايع يقول: خذ و المشتري يمتنع بل هو ناظر إلى صورة عدم إقدام البائع على الإحضار و التسليم، و إذن فيبقى صورة الإقدام و الامتناع مسكوتا عنها.

و حينئذ فهل نرجع إلى استصحاب كون الضمان على البائع لو تلف أو إلى

(١)- النساء / ١٠٠.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٣

عامّ موجود في البين يقتضى ضمان المشتري؟ لا يبعد الثانى بملاحظة بعض الأخبار المتقدمة في بيع الشرط المستفاد منها الملازمة بين ثبوت النماء و الضمان فيقال: إنّ النماء كان للمشتري بقاعدة الملازمة المذكورة يكون الضمان عليه، و ليس هنا مقام الرجوع إلى الاستصحاب؛ لأنّ القدر المتيقن الخروج عن تحت هذه القاعدة صورة عدم القبض لعدم الإقدام على التسليم، فيبقى غيرها تحتها لفرض سكوت المخصّص عن حكم الغير.

لا يقال: المستفاد من تلك الأخبار إنّما هو الملازمة بين الضمان و النماء يعنى كلما ثبت الضمان ثبت النماء لا العكس. لأننا نقول: مع ذلك يفيدنا. لأننا نقول:

كان الضمان قبل هذا الحال على شخص و النماء لشخص آخر و في هذا الحال نشكّ في التفكيك و مقتضى عموم التعليل عدمه، و أنّه كما يكون النماء للمشتري يكون الضمان عليه، لأنّ ثبوت النماء للبائع مقطوع بعدم.

و الحاصل: أنّ تخصيص قاعدة (من عليه الغرم فله الغنم) المستفاد من العموم المذكور إلى الحال معلوم فلو كان الأمر من بعد ذلك أيضا بهذا المنوال لزم تخصيص أزيد، و لا يبقى بعد هذا إشكال غير أنّه ليس لهذا العموم عموم أزمانى، و لكّنه أيضا مدفوع بأننا نتمسك بعمومه الحالى مثل حالتى الفسق و العدالة فى الفرد الواحد إذا كان متيقن الخروج و لو فى إحدى حالتيه فإنّه يؤخذ حينئذ

بإطلاق الكلام بالنسبة إلى الأخرى و إن لم يمكن بالنسبة إلى العموم الأفرادى، فكذا فى المقام كما هو واضح. فتحصل أن معيار رفع الضمان فعل البائع بلا مدخل لفعل المشتري، و يؤيد هذا ما أشرنا إليه سابقا من أن البائع إنما تعهد فى إنشائه التسليط من قبله

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٤

لا- مطلقا، و معناه أن يوجد المقدمات بحيث لم يكن بين المال و بين المشتري حائل غير إقدام نفس المشتري على قبوله، فإذا عمل البائع بهذا خارجا فقد خرج عن العهدة، و الحاصل ليس للضمان مع العمل المذكور على طبق الإنشاء وجه، هذا. بقى فى المقام مطلب آخر و هو: أن القبض الذى يرفع الضمان قد عرفته فى غير المكيل و الموزون، و أمّا فيهما فهنا احتمالات: الأول: أن يكون رافع الضمان و رافع الحرمة أو الكراهة أو المصحح- على الوجوه الآتية فى محلّه إن شاء الله تعالى- بالنسبة إلى البيع الثانى شيئا واحدا و هو الاستيلاء بطريق الكيل و الوزن، فللخصوصية مدخل فى الحكمين و ليس مناطهما كما فى غير المكيل و الموزون بالنسبة إلى رفع الضمان مجرد الاستيلاء بلا ضمّ خصوصية زائدة.

الثانى: أن يكون أيضا شيئا واحدا و هو نفس الكيل و الوزن و إن لم يتحقق معهما الاستيلاء للمشتري بل كان المتاع تحت استيلاء البائع بعد، فكان فى هذا الباب تعبد شرعى بأنه يرتفع الضمان بنفس هذا و إن لم يتحقق الاستيلاء و أن هذا قبض شرعا تعبدا. الثالث: أن يكون رافع الضمان مثل سائر الأبواب هو الاستيلاء و القبض الحقيقى، و موجب ارتفاع الكراهة أو الحرمة أو المصحح للبيع الثانوى هو أحد الأمرين الأولين من الاستيلاء الخاص أو نفس الكيل و الوزن و إن لم يكن فى ضمن الاستيلاء. و الظاهر إمكان دعوى القطع بأن رفع الضمان فى هذا الباب لم يرد فيه تعبد من الشارع بأنه خصوص الكيل أو الوزن أو المقيّد بهما، و لا يستفاد هذا من

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٥

الأخبار الواردة فى النهى عن البيع الثانوى قبل القبض أيضا.

و أمّا بالنسبة إلى حكم البيع الثانوى فاعلم أن فى الأخبار المذكورة التعبير بالنهى عن البيع الثانوى قبل القبض تارة و قبل الكيل أو الوزن أخرى، و فى بعضها ذكر فى السؤال بيع المكيل و الموزون قبل قبضه، و فى الجواب نهى عن البيع قبل الكيل أو الوزن، و يحصل من ملاحظة هذا و ملاحظة أن المتعارف فى الخارج فى كيفية تسليم المكيلات و الموزونات هو بطريق الكيل و الوزن- دون أن يسلم مقدارا و يؤخر الكيل و الوزن أو يكال و يوزن و يؤخر التسليم بل الأمران فى مجلس واحد بل نفس الكيل و الوزن هو التسليم بمعنى أنّهما كفيته- احتمالان:

أحدهما؛ أن يكون لخصوصية وقوع التسليم و القبض بهذه الكيفية موضوعية و مدخلية فى حكم رفع الحرمة أو الكراهة أو إيجاب الصحة.

الثانى: أن يكون لأجل المعرفية و الإشارة إلى ذلك المتعارف الخارجى، و يمكن استظهار الثانى كما عرفت أن فى بعض الأخبار ذكر القبض بدون إشارة إلى الكيفية فمن المحتمل قويا بل الظاهر أن يكون ذكر الكيفية فى البعض الآخر أيضا لنكتة الغلبة، هذا. بقى فى المقام سؤالان:

الأول: فى غير المكيل و الموزون الذى لا يعتبر فى بيعه ثانيا قبض المشتري المتاع من البائع لو باعه من ثالث قبل القبض فتلف فى يد البائع الأول، فهل قاعدة ضمان التلف قبل القبض جارية بالنسبة إلى كليهما؟ فكل من الباعين ضامن لمشتريه، و حيث إن الضمان هنا معاوضى و معناه انفساخ المعاوضة فيقدر

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٦

المبيع فى آنين قبل التلف ملكا للبائع الثانى فينتقل الثمن إلى المشتري الثانى ثم يقدر فى الآن المتأخر المتصل بالتلف فى ملك البائع

الأول فينتقل الثمن إلى المشتري الأول؟ أو أنها جارية بالنسبة إلى البائع الأول فقط دون الثاني؟ ولازمه بطلان المعاملة الثانية من هذا الحين فيشترك نتيجة مع الأول، أو جارية بالنسبة إلى الثاني فقط؟

و السؤال الثاني: أنه على تقدير شمولها للبائع الأول فلو أقبض المتاع للمشتري الثاني فلفل فلا إشكال في أنه و البائع الثاني بريئان عن الضمان؛ لأن القبض المعبر إنما هو بالنسبة إلى ذى الحقّ و هو المشتري الثاني؛ فإنّ الأول غير مالك، و أمّا لو أقبضه للمشتري الأول فهل هو كما لو أقبضه للغاصب في عدم إفادته إبرائه أو لا؟

أمّا السؤال الأول: فالظاهر انصراف دليل القاعدة عن البائع الأول، فإنه حين تعهده إنما تعهد بالإيفاء إلى شخص مشتريه، و هو بالفرض ممتنع، لعدم بقاء الموضوع بواسطة اختيار نفس المشتري، و بالجملة: إنما تعهد بذلك ما دام ذا حقّ على المال لا مطلقاً، و لو زال علاقته و قد قلنا إنّ منصرف الدليل هو الوفاء بعين ما تعهده إنشاءً خارجاً، نعم بالنسبة إلى البائع الثاني هذا المعنى متحقّق، و صرف عدم كون المال في يده لا يضرّ، و على هذا فالآن الذى قبل التلف حسب القاعدة يصير المال للبائع الثاني و الثمن الذى عنده للمشتري الثاني، و حيث إنّ المال تلف في يد البائع الأول و هو ملك البائع الثاني فى الآن الذى قبل التلف فتجرى قاعدة ضمان اليد و يحكم بضمان البائع الأول للبائع الثاني المثل أو القيمة. نعم ينبغى استثناء ما إذا كان حبس المبيع عند البائع الأول بحقّ بأن حبسه لأخذ الثمن، فإنه حينئذ أمانة شرعية فلا ضمان إلّا مع التعدى و التفريط.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٧

و حاصل الكلام فى القبض الراجع للضمان سواء فى المكييل و الموزون أم غيرهما: أنّ مقتضى الجمود على لفظى القبض الواقع فى النبوى صلّى الله عليه و آله و سلّم و الإقباض الواقع فى الرواية هو اعتبار الوصول بيد المشتري الذى هو فرع قبوله، و عدم كفاية التخليه بل و لا الإحضار بمحضره ليقبله ما لم يقبل.

