



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه  
صلى  
عليه  
وآله  
وسلم

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

کتاب  
منیۃ الطالب  
فی  
حاشیۃ الکافی

میرزا محمد حسین غروی نائینی

جلد ۱-۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# منیه الطالب فی حاشیه المکاسب

کاتب:

موسی بن محمد نجفی خوانساری

نشرت فی الطباعة:

المطبعة الحیدریه

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

## الفهرس

٥	الفهرس
٢١	منيه الطالب فى حاشيه المكاسب
٢١	اشاره
٢١	الجزء الأول
٢١	[المكاسب المحرمه]
٢١	اشاره
٢٢	أما المقدمه
٢٥	الفصل الأول لا يجوز بيع الأعيان التجسه
٢٥	اشاره
٢٦	ثم إن هاهنا فروعاً ينبغى التعرض لها
٢٦	الأول ألحق بالتجاسات المتنجسات فى حرمه المعاوضه عليها
٢٧	الثانى استثنى من عدم جواز بيع التجس أمور
٢٧	الأول المملوك الكافر
٢٧	الثانى الكلب الصيود و الحارس
٢٩	الثالث العصير العنبى بعد الغليان و إن لم يذهب ثلثاه
٢٩	الفرع الثالث استثنوا من المتنجسات الدهن
٢٩	اشاره
٢٩	أحدها هل يجب على البائع اشتراط الاستصباح على المشتري أم يصح مطلقاً
٣٠	الثانى هل يجب إعلام المشتري بالتجاسه أم لا
٣١	الثالث هل يجوز الانتفاع بالدهن المتنجس لغير الاستصباح
٣٥	الفصل الثانى ما يحرم التكسب به لوجود صفه محرمة فيه أو لغايه محرمة
٣٥	اشاره
٣٥	الأولى ما كان جهه حرمة وجود صفه خارجيه فيه
٣٥	اشاره

- ٣٥ ..... أما الأول فكالصنم و الصليب
- ٣٦ ..... و أما القسم الثاني كالطبل
- ٣٧ ..... الثانيه ما كان جهه حرمته وجود صفه معنويه فيه
- ٣٧ ..... الثالثه ما إذا قصد فى المعامله غايه محرمة كبيع العنب بشرط أن يعمله خمرا
- ٣٧ ..... الرابعه ما إذا لم يقصد المعامله لغايه محرمة و لكنّه يعلم يترتب الغايه المحرّمه عليها
- ٤٣ ..... الفصل الثالث ما يحرم الاكتساب به لغايه محرمة تترتب عليه شأنًا من دون قصد البائع ترتب هذه الغايه من شراء المشتري
- ٤٤ ..... خاتمه
- ٤٤ ..... اشاره
- ٤٧ ..... أما المقدمه
- ٤٧ ..... المبحث الأول المحرمات بأجمعها لا يمكن الإجاره عليها
- ٤٨ ..... الثانى الواجبات النظاميه كلها يجوز أخذ الأجره عليها
- ٤٩ ..... الثالث فى حكم الواجبات الغير النظاميه
- ٥٧ ..... ثم إنه ينبغى التنبيه على أمور
- ٥٧ ..... الأول مقتضى ما ذكرنا من اعتبار الشرطين فى الإجاره عدم صحه إجاره من اشتغلت ذمته بعمل فى وقت خاص
- ٥٨ ..... الثانى وردت روايات تدل على حرمة بيع المصحف و جواز شراء جلده و حديده و كاغذه
- ٥٩ ..... الثالث قد وردت عده روايات على جواز أخذ جوائز سلطان الجور و عماله
- ٥٩ ..... اشاره
- ٦١ ..... و الصور المتصوره فى هذه الأموال المأخوذه ممن لا يبالي بالحرام أربع
- ٦١ ..... اشاره
- ٦١ ..... أما الصورة الثالثه
- ٦١ ..... اشاره
- ٦٥ ..... ثم إنه يتفرع ذلك على فروع
- ٦٥ ..... الأول لو توقف الفحص على أجره
- ٦٥ ..... الثانى هل يجب الفحص سنه أو لا يتقيد بمقدار
- ٦٦ ..... الثالث فى بيان مصرف هذا المال بعد اليأس عن صاحبه
- ٦٨ ..... الرابع فى حكم الضمان لو ظهر المالك

- وَأَمَّا الصَّوْرَةُ الزَّائِعَةُ ..... ٧٣
- الرَّابِعُ قَدْ اسْتَفَاضَتْ التَّصَوُّصَ بِأَنَّ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ بِاسْمِ الْخِرَاجِ وَالْمَقَاسِمَةِ ..... ٧٥
- إِشَارَةٌ ..... ٧٥
- الأولى قال في المسالك المقاسمه حصه السلطان من حاصل الأرض ..... ٧٦
- الثانيه أن الأراضي التي هي موضوع البحث هي الأراضي المأخوذه من الكفار بالصلح ..... ٧٧
- الثالثه ظاهر جماعه من الأصحاب وجوب دفع حصه السلطان إليه ..... ٧٧
- الرابعه لا فرق في الجواز بين ما أخذه السلطان و وضعه في بيت المال و ما لم يأخذه ..... ٧٩
- الخامسه هل المراد من السلطان الوارد في هذه الروايات هو السلطان الذي يرى نفسه خليفه ..... ٨٠
- كتاب البيع ..... ٨٣
- إشارته ..... ٨٣
- [معنى البيع] ..... ٨٥
- إشارته ..... ٨٥
- إنما المهم بيان أمور ينبغي التنبيه عليها ..... ٨٩
- الأول أن مقتضى ما ذكرنا في حقيقه المعاوضه أن البيع و نحوه من مقوله المعنى ..... ٨٩
- الأمر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء ..... ٩٠
- الأمر الثالث لا إشكال و لا خلاف في اعتبار كون المبيع عيناً ..... ٩٥
- خاتمه قد ظهر إجمالاً أن الفقهاء عرّفوا البيع بتعاريف مختلفه ..... ١٠٥
- [الكلام في المعاطاه] ..... ١٠٧
- إشارته ..... ١٠٧
- أبقى الكلام في الخبر الذي تمسك به في باب المعاطاه ..... ١٤٦
- [و ينبغي التنبيه على أمور] ..... ١٤٩
- [الأول الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع] ..... ١٤٩
- [الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلاً] ..... ١٥١
- [الأمر الثالث تميز البائع من المشتري] ..... ١٥٣
- [الأمر الرابع أن أصل المعاطاه و هي إعطاء كل منهما الآخر ماله] ..... ١٥٥
- [الأمر الخامس في حكم جريان المعاطاه في غير البيع] ..... ١٧٠

- ٢٠٤ ..... [الأمر السابع أنّ الشَّهيد الثاني ذكر في ذلك وجهين في صيروره المعاطاه بيعا]
- ٢٠٨ ..... [الأمر الثَّامن لا إشكال في تحقّق المعاطاه]
- ٢١٢ ..... تذييلان
- ٢١٢ ..... الأوّل في حكم النماء و المنافع على القول بالملك قبل الرّجوع و بعده
- ٢١٤ ..... الثَّاني يظهر من المحقّق الثَّاني على ما حكى عنه الفرق بين المعاطاه في البيع و القرض
- ٢١٤ ..... [مقدّمه في خصوص ألفاظ عقد البيع]
- ٢١٤ ..... اشاره
- ٢٢٤ ..... [مسأله المحكى عن جماعه اعتبار العربيه]
- ٢٢٤ ..... [مسأله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه]
- ٢٢٤ ..... [مسأله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول]
- ٢٢٩ ..... [مسأله و من جمله شروط العقد الموالاه]
- ٢٣١ ..... [مسأله و من جمله الشّرائط الّتي ذكرها جماعه التّنجيز]
- ٢٣٤ ..... [مسأله و من جمله شروط العقد التّطابق بين الإيجاب و القبول]
- ٢٣٤ ..... [مسأله و من جمله شروط العقد أن يقع كلّ من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء]
- ٢٣٤ ..... [أفرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصّيغه]
- ٢٣٨ ..... [مسأله في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]
- ٢٣٨ ..... [الأوّل الضمان]
- ٢٣٨ ..... اشاره
- ٢٤٢ ..... [القول في القاعده المعروفه كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و عكسها]
- ٢٤١ ..... [الثَّاني من الأمور المنفّعه على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فورا]
- ٢٤٤ ..... [الثالث في المنافع المستوفاه]
- ٢٧٠ ..... [الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله]
- ٢٧٤ ..... [الخامس ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل]
- ٢٧٨ ..... [السادس لو تعدّ المثل في المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك]
- ٢٩٠ ..... [السابع لو كان التّالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه]
- ٢٩١ ..... اشاره



- ٢٩٤ ..... [تحقيق حول صحيحه أبي ولاد]
- ٢٩٤ ..... اشاره
- ٣٠٢ ..... فينبغي لتوضيح جميع ما تقدم من التنبيه على أمور .....
- ٣٠٣ ..... الأول قد يتخيل في بادي النظر التنافي .....
- ٣٠٤ ..... الثاني قد تقدم أن تلف الوصف أيضا كتلف العين موجب للضمان .....
- ٣٠٤ ..... الثالث لو تعدر الوصول إلى العين فهل حكمه حكم التلف .....
- ٣٠٤ ..... اشاره
- ٣٠٥ ..... الأول في تنقيح مورده .....
- ٣٠٧ ..... الأمر الثاني في الأدلة التي أقاموها على لزوم بدل الحيلولة .....
- ٣٠٩ ..... الأمر الثالث هل المدار في التعذر على التعذر المسقط للتكليف .....
- ٣١٠ ..... الأمر الرابع في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته و هي في ضمن مسائل .....
- ٣١٠ ..... الأولى هل البديل ملك للمالك أو مباح له وجهان .....
- ٣١١ ..... الثاني هل البديل بدل للعين دائما أو ما دام التعذر .....
- ٣١٢ ..... الثالث هل العين التي يجب على الضامن .....
- ٣١٦ ..... الرابع هل دفع البديل حق للضامن أو المطالبه به حق للمالك أو لكليهما .....
- ٣١٦ ..... الخامس أنه لا إشكال في أن الضامن قبل دفع الغرامه يضمن منافع العين المتعدرة .....
- ٣١٧ ..... السادس إذا ارتفع العذر و تمكن من رد العين إلى مالكة وجب الرد فورا .....
- ٣١٨ ..... السابع قد عرفت أن الغرامه ليست ملكا دائما للمالك .....
- ٣٢١ ..... بقي هنا فروع لا بأس بالتعرض لها .....
- ٣٢١ ..... اشاره
- ٣٢١ ..... الأول لو أقر أحد بمال في يده لزيد ثم أقر أنه لعمره .....
- ٣٢٣ ..... الثاني المدار في بدل الحيلولة هو تعذر رد العين على الضامن .....
- ٣٢٥ ..... الثالث قد تقدم حكم قسمين من أقسام التعذر و بقي قسمان .....
- ٣٢٥ ..... أحدهما ما تعدر رده لأدائه إلى تلف نفس .....
- ٣٢٥ ..... الثاني ما تعدر رده بسبب الخلط أو المزج .....
- ٣٢٨ ..... [الكلام في شروط المتعاقدين]

- ٣٢٩ ..... [مسأله المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبي]
- ٣٤٢ ..... [مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد]
- ٣٤٢ ..... اشاره
- ٣٤٢ ..... الأول أن بعض الجمل مختص بإنشاء
- ٣٤٤ ..... المبحث الثاني في اعتبار قصد المالكين و عدمه
- ٣٥٢ ..... المبحث الثالث في تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع
- ٣٥٤ ..... [مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار]
- ٣٥٤ ..... اشاره
- ٣٥٨ ..... يجب التنبيه على موضوع الحكم و بيان القيود المعتمده فيه
- ٣٥٨ ..... اشاره
- ٣٥٨ ..... الأولى في بيان حقيقته
- ٣٦١ ..... الجبهه الثانيه ما أشاره إليه المصنف
- ٣٦٦ ..... الجبهه الثالثه هل المدار في إمكان التفصي بغير التوريه للخروج عن موضوع الإكراه
- ٣٦٦ ..... الجبهه الرابعه قد تقدم أن الإكراه على القدر المشترك
- ٣٧٠ ..... الجبهه الخامسه إكراه أحد الشخصين على فعل واحد
- ٣٧١ ..... الجبهه السادسه لو تعلّق الإكراه بالمالك دون العاقد أو بالعاقد دون المالك
- ٣٧٥ ..... الجبهه السابعه لو أطاع المكره من جهه و خالف من أخرى فهل يعدّ هذا إكراهًا أم لا
- ٣٧٥ ..... اشاره
- ٣٧٧ ..... [القول في الإكراه على الطلاق]
- ٣٧٩ ..... الجبهه الثامنه في تحقيق ما أفاده المصنف قدس سره
- ٣٩١ ..... [مسأله و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا]
- ٣٩١ ..... اشاره
- ٣٩٩ ..... أفرغ لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح
- ٣٩٩ ..... [القول في بيع الفضولي]
- ٤٠٠ ..... اشاره
- ٤٠٣ ..... [المسأله الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك]

- ٤٠٣ ..... اشاره
- ٤٠٦ ..... [أدله صحه بيع الفضولى]
- ٤٠٦ ..... [من أدله صحه الفضولى قضيه عروه]
- ٤٠٨ ..... [من أدله صحه الفضولى صحيحه محمد بن قيس]
- ٤١٠ ..... [من أدله صحه الفضولى الروايات الوارده فى النكاح]
- ٤١٤ ..... [من أدله صحه الفضولى روايات كثيره وردت فى مقامات خاصه]
- ٤١٨ ..... [أو احتج للبطلان الأدله الأربعة]
- ٤١٨ ..... [أما الكتاب]
- ٤٢٠ ..... [أو أما السنه]
- ٤٢٢ ..... [الثالث الإجماع]
- ٤٢٢ ..... [الرابع ما دلّ من العقل و التقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلّا بإذنه]
- ٤٢٤ ..... [المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك]
- ٤٢٦ ..... [المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه]
- ٤٢٩ ..... [فيما أفاد المحقق القمى فى الإجازة]
- ٤٣٥ ..... [بقى هنا أمران]
- ٤٣٥ ..... [الأول أنه لا فرق على القول بصحّه بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو فى ذمّه الغير]
- ٤٤١ ..... [الثانى الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين العقدى و المعاطاه]
- ٤٤٣ ..... [القول فى الإجازة و الرد]
- ٤٤٣ ..... [القول فى الإجازة و حكمها]
- ٤٤٣ ..... اشاره
- ٤٤٨ ..... [فى أنحاء كاشفّيه الإجازة]
- ٤٥٦ ..... [بقى الكلام فى بيان الثّمرة بين الكشف باحتمالاته و التقل]
- ٤٥٦ ..... اشاره
- ٤٦٣ ..... [منها أن فسح الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف]
- ٤٦٥ ..... [أو منها جواز صرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على التقل]
- ٤٦٥ ..... اشاره

- ٤٦٩ ..... تنبيه قد يستدل بالخبر الوارد في تزويج الصغيرين فضولا على حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه
- ٤٦٩ ..... [مسألة النذر المشهوره]
- ٤٧٠ ..... [ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات آخر]
- ٤٧٣ ..... [أو ربما يقال بظهور الثمره في تعلق الخيارات]
- ٤٧٥ ..... [أو ينبغي التنبيه على أمور]
- ٤٧٥ ..... [الأول أن النزاع في حكم الإجازة إنما هو في حكمها شرعا لا في معناها لغه]
- ٤٧٧ ..... [الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ]
- ٤٧٩ ..... [الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد]
- ٤٨٣ ..... [الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله]
- ٤٨٤ ..... [الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المثلن]
- ٤٨٦ ..... [السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات]
- ٤٨٨ ..... [السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا]
- ٤٩٠ ..... [القول في المجيز]
- ٤٩٠ ..... اشاره
- ٤٩١ ..... أما الجهه الأولى فالشترط جواز تصرف المجيز
- ٤٩٢ ..... و أما الثانيه فالأقوى عدم اعتبار وجود مجيز فعلى نافذ الإجازة حال العقد
- ٤٩٢ ..... و أما الثالثه فتفتيحها في ضمن مسائل
- ٤٩٢ ..... اشاره
- ٤٩٣ ..... الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة
- ٤٩٦ ..... و أما المسأله الثانيه [من باع شيئا ثم ملك]
- ٥١٣ ..... [المسأله الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف]
- ٥٢٢ ..... [القول في المجاز]
- ٥٢٢ ..... [الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتره في تأثيره عدا رضا المالك]
- ٥٢٤ ..... [الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]
- ٥٢٤ ..... [الثالث المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير و إما العقد الواقع على عوضه]
- ٥٣٦ ..... [مسأله في أحكام الرد]

- إشاره ----- ٥٣٦
- أبقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد]----- ٥٤٠
- أمسأله لو لم يجز المالك فإن كان المبيع فى يده فهو و إلا فله انتزاعه]----- ٥٤٢
- الأولى أنه يرجع عليه بالثمن]----- ٥٤٢
- ألمسأله الثانيه أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن]----- ٥٥١
- أمسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]----- ٥٧٢
- أمسأله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]----- ٥٧٨
- أمسأله ما لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله صفقه واحده]----- ٥٩٣
- أيجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء]----- ٦٠١
- أمسأله من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم]----- ٦٠٦
- أمسأله فى ولاية عدول المؤمنين]----- ٦١٣
- أمسأله يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمانا أن يكون مسلما]----- ٦١٥
- أمسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر]----- ٦٣٢
- أالقول فى شرائط العوضين]----- ٦٣٢
- الأول يشترط فى كل منهما كونه متمولا]----- ٦٣٢
- إشاره ----- ٦٣٢
- ألا بأس بالإشاره إجمالا إلى جميع أقسام الأرضين]----- ٦٣٤
- ألو اعلم أنه ذكر الفاضلان بعد الملكيه كونه طلقا]----- ٦٤٠
- إشاره ----- ٦٤٠
- أمسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا]----- ٦٤١
- إشاره ----- ٦٤١
- أفاعلّم أنّ الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صوراً]----- ٦٥٠
- الأولى أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]----- ٦٥٠
- أالصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]----- ٦٥٢
- أالصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه]----- ٦٥٢
- أالصوره السابعه أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظناً]----- ٦٥٤

- ٦٥٦ ..... [أو أمّا الوقف المنقطع]
- ٦٥٩ ..... [مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]
- ٦٥٩ ..... اشاره
- ٦٦١ ..... [ثم إنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليته مستفاده من الأخبار]
- ٦٦١ ..... ثم إنّ الموارد التي قيل بالتخصيص فيها صور
- ٦٦١ ..... اشاره
- ٦٦٢ ..... [القسم الأول تعلق حقّ للغير بها]
- ٦٦٢ ..... فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين به
- ٦٧٢ ..... [أو منها تعلق كفن مولاها بها]
- ٦٧٤ ..... [أو منها ما إذا جنت على غير مولاها في حال حياته]
- ٦٧٦ ..... [أو منها ما إذا جنت على مولاها]
- ٦٧٦ ..... و أمّا موارد القسم الثاني و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعات من حقّ الاستيلاء
- ٦٧٨ ..... [أو من القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء]
- ٦٧٨ ..... [أما إذا كان علوقها بعد الزهن]
- ٦٨٠ ..... [أو منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه]
- ٦٨٥ ..... [أو منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط]
- ٦٨٦ ..... [أو القسم الرابع فهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرض لها للعتق]
- ٦٨٦ ..... [أو من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]
- ٦٨٦ ..... اشاره
- ٦٨٦ ..... الأولى في صحتها بالإجازة
- ٦٩٢ ..... الجبهه الثانيه في أنّ النزاع في الكشف و التقل هل يجرى في إجازة المرتهن أم لا
- ٦٩٣ ..... الجبهه الثالثه في صحه بيع الزاهن بفكّ الرهانه
- ٦٩٤ ..... [مسألة إذا جنى العبد عمدا]
- ٦٩٧ ..... [مسألة الثالث من شروط العوضين قدره على التسليم]
- ٦٩٧ ..... اشاره
- ٧١٤ ..... [مسألة لا يجوز بيع الأبق منفردا]

- ٧١٦ ..... [أو من شرائط العوضين عدم الغرر]
- ٧١٦ ..... [مسأله المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]
- ٧٢١ ..... [مسأله لو قلنا باعتبار الغرر الشخصي]
- ٧٢٨ ..... [مسأله إذا أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه]
- ٧٣١ ..... [مسأله قال في الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهده و إن لم يمسا]
- ٧٣٣ ..... [مسأله بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء]
- ٧٣٣ ..... اشاره
- ٧٤٣ ..... [مسأله لو باع صاعا من صبره]
- ٧٥٠ ..... [إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليه]
- ٧٥٠ ..... اشاره
- ٧٥٢ ..... [افرعان]
- ٧٥٣ ..... [الأول لو اختلفا في التغيير]
- ٧٦٠ ..... [الثاني لو اتفقا على التغيير و اختلفا في تقدم التغيير على البيع]
- ٧٦٢ ..... [مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه]
- ٧٦٤ ..... [مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه]
- ٧٦٩ ..... الجزء الثاني
- ٧٦٩ ..... اشاره
- ٧٧٠ ..... [القول في الخيارات]
- ٧٧٠ ..... اشاره
- ٧٧٠ ..... [مقدمتان]
- ٧٧٠ ..... [الأولى في معنى الخيار لغه]
- ٧٧٢ ..... [الثانيه ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه أن الأصل في البيع اللزوم]
- ٧٨٨ ..... [القول في أقسام الخيار]
- ٧٨٨ ..... [الأول في خيار المجلس]
- ٧٨٨ ..... [مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا وكيلين في الجملة]
- ٧٩٧ ..... [مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره ولايه أو كاله]

- ٧٩٨ ..... [مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]
- ٧٩٨ ..... [منها من ينعقد على أحد المتبايعين]
- ٨٠٤ ..... [أو منها شراء العبد نفسه]
- ٨٠٦ ..... [مسأله لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع]
- ٨٠٨ ..... [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٨١١ ..... [القول في مسقطات الخيار]
- ٨١١ ..... [مسأله لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]
- ٨١١ ..... اشاره
- ٨١٧ ..... [أفرع ذكر العلامة موردا لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس]
- ٨١٧ ..... [مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]
- ٨١٧ ..... اشاره
- ٨١٩ ..... [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]
- ٨١٩ ..... [مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]
- ٨٢٠ ..... اشاره
- ٨٢٢ ..... [مسأله لو أكره أحدهما على التفريق]
- ٨٢٤ ..... [مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف]
- ٨٢٤ ..... [الثاني خيار الحيوان]
- ٨٢٤ ..... اشاره
- ٨٢٦ ..... [مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ٨٣٠ ..... [مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مدة الخيار]
- ٨٣٠ ..... [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٨٣٣ ..... [مسأله لا إشكال في دخول الليلتين]
- ٨٣٤ ..... [مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]
- ٨٣٤ ..... [الثالث التصرف و لا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار]
- ٨٣٩ ..... [الثالث خيار الشرط]
- ٨٣٩ ..... اشاره



- ٨٤١ ..... [مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]
- ٨٤٣ ..... [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٨٤٥ ..... [مسأله يصح جعل الخيار الأجنبي]
- ٨٤٩ ..... [مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]
- ٨٤٩ ..... اشاره
- ٨٥١ ..... [توضيح المسأله يتحقق بالكلام في أمور]
- ٨٥١ ..... [الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمه و إما أن يكون معنا]
- ٨٥٣ ..... [الأمر الثالث قيل أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ]
- ٨٥٥ ..... [الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]
- ٨٦٠ ..... [الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]
- ٨٦٧ ..... [الأمر السادس لا إشكال في قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري]
- ٨٦٩ ..... [الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]
- ٨٧١ ..... [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ كذا يجوز للمشتري]
- ٨٧١ ..... [مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]
- ٨٧٥ ..... [الرابع خيار الغبن]
- ٨٧٥ ..... اشاره
- ٨٨٥ ..... [مسأله يشترط في هذا الخيار أمران]
- ٨٨٥ ..... [الأول عدم علم المغبون بالقيمه]
- ٨٩٥ ..... [الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا]
- ٨٩٧ ..... [بقي هنا شيء]
- ٨٩٧ ..... [مسأله ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي]
- ٨٩٩ ..... [يسقط هذا الخيار بأمور]
- ٨٩٩ ..... [أحدها إسقاطه بعد العقد]
- ٩٠٣ ..... [الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد]
- ٩٠٤ ..... [الثالث تصرف المغبون]
- ٩٠٥ ..... [الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]

- ٩٠٥ ..... اشارة
- ٩٠٧ ..... [أو أما تصرف الغابن]
- ٩٠٧ ..... اشارة
- ٩١٥ ..... [أو لو تصرف الغابن تصرفاً مغتيراً للعين]
- ٩١٧ ..... [أو إن كان التغيير بالزيادة]
- ٩٢٣ ..... [أو لو كان التغيير بالامتزاج]
- ٩٢٦ ..... [أبقى الكلام في حكم تلف المعوضين]
- ٩٣١ ..... [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه مائتة]
- ٩٣١ ..... [مسأله اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي]
- ٩٤٥ ..... القول في خيار التأخير
- ٩٤٥ ..... اشارة
- ٩٥٣ ..... [ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور]
- ٩٥٣ ..... [الشرط الرابع أن يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبره]
- ٩٥٤ ..... [ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار]
- ٩٥٤ ..... [أمنها عدم الخيار لأحدهما أو لهما]
- ٩٥٧ ..... [مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]
- ٩٥٧ ..... [أحدها إسقاطه بعد الثلاثه]
- ٩٥٩ ..... [الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه]
- ٩٦٠ ..... [الرابع أخذ الثمن من المشتري]
- ٩٦١ ..... [مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان]
- ٩٦١ ..... [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع]
- ٩٦٣ ..... [القول في الشروط]
- ٩٦٣ ..... [الكلام في شروط صحه الشرط]
- ٩٦٣ ..... [أحدها أن يكون داخلاً تحت قدره المكلف]
- ٩٦٥ ..... [الثاني أن يكون الشرط سائغاً في نفسه]
- ٩٦٥ ..... [الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتد به عند العقلاء]

- ٩٦٥-----[الزابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]
- ٩٧٩-----[الشّروط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]
- ٩٩٦-----[الشّروط السادس أن لا يكون الشّروط مجهولا]
- ٩٩٨-----[الشّروط السابع أن لا يكون مستلزما للمحال]
- ١٠٠١-----[الشّروط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]
- ١٠٠٥-----[أو قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط]
- ١٠٠٧-----[مسأله فى حكم الشرط الصحيح و تفصيله]
- ١٠٠٧-----[القسم الأوّل إذا تعلق الشرط بصفه من صفات المبيع]
- ١٠٠٩-----[القسم الثالث إذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغايه]
- ١٠١٤-----[القسم الثانى و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل]
- ١٠١٥-----[الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]
- ١٠٢١-----[الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب]
- ١٠٢١-----[لو تعدّر الشّروط فليس للمشتري إيا الخيار لعدم دليل على الأرش]
- ١٠٢٩-----[الخامسه لو تعدّر الشّروط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه]
- ١٠٣٤-----[السابعه قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسط عليه الثمن]
- ١٠٣٨-----[القول فى حكم الشرط الفاسد]
- ١٠٣٨-----[الأوّل أنّ الشّروط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد]
- ١٠٥١-----[الكلام فى أحكام الخيار]
- ١٠٥١-----[الخيار موروث بأنواعه]
- ١٠٥١-----[اشاره]
- ١٠٥٦-----[بقى الكلام فى أنّ إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]
- ١٠٦٠-----[مسأله فى كيفيه استحقاق كلّ من الورثه الخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزيه]
- ١٠٦٠-----[اشاره]
- ١٠٦٦-----[أفرع إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورثهم]
- ١٠٧٠-----[مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات]
- ١٠٧١-----[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]

- ١٠٧٢ ..... [مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله]
- ١٠٧٢ ..... اشاره
- ١٠٧٦ ..... [فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار]
- ١٠٧٧ ..... [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار]
- ١٠٧٧ ..... اشاره
- ١٠٨٣ ..... [فرعان]
- ١٠٨٣ ..... [الثانى أنه هل يجوز إجازه العين فى زمان الخيار]
- ١٠٨٦ ..... [مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك]
- ١٠٩٤ ..... [مسأله من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]
- ١١١٠ ..... [مسأله و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم العوضين فى زمان الخيار]
- ١١١٢ ..... [مسأله قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين]
- ١١١٥ ..... [مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]
- ١١١٦ ..... [القول فى القبض]
- ١١١٦ ..... [مسأله اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول]
- ١١١٨ ..... [الكلام فى أحكام القبض]
- ١١١٨ ..... اشاره
- ١١٢٢ ..... [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]
- ١١٢٤ ..... [مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]
- ١١٢٧ ..... تعريف مركز

سرشناسه : خوانساری نجفی، موسی، ۱۲۵۴ - ۱۳۲۲.

عنوان قراردادى : المکاسب. شرح

عنوان و نام پدید آور : منیه الطالب فی حاشیه المکاسب / تالیف موسی النجفی الخوانساری؛ تقریراً لابیحات آیت... محمدحسین الغروی النائینی؛ طبع علی نفقه مکتبه المحمدی.

مشخصات نشر : طهران: مطبعه حیدری، ۱۳۷۳ق. = ۱۳۳۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

یادداشت : عربی.

یادداشت : افست از روی چاپ گراورسازی رشدیہ.

موضوع : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : نایینی، محمدحسین، ۱۲۳۹-۱۳۱۵.

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب . شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف ۸م ۷۰۳۳ ۱۳۳۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۹۷۶۲۲۰

ص: ۱

هذا هو الجزء الأول كتاب منيه الطالب في حاشيه المكاسب لمؤلفه حجّه الإسلام الحاج شيخ موسى النجفي الخوانساري دامت إفاضاته

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ بِهِ نَسْتَعِينُ

الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على أشرف الأولين والآخرين محمد وآله الأئمة الطيبين الطاهرين ولعنه الله على أعدائهم أجمعين أبد الأبدين

و بعد فيقول أفقر العباد إلى رحمه ربه الباري موسى بن محمّد النجفي الخوانساري هذا ما استفدته ممن انتهت إليه رئاسه الإماميه في القرن الرابع عشر شمس سماء التحقيق وقطب رحى التدقيق شيخ الفقهاء والمجتهدين أستاذ الجهابذه الأساطين حجّه الإسلام والمسلمين آيه الله في العالمين شيخنا وملاذنا الميرزا محمّد حسين الغروي النائيني متّع الله العلماء ببقائه في حكم المكاسب و حيث إنّ الفقهاء جزاهم الله عن الإسلام وأهله خير الجزاء أفادوا في هذا الباب بما لا يخلو عن خلط و تخليط و إيجاز و تطويل و إن كان بعضهم أتى بما لا مزيد عليه و لكنّه لم يدخله تحت جامع فالمهمّ لنا تنقيح التكسب باعتبار نفس المعامله و باعتبار ما يتعلّق الكسب به على نحو يدخل تحت ضابط عام بعون الله الملك العلّام و توضيح ذلك في ضمن مقدّمه و فصول

### أما المقدّمه

فاعلم أنّ التكسب باعتبار الحكم ينقسم إلى أقسام أربعة الحرام و المكروه و المستحبّ و المباح و لا يتّصف بالوجوب ذاتا نعم قد يكون واجبا بالعرض و منه الواجبات النظاميه الكفائيه التي قد يعرضها الوجوب العيني إذا انحصر من يقوم بها بشخص خاص فإنّ الصنائع التي تجب كفايا لم يتعلّق الأمر بها ابتداء بحيث تكون واجبات نفسيه كالصلاه على الميت و نحوها و إنّما تجب لحفظ النظام

و قد جرت عاده غير واحد على تقسيمه إلى محرّم و مكروه و مباح لتوهمهم عدم وجود المستحبّ الذاتى في الكسب كالوجوب و لكنّه لا يخفى أنّ الزرع و الرعى ممّا ندب إليهما شرعا أصاله فتأمل هذا بحسب الحكم و أمّا باعتبار نفس المعامله فينقسم إلى قسمين قسم يتعلّق بتبديل الأعيان بالأموال كباب البيع و ما يلحق به و قسم يتعلّق بتبديل المنافع كالإجاره و ما يلحق بها

ثم إنّ حقيقه المعامله عباره عن تبديل أحد طرفى الإضافه بإزاء أحد طرفى الإضافه من إضافه أخرى في مقابل الإرث فإنّه

## تبديل المالكيين أى باب المعامله تبديل المملوكين

و بعباره واضحه لا شبهه أنّ الملكيه من الأمور الاعتباريه العقلائيه التى تكون لها نفس أمرّيه بنظر العقلاء و تكون منشأ للآثار فى عالم الاعتبار

و المراد بالاعتباريه فى اصطلاحنا هو الأمر المتوسط بين الأمور المتأصّله العيئيه و الأمور الانتزاعيه فالأول كالأعيان الخارجيه و الثانى كالعقليه و البعديه و الجزئيه و الشرطيّه و نحو ذلك ممّا ليس له وجود إلّا باعتبار منشأ انتزاعه و الأمور الاعتباريه كالملكيه و الوجوب و الحرمة و الولايه و نحو ذلك فإنّ ما لا- يكون له وجود فى وعاء إلّا بتشريعه أى ما كان وجوده التكويني عين وجوده الإنشائي و عين اعتباره ممن بيده اعتباره فهو أمر اعتبارى و لا- شبهه أنّ الملكيه من أوضح مصاديق الأمور الاعتباريه القابله للجعل أصاله و هى قد تحصل من الإرث و أخرى من المعامله و هى عباره عن تبديل طرف الإضافه بطرف إضافه أخرى الذى ينقسم إلى تبديل الأعيان بالأموال أو المنافع بها

ثمّ إنّ الحرمة المتعلّقه بالمعامله عباره عن حرمة هذا المعنى أى حرمة تبديل المال و المنفعه لا حرمة إنشاء المعامله و لا حرمة آثارها كالتصرف فى الثمن و لا قصد ترتّب الأثر عليها و ذلك لأنّ نفس الإنشاء من حيث أنّه فعل من الأفعال و تلفظ بألفاظ لا وجه لأن يكون حراما إلّا إذا كان مزاحما لتكليف آخر كالبيع وقت النداء و هكذا قصد تحقّق المنشئ الإنشاء من حيث إنه أمر قلبى لا وجه لحرمة إلّا إذا كان تجريا أو إعانه على الإثم

و أمّا حرمة الآثار فهى مترتبه على فساد المعامله و حرمتها لا- أنّها هى المحرّمه ابتداء فما يكون محرّما حقيقه و يكون متعلّقا للنهى هو نفس التبديل الذى اعتباره بيد مالكة و لو لا نهى الشارع الذى هو مالك الملوک و ينفذ اعتباره من كلا طرفى الإثبات و التّفى

و بعباره أخرى نفس المنشأ بالعقد الذى هو أمر اعتبارى و فعل إيجادى من المنشئ هو المحرّم لا آله الإيجاد و هو التلفظ و لا القصد و لا الآثار ثمّ إنّ حجه الحرمة تاره راجعه إلى عدم كون ما يتكسّب به مالا عرفا كالحشرات

و أخرى راجعه إلى إسقاط الشارع جهه ماليته كالخمر و الخنزير و ثالثه إلى حرمة نفس المعامله لعدم صلاحية المال لوقوع المعامله به على هذا الطريق الخاص كالزيادة فى المتجانسين

و محلّ بحثنا فى المكاسب المحرّمه راجع إلى حرمة التّكسّب باعتبار تعلّق الكسب بالأعيان الخارجيه فمثل المعامله الربويه خارجه عن موضوع البحث

ثمّ إنّ ماليته المال إمّا باعتبار خاصيته كالجوبات و الفواكه و نحوهما فإنّ بذل المال بإزاء الحنطه أو بإزاء الماء إمّا لكونه ممّا يؤكل أو يشرب فالانتفاع به إنما يكون باعتداده و إمّا باعتبار منافعه كالأراضى و المستغلات فالانتفاع به بإبقائه

و على أىّ حال يتوقّف صحّه التّكسّب به على كونه مالا- عرفا و عدم إلغاء الشارع جهه ماليته فمثل الخنافس تدخل فيما يحرم

الاكتساب به لعدم كونه مالا عرفا أى لعدم وجود خاصيّه فيه و لا منفعه له لما عرفت أن مناط ماليّه المال بأحدهما و يندرج فيه جميع ما يستقدره الطّبع من الحشرات و الأبوّال الطّاهره فإنّ هذه الأشياء و إن أمكن لها منافع نادره و خاصيّه اتّفاقيّه إلّا أنّهما ليستا مناطين لماليّه المال و لا- يقاس بالعقاقير و الأدوية فإنّ لهما منافع معتدّ بها لأنّ المرض طبيعى للحيوانات فالاحتياج إلى الأدوية فى حال الأمراض يوجب اقتناءها لبيعها عقلاّنيا

و بالجمله ليس المهمّ تنقيح الصّغريات و إنّ السّباع و المسوخات و الأبوّال أموال أم لا فإنّ منافع هذه الأشياء فى زماننا هذا كثيره جدا بل وجود



المكائن الموجوده التي تؤخذ بها أدهان الحشرات و تستعمل فى الصّابون أوجب إدخالها فى المكاسب العقلانيه فضلا عن مثل دود القز و العلق و أبوال الحيوانات التي يصبغ بها الصّوف و جلود السباع إذا كانت مذكاه و نحو ذلك

ثم إنّ دليل الحرمة التي هي فى المقام عبارته عن عدم تحقّق النّقل و الانتقال لا- ما يترتّب عليها العقاب مضافا إلى الإجماع المحقّق كما يظهر للمتتبع فى كلام الأعلام بعد إحراز الصّغرى و عدم الاعتبار بالمنفعة النّادره فإنّها بحكم العدم هو أن أكل المال بإزاء هذا الكسب أكل بالباطل و الأولى إدخال هذا القسم فى شرائط صحّحه البيع لا فى المكاسب المحرّمه و إنّما ذكرناه تبعا لشيخنا الأستاذ مد ظله فلنرجع إلى ما يكون الاكتساب به محرّما شرعيّا لإسقاط الشارع جهه ماليته و توضيحه فى ضمن فصول

## الفصل الأوّل لا يجوز بيع الأعيان النّجسه

### إشاره

و لا سائر أنحاء المعاملات من غير فرق بين أن يكون حيوانا أو مبدأ حيوان كالكلب و الخنزير و المنيّ و غيره و من غير فرق بين أن يكون مائعا كالخمر و الدّم و البول و أن يكون جامدا كجلد الميتّه و العذره و اللّحوم المحرّمه النّجسه

و يدلّ عليه النبويّ المعمول به عند الفريقين إنّ الله إذا حرم شيئا حرّم ثمنه و فى الفقه الرّضوى بعد تصريحه بما يجوز بيعه و شراؤه و هبته و عاريتة قال و كل أمر يكون فيه الفساد ممّا قد نهى عنه من جهه أكله و شربه و لبسه و نكاحه و إمساكه بوجه الفساد و مثل الميتّه و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم و فساد للنفس فإن قوله ع فحرام فى مقابل قوله فهذا كلّه حلال بيعه و شراؤه ظاهر فى حرمة الاكتساب بجميع أنحاء

و فى دعائم الإسلام و ما كان محترما أصله منهيّا عنه لم يخبر بيعه و لا شراؤه و مقتضى ذلك تحريم بيع عذره الإنسان

و ما دلّ على جواز بيعها معارض بمثله و الجمع الدلالى و إن لم يمكن بينهما و لكن بعد معارضه الطائفتين فالمرجع عموم ما دلّ على أنّ كل محرّم حرم بيعه و لا يمكن حمل أخبار الجواز على البلاد التي ينتفع بها فيها فإن مناط الحرمة ليس لعدم كونها مالا عرفا بل لكونها محرّمه فكونها مما ينتفع بها لا يوجب جواز بيعها فإنّ الخمر و الميتّه و الخنزير أيضا ممّا ينتفع بها

و بالجملة لم يدلّ دليل غير مبتلى بالمعارض على استثناء بيع العذره عن أنواع النّجاسات

نعم لو قلنا بأنّ النّجاسه مانعه عن صحّحه البيع إذا توقّف الانتفاع بالشيء على طهارته و أما إذا لم يتوقف على طهارته فلا مانع من صحّحه بيعه و لا- شبهه أن منافع العذره فى بعض البلاد من أهم المنافع فعلى هذا يمكن الجمع بين المتعارضين باختلاف البلاد لمناسبه بين الحكم و الموضوع و لا يبعد دعوى كون المناسبه من القرائن المكتتفه بالكلام فهذه المناسبه يخرج الجمع بينهما عن الجمع التبرعى أو التورعى و لكنّه لا يخلو عن إشكال و سيجىء ما هو الأصل فى جواز البيع و عدمه فى مطلق النّجاسات

ثم إن هاهنا فروعا ينبغي التعرض لها

### الأول ألحق بالنجاسات المتنجسات في حرمة المعاوضه عليها

و مقتضى النبوى و روايه الدعائم أن تكون كذلك و لكن ينبغي تقييدها بما توقّف منافعها المحلّله المقصوده على طهارتها مع عدم كونها قابله للتطهير كالمائعات المضافه

و أمّا إذا لم يتوقّف استيفاء منفعتها على طهارتها كالفرش و الأمتعه و نحو ذلك أو أمكن تطهيرها بلا- خروجها عن عنوانها كالماء المتنجس و الأواني المتنجسه فلا ينبغي الإشكال فى صحّه المعامله عليها و ذلك

لأنه لو لم يمكن تطهيرها و توقّف خاصيتها و منفعتها على طهارتها كالخَلِّ النَّجَس و نحوه فحيث إنه ليس مالا شرعا فلا يجوز المعاملة عليها و أما لو لم يكن كذلك فحيث إنّ الشّارع لم يسقط مائيتها فلا مانع من المعاملة عليها

بل يمكن أن يقال و إن لم يكن مرضيا عندنا كما سيجى ء لم يجب على البائع إعلام المشتري بنجاستها لعدم قيام دليل على وجوب إعلام النَّاس بالنّجاسات و ليس البائع سببا لأكل المشتري أو شربه النَّجَس حتى يحرم من هذه الجهة

### الثانى استثنى من عدم جواز بيع النَّجَس أمور

#### الأول المملوك الكافر

و هذا فى الجملة لا إشكال فيه بناء على أنّ مناط حرمة بيع النَّجَس عدم كونه قابلا للمنفعة المقصوده منه

و بعبارة أخرى إنّما أسقط الشّارع ماله النَّجَس إذا توقّف الانتفاع المعتد به على الطهاره و أما لو لم يتوقّف عليها كالأستخدام المذى هو مناط مائه العبد فلا مانع عن بيعه فعلى هذا لا فرق بين أن يكون كافرا أصليا و أن يكون مرتدا مليئا أو فطريا لأن مناط الصّحه لم يكن قابليه العبد للطهاره حتى يقال بأن المرتد الفطرى لا يقبل توبته فلا يطهر بالتوبه

فما عن بعض الأساطين فى شرحه على القواعد من ابتناء جواز بيع الفطرى على قبول توبته لا وجه له نعم هنا إشكال آخر فى بيع الفطرى يجرى فى المحارب أيضا و هو كونه فى معرض التّلف فإنّ المحارب بعد الاستيلاء عليه لا يقبل توبته كالمترد الفطرى و لكن هذا أيضا لا يوجب سلب مائيته لأنه كالمريض المأيوس عن برئه فتأمل

#### الثانى الكلب الصيود و الحارس

أمّا الصيود فيدلّ على جواز المعاملة عليه جملة من الأخبار منطوقا و مفهوما و بعضهم قيّده بالصّائد السلوقى و لا وجه له إلّا دعوى الانصراف و لا منشأ له إلّا غلبه الوجود و لا يخفى عدم إيجابها تقييد المطلقات

فالأقوى خروج مطلق الكلب المعلم على الصيود عن قوله ثمن الكلب سحت و لا يمنع نجاسته أيضا عن وقوع المعاملة عليه بعد تصريح الأدلّه بجواز بيعه

هذا مضافا إلى ما قيل من أنّه لا ينجس موضوع عضه و على فرض نجاسته لا يتوقّف الانتفاع المقصود منه على طهارته

و الفرق بينهما بأنّ السلوقى لا يأكل ما اصطاده دون غيره لا يوجب تفاوتا فى صحّحه المعاملة عليهما

و أمّا الحارس سواء كان للماشية أو للزرّاعه أو البستان أو الحائط و الخيام و نحو ذلك فقد قيل إنّ الأشهر بين القدماء هو المنع بل ظاهر الأخبار الوارده فى كلب الصيود هو حصر الجواز فيه

إلّا أنّ مقتضى ما أرسله شيخ الطائفه فى المبسوط من أنّه روى ذلك يعنى جواز البيع فى كلب الماشيه و الحائط صحّه بيعه لأن إرساله منجبر بعمل المشهور مع عدم إحراز إعراض القدماء عنه فإنّ الظاهر أنّ القدماء لم يظفروا بهذه المرسله فشهروه المنع بين أرباب الفتاوى من القدماء و أصحاب الحديث كالصدوقين و الكلينى قدس الله أسرارهم لا توجب الإعراض عنها فيمكن حمل الأخبار الوارده فى الكلب الصيود على المثاليه بل لا يخفى أنّ المنفعه المقصوده من الحارس أهمّ من المنفعه المقصوده من الصائد

هذا مضافا إلى ما ثبت اتفاقا من جواز إجارتها و ثبوت الدّيه لها و ما يقال ثبوت الديه كاشف عن عدم جواز المعامله عليه و إلّا تثبت قيمه فيها فهى كالحرّ لا قيمه له و له ديه ففيه أنّ الدّيه وردت فى الكلب السلوقى أيضا مع الاتفاق على جواز المعامله عليه و بالجمله ظاهر عباره جملة من المتأخرين ثبوت الجواز إجماعا فيمكن حمل أخبار المنع على خصوص كلب الهراش و الكلب العقور نعم الأحوط ترك بيعه و إن كان اقتنائه للحرس لا إشكال فيه ففي الصحيح لا خير فى الكلاب إلا كلب صيد أو ماشيه

و فى الغوالى على ما فى المستند أنّ النبى ص أمر بقتل الكلاب فى المدينه إلى أن قال فجاء الوحى باقتناء الكلاب التى ينتفع بها فاستثنى ص كلاب الصيد و كلاب الماشيه و كلاب الحرث و أذن فى اتخاذها

### الثالث العصير العنبى بعد الغليان و إن لم يذهب ثلثاه

فإنّه يجوز المعامله عليه و لو على القول بنجاسه و ذلك لما ذكرنا فى المتنّجس أنّ سلب المائيه شرعا منوط بعدم قابليه المتنّجس للتطهير و عدم إمكان الانتفاع به فى حال النّجاسه و لا يخفى قابليه العصير العنبى للطهاره بإذهاب ثلثيه و لا ينتقض ذلك بالخمير فى أنّه قابل للتطهير بصيرورته خلا للفرق بينهما فإنّ الخمر لا يقبل الطّهاره إلّا بتبدّل موضوعه و هذا بخلاف العصير

و بالجمله كفى للفرق بينهما ورود الدّليل الخاص على حرمة بيع الخمر و الدليل العام و هو عدم جواز بيع ما كان محرّما أصله و لم يدلّ دليل بالخصوص على حرمة بيع العصير و لا يشمل الأدلّه العامّه فإنّه ليس محرّم الأصل و لا من العناوين النّجسه و قوله ع و إن غلا فلا يحلّ بيعه محمول على ما إذا باعه بلا إعلام للمشتري بأنّه غلا أو كناية عن حرمة حين الغليان

و يشهد له ما ورد فى روايه أبى كهمش إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال فلا بأس و ما فى مرسل ابن الهيثم إذا تغيّر عن حاله و غلا- فلا- خير فيه فإنّ قوله و هو حلال فلا- بأس شاهد على أنّ جهه المانع عن البيع هى الحرمة فإذا بيع للاستحلال بإذهاب ثلثيه فلا- مانع منه و الإنصاف ظهور الروايات الخاصه فى حرمة البيع فلو ثبت إعراض الأصحاب عنها فهو و إلّا فالجواز مشكل و إعلامه بغليانه لا يؤثر فى الجواز بعد ظهور الأخبار لا سيّما الأوّلين فى حرمة بيعه فتأمل جيّدا

### الفرع الثالث استنوا من المتنّجات الدّهن

#### إشاره

و لا- بدّ أن يجعل المستثنى الأدهان المتوقف استيفاء المنافع منها على طهارتها أى إذا كانت المنفعه المقصوده من الدّهن أكله فنجاسته مع عدم قابليّته للتطهير يوجب عدم جواز الاكتساب به و أمّا إذا لم تتوقّف على طهارتها كالأدهان المستعمله فى المكائن فلا معنى لاستثنائه إلّا إذا قلنا بأن كلّ ما صار نجسا و لم يمكن تطهيره لا يجوز بيعه و كيف كان فالدّهن المتنّجس على أقسام ثلاثه قسم تكون منافعه المقصوده هو أكله كالسّمّن و دهن اللّوز و نحوه و قسم مشترك بينه و بين إسراجه كالزيت و قسم يختصّ بالإسراج كالنّفط و نحوه و على أىّ حال حيث دلّ الدّليل على جواز بيع الزيت و السّيمن فيجوز بيع كل ما كان مختصّا بالأكل أيضا إنما الكلام فى مقامات

### أحدها هل يجب على البائع اشتراط الاستصباح على المشتري أم يصحّ مطلقا

أو يفرق بين ما كان منفعتة مختصّه بالأكل أو مشتركه و ما كان منفعتة المقصوده هى الاستصباح فلا يعتبر الاشتراط فى الثانى دون الأوّل وجوه

و الأقوى جواز بيع جميع الأقسام بلا- شرط لعدم دليل على اعتبار الاشتراط حتى فيما كان منفعة مخصوصه بالأكل لأن المفروض بالتجاسه لم يسقط عن المائيه غايه الأمر نقص عن قيمته فإذا بيع بقيمه ما يسرج به فلا مانع من صحته سواء كان المشتري عالما بأنه يمكن الإسراج بدهن البنفسج أو لا يكون عالما به لأنه إذا باعه بقيمه النّفط فجهل المشتري بهذه المنفعه لا يسقطه عن هذه المائيه الواقعيه

و بالجمله لو اشترط البائع صرفه في الأكل فيمكن القول بفساد البيع لأنه أكل للمال بالباطل و أما لو لم يشترط هذا و لم يشترط صرفه في الاستصباح أيضا فلا وجه للبطلان

### **الثانى هل يجب إعلام المشتري بالتجاسه أم لا**

ثم على الوجوب هل هو شرطى أو نفسى الأقوى وجوب الإعلام نفسيا أمّا وجوبه فلقوله ع

و أعلمهم إذا بعته و قوله ع و بينه لمن اشتراه ليستصبح به

و أمّا كونه نفسياً فلائنّ قوله ع ليستصبح به ظاهر فى أن منشأ الوجوب عدم وقوع المشتري فى محذور الأكل و إلا لا ملازمه بين الاشتراء و الاستصباح فاستفاده شرطيه الإعلام لصحة البيع لا وجه لها ثم بناء على هذا يمكن استفاده وجوب إعلام المشتري فى كل ما يتوقّف استعماله على الطّهارة كالأوانى فإنّها و إن صحّ بيعها مع نجاستها و لكن يجب الإعلام بها نفسياً لئلا يقع المشتري فى استعمال النّجس بل يمكن استفاده وجوب إعلام المسلمين بنجاسه ما يتوقّف استعمالها على الطّهارة من عدّه من الروايات و تمام الكلام مو كول إلى محلّه

ثم إنّه قد ينسب إلى المشهور أنه يجب الاستصباح تحت السّماء و لا مدرّك له سوى ما أرسله الشّيخ فى المبسوط فقال روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف و لا يخفى أنه لو عملنا به و لم نعمله على الاستحباب فلا بدّ أن يحمل على التّعديّ الصّرف لأنّ السقف لا ينجس بدخان النّجس حتى يحمل على الإرشاد لعدم نجاسه دخان النّجس مع أنه لا محذور فى تنجّسه حتى يرشد إلى تركه

### الثالث هل يجوز الانتفاع بالدهن المتنجّس لغير الاستصباح

بأن يعمل صابوناً أو يطلى به الأجرّب أو السفن أم لا و تنقيح ذلك يتوقّف على تأسيس الأصل فى المتنجّسات و النّجاسات حتّى يكون هو المرجع عند الشكّ

فنقول أمّا المتنجّسات فالأقوى جواز بيع كلّ ما لا يتوقّف الانتفاع به على طهارته فإنّ هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجّس فإذا كان للشىء منافع مقصوده فعروض النّجاسه عليه لا يمنع عن نفوذ بيعه بل يمكن استفاده هذا المعنى من روايه تحف العقول و الفقه الرضوى و دعائم الإسلام

ففى الأوّل و كلّ شىء يكون له فيه الصّلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريته

□  
و فى الثّانى اعلم رحمك الله أن كلّ ما مور به على العباد و قوام لهم فى أمورهم من وجوه الصّلاح العدى لا يقيمهم غيره ممّا يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و هبته و عاريته

و فى الثّالث أن الحلال من البيوع كلّ ما كان حلالاً عن المأكول و المشروب و غير ذلك ممّا هو قوام للنّاس و يباح لهم الانتفاع و لا يعارض ذلك التّبوى إذا حرّم الله شيئاً حرّم ثمنه لأنّه بعد ما أحرزنا جواز الانتفاع بالشىء و لو بالاستصباح فلا يدخل تحت ما حرّمه الله بل يمكن استفاده الجواز من الأخبار الخاصّه المتفرّقه كجواز بيع الدهن للاستصباح و جواز بيعه لمن يعمله صابوناً كما فى كتاب التّوادر من الزّاوندى بإسناده عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام و فيه سئل ع عن الشّحم يقع فيه شىء له دم فيموت قال تبعه لمن يعمله صابوناً

و بالجمله فالأقوى جواز بيع المتنجّسات إذا كانت لها منافع معتده بحيث إنّ العقلاء يبذلون يازائها المال سواء نقصت قيمتها بعروض النجاسه لها أم لا- نعم لو صارت بسبب عروض النجاسه ممّا لا ينتفع به عادة فهذا خارج عن موضوع البحث لأنه في حكم الخنفساء

و أما النجاسات فالأصل فيها أيضا جواز البيع لجواز التصرّف فيها بما لا يتوقّف على الطّهارة العموم قوله ع كلّ شىء حلال حتّى تعرف أنّه حرام فأصله الإباحه تخرجها عن موضوع قوله ص إذا حرم الله شيئا حرم ثمنه و ورد أخبار خاصّه فى بعض منها بالجواز

فعن القاسم الصيّقل قال كتبت إلى الرضا عليه السلام أنّى أعمل غماد السيوف من جلود الحمر الميّته فيصيب ثيابى فأصلى فيها فكتب إلى اتّخذ ثوبا لصلاتك و نحوه ما روى عن أبى القاسم الصيّقل و ولده و ما ورد فى صحیحتهى الحلبي إذا اختلط المذكى بالميته بيع ممّن



يستحل الميتة و مثلهما ما ورد عن علي بن جعفر

و ما ورد عن الوشاء قال لأبي الحسن ع جعلت فداك إن أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها فقال حرام هي ميتة فقلت جعلت فداك فيستصبح بها فقال أ ما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام فإن ظاهره تقريره في جواز الاستصباح إذا لم يصب اليد و الثوب ما ورد في جواز بيع العبد الكافر و كلب الصيد

ثم إنه لا يستفاد من روايه تحف العقول و دعائم الإسلام و النبوى قاعده كليه مطرده في جميع النجاسات بحيث لا يقبل التخصيص لأن غايه الأمر أنها عمومات مع أن من نفس الخبرين الأولين يستفاد أن مناط الفساد المعاملي ليس مجرد حرمه الشيء و نجاسته بل المدار على عدم كونه مما ينتفع به و كونه مما فيه الفساد

و بعبارة أخرى لا يستفاد من هذه الأخبار مجرد التعبد بحرمه بيع النجاسات و المحرمات بل منشأ فساد البيع توقف استيفاء منافعها على طهارتها فإذا فرضنا أن جلد الميتة لا يتوقف استيفاء المنافع المهمه منه على طهارته فلا بأس ببيعه

و الأخبار الواردة في حرمه بيع جلد الميتة قابله للحمل على بيعه لما يتوقف الطهاره عليه فتكون إرشادا لعدم قابليه الانتفاع

و كيف كان فيعم البحث في المقام الموارد المنصوصه أيضا مثل الميتة و الخمر و التبيد و نحو ذلك فإن المقصود أنه إذا فرض هناك منفعه مهمه عقلائية و لم يتوقف استيفاء المنفعه على طهاره الشيء كالأستقاء بجلد الميتة للزرع و نحوه فمجرد كونه نجسا لا يمنع عن جواز بيعه و على هذا فيبيع العذره في البلاد التي تنتفع بها لا بأس فيه و هكذا نفس الميتة و الخمر

نعم لا يبعد أن يقال إنه يجب في البيع قصد المنفعه المحلله و يؤيده الأخبار الداله على وجوب الإعلام في الدهن المنتجس فإن حمله على التعبد كما تقدم بعيد بل الوجه فيه أنه إذا كان للمال منافع مطلقه فلا وجه لقصد المنفعه الخاصه دون الأخرى بل عنوان المبيع هو ذات الشيء بذاته و أميا إذا كان له منافع خاصه و توقف استيفاء هذه المنفعه على طهارته فليس ذات الشيء عنوانا للمبيع بل المنفعه كذائيه و المفروض أن قصد المنفعه الكذائيه يتوقف على العلم بالطهاره فيجب التنبيه على النجاسه

و بعبارة أخرى لا شبهه أن عناوين الأشياء هي مناط ماليتها لا الجسم المطلق الذي هو المادة المشتركة بين ما لا قيمه له و ما له قيمه فإذا فرضنا أن نفس العنوان بما أنه عنوان الخمر و الميتة لا ماليتها لها إلا باعتبار منفعته الخاصه فكما يجب تعيين العنوان في المبيع و لا يصح بيع القدر المشترك بين الحمار الوحشى و العبد الحبشى فكذلك يجب تعيين عنوان كون العبد مسلما أو كافرا إذا فرضنا أنه لا يبذل بإزاء الكافر مالا أو أن الشارع سلب جهه ماليتها من حيث كونه كافرا فعلى هذا إذا بيع الخمر لا بد أن يقصد منفعه التي لا تتوقف على الطهاره أو بيع ممن يشتره للتخليل و لا يصح بيعه ممن يشربه لأن مع علم البائع بأن المشتري يشربه لا يمكن أن يقصد العنوان الذي به يكون الخمر مالا

و بالجملة حيث إن المسأله ليست إجماعية كما يظهر للمتتبع فيها و لا يستفاد من الأخبار الواردة في المقام التعبدية الصرفة بحيث يفهم منها أن الشارع سلب الانتفاع بالنجاسات رأسا و ألغى ماليتها أصلا بل ظاهرها أن جهه حرمه بيعها كونها مما لا ينتفع بها

فأصالة الجواز وقاعده حلّ الانتفاع بما فى الأرض جميعا لا حاكم عليها إلّا فيما يتوقف منفعتها على طهارتها و على هذا فإذا جاز  
اقتناء الخمر للتخليل و العذره للتسميد و الميئه لإطعام جوارح الطير أو إيقادها فيبيعها لهذه الأمور لا مانع عنه

و أمّا

القول بجواز الصِّلح دون البيع فلا وجه له لأنَّ الصِّلح في هذه الأمور ليس إلَّا عبارته عن البيع و كونه عقدا مستقلا أيضا لا يصح الصِّلح بلا عوض نعم دفع المال لرفع ذى الحقَّ حقَّ اختصاصه أمر آخر

### الفصل الثَّاني ما يحرم التَّكسب به لوجود صفة محرمة فيه أو لغايه محرّمه

#### إشارة

ثم الصِّفة تارة خارجيه و أخرى معنويه و تنقيح البحث فيه في ضمن مسائل

#### الأولى ما كان جهه حرمة وجود صفة خارجيه فيه

#### إشارة

و هو على قسمين قسم لا يقصد من وجوده على هذه الصِّفة إلَّا الحرام و قسم لا يختصَّ به بل يستعمل فيه و في الحلال

#### أمَّا الأولى فكالتَّصنم و الصِّليب

و الآلات المعدّه للقمار و الآلات المختصّه باللَّهو و أواني الذهب و الفضة فإنَّ هذه الأشياء لا تكون لها منفعة محلّله و بهذه الهيئات فعلى هذا لا إشكال في حرمة الاكتساب بها

و يدلّ عليه النبوى و روايه تحف العقول في قوله نظير البرابط و المزامير و الشَّطرنج و كل ملهه به و الصِّلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك إلى أن قال فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلّب فيه

و لكن لا يخفى أنّ المتيقّن من حرمة الاكتساب بها ما إذا باعها متشكّله بهذا الشكل ممّن يقصد الانتفاع بهذه الصورة من دون أن يشترط عليه كسرها و أمّا لو باع مادّه هذه الأشياء بشرط أن يغيّر المشتري هيئتها و كان المشتري ممّن يوثق بديانته فلا إشكال في جواز بيعها فإنَّ الخشب الّذى هو مادّه هذه الأشياء أو النحاس أو الذهب لم يخرج عن المائيه بلحاظ عروض هذه الصّوره عليه

نعم إنّما زادت قيمته فإذا باع نفس الماده بهذين القيدين فلا إشكال في جوازه إنّما الإشكال في صورتين إحداهما ما إذا باع الماده بشرط تغيير صورتها ممن لا يوثق بديانته و ثانيتهما بيع الماده ممن يوثق بديانته بلا شرط التّغير و لكن الأقوى الجواز في الصّورتين

نعم يتوهم في الأولى حرمة من باب الإعانة على الإثم و فيه ما سيجىء مع قصد بيع الماده و الاشتراط بتغيير الهيئه لا يدخل في



العوض مجهولا و فى مورد الجهل لا يمكن تصحيحه بتبعض الصفقه فإن مورده ضم ما لا يملك إلى ما يملك و نحوه و المقام ليس إلّا موضوعا واحدا

و أمّا الخالصه الغير الرائجه فإن وقع المعاوضه على نفس العين فلا إشكال فى صحتها غايه الأمر عند تبين الخلاف يثبت خيار العيب و التدليس لمن وصلت بيده و بعد وقوع المعاوضه على هذا الخاص لا يمكن القول بطلانها التبدل العنوان فإنّ العنوان فى المقام ليس دخيلا فى المائيه

و على كلّ تقدير فلو وقعت المعامله على الكلى و وقعت هذه الأقسام فى مقام الإيفاء فالمعامله صحيحه و أمّا فى مثل الطبل فحيث إنّه بنفسه مبيّن العنوان فنفس عدم قصد العنوان المحرّم كاف فى الصّحه

### **الثانيه ما كان جهه حرمة وجود صفه معنويّه فيه**

كالجاريه المغنيه و العبد الماهر فى القمار و اللّهو و السرقة و نحو ذلك و لا إشكال فى حرمة الاكتساب به لو قصد المنفعه المحرمه و عليه يحمل ما ورد بأنّ ثمن الجاريه المغنيه سحت و ما ورد ما ثمنها إلّا كثمن الكلب و أمّا لو قصد نفس الموصوف دون الصّيفه فلا إشكال فى الصّحه لأنّه مال عرفا و شرعا لأنّ المبعوض هو إعمال الوصف فيما هو حرام شرعا و أمّا ذات العبد و الجاريه فلم يخرجها عن المائيه و يدلّ عليه ما فى ذيل روايه الدّينورى عن أبى الحسن ع قال قلت جعلت فداك فأشترى المغنيه أو الجاريه تحسن أن تغنى أريد بها الرّزق لا سوى ذلك قال اشتر و بع

### **الثالثه ما إذا قصد فى المعامله غايه محرمة كبيع العنب بشرط أن يعمله خمرا**

و بيع الخشب بشرط أن يعمله صليبا أو صنما و لا إشكال فى حرمة هذه المعامله و فسادها لكون الأكل فى مقابلها أكلا للمال بالباطل و يدلّ عليه عدّه من الأخبار

□  
منها خبر جابر سألت أبا عبد الله ع عن الرّجل يؤجر بيته فيباع فيها الخمر قال حرام أجرته بناء على حملة على ما إذا شرط المؤجر فى عقد الإجاره ذلك أو حملة على ما إذا علم المؤجر أنّ المستأجر يعمله فى ذلك فيدلّ على ما نحن فيه بالأولويّه

و منها مكاتبه ابن أذينه عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذ منه صلبانا قال لا و منها روايه عمرو بن الحريث عن التوت أبيعته ممن يصنع الصليب أو الصّينم قال لا بناء على اشتراط ذلك فى البيع و تواطئهما على ذلك فإن نفس القصد على ذلك أيضا كاف فى الفساد لما عرفت أنّ الصّحه و الفساد و الحليه و الحرمة دائران مدار قصد المحلّ و المحرم

### **الرابعه ما إذا لم يقصد المعامله لغايه محرّمه و لكنّه يعلم يترتب الغايه المحرّمه عليها**

كبيع العنب ممن يعمله خمرا و بيع الخشب ممن يعمله صنما أو صليبا و مقتضى قواعد المعاوضه عدم حرمتها لعدم دخولها فى أحد العناوين المحرمه و مجرد ترتّب محرّم عليها مع وقوعها عن اختيار من المشتري لا يوجب حرمتها و لكن ظاهر روايه عمرو

بن الحريث و مكاتبه ابن أذينة حرمتها لأن حملهما على ما إذا اشترط البائع على المشتري ذلك بعيد و التفصيل بين بيع العنب ممن يعمله خمرا و بيع الخشب ممن يعمله صنما فيقال بالصحة في الأول و الفساد في الثاني أبعد

فيمكن حمل الروايتين على الكراهه لمعارضتهما مع هو صريح في جواز بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا أو مسكرا كالمكاتبه الأخرى لابن أذينة و روايه أبي كهمش بعد عدم الفرق بين الخمر و الصنم أو الصليب

و يشهد لهذا الجمع روايه رفاعه عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا قال يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلى و لا أرى به بأسا فإن قوله أحب ظاهر في أن يبعه ممن لا يذهب ثلثيه أو لا يصنعه خلا غير محبوب أو يلتزم بالتفصيل و إن كان بعيدا بمقتضى التعبد

و كيف كان مع معارضه الأخبار الصريحه في الجواز لهذين الخبرين لا يمكن

الالتزام بما هو ظاهرهما فالأقوى جواز هذه المعامله تكليفاً و صحتها وضعا نعم قد يقال بحرمتها من جهه كونها إعانه على الإثم و لكن الأقوى عدم دخولها فى موضوع الإعانه على الإثم و توضيح ذلك يتوقف على إشاره إجمائيه إلى حكم الإعانه على الإثم و تنقيح موضوعها

فقول لا إشكال فى حرمتها لظاهر الآيه الشريفه و لا إشكال فى عد إمكان تخصيصها بعد تحقّق موضوعها لأنّ هذه من العناوين الغير القابله للتخصيص فإنّها كنفس المعصيه و كالظلم فإنّه كما لا يمكن أن يكون معصيه خاصه مباحه فكذلك لا يمكن أن تكون الإعانه على المعصيه مباحه

فما عن الحدائق بعد ما حكى عن الأردبيلي قدس سره من القول بالحرمة فى مسألتنا من جهه كونها إعانه على الإثم من أنه جيد فى حد ذاته لو سلم من المعارضه بأخبار الجواز لا- وجه له لأنّه لو كان بيع العنب ممّن يعلم بأنّه يعمله خمرا داخلا فى عنوان الإعانه فلا- يمكن أن يدلّ دليل على جوازه فمع ورود الدليل على الجواز نستكشف بأنّه ليس داخلا- فى هذا العنوان و أمّا موضوعها فقد قيل باعتبار أمرين فيه أحدهما إيجاد فعل بقصد تحقّق الإثم من الغير الثانى وقوع الإثم من الغير بحيث لو لم يتحقّق الإثم لم يكن الإيجاد حراما من جهه صدق الإعانه و إن حرم من جهه قصد الإعانه بناء على ما اختاره من أنّ قصد المعصيه بنفسه من المعاصى و قد يقال بكفايه نفس قصد تحقّق الإثم من الغير و إن لم يقع الإثم و قد يقال لا يعتبر القصد إذا تحقّق الإثم و قد يقال بعدم اعتبار تحقّق الإثم و لا القصد بل نفس بيع العنب ممّن يعلم أنّه يعمله خمرا حرام و إن لم يعمله خمرا و لا قصد البائع ببيعه وقوع الحرام من المشتري

و الحق أن يقال إنّ الفعل الواقع من شخص تاره يقع فى سلسله علل فعل فاعل الإثم و أخرى لا يكون كذلك و إن لم يمكن أن يصدر الإثم بدونّه بل كان من المبادئ البعيده و ذلك كتجاره التاجر التى لولاها لم يمكن للعشار أن يأخذ عشرها و هذا فى الحقيقه خارج عن المبادئ أيضا فإنّ المبادئ هى التى تتحقّق بعد الإراده التقديرية من المرید و هذا بمنزله الموضوع لتحقّق الإراده التقديرية فإنّه لو لا تجاره التاجر و غرس الكرم من الزّارع لم يمكن حصول العشار و الخمر فبعد تحقّقهما لو كان أحد خبيث النفس يصير عشارا أو مخمرا

و بالجملة لو لم يكن فى العالم ما يمكن أن يجعل خمرا لم يمكن للخمر أن يحصل له إرادته تقديرية على تخمير العنب أى إرادته التّخمير على تقدير اشتراء العنب و تهيه سائر المقدمات حاصله فى ظرف وجود العنب

و كيف كان سواء كانت هذه من المبادئ أو لا فهذه خارجة عن موضوع البحث إذا كان قصد التاجر التجاره لتحصيل أغراضه التّفسائيه و قصد الغارس كذلك لا إذا غرسه لذلك

و أمّا إذا كان واقعا فى سلسله علل فعل الفاعل و من مبادئ فعله فهذا على قسمين لأنه قد لا يتوقف فعل الإثم إلّا على عمل المعين كمن كان بانيا على ضرب مظلوم فيتناوله المعين العصا و أخرى يتوقف على أمور آخر كتخمير الخمر فإنّه بمجرد شراء العنب لا يمكن أن يحصل منه الخمر

فلو كان من الأوّل فلا إشكال في أنّه يصدق عليه الإعانة على الإثم و لو لم يقصد معطى العصا إعانتته على الضرب بل يمكن أن يقال بأن مع علمه ببنائه على الضرب لا ينفكّ قصد الإعطاء عن قصد الإعانة و لو كان من القسم الثاني فيمكن أن يقال بإلحاقه بالقسم الأوّل و يمكن أن يقال بأنه ملحق بتجاره التاجر و على أى حال موضوع البحث في الإعانة ما إذا لم يكن فعل المعين عله تامّه لصدور الفعل عن الإثم بلا اختيار



و إلا فيدخل في باب الأسباب و المسببات

و بالجملة بعد ما فرض أن موضوع البحث هو الإعانة في المقدمه المشتركة بين ترتب المحرم عليها و المحلل نقول فرق بين بيع العنب و إعطاء العصا فالصواب أن يجعل البحث في أنه هل يلحق بيع العنب باب إعطاء العصا المذمى هو من قبيل الجزء الأخير لعلّه التامه أو يلحق بتجاره التاجر أو لا يلحق بشىء منهما و الأقوى هو الفرق بينهما و بين بيع العنب فلا يلحق بتجاره التاجر و لا بإعطاء العصا

أمّا تجاره التاجر فلائها بمنزله الموضوع لأخذ العشر و ليست من مبادئه فلا تحرم إلّا إذا قصد التوصل بها إلى وقوع الحرام من العشار لأنّ كلّ ما وقع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من الغير و لو كان بيع الطعام ممّن يعلم بأنّه يشتره للتقوى به على المعصيه فهو داخل في الإعانة على الإثم سواء قلنا بأنّ شراء المشتري حرام أم لا

أمّا إذا قلنا بحرمة فلائها إذا كان شراء من يتقوى بالطعام حراما من باب أنه شروع في الحرام فلا إشكال في أن البيع إعانة على الحرام و لو لم يقصد به التوصل إلى الحرام فضلا عما إذا قصد

و أمّا لو لم نقل بأنّه حرام من باب عدم حرمة مقدّمه الحرام التي لا يترتب عليها الحرام قهرا كما برهن ذلك في محلّه و ثبت الفرق بينها و بين مقدمه الواجب و لم يقدّم وجه آخر على حرمة أيضا إلّا ما يقال إنه تجرّ إلى الحرام و هو حرام و هذا ممنوع فإنّ الشراء بنفسه ليس تجرّيا حتى يكون البيع مقدّمه للتجرى بل التجري هو الشراء بقصد التوصل به إلى الفعل المحرم

و لا يقال إذا كان المجموع المركب من الشراء مع القصد تجرّيا فكلّ واحد من أجزاء المركب مقدمه للمركب فإذا كان التجري حراما فالشراء المذمى هو مقدمه للتجرى أيضا حرام لأنّ نقول أوّلا لا يدخل أجزاء المركب في بحث مقدمه الحرام و الواجب و ثانيا أن مقدمه الحرام المذمى هو التجري إنّما تكون محرمة إذا كانت تجرّيا أيضا و إلّا فلا دليل على حرمة مقدمه الحرام و كونها تجرّيا لكونها مقدمه للتجرى يتوقف على إتيانها بقصد التوصل إلى التجري و هذا مع أن المشتري لا يقصد بشراءه التوصل إلى التجري لا يمكنه أن يقصد ذلك و إلّا لتسلسل و ذلك لأنّه إذا كان القصد إلى التجري تجرّيا و المفروض توقف التجري على القصد فلا بدّ أن يقصد القصد و هكذا

و بالجملة و لو لم نقل بحرمة شراء الطعام للتقوى على المعصيه إلّا أنّ البيع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من المشتري حرام و على أى حال بيع العنب ممن يعلم بأنه يعمل خمرالا- يشبه تجاره التاجر فإنه واقع في سلسله أفعال الفاعل دون التجاره فإنّها خارجه و بمنزله الموضوع لها فلا ملازمه بين حليته تجاره و حليته بيع العنب فإذا قصد حصول الخمر و باع ممّن يعمل بأنه يعمل خمرًا فيحرم لأنّ المفروض أنّ البائع يقصد بيعه حصول الخمر من المشتري فيبيعه بقصد تخمير المشتري إعانة على الإثم

و بعبارة أخرى لا نقول بحرمة البيع بقصد توصل الغير إلى الحرام لكونه إعانة على الشراء حتى يقال بعدم حرمة المعان عليه بل لكونه إعانة على التخمير و على هذا فظهر الفرق بين الإعانة بالعصا و الإعانة بالبيع أيضا فإنّ الأوّل يحرم و لو يقصد به توصل الغير إلى الحرام بخلاف الثانى

فتحصل مما ذكرنا أن كل فعل وقع من المعين و لم يكن بينه و بين فعل العاصي غير اختياره العصيان فهذا حرام و لو لم يقصد بفعله توصل العاصي به إلى العصيان و يندرج فيه إعطاء العصا ممن كان مصمما لضرب مظلوم و بيع السلاح من أعداء الدين حين قيام الحرب و إعطاء الكأس لمن أراد شرب الخمر و بيع العصير المتنجس على مستحلّه

و إعطاء السيف لمن يريد أن يقتل أحدا و هكذا و كل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على أمور أخر كبيع العنب ممن يجعله خمرا فهذا لا يندرج تحت الإعانة على الإثم إلّا إذا قصد البائع به توصل المشتري بالعنب إلى التخمير فإن الشراء الذى هو مقدمه الحرام و إن لم يكن بحرام إلا أن البائع حيث قصد من بيعه كونه المشتري متمكنا من التخمير فيندرج فى الإعانة على الإثم

ثم إنه قد يستدل بحرمه بيع العنب ممن يعلم أنه يعمله خمرا بأن دفع المنكر كرفعه واجب و لا- يتم إلا بترك البيع فيجب تركه فيحرم فعله

و لا يخفى أن هذا الاستدلال يصح إذا فرضنا أن ترك البيع يؤثر فى ارتداع الخمار عن التخمير فبناء على تأثيره فيه يمكن دعوى حرمه البيع من باب ثبوت الملازمه عرفا بين وجوب دفعه بعد تحققه و المنع عن تحققه و لذا يقال بحرمه تنجيس المسجد من جهه استكشافها عن وجوب إزاله النجاسه عنه

و أما لو لم يؤثر ترك البيع فى ترك التخمير لوجود العنب عنده أو وجود مائع آخر فلا وجه لحرمته و لا يقال إن بيع بائع آخر لا يوجب حليه بيع هذا فإن ظلم ظالم لا يسوغ الظلم لأننا نقول فرق بين ما كان الشئء واجبا على نحو الكفائى و بين ما كان واجبا على جماعه بوصف الاجتماع فإنه لو كان ترك البيع واجبا على كل أحد كفائيا فيحرم البيع على كل من باع استقلالا

و أما لو كان قائما بالمجموع فلا- وجه لحرمته على كل أحد و فى المقام لم يقم دليل على وجوب ترك البيع على كل واحد كفائيا بل لا يمكن أن يدل دليل كذلك فإنه لا معنى لتعلق النهى على شئء كفائيا و لا على وجوب الترك كذلك بل لا بد إما أن يقوم دليل على وجوب الفعل كفائيا أو حرمته استقلاليا أو وجوب الترك مجموعيا و فى المقام لا مناص عن الأخير فإن النهى عن المنكر إنما يكون واجبا إذا كان مؤثرا و تأثير ترك البيع فى دفع المنكر متوقف على ترك الجميع لأن بيع واحد على البديل يتحقق المنكر

### **الفصل الثالث ما يحرم الاكتساب به لغايه محرمه تترتب عليه شأننا من دون قصد البائع ترتب هذه الغايه من شراء المشتري**

كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم به و مع عدم قيام الحرب بينهم و بين المسلمين

و لا- يخفى أن حرمه هذا القسم لا- تدخل تحت العناوين الكليه و القواعد العامه فلا بد من الاقتصار على مورد النص و بعض النصوص الواردة فى الباب و إن كان مطلقا إلا أنه يجب تقييده بما إذا كان بيننا حرب لا فى مورد الهدنه كما هو صريح روايه هند السراج فقال الباقر عليه السلام فإذا كان الحرب بيننا فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك

و بالجملة يختص هذا القسم بما إذا حصل بالكسب تقوى الكفر على الإسلام و هذا عنوان آخر محرم بنفسه لا من باب الإعانة و إن دخل بعض أقسامه فى باب الإعانة على الإثم أيضا كما إذا قصد البائع بالبيع غلبه الكافر أو كان فعله الجزء الأخير من عله الإثم و لا- يبقى بين البيع و الإثم إلا- إرادته العاصى و فى غير عنوان الإعانة يجب الاقتصار على مورد النص و هو السلاح بالخصوص دون غيره

قد تقدم فى صدر الكتاب أن النهى المتعلق بالمعامله على أقسام ثلاثه لأن النهى تاره يتعلق بها من جهه عدم كون أحد العوضين مالا و لا حقا و عدم مالىه إما لعدم مالىته عرفا أو لسلب الشارع جهه مالىته

و أخرى من جهه نفس المنشأ بالعقد لا من جهه عدم مالىه العوض شرعا أو عرفا كالبيع الربوى و بيع المصحف و العبد المسلم من الكافر و ثالثه من جهه الإنشاء إما لمزاحمته لواجب أهم أو مضيق كالبيع وقت النداء و إما لدخوله تحت أحد

## العناوين المحرمة كالإعانه على الإثم و تقوى الكفر

ففى القسم الأول لا إشكال فى أن النهى يقتضى الفساد لأن قوام المعاوضه بثبوت العوضين فالبيع بلا ثمن و الشراء بلا مئمن لا معنى له و سيجى ء تحقيقه إن شاء الله فى محله و الأقوى فى الثانى أيضا هو الفساد لما بينا فى الأصول أنه إذا خرج المنشأ بالعقود عن تحت سلطنه المالك فلا يعقل أن يصح التبديل و التبديل لأن الأمور الاعتباريه تسقط عن الاعتبار بمجرد إلغاء من بيده اعتبارها فبنفس النهى يخرج التبديل و التبديل عن سلطنه المالك و لا يقدر على إيجادهما من توجه النهى إليه فالقول بأن الحرمة لا تلازم الفساد شطط من الكلام و الأقوى فى الثالث هو الصحه

أما البيع وقت النداء فواضح لأن كون التلفظ بهذه الألفاظ حراما لا يلزم عدم وقوع المنشأ بها و أما البيع الذى يكون إعانه على الإثم أو تقويه للكفر فلأن المحرم هو إيجاد الألفاظ بقصد توصل الغير بها إلى المحرم فيتعلق النهى بأمر خارج عن المعامله و لذا لا يبطل البيع لو لم يقصد به التوصل

نعم لو كان الشراء بهذا القصد فاسدا لفسد البيع أيضا لأن العقد لا يتبعض إلا أنه لا دليل على فساد الشراء لما عرفت أن مقدمه الحرام ليست محرمة و لا- تدخل تحت الإعانه على الإثم لانحصار موردها بإعانه الغير ثم إن حكم القسم الأول واضح لو علم موضوعه و أما لو شك فلو شك فى أنه مال عرفا فالأقوى صحه المعامله عليه إذا علم بتعلق غرض عقلائى به و إثبات حق لمن فى يده و حازه للعمومات مثل قوله عز اسمه **تِجَارَةٌ عَن تِرَاضٍ** و قوله ع و كل شى ء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و عدم اندراج هذه المعامله تحت أحد العناوين الخاصه من البيع و الصلح و الإجاره و نحوها بناء على أن يكون البيع هو تبديل مال بمال لا يضر بالصحه لعدم الدليل على اختصاص المعامله بأحد هذه العناوين

و بالجمله و إن لم نقل بصحه التمسك بمثل قوله عز من قائل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** لأخذ مبادله المال بالمال فى مفهومه و اختصاص المال بما يعتد مالا عرفا و مع الشك فى المصداق لا يمكن التمسك بالعموم و لا التمسك ب **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** لأنه ناظر إلى لزوم ما كان عقدا و ليس فى مقام بيان أن العقد ما هو إلا أنه لا مانع من التمسك بعموم تجاره عن تراض و نحوه و لم يقم دليل على اختصاصه بالمال حتى يكون فى مورد الشك التمسك به تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه فتأمل

و أما لو شك فى أنه حرام شرعا حتى يحرم بيعه بناء على أن الشارع أسقط ماليه ما كان محرما فمقتضى أصاله الحل أنه داخل فيما يجوز بيعه لأن بهذا الأصل ينقح موضوع العمومات نعم كون الموضوع الثابت بهذا الأصل موضوعا واقعيا كلام آخر و الحق عدمه

و كيف كان فما لم ينكشف الخلاف لا إشكال فى صحه المعامله عليه ثم إنه لو كان منشأ الشك فى الماليه الشك فى التذكيه لتوقف المنفعه المحلله على طهاره الجلد مثلا- فلو دل دليل على قابليه الحيوان للتذكيه كالسباع مثلا بل المسوخ مثل الفيل فلا إشكال فى جواز بيعه و بيع أجزائه كالعظم و الجلد بعد تذكيته

نعم لا يقبل الحشرات التذكيه فإذا كانت لها نفس سائله و توقف استيفاء منافعها على طهاره أجزائها بعد موتها فلا يجوز بيعها و

كيف كان فتحصل مما ذكرنا أن جواز البيع منوط بأن يكون الشيء مالا عرفا و شرعا و أن تكون نفس المعامله جائزه شرعا  
سواء أحرز ذاك بالدليل أو الأصل

و على أى حال أصله الفساد التى هى الأصل الأولى

المعول عليها فى المعاملات محكومته بالدليل و أصله الحل و الإباحه أما بالدليل فواضح و أما بالأصل فلأن به ينقح موضوع العمومات التى بها يرتفع الشك عن الصحة و الفساد هذا كله فى تبادل الأموال بالأموال

و أما تبادل المنافع بها فحرمه الاكتساب به تاره راجعه إلى إجاره الأعيان و ما يلحق بالإجاره لمنافع محرمه كإجاره الدابه و السفينه لحمل الخمر عليها و إجاره الدكان لبيع الخمر أو حرزه فيه و أخرى راجعه إلى إجاره الأبدان و هذا على قسمين فتاره يقع الإجاره و الجعالة و نحوهما بإزاء عمل محرم فى نفسه و أخرى بإزاء عمل واجب

و على أى حال حرمه الاكتساب فى باب الإجاره و ما يلحق بهما تقتضى الفساد لخروج العمل أو منفعه الدار عن تحت سلطنه المالك إما لحرمة أو لوجوبه عليه كما سيجى ء توضيحه

ثم لما كان المقصود من التحرير بيان الضابط الكلى فلا تتعرض الصغريات الأبواب و أن القمار مثلا داخل فى باب الإجاره و أنها معامله مستقلة التى تسمى عند العرف بالمراهنه التى خرج السبق و الرمايه عن تحتها شرعا و لا نتعرض للأعمال المحرمه و إن جرت عادة العلماء بذكر ما من شأنه الاكتساب به عرفا و هو كل عمل يبذل بإزائه المال كالتصوير و نحوه بل بذكر ما ليس من شأنه أن يبذل بإزائه مال كالغيبه و الكذب و نحوه فالمهم بيان منشأ بطلان الإجاره على المحرمات و الواجبات و توضيح ذلك فى ضمن مقدمه و فصول

### أما المقدمه

فهى أنه قد اعتبر فى الإجاره و ما يلحق بها من الجعالة و إباحه المنفعه بالعوض بناء على كونها من المعاملات المتعارفه أمران

الأول أن يكون العمل الذى يأخذ الأجير أو العامل بإزائه الأجره و الجعل ملكا له بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب و تحريم شرعى عليه لأنه إذا كان واجبا عليه فلا يقدر على تركه و إذا كان محرما عليه فلا يقدر على فعله و يعتبر فى صحة معامله على العمل كون فعله و تركه تحت سلطنته و اختياره أن يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر فلو لم يكن كذلك كما إذا تعلق تكليف عليه مباشره فلا يصح الإجاره عليه و إن انتفع به فإن مجرد انتفاع المستأجر لا يصحح الإجاره فإن الانتفاع أمر آخر يعتبر فى كل معامله و حاصله أن لا تكون معامله سفهيه ثم إنه قد ينتفى كلا- الشرطين كصوم شهر رمضان أو الحج فى سنه الاستطاعه ممن يجب عليه بالمباشره فإن الأجير ليس مالكا لعمله و المستأجر أيضا لا يملك عمل غيره إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى تعيين الصغرى فى ضمن مباحث