لكن من المحتمل أن يكون مناط الحكم هذا و أن يكون ما هو ملازم له غالباً ممّا هو مستند إلى البائع، أعنى: رفع المانع من ناحيته و الإحضار بمحضر المشتري، فإنّ هذا ملازم غالباً مع قبول المشتري و الوصول تحت استيلائه، و من النادر أن يردّ المشتري متاعه المشتري بعد إحضار البائع لأن يأخذه، فمن المحتمل أن يكون ذكر عنوان القبض و الاستيلاء الذى هو نتيجة الأمرين من الإحضار و القبول من باب ذكر قيد اللاتى فى حُجُورِ كُمْ «١» الواقع فى الآية الشريفة لنكتة الغلبة لا لنكتة الإناطة.

غاية الفرق أنه فى الآية الشريفة انعقد الظهور فى الإطلاق و فى مقامنا لا انعقد الظهور فى كون المناطق ما هو من شأن البائع و من ناحيته بل يحصل الإجمال فيسقط عن الاستدلال فى المورد النادر و هو التفكيك بين الإحضار و القبول، فيجىء المحلّ لاستصحاب الضمان الثابت على البائع قبل هذا الإحضار الذى شكّ فى ارتفاعه بسببه.

و لكن قلنا: نشبث بديل العموم المتقدم لإثبات عدم الضمان عليه و كون التلف على نفس المشتري، و لازم هذا أن يختلف الحال فى المقامات من جهة وجود هذا العموم القاطع للاستصحاب المذكور و عدمه، ففى ما نحن فيه، أعنى:

(١) - النساء / ٢٣.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٨

حكم رافعية الضمان فى البيع، العموم موجود، و أمّا فى باب اشتراط الهبة و الصدقة و الرهن و الوقف بالقبض فاستصحاب عدم الانعقاد جارٍ إلّا أن يكون فى أدلّة تشريع أحد المذكورات أو كلّها إطلاق أو عموم حتّى نأخذ به و نرفع اليد عن الاستصحاب.

و قد يقال: إنّ عموم دليل السلطنة موجود، و لكنّه مدفوع بما فى كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من سكوتها عن تشريع أسباب التصرف، و المقصود: أننا مع قولنا بأنّ رافع الضمان فى باب البيع هو فعل البائع لسنا نخلو بين أن نقول بأنّ القبض المعبر فى سائر الأبواب أيضاً ذلك، فلقائق التفريق، و القول فيها بأنّ المناطق هو الاستيلاء الذى هو نتيجة الفعلين أو نفس القبول استناداً إلى

الاستصحاب المذكور مع عدم العموم الحاكم. هذا هو الحال في القبض الراجع للضمان سواء في المكيل و الموزون أم غيرهما. و أمّا القبض المعتبر في المكيل و الموزون لصحة البيع الثاني أو جوازه في مقابل الحرمة أو الكراهة فمحصل الكلام فيه: أن وقوع التعبير بأنه لا تبع المكيل و الموزون حتى تكيله أو تزنه بعد السؤال عن بيعهما قبل القبض، إمّا ظاهر في أن المراد بالكيل و الوزن هو القبض و التعبير إمّا هو لنكتة الغلبة كما تقدّم، و إمّا مجمل و لا أقلّ من ذلك لتساوي الاحتمالين، إذ لا يمكن دعوى الظهور في الموضوعية للكيل و الوزن، فغاية الأمر عدم إمكان التمسك بالإطلاق الذي هو متصل بهذا الكلام أو في سؤال السائل لهذا الجواب. و أمّا الإطلاق المنفصل الذي قد عرفت وجوده في بعض الأخبار حيث إنّ السؤال و الجواب كليهما مشتمل على ذكر القبض بدون تعرّض للكيل و الوزن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٧٩

فالتمسك به بمكان من الإمكان.

و بعبارة أخرى: الغلبة صارت بحدّ أوجبت سقوط ظهور القيد في التقييد و لم تصر بحدّ أوجبت انصراف المطلق المنفصل إلى الغالب، إذ ليس غيره نادرا جدّا، نعم الإطلاق المتصل يصير محفوظا بما يصلح للقربنية فيسقط عن قابلية الاستدلال. لا يقال: كما أوجبت إجمال القيد فلتوجب إجمال المطلق و سقوطه عن الإطلاق و إن لم توجب الانصراف، لأننا نقول: أوّلا لنا أن نتمسك بالقبض الواقع في النبوي صلى الله عليه و آله و سلم: «كلّ مبيع تلف إلخ» حيث إنّه في غاية الظهور في نفس القبض من دون اعتبار شيء معه، و بعد إثبات أن القبض الراجع للضمان في المكيل و الموزون هذا، نقول: بأنّ المعتبر في البيع الثاني أيضا ذلك للإجماع الذي ادّعوه على اتحاد القبض في البابين على خلاف ما احتمله في المسالك.

و ثانيا: حقيقة القبض عند العرف نفس الاستيلاء من دون دخل للكيل و الوزن في حقيقته، و إمّا المحتمل كونه بصرف التعبد الشرعي دخيلا في الموضوع، و هذا لا يدخل احتماله في ذهن العرف بإلقاء حقيقة القبض، و لو فرض التفاتهم إلى الغلبة المذكورة فلا يتوقفون بل يحكمون بأنّ الحكم دائر مدار حقيقة القبض و إن كان هو في الوجود ملازما غالبا مع شيء آخر غير مرتبط بحقيقته فهو من المقارنات للموضوع.

و حاصل الإشكال في المقام: أنّ المتكلم بالمطلق إذا كان الغالب من أفراد ذلك المطلق واجدا لقيد كذا مثل الماء بالنسبة إلى العذب و الإنسان بالنسبة إلى ذى رأس فلا نقض لغرضه لو لم يذكر القيد، فلا تتم المقدمات لدفع هذا القيد

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٠

الغالبى.

و حاصل الجواب: أنّ المفروض كفاية مسمى القبض في باب رفع الضمان بلا مدخلة تعبد فيه، و الإجماع أيضا قائم على أنّ ما هو القبض في ذلك الباب قبض في هذا الباب و لا حاجة إلى ما عدا القبض، فحينئذ إن كان هناك تعبد من الشارع بأنّ الفرد الفلانى ليس بقبض تعبدا كان مقدّما على ذلك.

و لكن غاية ما في الباب أنّ الدليل ساكت عن الفرد الغير المجامع مع الكيل و الوزن لا أنّه متعرّض لسلب القبضيّة عنه تعبدا، فما حكم على الإنسان بشيء غير متعرّض لذى رأسين لا أنّه يسلب عنه عنوان الإنسانيّة تعبدا، فلو قطعنا بأنّ الحكم الكذائى لا يحتاج إلى أزيد من الإنسانيّة فلا يكون الأوّل تقييدا فيه.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨١

[القول في أحكام القبض]

## القول في أحكام القبض

الأول: إن المبيع قبل قبضه في ضمان البائع، والأولى التعرض هنا لمفاد النبوي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» (١) فنقول وعلى الله التوكّل: فيه ثلاثة احتمالات:

الأول: أن المبيع التالف يكون من جملة أموال البائع بأن يكون (من) تبعيضية، وحيث لا يعقل ملكية التالف يحمل بدلالة الاقتضاء على ما قبل التلف.