### المبحث الأول المحرمات بأجمعها لا يمكن الإجاره عليها

لانتفاء الشرط الأول من غير فرق بين ما جرت العاده بجعل الأجره و الجعل عليه كالتصوير و نحوه أو لم تجر كالكذب و نحوه فلا يجوز لشاهد الزور أخذ الأجره على شهادته لخروج عمله عن تحت سلطنته بنهى الشارع فلا يقدر على فعله فأخذه الأجره أكل المال بالباطل و مصداق لوهب الأمير ما لا يملك

## الثانى الواجبات النظاميه كلها يجوز أخذ الأجره عليها

ما عدا القضاء سواء كانت كفائيه أو عينيه تعيينيه كانت أو تخيرييه و نحن استوفينا البحث عنها فى كتاب القضاء و الغرض فى المقام محض الإشاره إليه و وجه ذلك حصول كلا الشرطين فإن الأجير مالك لعمله و المستأجر يمكن الحصول له أما الثانى فواضح و أما الأول فلأن الواجب على الأجير هو بذل عمله أى تعلق التكليف أو الوضع بالمعنى المصدرى لا بنتيجه عمله التى هى المعنى الاسم المصدرى فإن الطبيب و إن وجب عليه الطبايه عينا إلا أنه مالك لعمله



و الأجره تقع بإزاء العمل الذى هو مناط ماله المال إلا- بإزاء قوله من حيث الإصدار و هما و إن لم يكونا أمرين خارجيين متميزين إلا أنهما شيئان اعتبارا فللشارع التفكيك بين وجوب المصدر و ملكيه اسم المصدر و ليس الطبيب و الصباغ و الخياط كالقاضى فإن فى باب القضاء تعلق التكليف بنتيجته عمله و هو فصله الخصومه و هذا إذا خرج عن ملكه فلا يجوز له الأجره عليه و أما الصباغ و نحوه فما وجب عليه هو بذل عمله لا أثره

و هذا الوجه و إن كان فى النتيجة مشتركا مع ما يوجه به صحه الأجره بأن الواجب النظامى لم يتعلق الوجوب به مجانا و لكنه لا يرجع إليه لأنه لم يقد دليل على أنه لم يجب مجانا و لا- دليل فى الواجبات الغير النظاميه على أنها وجبت مجانا إلا فى بعضها كالقضاء و نحوه بناء على عدم كونه نظاميا و إلا استثنى منه بل الوجه الذى يوجه به صحه الأجره عليه هو الموجب لاستفاده عدم المجانيه

و كيف كان لو وجب بذل العمل و حرمة احتكاره فلا مانع من أخذ الأجره عليه و إن جاز أن يعمل تبرعا بلا إشكال و لو وجب عليه نتيجته العمل فلا- يجوز أخذ الأجره لأن المعنى المصدري آلى و لا يقابل بالمال و اسم المصدري خارج عن ملكه و نظير الأعمال فى كلا الشقين الأموال أيضا فإنه قد يتعلق تكليف أو وضع بنفس الملك كباب الخمس و الزكاه فلا يجوز أخذ العوض من مصرفه أو مستحقه و قد يتعلق تكليف بالتملك و الإعطاء و البذل كوجوب بيع الطعام فى المخصصه فإن التكليف المتعلق بصاحب الطعام هو حرمة حسبه و احتكاره الطعام و لم يتعلق بنفس المال

ثم إن جواز أخذ الأجره عليه ليس لكونه توصليا مقابلا للعبادى لما سيجىء أن التوصليات أيضا لا يجوز أخذ الأجره عليها بل لكونه توصليا بمعنى آخر و هو أن جهه وجوبه معلومه

و بعبارته و أخرى ملاك وجوبه و منشأ تعلق الأمر به حفظ النظام و ما يتوقف عليه تعيش بنى آدم و نظام العالم هو بذل عمله لا كون نتيجته عمله خارجا عن ملكه نعم لو توقف النظام فى مورد على هذا كما لو توقف حفظ نفس محترمه لا ذمه لها كالطفل و المجنون الذى لا مال له و لا ولى على بذل نتيجته فلا يبقى محل لأخذ الأجره عليه

### الثالث فى حكم الواجبات الغير النظاميه

أى ما يجب على المكلف لغير ملاك توقف نظام العباد و البلاد عليه و هذا على قسمين قسم يعتبر قصد الأمر فيه و قسم توصلى و كل منهما إما عينى أو كفايى و بتقسيم آخر إما تعيينى أو تخيىرى ثم إن الواجب تاره واجب على المستأجر دون الأجير و تاره بالعكس و أخرى يجب على كليهما فإذا كان واجبا على المستأجر دون الأجير فلو لم يعتبر فى عمل المستأجر المباشره يصح الإجاره مطلقا تعديا كان أو توصليا كان واجبا عليه عينا أو كفايه كما إذا وجب القضاء عن الميت على وليه فيستأجر غيره و كما إذا وجب الجهاد على شخص عينا أو كفايى دون غيره فيستأجر من لا يجب عليه ليجاهد عنه و لا إشكال فى هذا القسم لأن الأجير مالك لعمله و المستأجر يملك عمل الأجير

نعم فى التعبديات يتوهم تنافى أخذ الأجره مع قصد القربه و سيجىء دفعه و إذا وجب على الأجير دون المستأجر فلا يصح

الإجاره عليه سواء كان عينيا أو كفائيا أما إذا كان عينيا كالصلاه اليوميه فلانتفاء كلا الشرطين المعتبرين في صحه الإجاره فإن الأجير لا يملك عمله و المستأجر لا يملك أيضا عمل الأجير و أما إذا كان كفائيا فلانتفاء الشرط الثاني بل كل ما لا يملكه المستأجر لا يصح الإجاره عليه و إن لم يكن واجبا على الأجير بل كان مستحبا أو مباحا فلا يصح إجارته لقراءه القرآن لنفسه أو لإعادته صلواته ليقتمدى به المستأجر و أما إذا وجب على كليهما فتاره يجب على

كل منهما عينيا و أخرى كفائيا أو تخييريا

فإذا وجب عينيا كصوم شهر رمضان فلا يصح الإجاره سواء استأجره لأن يصوم عن المستأجر أو عن نفسه لانتفاء كلا الشرطين لوجوبه على الأجير و عدم حصول الملك للمستأجر و لو آجره لأن يصوم نيابه عنه لأن اعتبار المباشره على نفس المستأجر موجب لعدم حصول الملك له

و أما لو وجب على كل منهما كفائيا أو تخييريا فإذا لم يعتبر المباشره فى عمل المستأجر كالجهد أو استأجره لأن يكون نائبا عنه فيصح لوجود كلا الشرطين فإن النائب حيث إنه يجب عليه كفائيا مالك لعمله و المستأجر أيضا يملك عمل الأجير و أما لو اعتبر المباشره كالصلاه على الميت أو استأجره لأن يجاهد الأجير لنفسه فلا يصح لانتفاء الشرط الثانى

و مجرد انتفاع المستأجر و هو سقوط الوجوب الكفائى عنه لا يصحح الإجاره بعد اعتبار إمكان حصول ملك المنفعه للمستأجر و عليك باستخراج حكم سائر الأقسام كما إذا كان على كل منهما تخييريا أو كان على أحدهما تخييريا و كان على الآخر عينيا تعيينيا مثل ما إذا وجب على الأجير إما الصوم أو إطعام ستين مسكينا و وجب على المستأجر قضاء صوم أبيه عينا تعيينيا فإذا لم يعتبر المباشره فى عمل المستأجر يصح أن يستنيب غيره للصوم و لو كان واجبا عليه تخييرا بينه و بين الإطعام نعم لو تعذر عليه الإطعام و ضاق الوقت للصوم لا يجوز أن يصير نائبا فتدبر جيدا

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى دفع ما يقال من أن أخذ الأجره فى الواجبات التى يعتبر قصد القربه فيها ينافى التقرب و لهم فى التفصلى عن هذا الإشكال وجوه

منها ما نسب إلى صاحب الجواهر قدس سره و هو أن تضاعف الوجوب بسبب الإجاره يؤكد الإخلاص و لا ينافيه و فيه أنه لو كان المقصود أن داعى الأجير على العمل يصير أكد لانضمام الأجره إلى أمر الله سبحانه فهذا عين الالتزام بالإشكال لاعتبار الخلوص فى داعى العامل و لو كان المقصود أن وجوب العمل على الأجير يوجب تأكد اشتراط الخلوص فى العباده فكان الشىء يصير واجبا من قبل الله سبحانه بوجوبين الأول وجوب الوفاء بالإجاره بإتيان العمل و الثانى فى إتيانه لأمر الله سبحانه

ففيه أن الأمر الإجارى لا يعتبر فيه القرينه فكيف يؤكد الإخلاص و لا يتحد مع الأمر العبادى حتى يكتسب العباديه منه كالأمر النذرى فإنه يتعلق بعين ما تعلق به الأمر العبادى و لذا يكتسب كل من الأمر النذرى و العبادى من الآخر ما هو فاقد له فإذا نذر صلاه الليل تصير بالنذر واجبه و يصير النذر قريبا و هذا بخلاف الأمر الإجارى فإنه يتعلق بالصلاه مع قصد القربه و الأمر العبادى يتعلق بذات العمل

و لذا لو تبرع متبرع عن وجب عليه عباده يجب عليه أن يقصد ما وجب على المنوب عنه مع أن أمره التبرعى استحبابى و كذا لو استوجر أحد لصلاه الليل لو فرض صحه الإجاره يجب أن يقصد الأمر الاستحبابى المتوجه إلى المنوب عنه لا الأمر الإجارى الذى يجب عليه وفاؤه نعم قد يجتمعان فى الوجوب و الاستحباب و لكنهما على أى حال لا يتحدان

ومنہا أن أخذ الأجره من قبیل الداعی علی الداعی إذ لیس فی عرض داعی الامتثال بل فی طولہ فالداعی علی الامتثال هو أمر اللہ و المحرک بالإتیان الفعل بداعی أمر اللہ هو الأجره

و فیہ أنه لو کان هذا إشکالا لکان أولى و أحق من أن یكون جوابا فإنه لو لا الأجره لما حصل للعامل الداعی إلى إتیان الفعل لله سبحانہ فصار محرکه إلى العمل بالأخره هو الأجره و لا یقاس الأجره بالغايات المترتبه علی العبادات بجعل إلهی فإنه مع الفارق لأن سلسله العلل إذا انتهى إلى اللہ سبحانہ فلا یخرج المعلول عن کونه عبادیا و هذا بخلاف ما إذا انتهت إلى غیره فإنه لیس

من وظيفته جعل غايه للفعل بقصد الأمر

و بالجمله فرق بين أن يؤتى الصلاة لأمر الله سبحانه حتى يوسع رزقه و أن يؤتى لأمر الله حتى يأخذ الأجره و الأول عباده و إن لم تكن عباده الأحرار و الثانى ليس عباده و مجرد توسط أمر الله سبحانه فى العمل لا يصحح العباده لأن حقيقه العباده ليست صرف إخطار كون العمل لله أو التلطف بهذا العنوان بل أن يكون محرك العامل هو أمر الله سبحانه و لو لغايتها المترتب عليها منه سبحانه و أما إذا كان محركه الأجره فهذا عين كونه غير قربى فإن من لا يكنس دار زيد أصلا و لا يعتنى بأمره لو أمره عمرو بكنس دار زيد فكنسه داره لا يمكن أن يكون لأمر زيد و لو أمره عمرو بامتثال أمر زيد

و بالجمله لو وقع فى سلسله داعى العمل داع غير إلهى يخرج العمل عن كونه قريبا و القول بأنه لا- يعتبر فى العباده أن يكون الداعى على الداعى قريبا مساوق للقول بعدم اعتبار قصد التقرب فى العباده

و منها أن فعل النائب فعل تسببى للمستأجر و قصد المستأجر التقرب فى استيجاره كاف فى العباده و فيه أنه لا إشكال فى صحه التبوع عن الغير مع أن المتبرع عنه غافل عن فعل المتبرع فكيف يكون فعل النائب فعل المندوب عنه و كيف يقصد المتبرع القربه الكافيه من المنوب عنه و مجرد كون داعى العامل أمر المستأجر لا يجعل فعله مسببا توليديا فإن المسبب التوليدى هو الذى لا يكون بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه واسطه اختياريه

نعم قد يطلق المسبب التوليدى على فعل البناء لأمر غيره به كقولهم فتح الأمير البلد و لكن هذا الإطلاق بالعنايه و خارج عن باب المسبب التوليدى و لا- يمكن أن يتعلق تكليف بالجامع بين فعله و فعل غيره بل ليس الجامع فيما لا يعتبر فيه المباشرة إلا الأعم من الفعل بنفسه أو الاستنايه و القربه فى الاستنايه غير تقرب النائب و فى باب العبادات تعتبر فى نفس عمل العامل و لا يقاس المقام بوقف المسجد فى عدم اعتبار قصد التقرب من البناء لأنه لم يقم دليل على اعتبار القربه إلا من الواقف و الواقف حيث إنه يملك هذه الهيئه الحاصله من عمل البناء كما أنه يملك الجص و الأجر فيوقف هذه الهيئه مع موادها قربه إلى الله و لو فرض اعتبار القربه فى عمل البناء لما كانت القربه الحاصله للأمر فى أمره بالبناء كافيه لعمل البناء

فالصواب فى الجواب هو ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره و حاصله أن متعلق عقد الإجاره غير متعلق الأمر العبادى فإن الأمر العبادى متوجه إلى المنوب عنه و الأمر الإجارى إلى النائب و لا يتحد متعلقهما و إن اجتمع العنوانان فى الخارج فى مصداق واحد و لا- يقع الأجره فى سلسله داعى المنوب عنه أصلا و إنما يقع الأجره بإزاء قصد النائب النيابة فى عمله بحيث لو قصد النائب إتيان العمل للأجره أو قصد إتيان العمل بداعى أمره سبحانه بإزاء الأجره يقع عمله باطلا و لا يقع للمنوب عنه بل لم يأت بما تعلق الإجاره به لأن الإجاره الحاصله بينهما وقعت بأن يأتى العامل العمل للمنوب عنه و هذا من غير فرق بين التوصلى و التعبدى مثلا لو استأجره للجهاد و قلنا بعدم اعتبار قصد التقرب من المجاهد فلو جاهد الأجير لا عن المستأجر بل بلا عنوان لا يقع منه فلم يمتثل الأمر الإجارى بل يقع عمله إما لغوا أو عن نفسه

و يظهر توضيح ذلك بملاحظه حال المتبرع فإنه إذا قصد الأمر المتوجه إلى المتبرع عنه يقع عن المنوب عنه و لا إشكال فى أن

التبرع منه مستحب مع أن الأمر المتوجه إلى المنوب عنه قد يكون واجبا ولا يقع داعى المتبرع فى سلسله داعى المنوب عنه ولا ربط لأحدهما بالآخر فإن داعى المتبرع عنه هو أمر الله سبحانه المتوجه إليه إما ببدنه أو ببدنه التنزيلي و داعى المتبرع هو

تنزيل نفسه منزله غيره و نيابته عنه

و التعبير بالتنزيل إنما هو لتقريب المطلب و توضيحه و إلا- فما هو المعتبر فى تفرغ ذمه الغير ليس إلا نيابته عنه فإذا صح نيابته عنه تبرعا و لم يتعلق الأمر التبرعى بما تعلق به الأمر العبادى فيصح أخذ الأجره بإزاء قصد النيابة فى العمل لأن الأجره لم تقع بإزاء العمل القربى لأن التقرب يحصل للمنوب عنه و لا يعتبر فى النيابة أصلا فداعيه إلى النيابة إذا كان الأجره و أتى بالعمل القربى للمنوب عنه فيحصل من عمله أمران أحدهما تفرغ ذمه المنوب عنه و ثانيهما نيابته عنه

و العمل الخارجى و إن كان مجمع العنوين إلا أن أحدهما فى طول الآخر و لا شبهه أن نيابته عنه متقدم فى الرتبة على حصول فراغ الذمه و التقرب للمنوب عنه فيترتب على فعله أثران أحدهما فى طول الآخر و لا إشكال فى ذلك أصلا

و بالجمله ما هو مناط العباديه لم تقع الأجره بإزائه بل وقع الأجره بإزاء مالكيه المنوب عن العمل من الأجير و إيقاع العمل عنه الذى هو قوام النيابة من قبيل عناوين الأفعال التى تتحقق بقصدتها فى العمل كعنوان التعظيم و عنوان الظهريه و العصريه

و لا شبهه أن عنوان العمل لا يدخل فى سلسله الداعى فإن الداعى هو معلول الفعل الذى يوجد العامل العمل لأجل ترتيبه عليه فإن كانت الأجره واقعه بإزاء العمل و كان العمل لأجلها فهذا ينافى القربه و لا يمكن أن يكون توسط قصد الامتثال بالخطرات القليله مصححا له

و ما يحكى عن بعض الأعظم من أنه كان يعطى الأجره إلى الأكراد ليصلوا ليس من باب أنه قدس سره يحدث لهم الداعى على إتيان العمل لله بل غرضه قدس سره جعلهم متعودين بالعبادات حتى يحدث لهم بعد ذلك الداعى القربى و هكذا وجوب الأمر بالصلاه من باب الأمر بالمعروف ليس من قبيل الداعى على الداعى بل المدار هو عدم انمحاء شعائر الله سبحانه صوره و إلا كيف يقصد القربه من لا يخاف من الله سبحانه و يخاف من الأمر بالمعروف

و حاصل الكلام أن ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره من أجود الأجوبه فى هذا الباب لأنه بعد ما فرضنا عدم اعتبار المباشره فى فعل المنوب عنه و أن فعل النائب إذا قصد النيابة عنه يقع عنه كما لا إشكال فى أنه يجوز للغير التبرع فى إتيان الفعل بالنيابه عنه و لا- يعتبر فى الأمر التبرعى قصد القربه و لا يتحد الأمر التبرعى مع الأمر العبادى فكذا لا ينبغى الإشكال فى أنه يجوز أن يأخذ الأجره بأن يجعل إتيان العمل للغير واجبا على نفسه و هو إنما يخرج عن عهده هذا التكليف إذا أتى ما وجب على الغير و ما وجب عليه هو الذات مع قصد التقرب و هذا متعلق الإجاره إلى ما ملكه المستأجر على الأجير فالأمر العبادى متعلق بذات العمل و الأمر الإجارى متعلق بإتيان العمل القربى نيابه عنه و التقريب معتبر فى داعى المنوب عنه

□

و أما اعتبار التقرب فى داعى الأجير على جعل عمل نفسه مملوكا للغير قربه إلى الله فلم يقيم عليه دليل

و بالجمله الأجره تقع بإزاء هذا العنوان و هو إتيانه عمل الغير نيابه عنه و هذا من غير فرق بين أن يكون عمل الغير تعبديا أو توصليا فإن وقوعه لم يتوقف على هذا العنوان و إلا لا يقع عنه و إن سقط عنه التكليف أحيانا كما لو غسل ثوبه بلا قصد عنه و

على هذا فمتعلق الأمرين في كل واحد مباين مع الآخر و لا يبتنى على مسأله الاجتماع و لا على أن الأجره بإزاء نفس قصد النياه بدون إيجاد العمل لما عرفت أن الفعل مجمع العنوانين و أحدهما في طول الآخر لا في عرضه و لا على الداعى على الداعى فإنها لا تنفع

و العجب من السيد قدس سره في حاشيته على المكاسب من قوله أولا و ثانيا فإنه



لم يدع شيخنا الأنصارى أن الأجره بإزاء نفس قصد النيايه من دون العمل و لا أن الفعل من جهه واحده قربي و يجوز أخذ الأجره عليها لما عرفت أن له جهتين و الحامل على العمل على جهه النيايه و إن كان هو الأجره إلا- أن الحامل له على جهه المنوب عنه التي هي عباره عن كونه بدلا تنزيلا له هو أمر الله سبحانه المتوجه إلى المنوب عنه

و ملخص الكلام أنه لو وقع الأجره بإزاء إتيان ذات العمل بإزاء إتيان العمل بقصد القربه بإزاء الأجره فهذه ينافى العباديه مضافا بأنه لا يسقط بهذا النحو من الإجاره ما هو الواجب على المستأجر لأنه لم يأت بداعي الأمر المتوجه إلى المنوب عنه بل بداعي الأمر الإجارى

و أما لو وقع الأجره بإزاء إتيان العمل بأمره المتوجه إلى المنوب عنه بالأمر الأعم من المباشره و الاستنابه فهذا لا ينافى القربه المعتمره فى العباده لأنه لم يعتبر فى الأمر الإجارى القربه و لا وقع الأجره فى طول داعى نفس العمل و بيان أوضح لا إشكال فى أن معنى عدم اعتبار المباشره فى فعل المنوب عنه مع أنه قد تعلق التكليف به هو أن الواجب عليه تحقق اسم المصدر عنه أى نتيجة الفعل واجبه عليه دون جهه الإصدار فلا يعتبر فى جهه الإصدار المباشره و لا شبهه أن هاتين الجهتين ممتازتان فإذا كانت القربه معتمره فى جهه اسم المصدرى و وقعت الأجره بإزاء الجهه المصدرى فيجتمع الفعل القربى الذى به يتحقق ما وجب على المنوب عنه مع أخذ الأجره بإزاء إصدار هذا الفعل القربى

و بعباره أخرى الفعل إذا اعتبر فيه المباشره فمعناه أنه يجب أن يصدر هذه النتيجة من نفس الفاعل الذى تعلق به التكليف و أما إذا لم يعتبر فيه المباشره فمعناه أن الجامع بين إيجاد غيره نائبا تبرعيا و إجاريا و إيجاد نفسه متعلق للتكليف فإذا كان الجامع متعلقا للتكليف و لم يجب على الغير الجهه الإصدارى فله أن يوجر نفسه بإزاء أجره لتحصيل ما هو واجب على الغير فلا بد أن يقصد فى إيجاده نتيجة الفعل بفعله وقوعه عن الغير ليستحق الأجره و ليسقط عنه فيترتب على فعله أمران متغيران أحدهما وقوع متعلق الإجاره عنه و هذا لا- يعتبر فيه القربه لأن إيجاد العمل من حيث فعل نفسه لا يعتبر فيه القربه و ثانيهما وقوع العمل عن الغير لكونه فردا من أفراد الجامع و به يحصل فراغ ذمته و به يحصل التقرب له و هذا معتبر فيه القربه و لكنه للمنوب عنه لا للنائب

**ثم إنه ينبغى التنبيه على أمور**

**الأول مقتضى ما ذكرنا من اعتبار الشرطين فى الإجاره عدم صحه إجاره من اشتغلت ذمته بعمل فى وقت خاص**

لهذا العمل و لغيره فمن وجب عليه حجه الإسلام أو المنذوره المضيقه أو الحجه المستأجره بالمباشره لا يصح أن يصير أجيرا لغيره فى هذه السنه لا- من باب أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن الضد كما فى العروه بل لأن العمل خارج عن ملكه إما بالوجوب الشرعى أو النذرى أو لكونه أجيرا لغيره

و بالجمله من لم يملك عمله لا يمكنه أن يملكه غيره و على هذا فلو كان العكام أجيرا لأحد حتى فى المشى معه لا يمكنه أن

يصير نائبا عن غيره لخروج أفعاله عن ملكه نعم لو كان أجييرا له فى العمل فى المنزل أو بالأعم من المباشرة فيصح أن يوجر نفسه للحج و هكذا فى مسأله الطواف فمن كان واجبا عليه إطفاه غيره لا يمكنه أن يحتسبه لنفسه لأن حركاته ملك للغير نعم لو كان أجييرا لحمله حال طواف نفسه فلا مانع

### **الثانى وردت روايات تدل على حرمة بيع المصحف و جواز شراء جلده و حديده و كاغذه**

و على هذا فيشكل ما هو معمول فى الخارج لأن نفس الجلد و الكاغذ و نحوهما لو كانت متعلقه للبيع دون النقوش و الكتابه فيقتضى بقاء الكتابه على ملك البائع

و لكن

يمكن التفصلي عنه بأن يقال إن الكتابه فى الأوراق نظير كتابه عبد الكاتب فكما أن كونه كاتباً يوجب زياده قيمه العبد مع أن الثمن لا- يقع بإزاء الكتابه فكذلك بعد ما نهى الشارع عن بيع نفس المنقوش فى مقام المعامله يوقع العقد على نفس الكاغذ الذى فيه الكلمات المباركه فتدخل الكلمات فى ملك المشتري تبعاً غايه الأمر أنه لو لا النهى لكنت النقوش جزءاً للمبيع بل كانت هى المقصوده الأصلية من المعامله و كانت غيرها تابعه و لكنه بملاحظه النهى ينعكس الأمر

و رعايه التبعية أمر ممكن قصدها من المتعارضين بل من التوابع ما يكون تابعاً و إن لم تقصد تبعيته نظير دخول مفتاح الدار فى المبيعه

### الثالث قد وردت عده روايات على جواز أخذ جوائز سلطان الجور و عماله

#### اشاره

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجاناً أو عوضاً و بعضها صريح فى صحه الأخذ منهما و لو لم يكن لهما مال آخر حلال كصحيحه أبى و لاد قلت لأبى عبد الله ع ما ترى فى رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم و أنا أمر به و أنزل عليه فيضيفنى و يحسن إلى و ربما أمر لى بالدراهم و الكسوه قد ضاق صدرى من ذلك فقال لى كل و خذ منها فللك المهناً و عليه الوزر و

بعضها ظاهر فى ذلك كصحيحه أبى المغراء قال سأل رجل أبا عبد الله ع و أنا عنده فقال أصلحك الله أمر بالعامل فيجبرنى بالدراهم أخذها قال نعم و حج بها

و مثلها روايه محمد بن هشام و روايه محمد بن مسلم و زراره ثم لا يخفى أن بمضمون هذه الأخبار أفتى الأصحاب و استفاد من النص و الفتوى أنه لا- يعمل قواعد العلم الإجمالى فى المأخوذ من السلطان و عماله فإن حمل المأخوذ على خصوص ما أخذه من الخراج و المقاسمه الذين وردت فى الأخبار الكثيره إباحتهما للشيعة بعيد جداً و حملة على ما إذا لم يكن بعض الأطراف مبتلى به أبعد

نعم لا بد من تقييد هذه الأخبار بما إذا لم يكن المأخوذ معلوم الحرمة تفصيلاً كما أن الأصحاب أيضاً أخرجوا هذه الصوره و يدل عليه موثقه إسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم فقال يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه و يدل عليه أيضاً روايه على بن أبى حمزه فى قضيه صديق له من كتاب بنى أميه حيث قال له الصادق عليه السلام فمن عرفت منهم رددت عليه ماله فإنه يدل على أن جوائز بنى أميه لا يجوز التصرف فيها فتأمل

و على هذا فإذا علم بكون هذا المأخوذ من غير الخراج و المقاسمه تفصيلاً فيحرم التصرف فيه و أما لو لم يعلم ذلك فنتيجه هذه الأخبار تقييد المحرم بالمعلوم التفصيلى و لا مانع عنه لأن المعلوم بالإجمال إنما يكون كالمعلوم بالتفصيل فى التنجز إذا لم يقيد الواقع بقيد يختص بمورد المعلوم التفصيلى

ثم إنه هل يلحق بجوائز السلطان و عماله جوائز مطلق من لا- يتورع عن المحارم كالسارق و آكل الربا و نحوهما أم لا و جهان مقتضى إطلاق جملة من الروايات عدم الفرق بينهما

فعن أبى بصير قال سألت أحدهما عن شراء الخيانة و السرقة قال لا إلا أن يكون قد اختلط معه غيره و فى صحيحه الحلبي لو أن رجلا ورث من أبيه مالا و قد عرف أن فى ذلك المال ربا و لكن اختلط فى التجاره بغيره حلالا كان حلالا طيبا فليأكله و إن عرف منه شيئا معزولا أنه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا

و فى صحيحته الأخرى و إن كان مختلطا فكله هنيئا فإن المال مالك و فى ذيل مكاتبه الحميرى إلى الحجه أرواحنا له الفداء إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فاقبل بره

و بهذا المضامين وردت أخبار كثيرة و لا شبهه أن ظاهر هذه الأخبار أن العلم الإجمالى غير مؤثر فى التنجيز و إنما هو المؤثر خصوص العلم التفصيلى و لا إشكال أيضا أن منشأ

الحليه هو نفس الاشتباه لا- لكونها مستندا إلى اليد و حمل تصرف ذى اليد على الصحيح و لا من جهة خروج بعض أطراف المعلوم بالإجمال عن محل الابتلاء من باب أن المتصرف لا يأذن فى تصرف جميع أمواله فلا يكون جميع أمواله محلا للابتلاء بناء على كون المنع موجبا لخروجه عن محل الابتلاء و ذلك لأن الأخبار الواردة فى الإرث ممن يأكل الربا ظاهره فى أن مجموع الأطراف محل الابتلاء و أن منشأ الجواز ليس تصرف ذى اليد بل الإرث من ذى اليد فلا معنى لحمله على الصحيح

و بالجمله ظاهر هذه الأخبار أيضا كالأخبار الواردة فى جواز أخذ عطاء السلطان و عماله و الشراء منهما و لكن الذى ينبغى للفقهاء التأمل فيه هو أن هذه الأخبار مضافا إلى معارضتهما بعده أخبار آخر غير معمول بها فلا توجب تخصيصا لقواعد العلم الإجمالى بخلاف الأخبار الواردة فى جوائز السلطان و عماله فإنها معمول بها

و كيف كان بناء على التعميم فالمسألة من واد واحد

### و الصور المتصوره فى هذه الأموال المأخوذه ممن لا يبالي بالحرام أربع

#### إشاره

ذكرها شيخنا الأنصارى قدس سره فى مكاسبه بما لا مزيد عليه و نحن نذكرها إجمالا

الأولى ما إذا لم يعلم أن فى جملة أموال هذا الظالم مال محرم يصلح لكون المأخوذ من ذلك المال و هذا لا إشكال فى جواز أخذه و سائر أنحاء التصرفات فيه من المعامله و نحوها لأن مجرد كون الشخص ظالما لا يوجب حرمة المعامله معه و أخذ جوائزه

الثانيه ما إذا علم أن فى أمواله محرما و هذه على قسمين لأنه قد يكون جميع أمواله محلا لابتلاء الأخذ كما إذا أذن له فى التصرف فى جميع أمواله و قد لا يكون كذلك و على أى حال يجوز التصرف فيما أخذ منه و لا يراعى قاعده المعلوم الإجمالى إما مطلقا أو فيما إذا كان المأخوذ منه سلطانا أو عاملا

الثالثه هذه الصوره مع علم الأخذ بأن هذا المأخوذ مما لا يجوز التصرف فيه بغير إذن مالكه على كل أحد تفصيلا كما إذا علم بأنه ليس من الخراج و المقاسمه أو علم بأنه مال الغير شخصا أو سرق

الرابعه هذه الصوره مع علمه إجمالا بأن فى المأخوذ مال محرم

#### أما الصوره الثالثه

#### إشاره

فلا إشكال فى حرمة إنما البحث فى أحكام الفروع المتصوره فيها فمنها أنه قد يكون الأخذ مع العلم بالحرمة ابتداء أو قد يكون مع الجهل بها ففى الأول تاره يكون مجبوراً على الأخذ و أخرى يكون مختاراً أما إذا كان مجبوراً فإذا أخذه بقصد الرد إلى المالك مع التمكن فلا إشكال فى عدم ضمانه لأنه حيث إنه مضطر إلى أخذه فأخذه من حيث الحدوث كالعدم و من حيث البقاء لا يقتضى الضمان مع قصد الرد إلى المالك بل يمكن يقال لو قصد التملك بعد الأخذ ثم ندم يرجع عدم الضمان نظير ما إذا قصد الودعى التملك فى الوديعه ثم تاب أو فرط فيها بأن أخرجها من الحرز ثم أعادها إليه و لكن المسأله محل خلاف بين الأعلام و الأقوى هو الضمان إلا إذا حصل من المالك إذن جديد لأنه بعد أن استولى على مال الغير بغير إذنه فراجع ضمانه إما الأداء أو ما يلحق به كالأذن الجديد من المالك فى التصرف و مجرد التوبه و الندم ليس رافعا له

و كيف كان لو كان مجبوراً فى الأخذ و لكنه أخذه لا بنيه الرد فالأقوى كونه ضامناً لأنه و إن كان مضطراً فى الأخذ إلا أن دفع الاضطرار يتحقق بمجرد الأخذ إلا أن يقال لا دليل على وجوب التفصى عن الإكراه و الاضطرار بالقصد و عدمه نعم لو أخذ بنيه التملك فيكون ضامناً و أما لو لم يقصد التملك و لا الرد إلى المالك فلا موجب لضمانه لأن إطلاق على اليد ممنوع فى مثل هذا الأخذ

و ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره و تبعه السيد

الطَّبَّاطِبَائِي فِي حَاشِيَتِهِ عَلَى الْمَكَاسِبِ مِنْ أَنَّ أَخْذَهُ بِغَيْرِ هَذِهِ التِّيهِ تَصْرَفَ لَمْ يَعْلَمْ رِضَا صَاحِبِهِ بِهِ لَا يَفِيدُ لِإِثْبَاتِ الضَّمَانِ لِأَنَّ هَذَا التَّصْرَفَ بِلِحَازٍ كَوْنَهُ عَنِ تَقْيِهِ وَكَرِهٍ كَالْعَدَمِ

وَأَمَّا فِي الثَّانِي فَحَيْثُ إِنَّهُ قَصِدَ بِالتَّمْلِكِ مِنْ جِهَةٍ جَهْلُهُ بِكَوْنِهِ مَالِ الْغَيْرِ فَالْأَقْوَى فِيهِ الضَّمَانُ وَإِنْ قَصِدَ بَعْدَ عِلْمِهِ بِأَنَّهُ مَالِ الْغَيْرِ وَرَدَهُ إِلَى مَالِكِهِ لِأَنَّ مَجْرَدَ النِّيَّةِ لَا يَرْفَعُ الضَّمَانَ بَلْ يَتَوَقَّفُ دَفْعُ الضَّمَانِ عَلَى الْأَدَاءِ أَوْ مَا بِحُكْمِهِ مِنْ إِذْنِ الْمَالِكِ فِي التَّصْرَفِ

وَيُظْهِرُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ فِي الْمَقَامِ عَدَمَ الضَّمَانِ قَالَهُ لِأَنَّهُ مَعَ الْجَهْلِ يَدُهُ يَدُ أَمَانَةٍ فَبَعْدَ عِلْمِهِ بِهِ لَوْ لَمْ يَقْصِدِ التَّمْلِكَ لَا مَوْجِبَ لِلضَّمَانِ وَيُظْهِرُ مِنْهُ التَّرَدُّدُ فِي الضَّمَانِ أَيْضًا حَيْثُ قَالَهُ لَوْ اسْتَوْدَعَهُ الْغَاصِبَ مَالًا مَغْصُوبًا فَلَوْ أَخْذَهُ مِنْهُ قَهْرًا فَفِي الضَّمَانِ نَظَرٌ وَ لَكِنَّهُ لَا يَخْفَى مَا فِي كَلَامِيهِ أَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلَأَنَّ بِمَجْرَدِ الْجَهْلِ لَا يَرْتَفِعُ الضَّمَانُ سِيَمَا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ مَجْرَدَ وَصُولِ مَالِ الْغَيْرِ يَبْدُو غَيْرَهُ بَلَا إِذْنٍ مِنْهُ وَلَا إِذْنٍ مِنَ الشَّارِعِ مَوْجِبٌ لِلضَّمَانِ كَمَا هُوَ كَذَلِكَ عَلَى الْمَشْهُورِ بَلْ هُوَ مَخْتَارُهُ أَيْضًا فِي غَيْرِ الْمَقَامِ

نَعَمْ لَوْ اسْتَشْكَلَ فِي أَصْلِ الْمَبْنِيِّ وَقِيلَ إِنْ عَمُومَ عَلَى الْيَدِ يَخْتَصُّ بِمَا إِذَا كَانَ الْأَخْذُ عَنِ قَهْرٍ وَ اسْتِيْلَاءٍ عَلَى الْمَالِكِ لَا مَجْرَدَ الْوَصُولِ وَ لَوْ مَعَ الْجَهْلِ فَلَهُ وَجْهٌ إِلَّا- أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْفَتْوَى عَلَى خِلَافِهِ وَ سَيَجِيءُ فِي قَاعِدَةِ الْيَدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَدْرَكًا لِلْمَشْهُورِ فِي اسْتِفَادَةِ الْأَعْمِ مِنَ الْقَهْرِ وَ غَيْرِهِ

وَعَلَى أَى حَالٍ فَهُوَ قَدَسَ سِرَّهُ فِي مَسْأَلَةِ تَرْتِبِ الْأَيْدِي عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِحُكْمِ بَضْمَانِ كُلِّ مَنْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ وَ لَوْ مَعَ الْجَهْلِ بِأَنَّهُ مَالِ الْغَيْرِ وَ مَعَ تَغْيِيرِ غَيْرِهِ بِهِ غَايَةَ الْأَمْرِ فِي مَسْأَلَةِ الْغُرُورِ يَقُولُ بِأَنَّ الْمَغْرُورَ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ غَرَّهُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ كُلُّ مُورِدٍ وَقَعَ التَّصْرَفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ جَهْلًا فَنَفْسُ وَضَعِ الْيَدِ عَلَى مَالِهِ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا إِذَا دَخَلَ تَحْتَ عُنْوَانِ آخِرِ كَالِإِتْلَافِ أَوْ قَاعِدِهِ مَا يَضْمَنُ وَ نَحْوَهُمَا فَإِنَّهُ لَوْ أَتْلَفَ مَالِ الْغَيْرِ يَكُونُ ضَامِنًا غَايَةَ الْأَمْرِ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَارِ

وَ هَكَذَا لَوْ اشْتَرَى مِنَ الْغَاصِبِ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَةَ فَإِنَّ الْجَاهِلَ وَ إِنْ أَوْقَعَ الْعَقْدَ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ مَعَ الْغَاصِبِ إِلَّا أَنْ التَّضْمِينِ فِي الْحَقِيقَةِ يَقَعُ بَيْنَ الْمَالِكِينَ بِتَنْزِيلِ الْغَاصِبِ مَالِكًا فَعَلَى هَذَا لَوْ أَعَارَهُ الْغَاصِبَ أَوْ أَوْدَعَهُ فَتَلَفَ عِنْدَهُ بِتَلَفِ سَمَاوِيٍّ فَلَا مَوْجِبَ لِلضَّمَانِ لِأَنَّ نَفْسَ الْأَخْذِ مِنْ دُونِ اسْتِيْلَاءٍ وَ قَهْرٍ مِنَ الْأَخْذِ عَلَى الْمَالِكِ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ وَ قَاعِدُهُ مَا يَضْمَنُ غَيْرَ جَارِيهِ لِإِقْدَامِ الْأَخْذِ عَلَى الْمَجَانِيهِ فَمَا ذَكَرْنَا مِنْ فَتَوَى الْمَشْهُورِ بِالضَّمَانِ فِي مُورِدِ الْجَهْلِ إِنَّمَا الْمُسْلِمُ مِنْهَا مَا إِذَا دَخَلَ الْمُورِدُ فِي إِحْدَى مَوْجِبَاتِ الضَّمَانِ غَيْرِ جِهَةِ الْيَدِ وَ الْمَسْأَلَةُ مَحْتَاجَةٌ إِلَى الْمِرَاجَعَةِ وَ أَمَّا فِي الثَّانِي فَلَأَنَّ يَدَ الْمُقْتَضِي إِذَا كَانَتْ يَدَ ضَمَانٍ فَلَا مَوْجِبَ لِرَفْعِ الضَّمَانِ بِمَجْرَدِ قَهْرِ الْغَاصِبِ لِأَنَّ ارْتِفَاعَهُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْأَدَاءِ أَوْ مَا بِحُكْمِهِ فَلِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ الرَّجُوعُ إِلَى كُلِّ مِنْهُمَا غَايَةَ الْأَمْرِ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الْغَاصِبِ الْقَاهِرِ

وَ مِنْهَا أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمَجَازِ رَدَ الْجَائِزَةِ إِلَى مَالِكِهَا فَوْرًا وَ هَلْ يَتَحَقَّقُ الرَّدُ بِمَجْرَدِ التَّخْلِيهِ بَيْنَهَا وَ بَيْنَ الْمَالِكِ أَوْ يَجِبُ إِقْبَاضُهَا فِي الْمُنْقُولِ وَجْهَانِ وَ الْأَقْوَى كَفَايَةُ التَّخْلِيهِ فَإِنَّ الْأَدَاءَ الْوَاجِبَ فِي الْأَمَانَاتِ وَ مُطْلَقَ مَالِ الْغَيْرِ بِمَقْتَضَى آيَةِ الشَّرِيفَةِ وَ قَوْلِهِ ص عَلَى الْيَدِ مَا أَخْذَتْ حَتَّى تُؤَدَّى لَيْسَ إِلَّا عِبَارَةٌ عَنِ إِدْخَالِهِ تَحْتَ اسْتِيْلَاءِ صَاحِبِهِ بَلْ هَذَا هُوَ الَّذِي يُعْتَبَرُ فِيهَا يَجِبُ قَبْضُهُ وَ فِيهَا يَتَرْتَبُ الْأَثَرُ عَلَى الْقَبْضِ كَانْتِقَالَ ضَمَانِ الْمَبِيعِ مِنَ الْبَائِعِ إِلَى الْمَشْتَرِي بَلْ لَوْ قَلْنَا بَعْدَ انْتِقَالِ الضَّمَانِ فِي الْأَخِيرِ إِلَّا بِوَصُولِ الْمَبِيعِ إِلَى يَدِ

المشترى إلاً- أنه لا- إشكال فى أن الإقباض و الرد الذى يجب شرعا على الودعى و نحوه هو التخليه لأن الوجوب يتعلق بما هو مقدور من المكلف و ما هو مقدور من الغاصب و نحوه هو رفع



موانع استيلاء صاحب المال على ماله لا وصوله إلى يده و سيجى ء إن شاء الله في حكم القبض مزيد توضيح لذلك

و منها أنه لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان لتوقف أداء الواجب عليه و يدل عليه عدده من الأخبار كصحيح معاوية المروى في الفقيه عن أبي عبد الله ع في رجل كان له على رجل حق ففقدته و لا يدري أين يطلبه و لا يدري أحي هو أم ميت و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و ولدا قال ع اطلب قال إن ذلك قد طال فأصدق به قال ع اطلب و كالأخبار الواردة في الأمر بطلب الأجير الذى بقى أجره عمله عند المستأجر إذا فقد

### ثم إنه يتفرع ذلك على فروع

#### الأول لو توقف الفحص على أجره

فهل هي على من وجب عليه الفحص أو على مالكة بأن يباع مقدار من المال و يصرف فيها أو يستقرض على المالك أو يراعى الأصلح منهما أو من بيت المال وجوه و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع إطلاق الواجب على حد يجب عليه صرف مال فيه هذا مع أن قاعده لا ضرر حاكم على الوجوب بناء على ثبوته

#### الثانى هل يجب الفحص سنه أو لا يتقيد بمقدار

فيه و جهان قد يقال بأن حكم مجهول المالك كليه حكم اللقطة و يستفاد هذه المعنى من روايه حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل يردده عليه قال لا يردده فإن أمكنه أن يرد على صاحبه فعل و إلا كان فى يده بمنزله اللقطة بعينها يعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فإن اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له

و لكن الأقوى عدم الإلحاق أما أولا فلأن غايه الأمر التعدى من اللص إلى كل غاصب لا إلى كل مورد حتى المال المجهول كأجره الأجير المفقود و نحوه و أما ثانيا فلأن التعدى عن مورد اللص إلى غيره أيضا لا موجب له أصلا هذا مع أن فى باب اللقطة و فى مسأله اللص و إن كان ظاهر الأخبار هو التعبد فى وجوب التعريف سنه إلا أن الظاهر أنه ليس حكما تعبديا حتى فى مورد اليأس عن المالك و لذا حمل صاحب الوسائل الخبر الدال على كفايه الفحص ثلاثه أيام على مورد اليأس

و كيف كان يمكن أن يدعى عدم وجوب الفحص رأسا إلا بمقدار تحقق هذا العنوان و هو كونه مجهول المالك و عليه يحمل قوله ع اطلب فى صحيح معاوية و فى باب الأجير و على هذا بنينا فى الأصول فى الشبهات الموضوعيه و قلنا إن عدم وجوب الفحص فيها إجماعا ليس على إطلاقه حتى فيما إذا توقف رفعها على النظر و نحوه ففى المقام إذا توقف معرفه مالك المال على السؤال عن جماعه و التفحص عن عدده فيجب لعدم صدق عنوان مجهول المالك على مثل هذا المال و أما لو توقف على أزيد

من ذلك كأجره المنادى فلا دليل عليه هذا مضافا إلى ما يدل على أن مجرد تحقق هذا العنوان يوجب التصديق به أو دفعه إلى الإمام بلا تقييد بالفحص عن مالكة و ما دل على الطلب قد عرفت أنه يمكن أن يكون بيانا لتحقيق عنوان مجهول المالك بل لعل الإمام عليه السلام كان مطلعاً على خصوصية المورد و هي أن قصد ذي اليد كان التصرف في مال الغير فقال ع له اطلب و بالجملة مقتضى الإطلاقات عدم وجوب الفحص زائداً على تحقق عنوان الموضوع فتدبر

### **الثالث في بيان مصرف هذا المال بعد اليأس عن صاحبه**

ف قيل بأنه يمسكه حتى يتبين صاحبه و يوصى به عند وفاته و قيل بأنه مال الإمام عليه السلام فهو بمنزلة مال من لا وارث له و قيل بأنه يتصدق به و قيل بالفرق بين الأمانات المالكية من العارية و الوديعة و نحوهما و بين غيرها من المجهول المالك ففي الأمانات يجب حفظها و لا يجوز دفعها إلى

الحاكم أو الإمام و قال المفيد فى باب الوديعه إن لم يعرف صاحبها أخرج منها الخمس و صرف البقيّه على فقراء المؤمنين

و يدل على الأوّل ما ورد عن أبى إبراهيم ع فى أجره الأجير المفقود قال ع اطلب و اجهد فإن قدرت عليه و إلّا فكسبيل مالك حتى يجىء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به و ما ورد عن أبى عبد الله ع حيث قال ع توصى بها فإن جاء طالبها و إلّا فهى كسبيل مالك

و يدل على الثانى روايه داود بن أبى يزيد عن أبى عبد الله ع حيث قال له رجل إننى قد أصبت مالا فكيف أتخلص عنه قال ع و الله ما له صاحب غيرى ثم إنّه ع استحلفه أن يدفعه إلى من يأمره فحلف قال فاذهب و قسمه بين إخوانك و لك الأمن ممّا خفته و يدل على الثالث الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصّيباغ من أجزاء التقدين و ما ورد من التصدق بغلّه الواقف المجهول أربابه و ما ورد من التصدق بما حازه عامل بين أمّيه و ما ورد من التصدق بأجره الأجير المفقود و نحو ذلك كمصحّحه يونس الوارده فيمن بقى عنده بعض متاع رفيقه و لا يعرف صاحبه فقال ع به و أعط ثمنه أصحابك قلت جعلت فداك أهل الولاية قال نعم و ما ورد فى اللّقطه و ما ورد فيما أودعه رجل من اللصوص دراهم و لم نظفر من الأخبار ما يكون دليلا لغير هذه الأقوال

و لكن الأقوى بمقتضى الجمع بين الأخبار بل الاحتياط هو تسليمه إلى الحاكم الشرعى فى عصر الغيبه ليتصدق به أو الإذن منه فى التصدق عن مالكه لأنّ صريح روايه داود كون المال المجهول المالك مطلقا مال الإمام و الأدلّه الوارده فى التصدق لا تدلّ على أنّه ع فى مقام بيان الحكم الكلى أو فى مقام الإذن فى التصدق من حيث إنّه ماله عليه السّلام بل لا يبعد الأخير كما يدلّ عليه روايه داود فإنّه عليه السّلام بعد أن حلف بأنّه ماله أمره بالتقسيم

و يشهد لهذا الأخبار الوارده فى الأجير فإنّ فى جملة منها فرض السائل عدم وجود وارث له فقال ع تصدق و أوص أو هو كسبيل مالك فإنّ مع فرض كون الإمام ع وارث من لا وارث له قال ع تدفع إلى المساكين و لا ينافيه قوله ع اطلب لإمكان أن يكون المراد منه اطلب مالكه الذى هو له فى هذا الحال و هو نفسه ع و لا يبين له للتقيّه و لا قوله ع أوص به أو كسبيل مالك لأنّ له عليه السّلام أن يأذن له فى التصرف أو فى الإيصاء به هذا بالنسبه إلى العين و أمّا بالنسبه إلى الدّين فالأمر أظهر و الاحتياط فيه أقوى لأن الكلى لا يتشخص إلّا بقبض الحاكم الذى هو ولى الغريم

و كيف كان فمقتضى الاحتياط بناء على حرمة الصدقه على الهاشمى و إن لم تكن من زكاه الأموال و الأبدان هو أن يصرفه الحاكم أو من بيده بإذن الحاكم فيما ينطبق على كونه مال الإمام ع و كونه صدقه كإعطائه إلى العالم الغير الهاشمى هذا و لكن الظاهر أنّ الفقهاء لا يفتون بروايه داود بن أبى يزيد و لا يلتزمون بأن مجهول المالك مطلقا مال الإمام ع بل هنا عناوين ثلاثه الأوّل المجهول المالك و الثانى اللّقطه و الثالث ميراث من لا وارث له

و فى القسم الثالث يعتبر فيه أن يكون صاحب المال ميتا لا وارث له غايه الأمر يقع الكلام فى أنّه لو شكّ فى وجود الوارث فهل يكفى استصحاب عدم وجود من يرثه بالعدم المحمولى لكون الحكم مرتبا على نفس عدم الوارث أو لا يكفى ذلك بل لا بدّ من إحرازه كما عليه صاحب الجواهر قدّس سره و كيف كان لم يعلم من الأصحاب الفتوى بمضمون هذه الرّوايه فالأقوى بناء

عليه هو التصديق بمقتضى الأخبار الكثيره و بناء عليه مصرفه الفقراء و الأحوط أن لا يكون هاشميا

#### **الرابع فى حكم الضمان لو ظهر المالك**

و الكلام تاره بناء على كونه مال الإمام و أخرى بناء على عدمه ثم على الثانى تاره

يقع البحث بناء على كون يد من كان المال عنده يد أمانى و أخرى بناء على كونه يد ضمان

أما على الأول فالظاهر أنه لا- ينبغى التأمل فى أن مجرد عدم العلم بمالكة لا- ينقلب الواقع عما هو عليه بل كونه للإمام حكم ظاهرى فإذا وجد مالكة فهو له بل لو قلنا بالانقلاب كما هو الظاهر فى أخبار إرث من لا وارث له إلا أنه كذلك ما لم يوجد مالكة فإذا وجد الوارث فينقلب الأمر و يخرج عن موضوع من لا وارث له

و على هذا فلو كان المال موجودا عند الحاكم الذى هو نائب الإمام ع يجب رده إلى مالكة بلا إشكال إنما الكلام فى أنه لو تصدق به الحاكم فتاره العين باقيه عند الفقير و أخرى غير باقيه و على أى حال لا يمكن الحكم بالضمان لا على الحاكم و لا على الفقير أما على الحاكم فلروايه أصبغ الوارده فى أن الحاكم لا- يضمن فيما أخطأ فى دم أو قطع و الروايه و إن كانت مخصوصه بباب القطع و الدم و لا يشمل المال إلا أن الظاهر اتحاد المناط

نعم فى باب الدم و القطع قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن ما أخطأت القضاء فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين و أما فى باب المال فلم يدل دليل على أنه على بيت المال فمع كون الحاكم غير مقصر فى التصديق لا وجه لكونه ضامنا و أما على الفقير فادعى شيخنا الأنصارى قدس سره أنه لم يقل أحد برجوع المالك إلى الفقير مع بقاء العين

ثم على هذا لا فرق بين أن يتصدى الحاكم بنفسه للتصدق أو يوكل غيره و يشهد لهذا روايه داود فإن ظاهرها أنه لا ضمان على المباشر أيضا فإن قوله ع و لك الأمن مما خفته ظاهر فى أنه لا شىء عليه بعد تقسيمه

و أما على الثانى بأن لا يكون مجهول المالك مال الإمام و كان اليد يد أمانى فالأقوى أيضا أنه لو كان المال باقيا عنده أو عند الحاكم يجب رده إلى المالك و أما لو كان تالفا أو كان باقيا عند الفقير فلا ضمان على أحد سواء تصدق به بنفسه أو أعطاه إلى الحاكم و هو تصدق به و لا يمكن قياسه بباب اللقطة و لا بما أودعه اللص و لا يمكن إدراجه فى قاعده من أتلف

أما عدم إمكان قياسه بباب اللقطة فلأن فيها لم يرد الأمر بالتصدق المطلق بل الملتقط مختار فى التملك أو الحفظ أو التصديق مع التعهد بالضمان و أما باب اللص فلما عرفت من عدم التعدى منه إلى مطلق مجهول المالك مع أنه لم يرد فيه الأمر بالتصدق المطلق

و أما فى المقام فقد ورد الأمر به مطلقا من دون تعرض لتعهد الضمان كما فى روايه داود و روايه على بن أبى حمزه الوارده فى صديق له كما تقدم الإشاره إليهما فعلى هذا لا يمكن إدراجه فى قاعده من أتلف لأن مجرد الإذن فى الإتلاف و إن لم يقض المجانيه لإمكان كونه إذنا به مع التعهد بالضمان إلا أنه لو كان فى مقام البيان و سكت عن الضمان فيستكشف منه المجانيه كما لو أذن صاحب الطعام لغيره فى الأكل من دون تقييده بالضمان فإن الظاهر منه هو الإباحه مجانا إلا أن يكون قرينه على الضمان كالمطابخ المعده لبيع الأطمعه و حيث إن فى المقام ورد الأمر من الشارع بالإتلاف مع ظهوره فى عدم الضمان فلا وجه للضمان و بالجمله نفس هذه الأدله حاكمه على قاعده من أتلف مع أنه لو شك فيه و لم يستظهر من الأخبار المجانيه مع عدم عموم فى

قاعده من أتلّف يشمل المقام أى مقام الإحسان إلى المالك لا الإتلاف عليه فمقتضى القاعده البراءة من الضمان و لا وجه لما عن شيخنا الأنصارى قدس سره من عدم القول بالفصل بين هذه الصوره و الصوره التى يستصحب الضمان فيها لكون اليد مسبوقة به و لا للتمسك بمرسله السرائر

أما عدم القول بالفصل ففيه أولا يمكن العكس بأن يقال عدم اقتضاء الضمان فى هذه الصوره

يقتضى عدمه لو كانت اليد ضمان و ثانيا أن عدم القول بالفصل إنما يتم في الأحكام الواقعيه لا في مجارى الأصول فاقضاء الاستصحاب الضمان في مورد لا- يقتضى ثبوته فيما لا يجرى فيه الاستصحاب و أما مرسله السرائر فالظاهر أنها روايه حفص الوارده فيمن أودعه رجل من اللصوص دراهم

و قد تقدم منه قدس سره أنه لا وجه للتعدى منها إلى غير مورد السرقة ثم إن في هذه الصورة لا فرق بين أن يتصدق هو بنفسه أو يدفعه إلى الحاكم فيتصدق به لأنه على أى حال لا ضمان سواء كان الحاكم متصرفا بعنوان الولاية بناء على وجوب الدفع إليه أو كان من جهه الوكاله من باب أنه أعرف بموارد الصدقه بناء على أن من كان المال عنده هو المكلف بالصدقه كما هو المشهور فى الوديعه و العاريه و نحوهما حيث قالوا بأن وجوب رد الأمانه إلى أهلها يقتضى تعلقه بمن وقع المال عنده و لو لم يجده فيحفظه له أو يتصدق به و كيف كان لا موجب للضمان فى هذه الصورة أصلا

و أما على الثالث و هو ما لو كان اليد مسبوقة بالضمان كما إذا تملك من الغاصب بعنوان الجائزه ثم علم بأنه مغصوب بناء على عدم الفرق فى ضمان اليد بين العلم و الجمال أو تملك منه مع علمه بأنه مال الغير ثم ندم و تاب كما فى مثل كاتب بنى أميه فالحق أيضا عدم الضمان لو تصدق به لأن الرد و الأداء المعتبر فى باب الأمانات و اليد يتحقق بالرد إلى الفقير أو الحاكم بناء على كونه وليا لأن الأدله الداله على وجوب التصدق المطلق مع سكوتها عن الضمان حاكمه على قوله حتى تؤدي فتجعل الأداء أعم من الأداء إلى المالك أو من هو بمنزلته كالحاكم أو الفقير

ثم بناء عليه لا- فرق بين أن يتصدق هو بنفسه أو يدفع إلى الحاكم فيتصدق به كما أنه بناء على الضمان لو قلنا بأن ولايه هذا المال للحاكم فلو دفعه إليه يخرج عن الضمان لأن الدفع إلى الولي بمنزله الدفع إلى المولى عليه فلا هو ضامن و لا الحاكم نعم لو قلنا بالضمان و قلنا بعدم الولاية للحاكم لكن يجوز الدفع إليه لأعريفته بموارد الصدقه فلو تصدق الحاكم فالضمان على من كان المال فى يده لأن الحاكم بمنزله الوكيل له و إتلاف الوكيل لا يوجب ضمانا عليه بل على الموكل

ثم بناء على ما اخترناه من عدم الضمان مطلقا فلا موقع للبحث عن الفروع الثلاثه التى فرعها شيخنا الأنصارى قدس سره على الضمان أولها هل يثبت الضمان بمجرد التصدق و إجازة المالك رافعه له أو يثبت بالرد من حينه أو من حين التصدق و ثانيها أنه لو مات المالك فهل لورثته الإجازة و الرد أو لا و ثالثها أنه لو مات المتصدق و رد المالك فهل يتعلق المال بدمه الدافع و يخرج من تركته أو لا فإنه لا محل لهذه الفروع لما عرفت من أنه لا يقاس المقام بباب اللقطه و وديعه اللص

نعم بناء على الضمان فى المقام مطلقا أو على التفصيل أو جعل موضوع البحث باب اللقطه و ما يلحق بها فللتزاع فى هذه الفروع مجال و الأقوى فى الأول منها هو الضمان بمجرد التصدق إذا كان يده يد أمانى لأن به يتحقق الإتلاف غايه الأمر أن إجازته بمنزله الإبراء

و أما إذا كان يده يد ضمان فالأمر أوضح لأنه كان ضامنا قبل التصدق و التصدق موجب لفعليه تأثير الضمان بناء على أن الضمان فى القيميات بيوم التلف و أما بناء على كونه بيوم الغصب فالمدار على قيمه ذلك اليوم

و بالجمله مع فرض الضمان قبل التصديق فالتصدق أو الرد لا يتحقق به الضمان كما أنه ليس موجبا لضمان مستقل و أما في باب اللقطه فلا إشكال في ضمان الملتقط سواء قصد تملكه بعد تعريفه حولا أو تصديق به و اختلفوا في وقت الضمان فبعضهم جعل في مورد قصد التملك



الضمان بنفس هذا القصد و بعضهم بظهور المالك و بعضهم بمطالبته ثم إنهم اختلفوا فى مورد بقاء العين فى أن للمالك مطالبته أو ليس له إلا المثل أو القيمة

و أما الضمان فى مورد الصدقة فالاحتمالات الثلاثة فى المقام جاريه فيه أى الضمان بمجرد التصديق أو برد المالك نقلا أو كشفا و لكن الأقوى فيما إذا كان التصديق مستلزما للضمان أن يكون الضمان حاصلًا به لا برد المالك كشفاً أو نقلا و فيما إذا كان نية التملك مستلزما له أن يكون هو العله له و لا ينافى ذلك كون المالك مستحقاً لمطالبه نفس العين لأن الناوى يملكها ما دام

و الأقوى فى الفرع الثانى أن يكون الوارث قائما مقام مورثه سواء قلنا بتحقق الضمان بالتصدق أو برد المالك كشفاً أو نقلا أما على الأول فواضح لأن كون الإلتلاف موجبا للضمان يقتضى أن يشتغل ذمه المتلف بالمثل أو القيمة للمتلف عليه سواء قلنا بانتقال التالف فى ملك المتلف أما ما لو قلنا بأن الضمان غرامه شرعيه و جبت عليه و لو مع بقاء التالف فى ملك صاحبه و أما على الثانى فلأن تحققه بالرد معناه أن للمالك حق التضمن كما اختار هذا المعنى صاحب الجواهر فى ضمان اللقط بالتصدق فقال قدس سره أما الضمان بالصدقه به فلا يبعد كون المراد به استحقاقا عليه بمجىء المالك و عدم إرادته الأجر إلى آخره و ذلك لأن الحقوق المالكه مما يرثه الوارث

و احتمال أن يكون الضمان حكما شرعيا لا حقا مالكيًا فلا يرثه الوارث احتمال لا يعتنى به لأنه لا شبهه فى قابليته للإسقاط و جعل العوض له و الأقوى فى الثالث إخراج الغرامه من تركته لأنه متعلق بذمته سواء باشر التصديق بنفسه أو بوكيله نعم بناء على أن له التصديق و الدفع إلى الحاكم لكونه ولنا فلو دفعه إلى الحاكم يبرأ ذمته و لتوضيح هذه الفروع محل آخر و الغرض الإشاره إلى الوجوه المحتمله و مداركها و عليك بالمراجعه إلى محالها هذا كله حكم الصوره الثالثه

### و أما الصوره الرابعه

و هى ما علم إجمالاً- باشتمال ما دخل تحت يده على الحرام فإما أن يكون الاشتباه موجبا لحصول الإشاعه و الاشتراك أو لا يكون كذلك و على الأول فالقدر المأخوذ و المالك إما معلومان أو مجهولان أو مختلفان فلو كان القدر و المالك معلومين فيجب دفع حصته إليه سواء كان الإشاعه حاصله من أول الأمر كما إذا كان ثوب أو دار مشتركا بين اثنين و دفع الغاصب أو غيره مجموع المال إليه أو طرأ الإشاعه كما إذا امتزج مائع بمائع بفعل المدافع أو بفعل المدفوع إليه أو اختلط حنطه مع مثلها اتفاقا أو بفعل أحدهما فالحكم فى جميع الصور دفع حصه المالك إليه غايه الأمر قد يحصل التقص بسبب المزج أو الخلط و قد لا يحصل فإذا حصل التقص و كان المزج بفعل شخص فالضمان عليه إلا أن لا يكون يده يد ضمان

ثم المزج قد يلحق بالتلف كمزج ماء الورد بالنفط و قد يتبدل صوره الممتزجين إلى صوره ثالثه و قد يبقى الممزوجان على حالهما و تفصيل الأقسام مع حكم كل واحد منها سيجىء إن شاء الله تعالى فى خيار الغبن و لو لم يعلم المالك و لا المقدار فالمعروف إخراج الخمس و لا إشكال فيه بمقتضى الأخبار إنما الكلام فى أنه هل يؤخذ بإطلاق الأخبار و يطهر المال بالخمس

سواء علم بزياده المحرّم على الخمس أو نقيصته منه فيجب إخراج الخمس و لو علم بنقص الحرام عنه و لا يجب دفع الزّائد عن الخمس و لو علم بزياده الحرام منه أو يختصّ بما إذا كان القدر مجهولاً و الأقوى هو الأخير لانصراف الأخبار إليه لاختصاصها به

و توضيح ما يتعلّق به من الأحكام من كون مصرفه هو مصرف الخمس المعهود أو لا و أن الحكم ظاهريّ أو واقعيّ بحيث إنّه

لو ظهر المالك لا- يجب دفع القيمة إليه في محلّه و أمّا إذا كان القدر معلوما و المالك مجهولا فقد تقدّم في الصورة الثالثة حكمه و أمّا إذا كان المالك معلوما و المقدار مجهولا فيجب التخلّص عنه بالمصالحة أو يحكم بالتّصنيف بينهما قهرا

و يدلّ عليه صحيحه عبد الله بن المغيرة □ عن أبي عبد الله □ ع في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي و قال الآخر هما بيني و بينك قال فقال أبو عبد الله ع أما الذي قال هما بيني و بينك فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنّه لصاحبه و يقسّم الدرهم الثّاني بينهما نصفين فإنّ من هذا الخبر يستفاد أنّ كلّ مال كان مشاعا بين شريكين و لم يعلم مقدار حقهما فالحكم التّصنيف و مورده و إن كان مورد التّنازع إلّا أنّ المناط مطّرد في مقامنا أيضا

و على أيّ حال فالمصالحة لو أمكنت فهي مقتضى الاحتياط بلا إشكال و أمّا على الثّاني و هو ما لو كان المال مفروزا و اشتبه الحرام بالحلال فيتعيّن بالقرعة أو ببيع المجموع و يشتركان في الثمن و يستفاد الوجه الثّاني من خبر إسحاق بن عمّار عن الصادق ع في الرّجل يبضعه الرّجل ثلاثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثّوبين فلم يعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه قال ع ببيع الثوبان فيعطى صاحب الثّلاثين ثلاثة أخماس الثمن و للآخر خمسا الثمن

ثم لو كان المالك معلوما فيعطى ما تعيّن بالقرعة أو قيمه ما بيع بنسبه ماله و لو كان مجهولا فحكمه ما تقدم هذا بناء على عدم شمول أخبار الخمس للمقام و إلّا فلو قيل بأنّ مجرد الاشتباه و لو لم يكن بالخلط و الامتزاج يوجب إخراج خمسه إذا كان مالكة مجهولا فالحكم هو التّخمس في المقام على التّفصيل المتقدم و تمام الكلام موكول إلى باب الخمس الأمر

### الرابع قد استفاضت النصوص بأنّ ما يأخذه السلطان باسم الخراج و المقاسمه

#### إشارة

و ما يأخذه باسم الرّكاه و ما يأخذه باسم جزية الرّءوس الموضوعه على الدّمى يجوز شراؤه بل مطلق التقلب فيه من قبول اتّها به و نحو ذلك و يظهر ذلك بالمراجعه إلى الأخبار الواردة في هذا الباب فإنّ النصوص في كلّ واحد من هذه العناوين الأربعة و إن لم تكن مستفيضه إلّا أنّها مستفيضه في المجموع بل فوق حدّ الاستفاضه و ادعى جماعه من الأعيان الإجماع في المسألة و المناقشه في دلائله الأخبار من الشّيخ إبراهيم بن سليمان القطيفي قدّس سرّه ما ليست إلّا كسراب بقيعه و مباحثاته مع المحقّق الثّاني معروفه و رسالته في ردّ قاطعه اللّجاج في حلّ الخراج مصداق لما يقال قد أرعد و أبرق و ترنّم و لم يأت بشىء

و كيف كان فالاعتماد في الفتوى بذلك على الأخبار فإنّ من ظاهر الأسئلة و الأجوبه يستكشف أنّ الحكم كان مفروغا عنه و أمّا الإجماع فالمناقشه فيه واضحة و قاعده الضّرر و الحرج إنّما تفيضان لرفع الأحكام الثّابته لا لاستفاده ملاك الجعل منهما فليس للفقيه وضع حكم أو رفعه إذا استلزم من عدمهما الضّرر أو الحرج التّوعى فالتمسكّ بهما في المقام ممّا لا أساس له

و بالجمله أصل الجواز في الجملة لا إشكال فيه إنّما الكلام في تنقيح موضوعه و أنّ حكم السّيّطان حكم الإمام العادل بحيث يحرم عدم دفع ما يضعه على الأراضى و الرّءوس و أنّه هل يختصّ بالسّيّطان الذي يدعى الخلافه أو يعمّ غيره و غير ذلك ممّا

يتفرّع عليه و توضيح ذلك على سبيل الإجمال في ضمن مسائل

### **الأولى قال في المسالك المقاسمه حصّه السلطان من حاصل الأرض**

يؤخذ عوضاً عن زراعتها و الخراج مقدار من المال يضرب على الأرض أو الشجر

و قال المحقّق الأردبيلي قدّس سره في رسالته الخراجيّة الخراج على ما فهم من كلامهم أنّه كالأجره المضروبه على الأرض التي فتحت عنوه و كانت عامره حين الفتح و في معناه

المقاسمه سواء كانت عين حاصل الأرض كالثالث أو من النقد بل غيره أيضا وقيل إنه مختص بالقسم الثاني و المقاسمه بالأول و قد يفرق بالمضروب على الأرض و المواشى

و قال فى المستند المراد بالمقاسمه الحصه المعينه من حاصل الأرض يؤخذ عوضا عن زراعتها و بالخراج المال المضروب عليها أو على البحر حينما يراه الحاكم و فى المجمع و قيل يقع اسم الخراج على الضريبه و الفى ء و الجزيه و الغلّه و منه خراج العراقين إلى آخره و الظاهر أنّ الخراج هو الأعمّ ممّا يؤخذ من حاصل الأرض و ممّا يؤخذ ضريبه المعروف فى إيران بالماليات و فى العراق بالميرى و كيف كان مورد السؤال فى الأخبار يشمل كلّ ما يؤخذ من الأرض جنسا أو نقدا

### **الثانيه أن الأراضى التى هى موضوع البحث هى الأراضى المأخوذه من الكفار بالصلح**

بأن تكون الأرض للمسلمين و لهم السكنى و الأراضى المفتوحه عنوه و المسلم منها هى أراضى العراق و أمّا أرض مكه المعظمه فالأقوال فيها مختلفه و إن كان الظاهر أنّها فتحت عنوه لصراحه جمله من التواريخ عليه مع دلالة عدّه من الأخبار على ذلك أيضا و أمّا بلاد إيران فالزى و نهاوند فتحت عنوه و أمّا باقى الأمصار فالتواريخ مختلفه فيها سيّما أصفهان و خراسان و آذربايجان و أمّا بلاد الشام و نواحيه فكذلك

و كيف كان فما هو متعلق للخراج هو الأرض المعموره حال الفتح و أمّا الموات منها محكوم به بحكم ما لم يوجب عليه بخيل و لا ركاب مخصوصه بالإمام عليه السّلام و على هذا فيشكل إثبات الموضوع فعلا لاحتمال أن يكون ما هو معمور فعلا مواتا حال الفتح و مقتضى ذلك عدم ترتيب آثار المفتوحه عنوه على الأملاك الفعلية فى العراق بل يحكم بملكه من بيده لظاهر اليد و عدم أصل محرز لحال اليد و أمّا فى عصرنا هذا فموضوع البحث ساقط كما لا يخفى

### **الثالثه ظاهر جماعه من الأصحاب وجوب دفع حصه السلطان إليه**

و حرمة منعه عنها و تناولها بغير إذنه و بعضهم خصّ حرمة المنع بالخراج و المقاسمه دون الزكاه و الجزيه و لكن الأقوى عدم وجوب الدفع إليه مع التمكن فى ذيل صحيحه العيص و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم إلّا أن يقال يستفاد من ظواهر الأخبار أنّ حكم تصرف الجائر فى الأراضى الخراجية حكم تصرف الإمام العادل و صحيحه عيص و ما يقرب منها كصحيحه هشام أنّ هؤلاء المصدّقين يأتونا فيأخذون منا الصدقه فنعطيهم إياها يجرى عنّا فقال لا إنّما هؤلاء قوم عصوكم أو قال ظلموكم أموالكم و إنّما الصدقه لأهلها مخصوصه بالصدقات و لم يدل دليل على منع الخراج

و لكن الأقوى أنّهم عليهم السلام أباحوها لمواليهم و شيعتهم كما فى الأخبار الواردة فى الخمس و لم يجعلوا السّيلطان واليا منصوبا من قبلهم حتّى يحرم مع المذكورات عنه بل لا- إشكال أنّه ظالم و غاصب حقّ الإمام ع و حق من كان منصوبا من قبله نصبا خاصّا أو عامّا

فما عن ظاهر المسالك و المحقّق الثّانى و كاشف الغطاء قدس أسرارهم من حرمة سرقة الحصه و خيانتها و الامتناع من تسليم ثمنها إلى الجائر لا بدّ من حمله على حرمة المنع مطلقا بحيث لا يصرفه فى مصالح المسلمين أصلا و لا يدفعه إلى الوالى عليهم

شرعا لا أنه يجب دفعه إلى السلطان مع تمكنه من دفعه إلى الحاكم الشرعى من دون ضرر و حرج

و بالجمله يستفاد من مجموع الأخبار الواردة فى المقام و الأخبار الواردة فى حلّ جوائز السّـلطان و الأخبار الواردة فى تحليل الأنفال للشّيعه و حرمة إعانه الظّلمه بأى وجه كان أمور لا ينبغى التأمل فيها

الأوّل أنّ سلاطين الجور ليسوا منصوبين من الأئمّه عليهم السلام و ليسوا مستحقّين للولاية بحيث يجوز

التولّى من قبلهم و يحرم منع ما يصنعونه على الأراضى و المواشى

الثانى خروج من أخذ منه الزكاه و الخراج عن عهده ما يجب عليه إذا لم يتمكن من دفعه إلى مستحقّه و صرفه فى مصالح المسلمين فى صدر صحيحه العيص ما أخذ منكم بنو أميّه فاحتسبوا به و فى خبر أبى كهشمش عن الصّيدادق ع من أخذ منه السلطان الخراج فلا زكاه عليه

الثالث عدم اختصاص جواز الأخذ بمن كان مستحقّاً له أو كان مصرفاً له فإنّ بعض الأخبار و إن كان ظاهره الاختصاص كقوله ع ما منع ابن أبى سماك أن يبعث إليك بعطاك أ ما علم أنّ لك فى بيت المال نصيباً

إلّا أنّ ظاهر جملة من الأخبار هو الإطلاق فى صحيحه الحذاء عن الباقر سألته عن الرّجل منّا يشتري من إبل الصدقه و غنمها و هو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذى يجب عليهم قال فقال ما الإبل و الغنم إلّا مثل الحنطه و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيجتنب قيل له فما ترى فى مصدق يجيئنا فيأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فبيعناها فما تقول فى شرائها منه فقال إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس قيل له فما ترى فى الحنطه و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه فقال إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل

□

و فى نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى عن أبيه قال سئل أبو عبد الله ع عن شراء الخيانه و السرقة قال إذا عرفت ذلك فلا تشتره إلّا من العمّال و فى صحيحه إسماعيل بن فضل أيضا ما يدلّ على ذلك فراجع و تدبّر

#### الرابعه لا فرق فى الجواز بين ما أخذه السلطان و وضعه فى بيت المال و ما لم يأخذه

فيصحّ الأخذ ممّن فى ذمّته الخراج بأمر السّيلطان و الحوالة عليه و يدلّ على كليهما الأخبار الواردة فى باب قبالة الأرض و تقبل الخرج أو استيجار أرض الخراج من السّيلطان ثم إيجارها للزارع بأزيد من ذلك فعن العيص بن المختار قال قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك ما تقول فى الأرض أتقبلها من السّيلطان ثم أواجرها أكرتى على أنّ ما أخرج الله تعالى عزّ و جلّ منها من شىء كان لى من ذلك النّصف أو الثلث بعد حقّ السّيلطان قال لا بأس به كذلك أعامل أكرتى

□

و عن إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله ع قال سألته عن رجل يتقبّل خراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النّخل و الشّجر و الآجام و المصايد و السّمك و الطّير و هو لا يدرى لعلّ هذا لا يكون أبداً أو يكون أيشتره و فى أىّ زمان يشتره و يتقبّل منه فقال إذا علمت أنّ من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره و تقبّل منه

فما عن السّيد عميد الدّين على ما نقل عنه المقدّس الأردبيلي قدّس سره من أنّه يحلّ بعد قبض السّيلطان و نائبه لا وجه له لأنّه لو جوّز خصوص ما أخذه السّيلطان فيرده كلتا الطّائفتين و لو التزم بصحّه تقبّل الأرض الخراجيّة من السّيلطان فيرده كلتا الطّائفتين و لو التزم بصحّه تقبّل الأرض الخراجيّة من السّيلطان و لكن مع من تقبّل نفس الخراج فيرده الطّائفة الثّانية فإنّ قوله يتقبّل خراج

الرّجال إلى آخره صريح في جواز المعامله بنفس المال قبل أخذ السلطان و عامله

و كيف كان إطلاق كلمات بعض الأصحاب في الصّحه في نفس المأخوذ ليس ناظرا إلى الاختصاص فالأقوى عدم الفرق

### **الخامسه هل المراد من السلطان الوارد في هذه الرّوايات هو السلطان الذي يرى نفسه خليفه**

أو يشمل كلّ سلطان مسلم أو يشمل مطلق السلاطين و لو لم يكونوا مسلمين يظهر من جماعه الاختصاص و يظهر من جمله منهم



التعميم ولا يخفى ما فى استدلال الطرفين فالقائل بالاختصاص مثل صاحب المسالك وجهه بأنه يباح الأخذ منه نظرا إلى معتقده و فيه أنه إذا كان منشأ الجواز اعتقاد السيلطان باستحقاقه فلا يكفى معتقد موحد بل يشترط أن يكون دافع الخراج أيضا يعتقد استحقاق السيلطان فلو كان مؤمنا أو كافرا فلا يجوز أخذ خراجه من السيلطان و على هذا فمرجع توجيهه إلى أن المورد من صغريات قاعده ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم و الحال أن هذا خلاف منصرف الأخبار و صريح كلمات الأخبار

و القائل بالتعميم مثل صاحب الجواهر و شيخنا الأنصارى قدس سرهما تمسكا بمثل قاعدتي الحرج و الضرر و إطلاق الأخبار و زاد الأول بأن وجه الإذن منهم ع هو توسيل الشيعة إلى حقوقهم الثابتة فى بيت مال المسلمين كما أشعر به الحسنه السابقيه و غرضه من الحسنه قوله ع أ ما علم أن لك فى بيت المال نصيبا و لا يخفى ما فيه

أما أولا فلأن القاعدتين حاكمتان على الأحكام الثابتة و لا يمكن إثبات الحكم بهما كما أشرنا إليه و ظهر فى محله

و أما ثانيا فلأنه لو كان المدار فى الجواز على استحقاق الأخذ لكونه مصرفا لما أعد لمصالح المسلمين فيجب الاقتصار على مثله و موضوع البحث جواز الأخذ مجانا أو بالمعاملة لمطلق الشيعة

و أما ثالثا فلأنه لو كان المدار على الحراج و الاستحقاق فلا وجه لإخراج من لا يكون له سلطنه عامه مستقله كالسيلطان الذى تحت سطوه سلطان آخر و من خرج على السلطان و تسلط على قريه أو بلده فالأولى التمسك بإطلاق الأخبار و كون المناط فى الحلته هو إذن من له الأمر لمطلق شيعتهم نعم لو ادعى انصراف الأخبار إلى الجائر الذى يرى نفسه مستحقا فله وجه فمقتضى الاحتياط عدم جواز الأخذ ممن لا يرى نفسه مستحقا للخلافه أو كان سلطنته باستظهار غير المسلم

و بالجمله لا يمكن الجزم بالتعميم و إن كانت الأخبار مطلقه فتدبر

السيداسه قد ظهر ممّا ذكرنا أن موضوع البحث هو ما كان فينا للمسلمين و يصرف فى مصالحهم بضميمه الزكوات و جزية الرءوس فإن الزكاه و إن كان لها مصرف خاص و لا تدخل فى مصالح المسلمين إلا بعض مصارفها إلا أن مقتضى النصوص دخولها فى الخراج و المقاسمه حكما و هذا لا إشكال فيه إنما الكلام فى أنه هل للخراج حد معين بحيث لو زاد أو نقص منه لا يدخل تحت العنوان أو لا حد له الأقوى كونه موقوفا على تراضى السلطان و المأخوذ منه

قال أبو الحسن ع و الأرض التى أخذت عنوه بخيل و ركاب فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمرها و يحييها على صلح ما يصلحهم عليه الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف و الثلث و الثلثان و على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضر بهم و على هذا فإذا زاد الجائر ظلما حرم تناوله كما أنه لو خفف لا لمصلحه راجعه إلى المسلمين بل تشهيا و صداقه مع المتقبل و نحو ذلك يجب رد مقدار النقص إلى الحاكم الشرعى

و بالجمله فى المسلميين يجب أن يرجع إليهم إلا أن الشارع حكم بأن تصرف الجائر فيه كنصرف الإمام العادل و مقتضى ذلك اختصاص الإذن بما يتصرف به الإمام العادل فالزائد و الناقص غير نافذ منه و كيف كان فاختصاص الموضوع بالخراج و

المقاسمه دون الرّكاه و الجزيه كما عن بعض لا وجه له

و على أى حال قد عرفت أنّ البحث عنه فى هذه الأزمنه قليل الجدوى و إنّما تعرضنا تبعاً لما هو المعمول بين الفقهاء فلنرجع إلى  
تحرير ما أفاده مدّ ظلّه فى كتاب البيع و لَمَّا كان عنوان بحثه كتاب المكاسب لعلم التّقى و خاتم الفقهاء الحاج الشّيخ مرتضى  
الأنصارى التّستري أعلى الله مقامه

فلنحرر ما أفاده مد ظله بطريق الحاشيه على الكتاب

## كتاب البيع

### اشاره

قال قدس سره كتاب البيع

وقبل الخوض في مسائله ينبغي التنبيه على أمر ربما يكون له دخل في بعض مقاصد الكتاب و هو أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم قسموا مسائل الفقه إلى أقسام أربعة عبادات و عقود و إيقاعات و أحكام و قد يعبر عنها بعبادات و عادات و معاملات و سياسات و العبادات تطلق على معان ثلاثه أولها ما يعتبر فيه قصد التقرب و هي العبادات بالمعنى الأخص و ثانيها ما يمكن فيه قصد التقرب و هي العبادات بالمعنى الأعم و ثالثها الوظيفه التي شرعت على أشخاص خاصه و يندرج في هذا القسم باب الجهاد و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و باب الولايات و القضاء و الشهادات و المعنى الثالث متوسط بين المعنيين الأولين فإنه أعم من الأول و أخص من الثاني و وجه إدراج المحقق باب الجهاد و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر في العبادات بلحاظ هذا المعنى أو المجرد مناسبه ما كما أدرج أحكام المياه في هذا القسم أيضا

و أمّا المعاملات فلها أيضا معان ثلاثه أولها ما لا يعتبر فيه قصد التقرب و هذا المعنى عام يشمل ما يتوقف على الإنشاء و ما لا يتوقف و ثانيها خصوص باب العقود أى ما يكون قوامه بإنشاء طرفين و ثالثها المتوسط بين الأولين أى ما يحصل بالإنشاء سواء كان بين الطرفين كالعقود أو لا كالإيقاعات ثم إنه قد يشكك في كون شىء عقدا أو إيقاعا و سيجىء تفصيل ذلك إن شاء الله في محله

و كيف كان فالقسم الثاني من مسائل الفقه هو الذى يتوقف على إنشاء الطرفين و يسمّى بالعقد و العقود على أقسام ثلاثه عقود إذتيه و عهديه و هى على قسمين تعلقيته و تنجيزيه أما الإذتيه فهى عقود باصطلاح الفقهاء لا بالمعنى اللغوى و العرفى لأن معنى العقد لغه و عرفا هو العهد المؤكد و ما يكون فيه إزام و التزام و أما العقود الإذتيه فتسمّى عقودا لأنها ترتبط بشخصين لا أنّ فيها عهدا و عقدا فقولُه عزّ من قائل أوفوا بالعقود لا يشمل هذه العقود لخروجها عنه تخصّصا

و بالجملة ما كان قوامه بالإذن و مجرد رضاء ولى الأمر و مالكة لا يكون فيه عهد و التزام و هذه كالوديعه و العاريه بناء على أن يكون مفادها الإباحه المجانيه و أمّا بناء على كونها مقيده للتملك المجانى فتدخل في العهديه و كالوكاله على أحد القسمين فيها فإنها بنوعها و إن كانت تفيد إباحه التصرف للوكيل إلا أنّ قسما منها عهدي و هو الذى يتوقف على الإيجاب و القبول مع شرائط خاصه مذكوره في محله و من أحكام هذا القسم أنه لو تصرف الوكيل بشرائط التصرف و لم يعلم بعزل الموكل لا يبطل تصرفه و قسما منها إذنى و هو عبارته عن مجرد الإذن في التصرف بل مطلق الرضا به و من أحكامه أنه يبطل تصرف الوكيل بمجرد رجوع الموكل عن إذنه و لو لم يطلع عليه الوكيل ثم إنه قد يكون العقد مركبا من عهدي و إذنى باعتبار مدلوله

المطابقى و الالتزامى كالإجاره فإنها تدخل من جهه تملك المنفعه بالعوض فى العهده و من جهه تصرف المستأجر فى العين فى باب الأمانات المالكيه التى ترجع جميع العقود الإذنيه إليها

و أما التعليقيه فهى التى يكون المنشأ فيها معلقا على شىء كالتسبق و الرمايه و الجعاله بناء على كونها عقدا و متوقفا على القبول و لو كان فعلا نعم بناء على كونه إيقاعا

يخرج عن هذا الباب و كيف كان إذا كان المنشأ معلقاً بيان و أخواتها فيكون من العهدية التعليقيه

و أما العهدية التنجيزية فهي عبارة عن البيع و الإجاره و نحوهما مما كان المنشأ منجزاً و متحققاً بإنشاء الطرفين سواء كان تمليكا للعين أو المنفعة و سواء كان بعوض أو بلا عوض فتمليك العين بالعوض بيع و بلا عوض هبه و تمليك المنفعة بالعوض إجاره و بلا عوض عاريه بناء على كونها مفيدة للتمليك لا بناء على ما هو الحق من أنها مفيدة للإباحه

ثم إن الصلح أيضا عنوان مستقل و يكون المنشأ به هو التسالم على أمر نعم قد يكون نتيجة التسالم هو تمليك العين بعوض أو بلا عوض أو تمليك المنفعة بعوض أو بلا عوض لا أن يكون تابعا لأحد هذه العناوين الأربعة بأن يكون إما بيعا أو هبه أو إجاره أو عاريه كما عليه الجمهور و تبعهم من الخاصه جماعه و ذلك لأن المناط في الاستقلاله أو التبعية هو لحاظ المنشأ بالعقد بالمدلول المطابقى لا الالتزامى

فكون نتيجة الصلح أحد هذا الأمور لا يوجب إرجاعه إليها بل لا شبهه أن مدلوله المطابقى إنشاء التسالم على أمر فقد يكون هذا الذى تسالما عليه أحد هذه الأمور و قد يكون إسقاطا لحق غير قابل للبيع كما فى بعض الحقوق و قد يكون إسقاطا لحق الدعوى الذى قد لا يكون المدعى به ثابتا فى الواقع

و حيث إن المنشأ به هو التسالم فيجب أن يتعدى بعلى لا بالباء فلو قال صالحتك هذا بهذا فإما يكون بيعا فاسدا بناء على بطلان إنشاء عناوين العقود بالألفاظ المجازيه و إما يكون بيعا صحيحا بناء على صحه إنشائها بغير ألفاظها و على أى حال لا يكون صلحا لأن المنشأ به هو التبانى على أمر و التسالم عليه فيجب أن يقال صالحتك على هذا بهذا أو تصالحنا على هذا و بهذا نعم فى صلح الدين و نحوه يصح تعديته بعن فيقال صالحتك عما علم بما علم لكونه بمعنى التجاوز بل فى صلح حق الدعوى تعديته بعن أولى

ثم إن مما ذكر فى معنى الهبه علم أنه لا يصح أن يقال وهبتك هذا بهذا حتى فى الهبه المعوضه لأن التمليك بالعوض إما بيع أو إجاره فقوله فى تمليك الأعيان وهبتك هذا بهذا و فى تمليك المنافع أيضا كذلك إما بيع فاسد و إجاره فاسد لو لم نقل بكفايه كل لفظ لإنشاء عنوانهما به أو صحيحتان لو قلنا بها لأن فى حقيقه الهبه اعتبرت المجائيه فإنها عبارة عن تمليك مال منجزا من غير عوض

و العوض فى الهبه المعوضه ليس فى مقابل المال الموهوب سواء اشترط التعويض أو لم يشترطه و لكن المتهب عوض عنها فإن فى الأول أيضا ليس العوض مقابلا للمال الموهوب بل إنما اشترط فى التمليك المجانى أن يملكه شيئا مجانا

[معنى البيع]

إشاره

قوله قدس سره البيع و هو فى الأصل كما عن المصباح مبادله مال بمال

لا- يخفى أنّ تعريفات القوم كلّها تقريبيه لا- سيما فى البسائط فإنّها ليست مركبه من جنس و فصل و التعريف الحقيقى بحيث يكون جامعا و مانعا على فرض إمكانه إنّما يصحّ فى المركبات

و على أىّ حال هذا التعريف و تعريفه بأنّه تمليك العين بالعوض لا يرجع إلى معنى واحد فإنّ ظاهر التعريف الأوّل أنّ المعامله تقع بين المملوكين و التعريف الثانى أنّ المقابله تقع بين السّيلطنتين و لا إشكال أنّ فى مقام الخارج و ما هو المتعارف بين الناس و من أعظم ما يتوقف عليه عيش بنى آدم و هو تبادل الأموال لا تبادل الملكيه التى هى عباره عن السّيلطنه على المال فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم و ليس لهم السّيلطنه على سلطنتهم و سيجى ء فى محلّه أن جواز الإعراض عن الملك و نفوذه و

ليس من جهه شمول الناس مسلطون على أموالهم له فإن الإعراض إذهب موضوع السلطنه و ليس مندرجا فى عموم السلطنه

و بالجمله قد أشرنا فى أول المكاسب المحرمه أن باب المعاوضات مقابل لباب الإرث فإن فى الإرث يتبدل المالكان دون المملوكين و باب المعاوضات بعكس ذلك فيتبدل بها المملوكان

و حاصله أن فى عالم الاعتبار كل من صاحب الطعام و صاحب الدراهم واجد لإضافه و أحد طرفى الإضافه قائم بالمالك و طرفها الآخر بالمملوك و التبديل عباره عن حل الإضافه القائمه بالطعام و جعلها قائمه بالدراهم و هذا الحل من آثار واجديه الإضافه لا- أن الإضافه بتمامها تتبدل بإضافه أخرى فإن الإضافه عباره عن السلطنه على المال و إذا كان التبديل واقعا بين السلطنتين فيتوقف صحته على أن يكون ذو السلطنه له السلطنه على السلطنه و هكذا و على هذا فالحق أن البيع هو مبادله مال بمال أو تبديل مال بمال و ليس عباره عن تملك العين بعوض إلا أن يكون المقصود من هذه عباره التعريف باللازم فإن لازم تبديل العين تحقق الملكيه للمشتري

و حاصل الكلام أن الملكيه عباره من إضافه حاصله بين المالك و المملوك و هى عباره أخرى عن الجده غايه الأمر أن الجده الحقيقيه و الواجديه الواقعيه هى مخصوصه بمن له ملك السماوات و الأرض فإنه هو الذى يقدر على الإيجاد و الإعدام فهو الواجد الحقيقى و التعبير عن هذه الجده بالإضافه الإشراقه يرجع إلى هذا المعنى

و كيف كان لا شبهه أن من أعلى مراتب الجده هذه الواجديه و نظيره فى المخلوقات واجديه النفس للصور العلميه فإنها توجد بنفس إنشاء النفس لها و تنعدم فى هذا الصقع بنفس إعدامها فإحاطتنا بمنشآت أنفسنا نظير ملكيه الله سبحانه و قدرته و علمه

و أما الملكيه الاصطلاحيه التى هى من إحدى المقولات فهى أضعف رتبه و أنزل درجه من الجده الحقيقيه و أما الجده الاعتباريه فهى أضعف من المرتبتين السابقتين و لكن لها نحو تحقق فى عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و بها يتبدل الأموال و أما هى بنفسها فليست قابله للتبديل ابتداء لأنه ليس للمالك ملكيه على الملكيه من غير فرق بين باب البيع و غيره حتى فى مثل الهبه المجانيه فإن الواهب لا- يملك المتهب ابتداء بل يعطيه المال فإذا أعطاه إياه ينخلع عنه الإضافه و يلبسها الآخر فهو يصير واجدا

و لا- مانع عن تعريف البيع بأنه تملك عين بعوض و عن الهبه بأنها تملك مجانى إذا كان المقصود منه تبديل المال أو إعطاءه فإن مقصودنا أن ما هو الواقع خارجا و الثابت فى عالم الاعتبار هو أن صاحب المال له إضافه و جده كان المالك فى شرق العالم و المملوك فى غربه أو كان تحت يده و بلحاظ مالكيته لهذه الإضافه مسلط على تبديل ماله و هكذا لو كان ذا حق أيضا فله إسقاط حقه أو تبديله بأمر آخر من جهه سلطنته عليه لا تبديل نفس السلطنه

فعلى هذا بين تعريف المصباح بأن البيع مبادله مال بمال و سائر التعاريف تفاوت معنوى و لكن جميع هذه التعاريف ليس مطردا و منعكسا سيما تعريف المصباح فإن شأن اللغويين هو التسامح فى بيان حقيقه معنى الشىء فالإشكال عليه بأن البيع تبديل لا مبادله و أن المبادله تصدق فى غير البيع أيضا إنما يتوجه لو كان بصدد بيان حد الشىء و بعد ما عرفت من أن هذه التعاريف

تقریبیه فلا- یرد علیها إشکال نعم من کان بصدد بیان حقیقه البیع فینبغی تعریفه بما یکون جامعا و مانعا و لا یهمنا ذکر تعاریف القوم



و ما يرد عليها و لعله سيجى ء إجماله بعد ذلك

### إنّما المهم بيان أمور ينبغى التنبيه عليها

#### الأول أنّ مقتضى ما ذكرنا فى حقيقه المعاوضه أنّ البيع و نحوه من مقوله المعنى

لا بمعنى أنّه من الكلام النفسى الذى توهمه بعض المحشين تبعاً لأستاده المحقّق بل بمعنى أن المنشأ باللفظ هو البيع لا قول بعث و لا المجموع المركّب من بعث و اشترى الذى يسمّى عقداً

و بعبارة أخرى البيع هو تبادل العين بالمال أو تملكها به غاية الأمر تحقّق هذا المعنى خارجاً موقوف على قبول المشتري و إن شئت قلت البيع هو التملك المتعقّب بالقبول و لكن الظاهر أنّ عنوان التعقّب ليس جزءاً من مدلول البيع بل البيع هو نفس التملك بالعوض فى ظرف حصول القبول فكون البيع هذا المعنى لا ينافى مع تبادل البيع المؤثّر و هو المتعقّب بالقبول من قوله باع فلان داره فإنّ الظاهر من هذا الكلام وقوع عقد البيع و لا شبهه أنّ عقد البيع مركّب من الإيجاب و القبول و لكن الذى هو من فعل البائع هو الإيجاب لا المركب فإنّ القبول من فعل المشتري

و بالجمله البيع هو فعل البائع لا- المركّب من فعله و فعل المشتري و فعله لا ينفكّ عن تحقّق اسم المصدر منه و إن لم يترتب عليه الأثر خارجاً فهو مثل الكسر الذى لا ينفكّ عنه الانكسار و إن كان من جهه ترتّب الأثر مثل الإيجاب الذى لا يكون منشأً للآثار إلّا إذا صدر ممّن له الأهلية له و الذى يدلّ على أنّ البيع من فعل البائع أنّه لو وقع شرطاً فى ضمن العقد أو نذره فمرجعه إلى إقدامه على البيع و جعل المبيع معرضاً له لا إيجاد ما هو منشأً للآثار و إلّا يكون شرطاً و نذراً غير مقدور ففرق بين أن يكون المجموع من الفعلين أو الفعل المتعقّب بالقبول بيعاً و أن يكون البيع هو فعل البائع فى ظرف حصول القبول من المشتري

و بالجمله البيع أمر بسيط قائم بفعل شخصين بحيث لو لم يتحقّق القبول لا يحصل هذا المعنى و لكن لا يدخل ما هو من فعل المشتري فى فعل البائع لا بوجوده الخارجى و لا بعنوانه الانتزاعى بل فعل البائع إيجاب له و فعل المشتري قبول له فحيث إنّ قائم بشخصين لا يمكن أن يقال البيع يحصل بإيجاب البائع سواء حصل القبول أم لا

و على أىّ حال إطلاق البيع على العقد المركّب من الإيجاب و القبول مبنى على عناية و رعايه علاقه غير خاليه من الاعتساف فإن علاقه السببيه و المسببيه حاصله بين العقد و ما يحصل من الإيجاب و القبول و من الإيجاب المتعقّب بالقبول و إلّا ليس العقد سبباً لما يحصل من فعل البائع فإنّ التملك منه يحصل بنفس إنشائه و إن لم يكن منشأً للأثر إلّا إذا تعقّب القبول

ثم إنّ جملة من الأعلام على ما فى الجواهر و المتن عرفوا البيع بالأثر الحاصل من الإيجاب و القبول فقالوا بأنّه انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى فعلى هذا يستفاد من مجموع الكلمات إطلاق البيع على معان ثلاثه

الأول ما هو الحاصل من فعل البائع و عبّروا عن هذا المعنى بتعبيرات مختلفه فمنهم من عرفه بأنّه مبادله مال بمال و منهم بأنّه نقل

عين بعوض و منهم بأنه تمليك عين بعوض و منهم من عرفه بأنه نقل العين بالصِّيغِة المخصوصه إلى غير ذلك مما يرجع إلى هذا المعنى

الثانى هو الحاصل من فعل الموجب و القابل كما فى تعريف المبسوط و من تبعه فعرفوه بأنه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض

الثالث هو العقد المشتمل على الإيجاب و القبول كما فى الوسيله و المختلف و هذا الإطلاق هو المتعارف عن الفقهاء فى أبواب العقود فقولهم كتاب البيع و نحوه المقصود منه هو العقد

**الأمر الثانى قد اشتهر بين الفقهاء**

أنَّ باب ألفاظ العقود و ما ينشأ بها باب الأسباب و المسببات فيريدون أنَّ مثل بعت و اشترت سبب لحصول النَّقل و الانتقال

ثم إنَّ من الشَّهيدين قدس سرهما يظهر أنَّ عقد البيع و غيره حقيقه في الصَّحيح و مجاز في الفاسد فعلى هذا يتولَّد هنا إشكالان الأول أنَّ كون العقد حقيقه في الصَّحيح معناه أنَّ الشَّارع وضعه للصَّحيح مع أنَّ المعاملات بأجمعها إمضائه الثانى عدم صحه التمسك بالإطلاق عند الشك في الصحه و الفساد كما لا يصح التمسك به فى العبادات نعم لو قلنا كما قيل بأن الإمضاء الشرعى ورد على الأسباب فلا- إشكال و أما بناء على ورود الإمضاء على المسببات كما هو الظاهر من قوله عز من قائل وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فَالتمسك به مشكل لأنه لا ملازمه بين إمضاء المسبب و إمضاء السبب فلو شك في صحه العقد الفارسي فكيف يمكن القول بصحته من جهة إطلاق قوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ

و قد أجب عن الأول بأن معنى وضعه لصحيح أنَّ الشَّارع أمضى المعاملات العرفيه و العرف يسمى ما هو المؤثر لأثر كذا بيعا لا غيره فيصير البيع شرعا هو البيع عرفا أى المؤثر للنقل غايه الأمر قد يقع اختلاف بين الشَّرع و العرف فى المصداق كالبيع الربوى مثلا فإنَّ الشَّارع يخطئ العرف فى تخيلهم بأنَّه أيضا مؤثر فى النَّقل و

بتعبير آخر قد يسقط الشَّارع فردا عن الفرديّه حيث إنَّه ممن ينفذ اعتباره و الأمر الاعتبارى إسقاطه التشريعى هو إسقاطه التكويني و بتعبير المصنف قد يكون الاختلاف بين التَّظنين فإن ما هو بنظر العرف بيع ليس بنظر الشَّارع بيعا لا أنَّ معنى البيع عند العرف و الشَّرع يختلف

و بالجمله البيع عند الشَّرع و العرف واحد مفهوما و إن اختلف بينهما فى بعض المصاديق فعلى هذا يصح دعوى كون العقد موضوعا للصَّحيح مع كونه إمضائيا و أجب عن الثَّانى بأن ألفاظ المعاملات و إن كانت موضوعه للصَّحيح إلَّا أنَّ إطلاقها لو كان مسوقا فى مقام البيان ينزل على أنَّ المؤثر عند الشَّارع هو المؤثر عند العرف لأنَّ الخطابات لمَّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه فى الخطابات الشَّرعيّه على ما هو الصَّحيح المؤثر عند العرف

و لا يخفى ما فى هذا الجواب لأنَّه بعد ما عرفت بأنَّ الخطابات الشَّرعيّه وارده فى مقام إمضاء المسببات و فرضنا أنَّه لم يدل دليل على صحه العقد الفارسي و لا- صحه الفصل بين الإيجاب و القبول فعند العرف هذا العقد صحيحا لا أثر له و لا اتحاد بين المسبب و السبب لا حقيقه و لا عرفا حتى يقال إمضاء المسبب إمضاء للسبب كما لا يخفى

فتزيل ما هو المؤثر عند الشَّارع على ما هو المؤثر عند العرف لو كان إطلاق الخطابات الشَّرعيّه مسوقا فى مقام البيان إنَّما يصح لو كان الشك راجعا إلى المفهوم العرفى الذى أمضاه الشَّارع لا- ما إذا كان الشك راجعا إلى المصداق فإنَّ نظر العرف فى تطبيق المفاهيم على المصاديق غير متبع فلو فرضنا أنَّ العرف يرى مفهوم البيع هو المؤثر فى النَّقل فتطبيقهم هذا المعنى على العقد الفارسي لا عبره به إلَّا إذا رجع إلى توسعه فى المفهوم

و بالجمله إذا فرضنا أنَّ البيع موضوع لما هو المؤثر فى النَّقل حقيقه و أنَّ الشَّارع أمضى هذا المعنى فتخييل العرف بأنَّ العقد الفارسي مؤثر فى النَّقل لا أثر له

ولا- يقال إنّ الشّارع إذا أمضى الأثر الحاصل ممّا هو المؤثر واقعا فلا- محاله لا- ينفكّ عن إمضاء المؤثر و لو فى الجملة و  
المفروض أنّ العرف يرون جميع هذه العقود مؤثرا فلو لم يكن هذه مؤثرا عند الشّارع لوجب عليه التّنبية فقله عزّ من قائل أحلّ  
الله البيع مع

بناء العرف على أنّ العقد الفارسي بيع و عدمه تخطئه الشارع لهم يقتضى أن يكون هذا سببا أيضا عند الشارع لأننا نقول مقتضى كون البيع موضوعا للصّحیح أن يكون كلّ ما هو سبب له معنونا بعنوان ما يترتب عليه المسبّب بحيث لو تعلّق الوضع أو التكليف به لكان تحصيله لازما

و بعبارة أخرى لو لا حكم العقل بأنّ في مورد الشكّ في المحصل يجب الاحتياط لكان مقتضى جعل المسبّب و عدم التنبیه على سبب خاصّ هو أنّ كل ما يعدّه العرف سببا كان سببا عند الشارع و أمّا بعد معلوميّه أسباب متيقّنه عند العرف و الخارج ففي مورد الشكّ يجب الاحتياط و التمسك بالإطلاق يتمّ لو كان الشكّ في أمر زائد على المسمّى

و بالجملة غير خفى على الناقد أنّه لو كان باب العقود و ما ينشأ بها من باب الأسباب و المسببات لكان الأدلّه الوارده في إمضاء المسببات غير كافيه لرفع الشكّ في تحقّقها من الأسباب المشكوكة سببّيّتها و اتّحاد السبب و المسبّب ليس بحدّ يكون أحدهما عين الآخر و لا ملازمه بين إمضاء المسبّب و إمضاء مشكوك السببیه و لا أثر لعدّ العرف مشكوك السببیه سببا

و حاصل الكلام أنّ التمسك بالإطلاق يصحّ في مقامين الأوّل ما إذا كان مصداق داخلا تحت الطبيعي يقينا و شكّ في اعتبار قيد زائد فيه كالشكّ في اعتبار الإيمان في الرقبه مع العلم بانطباق المفهوم على الكافره و أمّا إذا لم يكن شىء تحت هذا العنوان فعند العرف من باب المسامحه شيئا من أفراد هذه الطبیعه لا يفيد في صحّحه التمسك بالإطلاق فإذا كان موضوع الحكم ثمانيه فراسخ فمسامحه العرف و عد ثمانيه إلّا ربع الفرسخ ثمانيه فراسخ لا أثر لها و الثانی ما إذا كان ثبوت الحكم لعنوان ملازما لثبوته لأمر آخر كما إذا قلنا بأنّ قوله عزّ من قائل كلوا ممّا أمسكن في مقام بيان حلّ أكل ما اصطاده الكلب المعلم فعلا فلازمه طهاره موضع عضّه و لا يبعد أن يكون نظر المصنف قدس سره و من تبعه في التمسك بمطلقات أبواب المسببات لصحّحه ما شكّ في كونه سببا راجعا إلى الوجه الثانی بل هو المتعين فإنّ قوله قدس سره فلانّ الخطابات الشرعيه لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع على ما هو الصّحیح المؤثر عند العرف ظاهر في أن إمضاء المسبّب إمضاء للسبب لا- أنّ المصداق المسامحي العرفي مندرج تحت الإطلاق

و على أى حال فلو كان مبنى التمسك بالإطلاق هو الوجه الأوّل فهو مما لا كبرى له لأنّ تطبيق العرف لا أثر له إلّا إذا رجع إلى المفهوم و لو كان هو الثانی فالصّحیح غری ممنوعه لأنّه لا ملازمه بينهما مع التباين بينهما خارجا نعم إمضاء السبب إمضاء للمسبّب و لكن العكس لا يبتنى على أساس إلّا إذا عدّا واحدا خارجا فتأمل جيدا

فالصواب في الجواب هو أنّ المنشآت بالعقود ليست من باب المسببات بل هي أفعال من الموجب و القابل و ذلك لأنّ المسبّب إمّا يكون أمرا مترتبا على فعل إعدادي من شخص بحيث لا يكون بين هذا الفعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار و إن كان بين الفعل و هذا الأثر وسائط كثيره كالوقوع في البئر المترتب على حفر الحافر في الطریق العام فإنّ وقوع الأعمى فيه مستند إلى الحافر و إن لم يوجد إلّا فعلا إعداديا

و إمّا يكون فعلا توليديا من إيجاد الفاعل الجزء الأخير من العلّه التامّه كالإحراق المترتب على الإلقاء في النار و الملكيه المترتبّه

على الحيازه و لا خفاء فى أنّ المنشأ بالعقد لا يكون من كالا القسامين بل هو من قبيل الإيلام الحاصل بالضرب و عنوان ثانوى  
لفعل الفاعل و الفاعل ابتداء يوجد هذا العنوان و يتعلّق إرادته به أوّلا لكونه تحت قدرته بلا واسطه

فإن المتكلم ابتداء يوجد المعنى و اللفظ ليس بمنزله السبب و المعنى بمنزله المسبب بل حال المنشأ بالعقد حال الكتابه التى هى ابتداء فعل الكاتب و حال التجاره التى هى فعل التجار و كما أن خلق الصور الذهنيه فعل من النفس كذلك كتابتها و تكلمها و تجارتها و نجارتها أفعال منها غايه الفرق أن خلق الصور لا- يحتاج إلى آله و التكلم يحتاج إلى تحريك اللسان و الكتابه إلى القلم و التجاره إلى القدوم فإذا كان تلفظه بهذه الألفاظ فعلا- له فالأثر الحاصل منها فعل له أيضا بلا واسطه لأن فى جميع المصادر اسم المصدر الحاصل منه لا يباينه إلا اعتبارا فهو هو وجودا و إن اختلفا اعتبارا فأثر الفعل لو انتسب إلى الفاعل يسمى تأثيرا و مصدرا و لو انتسب إلى المفعول يسمى اسم المصدر و تأثيرا

و بعبارة أخرى لا- تفاوت بين الإيجاد و الوجود فلو قلنا بتعلق الإمضاء بنفس الإيجاد كما هو المتعين فى نحو أوفوا بالعقود فإن الإمضاء تعلق بالعقد الذى هو آله إيجاد عنوان المعامله و هو الظاهر من أحل الله البيع لو كان المراد من الحلته الحليه التكليفية الرجعه إلى الأفعال فلا إشكال فيه فإنه لو تعلق الإمضاء بنفس هذه الإيجادات الواقعه من أهل العرف فيقتضى صحه جميع ما يوجد العرف بحيث لو ردع عن إيجاد خاص فهو تخصيص و خارج عن الإيجادات حكما و إن دخل فيها موضوعا

و لو تعلق الإمضاء بالأثر الحاصل من الأفعال كما يمكن أن يكون هو المراد من أحل الله البيع بناء على ظهوره فى الحلته الوضعيه فكذلك أيضا لاتحاد الأثر مع التأثير فإمضاء الأثر إمضاء للمصدر الحاصل منه هذا الأثر لعدم الفرق بينهما خارجا

و بالجملة فرق بين السبب و المسبب و بين المصدر و اسم المصدر فإن السبب و المسبب إذا تعلق الجعل بالمسبب ابتداء أو إمضاء فلا يكفى جعله كذلك لجعل السبب و هذا بخلاف إمضاء اسم المصدر فإن إمضاءه ملازمه لإمضاء المصدر بل هو عينه على وجه فتدبر جيدا

### الأمر الثالث لا إشكال و لا خلاف فى اعتبار كون المبيع عينا

فلا- يعم المنافع و لا يبعد أن يكون منشأ الاتفاق انصراف الأدله إلى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض فى البيع عينا و لا أقل من الشك فى شمول المطلقات لغير العين و ادعى التبادر و صحه سلب البيع عن تملك المنفعه بعوض

و كيف كان لا خلاف فى ذلك و عليه استقر اصطلاح الفقهاء و إطلاق البيع فى نقل غيرها فى عدّه من الأخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمه المدبر و بيع سكنى الدار و بيع الأراضى الخراجيه التى لا يجوز فيها إلا نقل منافعها مبنى على رعايه علاقته كما أن الإجاره التى جعلت شرعا بل عرفا لنقل المنافع قد تستعمل لنقل الأعيان بل فى عصرنا هذا يطلق الضمان و يراد منه الإجاره و هو مبنى على المسامحه فإن الضمان يمكن أن يطلق على مطلق تعهد الشىء أو كونه فى عهده و لو من دون تعهد عقدى

ثم إن المراد من العين فى المقام ليس خصوص العين الخارجيه المملوكه فعلا- بل المراد منها ما يقابل المنفعه و الحق فتشمل العين الشخصيه و الكلى المشاع كثلث الدار و الكلى فى المعين كصاع من هذه الصبره و الكلى فى الذمه كمن من الحنطه سلما

أو حالا- و الكلى المستقر فى الذمه كالدّين سواء باعه على غير من هو فى ذمته أو باعه عليه لأنّ ذلك كله من الأعيان و لا إشكال فى شىء من ذلك إلّا فى بيع الكلى فإنّه قد يتوهم أنّ المبيع يجب أن يكون مالا للبائع قبل البيع



حتى ينتقل منه إلى المشتري ففي غير هذه الصورة المبيع ملك للبائع فعلا فيصح نقله بالبيع إلى المشتري و هذا بخلاف هذه الصورة

بل قد يستشكل في بيع الدين أيضا بأن الدين ليس ملكا لأنه معدوم و الملك من الأعراض يتوقف وجوده على محلّ موجود و لكنّه لا يخفى عدم ورود هذين الإشكالين أما إشكال عدم وجود المعروض في باب الدين و السّلم فلما عرفت أنّ الملكيه من الجده الاعتباريّه فلا تحتاج إلى معروض خارجي و لم يدل دليل على اعتبار الملكيه في المبيع

و أما إشكال اعتبار المائيه للبائع فيه أنّ المائيه معتبره في المبيع و أمّا كون المبيع قبل البيع مالا للبائع فلا دليل عليه و لا شبهه أنّ متنا من الحنطه مال عرفا و يبذل بإزائه المال و إن لم يكن ملكا فإنّ بينهما بحسب المورد عموما من وجه فإنّ المباحات الأصليّه و متنا من الحنطه بعنوان الكليّ مال و إن لم يكن ملكا و حبه من الحنطه ملك و إن لم تكن مالا- و ليس البيع إلّا بتبديل المال بالعوض لا الملك

و بالجملة و إن لم يكن في ذمه البائع شىء و بنفس العقد يستقر مال على عهده إلا أنّ هذا كاف لتحقّق المعاوضه و تبديل طرف الإضافه الاعتباريّه فإنّ العقلاء يعتبرون ماله هذا المال و عمل الحرّ إذا صار عوضا يدخل في الأموال بهذا المعنى فلا يستشكل بأنّ الحرّ ليس مالكا على نفسه و ليس له على ذمه نفسه مال و ذلك لكفايه هذا المعنى و هو جعله عوضا عرفا و كونه مالا اعتبارا في جعله عوضا عن المبيع شرعا

نعم بين عمل الحرّ و العبد فرق من غير هذه الجبهه كما إذا حبس العبد فإنّه يضمن منفعتة دون ما إذا حبس الحر فإنّه لا يضمن إلّا إذا كان أجيّرا و غير ذلك ممّا هو المذكور في محلّه هذا مع أنّه لو لم يكن عمله قابلا لصحه جعله عوضا لما صحّ إجاره الحر نفسه فإنّ الإجاره لا بدّ و إن تعلق بالمال

و بالجملة لا ينبغي الإشكال في صحّه بيع الكليّ سلما أو حالا و جعل عمل الحر عوضا لا من باب أنه شبهه في مقابل البداهه بل لعدم كونه شبهه أصلا فإنّ قوله ع لا- بيع إلّا في ملك و نحوه ليس المقصود منه أنّه يعتبر أن يكون المبيع مملوكا قبل البيع بل المراد منه أنّه لا يجوز بيع مال الغير أو لا يجوز بيع ما لا يقبل التملك كالخمر و نحوه

إن قلت مقتضى ما ذكر في تعريف البيع من أنّه تبديل طرف الإضافه بمثله أن يكون كلّ من المضاف إليهما موجودا فعلا حتّى يتبدّل أحدهما بالآخر و المن من الحنطه التي يبيعهها البائع حين البيع ليس مالا- للبائع و بعده مال للمشتري قلت كما أنّ نفس الإضافه ليس إلّا اعتباريا فكذلك المضاف إليه و التبديل يقع بين الحنطه و الثمن فالحنطه التي هي مال عرفا و تقابل بالمال تنتقل إلى المشتري و الثمن إلى البائع

و بالجملة المنّ من الحنطه مال يبذل بإزائه مال فيجعله البائع معوّضا و يملكه المشتري بإزاء الثمن و لم يقدّم برهان على لزوم كون الحنطه ملكا للبائع أو مالا له قبل البيع فلا إشكال في ذلك رأسا

و لا يقال لو كان عمل الحر من الأموال لكان حابسه ضامنا كما أفاده العلامة في حبس الدار و العبد و لم يفرق قدس سره بين استيفاء المنفعة أو فواتها تحت اليد و لزم كونه مستطيعا إذا كان قادرا على عمل يكون عوضه ممّا يتحقّق به الاستطاعة و لزم حجره عن عمله كحجره عن ماله لأننا نقول الضمان في مسألة الدار و العبد إنّما هو من جهة أن منفعتهما يكون تابعا للاستيلاء عليهما و أمّا الحر فلا يدخل تحت استيلاء غيره حتّى يستولى على منفعته تبعا

و بالجمله المدار في الضمان هو دخول المضمون به تحت اليد فمجرد كون

منافع العبد مالا لا يوجب الضمان بل لكونها تحت الاستيلاء و أما مسأله الاستطاعه فالمدار فيها هو المائيه الفعليه لا القوه و لذا لا نقول باستطاعه من عنده أملاك لو آجرها من غيره سنين عديده لاستطاع فالمدار فى الاستطاعه هو الواجديه الفعليه نعم الاستطاعه الشائيه موجه لعدم استحقاقه الزكاه و إن قيل فى هذا الباب أيضا إنه لو لم يشتغل الصانع بصنعتة يجوز إعطاؤه الزكاه و أما مسأله الحجر فالظاهر عدم التزام الأصحاب بحجر الشخص عن منافع أمواله و لا يؤاجرون أراضى المفلس فيدخلون منافعها فيما يتعلق به حقّ الغرماء

و كيف كان لا يعتبر فى المعامله إلّا انتقال أحد المالين بدلا عما ينتقل إلى الآخر أى لا يعتبر التبادل فى مقام الخروج بل يكفى التبادل فى مقام الدخول فيصح بيع الكلى بالكلى كما يصح فى الشخصيين هذا كله حال المعوض و أما العوض فيصح كونه عينا و منفعه و ما يقال إن البيع لنقل الأعيان فالمقصود هو المبيع فإنّ هذا الكلام فى مقابل الإجاره التى هى النقل المنافع

ثم إنّ العين التى تجعل عوضا لا- فرق بين كونها شخصيا أو كليا بجميع أقسامه كما أنّ المنفعه التى تجعل عوضا للمبيع لا فرق بين كونها منفعه الأموال أو عمل الحرّ و لا إشكال فى ذلك كلّه إنّما الكلام فى أنّه هل يصحّ جعل الحقوق عوضا أو يعتبر أن يكون العوض عينا أو منفعه

و تحقيق الأمر مع توضيح عبارته الكتاب فى ضمن أمور الأول أنّ قول المصنف و أمّا الحقوق الآخر فالتقييد بالآخر لو كان موجودا فى نسخه الأصل إنّما هو لإخراج العين و المنفعه فإنّ الحق يطلق على عنوان عام يشمل كلّ ما وضعه الشارع و جعله فالحكم و العين و المنفعه و الحقّ بالمعنى الأخص داخل تحت هذا العنوان فإنّ الحق معناه اللغوى هو الثبوت و حقّ الجار على الجار و الوالد على الولد و نحوهما من الأحكام عبارته عن ثبوته و هكذا ملكيه العين أو المنفعه من الحقوق و الأمور الثابته كحقّ الخيار و حقّ الشفعه

و بعبارته أخرى إطلاق الحقّ على العين و المنفعه إطلاق شائع كإطلاقه على الحكم نعم الحق بالمعنى الأخص مقابل لذلك كله فإنه عبارته عن إضافه ضعيفه حاصله لذى الحقّ و أقواها إضافه مالكيه العين و أوسطها إضافه مالكيه المنفعه و بتعبير آخر الحق سلطنه ضعيفه على المال و السيلطنه على المنفعه أقوى منها و الأقوى منهما السيلطنه على العين فالجامع بين الملك و الحقّ هو الإضافه الحاصله من جعل المالك الحقيقى لذى الإضافه المعبر عنها بالواجديه و كون زمام أمر الشىء بيده من جعل له و كونه ذا سلطنه و قدره و هذه الإضافه لو كانت من حيث نفسها و من حيث متعلقها تامه بأن تكون قابله الأنحاء التقلبات فتسمى ملكا

و لو كانت ضعيفه إمّا لقصور نفس الإضافه كحقّ المرتهن بالنسبه إلى العين المرهونه و إمّا لقصور فى متعلقه كحقّ التحجير و حقّ الخيار بناء على تعلقه بالعقد الغير القابل لما عدا الفسخ و الإجاره و حقّ الاختصاص بالنسبه إلى الأشياء الغير المتموله كالخمر القابل للتخليل فتسمى حقا و على هذا فلو لم يكن المجعول الشرعى مستتبعا للإضافه و السلطنه فليس إلا حكما و تسميته بالحقّ إنّما هو بلحاظ معناه اللغوى و أما الاصطلاحى فالفرق بينه و بين الحكم واضح جدّا فإنّ الحكم الشرعى هو المجعول المتعلق بعمل المكلفين اقتضاء أو تخيرا و هو و إن اشترك مع الحقّ فى بعض الآثار كجواز رجوع الواهب عن الهبه و جواز فسخ ذى الخيار إلّا أنّهما متباينان سنخا فإنّ الجواز فى الأول حكم شرعى بخلاف الثانى فإنّه ملك و إضافه

و بالجمله الجواز فى الهبه كاللّزوم

فى النكاح من الأحكام الشرعيه و هذا بخلاف الجواز فى البيع الخيارى و اللزوم فى البيع الغير الخيارى فإتما من الحقوق و سيجى ء إن شاء الله فى المعاطاه و فى أحكام الخيار ما يوضح الفرق بين البابين

و كيف كان فإذا كان الحق عباره عن اعتبار خاص الذى أثره السيلطنه الضعيفه على شى ء و مرتبه ضعيفه من الملك فهو بجميع أقسامه و أنحاءه قابل للإسقاط كما أفاده شيخنا السعيد الشهيد و جعل هذا هو الضابط التام فى الفرق بين الحق و الحكم

فما أفاده السيد قدس سره فى حاشيته على المتن من تقسيم الحقوق أولا إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل و جعل من الثانى حق الأبوه و حق الولايه للحاكم و حق الاستمتاع بالزوجه و حق السبق فى الرمايه قبل تمام النضال و حق الوصايه لا وجه له فإن كون الشى ء حقا و غير قابل للإسقاط لا يعقل و إطلاق الحق على ما ذكره من الأمثله مثل إطلاق الحق على سائر الأحكام كحق المؤمن على المؤمن و حق الجار على الجار فإن الأبوه و الولايه و نحوهما من الأمثله ليس لعلاقه حاصله للأب و الحاكم إذ لم يجعل للولى إضافه أثرها السلطنه على المولى عليه أو على ماله فلا يكون من مقوله الجده بل من الأحكام الشرعيه كما هو قدس سره أيضا يحتمل هذا المعنى حيث قال و يمكن أن يقال إنها أو جملة منها من الأحكام لا من الحقوق

و العجب أنه قدس سره فى صدر المسأله يعرف الحق بأنه نوع من السلطنه و مرتبه ضعيفه من الملك بل نوع منه و صاحبه مالك لشى ء يكون أمره إليه و مع هذا يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبل فإنه لو لم يقبل الإسقاط فكيف يكون له السلطنه و كيف يكون زمام أمره بيده

و بالجملة قوام الحق بقابليته للإسقاط و هذا بخلاف الحكم فإنه بعكس ذلك ثم إنه لو شك فى شى ء أنه من الحق أو الحكم فليس هنا أصل يعين كونه من أى منهما فالمرجع هو الأصول العمليه و الأصل يقتضى عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما كان قبل الإسقاط

الثانى بعد ما عرفت أن الحق بجميع أقسامه قابل للإسقاط فيقع البحث عن قابليته للنقل أو الانتقال إلى الغير أم لا فنقول منها ما لا يقبل غير الإسقاط كحق القذف و منها ما يقبل النقل إلى الغير إما بلا عوض كحق القسم على ما ذكره جماعه فإنه قابل للنقل إلى من هو مثله كالضره و لكن لا يجوز أخذ العوض عليه و إما مع العوض كحق التحجير ثم ما كان قابلا للنقل إما يجوز نقله إلى كل أحد كحق التحجير أو لا يكون كذلك كحق القسم على ما عرفت من أنه لا يجوز نقله إلا إلى الضره

ثم إن منها ما يكون قابلا للانتقال إلى الغير و لا يكون قابلا للنقل إذ لا تلازم بينهما فإن الخيار ينتقل إلى الوارث و لا يصح نقله إلى الغير فإن المدار فى قابليته للنقل على عدم تقومه بشخص خاص و المدار فى انتقال الحق إلى الوارث على دخوله تحت ما تركه الميت ثم إن كونه حق الخيار عباره عن السيلطنه على إمضاء الحق و فسحه لا ينافى كونه قابلا للإسقاط و إن كانت نتيجة الإسقاط موافقه لإمضاء العقد الذى هو أحد طرفى السيلطنه إلا أن الإمضاء عباره عن أعمال الحق و الإسقاط عباره عن التجاوز عن الحق

و بالجملة كل ما كان حقا فهو قابل للإسقاط و إن كان موافقا فى النتيجة مع أعمال أحد طرفى السلطنه

الثالث أنّ كل حق كان قابلاً للتّقل إلى الغير كحق القسم مثلاً لا يقبل نقله إلى من عليه الحقّ لأنّ الحقّ لما كان نحواً من السّلطنه على من عليه الحقّ فلا يعقل نقله إلى نفس من عليه الحقّ سواء نقله مجاناً

أو بالعوض بالبيع و الصلح و غيرهما لأنه لا يمكن أن يكون للإنسان سلطنه على نفسه بالتحو الذى كان لطرفه عليه هذا مع أن فى بعض الحقوق خصوصيته تمنع من نقلها إلى من عليه الحق كحق الرهانه و الشفعه و الخيار

فإن حق الرهانه عباره عن سلطنه للمرتهن بها يستوفى دينه من الزاهن لأن نتيجه الرهانه جعل العين المرهونه مخرجا لدين المرتهن و هذا المعنى لا- يمكن أن يستحقه الزاهن و كذلك حق الشفعه سلطنه بها يقدر الشريك على أخذ الشقص من المشتري بالقيمه التى دفعها إلى البائع و هذا المعنى لا يعقل أن يتقوم بالمشتري و هكذا الخيار فإنه لو كان للبائع فله سلطنه على فسخ العقد و استرجاع المبيع إلى ملكه و هذا المعنى لا يمكن أن يتسلط عليه المشتري فإنه لو كان ذا خيار يتسلط على استرجاع الثمن

و بالجملة لا يمكن نقل الحق إلى من هو عليه لأن الإنسان لا يمكن أن يتسلط على نفسه فعلى هذا مراد المصنف قدس سره من قوله و السير أن الحق سلطنه فعليته لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد أن من له الحق و من عليه الحق لا يمكن أن يكون واحدا و ليس مقصوده أن الحق دائما قائم بشخصين و إلا لانتقض عليه بحق التحجير فإنه ليس هناك شخص كان الحق عليه و على هذا فمراده من قوله و لا ينتقض بيع الدين على من هو عليه أيضا واضح

و حاصله أن امتناع نقل الحق إلى من هو عليه لعدم معقوليه تسلط الإنسان على نفسه لا يرد عليه التقتض ببيع الدين على من هو عليه فإنه و إن استلزم تسلط الإنسان على من هو عليه فإنه و إن استلزم تسلط الإنسان على ما فى ذمته إلا أنه فرق بين الملك و الحق فإنه يمكن أن يكون الإنسان مالكا لما فى ذمته و لا يمكن أن يكون مسلطان على نفسه و لكنه لا يخفى عدم قابليته ما فى الذمه لأن يكون مملوكا لمن هو عليه و عدم قابليته نقل الغير إليه و لو آنا ما فصيروه الإنسان مالكا على نفسه آنا ما حتى يسقط عنه و يبرأ ذمته مستحيل أيضا

فالصواب أن يقال بيع الدين على من هو عليه و إن كان صحيحا إلا أن البيع لم يقع على ما فى الذمه بقيد كونه فى الذمه ليكون من قبيل مالكيه الشخص لما فى ذمته و ذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه فى الخارج و لا شبهه أنه يعتبر فى المبيع أن يكون من الأعيان الخارجيه بل يقع البيع على الكلى و هو من من الحنظه مثلا فيصير المشتري أعنى المديون مالكا لذلك الكلى على البائع و حيث إن البائع كان مالكا لمن من الحنظه على ذمه المديون و هو المشتري فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري فيوجب سقوط ذمه كليهما و هذا و إن لم يكن من التهاتر حقيقه إلا أنه أشبه شىء به

أو يقال إن المبيع هو الكلى فى المعين و هو ما فى ذمه المديون لا بقيد أن يكون فى الذمه حتى يرد عليه إشكال عدم الانطباق على ما فى الخارج و إشكال عدم معقوليه مالكيه الإنسان لما فى ذمته بل بمعنى أن ظرفه الذمه و بالبيع ممن هو عليه يسقط ما فى ذمته فتأمل

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى إمكان جعل الحق ثمنا فى المبيع فنقول قد ظهر أن بعض الحقوق يمكن نقله إلى الغير بالعوض و لكن بعد الفراغ من عدم إمكان جعل الحق مبيعا لما ظهر من اعتبار كونه من الأعيان فلا يصح جعله منفعه فضلا عن كونه حقا

فيقع البحث في أنه هل ينحصر المعاوضه عليه بالصّٰلِح و نحوه أو يمكن جعله ثمنا للمبيع وجهان بل قولان و الأقوى عدم قابليته  
الحقّ لوقوعه ثمنا في المبيع كعدم قابليته وقوعه مثمنا سواء جعل نفس الإسقاط و السقوط ثمنا أو جعل نفس الحق

أمّا الأوّل



فلأن الثمن لا بد من دخوله في ملك البائع والإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه اسم المصدر ليس كالخياطه و سائر أفعال الحرّ و العبد ممّا يملكه البائع و يكون طرفا لإضافه ملكيه البائع و يقوم مقام المبيع في الملكيه فإنّ هذا المعنى معنى حرفى غير قابل لأن يتموّل إلّا باعتبار نفس الحقّ و سيجى ء ما فيه

و بالجمله نفس الإسقاط بما أنه فعل و أثره بما أنه اسم المصدر لا- يقبل الدخول في ملك الغير بحيث يتحقّق بالنسبه إليه الخروج عن ملك المشتري إلى ملك البائع و يكون البائع مالكا لهذا العمل و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم لأنّ في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحقّ أو سقوطه و لا ملازمه بين قابليته للدخول تحت الشرط و بين قابليته وقوعه ثمنا لأنّ إسقاط الحقّ يصير بالشرط مملوكا للغير على صاحب الحقّ و لكنّه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكا و يحل محلّ المبيع في الملكيه

و أمّا الثانى و هو جعل نفس الحقّ ثمنا بعد فرض كونه قابلا للنقل إلى الغير كحقّ التّحجير فلما عرفت أنّ في باب البيع يعتبر أن يكون كلّ من الثمن و المثلن داخلا في ملك مالك الآخر و لا شبهه أنّ الحق لا يكون قابلا لذلك فإنه مباين مع الملك سنخا و إن كان من أنحاء السلطنه بالمعنى الأعم و من المراتب الضّعيفه للملك و لكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضا لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثلن في الملكيه فلا بدّ أن يكون كلّ منهما من سنخ الآخر

### خاتمه قد ظهر إجمالا أنّ الفقهاء عرّفوا البيع بتعاريف مختلفه

فمنهم من عرّفه بأنّه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التّراضى و لا يخفى ما فيه فإنّ الانتقال أثر البيع و الشراء لا- أنّه هو البيع و منهم من عرّفه بالإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال و فيه أيضا أنّ البيع هو المنشأ باللفظ لا أنّه نفس اللفظ مع أنّ القبول الّمدى هو من فعل المشتري ليس داخلا- في حقيقه البيع الّمدى هو من فعل البائع و عرّفه المحقق الثانى بنقل العين بالصّيغه المخصوصه

و أورد عليه المصنف قدّس سره أوّلا بأنّ النّقل ليس مرادفا للبيع و لذا لا يقع بلفظ نقلت و ثانيا أنّ المعاطاه عند المحقق الثانى بيع مع عدم اشتمالها على الصّيغه و ثالثا أنه لو كان معنى البيع هو نقل العين بالصّيغه لزم أن تكون الصّيغه منشأ أيضا بالصّيغه كما ينشأ النّقل بصيغه خاصّه لأنّ البيع من مقوله المعنى فلا بدّ أن ينشأ بلفظ يكون آله لإنشائه فلو كان نفس الصّيغه أيضا جزءا من مدلول البيع فلا محيص إلّا عن إنشائها باللفظ و لو لم تكن الصّيغه جزءا من مدلول البيع بل كان البيع هو نفس النّقل الّذى ينشأ بصيغه خاصّه فالصّيغه الّتى تنشأ بها هذا القسم من النّقل ليس إلّا لفظ بعث فيلزم الدور لأنّه في مقام تعريف البيع جعل من أجزاء الحدّ لفظ بعث فكأنّه قال البيع هو نقل العين بلفظ بعث و لو قيل إنّ الصّيغه الّتى ينشأ بها هذا النّقل الخاص ليس خصوص بعث بل يمكن إنشاؤه بملك

فلا- دور يجاب عنه بأنّه وجب الاقتصاد على مجرد التّمليك و النّقل و لكنّه لا يخفى عليك أنه بعد ما ظهر أن هذه التعاريف تقريبيه لا يرد عليه هذه الإشكالات مع أنّ الإشكال الأوّل و الثّالث لا يردان عليه

أما الأول فلأنَّ النَّقْلَ و إن لم يكن مرادفا للبيع إلَّا أَنَّهُ ليس مبينا له بل هو أعمّ من البيع لشموله النَّقْلَ المَكَانِيَّ دونَه و عدم صحّه إنشاء البيع بلفظ نقلت لا- يكشف عن تباين معناه ما فَإِنَّ عدم إمكان إنشاء المعنى الخاص باللفظ العام إنّما هو لأنَّ المعنى أمر بسيط و ليس له جنس و فصل حتّى يمكن إنشاء جنسه أولا ثم فصله

و بعبارة أخرى إنشاء الأمر البسيط لا يعقل تحقّقه تدريجا فلا يمكن إنشاء النَّقْلَ

المذى هو بمنزله الجنس ثم إنشاء ما هو المميّز بين البيع وغيره بل لا- محيص عن إنشاء المعنى الخاص باللفظ الموضوع لهذا المعنى

ثم لا يخفى عليك ما فى حاشيه السيد قدس سره فى هذا المقام من توهم إمكان التملك بدون النقل و لذا بنى على مغايرتهما و بالجملة حقيقه البيع هو الأمر الاعتبارى و تبادل المالىن فى أحد طرفى الإضافتين

و أما الثالث فليس مقصود المحقق إلّا بيان امتياز هذا النقل عن النقل المكانى و أن البيع ليس مجرد تبادل المالىن فى المكان بل التبدل فى عالم الاعتبار الذى يتوقف على إنشاء من بيده هذا الأمر الاعتبارى و ليس مقصوده أن النقل بالصيغه داخل فى مفهوم البيع حتى يتوقف الصيغه على الإنشاء أيضا و إلّا لورد هذا الإشكال على المصنف أيضا فإنه فى مقام التعريف قال إنه إنشاء تملك عين بمال فيرد عليه أن الإنشاء أيضا يتوقف حصوله على الإنشاء و أما ما أفاده من أنه لو كان مراده أن البيع نفس النقل المذى هو مدلول الصيغه فجعله مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ فى مفهومه فيرد عليه إشكال الدور فمندفع أولا بأنه ليس فى مقام التعريف الحقيقى و ثانيا المراد من الصيغه هو لفظ بعث فكأنه قال البيع هو النقل بلفظ بعث و لا يلزم العلم بمعنى بعث كما لا يخفى

و كيف كان فتعريف المصنف قدس سره بأنه إنشاء تملك عين بمال يرد عليه ما أورده على المحقق الثانى من أن الإنشاء مستدرك و لو كان غرضه التعريف بما يشمل البيع الفاسد أى تعريفه بأنه التملك الإنشائى سواء تحقق التملك أم لا فيه ما عرفت من أن المقصود لو كان التعريف بالحد فلا وجه للتعريف بما لا يدخل فى حقيقه المعرف ثم إنه ظهر ممّا تقدم أن حقيقه الصيغ و الهبه المعوضه غير حقيقه البيع و ليس المنشأ بهما تملك العين بالمال نعم شبهه شمول هذا التعريف للقرض متطرقه و لكن دفعها واضح فإن القرض و إن كان مفيدا للتملك إلّا أن العوض فيه ليس عوض المسمى بل العوض الواقعى فكأنه مركب من تملك و ضمان

و بالجملة الأولى فى تعريف البيع أن يقال هو تملك العين بالعوض فى ظرف تملك المشتري و أما تعريفه بأنه إنشاء تملك عين بمال فيرد عليه أولا- ما أورد على المحقق الثانى من أن الإنشاء أيضا لا بدّ من إنشائه و ثانيا يقتضى كون البيع إيقاعا و غير متوقف على القبول و ثالثا يلزم أنه لو أقر ببيع داره ثم قال قصدت الإيجاب وحده أن يسمع قوله

### [الكلام فى المعاطاه]

#### إشارة

قوله قدس سره الكلام فى المعاطاه إلى آخره

لا- يخفى أنه بعد الفراغ عن صحّه إنشاء عناوين العقود بالقول وقع البحث فى صحّه إنشائها بالفعل و حيث إن محلّ الأقوال و تنقيح البحث عنها يتوقف على بيان ما يتصور من قصد كل واحد من المتعاطيين على طبق ما قصده الآخر فقدمه المصنف عليها

و نحن نتبعه على ما رتبته فنقول ينحصر قصدهما كذلك في وجهين أحدهما أن يقصد كل منهما إباحة التصرف للآخر و ثانيهما أن يتعاطيا على وجه التملك

و أما وقوع الدفع من غير قصد التملك و لا الإباحه و لا سائر العناوين الخاصه فغير متصور لأن الإعطاء أو الأخذ من دون قصد عنوان من العناوين لا يتصور إلا من العايب و اللأعب كما أن قصد التملك المطلق مع العوض المسمى ليس إلا قصد البيع لما عرفت أن البيع عبارته عن تبادل العين بالعوض

و أما الأقوال فعمدتها أربعة فإن القول بأن الفعل حكمه حكم المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه الملكيه و لا الإباحه إلا إذا أباح التصرف من دون ابتناء على الفعل فشاذا الأول إفادته الملك اللأزم الثاني إفادته

الملك الجائر الثالث إفادته الإباحه المطلقه الزاع إفادته إباحه التصرفات الغير المتوقفه على الملك

ثم إنه وقع البحث في أن مورد هذه الأقوال هو ما إذا قصدنا بالفعل التملك أو ما إذا قصدنا به الإباحه أو بعضها مبنى على الأول وبعضها مبنى على الثانى ينسب إلى المشهور إفاده التعاطى الإباحه و لو قصدنا به التملك و حيث إن هذا المعنى مناف ظاهرا لما هو المسلم عندهم من أن العقود تابعه للقصد و أن ما لم يقصد لا يقع حمل المحقق الثانى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائر فقال مقصودهم من أنه لو قصد التملك يفيد الإباحه أنه يفيد الملك الجائر

و حمل صاحب الجواهر مورد كلامهم فى إفادته الإباحه على ما إذا قصد الإباحه و تعجب ممن جعل محل الكلام ما إذا قصد التملك و لا يخفى بعد هذين التوجيهين أميا الأول فلأن حمل الإباحه على الملك الجائر خلاف الظاهر مع أنه لا يقبل هذا الحمل جملة من عبارات الأساطين كعباره الخلاف و نحوها فإن نفي البيعه و إثبات الإباحه لا يلائم القول بأن المقصود من الإباحه هو الملك الجائر و أما الثانى فأبعد وجها من الأول أما أولا فلائنه لا يمكن أن يكون مورد قصد الإباحه محلا للنزاع فى إفادته الإباحه أم لا بل إفاده الإباحه فى صوره قصدها من الأمور الواضحه و أما ثانيا فلأن بعض عباراتهم صريح فى أنه إذا قصدنا التملك يتحقق الإباحه كعباره الغنيه و السرائر

و على هذا فتوجيه السيد قدس سره فى حاشيته على المتن عباره الجواهر من أنه قدس سره لا ينكر أن محل النزاع هو مورد قصد التملك إلا أنه يقول إن مرادهم من قولهم إنها تفيد الإباحه أنها تفيد الإباحه فى صوره قصدها غير مفيد لأن ما هو محل النزاع الذى هو مورد قصد التملك هو محل الأقوال الأربعة أو أزيد

و بالجملة استبعاد هذا المعنى و هو أنه كيف يقع ما لم يقصد دعاهما إلى توجيه أحدهما الإباحه بالملك المترزل و توجيه ثانيهما إفاده التعاطى للإباحه بما إذا قصدها بل قال الثانى أن القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلا عن أعظم الأصحاب

و لكته لا يخفى أن الالتزام بإفاده التعاطى الإباحه فى صوره قصد التملك لا استبعاد فيه و توجيه ذلك بوجه الأول ما يظهر من بعض من أن الشارع رتب تعبدا الإباحه على الفعل الذى أوجد بقصد التبديل فى طرفى الإضافتين و هذا نظير ما يقال من أن الشارع رتب على النكاح بقصد التمتع إذا نسيا ذكر الأجل النكاح الدائم الثانى أن تحقق التملك مشروط و بشرط متأخر و هو تحقق أحد الملزمات نظير توقفه فى بيع الصرف على القبض و إنما يباح التصرف فى باب المعاطاه و لم يجر فى باب الصيرف للسيره التى هى العمده فى الباب دون باب الصرف و السلم

و بعباره أخرى هذا القائل يلتزم بحصول الملك من جهه قصد التملك و إيجاد ما هو مصداق للبيع غايه الأمر مشروطا بأمر متأخر على نحو صحيح فيقول إلى البيع و يجوز التصرف قبل حصول الملك لتضمن التملك الإباحه أيضا أو للسيره

الثالث ما وجهه به شيخنا الأستاذ مد ظله على نحو لا ينافى تبعيه العقود للقصد و توضيح ذلك يتوقف على بيان أمور

الأول أنّ عناوين الأفعال تاره تكون عنوانا أوليا لها كعنوان الضرب و القتل و القيام و القعود و أخرى تكون عنوانا ثانويا توليديا كانت أو لم تكن كالاقتراق المترتب على الإلقاء فإنه مسبب توليدي و التألم المترتب على الضرب و التعظيم أو الإهانة

المرتّب على القيام والقعود والتّملك والتّملك المترّبين على التّعاطى ونحو ذلك من العناوين التّانويه المترّبه على الأفعال كالرجوع فى الطّلاق الرجعى الحاصل بالوطى و كالأجازة فى العقد الفضولى و الفسخ أو الرد فى العقد الخيارى الحاصل بالتصرّفات الفعلية

ثمّ العنوان التّانوى تاره يترتب على الفعل قهرا و أخرى مع القصد و على كلا التّقديرين تاره يكون من الأمور الخارجيه و أخرى من الأمور الاعتباريه ثمّ لا يخفى أنّ العنوان التّانوى القصدى سواء كان تأصّليا أو اعتباريا لا يترتب على الفعل إلّا إذا قصد هذا العنوان التّانوى

و أمّا إذا كان قهريا فلا يعتبر قصده بل نفس قصد الفعل كاف لصدور هذا العنوان عن قصد و اختيار من الفاعل فإنّ من قصد الضرب و لو لم يقصد الإيلاام يترتب عليه قهرا و يصدر عنه اختيارا بل عمدا و لو قصد خلافه و سيجىء إن شاء الله فى باب خيار الحيوان أنّ التصرفات المالكية موجهة لتحقّق الإجازة و لو لم يقصد منها عنوان الإجازة و يشهد له قوله ع و ذلك رضى منه أى ذلك اختيار منه و تحقّق فى محله أنّ وطى الزّوجه المطلّقه الرجعية يترتب عليه الرجوع و إن قصد به الرّنا

الثانى أنّ العناوين المنشأه بالقول أو الفعل لا بدّ أن يكون القول أو الفعل فيها مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشّائع الصّناعى بحيث يحمل هذا العنوان عليه كحمل الطّبيعى على مصاديقه فإذا لم يكن الفعل مصداقا لعنوان خاصّ فلا يكاد يتحقّق هذا العنوان و لو قصد تحقّقه منه فلو ضرب الرجعيه بالعصا لا يتحقّق الرجوع و لو قصد بضربها الرجوع فقصد عنوان من الفعل الذى لا- يكون مصداقا لهذا العنوان لا- محاله يكون من الدّواعى لإيجاد الفعل فإنّ فعل الفاعل لو لم يترتب عليه هذا الدّاعى لا بلا واسطه و لا مع الواسطه فلا يمكنه قصده من الفعل بل لا محاله يكون الفعل من العلل الإعداديه لهذا الدّاعى بل لو أخطأ الفاعل و تخيل ترتبه على الفعل فلا يكون الفعل أيضا مصداقا لهذا الذى تخيل ترتبه عليه بل يكون داعيا لا محاله و بالجمله الدّواعى هى التى توجب إيجاد الأفعال التى يترتب عليها عنوان آخر و يكون هذا العنوان عله إعداديه لتحقّق الدّاعى كالتّيقى و الحرث و الزّرع لحصول الحنطه و نحوها

الثالث أنّ تخلف الدّواعى و غايات الأفعال لا يضّرّ بتحقّق عناوينها و لو قصد من إصدار الفعل هذه الغايه و لا يخرج الفعل عن كونه قصديا و إراديا لأنّه إذا فرضنا أنّ عنوانا قصديا قصد من الفعل لأجل غايه و لم يترتب عليه هذه الغايه كما إذا اشترى شيئا لأجل الضّيف و لم يجىء الضّيف فهذا العنوان القصدى كالتّملك يحصل من الشّراء و هكذا العنوان التّانوى القهرى أيضا يترتب على الفعل و لو لم يترتب عليه غايته و ذلك واضح

إذا عرفت ذلك فيمكن أن يوجّه ما أفاده المشهور من أنّه و لو قصدا بالتّعاطى التّملك لا يترتب عليه إلّا الإباحه بأنّ الفعل حيث لم يكن بالحمل الشّائع الصناعى مصداقا للبيع فقصدته و إيجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملك و ذلك لأنّ البيع على ما عرفت هو التّبديل و حيث إن التّبديل ليس تبديلا خارجيا بل تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله و هذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى و ما هو موجدته و آله إيجادها هو القول فقط فإنّ الفعل الماضى مثلا هو آله لإنشاء ما جعل مادّه لهيئته و الفعل ليس مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشّائع الصّناعى فقصد عنوان التّملك و إيجاد ما ليس مصداقا له لا أثر له و أمّا ترتّب الإباحه عليه مع عدم

قصدها فلما عرفت من أنه



إذا كان عنوان ثانوى مترتباً على الفعل قهراً فقصد العنوان الثانوى غير لازم بل قصد خلافه أيضاً لا يضّر

ولا إشكال أن الإباحه المالكيه ليست إلماً للتسليط الخارجى و إدخال العين من مالکها تحت استيلاء الغير و الفعل هو بنفسه مصداقاً للتسليط الخارجى فقصد التملك منه لا يخرج عن التسليط الخارجى فلا يقال إن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد لأن عدم وقوع ما قصد إنما يضّر إذا لم يكن ما قصد من دواعى الفعل و وقوع ما لم يقصد إنما لا يصح إذا كان الواقع من العناوين القصدية و أمّا إذا كان من العناوين القهرية فنفس قصد الفعل كاف لوقوع العنوان الثانوى القهرى هذا غاية ما يوجه به كلام المشهور

و لكن لا يخفى ما فيه أما أولاً فلأنه يلزم على هذا أن يكون المقبوض بالعقد الفاسد أيضاً مفيداً للإباحه لا سيما إذا كان المعطى عالماً بالفساد فإن بين المقبوض بالعقد الفاسد و المقام و إن كان فرق إذ القبض هناك لا ينشأ به الإباحه بل يقع مبنياً على العقد و وفاء به و أمّا القبض فى المقام فينشأ به التسليط و يقع نفس الفعل مصداقاً للتسليط المالكى و لكن هذا الفرق غير فارق لأن قصد الوفاء فى ذلك الباب كقصد التملك فى المقام فإذا كان قصد التملك لغوا لكونه من الدواعى فكذلك قصد الوفاء فإذا كان نفس الفعل مصداقاً للتسليط و كان نفس قصده الفعل كافياً لتحقق عنوان الإباحه فلا بد أن يكون كافياً فى باب المقبوض بالعقد الفاسد مع أنه ادعى الإجماع على أن المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب فى عدم جواز التصرف فيه و أمّا ثانياً فلأن الفعل بنفسه لا يفيد التسليط التملكى و لا الإباحه و لذا قلنا إن المتعاطين لو لم يقصد عنواناً من العناوين يقع الفعل لغوا بإفادته النقل و الإباحه و نحوهما إنما هو بالقصد فالفعل بمنزله المادة المشتركة قابله لقصد أحد العناوين به و ما قلنا من أن الفعل لا بد أن يكون بالحمل الشائعى مصداقاً لعنوان ينشأ به لا ينافى أن يكون الفعل مع القصد مصداقاً لذلك العنوان

و بعبارة أخرى لم نقل أن الفعل المجرد عن القصد لا بد أن يكون مصداقاً لعنوان ما ينشأ فإذا كان مصداقته لعنوان بقصد ذلك العنوان فكلّ عنوان كان الفعل مع قصد هذا العنوان مصداقاً له ينشأ به إلا إذا كان هذا العنوان من العناوين التى لا يمكن أن ينشأ بالفعل كالصّلىح و النّكاح مثلاً فإن الصّلىح الذى هو التسالم على أمر لا يكون الفعل مصداقاً له و لا يمكن أن يكون ممّا ينشأ به و هكذا النّكاح فإنّ الفعل سفاح و مصداق لضدّ النّكاح

و بالجملة دعوى أن الفعل مصداق للتسليط المالكى المفيد للإباحه دون التملك لا تبنى على أساس بل الفعل المشترك بين هذين العنوانين و القرض و العاربه و نحو ذلك و يتميّز كل عن غيره بالقصد فإذا قصد به التملك يتحقق به الملكيه نعم التملك الحاصل به ليس لازماً كما سيظهر وجهه و لكن هذا غير عدم إفادته التملك فقياس التملك بالصّلىح و النّكاح مع الفارق هذا مع أنه لو قلنا بأن الفعل مع قصد التملك أيضاً ليس مصداقاً لعنوان البيع فإنّ الفعل ليس من سنخ الألفاظ التى ينشأ بها المعانى بل هو مصداق للتسليط المالكى ليس إلماً إلا أنه لا شبهه أن تسليط المالك على جميع أنحاء التصرفات المتوقّفه على الملك لازم مساو للبيع و سيجىء إن شاء الله أن عناوين العقود و الإيقاعات يصحّ إنشاؤها بما يكون لازماً مساوياً لها و لا يقاس باب اللّازم المساوى بباب الكنايات و المجازات

إن قلت فعلى هذا يصح إنشاء البيع بلفظ سلطتك على جميع أنحاء التصرفات قلت الفرق بين الفعل و لفظ سلطتك أنه قامت السيره على الفعل و لم تقم على هذا اللفظ و مجرد اشتراكهما في المنشأ ما لم يقم دليل على صحته لا يفيد فتأمل جيداً و ثالثاً إفاده الفعل الإباحه إنما يستقيم لو كان المقصود منها الإباحه بالعوض الواقعي فإن التسلط لو لم يقصد به المجانيه لا يقتضى إلا ضمان المتسلط بالمثل أو قيمه و أما ضمانه بالمسمى فهذا خلاف ما يقتضيه الإباحه لأن الضمان بالمسمى من آثار التملك فتأمل و رابعاً المشهور القائلون بالإباحه في مورد قصد التملك لا يفرقون بين إباحه التصرفات الغير المتوقفه على الملك و المتوقفه عليه مع أن اقتضاء الإباحه جواز التصرفات المالكيه متوقف على دليل و لذا استبعد الشيخ الكبير هذا المعنى

و كيف كان القول بأن قصد التملك من الدواعي و الإباحه من العناوين القهريه لا يرجع إلى محصيل فالأقوى أن يقال إن التعاطي بقصد التملك يفيد الملك الجائر و لكن لا من جهه حمل الإباحه في كلام المشهور على ذلك بل لأن هذا مقتضى القواعد الشرعيه و الأدله المأثوره أمّا إفادته الجواز فلما سيجيء توضيحه و إجماله أن اقتضاءه الجواز من جهه عدم تحقق موجب اللزوم فإنّ موجب الحكم الشرعي التعبدى كما في النكاح و الضمان و إمّا من جهه التزام المتعاقدين به مع الإمضاء الشرعي كما في البيع العقدي و المعاطاه فاقده لكل منهما

و الحاصل أنّ الجواز على أقسام ثلاثه أحدها الجواز الحكمي كالجواز في الهبه مقابل اللزوم في النكاح ثانيها الجواز الحقي كالعقد الخياري سواء كان الخيار يجعل شرعي كخيار المجلس و نحوه أو يجعل من المتعاقدين كخيار الشرط فإنّ الجواز على كلا التقديرين حق مالكي في مقابل اللزوم العقدي بمعنى أنّ الالتزام العقدي يملكه أحدهما أو كلاهما على ما سيجيء في مبحث الخيار و يظهر في محله أنّ حقيقه الخيار هو ملك كلا الالتزامين

و ثالثها الجواز لعدم تحقق منشأ اللزوم كما في المعاطاه فإنّ الفعل بقصد تبديل أحد طرفي الإضافه بمثله لا يقتضى إلا نفس هذا التبديل و لا يدلّ إلا على التزام كل من المتعاقدين بما التزما به فلا التزام فيه فلا موجب للزوم و هذا بخلاف القول فإنّ قوله بعث ينشأ به معنيان أحدهما بالمطابقه و هو تبديل أحد طرفي الإضافه بمثله الذي يحصل بالفعل أيضا و ثانيهما بالالتزام و هو التزام كلّ من المتعاقدين بما أوجده من التبديل و من هذه الجهه يسمّى التبديل القولي عقدا و عهدا مؤكدا و هذا المعنى لا يمكن أن يتحقق بالفعل الذي يحصل به التبديل لأنه ليس للفعل دلالة الالتزام

نعم قد يوجد هذا المعنى بفعل آخر كالمصافقه كما هو المتعارف بين الدالين أو بين المالك و المشتري و أمّا إفادته الملكيه فلاّن تبديل أحد طرفي الإضافه بمثله كما يتحقق بالقول كذلك يتحقق بالفعل غايه الأمر يتوقف تحققه به على قصد التملك منه و الدليل عليه صدق البيع عليه عرفا فيدلّ على صحته جميع الأدله الداله على صحه البيع بالقول عدا قوله عزّ من قائل أو فوا بالعقود لاختصاصه بما يتضمن العهد المؤكّد و ما يكون فيه عقده و شدّ بل لو نوقش في صدق البيع عليه فيكفي في إفادته التملك قوله عزّ من قائل إلا أنّ تكون تجاراً عن تراضٍ

و منع كونه تجاره مكابره محضه فإنّ التجاره عباره عن التكبّس و يكفى أيضا السيره القطعيّه من زماننا هذا إلى زمان الخاتم بل إلى هبوط آدم على نبيّنا و آله و عليه السّلام فإنّ الناس يعاملون في المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك و لكنّه لا يخفى أنّه لو نوقش في صدق البيع عليه فالسيره و آيه التجاره لا تفيدان لإثبات المدّعى

لأنه بناء على جواز التصرفات المتوقفة على الملك على الإباحة أيضا فغايه ما تفيده السيره و آيه التجاره هو جواز التصرفات المالكه و هو لازم أعم إلا أن يقال إن السيره قائمه على إفادته الملك أو أنه لا معنى للإباحه بالعوض المسمى كما أشرنا إليه و سيجىء وجهه

و كيف كان منع صدق البيع عليه مكابره واضحه و دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كونه بيعا فمؤول على البيع اللّازم لا على أصل البيع فإذا صدق عليه البيع يكفى لصحته قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض فإن المستثنى المنقطع يفيد عموم نفوذ كل تجاره عن تراض لخروجها عن أكل المال بالباطل و قوله تعالى أحلّ الله البيع بناء على تعلق الحلّيه بالحاصل من المصدر ظاهر فى الحلّيه الوضعيه كسائر الأحكام المتعلقه بالموضوعات الخارجيه

و لكنّ المصنف قدس سره متأمل فى ذلك و وجه تأمله مقابله الحلّيه فى الآيه مع الحرمة الظاهره فى الحكم التكليفى فإنّ حرمة الربا يراد منها ما يستحقّ على مخالفتها العقاب لا الفساد و لكنّه يمكن أن يجاب عنه بأنّ الربا هنا بمعنى الزيادة و هى المال المأخوذ زائدا على أحد العوضين فالحرمة فيها أيضا وضعيه

و بالجملة فالحقّ فى المقام أن يقال إنّ الفعل الواقع من المتعاطيين بقصد التملك و التملك مصداق للجده الاعتباريه و يتحقّق به تبديل أحد طرفى الإضافة بمثله كما يتحقّق به الجده الاصطلاحيه و يكشف عنه السيره المستمره بين أهل الشرائع فى إنشاء التملك و التملك به و تصرف المتعاطيين فيما انتقل إليهما حتى ما يتوقف على الملك فممنع صدق البيع عليه لا وجه له أصلا فإذا صدق عليه البيع يكون من أفراد التجاره عن تراض و من مصاديق قوله عز من قائل و أحلّ الله البيع من غير فرق بين أن يجعل الاستثناء فى الآيه الأولى من الاستثناء المنقطع أو من المتصل بأن يكون الاستثناء راجعا إلى مطلق الأكل و يكون معنى الآيه لا- تتصرفوا فى أموالكم بنحو من الأنحاء فإنّه باطل إلما التجاره عن تراض لأنه على أى حال يدلّ على نفوذ التجاره عن تراض و أنّها ممّا يجوز و من غير فرق فى الآيه الثانيه بين أن يراد من الحلّيه الوضعيه أو التكليفيه

أمّا على الأوّل فواضح فإنّ تعلق الحلّ و الحرمة بالأعيان الخارجيه بلحاظ تعلق فعل المكلف بها ظاهر فى صحتها و نفوذها بالمطابقه و أمّا على الثانى فلأن متعلق الحلّ هو المسبّب أى نفس التملك و التملك فإذا كان التملك حلالا فمعناه أنه يتحقّق كما لو قيل إن بيع المصحف من الكافر حرام فإن معناه أنه لا يقع لأن معنى حلّيه التملك و حرمة أن إيجاد المسبب بيد موجد أو ليس بيده فعلى هذا يرد على المصنف قدس سره

أولا- بأنه لا- وجه للتأمل فى كون الحلّ فى الآيه ظاهرا فى الحلّيه الوضعيه و ثانيا أن الحلّيه التكليفيه أيضا تفيده الصّححه و تحقّق البيع لأنه لا وجه لأن يجعل متعلق الحلّيه التصرفات التى هى من آثار تحقّق البيع بل نفس المسبّب المذموم هو عنوان ثانوى لفعل المكلف أو أمر توليدى منه متعلق الحلّ

فلا- يرد على الآيتين ما أفاده قدس سره فى قوله اللهم إلا أن يقال إنّهما لا تدلان على الملك و إنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك و ثالثا أنّ إباحه التصرفات فإذا اقتضت الملك فى سائر المقامات يقتضيه فى المقام أيضا و

ما أفاده من أنّ الاقتضاء فى سائر المقامات بالإجماع و هو مفقود فى المقام ففیه أن اقتضاءها له فى سائر المقامات أيضا یوجب الاقتضاء بالمقدار اللّازم و هو الملكیه آنا ما لا من أوّل الأمر

و بالجمله لو قلنا إنّ الآ-یتین لا- تدلّان إلّما على جواز مطلق التصرّفات حتّى المتوقفه على الملك فالالتزام بأنّ فى البیع بالصّیغه یستلزم جواز مطلق التصرّف الملك من أوّل الأمر

دون البيع بالفعل فإنه يستلزم فيه جواز التصرف الملك آنا ما لا وجه له فإن الإجماع في البيع بالصيغه أيضا لا يقتضى الملك إلّا آنا ما فعلى هذا إما لا يقتضى البيع بالصيغه الملك من أول الأمر و إما لا فرق بينه وبين البيع بالفعل

ثم يرد عليه أنه لو لم نقل بدلاله الآيتين على حصول الملكيه بل على جواز التصرفات فكما يمكن الالتزام بالملك آنا ما كذلك يمكن تخصيص الأدله الداله على عدم جواز البيع والوطى والعق فى غير الملك و بعبارة أخرى الالتزام بالملك آنا ما بلا موجب لأنه يمكن أن يكون الآيتان مخصّصتين لقواعد أخرى و رابعا الإشكال فى السيره فى المقام موجب لهدم أساس السيره أصلا و رأسا

ثم إن ثبوت السيره على التوريث يكشف عن حصول الملك بالتعاطى من أول الأمر فإنه لا موجب لتقدير الملك آنا ما للمورث حتى يرثه الوارث ثم إنه قد يستدلّ على حصول الملكيه بالمعاطاه بعموم الناس مسلّطون على أموالهم بتقريب أنّ من أنحاء السلطنه المالك تبديل ماله بمال غيره بالفعل

و لكنّه لا يخفى أن عموم أنحاء السلطنه إنما هو باعتبار أفراد السلطنه التى ثبتت للمالك كالهبة و البيع و القرض و الإجاره فلو شكّ أن نوعا آخر من أنحاء السلطنه كالصّالح من أفراد هذا العموم فيتمسك بعموم هذه الروايه لصحته و نفوذه و أما لو علم بتسلّط المالك على بيع ماله و لكنّه شكّ أن الموجد له هو الفعل أيضا أو ينحصر بالقول فليس العموم ناظرا إليه

و بعبارة أخرى لا يمكن التمسك بهذا العموم للمقام و لا لما شكّ فيه من شروط الصّيغه مثل كفايه الفارسية و نحوها هذا كله بناء على حصول الملك بالمعاطاه و أمّا بناء على القول بالإباحه فهل يمكن التمسك له بقوله الناس مسلّطون على أموالهم و البحث فيه يقع من جهتين الأولى فى التمسك به لسلطنه المالك على إباحه ماله لغيره بالإباحه المطلقه حتى المتوقّفه على الملك كالبيع و نحوه الثانيه لتسلّطه على إباحه ماله بالعوض المسمّى

أمّا الجبهه الأولى فسيجى ء فى ذيل البحث عن كلام المصنف فى التنبيه الرابع مفضّلا و أما الثانيه فإننا و إن اخترنا فى الدوره السابقه إمكان إدراج هذا النوع من الإباحه فى عنوان الصّالح إلّا أن الأقوى أنّ الإباحه بالعوض المسمّى ليست من أنحاء سلطنه المالك رأسا لأنّ كون المسمّى عوضا يتوقف على تضمين معاملتي و هو يتوقف على أن يكون ضامن المسمّى مالكا لمال طرفه لا كونه مباحا له

و بالجمله مالكيه المبيح للمسمّى مع عدم مالكيه المباح له لما أبيح له لا يجتمعان بناء على ما تقدم من أن حقيقه المعاوضه تقتضى تبديل أحد طرفى الإضايفه بمثله فى الملكيه أو تبديل نفس الإضايفه و على أى حال لا بدّ أن يكون كل واحد من الطرفين من سنخ الآخر و سيجى ء أيضا توضيح ذلك

نعم يصحّ التمسك لصحه ذلك بالسيره القائمه على الإباحه بالعوض المسمّى كما هو المعمول فى إجاره الدور و الدكاكين فإنّ المسافر يستأجر الدار من المالك ليله بمقدار ثم يبينان على أنّ كل ما بقى المستأجر يعطى الأجره بذلك المقدار فبناء عليه نفس هذه الإباحه بالمسمّى من إحدى المعاوضات المتعارفه و يكفى فى إمضاءها قوله عزّ من قائل تِجَارَةٌ عَن تِجَارَةٍ فتأمل

قوله قدس سره هذا مع أنّ ما ذكر من أنّ للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين إلى آخره

لا- يخفى أنّ كلام المصنف في هذا الباب لا يخلو عن تناقض و اضطراب فإنه قبل هذا الكلام صرح بأن للفقهاء الالتزام بإباحه جميع التصرفات مع التزامه بحصول الملك أنا ما

لا- من أول الأمر و في المقام يقول إنه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه لما ذكره من التوالى الفاسده تبعا لكاشف الغطاء قدس سره و بعد ذلك يمنع عن فساد التوالى و يصحح ذلك

و كيف كان فالمهم بيان ما أورده الشَّيخ الكبير على القول بالإباحه في مورد قصد المتعاطيين التَّمليكَ و تخيله أنَّ ما ينسب إلى المشهور من إفاده المعاطاه الإباحه في صورته قصد التَّمليكَ مستلزم لقواعد جديده منها تخلف العقد عن القصد و بالعكس أى ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع فإنَّ الإباحه غير مقصوده لهما فكيف تقع و التَّمليكَ مقصود لهما فكيف لا يقع

و قد تقدم مَنَّا جواب هذا الإشكال مفضِّلا و هو و إن لم يكن مرضيًّا عندنا إلَّا أنَّه يرفع الإشكال فإنَّ القائل بالإباحه لا يلتزم بأنَّ الفعل مصداق لعنوان البيع فقصد هذا العنوان و إيجاد ما ليس مصداقا له كقصد الزارع من الزرع صيرورته حنطه و تخلفه من قبيل تخلف الداعى و أمَّا وقوع الإباحه مع عدم قصدها فلما عرفت من أنَّه لا يعتبر في ترتب الأمور المترتبه على الأفعال قهرا قصدتها بل يكفي قصد نفس الفعل في صدق كونها صادرة عنه اختيارا

و أما ما أجاب به المصنف قدس سره حلما و نقضا فلا يفي بدفع الإشكال و لا يستقيم أمَّا جوابه الحلى من أن تبعيه العقود للقصود و بالعكس إنَّما هي في العقود اللفظيه و أمَّا المعاطاه فعند القائل بالإباحه المجزده ليست عقدا و لا قائما مقامه و مقتضى ذلك و إن كان فسادها إلَّا أنَّه لا مانع من أن يحكم الشارع بترتب الإباحه عليها تعبدا و بالجمله تبعيه العقد للقصد إنَّما هو لأجل دليل صحَّه ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل الحكم بالصحه مع عدم ترتب المقصود عليه و أمَّا المعاطاه فلم يدلَّ دليل على صحَّتها حتى لا يتخلف العقد عن القصد

ففيه أنَّ تبعيه العقد للقصد و بالعكس في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذى هو من أفراد قوله عزَّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل تجرى في جميع المنشئات و ليست هذه القاعده حكما تعبديا حتى تختص بمورد دون آخر بل حكم فطري ارتكازى منشؤه أنَّ الموجد الاعتبارى إنَّما يوجد بآله إيجادا إذا صدر عن قصد فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقه العقلاء و ليس حكم الشارع في باب العقود إلَّا إمضاء ما هو طريقتهم فحكم الشارع بترتب غير ما قصد لم يقد عليه دليل خاص تعبدي

و أما جوابه النقضى من أن تخلف العقد عن القصد في المقام نظير تخلفه في الموارد الخمسه و هي عدم ترتب الضمان بالمسمى على العقد الفاسد بل ترتب الضمان الواقعى عليه مع أنَّ قصد المتعاقدين هو المسمى و عدم تقييد الشرط الفاسد العقد مع أنَّهما لم يقصدا المعامله إلَّا مقرونه به و عدم اعتبار انضمام ما لا يملك إلى ما يملك مع أنَّهما قصداهما منضمما و عدم تأثير قصد البائع الغاصب البيع لنفسه و ترتب غير ما قصد و هو وقوعه للمالك مع إجازته و عدم تأثير قصد الانقطاع و ترتب غير ما قصد عليه و هو الدوام

ففيه من الغرابه ما لا يخفى أمَّا الأول فلأنَّ موضوع البحث هو العقود الصَّحيحة لا الفاسده فعدم ترتب الضمان بالمسمى في العقد الفاسد لا يفيد في إثبات جواز تخلف العقد عن القصد فلا يقال إنَّهما أقدا على الضمان بالمسمى و لم يترتب عليه و لم يقدم على الضمان بالمثل أو القيمه فكيف يترتبان عليه لأنَّه لا أثر لإقدامهما على المسمى إذا كان ملغى عند الشارع لاختلال شروط



العقد و سيجى ء فى قاعده ما يضمن أن منشأ الضمان بالمثل أو قيمه إنما هو قاعده اليد لا الإقدام على الضمان حتى يقال إنهما  
أقدا على الضمان بالمسمى لا الضمان الواقعى

و ما يظهر

من الشيخ و المسالك من كون منشأ الضمان هو الإقدام فسيجيء أن تمسكهما بقاعده الإقدام إنما هو لإثبات عدم تحقق الرفع للضمان و هو الإقدام على المجانيه فحاصل كلامهما أن منشأ الضمان فى العقد الفاسد هو قاعده اليد مع عدم قصد التبرع

و أما الثانى فلأن الشرط الفاسد لو كان غير موجب للأثر حتى الخيار لكان النقص واردا و صح أن يقال إنهما لم يقصدا المعامله إلا مقرونه به فكيف تصح مع عدم اقترانها به و أما بناء على المختار من صحتها مع الخيار فلا يرد النقص أصلا لأن منشأ صحه المعامله عدم كونها مقيدا بحيث ينتفى القصد بانتفاء القيد و أما الخيار فالالتزام العقدى حيث إنه مرتبط بالالتزام الشرطى فتخلفه يوجب الخيار

و بالجملة لو قيل إن الشرط موجب لكون المنشأ أمرا خاصا فمقتضاه أن فساده يوجب فساد العقد و أما لو كان هناك التزم فى التزم أى التزم مرتبط بالتزام آخر ففساد أحدهما لا يوجب إلا الخيار و على أى حال القائل بالصحة إما مع الخيار أو بدونه لا يلتزم بأن القصد الخاص منشأ للعقد المشروط حتى يرد النقص عليه بأنه تخلف العقد عن القصد

نعم لو التزم بأنه ليس فى العقد المشروط إلا التزم واحد و قصد خاص و مع ذلك لا يقتضى تخلفه فساد العقد لكان النقص واردا و هذا مما لم يقل به أحد و كيف كان الأمر المختلف فيه لا يناسب جعله موردا للنقص

و أمّا الثالث فلأن صحه بيع ما يملك و فساد ما لا يملك سواء كان المراد منه ما لا يقبل التملك كالخمر و الخنزير أو كان ملك الغير إنما هو الانحلال العقد إلى عقدين أحدهما صحيح و الآخر إما فاسد أو موقوف على الإجازة و لا وجه لنقصه بالمقام لأن فى كل من الجزئين لم يتخلف العقد عن القصد و إنما صح أحدهما لكونه واجدا للشرائط دون الآخر لكونه فاقدا لها و مجرد انضمام ما لا يملك إلى ما يملك لا يستلزم الاتحاد و ذلك واضح

و أمّا الرابع فلأن قصد الغاصب البيع لنفسه إنما هو لبنائه على كونه مالكا فبعد هذا البناء يوقع البيع بين ملك المالكين فعدم وقوعه له لا يقتضى إلا تخلف الاعتقاد المقارن لقصد إنشاء التبديل بين المالكين و بتعبير آخر الركن فى المعاوضات هو العوضين دون العاقدين و ليس البيع كالتكاح فى وجوب تعيين الزوجين فكون المالك هو البائع أو غيره لا دخل له فى صحه المعاوضه و قصد وقوعه لنفسه ليس إلا لجعل نفسه مالكا و تخلف هذا البناء لا يستلزم تخلف العقد عن القصد

و أمّا الخامس فمع كون المسأله خلافه لا يفيد انقلاب الانقطاع دائما لإثبات تخلف العقد عن القصد لأنه يمكن أن يقال إن التّكاح حقيقه واحده فقصد الانقطاع ليس إلا قصد هذه الحقيقه مع خصوصيه زائده يتوقف حصولها على ذكر الأجل فإذا نسي ذكره يقع أصل الحقيقه التى لا يتوقف على مؤنه زائده غير إيجادها بما هو آله لإيجادها

و نظير ذلك ما إذا كان بناء المتعاقدين البيع مع شرط خاص و نسيا ذكر الشرط فوق وقوع البيع و عدم وقوع الشرط لا يوجب تخلف العقد عن القصد

قوله قدس سره و منها أن يكون إرادته التصرف من المملكات فيملك العين أو المنفعه بإرادته التصرف بها أو معه دفعه إلى آخره

حاصل إشكاله قدّس سره أنّه لازم القول بالإباحه المطلقه أحد الأمرين أمّا الالتزام بأن إرادته التصرف من أسباب حصول الملك مع أن حصوله بأسباب مخصوصه ليست لإرادته منها و أمّا الالتزام بأن نفس التصرف مملك و هذا مع أنّه ليس من الأسباب المملكه مستلزم لإشكالات آخر

تجرى فى تصرّف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما كاجتماع العله و المعلول فى رتبه واحده فإنّ الانتقال إلى المشتري مترتب على الملك و الملك مترتب على التصرف فبالصرف يحصل الملك و الانتقال و كالدور فإنّ صحه البيع تتوقف على الملكيه و الملكيه يتوقف حصولها على البيع و نظير هذين الإشكاليين يأتى فى التكليفات أيضا مثلا الوطى فى غير الملك محرّم و به تتحقّق الملكيه و الحليه المترتبه عليها فى رتبه واحده

و أجاب عنه المصنف قدس سره بأنّه لا بأس بالتزام كون إرادته التصرف مملكا إذا كان ذلك مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف و أدلّه توقّف بعض التصرفات على الملك و نحن نقول أولا ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير قدس سره كون إرادته التصرف من المملكات بل أنّه جعل محطّ الإشكال كون نفس التصرف مملكا و إنّما جعل المحقق الثانى إرادته من المملكات دفعا للإشكالات الواردة على تصرف ذى الخيار فينبغى أن يجاب على طبق إشكاله و ثانيا الجمع بين الأدلّه لا يقتضى كون الإرادته من المملكات إلّا فى بعض الصور