والثاني: أنه ينشأ تلفه من ماله، ومن هناك يظهر تلفه وخسارته، فنفس الدليل متكفل حينئذ لثبوت الملكية قبل التلف.

الثالث: أن يكون المراد أن نفس التلف وارد على كيس البائع وهو المتخسر بهذا التلف فيفيد ثبوت ضمان المثل أو القيمة على البائع للمشتري، ويمكن دعوى كون الأخير خلاف الظاهر، لأن التعبير بأن التلف من كيس فلان وإن كان شائعا في مقام تحميل الضمان عليه، ولكن التعبير بأن التلف من ماله غير متعارف، فيتعين الأمر في أحد الأولين، ومقتضاهما حصول ملكية التالف قبل تلفه للبائع، وحيث إن مقتضى أحلّ الله البيع وأوفوا بالعقود حصول أصل الملك وبقائه فاللازم القصر في تخصيص ذلك على مقدار الضرورة وهو الآن العقلي الغير القابل للتجزئ.

(١) - مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٢

ويمكن الخدشة فيه بأنه تارة نقول: أصل حصول الملك قطعي وكذلك عدم زواله إلا بمقدار ينافي كون التالف من مال البائع، فحينئذ يصح ما ذكر.

وأخرى نقول: لا قطع خارجي بل لا بد من رعايته مقتضى الجمع بين الأدلة فحينئذ لم لا يجوز أن يقال بتخصيص أحلّ الله البيع بأن يكون شرط صحته البيع هو القبض؟ فما لم يقبض فلا بيع، وبعبارة: لا بد على كل حال من تخصيص عام، إما عموم أوفوا بالعقود وإما عموم أحلّ الله البيع، وليس الثاني بأكثر من الأول.

اللهم إلا أن يقال بأن الدليل في مرحلة بقاء الملك وعدم زواله ليس عموم أوفوا بالعقود، إنما لعدم ارتباطه بالعقود المعاملية رأسا، وإنما لعدم ارتباطه بمقام بقاء الملك وزواله، بل الدليل في مرحلته هو استصحاب الملك، فيكون عموم الاستصحاب أولى بالتصرف، لأنه أصل في مقابل الدليل بخلاف عموم أحلّ فإنه دليل.

إلا أن يقال: إن الأمر دائر بين القول بعدم الملك قبل القبض ليكون تخصيصا في أحلّ وبين القول بحصول الانفساخ قبل التلف آنا ما يلزم التخصيص في ثلاث قواعد، قاعدة سلطنة الناس على أموالهم وقاعدة سلطنتهم على النفوس وقاعدة الخراج بالضمان، أما الأولى فللزوم خروج المبيع عن ملك المشتري، وكذا الثمن عن ملك البائع بلا اختيارهما وأما الثانية فللزوم عود المبيع إلى ملك البائع وعود الثمن إلى ملك المشتري مع عدم رضاهما، وأما الثالث فلأنّ النماء للمشتري والتلف على البائع وقد كان مفاد القاعدة ثبوتها لشخص واحد، فإذا دار الأمر بين تخصيص ثلاث قواعد وبين تخصيص قاعدة واحدة فالثاني أولى.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٣

ويمكن أن يجاب عن قاعدة الخراج بالضمان بأنها غير مخصصة على القول بالانفساخ، لأن موضوعها صورة محفوظة الملك، فكأنه قيل: ما دام المال ملكا لأحد فالنماء والضمان متلازمان وكلاهما ثابتان في حق المالك، فإذا فرض اختلاف الموضوع بأن صار آنا ما قبل التلف ملكا للبائع فهذا ليس تخصيصا في القاعدة، فإنه لو فرض له نماء في هذا الآن كان أيضا للبائع، نعم لو اقتضى قاعدة عدم الخروج عن الملك كان هذا منافيا معها.

وأما قاعدة السلطنة على المال والنفس فهما متأخران رتبة عن عموم أحلّ؛ فإن الأخير محقق للموضوع بالنسبة إليهما فإذا تحقق

موضوع مائيّة المبيع للمشتري و الثمن للبائع يجيء المحلّ للقاعدتين، فيكون الانفساخ منافيا معهما، و أمّا إذا فرض التصرف في دليل أحلّ و القول بعدم حصول الملك للجانيين فلا تخصيص فيهما أصلا.

و حينئذ فإن كان اللازم في مثل ذلك إيراد التصرف في العام الأخير؛ لأنّ العام الأوّل ليس في عرضه معارض فيؤخذ بعمومه فإذا أخذنا به يتعيّن تخصيص في ما بعده تعيّن القول في ما نحن فيه بحصول الملك أوّلا ثمّ الانفساخ آنا ما قبل التلف، لكنّ المطلب محلّ مناقشة بل العرف يتوقّفون في ما بين إيراد تخصيص على أيّ من العاميين و لا يجعلون صرف التقدّم الرتبى مرجّحا.

و إذن فلا- يبقى دليل لصحة البيع قبل القبض فيكون مقتضى الأصل هو الفساد إلّا أن نتمسك للصحة بما في أخبار النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل قبضهما من استثناء بيع التولية، و كذلك تجوز البيع قبل القبض مطلقا في غير المكيل و الموزون، فإنّه لو كان القبض شرط صحة العقد الأوّل لما كان لجواز البيع

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٤

في المكيل و الموزون تولية و في غيرهما مطلقا وجه، فهذا دليل على أنّ القبض في صورة المراجعة أيضا ليس لأجل دخالته في صحّة البيع الأوّل بل لتصحيح أو تجويز أو رفع كراهة البيع الثاني، فإذا تحقّق أصل حصول الملك يتعيّن القول بالانفساخ آنا ما للاقتصار في خلاف القاعدة على مقدار الضرورة.

و يمكن الخدشة أيضا بأنّ مصبّ الأخبار المذكورة بيع الكلّي و ضمان التلف قبل القبض ليس فيه لعدم الموضوع إلّا إذا كان كليّا في المعين، فغاية الأمر أنّ القبض ليس شرط الصحة في بيع الكلّي، و يبقى الشخصي تحت عموم ما دلّ على الفساد إلّا مع القبض إلّا أن يدعى القطع بعدم الفرق.

و يمكن دفع أصل الإشكال بأن يقال: ظاهر قوله- عليه السلام-: «كلّ مبيع تلف إلخ» بمقتضى الظهور المنعقد في عامّة القضايا في كون الموضوع علّة للحكم أنّ التلف سبب لملكية البائع، و هذا لا يجامع مع الملكية السابقة فإنّ المعلول لا يتقدّم على العلّة، و الملكية المتأخّرة أيضا غير معقولة، فلا بدّ من الحمل على معاملة الملكية و معناها إرجاع الثمن إلى المشتري، و حينئذ فدلّيل صحّة أصل البيع و بقائه محفوظ بحاله، و كذا يترتب آثار الملكية من أوّل العقد إلى حين التلف و من هذا الحين يعامل معاملة ملك البائع من حيث ردّ الثمن، و لا- يعارض ما ذكرنا ظهور قوله: «من مال بائعه» في كونه على وجه المائيّة الحقيقية لا التنزيليّة؛ فإنّ ظهور السببية أقوى، هذا.

و قد يقام البرهان علاوة على الظهور على إرادة التنزيل لا التحقيق بأحد نحوين: الأوّل: أن من قال بالملك الحقيقي قال بأنّه في جزء لا يتجزأ من الزمان و هو مبنّى على القول بالجزء الذي لا يتجزأ و بناء على البطان كلّ جزء من الزمان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٥

تدرجيّ و لا ينتهي إلى ما لا جزء له، ففي أيّ مقدار منه يفرض حصول الملكية يمكن الأقلّ منه فيبقى الترجيح في ما بين المراتب بلا مرجّح، و هذا المحذور إنّما نشأ من الملك الحقيقي، و أمّا التنزيلي فلا محذور فيه فإنّا بعد التلف نعامل معاملة حصول الملك في الآن الذي لا يتجزأ قبل التلف.

و الثاني: أنّ المال الذي يتلف في الآن المتّصل لا مائيّة له، إذ لا يرغب في بذل المال بإزائه أحد، فلا يتحقّق حقيقة المائيّة في الآن المتّصل بالتلف نعم يمكن التنزيل، هذا ما يقال، لكنّ الحق بطان كلا الوجهين.