و توضيح ذلك أنّ التصرف أحد المتعاطين فيما أبيع له و كذا تصرف من له الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما إمّا تصرف متلف أو ناقل أو ما يتوقّف على الحليه كالوطى أمّا المتلف ففى المقام لا يتوقّف على جعل الإرادته من المملكات و لا على تقدير الملك آنا ما لأنّ إتلاف المباح له مال المبيح لا يتوقّف على كونه ملكا له بل هو كأكل الضيف و الغاصب غايه الفرق أنّ الضيف ليس ضامنا و فى المقام المتلف ضامن للمسمى و الغاصب ضامن للمثل أو القيمه

نعم لو قلنا أنّ الضامن بالمسمى لا يصحّ إلّا إذا كان الضامن مالكا للعوضين فلا بدّ من الالتزام بالملك له آنا ما قبل التلّف لأنّ المالك التالف لا يمكن أن تتعلّق به الملكيه حين التلّف فعلى هذا الفرض أيضا لا يقتضى الجمع بين الأدلّه جعل الإرادته من المملكات بل حكم المقام حكم إتلاف ذى الخيار و الواهب ما انتقل عنهما فى أنّ مقتضى جواز الإتلاف منهما شرعا و انفساخ العقد به هو رجوع التالف إلى ملك المتلف آنا ما و وقوع التلّف فى ملكه

و أمّا الناقله كالبيع و نحوه فإن قلنا إنّ الأدلّه الداله على عدم نفوذها إلّا فى الملك تقتضى اعتبار وقوع سبب النقل أيضا فى الملك فلا بدّ من الالتزام بكون إرادته التصرف من المملكات لأنّ العقد لا يمكن أن يقع فى الملك إلّا إذا كان أراد البيع من المملكات و لا يمكن هنا دفع الإشكال بتقدير الملك آنا ما لأنّ التقدير الذى هو عبارته عن رجوع الملك عن ملك مالكة و دخوله فى ملك الناقل و خروجه عن ملكه إنّما يتحقّق بنفس النقل لأنّ الملك آنا ما ممّا تقتضيه نفس المعامله أى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض يقتضى التقدير آنا ما لا غيره فقول ذى الخيار و الواهب و المباح له بعث يقتضى أمرين دخول الملك فى ملك البائع و خروجه عن ملكه

و بعباره أخرى معنى الملك آنا ما أى الملك الغير المستقيم و الاعوجاجى و هو يحصل بنفس التصرف الثقلى لا قبل ذلك فإذا التزمنا بأنه لا بدّ من وقوع نفس قول بعث فى الملك فلا بدّ أن يكون إرادته البيع من المملكات و أما لو قلنا إن الأدلّه لا تقتضى إلّا وقوع المنشأ فى الملك لا السبب الناقل كما هو الحقّ لأنّ قوله ع لا يبيع إلّا فى ملك ظاهر فى نفس المسبب فلا يلزم الالتزام بجعل إرادته التصرف من المملكات بل يحصل بنفس قوله بعث أمران أحدهما دخول الملك فى ملك البائع و هو يحصل بنفس

الإنشاء من حيث إنه فعل من أفعال البائع و ثانيهما خروجه عن ملكه إلى ملك المشتري و هو يحصل من الأثر الحاصل من  
الإنشاء

و بعبارة أخرى الفسخ في تصرف ذى الخيار مثلا عبارته عن حلّ التبدیل و هو يحصل بنفس السبب أى يتملك الفاسخ بنفس الفعل الإصدارى و لذا يتملك بالعقد الفاسد أيضا و يتملك المشتري بالأثر الحاصل منه أى باسم المصدر فلا يلزم دور و لا كون العله و المعلول فى رتبه واحده لأنّ العله فى رتبه الإنشاء و المعلول فى رتبه المنشأ ففى رتبه الإنشاء يدخل الملك فى ملك البائع و يخرج عن ملكه فى رتبه المنشأ و سيجى ء توضيح ذلك فى محلّه

و أمّا الوطى فأصل الإشكال فيه غير وارد لأنّ الوطى لا يتوقف على ملك الرقبه فمع فرض جوازه شرعا فهو يملك الوطى و لو لم يكن مالكا للرقبه كمورد التحليل و ما أفاده المحقق القمى فى جامع الشتات من أنّ إباحه الوطى له مع عدم كونه مالكا للرقبه يقتضى وقوع العوض فى مقابل الوطى و هو مستلزم لحيثه إجاره البضع

ففيه أنّ العوض فى باب المعاطاه لم يجعل مقابلا للوطى بل عوض المسمى مقابل لإباحه المالك التصرفات و إباحته يقتضى جواز الوطى و ما يقال من أن سبب الوطى منحصر بالملك أو التحليل أو الزوجيه فيه بعد قيام السيره على نفوذ جميع التصرفات حتى الوطى و بعد قيام الدليل على عدم إفاده الفعل التمليك فلازم هذين الأمرين أنّ مجوز الوطى ليس منحصرًا بالتحليل و ملك الرقبه و الزوجيه بل من أسبابه إباحه المالك له التصرف بالعوض بالتعاطى و لو كان هناك كلام فلا بدّ من المناقشه فى أصل إفاده المعاطاه الإباحه أو أصل جواز كل تصرف حتى الوطى و أمّا بعد تسليم الأمرين فلا يرد محذور أصلا لأنّ جواز المسبب وضعًا كالوطى مستلزم لحيثه شرعا

قوله قدّس سره منها أنّ الأحماس و الزكوات و الاستطاعه و الديون و النفقات و حق المقاسمه و الشفعه و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله إلى آخره

حاصل إشكاله قدّس سره أنّ فى هذه الموارد العشره و هكذا بالنسبه إلى صفه الغنى و الفقر يلزم بناء على إفاده المعاطاه الإباحه تأسيس فقه جديد أى الالتزام فى مورد المعاطاه بأموور مخالفه للقواعد المسلّمه فى غير مورد المعاطاه

فإنّه كيف يتعلّق الخمس و الزكاه بما فى يد أحد المتعاطيين مع أنّه ليس مالكا و كيف يجب عليه الحجّ و كيف يتعلّق حق الديان به و كيف يجب عليه الإنفاق على من يجب عليه و كيف يجوز إلزام شريكه بالقسمه و كيف يجوز له الأخذ بالشفعه و كيف يرث منه وارثه و كيف يجرى الربا فيه أى إذا اشترى بجنس ما فى يده مع الزيادة و كيف يحرم عليه مع أنّ الرّبا لا يجرى فى غير المعاوضات الموجهه التبدیل أحد طرفى الإضاافه فى الملك و كيف يلاحظ ثلث مال الميّت بالنسبه إلى ما فى يده مع أنّه ليس مالكا له و كيف يكون غنيا لا يجوز له أخذ الزكاه أو الخمس مع أنّه فقير لا مال له

هذا و المحقق الخراسانى قدّس سره فى حاشيته على الكتاب حمل بعض إشكالات الشيخ الكبير قدّس سره على غير ما بيّناه فإنّه فى مقام الجواب قال فيه أنه لا محذور فى كثير منها كالأستطاعه و أداء الدين و النفقه إلخ فتوهم أنّ الشيخ استشكل بأنه كيف يجوز أداء الدّين من هذا المال المذى ليس مالكا له و هكذا كيف يجوز له الإنفاق منه مع أنّ اتحاد السّياق يقتضى أن يكون إشكاله فى تعلّق حقّ الديان و تعلّق وجوب الإنفاق به لا فى جواز إعطاء الدين فى مقام الوفاء منه

و كيف كان فقد أجاب المصنف عنه بما لا- يخلو عن اضطراب و إشكال أمّا الاضطراب فلأنّ قوله و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكاه إلى آخره فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسيره رجوع إليها يحتمل معنيين

أحدهما أنّه لا نلتزم بتعلّق هذه الأمور بما في يد أحد المتعاطين مع بقاء مقابله

فى يد الآخر وجدانا أو تعبدا و دعوى أنّ عدم التعلّق مخالف للسيره فإنّها قائمه على التعلّق ففیه أنّه بناء على هذا لا يستلزم التعلّق مخالفه القاعده فإنّ السيره دليل عليه

و ثانيهما نلتزم بتعلّقها به مع عدم كونه مالكا و دفع تعلّقها بمخالفته للسيره لأنّها قائمه على أنّ ما ليس ملكا لا يتعلّق به هذا الأمور رجوع إلى السيره و كلام الشيخ الكبير ناظر إلى مخالفته للقواعد لا- مخالفته للسيره و أمّا الإشكال فلأنّ الجواب على كلا الاحتمالين لا يستقيم

أمّا على الأوّل فلأنّ مجرد كون السيره دليلا- على التعلّق لا- يرفع الإشكال لأنّ أصل الإشكال هو أنّه لا يمكن أن يكون فى المعاطاه و غيرها فرق فجوابه بأنّ فى المعاطاه قامت السيره بتعلّق هذه الأمور بما لا يكون ملكا لا يستقيم لأنّ حاصل إشكاله أنّه لو قيل بتعلّق هذه الأمور بما ليس ملكا فلا بدّ من الالتزام به مطلقا و لو قيل بعدم تعلّقها به فيقال بأنّ السيره قائمه على التعلّق فلا مناص عن الالتزام بإفاده التعاطى الملك حتى لا يكون فرق بين موارد الأملاك

و أمّا على الثانى فلأنّ إقرار بالإشكال لأنه التزم بتعلّق هذه الأمور بما لا- يكون ملكا و هذا فقه جديد و نحن نقول لا يرد الإشكال إلّا فى ثلاثه موارد و هى تعلّق الخمس و الزكاه و حقّ الشفعه بما لا يكون ملكا فإنّ الظاهر من أدلّتها اعتبار الملكيه و يظهر من صاحب الكفايه أنّه لا يعتبر فى تعلّق حقّ الشفعه بما يبيع بالمعاطاه أن تكون مفيده للملكيه لأنّ الشفعه تتعلّق ببيع أحد الشريكين شقصه سواء باعه على نحو يفيد الملكيه أو لا فالشريك الذى يملك الشقص الآخر له الأخذ بما أباحه شريكه لغيره بالعوض المسمّى و لا يخفى صحّه ما أفاده بناء على أن يكون نظر الشيخ الكبير إلى هذه الصوره

و أما لو كان دار مشتركه بين من كان نصفها ملكا له و من كان نصفها مباحا له فباع مالك النصف من غير شريكه فهل يمكن الالتزام بأنّ للشريك المذى كان نصفها مباحا له الأخذ بالشفعه فتأمل و أما الموارد الباقية فتعلّقها بما فى يد أحد المتعاطيين لا يكشف عن الملكيه بل يمكن أن يكون مباحا و مع هذا تتعلّق به

أمّا الاستطاعه فلحصولها ببذل الزاد و الزاحله أيضا و أما الغنى المانع عن استحقاق الزكاه فلعدم توقّفه على الملك و لذا لا يجوز أخذ الزكاه للأقارب إذا كان من يجب عليه الإنفاق عليهم مليئا و أمّا تعلّق حقّ الديان به فلأنّه و إن لم يكن من بيده مالكا إلّا أنّه لكونه مالكا لأن يملك باسترداد العوض أو بالتصرّف فيما عنده فللغريم إلزامه بأحدهما و أمّا تعلّق حقّ الإنفاق به فلأنّ وجوب الإنفاق يدور مدار الغنى و هو حاصل بكون ما فى يد المنفق مباحا له

و أما حقّ التّقسيم فلعدم اختصاص وجوب الإفراز على الشريك فى الشىء المشاع بين الشّخصين بأن يكون كل منهما مالكا له بل حيث إنّ المباح له له التصرّف فيما أبيع له بأىّ نحو من أنحاء التصرّف فله إلزام شريكه بإفراز حقه الموجب لصيرورته ملكا له

و أمّا مسأله الإرث فلا- يبعد أن يقال إنّ الموت موجب للزوم كموت الواهب و اللزوم هنا مساوق للملكيه بناء على أنّ الإباحه اللّازمه غير متصوره هذا مع أنّ الإرث لا يتوقّف على الملك لأنّ كلّ ما تركه الميت من حقّ أو ملك يرثه الوارث



و أما مسأله الربا فلا تختص حرمة بالبيع الموجب للملك بل يجرى حتى في الضمان بالمثل و القيمه فضلا عن الضمان بالمسمى  
و أما مسأله الوصيه فلو كان المراد من الاستبعاد أنه كيف يكون ما ليس ملكا مخرجا للثلث ففيه أنه لو قلنا بأن المال المباح يصير  
ملكاً بموت المباح له فلا إشكال لأنّ الثلث يخرج ممّا يملكه حين الموت

نعم لو قلنا بعدم صيرورته



وجهه ممّا قررنا فى جواب الاستبعاد ومنها أنّ التصرف إن جعلناه من التّواقل القهريّه إلى آخره و فيه أنّ هذا يرجع إلى الإشكال الثانى و تقدم الجواب عنه و منها أن النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثه مملّكا له دون العين فبعيد أو معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفى

و حاصل إشكاله أن النماء المتّصل حكمه حكم العين و أمّا المنفصل فحيث إنّ تسليط المييح للمباح له على ماله لا يشمل النماء المنفصل فيدور الأمر بين أن يقال بعدم جواز تصرف المباح له فيه لعدم كونه ملكا له و لا مباحا أو يقال نفس حدوث النماء فى يد المباح له يقتضى أن يكون ملكا له و كلاهما ممّا لا يمكن الالتزام به أمّا الأوّل فلأنه خلاف السّيره و أمّا الثانى فلأنه بلا موجب و قد أجاب عنه المصنف بأن القائل بالإباحه لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله و يحتمل أن يحدث النماء فى ملكه بمجرّد الإباحه و فيه ما لا يخفى بعد ما ظهر أنّ استبعاده إنّما هو فى النماء المنفصل فاختيار الاحتمال الأوّل و هو عدم انتقال النماء بل إباحته لا يصحّ لأنّ إباحته فرع شمول الإذن له و الشّرخ الكبير أنكر ذلك و قال شمول الإذن له خفى

و أمّا الاحتمال الثانى فهو عين الاستبعاد الذى ذكره و هو أنّه كيف يحصل للمباح له ملك النماء بمجرد حدوثه مع أنه ليس من أسباب الملك فالحقّ أن يقال إنّ مقتضى قوله صلى الله عليه و آله الخراج بالضّمان أن يكون النماء ملكا له بناء على ما سيّجى ء فى معنى الخبر و إجماله أنّ الضّمان فى النّبوى ليس بمعنى الاسم المصدرى بأن يكون معناه من كان ضامنا لشيء سواء كان منشأ الضمان هو الغصب أو غيره فمنفعته له لأن هذا المعنى هو الذى أفتى به أبو حنيفة و قال الإمام عليه السّلام من مثل هذا الفتوى يمنع السّماء قطرها و الأرض برّكاتها بل معناه هو الضّمان المصدرى و هو التعهّد المعاملى الذى أمضاه الشّارع

و حاصله أن كلّ من تعهّد ضمان شىء بالتّضمين المعاملى فمنفعته له و هذا من غير فرق بين أن يكون التّضمين على نحو يفيد الإباحه أو التّمليك فإنّ مقتضى إطلاقه كون منفعته للضّامن و معنى كون الشخص ضامنا لما يملكه أو لما أبيع له هو أنّه لو تلف يكون دركه عليه و يكون عوضه المسمّى ملكا للطرف الآخر و هكذا لو طرأ عليه فسخ أو انفساخ حين كونه تالفا يضمن مثله أو قيمته على ما يقتضيه المعامله و هذا هو معنى الضّمان فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

و بالجمله مقتضى الضّمان المعارضى أن تكون المنافع ملكا للضّامن فاللتزام بأنّ النماء الحادث قبل التصرف ملك المباح له دون العين لا بعد فيه و هذا المعنى فى النّبوى و إن كان منافيا لقاعده تبعيّة النماء للعين و لكنّه لا يخفى جهه تقديمه عليها و إن كان بينهما عموم من وجه

أما أولا فلأنّ هذه القاعده ليست مدلولاً لنصّ بل حكم لبي مدركه الإجماع أو العقل و ليس لها إطلاق بحيث يقاوم النّبوى

و أمّا ثانيا فلأنّ النّبوى بمنزله الحكم المعلّل لأنّه متعرّض لمنشأ ملكيه النماء فإنّ الباء فى قوله ص بالضّمان بمعنى المقابله فإذا كان المنافع بإزاء الضّمان فيكون النّبوى حاكما عليها لأنّ الحكم المعلّل نصّ فى مورد الاجتماع فيكون قاعده تبعيّة النماء للعين ناظره إلى اقتضائها بحسب طبعها الأصلي و أمّا إذا اقتضت معاملة انفكاك النماء عن العين فى الملك فلا تنافى بينها و بين الملازمه فى الملكيه بحسب الطّبع الأصلي

قوله قدّس سره فالقول الثّانى لا يخلو عن قوّه و عليه فهل هي لازمه مطلقا إلى آخره

قد تقدم وجه قوّه القول الثّانى و هو أنّ الفعل بنفسه مصداق للعنوان الّذى يقصد به فإذا قصد به التّمليك يترتب عليه لو كان

واجدا للشرائط ما عدا القول و عليه فهل هي لازمه ابتداء مطلقا كما عن المفيد أو بشرط أن يقع قبل الفعل مقاوله من المتعاطيين أو جائزه مطلقا وجوه اختار المصنف قدس سره الأول بدعوى أصالة اللزوم في الملك فإن الملك بعد حصوله بالتعاطى لو شك في زواله بفسخ أحدهما فمقتضى الاستصحاب بقاءه و لا يرد على هذا الأصل إلّا أمران

أحدهما معارضه هذا الأصل باستصحاب بقاء عقله المالك الأول فإذا تعارضا فاستصحاب بقاء العلقه حاكم على استصحاب بقاء الملك لأن منشأ الشك في اللزوم و الجواز ارتفاع علقه المالك و بقاءها فإذا استصحت فيرتفع الشك في المسبب

و ثانيهما أن الثابت هو الملك المشترك بين المستقرّ و المترزل و بعد رجوع أحدهما يرتفع لو كان مترزلا و كونه مستقرا مشكوك الحدوث و الأصل عدم حدوثه و لا يخفى اندفاع كل منهما أما الأول فللشك في ثبوت علاقته أخرى للمالك غير العقله المالكه

و بعبارة أخرى الإضافة التي كانت بين المالك و الملك ارتفعت قطعا بنقله إلى غيره و لم يكن هناك إضافة أخرى حتى تستصحب ليكون حاكما على أصالة اللزوم فالشك هنا في حدوث علاقته للمالك الأصلي بالفسخ لا في بقائها

و بعبارة ثالثة العقد الخيارى يوجب بسبب الخيار أن يحدث علاقته لذى الخيار فهو مالك لأن يملك لا أن علاقته الأولى باقيه له و أمّا الثاني ففيه أولا- على فرض الاختلاف في حقيقه الملك و أن الملك اللازم مباين للجائز فلا مانع من إجراء الاستصحاب في المقام و لو كان المستصحب مرددا بين مقطوع الارتفاع و مشكوك الحدوث لأن تردد المستصحب بين الأمرين صار منشأ للشك في كون الحادث باقيا أو مرتفعا

و ما يتوهم من عدم جريان الاستصحاب في هذه القسم الذي جعله المصنف قدس سره في أصوله قسما ثانيا من استصحاب الكلّي بالتقريب الذي بينه قدس سره فيه و اختاره السيد الطباطبائي في حاشيته على المتن مندفع جدا لأن حاصل الإشكال أحد الأمرين

أحدهما أن الشك في بقاء القدر المشترك مسبب عن الشك في حدوث ذلك المشكوك الذي لو كان هو الحادث لكان القدر المشترك باقيا فإذا حكم بأصالة عدم حدوثه فيلزم ارتفاع القدر المشترك

و ثانيهما أن وجود الكلّي بوجود فرد و عدمه بعدمه فالكلّي لو كان في ضمن الحصه الزائله فهو مقطوع الزوال و كونه في ضمن الحصه الأخرى مشكوك من أول الأمر و كلاهما مندفعان أما الأول فلأن الشك في بقاء الكلّي و ارتفاعه ليس مسببا عن الشك في حدوث ذلك المشكوك الحدوث بل من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذي ارتفع يقينا أو الذي بقي يقينا و لا أصل يعين أن الحادث ما هو مثلا- لو شك في أن الحادث هو المنى أو البول فبعد الوضوء إذا شك في بقاء الحدث لا يترتب على أصالة عدم حدوث المنى ارتفاع الحدث إلّا بضميمة القطع بارتفاع الحدث في ضمن البول هذا مضافا إلى معارضته بأصالة عدم حدوث البول

و بالجمله العدم المحمولى لا يترتب عليه الأثر فى المقام و العدم النعتى ليس له حاله سابقه فجريان أصاله عدم تحقق الحدث الأكبر غير مفيد و أصاله عدم كون هذا الحادث من الحدث الأكبر غير جار

هذا مضافا إلى أن مجرد السبب و المسببه لا يفيد فى رفع الشك عن المسبب إلا إذا كان الترتب شرعيا كترتب انغسال الثوب على طهاره الماء لا- فى مثل المقام و مسأله الحدث فإن الشارع لم يترتب ارتفاع الملك على عدم حدوث الملك اللّازم و لا ارتفاع الحدث على عدم حدوث المنى

و أما الثانى فلأن الكلى عين الفرد لا أنه منتزع عنه فوجود الكلى إذا كان يقينيا فتردده منشأ للشك فى بقائه و توضيح

دفع الإيرادين موكول إلى الأصول و قد دفعناهما بما لا مزيد عليه في تنبيهات الاستصحاب فراجع و أما ثانيا فلأنه لا اختلاف في حقيقه الملك و ليس الجائر مغايرا للآزم في الماهية و إنما الاختلاف بينهما في السبب المملك و هو حكم الشارع في أحدهما بجواز الرد و في الآخر بعدمه

و توضيح ذلك أن منشأ الاختلاف إما اختلاف إنشاء المنشى أو جعل الشارع أما الأول فواضح إن العاقد ينشى معنى واحدا في البيع الخيارى و غيره فإنه يفك أحد طرفى الإضافة و يعطى ماله لغيره من دون قصدا للزوم و الجواز مع أنه لا أثر لقصده المنشى للزوم و الجواز فى البيع و أمّا الثانى فلأنه يلزم تخلف العقد عن القصد فإن العاقد لو أنشأ نفس القدر المشترك فإذا خصصه الشارع فى بعض الموارد بإحدى الخصوصيتين و فى الآخر بالخصوصية الأخرى يلزم تخلف العقد عن القصد هذا على ما أفاده المصنف قدس سره

و لكنّه لا يخفى أنه لو جعل الشارع القدر المشترك فى كل مورد متخصّصا بخصوصية خاصه فلا بدّ للعاقد أن يقصد هذه الخصوصية و إلّا لبطل العقد رأسا لا أنه يصحّ على خلاف ما قصده العاقد فالأمر يدور بين البطلان و الصّحة بلا تخلف العقد عن القصد لا الصّحة مع تخلفه عنه حتى يقال كما فى المتن هو باطل فى العقود لما تقدم من أنّ العقود الصحيحة عند الشارع تتبع القصد إلى آخره

و كيف كان فالصواب فى المقام هو المراجعة إلى الوجدان و نرى وجدانا أنّ العاقد فى العقود المملّكه لا يقصد إلّا التمليك و لا ينشى إلّا ذلك

و بالجملة فالحقّ فى وجه جریان أصله للزوم هو اتحاد حقيقه الملك و الاختلاف إنّما هو فى السبب المملك حيث حكم الشارع بالزوم فى بعض الأسباب و بالجواز فى الآخر مع أنك قد عرفت أنه لو كان الاختلاف فى حقيقه الملك أيضا لجرى الاستصحاب فى مورد الشكّ فى أنّ الواقع فى الخارج لشبهه حكميه أو موضوعيه من أى القسمين

نعم قد يستشكل فى جریان الاستصحاب الكلى فى المقام بعين الإشكال فى جریان الاستصحاب الشخصى إذا وجد أحد الزافعين و توضيح ذلك أنّا قد بينا فى الأصول أنّ فى القسم الثانى قد يجرى استصحاب الشخصى كما يجرى استصحاب الكلى و قد لا يجرى فإذا شكّ فى أنه عمل عملا يرفع الحادث المرّدّد أم لا فيجرى استصحاب بقاء الشخص الحادث الواقعى و نتيجه و جوب الاحتياط أو إيجاد الرافع على أى تقدير مثل الجمع بين الوضوء و الغسل فى الحدث المرّدّد بين البول و المنى

و أما إذا توضّأ ثم شكّ فى بقاء الحدث الشخصى الثابت واقعا فلا يجرى استصحاب الشخصى لأنّ الشكّ ليس فى البقاء بل فى حدوث أى واحد من الشخصين و فى كلّ واحد منهما أحد ركنى الاستصحاب منتفأ أما فى الحدث الأصغر فللقطع بارتفاعه و أما الأكبر فللشكّ فى حدوثه فعلى هذا لا يجرى فى مسأله الحدث بعد إيجاد رافع أحدهما و هكذا فى الظهر و الجمعه و البق و الفيل و نحو ذلك إلّا استصحاب الكلى

و أمّا فى المقام فلا- ىجرى استصحاب الكلى أيضا لأنّ اختلاف الملك ليس إلّا بنفس الارتفاع و البقاء فالشكّ فى بقاء الكلى عبارته عن الشكّ فى أنّ الحادث ما هو فإنّ تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملّك و لا باختلاف حقيقة و ماهيته من غير جهة أن أحدهما يرتفع بالفسخ و الآخر لا يرتفع فإذا كان تنوعه بنفس اللزوم و الجواز فينتفى أحد ركنى الاستصحاب على أى حال لأن الملك الجائر مقطوع الارتفاع و اللّازم مشكوك الحدوث من أوّل الأمر

و بعبارته أخرى يعتبر فى كلّ قضية أن يكون المحمول خارجا عن الموضوع أى يعتبر أن يكون الموضوع فى القضية مجردا عن عقد الحمل حتى يصلح الحمل و فى المقام حيث إنّهُ ليس تقسيم الملك



إلى القسمين باعتبار الفصول المنوعه و ليس كالحديث المشترك بين النوعين المتخصّص كل منهما بخصوصيته خاصه من غير جهه البقاء و الزوال بل جهه تقسيمه إليهما منحصره بالبقاء و الارتفاع فلو شك في بقاء الملك و ارتفاعه فمعنى استصحاب الملك هو استصحاب الملك الباقي فيصير البقاء الذي هو عقد الحمل داخلا في عقد الوضع و لا شبهه في خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم لا تنقض عقلا

و مرجع هذا الإشكال في الحقيقة إلى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما و في كل واحد منهما أحد ركني الاستصحاب منتف كما لا يخفى و على هذا فيمكن أن يكون وجه التأمل في كلام المصنف راجعا إلى ما ذكرنا لا إلى أنه ليس للقدر المشترك أثر كما أشار إليه بعض المحشّين فإن جواز التصرف أثر للقدر المشترك بين اللّازم و الجائر

و بعضهم أرجعه إلى أن الشكّ هنا في المقتضى فقام الملك بالحيوان المرّد بين البق و الفيل و لا يخفى ضعفه فإنّ الشكّ في المقتضى هو الذي لم يحرز فيه عمر المستصحب بحسب أمد الزّمان كالمردّد بين البق و الفيل و أما الملك فإذا تحقّق فلا يرتفع إلّا بالزّاعف و الشكّ في تأثير الفسخ شكّ في رافعيه الموجود

قوله قدّس سره و يدل عليه مع أنه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أن اللّزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك إلى آخره

لا يخفى أن بعض المحشّين أورد على هذا الكلام بأنّه كيف يكفي في الاستصحاب الشكّ في أن اللّزوم من منوعات الملك أو من الأحكام الشرعيه للسبب المملّك و الحال أن مع هذا الشكّ ليس المستصحب محرزا

و فيه أن مرجع هذا الشكّ ليس إلى الشكّ في الموضوع لأنّ القدر المشترك بين ما إذا كان الملك على قسمين و ما كان الحكم في السبب المملّك على نحوين محرز قطعاً و هو أصل تحقّق الملك فإن كلّ من أنشأ أمراً يتحقّق منشؤه خارجاً بنفس إنشائه و تردده بين الأمرين منشأ للشكّ في بقاءه فيستصحب

و لا يتوهم أن الشكّ في المقام نظير الشكّ في الشبهات المصادقيه و تقريب ذلك أنّه بعد ما ظهر في وجه التأمل خروج هذا القسم من الكلّي من عموم لا تنقض عقلا فإذا شكّ في أن اللّزوم من خصوصيات الملك حتّى لا يجرى الاستصحاب بناء على عدم جريانه في هذا النحو من الكلّي أو من لوازم السبب المملّك أي من الأحكام الشرعيه حتى يجرى فيشكّ في أن المورد من موارد جريان الاستصحاب أو ليس موردا له و كلّ ما كان كذلك لا يجرى فيه الاستصحاب للشكّ في كون المورد من مصاديق العام و هذا نظير اعتبار الاتصال بين الشكّ و اليقين فإنه إذا شكّ فيه لا يجرى الاستصحاب و حكمه حكم العلم بالانفصال هذا ملخّص ما يتوهم في المقام

و دفعه واضح و حاصله الفرق بين المخصّص ص اللفظي و المخصّص ص اللّبي و المخصّص ص في المقام لبّي لأن عدم جريان الاستصحاب إنّما هو لاعتبار خروج عقد الحمل عن عقد الوضع عقلا لا لقصور في اللفظ فإذا أحرز هذا المانع لا يمكن إجراء الاستصحاب و أمّا إذا شكّ فيه فيؤخذ بالعموم و ليس من قبيل الشكّ في الموضوع و الشبهه المصادقيه

فالحق جريان الاستصحاب فى مورد الشكّ فى أن اللّزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك هذا مع ما عرفت من أنّ الملك حقيقه واحده و إنّما الاختلاف من جهه حكم الشّارع فى الأسباب فإذا كان كذلك ففى مورد الشكّ يستصحب المنشأ بالعقد و لا يقال إنّ الاختلاف فى الأفراد أيضا كاف فى عدم جريان استصحاب نفس هذه الحقيقه الواحده كالفرد المرّد بين زيد و عمرو مع العلم بأنّه لو كان زيدا لم يبق يقينا لأننا نقول فرق بين المقام و المثال

فإن زيدا وعمرا وإن كانا متفقى الحقيقة إنما أنّ الخصوصيات الفردية دخيله فى الاستصحاب و هذا بخلاف المقام فإنّ الاختلاف ليس إلا من ناحيه حكم الشارع فى بعض الأسباب باللزوم و فى بعضها بالجواز كما يظهر من المراجعة إلى الأدله

قوله قدس سره و بالجملة فلا إشكال فى أصله اللزوم فى كل عقد شكّ فى لزومه شرعا إلى آخره

لا- يخفى أنّ مراده قدس سره من كلّ عقد هو العقود العهديه لا العقود الإذنيه فإنّها لا تجرى فيها أصله اللزوم لأنّ قوام هذه العقود بالإذن فإذا ارتفع بفسخ المالك و نحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعا و لا يبقى شكّ حتى يستصحب أثر العقد و المنشأ به و أما العهديه فلا فرق فيها بين التنجيزيه و التعليقيه

و مناقشه المصنف قدس سره فى جريان قاعده اللزوم فى نحو السيق و الزمايه و الجعاليه لو شكّ فى تأثير فسخ من جعل السيق مثلا للسابق قبل وصوله إلى المحلّ المعين غير جاريه لأنّ الاستصحاب فى هذه العقود كاستصحاب عدم النسخ فى الأحكام و يا ليت أنّه قدس سره عكس الأمر و ناقش فى جريان الاستصحاب التعليقى فى مثل الزبيب و التمر لا فى العقود التعليقيه فإنّها من قبيل القضايا الحقيقه فى الأحكام التكليفيه و أوضحنا تنقيح ذلك فى الاستصحاب فراجع

و بالجملة لا إشكال فى جريان أصله اللزوم فى كل عقد شكّ فى لزومه و جوازه لشبهه حكميه و كذا فيما شكّ فى لزومه و جوازه لشبهه موضوعيه كما لو شكّ فى أنّ الواقع فى الخارج هبه أو بيع مع العلم بكون الأوّل جائزا و الثانى لازما نعم فى دوران الأمرين الوديعه و القرض لا يجرى أصله اللزوم لعدم إحراز تملك من بيده المال فى وقت حتى يستصحب فمورد البحث هو العقود المملّكه المشكوك جوازها أو لزومها فمن يدعى اللزوم هو المنكر لمطابقه قوله للأصل و احتمال كون المقام من باب التداعى إذا كان مصبّ الدّعى تعيين العقد الواقع فى الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر قدس سره تبعا لبعض من تقدّم عنه و تبعه السيد الطّباطبائى فى حاشيته على المتن و فى بعض كلماته فى كتاب القضاء احتمال لا يعتنى به كما أوضحناه فى كتاب القضاء

و إجماله أنّ باب التداعى هو ما كان قول كلّ منهما مطابقا للأصل أو مخالفا و أما إذا كان قول أحدهما مطابقا للأصل دون الآخر فهو باب المدعى و المنكر و كيفيه تحرير الدعوى لا أثر لها بل المدار على الغرض منها على وجه يرجع إلى أثر عقلاى كتأثير الفسخ أو اشتغال ذمه الآخر أو نحو ذلك لا إلى مجرد إثبات أنّ العقد صلح بلا عوض أو هبه غير معوضه و إلّا لا تسمع هذه الدّعى رأسا فإنّها كدعوى أن بر إفريقيا كذا مساحه

ثم لا- يخفى أنّ النزاع تاره فى اللزوم و الجواز و أخرى فى الضمان و عدمه ففى الأوّل المنكر هو مدعى اللزوم و فى الثانى المنكر هو مدعى الضمان على المشهور و المختار خلافا لمن تمسك بأصله البراءه و ذلك لأنّ مقتضى قاعده اليد مع أصله عدم إقدام مالكه الأصلي على المجائيه هو الضمان فإن موضوع الحكم مركّب من عرضين لمحليين و هو اليد على ملك الغير المحرز بالوجدان مع عدم إقدام مالكه على التبرّع المحرز بالأصل فإذا تمّ الموضوع يترتب عليه الحكم و هو الضمان

و قد بينا فى الأصول أنّ التمسك بقاعده على اليد للحكم بالضمان فى موارد الشكّ فى المجانيه و رافع الضمان ليس من باب

التمسك بالعموم في الشبهات المصدقيه و لا من باب قاعده المقتضى و المانع و لا من باب استصحاب العدم النعتى فى حال عدم الموضوع بل لما ذكرنا من أن الضمان مترتب على وضع اليد على مال الغير مع عدم إحراز المجانيه الذى هو العدم النعتى حال وجود الموضوع فإن التبرع و التضمين من نعوت المالك فلو لم يكن متبرعا فى وقت يستصحب عدم التبرع و لا يعارض بأصالة

عدم قصد التضمين فإن ضمان مال الغير لا يتوقف على القصد فتدبر جيدا

و يظهر من السيد الطباطبائي في كتاب القضاء من العروه أنه لو كان محل النزاع هو البيع أو الهبة فالأصل البراءة و أما لو كان النزاع في إذن المالك في التصرف في ماله مجاناً أو مع العوض فالأصل الاشتغال لجريان قاعده احترام مال المسلم في الثاني دون الأول للاتفاق على حصول الملك للتصرف في هذه الصورة

و لكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمين فإن في الأول و إن اتفقا على كون المال ملكا للمتصرف إلا أنه علم كونه ملكا لغيره سابقا فمع عدم إحراز المجانيه يقتضى أن لا يخرج عن ملكه بلا عوض هذا مع أن في مورد بقاء العين لا أثر لدعوى مدعى الهبة للعلم الإجمالى إما بتأثير فسخ الواهب لو كان مدعى الهبة متبها واقعا و إما بضمانه لو كان مشتريا

قوله قدس سره و يدل على اللزوم و مضافا إلى ما ذكر عموم قوله الناس مسلطون على أموالهم إلى آخره

لا يخفى تماميه الاستدلال بهذه المرسله المعروفه بين الفريقين و بالآيتين أما المرسله فلأن مقتضى السلطنه التامه للمالك على ماله أن يجوز له جميع أنحاء التصرفات المباحه فى ماله و قصر سلطنه الغير عنه فالخبر الشريف متضمن لعقدين إيجابى و سلبى و لو لم يكن مفيدا للعقد السلبى فلا يكون مثبتا للسلطنه التامه للمالك فاسترجاع المال عنه بلا رضى منه بفسخ و نحوه مناف لسلطنته

و المناقشه فى العقد الإيجابى فضلا عن السلبى بتقريب أن الزوايه فى مقام بيان عدم محجوريه المالك لا فى نفوذ جميع تصرفاته ما غير مسموعه فإنه لا قصور فى عموم الناس و لا فى إطلاق السلطنه و مقتضى مقابله الجمع بالجمع أن يكون كل أحد مسلطا على ماله بأى نحو من أنحاء السلطنه و من أنحاء السلطنه منع الغير عن التصرف فى ماله و لا يقال إن سلطنه المالك لا ينافى الخيار بناء على كونه متعلقا بالعقد لا بالعين

فإننا نقول و إن كان الخيار على المختار متعلقا بالعقد دون العين إلا أن تعلقه به طريقى لا موضوعى لأنه متعلق به طريقا لاسترجاع العين فبالأخره إذا كان لغير المالك حق استرجاع العين يستلزم أن يكون سلطنه المالك ناقصه و بالعموم ندفع هذا الحق أيضا

ثم إن مما ذكرنا فى تقريب الاستدلال ظهر أن التمسك به لأصالة اللزوم ليس من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه بأن يقال مع الشك فى تأثير الفسخ يشك فى بقاء الإضافه فالتمسك به من التمسك بالعام مع الشك فى المصادق و ذلك لأن العموم يرفع الشك فى تأثير الفسخ لتنافى تأثيره مع العقد السلبى فإن مقتضى السلطنه التامه أن لا يكون لغيره التملك منه

نعم التمسك به فى الشبهات الموضوعيه تمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه فإنه مع الشك فى أن الواقع بيع أو هبه لا يمكن رفع الجواز بعموم الناس مسلطون لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعا سلطنه غير المالك على ملك المالك و هذا بخلاف الشبهه الحكيمه و الفرق بينهما واضح فإن مرجعهما إلى الشك فى أصل التخصيص و الشك فى مصادق المخصص

وَأَمَّا الْآيَتِينَ فَآيَةُ التِّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ إِفَادَتِهَا لِلزُّومِ حَتَّى فِي الْمَعَاطَاةِ ظَاهِرُهُ سَيِّمًا بِنَاءِ عَلَيَّ مَا تَقَدَّمَ مِنْ جَعْلِ الْإِسْتِثْنَاءِ مُتَّصِلًا بِأَنْ يَكُونَ مَفَادُهَا لَا تَتَصَرَّفُوا فِي أَمْوَالِكُمْ مِنْهُ مِنَ الْأَنْحَاءِ فَإِنَّهُ بَاطِلٌ إِلَّا بِالتَّكْسِبِ عَنِ الرِّضَا فَبِدُونِ رِضَاءِ الْمَالِكِ لَا يُمْكِنُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ إِلَّا فِي الْمَوْرَدِ الَّتِي رَخَّصَ الشَّارِعُ التَّصَرُّفَ فِيهَا

وَأَمَّا آيَةُ الْأَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَدَلَّالَتُهَا عَلَى الزُّومِ فِي مَا عَدَّ عَقْدًا لَا إِشْكَالَ فِيهِ سِوَاةِ قَلْنَا بِأَنَّ الْمَلِكِيَّةَ وَنَحْوَهَا مِنَ الْأَحْكَامِ الْوَضْعِيَّةِ كَالزُّومِ فِي الْمَقَامِ

منتزعه عن الحكم التكليفي كما هو مختار المصنف أو قلنا بتأصيلها في الجعل و انحصار الانتزاعيه في الشرطيه و الجزئيه و المانعيه و السببيه على ما هو المختار و سيجي ء في أول الخيارات توضيح ذلك

و إجماله أنه بناء على التأصيل فمفاد قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أنّ العقد لازم لا ينحلّ فيكون الأمر فيه إرشادا إلى هذا المعنى و كنايه عنه و أمّا بناء على الانتزاعيه فمفاده وجوب الوفاء بكلّ عقد في كلّ زمان بالنسبه إلى كل طار فإذا كان مطلقا بالنسبه إلى جميع الأزمنه و بالنسبه إلى كلّ زمانى فلازمه بقاء وجوب الوفاء حتى بعد الفسخ و لازمه عدم تأثير الفسخ

و لا- يقال إذا بقى العقد يجب الوفاء به مطلقا و مع الشكّ في بقاءه لاحتمال تأثير الفسخ فلا موضوع حتّى يجب الوفاء به لأنّنا نقول بناء على الانتزاعيه لا بدّ أن يكون الحكم التكليفي المتأصل على نحو يناسب انتزاع اللزوم منه و المناسب له أن يتعلّق الوفاء بالمعنى المصدري أى الالتزام و التعقيد و لا- العقده و الملتزم به فإذا كان الالتزام بما التزم به واجبا فمعناه أن كلّ واحد من المتعاقدين ليس مالكا للترامه الذى ملك صاحبه

و بالجمله دلالة الآيه على اللزوم فى المعاملات اللفظيه لا إشكال فيها كما لا إشكال فى عدم دلالتها عليه فى المعاطاه لعدم إمكان إفادتها له ثبوتا مضافا إلى قيام الإجماع على الجواز و مخالفه المفيد قدس سره غير معلومه و المصنف قدس سره و إن استشكل فى هذا الإجماع بأنّ قول الأ- كثر بعدم اللزوم من باب عدم التزامهم بإفادتها الملكيه إلما أنّه قدس سره أجاب عنه بالإجماع المركّب فإنّ أصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللّازم قول ثالث لأنّه مخالف للإجماع البسيط المتحصّل من المركّب فإنّ مرجع القولين إلى عدم إفادتها اللزوم

و إشكاله عليه بقوله فتأمل الرّاجع ظاهرا إلى عدم جامع بين السّالبه بانتفاء الموضوع و السّالبه بانتفاء المحمول حتّى يكون هذا الجامع متّفقا عليه بين الفريقين غير وارد فإنّ مجرد عدم وجود الجامع بين السّالبتين لا يضرّ بالإجماع لإمكان قيامه على عدم إفاده المعاطاه اللزوم

و كيف كان فالحقّ عدم إمكان إفادتها له ثبوتا و ذلك لأنّ اللزوم المتصوّر فى باب العقود على قسمين لزوم حكمى تعبّدى و لزوم حقّى فالأوّل كما فى باب النّكاح و الضمان و الهبه لذى الرّحم و نحو ذلك من القربات التى لا رجعه فيها فإنّ فى باب النّكاح مثلا يستكشف من عدم صحّه الإقاله و عدم صحّه جعل الخيار لأحد الزّوجين أنّ اللزوم فيه حكم شرعىّ تعبّدى من لوازم ذاته و يقابله الجواز فى الهبه لغير ذى رحم فإنّه أيضا حكم تعبّدى و إلما كان قابلا- للإسقاط و الثّانى كما فى باب العقود المعاوضيه اللفظيه تنجزيه كانت كالصلح و البيع و الإجاره أو تعليقيه كالسّبق و الرّمايه فإنّ بقوله بعث ينشأ أمران

أحدهما مدلول مطابق للفظ و هو تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله الذى ينشأ بالفعل أيضا لأنّه أيضا مصداق لعنوان البيع بالحمل الشّائع الصّناعى و ثانيهما مدلول الترامى له و هو التزامهما بما أنشئنا و هو يختصّ بما إذا أنشأ التبديل باللفظ دون الفعل فإنّ الدّلاله للالتزاميه بحيث يرى فى العرف و العاده ملازمه بين تبديل طرف إضافه بمثله و الترام البائع بكون المبيع بدلا عن الثمن و الترام المشتري بكون الثمن عوضا عن المثلث تجرى فى اللفظ

و أما الفعل فقاصر عن إفاده هذا المعنى فإنَّ غايه ما يفيدُه هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله إذا قصد منه و أما التزام البائع ببقاء  
بدليهِ المبيع للثمن فليس الفعل دالا عليه



فلو فرض أنّ المتبايعين قصدا التبديل و قصدا بقاءه على ما هو عليه فحيث إنّ البناء القلبي في باب العقود لا أثر له إلّا إذا أتى بما هو مصداق لهذا العنوان و ليس الفعل مصداقا لهذا فلا أثر له فعلى هذا لا يمكن ثبوت أن يفيد الفعل الالتزام العقدي بل هو خارج بالتخصّص عن عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا يَسْمَى عَقْدًا لِكَوْنِهِ مَفِيدًا لِلْعَهْدِ الْمُؤَكَّدِ وَ الْمِيثَاقِ وَ التَّعْهَدِ وَ الفِعْلِ قَاصِرٍ عَنِ إِفَادَةِ هَذَا الْمَعْنَى

نعم يمكن إيجاد هذا المعنى بالفعل أيضا إلّا أنّه لا- بالتعاطى بل بالمصافقه و نحوها و أمّا باب الألفاظ فحيث إنّ الملازمات العرفية من أنحاء المدلولات و العرف يرى من أوجد البيع بلفظ بعث أنّه التزم ببقائه على ما أنشأه فيمكن أن ينشأ بلفظ بعث معنيان أحدهما نفس التبديل و ثانيهما التزامهما بما التزما به من التبديل

ثم إنّ هذا اللزوم العقدي حقّ مالكي أمضاه الشارع بقوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ مَنَشَأَتِ الْمُتَعَاقِدِينَ لَا مِنْ التَّعَبُّدِ الصَّرْفِ يَصِيرُ حَقًّا مَالِكِيًّا وَ لَذَا يَجْرَى فِيهِ الْإِقَالَةُ وَ حَقُّ الْفَسْخِ فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ اللَّزُومُ مِنْ لَوَازِمِ ذَاتِ الْمَنْشَأِ لَمَا صَحَّ جَعْلُ الْخِيَارِ فِي مَقَابِلِهِ سِوَاءَ كَانَ بِجَعْلِ شَرْعِيٍّ كَخِيَارِ الْحَيَوَانِ وَ الْمَجْلِسِ أَوْ بِجَعْلِ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ كَخِيَارِ الشَّرْطِ

و على هذا فأصالة اللزوم المستفاده من العمومات مثل قوله ص النَّاسُ مَسْلُطُونَ وَ قَوْلُهُ ع لَا يَحِلُّ عَ قَوْلِهِ ع الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ وَ قَوْلُهُ عَزَّ مِنْ قَائِلِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ قَوْلُهُ لَأَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ وَ قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ تَخْتَصُّ بِالْعُقُودِ اللَّفْظِيَّةِ وَ لَا- تُشْمَلُ الْمَعَاوَاهُ تَخْصُّصًا

أمّا آية أَوْفُوا فواضح لما ذكرنا من أنّها ليست عقدا و أمّا البيعان بالخيار فلأنّ اللزوم الحاصل بالافتراق حيث إنّ جعل مقابلا للخيار فيختصّ بالبيع الذي كان الالتزام الحاصل منه من منشآت المتعاقدين و أمّا سائر الأدلّة فحيث إنّ الاستفادة منها ليس اللزوم الحكمي بل اللزوم الحقيّ فلا تشمل المعاطاه فعلى هذا لا يكون المعاطاه لازما لا بجعل شرعيّ تعبدى و لا يجعل شرعيّ حقيّ فيكون جائزا بمعنى عدم تحقّق موجب اللزوم

و على هذا فالجواز على أقسام ثلاثة الجواز الحكمي التعبدى كالهبة و الجواز الحقي كالبيع الخياري و الجواز من جهه عدم تحقّق منشأ اللزوم كالمعاطاه

ثم إنّ لا- تنافى بين كون اللزوم من مقتضيات ذات النكاح و الضمان و بين ثبوت خيار الفسخ في بعض الموارد كالعيوب في الرّجل و المرأة و اشتراط بنت المهيره في النكاح و إعسار الضامن مع عدم علم الدائن في باب الضمان و ذلك لإمكان التخصيص فإنّ كلّ حكم تعبدى قابل للتخصيص

و بالجملة لو كان الالتزام فيهما حقيّا و من منشآت المتعاقدين لم يختصّ الخيار بمورد خاص بل صحّ جعل الخيار مطلقا لأنّه لو كان منشأ اللزوم التزام المتعاقدين لصحّ جعل ملكيه كلا الالتزامين لأحدهما أو لكليهما و لصحّ الإقاله منهما فمن عدم صحّه جعل الخيار و عدم جواز الإقاله يستكشف أنّ اللزوم حكمي

## [بقي الكلام في الخبر الذي تمسك به في باب المعاطاه]

قوله قدس سره بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاه إلى آخره

لا يخفى أن قوله ع إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام حيث إنه ورد فى باب شراء الشئ ء ممن ليس مالكا له و فى باب المزارعه فلا بد أن يكون له معنى يمكن تطبيقه على كلا البابين بحيث يكون كبرى كليهما لهما و إلا يلزم خروج المورد فيجب أولا بيان محتملات هاتين الكلمتين فى حد ذاتهما ثم تطبيقهما على محل ورودهما

فنقول الوجوه المحتمله خمس الأول أن يكون المراد انحصار المحل و المحرم باللفظ دون القصد المجرد و دون الفعل مع القصد و بناء عليه يلزم عدم إفاده المعاطاه

للإباحه و التمليك الثاني أن يكون المراد أنّ المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الألفاظ المفيده له مثلا البيئونه تتحقق بقوله أنت طالق دون أنت بريّه و علقه الزوجيه تحصل بقولها متعتك دون سلطتك على بضعى و هكذا و حاصل هذا المعنى أنّه يختلف الحكم باختلاف الأداء و التعبير و إن كان كلّ واحد من اللفظين بمعنى واحد

و الثالث أن يكون المراد أنّ الكلام الواحد قد يكون محلّلا إذا صدر فى محلّ و قد يكون محرّما إذا صدر فى محلّ آخر مثلا عقد النكاح يكون محرّما إذا كان العاقد محرّما بخلاف ما إذا كان محلّا و أمّا ما أفاده فى المتن باعتبار الوجود و العدم ففى غايه البعد

الرابع أن يراد منه أنّ العبارة الواحده تختلف حكمها باعتبار قصد الإنشاء منها أو صرف المقاوله و المواعده مثلا بناء على صحّه النكاح بلفظ أزوجك فإذا وقع هذا اللفظ فى زمان العدّه بقصد إنشاء التزويج فيحرم و إذا وقع مواعده فلا يحرم و هكذا فى الشراء من الدلال فإذا أنشأ الدلال البيع قبل أن يشتريه من مالكة يحرم و إن كان مقاوله يحلّ أى لا يحرم و بعبارة أخرى يراد من الكلام المحلّل الإخبار و المقاوله و من المحرّم الإنشاء و إيجاب البيع

الخامس أن يراد من الكلام نفس معنى اللفظ لا اللفظ بمعناه فيصير حاصله أنّ البيع قبل الشراء محرّم و بعده محلّل و هكذا فى باب المزارعه جعل شىء بإزاء البقر و البذر محرّم و جعله بإزاء عمل الزارع محلّل ثم إنّ المعنى الأوّل لا ينطبق على باب المزارعه فإنّ الظاهر من الكلام فى الفقرتين أنّ المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف التعبير فإذا جعل فى مقابل البذر و البقر شيئا يفسد و إذا جعل بإزاء عمل العامل يصحّ مع أنّ المقصود واحد فى الحقيقة فإن العامل لو لم يكن منها البذر و البقر لا يجعل بإزاء عمله هذا المقدار

و ما يقال من كون المراد منهما فى باب المزارعه أن القصد لا يؤثر بدون الإنشاء اللفظى و إنّما المؤثر هو الإنشاء فخلافا للظاهر لأن مع فرض الإنشاء على نحوين أجاب الإمام عليه السلام بأن أحدهما محرّم فالظاهر من الكلام فى كلا البابين هو المعنى الثانى و هو أنّ الغرض الواحد و هو الرّيح فى باب البيع و جعل العوض للبذر و البقر فى باب المزارعه لو عبر عنه بكلام خاص يفسد و لو عبر عنه بكلام آخر يصحّ و هذا لا يدل على اعتبار اللفظ فى الصّحّه و الفساد لعدم كونه ناظرا إلى هذه الجهه أو المعنى الثالث بناء على ما احتماله المصنف

من أنّ المحلّيه بالكلام باعتبار عدم البيع قبل الشراء و باعتبار عدم الجعل للبذر و المحرميه به باعتبار البيع و الجعل للبذر و هذا الاحتمال و إن كان جامعا بين البابين إلّا أنّه لا يخفى ضعفه لأنّ نسبه المحلّيه إلى عدم الشىء لا تصحّ فإنّ العدم لا يؤثر فى الصّحه و لو أمكن التفكيك فى معنى الفقرتين بين البابين لكان الأنسب بالنسبه إلى الشراء من غير المالك هو المعنى الرابع بأن يكون الألف و اللّام للعهد أى يحلّل الكلام و هو المقاوله و يحرم الكلام و هو البيع

و على أىّ تقدير لا تدلّ الروايه على اعتبار اللفظ فى المعاملات إلّا أن يقال كما أفاده المصنف قدس سره أنّ هذه الفقره على أىّ حال تدلّ على انحصار المحلّل و المحرّم باللفظ و إن لم يستظهر منه المعنى الأوّل و ذلك لأنّه لو انعقد البيع بالمعاطاه لم

يصح حصر المحرّم بالكلام لإمكان بيع ما ليس عنده بالمعاطاه

و لكنّه قدس سره أّجاب عن هذا الإشكال بأنّ وجه انحصار المحرّم بالكلام فى هذه المورد من باب عدم إمكان المعاطاه إذ المبيع ليس عند الدلّال ثم أمر بالتأمّل و وجهه

ظاهر و هو أولا إمكان كون المبيع عند الدلال فيبيعه من المشتري ثم يشتريه من مالكة و ثانيا كفايه التعاطى من طرف واحد و كيف كان فلا يخفى أنه على فرض إفاده الرواية للحصر فالحصر إضافي لأن حصر المحلل بالكلام إنما هو بالنسبة إلى إيجاب المبيع قبل الشراء و كذا حصر المحرم بالكلام إنما هو بالنسبة إلى المقاوله لا عدم تأثير الفعل رأسا و بعبارة أخرى إذا كان مفاد الرواية حصر كل من المحلل و المحرم بالمقاوله و البيع أى كل واحد بالنسبة إلى الآخر لا حصر أصل المحلل و المحرم باللفظ فلا يمكن التمسك بها لبطلان المعامله المعاطاتيه لعدم استفاده عدم تأثير الفعل مع القصد منها لعدم كونها ناظره إليه

[و ينبغي التنبيه على أمور]

### [الأول الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

قوله قدس سره و ينبغي التنبيه على أمور الأول إلى آخره-

مقصوده قدس سره من هذا التنبيه أمران أحدهما بيان اعتبار جميع شروط البيع العقدى فى المعاطاه مطلقا أو عدمه مطلقا أو التفصيل و الثانى لحوق أحكام البيع لها و عدمه ففيه مقامان

أما المقام الأول فالحق اعتبارها فيها مطلقا أما على المختار من إفادتها التملك فلائها بيع عرفا فيشترط فيها ما يشترط فى البيع و دعوى انصراف البيع إلى البيع العقدى فتختص شروط البيع به غير مسموعه لأن الانصراف إنما يتم إذا كان صدق المفهوم على المعاطاه ضعيفا بحيث تكون خارجه عن حقيقه البيع بنظر العرف واقعا و لا شبهه أنها ليست كذلك

و بالجمله اختصاص الأدله الداله على اعتبار الشروط فى العوضين أو المتعاقدين بالبيع المنشأ باللفظ لا وجه له و أما بناء على القول بالإباحه فعلى ما اختاره صاحب الجواهر من أن إفادتها الإباحه إنما هى فى صورته قصد الإباحه فلائنه لو كان الدليل على صحه الإباحه بالعوض هو قوله ع الناس مسلطون على أموالهم لكان إطلاقها مفيدا لصحتها و لو مع فقد الشرط و أما بناء على ما تقدم و سيأتى من أن قوله ع الناس مسلطون ليس ناظرا إلى باب الأسباب و لا يدل على مشرعيه صاحب المال و تسلطه على الأحكام فينحصر دليلها بالسيره و لا خفاء أن المتيقن منها صورته استجماع المعاطاه لجميع ما يعتبر فى البيع إلا الصيغه

و أما على ما وجهنا به قول المشهور من أن المتعاطيين و إن قصدا التملك و لكن حيث إنهما يوجدان مصداق التسلط فيترتب عليه الإباحه فلائ دليل صحتها أيضا هو السيره و المتيقن فيها صورته استجماعها لجميع الشرائط و أما على ما يستفاد من كلام الشيخ الكبير و اعترف به المصنف فى المتن من أن المتعاطيين يقصدان التملك و يوجدان مصداق هذا العنوان و إنما حكم الشارع بالإباحه تعيدا على خلاف ما قصده فلائ الدليل على ذلك إما السيره أو الإجماع و هما يقتضيان الصيغه فى مورد استجماع جميع شروط البيع

و بالجمله سواء قلنا بأن المعاطاه بيع أو معاوضه مستقله كما ذكره الشهيد قدس سره في موضع من الحواشي فالحق اعتبار جميع الشروط فيها

ثم إنه قد ظهر سابقا أنّ الوجه الأخير و هو حكم الشارع بالإباحه تعديدا على خلاف ما قصده المتعاطيان و إن كان مستبعدا كما عدّه الشيخ الكبير من مستبعدات ما اختاره المشهور و لم يكن و نقوض المصنف قدس سره عليه واردا إلّا أنه بناء على كون مقصود المشهور هذا الذي استفاده الشيخ الكبير لا ما وجّهنا به مقصودهم فاعتبار الشروط فيها أيضا ممّا لا إشكال فيه مع أنّه يمكن توجيه آخر لكلامهم بحيث لا يرد عليه هذا الإشكال و هو أنه يمكن أن يجعل الشارع لحصول الملك شرطا آخر و هو التصرف أو التلف و نحو ذلك من الملزمات كما اعتبر لحصوله القبض في الصرف و السلم فقول المشهور بالإباحه إنّما هو قبل الأول إلى البيع

أى قبل حصول الشُّرط فعلى هذا إذا قصد المتعاطيان التملك و أوجد المصداق هذا العنوان و اعتبر شرعا فى تحقّقه شرط متأخّر و هو التصرّف أو التّلف كشرطيّه القبض فى حصول الملكيه فى الصرف و السّلم فلا ينخرم قاعده العقود تابعه للقصد و على هذا فاعتبار الشُّروط أيضا لا إشكال فيه لأنّها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر فيه

و كيف كان حيث إنّه لا دليل على صحّتها إلّا أدلّه البيع أو الإجماع و السيره فيقتضى اعتبار جميع ما اعتبر فى البيع بالصّيغه فتدبّر جيدا

و أمّا المقام الثّانى فالحقّ فيه هو التفصيل فيجرى فيها الربا سواء قلنا بكونها مفيده للملك أو الإباحه لأنّ الربا يجرى فى جميع المعاوضات بل فى الغرامات و كذلك يجرى فيها الانفساخ بالتلف قبل القبض لما سيجى ء من أنّ هذه القاعده و إن استفيدت من النصّ و هو يختصّ بتلف البيع إلّا أن الأقوى أنّها ليست تعبّديه صرفه بل منطبقه على القاعده و منشؤها التزام المتعاملين بالتسليم ضمنا فإذا امتنع التسليم تنفسخ معامله فعلى القول بالإباحه أيضا تنفسخ المعاوضه بل الانفساخ هنا أولى لأنّ المعاوضه المفيده لإباحه العوض المسّمى قوامها بوجود المباح فلو تلف لا يبقى مورد للإباحه تعلق الإباحه بالمثل أو القيمه لا وجه له و أمّا لحقوق الخيارات لها فتاره يتكلم فيه قبل اللزوم و أخرى بعده

أمّا قبل اللزوم فالأقوى عدم جريان الخيارات مطلقا سواء قلنا بالملك أو الإباحه لأنّ الخيار هو ملك التزام نفسه مع كونه مالكا لالتزام طرفه و بعبارة أخرى أثر إقاله الطرفين يملكه ذو الخيار فهو مالك لكلا الالتزامين و مالكيه الالتزام إنّما تجرى فى العقد دون الفعل الذى لا ينشأ به إلّا تبديل طرف الإضافه دون البقاء على هذا التبديل و الالتزام به

و بالجمله بعد ما عرفت أنّ الجواز فى المعاطاه من باب عدم تحقّق الملزم فلا يجرى فيها الخيار لأنّه مقابل للالتزام العقدى فلو لم يكن التزام فلا- خيار نعم بناء على ما وجهنا به الإباحه على القول المشهور يمكن جريان الخيارات مطلقا على القول بالإباحه و ذلك لأنّ حكم المعاطاه قبل الملزمات حكم بيع الصرف و التسليم قبل القبض و مجرد جواز الرد لا يمنع عن جريان الخيار حتى مثل خيار المجلس و الحيوان لأنّها بناء على هذا بيع يفيد الإباحه شرعا قبل الملزمات فإذا كانت يبيعا فيدخل فيها الخيار و لو كان مبناه على الجواز قبل الملزمات فإنّ جوازها من وجه لا ينافى جوازها من وجه آخر و أمّا حكم الخيار بعد الملزمات فسيأتى إن شاء الله بعد ذكرها

### [الأمر الثّانى أنّ المتيقّن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا]

قوله قدس سره الأمر الثّانى أنّ المتيقّن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين إلى آخره

لا- يخفى أنّه لم يرد المعاطاه فى نصّ أو معقد إجماع حتى يقال إنّ المتيقّن من موردها ما إذا كان التعاطى من الطرفين دون ما إذا كان الإعطاء من طرف و الأخذ من الطرف الآخر فالمدار على إمكان إنشاء عنوان البيع أو الإجاره و نحوهما بالفعل من طرف واحد أم لا- و ذلك لما أشرنا إليه سابقا و سيجى ء فى طيّ المباحث الآتية أنّ المناط فى تحقّق عنوان عقد من العقود

بالفعل كون الفعل مصداقا لهذا العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصيغ كحمل الإنسان على زيد و أمّا مجرد قصد عنوان من الفعل من دون أن يكون هذا الفعل عرفا من مصاديق هذا العنوان فلا- أثر له في باب العقود لأنّ عناوين العقود من المنشآت و المنشأ إنّما يتحقّق بما هو آله لإنشائه

و من هنا يظهر أن مثل الصلح و الهبة المعوّضه و النكاح و الضمان و نحو ذلك





قوله قدس سره الثالث تميز البائع من المشتري إلى آخره

محصل هذا التنبيه أنه لو كان أحد المالكين اللذين

وقع التبدل بينهما من الأثمان و الآخر من المعروض فصاحب الثمن هو المشتري و لو كان كل منهما من الأثمان فالمشتري هو المعطى ثانيا و لو كان كل منهما متاعا فتميز البائع من المشتري من وجهين

أحدهما ما تقدم و هو كون المعطى أولا- هو البائع و التالى هو المشتري و ثانيهما من قوم متاعه بثمان و أعطى لكونه يسوى بدرهم كذا فهو المشتري و البائع من لم يلاحظ ماله مقوما بقيمه خاصه و لو لم يكن كل ذلك و لا قصد و لا سبق مقاوله يدلان على كون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا ففى كونه بيعا و شراء بالنسبه إلى كل منهما أو كونه مصلحا أو معامله مستقله وجوه و الأقوى عدم صحتها

أمّا الأول فإنّ فى المعامله الواحده لا يمكن أن يكون كل واحد منهما بائعا و مشتريا لما عرفت من أنّ البيع تبدل أحد طرفى الإضايفه بمثله و البائع ينشئ التبدل و المشتري يقبل ذلك و إذا فرضنا أنّ الفعلين وقعا دفعه واحده و أنّ المالىن كلاهما من الأثمان أو من العروض و لم يكن سبق مقاوله منهما فى تمييز البائع عن المشتري فلا بدّ أن يكون هناك معامله واحده قائمه بصرف الوجود من تبدل أحدهما و قبول الآخر و صرف الوجود يتحقّق بأحدهما من دون ميّز بينهما لا ظاهرا كما هو ظاهر و لا واقعا لعدم خصوصيته فى أحدهما دون الآخر

و بالجملة التبدل بين المالىن لا يتصوّر فيه أن يكون كل واحد بائعا و مشتريا من جهه إذ بعد حصول الإيجاب من أحدهما لا على التّعيين و القبول من الآخر كذلك لا يبقى محلّ للإيجاب و القبول مرّه أخرى فإنّه تحصيل للحاصل و المفروض أنّه لم يقع هناك إقاله منهما حتى يحصل البيع ثانيا و أمّا كونه صلحا فهو موقوف على أن يكون قصدهما من الإعطاء و الأخذ هو التسالم لا البيع و على هذا لا وجه لكونه معامله مستقله لأن مع قصدهما التبدل لا يكون إلّا بيعا فالحقّ كون أحدهما لا على التّعيين بائعا و الآخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا فلا يترتب على كلّ منهما الآثار الخاصه الثّابته للمشتري و البائع

### [الأمر الرابع أن أصل المعاطاه و هى إعطاء كل منهما الآخر ماله]

قوله قدس سره الأمر الرابع أن أصل المعاطاه و هى إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل فى كلامه هو أن يقصد المتعاطيان البيع و الشراء بأن يقصد أحدهما تبدل ماله بمال الآخر الذى هو بيع حقيقه و بقصد الآخر تملك ما أعطاه البائع مطابقه الذى لازمه تملك ماله للبائع

ثم لا- يخفى أنّه بناء على ما أفاده من أنّ الإيجاب و القبول يتحقّق بدفع العين أولا من البائع و قبضها من المشتري و خروج ما يدفعه المشتري ثانيا و يقبضه البائع عن حقيقه المعاوضه فيلزمه أن يكون المعامله حاصله دائما بدفع العين أولا و قبضها و يكون دفع المشتري دائما خارجا عن حقيقه المعاوضه

على هذا فلا- وجه لما التزم به في الأمر الثاني من أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين لأنه لا وجه لتقيه من بين الأفراد لأن المفروض أن العطاء الثاني لا- أثر له ولا يتحقق به إلا عنوان الوفاء بالمعامله لأن دفع المشتري إنما هو من باب التزامه به على نفسه و لذا قال قدس سره بأنه لو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه فالأقوى أن يقال إن المعامله تتحقق بفعل كل منهما و فعل البائع بمنزله الإيجاب القولى و إعطاء المشتري بمنزله القبول القولى و أخذ كل منهما وفاء بالمعامله و التزام بآثارها و على هذا فما يتعارف في قصد المتعاطيين بناء على الملك لا يخلو من ثلاثه على سبيل المنفصله الحقيقيه بناء على عدم خروج المعاطاه عن المعاملات المتعارفه لأن

الإعطاء إما من الطرفين أو من طرف واحد

و على الأوّل إما أن يكون إعطاء أحدهما مترتباً على إعطاء الآخر أو في عرضه فلو كان من الطرفين طولياً فهو بيع لا غير لأنّ الأوّل قصد بإعطائه تملك ماله و تبديله بمال الآخر و الثّاني قصد بإعطائه قبول هذا المعنى و أخذ المعوض من باب الاستيفاء كما أنّ الأوّل يأخذ العوض كذلك

و لو كان عرضياً فلو تسالما على أن يكون تملكاً بإزاء تملك فهو مصالحه أو معاملة مستقلّة و ليس بيعاً لأنّ البيع هو التبدل بين المالكين لا التملكين و أمّا لو قصد التبدل بين المالكين فهو بيع و لو كان من طرف واحد لا يكون إلّا هبة معوّضه

أمّا كونه هبة لا- بيعاً فلاّ أنّ البيع تبديل مال بمال فالمالان لا بدّ أن يكونا موجودين أو بمنزله الموجود الكليّ و المفروض في المقام أنّ أحدهما ليس موجوداً و الكليّ لا يمكن أن يكون عوضاً في المعاملات الفعلية لقصور الفعل عن إفاده جعل الكلي في ذمّه المشتري بدلاً و القرينه القائم على عدم المجانيه إنّما تقتضى اعتبار العوض و هو ملائم مع الهبة المعوّضه أيضاً فينحصر في الهبة بعد عدم كونه بيعاً و لا معاملة مستقلّة و أمّا كونها معوّضه فلما عرفت من قيام القرينه على عدم المجانيه

فظهر أنّ في مورد قصد التملك و إفاده المعاطاه الملكيه لا- يتصوّر إلّا ثلاثه أقسام كل قسم في مقام خاص لا كما يظهر من كلامه قدس سره من جريان جميع الأقسام في جميع الموارد

و بالجملة لو ورد الفعل على المالك فهو إمّا بيع لو قصد أحدهما التملك و الآخر التملك أو مصالحه لو قصد تملكاً بإزاء تملك و لا يمكن أن يكون صلحاً في مقام البيع لأنه و إن قلنا بعدم كون الصّيح عنواناً مستقلاً من عناوين العقود بل كان في كلّ مقام تبعاً لما يقصد منه إلّا أنّ الصّيح في مقام البيع معناه أن يكون المصالح عليه هو البيع و حيث إنّ لا يمكن أن يكون في المقام بيعاً فلا- يمكن إنشاء التّسالم عليه و لو ورد الفعل على مال واحد فهي هبة لا- غير غايه الأمر قرينه أنّه لا يملك مجاناً تقتضى اشتراط العوض و لا- يمكن أن يكون بيعاً لما عرفت من أنّ البيع تبديل مال بمال و الكليّ لا يمكن أن يصير عوضاً إلّا باللفظ و مجرد القصد لا أثر له ما لم يتحقّق عليه طبقه لفظ أو فعل يحمل عليه عنوان التبدل و الإنشاء باللفظ مفقود على الفرض و الفعل لا يقع في مقام اللفظ إلّا في تملك المال بالمال الموجود لا بالكليّ و القرينه لا تقتضى إلّا عدم المجانيه فتأمل

ثم لا يخفى أن الوجوه المتصوّره فيما إذا قصد التملك أو الإباحه أزيد ممّا ذكره قدس سره و إنّما لم يذكرها لخروجها عمّا هو المتعارف من قصد المتعاطيين مع أنّ منها ما لا دليل على صحّته كما لو قصد أحدهما تبديل ماله بتملك الآخر و هو الفعل الخارجيّ الصّادر من المشتري فيكون من بيع الأموال بالأعمال و كما لو أوقعا المعاملة على وجه الإباحه أي تبديل المباح بالمباح

أمّا الأوّل فلبطلانه في المقام و إن صحّ بيع الأموال بالأعمال و ذلك لأنّ العمل العذّي يقابل بالمال يشترط كونه مقصوداً بالاستقلال لا- آلياً و طريقاً لتحصيل المال كما في المثال لأنه ليس التملك بالمعنى المصدريّ ما لا بل المال هو الحاصل من المصدر و ليس هذا الفعل إلّا آله لحصول اسم المصدر فلا يمكن أن يقابل بالمال و فرق بين البيع بإزاء التملك و بيع المال

على أن يخطط له ثوبا أو يجرى له صيغته عقد أو يبيع مالا من أموال البائع فإنّ الفعل في الأول آلى بخلاف الثاني فإنّه استقلالى  
يبدل بإزائه المال

و بالجمله الأعمال التى تقابل بالمال هى ما يصحّ

أن يتعلّق به الإجاره و إجاره الإنسان لأن يبيع ماله على المؤجر باطله و الفرق بين التملك و سائر الأعمال يظهر في وقوعها شرطا في ضمن عقد لانزم فإنه لو تخلف من اشترط عليه التملك ينوب عنه الحاكم أو عدول المؤمنين أو فساقهم أو نفس المشترط كلّ لاحق بعد تعذر سابقه و هذا بخلاف سائر الأعمال فإنه بمجرد التخلف يتعذر الشرط و يثبت الخيار و السرّ فيه أنّ التملك طريقى آلى لا يشترط فيه المباشره و أمّا الثانى فلاّ الإباحه ليست بنفسها أمرا حاصلًا للمالك لأنّ ما هو الحاصل له هو الملكيه و هى قابله للتبديل لأنّ زمام أمرها بيده بخلاف المباحيه فإنّها تحصيل بإباحه المالك لغيره و ليست هى حاصله للمالك فى عرض الملك و جواز تصرف المالك فى ملكه من آثار مالكيته لا من آثار إباحته له

قوله قدس سره و أمّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقّفه على الملك فالظاهر أنّه لا يجوز إلى آخره

حاصل مرامه أنّه لو قصد أحدهما الإباحه و الآخر التملك أو قصدا الإباحه بإزاء الإباحه يشكل صحّه هذه المعامله لأنّ التصرفات المتوقّفه على الملك لا تسوّغ لغير المالك بمجرد إذن المالك و لا يمكن التمسك لصحتها بعموم الناس مسلّطون على أموالهم و ليس عمومهم بمنزله دليل خاصّ يدلّ على صحّه التصرف حتى يكون مخصّصا لأدله لا بيع إالا فى ملك مثلا أو يقدر الملك آنا ما و ذلك لأنّ عموم الناس مسلّطون إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم فالأدله الدالّه على عدم صحّه البيع و العتق و نحوهما إالا فى الملك حاكم على عموم الناس و الموارد التى يقدر الملك فيها آنا ما لا يخلو من ثلاثه ليس الإذن فى التصرف منها

الأول استيفاء المال أو العمل بالأمر المعاملى كقول الأمر لمالك العبد أعتق عبدك عنى و نحو ذلك و الثانى ملك العمودين و الثالث تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه و تقدير الملك فى هذه الموارد ليس بمجرد الخيال و التصوّر حتى يتصوّر فى كلّ مقام بل له حقيقه تقتضى الأدله تقديره فى هذه الموارد

و محصّل وجه التقدير فى أمثال العتق عن الأمر أنّ الأمر بإيجاد عمل محترم أو بإتلاف مال محترم غير مجانئ يرجع نفعه إلى الأمر يقتضى وقوعه لو أوجده المأمور فى ملك الأمر لأنّه استوفاه حقيقه بأمره و المفروض عدم صدوره عن المأمور تبرّعا بل بالعوض المسمّى لو عينه أو المثل أو القيمه لو لم يعينه فلا محاله يدخل هذا العمل أو المال فى ملك الأمر و ينتقل عنه أو يتلف فى ملكه فلو أمره بعتق عبده عنه أو بإلقاء ماله فى البحر و عليه ضمانه أو بأداء دينه من ماله أو بضمانه عنه أو بحمل شىء له بخلق رأسه و نحو ذلك فباستدعائه من المأمور يصير شبه قرض فى الجميع أو يقال بأنه لو تعلّق أمره بالأعيان فكأنّه اشتراها من المأمور أو بالأعمال فكأنّه استأجر عاملها أو بأداء الدين فكأنّه اقترض من المأمور فيدخل العبد المأمور بعتقه حقيقه فى ملك الأمر و ينعق عنه و هكذا يدخل المال الذى أمر بإلقائه فى البحر فى ملك الأمر و يتلف فى ملكه إذا لم تكن المعامله سفهيه كما إذا توقّف النّجاه من الغرق على الإلقاء و هكذا فى مورد الأمر بأداء الدين فبعد دخول المال فى ملكه يوفى به دينه و كذا الحواله على البرىء و هكذا الأمر بحمل شىء له و نحو ذلك

و بالجمله كل هذه العناوين حيث إنّها معامله واقعه بين الأمر و المأمور و المأمور امتثل ما أمر به الأمر فتقع فى ملك الأمر و إذا عين له العوض فلا يستحق إالا المسمى

و لو لم يعين فيضمن له المثل أو قيمه

و من أحكام هذه المعامله أنه ليس للمأمور مطالبه العوض إلا بعد الامتثال و لا يضمن الأمر إلا بعد الاستيفاء فصحة هذه المعامله لعموم تجاره عن تراض تقتضى تقدير الملك فكأن العبد يدخل فى ملك الأمر و يعتق عنه

ثم إن تقدير الملك آنا ما فى مسأله العتق ليس لأن العتق لا بد أن يقع من المالك لأنه إذا وقع من دون أمر أمر و استدعائه يقع من مالكة و لو قصده عن غيره بعوض فإن هذا القصد من دون أمر الغير لغو و لا لأن العتق لا يقع من المالك عن الغير كما توهم فإن الدليل الدال على وقوعه تطوعا معتبر دلاله و سندا لكونه معمولا به بين الأصحاب و به يثبت التلازم بين صحه الوكاله و صحه النيابة فى خصوص العتق و إن لم نقل بأن كل ما يقبل الوكاله يقبل النيابة بل لما ظهر من أن استيفاء مال محترم كالعبد بالأمر المعاملى و باستدعاء التملك بالعوض و تملك المأمور جوابا عن الاستدعاء يقتضى دخول العبد فى ملك المستدعى و انعقابه عنه دون مالكة الأصلي فمعنى التقدير فى أمثال هذه الموارد ليس بمعنى الفرض بل ملك حقيقى غير مستقر كالمملك الحاصل لذى الخيار و الواهب بالتصرف الناقل و الملك الحاصل المشتري العمودين و لا وجه لما يظهر من المصنف من الفرق بين الموارد

و حاصل الكلام أن نفس استيفاء الأموال أو الأعمال بالاستدعاء المعاملى يقتضى وقوع ما استدعاه فى ملك المستدعى و هذا المعنى مفقود فى إذن المالك للغير بالتصرف و إباحته له لأن مجرد الإباحه و الإذن لا يوجب وقوع المأذون فيه و المباح فى ملك المأذون و المباح له فلو قال أعتق عبدى عنك من دون إذن فى توكيله فى العتق عن المالك تبرعا عن الوكيل و من دون إذن فى شرائه العبد لنفسه ثم عتقه فى ملكه فلا يقتضى وقوع العتق فى ملك المأذون حتى يقدر المملك آنا ما لعدم دليل يدل على جواز هذا النحو من التصرف من غير المالك بإذن المالك حتى يقدر المملك آنا ما بدلاله الاقتضاء و عموم الناس مسلطون قاصر عن شموله له لحكومته الأدله الداله على توقف هذه التصرفات على المملك عليه

ثم لا يخفى أن دلالة الاقتضاء المستفاده فى المقام ليست من مداليل الألفاظ و لا مما يتوقف صحه الكلام و الخروج عن اللغويه عليه حتى تستفاد هذه الدلاله فى عكس المقام و هو ما لو قال أعتق عبدى عنك أو اشتر من مالى لنفسك طعاما بل وجه استفادته دلالة الاقتضاء هو أن استيفاء المال أو العمل المحترم مع عدم قصد التبرع من المالك أو العامل يقتضى ضمان المستوفى و مقتضى ضمانه انتقال ما استوفاه إلى ملكه لأن ضمانه من باب المعامله لا الغرامه حتى لا يقتضى دخول المضمون به فى ملك الضامن فدلاله الاقتضاء فى المقام نظير اقتضاء إيجاب شىء لإيجاب مقدمته و هذه الدلاله لو وجدت فى عكس المسأله نلتزم بها كما لو فرض أنه قصد الإعطاء مجانا بنفس الفعل و قال اشتر لك من مالى طعاما من دون أن يقصد بالقول إنشاء التملك و من دون توقف التملك على اشتراط المأمور بل داعيه تملك المال للمأمور مجانا لأن يشتري به شىئا خاصا أو قصد الإقراض و كان القبول من المتهب بنفس الأخذ من دون مدخلية للاشتراء فى القبول أو كان غرضه توكيله فى الاشتراء للمالك ثم أخذ الطعام قرضا أو اشتراء الطعام لنفسه فى ذمته و إيفائه من مال الأمر بإذنه و يصح كل ذلك لو قلنا بوقوعه بالألفاظ



المجازية و الكنائيه إلما أنّ جميع ذلك خارج عن مفروض المسأله لأدّن المفروض هو حصول الثقل و الانتقال بنفس الأمر و الامتثال و هذا إنّما يصحّ في أعتق عبدك عنيّ أو أدّ ديني أو احلق رأسى لا في مثل أعتق عبدى عنك و اشتر لنفسك من مالى طعاما

و توضيح الفرق بينهما أنّ فى الأصل و هو العتق عن الغير و أداء دينه و حلق رأسه يصحّ بنفسه من مالك المال و العمل و إذا صحّ مجانا يصحّ مع العوض فإذا استدعى الأمر صدوره من المالك و العامل مع التزامه الضمان و امتثال المأمور فيقتضى الاستدعاء و الامتثال مع عدم قصد التبرع الضمان و لازم الضمان التعهدى دخول المضمون به فى ملك الضامن و هذا هو الملك التقديرى

و أما فى عكس المسأله فالاشتراء للنفس بمال الغير و عتق عبد الغير لا يصحّ حتى يكون الأمر به استدعاء و امتثاله إيجابا فلا أثر هنا للامتثال و لا للأمر من المالك و إباحته لغيره و إذنه فى التصرف لأنه ليس من أنحاء سلطنه المالك الإذن بتصرف يتوقف على الملك لأنّ الإباحه المطلقه لا يباح بها إلّا ما هو جائز بذاته شرعا كما عرفت فى الأصل لا ما يباح بالإباحه فإنّ الإباحه بها فرع صحّتها و صحّتها بالإباحه دور واضح فتقدير الملك فى العكس دور واضح لتوقفه على صحّ عتق المأمور و صحّته يتوقف على التقدير

نعم لو قام دليل خاصّ على صحّ هذه الإباحه بالإذن كما ادعى قيام السيره على صحّ المعاطاه فيما لو قصد المتعاطيان الملك مع ترتب الإباحه عليه و كذا لو قصد الإباحه المطلقه و ادعى الإمضاء أيضا أو قام دليل على عموم أنحاء سلطنه المالك حتىّ إذنه فى التصرفات المتوقفه على الملك لخصصنا به الدليل الدالّ على اعتبار وقوع هذه التصرفات فى الملك لو كان شرعا أو نقدر الملك آنا ما لو كان عقليا

و أما إذا لم يقم دليل خاصّ فبعموم الناس مسلّطون لا يمكن إحراز كفايه إذن المالك و إباحته فى التصرف فيما يتوقف على الملك

و بالجمله كون عكس المسأله من قبيل المسأله إنّما هو فيما لو كان إذنه فى عتق العبد إذنا فى توكيله باستيفاء العبد من قبل ماله بأمر معاملى موجب للضمان فوق وقوع العتق بمنزله الاستيفاء بالضمان و الإذن بمنزله القبول و لازم الاستيفاء بالضمان و وقوع العتق فى ملك المستوفى الضامن و ولاءه له بخلاف ما إذا أذنه فى عتقه من قبل مولاه تبرعا منه للمأمور فإنّ ولاءه للإذن الذى خرج العبد عن ملكه و أمّا مجرد الإذن فى العتق بدون قصد التبرع و بدون وقوع المعامله بينهما فلا يفيد فى صحّ وقوع العتق لأنّ الناس غير مسلّطين على إباحه ما لا تؤثر الإباحه فيه

ثم إنّ الأمور التى تتوقف على الملك قطعا هو البيع و العتق و الوطى و أميا الخمس و الزكاه و ثمن الهدى فيها خلاف كما سنشير إليه

أمّا البيع فلما تقدم من أنّ حقيقته تبادل المالين و لازمه خروج العوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوض و بالعكس فمع

بقاء ما أخذ بالمعاطاه فى ملك مالكة أى المبيح لا يمكن دخول العوض فى ملك المباح له من دون خروج المعوض عن ملكه و ليس اعتبار هذا الشرط لإخراج التملك المجانى حتى يقال يعقل تملك الإنسان مال غيره بعوض يملكه بإزائه كما يعقل تملك ماله بعوض يملكه غيره بل لبيان حقيقة البيع و هو تبادل أحد طرفى الإضافة بمثله فإذا كان فى الثمن أحد طرفى الإضافة مالكة و الطرف الآخر هو الثمن و كان فى طرف الثمن أيضا كذلك فلا بد أن يقوم العوض مكان المعوض

فى الطرفيه و لازمه أن يصير مالڪ المعوض مالكا للمعوض و بالعكس فلا يعقل أن يقع التملك من غير المالك و يقع العوض ملكا لهذا الغير و لا يعقل أن يقع التملك من المالك بعوض يملكه غيره مع أنّ المعامله مجانيه بالنسبه إلى الغير الذى أخرج منه المال فى المثال الأول و المالك فى المثال الثانى و إن لم يخرج المال مجاناً و بلا عوض

و بالجمله لا- يمكن أن يقع المعامله بين ثلاثه أشخاص أو أربعة بأن يخرج المتاع من ملك زيد و العوض من عمرو و يملك بكر العوض أو المعوّض أو يملك بكر العوض و خالد المعوّض فبدون دخول العوض فى ملك من خرج عنه المعوض و بالعكس لا- يمكن أن يكون بيعا بل هذا حال سائر المعاوزات أيضا فإن حقيقتها تقتضى أن يكون طرف العقد و من يقام به المعاوزه مالكا للعوض فإنّ فى المصالحه بين اثنين أو غيرها من العقود تقتضى أن يكون المتعاقدان طرفى الإضاافه فلو صالح عن ماله زيدا على أن يكون عوضه الذى هو مال زيد لعمرو يكون الصّيح باطلا إلاً أن يكون بنحو الاشرط الذى لازمه مالكيه المشترط الشرط على المشروط عليه دون عمرو فالمعاوزه بين اثنين تقتضى أن يكون الأجنبى أجنبياً و على هذا فيلحق بالبيع الهبه لتوقّفها على الملك حتى صار قولهم وهب الأمير ما لا يملك من الأمثال و هكذا الصّيح و نحوه من المعاوزات فإنّها فى حكم البيع فى اقتضائها دخول العوض شرطا كان أو مالا أو سائر الاعتبارات العقلانيه فى ملك من يخرج المعوض عن ملكه

نعم شبه المعاوزات كالنكاح و الخلع لا يقتضى ذلك فيصحّ أن يكون الصداق من غير الزوج و هكذا يصحّ أن يكون البذل من غير الزوجه إلاً أنّه فى الحقيقه خارج عن العقود المعاوزيه

و أما العتق فلاّنه فكّ الملك و من الإيقاعات فلا بدّ من تحقّقه ممن له إيجاده و إيقاعه و الإذن فى التصرف لو كان راجعا إلى توكيل المأذون فى العتق عن المالك و لو تبرعا عن المأذون فهو خارج عن محلّ الكلام لأنّ العتق حقيقه واقع فى ملك المالك لا المباح له و المأذون و لذا يكون ولاءه للمالك و لو رجع إلى مشروعيّه الإذن فى وقوع العتق عن غير المالك فلا دليل عليها

و بالجمله لا- فرق بين البيع و العتق فكما لا يجوز بيع مال الغير بحيث يدخل الثمن فى ملك البائع دون المالك فكذا لا يجوز عتق عبد الغير بحيث يكون المعتق غير المالك و يكون ولاءه له أيضا

و كما أن إباحه المالك و إذنه فى بيع غيره و كذا إجازته بعد وقوع البيع لا يجديان فى أن يكون ثمن ماله للغير فكذا إباحته و إذنه للغير فى عتق عبد الأذن أو إجازته بعد وقوع العتق منه لا يجديان فى أن يكون ولاءه للغير

نعم بين البيع و العتق فرق من جهه أخرى و هى أنّ فى العتق حيث إنّه يجوز التبرع من مالڪ العبد عن غيره فينفذ إذنه للغير فى أن يعتق عبد المالك عن نفسه و أما البيع فحيث إنّه تبديل طرف إضاافه بطرف إضاافه أخرى فلا- يؤثر إذن المالك فى بيع المأذون لنفسه و صيروره الثمن له لما عرفت من أنّ هذا ليس معاوزه لأنّها عباره عن لبس بعد خلع فكلّ من خلع يلبس بدله و لا يمكن أن يكون الخلع من أحد و التلبس للأجنبى

و أمّا الوطى فلاّنه اعتبر بالنصّ و الإجماع وقوعه فى ملك الواطى أى لا بدّ أن يكون الواطى مالكا للوطى سواء كان للزوجيه أو لملك الرّقبه و للتّحليل و لا يملك الوطى بالإذن من المالك لاعتبار ألفاظ خاصّه فى التّحليل و التّرويج

و أمّا ثمن الهدى فلا- مانع من إعطائه من مال الغير بإذن مالكة سواء كان فى الكفّارات أو فى حجّ القران أو الأفراد لأن نفس السوق لا بدّ أن يقع قريبًا و مباشرة من السائق لو قلنا بالأخير لا ثمن المسوق

و أمّا الخمس و الزكاه فلو قيل بتعلّقهما بالذمّه يجوز إخراجهما من مال غير من تعلقا بدمته كسائر الديون التي يجوز أدائها من مال غير المديون و لو قيل بتعلّقهما بالعين كما هو المشهور فيشكل جواز التبرّع عن عليه إمّا لاعتبار مباشرته أو لاختصاص ولايه الإخراج من غير العين به فلا يؤثر إذنه فى الإخراج

فتحصّل ممّا ذكرنا أن كلّ ما يتوقّف صحّته على الملك لا يجدى فيه الإذن و الإباحه لأنّ صحّته بهما تتوقّف على عموم الناس مسلّطون و عمومهم فرع عدم تخصّيصه بما دلّ على اعتبار الملك عقلا أو عدم تخصّيصه بما دلّ على اعتباره شرعا و لا وجه للالتزام بالملك التقديرى إلّا بعد صحّته فى نفسه كما عرفت ممّا ذكرنا فى موارد استيفاء الأموال أو الأعمال بالأمر المعاملى فإنّ إتلاف هذه الأموال و الإتيان بالأعمال بنفسها مشروعه من مالكةا و مقتضى الأمر المعاملى أن يكون ضمانها على المستوفى و مقتضى الضمان وقوعها فى ملك الضامن

أمّا ما شكّ فى صحّته كما فى الإذن و الإباحه فالتقدير فيه فرع عموم التسلّط و لا عموم مع وجود الدليل الدال على لزوم وقوع هذه التصرفات فى الملك و المورد الثانى من الموارد التي يقدر فيها الملك آنا ما تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه و ما يلحق به كتصرف الواهب فى العين الموهوبه بالتصرف الذى يتوقّف على الملك فإنّ دليل نفوذ هذا التصرف يقتضى وقوعه فى ملك المتصرف ثم خروجه عنه فإن من وجود المعلوم و هو نفوذ بيع ذى الخيار و الواهب و انتقال العين منهما إلى المشتري يستكشف أنّ المبيع قبل البيع أو فى زمان الإنشاء ملك لهما كما أنّ فى مثل أعتق عبدك عنى يستكشف الملك من العله و هو الضمان الناشئ عن الأمر المعاملى و المورد الثالث شراء من ينعق على المشتري و انعقاد أمّ الولد من نصيب ولدها و انعقاد العبد المسلم عن الكافر فى بعض الصيور فإنّ من المعلول و هو الانعقاد يستكشف الملك أو يقال ترتّب الانعقاد من لوازم الملكيه فعليه الملك لأمر مترتب عليه موجه لثبوت الملك بالشراء أو التوريث ملكا غير مستقرّ

و على أىّ حال تحقّق أصل الملك فى الموارد الثلاثة لا إشكال فيه لأنه يستكشف إمّا من علته أو من معلوله أو من أمر ملازم له مترتب عليه و أما كونه آنا ما و غير مستقر فهو مقتضى الدليل القائم فى كلّ مورد و كيف كان فالإباحه و الإذن لا يدخل تحت هذه العناوين و لا دليل على نفوذهما حتى يستكشف منه الملك من جهه الجمع بينه و بين دليل توقّف التصرف على الملك

قوله قدّس سره فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الديه بالنسبه إلى الميت أو شراء المعتق عليه إلى آخره

قد أشرنا إلى ما يرد على هذا الكلام و قلنا فى جميع هذه الموارد أنّ الملك حقيقى غير مستقر و أنّ المراد من التقدير ليس مجرد الخيال فلا- فرق بين الملك المستكشف من نفوذ تصرف الواهب و ذى الخيار و الملك المستكشف من انعقاد الأقرباء على المشتري و الملك المستكشف للميت القليل من إرث وارثه فإنّه كما يستكشف من صحّحه بيع الواهب أو عتقه كونه ملكا قبل البيع أو العتق لو قلنا باعتبار وقوع الإنشاء فى الملك أو كونه ملكا حال البيع أو العتق لو قلنا باعتبار وقوع المنشأ فى الملك

فكذلك يستكشف من وراثه الورثه من ديه الميِّت المقتول أنّ المقتول حال القتل أو آنا ما قبله مالك لديته حتّى

## يرث الوارث منها

نعم لو كان مراده قدس سره من الميِّت هو الذى قطع أحد أعضائه بعد الموت و من الذى ينعقد عليه أقرباؤه هو الذى لا يملكهم كما قيل بعدم حصول الملك لمشتري القريب نظرا إلى بعض الأخبار الدالّة على أنّ العمودين لا يملكان لكان الفرق بين هذين المثاليين و تصرف الواهب بالبيع و نحوه بيّنا فإنّ نفوذ بيع الواهب كاشف عن كون المبيع ملكا له و أمّا الميِّت فلا يملك إلّا حكما

كما أنّ الاعتاق على المشتري ليس إلّا تعديدا جزاء لكونه بصدد شراء أقربائه و على هذا تسويته قدس سره بين الميِّت و المنعقد عليه أقرباؤه لا يصحّ لأن الميِّت يملك ديته حكما و المنعقد عليه لا يملك رأسا

كما أنّه لا يصحّ كلامه لو كان مراده من الميِّت الذى قطع أعضاؤه بعد الموت و من المشتري من ينعقد عليه ما ملكه بالشراء كما فى بعض الأخبار الداله على أنّهما يملكان فينعتقان بلحاظ الفاء الدالّ على الترتب لأنّه لا جامع بينهما فإنّ الملك للمشتري ملك حقيقى غاية الأمر جعله الشارع علّه لزواله فى المرتبه المتأخّره أو جعل الشراء سببا لأمرين الملكيه و الاعتاق

و أمّا ملك الميِّت للديّه فهو ملك حكيمى دلّ عليه الدليل و إنّما النزاع فى تقديره من زمان الموت حتّى يرث منه كل وارث حينه أو من زمان ورود القطع و هكذا النزاع فى ملك الميِّت للصّيد الواقع فى الشبكه التى نصبها حال حياته إنّما هو فى أنّ الوارث حين النصب يرث و حين الاضطهاد

قوله قدس سره فلم يبق إلّا الحكم ببطلان الإذن فى بيع ماله لغيره إلى آخره

قد تقدم أنّ الإذن بنفسه ليس مشروعاً فنفوذه لجواز تصرف المأذون إنّما هو فيما ثبت للإذن شرعا

و تفصيل ذلك أنّ ما كان من قبيل الإتلافات التى كانت للمالك مباشره أو توكيلا فينفذ الإذن فيه و ما لم يكن له ذلك فلا ينفذ فإذا أذن فى الأكل و الشرب و العتق و أداء الدين و نحو ذلك فينفذ أمّا الأوّلان فواضح لأنّه من آثار سلطنه المالك على ماله

و أمّا العتق فلما ظهر من أنّ العتق عن الغير تبرعا جائز و نافذ و يقع عنه سواء كان واجبا أو مستحبا على الغير فإذا عن الغير به بمنزله توكيله فى عتقه عن ماله للوكيل و مقتضاه وقوعه مجّانا لو لم يكن مسبقا بالاستدعاء من الغير إلّا أن تقوم قرينه على التضمين فيضمن لو أعتقه كما أنّ مقتضى الاستدعاء أن يكون ضمانه على المستدعى فيقتضى دخوله فى ملكه آنا ما إلّا أن تقوم قرينه على عدم الضمان و على الاستدعاء من المالك مجّانا

و بالجمله إذن المالك بالعتق عنه لغيره نافذ و لكنّه يحكى عن المسالك فى باب الكفّارات أنّه لا بد أن يقع العتق فى ملك المعتق و عن نفسه لا عن غيره و إنّما خرج عتق الولد عن الوالد تبرعا بالدليل و لا يخفى أنّ ما أفاده يتمّ لو قام إجماع عليه و إلّا مقتضى القاعده صحته من مالك العبد عن غيره لأنّه من قبيل سائر التبرّعات كأداء الدين و إعطاء ثمن الهدى و مهر زوجه الغير

و نحو ذلك فحكمه حكم الإذن في الإتلاف نعم تقدم وجه الإشكال في الخمس و الزكاه

و بالجمله كلّ ما كان للمالك إتلافه مباشرة تؤثر إذنه فيه لأنه من الواضح عدم اعتبار المباشرة في مثل ذلك و ما لم يكن للمالك مباشرته كالشراء بماله للغير أو شرائه لنفسه بمال الغير بل مطلق المعاوضات فإذنه لا يؤثر في صحته إلا أن يرجع إلى الإذن في القرض ثم الاشتراء لنفسه بماله أو يكون مجرد مقاوله قبل البيع كما في أخبار العينه الدالّه على أنّه لو كان للآمر الخيار و للمأمور كذلك فلا بأس أى إذا اشترى أحد بماله لنفسه و لو كان داعيه أمر غيره

بالشراء و لذا كان مختاراً في بيعه من الأمر و عدمه فلا- محذور فأخبار العينه ناظره إلى جهه المربحه و إلى بيان أنه لو كان مقصود المتبايعين أخذ الربا يبطل البيع و الشراء و أما لو كان قصدهما البيع الحقيقي فلا يبطل و ليست ناظره إلى جواز شراء شىء بماله لغيره و نحن نذكر واحدا منها تيمنا

□  
ففى روايه الحسين بن منذور قال قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب العينه فاشترى له المتاع مربحه ثم أبيعته إياه ثم اشتريه منه مكاني فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا- بأس فإنه عليه السلام فى مقام بيان أن مقصودهما لو كان المعاوضه حقيقه فلا بأس و لو كان مقصودهما أخذ الربح فربا و أما أن شراء المستدعى منه من مال المستدعى بعد قرضه منه أو من نفسه فليس الإمام عليه السلام بصدد بيانه

□  
ثم لا- يخفى أنه لو باع المأذون المفروض يقع البيع للمالك إما لازماً أو موقوفاً على الإجازة ثانياً كما سيجىء إن شاء الله فى الفضولى تفصيله و ملخص وجه الاحتمالين أنه لو كان بيع المباح له مال غيره لنفسه من قبيل بيع الولد مال أبيه بظن حياته ثم تبين موته قبل البيع فيحتاج إلى الإجازة لأنه لم يقصد بيع مال نفسه و لو كان من قبيل من باع ماله على أن يصير الثمن ملكاً للغير فالقصد لغو و يقع البيع لنفس البائع و لا يحتاج إلى الإجازة فى المقام حيث قصد البائع بيع مال غيره لنفسه يكون هذا القصد لغواً كقصد الغاصب بيع مال المغصوب منه لنفسه و بيع الغاصب و إن توقّف وقوعه للمالك على إجازته إلا أن فى المقام يقع البيع للمالك لا إجازته للتلازم فيما صحّ بالإجازة صحّ بالإذن فإنه لو أثر الإجازة للاحقه يؤثر الإذن السابق بطريق أولى

و لكن الأقوى الاحتياج إلى الإجازة فى المقام لأن التلازم فيما صحّ بالإجازة صحّ بالإذن إنما هو لو وردا فى محل واحد و فى المقام الإذن تعلق ببيع المأذون مال غيره لنفسه لا لمالكه و فى باب صحّ ما باعه الغاصب لنفسه بالإجازة إنما هو لأن الغاصب بنى على مالكيته فأوقع المعامله بين ملكى المالكين بالإجازة ترد على تبديل المالكين فتلخص ممّا ذكرنا أن الإذن ليس مشرعاً و لا يباح به إلا ما يجوز للمالك مباشرته فتأمل

قوله قدس سره و لكن الذى يظهر من جماعه منهم قطب الدين إلى آخره

لا يخفى أنه و إن كان ظاهر جماعه أن شراء العالم بالغصبيّه من الغاصب يوجب تملك الغاصب الثمن و لما اشتراه بهذا الثمن إلا أن هذا لا يمكن الالتزام به و لذا حمل بعض تملك ما اشتراه الغاصب بالثمن الذى أعطاه العالم بالغصبيّه على ما إذا وهبه العالم لا- على ما إذا أباح له فإن مجرد الإباحه لا أثر له و يمكن أن يكون قوله قدس سره فتأمل إشاره إلى أن ما يظهر من جماعه لعله محمول على هبه العالم لا إباحته له

قوله قدس سره و أما الكلام فى صحّحه الإباحه بالعوض إلى آخره

إباحه أحد المالكين ماله للآخر بعوض أى تقابل الإباحه مع الملك يقع على قسمين الأول أن يبيع المالك ماله على أن يكون المباح له ضامناً بالمثل أو قيمه و هذا لا- إشكال فيه فإنه نظير العاريه المضمونه الثانى أن يبيع له بضمان المسمى كما هو مفروض البحث و هذا تاره يقع بالمعاطاه كما هو مفروض كلام المصنف و أخرى بالقول على كلا التقديرين لا إشكال فى



خروج هذه المعامله عن عنوان البيع لأنه تبديل مال بمال لا تبديل الإباحه بالمال إنما الكلام في أنها

## عنوان مستقل أو داخله في عنوان الصلح

ثم بناء على الأول ما الدليل على صحتها و نحن في الدوره السابقه نبينا على أنها داخله في عنوان الصلح لأنها بمعنى التسالم و الاتفاق على أمر و هذا العنوان لا يشترط أن يكون منشأ بلفظ صالحت أو تسالما على كذا بل يكفي كل لفظ أو فعل يدل عليه و لو بالالتزام كما ورد في صلح الشريكين بقولهما لك ما عندك و لى ما عندى إلا أن الأقوى عدم دخولها تحت عنوان الصلح و لو بناء على تحققه بكل فعل أو لفظ يكون دالا عليه لأن مجرد الاتفاق على أمر لا يوجب دخوله في عنوان الصلح و إلا كان البيع و الإجاره و نحوهما أيضا داخلا فيه بل لا بدّ إما أن ينشأ عنوان الصلح بقولهما صالحت و قبلت أو بما يكشف عنه بالدلاله السياقيه كما في صلح الشريكين فإنهما بعد نزاعهما لو تسالما على أمر و قال أحدهما لك ما عندك و لى ما عندى و قال الآخر كذلك أو قبلت فمن سوق كلامهما يستكشف أنّهما في مقام التسالم

و أمّا في المقام و هى الإباحه العوض فلا- دلالة لفظيه أو فعليه على إنشاء العنوان و لا- سياقيه فكيف يقال إنه صلح ثم إنه لا يمكن التمسك لصحتها بقوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا بقوله تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهَا إِذَا وَقَعَتْ بِالْفِعْلِ فَلَا تَكُونُ عَقْدًا و إن وقعت بالقول فلا تكون من العهود المتعارفه حتى يكون قوله سبحانه إمضاء لها و أمّا الثّاني فلأنّ التّجاره و إن كانت مطلق التّكسّب إلا أنّه لا بدّ أن يكون التّكسّب من الطّرفين و المباح له لم يكتسب ملكا و مطلق استيفاء المنافع ليس تكسبا فتأمل

نعم قد تقدّم أنّه يمكن التمسك لصحتها بعموم قوله ع الناس مسلطون على أموالهم لأنّ هذه القاعده و إن لم تجرى في ناحيه الأسباب و لا تدلّ على كفايه العقد الفارسي مثلا إلا أنّها جاريه في ناحيه المسببات و من آثار سلطنه الناس على أموالهم إباحه مالهم بالعوض المسمّى إلا أن يناقش في عموم القاعده بحيث يشمل المقام لأنّه لو لم يكن الإباحه بالعوض المسمّى مندرجه تحت أحد العناوين المتعارفه التي أمضاها الشّارع فليس للمالك التسلط عليها

هذا مع أنّ كلّ إجاره فاسده و بيع فاسد لا محاله متضمّن للإباحه بالعوض المسمّى فما معنى عده من العقود الفاسده فتأمل

قوله قدّس سره و على تقدير الصّحه ففي لزومها مطلقا إلى آخره

لا يخفى أنّه على فرض الصّحه فالصّواب هو التفصيل بين الواقع بالفعل و القول على ما اخترناه من جواز المعاطاه فلو وقع بالقول فالحق لزومه من الطّرفين لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على أن مفاده هو الحكم الوضعي كما هو الحقّ و تبين وجهه في محله لأنّ نفوذ العقد و كونه ممضى يقتضى نفوذه من الطّرفين فإنّ العقد هو العهد المؤكّد الواقع بين المعاملين فلا يمكن التّفكيك إلا إذا ثبت بالدليل كما في الجواز الثّابت للمرتهن دون الرّاهن

نعم بناء على أن مفاده الحكم التكليفي فيمكن أن يجب الوفاء على أحد المتعاقدين دون الآخر و لو وقع بالفعل فالحقّ جوازه من الطّرفين و التفصيل بين الملك و الإباحه لا وجه له

قوله قدّس سره الأمر الخامس فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع إلى آخره

لا يخفى أنّ الاستدلال بأدله المعاملات لصحة المعاطاه فيها يتوقف على إثبات مقدمتين

الأولى كون الفعل بنفسه مصداقا لهذه العناوين ليصح الاستدلال بأدله العناوين على صحته أو كونه مصداقا لأمر ملازم لأحد العناوين بحيث يترتب عليه بجرىان العاده المألوفه و السيره المستمره

ما يترتب على ملازمه بأن كانت السيره دليلا على ترتب ما يترتب على ملازم الفعل لا أن تكون دليلا على أصل صحه المعامله الفعلية فبعد جريان العاده يدخل الفعل بالملازمه فى أحد العناوين و يصح الاستدلال له بما يستدل به للعناوين نظير القول فإنه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقه و قد ينشأ به أحدها التزاما

و وجه اعتبار كون الفعل مصداقا لها و مصداقا لملازمها ما أشرنا إليه سابقا من أن مجرد قصد عنوان وقوع الفعل عقبيه لا يؤثر فى تحقق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آله لإيجاده أو إيجاد ملازمه

و الثاني أن الفعل إذا كان مصداقا لعنوان خاص فلا إشكال فى تحقق هذا العنوان بإيجاده مع القصد و أما إذا كان مشتركا و كان ذا وجوه فتعين أحد العناوين دون غيره إنما هو بالقرائن المكتنفه به و القرينه فى باب الأفعال ليست ممّا ينشأ بها جزء المعنى حتى يقال إن المنشئات فى باب المعاملات معان بسيطه لا يمكن إنشاؤها تدريجا و ليست لها أجناس و فصول لأن القرينه موجه لتعين وجه الفعل فينشأ التمليك مثلا بالفعل وحده

و بالجملة و إن قلنا بأنه لا يمكن إنشاء العقود بالمشترك المعنوى و لا بالمشترك اللفظى إلا أنه لا يمكن قياس الفعل باللفظ لأن القول فى المشترك المعنوى وضع لمعنى جامع و فى المشترك اللفظى لكل معنى مستقلا بإيجاد المعنى المشترك بالقول المفيد لمعنى عام إيجاد للجنس و اللفظ الدال على الخصوصيات إيجاد للفصل فيوجد المقصود بتعدد الدال و المدلول و هكذا إيجاد باللفظ الحدى لا يستفاد منه معنى إلا بالقرينه كالمشترك اللفظى إيجاد للمقصود بلفظين و هذا و إن لم يخل عن المناقشه كما سيجى ء إن شاء الله من أنه لا مانع من إيجاد أحد العناوين بالمشترك لفظا بين عناوين متعدده إلا أن هذا الإشكال لا يرد فى الفعل لأن وجه الفعل ليس بمنزله القرينه لينشأ بها شيئا غير ما ينشأ بذى القرينه بل ينشأ العنوان بنفس الفعل الموجه فإذا كان المعطى فى مقام البيع فينشأ البيع بنفس الفعل و هكذا لو كان فى مقام إعطاء ماله قرضا أو هبه ينشأ القرض أو الهبه بنفس الفعل

و بالجملة فكما إذا كان الفعل موجه بعنوان واحد ينشأ العنوان به كالوطى الذى به يتحقق الرجوع فى العده الرجعيه و به يتحقق الفسخ فى البيع الخيارى فكذلك بنفس الفعل ينشأ العنوان إذا كان ذا وجوه

إذا عرفت ذلك ظهر جريان المعاطاه فى البيع و الهبه و القرض فى الإجاره و العاريه و الوديعه لأن الفعل إما بنفسه مصداقا لأحد هذه العناوين أو ملازم له فلو لم يكن إعطاء كل منهما ماله للآخر بيعا فلا أقل من كونه تسليطا و من جهة العاده و السيره المستمره من قصد البيع به يقع البيع به و إن كان الفعل فى الخارج ملازما للبيع و هكذا يصح إنشاء المضاربه و نحوها به فإن الفعل و إن لم يمكن إنشاء جميع ما يعتبر فى المضاربه به من تعيين الربح و نحوه إلا أنه كلما يمكن إنشاؤه بالفعل فينشأ به و كلما ليس الفعل مصداقا له يتعين بالقول و ينشأ باللفظ و لا مانع من تركيب المعامله من الفعل و القول إذا كانت المعامله مشتمله على أمور كلها لا بد من إنشائها إما بالفعل أو القول كالشرائط التى فى ضمن العقود

و ما يقال من أن منشئات العقود بسيطه ليس معناه أنه لا يمكن إنشاء أمرين فى معاملة واحده بل معناه أن الأمر الواحد لا يمكن إنشاؤه تدريجا و بالجملة كل شرط فى ضمن العقد منشأ مستقل و تحققه فى عالم الاعتبار بإنشائه قولاً أو فعلاً فلا مانع

من إنشاء المضاربه و نحوها من المزارعه و المساقاه بالفعل نعم ما لا يجرى فيه المعاطاه أمور منها ما لا يمكن إلا إنشاء بالقول خارجا و منها ما لا يصح إنشاؤه بالفعل شرعا و منها مورد الخلاف

فمن الأول الوصيه تمليكيه كانت أو عهديه و التديبير و الضمان فإنها لا تنشأ إلا بالقول لعدم وجود فعل كان مصداقا لهذه العناوين فإن انتقال الدين من ذمه إلى أخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل و لا العتق أو الملكيه أو القيمومه بعد موت الموصى

و من الثانى النكاح فإن الفعل فيه ملازم لضده و هو الزنا و السفاح بل مصداق للضد حقيقه فإن مقابل النكاح ليس إلا الفعل المجرد عن الإنشاء القولى و عما جعله الشارع سببا للحليه

و من الثالث الوقف و لكن الأقوى هو التفصيل بين أقسامه فما كان الفعل بنفسه مصداقا لحبس العين و تسبيل المنفعه كوقف المساجد و القناطر و المدارس و وقف الحصر و البوارى و نحوهما للمساجد و المشاهد يقع بالفعل كوقوعه بالقول و ما لم يكن الفعل مصداقا له كالوقف الخاص أو لمصرف خاص كالوقف لتعزیه سيد الشهداء سلام الله عليه و على الدماء السائلات بين يديه فلا يقع بالفعل

و بالجمله لم يقم دليل خاص على اعتبار القول فى مطلق الوقف كباب النكاح بل النزاع صغرى ثم مما ذكرنا ظهر أنه لا يمكن وقوع الإيقاعات بالفعل إلا باب الإجازة و الفسخ و ما يلحق بهما من الرجوع فى العده لعدم وجود فعل يكون مصداقا للطلاق و العتق و نحوهما فإن إلقاء القناع على الزوجه و إخراج العبد من الدار و أمثال ذلك من الأفعال ليست مصداقا للطلاق و العتاق بل هى من آثارهما

ثم إن من القسم الثالث الرهن فبعضهم ادعى عدم تحققه بالفعل لانعقاد الإجماع على كونه من طرف الرهن لازما و انعقاده على توقف العقود اللأزمه على اللفظ و بتعبير آخر حقيقه الرهن و هى كون المال وثيقه للدين تقتضى عدم إمكان الفسخ للرهن مع أن المعاطاه سواء كانت مفيده للملك أو الإباحه جائزه إما إجماعا أو لعدم ثبوت مقتضى اللزوم فلا بد إما من القول ببطلان المعاطاه فى الرهن أو تخصيص ما دل على كون المعاطاه جائزه أو تخصيص أدله الرهن و حيث إن الالتزام بالأخيرين ممتنع للإجماع على توقف العقود اللأزمه على اللفظ و لمنافاه الجواز مع كون الشئ وثيقه فتعين الأول

و لكنه لا يخفى أن الإجماع على توقف العقود اللأزمه على اللفظ ليس إجماعا تعديدا قائما على حصر ما يفيد اللزوم باللفظ بل غرض المجمعين أن حكم الشارع بلزوم المعامله يتعلّق بالمعامله المنشأه باللفظ لكونها مشتمله على مدلول التزامى و بهذا اللّحاظ تسمى عقدا و حيث إن المعاطاه ليست عقدا فلا تكون لازمه و هذا لا ينافى كون الرهن المعاطاتى لازما من جهه أخرى و هى اقتضاء ذاته اللزوم أى لا تنافى بين أن يكون الرهن من حيث وقوعه بالفعل جائزا و من حيث الحكم الشرعى أو اقتضاء ذاته لازما

كما أن عدم معرفتيه الجواز من الشارع فى الوقف لا ينافى جوازه من حيث وقوعه بالفعل غايه الأمر يقدم جهه الدأتيه أو عدم المعروفيه على جهه نفس الفعل

و بالجمله لو قلنا بأنّ المعاطاه جائزه من جهه عدم اقتضاءها اللّزوم أو إجماعا فلا ينافى طرفاً جهه اللزوم عليها

قوله قدّس سره و فيه أن معنى جريان بالمعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقّق الثّانى إلى آخره

حاصل مرّامه قدّس سره فى ردّ المحقّق الثّانى فى الإجاره هو أنّ من آثار الإجاره أن يكون المستأجر

مالكا لعمل الأجير و لمنفعه دار المؤجر و أن يكون الأجير مالكا للأجر المعين و المؤجر مالكا للعرض بإزاء المنفعه بحيث يكون عمل العامل أو تسليم الدار لاستيفاء المنفعه و فاء للحقّ الحاصل بالإجاره مع أنّ الأمر ليس مالكا كذلك بلا إشكال لأنّ للمأمور أن لا يعمل بما أمره الأمر و أن لا يسلم داره فأمر الأمر و عمل المأمور ليس داخلا في باب الإجاره المتعارفه بل يدخل في باب استيفاء العمل بالأمر المعاملى الموجب لضمان المثل أو القيمه لو لم يعين له أجره و لضمان المسمى لو عيّن على إشكال فيه و منشأ الإشكال أنّ مجرد تعيين الأجره لا يوجب أن يكون ضامنا لما عيّن لأنّ التّعيين ليس بنفسه عقدا و لذا لا يستحقّ العمل على المأمور بل الضمان يتحقّق بعد إتيان العامل بالعمل بإذن الأمر مع عدم قصده التبرّع فيدخل في ملك الأمر آنا ما و يضمن

و بالجمله اختلفوا في أنّه لو عين مقدار ما يضمن به فهل يتعين المسمى أو يرجع إلى ضمان المثل أو القيمه أو يضمن أقلّ الأمرين من ضمان المسمى أو المثل أو القيمه و الأقوى هو الثّانى لما عرفت من أنّ التّعيين بنفسه ليس عقدا بل التزام ابتدائي و لا يشمل المؤمنون عند شروطهم بناء على ما هو الحقّ من اختصاص الحديث بالشّروط في ضمن العقد و منه ظهر ضعف وجه القول الثّالث فإن وجهه إقدام العامل و رضاه بما عين له الأمر و مع بطلان التّعيين فلو كان هو الأقلّ فقد أقدم العامل به و لو كان هو ثمن المثل فهو الذى يستحقّه

وجه الضّعف أنّ إقدام العامل لا- أثر له لأنّه ليس إلّا التزام بدوىّ و بالجمله لو كان أمر الأمر و عمل المأمور داخل في إجاره النفس للعمل لكان المسمى متعيّنا و أمّا مع عدم تحقّق الإجاره لا قولاً و لا معاطاه فالتّعيين لا أثر له أما قولاً فلعدم الإنشاء باللفظ كما هو المفروض و أمّا معاطاه فلائذّ العمل بنفسه ليس إجاره لأنّ إجاره العمل ليست بنفسها صحيحه و لو بالقول فضلا عن الفعل و إجاره النفس للعمل لا تتحقّق بالفعل لأنّ العمل الخارجى ليس مصداقا للإجاره المتعلّقه بالنفس و مجرد قريته حرفته و صنعته على أنّه لا يعمل مجانا لا يوجب أن يكون عمله مصداقا لإجاره نفسه للعمل فلو حمل المتاع بلا أمر من صاحبه و لا رضاه الذى بمنزله الأمر لا يدخل عمله في عنوان الإجاره و لا يستحقّ شيئا من صاحب المتاع و لو قصد الأجره

نعم في إجاره الأموال تسليم المال لاستيفاء المنفعه و تسلّم المستأجر و إعطاء الأجره إجاره معاطاتيه و على هذا فما أفاده المحقّق الثّانى من أنّ في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره و ذلك أنّه إذا أمره بعمل على عوض معين و عمله استحقّ الأجره غير وجيه لأنّ هذا غير داخل في الإجاره المعاطاتيه و إنما يدخل في باب استيفاء العمل بالأمر المعاملى الموجب للضمان الواقعى لا المسمى كما ظهر

و حاصل مقصوده قدّس سره في ردّ المحقّق الثّانى في الهبه هو أنّه لا- يمكن جريان المعاطاه فيها على مختار المحقّق الثّانى القائل بأن المعاطاه مفيده للملك الجائر للإجماع على عدم حصول الملك في الهبه إلّا باللفظ فجربانها فيها إنّما يتم على القول بكونها مفيده للإباحه و فيه أنّ الظاهر عدم كون المسأله إجماعيه و عدم خصوصيه الهبه في توقف حصول الملك فيها على اللفظ بل لو توقّف حصوله على اللفظ لتوقّف كل عقد عليه

قوله قدّس سره و أمّا على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم إلى آخره

لا يخفى أنّ ما اختاره هنا ينافى ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحه بالعوض من أن الأقوى اللّزوم فإنّ مدرك الأقوال الثلاثة جار



فى مطلق ما يفيد الإباحه سواء كان قصد المتعاطيين الإباحه أو التملك مع ترتب الإباحه على فعلهما فإن وجه الجواز مطلقا هو أنّ العقود التسليطيه دائره مدار الإذن و التسليط

ولذا استشكل فى لزوم الوكاله فى ضمن العقد اللّازم بتقريب أنّ الوكاله ثابتة ما دام الإذن باقيا فإذا ارتفع ارتفعت و لا يجدى اشتراط عدم عزله و لو فى ضمن عقد لازم و وجه اللّزوم مطلقا كفايه عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللّزوم فإن العقود التسليطيه لو خليت و طبعها دائره مدار بقاء التسليط لا فيما إذا اشترط اللّزوم فى ضمن عقد لازم أو التزم و تعهد به ابتداء

و وجه التفصيل أنّ المباح له أخرج ماله عن ملكه فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيح فإنه باق على سلطنته فإذا كان مختار المصنف اللّزوم فكيف يصحّ قوله و أما على القول بالإباحه فالأصل عدم اللّزوم فالأولى أن يقال حيث إنّ الفعل لا ينشأ به إلّا نفس التبديل أو الإباحه بالعوض و ليس له مدلول الترامى فلا تشمله أدلّه العهود و العقود بل يكون بالنسبه إلى أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و البيعان بالخيار خارجا بالتخصص

أما الأولين فلعدم كونه عقدا و لا شرطا و التزاما بشىء و أما الأخير فلائته و إن كان بيعا إلّا أنّ الحكم المرتب على البيع بمقتضى هذا الخبر من الخيار عند الاجتماع و اللّزوم عند الافتراق لا يترتب عليه لأنه ليس فيه التزام حتى يلزم بعد الافتراق فليس فيه خيار أيضا لأنه فى مقابل اللّزوم الحقى فكما أنه ليس لازما حكما كالتكاح لوضوح صحّه الإقاله فيه و كلما يدخل فيه الإقاله يدخل فيه خيار الفسخ و اللّزوم الحكمى لا يصحّ جعل الخيار فيه من المتعاقدين كذلك ليس لازما حقا أيضا لأنّ اللّزوم الحقى ينشأ من التزام المتعاقدين و فى الفعل لا ينشأ الالتزام فهو خارج عن عموم البيعان بالتخصص أيضا

و بالنسبه إلى قوله عزّ من قائل **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ** فهو خارج بالحكومه لأن بعد الإجماع على الجواز أو لعدم موجب اللّزوم يكون رجوع المتعاطيين أكلا- بالحق- لا- بالباطل و بالنسبه إلى الناس مسلطون و لا يحلّ مال امرئ إلّا أن تكون تجاره عن تراض فهو خارج بالتخصيص لأنّ بعد قيام الإجماع على الجواز أو عدم ما يوجب اللّزوم يثبت حق للمالك الأول أو المبيح فيخرج ردّ المتعاطيين عين مالهما إلى ملكهما عن عموم تسلط الناس على أموالهم و حرمة التصرف إلّا بطيب النفس و تجاره لا عن تراض

كما لا- فرق بين القول بالملك و القول بالإباحه بناء على الوجه الثامن و هو الاستصحاب لأنه بناء على ما قلنا من عدم تحقق ما يوجب اللّزوم فلا يبقى شك فى جواز الرد حتى يتمسك بالاستصحاب إلّا أن يقال و إن لم يتحقق موجب اللّزوم إلّا أنه بناء على حصول الملك عنه فجواز الرجوع أيضا لا دليل عليه نعم بناء على الإباحه جواز الرجوع هو مقتضى بقاء سلطنه المالك و فيه أنه لا فرق بينهما أما بناء على الملك فيكفى التمسك بالإجماع للجواز فإنه و إن كان مقتضى الاستصحاب بقاء أثر ما تحقق بالفعل إلّا أنّ الإجماع على الجواز يكفى للخروج عن أصله اللّزوم

و أمّا بناء على الإباحه فأصالة سلطنه المالك الثابتة قبل المعاطاه حاكمه على أصالة بقاء الإباحه الناشئه من التعاطى لو سلم جريانها مع أنّ جريانها ممنوع لا- لما توهم من أنّ المقام من قبيل الشكّ فى المقتضى فإنه فاسد لأنّ الشكّ فى المقتضى هو

الشكّ في بقاء المستصحب في عمود الزّمان لا الشكّ في مقدار استعداده بالنّسبه

إلى الزمانيات و إنما رجع الشك في رافعيه الموجود بأقسامه إلى الشك في المقتضى بل لأن قوام الإباحه الثابته بالفعل إنما هو بالإذن فإذا ارتفع ارتفعت قطعاً فلا يبقى شك حتى يستصحب الإباحه

و بالجمله على فرض جريان أصاله الإباحه فأصاله السيلطنه حاكمه عليه و أما استصحاب الملك فالإجماع على الجواز كاف في عدم جريانه و كيف كان بعد قيام الإجماع أو عدم تحقق موجب اللزوم يثبت جواز المعاطاه بلا إشكال نعم فرق بين المسلكين و هو أنه لو قلنا إن الأصل هو اللزوم كما على مختاره قدس سره بناء على الملك فالإجماع على الجواز إنما يفيد في المتيقن منه لو كان معقد الإجماع مجملاً كما يظهر منه قدس سره و يقول المتيقن منه مورد تراد العينين مع بقاء صفاتهما و عدم انتقالهما إلى غيرهما فمع تلفهما أو تغييرهما أو تملك غير المتعاطيين لهما فالمرجع أصاله اللزوم للشك في شمول دليل الجواز لهذه الصوره

و أما لو قلنا إن الأصل عدم اللزوم كما على القول بالإباحه على مختاره فالأمر بالعكس فتأسيس الأصل على مختاره يترتب عليه آثار غير خفيته نعم يرد عليه إشكال و هو أنه لو تمسكنا لأصاله اللزوم بغير الاستصحاب من الوجوه السبعه الأخرى فيقتضى أن يكون اللزوم فيها هو اللزوم الحقى سيما إذا تمسكنا بـ أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و البيعان بالخيار فالإجماع على الجواز أيضا يقتضى أن يكون حقياً و مقتضاه بقاء الخيار عند التلف إلا أن يدعى الإجماع على الجواز مقيداً ببقاء العينين كما سيجىء توضيحه

نعم بناء على ما سلكتناه من أن الفعل لا يقتضى اللزوم فالجواز المتصور فيه يرجع إلى الجواز الحكمى لا الحقى لأنه يقع في مقابل اللزوم الحقى كالخيارات الشرعيه فينحصر أن يكون الجواز حكماً

قوله قدس سره إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم إجماعاً إلى آخره

لا يخفى أننا في تعليقتنا سابقاً على هذا العنوان اخترنا ما هو ظاهر كلام المصنف من تعلق جواز الرد بنفس العينين ففي مورد تلفهما لا يبقى موضوع للجواز و بينا عدم إمكان تعلق حق الرجوع بالمثل أو قيمه عند التلف لأن التعاطى إنما يقتضى التبديل بين المالين دون الالتزام بهذا التبديل فلو لم يمكن رد نفس المالين إلى مالكهما الأصلي فردّ بدلها لا وجه له لأن تحقق المعامله كما يتوقف على وجودهما فكذلك ردهما أيضاً و لكن الظاهر للمتأمل أن ما ذكرنا من عدم إمكان الرد إلا مع بقاء العينين استحساناً و لا يبتنى على أساس و ذلك لأنه لو قلنا بأصاله اللزوم من جهه الأدله الثمانيه فالإجماع على الجواز لا يقتضى إلا الجواز الحقى المقتضى لبقائه عند التلف

نعم لو تردد الجواز بين معنيين متباينين و هو جواز المعاوضه أو تراد العينين فلا يمكن التمسك بالعمومات في مورد الشك لأن المخصص و إن كان منفصلاً إلا أن تردده بين المتباينين يوجب سقوط ظهور العام في كل منهما و لو قلنا بها من باب الاستصحاب فالإجماع على الجواز أيضاً لا يقتضى انحصاره بمورد بقاء العينين إلا أن يقوم الإجماع عليه مقيداً أو كان هناك إجماع تعبدى آخر على أن تلف العينين ملزم كما هو ظاهره قدس سره في قوله على الظاهر المصرح به في بعض العباثر

و الظاهر عدم كون الإجماع على الجواز مقيداً ببقاء العينين و عدم قيام الإجماع القطعى على أن تلفهما ملزم و لو قلنا بأن الفعل

ليس فيه جهه لزوم أصلا فالإجماع على الجواز لا- أثر له إلّا إذا تحقّق ما يوجب اللّزوم من جهه كما إذا تلف العينين فإنّ الجواز من جهه عدم تحقّق الملزم إنّما يؤثّر

فى ردّ العين فإذا تلفت لا يبقى موضوع لهذا الجواز فيؤثر الجواز من جهة أخرى و يقتضى ثبوته عند تلف العينين لأن الجواز من جهتين نظير ثبوت الخيار من جهتين واحدهما مع وجود الآخر لا أثر له و إنما يؤثر مع سقوط الآخر

و بالجمله لا معنى لتعلق الجواز بنفس العين ابتداءً لأنه لم يقدّم دليل على كون المقام من قبيل التقاص الثابت لغير المالك فى تعلّقه بنفس مال الغير بل الجواز هنا إمّا من قبيل جواز البيع الخيارى أو جواز الرجوع فى الهبة و على أى حال له مساس بالمعاوضه و يسترجع العين تبعاً للرجوع عنها و إنما لم يمكن الرجوع فى الهبة عند تلف العين لأنها ليست معاوضه بل تسليط مخيّراتى فإذا تلفت العين التى لم يتعلّق بها ضمان فرجوع مثلها أو قيمتها بلا موجب فلا يؤثر رجوع الواهب و هذا بخلاف باب المعاوضه فإنّها ليست تسليطاً مخّانياً فلو رجع المالك الأصلى أو المبيع بمقتضى ثبوت جواز الرجوع له فلا بدّ أن يرجع إليه عين ماله عند بقائها و بدلها عند تلفها

إلّا أن يقال بناء على الإباحه فبعد فرض إفاده المعاطاه الضمان بالمسمى فمقتضاه أن يصير التالف آناً ما ملكا للمباح له فإذا كان التالف ملكاً لمن تلف عبده فلا وجه لأن يكون عليه ضمان المثل أو القيمة إلّا إذا ثبت جواز رجوع المالك الأصلى حتّى بعد التلف و فى خصوص الإباحه فلا لإجماع القطعى على أنّ المبيع ليس له الرجوع إلى المثل أو القيمة بعد التالف فلا يؤثر فسخه بل يمكن تطبيقه على القاعده أيضاً بتقريب أن الجواز على الإباحه إنّما يكون من جهة سلطنه المالك فإذا تلف العينين ينتقل ملكه إلى طرفه و إرجاعه إلى ملكه ثانياً يتوقّف على ثبوت الجواز بعد التالف و هذا يتوقف على دليل خاصّ عليه

و بالجمله حكم الإباحه حال التالف حكم الملك فإنّه على كل تقدير يحصل الملك إمّا آناً ما أو من أوّل الأمر فإذا لم نقل بجواز الفسخ بعد التالف بناء على الملك كما سيجىء تقرّبه فعدم جوازه على الإباحه أولى

ثمّ ذكرنا ظهر ما فى قوله قدّس سره لأنّ تلفه من مال مالكة و لم يحصله ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه لما عرفت من أنّ التالف ملك لمن تلف عنده لا المبيع فإنّ كونه من مال المبيع مناف لكون كلّ من المالكين مضموناً على الآخر بالضمان المعاملى بل هو قدّس سره أيضاً صرّح بما ذكرنا فى جواب استبعاد الشيخ الكبير كون التالف من الجانبين معيّناً للمسمى من الطرفين فقال ما حاصله أنّ هذا مقتضى الإجماع على عدم ضمان المثل أو القيمة مع رعايه عموم على اليد بحيث لا يلزم التخصيص فيه و أصاله عدم الملك إلى حين التالف فيصير التالف فى المقام كتلف المبيع عند البائع قبل إقباضه

و بالجمله ما ذكره فى المقام مناف لم تقدّم منه كما لا يخفى و أمّا على القول بالملك فلو ثبت الإجماع على أنّ تلف العوضين ملزم فلا إشكال و هذا و إن لم يكن إجماعاً تعدياً إلّا أنّه يصير منشأً للشكّ فى أنّ جواز المعامله دائمى أو مختصّ بما دام العين باقيه كما فى باب خيار العيب فبعد تلف العين لم يحرز الجواز و لا يمكن استصحابه أيضاً كما سيجىء و وجهه

و أمّا لو لم يثبت فإذا قلنا بأنّ الأصل فى المعاطاه اللزوم للوجوه الثمانية فالإجماع على الجواز لو كان مقيداً ببقاء العينين فالمرجع فى مورد تلفهما هو أصاله اللزوم و لو لم يكن مقيداً أو شكّ فى بقاء الجواز حال التالف يدخل فى النزاع المعروف و هو أنّ المرجع هل هو استصحاب حكم الخاصّ أو عموم العام و لو شكّ فى موضوع الجواز فلا يجرى استصحاب حكم المخصّص

أيضاً فإنّ الجواز وإن كان مرّداً بين مقطوع البقاء و مقطوع الارتفاع فيدخل في القسم الثاني من الاستصحاب

الكلى إلاً أنه لا يجرى فى الأحكام إذا كان منشأ الشك فيها الشك فى موضوعها

وفى المقام وإن لم نقل بأن جواز المعامله عباره عن تراذ العينين بل قلنا بأنه عباره عن ردّ المعاوضه إلاً أنه يمكن ثبوتاً أن يكون ردّها مشروطاً ببقاء العين ومع الشك يؤخذ بالمتيقن

وعلى هذا فعلى القول بالإباحه أيضاً لا يمكن إحراز جواز الرد بعد التلّف لأنّ جواز الرد الثابت للمبيح قبل التلّف كان من جهه سلطنه المالك و حيث إنه بالتلّف خرج الملك عن ملكه و دخل فى ملك المباح له فهذه السلطنه ارتفعت قطعاً و لم يثبت سلطنه أخرى إلاً ما ثبت بالإجماع الذى دلّ على جواز المعاطاه و عرفت أنّ هذا الإجماع لا يفيد لإثبات الجواز بعد التلّف و لا يقال لا إشكال فى إمكان الإقاله منهما على كلا القولين بعد التلّف و مقتضاه إمكان الرد منهما على القولين بعد التلّف لأننا نقول إن ثبت الملازمه بين ما يجرى فيه الإقاله و ما يجرى فيه الخيار إلاً أنّ ثبوت الملازمه إنّما هو من حيث الاقتضاء أى ما يصحّ فيه الإقاله يصحّ فيه جعل الخيار لا الملازمه الفعلية و لذا يجرى الإقاله بعد تلف المعيب أو تعييره مع سقوط الخيار بهما

ثم إنّ من جريان الإقاله بعد التلّف لا يمكن استكشاف الجواز الحقى فى المعاطاه الذى هو بمعنى الخيار الثابت حتى بعد التلّف أمّا أولاً- فلما عرفت أنّ الجواز الحقى أيضاً يمكن ارتفاعه بالتلّف كما فى خيار العيب و ثانياً يمكن أن يكون الجواز حكماً كالجواز فى باب الهبه و بقيام الإجماع على أنّ تلف العينين ملزم يثبت للزوم الحقى الذى يجرى فيه الإقاله و ذلك لعدم انحصار للزوم الحقى بما إذا كان الالتزام بالمعاوضه من منشآت المتعاقدين بل كما يمكن أن يكون كذلك يمكن أن يكون بجعل شرعى كما فى الجواز الحقى فإنه يمكن أن يكون مالكيّاً كخيار الشرط و يمكن أن يكون شرعياً كخيار المجلس و الحيوان فإنه مع كونه شرعياً يكون حقياً هذا إذا قلنا بأنّ الأصل فى المعاطاه على القول بالملك هو للزوم

و أمّا لو قلنا بأنّ الأصل فى الجواز لعدم منشأ للزوم فالجواز فيها كالجواز الحكمى حكماً و ثبوته بعد تلف العينين يتوقف على قيام دليل عليه و حيث إنّ الإجماع عليه لا يفيد لإثباته بعد تلفهما فينحصر بمورد البقاء

قوله قدس سره و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين إلى آخره

بعد ما تقدم ممّا أنه يمكن ثبوتاً أن يكون جواز المعاطاه مختصاً بمورد قيام العينين على حالهما فبعد تلف إحداهما أو تلف بعض من إحداهما يرتفع موضوع الجواز أو هذا على الملك مسلم

و تقدم ممّا أنّ الحكم كذلك على الإباحه أيضاً حذو النعل بالنعل لأنه بناء عليها يحصل الملك أيضاً بتلف إحداهما لكلّ من المبيح و المباح له فإنه إذا صار من تلف المال عنده مالكا للتالف آناً ما يملك الآخر العين الموجوده أيضاً فإذا ملك كلّ منهما مال الآخر فمقتضى الاستصحاب بقاء ملكهما و استرجاع العين عن يده حتى يرجع هو إلى مثل ماله أو قيمته الذى تلف عند طرفه يتوقف على دليل و حيث إنه لا دليل فيتعين المال الموجود للعوضيه عن التالف

إذا عرفت ذلك ظهر ما فى كلام المصنف قدس سره فى ذيل هذا العنوان من الأمور الأربعة فإنه أولاً ارتضى ما استوجهه بعض

مشايخه وفاقا لبعض معاصريه تبعاً للمسالكة من جريان أصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و ملكه لها فله الرجوع و  
استشكال فيه بمعارضتها بأصاله براءه ذمته عن مثل التالف أو قيمته و ثانيا جعل أصاله بقاء السيلطنه حاكمه على أصاله البراءه و  
ثالثا ناقش في جريان الأصلين من جهه العلم الإجمالي



بالضمان والشك في أنّ المضمون هو المسمى بحيث يتعين فلا- يمكن لمن تلف عنده الرجوع إليه أو المثل أو القيمة بحيث يمكن له الرجوع و لا- أصل يعين أحدهما و رابعا تمسكك بعموم الناس لرد البراءة عن المثل أو القيمة و قال مقتضى عمومه السلطنة على المال الموجود بأخذه و على المال التالف بأخذ بدله

أمّا في الأوّل فلما عرفت أنّ السلطنة على المال من آثار بقاء الملك في ملك مالكة فإذا خرج عن ملكه بمقتضى الضمان المعاوضى انقطعت سلطنته أيضا فلا يجرى استصحاب حتى يعارض بأصالة البراءة و بالجمله مقتضى الضمان المعاملى أى التعهد بكون المسمى عوضا أن تصير العين الباقيه ملكا لمن هي في يده لأنّ التالف يصير حين التالف ملكا لمن تلف عنده فلا محاله يصير عوضها ملكا للآخر فكيف يبقى سلطنته مالك العين الموجوده و لا مجال لاستصحابهما قطعا

و العجب من السيد الطباطبائي قدس سره في حاشيته على المتن حيث قال إنّ الأولى التمسك بعموم القاعده لا الأصل إذ لا مجرى له مع العموم و ذلك لما ظهر من أنّه لا مجال للتمسك بالعموم و لا الأصل لأنّ عموم الناس لا يثبت بقاء العين الموجوده في ملك مالكة الأصلي

و أعجب منه ما في المتن في ردّ ترجيح أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة بالتمسك بعموم على اليد من قوله و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذا اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان بل و لا بعده إذا بنى المالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه و ذلك لأنّ ما ذكره هدم لأساس باب المعاوضه فإنّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده قاعده مستخرجه من قواعد المعاوضات و أساسها يبتنى على الضمان قبل تلف العين و بعده أمّا قبله فبالعوض المسمى و أمّا بعده فبالعوض الواقعي من جهة عموم على اليد فإنّ اليد على مال الغير توجب ضمانه إذا لم يكن مجانا فما دام العين باقيه فالتضمن يقتضى بدليه كلّ من العينين عن الأخرى فإذا رجع إحدهما إلى مالكة الأصلي ترجع الأخرى إلى مالكة أيضا إذا كانت باقيه و عوضها إذا كانت تالفه

نعم معنى ضمانها عند التالف هو الضمان عند الفسخ و الرجوع و أمّا مع الإمضاء و عدم الرجوع فلا معنى للضمان و بالجمله معنى الضمان أنّه لو تلفت و طرأ فسخ أو انفساخ فيرجع مثلها أو قيمتها و ليس هذا إلّا مقتضى المعاوضه و اليد فإنّ المعاوضه تقتضى ضمان كلّ من المالكين مال الآخر قبل القبض بمقتضى شرط التسليم ضمنا و بالقبض ينتقل الضمان أى ضمان كل ملك على مالكة فإذا طرأ عليه الفسخ فمقتضى اليان يكون ضمنا لبدله لو كان تالفا و أمّا في الثاني فلأنّ حكومه أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة إنما تتم إذا كان مفاد أصالة بقاء السلطنة و أثرها الشرعى رفع البراءة أو إثبات ضدّها أى الاشتغال و إلّا فمجرد السببيّه و المسببيه لا أثر له

و لا شبهه أن أثر أصالة بقاء سلطنته مالك العين الموجوده ليس اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة أو عدم خلو ذمته عنهما بل أثرها الشرعى هو رجوع العين إلى ملكه لو فسخ نعم لازم رجوعها إليه أن يضمن بدل التالف لما ثبت من الخارج أنّه لم يعط مالك التالف ماله مجانا و الملازمه الخارجيه غير مفيده في رفع الشك المسببي و أمّا في الثالث فلأنّ قوله فلا أصل إنما يصحّ لو كان الشك في مرحله الثبوت بأن يكون الحادث مشكوكا و أمّا لو كان الشك في مرحله البقاء فيجرى الاستصحاب فيتساقط الأصلان

للعلم الإجمالي و ذلك لأنّه لا إشكال في ثبوت سلطنه كلّ منهما على ماله و براءه ذمّه كلّ منهما عن البديل الواقعي ما دامت العينان باقيتين و إنّما الشكّ في ارتفاع السلطنه و البراءه

بعد تلف إحداهما فإذا استصحب بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و براهه ذمته عن المثل و القيمه فيتعارضان و أصله البراءه عن البديل الواقعي لها حاله سابقه غايه الأمر لا تجرى إما للتساقط مع أصله بقاء السلطنه أو لعدم إمكان جعلهما فى الجعل

و بعبارة أخرى فى مورد بقاء العين لا معنى لاشتغال الذمه بالبديل الواقعي حتى يقال لا نعلم بعد التلّف بأنّ الذمه مشغوله به أو بالمسمى و لا- أصل يعين بل الذمه لم تكن مشغوله به قطعاً و إنّما الشكّ فى أنّ عدم اشتغال الذمه به باق حتى لا يمكن له الرجوع بل يتعين المسمى للبدليّه لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض أو ارتفع حتى يمكن له الرجوع فاستصحب عدم اشتغال الذمه بالبديل الواقعي لا محذور فيه فى حدّ نفسه و نتيجه تعيين المسمى للبدليّه كما أنّ استصحاب بقاء السلطنه مع قطع النظر عمّا أوردنا عليه لا محذور فيه أيضاً فى حدّ نفسه و نتيجه اشتغال الذمه بالمثل أو القيمه

و أمّا فى الزايع فلأنّ إبطال البراءه بعموم الناس مسلّطون لا معنى له لأنّ العين الموجوده لو كانت ملكاً لملكها الأصلي فلا شبهه فى ضمانه البديل الواقعي لأنّ بقائها فى ملكه ملازم لبقاء التالف فى ملك الآخر فإذا رجع مالك العين الموجوده إلى عينه فيرجع الآخر إليه و يأخذ منه بدل التالف لأنّه لم يمكن مجانياً و لو كانت ملكاً لمن فى يده فلا سلطنه للمالك الأصلي و عموم السلطنه لا يحرز موضوعه

قوله قدس سره و لو كان أحد العوضين ديناً فى ذمه أحد المتعاطيين إلى آخره

أى لو باع أحد المتعاطيين ماله من الآخر بالعوض الذى فى ذمته للآخر أو اشترى ما فى ذمته فهل يوجب امتناع الرجوع على القول بالملك و الإباحه مطلقاً أو لا يوجب مطلقاً أو يفصل بين القول بالملك فيمتنع دون القول بالإباحه وجوه و توضيح ذلك يتوقّف على صحه المعاطاه فى المقام و إمكان تملك الإنسان لما فى ذمته و لو أنا ما

أمّا صحّتها فى المقام فلا إشكال فيها أمّا على القول بكفايه الإعطاء من طرف واحد فواضح و أمّا على القول بعدمه فللفرق بين المقام و البيع نسيه لأنّ التعاطى متحقّق فى المقام لأنّ الدين بمنزله المقبوض فلا يحتاج إلى القبض ثانياً

و أمّا تملك الإنسان لما فى ذمته أنا ما و سقوطه به فهو نظير تملك المشتري لعموديه أنا ما و انعناقهما عليه و القول بعدم تعقل تملك الإنسان لما فى ذمته أنا ما مساوق للقول ببطلان بيع الدين على من هو عليه و شراء مال المديون بالثمن الذى فى ذمته لأنّه لو قلنا بعدم تملك الإنسان لعموديه و انعناقه عليه فإنّما هو لظاهر بعض الأدلّه الدالّه على أنّهما لا يملكان و مع هذا ينعقان و هذا الدليل موجب لتخصيص لا عتق إلا فى ملك

و أمّا فى المقام فحيث لم يقم دليل خاصّ على صحه بيع الدين على من هو عليه و لا على صحه شراء مال المديون بالعوض الذى فى ذمته فلا بدّ من تطبيقهما على القواعد العامه و مقتضى المعاوضه أن يدخل العوض فى ملك من خرج عنه المعوّض فإذا اشترى المشتري مال المديون بالثمن الذى فى ذمته فيملك المديون لا محاله الثمن الذى فى ذمته نعم حيث إنّّه لا يعقل أن يتملك الإنسان لما فى ذمته فيسقط على أى حال لا- يترتب على النزاع فى المقام و شراء العمودين ثمره عمليه لأنّه ينعق العمودين فى ذلك الباب و يسقط الدين فى المقام

إذا عرفت ذلك فيقع النزاع في أنه بعد تملك الإنسان ما في ذمته و سقوطه فهل يجوز لأحدهما الرجوع أو حكم الساقط حكم التالف في الأعيان الخارجيه وجهان من أن الدين ليس بمنزله العين التالفه التي لا يمكن تملكها لأن تملك الإنسان ما في ذمته الآخر من الأمور الاعتباريه العقلائيه فإذا رد المشتري العين يملك الدين

على البائع ثانيا هذا مع أنّ الذمّه لها عرض عريض و لم يتشخص ما فى الذمّه حتى يمكن أن يعرض عليه التّلف و ليس حكم الساقط حكم التّألف فلا- منافاه بين سقوطه و إمكان الرجوع فيه و من أنّ تملك ما فى ذمّه الغير و إن كان ممكنا إلّا أنّه يحتاج إلى موجب فهو فرع أن يملك و ملكيته فرع أن يمكن له الرجوع و هذا دور

و بعبارة أخرى إن كان جواز الفسخ مفروغا عنه كما فى باب الخيارات لقلنا بأنّ فى مورد التّلف يرجع إلى المثل أو القيمة فإنّ الرجوع إلى العين التّألفه غير معقول و فى المقام إذا رجع المشتري لا- يرجع أيضا إلى عين ما فى الذمّه الذى كان سابقا فإنّه إعادته للمعدوم و هو ممتنع بل يرجع إلى مثله و هذا يتوقّف على دليل

و الأقوى هو الثّانى فإنّه مضافا إلى عدم الدليل على جواز الرجوع و تملك ما فى ذمّه الغير ثانيا يمتنع لجهه أخرى بناء على ما سيجىء فى باب خيار المجلس من أنّه يعتبر فى جواز الرجوع بالخيار و نحوه خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظرا إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو آنا ما و هذا ممتنع فى المقام لأنّه إذا ردّ المشتري العين الموجوده إلى المديون فلا بدّ أن يخرج الدّين عن ملكه و يدخل فى ملك المشتري و دخول الدّين فى ملك المديون نتيجة السّقوط دائما نظير انعقاد العمودين فى ملك المشتري لهما فإنّه إذا ملكهما ينعقدان فإذا كان نتيجة السّقوط يمتنع الرجوع بل و لو لم نقل باعتبار تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لكان مجرد احتمال له منشأ للشكّ فى جواز الرجوع و المتيقن غير هذا الصورة

و أمّا على القول بالإباحه فقد يقال إنّ إباحه الدّين على من هو عليه لا يستلزم السقوط لأنّ كون الدّين مباحا لمن عليه الدّين معناه أنّه يجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عمّا فى ذمّته و المصالحه عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما فى الذمّه إلى ملكه الذى أباحه لمن عليه لعموم النّاس مسلّطون و سائر الأدلّه

و لكنّه لا يخفى ما فى هذا التقريب لأنّ الإباحه التى هى محل البحث فى باب المعاطاه ليست بالمعنى الذى حملها عليه صاحب الجواهر قدس سره من أنّ إفاده المعاطاه الإباحه إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الإباحه بل المراد منها التّسليط المالكى على التقريب المتقدم فإذا أوجدا مصداق التّسليط فلا- فرق بينه و بين الملك فكما أنّه لا يعقل أن يتملك الإنسان ما فى ذمّته فكذلك لا يمكن أن يكون مسلّطا عليه فنتيجة التّسليط أيضا السقوط و التّلف و التالف لا يعود

قوله قدس سره و لو نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتّلف إلى آخره

أقول التصرفات الواقعة من أحد المتعاطيين إمّا أن لا- تتوقّف على الملك و إما أن تتوقّف عليه و هذا على قسمين قسم من التصرفات الخارجيه كالوطى و قسم من التصرفات فى عالم الاعتبار و هذا أيضا على قسمين قسم من العقود المعاوضيه و شبهها كالبيع و الرهن و قسم من الإيقاعات أو عقد غير معاوضى كالعق و الهبه و العقود المعاوضيه تاره تقع على الأعيان كالبيع و نحوه و أخرى على المنافع كالإجاره أمّا الإجاره و كلّ تصرف غير ناقل للعين كالعاريه و الوديعه أو غير متوقّف على الملك كالركوب و الافتراض فغير موجب لسقوط الرد حقا كان أو حكما على الملك أو الإباحه لبقاء العين على حالها

و أما التصرفات الناقله أو الموقوفه على الملك كالوطى فموجبه لسقوط الرد مطلقا سواء كانت بالعقد اللّازم أو الجائز على القول بالملك أو الإباحه عاد العين إلى من انتقل عنه بحق خيار أو إقاله أو معاوضه أم لا و العقد الجائز كان معطاه أو عقدا

فسخ العاقد أم لا و ذلك لأنّ العين بمجرد الوطى أو التّقل إلى غيره خرجت عما هي عليها لأنّ حكم الرد في المعاطاه حكم الرد في باب الخيار العيب يعتبر في جوازه أن تكون العين قائمه بعينها فإذا صارت موطوءه أو ملكا للآخر لم تكن قائمه بعينها

و بالجمله المراد من الجواز في المقام هو رد العين عن ملك من انتقلت إليه أو أبيحت له بنفس هذه المعامله إلى ملك مالكة الأصلي أو المبيح فرجوع العين ثانيا إليه بأيّ نحو رجوع و لو بالفسخ لا يفيد إمكان الرد فإنّ الفسخ و إن قلنا بأنّه يوجب حلّ العقد من حينه لا من حين الفسخ إلّا أنّه حيث يكون دخيلا في انتقال العين إلى ملك من انتقلت عنه يكون مالكيه أحد المتعاطيين أو كونه مباحا له بسبب غير السبب الأوّل و بمقوم غير المقوم

الأوّل و بعباره واضحه المناط في جواز الرد في المقام هو تعلّق الرد بالعين بما هي متعلقه للمعاوضه لا بذاتها و رد المعاوضه و المنشأ بالفعل يتوقف على بقاء المعاوضه حتى يرجع عمّا أوجده أولا فمع عروض معاوضه أخرى مباينه لها و مثلها انتفى موضوع الجواز و رجوع العين إلى محلّها بسبب آخر غير كونها في محلّها بالسبب الأوّل فالموضوع معلوم الارتفاع و هذا من غير فرق بين الملك و الإباحه لأنّ التصرفات الناقله تكشف عن سبق الملك للمتصرف لأنّ مقتضى الضمان المعاملى أن ينتقل الملك عن مالكة الأصلي بتصرف المباح له أو إتلافه و يدخل آنا ما في ملك المتصرف و يخرج عن ملكه إلى ملك الثالث فعوده إلى ملك المالك الأوّل محتاج إلى دليل

و بعباره أخرى اللزوم الحاصل من التصرف كونه مشروطا بعدم رجوع الملك إلى ملك المتصرف يتوقف على دليل فاستصحاب اللزوم جار بلا إشكال و هذا من غير فرق بين ما إذا قلنا بأن تصرفات من عليه الخيار لا يوجب سقوط حق ذى الخيار عن العين بعد رجوعها إلى ملك من عليه الخيار ثانيا بالفسخ أو لم نقل و ذلك لأنّ هذين القولين مبنيان على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد و فى المقام يقتضى أن يكون الزائل العائد كالذى لم يعد لأنّه بمجرد زواله أوجب سقوط حق الرد لأنّ الموضوع فى باب الخيار لم يكن نفس العين و لذا لا يسقط بالتلف

فيمكن أن يقال تعلّق الخيار بالمثل أو قيمه يدور مدار تعدّد ردّ العين فإذا دخل العين فى ملك من عليه الخيار فيتعلّق الحق بها و فى المقام التلف مسقط للجواز رأسا و التصرف بالنقل فى حكمه أيضا فإذا بطل التصرف بفسخ و نحوه فرجوع الجواز متوقف على دليل

قوله قدس سره نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل إلى آخره

توضيح هذه العبارة يتوقف على بيان الوجوه المتصوره فى نفوذ تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه و هى أربعة الأوّل أن إرادته التصرف موجب لنقل الملك عمّن عليه الخيار إليه فتصرفه بالبيع و نحوه كالوطى يقع فى ملكه و هذا الوجه و إن لم يكن مرضيا عندنا لأنّ القصد المجرد عن إنشاء قولى أو فعلى لا- أثر له فى باب العقود و الإيقاعات إلّا أنّه بناء على صحته يرتفع جميع الإشكالات حتّى فى الوطى لأنّه يقع بعد تحقّق الملك للواطى الثانى أنّ الفسخ يحصل بأول جزء من الفعل أو القول و بتمامه يحصل الملك للمشتري و هذا يصحّ فى البيع لا الوطى لأنّ الجزء الأوّل منه يكون محرما و الثالث أنّ الفسخ و البيع يحصلان معا

بالتصرف إلّا أنّ الأول مقدّم طبعاً على الثاني

و بعبارة أخرى التصرف سبب لترتب مسببين طوليين عليه و الرابع أنّه لو تحقّق التصرف بالعقد الناقل فالفسخ يحصل بالإشياء و البيع بالمنشأ أى البيع من حيث إنّ فعل من أفعال الفاسخ يتحقق به



الفسخ لأنّه يحصل بكلّ ما هو مصداق للتثبت بالملكه و لذا يعدّ إنكار البيع و العرض على البيع و البيع الفاسد فسخا و أما الانتقال إلى المشتري فهو يحصل بالمنشأ لأنّه لا يعتبر في انتقال الملك إلى الغير أن يكون إنشأؤه أيضا في ملك الناقل و هذا أمّن الوجوه و هذا و إن لم يجر في الوطى إلا أنّ الإشكال في الوطى أصلا غير وارد لأن جوازه ليس موقوفا على تملك الرقبه بل يكفي لحايه ملكيه الوطى كما في التحليل

و على أي حال جميع هذا الوجوه لا- يجرى في تصرف أحد المتعاطين فيما انتقل إليه أما على الملك فلا يتوقف على شيء أصلا لأنّه ملكه فيتصرف فيه كيف شاء و أما على الإباحه فيجرى فيها الوجه الأول و الثالث لأنّ تصرف المباح له بالبيع و نحوه الذي يتوقف على الملك إنّما يؤثر في الانتقال إلى الثالث لو جعلنا إرادته التصرف المتوقف على الملك من المملكات أو جعلنا العقد سببا لأمرين مترتبين دخوله في ملكه و انتقاله إلى الثالث و أما الوجهان الآخرا فلا يجريان في المقام لأنّ الجزء الأول من اللفظ و كذا تمام اللفظ لا- يوجب تملك المباح له لأنّه لم يقدّم دليل في المقام على أن كل فعل من أفعال المباح له يوجب تملكه لما أبيع له و هذا بخلاف باب الفسخ لأنّه يحصل حتى بالعقد الفاسد

و بعبارة واضحة مجرد إنشاء المباح له لا يوجب تملكه مال المبيع فضلا عن الجزء الأول من إنشائه فتملكه لما أبيع له إمّا بإرادته تصرفاته الناقله و إمّا بالعقد الناقل فعلى الأول لو رجع ما انتقل عنه إلى ملكه فلا وجه لرجوع المالك الأصلي إليه و أما على الثاني فيمكن أن يقال أنّ العقد الذي كان سببا لتملك المباح له و انتقال المال عن ملكه إلى الثالث إذا ارتفع بالفسخ يرتفع كلا مسببيه و بتعبير آخر لو قلنا أن الملك الحاصل للمباح له إنّما هو باقتضاء العقد الناقل الواقع بين المباح له مع الثالث فإذا بطل العقد بطل مقتضاه رأسا

ثمّ إنّه يمكن أن يقال إنه لا- يقتضى دخول الملك في ملك المباح له إلا في خصوص العقد المعاوضى لا مطلق العقد الناقل حتى مثل الهبه و ذلك لأنّ العقد المعاوضى يقتضى دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فعقد المباح له مع المشتري يقتضى دخول الثمن في ملكه و خروج الثمن عن ملكه إلى ملك المشتري و لازمه أن يخرج المال عن ملك المبيع و يدخل في ملك المباح له آنا ما حتى يمكن أن يخرج عن ملكه فإذا فسخ المباح له ما أنشأه أصاله بطل لازمه فيرجع بفسخه إلى ملك المبيع

و بالجمله لو كانت المعاوضه مقتضيه للخروج و جب الالتزام بأمرين أحدهما أنّ الخروج ثابت ما دام العوض باقيا على عوضيته فإذا رجع عمّا هو عليه رجع إلى ملك مالكة الأصلي و ثانيهما عدم اقتضاء ذلك في هبه المباح له إذ لا عوض فيها فيمكن أن يخرج المال رأسا عن ملك المبيع إلى المتهب هذا تمام الكلام في شرح العبارة و توضيح الفرق بين كون إرادته التصرف موجه للملكيه و العقد الناقل و لكن الفرق بينهما ضعيف جدًا و الفرق بين البيع و الهبه أضعف أما الأول فلأنّ تقدير الملك آنا ما للمباح له في المقام ليس لأجل وقوع العقد بينه و بين الثالث بل لاقتضاء المعاطاه ذلك فإنّ الضمان بالمسمى الذي هو مفاد المعاطاه يقتضى أن يكون تلف أحد العوضين أو نقله من ملك المتلف أو الناقل و دخول العوض الآخر في ملك المبيع و لازمه رجوع المال بالفسخ إلى الناقل لا المبيع فإنه لو رجع إليه يلزم أن يخرج العوض الآخر عن ملكه و أن يكون الناقل ضامنا للمثل أو قيمه له لا العوض الذي

أعطاه إياه و هذا خلف فالمسببان المترتبان على العقد إذا كان أحدهما مسببا عن المعاطاه و ناشيا عنهما فرفع العقد لا يقتضى إلّا رفع ما هو العله له لا رفع معلول عله أخرى

و بالجمله العقد الصّادر من المباح له ليس إنشاءً لأمرين أصلى و هو الانتقال إلى المشتري مثلا و تبعى و هو الانتقال إلى نفسه حتى لا يكون التبعى مرتفعا برفع الأصل بل المنشأ ليس إلّا المعامله مع المشتري و أمّا دخول العين فى ملك المباح له تصرفا معاوضيا بل مطلق التصرف الناقل مقتضى لدخول ملك المبيح فى ملك المباح له لأن نفوذه موقوف على التقدير و هذا المعنى مشترك بين العقد المعاوضى كالبيع و غيره كالهبة و بين بقاء العوض فى ملك المبيح و خروجه عن ملكه فكما لا ينفذ بيع غير المالك فكذا لا ينفذ هبته و على هذا لا يمكن أن يكون جواز الرجوع للمالك الأصلي دون الواهب لأن الواهب لم يكن وكيلا عن المالك و لا مأذونا شرعا فى أن يهب عنه فيكون هبته من قبيل هبه الأب و الجدّ مال الصّغير و يكون حق الرجوع له كما أن حق الرجوع للصغير بعد الكبر لا لوليه

و بالجمله الواهب يهب عن نفسه لا عن المبيح فلا يمكن أن يكون الهبه صحيحه و حق الرجوع للمبيح لأنّ حق الرجوع إلى العين الموهوبه إن كان مع بقاء المعاطاه على حالها كما هو مفروض البحث و صريح كلام المصنف فيه أن العوض الذى عند المبيح عوض عن تصرفات المباح له من قبل نفسه فهو يهب مال نفسه لا مال المبيح فينتقل العين الموهوبه آنا ما إلى ملكه و يخرج إلى المتّهب فإنّ الواهب لا يعطى ماله بإزاء أن يكون وكيلا أو مسلّطا على نقل مال الناس إلى غيرهم هذا مضافا إلى أنّ الهبه عن قبل غيره خلاف الحسّ و الوجدان فالجمع بين بقاء العوض الذى عند المبيح على عوضيته و ثبوت حق الرجوع فى الهبه للمبيح بأن يبطل الهبه و يجعل العين الموهوبه مباحا للواهب كما كان كذلك قبل الهبه جمع بين طرفى التقيض و إن كان حق الرجوع بعد بطلان المعاطاه فهذا خلف لأن المفروض عدم وقوع ما يوجب الفسخ قبل صدور الهبه و إن كان جواز الرجوع إلى الهبه عباره عن فسخ المعاطاه فيه مع كونه خلاف فرض المصنف أن ثبوت حق الفسخ للمبيح أول الكلام لاحتمال سقوط الجواز بهبه المباح له

و حاصل الكلام صحّه هبه الواهب عن قبل نفسه و جواز رجوع المالك إلى العين الموهوبه جمع بين طرفى التقيض و وقوع الهبه فى ملك المالك الأصلي مع بقاء العوض على ملكه جمع بين طرفى التقيض أيضا ثم إنّ المحقق الخراسانى قدس سره فى حاشيته على المتن التزم بجواز الرجوع للمبيح إلى العين الموهوبه و لكنّه اختار أنّ الرجوع فى الهبه ليس فسخا للهبه حتى يرجع الأمر إلى ما كان سابقا أى كأن لم يكن هناك هبه حتى تكون المعاطاه على ما كانت محلّا للتباد بل تملكك جديد فإذا كان تملكك جديد لا فسخا للهبه ترتّب عليه أمران أحدهما عدم إمكان رد المعاطاه لأنه سقط بالهبه و ثانيهما أنه لا يجب على المبيح ردّ العوض الذى كان عنده فالعينان و إن اجتمعتا عنده إلّا أنّ إحداهما بالمعاطاه ابتداء أو بعد التصرف فى إحداهما بالهبه و أخرى بالرجوع إلى العين فى الهبه لا المعاطاه

فهو قدس سره جمع بين جواز رجوعه فى الهبه و عدم جواز ردّ المعاطاه و جمع بين العوضين أحدهما لكونه بإزاء إباحه المالك ماله للمباح له و ثانيهما لأنه تملكك جديد و لا يخفى ما فيه لأنّ العوض عوض عن صيروره المال المتّهب لا عن إنشاء الواهب فإذا رجع المال عن المتّهب فلا بدّ أن يرجع ما عند المبيح من العوض إلى ملك الواهب



أخرى العوض في باب المعاطاه ليس بإزاء إباحه التصرف أنا ما للمباح له مع عدم استقرارها بل عوض عن نفوذ تصرفاته فالتملك الجديد لا معنى له في المقام

قوله قدس سره و لو باع العين ثالث فضولا إلى آخره

لا- يخفى أنه لا- وجه لما أفاده المصنف قدس سره من كون الإباحه بعكس الملك وضوحا و خفاء بل على كل من المقولين يجوز لكل منهما الإجازة لأن مبنى الإشكال على القول بالملك هو أن ردّ المعاطاه ليس كردّ ذي الخيار ما انتقل عنه في تحقّقه بكلّ فعل أو قول بل لا بدّ أن يكون بالدلاله المطابقه و هي تتحقق برد العين لا بإجازة عقد الفضولي فإنّها لازمه للرد

و مبنى الإشكال على الإباحه أن المبيح ما لم يبطل المعاوضه بالمسمّى و لم يجعل الضمان ضمان اليد لا يمكنه الرجوع إلى ماله و لا يخفى فساد كل منهما أما على الملك فلاّنه كما لا إشكال في أنّ المالك الثاني لو أجاز لنفذه لأنّ إجازته تصرف منه فيما انتقل إليه فإنّ تصرفه فيه أعمّ من التصرف بنفسه أو تصرف الغير بإذنه أو إجازته كذلك لا إشكال في أن تصرف المالك الأصلي بالأنحاء الثلاثه فيما انتقل عنه فسخ منه للمعاطاه

و دعوى أنه يجب أولا- ردّ ما عنده حتّى يتحقّق الفسخ دعوى بلا برهان فإنّه كما يتحقّق به كذلك يتحقّق التصرف فيما انتقل عنه و أما على الإباحه فكما إبطال عوضيه المسمّى يتحقّق برده إلى الآخر كذلك يتحقّق بالتصرف فيما أباحه له مباشرة أو إذنا أو إجازة و على هذا فعلى كلا القولين ينفذ إجازة كل منهما أما على الملك فلاّنه إجازة المالك الفعلي تصرف فيما انتقل إليه و به يبطل موضوع جواز التراد للمالك الأصلي و إجازة المالك الأصلي تصرف فيما انتقل عنه و به يبطل المعاطاه و أما على الإباحه فإجازة المباح له إتلاف لما أبيع له و به يلزم المعامله و إجازة المبيح رجوع عن الإباحه

قوله قدس سره و لكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر إلى آخره

الكلام تاره على الملك و أخرى على الإباحه و الراد على الأول أما المالك الأصلي أو الفعلي و على الثاني أما المبيح أو المباح له أما ردّ المالك الأصلي فلا يفيد لأنّه أجنبيّ بالنسبه إلى ما باعه الفضولي و ليس كإجازته رجوعا إلى ملكه لأنّه ليس مصداقا للرجوع و ليس من قبيل تصرف ذي الخيار بالبيع أو الإجازة و الحقّ الثابت له إنّما هو بمعنى جواز ردّ الملك عن المالك الفعلي إلى ملكه لا- ردّ الملك عن الثالث إلى ملك المالك الفعلي إلّا أن يقال بالملازمه بين الرد و إرادته الرجوع عرفا فينشأ به الرجوع التزاما أما ردّ المالك الفعلي فلا إشكال في تأثيره و ينعكس الأمر في ردّ المبيح و المباح له فإن رد المبيح يؤثر بلا إشكال و أما ردّ المباح له فليس كإجازته تصرفا في المبيع إلّا أن يقال بتلك الملازمه

قوله قدس سره و لو رجع الأوّل فأجاز الثاني إلى آخره

أى لو رجع المالك الأصلي أو المبيح عن المعاطاه فأجاز الثاني المعامله الصادره من الفضولي فهل يؤثر الرجوع أو الإجازة لا يخفى أنّ إطلاق كلامه منزل على ما إذا رجع أحد المتعاطيين إلى ما انتقل عنه الذي باعه الفضولي و أجاز الآخر المعامله الواقعه

على ما انتقل إليه لا مطلقاً لأن الرجوع قد يؤثر في بعض الصور سواء قلنا بالكشف أو النقل فإن الصور المتصوّره في المقام كثيره فإن الفضولى قد يبيع المثلن و قد يبيع الثمن و الرد تاره يقع من البائع و الإجازة من المشتري و أخرى بالعكس و هذا تاره على الملك و أخرى على الإباحه فلو باع الفضولى المبيع فرجع البائع و أجاز المشتري أو باع الثمن فرجع المشتري و أجاز البائع و هذا هو محلّ الكلام

و لو انعكس كما لو كان المبيع هو المبيع و الراجع هو المشتري و المجيز هو البائع أو كان المبيع هو الثمن و الراجع هو البائع و المجيز هو المشتري

فلا إشكال في تأثير الإجازة لأنها تقع على ملك مالكة

و بالجمله محلّ الكلام فيما لو وقعت الإجازة على شىء لولاها لأثر الرجوع بحيث يبطل عقد الفضولى و أما لو كان رجوعه عن المعاطاه إبطالا- لوقوع عقد الفضولى فى ملك نفسه فلا- يؤثر الرجوع إلّا هذا المقدار فيبقى موضوع الإجازة الآخر فإذا ظهر موضوع البحث فلو رجع الأول ثم أجاز الثانى فلو جعلنا الإجازة كاشفه بمعنى عدم دخلها فى العقد لكون السبب التام هو العقد بحيث كان الإجازة طريقا صرفا إلى الواقع كالعلم كما يظهر ذلك من بعض المحققين لغى الرجوع لوقوعه فى ملك الغير و لو كان سابقا على الإجازة لتأخره عن السبب التام و هو العقد

نعم لو قلنا بأن لها دخلا فى التأثير بنحو الشرط المتأخر أو بنحو آخر من أنحاء الكشف غير الطريقيه الصرفه فيلغو الإجازة لتأثير الرجوع قبلها فيصير المقام نظير ما لو باع الأصل ما باعه الفضولى ثم أجاز فإن الإجازة تقع من غير المالك و لا يقاس بما إذا باع الفضولى الخلل ثم وقع الإجازة حين صيرورته خمرا للفرق بينهما فإن فى هذا المثال و إن خرج المبيع عن قابليته التملك الفعلى إلّا أنّ المجيز الذى هو ذو الحق هو المالك حال العقد و لم يخرج من زمان العقد إلى زمان الإجازة عن الأهليه للإجازة و هذا بخلاف المقيس و المقام فإنه لو باع الأصل أو ردّ أحد المتعاطيين فليس المجيز مالكا للإجازة هذا إذا قلنا بأن الإجازة كاشفه و أما لو قلنا بأنها ناقله فتلغو الإجازة قطعا

قوله قدس سره و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك إلى آخره

ليعلم أنّ حكم الامتزاج حكم التغيير فى باب رجوع صاحب المال على المفلس و فى خيار العيب و الغبن و الهبه فحكموا بأنّ التغيير أو المزج لا يوجب سقوط حق صاحب العين عن عينه فى باب الفلاس لأنّ المناط فيه وجود العين بمقتضى التّبوى إذا فلس الرّجل و وجد سلته فهو أحقّ بها و هما لا يخرجان العين عن إمكان رجوع صاحبها إليها فلا يضرب صاحب العين مع الغرماء

نعم فى بعض الصور كما فى المزج بالأجود خالف الشيخ و العلامه المشهور فقالا بسقوط حقه من العين و أما المشهور فجعّلوا المناط وجود العين فما لم يطرأ عليها التلف فصاحب العين أحقّ بها و أما فى باب خيار العيب فحكموا بسقوطه بالتغير و المزج لأنّ المناط فيه هو بقاء العين بعينها كما هو مقتضى مرسله جميل عن الصادق عليه السلام قال إن كان الثوب قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب و هذا المناط مشترك بين المزج و التغيير فيسقط الرد دون الأرش

□

و أما الهبه و الغبن فألحقوهما باب العيب بل ورد فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلّا فليس له نعم عن المحقق اختصاص سقوط الرجوع بالتلف الحقيقى دون التغيير و الامتزاج و أما باب الغبن فسيجىء حكمه فى محله إن شاء الله و على أى حال لم يفرقوا بين التغيير و المزج فى الأبواب الأربعة و أما فى المقام فحيث إنّ المصنف قدس سره بنى على أنّ الجواز فى المعاطاه ليس بمعنى الجواز فى باب الخيار و لا كالجواز فى باب الهبه بل بمعنى تراد العينين فيمكن الفرق بين التغيير و الامتزاج فالإيراد عليه بأنّه لا وجه للجزم باللزوم فى مورد المزج بناء على الملك و التّريد

فى مورد التغير ضعيف

نعم الأقوى عدم الفرق بين التغير و المزج فى سقوط جواز الرد على القول بالملك و الإباحه و ما اخترناه فى الدوره السابقيه من الفرق بين القولين لا وجه له

و توضيح ذلك مضافا إلى عدم

الفرق بينهما بحسب السيره المستمره و أنه لو ردّ أحد المتعاطين المتاع الذى فضّله أو صبغه أو مزجه بأى نحو من المزج ينكرون عليه أنّ الإباحه الحاصله بالمعاطاه ليست عباره عمّا اختاره صاحب الجواهر و يظهر من المصنف قدّس سرّهما من كونها كإباحه الطعام بل تسليط مالكي و تضمين معاوضى و لا تنقص عن الملك و يترتب عليه جميع ما يترتب على الملك فإنّ المعاطاه بناء على الملكيه موجه لتبديل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى و بناء على الإباحه و إن لم تبدل نفس طرفى الإضافتين إلّا أن جميع آثار التبدل كالسلطنه على التصرف المالكى يحصل للمباح له و يبقى الملك مسلوب الأثر لمالكة فإذا كان كذلك فعلى الملك المزج و كذا التغيير موجب لسقوط جواز الرجوع

أمّا المزج فلامتناع ترادّ الأعيان المملوكه فإذا امتنع التراد لزم المعاطاه و احتمال حصول الشركه للمالك الأصلى فرع بقاء تعلّق حقّه بذات الأجزاء و بقاء الحق فرع إمكان امتيازها و لا يقاس المقام بما إذا بيعت الأجزاء من الغير لأنّ البيع يقع على مقدار من هذه الأجزاء لا على نفسها و إلّا لا يصح البيع أيضا

و ما أفاده المحقّق الخراسانى قدس سره من أنه لا يمتنع التراد لو لم نقل بحصول الشركه بمجرد الامتراج لبقاء الأجزاء الممتزجه على ما كانت عليه من الملك أو الإباحه لمن صارت إليه من المتعاطين ضعيف لأن مناط لزوم المعاطاه ليس منحصرًا بخروج المال عن قابليه التملك بل ممّا يوجب اللزوم عدم بقاء العين على ما هى عليه من الوصف كما فى خيار العيب