أمّا الوجه الأوّل ففيه: أوّلا: إنّنا سلّمنا الملكية في جزء من الزمان لكن لزوم الترجيح بلا مرجّح إنّما هو في ما إذا كنّا نحن المتصدّين للتخصيص، و أمّا إذا كشفنا بالتلف عن تخصيص الشارع للملك بقدر قليل فلا يرد إشكال علينا.

كتاب البيع (للأراكي)؛ ج ٢، ص: ٣٨٥

و ثانيا: لنا أن نقول حال هذه الملكية حال الفصل و الوصل و الخروج و الدخول حيث إنها أمور دفعية آنية الحصول و ليست في جزء من الزمان، فلم لا يجوز أن يكون حال الملكية أيضا كذلك؟

و أما الوجه الثاني ففيه: أن عدم رغبة أحد أعم من المائيه، فربّ مال لا يرغب أحد في شرائه كالجوهر الغالي القيمة، و أيضا فلازم ما ذكر عدم تصوّر التلف للمال و هو بديهى البطلان.

ثم إن ثمره القول: بالملكية التنزيلية و الحقيقية بعد الاشتراك في أنّ النماء المتخلل بين العقد و التلف للمشتري تظهر في مؤنة تجهيز العبد، فعلى الأول يكون على المشتري و على الثاني على البائع، أما الثاني فواضح، و أما الأول فلاّ لأنّ التنزيل لا يشمل مثل هذا الأثر، إذ فرق بين قولنا: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٦

البائع و بين كلّ عبد تلف، فظاهر الأول هو بالنسبة إلى آثار المعاملة من ملكية الثمن، فالمقصود استرجاع الثمن من البائع، نعم ربّما يمكن دعوى الظهور في الثاني في ما يعمّ مؤنة التجهيز أيضا بدعوى أنّها من الآثار الظاهرة.

ثمّ إنه لا يبعد أن يقال: إنّ التلف أعمّ من التلف الحقيقي و من تعدّد الوصول مع عدم رجاء العود عادة، فإنّه بنظر العرف يعدّ تلفا و بعد كون الموضوع ما هو التلف عند أهل العرف يكون مصداقا لموضوع الحكم بالدقة، و لكن لو تمكّن منه على خلاف العادة بعد اليأس منه، فهل هذا من قبيل إعادة المعدوم فتتكلّم في أنّه يعود إلى المشتري، أو يبقى على ملك البائع أو حكم ملكه، أو يفرّق بين القول بالكشف الحقيقي و الحكمي، أو ينكشف أنّه لم يكن هناك تلف؟

و بعبارة أخرى: اليأس العادي من العود هل هو مأخوذ موضوعا أو طريقا؟

فعلى الأول يكون العود من قبيل إعادة المعدوم، و على الثاني نكشف أنّ ما تخيلناه معدوما ما كان معدوما.

رجح شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- الثاني بشهادة أنّه لو كان أحد يعلم بأنّ البحر بعد زمان قليل يجفّ و يتمكّن من الجوهر الذي وقع فيه فعند هذا الأحد لا يصدق عنوان التلف، بل هو يقول: ما عرض بالمال شيء لا أنّه يقول: إنّ كالميت الذي سيعود بالإحياء، و على هذا فلا- مجال للتكلّم المذكور، بل المبيع ملك المشتري من الأول، و الآن باق أيضا عليه، لعدم وقوع التلف قبل القبض، نعم يجيء هذا الكلام بالنسبة إلى الموت الحقيقي مع إعادة صاحب الإعجاز إياه و لسنا بمقام تعيين حكم هذا الفرض النادر.

ثمّ إنّ المبيع تارة شخصي و أخرى كلي، و الكلي تارة في الذمّة و أخرى في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٧

الخارج مثل الصاع من الصبرة الخارجية المعينة، أما الكلي في الذمّة فليس له تلف قبل القبض حتّى تتكلّم فيه، و أما القسمان الآخرا فيتصوّر فيهما ذلك، فهل القبض الراجع للضمان في كلّ منهما يشترط فيه وقوعه بإذن البائع أو يكفي و لو كان باستقلال يد المشتري و لو لم يطلع البائع أو منع؟ الظاهر الكفاية في الشخصى و كذا في الكلي الخارجى مع ثبوت يده على تمام الصبرة التي بيع صاع منها، نعم مع استيلاء يده على خصوص صاع من الصبرة لا قبض.

أمّا الثاني: فواضح، لأنّ التعيين بيد البائع فما لم يعين لا ينطبق المبيع على المقبوض، فلو تلف تمام الصبرة يصدق تلف المبيع قبل القبض، و أما الأول فيمكن أن يستفاد من النصّ سواء النبوى أم رواية عقبه: أنّ الاستيلاء و الكون تحت يد المشتري هو المعيار، و أنّ التعبير بالإقباض الواقع في الرواية أيضا ليس لأجل موضوعية في الاستناد إلى إقباض البائع و إذنه و رضاه، بل إنّما أخذ توجّه إلى الوصول إلى المشتري، و لهذا لو كان بيد المشتري من الابتداء لا يتوهم من النصّ جريان الضمان فيه، و لا ينافى هذا ما قلناه سابقا من أنّ النصّ ساكت عن الإقباض المنفكّ عن القبض؛ لأنّا بمناسبة الحكم و الموضوع نجعل الإقباض عبّرة إلى القبض و حكم الضمان

الثابت في ما قبله ساكت عن صورة تقصير المشتري في ترك القبض مع خروج البائع عمّا في عهده.

هذا كله في التلف السماوي، و أما غيره فإما يكون من إتلاف المشتري و إما من إتلاف البائع، و إما من الأجنبي، أما إتلاف المشتري فالظاهر انصراف النصّ إلى غيره بل و كذلك إتلاف البائع، فلا يقال: تلف المبيع قبل القبض، بل يقال: أتلفه البائع، كما أنّ إتلاف الأجنبي لا إشكال في اندراجه، بل السرقة منصوصة في

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٨

رواية عقبه بن خالد.

بقي الكلام في ما احتمله الشيخ - قدس سره - من احتساب إتلاف المشتري في ما إذا قدّم البائع الطعام المبيع إليه فأكله من إتلاف البائع، و قياسه بما إذا قدّم الغاصب المغصوب إلى المالك فأتلفه، و الظاهر عدم الوجه للانفساخ في هذه الصورة، فإنه لا شبهة في تحقّق القبض حينئذ و كون التلف بعده، نعم قاعدة الغرور لو فرض تحقّقه جارية و حاكمة بضمان القيمة الواقعية على البائع، و لو فرض أنّه إتلاف من البائع لكون السبب أقوى فغاياته شمول دليل من أتلف و ثبوت الضمان بالقيمة الواقعية أيضا.

و أما ما احتمله - قدس سره - في مطلق إتلاف البائع من التخيير بين الثمن و القيمة فلا يمكن أن يكون وجهه تعارض قاعدة الإتلاف و التلف قبل القبض، فإنّ النسبة بينهما عموم من وجه، و العاقلان من وجه لا يرجع بعد تساقطهما في مورد التعارض إلى التخيير - فإنه خاص بالمتباينين - بل إلى سائر القواعد و الأصول، و إن كان وجهه التراحم بين السببين - و لعله ظاهر العبارة - ففيه: أنّه إن أريد بالانفساخ في قاعدة التلف هو الحقيقي منه فلا - تراحم أصلا؛ لأنّ قاعدة التلف واردة على قاعدة الإتلاف و جاعلة للمال من نفس البائع، و كذلك إن كان المراد هو التنزيلي منه، فإنّ التنزيل منزلة مال البائع آنا ما قبل التلف أظهر الآثار المرغبة فيه هو كون ضمانه على نفسه، و عدم كونه ضامنا للغير بتلفه، فتكون القاعدة حينئذ حاكمة على قاعدة الإتلاف.

و على كلّ حال لا - يتمّ التراحم إلّا أن يقال: أنّه بناء على التنزيل و الكشف الحكمي يتحقّق التراحم، إذ هنا سبب يقتضى التضمين بالمثل أو القيمة و سبب

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٨٩

يقتضى المعاملة مع التلف معاملة مال البائع الذي تلف في يده و لا مرجح لأحدهما على الآخر، و صرف أنّ الثاني مقتضى للمعاملة مع التلف معاملة مال البائع إنّما ينفع في مقام المعارضة، و أمّا في مقام المزاحمة فهما في عرض واحد، فلا - محيص عن التخيير. و الحاصل: أنّ الحكومة إنّما تنفع في مقام الدلالة و الإثبات و كلامنا في مرحلة الثبوت.

و إن قيل إنّ بحسب هذه المرحلة أيضا تارة كلّ من السببين يقتضى شيئا معاندا لما يقتضيه الآخر، بحيث يكون الاقتضاء الأوّل لكلّ منهما لذلك المعاند، فهذا مقام التراحم، و أخرى يكون أحدهما مقتضيا لشيء و الآخر مقتضيا لأن لا يكون الأوّل مقتضيا كما في المقام حيث مقتضى أحدهما التضمين بالمثل أو القيمة و مقتضى الآخر المعاملة مع التالف معاملة ملك نفس المتلف، فهذا الثاني لأجل التقدّم الرتبى مقدّم على الأوّل، لكنّه أيضا محلّ خدشه، فإنه ربّما يكون سبب الأوّل ناقصة و يكون الثاني راجعا إلى نقص في شرائط عليّة الأوّل، و أخرى يكون المفروض تماميّة الأوّل في جهات العليّة الحيثية لو لا الابتلاء بجهة المزاحمة، فإن كان الثاني يمنع تقدّم الثاني.

هذا هو الكلام في التخيير بناء على مذاق السبب، و أما بناء على ما اختاره شيخنا المرتضى و قواه من بناءه على خيار تعدّد التسليم فهو لا إشكال فيه لو تمّت الكبرى، أعنى: أصل ثبوت الخيار عند تعدّد التسليم و إن كان في تقوية شيخنا المسألة المتفرّعة عليه دلالة على أنّه مفروغ عنه عنده؛ فإنه بعد ثبوت هذا الأصل نقول: المشتري بواسطة تعدّد تسليم المبيع مخيّر بين الفسخ و الإمضاء، فإن أمضى البيع كان له تضمين البائع بالمثل أو القيمة لقاعدة الإتلاف، و إن فسخه كان له الثمن.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٠



وقد يقال في إثبات الأصل المذكور: إنه مقتضى قاعدة نفى الضرر عن المشتري حيث خرج الثمن عن كيسه و لم تصل يده إلى عوضه، و جبران هذا الضرر إنما هو بالخيار، و فيه: أنه يمكن الانجبار بالضمان و تغريم البائع بالبدل الواقعي.

لا- يقال: فكيف في خيار الغبن قلتم بثبوت الخيار مع إمكان جعل الضمان هناك؟ لأننا نقول: إثبات الضمان هناك حكم وجودي و ليس قضية نفى الضرر إلا رفع الحكم الذي نشأ منه الضرر و هو إطلاق حكم لزوم العقد بالنسبة إلى صورة عدم بذل التفاوت، و أما هنا فلا حاجة إلى إثبات حكم بقاعدة نفى الضرر، فإن الضمان ثابت بأدلتها، فليس في حكم الشرع ضرر.

وقد يقال: إنه مقتضى العقد، فإنه التسليم و التسلم لا أحدهما فقط فإذا امتنع أحدهما فليس خلاف مقتضى القرار إباء الطرف الآخر، و فيه: أن غايته حصول عهدة لكل من المتعاقدين بالنسبة إلى تسليم المال الذي انتقل عنه، و هذا ليس مقتضيا للفسخ بل التضمين بالبدل الواقعي، فإنه و إن لم يتعهد إنشاء إلا نفس المبدل و لكن العهدة عرفا مقتضية لإعطاء البدل عند عدم إمكان المبدل، و لا يرد الإشكال بصورة انتفاء المبيع رأسا حين البيع، فإن ما ذكرنا في فرض انعقاد أصل المبادلة صحيحا، و في هذا الفرض لم ينعقد أصل المبادلة، فكأنه في موضوع تحقق المبادلة تحقق عهده بالإعطاء و التسليم، فإذا امتنع فمقتضى العهدة هو إعطاء البدل لا اختيار الفسخ الذي هو المدعى، و بالجملة لم نعرف دليلا لخيار تعذر التسليم غير قاعدة لا ضرر، و قد عرفت الخدش فيها أيضا.

ثم في مورد قلنا بثبوت القيمة هل للبائع إذا لم يأخذ الثمن أن يحبسه إلى أن يأخذ الثمن كما كان يحبس نفس المبيع لذلك أو لا؟ الظاهر أنه يجوز و ذلك لأن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩١

الدليل على ذلك في نفس المبدل أنه قضية نفس إنشاء التمليك و التملك، فإن لازم ذلك هو نقل النقد إلى كيس البائع و الجنس إلى بيت المشتري و التعبير في الفارسية ب (داد و ستد) تعبير بهذا اللازم، فليس النقل بلا انتقال من قضية العقد، و لا تركه خلاف مقتضاه.

و الحاصل: لازم التمليك و التملك هو وقوع النقل المكاني من الطرفين أعنى: نقل كل عوض إلى محل استيلاء صاحب الآخر و تحت يده المعزى عن قصد الإنشاء الذي لعله محط نظر القائلين بالإباحة في مسألة المعاوضة- و إن أعطت ظواهر الكلمات خلاف ذلك- فهو المراد لثبا، بمعنى أن المقصود صورة ليس إلا صرف الإعطاء و القبض على نحو ما يوقعان عقيب إنشاء التمليك و التملك بحيث يكون النظر إلى نفس وصول العين الخارجية الذي هو نتيجة الملكية، فنظرهما إلى نفس الدرهم و المتاع بلا إنشاء تمليك و تملك أصلا و وساطته في البين، لا صورة و وقوعهما بقصد الإنشاء حتى يكون الإنشاء فعليًا، فإن صاحب القول بالإباحة أجل شأنًا من إنكار صدق البيع في صورة وقوع الفعل بقصد الإنشاء.

و بالجملة: هذا المعنى، أعنى: صرف القبض و الإقباض الخالي عن الإنشاء هو لازم معنى البيع و إنشاء المبادلة، فلا ينفك إنشاء الملزوم عن إنشاء الالتزام بلازمه، فإذا لم يقدم أحد الطرفين بهذا اللازم فلآخر الامتناع، لأنه ليس هذا الامتناع خلاف الوفاء، و إذا جرى ذلك في المبدل جرى في البدل أيضا، إذ ليس للفرع زيادة على الأصل.

و حاصل الكلام في غير مورد شمول دليل التلف قبل القبض أعنى من إتلاف البائع أم الأجنبي أو الثمن أو سائر المعاوضات غير البيع أن الضمان

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٢

المعاوضى إن صح جعله على طبق القاعدة فلا كلام في الكل بتقريب ما مر من أن المعاوضة كما تكون تمليكا بإزاء كذلك تكون بلازم المعنى نقلا و رفعا بإزاء فلا نقل في صورة عدم ما يازاه، و لكن إتمام هذا مشكل لما مر من أن غاية هذا هو التعهد بالإقباض عند القبض فله الامتناع مع عدم القبض نظير ما إذا تخلف الشرط بل لعله منه حقيقة فغايتها الخيار بحيث يصدق على الإمضاء أنه وفاء لا الانفساخ.

و على هذا فإجراء ضمان المعاوضة في غير مورد شمول النصّ مشكل، و أمّا إتلاف الأجنبي فقسم منه داخل في التلف السماوى كما في السرقة، فإنّه بالنسبة إلى السارق، المتحقّق ضمان اليد لا الإتلاف، و أمّا بالنسبة إلى المسروق منه فالصّادق عنوان التلف، و قسم منه لا يشمل التلف السماوى و هو ما إذا أتلفه الغير المعين بشخصه بأن كسر الكأس مثلا، فهذا أيضا كإتلاف البائع يبعد شمول النصّ له فيجىء فيه ما مرّ في إتلاف البائع من الكلام إلّا أن يثبت هنا إجماع على التخيير بين القيمة و الثمن كما ادعى.