و أمّا التغيير فلعين البرهان المتقدم آنفا سواء كان تغييرا موجبا لزياده قيمه كالسيمن و الصيغ و القصاره أو لنقصانها كفصل الثوب أو تعييه أو نسيان الكتابه و الطحن أو لم يكن كذلك و فى المزج أيضا لا يتفاوت المزج بالمساوى أو الأجد أو الأردا و بما يوجب الإلتلاف أو لا أى لا يتفاوت فى البابين بين أن يوجب المزج أو التغيير ضمان المازج أو المغير كما لو مزجه بالأردا أو غيره بما يوجب النقص و أن يوجب شركه المازج أو المغير كما لو مزجه بالأجد أو غيره بما يوجب زياده القسمه لأين المناطق فى مقامنا هذا عدم بقاء العين على ما هى عليه فلا فرق بين جميع الصور

و السر فى ذلك ما أشرنا سابقا أنّ الجواز هنا و إن لم يتعلّق بالعين ابتداء بحيث لا يكون له مساس بالمعاوضه إلّا أنّه من الممكن أن يكون كخيار العيب الثابت فى مورد بقاء العين على ما هى عليه و التغيير أو المزج يخرج العين عمّا هى عليه فإنّ فى مرسله جميل جعل قطع الثوب أو خيطه أو صبغه مقابلا لبقاء العين و قيامها على ما هى عليه

نعم يمكن أن يكون كخيار المالك فى باب المفلس إلّا أنّ الشكّ فى كونه ملحقا بأنّهما يكفى فى لزوم المعاطاه و عدم جريان استصحاب الجواز و ليس منشأ الشكّ كون الموضوع عرفيا أو عقليا و لا يبتنى جريان الاستصحاب و عدمه على الوجهين كما لا يخفى هذا على الملك

و أمّا بناء على الإباحه فحيث قد عرفت أنّها ليست كإباحه الطعام دائره مدار الإذن حتى ترتفع برفعه بل تسليط مالكي و تضمين معاوضى فالمتيقّن من جواز الرد أيضا هو بقاء العين على ما هى عليه فإذا تغير وصفها فيرتفع موضوعه هذا مضافا إلى أن استصحاب الجواز له معارض باستصحاب بقاء سلطنه المباح له و استصحاب بقاء المسمى على العوضيه و ليس بينهما سببيه و



مسيبته لكون كل منهما مسببا عن نحو الجعل الشرعي ثبوتا هذا مع ما تقدم من أن السير المستمره قائمه على اللزوم

قوله قدس سره ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللآزمه حتى يورث بالموت إلى آخره

لا إشكال فيما و ذكره قدس سره سواء قبل بالملك أو الإباحه أمّا على الملك فلأنّ الجواز في المقام ليس حقّا مالکيا

حتى ينتقل بموت المورث إلى الوارث و يسقط بالإسقاط بل هو نظير جواز الرجوع في الهبة فإثبات هذا الحكم للوارث يتوقف على دليل و لا يقاس الجواز الحكمي على حق الإقالة التي يرثه الوارث لأنه عبارة عن ملك الالتزام الذي كان للمالك فإذا مات انتقل هذا الحق إلى الوارث بخلاف الحكم المحض فإن المالك لم يترك شيئاً حتى يرثه وارثه

و لا يقاس أيضاً على حق الخيار فإنه عبارة عن ملك التزام نفسه و التزام طرفه فقوامه بملك كلا الالتزامين و لذا قيل بعدم ثبوت الخيار للزوجه في العقار الذي لا ترث منه سواء كان منتقلاً إلى زوجها أو منتقلاً عنه لأنه لو انتقل إليه فالزوجه غير مالكة لالتزام زوجها لأن ملك التزام الزوج طريق لرد العقار و المفروض أنها لا ترث العقار فلا ترث طريق رده و إن كان منتقلاً عنه فهي غير مالكة لالتزام طرف زوجها لأنها لا ترث العقار لو ردّ بالفسخ فلا ترث الفسخ أيضاً هذا على الملك

و أمياً على الإباحه فلو قيل بأنها من قبيل إباحه الطعام كان مقتضاه بطلان المعاطاه بموت المبيح و المباح له فإنها لو كانت كذلك كانت من قبيل العقود الإذنيه كالعاريه و الوديعة و الوكالة التي تبطل بموت الآذن و المأذون و لا يبقى موضوع لها حتى تكون جائزه أو لازمه و لكنك خبير بأنها من المعاوضات و لا تبطل بموت أحد المتعاطيين فيقع الكلام في لزومها أو بقائها على الجواز

ثم على اللزوم هل تبقى على ما كانت عليه من الإباحه أو ينتقل المباح آناً ما إلى ملك الميت و ينتقل إلى الورثه وجوه و الأقوى هو الأخير أمياً عدم بطلانها بالموت فللسيره المحققه و تفرع النزاع في اللزوم أو البقاء على الجواز على عدم البطلان بالموت فإنها لو بطلت بالموت كيف يفتي المحقق و الشهيد الثانيان بأنها تصير لازمه بالموت بل يظهر من المصنف ذلك أيضاً فإنه في جواب استبعاد الشيخ الكبير بأنها على الإباحه كيف يرث الوارث أجاب بأنها استبعاد محض و لم يجب بأنها تبطل بالموت و لا يرث الوارث ما أخذه المورث معاطاه

و أمياً لزومها فلعين ما ذكرنا في الملك فهو أن الجواز الحكمي لا ينتقل إلى الوارث فليس له فسخ المعاطاه نعم هنا شبهه لا تجرى على الملك و هي أنها على الملك إذا بقي الجواز للورثه فلا بد أن يكون من جهة إرث نفس الجواز و حيث إنه حكم شرعي فلا يرثه الوارث و أمياً بناء على الإباحه فحيث إن الملك باق على ملك المبيح فإذا مات انتقل إلى وارثه فللوارث ردّ المعاطاه من حيث إنه من آثار سلطنته على المال و لا من جهة إرثه الجواز و ذلك كما في الإجازة في باب الفضولي فإنها غير قابله لأن يرثها الوارث إلماً أنه إذا انتقل ما باعه الفضولي إليه بالإرث فله أن يجيز و هكذا في وارث المستودع بناء على عدم بطلان الوديعة بالموت

و لكنك خبير باندفاع هذه الشبهه أيضاً في المقام فإنه كما يعتبر في الجواز الثابت في المعاطاه بقاء العين على ما هي عليه كذلك يعتبر في المتعاطيين أيضاً بقاؤهما كذلك فلو تبدل أحدهما أو كلاهما يرتفع موضوع الجواز بل لو شك فيه أيضاً فالمتيقن منه ثبوته لخصوص المتعاطيين و أما انتقال المال إلى ملك الميت و انتقاله إلى الورثه فلأن تقدير الملك عند التلف هو الموجب للتقدير عند موت أحد المتعاطيين و ذلك لأنه لو كان المال باقياً في ملك المبيح و لم يجز له التصرف بنحو من الأنحاء فهو بمنزله العدم لأنه لا معنى لأن يكون الشخص مالكا و لا يتمكن من ترتيب آثار الملك على ملكه فكما أنه في مورد

التلف يقدر الملك من باب عدم إمكان تعلّق الملك بالتألف فكذلك إذا امتنع التملّك يقدر الملك آنا ما

و بالجمله لو فرضنا أن التسليط

المالكي اقتضى بقاء الملك للمالك مسلوب المنفعه و لكنّه كان مالكا لأن يرجع سلطنته إلى نفسه كان له أثر من آثار الملك و  
أما إذا ارتفع هذا الأثر أيضا فليس إلّا كالتالف الحقيقي

قوله قدس سره و لو جنّ أحدهما فالظاهر قام وليه مقامه في الرجوع على القولين إلى آخره

قد اخترنا في تعليقتنا سابقا على هذا العنوان ما هو مختار المصنف و قلنا إنّ الجنون لا يقاس على الموت لأن كل ما يقبل الثّيا به  
يقوم فيه الولي مقام المولى عليه و مباشره المالك في الرد غير معتبره بلا إشكال لصحه توكيله فيقوم وليه مقامه إذا جنّ و لذا  
قوينا في باب الطلاق صحّه طلاق الولي إذا جنّ المولى عليه بعد الكبر و لكن لا يخفى فساد ذلك أمّا بناء على الإباحه فعلى ما  
يظهر من المصنف قدس سره من أنّها من قبيل إباحه الطعام فمقتضاه بطلان المعاطاه بالجنون فإنّها كالعقود الإذنيه تبطل بجنون  
الآذن و المأذون و المبيح و المباح له بل لو جن الباذل للزّاد و الرّاحله لا يجوز للمبذول له التصرف في مال الباذل خصوصا لو  
جنّ قبل إحرام المبذول له

ففي المقام لو جنّ كل واحد منهما فلا يجوز أن يتصرف الآخر في مال المجنون و بقاء حق الرجوع للولي فرع بقاء المعاطاه على  
حالتها و أمّا على ما اخترناه من معنى الإباحه و هي كونها تسليطا مالكيّا فحكمها حكم الملك و حكم المجنون على الوجهين  
حكم الموت في لزوم المعاطاه لا اشتراط بقاء الجواز ببقاء المتعاطين على حالهما حين المعاطاه و قيام الولي مقامهما فرع بقاء  
الجواز

### [الأمر السابع أنّ الشّهاد الثاني ذكر في ذلك وجهين في صيروره المعاطاه بيعا]

قوله قدس سره الأمر السابع أنّ الشّهاد الثاني ذكر في ذلك وجهين في صيروره المعاطاه بيعا بعد التّلف و معاوضه مستقلّه إلى  
آخره

توضيح المقام يتوقّف على بيان حال المعاطاه قبل التّلف بناء على الملك و الإباحه حتى يعلم حالها بعده فنقول أمّا بناء على  
الملك فلا- إشكال في أنّها بيع من أوّل الأمر غايه الأمر أنّها جائزه و تلزم بعروض أحد الملزومات فالوجهان المذكوران في  
المسالك لا- يجريان على القول بالملك و أمّا بناء على الإباحه فقد ظهر أنّها متصوّره على وجوه الأوّل ما بنى عليه صاحب  
الجواهر قدس سره و حمل عليه كلمات الأصحاب من أنّ المعاطاه تفيد الإباحه فيما إذا قصدتها المتعاطيان

الثّاني ما يستفاد من كلمات جماعه من أنّها إباحه شرعيّه ربّها الشّارع على خلاف ما قصده المتعاطيان من التّملك الثالث ما  
وجّهنا به كلمات المشهور من أنّهما قصد التّملك و لكنّهما أوجدا مصداق التّسليط فهي إباحه مالكيّه لإيجادهما ما هو مصداق  
التّسليط المالكي و أمضاها الشّارع أيضا الرّابع ما قويناه أخيرا من أنّهما قصد التّملك و أوجدا ما هو مصداقه إلّا أن حصول  
الملك مشروط بتعقّبه بأحد الملزومات كاشتراط حصول الملك في الصرف و السّلم بالقبض غايه الأمر جواز الشّارع قبل  
الملزومات تصرّف كلّ منهما بأيّ نحو من أنحاء التصرّف سواء كان مما يوجب حصول الشّروط كالتصرفات المتلفه و ما بحكمها

أو لم يكن فالإباحه قبل حصول الشرط شرعيته و على هذا فالفعل جزء السبب و جزؤه الآخر التصرفات المتوقفه على الملك أو التلّف و حيث إن جميع هذه الوجوه لا تخلو عن إشكال فالأقوى كونها مفيده للملك ابتداء

و على أى حال لو قلنا بما اختاره صاحب الجواهر قدس سره الذى إليه يرجع تنظير المصنف قدس سره الإباحه الحاصله بالمعاطه بإباحه الطعام فلا بدّ من الالتزام بأنّها معاوضه مستقلّه و خارجه من أبواب العقود المتعارفه فيكون نظير استيفاء المال أو العمل بالأمر المعاملى الموجب لتقدير الملك أنا ما و بأن التّضمين بالعوض المسمّى ينشأ من أوّل الأمر لا عند التّلف حتى يقال إنّ التّلف أو التصرف ليس معاوضه و لازم جعل المسمّى عوضا هو انتقال الملك أنا ما إلى ملك المتصرف أو من تلف المال عنده و الدليل على هذا المعنى هو السيره الموجوده

فلا- يقاس المعاطاه على إباحه المالك التصرفات المتوقعه على الملك لغيره التي منعنا كونها من أنحاء سلطنه المالك و قلنا إنه ليس للمالك السلطنه على الأحكام الشرعيه

و بالجمله بناء على الإباحه بالمعنى الأول فلا بدّ من جعلها معارضه مستقله رتبها الشارع على قصد الإباحه من المالك بالعوض المسمّى إذا تحقّق منه فعل على طبق قصده و لم يرتبها على قوله و أمّا جعلها بيعا بعد التّلف فبعيد جدّا للزوم الانقلاب فإنّ ما ليس بيعا كيف يصير بيعا

و لو قلنا بالوجه الثّاني فالصّواب أن يقال أيضا بأنّها معاوضه مستقله و لكنّها قهريه شرعيه و جعلها الشارع لازمه بأحد الملزمات أو أنّ الشارع رتب عليها أوّلا ما هو مخالف لما قصده المتعاطيان و حكم عند تحقّق الملزمات بطبق ما قصده أو لو قلنا بالوجه الثّالث فهو و إن كان يقتضى كونها معاوضه مستقله لا بيعا إلّا أنّها لازم مساو للبيع لأنّ التسليط المالكى عباره عن إعطاء المالك جميع آثار الملك لغيره و هذا مرجعه فى الحقيقه إلى إعطاء نفس الإضافه و السّلطنه التي منعنا سابقا كونها داخله تحت سلطنه المالك لأنّ ما هو داخل تحت سلطنته هو طرف الإضافه لا نفس الإضافه إلّا أنّها على أىّ حال مرجعه إلى البيع

ثمّ إنّ انتقال كلّ عوض إلى ملك من انتقل إليه بالتّلف إنّما هو من آثار جعل الضّمان بالمسمّى لا أنّه بالتّلف ينقلب عمّا هو عليه و يصير بيعا فإنّ هذا الاحتمال أبعد الوجهين المذكورين فى المسالك و لو قلنا بالوجه الرابع فمقتضاه كونها بيعا من أوّل الأمر و لا يجرى فيه الاحتمالان كما لا يجرى على ما هو المختار تبعا للمحقّق الثّاني من حصول الملك بنفس الفعل

ثمّ إنهم ذكروا نظير هذين الوجهين المذكورين فى المسالك على القول بالإباحه فى مسأله القسمه و الإقاله فاختلّفوا فى أنّ القسمه بيع أو إفراز حقّ و أنّ الإقاله فسخ أى حلّ للعقد الأوّل الذى لازمه رجوع كلّ مال إلى مالكة الأصلى أو بيع أى إنشاء تمليك عكس الإنشاء السّابق و قيل بالتفصيل بين ما إذا قيل بلفظ فسخت فإنّها فسخ و ما إذا قيل بلفظ أقلت فهى بيع

و كيف كان فعلى القول بالملك يلحقها من أوّل الأمر جميع الخيارات الثّابته للبيع عدا ما استفيد من دليله اختصاصه بالبيع العقديّ الذى مبناه على اللزوم لو لا- الخيار لا- وجه للقول بلحوقها بها بعد لزومها بالتّلف و نحوه خاصّه لا قبله كما هو ظاهر المصنف التفاتا إلى كونها جائزه قبل التّلف و عدم الفائده فى الخيار حينئذ و ذلك لعدم انحصار الفائده فى الرّد لإمكان إسقاطها و الصّالح عليها

و بالجمله لا يلحقها خصوص خيار المجلس و الحيوان لظهور دليلهما فى اختصاصهما بالبيع العقديّ الذى مبناه على اللزوم لو لا الخيار نعم لو قلنا بثبوتها لكلّ بيع لازم سواء كان الالتزام من منشآت المتعاقدين أى كان عقديّا أو حقيّا من مجعولات الشارع فيلحقان بها بعد ما صارت بيعا لازما و يلحقها خيار العيب و الغبن و الشّروط لعدم اختصاصها بالبيع العقديّ فإنّ ثبوتها فى البيع شبهه من المهر و عوض الخلع إنّما هو للشّروط الصّريح أو للشّروط الضّمنى الذى يتضمّنه كلّ معاوضه عرفا و عاده فإنّ بناء النوع على عدم الالتزام بالمعيوب و بما لا يتغابن بمثله و لا ينحصر دليل الخيار بقاعده لا ضرر حتّى يقال باختصاصه بالبيع العقديّ لكونه متيقّنا كيف و لو لا الشّروط الضّمنى لما أمكن إثبات الخيار بتلك القاعده لبناء المتعاملين على المعامله كيف ما كانت و



و بالجمله فكلّ عقد أو معاملة لم يكن اللزوم فيها حكماً و لم تكن من قبيل التّكاح و الضّمان يلحقها خيار العيب و الغبن و الشرط نعم الخيار في المعاطاه ليس بمعنى ملك فسخ الالتزام و إقراره فإنّها لم تكن متضمّنه للالتزام المنشأ من المتعاملين بل بمعنى حلّ ما أوجدها و هذا المعنى يمكن ثبوته للمتعاظيين من حين المعاطاه إلى ما بعد التّلف

و ليس الجواز الثّابت من أجل تخلف الشرط الصّريح أو الضّمني كالجواز الحكميّ حتّى يمتنع عند التّلف و لا- يكون قابلاً للإسقاط و الإرث بل جواز حقّي لا يتوقف على بقاء العينين فلو تلف عوض المعيوب جاز ردّ المعيوب و لو تلف المعيوب جاز أخذ الأرش و أمّا خيار الرّؤية و خيار التأخير فبناء على عدم اعتبار التعاطى من الطّرفين يجريان فيها سواء قلنا بأنّهما من مصاديق تخلف الشرط الضّمني أم قلنا بكونهما خيارين مستقلّين

و أمّا على الإباحه كما هي مبنى المسالك فتثبت لها الخيارات الثّابته في كلّ معاملة و كذا الخيارات اللّاحقه لكلّ بيع بعد ما صارت بيعاً و أمّا الخيارات المختصّه بالبيع العقدي كخيار المجلس و الحيوان على ما استظهرناه من دليلهما فلا تثبت لها خلافاً للمسالك فإنّه التزم بثبوت خيار الحيوان له و إنّما استشكل في مبدئه و احتمل أن يكون حين المعاطاه و أورد عليه بأن المعاطاه على مبناه ليست بيعاً قبل التّلف فكيف يحتمل أن يكون مبدأ خيار الحيوان من حين المعاطاه و لكنّه يمكن أن يوجّه بأن البيع و إن تحقّق حين التّلف إلّا أن منشأه و السّبب الموجد له هو المعاطاه و كان ما يثول إلى البيع بمنزله البيع

و لكن يرد عليه بأنّه لا- فرق بين خيار المجلس و الحيوان فإذا انتفى خيار المجلس ينتفى خيار الحيوان أيضاً و لو بعد تحقّق اللزوم نعم بناء على الفرق بينهما فوجه تقييده ره ثبوت خيار الحيوان بما لو كان التّالف الثّمن أو بعضه ظاهر فإنّ ثبوت خيار الحيوان و إن لم يتوقّف على بقاء الحيوان في غير مقامنا هذا إلّا أنّه يتوقّف على بقائه في المقام حتّى يثبت الخيار لأنّه يشترط في تعلّقه بالتّالف أن يتعلّق به قبل تلفه و لو آنا ما حتّى لا يكون تلفه موجبا لسقوطه فيرد مثله أو قيمته فلو كان التّالف الثّمن فبعد تلفه يصير المعاطاه بيعاً فيتعلّق به خيار الحيوان و أمّا لو كان التّالف نفس الحيوان فما لم يتلف لم يكن خيار لعدم صيرورتها بيعاً و إذا تلف تلف غير متعلّق به الخيار فمن أين يثبت المثل أو القيمه

و بالجمله تعلّق حقّ الخيار في المقام بالمثل أو القيمه يتوقّف على تحقّق الخيار و تحقّقه يتوقف على تعلّقه بالمثل أو القيمه نعم لو ثبت من الخارج ثبوت الخيار في المقام فلا بدّ من تقدير تعلّقه آنا ما بالحيوان حتّى يثبت المثل أو القيمه لأنّ شرط تعلّق الحقّ بالبدل أن يتعلّق بالمبدل و لو آنا ما فلو لم يكن هناك دليل خاصّ فعمومات أدلّه الخيار لا تفيد لإثبات التّقدير آنا ما و لذا قيل بامتناع تعلّق حقّ الخيار بمن ينعقد على المشتري و سيجىء توضيحه في محلّه إن شاء الله تعالى

### [الأمر الثامن لا إشكال في تحقّق المعاطاه]

قوله قدّس سرّه الأمر الثامن لا إشكال في تحقّق المعاطاه

لا يخفى أنّ ظاهر عبارته قدّس سرّه أنّ المقصود في هذا العنوان تحقّق المعاطاه بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم فقط كخلوّه



عن القبض فى باب الوقف و الهبه بذى رحم و لكن بالتأمل فى مجموع كلماته يظهر أنّ المقصود أعمّ من فقد شرائط اللّزوم و الصّحه

و بالجمله مقصوده الجمع بين ما هو المسلّم بينهم من أنّ المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه شىء من آثار الملكيه بل يحرم التصرّف فيه و يجب ردّه فورا إلى مالكه و يضمن العين و منافعها المستوفاه و غير المستوفاه و بين ما يظهر من كلام غير واحد تبعاً

للمحقق والشهيد الثانيين أنه لو أخلا بالشروط المعبره في الصيغه و أوقعا البيع خاليا عنها يكون معاطاه لو علم التراضى منهما

ثم إن قوله قدس سره أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم إلى آخره ليس المقصود منه خلؤ القول عن شرائط اللزوم عند كل أحد حتى يكون قوله فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء زائد على الإنشاء اللفظى خلفا كما أورده عليه المحقق الخراسانى قدس سره بل مقصوده خلؤه عن شرائط اللزوم عند المشهور فالترديد لا يكون خلفا

ثم إن ما ذكره هذا المحشى قدس سره في وجه الجمع من أن الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد اقتضائى بمعنى أن قضيته فساده إنما هو لكونه عقدا فلا ينافى صحته بما هو معاطاه لا يخفى ما فيه فإن هذا العنوان الطارى دائما موجود فى المقبوض بالعقد الفاسد سيما إذا قلنا بأن العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاه و لو لم يتحقق معه قبض أصلا فترتيب الأعلام هذه الآثار عليه لا يبقى له موضوع

إذا عرفت ذلك فنقول تاره يتحقق قبض العينين بعد القول الفاسد و أخرى لا- يتحقق فلو لم يتحقق فهذا خارج عن المعاطاه المصطلحه و لا- بد من إخرجه من موضوع بحث الشهيد و المحقق الثانيين و من تبعهما و القول بأن إنشاء القولى الغير الجامع لشرائط الصحه يرجع إلى حكم المعاطاه مطلقا لا وجه له و لو تحقق قبض العينين فتاره بناؤهما على الإغماض عن القول السابق و إنشائهما التمليك أو التسليط بالفعل فهذا داخل فى المعاطاه موضوعا و ليس هذه الصوره محط كلام المحققين و من تبعهما لأن مجرد وقوع المعاطاه بعد العقد الفاسد لا يوجب الشك فى دخولها فى عنوان المعاطاه

و أخرى ليس بنائهما على الإغماض و هذا على قسمين لأنهما قد يقبضان و فاء بما التزما به على البيع الفاسد بحيث لم يعلم منهما رضاه بالتصرف إلا الرضا المعاملى الذى كان فى ضمن الإنشاء الفاسد و مقيدا به و هذا أيضا خارج عن موضوع البحث لأن هذا هو المقبوض بالعقد الفاسد الذى هو موجب للضمان و يترتب عليه آثار خاصه و قد يقبضان لا بما أن القبض و فاء بل رضى جديد حاصل لهما على أى حال و هذا هو موضوع كلامهما و كلام من تبعهما ثم الرضا كذلك تاره تحقيقى كما لو علما بفساد الصيغه و مع ذلك رضيا بالتصرف

و أخرى تقديرى كما لو جهلا به و لكن استكشف من حالهما أنهم لو علما بفسادها لرضيا بالتصرف أيضا كالتراضى المستفاد من شاهد الحال فى غير المقام فمرجع كلامهما إلى أنه يكفى الرضا و الطيب الذى يجوز معه التصرفات الغير المتوقفه على الملك للتصرفات المتوقفه عليه و سائر الآثار المترتبه على المعاطاه من اللزوم بالملزمات

و لا يخفى أن إدخال هذا فى المعاطاه يتوقف على أمرين الأول كفايه الرضا الشأنى حتى يشمل كلامهما صوره الجهل بالفساد الثانى عدم اعتبار إنشاء عنوان العقود قولاً و لا فعلاً بل كفايه مجرد وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر و هذا ممّا لا يمكن الالتزام به سواء قلنا بالملك أو الإباحه لأن مجرد الرضا سواء كان فعليا أو تقديريا و تحقق قبض بعده أو قبله لا أثر له فى باب العقود و الإيقاعات فإن القبض الواقع بعد العقد الفاسد إذا لم ينشأ به التمليك و لا التسليط كما هو المفروض وجوده كالعدم و الرضا بالتصرف أيضا لا أثر له إلا جواز التصرفات الغير المتوقفه على الملك

و أما حصول الملك بمجرد الرضا أو الأول إليه أى تعين المسمى للبدليّه بطرؤ أحد الملزمات فلم يتم دليل على حصوله بمجرد الرضا لأنّ عناوين العقود إيجابيه و لا بدّ من حصولها بإنشائها قولاً أو فعلاً و لا عموم فى طرف

المستثنى فى قوله ص إلّا بطيب نفسه لأن عموم المستثنى منه لا يقتضى عموم المستثنى

هذا مع أنّه و لو قلنا بإباحه جميع التصرفات حتّى المتوقّفه على الملك بمجرّد الرضا الباطنى إلّا أنّه كيف يتحقّق الركن الآخر و هو الضمان بالمسمى و انتقال التالف إلى ملك من تلف فى يده فإنّه يتوقّف على إنشاء لا محاله إمّا بقوله أعتق عبدك عنى و على عشره و إمّا بإعطائه النّاشى عن قصد التّمليك أو التّسليط له و كفايه وصول كل واحد من العوضين إلى المالك الآخر كما فى مسأله كوز الحّيّامى و السقاء و نحوهما و إن لم ينشأ بإباحه أو تمليكا ممنوعه أمّا أوّلا فلعدم كون أمر الحّمّام و السّقاء من باب المعاطاه و أمّا ثانيا فلأنّ قيام السّيره على تحقّقها بالإنشاء من طرف واحد غير موجب لتحقّقها و لو لم يكن هناك إنشاء أصلا كما فى المقام

## تذنيبان

### الأول فى حكم النماء و المنافع على القول بالملك قبل الرجوع و بعده

و بيانه يتوقّف على رسم أمور الأول أنّ النماء عباره عن الأعيان المستخرجه من المال أى ما يمكن الإشارة الحسيّه إليه لوجود ما بحذاء له فى الخارج سواء كان قابلا للانفصال كاللبن و الثمره و التّجاج و الصوف و نحو ذلك أو لم يكن كالسّمن و نموّ الأشجار و المنافع ما لا يكون بحذاءه شىء فى الخارج كسكنى الدّار و ركوب الدّابّه و قد يطلق كلّ منهما على الآخر الثّانى أن حكمهما فى الرّد بالخيار مختلف سواء كان الخيار أصليا كخيار المجلس و الحيوان و الشرط و نحو ذلك أو عرضيا كخيار التّفليس

فذهب المشهور إلى أنّ النّماء المنفصل و المنافع مستوفاه كانت أو تالفه ملك لمن انتقل إليه المال فلا تردّ بردّ العين و النّماء المتّصل تابع للعين و اختلفوا فى مثل الصّوف و الشّعير المتّصل الذى يقبل الانفصال فى أنّ حكمه حكم السّمن أو حكم المنفصل و الحقّ أنّه قبل انفصاله أو جزه يتبع العين و إن بلغ أو ان جنائه أو زمان جزّه الثّالث أنّ مدرك الحكم فى باب الرّد بالخيار هو قوله ص الخراج بالضّمان

و المصنف و بعض من تبعه و إن ناقشوا فى سنده إلّا أنّ الاستفادة من كلام شيخ الطّائفه و جماعه أنّه من النبويّات المتلقاه بالقبول عند الفريقين فهو نظير على اليد ما أخذت بل معناه فى الجملة من الارتكازيات و هذه القاعده هى مدرك فتوى أبى حنيفه فى قضيه البغله فى الحكم بأن منافع المغصوب للغاصب لأنّ ضمانه عليه فالمناقشه فى سنده لا وجه لها إنّما الكلام فى دلالاته و قد استظهر منه أبو حنيفه أنّ المراد من الضّمان فيه هو الضّمان بمعنى اسم المصدر فيشتمل الضّمان الثّابت بمقتضى قاعده اليد فتوهم أنّ كلّ من كان ضامنا لشىء فخرجه أى ما يستفاد منه منفعه كان أو نماء له و قد قال الإمام عليه السّلام فى ردّه فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاها

هذا مع أنّ من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أن كلّ من تعهّد مالا و جعل ضمانه فى عهدته فخرجه له لأنّ العاقل لا يتعهّد

مالا-إلا- لأن يملك نماءه و منافعه و يصرفهما في حوائجه و هذا يختص بالضمان الجعلي الأصلي الفعلي الذي أمضاه الشارع فيخرج منه الضمان القهري كباب الغصب و الضمان التبعي كضمان البائع للمبيع و المشتري للثمن قبل القبض لأن ما تعهده البائع أصاله هو ضمان الثمن الذي انتقل إليه و معنى ضمانه له أن دركه عليه بحيث إنه لو تلف ثم طرأ على المعاوضه فسخ أو انفساخ يجب عليه رد مثله أو قيمته

و هكذا في طرف المشتري فإن ما تضمنه أصاله هو المثل و ضمان كل منهما لما انتقل عنه إنما هو لشرط التسليم الذي يتضمنه كل عقد فمناسبه الحكم مع موضوعه تقتضى خروج الضمان التبعي لأن هذا الضمان

على عكس ما اقتضاه المعاوضه فإنّ البائع أقدم على المعاوضه لأن يملك منافع الثمن و حيث إنّ هذا الإقدام يقتضى تسليم المبيع فلا يمكن أن يكون منفعه للبائع

و يخرج عنه أيضا الضمان التقديرى كالضمان فى باب أعتق عبدك عنى و الضمان فى باب السبق و الرمايه قبل وصول السابق و الرشق فإنّ منافع العبد و السبق و العوض ليس للآمر و السابق و الرامى لعدم كونها فعلا ملكا للضامن مع أنّ المضمون غالبا خارج عن تحت تصرف الضامن فلا معنى لأن يكون منفعه له و يخرج عنه المقبوض بالعقد الفاسد لعدم كون الضمان الجعلى ممضى شرعا فوجوده كالعدم

إذا ظهر معنى الحديث إجمالا فنقول لو لم يرجع أحد المتعاطيين فناء كل عين أو منافعها لمن بيده سواء قلنا بالملك أو الإباحه أمّا على الملك فواضح و أمّا على الإباحه فظاهر استبعاد الشيخ الكبير قدس سره بأنه كيف يكون النماء للآخذ دون العين أنّ حدوث النماء فى ملك المباح له مفروغ عنه بل لا إشكال فى أن السيره عليه أيضا فإنه لم يعهد من أحد مطالبه النماء

و على أى حال قوله ص الخراج بالضمان يشمل كل ضمان معاوضى سواء كان بالتضمين الملكى أو الإباحى لأنّ كل مورد جعل ضمان مال بإزاء عوض بضمان أصلى فعلى مع كونه ممضى من الشارع فالخراج مسبب عن هذا الجعل و أمّا لو رجع أحدهما فحكم الرجوع فى المقام حكم الرجوع فى باب الخيار فى أنّ النماء المتصل يتبع العين دون المنفصل و المنافع المستوفاه قبل الرجوع فإنهما لمن كان العين بيده و لا وجه لاسترجاعهما منه و لو على القول بالإباحه

و بالجملة يشمل القاعده المعاطاه على كلا المسلكين و إن تقدم عن المصنف القول بعدم انتقال النماء إلى الآخذ نقلا عن بعض القائلين بالإباحه فراجع

### **الثانى يظهر من المحقق الثانى على ما حكى عنه الفرق بين المعاطاه فى البيع و القرض**

فقال بحصول الملك فى الأوّل كما هو مختاره فيها و الإباحه فى الثانى ثم رتب عليهما أن نماء المبيع للمشتري دون نماء العين فى باب القرض فإنه للمقترض و لا يخفى ما فيه أوّلا- من أنه لا فرق بينهما فإنّ المعاطاه لو كانت مفيده للملكيه فلا فرق بين القرض و البيع و ثانيا لا فرق بين الإباحه و الملك فى مسأله النماء لما عرفت أنّ قاعده الخراج بالضمان تشمل البايين هذا مع أنّ السيره قائمه فى باب القرض أيضا فإنه لم يعهد مطالبه نماء العين من المقترض مطلقا

[مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

**اشاره**

قوله قدس سره مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع إلى آخره

توضيح ما أفاده قدّس سرّه في هذا العنوان و ما يرد عليه يتمّ برسم أمور الأوّل قد عرفت في بحث المعاطاه أنّ عدم إفادتها اللّزوم على مسلكين أحدهما عدم كون الفعل مطلقاً مصداقاً لعناوين العقود فيكون قاصراً عن إفاده التّملك فضلاً عن اللّزوم و لذا قيل بإفادتها الإباحه و ثانيهما الإجماع على اعتبار اللفظ في اللّزوم مع صدق عنوان العقد على الفعل و إفادته الإلزام و الالتزام مثل القول فلو قلنا بالأوّل فما شكّ في اعتباره فيه فالأصل اعتباره لأصالة الفساد لأنّه لو منعنا عن صدق العقد و عنوان أبواب المعاملات عليه فلا دليل على صحّته إلّا ما قامت السّيره عليه فلو شكّ في كونه مورداً للسّيره فأصالة عدم ترتّب الأثر عليه هي المرجح و لو قلنا بالثاني فالأصل عدم اعتباره لصدق عنوان العقد

و على هذا فلا وجه لما أفاده المصنف من أنّ الأصل يقتضى كفايه إشاره الأخرس في مورد العجز عن التّوكيل لا في مورد القدره عليه لأنّه قدّس سرّه اعتبر اللفظ في اللّزوم من جهة الإجماع لا من جهة عدم صدق البيع على الفعل فإذا سلّم صدق العنوان فالأصل يقتضى عدم الاشتراط بالعجز

و بعبارة أخرى أصالة الفساد

إنما تجرى في مقابل الشك في أصل الصيحه و الفساد لا بعد إحراز الصيحه و الشك في اللزوم و عدمه و كيف كان فسواء قلنا بأن الفعل ليس مصداقا لعنوان العقود أو قلنا بأنه مصداق و لكننا الإجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم فالإشارة من الأخرس تقوم مقام اللفظ و إن لم يتم معاطاته أى أخذه و إعطائه مقام اللفظ كما سيظهر وجهه و ذلك لأن إشاره الأخرس و إن كانت فعلا- من أفعاله إلما أنّ قصور الفعل عن كونه إيجادا لعنوان العقد إنما هو في غير إشارته فإن إشارته لا تقصر عن قول غيره لا سيما من يفهم مقاصده الكليته و الأمور الغير المحسوسه بالإشارة هذا بناء على الأول و أما بناء على أنّ اللزوم يتوقف على اللفظ إجماعا فالإجماع إنما قام في مورد القدره على التكلم و أما مع العجز عنه فلم يتم إجماع

ثم هل يقوم إشارته مقام اللفظ مطلقا أو مع العجز عن التوكيل وجهان و الأقوى هو الأول أما بناء على صدق عنوان العقد على إشارته فواضح لأن الأصل عدم اشتراطه و أما بناء على عدم الصيّدق فلا إطلاق الأخبار في باب الطلاق المستفاد منها بالفحوى حكم عقده و إيقاعه في سائر الأبواب و حملها على صورته العجز عن التوكيل حمل على الفرد النادر

هذا مع أنه لو كانت إشارته كافيته في التوكيل لكانت كافيته في أصل طلاقه و لا يقال إنّ العقود الإذنيه يكفى فيها كلما يدل على الإذن و الرضا بخلاف غيرها لأننا نقول و إن كان الإذن المطلق يكفى فيه كلما يدل عليه إلّا أنّ الإذن في التصرف بعنوان الوكالة لا بدّ في تحقّقه من إشاره خاصه فإذا كانت إشارته مفيدة لعقد الوكالة فهي مفيدة لغيره من العقود و الإيقاعات أيضا الثاني أنّ محلّ البحث في إشاره الأخرس إنما هو فيما إذا كانت المعامله منشأه بإشارته بحيث كان القبض و الإقباض و فاء بها لا ما إذا كان الإنشاء بهما فإن معاطاته لا خصوصيته فيها فما أفاده المصنف قدس سره في قوله ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاه اللزوم فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ لا يستقيم لأن جهه البحث ليست في معاطاه الأخرس حتى يبحث أنّها لازمه أو جائزه لعدم انعقاد الإجماع هاهنا

نعم لو أراد من لفظ المعاطاه مطلق الفعل لا خصوص القبض و الإقباض لاستقام ما أفاده الثالث فيما يتحقّق به الإشاره و أنه هل تعتبر كافيته خاصه من تحريك اللسان أو الإصبع أو غيرها أو لا تعتبر الأقوى هو الثاني لأنه لا دليل على اعتبارها بعد كون مطلق أفعاله مفهوما لمراده و بعد صدق عنوان العقد أو الإيقاع على مطلق إشارته و اختلاف الأخبار في باب الطلاق من إلقاء القناع أو الإشارة بالإصبع ناظر إلى هذا المعنى لأنّ كلّا منهما من أنحاء إلهام المراد و من مصاديق العناوين و ليس لنوع الأخرس كافيته واحده نوعيته حتّى لا يتجاوز عنها

الرابع هل الإشاره مقدّمه على الكتابه أو العكس متعين أو كلّ منهما في عرض الأخرى في بعض أخبار الطلاق ما يدل على ما تقدم الكتابه و به أفتى الحلّي قدس سره هناك و لا يخفى أنه لو قلنا به هناك للتعيّد لا يمكن التعدى منه إلى كلّ باب لأنّ الكتابه ليست مصداقا في العرف و العاده لعنوان عقد أو إيقاع فليست آله لإيجاد عنوان بها و لذا انعقد الإجماع على عدم تأثيرها في غير الوصيه و إن كان الحقّ أنّه لا ينشأ بها الوصيه أيضا نعم هي معتبره عند العرف من حيث الكاشفيته و تصير مدركا و سندا لإثبات البيع و الدين و الوصيه و نحو ذلك

و بالجمله إذا لم يكن الفعل مصداقا



لعنوان عقديّ أو إيقاعي فقصد إيجاد هذا العنوان لا يؤثر أثراً لأنّه إذا لم يكن مصداقاً فليس هناك إلّا القصد المجردّ و هذا لا أثر له في العناوين الإيجاديّه و الموجدات الاعتباريّة التي هي منشأ الآثار الشرعيّه و العرفيه

الخامس هل الحكم مختصّ بالأخرس الذي نشأ خرسه من صممه أو يشمل كلّ من لا يتكلّم و لو لعذر من نذر أو إكراه أو أخصّ من ذلك و أعمّ من الأوّل فيشمل كلّ من كان عاجزاً خارجاً سواء كان لصممه أو لاعتقال في لسانه أو لمرض مرجوّ الزوال و جوه الأقوى هو الأوّل فإنّه الذي يصدق عليه الأخرس يقينا ثمّ الأخير و أمّا الخرس لعذر فلا يشمل الأده قطعاً بل ليس هو خرساً

و بالجملة و إن قلنا بعموم الأخرس لكلّ من كان عاجزاً عن النطق و إن لم يكن منشأ خرسه الصمّم كما لا يبعد دعواه و لا وجه للأخذ بالقدر المتيقّن لعدم إجمال في اللفظ إلّا أنّ شموله لمن نذر ترك التكلّم و نحوه ممنوع جدّاً و على هذا فلو صدق عنوان العقد و الإيقاع على إشاره كلّ عاجز فهو و إلّا فمن فحوى باب الطلاق نتعدى إلى غيره و نحكم بلزومه بإشارته كما نحكم بجواز معاطاته التي هي في حكم معاطاه غيره

و على أي حال كتابته ليست داخله في إشارته و لا هي معاطاه منه

قوله قدّس سرّه ثمّ الكلام في الخصوصيّات المعتره في اللفظ تاره يقع في مواد الألفاظ

توضيح البحث في هذا العنوان يتمّ بتمهيد مقدمات الأولى أنّه لو شكّ في صدق عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات على لفظ صادر من الموجب و القابل أو الموقع فأصالة الفساد تقتضي عدم صحّته و أمّا مع صدق العنوان عليه عرفاً فمقتضى الإطلاقات و العمومات عدم اعتبار ما شكّ في شرطيته في ماله العقود و الإيقاعات أو هيئتهما فإنّ قوله عزّ من قائل أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ مثلاً و إن كان ناظراً إلى المسببات بالمعنى الذي بيّناه و هو الموجد بالأدله إلّا أنّ إمضاء اسم المصدر إمضاء للمصدر فيقتضى حليّه جميع ما كان آله عرفاً لإيجاد البيع سواء كان بمادّه البيع أو بغيرها من الموادّ و سواء كانت الهيئته التي توجد بها الماده ماضويّه أو غيرها و سواء أنشأ هذا العنوان بألفاظ صريحه أو بغيرها و باللغه العربيّه أو غيرها كان الإيجاب و القبول متوالين أو لا

نعم لو منع من صدق البيع عرفاً على ما إذا أنشأ بغير لفظ الماضي أو بما إذا لم يكن بين الإيجاب و القبول موالاه أو بما أنشأ بالكنايه و نحوها أو ادّعى الانصراف عنها فلا يفيد الإطلاق

ثمّ إنّ كما يصحّ التمسك بالإطلاق فيما إذا كان الشكّ في ناحيه الأسباب كذلك يصحّ التمسك به فيما إذا كان الشكّ في ناحيه المسببات فلو لم يكن مسبب متعارفاً في زمان الشّارع و صار متعارفاً بعده كالأمر بإلقاء المتاع في البحر و تعهّد الأمر الضّمان و نحو ذلك من استيفاء مال أو عمل بأمر معامليّ لجاز التمسك لصحّته بعموم أو فوّا بالعقود و لا وجه لدعوى اختصاصه بالعقود المتعارفه و المعاملات المتداوله إلّا إرادته العهد من اللّام و هو خلاف ظاهر اللّام في كلّ مقام لا سيّما في مثل هذه الأحكام

نعم هنا إشكال في صحّحه التمسك بعموم أَوْفُوا فيما إذا كان الشكّ راجعا إلى الشكّ في الصّحه و الفساد و تقرّيبه أنّ العموم في هذه الآيه الشّريفه وارد مورد حكم آخر لأنّه في مقام بيان لزوم ما هو صحيح و ليس في مقام بيان أصل الصّحه فلا بدّ أن تكون الصّحه مفروغا عنها حتّى يجب الالتزام بما أنشأه المتعاقدان و لكن التمسك بعموم تجاره عن تراض لا إشكال فيه

و بالجمله إذا لم يكن سبب متعارفا

فى زمان الشّارع كبعض اللّغات المستحدّثه و صار إيجاد المسبّبات متعارفا بها و صدق عليها عنوان المعامله أو إذا لم يكن مسبّب متعارفا فى زمانه و صار متعارفا فى عصر فيتمسّك بإطلاق أدلّه العناوين لصحّتهما و لا وجه لدعوى الاختصاص و لا الانصراف

الثّانيه لا شبهه فى الفرق بين الحكايات و الإيجاديات فإنّ الحكايات لا يتعلّق غرض بها إلّا إظهار ما فى الضّمير و إلقاء المقصود إلى المخاطب فكلّ لفظ لم يكن خارجا عن أسلوب المحاوره يصحّ إظهار ما فى الضّمير به سواء كان الاستعمال حقيقه أم مجازا صريحا أم كناية كانت قرينه المجاز حاله أو مقالته كان المجاز بعيدا أو قريبا و هذا بخلاف الإيجاديات فإنها لا توجد إلّا بما هو آله لإيجادها و مصداقا لعنوانها فلو لم يكن شىء مصداقا لعنوان و آله لإيجاده بل كان للزمه أو ملازمه لم يوجد الملزوم أو الملازم الآخربه و إن كان الغرض من إيجاد اللّازم أو الملازم إيجاد الملزوم و الملازم الآخربحث كان هو المقصود الأصلى إذ لا عبره بالدّواعى و الأغراض فى الإيجاديات فلو قصد البيع و أتى بغير ما هو مصداقه فلا أثر له و لذا لا يرتّبون الآثار على الشّروط البنائيه الّتى لم تذكر فى متن العقد

ثم إنّ الإيجاد المعتبر فى العقود غير الإيجاد الحاصل فى سائر الإنشائيات فى معانى الحروف فإنّ الهيئه فى سائر الإنشائيات وضعت لإلقاء الحدث على الفاعل و إيجاد النسبه بين الفاعل و الفعل و بإيجاد النسبه إذا كان المتكلّم فى مقام البعث و التشريع يتحقّق مصداق للأمر و إذا كان فى مقام السّؤال يتحقّق مصداق للاستفهام و إذا كان فى مقام إظهار المحبّه فى وقوع النسبه يتحقّق التمنى و الترجّى و نحو ذلك

و أمّا الهيئه فى باب العقود فمضافا إلى أنّ بها تتحقّق النسبه توجد المادّه بها أيضا إذا كان المتكلّم فى مقام الإنشاء فإنّه بقوله بعث يوجد البيع و أمّا الإيجاديات فى باب الحروف فقوامها بأمر أربعة الأول كون معنى الحروف إيجاديات لا إخطاريا الثّانى كونه قائما بغيره الثّالث عدم التقرّر له فى غير وعاء الاستعمال الرّابع كون المعنى حين إيجاده مغفولا عنه و أمّا الإيجادى فى باب العقود كالملكيه مثلا فهو أمر متقرّر فى حدّ نفسه و له وعاء غير وعاء الاستعمال فإنّه موجود فى عالم الاعتبار و ليس بمغفول عنه و تمام الكلام موكول إلى بحث الحروف

الثّالثه لا شبهه فى أنّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات عنوان بسيط ليس مركّبا من الجنس و الفصل فإذا كان بسيطا فلا يمكن إيجاد هذا المعنى تدريجا بل إمّا أن يتحقّق آنا أو لا يتحقّق أصلا بل المركّب من الجنس و الفصل أيضا لا يمكن أن يوجد تدريجا فإنّ تحضّل الجنس إمّا هو بالفصل و تحقّق الهيولى إمّا هو بالصّوره فلا يعقل أن يوجد الماده أولا ثمّ الصّوره فإذا كان هذا حال المركّب الخارجى فكيف بما هو بسيط و ما به امتياز عين ما به اشتراكه فإنّ السّود الشّديد بعين ما هو لون يكون سوادا و بعين ما هو سواد يكون شديدا و هكذا التّمليك السّبيعى و القرضى و نحوهما من الهبه و الإجازة يكون التّمليك فى كلّ منهما بعين كونه بيعا أو قرضا أو نحوهما أى لا يكون التّمليك فى البيع جنسا و بيعيته فصلا بل هو بيع بعين كونه تمليكاً بل لا شبهه أنّ التّمليك ليس شيئا و البيع شيئا آخر و إن قلنا بأنّ كلّ واحد من هذه الأمور الأربعة مباين فى النسخ مع الآخر مضافا إلى أنّ التّمليك فى جميع

هذه الأمور أمر واحد و إنما الاختلاف بينهما كالاختلاف بين أفراد البيع

و على أى حال المعنى المنشأ بلفظ بعث أمر بسيط ليس مركباً من الجنس و الفصل و لا يمكن أن يوجد تدرجاً كتدرجته الباء و العين و التياء إذا عرفت ذلك فيقع البحث تاره فى صحه إنشاء العناوين بالكنايات و أخرى بالمجازات و ثالثه بالمشترك اللفظى و رابعه بالمشترك المعنوى أما صحته بالكنايه فلو قيل إنها قسم من المجاز كما عرفها بعضهم من أنها ذكر اللآزم و إرادته الملزوم فحكمتها حكمه و لو قيل إنها قسيم للمجاز كما هو الحق فإن قوله زيد طويل التجد استعمل فى نفس معناه الحقيقى و ألقى معنى اللفظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه و هو طول القامه و هكذا فى أمثال ذلك من قوله زيد كثير الرماد أو مهزول الفصيل فإن الانتقال إلى الجود من دواعى استعمال هذه الألفاظ فى معانيها الموضوعه لها لا أنها استعملت فى الجود فالأقوى عدم صحه إنشاء العنوان بها فإن إنشاء اللآزم و إيجاده فى الإنشاء القولى ليس إيجادا للملزوم عرفا و كون الملزوم مقصودا و داعيا من إيجاد اللآزم لا أثر له بعد ما عرفت فى المقدمه الثانيه أن الأغراض و الدواعى لا أثر لها فى باب العقود و الإيقاعات فلو قال كنايه عن البيع ترى خيره أو فى مقام النكاح ألف الله بين قلبكما و أمثال ذلك فلا أثر له

و بالجمله ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آله لإيجاده عرفا فلا أثر له و لا يرى العرف آله إيجاد اللآزم آله لإيجاد الملزوم ثم لو قيل بأن الملزوم و إن لم ينشأ أصله إلما أنه منشأ تبعاً و فى المرتبه الثانيه من الإيجاد و لا وجه للاقتصار على المنشأ الأول بعد إطلاق أدله العناوين فيقال الإيجاد بهذا النحو فى كمال الضعف من الوجود فينصرف الإطلاق عنه و لا يشمل العمومات أيضا لخروجه عن الأسباب المتعارفه و مع الشك فى دخوله تحت العموم و الإطلاق فالأصل عدم ترتب الأثر عليه

و أميا صحته بالمجاز فإن كان مجازا مشهورا فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك و ذلك لأن الشهرة توجب أن لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقى أو المجازى إلما بانضمام قرينه معينه لأحدهما فعدم حمله على معناه الحقيقى بمجرد التلفظ يجدى فى وقوعه به و لا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدرجاً و هذا بخلاف المجاز الغير المشهور فإنه يحتاج إلى قرينه صارفه أيضا فحاله أردأ من الكنايه لأن ما يوجد به بحسب الدلاله التصوريه هو معناه الحقيقى و بحسب الدلاله التصديقيه معناه المجازى فيتناقضان و ليس باب الإيجاد كباب الحكايه كما عرفت

و لذا قال المشهور بأن بعثك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره لا يفيدان فائده الهبه الصححه و العاريه كذلك و ليس ذلك مع أن القرينه الصارفه مقرونه باللفظ إلا لأن ما أوجد أولا بلا مجىء القرينه كان معاندا لما أوجد ثانيا و لا يمكن إرجاع ما أوجد عمّا هو عليه فى الإيجاديات و إن أمكن فى الحكايات

نعم لو قيل بأن فى باب المجاز لا ينشأ بالقرينه شىء حتى يكون بين القرينه و ذى القرينه تناقض بل عنوان العقد ينشأ بنفس ذى القرينه و القرينه كاشفه عن المعنى المقصود من ذى القرينه و لذا الترمنا بصحه إنشاء العناوين بالمجاز المشهور لصح إنشاؤها بالمجاز الغير المشهور أيضا سواء كانت قرينه حالتيه أو مقالتيه إلما أن يمنع كون المجاز الغير المشهور آله لإيجاد العنوان الذى قصد إيجاده به عرفا فإن مجرد قصد العنوان من اللفظ مع عدم كون اللفظ آله لإيجاده لا أثر له فإنه فى حكم القصد المجرد

و لذا قلنا فى أوّل المعاطاه بالفرق بين الفعل و اللفظ و أنّ الفعل لو قصد به التّملك يقع به و إن كان مصداقا للتّسليط و هذا بخلاف

قوله سلطتك و ذلك لأنّ التسليط الخارجى لو قصد منه البيع يصير مصداقا لهذا العنوان لقيام السيره عليه دون التسليط اللفظى

و أما صحته بالمشترك اللفظى فلو كان هناك لفظ مشترك لفظا بين عنوان عقدين أو عقود كاشتراك لفظ الشراء بين البيع و الا- اشتراء فلا- مانع عن إنشائه به لأنّه لا- يوجب تعين معناه بالقرينه المعينه أن يوجد العنوان بالقرينه حتى يلزم تدريجيّه المعنى البسيط بل العنوان ينشأ بنفس اللفظ و القرينه كاشفه عن وقوع اللفظ فى مقام إنشاء هذا العنوان إلّا أن يقال إنّ القرينه متمم المراد و المعنى يستفاد من مجموع القرينه و ذيهما كاستفاده موضوع الحكم فى العام المخصّص من مجموع العالم العادل (١)

و أما صحته بالمشترك المعنوى فلو كان مشتركا بين العقود التمليكيه كملكت صحّ إنشاؤها به و يتعين كلّ واحد من العناوين المقصوده بالقرينه المكتنفه به و لا- يلزم إشكال إيجاد الأمر البسيط تدريجا لأنه لو فرض أنّ البيع و القرض و الهبه و الإجاره مفيده للتمليك و التمليك الحاصل بكلّ منها حاصل بعين ذلك العنوان لا بغيره فلا يلزم التدريجيّه فإنّ البيع بما هو بيع تمليك و هكذا الهبه بما أنّها هبه تمليك و الخصوصيات الخارجيه ككون البيع بعوض معين و الهبه بلا عوض كالخصوصيات اللاحقه لأفراد البيع فكما أنّ هذه الخصوصيات لا توجب اختلافا فى حقيقه البيع و لا تضرّ ببساطته فإنّ معنى بساطته بساطه أصل الحقيقه لا مع الشّروط المذكوره فيه و لا مع بيان عوضه و معوضه و نقده و نسيته فكذلك تلك الخصوصيات

و لو كان مشتركا بين العقود التمليكيه و غيرها من النّقل الخارجى كلفظ نقلت فلا يصحّ إنشاء التمليك العقديّ به لأنّ ما به امتياز النّقل الخارجى عن النّقل الاعتبارى ليس بعين ما به اشتراكهما فلا يمكن إنشاء تمام معنى البسيط به بل ينشأ الجنس العالى أوّلا ثم يميز بالفصل فيلزم التدريجيّه فى الوجود

قوله قدّس سرّه إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول إلى آخره

بعد ما نقل قدّس سرّه الأقوال التى هى بين إفراط و تفريط و بين الإشكال فى إنشاء العناوين بالمشترك اللفظى و المعنوى و المجاز إذا كانت قرائنها غير اللفظ شرع فى بيان الصّغرى و تعيين أنّ الشراء و الاشتراء و البيع و نحو ذلك هل هو من المشترك اللفظى بين الإيجاب و القبول أو من الحقيقه و المجاز أو من المشترك المعنوى

و الظاهر أنّ لفظ شريت مشترك لفظى و إن لم يستعمل فى القرآن الكريم إلّا فى معنى البيع و اشترت بعكس ذلك كما هو معنى باب الافتعال و مجيئه بمعنى شريت كاشتبت بمعنى كسبت على خلاف ما وضع له أو ما هو الظاهر

و على أىّ حال قياسه قدّس سرّه الهبه المعوضه بالصّيح و ابتناء صحّه إنشائهما بلفظ ملكت على صحّه عقد بلفظ غيره مع النيّه قياس مع الفارق لأنّ الهبه مطلقا من أفراد التمليك لما عرفت أنّ التمليك معنى يشترك فيه جميع أنواع العقود التمليكيه سواء كانت مع العوض أم

١- و فيه أنّ استفاده كون موضوع الحكم مركبا فى العام المخصّص إنّما هو بتعدّد الدالّ و المدلول و أمّا المشترك اللفظى فحيث إنّّه وضع لجميع المعانى مستقلا فلو قيل عين جاريه فقد استعمل لفظ العين فى هذا المعنى الخاص و لفظ جاريه لا يمكن

أن يكون متمماً للمراد و هكذا في قرينه المجاز فإن يرمى في رأيت أسدا يرمى يكون علامه لاستعمال أسد في الرّجل الشّجاع و لا- يمكن أن يكون متمماً للمراد من الأسد نعم ما أفاده مدّ ظله إنّما يصحّ بناء على ما قيل من أنّ المشترك اللفظي يرجع إلى المشترك المعنويّ لوجود الجامع بين المعاني حتّى في المشترك اللفظيّ بين الضدّين منه عفى عنه

بلا- عوض كانت مجاتيّه مختصه أو مشروطا فيها العوض و أمّا عنوان الصّٰلِح فهو عنوان آخر فى مقابل التّملك إذ به ينشأ المسالمة و المصالحة و التّملك فى باب الصّٰلِح هو المصالح به

ثم إنّه لو كان لفظ مشتركا بين الإيجاب و القبول و لم يعلم تقديم أحدهما حتى يتميّز البائع من المشتري أو علم بالتّقارن و قلنا بصحّته و لم يكن هناك جهه ممّيّزه أخرى فالحكم التّحالف و عدم ترتيب آثار الباعّيّه و المشتريّه على واحد منهما لتعارض الأصلين إذا كان الحكم مترتبا على وصف البيعيّه و الثمّيّه أو على البائع و المشتري و أمّا إذا كان الأثر مترتبا على أحدهما دون الآخر بأن علم عدم ثبوته له و شكّ فى ثبوته للآخر كما لو كان أحد العوضين ثوبا و الآخر حيوانا و ادعى من بيده الحيوان أنّه اشتراه و الثوب ثمن له و قال الآخر أنّ الحيوان ثمن فلو قلنا باختصاص خيار الحيوان بالمشتري فأصالة عدم ثبوت خيار الحيوان له جاريه بلا معارض

### [مسألة المحكى عن جماعة اعتبار العربيّه]

قوله قدّس سرّه المحكى عن جماعة إلى آخره

لا- يخفى أنّ اعتبار العربيّه فى العقود مما يقطع بعدمه و إلا- كان على كلّ مكلف تعلّم صيغ العقود كوجوب تعلّم الصّٰلِح لئلاّ ابتلاء النّاس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات و لا يمكن توكيل العارف بلغه العرب غالبا فيلزم سدّ باب المعاش فكلّ ما صدق عليه عنوان العقد و العهد يصحّ إنشاؤه به سواء كان عربيا أم لم يكن فضلا عن العربيّ الملحون فى الإعراب الغير المغيّر للمعنى و فضلا عن العربيّ المتعارف فى زماننا

نعم إذا كان التّحريف فى الحروف كهجّوزت بدل زوّجت مفيدا للمعنيين كان فى حكم المشترك اللفظى و على أىّ حال منع صدق العقد على غير العربيّ ممّا لا يصغى إليه ثم إنّ العربيّه بناء على اعتبارها إنّما يعتبر فى نفس عنوان المعاملة و ما هو ركن فيها كالعوضين فى البيع و الزّوجين فى النّكاح و أمّا فى غيرهما فلا وجه لاعتبارها بل دلّت روايه العلاء على عدم اعتبارها فى نفس العوضين و صحّح العقد بغيرها قال قلت لأبى عبد الله عليه السّلام الرّجل يريد أن يبيع بيعا يقول أبيعك بده دوازده فقال لا بأس إنّما هذه المراوضه فإذا جمع جعل البيع جملة واحده إلّا أن يقال إنّ هذه الرّوايه وردت فى المقاوله قبل البيع

و على أىّ حال فالتركيب بين اللّغات أيضا لا يضرّ بالعقد بعد صدق العنوان عليه كما هو المتعارف الآن بين التّرك و الكرد المختلطين مع العرب لأنّ المدار على إنشاء عنوان العقود بما هو آله له عرفا

### [مسألة المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه]

قوله قدّس سرّه المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه إلى آخره

أقول وجه اعتبار الماضويّه صراحه الفعل الماضى فى إنشاء العناوين به لأنّه وضع للتحقّق و الثبوت و لذا يستلزم المضىّ و وقوعه



سابقا إذا كان المتكلم في مقام الأخبار عن تحقق المبدأ عن الفاعل فإذا كان في مقام إيجاد المبدأ بالهيئة كقوله بعث كان صريحا في تحقق الأمر الاعتباري بما هو آله له وهذا بخلاف الفعل المضارع فإنه وضع لتلبس الفاعل بالمبدأ وهذا ملازم للتحقق لا أنه صريح فيه فإن ظهوره البدوي وإن كان تلبسه بالمبدأ حالا ولذا يتوقف استفاده الاستقبال عنه بسين و سوف إلا أن التلبس الحالي أيضا ليس صريحا في التحقق بل لازمه كذلك لأنه في معنى اشتغاله بإصدار المبدأ فاستعماله و قصد الإنشاء به دائر مدار القول بصحة الإنشاء بالكنايات

و بالجمله الفعل المضارع مع اسم الفاعل متحدان في المعنى و إن كان بينهما ترتب في النسبه فإن المضارع وضع لنسبه الفعل إلى الفاعل و بعد تحقق هذه النسبه يتصف الفاعل بأنه ممن صدر عنه الفعل و لذا يقال ضرب يضرب فهو ضارب و كما لا يصح إنشاء عناوين العقود و الإيقاعات

باسم الفاعل فكذا لا يصحّ بالفعل المضارع فقوله أبيعك أو أطلقك أو أحزرك بمنزله قوله أنا البائع أنا المطلق أنا المعنى فى عدم كونهما آله لإنشاء العناوين بهما

نعم فى خصوص لفظ طالق دلّ الدليل على وقوع الإيقاع به و ممّا ذكرنا ظهر حال الأمر أيضا فإنه وضع للإلقاء نسبه الماده إلى الفاعل فإذا لم يكن من العالى فليس إلّا استدعاء و التماسا فقوله زوجنى نفسك لا يفيد الإنشاء و إيجاد علقه الزوجية بل يفيد الاستدعاء و طلب الإنشاء منه فحكمه حكم المضارع فكما أنه أشبه بالوعد فكذلك هو أشبه بالمقوله و استدعاء الإيقاع

و الأخبار الواردة فى بيع الآبق الظاهره فى كفايه قوله أشتري فى إنشاء العنوان بالفعل المضارع و الوارده فى باب النكاح و بيع المصحف كذلك محموله على أنّ لفظ المضارع وقع مقوله لا أنّ به أنشأ المعامله كما أنّ الأخبار الواردة فى النكاح الظاهره فى كفايه الأمر فى الإنشاء محموله على ذلك و يقيد بما إذا وقع القبول بعد قوله زوجتكها لا أنه أنشأ النكاح بقوله يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجه

و بالجملة المراجعة إلى روايه أبان بن تغلب و السهل الساعدي و غيرهما ممّا ورد فى باب شراء العبد الآبق و بيع المصحف و ما ورد عن أبى جعفر الباقر عليه السلام فى باب التزويج توجب القطع بأنّ الفعل المضارع و الأمر فى هذه الأبواب وقعا مقوله و عدا و استدعاء فاعتبار الماضوية لا إشكال فيه

### [مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول]

قوله قدس سرّه الأشهر كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول

توضيح هذا العنوان يتوقف على تمهيد مقدمه و هى أنه لا إشكال فى أنّ تسميه العقد عقدا إنّما هو بلحاظ ارتباط ما ينشئه أحد المتعاقدين بما ينشئه الآخر و إلّا كان كلّ عقد مرّكبا من إيقاعين ثم الارتباط الحاصل بينهما قد يتحقّق بأن ينشئ أحدهما قبول ما أوجده الآخر بلفظ قبلت و ما يشبهه من رضيت و أمضيت و قد يتحقّق بغيرها كاشترت و ارتهنت و نحو ذلك و السرّ فى ذلك هو أنّ العقود على أقسام قسم يتضمّن الإعطاء و الأخذ من الطرفين و هو العقود المعاوضيه و ما يشبهها كالتكاح و جامعها ما يحتاج إلى أخذ و عطاء من كلّ منهما فيتوقّف على الإلزام و الالتزام من الطرفين و قسم يتضمّن الإعطاء من طرف و الأخذ من آخر كالهبة و الزهن و الصّيلح المحاباتي و قسم لا يتضمّن إعطاء و أخذًا بل إنّما يفيد إباحه أو سلطنه على التصرف أو الحفظ كالعقود الإذنيه من الوكاله و العاريه و الوديعة

ثم إنّ تمييز الموجب عن القابل فى القسم الأول تاره يكون بالقصد و الاعتبار و أخرى يكون بذاته و ذلك فيما إذا أتى القابل ما ينشئه بلفظ قبلت فإنّ اختلاف الموجب و القابل فى البيع و النكاح إنّما هو بالاعتبار فإنّ العرف و العاده بناءهم على أنّ الزوجه معطيه نفسها للزوج و هى الموجبه و الزوج يقبل الزوجية و يعطى المهر بدلا عن إعطائها و بناؤهم على أنّ مالك العروس هو الموجب و مالك الثمن هو القابل

و إذا كان كل من العوضين عروضاً أو ثمناً فمن قصد تملك ماله من غيره بعوض فهو البائع و من قصد تملك مال غيره بعوض فهو المشتري و القابل فإن الموجب و القابل في عقود المعاوضه كل منهما ينشئ أمرين أحدهما بالمطابقه و ثانيهما بالالتزام فالموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقه و يملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً و القابل بعكس ذلك

و على هذا فلو لم يكن هناك لفظ يدل على نحو القصد كما إذا أنشأ كل منهما بلفظ شريت فنقول المقدم هو الموجب و المتأخر هو المشتري و لو اشتبه أو تقارن

و قلنا بصحّته فلا يترتب الأثر الخاصّ على كلّ منهما كما أوضحناه فى المعاطاه و أمّا فى الصّيلح المعاوضى فاللتفاوت بينهما لا يمكن إلّا بأن ينشئ أحدهما عنوان الصّلح و الآخر قبول ذلك العنوان لأنّ كلّاً منهما ينشئ المسالمة و المصالحة على أمر فإذا لم ينشئ أحدهما بلفظ القبول فلا يرتبط إنشاء أحدهما بإنشاء الآخر و يصير كلّ من الإنشاءين إيقاعاً مستقلاً و أمّا فى القسم الثّانى و الثّالث فتميّز الموجب عن القابل فى غايه الوضوح فإنّ الواهب و الزّاهن و المصالح هو الموجب فإنّه هو المذى يعطى ماله و المتهب و المرتهن و المصالح له هو القابل لأنّه هو المذى يأخذ مال غيره و هكذا فى الوكالة و العاريه و الوديعه كلّ من الموكل و المعير و المودع هو الموجب و كلّ من الوكيل و المستعير و المستودع هو القابل

إذا عرفت ذلك فنقول أما العقود الإذنيه فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب كان بلفظ قبلت أو غيره لأنّ المدار فيها ليس إلا الرضا فى التصرف و الحفظ فإذا استدعى الوكيل الاستبانه فى التصرف و أظهر الموكل الرضا بها كفى لتحقق هذا العنوان و السرّ فى ذلك أنّه ليس فى العقود الإذنيه إلزام و التزام و إنشاء و مطاوعه بل نيابه و تسميتها عقداً مسامحه و منشؤها ليس إلّا كونها بين الطرفين فيتحقّق بكلّ ما يظهر هذا العنوان أى التّيا به فى التصرف و الحفظ

نعم بعض الآثار الخاصّه مترتب على الوكالة العقدية كعدم انزال الوكيل قبل وصول خبر العزل إليه و أمّا فى غير العقود الإذنيه فسواء كان قبوله منحصرًا بلفظ قبلت أم لم يكن منحصرًا به و لكنّه أنشأ بهذا اللفظ و نحوه فلا يجوز تقديمه على الإيجاب لأنّه ظاهر فى مطاوعه شىء و إنفاذ أمر أوجده غيره و هذا المعنى بحيث يكون جزءاً من العقد و لا يكون إيقاعاً يتفرّع على وقوع إيجاد من الآخر كتفرّع الانكسار على الكسر فإنّ إنشاء المشتري نقل ماله عوضاً عن نقل البائع لا يتحقّق إلّا بعد وقوع النّقل من البائع و لا- يقاس على الإيجاب فإنّ فى مفهوم الإيجاب لم يؤخذ إنفاذ أمر و إن توقّف تأثيره خارجاً على القبول فإن مفهوم الإيجاب هو تملك مال بعوض و هذا يمكن إنشاؤه فى عالم الاعتبار و لو لم يتحقّق قبول أصلاً و ما يتوقّف على القبول هو تأثيره

و أمّا مفهوم القبول فلا- يمكن إنشاء النّقل به اعتباراً أيضاً فإنّ مطاوعه الأمر المتأخّر فعلاً يمتنع عقلاً و ليس مفهومه مجرد الرضا بشىء حتّى يقال إنّ الرضا بأمر ليس تابعاً لتحقق ذلك الأمر فى الخارج و لا تابعاً الرضا من يوجد ذلك الأمر بل المراد منه ما هو ركن فى العقد و مطاوعه لما أوجده البائع فلا يمكن أن يكون مقدّماً

و بالجملة تبديل المال بالعوض المذى هو فعل الموجب لا يتوقّف على القبول فى ناحيه الإنشاء و أمّا قبول هذا التّبديل و إنفاذه فهو لا- يمكن إلّا بعد وقوع التّبديل سابقاً لا- من جهه التعليق فى الإنشاء فإنّه لا يلزم من إنشاء القبول قبل الإيجاب فإنّ الإنشاء خفيف المثونه فينشأ القبول فعلاً و إن توقّف منشأه على أمر متأخّر كما فى الوصيه و التّدبير و لا من جهه التعليق فى المنشئ فإنّه لا دليل على بطلانه إلّا الإجماع و الإجماع قام على اعتبار التّجيز فى مقام التلّفظ لا على اعتباره فى واقع المعنى و إلّا لفسد جميع المعاوضات و الإيقاعات لأنّ البيع يتوقّف على الملكيه و الطّلاق على الزّوجيه و هكذا بل لأنّ المعنى معنى لا يمكن أن يتحقّق فى عالم الاعتبار إلّا إذا كان متأخراً فإنّ المطاوعه لا تتحقّق إلّا بعد وقوع الإيجاب من الموجب فإذا أريد من النّقل الحاصل

من قبلت ما يكون مرتبطا بفعل غيره و إنشاء لتملك ما أعطاه و إنفاذا لما أوجده فقوامه بأن يكون الإيجاب صادرا من غيره قبل ذلك

و ما قيل من أن الإنشاء خفيف المثونه فلا- يفيد في المقام لأنه إذا اعتبر المطاوعه في مفهوم القبول فإنشاؤه بحيث يخرج عن الإيقاع متوقف على وقوع الإيجاب قبل ذلك و على هذا فالقبول في العقود العهديه الغير المعاضيه كالهبه و الزهن أيضا لا بد أن يكون متأخرا و لو كان بغير لفظ قبلت كاتّهبت و ارتهنت لأنه لو قدم لا يكون إنفاذا لما أوجده غيره و لا يتضمّن نقلا حتى يمكن تقديمه بالهيئه الوارده على الماده المناسبه لهذا الباب

بل التحقيق أنه لا- يجوز تقديم القبول في باب المعاوضات أيضا و لو بالهيئه الوارده على الماده المناسبه لكل باب كاشترت و استأجرت و تزوّجت و نحو ذلك فإنّها و إن لم تتضمّن المطاوعه لأن صيغه التفعّل و الافتعال و الاستفعال و نحو ذلك ليست كصيغه الانفعال و ماده القبول متضمّنه للمطاوعه دائما بل إذا تأخّرت عن الإيجاب إلّا أنّها من جهه خروجها عن الإيقاع و صيرورتها جزءا من العقد لا- بدّ أن تكون متأخّره فإنّ قوله اشترت لو لم يكن قبولا- للشراء لا يرتبط بقول البائع بعث و عدم توقّف مفهومه على بعث و إن كان مسلما إلّا أن تقديمه يوجب عدم ارتباطه بالبيع فإنه لو لم يتضمّن مطاوعه فلا يرتبط بالإيجاب و لو تضمّن المطاوعه فلا بدّ أن يكون متأخرا فما أفاده قدّس سرّه من التفصيل و تبعناه في الدوره السابقه لا وجه له

### [مسأله و من جمله شروط العقد الموالاه]

قوله قدّس سرّه و من جمله شروط العقد الموالاه إلى آخره

اعلم أنّ من العقود ما يعتبر فيه الموالاه قطعا و منها ما لا- تعتبر فيه قطعا و منها ما هو محلّ الإشكال أما القسم الأوّل فكالعقود العهديه المعاضيه كالباع و ما يلحق بها كالتكاح و نحوهما و وجه اعتبارها فيها أمران الأوّل أنه لما كان فيها خلع و لبس أو إيجاد علقه فلا- بدّ أن يكون مقارنا للخلع لبس و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول و إلّا يقع الإضافه أو العلقه بلا محلّ و مضاف إليه الثّاني أنّ اعتبار كونها عقدا يقتضى أن يرتبط إنشاء أحدهما بإنشاء الآخر بأن يصيرا بمنزله كلام واحد بل كلّ أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد كالصلاه و الأذان و نحوهما يجب أن لا- يفصل بينهما فاصل محلّ بالجهه الجامعه و إلّا يصير كلّ واحد عنوانا مستقلا

و بهذا الملاك أيضا لو انفصل المستثنى عن المستثنى منه في باب الإقرار صار إنكارا بعد الإقرار فقول الشّهد قدّس سرّه و هي أى الموالاه مأخوذه من اعتبار الاتّصال بين المستثنى و المستثنى منه إنّما هو بلحاظ أن باب المستثنى منشأ للانتقال إلى اعتبار الاتّصال بين كلّ أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد لا أن باب الاستثناء أصل و سائر الأبواب فرع له بأن يكون اعتبار الاتّصال في الاستثناء أزم و أقوى من غيره لأن اعتبار الاتّصال في المقام أكد فإنّ في باب الإقرار كلّ من المستثنى و المستثنى منه يصدر من متكلّم واحد و في المقام من متكلّمين فارتباط كلام أحدهما بالآخر موقوف على اتّصالهما لأنّ المعنى الواحد لا يتحصّل من كلامهما إلّا إذا اتّصلا عرفا

و كيف كان فوجوب الوفاء بالعقد موقوف على اتصال كلام الموجب بكلام القابل فإنَّ العقد لا يتحقَّق و لا يصدق إلَّا معه و لا يقال إنَّ لزوم المعاوضه يتوقَّف على عنوان العقدية المتوقَّف على الاتصال لانحصار دليله بقوله عزَّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أمَّا صحتها فلا لعدم انحصار دليل صحه العناوين ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ أَحَلَّ اللَّهُ التَّيْع

و تَبَايَعَهُ عَنْ تَرَاضٍ وَأُدْلُهُ التَّكَاحُ وَالصَّلْحُ وَنَحْوَ ذَلِكَ تَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْعُنَاوِينَ مِنْ دُونِ اعْتِبَارِ الْعَقْدِيِّ فِيهَا فَيَكُونُ الْإِنْشَاءُ انَّ الْمُنْفَصِلَانَ يَبْعَانِ صَحِيحًا غَيْرَ لَازِمٍ لِأَنَّ نَقُولَ لَيْسَ الْبَيْعُ وَالتَّجَارَةُ وَالصَّلْحُ وَالتَّكَاحُ إِلَّا الْعُقُودَ الْمُتَعَارِفَةَ مَعَ أَنَّ هَذَا النَّحْوَ مِنَ الْمَطْلُوقَاتِ لَيْسَ فِي مَقَامِ الْبَيَانِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ

هَذَا مَضَافًا إِلَى عَدَمِ إِمْكَانِ التَّفْكِيكِ بَيْنَ اللَّزُومِ وَالصَّيْحَةِ إِلَّا بِدَلِيلٍ خَارِجِيٍّ مِنَ الْإِجْمَاعِ وَنَحْوِهِ مِنْ جَعْلِ الشَّارِعِ الْخِيَارَ لِلْمُتَعَارِفِينَ أَوْ جَعْلَهُمَا لِأَنْفُسِهِمَا أَوْ لِلْأَجْنَبِيِّ وَإِلَّا فَكُلُّ مَا يَقَعُ صَحِيحًا وَيُؤْتَرُ فِي النُّقْلِ لَا يَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَقْلَبٍ خَارِجِيٍّ فَمَا أَثَرُ يُؤْتَرُ دَائِمًا وَهُوَ مَعْنَى اللَّزُومِ وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي فَكَالْعُقُودِ الْإِذْنِيَّةِ مِنَ الْوَكَالَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْوَدِيعَةِ فَوَجْهَ عَدَمِ اعْتِبَارِ الْمَوَالِيَةِ فِيهَا مَا عُرِفَتْ أَنَّ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا مَسَامِحَةٌ كَيْفَ وَكَفَى فِيهَا كُلُّ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا فَلَا وَجْهَ لِاعْتِبَارِ الْإِتِّصَالِ بَيْنَ مَظْهَرِ الْإِذْنِ وَالتَّصَرُّفِ لِأَنَّ بِمَعْنَى عَدَمِ اعْتِبَارِ بَقَاءِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ حِينَ تَصَرَّفَ الْوَكِيلُ بَلْ بِمَعْنَى عَدَمِ اعْتِبَارِ اتِّصَالِ مَظْهَرِ الرِّضَا مَعَ رِضَا الْمُتَصَرِّفِ بِالتَّصَرُّفِ مَعَ أَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَيْسَ فِيهَا الْخَلْعُ وَاللَّبْسُ وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فَكَالْعُقُودِ الْعَهْدِيَّةِ الْغَيْرِ الْمُشْتَمَلَةِ عَلَى الْمَعَاوِضَةِ كَالْهَبَةِ وَالرَّهْنِ وَنَشَأُ الْإِشْكَالِ فِيهَا كَوْنُهَا مِنَ الْعُقُودِ وَالْعَقْدِ أَمْرٌ وَجَدَانِيٌّ يَتَحَصَّلُ مِنْ كَلَامَيْنِ فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا اتِّصَالٌ وَ مِنْ قِيَامِ التَّيْرَةِ الْقَطْعِيَّةِ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ الْمَوَالِيَةِ فِي مَوَارِدِ الْمَعَاوِضَةِ مِنْهَا فَإِنَّهُ قَدْ يَرْسَلُ الْهَدَايَا وَالْهَبَاتِ مِنَ الْبِلَادِ الْبَعِيدَةِ وَيَتَحَقَّقُ الْقَبُولُ مِنَ الْقَابِلِ بَعْدَ زَمَانٍ طَوِيلٍ وَ يَدُلُّ عَلَيْهِ قَضِيَّةُ مَارِيَةِ الْقَبْطِيَّةِ سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهَا الْمُوْهُوبَةِ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ

وَإِجَابِ الْوَاسِطَةِ وَ الْوَكِيلِ فِي الْإِرْسَالِ مُتَّصِلًا بِالْقَبُولِ بَعِيدًا وَالتَّفْكِيكِ بَيْنَ الْمَعَاوِضَةِ وَالْعَقْدِ أَبْعَدُ وَ لَكِنِ الْحَقُّ اعْتِبَارُ الْإِتِّصَالِ فِيهَا أَيْضًا وَإِرْسَالِ الْهَدَايَا مِنَ الْبِلَادِ الْبَعِيدَةِ لَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْإِنْفِصَالِ فَإِنَّ تَحَقُّقَ الْأَفْعَالِ مُخْتَلَفٌ مِنْهَا مَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى زَمَانٍ مَمْتَدٍّ كَمَا لَوْ وَقَعَتْ فِي حُضُورِ الْمُتَعَارِفِينَ وَ مِنْهَا مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ كَالْهَدَايَا الْمُرْسَلَةِ مِنَ الْأَمَاكِنِ الْبَعِيدَةِ فَإِنَّ الْفِعْلَ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِوُصُولِهَا إِلَى يَدِ الْمَهْدِيِّ إِلَيْهِ وَ جَمِيعُ هَذِهِ الْأَفْعَالِ الصَّيَادِرَةِ مِنَ الْوَاسِطَةِ كَأَنَّهَا صَادِرَةٌ مِنَ الْمَوْجِبِ فَهُوَ بِمَنْزِلِهِ مَنْ كَانَ فِي الْمَشْرِقِ وَ كَانَتْ يَدُهُ طَوِيلَةً تَصِلُ إِلَى الْمَغْرِبِ فَمَدَّ يَدَهُ وَأَعْطَى شَيْئًا لِمَنْ كَانَ فِي الْمَغْرِبِ فَإِنَّ فِعْلَهُ يَتِمُّ فِي زَمَانٍ وَصُولِ يَدِهِ إِلَى الْمَغْرِبِ فَتَأْمَلُ جَيِّدًا

### [مَسْأَلَةٌ مِنْ جَمَلَةِ الشَّرَائِطِ الَّتِي ذَكَرَهَا جَمَاعَةُ التَّنْجِيزِ]

قَوْلُهُ قَدَّسَ سِرَّهُ وَ مِنْ جَمَلَةِ الشَّرَائِطِ الَّتِي ذَكَرَهَا جَمَاعَةُ التَّنْجِيزِ إِلَى آخِرِهِ

لَا يَخْفَى أَنَّ بَطْلَانَ الْعَقْدِ بِالتَّعْلِيقِ الَّذِي هُوَ ضِدٌّ لِلتَّنْجِيزِ الْمَعْتَبَرِ فِي الْعُقُودِ لَيْسَ إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْإِجْمَاعِ أَوْ لِعَدَمِ صَدَقِ عُنَاوِينَ الْعُقُودِ وَ الْإِبْقَاعَاتِ عَلَيْهِ وَ إِلَّا فَلَمْ يَنْهَضْ دَلِيلٌ آخَرَ مِنَ الْعَقْلِ وَ النَّقْلِ عَلَى اعْتِبَارِ التَّنْجِيزِ الَّذِي يَعْتَبَرُ عَنْهُ فِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ بِالْجُزْمِ وَ ذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَمْتَنِعُ عَقْلًا هُوَ التَّعْلِيقُ فِي الْإِنْشَاءِ فَإِنَّ الْإِبْقَاعَاتِ سِوَاهُ كَانَ عَتَابِيًّا أَوْ تَكْوِينِيًّا يَسْتَحِيلُ أَنْ يَعْطَى عَلَى شَيْءٍ أَيْ كَمَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يَعْطَى وَقَوْعُ الضَّرْبِ عَلَى أَحَدٍ عَلَى كَوْنِهِ عَدُوًّا فَكَذَلِكَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ إِشَاءَةً شَيْئًا أَوْ إِخْبَارًا بِهِ مُتَعَلِّقًا عَلَى شَيْءٍ فَإِنَّ إِجْبَادَ الْمَعْنَى الْمَقْصُودَ بِاللَّفْظِ إِذَا لَا يَحْصُلُ رَأْسًا وَ إِذَا يَحْصُلُ مُطْلَقًا فَوْقَوعِ الْإِبْقَاعَاتِ مُعْلَقًا مَرْجِعُهُ إِلَى التَّنَاقُضِ

وَ بِالْجَمَلَةِ فَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَخْبَرُ بِهِ مُعْلَقًا بِأَنْ يَقُولَ أُعْطِيَكَ أَنْ أَتَيْتَنِي وَ أَنْ يَكُونَ نَفْسُ هَذَا الْإِخْبَارِ مُعْلَقًا فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ مُعْلَقًا

فلا- يتحقّق الإخبار و هكذا فرق بين أن يكون المنشأ معلقاً بأن ينشأ البيع على تقدير كون اليوم يوم الجمعة و أن يكون أصل إنشائه البيع معلقاً فإنه لو كان



كذلك لاستحالة الإنشاء فما هو محلّ الكلام التعلّيق في المنشأ و صحّته لا يخفى على أحد بل وقوعه في الأحكام الشرعيّة فوق حدّ الإحصاء فإنّ أغلب الأحكام الشرعيّة بل جميعها إلّا ما شذّ قضايا حقيقيه و أحكام مشروطه على تقدير وجود موضوعاتها و وقوعه في الجملة في العقود و الإيقاعات كالوصيّة و التدبير و النذر و أخويه مما لا إشكال فيه

ثم إنّه لا ينحصر التعلّيق في أداه الشرط بل كلّ ما كان في معنى التعلّيق و لو بغير الأداه كالتعلّيق بالزّمان المعبر عنه في كلماتهم بالتعلّيق بالوصف و في كلمات بعضهم بمعلوم الحصول كقوله أنت و كيلى في يوم الجمعة يدخل في محلّ النزاع فبناء عليه التعلّيق إمّا على الزّمان أو على الزّمانى و حيث إنّ صحّحه العقد لا تتوقّف على التعلّيق على الزّمان لم يدخله المصنّف قدّس سرّه في مورد التفصيل فنحن نتبعه أيضا في التّقسيم

فنقول المعلق عليه العقد إمّا أن يكون معلوم التّحقّق و إمّا أن يكون مشكوكا و على التّقديرين إمّا أن يكون حاليا أو استقباليا و على التّقادير إمّا أن يكون ممّا يتوقّف عليه صحّحه العقد ثبوتا كتوقف الطلاق على الزوجيّة بناء على بطلان إيقاع الفضولى و إمّا أن لا يتوقّف عليه صحّحه العقد كتعليقه على مجىء الحاج فالأقسام ثمانية إلّا أن في توقف صحّحه العقد على الأمر الاستقبالي سواء كان مشكوكا أو متيقّنا مجرد تصوير لأنّ الشّروط المعتره في العقد لا بدّ أن يكون حاصلًا حين الإنشاء إلّا أن يقال في باب السّلم يتوقّف ثبوتا صحّحه العقد على الأمر الاستقبالي بأن لا يكون المسلم فيه عزيز الوجود فلو قال بعتك الحنطه سلما إذا كان مبدولا في ذاك الزّمان دخل في التعلّيق على الأمر الاستقبالي المعلوم أو المشكوك حصوله و ممّا يتوقّف صحّحه العقد عليه

و كيف كان فالمتيقّن من الإجماع بطلان التعلّيق بما كان مشكوك الحصول و لم يتوقف صحّحه العقد عليه حاليا كان أو استقباليا و الظاهر أنّ الاستقبالي المعلوم الحصول زمانا كان أو زمانيا إذا لم يتوقف صحّحه العقد عليه ملحق بالصّورتين المتقدّمتين في دخوله في معقد الإجماع و أمّا باقى الصّور الخمس و هو معلوم الحصول الحالى الذى لا يتوقّف عليه صحّحه العقد و الصّور الأربع التى يتوقّف عليه صحّحه العقد فهى خارجه عن معتقد الإجماع فلا محذور في تعليقها بها بل الحقّ أنّ الإجماع الثابت في الصور الثلاثة ليس إجماعا تعبديا بل إنّما أبطلوها لتوهم اعتبار التّنجيز أو مانعيه التعلّيق