و أمّا جريان ضمان المعاوضة في الثمن فمبنيّ بعد بطلان القاعدة المشار إليها آنفا على أحد أمرين:

الأوّل: استظهار ضمان المعاوضة من ذيل رواية عقبه بقرينه و حده السياق، و أنّه أريد بكلمة الضمان في قوله- عليه السلام-: «فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه» (١) ما تقدّم ذكره في الصدر من قوله: «من مال صاحب المتاع» بعد سؤال السائل أنّه: إذا استرق المتاع الغير المقبوض من البائع فهو من مال من يكون؟ فإنّه إذا علم أنّه أريد من الصدر ضمان المعاوضة فيبعد أن يراد

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، ص ٣٥٨، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٣

من الذيل ضمان اليد، فكأنّه قيل: إنّ عين الحال الذي كان للبائع بالنسبة إلى مشتريه يتحقّق بعد إقباضه المبيع في المشتري بالنسبة إلى البائع، و لا- ينافي أنّ هذا مختصّ بالثمن الشخصي و هو فرد نادر فيحمل الضمان على إرادة الدين الثابت حتى يكون محمولا على الثمن الكليّ الذي هو الغالب، إذ فيه أنّ كلمة الضمان ليس معناها المديونية و أيضا الغاية غير لائقة حينئذ، فإنّ قول القائل: أنت مديون حتى تردّ بمنزلة قول القائل: هذا واجب عليك حتى تفعله ركيك مستبشع، فهذا قرينه على إرادة الفرد النادر و التعرّض للفرد النادر غير حمل الإطلاق على الفرد النادر.

نعم يرد على هذا أنّ تفريع الضمان في الثمن على إعطاء المثلن ممّا لم يقل به أحد، و يمكن أن يجاب أنّه شاهد على قول من قال بأنّ حقّ المشتري بتسليم المبيع أقدم من حقّ البائع، إذ حينئذ يتأخّر ضمان المشتري عن زمان إقباض المبيع.

الثاني: و هو إن تمّ يجرى في سائر المعاوضات أيضا و هو استظهار إرادة مطلق النقل و الانتقال من مادة البيع المذكور في النبوى و ذكره من باب المثال، كما علم ذلك بمناسبة الحكم و الموضوع في حكم الخمس المتعلّق بالأرض التي اشتراها الذمّي من المسلم، فإنّه يتعدّى إلى صورة الصلح مع الذمّي و الهبة المعوّضة معه و سائر المعاوضات.

فنقول في المقام أيضا مناسبة حكم الانفساخ كون البائع متعهّدا بالتسليم و هذا معنى مشترك في الثمن و في العوضين في عامّة المعاوضات، و الحاصل أنّه من الممكن اختصاص العنوان بالحكم كما في اعتبار القبض في المجلس في الصرف و الخيار بين الردّ و الأرش، حيث إنّ الدليل فيهما ورد في البيع و لا يجرى في الصلح

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٤

و غيره، و لكن قد يلقي العنوان من جهة المناسبة المقاميّة كما في منع بيع أمّ الولد حيث إنّ الظاهر كون المانع هو الولد من دون خصوصيّة البيع، أو خمس الأرض التي اشتراها الذمّي من المسلم، فإنّ الظاهر أنّ الوجه مطلق انتقال الأرض و صيرورة الذمّي مالكا لها من دون خصوصيّة للبيع.

فمن الممكن أو الظاهر أنّ وجه الضمان في التلف قبل القبض كون البائع ذا عهدة بإعطائه و تسليط المشتري عليه من دون خصوصيّة للبيع كما عبّر في رواية عقبه عن هذا المعنى بقوله: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يخرج المتاع من بيته و يقبضه.

و لا يشكل أنّه على هذا لا وجه لتخصيص الضمان في طرف الثمن بما بعد إقباض المثلن كما هو ظاهر ذيل رواية عقبه، بل اللازم كونه مطلقا لأنّ العهدة كذلك.

فإنه يقال: يمكن أن يكون قوله - عليه السلام -: فإذا أخرجه، تتمه للكلام السابق أعنى قوله: من مال صاحب المتاع حتى و يخرجه  
يعنى إذا أخرجه ارتفع ضمان البائع و الباقي هو ضمان المشتري، لا أن التطبيق جىء به لأجل ضمان المشتري.  
و ههنا كلام من المحقق الميرزا محمد تقى الشيرازى استبعد شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - انتسابه إليه، و هو الاستناد فى تعميم الحكم فى  
عامّة المعاوزات بكون حقيقته المعاوزة متقومه و متقيدة بالإقباض و القبض، فمع العدم لا معاوضة لتقيد الرضا به.  
ثم استشكل بأنّ نهايته الخيار كما فى تخلف الشرط فأجاب بأنّ فى مطلق تخلف الشرط نقول بأنّ مقتضاه هو الفساد، و إنّما ثبت  
الخيار فى بعض الموارد للدليل، ثم استشكل بأنّ نستصحب الصحّة الثابتة قبل القبض، فأجاب أولاً  
كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٥

بمنع الصحّة من الرأس و أنّ القبض شرط الصحّة، و ثانيا: بأنّه إذا لم يتحقق القبض نستكشف البطلان من رأس، فهو من قبيل الشرط  
المتأخر.

و أنت ترى أنّ جميع هذه الكلمات بعيدة منه - قدس سرّه - حتّى القول بأنّ قوام المعاوضة بذلك، فإنّ نهايه الأمر أنّ إنشاء التمليك و  
التملك متضمّن للالتزام و التعهد بالتسليط و التسلّط، لا أن يكون العقد مقيدا به بحيث لا عقد مع عدمه، فغاية الأمر حينئذ هو الخيار و  
أين هو من الانفساخ كما هو المدعى؟  
هذا كله فى تلف المبيع كله.

و أمّا تلف بعضه و وصفه فقد يقال بأنّه إذا كان البعض ممّا يقسّط عليه الثمن يجرى فيه قاعدة التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ  
بالنسبة إليه و إلى مقابله من الثمن، و إذا كان ممّا لا يقسّط فحكمه حكم العيب و هو الخيار بين الرّد و الأرش، فإنّ قضيه كون العيب  
من مال بائعه أنّه لا بدّ من تقدير البيع من هذه الجهة كأن لم يقع، و مقتضى هذا هو الخيار بين الرّد و الأرش.  
وفيه: أولاً: أنّ هذا فرع وجود دليل عامّ للجزء و الوصف و المفروض أنّه مختصّ بالمبيع و هو لا يشمل حتّى الجزء الذى يقسّط عليه  
الثمن، و ثانيا: لو فرضنا تعميمه كما لم نستبعده سابقا بواسطة مناسبة الحكم و الموضوع لكن نقول:

غايته الانفساخ بالنسبة إلى الجزء الذى يقسّط عليه الثمن و ما يقابله من الثمن، و أمّا الخيار بين الرّد و الأرش بالنسبة إلى تلف الجزء  
الذى لا يقسّط و فوات وصف الصحّة فلا يلزم من تقدير البيع كأن لم يقع أو تقدير وقوعهما فى مال البائع، إلّا أنّ البائع متعهد و  
ضامن للقيمة الواقعية، و أين هذا من الرّد و الأرش المصطلح.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٦

لكن يمكن أن يقال: إنّا بعد ما سلّمنا التعميم فى الدليل حتّى للأوصاف فالظاهر بقضيه وحدة السياق و وحدة المحمول أنّ الضمان فى  
الوصف من سنخ الضمان فى العين، فكما لم يكن فى العين بالنسبة إلى القيمة الواقعية، فكذا بالنسبة إلى الوصف أيضا لا بدّ أن لا  
يكون باعتبار القيمة بل باعتبار الثمن، و كما كان الاعتبار فى المبيع بالثمن من جهة تقدير التلف من مال البائع قبل العقد، و إذا اعتبر  
التلف فى الوصف هكذا ينتج الخيار بين الرّد و الأرش.

لكن فيه: أنّ هذا فرع وجود العموم فى الدليل، و لهذا يمكن هذا التقريب فى باب الضمان فى زمن الخيار لقوله: «إن تلف أو حدث  
فيه حدث فى زمن الخيار فهو من مال البائع» «١» و أمّا فى المقام فنحن و إنّ سلّمنا المناسبة المقامية لكن غاية الأمر التعدى فى العين  
من انتقاله البيعى إلى عامّة انتقالاته المعاوزية، لا التعدى من العين إلى الأوصاف، هذا حال هذا الدليل.

و أمّا دليل نفي الضرر فنحن و إنّ سلّمنا عمومه للضرر العرضى و أغمضنا النظر عن اختصاصه بالمالى و ربّما لا يكون فى المال ضرر،  
لكن الضرر لم ينشأ هنا من قبل حكم شرعى، فإنّ العين قد بيعت على صحتها و العيب طرأ بعد البيع و ورود الحكم الشرعى بالصحّة و  
اللزوم، فهو بعينه كالعيب الحادث بعد الانتقال إلى يد المشتري، و العجب أنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه - يظهر منه تقرير الاستدلال  
بدليل نفي الضرر، هذا.

و يمكن إثبات خيار الفسخ و الردّ دون الأرش بما مرّ مرارا من اشتمال البيع على تعهّد التسليم لما أنشأه كلّ من الطرفين إلى الآخر على نحو ما أنشأه، و يسمّى

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٥٢، ح ٥.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٧

هذا خيار تخلف الشرط الذي هو خيار عرفي لم يردعه الشارع، فإذا باع العين بوصف صحّتها و تعهّد و التزم بالتسليم لها على الوجه الصحيح و تخلف عن هذا التعهّد فهو كسائر تعهّداته التي تخلف عنها.

لكن هذا كما عرفت قاصر عن إثبات الأرش و غايته إثبات الردّ، و لا يجرى هذا في إتلاف نفس المشتري، لأنّه بإتلافه كأنه استوفى ما تعهّد له البائع بالتسليم و لا ينتقض بإتلافه للوصف المتعهّد به في العقد قبل العقد، فإنّه أتلّف الوصف من مال غيره و ليس بمنزلة الاستيفاء، فإذا وقع العقد مبنيًا على الالتزام بوجود الوصف جاء الخيار، و أمّا هنا فحين العقد كان المبيع واجدا للوصف و تسلّمه المشتري أيضا فلا مجال للخيار.

نعم يجرى في إتلاف الأجنبي فلمشتري الفسخ، فيغرم الأجنبي أرش الجنابة للبائع، و الإمضاء و الرجوع إلى الأجنبي بأرش الجنابة، و الله تعالى هو العالم بحقائق الأحكام.

### [مسألة حكم بيع المكيل و الموزون قبل قبضه]

مسألة اختلف أصحابنا في بيع الطعام بل مطلق المكيل و الموزون قبل قبضه هل هو جائز أو مكروه؟ لاختلاف الأخبار، فإنّها بين مانعة عنه مطلقا و مجوّزة كذلك و مفصّلة بين التولية بالجواز و غيرها بالمنع، فجعل بعضهم حمل المطلق في المنع على غير التولية و المطلق في الجواز على التولية بقرينه هذا المفصّل أولى من التصرف في الهيئة و القول بالكراهة، و جعل بعضهم العكس أولى فذهبوا إلى الكراهة.

و استشكل عليهم بأنّه على هذا لا يبقى مجال لفهم كراهة التولية من الأخبار

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٨

كما هو المتفق عليه بين أرباب هذا القول و إن جعلوا كراهتها أخفّ من غيرها، و الأخبار المطلقة في المنع لا بدّ من تقييدها بالمفصّلة المصرّحة باستثناء التولية، فإنّ الظاهر استثناءها من الحكم المشتمل عليه الصدر، و هو أصل الكراهة لا شدّتها، فيكون المنفى في جانب المستثنى أصل الكراهة لا شدّتها فيقيّد به ما ظاهره الكراهة مطلقا حتّى في التولية؛ لأنّهما من المطلق و المقيد المتخالفين لا المتوافقين المحتاج في التقييد إلى إحراز وحدة المطلوب، و بالجملة: على حسب الدليل لا- يمكن إثبات كراهة التولية، فإن كان إجماع فهو مطلب آخر، هذا.

و قد رجح شيخنا الأستاذ التصرف في الهيئة بقرينه الأخبار المطلقة الدالّة على عدم البأس مستدلّا بأنّ حمل هذه المطلقات على التولية حمل للمطلق على الفرد النادر، فإنّ التولية و هو البيع برأس المال فرد نادر من البيع، فيبعد حمل المطلق عليه، و هذا بخلاف حمله على مطلق البيع و رفع اليد عن الخبر المانع في غير التولية الظاهر في التحريم و صرفه إلى الكراهة حتّى يلائم مع عدم البأس، فإنّه ليس بمكان من البعد، بل شاع و ذاع إطلاق الهيئة و إرادة الكراهة، حتّى أنكر بعضهم ظهوره في الإلزام.

و أمّا ما أورده شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من أنّ استثناء التولية يوجب بناء على حمل النواهي على الكراهة انتفاء الكراهة فيها مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول و إن كانت أخفّ، ففيه: أنّ غاية المطلب دوران الأمر بين حمل النواهي على الكراهة الشديدة حتّى يكون الاستثناء من الكراهة الشديدة دليلا على ثبوت الخفيفة في المستثنى و بين حمل المطلقات

الكثيرة الواردة في مقام البيان على الفرد النادر.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٣٩٩

و إن شئت قلت: الأمر دائر بين أحد أمور ثلاثة: حمل النواهي على مطلق الكراهة حتى يفيد الاستثناء نفى أصلها، و حملها على شدة الكراهة حتى يفيد الاستثناء نفى الشدة مع ثبوت الأصل، و حمل المطلقات الواردة في مقام البيان على الفرد النادر مع عدم إشعار فيها بذكر القيد، و الحمل الأول خلاف الإجماع فيدور بين الأخيرين، و الإنصاف أن الثاني أقرب من الثالث، بمعنى أن الثاني أيضا حمل و توجيه و لكنّه أخفّ من الثالث فتدبر.

و بالجملة: لو فرضنا دوران الأمر بين القولين إمّا الحرمة في غير التولية و الإباحة فيها و إمّا الكراهة الشديدة في غيرها و الخفيفة فيها بحيث كان القول بأصل الكراهة في غيرها و الإباحة فيها خلاف الإجماع فلا يظهر حمل الروايات على المعنى الثاني لما في الأول من حمل المطلقات على الفرد النادر، غاية الأمر يصير المعنى حينئذ كما يقال في الفارسية (از غير توليه بدم می آید و خوش ندارم باز مگر توليه باشد)، فإنّ الإنسان يفهم منه أصل الكراهة في التولية و هو في نفسه و إن كان بعيدا لكنّ الأول أبعد منه. بقي الكلام في أن الأخبار المانعة بين ما علق الجواز على القبض و بين ما علقه على الكيل و الوزن، فيكون مثل قضيه (إذا خفي الأذان فقصر) و قضيه (إذا خفي الجدران فقصر) ذا احتمالات:

أحدها: أن يكون كلّ من الأمرين سببا مستقلا، و الثاني: أن يكونا معا سببا فلا يكفي أحدهما، و الثالث: أن يكون أحدهما كناية عن الآخر؛ فإنه يصحّ جعل أحد العنوانين المتلازمين في الوجود غالبا كناية عن الآخر، و الشاهد على بطلان استقلالتهما خبر معاوية بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٠٠

أو تزنه إلّا أن توليه بالذي قام عليه» (١) حيث إنّ السائل عبّر بالقبض و الإمام - عليه السلام - عبّر بالكيل أو الوزن، و لو كان كلّ منهما أمرا مستقلا لصار المقام بمنزلة أن يسأل السائل: هل يجب القصر عند خفاء الأذان؟ فيجاب: يجب القصر عند خفاء الجدران، بمعنى أنّه سأل عن سبب شيء و يجاب بسبب شيء آخر.

و أمّا احتمال أن المراد أن القبض غير مفيد بل اللازم هو الكيل أو الوزن فهو خلاف الظاهر؛ فإنّ الظاهر أنّه أراد - عليه السلام - إعادة نفس ما ذكر في سؤال السائل بعبارة أخرى، فإذا بطل استقلالتهما فكونهما جزأين للسبب و هو مجموع الأمرين خلاف الظاهر بالنسبة إلى الاحتمال الآخر، أعنى: كون أحدهما المعيار و الآخر هو الكناية عن الأول.

فيدور الأمر بين أن يكون المعيار هو القبض و يكون الكيل كناية عنه أو بالعكس، و الظاهر الأول، فإنّ الكيل من مقدمات القبض، و من الشائع التعبير عن الشيء بالمقدمة الموصلة إليه كما يقال: إن سعدت السلم أعطيتك درهما، و المقصود كونه على السطح لا موضوعيّة الصعود على السلم.