نعم يمكن أن يقال إنّ التعلّيق ليس ممّا جرى عليه العرف و العاده في الأمور العهديه و العقود المتعارفه بين عامه الناس و إن مسّت الحاجه إليه أحيانا في العهود الواقعه بين الدّول و الملوك فلا يشملها أدلّه العقود و العناوين لكونه ممّا يشكّ في صدقها عليه و من هذا البيان يظهر وجه الصّححه فيما لو علق العقد على ما يتوقّف صحّته عليه سواء كان المعلق عليه معلوما أو مشكوكا لجريان العرف و العاده على التعلّيق عليه سيّما إذا كان مشكوكا فإنّ طريق التخلّص منوط به و نرى وقوعه كثيرا بين عامه الناس و بعد كونه متعارفا يصدق العقد عليه فلا محذور فيه و هذا هو المدرك للصّححه لا ما أفاده شيخ الطائفه بأنّ المنشئ لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد فإنّ هذا الوجه لا ينهض لدفع محذور التعلّيق إن كان فيه محذور كما أورد عليه المصنّف قدّس سرّه

و حاصله أنّ ما يتوقّف عليه العقد من

حيث ترتب الأثر الشرعى عليه هو المتوقف على الشرط لا ما ينشأ المنشئ فإن إنشاءه لا يتوقف على التعليق لتمكنه من أن ينشأ منجزا فيقول بعت أو هى طالق فإذا كان التعليق مضرا أو فرضنا أن إنشاء المنشئ لا يتوقف عليه ثبوتا بل الحكم الشرعى متوقف عليه و يمكنه إثباتا إيجاد العقد منجزا يبطل بإيجاده معلقا

و بالجمله التعليق فى الحكم الشرعى ليس من مدلولات كلام المتكلم و من منشئاته و ما هو من منشئاته لا يتوقف ثبوتا على التعليق فيضمره إثباتا إذا كان أصل التعليق مضرا انتهى و لكن لا يخفى أن ما يتوقف عليه الحكم الشرعى تاره لا يتوقف إنشاء المنشئ عليه و هو ما كان من مقتضيات إطلاق العقد كالباع الواق عن البائع و أخرى يتوقف عليه الإنشاء ثبوتا أيضا و هو ما كان ركنا و موضوعا للعقد أو الإيقاع كالزوجيه للإطلاق و الرقبه للتعق فالتعليق على أمثالهما لا يضر لأنه لم يشترط إلا ما يتوقف العقد عليه فالأولى هو التفصيل لو كان التعليق بإطلاق

### [مسألة و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول]

قوله قدس سره و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول إلى آخره

لا يخفى أن اعتبار التطابق من القضايا التى قياساتها معها لأن العقد عباره عن أمر وجدانى متحصّل عن الإيجاب و القبول فلو أنشأ أحدهما البيع و الآخر قبل بعنوان الهبه أو أحدهما باع الجارىه و الآخر اشترى العبد لم يتحصّل معنى واحد منهما لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر نعم لو لم تكن الخصوصيه التى اختلفا فيها ركنا فى المعامله و لا- توجب اختلاف فى العقد مثل كون المخاطب هو المشتري أو كونه وكيلا- منه فلا- بأس بعدم التطابق لما عرفت أن البيع تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله مع بقاء الطرف الآخر بحاله فالمعاوضه تقع بين المالىن و لا خصوصيه لمالكهما و هذا بخلاف عقد المزواجه فإن العلقه فيها تحصل بين الزوجين فهما بمنزله العوضين فى باب المعاوضه فلا بدّ فى النكاح من التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى الزوج و الزوجه

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه لا بدّ من اتّحاد المنشأ حتى بالنسبه إلى التوابع و الشّروط فلو أنشأ أحدهما مع شرط و قبل الآخر بلا شرط أو باع البائع عبيدين و قبل المشتري أحدهما و غير ذلك ممّا هو نظير ما ذكرناه لم يصحّ أيضا لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر و لا يفيد لصحّه العقد المختلف فيه من حيث الإنشاء ثبوت خيار تبعض الصّيفقه و التوقّف على الإجازة اللذان هما من آثار العقد الصّحيح لأنّه لا بدّ أولا من صحّه العقد باتّحاد المنشأ بأن يتقبل المشتري ما يملكه البائع و ما لا يملكه كليهما حتى يتخير بين الفسخ و الإمضاء لو علم بالحال فما يترتب على الصّحه لا يمكن أن يكون منشأ للصّحه

نعم فى بعض الأمثله يمكن دعوى تطابق الإنشاءين كما لو قال بعتك الكتاب بدرهم و الثوب بدرهم فقال قبلت الثوب بدرهم لأنهما عقدان مستقلان و كيف كان فلا إشكال فى الكبرى

### [مسألة و من جملة شروط العقد أن يقع كلّ من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء]

قوله قدس سره و من جملة شروط العقد أن يقع كلّ من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكلّ منهما الإنشاء إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا الشرط أيضا كالشرط السابق من القضايا التي قياساتها معها بل منشأ اعتباره هو المنشأ لاعتبار الشرط السابق لأنّ العقد لا ينعقد إلّا بفعل الاثنين فلو فقد حين أنشأ أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقا أو لاحقا لا أثر له و مجرد تحقّق الشرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشائه جزءا للعقد لا إيقاعا مستقلا فلو كان المشتري

حين إنشاء البائع نائما لا يصح العقد و كذلك العكس

و التفصيل بينهما كما في حاشية السيد قدس سره لا وجه له و ما يدعيه من الصيحه بلا إشكال في العقود الجائزه فإنما هو في العقود الإذنيه لا العهديه ثم لا فرق بين الموت و الجنون و نحوهما و بين الفليس و الرقبه و نحو ذلك لأن المدار في التطابق بين المشتري و البائع حال العقد على اجتماع جميع شرائط الصيحه و اللزوم و بعبارة أخرى المدار على ما به يصير العقد عقدا نعم رضا المشتري حين إيجاب البائع و كذا العكس غير المعتبر في صحه العقد و المعاهده لأن ما يعتبر في صدق العقد هو قصدهما لإيجاد الماده لا رضاهما به فلا يكون صحه بيع المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعده

### [ فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغه ]

قوله قدس سره فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغه إلى آخره

قد يقال بأن اعتبار العقدية و المعاهده بين الإنشاءين يقتضى أن يكونا متفقين في الصيحه فلو اختلفا بأن اعتقد المشتري فساد العقد الفارسي فصحته عند الموجب لا أثر له و هكذا العكس و هذا من غير فرق بين اتفاهما على الفساد أو اختلافهما فيه فكما يبطل العقد الحدى إيجابه فاسد بنظر المشتري و قبوله فاسد بنظر الموجب فيكون العقد مما اتفقا على بطلانه فكذا يبطل لو اختلفا فيه كما إذا كان أحد الركنين فاسدا و ذلك لما حقق في الأصول من أن الأحكام الظاهرية أحكام لمن لا ينكشف خلافها عنده فالإجزاء لا وجه له إلا في تبدل الرأي و مثله بالنسبه إلى القضاء و الإعادة في العبادات لقيام الإجماع عليه و أما في غيره كافتداء من يرى وجوب السوره بمن لا يرى وجوبها و يتركها في الصلاة فلا دليل عليه

ففي المقام من يرى فساد سبق القبول على الإيجاب كيف يصح منه الإيجاب بعد هذا القبول و ما أفاده المصنف قدس سره من أن الوجهين الأولين و هو جواز اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه و عدم جواز اكتفائه مبيّان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها هل هي بمنزله الواقعيه الاضطراريه أم هي أحكام عذريه لا موضوع له في المقام لأن المسلم من ترتيب أثر الحكم الواقعي الاضطراري على الحكم الظاهري هو ما إذا كان فعل العامل بالحكم الظاهري موضوعا بالنسبه إلى غيره كمن اعتقد صحه العقد الفارسي و تزوج امرأه به فلا يجوز لغيره أن تزوج بهذه المرأة ما دامت في حباله الزوج و إلا كيف يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى بطلانه و كيف يصح أن يوكل الزوج الذي يرى بطلانه من يعتقد صحته

و بالجملة التّكاح فعل واحد و أمر خاص يحصل من الإيجاب و القبول فمن يظن فساد الإيجاب اجتهادا أو تقليدا كيف يجوز له قبول هذا الإيجاب فضلا عن قطع بفساده نعم لو قلنا بصحته فالوجه الثالث أردأ الوجه لأن مجرد عدم القائل لا يقتضى الفساد فلو فرضنا عدم القائل بجواز تقديم القبول و جواز العقد الفارسي و القابل أنشأ قبل الإيجاب و الموجب أنشأ بالفارسي مع أن كلا منهما يرمى صحه إنشاء نفسه من حيث هو فلا وجه لبطلانه

و بالجملة الحق عدم صحه اكتفاء كل منهما بما يراه صحيحا عند الآخر و فاسدا عند نفسه و لا فرق بين هذه الصوره و الإخلال بالتّنجيز و الموالاه و نحوهما التي حكم المصنف قدس سره أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن فساد الجزء في باب العقد

كفساد المجموع هذا مع أنّ في غير التّنجيز في فساد المجموع تأملا- فإن في باب التّنجيز يمكن أن يقال إنّ البائع إذا أنشأ الإيجاب معلقا زاعما صحّته وقبل المشتري هذا الإيجاب الذي

يعتقد فساده يكون قبوله أيضا باعتقاده فاسدا لأن قبول المعلق

و أما الإخلال بالموالاه فكيف يفسد كلا الجزئين فإنَّ القابل الذي يعتقد عدم اعتبار الموالاه إذا أوجد القبول بعد مده لا يفسد الإيجاب عنده و إلا فيقتضى أن يكون فساد كل جزء موجبا لفساد المجموع و لعلَّ هذا وجه نظر المصنف قدس سره بقوله فتأمل

و لكن الأقوى أن يقال و إن كان بين العقد و الإيقاعين فرق فإنَّ العقد يرتبط كل جزء منه بالآخر إلا أن ذلك لا يقتضى فساده فيما إذا اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فإنَّ اختلافهما في اعتبار تقديم الإيجاب و الماضيه و نحوهما ليس كاختلافهما في المنشأ بأن ينشئ أحدهما البيع و الآخر الهبه فإنه لو لم يتطابقا في المنشأ لا يرتبط الإيجاب بالقبول و هذا بخلاف ما إذا اختلفا في شرائط الصيغه فإنَّ الإيجاب بالفعل المضارع و إن كان باطلا عند القابل إلا أن فعل الموجب و منشأه لا يدخل في مفهوم القبول كالعكس فإذا أوجد البائع ما هو وظيفته باعتقاده فقد أتى بأحد جزئي العقد و هكذا من طرف المشتري

و التعليل للفساد بأنَّ العقد متقوم بالطرفين فاللزام أن يكون صحيحا من الطرفين كما في العروه أو بأن البيع فعل واحد تشريكي و لا بد من كونه صحيحا على مذهب كل منهما كما في حاشيه السيد لا يستقيم لأن تقوم العقد بالطرفين لا يقتضى أن يكون الموجب ينشئ مقصوده على نحو ينشئ طرفه مقصوده به و كون البيع فعلا- واحدا تشريكي ممنوع بل فعلا-ن مرتبط أحدهما بالآخر فتأمل

### [مسألة في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

#### [الأول الضمان]

#### إشاره

قوله قدس سره لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه إلى آخره

لا يخفى أن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد يقع في مقامين الأول في الحكم التكليفي و الثاني في الحكم الوضعي أما حكمه التكليفي فقد يقال بجواز تصرف القابض لأنَّ فساد المعامله لا يوجب زوال الإذن و الرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد لأنَّ الجنس لا يتقوم بفصل خاص و أما حكمه الوضعي فقد عرفت في الأمر الثامن في المعاطاه ما يظهر من بعضهم من حصول الملك بالقبض الحاصل بعد العقد الفاسد زاعما كونه معاطاه أو راجعا إليها و فيهما ما لا يخفى

أمّا في الأوّل فلائذ الرضا أمر بسيط ما به امتياز عين ما به اشتراكه و ليس من قبيل الجنس المتقوم بفصول مختلفه حتى يبتنى على تلك المسأله فإذا لم يرتب الشارع على الرضا في ضمن المعامله الفاسده أثرا فليس هناك رضا آخر نعم لو فرض رضا جديد بتصرف المأذون في ملك الآذن فهو موجب لجواز التصرف و لكنّه خارج عن الرضا بالمعاقده

و بالجمله فرق بين الرضاء الحاصل من باب أنه ملك للقابض للجهل بالفساد أو للبناء على الصحه تشريعا أو لا هذا و لا ذاك بل مجزّد البناء المعاملى و لو عصيانا كما فى بناء الغاصب و المقامر و نحوهما على البيع و بين الرضاء الحاصل من باب أنه ملك للآذن و ما يوجد فى المقبوض بالعقد الفاسد هو الأول و المفروض أن الشّارع لم يرتّب عليه الأثر فالأقوى بالنسبه إلى الحكم التكليفى هو حرمة التصرّف و وجوب الرد فورا و أمّا فى الثّانى فقد عرفت أن القبض الواقع بعد العقد الفاسد إنّما يقع وفاء لا إغماضا عن العقد فالأقوى عدم حصول الملك بالقبض بعد العقد الفاسد فيضمن القابض ما أخذه به

و الدليل عليه مضافا إلى دعوى الإجماع عليه من الأساطين النبويّ المعمول به عند الفريقين على اليد ما أخذت حتى تؤدى فإنّ الظرف فى المقام ظرف

مستقرّ لوقوعه خبرا فاستقرار الأموال و ثبوتها على اليد ظاهر فى الحكم الوضعى كما إذا قيل عليه دين أو عين أى يستقرّ عليه الدّين و حمل الحديث على الحكم التّكليفى خلاف الظاهر لاقتضائه أن يجعل الظرف لغوا و يقدر يجب و نحوه و لا شاهد عليه

نعم إذا كان متعلّق الحروف الجاره و ما أسند إليه الظرف فعلا من الأفعال كما إذا قيل عليه القيام و القعود فظاهره فى الحكم التّكليفى ثم إنّ كلمه الموصول عمومها باعتبار صلتها فإذا كان الأخذ عامًا لكلّ ما دخل تحت اليد و استولى عليه الأخذ سواء كان عدوانا أو لم يكن فيكون خروج اليد الحقه كموارد إذن المالك الحقيقى أو إذن المالك المجازى مجانا بالتخصيص و أما لو قلنا بأن الأخذ هو الأخذ عن قهر و الاستيلاء بلا حقّ كما هو الظاهر فخروجها بالتخصّص و تظهر الثمره فى الشّبّهات المفهوميه كما سيجىء الإشاره إليها إن شاء الله تعالى فى طى المباحث

و كيف كان فدلاله النبوى على الضمان فى الجملة لا إشكال فيه و يدل عليه أيضا قوله ع فى الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتري أنّه يأخذ الجارىه صاحبها و يأخذ المشتري ولده بالقيمه فإن حكمه ع بضمان الولد ليس إلّا لكونه تابعا للعين فيقتضى كون العين مضمونه

و توضيح ذلك أن ضمان المنافع تاره يكون تبعا لضمان العين و أخرى يكون مستقلاّ و القسم الثّانى على أقسام منها ما إذا أتلّف المنفعه باستيفائها كما إذا سكن الدّار المستأجره بالإجاره الصّحيحه أو الفاسده فإنّ العين فى الأولى ليس مضمونه و تضمن المنفعه و فى الثّانيه و إن كانت مضمونه إلّا أن ضمان المنافع ليس تبعا لها بل إنّما يضمنها من باب قوله ع من أتلّف مال الغير و منها هذه الصّوره مع عدم كون العين تحت يد التلّف كمن ركب دابّه الغير أو جلس فى بيته مع كون الدابّه و البيت تحت يد المالك أو شرب حليب شاه الغير و أكل من ثمره بستانه و منها ما إذا تلفت المنفعه بسبب منه كما لو منع مستأجر الدار عن التصرف فيها فإنّه يضمن المنفعه

و على أىّ حال ليس استيلاء الأمه داخلا تحت هذه العناوين فإنه لم يستوف منفعه الأمه فإن استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب و الجلوس و الأكل و الشرب و الوطى و نحو ذلك و عد العرف حصول الولد له منفعه من الأمه لا اعتبار به لأنّ نظر العرف ليس متبعا فى تعيين المصاديق

نعم أوجد ما هو السّبب لفوت المنفعه على المالك لأن وطيه الذى استلزم الحمل صار سببا لفوت المنفعه عليه و لكن ضمان من منع المالك من التصرف حتى تلف المنفعه ممنوع إلّا إذا قيل بأنّ قاعده لا ضرر كما ينفى الحكم الثابت الذى يلزم منه الضرر كذلك تثبت الحكم الذى لو لا تشريعه لزم منه الضرر

و بالجملة الذى استوفاه المشتري إنّما هو الوطى و المفروض أنّ القيمه لم تجعل عوضا له بل للولد و الولد ليس من المنافع المتلفه و لا ممّا كان المشتري سببا لإتلافها لأنّ الولد لم يكن لمالك الأمه حتّى يكون مشتري الأمه سببا لإتلافه فليس استيلاء الأمه إلّا من قبيل منع المالك من السكنون فى داره فضمن الولد الذى يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حرّا إنّما هو من جهة تبعيه المنافع التّالفه للعين المضمونه فيدلّ الخبر على ضمان العين لا للأولويّه بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التّالف و بالجملة



منشأ الضمان إما قاعده اليد أو الإلتلاف أو التسيب و الأخيران منتفیان فی المقام أما الإلتلاف فلأنّ الأب لم يستوف المنفعه فإنّ الولد لا يعد من المنافع فإن حكمه حكم الأب و الأم فكما أنه لا يكون

من المنافع مع أنهما من أعظم ما يتصوّر من الفوائد في الدّنيا فكذلك الولد فمراد المصنّف قدّس سرّه من أن الاستيلاء ليس استيفاء أنّه ليس ممّا استعمله و أتلفه المستولد

و الأصل في هذا التّعبير العلّامه قدّس سرّه فإنّه قال في التذكرة منفعه بدن الحر تضمين بالتفويت لا بالفوات فلو قهر حرًا و استعمله في شغل ضمن أجرته لأنّه استوفى منفعه و هي متقومه كما لو استوفى منافع العبد و لو حبسه مدّه لمثلها أجره و عطل منفعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأجره لأنّ منفعه تابعه لما لا يصحّ غضبه إلى آخره

و مراده من قوله فهو كالتّلف أن الولد لو لم يكن حكم الشّارع بحريته كان تابعا لأمه في الرقيه و أمّا بعد حكمه بها فيكون كالتلف السيّماوى و في باب ضمان اليد لا فرق بين التلف السيّماوى و ما بحكمه و أمّا باب التّسبب فواضح أنّ وطى المشتري ليس سببا لتلف المنفعه الموجوده المملوكه لمالك الأمه فلا يدخل تحت قاعده الضّمان بالتّسبب فانحصر أن يكون منشؤه ضمان اليد لأن سائر ما يوجب الضّمان منتف في المقام

### [القول في القاعده المعروفه كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و عكسها]

قوله قدّس سرّه ثم إنّ هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده إلى آخره

قد يقال بأنّ هذه القاعده لم يدلّ عليها نصّ و لا وقعت في معقد إجماع حتّى تكون مدركا لضمن المقبوض بالعقد الفاسد فعلى هذا لا أهميته في بيان معناها أصلا و عكسا و بيان مدركها كما اهتمّ به المصنّف و لكنّك خبير بأنّ ظاهر صدر العنوان و إن دلّ على أنّ هذه القاعده أصلا و عكسا من الأصول المسلّمه و القواعد الكليه الشرعيّه إلّا أنّه يظهر من مجموع كلامه أنّه بصدد بيان ما هو خارج عن قاعده اليد تخصّصا أو تخصيصا فإنّ اليد تقتضى الضّمان و يرفع هذا الاقتضاء في الجملة إذن المالك و تسليطه فالمهم بيان ما يخرج عن العموم و ليس ذكر القاعده المعروفه أصلا و عكسا إلّا لبيان ذلك

إذا عرفت ذلك فنقول الضّمان قد يراد به المعنى المصدرى كما في قاعده الخراج بالضّمان كما تقدم وجهه و قد يراد به المعنى الاسم المصدرى كما في المقام فإن يضمن حيث إنّ مبنى للمفعول يناسب المعنى الاسم المصدرى مع أنّ تعهّد الضّامن في الفاسد كالعدم فالجامع بينه و بين الصّحيح هو هذا المعنى و كما في باب الغصب و المقبوض بالسوم و نحو ذلك ممّا حكم الشّارع بالضّمان من دون تعهّد الضّامن و التزامه و هو في الأصل مأخوذ من ضمن بمعنى التّزم و تعهّد فكان الضّامن بجعله الضّمان أو بالجعل الشرعيّ متضمّن للمال و مثبت في ذمته الّتى هي واد و سيع

و بالجملة معنى الضّمان كون المال في الذمّه و من آثار ثبوت المال في الذمّه الغرامه و الخساره لا أنّ الغرامه معناه الحقيقي ثم إنّ ليس معنى الضّمان كون تلف ما يضمنه الضّامن في ملكه كما احتمله العلّامه في الأوانى المكسوره و اختاره صاحب المقابس في مطلق الضّمانات و لو في غير باب الإتلاف كباب المغصوب و نحوه لأنّه لا موجب لتقدير التّالف ملكا لمن تلف في يده لأنّ الغرامه في باب الإتلاف و الغصب ليست معاوضه حتّى يعتبر دخول معوّضها في ملك الغارم

ثم إنّ اختلاف آثار الضّمان و أحكامه باختلاف مواردّه لا يوجب اختلافاً في معناه فإن معناه كما عرفت هو كون الشئ ٤ في عهده الضامن و الخروج عن العهده و تفرّغ الذمّه عمّا اشتغلت بها تاره بالعرض المسمّى و أخرى بالمثل أو القيمه و ثالثه بأقلّ الأمرين كما في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض فاختر في المسالك ثبوت أقلّ الأمرين و ذلك لأنّ المتّهب كان له التّخير

مع بقاء العين بين ردّها و دفع المسمّى فإذا تلفت فإن كان الأقل هو المسمّى فقد رضى به الواهب و إن كان قيمه العين فحيث إنّ المتّهب كان مخيرا فله ردّ الهبه برّد قيمه العين

و لكن عن جماعه تعيّن دفع المسمّى لأنّ تعدّد رد العين أوجب تعيّن أحد عدلى التّخيير مع أنّه يمكن أن يقال بأنّ الضّمان فى الصّحيح و الفاسد كليهما المثل أو قيمه فإنّ الضّمان بالمسمّى فى الصّحيح هو قبل القبض و هو خارج عن القاعده فإنّها أسست لموارد ضمان اليد و هو يتحقّق بالقبض و يقال إنّ بالقبض ينتقل الضّمان و معنى انتقاله أنّ المسمّى يصير بعد القبض هو المثل أو قيمه و معنى ضمان القابض بعد قبضه مع أنّ المقبوض ملكه أنه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو انفساخ يجب عليه ردّ المثل أو قيمه فالمثل أو قيمه هو المضمون فى الصّحيح و الفاسد

و بالجمله مرادهم من انتقال الضّمان بالقبض أنّ الضّمان قبل القبض كان على المنتقل عنه و بعده انتقل إلى المنتقل إليه و لا شبهه أنّ الضّمان كما ينتقل عن المالك الأصلي إلى المالك الفعلى كذلك ينتقل بالقبض من الضّمان الجعلى إلى الضّمان الواقعى أى ينتقل من المسمّى إلى المثل أو قيمه فلا فرق بعد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح و الفاسد و على هذا فلا وجه للالتزام بأن الخروج عن العهده فى العقد الفاسد أيضا بأداء المسمّى حتّى لا يلزم التفكيك بين لفظى الضّمان فى قولهم يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لما عرفت من عدم لزوم الاختلاف مع أنّ كيفية الخروج عن العهده خارج عن حقيقه الضّمان فلو التزمنا بأن كفيته فى العقد الصّحيح بأداء المسمى و فى الفاسد بأداء المثل أو قيمه فلا يلزم تفكيك فى معنى الضّمان

ثم لا يخفى ما فى كلام المصنف فى ردّ من توهم أنّ الضّمان فى الفاسد أيضا بالمسمّى بأن احتماله ضعيف لا لأن ضمانه المسمى يخرج من فرض الفساد إذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكة و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيه نظير المعاطاه على القول بالإباحه إلى آخره فإنّ الجمع بين الفساد و تعيّن المسمّى للعوضيه جمع بين المتناقضين و تعيّن العوض المسمى فى المعاطاه ليس مع فرض فسادها لأنه لا يعقل مع عدم تعلّق الجعل الشرعى بكون المسمّى عوضا و حكمه بفساده أن يكون عوضا بل تعيّن للعوضيه فى المعاطاه إنما هو مع فرض صحّتها غايه الأمر أنّها لا تفيد التّمليك الّذى قصده المتعاطيان ابتداء بل إمّا تفيد الإباحه أو التّسليط أو التّمليك بشرط تحقّق أحد الملزومات و على أىّ حال تصح المعاطاه لا أنّها تفسد و مع ذلك يتعيّن المسمّى للعوضيه فقياس العقد الفاسد على المعاطاه على القول بالإباحه قياس مع الفارق

قوله قدّس سرّه ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع إلى آخره

لا يخفى أن بعضهم عبّر عن هذه القاعده بقوله كلّ عقد يضمن بصحيحه إلى آخره و بعضهم عبّر عنها بقوله ما يضمن بصحيحه إلى آخره و على أىّ حال المقصود واحد فإنّ المراد من العقد ليس خصوص ما لم يكن فيه شائبه الإيقاع بل يشمل كلّ ما فيه تضمين و تعيّد فمعناه أنّ كلّ ما صدر على وجه التعويض فالفاسد منه كصحيحه يوجب الضّمان فىكون المراد من عكسه أنّ كلّ ما صدر لا على وجه التعويض بل مجانا ففساده كصحيحه لا يوجب الضّمان و على هذا فتشمل القاعده مثل الجعالة و الخلع فلو فرضنا كون الخلع فاسدا فليس المهر للزوج مجانا كما أنّه لو فرض أن عوض الخلع كان مال غير الزّوجه فلا يمكن أن تكون

الزّوجه مطلقه بلا عوض بل إمّا يفسد الخلع و إمّا

يجب عليها المثل أو قيمه و هكذا في مسأله الجعاله

ثم بعد ما ظهر أنّ هذه القاعده إنّما أُسِّست لموارد تمييز اليد المجائيه عن غيرها فلا- بدّ من أن يكون معناها مطابقا لما هو مدركها و لا وجه لما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الكلام في معنى القاعده لا في مدركها فعلى هذا لو كان ظاهر هذه القاعده ما أفاده قدّس سرّه من أنّ الموضوع هو العقد الّذى كان له بالفعل فرد صحيح و فاسد و كان هذا المعنى منافيا لمدركه فيجب أن يحمل على معنى آخر لا يكون منافيا لدليله و المعنى الصّحيح هو الّذى ذكرناه و حاصله أنّ المراد من الأصل أنّ كلّ عقد صحيح صدر على وجه التّعويض فالفساد منه يوجب الضّمان و المراد من العكس أن كلّ ما صدر صحيحه مجانا فالفساد منه لا- يوجب الضّمان و هذا المعنى جامع و مانع و لا يحتاج إلى إرادته التّوع في العقد و لا الصّنف و لا خروج ما كان موجب الضّمان هو الشّروط دون العقد و لا فرض الوجود بالفعل للصّحيح و الفاسد لأنّ كلّ ما صدر مجانا كالهبه الغير المعوّضه و الصّالح في مقام الإبراء فالصّحيح و الفاسد منه لا يوجب الضّمان كما أنه لو فرض صحّحه البيع بلا ثمن و الإجاره بلا أجره فكذلك لا يوجب الضّمان لأنّ فرض صحّحه معناه مجائيه المبيع و العمل ففساده و لو كان ناشيا من قبل الشّروط لا يوجب الضّمان

نعم لو كان الشرط فاسدا بعد التعويض كما لو جعل بإزاء المبيع الثمن ثم شرط أنّه لو تلف المبيع عند المشتري فضمامه على البائع فهذا خارج عن عنوان البحث لأنه التّزام في التّزام و سيجىء حكمه و بالجملة ما احتمل بعضهم في العبارة من أن يكون معناها أن كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد و رتب عليها عدم الضّمان في مثل بعثك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره هو المعنى الصّحيح للقاعده لأنّ هذه القاعده كجميع القضايا الحقيقيه الحكم فيها مرتب على فرض وجود الموضوع فمعناها أن كلّ ما يضمن لو كان صحيحا يضمن بفساده و كلّ ما لا يضمن لو كان صحيحا لا يضمن بفساده و فرض صحّحه البيع بلا- ثمن عبارته أخرى عن فرض المجائيه ففساده و لو كان من قبل نفس هذا الفرض حيث إنّ البيع بلا ثمن باطل لا يقتضى الضّمان

قوله قدّس سرّه ثم إنّ لفظه الباء في بصحيحه و بفساده إلى آخره

لا يخفى أنّ الباء يستعمل في الظّرفيه كقوله سبحانه وَ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ بِدَّرٍ وَقَوْلِهِ نَجَّيْنَاهُمْ بِسَيْحَرٍ وَ السَّبِيهِ كقوله عز من قائل إِنَّكُمْ ظَلَمْتُمْ أَنْفُسَكُمْ بِاتِّخَاذِكُمُ الْعِجَلِ وَقَوْلِهِ فَكُلَّا أَخَذْنَا بِذُنُوبِهِ وَ لَيْسَتِ السَّبِيهِ أظهر من الظّرفيه فعلى الظّرفيه لا يلزم تفكيك و على السببيه يختلف معناها في الصّحيح و الفاسد فإنّ الضّمان في قولهم بصحيحه مسبب عن العقد و في الفاسد مسبب عن القبض

نعم يمكن أن يوجّه هذا المعنى أيضا بأنّ العقد في كلّ منهما هو السبب الناقص فإنّ القبض لو لم يتحقّق في الصّحيح لم يتحقّق الضّمان لقولهم و بالقبض ينتقل الضّمان و في الفاسد العقد أيضا منشأ للقبض الّذى هو منشأ للضّمان و لكنّه لا يخفى الاختلاف بين الصّحيح و الفاسد في السببيه لأنّ القاعده حيث ما عرفت أنّها لتأسيس تمييز موارد التّسليط المجاني عن غيره فالتّسليط مع العوض الّذى يقتضى الضّمان في الصّحيح مستندا إلى العقد و هذا لا ينافى إناطه صحّحه العقد بالقبض كما في الصرف و السّلم أو كون تلف المبيع قبل القبض على البائع الانفساخ العقد فإنّ شرطيه القبض لا يوجب أن يكون الضّمان مستندا إليه

كما أنّ انفساخ المعامله بعدم القبض لا يوجب أن يكون الضمان

ناشياً عن القبض فإنَّ الضَّمان قبل القبض ضمان تبعيٌّ و الضَّمان الأصلي من البائع هو ضمان الثمن و هو بنفس العقد حاصل و هذا بخلاف الضمان في مورد الفساد فإنه مستند إلى القبض إلّا أن يقال إنَّ الجامع بينهما هو السببيّة في الجملة و هذا كاف في استعمال لفظه بآء في كلا الموردين

قوله قدّس سرّه ثم إنَّ المدرك لهذه الكليّة إلى آخره

لا يخفى أنّه بعد ما ظهر أن عموم على اليد مقتض للضمان في جميع ما دخل تحت اليد فلا مجال إلا للبحث عما يرفع الضمان فنقول يشترط في تحقّقه أمور الأوّل أن يكون الاستيلاء على المال ناشئاً عن التّسليط المجاني سواء كان في المقبوض بالعقد الفاسد أو بغيره كما لو أذن في إتلاف طعامه مجاناً فأكله المأذون لأن مورد البحث هو المقبوض بالعقد الصّحيح أو الفاسد أو ما هو بمنزلة العقد لا فيما لا يدخل تحت اليد لأنّ هذه القاعدة أسست للضمان الناشئ عن المعاوضة أو المجانيّة بالنسبة إلى ما دخل تحت اليد و ليست لبيان موجبات الضمان و روادعها مطلقاً

ثم إنّه كما يمكن أن يتحقّق القبض في الأعيان فكذلك يمكن أن يتحقّق في المنافع تبعاً لقبض الأعيان فما أفاده قدّس سرّه من أن قاعده اليد لا تشمل المنافع و الأعمال المضمونه في الإجاره الفاسده لا وجه له أمّا باب المنافع فأخذ كلّ شىء بحسبه و أمّا باب الأعمال فلأن منشأ الضمان فيها هو احترام عمل المسلم فإن مدرك الضمان لا ينحصر بقاعده اليد بل قاعده الإتلاف و احترام الأعمال كافيان لإثبات الضمان فإذا فرضنا أنّ المالك تبرّع بالعمل أو سلّط المتلف على إتلاف ماله مجاناً فلا ضمان لأنّ في ضمان الأعمال يشترط أمور ثلاثه

الأوّل أن لا- يكون سبب الفساد إجاره ما لا يرجع نفعه إلى المستأجر كما لو استأجر شخصاً ليصلّي ما وجب على نفسه و في حكمه باب السّبق و الرّمايه كما تقدم و الثّاني أن لا يكون العامل مبتدئ بالعمل بلا أمر و لا إجاره و لا إذن فإنه لا يضمن عمله من عمل له و لو لم يقصد العامل التبرع الثالث أن لا- يكون العامل متبرعاً و بالجملة إذا تحقّق مقتضى الضمان من قبض المضمون بالقبض المعتبر في باب العقود و هو التّخليه في إجاره الأموال و استيفاء عمل الحرّ في إجاره الأعمال و لم يتحقّق ما يرفعه من المجانيّة فيؤثر المقتضى أثره

الثّاني أن يكون التّسليط المجاني راجعاً إلى العوضين لا ما إذا سلّطه على ماله بشرط خارجيٍّ أي بالتزام في التزام كما لو جعل ضمان العوض على القابض في عقد البيع و لكنّه تداركه بشرط خارجيٍّ من ماله

الثّالث أن يكون ما سلّطه عليه مصبّاً للعقد و مورداً له بحيث كان العقد وارداً عليه و أمّا لو كان المسلط عليه خارجاً عن مصب العقد و لكن الشارع حكم بتبعيته لمصبّ العقد فهو خارج عن القاعدة فلا- يرد التّقص بمسأله المسابقه و المراماه على أصل القاعدة فإنّ الصّحيح منهما و إن اقتضى الضمان لكونهما مراهنه أمضاها الشارع و لكن الفاسد منهما بمقتضى الشرط الأوّل خارجان عن القاعدة لعدم دخولهما تحت يد البازل و عدم رجوع نفع إليه بل هذان البابان خارجان عن باب العقود المعاوضيه و لا يس فيها قبض و لا تسليط فلا ضمان في فاسدهما و لو كان في صحيحهما ضمان بمقتضى المراهنه التي أمضاها الشارع و لا



يرد النقص بتلف المبيع قبل القبض كما أورده المصنف على مدرك القاعدة بناء على جعل مدركها هو الإقدام مستقلا و لو لم يكن معه يد

فقال مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجهه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان

كما قبل القبض و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضمان كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري إلى آخره

لما عرفت أنّ القاعده التأسيس الموارد الخارجيه عن عموم على اليد و المبيع قبل القبض و إن تعلق به الضمان إلا أنه لم يدخل تحت يد المشتري فلا يدخل تحت قاعده ما يضمن و أما قوله و قد لا يكون الإقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضمان إلى آخره

ففيه أنّ هذا أيضا بمقتضى الشرط الثانى خارج عن تحت القاعده لأنّ الضمان تعلق فى أصل المعاوضه بالعوض فإنّه جعل المبيع بإزاء الثمن غايه الأمر شرط فى ضمن العقد شرطا صحيحا أو فاسدا فى أنّه لو تلف مال المشتري كان ضمانه على غيره و هو غير الإقدام على المجانيه لأنّ هذا التزام خارجي هذا مضافا إلى أنّ إشكاله وارد على ما أفاده من معنى القاعده و هو لزوم الفرد الفعلى للصحيح و أما على ما قلنا بأن معناها أن كل ما لو فرض صحيحا يضمن به مع الفساد و ما لا يضمن مع فرض الصيحه فلا يضمن بفساده فلا إشكال أصلا لأنه لو فرض أنّ المشتري لم يقدم على الضمان و كان مرجع جعل البائع الضمان على نفسه إلى جعل المبيع بلا عوض كالأمثله التى ذكرها بعد هذا المثال و هى بعثك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره فلا ضمان على المشتري حتى يفترق الضمان عن الإقدام لأن هذا الشرط لو كان صحيحا كان التسليط مجانيا فإذا فسد العقد بهذا الشرط أو بغيره فلا ضمان

و بالجملة لو قلنا بأنّ الضمان هنا على المشتري فليس الإقدام مجانيا و لو قلنا بأنّ الإقدام مجاني فالضمان ممنوع لأنّ معنى القاعده ليس أنّ فى كل فرد من أفراد البيع ضمانا حتى البيع بلا ثمن لأنّ فى صحيحه ضمان بل معناها أنّ كلّ شخص من المعاملات إذا فرض صحته و لم يكن فيه ضمان ففساده أيضا كذلك و بالجملة بمقتضى الشرط الثانى يخرج التسليط المجانى الحاصل من الشرط الخارج لأنّ فى نفس العقد لم يسلّطه على المبيع مجانا و بمقتضى الشرط الثالث يخرج المنافع فى باب البيع عن تحت القاعده لأنّ مصبّ العقد فى البيع هو العين فإذا لم يقتض العقد الصيحه صحيح ضمان المنافع و اقتضاه الفاسد فلا يرد نقض على عكس القاعده

قوله قدس سرّه و أما عكسها فهو أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده إلى آخره

بعد ما عرفت معنى الأصل ظهر معنى العكس و مدركه فى القبض الصيحه هو أنّ المالك إذا سلّط القابض على ماله مجانا يخرج هذا اليد عن عموم على اليد إما تخصيضا و إما تخصيصا و ملاكه فى الفاسد بعينه هو المالك فى الصيحه و لا أولويّه لأحدهما على الآخر و بهذا الملاك لا يقتضى الإلتاف المأذون فيه الضمان أيضا لأن المالك لو أذن فى إلتاف ماله مجانا يخرج هذا التصرف عن عموم من ألتف

و بالجملة لا- إشكال فى أنّ تسليط المالك على عين ماله أو على منفعتة مجانا و بلا عوض يوجب أن لا يكون على القابض و المتلف ضمان إنّما الإشكال فيما يتوهم من النقض على الأصل أو العكس فمن موارد النقض على العكس ضمان العين

المستأجره فإن صحيح الإجاره غير موجه لضمانها مع أنّ في الفاسد تضمن على ما في الرياض و المحكى عن الأردبيلى فى مجمع الفائده

و لكنّه لا يخفى أنّ النزاع فى ضمان العين و عدمه فيها نزاع صغروىّ و بيان ذلك أنّه لو قلنا بأن عقد الإجاره متعلّق بالمنفعه و العين خارجه عن مورد العقد أى العقد غير متعرّض لنفس العين و لازم ذلك صحّه شرط ضمان العين على المستأجر ف ضمان

العين فى الإجاره الفاسده لىس نقضا على قاعده ما لا يضمن لأن القاعده مختصه بمورد العقد و مصبه و عدم ضمانها فى الصيحيح إنما هو لأن العين أمانه مأذون فيها شرعا و حيث إنها لىست أمانه فى الفاسد شرعا فىد القابض عليها يد من غير استحقاق فىضمن و أما لو قلنا بأن العقد متعلق بالعين أيضا فنقول الفاسد كالصيحيح لا يوجب الضمان لأن العين بناء على هذا الوجه أمانه مالكيه و مقتضى كون العين تحت يد المستأجر مجانا أن يتعلق الضمان بخصوص المنافع لا بالعين فلا يرد النقص على أى حال على عكس القاعده

ثم لا- بأس بالإشاره إلى مبنى الوجهين إجمالا و تفصيله فى باب الإجاره أما مبنى القول الأول فهو أن حقيقه الإجاره فى جميع الموارد حقيقه واحده و لا شبهه أن فى إجاره الحر لم تتعلق الإجاره إلا بالمنفعه لأن الحر لا يمكن دخوله تحت يد المستأجر و فى إجاره الدابّه و السفينه للحمل لا تقتضى دخولهما تحت يده فإذا لم يقتض حقيقتها فى هذين الموردين دخول العين تحت اليد بل لا- يمكن فى القسم الأول و المفروض أنها فى الجميع حقيقه واحده فلا بد أن يتعلق عقد الإجاره فى جميع الموارد بالمنفعه حتى فى مثل إجاره الدار و الدكان للسكنى و تكون بالنسبه إلى العين لا اقتضاء و على هذا فىمكن شرط ضمانها على المستأجر لأنه لا ينافى مقتضى العقد و لازمه ضمان المستأجر فى الإجاره الفاسده إذا تلفت العين تحت يده

و أميا مبنى الثانى فهو أن الإجاره إضافه خاصه حاصله من العقد و هى مشترك معنوى لملك المنفعه و الانتفاع و المنفعه عباره عن أمر وحدانى اعتبارى عقلاى و الانتفاع عباره عن أمر تدريجى مساوق وجوده مع عدمه و هو الحاصل فى الآنات فوجوده كنفس الزمان ينقضى و يتصرم و اختلاف هذين النحوين إنما هو باختلاف الموارد و هذا الاختلاف لا ينافى اتحاد الحقيقه فعمل الحر من قبيل ملك الانتفاع فإن عمله لا يملكه المستأجر إلا تدريجا و لذا لا يستحق الحر المؤجر الأجره إلا بمقدار عمله و أميا منفعه الدار فىملكها المستأجر تمام مدّه الإجاره بمجرد الإجاره و لذا يستحق المؤجر الأجره أيضا بمجرد العقد و لكون المنفعه داخله تحت ملك المستأجر فى إجاره الدار و مقبوضه له بمجرد قبض الدار و ضماننا للأجره بتمامها بمجرد القبض استشكلوا بأن هذا لا يجتمع مع قولهم من أنه لو انهدم الدار تنفسخ الإجاره لأنه فى حكم تلف المبيع قبل القبض

و هذا و إن أمكن الجواب عنه بأن القبض فى مرحله البقاء لم يتحقق كشفا إلما أنه على أى حال اختلاف أجره الدار مع أجره الحر يكشف عن اختلاف حكمها فى القبض و اقتضاء كون العين تحت اليد و عدمه و كيف كان لا شبهه أن هذين الأمرين الاعتباريين يجمعهما حقيقه واحده و هى لىست إلا إجاره نفس العين لىستوفى منها المنفعه أو الانتفاع الذى قد يعبر عنه أيضا فى لسان الفقهاء بالمنفعه فى مقابل الانتفاع الذى يعبرون عنه فى باب العاريه فىقولون أن المستعير يملك الانتفاع لا المنفعه و كل ما شئت فسمه إلا أنه لا شبهه أن الأجره تقع فى مثل الدار و العقار مقابلا لكون العين المستأجره تحت يد المستأجر و فى مثل الحر و نحوه فى مقابل عمله فلا بد أن يقع العقد فى كلتا الصورتين على العين و العقد متعرض لها و إن لم يمكن دخول الحر تحت اليد لأن كون الحر أجيرا معناه أنه الذى يستحق عمله الغير و أنه العامل بالإجاره تتعلق به لىستوفى عمله و هذا المعنى لا يقتضى

كون متعلق العقد تحت يد المستأجر مطلقا بل يختلف باختلاف الموارد فمثل الحر لا يمكن أن يدخل تحت اليد و مثل الدابة للحمل العقد بالنسبه إليها لا اقتضاء و مثل إجاره الدار الأجره مقابله لكون العين مدّه الإجاره فى يد المستأجر

و على أى حال الإجاره تقع على العين ليستوفى منها المنافع و لذا يقال آجرتك الدار و الدابه و نفسى لعمل كذا و لا يصح أن يقال آجرتك سكنى الدار و آجرتك عملى فالإجاره فى جميع الموارد إضافه خاصه تتعلق بالعين ليستوفى منها منافعها أو عملها و اقتضاء كون العين تحت اليد مدّه الإجاره إنما هو لخصوصيه المورد و من لوازم الفرد من حيث عدم إمكان استيفاء المنافع منها إلا إذا كانت كذلك و لوازم الفرد لا تنفك عنه فشرط ضمان العين فى هذا القسم مناف لمقتضى العقد فإنّ العقد متعرض لعدم الضمان بالنسبه إلى العين و يكون كالعين المرهونه التى يتعلّق بها حقّ المرتهن لبقائها تحت يده فإذا كان المستأجر مستحقّا كذلك فلا يضمن إلا الأجره و إلا يلزم أن يكون لمال واحد ضمانان

نعم يصحّ شرط الضمان إذا استأجر الدابة أو السّفينه للحمل فإذا شرط يضمن و أما لو لم يشترط و أطلق ففى جميع الموارد لا ضمان سواء كانت الإجاره على الأموال أم على الأعمال كانت الإجاره فى الأموال مقابله لكون العين تحت يد المستأجر أم لا كما أنّ فى جميعها مع الشرط هو الضمان غايه الفرق أن فيما لا يقتضى كون العين تحت يد المستأجر فلصحه الشرط و فيما يقتضى كونها تحت يده فلفساد العقد بفساد شرطه فإذا كان العقد فاسدا فمقتضى اليد الغير الحقه هو الضمان و على أى حال لا نقض على القاعده كما بينا وجهه و بالجملة كل ما يقتضى كون العين تحت يد المستأجر فشرط الضمان مناف له و كلّ ما ليس كذلك فلا- مانع من شرط الضمان و لذا يصحّ فى عكس المسأله كما إذا شرط المستأجر ضمان العين على الأجير فيما إذا استأجره لقصاره الثوب أو خياطته أو صبغه فإنّ الأجره هنا مقابل العمل لا مقابل كون العين فى يد الأجير و لذا يجوز للمستأجر أخذ العين منه و بعباره أخرى فى الأجره على الأعمال لم تقع الأجره إلا بإزاء العمل لا بإزاء كون العين تحت يد الأجير فإنه لا غرض للموَجِر إلا- أخذ الأجره و حيث إنّه لا- يمكنه الوفاء بالإجاره إلا بأن يكون العين تحت يده يقع العين لغرض المستأجر تحت يده فيجوز للمستأجر شرط الضمان عليه و من موارد النّقص على العكس أيضا ضمان الصّيد الذى استعاره المحرم من المحلّ بناء على فساد العاريه مع أنّ صحيحها لا يضمن بها أقول صحّه النّقص و عدمها موقوف على بيان حكم الصّيد الذى استعاره المحرم

و البحث فيه عن جهات الأولى أنّه ينسب إلى المشهور أنّ الصّيد بمجرّد العاريه يخرج عن ملك مالكه و يجب على المستعير إرساله فوراً بحيث لو أمسكه مقدارا ما يجب عليه الفداء أيضا فهو إما يرسله أو يتلف عنده أو يرده إلى مالكه فلو أرسله فوراً فلا يجب عليه إلا قيمته للمالك و لو تلف عنده فيجب عليه قيمه و الفداء لتفريطه حق المالك و الخالق و لو رده فسيجىء حكمه قال فى الشرائع و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا لأنّه ليس له إمساكه و لو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه و ظاهره أنه لو تلف عنده يضمنه و لا- وجه لحمل صاحب الجواهر قدّس سرّه كلامهم على صورته الإتلاف و هو الإرسال و هو أيضا يصرّح بأن إطلاق كلامهم يوهّم ذلك إلا أنّه قال

لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه فإنه الموافق لذكر مسأله المحرم و لا يخفى أنه يمكن استفاده خروج الصيد عن ملك مالكه من مسأله من أحرم و معه صيد فإنه اتفقوا على أن الصيد الذى معه يخرج عن ملكه و يجب عليه إرساله و إن لم يفعل فمات يجب عليه الفداء و خروج ما معه عن ملكه و إن لم يلزم خروج ملك غيره لو استعاره منه إلا أنه يمكن أن يستفاد من مجموع ما ورد فى باب الإحرام أن كل ما وقع الصيد تحت يده و إن كان ملك غيره يخرج عن المملوكيه بل يحرم عليه صيد البر أيضا ما دام محرما كما هو مقتضى الآيه الشريفة و كيف كان فالعجب من السيد الطباطبائى قدس سره فى حاشيته على المتن فإنه ضمّ عبارته الجواهر إلى الشرائع

و قال و فى الشرائع لا يجوز للمحرّم أن يستعير من محلّ صيدا لأنه ليس له إمساكه فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه ثم قال و هذه العبارة كما ترى مختصّه بصوره الإتلاف بالإرسال فلا تشمل ما نحن فيه و الدليل على الضمان حينئذ عموم قوله من أتلف نعم مقتضى إطلاق بعضهم الضمان فى المقام شموله لصوره التلف السماوى أيضا إلا أنه يمكن دعوى انصرافه إلى ما فى الشرائع من الضمان بعد الإرسال الواجب عليه إلى آخره مع أن لفظ ثم أرسله ضمنه بعد قول المحقق فلو أمسكه من كلام صاحب الجواهر لا من المحقق و كيف كان فالنقض مبنى على القول بضمن المستعير و لو مع التلف

الثانية هل الضمان مطلقا أو فى صورته الإرسال مختصّ بما إذا جهل المعير أو يشمل صورته عمله قال السيد فى الحاشية إذا كان المعير عالما فهو المتلف لما له بدفعه إلى من هو مكلف بإتلافه و لكنّه لا يخفى أنه لو لم يكن بين السبب و الأثر المترتب عليه فعل اختيارى عن غيره فالأمر كما ذكره لأنه ينسب الفعل إلى السبب و ما إذا كان كما فى المقام فلا فرق بين علم المالك و جهله لأنّ الفعل ينسب إلى المباشر لأنه لو لم يأخذ المستعير لم يخرج عن ملك مالكه فإنّ أمر المعير بنفسه لا يوجب التلف و هذا الحكم مطرد فى جميع موارد المباشرة الاختيارية فلو أمر المالك أحدا بقتل عبده المسلم أو بإلقاء ماله فى البحر بلا جهه فعمله المأمور يضمن قيمه عبد الأمر و ماله لأنّ الأمر ليس مجوزا و رافعا للضمان إلا فيما للمالك فعله فيكون المأمور وكيلا منه

الثالثة لو عصى المستعير و لم يرسله و ردّه إلى المعير فهل يخرج عن الضمان و جهان بل قولان و الأقوى عدم خروجه عن الضمان فيجب عليه قيمته كما يجب عليه الفداء بلا إشكال لما ذكرنا أنه يخرج الصيد عن ملك مالكه بمجرد العاربه فرد الصيد إليه اصطياذ جديد له فإنّ هذا الصيد من المباحات الأصلية يصطاده من شاء و لا يمكن قياس المقام بما إذا غصب الغاصب خلّا ثم صار خمرا عنده ثم صار خلا برده فى عدم الضمان لأنّ حق الاختصاص للمالك باق فإذا زالت صورته الخمرية قبل الرد أو بالرد فلا يضمن الغاصب شيئا و هذا بخلاف المقام فإنّ الصيد صار من المباحات الأصلية إذا عرفت ذلك فنقول لا يرد النقص على القاعده أصلا فى صورته تلف الصيد لا لما ذكره المصنف بأنّ المستقر عليه قهرا بعد العاربه هى القيمة لا العين فوجب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سبب لضمن ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف إلى آخره لأنه لا يعقل استقرار القيمة فى العهد قبل الإتلاف فلو لم يكن نفس أخذه إتلافا و تلف فى يده فلا موجب لاستقرار الضمان عليه فبناء عليه لا بدّ أن يقال إنّ التلف لا يوجب الضمان كما عن الجواهر و من تبعه فرارا عن الإشكال بل لما ذكرنا

من أن نفس الأخذ إتلاف على المالك فالضمان مستند إلى الإتلاف و العاربه لا توجب الضمان في صورته التلف و بالجمله لو أرسله فلا إشكال في الضمان لعدم التنافي بين وجوب الإرسال و الضمان فيدخل في قاعده من أتلف و لو لم يرسله و تلف فلو لم نقل بالضمان فلا نقض و لو قلنا به فلا محاله ضمانه مبني على خروج الصيد عن ملك المعير بمجرد العاربه و عاربه أيضا إتلاف لمال الغير فعلى أى حال لا نقض على عكس القاعده و من موارد النقض على الأصل ضمان المنافع في البيع الفاسد مع أنها غير مضمونه في البيع الصحيح و المصنف قدس سره أورد النقض بالنسبه إلى المنافع الغير المستوفاه مع أنها محل الخلاف بين الأعلام كما سيجي ء

و على أى حال لا يرد النقض مطلقا لما ذكرنا من أن المدار على مورد العقد و مورده في البيع هو نفس العين و إنما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع و في الفاسد حيث إن العين لم تنتقل إلى القابض فيضمن منافعها و من موارد النقض عليه أيضا تلف الأوصاف فليل في صحيح العقد لا يقتضى ضمانها لأنّ العوض لم يجعل في مقابل الوصف مع أن في الفاسد يضمنها القابض و فيه أن الوصف يضمنه القابض كالشروط في الصحيح و الفاسد فإنّ العوض و إن لم يجعل في مقابلهما إلا أنها صاروا موجبين لزياده قيمه فلو تلفا بعد القبض و انفسخ العقد بموجب قهرى أو اختياري فضمانيهما على القابض فلو زال وصف الكتابه عند المشتري أو صار المبيع معيوباً عنده ثم استرد الثمن من البائع فيجب عليه ردّ قيمه الوصف في الصحيح و الفاسد و كذا لو شرط الخياطه في ضمن العقد فعمل المشروط عليه بالشروط فيجب على المشروط له أداء قيمته إذا فسخ العقد أو انفسخ فيما لو كان العقد صحيحاً و هكذا يجب عليه أداء قيمته لو كان العقد فاسداً

و ممّا أورد عليه حمل المبيع فاسداً فإنه غير مضمون في الصحيح مع أنه مضمون في البيع الفاسد و فيه أن محل الكلام تاره فيما إذا اشترط دخول الحمل في المبيع و أخرى فيما إذا كان خارجاً فعلى الأول يضمنه المشتري إذا قبض الحامل الذى يقبضه يتحقق قبض الحمل في الصحيح و الفاسد لأنّ الثمن جعل بإزاء كليهما و على الثانى فلا يضمنه في الصحيح و الفاسد لأنه أمانه مالكيه فلا- نقض مع أنه لو قيل بالفرق فلا- يرد النقض على القاعده أيضا لأنّ محلّ البحث هو مورد العقد لا ما هو خارج عنه فيرجع فيما هو خارج عنه إلى القواعد العامه

ففي الصحيح حيث إنه يقع في يد المشتري قهراً على البائع فيصير أمانه مالكيه أو شرعيه فلا ضمان و أما في الفاسد فلم يتحقق رافع الضمان ثم لا- يخفى أنّ للتوابع أحكاماً مختلفه باختلاف تبعيتها للمبيع و خروجها عنه عرفاً فمثل السمن داخل عرفاً و لا يمكن انفكاكه و أما الصوف و اللبن فالعقد بالنسبه إليهما لا اقتضاء و إن كان الأقوى دخولها فيه إذا لم يشترط خروجها عنه و أمّا الحمل فخارج عنه إلا إذا اشترط دخوله لأنه كاللبن المحلوب و الصوف المجزوز لا يدخل تحت العقد الوارد على الحيوان و كيف كان لا يرد النقض على القاعده بالنسبه إليه لأنه إذا كان داخل في المبيع فمضمون على أى حال و إذا لم يشترط دخوله فخارج على أى حال على الأقوى

قوله قدس سره و يمكن النقض أيضا بالشركه إلى آخره

لا يخفى أنه لم يعلم مراده قدس سره من هذا النقض لأنه لا فرق بين الشركه الصحيحه و الفاسده في الضمان و عدمه فإنه لو قلنا

بأن أثر عقد الشَّرْكَه بعد مزج المالين هو جواز تصرّف كل واحد من الشريكين في جميع المال فلو تلف المال



فلا- ضمان فى الصّورتين لأنّ كلّما منهما أمين فى مال الآخر و لو قلنا بأنّه بعد العقد أيضا لا يجوز التصرف إلّا بإذن كلّ منهما للآخر فبدون الإذن يضمن كل منهما مال الآخر لو تلف تحت يده من غير فرق بين العقد الصحيح و الفاسد هذا إذا قلنا بالضمان من جهة حرمه التصرف و أمّا لو قلنا بأنّه لا ملازمه بينهما كما فى تصرف المتهب فى الموهوب بالهبة الفاسده فإنّه لا يجوز مع أنّه لا يضمن فعلى أى حال لا يضمن و بالجمله المناط فى الضمان و عدمه إنّما هو بتسليط المالك على ماله بالعوض أو مجاناً فكلّ ما تحقّق التسليط المجانى فلا ضمان من غير فرق بين الصحيح و الفاسد

ثمّ إنّّه ينبغى التنبية على أمور الأوّل قد يتوهم أنّ مقتضى ما ذكرنا من معنى القاعده و هو أن كلّ شخص من العقود لو فرض صحيحاً يضمن به يضمن مع الفساد و رود النقص عليه بما إذا جعل أحد العوضين ما لا يصح الانتفاع به و ما لا يعدّ من الأموال كالحشرات فإنّ فرض صحّته يلائم المجانيه لأنّه وقع العوض بإزاء ما ليس مالا فهو بمنزله الهبة و التسليط المجانى مع أنّه لا يمكن الالتزام بعدم ضمان البائع الثمن إذا جعل المبيع ما لا يعدّ مالا و عدم ضمان المشتري المبيع إذا جعل الثمن كذلك و أمّا بناء على ما اختاره المصنف فلا يرد الإشكال لأنّ البيع الصحيح لما كان موجبا للضمان فالفساد منه كذلك و لكنّه توهم فاسد لأنّ فرض صحّحه هذا البيع معناه فرض الثمن أو المثلن مالا فإذا كان هذا معنى صحّته يضمن به مع الفساد لأنّ صحّته هنا ليس كالصحّه فى بعثك بلا ثمن فإنّ ثمنه لم يجعل بإزاء المبيع شيئاً بخلاف المقام فإنّه جعل العوض بإزاء المبيع ففرض صحّته معناه فرضه مالا

الثانى لو قال بعثك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره ففيه احتمالات أو أقوال الأوّل عدم دخولهما فى عنوان العقود أصلاً لا الفاسده و لا الصّحيحه الثانى دخول الأوّل فى عنوان البيع الفاسد و الثانى فى الإجاره الفاسده الثالث دخول الأوّل فى الهبة الصحيحه و الثانى فى العاريه الصحيحه الرابع دخولهم فى الهبة و العاريه الفاسدتين

الخامس التفصيل فى مسأله الإجاره بين إجاره الأموال و الأعمال فيدخل الأوّل فى الإجاره الفاسده و الثانى فى التبرّع فيضمن فى الأوّل دون الثانى و حكم البيع حكم القسم الأوّل فإنّه يدخل تحت قاعده ما يضمن و قبل ذكر مدرك الاحتمالات لا بأس بذكر عباره الشرائع و ما قيل فى شرحها و أمّا أفاده الشّهيد و المحقّق الثانى فى المقام قال فى الشرائع و كلّ موضوع يبطل فيه عقد الإجاره يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعه أو بعضها سواء زادت على المسمّى أم نقصت عنه قال فى الجواهر بلا خلاف أجدّه فيه إلى أن قال مضافاً إلى مثل ذلك بالنسبه إلى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده الشامله للمقام و إلى قاعده احترام مال المسلم و عمله

ثمّ قال نعم قيده الشّهيد فى المحكى من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره فى العقد أو عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك و استحسنة فى المسالك و كان وجهه أنه متبرّع بالمال و العمل مجاناً ثمّ قال بل قد يقال بشمول القاعده للفرض بناء على إرادته أشخاص العقود منها لا أصنافها و لا ريب فى عدم الضمان لو فرض صحّحه العقد المزبور فكذا لا يضمن به مع الفساد ثمّ قال لكن مع ذلك كله فى جامع المقاصد بعد أن حكاه أنّه صحيح فى العمل أمّا مثل سكنى الدار التى يستوفىها المستأجر بنفسه فإنّ اشتراط عدم العوض إنّما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمّنه من التراضى فحقّه وجوب أجره المثل و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن له

و أما لو كان موردا لإجاره منفعه الأجير فيعمل بنفسه مع فساده فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهرا لأنه متبرع بالعمل و هو المباشر لإتلاف المنفعة و دفعه في المسالك بما حاصله من أنه يرجع في مثل سكنى الدار إلى العاريه و إن عبّر عنها بلفظ الإجاره لأنّ التصريح بعدم أجره أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الإجاره إذا عرفت ذلك ظهر إجمالا مدرك الأقوال

و توضيح ذلك أنّ مدرك الأوّل هو أن المنشئ حيث نقض إنشاءه فكأنه لم يصدر منه عقد فتندرج المسألتان تحت قاعده اليد و مقتضاها الضمان و فيه أن تعقيب إنشائه بما يناقضه و إن جعله بلا أثر شرعى و عرفى إلا أن أثره التكويني و هو إنشاؤه المعامله الكذائيه لا يرتفع بذكر ما يناقضه فوقع عقده كلا عقدا شرعا أو عرفا لا يوجب عدم وقوعه خارجا غايه الأمر أنه عقد فاسد فيدخل إما في الأصل أو العكس

و أما مدرك الثاني فتقريبه واضح لأنه إنشاء ما هو صريح في عنوان البيع و الإجاره فتعقيبه بما ينافى صحه البيع و الإجاره يوجب الفساد ثم بناء عليه اختلفوا في الضمان و عدمه بما تقدم وجههما و هو إدخالهما في الأصل أو أنّ مع فرض صحتهما يلزم المجائيه فيدخلان في العكس و فيه أن حقيقه البيع تبديل مال بمال و حقيقه الإجاره تمليك المنفعه بالعوض و بمجرد إنشاء البيع و الإجاره مع عدم جعل العوض لهما لا يكون بيعا و لا إجاره فلا بدّ من فرض كونهما فاسدين من اختلال غير ما هو داخل في حقيقتهما

و أما مدرك الثالث فهو وقوع عناوين العقود بالألفاظ المجازيه فيدخل قوله بعتك بلا ثمن في الهبه الصحيحه و قوله آجرتك بلا أجره إما في العاريه إذا كان العين التي تعلق بها الإجاره من الأموال و إما في التبرع في الأعمال و فيه أنه لو سلمنا صحه إنشاء العناوين بالمجازات فلا نسلم صحته بأمثال هذه الألفاظ التي تناقض القرينه فيها صريحا مع ذى القرينه و إلا لم يتحقق مصداق للعقد الفاسد رأسا إذ كلّ ما فرض فيه الفساد إمّا من جهه عدم ذكر العوض أو اشتراط ما يخالف السّينه أو نحو ذلك من الشّروط الفاسده لأمكن إدراجه في عقد صحيح آخر و لذا من جعل عقد النكاح الدائم مبيانا مع المتعه حكم ببطان عقد التمتع بإخلال الأجل رأسا

و أمّا مدرك الرّابع فهو أنّ الهبه ليست إلّا التّسليط على العين مجانا و ليست العاريه أو التبرع إلّا التّسليط على المال أو إيجاد العمل مجانا و إنّما حكم بالفساد لعدم إيجاد العناوين بالصّيغه الخاصه لهما و فيه أنه لا يخطر ببال القائل بقوله بعتك بلا ثمن و القائل بقوله آجرتك بلا أجره عنوان الهبه و العاريه و مع عدم قصد هذين العناوين كيف يحكم بأنهما هبه أو عاريه نعم لو قيل بأن قصد هذين العناوين لا- يعتبر في وقوعهما كذلك بل ليس حقيقه الهبه إلّا التّملك بلا عوض و العاريه إلّا التّسليط على الأموال مجانا صحّ هذا القول فتأمل فيه

و أما منشأ التفصيل بين البيع بلا ثمن و إجاره الدار بلا أجره و بين العمل بلا أجره أى خروج الأولين عن الأصل و العكس و إن دخل في الأصل حكما أى يحكم فيهما بالضمان و دخول العمل بلا أجره في التبرع فظهر وجهه ممّا نقلناه من المحقق الثاني و حاصله أن اشتراط عدم العوض إنّما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمّنه من التراضي فإنشاء المجائيه كالعقد فإذا صار العقد كالعقد لإنشائه ما يناقض البيع و الإجاره و تلف المبيع عند المشتري و استوفى المستأجر منفعه الدار فعليهما الضمان كما



و الإلتلاف بلا تحقّق رافع له و أمّا لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير فلم يتحقّق يد و هو متبرّع بنفسه العمل و هو المباشر لإلتلاف المنفعه فلا يستحقّ شيئاً و فيه ما عرفت من أن لغويّه العقد الكذائي و كون وجوده كعدمه بالنسبه إلى أثره الشرعى لا يوجب أن يكون كذلك بالنسبه إلى أثره التكويني و هو التّسليط المجاني فكما أنّ المباشر هو المقدم لإلتلاف منفعته فكذلك البائع فى العين و المؤجر فى منفعه الدار

هذا مضافاً إلى أنّ المباشر فى إجاره الأموال لم يقدم على العمل إلّا بناء على الوفاء بالمعامله و لم يقدم عليه ابتداء من دون عقد و لا- أمر معاملى فإذا قلنا بالضمان فى إجاره الأموال فلا بدّ من القول به فى إجاره الأعمال فتحصل ممّا ذكرنا أنّ نظر من قال بالضمان إمّا إلى دخولهما تحت قاعده اليد و الإلتلاف و خروجهما عن عنوان العقود و إمّا إلى دخولهما فى الأصل و قال حيث إنّ صحيح البيع و الإجاره يضمن بهما فيضمن بفاسدهما و من قال بعدمه أدرجهما فى العكس فإنّ صحيح الهبه و العاريه و كذلك فاسدهما لا ضمان فيهما

و لكنكّ خبير بأنّه يمكن إدراجهما فى العكس بما بيناه و هو أنّ كلّ عقد لا يضمن به على فرض صحّته لا يضمن به مع فساده و شخص هذا البيع و الإجاره لو فرض صحّتهما لا ضمان فيهما فلا ضمان مع فسادهما و لا وجه لما أفاده المصنف من أن المراد من كلّ عقد هو النوع أو الصّنف لأن هذه القضيّه وضعت لبيان أشخاص العقود التى يفرض وقوعها فى الخارج لا النوع أو الصّنف و من فصل بين إجاره الأعمال و بين البيع و إجاره الأموال أدخل العمل فى التبرّع و أخرجه عن الإجاره و أخرج البيع و إجاره الأموال للمناقضه عن عنوان العقد فيدخل كلّ منها تحت القواعد الكليه

و مقتضى احترام الأموال أن يكون المتصرّف فيها و المستوفى عنها المنفعه ضامناً و أمّا الحر فحيث لم يدخل تحت اليد فهو متبرّع مع فساد الإجاره و متلف لعمل نفسه فلا- يكون المستأجر ضامناً لأن عمل العامل بدون الإجاره و الأمر لا يضمنه غيره الثالث أنّه قد يتوهم نقوض آخر لم يتعرض لها المصنف لخروجها عن عنوان العقود المعاوضيه منها النكاح الدائم و المتعه الفاسدين فإنّ الزوج لا يضمن المهر إذا كان جاهلاً بفساد العقد و كانت الزوجه عالمه به مع أن الصّحيح منهما يوجب الضمان فيردّ التّفرض على الأصل و فيه أن مجرى القاعده فى الضمان المعاوضى إمّا هو بالنسبه إلى ما دخل تحت اليد لا فى الضمان مطلقاً بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضه مع أنّ عدم الضمان لدليل خارجيّ و لكونها بغياً لا ينافى اقتضاء العقد للضمان و لذا لو كانت جاهله بالفساد فله حقّ على الزوج و منها بيع الغاصب مال الغير فإنّه لا يضمن الثمن للمشتري إذا تلف عنده عند الأكثر مع أنّ صحيح البيع يوجب الضمان و فيه أوّلاً أن عقد الغاصب ليس بفساد حتى يدخل فى المقبوض بالعقد الفاسد بل يقع موقوفاً و ثانياً أنّ العقد لم يقع معه و بعنوان شخصه بل وقع مع مالك المبيع فتعهد الغاصب بالثمن ليس تعهداً بعنوان المعاوضه مع شخصه لأنّه تعهد مال المشتري بمال المالك لا على كون المال فى ذمته و من وقع معه العقد حقيقه ضامن للثمن لو أجاز المعامله فلو تلف الثمن عند الغاصب و قلنا بأنّه لا يضمن لأنّ المشتري سلّطه عليه مجاناً و جب على المشتري ردّ ثمن آخر على المالك و كلّ من المالك و المشتري

يضمنان لما وصل بيدهما و بالجملة من هو طرف المعاوضه فهو ضامن للعوض و من ليس ضامنا لا يكون طرفا

و منها اشتراء الصبى و المجنون و هبتهما و عاريتهما فإن اشتراءهما نقض للأصل و هبتهما و عاريتهما نقض للعكس لأن المبيع لو تلف عندهما لا يضمنان مع أنّ صحيح البيع يوجب الضمان و كذا يضمن المتهب و المستعير لما وهبه أو أعاره الصبى أو المجنون مع أنّ الصحيح من الهبة و العاربه لا يوجب الضمان و فيه أنّ عقدهما كلا عقد و الأفعال القصدية منهما كالعدم و محلّ الكلام فى الصّحيح و الفاسد فيما يضمن و لا يضمن هو العدم و الملكة أى محلّ البحث فيمن كان قبضه معتبرا و إنشاء الصّغير و المجنون و قبضهما كالعدم فإنهما غير قابلين للتعهد فعدم ضمانهما للمبيع إنّما هو لضعف مباشرتهما فيسند التّلف إلى السّبب و هو البائع و كذا ضمان المتهب و المستعير إنّما هو لعدم أهليتهما للهبة و الإعارة

فتحصّل ممّا ذكرنا كله أمور الأول أنّ هذه القاعده أسّست لمراد تمييز اليد المجّاتيّه عن غيرها الناشئه عن العقود و ما يلحق بها فعلى هذا يخرج مثل السّيق و الرمايه و نحوهما ممّا لا يدخل تحت اليد فلا نقض بمثل ذلك و يخرج اليد الناشئه عن غير العقود و ما يلحق بها الثّانى أن معنى الضّمان هو كون الشىء فى عهد الضّامن و الخروج من العهده يختلف باختلاف الموارد ففى الصحيح الجامع بين المسمّى و المثل أو القيمه هو المضمون لأنّه لو تلف أحد العوضين فلو لم يفسخ العقد فمن تلف المال عنده ضامن للمسمّى و لو فسخ أو انفسخ أو أقيّل فضا من للمثل أو القيمه و فى الفاسد من أول الأمر الضّمان يتعلّق بالمثل أو القيمه ثم إنّ الضّمان كما يتعلّق بنفس العينين فكذا يتعلّق بصفاتهما و أجزاءهما و الشّروط المتضمنه معهما الثّالث أنّ مورد الأصل و العكس هو مورد العقد و مصبّه لا ما هو خارج عنه و إنّما حكم بتبعيته له شرعا أو لتوقّف استيفاء المنفعه عليه و من هذا الأمر ظهر عدم ورود التّقض بالنّسبه إلى المنافع و لا تلف العين المستأجره و لا تلف الحمل و نحو ذلك من التّقوض المتقدّمه الرّابع أنّ مورد هما هو التّسليط على العوض أو المجّاتيّه التى يتضمّنهما نفس العقد و لو بتوسط الشّروط الذى هو جزء للإيجاب أو القبول كما لو قال بعتك بشرط أن لا يكون ثمن و وهبتك بشرط العوض و يخرج ما هو شرط خارجيّ و التّزام فى التّزام

و بعباره أخرى الالتزام الابتدائى هو المدار لا الالتزام الثّانوى فلا نقض على الأصل بما إذا باع بثمن و شرط فى ضمن العقد أنّه لو تلف المبيع عند المشتري فخرانه على البائع فإنّ نفس العقد لا يتضمّن المجّاتيّه و لذا يأخذ الثمن و يستقر ملكه عليه لو لم يتلف المبيع الخامس أنّ المراد من القاعده بالنّسبه إلى أفراد العقود هو الأفراد الشّخصيه بالنّسبه إلى كلّ نوع لا- الأنواع و لا الأصناف لأنّ هذه القاعده ناظره إلى ما يقع فى الخارج فكّل ما يقع فى الخارج لو فرض صحّته و لا يضمن به فلا يضمن به مع الفساد فمثل بعتك بلا ثمن و نحوه لا ضمان فيه فتأمل فى أطراف ما ذكرناه تجده حريا بالتأمل فيه لما ظهر من مجموع الكلام أنّ معنى القاعده ينطبق على مدرّكها فلا إشكال فيها

### [الثّانى من الأمور المتفرّعه على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فوراً]

قوله قدّس سرّه الثّانى من الأمور المتفرّعه على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده فوراً إلى آخره

قد ظهر فى صدر المبحث أنّ البحث فى المقبوض بالعقد الفاسد تاره يقع فى حكمه التّكليفى و أخرى فى حكمه الوضعى و

ذكرنا أنه بحسب الحكم

التكليفى يحرم تصرف القابض فى المقبوض و حرمة التصرف ملازم لوجوب الرد فورا و دعوى أنّ الإمساك ليس تصرفا ممنوعه فإنه و إن كان منصرفا عنه بدوا إلا أنّ الانصراف البدوى لا عبره به و يصدق عليه التصرف بعد صدقه على الأخذ فإذا كان الأخذ تصرفا ببقاء المأخوذ عند الأخذ حكمه نفس الأخذ لأنه باق على ما كان عليه

بل و لو سلّمنا عدم شمول التصرف فى قوله أرواحنا له الفداء فى التوقيع المبارك لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بإذنه للإمساك فلا شبهه فى شمول قوله ص لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه له فإن تعلق الحلّ و الحرمة بالمال ليس كتعلقهما بالغنم مثلا مخصوصا بالأكل و نحوه ممّا يناسب الحكم مثل حرمة الترويج المتعلقة بالأمهات فى قوله عزّ من قائل و حرّمت عليكم أمهاتكم بل يشمل كلّ ما يعدّ فى العرف قلبا و انقلابا كالتصرف فيه و إمساكه تحت يده و أكله و بيعه و أنحاء ذلك و إنّما يخرج مثل النظر إليه و الوقوف تحت ظلّه إذا لم يعدّا تصرفا و إلا يحرم هذا أيضا كالوقوف فى ظل الخيمه

و بالجمله أنّ قوله ع لا يحلّ مال امرئ عنوان عام يشمل إمساك المال أيضا و يدلّ عليه أيضا عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى فإنه و إن لم يكن متعزّضا للحكم التكليفى بالدلاله المطابقه إلا أنّه متعزّض له بالدلاله الائتمانيه فإن استقرار الضمان على عهده القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا- أثر لاستقرار الضمان على العهده إلا و جوب ردّ العين ما دامت باقيه و ردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفه فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه و وجوب ردّه إليه فورا بالفوريه العرفيه لا إشكال فيه إنّما الإشكال فى مقامنا هذا و هو المقبوض بالعقد الفاسد من جهتين

الأولى توهم أنّ الإذن المالكى الّذى يتضمّنه معامله كاف فى رفع الحرمة و لكنّه ظهر جوابه سابقا و هو أنّ الإذن الّذى يرفع حرمة التصرف هو الإذن بتصرف القابض فى ملك الآذن و التسليط الّذى يقع من المالك إنّما هو من باب الوفاء بالمعامله نعم لو أغمض المالك عن المعامله و أذن بالتصرف فهو يرفع الضمان و الحرمة و لكن المفروض عدمه ثم لا- فرق فى حرمة التصرف بين علم الدافع بالفساد و جهله به لأنّ علمه بالفساد لا ينافى البناء على المعامله تشريعا كما نرى حصوله من السارق و الغاصب و المقامر و ليس الإذن من حيث البناء على المعامله حيثه تعليليه و من الدواعى الّتى لا يوجب تخلفها تخلف أصل الإذن لأنّ عناوين العقود مختلفه و البيع الفاسد مغاير للعاريه أو الوديعه فما بنى عليه العاقد هو البيع و لو مع علمه بالفساد لا الوديعه و إلا لم يكن وجه لضمانه

الثانيه توهم أنّ حرمة التصرف فيما يضمن بصحيحه يضمن لا يلازم حرمة فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة أو العاريه الفاسده فإنه كما لا ضمان فكذلك لا حرمة أيضا فإنّ رافع الضمان هو الزافع للحرمة لأن تسليط المالك مجّانا لو رفع الضمان فكذلك يرفع الحرمة و التفكيك بينهما لا- وجه له و فيه ما لا- يخفى من عدم الملازمه بينهما فإنّ عدم الضمان لو كان من جهه تأثير الهبة الفاسده الملكيه للمتّهب لكان ملازما مع حليّه تصرفه و أمّا لو كان من جهه التسليط المجّانى الّذى لا أثر له إلا أنّ العين لو تلفت بلا تعدّد و تفریط لا يضمنهما المتّهب فلا يوجب جواز التصرف

و بعباره أخرى مع فرض بقاء العين فى ملك الواهب يدخل إمساك

المتهب في تصرف مال الغير المذى يحرم بمقتضى التوقيع الشريف و لا يحل و عموم على اليد نعم بناء على خروج اليد التي نشأت من تسليط المالك مجاناً عن العموم بالتخصص فلا- يمكن التمسك به لحرمة تصرف المتهب أو المستعير في المال الموهوب و المستعار بالهبة أو العارية الفاسده و لكن الظاهر شمول قوله ص ما أخذت لكل أخذ حقاً كان أو لا فإننا و إن استظهرنا منه أنّ الأخذ منصرف إلى الأخذ القهرى إلا أن الإنصاف أنه انصراف بدوى فإذا عم لكل أخذ فعدم كونه مقتضياً للضمان في مورد التسليط المجرانى لا ينافى في بقاء حرمة تحت العموم و هذا لا ينافى ما تقدم منا من الملازمه بين الحرمة و الضمان فإن الاستكشاف في مقام الإثبات لا يوجب التلازم في مقام الثبوت فيمكن أن يكون التصرف حراماً و لا يكون التلف موجبا للضمان

و على أى حال يكفي للحرمة قوله ع لا- يجوز لأحد أن يتصرف و قوله ص لا- يحل مال امرئ لأنه مع بقاء العين الموهوبه في ملك الواهب و عدم تأثير الهبة الفاسده في تملك المتهب يجب ردّها إلى الواهب و بالجمله لا إشكال في حرمة تصرف ما قبض بالعقد الفاسد و وجوب ردّه إلى مالكة فوراً إنّما الكلام في أنه مئونه الرد على القابض مطلقاً أو على المالك كذلك أو فيه تفصيل وجوه و الأقوى هو الأخير و حاصله أنه لو كانت المئونه بمقدار ما يقتضيه طبعاً ردّ مال الغير فهو على القابض و لو لم يكن كذلك بأن كانت زائده عليه فلا- يجب عليه و ذلك لأنّ الحكم المجعول إذا اقتضى في طبعه مقداراً من الضرر فهو مخصّص لقاعده الضرر و لا أقل من عدم حكومتها عليه

نعم لو احتاج الرد إلى المئونه الزائده على المتعارف بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالك إجحافاً على القابض فأدله لا ضرر حاكمه عليه ثم لا فرق في وجوب الرد إذا كان متوقفاً على المئونه المتعارفه بين نقل القابض المال عن مكانه إلى بلد آخر أو لا مع وجود المالك في بلد القبض و أمّا إذا كان المقبوض في بلد القبض و انتقل المالك إلى مكان آخر فلا يجب نقله إليه بل يرده إلى وكيله أو الحاكم لعدم دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك في هذه الصورة و يشكل الأمر لو نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر و انتقل المالك أيضاً إلى بلد ثالث فيحتمل أن لا يكون الرد إلى بلد القبض أو البلد الذى انتقل إليه المالك واجبا إلا إذا كان في بلد القبض خصوصيته بأن يكون قيمته أغلى أو راغبه أزيد أو نحو ذلك

و على أى حال الرد إلى البلد المذى انتقل إليه المالك لا دليل عليه إلا إذا نقله القابض أيضاً إلى هذا البلد فإنه مع مطالبته يجب دفعه إليه لأنّ ماله موجود و يستحقّ المطالبه فيجب ردّه إليه

### [الثالث في المنافع المستوفاه]

قوله قدس سرّه الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاه المشتري قبل الرد كان عليه عوضها إلى آخره

و يدلّ عليه مضافاً إلى عموم على اليد القواعد الكليه المستفاده من الشرع من قاعده الإلتلاف و حرمة التصرف في مال الغير التي تستلزم ضمانها في المقام و منع شمول المال للمنفعه لا وجه له فإنه أعمّ من الأعيان و المنافع لأنه عباره عن أمر اعتبارى عقلانى يبذل بإزائه المال و الظاهر أنه لم يخالف أحد في المسأله إلا ابن حمزه في الوسيله و مستنده النبوى الخراج بالضمان و قد تقدّم



أنّ مفاده بمناسبه الحكم و الموضوع هو الضمان الجعليّ الفعليّ الأصليّ الممضى من الشّارع فالقابض فى المقام و إن تعهّد المبيع مثلاً و تقبّل

ضمانه بإزاء إخراجها إلا أن هذا التعهد كالعهد شرعا فليس منافع المبيع له

و بالجمله كما أن النبوي لا يشمل الضمان القهري الذي حكم الشارع به من دون تعهد من الضامن كما في ضمان المغصوب إماما لما استظهرناه منه من مناسبه الحكم و الموضوع و إماما للتخصيص كما يدل عليه صحيحه أبي ولاد الآتيه فكذلك لا يشمل الضمان الجعلي الذي لم يمضه الشارع كما في المقبوض بالعقد الفاسد لأن الشارع إذا ألغى هذا التعهد من الضامن فوجوده كعدمه فإن الألفاظ و إن لم توضع للمعاني الصيحيه إلا أنها لما كانت للمعاني الواقعيه فلا تشمل ما كان وجوده كعدمه فإن الشارع إذا أخرج هذا الفرد من الضمان من المفهوم النفس الأمري و خطأ العرف في تطبيق المفهوم على هذا المصداق فلا وجه لأن يكون المنافع بإزاء الضمان فلا بد من أن يرجع بالأخره إلى قاعده اليد و الحكم بأن منافع العين المغصوبه للغاصب كما أفتى به أبو حنيفه فابن حمزه قدس سره في النتيجة موافق له فإذا فسد هذان الاحتمالان و هو تملك الخراج في الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد انحصر في التعهد المصدري الذي أمضاه الشارع

و هذا أيضا يحتمل وجهين الأول أن يكون كل من تعهد لشئ مالكا لمنافعه و خواصه أي مالكا لما يستخرج منه مع بقائه كمنافع الدار و نحوها و مالكا لما يستخرج منه مع تلفه كخواص العقاقير و نحو ذلك و مقتضى ذلك أن يكون منافع المبيع للبائع لو اشترط ضمانه عليه بعد قبض المشتري و كذا لو أعاده بشرط الضمان يكون منافعه ملكا للمستعير و كذا في عاربه الذهب و الفضة

و الثاني أن يكون منشأ ضمان العين و الداعي عليه هو تملك المنافع فينحصر في باب البيع و نحوه و إذا احتمل كل منهما تسقط الزوايه عن الاستدلال بها فلا تكون دليلا لتملك البائع منافع المبيع و تملك المستعير منفعة العين المعاره في مورد شرط الضمان بل ظاهرها هو المعنى الأخير بقريته الباء الظاهره إماما في السببيه أو المقابله و مقتضاهما أن تكون السببيه و المقابله من الطرفين أي تملك المنافع صار داعيا للضمان و الضمان صار سببا لكون المنافع له كما في كل عله غايته فإنها داعيه لإيجاد الفعل و الفعل سبب لترتبها عليه خارجا

و بالجمله قوله ص الخراج بالضمان ظاهر في أن التضمن كما صار سببا لأن يكون الخراج له فكذلك لحاظ الخراج صار سببا و داعيا لأن يتعهد المال و هذا يختص بضمان المشتري المبيع فإن المقصود الأصلي من ضمان المبيع و جعل الثمن بإزائه هو أن ينتفع به بل مناط ماليه الأموال إنما هو لمنافعها و خواصها و مما ذكرنا من أن الفرض الأصلي إنما هو استفاده المنفعه و الخاصيه يظهر أن العاربه المضمونه و شرط ضمان المبيع على البائع و نحوها خارج عن قوله ص الخراج بالضمان

أمّا العاربه فلأن الضمان ليس بإزاء المنفعه و لا الانتفاع فإن المعير لا يضمن المستعير في مقابل المنفعه و الانتفاع بل ينتفع المستعير مجانا و إنما يضمنه خوفا من تلفه و ليس المستعير ضامنا على كل تقدير و لذا لو لم يتلف لا ضمان عليه و هكذا في ضمان البائع المبيع إذا تلف عند المشتري

و قاعده الخراج بالضمان ظاهرها أن الضمان فعلي و هو يناسب باب البيع فإن المشتري ضامن للمبيع و البائع ضامن للثمن فلهما

منافعهما على ما هو المرتكز من أنّ من عليه الغرم فله الغنم و هذا المعنى يستفاد أيضا من قوله ع ألا ترى أنه لو احترقت كانت  
من مال المشتري

فى جواب من سأل عن منفعة المبيع فى زمان خيار المشتري أى كون المنافع له إنما هو بإزاء تلف المبيع فى ملكه فإذا التزم بكون المبيع تالفا فى ملكه ناسب أن يكون هذا الالتزام بإزاء ما قصده من تملك المنافع

و يدلّ عليه أيضا ما ورد فى الرهن فعن إسحاق بن عمّار قلت لأبى إبراهيم عن الرّجل يرهن الغلام أو الدّار فتصيبه الآفه على من يكون قال ع على مولاه ثم قال أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون قلت هو فى عتق العبد قال ع أ لا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال ع أ رأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مائتى دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال ع كذلك يكون عليه ما يكون له

و بالجملة استفاده أن من عليه الغرم فله الغنم من عده من الأخبار لا إشكال فيه و لكن بعد ما أفاده عليه السّلام فى صحيحه أبى ولاد ردا على أبى حنيفة أنه ليس كلّ ضامن عين مالكا لمنفعتها فلا بدّ من تخصيص ما يستفاد منه العموم بمورد الضّمان المصدرى الذى أمضاه الشّارع بل بالقرينه الارتكازيّة و مناسبه الحكم مع الموضوع يستفاد اختصاص قوله ص الخراج بالضّمان بضمان المبيع و الثّمن على المشتري و البائع فلا عموم له من أوّل الأمر