ثمّ على تقدير حمل النهي على التحريم دون الكراهة على خلاف ما قدّمناه فهل يقتصر على صرف التكليف أو يستفاد منه الوضع أيضا، أعنى: بطلان البيع؟

لا إشكال في أنّه لو كان وجه الاحتياج إلى إمضاء الشرع كونه المالك الواقعي و إمضائه إجازة للمالك فالمنع ينافي الصحّة، لأنّه مثل المنع الصادر عن المالك المجازي مانع عن النفوذ.

لكن هذا الوجه خلاف ظاهر الأدلّة، فإنّ الظاهر أن الشارع عامل مع

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٨٩، ح ١١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٠١

الأمل- ك معاملته كون ملاكها ذوى اختيار تام بالنسبة إليها فلا نقص فيها من حيث إجازة المالك والحاجة إلى إمضاء الشارع لأجل إحراز سبب السبب، فمعنى أحل الله البيع صرف تصديق العرف في أن ما يروونه يباع واقعا وأصابوا في نظرهم، وعلى هذا فمن الجائز أن يكون المنع الشرعى متوجها إلى قسم خاص من البيع بعنوانه المعاملى، ومع ذلك كان صحيحا نافذا مثل الأسباب التكوينية إذا فرض تعلق الكراهة بإيجادها حيث لا ينافى ذلك ترتب مسبباتها عليها لو أوجدت عصيانا.

ولكن قد يستفاد من الرواية الواردة في نكاح العبد بغير إذن سيده حيث أبطله بعض العامة و ردّه الإمام- عليه السلام- بقوله: «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازة فهو له جائز» (١) أن معصية الله متى تحققت بعنوان المعاملة من حيث نفسها لا باعتبار أمر خارج عنها ينافى مع صحتها ونفوذها حيث إن الظاهر من الرواية أن الذى تحققت فى نكاح العبد إنما هو مخالفة السيد فى هذا النكاح لا مخالفة الرب، ومخالفة السيد قابلة لأن يلحقها الرضا بخلاف مخالفة الله، فإنها غير قابلة للحقوق الرضا لاستحالة الندم عليه تعالى. والحاصل: يستفاد منه أنه لو كان المتحقق مخالفة الله لما كان له علاج، ولكن المتحقق مخالفة السيد ولها علاج، فيفهم منه الملازمة بين مخالفة الله والفساد، هذا مضافا إلى الإجماع الذى حكاه سيدنا أستاذ الأستاذ السيد محمد الأصفهاني - طاب مضجعه - على ما حكاه عنه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - على أنه كلفا ورد النهى على عنوان المعاملة فلازمه الفساد وضعا. لا يقال: ظاهر النواهي فى باب المعاملة الإرشاد إلى الفساد كما فى باب

(١) - الوسائل: ج ١٤، الباب ٢٤، من أبواب نكاح العبيد والإماء، ص ٥٢٣، ح ١.

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٠٢

العبادة فما وجه حمل نواهي هذا الباب إلى التحريم التكليفي ثم الانتقال بتوسطه إلى الوضعي.

لأننا نقول: نعم ولكن هنا اماره التكليف موجودة وهو قوله فى بعض أخبار الباب: لا يعجبني، فإنه ظاهر فى التكليف وبعد حمله على التحريم بقريته سائر الأخبار على ما هو مذاق المشهور على خلاف ما هو ظاهره من الكراهة لا يبقى ظهور فى تلك النواهي فى الإرشاد، كما أنه على قولنا من حمله على ظاهره من الكراهة أيضا لا يبقى لظهور تلك النواهي فى الإرشاد مجال، وذلك لمكان وحدة السياق فى الجميع.

بقى مطلب آخر وهو أنه هل الحكم وضعا أو تكليفا أو كراهة مختص بخصوص البيع فلا يجرى فى سائر المعاوضات فيجوز بيع ما انتقل بها قبل القبض فضلا عن غير المعاوضة كالقرض والصدقات والإيفاء بغير الجنس أو يجرى فى الجميع؟ وكذلك هل يختص بالمبيع فلا يجرى فى طرف الثمن ولو كان يباع أو يجرى فى كليهما؟ ليس فى الأخبار لفظ يستفاد منه العموم؛ فإن الاختصاص بالمكيل والموزون يرفع احتمال إناطة الحكم بكون المبيع فى معرض الانفساخ بالتلف قبل القبض فإنه يجرى فى غير المكيل والموزون ولا يجرى فى الكلى فى الذمة منهما، وبعد رفع هذا الاحتمال من البين لا مجال لتوهم مناسبة موجبة لتعميم الحكم وتسريته إلى غير مورد الأخبار.

فمقتضى القاعدة هو الحكم بالاختصاص فى كلا المقامين، كما أنه لا مجال لتخصيص الحكم بخصوص الطعام بعد إناطته فيه أيضا بكونه ميا يكال ويوزن كما فى بعض الأخبار، ولا لتخصيصه بخصوص المبيع الشخصى بعد عموم الحكم للكلى، فإن المناسبة المتقدمة لو أمكن القول بها أمكن دعوى الانصراف، ولكن

كتاب البيع (للأراكي)، ج ٢، ص: ٤٠٣

بعد ملاحظة التقييد بالمكيل والموزون مع عدم اختصاص المناسبة بذلك يندفع هذا الاحتمال، فلا مجال لاحتمال تخصيص بل يعم الحكم كليهما لعموم الكلام.

نعم محل هذا الكلام فى الكلى فى الذمة الذى كان معجلا أو حلّ أجله، وأما المؤجل الذى لم يحلّ فجواز بيعه وعدمه مسألة أخرى

و لعله لا يحتاج بعد المراجعة إلى الأخبار و كون المنع فيها اتفاقيا، و الله العالم بحقائق أحكامه. □  
 هذا آخر ما استفدنا من بحث مولانا و إمامنا الأستاذ الأعظم ملاذ العرب و العجم آية الله في العالم، الحبر العليم الحاج الشيخ عبد  
 الكريم اليزدي الحائري، أطال الله علينا بركات أنفاسه القدسيّة بمحمد و آله خير البرية.  
 اللهم طهر نفوسنا و حسن أخلاقنا، و أصلح جوارحنا و تقبّل منا بكرمك و جودك و طولك و فضلك و بحرمة محمد و آله  
 الأقدسين الأطهرين صلواتك عليه و عليهم أجمعين. □  
 و كان ذا في الأربعاء العاشر من شهر رجب المرجب من سنة ١٣٤٦ و الحمد لله أولا و آخرا و باطنا و ظاهرا و قد كتبه يميناه الدائرة  
 مؤلفه الضعيف محمد علي الشريف عفى الله عنه و عن والديه و أستاذه جرائمهم.

اراكى، محمد على، كتاب البيع (للأراكي)، ٢ جلد، مؤسسه در راه حق، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

### تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).  
 قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رحِمَ اللهُ عبداً أحمياً أقرناً... يتعلم علوماً و يعلمها الناس؛ فإن الناس لو علموا محاسن  
 كلامنا لأتبعونا... (بناذر البحار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ  
 الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رحمه الله - كان أحداً من جهابذة هذه  
 المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و  
 بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠  
 الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.  
 مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)  
 تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب  
 الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و  
 عموم الناس إلى التحرر الأذق للمسايل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايت المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل  
 (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و اهل البيت  
 -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم  
 الإسلامية، إنالة منابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...  
 - منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات -  
 في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.  
 - من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبية، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" [www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com) و عدّه مواقع أُخرَ

(ه) إنتاج المُنتجات العرضية، الخَطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإِطلاق و الدّعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الديتية كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة

(ى) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسى: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد/ ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفترق" و فائى/ "بنايه" القائمية"  
تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

البريد الالكتروني: [Info@ghaemiyeh.com](mailto:Info@ghaemiyeh.com)

المتجر الانترنتى: [www.eslamshop.com](http://www.eslamshop.com)

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّة، تبرّعية، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا تُوفى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفّق الكلّ توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولىّ التوفيق.



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
الغمامة اصححان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)  
[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)  
[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)  
[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