و على أى حال ما أفاده ابن حمزه لا دليل عليه فالأقوى هو الضّمان القاعده الإلتلاف و اليد و قوله ص لا يحلّ و قوله ع لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه

قوله قدّس سرّه و أمّا المنفعة الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضّمان إلى آخره

لا يخفى أنّ المصنف قدّس سرّه فى ذيل هذا العنوان تاره حكم بالضّمان و أخرى بعدمه لا سيما مع علم الدافع بالفساد و ثالثه توقّف فى حكم المسأله و رابعه قوى الضّمان تبعا للعلّامه حيث اختاره فى التذكرة ناسبا له إلى علمائنا أجمع و السرائر لدعواه الاتّفاق عليه

فأورد عليه السيد الطّباطبائى قدّس سرّه فى الحاشيه بأنّه لو فرضنا عدم تماميه الأدلّه الدالّه على الضّمان فلا وجه للقول به اعتمادا على هذين الإجماعين المنقولين و لكنّه لا يخفى أنّ اختياره الضّمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول مع أنّه قدّس سرّه منكر لحجّيته فى الأصول بل اعتمد على نقل الإجماع من جهه كشف اتّفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع و كيف كان الكلام فى المنفعة الفائته تحت اليد يقع فى مقامين الأوّل فى إثبات مقتضى الضّمان و عدمه و الثّانى فى تحقّق رافعه و عدمه

أمّا ثبوت المقتضى فيكفى له عموم على اليد ما أخذت و المنع عن صدق الأخذ بالنّسبه إلى المنافع لا وجه له لأن أخذها هو قبضها و قبضه يتحقّق بقبض العين فهى مأخوذه بتبع أخذ العين و ليس الأخذ بمعنى القبض باليد بل بمعنى الاستيلاء و التّفكيك بين الأخذ و القبض لا وجه له نعم قد يكفى التخليه فى القبض و لكن لا بمعنى أنّها قبض حقيقه بل بمعنى أنّها هو حكما و على فرض كونها قبضا فهى أخذ أيضا

و أمّا الرافع فتاره يتكلّم مطلقا و أخرى فى مورد العلم بالفساد أمّا تحقّقه مطلقا فمدرکه ما لا يضمن بصحيحه و فيه أنّ القاعده

أصلا و عكسا تجرى فى مصبّ العقد و المنافع خارجه عنه فىرجع فىها إلى القواعد الأخرى و كونها تابعه لملك العين إنّما هو لحكم شرعىّ تابع لصحه العقد لا ممّا أقدم علىه العاقد بالمجائيه و إلّا لاقتضى عدم الضّمان فى مورد الاستيفاء أيضا لأنّ التسليط المجانى كما يرفع الضّمان الناشى عن اليد كذلك يرفع الضّمان الناشى عن الإنلاف

و أمّا تحقّقه فى مورد العلم بالفساد فتقريبه أنّ البائع حيث يعلم بفساد البيع فهو المقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً و فىه أوّلا أنّه يلزم عدم الضّمان فى المستوفاه أيضا و ثانياً قد تقدّم

أنّ العلم بالفساد لا- ينافى البناء على الصّححه تشريعا و التّسليط الرافع للضّمان هو التّسليط على مال نفس الآذن لا التّسليم وفاء بالمعامله و ثالثا أنّه لا نظر للمسلط في المقام إلى المنافع لأنّه لو كان متعلّق العقد هو المنفعه بحيث كان الاستيلاء على العين من قبل المالك مقدّميا لكان للبحث عن أنّه سلطه على المنافع مجّانا مجال فإنّ التّسليط على المنافع لو كان على وجه التعويض فهو إجاره و لو كان على وجه المجّانيه فهو عاريه

و أمّا لو كان العين ملحوظا استقلاليا لا مقدّميا كما في محلّ البحث فلا مجال للبحث في تحقّق الضّمان و عدمه لأنّه لو تحقّق التّضمين فهو بيع و إلّا فهبه فالتّسليط على المنافع لا- موضوع له في المقام حتى يبحث عن أنّه مع العوض أو مجّاني فالحقّ هو الضّمان مطلقا

و على أيّ حال لا ينبغي عدّ الأقوال في المسأله خمسّه فإنّ التوقف في الحكم مطلقا أو مع العلم بالفساد ليس قولاً

### [الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله]

قوله قدّس سرّه الرابع إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله إلى آخره

لا إشكال في أنّ جميع ما يتعلق به الضّمان الّذى منه المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف فإن كان مثليا وجب على الضّامن مثله و إن كان قيميا يجب عليه قيمته إلّا في المضمون بالعقد الصّحيح فإن ضمانه بالمسمّى على تفصيل تقدم إنّما الإشكال في أن دليل الضّمان بالمثل في المثلى و القيمه في القيمي هل هو الإجماع أو أدله نفس الضّمانات من قاعده اليد و غيرها أو الآيه الشريفه و هي قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ

فنقول أمّا الإجماع فالظاهر أنّ مدرّك المجمعين هو أدله الضمانات و لا يكشف عن قول المعصوم و لا عن دليل معتبر سواها مع أنّه لمن ينعقد على مفهوم مبين حتى يكون النزاع في مقام الشكّ في أنّ الضّمان بالمثل أو القيمه في الصّغرى و في تطبيق المفهوم المبين على المشكوك بل انعقد على مفهوم مجمل و أمّا الآيه الشريفه فاستفاده المعتدى به منها في غايه الإشكال فإنّ الظاهر كونها ناظره إلى اعتبار المماثله في مقدار الاعتداء فالعمده نفس أدله الضّمانات و هي إن لم تكن متكفله بالدلاله المطابقه لكيفيه الضّمان إلّا أنّها تدلّ عليها بدلاله الالتزام فإنّ ظاهر قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدّي بعد استفاده الضّمان منه لو تلف المأخوذ أن أداء المأخوذ إنّما هو بما يعدّ أداء له عرفا و عاده و لا- شبهه أنّ المرتكز في الأذهان أنّ أداء المثلى بالمثل و القيمي بالقيمه فإنّ الضّامن لو أدهما فكأنه لم يتلف من المضمون له شيئا من أمواله و يصدق أنّه هو الّذى أخذ منه

و بالجمله مقتضى التّبوي أنّ كلّ ما أدخل تحت اليد يجب على الضّامن من ردّه فما دام العين موجوده تدخل بخصوصياتها النوعيه و الشخصيه و المائيه تحت الضّمان و إذا تلفت لا بدّ من ردّ عوضها و يعتبر في وجوب ردّ عوضها شروط ثلاثه الأوّل أن يكون التالف مما يتموّل عرفا و شرعا فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردّها حين بقائهما لجهه حق الاختصاص الثّابت لمن أخذ منه إلّا أنّه بعد تلفهما لا يتعلّق بهما ضمان الثّاني أن يتعلّق الضّمان بما يمكن عقلا و عاده الخروج عن عهده أي في مقام

الأداء لا بد أن يكون ما يؤدّيه تحت قدره الضامن عقلا و عادة فالخصوصية العينية ساقطه حين الأداء و هكذا الخصوصية النوعية إذا لم تكن مبذولة فلو لم يجد مثل التالف إلا عند من لا يبيعه إلا بثمن كثير في العادة أو عنده من يحتاج الشراء منه إلى مصرف كثير فلا يجب رده

الثالث أن يكون البديل هو المبدل عرفا و عادة بحيث يقال بعد أدائه أنّ التالف كأن لم يتلف و على هذا

ففى المثلى المثل هو المتعين و فى القيمي القيمه لأنّ بردهما كان لم يتلف من المضمون له شيئا و أما كون المدار على الأقرب إلى التالف فلا وجه له لأنه مضافا إلى عدم ميزان مضبوطة له لا دليل على اعتباره إلّا أن يكون المقصود كون المثل أقرب إلى التالف مطلقا حتّى فى القيمي

و على أى حال مقتضى الشرط الثانى الخصوصيه العينيّه لا يمكن أن تدخل تحت ضمان الضامن و إلّا يقتضى تلفها سقوط الضمان فإذا لم تكن بخصوصيتها تحت عهده الضامن إلّا عند وجودها فلا محاله متعلّق الضمان هو ما يعد أنه هو و هو فى المثلى المثل و فى القيمي القيمه إلّا على ما سيجى ء من أنّ الأصل هو الضمان بالمثل مطلقا إلّا إذا قام الإجماع على كونه بالقيمه فتدبر جيدا

ثم لا يخفى أنّ التعاريف المذكوره للمثلى و القيمي كلّها تقريبيّه و لم نظفر على تعريف جامع مانع كما يظهر بالتأمل فيها و الأ-جود منها ما يستفاد من تعريف المصنف قدّس سرّه بأنّ المثلى ما لا يتفاوت أفراد نوعه أو صنفه و لا يتميز كل فرد منه من الآخر بحيث لو امتزج الفردان منه كمين من الحنطه الخاصه الكذائيه من مالكين حصل الشركه القهريه بل لا يبعد أن يقال كلّ ما صحّ السلم فيه فهو مثلى و القيمي ما يتفاوت صنفا و لا يشترك فرد مع فرد آخر فى جميع الصفات و لا يصحّ السلم فيه بحيث يتضمن المسلم فيه ثم المتيقّن من المثلى بحيث لم يكن للضامن إلزام المالك بالقيمه ما كان له قيود أربعة

الأوّل أن يكون تساوى الصّيفات و الآثار بحسب الخلقه الإلهيه كالحبوبات و أمّا ما كان متساويا بحسب الصّيناعه البشريّه فهو محلّ خلاف فبعضهم عدّ المسكوكات قيميا و لعلّ وجهه أنّ الماده و الهيئه وجدتا بوجود واحد فى المماثل بحسب الخلقه الإلهيه و كلاهما ملك لشخص واحد بخلاف المماثل فى الصّيناع بالمكائن فإنّ المسكوكات و كذلك الأقمشه المصنوعه فى هذه الأزمنه و إن لم يكن تفاوت بين أفرادها أصلا إلّا أنّه يمكن أن يكون مادّته من شخص و صوغه أو نسجه من آخر فإذا تلف جنكل الزهور أو الليره فرد طاقه جنكل أخرى أو ليره أخرى لا وجه له لأنّ القطن أو الذهب من شخص و النسيج أو الصّوغ من آخر و هذا و إن لم يكن وجهها لكون الليره و نحوها قيميا لأنّ على الضامن ردّ ليره أخرى و تصير بين مالك الماده و الهيئه شركه كما كانت بينهما بالنسبه إلى التّألف إلّا أنّه على أى حال ليس المتساوى فى الصّيفات بحسب الجعل الخلقى و الصّيناع العرضيّ مثليا على جميع الأقوال فالمتيقّن هو المتساوى بحسب الخلقه الأصليّه بل مقتضى ما سيجى ء فى تعدّد المثل من أنّ صفه المثليه لا- تسقط بالإسقاط أن يكون المثلى بالصّيناع و العمل قيميا لأنّه لا إشكال فى أنّ العمل الذى به صار الشّى ء مثليا قابل للإسقاط فيكشف ذلك عن أنّ مثل هذه الأشياء مركبه من أمرين المادّه و العمل و نفس الماده يمكن أن تكون مثليه أو قيميه و العمل يمكن أن يكون من صاحب المادّه و أن يكون من غيره سواء كان هو القابض أم غيره فإذا اشترك القابض و المقبوض منه فى الليره مثلا قبل العقد و القبض ثم قبضت بالعقد الفاسد فلا محاله يلاحظ ضمان ما أخذه الضامن و لا معنى لتعلّق الضمان بالمثل مطلقا

الثانى أن لا- يتغيّر بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالخضرويات و الفواكه و كلّ ما يفسد من يومه فإنّه أيضا محلّ خلاف فى كونه مثليا أو قيميا فقد حكى عن الشّيخ فى المبسوط كون الرطب و العنب قيميا و حكى المصنف عن بعض من قارب عصره أنّهما مثليان فالمتيقّن من المثلى بحيث لا يكون فيه اختلاف غير هذا



الثالث أن يكون مماثله كثيرا مبذولا لما ظهر أن ما لا يمكن رده عادة لا يمكن أن يستقر في عهده الضامن فمجرد صدق المثلى عليه لغيره لا يوجب أن يكون الضامن ضامنا لمثله الرابع أن يكون تماثل الصّفات موجبا لتماثل القيمة و تقاربها و أما لو كان شىء مماثلا لشيء آخر في جميع الصفات والآثار و لكنهما متفاوتان في القيمة جدا فهذا ليس مثلا لذاك

و على هذا فالمتيقن من المثلى الحبوبيات و لكنّه لا- بحسب الجنس و النوع بل بحسب الصّنف كما أنّ المتيقن من القيمي الحيوانات و ما قيل أنّ الجوارى و العبيد يمكن أن تكونا مثليه لا- وجه له لأنّه على فرض أن تكون جاريه متقارب الصّفه مع جاريه أخرى إلّا أنّ المدار في المثلى على التساوى في الصّفه لا- التقارب مع أنّ مقتضى الحكمه الإلهيه أن لا يكون حيوان مماثلا- لحيوان و لا متقاربا معه بحيث يعدّ أنه هو لما يلزم فيه من المحاذير الكثيره كما لا يخفى كما أنّ عدّ أصول المعادن من المثلى لا- وجه له فإنّ الحديد و النحاس و نحوهما و إن كانت مثليه ظاهرا إلّا أنّ التّفاوت بين أصنافها فى اللّبن و الخشونه و نحوهما يلحقه بالقيمي ثمّ إنّه لو شكّ فى كون الشىء مثليا أو قيميا فهل الأصل هو الضمان بالمثلى أو القيمة أو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره أو تخيير المالك لأصالة اشتغال ذمه الضامن أو الرجوع إلى القرعه أو الصّالح القهرى و جوه مبيته على دلالة على اليد على كيفيه الضمان أو أنّ المقام من دوران الأمر بين المتباينين أو الأقل و الأكثر

ثم على الأخير هل الدوران بينهما فى مقام الاشتغال و أصل ثبوت التكليف حتى يكون المرجع هو البراءة أو مقام الخروج عن العهده حتى يكون المرجع هو الاحتياط قد يقال إنّ قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدى يدلّ على الضمان بالمثلى مطلقا خرج منه ما كان قيميا إجماعا و بقى الباقي فإنّ الظاهر أنّ ما يستقرّ فى الذمه بمقتضى الظرف المستقرّ هو نفس المأخوذ بجميع خصوصياته العيية و النوعيه و المائيه فإذا تلف و لم يمكن أداء نفسه بنفسه بقيت خصوصيه النوعيه و المائيه

و قد يقال بحذف المضاف و التقدير على اليد خساره ما أخذت و دركه و غرامته لأنّه لا وجه لتعلّق الضمان بنفس العين فإنّها ما دامت موجوده لا- يتعلّق بها إلّا الحكم التكليفى و هو وجوب ردّها فالحكم الوضعى و هو استقرارها على العهده إنّما هو عند تلفها فمعنى على اليد أنّه لو تلف المأخوذ فخسارته على الآخذ و هو لا يقتضى إلّا قيمه الشىء بل لو لم نقل بحذف المضاف أيضا نقول بأنّه لا وجه لدخول الصّفات النوعيه و الصّنفيه تحت الضمان حتى يقتضى كون الأصل فى المضمون هو المثليه لأنّ الصّفه لو لم توجب تفاوتها فى المائيه فهى تابعه للعين و مجرد اقتضائه تفاوت و الرغبات لا أثر لها فإذا كانت تابعه للعين فكما تسقط شخصى العين عن الذمه بتلفها فكذا صفاتها النوعيه الغير الموجهه للتفاوت فى المائيه

و بالجمله لا يستقرّ على العهده إلّا ضمان ما يوجب تفاوت القيمة و المثل ليس قيمه مساويا لقيمه التالف عند التلف دائما أو غالبا حتى يتعلّق بالذمه و كونه أقرب إلى التالف لا- كبرى له لأنّه لا عبره بالأقربيه و لكن الحقّ أنّ قاعده اليد غير متعرضه لبيان أنّ المضمون هو المثل مطلقا إلّا ما خرج بالإجماع و لا- أنّه هو القيمة لأنّه يمكن استفاده المثليه و القيميّه كليهما على كلّ من صورتى تقدير المضاف و عدمه فإنّه لو قيل إنّ التقدير هو خساره ما أخذت على اليد أمكن أن يقال إنّ الخساره التى هى بمعنى الغرامه و الدرك هى فى كلّ شىء بحسبه ففى القيمي هو القيمة و فى المثلى هو المثل و لو قيل إن نفس

ما أخذت على العهده أمكن أن يقال إن هذا المعنى لا يقتضى أن يكون الأصل هو المثل و هو فى الذمه لأنه ليس استقرار المأخوذ فى العهده إلا عبارته عن استقرار شخص العين و أما صفاتها الموجوده فيها و كذلك ماليتها فليست فى عرض شخص العين مما يتعلّق به الضمان بحيث إذا تلفت العيئه بقت الصّيفه و المائيه و بالجملة لا تدلّ قاعده اليد إلا على لزوم أداء المأخوذ وضعا و تكليفا و إذا تلف فكلّ ما صدق أنه أداء له هو الذى يتعلّق به الضمان و هو يختلف باختلاف المثلى و القيميّ فى مورد الشكّ فى كون الشىء مثلياً و قيميّاً فالأصل اللفظى لم يقم على كون الشىء مثلياً إلا ما خرج و لا على كونه قيميّاً إلا ما خرج فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول العمليّه و لا شبهه أنه لو قلنا بأنّ القيميّ و المثلى من المتباينين فالأصل هو تخيير الضامن لأنه يعلم إجمالاً باشتغال ذمته بواحد من المثل أو القيمه

و بعد ما قام الإجماع على عدم وجوب الموافقه القطعيّه فى المالىات انتهى الأمر إلى الموافقه الاحتماليّه و هى تحصل بأداء كلّ ما أراد و اشتغال ذمته بإحدى الخصوصيّتين التى اختارها المالك غير معلوم فالأصل هو البراءه و لو قلنا بأنّهما من الأقلّ و الأكثر بتقريب أنّ القيمه ليست لها خصوصيّه وجوديّه مثل المثلى بل هى عبارته عن المائيه المشتركه بين كون العين مثليه و قيميّه فالمقام من دوران الأمر بين الأقلّ و الأكثر فى مقام الاشتغال و أصل تعلّق الخصوصيّه فى الذمه و المرجع هو البراءه فعلى كلا التقديرين التّخيير للضامن

هذا بناء على ما ذهب إليه المشهور من أن مقتضى الضمان المستفاد من الآيه الشريفه فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ و مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت هو المثليه فى المثلى و القيميّه فى القيمي و هكذا مقتضى الإجماع المدعى فى المقام

و لو منعنا عن ذلك و قلنا إن مقتضى الآيه و النبوى هو اعتبار المماثله فى جميع الخصوصيّات و الأقرب إلى التالف هو المثل مطلقاً و الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحقّقه لا يجدى بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميّاً لأنّ المقام من دوران المخصّص المنفصل بين الأقلّ و الأكثر فالمرجع عند الشكّ هو عموم العام كما سلك هذا المسلك المصنف قدس سرّه أو قلنا بأنّ الآيه و النبوى مجملان و لكن مقتضى الاستصحاب هو تعلّق الخصوصيّه الصنفيّه و شكّ فى مقام الفراغ بكفايه القيمه فالأصل هو تخيير المالك مطلقاً قلنا بأنّ القيميّ و المثلى متباينان كما هو الحقّ فإنّ النسبه بينهما نسبه الدرّاهم و الدّينار مع العروض أو قلنا بأنّهما من قبيل الأقلّ و الأكثر

و توضيح ذلك فى ضمن أمور الأوّل أنّ المشهور جواز المصالحه على التالف و لو كان قيميّاً بأى مقدار من الذهب و الفضة و لو كان مجرد تلف القيمي موجبا لانتقاله إلى القيمه للزم الرّبا فيما إذا كان الذهب أزيد أو أقلّ وزنا من القيمه الثّانى عدم اعتبار تعلّق الضمان بما يمكن أن يخرج عن عهده عاديه بل يمكن أن يتعلّق فى الذمه ما لا يمكن أدائه فعلا غايه الأمر أنه يسقط الخطاب التكليفيّ بوجوب الأداء و أمّا الوضعيّ فيمكن أن يكون فى الذمه ما لا يقدر على أدائه كما فى المثلى المتعدّر أدائه و كما فى العين إذا غصبت أو أغرقت فإنّ وجوب ردّ المثل و العين فى الصّورتين ساقط لأنّ الخطاب بغير المقدور قبيح و أمّا بقاؤهما فى ذمه الضامن فلا مانع منه

و بعباره واضحہ مقتضی علی الید ما أخذت حتی تؤدی أن یتقر فی عہدہ الضامن نفس العین ما دامت موجودہ فإنّ أداءها  
بأداء

الخصوصية العينية و أما إذا تلفت فلا يمكن أن يكون شخص العين في العهده لا وضعا و لا تكليفا أما تكليفا فواضح و أما وضعا فلأن الذمه و إن كانت وسيعة إلما أن ما يدخل فيها هو الكليات دون الأشخاص فإن الاعتبار العرفي لا يساعد على دخول ما يستحيل أدائه أبدا في الذمه بل مقتضى كون شخص العين بشخصيتها في الذمه سقوط الضمان فلا محاله عند التلف ليس خصوص العين في الذمه إلما أن سقوط شخصيته العين لا يقتضى أن يكون المائيه المتقدّره بقيمه خاصه في الذمه بل يمكن أن يكون غير شخص العين من سائر الصفات في ذمه الضامن و مجرد عدم وجودها هذه الصفات فعلا و لا يقتضى سقوطها و الانتقال إلى قيمه غايه الأمر حين مطالبه المالك تقوم الخصوصية أيضا و في مقام الوفاء يؤدي إما من الجنس أو من غير الجنس بل لو لم نقل بأن شخص الجاربه التي تلفت مثلا عند القابض في ذمته إلما أن تقديرها بمجرد التلف بالقيمه لا وجه له بل تبقى في ذمته غير متقدّره بمقدار من قيمه

و بعبارة أخرى تتعلق بالذمه مائيه المال غير متقدّره بالقيمه و مائيه الشئ التي يبذل بإزائها المال هي في الجاربه عبارة عمّا يخدم المالك و في الحنطه عبارة عما يشبعه و في الثوب عمّا يستره و نحو ذلك و هي قابله لأن يتعلّق بها الضمان و تكون هي في الذمه نعم لو طالب المالك يقوم بقيمه يوم المطالبه و تدفع بدلا عمّا في الذمه

الثالث أن قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدى و إن كان يقتضى استقرار المثل في الذمه في المثلى و القيمه في القيمي على ما هو المرتكز في الذهن إلما أن القيمي و المثلى حيث إنهما محملان و الشك في كون الشئ ع مثليا أو قيميا من الشبهه المفهوميه فلا بد من الرجوع إلى الأصل العملي و الاستصحاب يقتضى كون التخيير للمالك و ذلك لأن القابض بعد أن وضع يده على المال جاء في عهده جميع ماله دخل في مائيه الشئ ع تبعا لضمان العين غايه الأمر سقطت الخصوصية الشخصيه و أما وصفه فلم يعلم سقوطه بالتلف إلما إذا أحرز كونه قيميا بناء على ثبوت الإجماع على كون القيمي مضمونا بالقيمه فيستصحب اشتغال الذمه

و بالجملة الأصل هو المثليه إما للاستصحاب أو لما أفاده المصنف من أنه مقتضى الأدله الاجتهاديه خرج منه ما علم أنه قيمي بل بالتأميل فيما ذكرنا ظهر أن في القيمي أيضا نفس المال هو بنفسه في الذمه و يقوم يوم المطالبه و سيجى ع في الأقوال في القيميات ما يوضح ذلك و على أى حال لا- تصل التوبه إلى القرعه لأنها جاربه في خصوص الشبهات الموضوعيه في بعض الموارد و لا إلى الصلح القهرى لأن مورده ما إذا لم يمكن فصل الخصومه بغيره

### [الخامس ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلما بأكثر من ثمن المثل]

قوله قدس سره الخامس ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلما بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد إلى آخره

لا- يخفى أن مقصود العلامة ليس من وجود المثل بأكثر من ثمنه وجوده كذلك بحسب القيمه السوقيه بل وجوده غير مبذول و عند من لا يبيعه إلما بثمان غال و على هذا فوجوب شراء المثل في غايه الإشكال بل لا وجه له لما عرفت أن الشئ ع إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي و هذا من غير فرق بين التعذر الطارى أو البدوى أى الذى أوجب كون الشئ ع قيميا من أول الأمر

هو الذى أوجب سقوط المثل عن الذمه ما دام التعذر فكون العين مثليا من أول الأمر لا يوجب أن يجب شراء مثله و لو ببذل مال كثير بل يسقط بالتعذر

و بالجمله وجوده عنده من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته فى حكم التعذر و مقتضى قاعده الضرر عدم وجوب شرائه على الضامن و أما لو كان كثيرا مبدولا و لكن زادت قيمته السوقية فيجب شراؤه و هذا الضرر الوارد عليه لا يكون

داخلا فى قاعده لا ضرر فإنه يعتبر فى دخول الضرر فى الضرر المنفى أن لا يكون طبع الحكم مقتضيا للضرر فإن ترقى قيمه و تنزلها على مساوق واحد و كل واحد منهما يقتضى ضررا على شخص فكما أنه لو تنزل قيمه المثل ليس للمالك مطالبه قيمه التالف أو قيمه المثل قبل تنزل قيمته فكذلك لو ترقى قيمه ليس للضامن إلزام المالك لقيمه المثل قبل الترقى

و حاصل الكلام أن المثلى لا ينتقل قيميا بزياده قيمته أو تنزله نعم لو سقط عن المائيه كالماء على الشاطئ و الثلج فى الشتاء فكون المالك ملزما بقبول المثل مع أنه دفع إلى الضامن الماء فى المفازه و الثلج فى الصيف ففى غايه الإشكال فإن مقتضى كون الشئ مثلا أن لا يجب إلا رد مثله سقط عن المائيه أم لا و مقتضى كون الزمان و المكان دخيلا فى مائيه المال أن يكون خصوصيه الزمان و المكان فى عهد الضامن إلا أن يقال يرجع خصوصيه الزمان و المكان بالأخره إلى قيمه السوقيه لأن تنزل قيمه و ترقيهما ينشئان عن كثره الوجود و قلّه الطالب و عن عزته و كثره الطالب فإن الثلج فى مفازه الحجاز لو لم يكن له طالب أو كان كثيرا يكون رخيصة و لو كان فى الشتاء قليل الوجود كثير الطالب يكون غاليا

ثم لو قلنا بضمان خصوصيه الزمان و المكان فيتحقق موضوع لنزاع آخر و هو أنه هل المدار فى الضمان قيمه الماء فى المفازه أو قيمته قبيل سقوطه عن المائيه و سيجىء ما هو الحق قوله قدس سره

### [السادس لو تعدر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك]

السادس لو تعدر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك إلى آخره

تنقيح المقام يستدعى رسم أمور الأول فى بيان ميزان التعذر فنقول قد أشرنا آنفا أن الذى يوجب فى ضمان العين عند تلفها استقرار قيمه فى الذمه لا المثل هو الميزان للتعذر الطارى للمثل

و بعبارة أخرى عدم وجود المماثل للعين بحسب الخلقه الإلهيه أو مطلقا المقتضى لاستقرار قيمه العين فى الذمه عند تلفها هو الموجب لصدق تعذر المثل و لاستقرار قيمه عند تعذر مثلها بناء على الانقلاب فالقيمى هو الذى لا يوجد مثله أصلا كالحيوانات أو يوجد و لكن كان عزيز الوجود غير مبذول بحيث صار عزه وجوده باعثا لأن يعد مثله عديم المثل لأن ما لا يمكن أداؤه و لو عاده لا يمكن أن يجب رده إلى المالك فإذا تعدر المثل بهذا المقدار فهو ميزان للتعذر فى المقام فالذى يوجد فى البلاد النائيه أو عند ملك من المملوك لا يعد مثلا له فميزان التعذر فى المقام هو التعذر فى باب القرض و السلم و على هذا فلا يجب عند إعوازه فى البلد و ما حوله مما ينتقل منه إليه عاده تحصيله من الأماكن التى لم تجر العاده بنقل ما فيها من الحبوب و الأدهان إليه كما أنه لو كان لنفس العين مثل فى غايه العزه أو فى بلاد بعيده لم نقل بوجوب رد مثلها عند تلفها

نعم لو شك فى التعذر إما للشك فى وجوب المثل بعد ما كان موجودا أو للشك فى إلحاق هذا المقدار من العزه بالقيمى مع وجود المثل ابتداء فمقتضى الاستصحاب بقاء المثل فى الذمه بلا إشكال و هذا بخلاف الشك فى باب ضمان العين فى أنه مثلى أو قيمى فإنه لا أصل يعين كون الذمه مشغوله بالمثل كما أنه مع العلم بكون العين مثليه لو تعدر مثلها ابتداء و شك فى أن هذا

التعذر يوجب أن يكون المثل قيميا أم لا فلا أصل الثاني هل التعذر موجب لانقلاب المثل أو العين إلى قيمه أو يبقى في الذمه إلى حين مطالبه المالك أو إلى رد الضامن وجهان والأقوى عدم الانقلاب فإن مجرد عدم وجود المثل لا يوجب أن ينتقل إلى قيمه والحكم كذلك في باب السلم

و القرض فليس للضامن من إلزام المالك بأخذ قيمه

و لا يقال ما لا يمكن أداؤه لا يمكن أن يثبت في الذمه و لذا يسقط الخصوصيه العينية بتلف العين و ينتقل ما في الذمه إلى المثل أو قيمه لأننا نقول فرق بين تلف العين و إعواز المثل من جهتين

الأولى أن الخصوصيه العينيّه لا يمكن أن تدخل في الذمه بل الصّيفات و الكليات قابله لأن تدخل في الذمه نعم الشخص يدخل تحت العهده بمعنى أنّه ما دام موجودا فعلى الضامن ردّه فدلّيل اليد يقتضى ضمان الجامع بين العين و البدل فإنّ أداء المضمون إنّما هو بأداء الأعمّ من أداء شخصه و بدله فسقوط العين عن الذمه تكليفا و وضعا لا يقتضى سقوط المثل في المثلى المتعدّر مثله كذلك فإن الصّفات كالكلّي قابله لأن تبقى في ذمه الضامن

و الثانيه أن حكم تعدّر المثل حكم تعدّر العين لا حكم تلفها فإنّه لو تعدّر العين لا ينتقل في العهده إلى قيمه بل تبقى نفس العين في العهده و إنّما يجب على الضامن بدل الحيلولة عند مطالبه المالك

ففى المقام أيضا لا وجه لسقوط ضمان المثل غايه الأمر أنّه يقع نزاع آخر و هو أنّه هل للمالك المطالبه بالقيمه بإلقاء خصوصيه المثليّه أم لا وجهان و الأقوى جواز إلقاء الخصوصيه لأن الحق للمالك و صبره إلى وجود المثل ضرر عليه بل له الاكتفاء بالقيمه أيضا و إن لم يكن ضررا عليه فإنّ ماله و قيمه ملكه ممّا يمكنه المطالبه من الضامن فإذا اكتفى بالقيمه بدل ماله فليس للضامن من الامتناع منه

ثمّ إنّ لا فرق بين التعدّر الطارى للمثل و التعدّر الابتدائى سواء قلنا بالانقلاب أم لم نقل كما هو الأقوى فإنّ ظاهر عنوان التذكرة فى قوله لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز و إن كان اختصاص النزاع بالتعدّر الطارى بل هو صريح جامع المقاصد لأنّه قال لو تعدّر المثل ابتداء يتعين حينئذ قيمه يوم التلف إلّا أنّ الأقوى عدم الفرق بينهما فإنّ غايه ما يتوهم من الفرق أنّ التعدّر البدوى بمنزله كون العين قيمته و لكنّه فاسد فإنّ القيمي ما لا يوجد له مثل فى الصّيفات كالحيوانات و الفيروزج و العقيق و نحو ذلك لا ما كان فى جنسه مثليا و لم يوجد مثله من باب الاتفاق فى عصر من الأعصار مع وجوده قبل ذلك و بعده فمن التزم بأنّ التعدّر الطارى لا يوجب الانقلاب فيجب أن يلتزم بأنّ التعدّر الابتدائى أيضا كذلك

و بعبارة أخرى كما أنّ استدامه وجود المثل ليس شرطا لتعلّق الضمان بالمثل بل يمكن بقاء المثل فى الذمه مع إعوازه فكذلك التمكن منه ليس شرطا لحدوثه نعم بين التعدّر البدوى و الطارى فرق من جهة أخرى و هى أنّ التعدّر البدوى قد يوجب الشكّ فى أنّ العين مثلى أو قيمي و لكن هذا الشكّ مندفع بملاحظه وجود المماثل للعين قبل ذلك أو بعده و كيف كان العين إذا كانت مثليه لا تنتقل إلى قيمه بمجرد تعدّر مثلها سواء تعدّر حين تلف العين أو بعده

ثم لا فرق فى التعدّر بين أن يكون خارجيا أو شرعيا كما لو فرض أنّ جميع مماثل العين صار نجسا و لا يمكن تطهيره كالدهن أو الخلّ صار خمرا و هكذا فللمالك إلقاء الخصوصيه و المطالبه بالقيمه



الثالث هل إلقاء الخصوصية و التّجاوز عن الصّفات موجب لسقوطها عن ذمّة الضّامن بحيث إنّ لو وجد المثل بعد المطالبه و قبل الأداء لا- يجب عليه ردّه أم لا- تسقط إلّما بالأداء لا بالإسقاط و ليست كالدين قابله للإسقاط و جهان و الأقوى عدم سقوطها بالإسقاط لأنّها لم يتعلّق بها ضمان مستقلا بل هي تابعه للعين و من الكيفيات و إبراؤها بإبراء منعوها فمجرد مطالبه المالك ماليه العين لا يوجب سقوط المثل

عن ذمّه الضامن

نعم بعد أداء القيمة يسقط حقّه عن المثل و لو وجد بعده لأنّ الأداء بما جعله المالك مصداقا لوفاء حقّه صار مصداقا له فلا ينتقل ثانيا عمّا وقع عليه و هذا الكلام يجرى فى القرض و البيع و مال الصّيلح و كلّ كلّى تعلق بالذمه فإنه بأحد مصاديقه أو بأداء غيره فى مقام الوفاء يسقط ما فى الذمه و الفرق بين الأداء بمصداقه و بغيره أنه لو أداه بغيره يحتسب مقدار مالتيه أى لو تجاوز عن خصوصيّة الحنطه و رضى بالدهن يحسب الدهن بمقدار قيمه الحنطه و أمّا لو أخذ حنطه أخرى من هذا الصّنف فيؤخذ بمقدار نفس المضمون

و بالجمله للمالك الرضا بالفاقد و لكنّه لو لم يؤدّه الضامن بقى المثل بخصوصياته تحت الضمان فإنّ الرضا لا يوجب الانقلاب و إنّما يوجهه الأداء لما ثبت فى باب القرض أنّ ما رضى به المالك أداء لماله يتحقّق به الأداء إذا عرفت ذلك ظهر أنّ القول الموافق للتّحقيق هو عدم انقلاب المثل و لا العين التالفه و لا القدر المشترك بينهما إلى القيمة بل يبقى المثل فى الذمه إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة من غير فرق بين التعذر الطارى و التعذر الابتدائى فإنّ بعد فرض كون العين مثليه لا فرق بينهما فالانقلاب إلى القيمة لا وجه له فالأقوال الأربعة و الخمسه فى القيميات لا تنطرق فى المقام لأنّها من قبيل السّالبه بانتفاء الموضوع

نعم بناء على الانقلاب فالتعذر الابتدائى موجب لانقلاب العين إلى القيمة و هذا بخلاف التعذر الطارى فإنه يمكن أن يقال بانقلاب المثل إلى القيمة و وجهه ظاهر و هو أنّ تلف العين صار موجبا لتعلق الضمان بالمثل فإذا تعذر المثل فمقتضى ما يقال إنّ كل ما لا يمكن أدائه لا يمكن أن يبقى فى الذمه هو انقلاب المثل إلى القيمة و يمكن أن يقال بانقلاب نفس العين التالفه إلى القيمة و وجهه على مسلك المصنف قدس سرّه من أنّ المدار فى باب الضمان الأقرب إلى التالف ظاهر لأنّ المثل للعين التالفه ما دام موجودا فهو المضمون فإذا تعذر فالأقرب إليها هو قيمتها لا قيمة المثل

و أمّا وجه انقلاب القدر المشترك إلى القيمة فقد يتوهم فى بادى النظر أنه لا وجه له أصلا إذ العين بعد ما كانت مثليه و بعد وجود مثلها فى أوّل الأمر إمّا أن تنقلب هى إلى القيمة أو مثلها و لم يكن الجامع بينهما فى الذمه فى زمان حتّى ينقلب هو إلى القيمة و لكن بالتأمل فيما ذكره المصنف قدس سرّه وجهها له يظهر أنّ له وجهها و جيبها و حاصله أنه بناء على استقرار ارتفاع القيم فى الذمه و سقوطه بأداء نفس العين فى القيميات يقتضى فى المقام القول باستقرار ارتفاع قيمه العين و المثل كليهما و يسقط بأداء المثل و أمّا لو تعذر أدائه فيبقى فى العهده و ينتج هذا انقلاب القدر المشترك إلى القيمة

و بالجمله لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التّلف ينتج فى المقام ضمانه بأعلى القيم من حين أخذ العين إلى زمان إعواز المثل لأنّ معنى الضمان بأعلى القيم هو استقرار مراتب القيمة السّوقيه فى عهده الضامن بشرط تلف المضمون و أمّا مع بقائه فيرتفع ضمان أعلى القيم برده و حيث إنّ العين فى المقام مثليه فكما أنّ ردّ نفس العين يوجب سقوط ارتفاع القيمة فكذلك ردّ مثلها فإذا تعذر ردّ مثلها كما تعذر ردّ نفسها بقى ارتفاع القيمة فى الذمه و هذا معنى أنّ الجامع بين العين و المثل ينقلب إلى القيمة و كيف كان فالاحتمالات فى المسأله كثيره

و توضيح الصور المنتجة للثمره موقوف على بيان الأقوال فى القيميات فنقول قد يقال بقيمه يوم الغصب و ما يلحق بالغصب أى قيمه يوم دخول العين تحت يد الضامن و قد يقال بقيمه يوم التلّف و قد يقال بقيمه يوم الدّفْع و قد يقال بأعلى القيم

من يوم الغصب إلى يوم التّلف و احتمال المحقّق الأعلى من زمان الغصب إلى زمان الدّفْع

و على هذا فبناء على المختار و هو عدم الانقلاب فالمدار على قيمه يوم الدّفْع و هو أحد الأقوال أو الاحتمالات فى المسأله و يتّحد فى النتيجة مع المختار انقلاب العين أو المثل إلى قيمه على القول بيوم الدّفْع فى القيميّات فإنّ قيمه العين أو المثل يوم الدّفْع قيمه واحده لا محاله

و الاحتمال الثّانى قيمه يوم أخذ العين و الثّالث قيمه يوم تلفها و الرابع الأعلى من يوم أخذها إلى يوم تلفها أو إلى يوم دفع القيمه و هذه الاحتمالات الثلاثة الأخيره مبنيّه على انقلاب العين إلى القيمه بتعدّر مثلها و الخامس قيمه يوم تلف العين بناء على انقلاب المثل إلى القيمه و كون المدار فى القيميّات على زمان الضّمان فإنّ أوّل يوم دخل المثل فى الذّمّه هو يوم تلف العين و السّادس يوم إعواز المثل و السّابع الأعلى من زمان تلف العين إلى يوم الإعواز و وجه هذين الاحتمالين ظاهر فإنّ الأوّل مبنيّ على انقلاب المثل إلى القيمه و كون المدار فى القيميّات على يوم التّلف و الثّانى على هذا المبنيّ أيضا و كون المدار على الأعلى من زمان الضّمان إلى يوم التّلف فإنّ يوم إعواز المثل هو يوم تلفه و الثّامن الأعلى من زمان دخول العين تحت اليد إلى زمان دفع القيمه و قد بيّنا وجهه

و لا يخفى أنّ غير هذه الاحتمالات إمّا لا يبتنى على أساس و إمّا لا ينتج ثمره أى لا يتفاوت بها القيمه مع المحتملات المذكوره و كيف كان فقد عرفت أنّ الأقوى عدم الانقلاب و أنّ مجرّد المطالبه لا يوجب سقوط الخصوصيّه فالمدار على قيمه يوم الدّفْع فإنّ القيمه فى هذا اليوم تكون وفاء للمال

ثمّ إنّه ينبغى التّنبيه على أمور الأوّل أنّ من فروع تعدّر المثل ما إذا أسقط السّيلطان دراهم و روج غيرها بناء على كونها مثليا فإنّ ذلك قد يوجب تعدّر ما أسقطه كما إذا صار عزيز الوجود و فى غايه القلّه و قد لا يوجب تعدّره و هذا على قسمين فإنّه تاره يسقط عن المائيه رأسا و أخرى تنقص عنها كما إذا كان فضّه أو ذهباً فإذا تعدّر ما أسقطه فحكمه حكم تعدّر المثل فى المثليات و قد تقدم أنّه لا وجه لانقلابه إلى القيمه

و أمّا لو لم يتعدّر فإذا سقط عن المائيه فحكمه حكم التّلف فينتقل إلى القيمه نظير الجمّد فى الشتاء و الماء على الشّاطئ لو اقتترضهما فى الصّيف فى مفازه اليمن و الحجاز مثلا و أمّا إذا لم يسقط عن المائيه ففيه قولان قول بأنّه يرد مثل الدّراهم السّابقه أو عينها إذا كانت موجوده سواء كان منشأ تعلق الضّمان بها العقود المضمنه كالبيع و القرض أم قاعده اليد و الإتلاف و قول بأنّه يردّ الرّائجه إذا كانت مساويه للسّابقه فى الوزن و القيمه أو يردّ من غير الجنس بقيمه السّابقه

و بالجملة لو نقصت قيمه السّابقه فالمشهور على أنّ نقصان القيمه ليس مضمونا و ذهب بعضهم إلى أنّه مضمون فلا بدّ من ردّ ما يساوى القيمه السّابقه فيردّ من الرّائجه لو كانت فى الوزن و القيمه مساويه للسّابقه كما قد يتفق نادرا أو من غير الجنس لو كان بينهما تفاوت حتى لا يلزم الرّبا و منشأ الاختلاف أخبار فى المسأله ففى مكاتبه يونس إلى أبى الحسن الرّضاع أنّه كان لى على رجل عشره دراهم و أنّ السّيلطان أسقط تلك الدّراهم و جاءت بدراهم أعلى من تلك الدّراهم الأولى و لها اليوم

وضيعة فأى شىء لى عليه الأولى التى أسقطها السيلطان أو الدراهم التى أجازها السيلطان فكتب ع لك الدراهم الأولى و عن  
العباس بن صفوان قال سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها  
شىء لصاحب

الدَّراهم الدَّراهم الأولى أو الجائزه التي تجوز بين النَّاس فقال لصاحب الدراهم الدَّراهم الأولى

هذا مدرك المشهور و مدرك غيرهم مكاتبه أخرى من يونس قال كتبت إلى الرِّضاع أن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدَّراهم تنفق بين الناس تلك الأيام و ليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدَّراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين النَّاس قال فكتب إلي لك أن تأخذ منه ما ينفق بين النَّاس كما أعطيته ما ينفق بين النَّاس و في الوسائل عن الصِّدوق أن الحدِيثين متَّفقان غير مختلفين فمن كان له عليه دراهم بنقد معروف فليس له إلَّا ذلك النَّقد و متى كان له دراهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فإنَّما له الدَّراهم التي تجوز بين النَّاس

و نحن نقول مع قطع النَّظر عن الأخبار و إمكان الجمع بينها و عدمه أن مقتضى القاعده عدم الفرق بين الصِّفات الدَّاخليه و الخارجيه في الضَّمان إلَّا إذا رجعت الصِّفه الخارجيه إلى تفاوت الرِّغبات أي قيمه السوقيه من غير فرق بين أن يكون الموصوف بها مضمونا بالعقد أو باليد و الإلتلاف فإنَّ الأوصاف و إن كانت تابعه و لم تدخل تحت اليد و العقد مستقلا إلَّا أنَّها تدخل تحتها للشَّروط الضَّمنى أو الصَّريح كما في باب العقود أو تبعها كما في باب اليد و نحوه

و مجرد كون الوصف خارجيا كرواج السُّلطان الموصوف به لا يوجب خروجه عن تحت الضَّمان فإنَّ الرِّواج نظير كون المال في محل كذا أو زمان كذا التي بها يتفاوت ماليه الأموال بل لا شبهه أن الاعتبار ليس بذات النَّقد من حيث هو بل برواجه عند الناس و هذا بنفسه خصوصيه في المال من غير جهته السوقيه و تفاوت الرِّغبات فإنَّ كلَّ صفه و إن رجع دخلها في الموصوف في الحقيقه إلى الرِّغبه التي بها يتغيَّر سعر السوق حتى مثل كتابه العبد إلَّا أنَّه لا شبهه أن في مقام الاعتبار فرق بين الرِّواج أو كون المال في محل كذا و زمان كذا و بين قيمه السوقيه فعدم التزامنا بضمان زياده قيمه السوقيه لا يلزم الالترام بعدم ضمان الرِّواج و صفه كونه في محل كذا هذا ما تقتضيه القاعده

و أمَّا جمع الصِّدوق فحاصله ظاهرا أنه لو كان الدَّراهم السابقه بقيمه الدَّراهم الرَّائجه فله الدَّراهم السابقه و إلَّا فله الدَّراهم اللاحقه و لا يخفى أن هذا التفصيل لا يظهر من الأخبار بل مفروض السُّؤال أن السابقه ساقطه عن درجه الاعتبار و إن لم يخرج عن قيمه لكونه ذهباً أو فضة و جمع الشَّيخ بين الأخبار بحمل ما ينفق بين النَّاس على معنى قيمه ما كان ينفق و حمل الدَّراهم الأولى في الخبرين على قيمه الدَّراهم الأولى

و حاصل جمعه أنه ليس له الدَّراهم الرَّائجه و إنّما له قيمه الدَّراهم السَّابقه و هذا أيضا خلاف ظاهر كلِّ من الطَّائفتين فإنَّ ظاهرهما عين الدَّراهم السَّابق أو ما ينفق فالصَّواب أن يجعل الطَّائفتين من قبيل الإطلاق و التقييد فإن قوله ع الدَّراهم الأولى مطلق من حيث ضمَّ تفاوت السَّكّه و عدمه إليها و قوله ع لك أن تأخذ منه ما ينفق بين النَّاس مقيد له أي تأخذ الدَّراهم الأولى بقيمه ما ينفق

الثاني قد أشرنا أنه لا فرق في عدم انقلاب المثلى المتعذر مثله إلى قيمه بين أن يكون التعذر طارئا و أن يكون ابتداءيا لأن الملاك متَّحد فيهما إلَّا أن هذا إنّما هو في المضمون باليد و أمَّا المضمون بالعقد كالسَّيلم و القرض ففي مورد التعذر الابتدائي

يشكل أصل صحه التعهد أمّا السلم فالظاهر اتّفاق الأصحاب عليه و وجهه أنّ من لا يمكنه أداء الحنطه مثلاً حال حلول الأجل

يدخل بيع الحنطه فيما لا يقدر على تسليمه و أما القرض فإتا و إن لم نجد من صرّح بالبطلان و لكن لو جعل للقرض مدّه لا يمكنه ردّ العين المقترضه و لا مثلها كما لو اقترض بطيخا و نحوه ممّا يفسد في هذه المدّه و لا يوجد مثله فأصل صحّه القرض مشكل حتّى يقال بالانقلاب أو عدمه

ثمّ إنّه هل يفرق بين التعذّر الموقّت و التعذّر الدائمي أم لا- و جهان أقواهما الثّاني لأنّ غايه ما يوجّه به الفرق أنّ في التعذّر الموقّت لبقاء المثل في ذمّه الضّامن أثر عقلائي فللمالك الصّبر إلى زمان وجود المثل و أمّا التعذّر الدائمي كالدرّاهم السّاقطه رأسا فمضافا إلى أنّه لا يترتّب أثر على بقائه في الذمّه لا يمكن أن يتعلّق به الضّمان شرعا لأنّ ما لا يمكن أدائه كيف يبقى في الذمّه فلا بدّ من القول بسقوط المثل عن الذمّه كسقوط خصوصيّة العين عنها بعد تلفها و لكنّه فاسد

أمّا عدم ترتّب الأثر على بقاء المثل في الذمّه ففيه أنّ له أثرا و هو عدم إمكان إلزام الضّامن المالك بأخذ قيمه و ثبوت التّخيير للمالك بين المطالبه و الصّبر و في هذا الأثر كفايه لأنّه قد يتفق أن دفع الضّامن قيمه موجب لتضرّر المالك و كون المال في ذمّه الضّامن أنفع له

و أمّا مسأله أنّ ما لا- يمكن أدائه لا- يمكن أن يكون في الذمّه ففيه أنّه و إن لم يمكن تعلّق التّكليف بالردّ إليه لخروجه عن قدره إلّا أنّ الوضع لا يتوقّف على قدره فالأقوى في جميع الصّور الأربع من التعذّر البدوي و الطّاري الموقّت و الدائمي عدم الانقلاب و لا- يقاس المثل المتعذّر على العين الشّخصيّة إذا تلف فإنّ العين التّالفه لا يمكن دخولها في الذمّه رأسا فإنّ الذمّه ظرف للكليات لا الأعيان فتلف العين موجب لسقوط الخصوصيّة الشّخصيّة و هذا بخلاف تعذّر المثل فإنّه لا وجه لسقوطه عن الذمّه

الثّالث بعد ما ثبت أنّ للمالك التّجاوز عن الخصوصيّة و مطالبه القيمه فيتفرّع عليه أنّ المناط في معرفه القيمه مع عدم وجود المثل هل بفرض وجوده في غايه العزّه أو بفرض وجوده كثيرا مبدولا أو المتوسّط بينهما وجوه و الحقّ هو الأول و لكن لا في مورد صار عزّه وجوده موجبا لأنّ يعدّ مثله عادم التّظير بل المقصود أنّه لو صار عزّه وجوده موجبا لغلائه فقيمته في حال غلائه يستقرّ في ذمّه الضّامن لأنّ المال حينئذ مثلي فإنّه آخر أزمنه وجود المثل و بعد ذلك لو وصل عزّه بحيث لا يباع إلّا بإزاء عتاق الخيل فهذا يعدّ متعذّرا

ثمّ إنّ هذا بناء على عدم الانقلاب و أمّا بناء على الانقلاب سواء قيل بانقلاب العين أم المثل فمقدار القيمه معلوم لأنّ العين أو المثل في يوم الضّمان أو يوم التّلف أو يوم الإعواز إمّا موجود أو كان موجودا ثم تلف أو أعوز فلا تخفى قيمته الرابع قد عرفت أنّه لو أخذ المالك قيمه المثل المتعذّر فليس له مطالبه المثل لو تمكن الضّامن منه لأنّ قبض المالك ما عينه مصداقا لوفاء ماله يوجب تعيين حقه في المقبوض و أمّا لو لم يقبضها فنفس المطالبه و إسقاط الخصوصيّة غير موجب للتعيين لأنّ غايه الأمر أنّه يصير القيمه بالمطالبه من أحد مصاديق الكلّي الثّابت في الذمّه و تعيين الكلّي في المصداق الخاصّ إنّما هو بقبض المالك فلو لم يقبضه لم يكن وجه لتعيينه بل لو قيل بالانقلاب أيضا يمكن القول بأنّ الانقلاب ما دام التعذّر فبعد التمكن يرجع الأمر إلى ما كان عليه



و على أى حال فبناء على عدم الانقلاب لا- إشكال فى أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه إنما الكلام فى أن له المطالبه به و لو فى غير بلد الضمان أو لا و هذا النزاع يجرى فى مطالبه العين و قيمه أيضا

و توضيح ذلك أنّ في المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه تاره يكون العين موجوده و أخرى تالفه و على الثاني إّما يكون العين قيمه أو مثليه و على الثاني إّما المثل موجود أو متعذر فلو كان العين موجوده قيل بجواز مطالبه المالك بها من الضامن في أى بلد أراد سواء كان قيمه العين في بلد المطالبه أزيد عن قيمتها في بلد الضمان أم لا لعموم الناس مسلّطون على أموالهم و لقوله ص حتّى تؤدّى فيجب من باب المقدمه ردّها إليه

و فيه أنّ عموم السيلطنه إنّما هو باعتبار أنحائها من البيع و الصّيلح و نحوهما و أمّا بالنسبه إلى الأشخاص الذين كانت الأموال في عهدتهم فلا عموم لها و أمّا على اليد فلا يدلّ إلّا على وجوب أداء المضمون و أمّا ردّه إلى شخص المالك أو وكيله أو الحاكم الشرعى فليس في مقام بيان ذلك فلو كان المالك في بلد الغصب و الغاصب أخرج المال إلى بلد آخر فليس على الضامن إلّا تخليه اليد عن المال لا رده إلى مالكة و إن فعل محرّما بالإخراج إلّا أنّ الظاهر من الفقهاء أنّ للمالك إلزام الغاصب بالترّد إلى بلد الغصب

و على أىّ حال لو كان للأمكنه خصوصيه في المائيه بحيث عدّ عرفا كونه في هذا المكان من صفات المال كسائر الصفات من السّمن و الكتابه و نحوهما فيجب على الغاصب تفاوت قيمه أو رد المال إلى بلد الضمان بل لو أخرج المال إلى بلد يكون المال فيه في غايه الغلاء ثمّ ردّه إلى بلد الرّخص يجب عليه ردّ تفاوت قيمه لأنّه بمنزله صيروره المغصوب كاتباً عند الغاصب أو سميّنا ثم زال سمنه أو كتابته عنده

و أمّا لو كان المالك في غير بلد الضمان فلا يجب على الضامن ردّ المال إليه و لا تفاوت قيمه لو كانت قيمه المال في البلدّه التي كان المالك فيها أزيد من بلد الضمان لأنّه لم يدلّ دليل على تسلّط المالك بالمطالبه في أىّ بلد أراد و لا موجب لضمان الضامن تفاوت قيمه بين البلدتين في هذه الصّوره و أمّا لو كانت العين تالفه فإذا كانت مثليه فحكم المثل حكم العين في التفصيل المتقدم و أمّا لو كانت قيمه أو تعذر المثل فيجب عليه قيمه العين أو المثل مع الخصوصيه على ما تقدم

و بالجملة لو لم يكن للمال خصوصيه من حيث الزّمان أو المكان فوجوب ردّه إلى شخص المالك في أىّ بلد طالبه لا دليل عليه بل يرد إلى وكيله أو إلى الحاكم الشرعى أو إلى عدول المؤمنين أو إلى فساقهم و مع تعذر المراتب الطّويله السّابقه يعزله عن ماله و يحفظه لمالكه و لو تلف فحكمه حكم ضمان الدّين و الخمس و الرّكاه بل الضمان في باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد لا إشكال فيه فإنّه ليس داخلا في الأمانات الشرعيّه أو المالكيه فتأمّل

ثم لا يخفى أنّه بناء على دخل الأزمنه و الأمكنه في مائيه الأموال لا وجه لما أفاده المصنف في مسأله خروج المثل عن قيمه كالماء على الشّاطى و الجمّد في الشتاء من احتمال ضمان آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المائيه لأنّه يجب عليه ردّ جميع هذه الخصوصيه فيلاحظه قيمه الماء في المفازه و قيمه الجمّد في الصّيف

**[السابع لو كان الثّالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتّفاق على كونه مضمونا بالقيمه]**

قوله قدس سره السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكي الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه إلى آخره

قد تقدم أن المرتكز في الأذهان لزوم رد المثل في المثلي التالف و القيمه في القيمي و تقدم ميزان المثليه و القيميّه فإذا كان أداء القيمه في القيميّات ارتكازيا فلو لم يتم دليل على خلافه فلا بدّ من الالتزام به و حمل الأدله العامه عليه هذا مع أنّ الأخبار الخاصه الداله على وجوب القيمه في العبد و الغنم و نحو ذلك تشهد للمدعى و لم ينقل الخلاف إلّا عن الإسكافي و الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض

و لكنّه يمكن توجيه كلامهما بأنّ المتعارف في باب القرض لا- سيّما بالنسبة إلى الرّغيف أنّ وجوب ردّ مثله و لو في بعض الصّيفات من باب الشّروط الضّمني و تقدّم أيضا أنّه لم ينهض دليل على وجوب ردّ الأقرب إلى التّألف مع أنّه ليس له ميزان مضبوط لإمكان أن يكون شىء أقرب إلى التّألف من جهه و شىء آخر من أخرى فوجوب ردّ القيمة في القيمات لا إشكال فيه إنّما الكلام في أنّ المدار على قيمه يوم دخول العين تحت العهده أو يوم التّلف أو يوم الدّفع أو أعلى القيم من زمان أخذ العين و دخولها تحت الضّمان إلى زمان التّلف أو إلى زمان الدّفع وجوه بل أقوال منشأ القولين الأوّلين الاختلاف في فعلية الضّمان يوم الأخذ و تعليقيته

فمن قال بتحقّق الضّمان فعلا بمجرد الأخذ غايه الأمر أنّه مشروط بشرط متأخّر و هو تلفها قال بقيمه يوم الأخذ و من قال بأنّ الضّمان تعلقي أي يجب الخروج عن عهده العين إذا تلفت قال بيوم التّلف ثم إنّ الاختلاف في صحّحه ضمان الأعيان و عدمها ناش عن الاختلاف في الفعلية و التقديرية لأنّه لو كان الضّمان حين وجود العين فعليا بحيث يجب الخروج عن عهده قيمتها فعلا فيصحّ لغير الأخذ أن يضمّنها لأنّه ليس ضمّانا لما لم يجب و أمّا لو كان الضّمان تعليقيا فضمن الغير ضمان لما لم يجب و منشأ القول بيوم الدّفع أمران

الأوّل أنّ العين بخصوصيتها الشخصيّة في عهده الضّامن حين وجودها و حين تلفها لأنّ الذمّه أمر وسيع و لا وجه للانقلاب إلى القيمة بمجرد التّلف فإذا أمكن أن يتعلّق بها الضّمان على نحو الجامع بين الحالتين فنتيجته تختلف باختلاف الأحوال فمع التمكن من ردّ العين يجب أن تردّ بشخصها و مع التعدّر لغرق و نحوه يردّ بدل الحيلولة و مع تلفها و ما بحكم التّلف كخروجها عن الماليه شرعا يجب ردّ مثلها إن كانت مثليه و إلّا فقيمتها و لكنك خبير بأن هذا مما لا يمكن الالتزام به

أمّا أولا فلما عرفت من أنّ جعل الأداء غايه للتعهّد و الضّمان ملازم لاعتبار تعلّق الضّمان بما يمكن أدائه و شخص العين حين التّلف ممّا لا- يمكن أدائه فلا يمكن أن تكون بنفسها تحت الضّمان و تقدّم أنّ الذمّه ظرف للكليات لا الخارجيات و ثانيا أنّ لازم ذلك إمّا الالتزام بسقوط الضّمان و إمّا بعدم تعيّن قيمه يوم الأداء لأنّ الخصوصية لو كانت مضمونه حين التّلف لزم التّكليف بغير المقدور فلا بدّ أن يسقط الضّمان و أداء القيمة ليس أداء للمصداق فلا وجه لسقوط ما في الذمّه بأمر مباين له إلّا بالتراضي و لا- يعقل تعيّن القيمة للبدلية بنفسها و لو لم تكن مضمونه حين التّلف إلى زمان الأداء فلا موجب لتعنيّن قيمه يوم الأداء

الثاني أن قوام الشىء بماليته و أمّا خصوصياته الشخصيّة و المثليه فهي من قبيل الفضله فما يبقى في الذمّه ما هو الرّكن للشىء و هو ماليته التي هي عباره عمّا ينتفع به من غير تقديرها بقيمه فلو كان المأخوذ هو الحقّه من الحنطه مثلا فإذا تلفت بقي في الذمّه ما يشبع عشره أنفس إلى زمان المطالبه فإذا طالبها المالك فيقوم بقيمه هذا اليوم لا يوم الأخذ و التّلف و منشأ القول بأعلى القيم هو كون تفاوت الرّغبات أي القيمة السوقية مضمونه

ثم إنّ ضمان الأعلى مع كون المبدأ يوم الأخذ و المنتهى يوم التّلف أو الدّفع مبتن على أمور ثلاثه الأوّل كون الضّمان يوم الأخذ فعليا الثاني تعلّق الضّمان بالأمر الخارجيه عن ماليه الأموال فيكون حكم قلّه المال و كثره الرّاغب حكم الصّيفات أو

الاعتبارات فكما يضمّن الكتابه و السّمن لوزالا سواء حصلا

□

بفعل الله سبحانه أم بفعل الضامن و سواء كانا موجودين حين الأخذ أم حصلا عند الضامن و زالا و كذا يضمن خصوصيه كون المال فى زمان كذا أو مكان كذا التى هى من الأمور الاعتباريه العقلائيه فكذلك يضمن الرغبات

و بالجمله ما يوجب زياده قيمه على أقسام ثلاثه قسم من قبيل السمن و الصوف الذى لا إشكال فى دخوله تحت عهده الضامن بتبع المال و قسم من الاعتباريات ككون الجمد فى الصيف و الماء فى المفازه و قسم من الأمور الخارجيه الاتفاقيه ككشره الرأغب أو قلّه المال

الثالث بناء على كون المنتهى يوم التلف يجب الالتزام بانقلاب العين إلى قيمه فى ذاك اليوم فإنها لو انتقلت إلى قيمه فليس للقيمه علو و نقيصه لأنّ عشره دنانير مثلا لا تنقص و لا تزيد و بناء على كونه يوم الدفع يجب الالتزام ببقاء المضمون فى الذمه إلى يوم الدّفّ سواء قلنا ببقاء خصوصيّه العيتيه إلى ذاك الزمان كما على الوجه الأوّل أم قلنا ببقاء المائيه غير متقدّره بقيمه كما على الوجه الثانى أو قلنا بانتقال العين إلى الأقرب إلى التالف بمجرّد التلف كما احتملوا هذا الوجه فى ترديد المحقّق فى كون المنتهى يوم التلف أو يوم الدّفّ فيبتنى كون منتهى الأعلى يوم الدّفّ على بقاء الأقرب فى الذمه بعد تلف العين

و بالجمله لا بدّ بناء على القول بالأعلى من تعلّق الضمان بالرغبات و كون الذمه مشغوله بغير قيمه حتى يلاحظ أعلى القيم من زمان الأخذ إلى يوم التلف أو إلى يوم الدّفّ ثم لا يخفى أنّ لازم تعهّد الضامن للرغبات أن يكون كذلك حتى مع ردّ العين و لا يلتزمون به فيلزم التناقض بين القول بالأعلى و عدم ضمان نقصان قيمه عند ردّ العين

### [تحقيق حول صحيحه أبى ولّاد]

### إشاره

قوله قدّس سرّه فالمهم صرف الكلام إلى معنى الصحيحه إلى آخره

وجه الأهميه إمّا لكون المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب كما ذكره الحلّى قدّس سرّه و إمّا من جهه استفاده قاعده كليّه من الصّحيحه فى جميع موارد ما يضمن بالقيمه فإذا دلّت على أنّ الاعتبار بقيمه يوم الغصب تكشف عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان اعتبار قيمه يوم التلف و إمّا لزم أن يكون الضمان فى الغصب أقلّ من غيره فى بعض الموارد كما إذا كانت قيمه يوم الغصب أقلّ من قيمه يوم التلف فيلزم خروج المغصوب عن سائر ما يتعلّق به الضمان خروجاً حكماً

و بالجمله لو دلّت الصحيحه على عدم وجوب التدارك إلا بقيمه يوم المخالفه فيستكشف منها أنّ ما عدّوه مصداقاً للتدارك من قيمه يوم التلف أو الدّفّ خطأ و إمّا يلزم أضعفّيه الغصب و عدم وجوب تدارك قيمته بمقدار ما يتدارك به سائر المضمونات و لو فى بعض الموارد نعم لو دلّت الصحيحه على ضمان أعلى القيم فلا محذور فى خروج المغصوب عن سائر المضمونات

و كيف كان فالصّحيحه تدلّ على أنّ المدار على قيمه يوم الأخذ فى موضعين الأوّل قوله ع نعم قيمه بغل يوم خالفته سواء كان

يوم خالفته مضافا إليه للقيمه أو مضافا إليه لمجموع المضاف و المضاف إليه أو كان قييدا للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل أو كان متعلقا بنعم الذى معناه يلزمك أما على الأولين فواضح لأن معنى الحديث على الأول يلزمك قيمه البغل قيمه يوم المخالفه و على الثانى يلزمك القيمه الثابته للبغل يوم المخالفه

و أما بناء على أن يكون متعلقا بنعم بأن يكون الظرف لغوا متعلقا بشبه الفعل الذى معناه يلزمك فإنه و إن لم يدل بالمطابقه على قيمه يوم المخالفه لأن معناه أنه يلزمك يوم المخالفه القيمه إديا قيمه ذلك اليوم أو قيمه يوم التلف أو يوم الدفح فالحديث ساكت عنه إلا أنه

بالالتزام يدلّ على أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه فإنّه لو لم يكن يوم المخالفه إلّا يوم دخول نفس العين فى العهده لكان ذكر القيمه بلا- موجب لأن ماله المال إذا قدر بالقيمه يوم المخالفه فلا محاله يكون القيمه قيمه ذلك اليوم لأنّه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمه يوم المخالفه فعليًا و يقدر قيمه يوم ما بعد المخالفه

نعم وجوب الأداء يمكن أن يكون متأخرًا و لكن قيمه اليوم المتأخر لا يمكن أن تكون هى قيمه اليوم المتقدم و بالجمله كلّ من قال بضممان قيمه يوم التّلف لكون الضّمان بالقيمه فى هذا اليوم فعليًا فلا يمكن أن يجعل المدار على قيمه غير هذا اليوم فالتزام المشهور بقيمه يوم التّلف ليس إلّا لفعلية الضّمان بالقيمه فى هذا اليوم و هكذا على القول بيوم الدّفع فلا- وجه لما تمخّله المصنف قدّس سرّه من جعل اليوم قيدا للقيمه أو لقيمه البغل مع ما فيهما من المخالفه للقواعد العربيه و الخروج عن طريقه أهل اللّسان لأنّه لو كانت القيمه مضافه إلى البغل فلا يعقل أن يضاف فى عرض هذه الإضافه إلى أمر آخر فإنّه يتوقف على لحاظين مستقّلين متباينين

و هكذا لو أضيف مجموع المضاف و المضاف إليه إلى اليوم الذى هو ظاهر المتن فإنّ قوله قدّس سرّه فيكون إسقاط التعريف للإضافه صريح فى أنّ البغل أيضا مضاف إلى اليوم كإضافه القيمه التى هى مضاف إلى البغل إليه فإنّه لو كان مقصوده إضافه القيمه إلى اليوم لا- إضافه البغل إليه لما كان لسقوط حرف التعريف وجه و على أىّ حال إضافه المجموع أيضا لا معنى له لأنّه يلزم الجمع بين اللّحاظ الآلى و الاستقلالى فى لحاظ واحد فإنّ جهه إضافه المضاف هى معنى حرفيّ و لا بدّ من لحاظها مستقّلا فى الإضافه الثانيه كما لا يخفى

نعم يجوز الإضافه الطويله نحو مثل دأب قوم نوح أو حافر فرس جبرئيل و لكن الإضافه الطويله لا معنى لها فى المقام لعدم معنى لقولك بغل يوم المخالفه فإنّ البغل لا يمكن أن يتخصّص بيوم المخالفه و هكذا لا يمكن أن يتعلّق اليوم بالاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل فإنّه معنى حرفيّ فالأوفق بالقواعد العربيه تعلّق الظرف بنعم و هو أيضا يدلّ بالتزام على أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه

بل لو قيل إنّ المقام من قبيل تتابع الإضافات و حيث لا يختلف الأعيان باختلاف الأيام فبدلاله الاقتضاء لا بدّ أن يكون إضافه البغل إلى اليوم باعتبار قيمته فى ذلك اليوم لكان المدار أيضا على قيمه يوم المخالفه هذا مع أنّ البغل فى بعض نسخ الكافى و الإستبصار محلى باللّام فىكون يوم المخالفه حالا من القيمه بل لو كان غير محلى بالألف و اللّام يمكن أن يكون منونا بدلا عن اللّام

و بالجمله ظهور هذه الفقره فى أنّ المدار على قيمه يوم المخالفه ممّا لا- ينبغى التّشكيك فيه لأنّه لو كان السّؤال عن أصل الضّمان لكان اللّازم الاكتفاء بقوله ع نعم فتعقيبه بقوله ع قيمه بغل يوم خالفته كاشف عن أنّ أصل الضّمان كان مفروغا عنه عند السائل و لذا قال أ رأيت لو عطب أو نفق سيّما بعد فتوى أبى حنيفه بأنّ الضّمان موجب لسقوط الكرى من باب الخراج بالضّمان و إنّما كان سؤاله عن مقدار الضّمان فأجاب الإمام عليه السّلام بعد تقريره له أصل الضّمان بقوله نعم عن المقدار بقوله ع قيمه بغل يوم خالفته أو قيمه البغل يوم خالفته بنصب اليوم



الثانى قوله ع أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فإنّ إثبات قيمه يوم الاكتراء فى خصوص المورد ليس إلّا من حيث إنّ يوم المخالفه و التعبير به عنه لنكته إمكان إقامة الشهود لأنّ الاكتراء يقع غالبا بمحضر

من الناس و على هذا فلا ينبغي طرح الرواية من باب دلالتها على ضمان العين المستأجره بلا شرط العدى هو مخالف للقواعد لأنها لم تدل على ضمان يوم الاكتراء الذى وقع الإجاره فيه صحيحا و بلا شرط الضمان بل تدل على ضمان يوم المخالفه و هذا على طبق القواعد

و حاصل الكلام أن ظهور الصيحيحة فى أن المدار على قيمه يوم المخالفه لا شبهه فيه إنما الكلام فى ما يتخيل أنه موهن لهذا الظهور و هو أمور الأول قوله ع عليك قيمه ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه و ظاهره أن المدار فى القيمه على قيمه يوم الردّ لا- يوم المخالفه سواء كان اليوم قيما للقيمة أو متعلقا بأفعال العموم المقدره أو متعلقا بعليك أما بناء على كونه قيما للقيمة أو متعلقا بأفعال العموم فواضح لأن معناه عليك ما يتقوم به يوم الردّ أو القيمة الثابتة يوم الردّ و ما أفاده المصنف فى ردّ تعلق الظرف بالقيمة بقوله إذ لا عبره فى أرش العيب بيوم الردّ إجماعا ففيه أنه لم ينعقد الإجماع على عدم اعتبار يوم الردّ بل قد انعقد على تبعيه النقص الحادث فى تعيين يوم قيمته ليوم قيمه أصل العين فلو قيل فى أصل العين بيوم الردّ فيتبعها الصفات أيضا فليكن هذه الصيحيحة دليلا ليوم الردّ بناء على التبعيه التى هى مسلمه

و أمّا بناء على كونه متعلقا بعليك فلما ذكرنا من الملازمه بين فعلية الضمان فى زمان و زمان القيمة و لكنك خير بأن هذا لا يوجب الوهن أصلا و إن اخترناه فى تعليقتنا سابقا و ذلك لظهور هذا الكلام فى تعلق الظرف بعليك و الملازمه ممنوعه فى المقام لأنها ثابتة فى مقام اشتغال الذمه لا فى مقام الفراغ و الرواية ليست فى مقام بيان أن نقص الصفات موجب للضمان فى يوم الردّ بل مفادها أن يوم ردّ البغله عليك التفاوت بين الصيحيح و المعيب و لا تعرض فيها على أن التفاوت يلاحظ يوم الغصب أو يوم تلف و صف الصحة أو نفس هذا اليوم الذى يرد فيه

و ردّ المصنف هذا الموهن بوجه آخر و هو احتمال أن يكون اليوم قيما للعيب أى العيب الموجود حال الردّ يوجب الضمان و لكن ضعفه بأن العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الردّ و لازم كون اليوم قيما للعيب أن لا يوجب ضمانا فى هذين الصورتين مع أن مقتضى الفتوى خلاف ذلك و فيه أنه ليس عدم سقوط الضمان مقتضى فتوى الكل بل المسألة خلافية فليل بسقوط الضمان مطلقا و قيل بعدم سقوطه مطلقا كما عليه الفاضل فى التذكرة و قيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسيمن و ما لم يكن كذلك كوصف الصيحه فإذا زال السيمن و رجع فعلية الضمان بخلاف ما إذا حدثت نقطه فى عين الدابة و ارتفعت و هذا الاختلاف جار فى العيب الموجود حال العقد أو الحادث بعده إذا زال قبل القبض

□  
و لكن الأقوى فى الغصب عدم ارتفاع الضمان بارتفاع الوصف سواء ارتفع بفعل الله سبحانه أم بفعل الغاصب أم الأجنبي لأن ارتفاعه حصل فى ملك المالك فلا ينتفع به الغاصب و الأقوى فى باب العقد ارتفاع الضمان لأن المدار فى هذا الباب تسليم المبيع صحيحا و على أى حال ليس ضمان الوصف فى باب الغصب مطابقا لفتوى جميع الفقهاء هذا مضافا إلى أن كون أحد الاحتمالات مخالفا للفتوى لا يوجب ظهور الكلام فى غيره فإن الظهور لا بد أن يكون مستندا إلى اللفظ

فالصواب أن العيب غير قابل لأن يتعلق به الظرف لأن المراد منه هنا الحاصل من المصدر و هو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن إشراب معناه فيه و لا يمكن أن يجعل اليوم صفه للعيب بأن يكون الظرف مستقرا لأنه نكره و العيب

معرف باللام و الظرف المستقر منحصر فى التعت و الصله و الحال و الخبر و كل منها لا محل له فى المقام

الثانى قوله ع أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمه البغل يوم اكرتري كذا و كذا فيلزمك فإنه لو كان العبره بيوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل فإن الأصل براءه ذمه الضامن عما يدعيه المالك و هذا بخلاف ما إذا قلنا بيوم الدفع فإن القول قول المالك لكونه مطابقا للأصل لأن القول بيوم الدفع مرجعه إمرا إلى بقاء العين بخصوصيتها إلى يوم الدفع فى عهده الضامن و إمرا إلى بقاء مائيتها الغير المتقدّره بالقيمه فإذا ادعى المالك زياد قيمه العين أو الوصف يوم الدفع فالقول قوله لأن الأصل عدم فراغ ذمه الضامن بما يدفعه بدلا عن التالف فإن ظاهر السؤال فى قول السائل فمن يعرف ذلك هو السؤال عن صورته التنازع فكون قول المالك موافقا للأصل منحصر فى أن يكون المدار على يوم الدفع

و فيه أنه يمكن النزاع فى تنزل قيمه يوم المخالفه مع اتفاهما فى قيمه قبل ذلك فيدعى الغاصب التنزل فالقول قول المالك الثالث أن سماع البيئه من المالك لا يجتمع مع كون القول قوله فلا بد من أن يجعل سماع البيئه منه فى مورد و كون القول قوله فى مورد آخر و هذا يتم على القول بيوم التالف بحمل الروايه على صورتين الأولى ما إذا اختلفا فى تنزل قيمه يوم التالف مع اتفاهما على قيمته سابقا فيدعى الغاصب التنزل فالقول قول المالك الثانى ما إذا اختلفا فى قيمته سابقا مع اتفاهما على بقاءه عليها إلى يوم التالف فالقول قول الغاصب لأصالة البراءه و على المالك إقامه البيئه على ما يدعيه

و إمرا بناء على يوم المخالفه فلا بد إمرا من حمل النص على التعيد و أن البيئه تسمع من المنكر فى خصوص الغصب أو غصب الدابه و إمرا من حمل كون قول المالك موافقا للأصل على ما إذا اتفقا على قيمه قبل الغصب و اختلفا فى التنزل يوم الغصب فيدعى الغاصب التنزل و كلاهما بعيد و فيه أولا- أن مجرد الاستبعاد لا- يثبت المدعى لأن للخصم دعوى الاستبعاد فى بعض الموارد على الوجه الآخر أيضا فكما يمكن فرض مورد سماع البيئه من المالك غير مورد كون القول قوله بناء على القول بيوم التالف فكذا يمكن اختلاف الموردين على القول بيوم المخالفه و ثانيا يمكن حمل الروايه على صورته واحده و هى دعوى الغاصب كون الدابه معيوبه حين اكرهاها فالأصل مع المالك لأصالة الصيحه أو دعواه التنزل عمّا اتفقا عليه سابقا قبل يوم المخالفه و سماع البيئه منه إنما هو لدفع اليمين عن نفسه فيكون الصيحه من الأدله الداله على سماع البيئه من المنكر كما فى قضيه السيرج المعروفه و هى أن عيسى بن موسى أمر رجلا فى السعى أن يدعى البغله التى عليها أبو الحسن موسى عليه السلام فأتاه و تعلق باللجام و ادعى البغله فثنى أبو الحسن ع رجله و نزل عنها و قال لغلمانها خذوا سرجها و ادفعوها إليه فقال السيرج أيضا لى فقال ع كذبت عندنا البيئه بأنه سرج محمّد بن على و أمّا البغله فإننا اشتريناها منذ قريب و أنت اعلم بما قلت

هذا تمام الكلام فى مدرك القول بأن المدار على قيمه يوم المخالفه و أمّا مدرك سائر الأقوال فمدرك أعلى القيم وجوه الأول ظهور الصيحه حيحه فإن قوله ع يوم خالفته بيان لأن المخالفه موجه للضمان و المفروض أن كل ما كان الشىء تحت سلطنه الغاصب فالغاصب خالف المالك فيه

و لا- موجب لأن يكون القيمة ملحوظة في أول حدوث المخالفه بل إذا فرض قيمه العين في يوم أعلى من سائر الأيام فيضمنها الغاصب و إن تنزلت بعد ذلك أو لم يكن بهذا المقدار في أول الأيام و لامتناع اجتماع الضمانات لعين واحده يدخل الأدنى تحت الأعلى و ينحصر الأعلى الثاني ما تقدم من أن تفاوت الرغبات أيضا كالتصيفات يدخل تحت الضمان الثالث ما ذكره المصنف قدس سره من أنه إذا تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها فلا- إشكال في ضمان الأعلى بناء على الاعتبار بيوم التلف فكذلك إذا حيل بينهما و بين المالك حتى تلفت فيضمن الأعلى و لو تنزلت يوم التلف لكون الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها الرابع قاعده نفى الضرر

و لكن لا يخفى أن هذه الوجوه كلها تقتضى عدم الفرق بين رد العين و بين تلفها مع أنهم لا يلتزمون بذلك و لو قيل بأن ضمان الأعلى مشروط بالتلف لقلنا بأن هذا يمكن بناء على الوجه الأول و الثالث و أما الثاني و الرابع فلا وجه لتقدير التلف في العين بل نفس تلف الوصف كاف لثبوت ضمانه على الغاصب هذا مع أن التمسك بقاعده الضرر لا- وجه له في مثل المقام لأن نفى الضرر حاكم على الأدلة المثبتة للتكاليف و ليس مثبتا لحكم يرفع به الضرر فالحكم بوجود دفع الأعلى حتى لا يرد الضرر لا يستفاد من لا ضرر و أما مدرك يوم الدفع فمن وجوه أيضا

الأول الصيحيحة فإن قوله ع يوم ترده عليه ظاهر في أن المدار على يوم الرد و فيه ما تقدم من عدم الدلالة و حكي عن صاحب الجواهر أن لفظ يوم ليس في نسخه التهذيب المصحح فبناء عليه عدم الدلالة على يوم الدفع في غايه الوضوح و لكن ما أفاده معارض أولا بنسخ الكافي الذي روى التهذيب عنها فإن لفظ يوم موجود فيها كما هو موجود في الوسائل و غيره و ثانيا في مقام الدوران بين الزيادة و النقصان الترجيح مع عدم الزيادة و لا ينافي ذلك اشتراك كل منهما في الأصل العقلائي و هو أصاله عدم الغفله لأن الغفله بالنقص أقرب إلى الإنسان من الغفله بالزيادة فإن زياده الزاوى من عند نفسه في غايه البعد و ثالثا مقتضى القواعد العربيّه لو لم يكن لفظ يوم أن يقال تردّها عليه لانحصار المرجع في القيمة و هذا بخلاف ما إذا كان لفظ يوم في العبارة فإن مرجع الضمير هو البغل لعدم إمكان إرجاع الضمير إلى القيمة لأنه لا معنى لأن يقال عليك قيمه ما بين الصحة و العيب يوم تردّ القيمة لأنه ليس للقيمة قيمه يوم الردّ

الثاني قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدى بناء على ما استظهرناه منه من أنه ظاهر في استقرار نفس المأخوذ في عهده الآخذ و تلفه لا يقتضى انقلابه إلى القيمة بل يبقى المال غير متقدّر بالقيمة إلى يوم الأداء الثالث تسالم الأصحاب على صحه المصالحة بين التالف و أى مقدار من القيمة و لو كان التلف موجبا للانقلاب إلى القيمة لم تصح المصالحة إلّا على مقدار ما يساوى قيمه التالف و إلّا لزم الربا فعدم ملاحظه أحكام الربا كاشف عن أن العوضين ليسا متجانسين

و أمّا مدرك القول بيوم التلف فهو الأخبار الواردة في باب الزهن و العتق أما الأول ففي الوسائل عن أبي حمزه سألت أبا جعفر ع عن قول عليّ عليه السلام يترادان الفضل فقال كان عليّ ع يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه و إن كان لا- يسوى ردّ الرهن ما نقص من حقّ المرتهن قال و كذلك كان قول عليّ ع في الحيوان و غير ذلك

و فيه أيضا عن إسحاق بن عمّار

سألت أبا إبراهيم ع عن الرجل يرهن الزهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فيهلك على الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم قال نعم لأنه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعه قلت فهلك نصف الزهن قال على حساب ذلك قلت فيترادان الفضل قال نعم فهذان الخبران يدلان على أمرين

الأول أنّ القيمي بمجرد التلف ينتقل إلى القيمه الثاني أنه يحتسب التالف قهرا في مقابل الدين و التهاثر القهرى لا يمكن إلاّ بالانتقال إلى القيمه فى يوم التلف و إلاّ كان على الزاهن أن يؤدّى الدين و يأخذ حقه من المرتهن إمّا بقيمه يوم الإلتاف أو يوم الدّفع أو أعلى القيم أو يوم التفريط لو كان غير يوم التلف و حملهما على الاحتساب بالتراضى لا شاهد له لا سيّما الأخير فإنّ ذيله و هو قوله ع على حساب ذلك يدلّ على أن مجرد التلف يوجب فراغ ذمّه الراهن بمقدار ما تلف بتفريط المرتهن

نعم لا بدّ من حملهما على أنّ الزهن قيمى لا مثلى و أنّ الدين من التقدين و لا بعد فيه كما يدلّ عليه ذيل الخبر الأوّل حيث قال ع و كذلك كان قول على عليه السّلام فى الحيوان و لو نوقش فيهما ففى الباب أخبار صريحه فى السّقوط كقوله ع و إن كان الزهن سواء فليس عليه شىء و قوله ع و إن كان الزهن يسوى ما رهنه فليس عليه شىء و فى خبر آخر و إن كان الزهن يسوى ما رهنه عليه فالزهن بما فيه أى الزهن بدل عن الدين

و أمّا الثانى فعن عبد الرحمن عن أبى عبد الله ع عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال ع نعم يؤخذ منه بقيمته يوم أعتق و فى معناه روايات أخر و استدلّوا أيضا بالأخبار الواردة فى باب الإجاره و لكن لا يخفى ما فى الجميع فإنّها وارده فى باب الإلتاف و لو فرض أنّ إطلاق أخبار الزهن يشمل صورته التلف فلا بدّ من حمله على صورته التعدّى و التفريط و إلاّ فليس المرتهن ضامنا عند التلف و موضوع البحث هو صورته التلف و لا دليل على اشتراكهما فى الحكم

هذا مع أن يوم الإلتاف و التعدّى فى باب عتق شقص من العبد و فى مسأله الزهن و الإجاره هو يوم المخالفه غالبا فإنّ يوم التعدّى و التفريط الّذى هو يوم المخالفه هو اليوم الّذى يتلف الزهن فتحصل ممّا ذكرنا أنّ كون المدار على يوم المخالفه هو أقوى الأقوال و بعده يوم الدّفع بل لا يبعد أن يقال إنّ المتفاهم بحسب العرف و العاده كون اليد و الاستيلاء على العين سببا لتقدير القيمه و كون العين بماليتها الغير المتقدّره فى عهده الضامن ليس أمرا ارتكازيا لأنّ المال عند العرف هو المقدر بالقيمه

هذا مع أنّ حكمهم بجواز مطالبه المالك لقيمه العين فى صورته تعاقب الأيدى مع إمكان مطالبته ممّن يكون العين تحت استيلائه ظاهر فى أنّ الغصب سبب لتحقيق الضمان فعلا- بقيمه المغصوب و إلاّ لم يكن وجه لجواز مطالبته من الغاصب الأوّل مع وجود العين فى يد الغاصب الثانى بل لا يمكن الجمع بين عدم فعلية الضمان إذا كان العين موجوده و لم يتمكّن الغاصب من ردّها إلى مالكها و بين القول بوجود بدل الحيلولة مع أنّ القول بيوم الدّفع بناء على كون العين فى الذمّه يقتضى ضمان منافعها أيضا و الظاهر بل المتيقّن عدم التزامهم به فيكشف عن أنّ المدار على زمان وضع اليد على العين

□

و كيف كان فالمسأله مشكله و الالتزام بآثار الأقوال أشكال كما سيظهر ذلك إن شاء الله

## الأول قد يتخيل في بادي النظر التنافي

بين ما تسالم عليه المشهور من صحة المصالحه

على المال التّألف بأى مقدار من الدرهم أو الدينار و بين قولهم بيوم التّلف لأنّه لو كان المال منتقلا- إلى قيمه يوم التّلف فالمصالحة على العين لا وجه له بل قد يتفق مضافا إلى ذلك صيروره المعامله ربويّه فالمصالحة عليها إنّما يصحّ على القول بيوم الردّ كما تقدّم أنّه أحد الوجوه الدالّه عليه و لكنّه يمكن الجمع بينهما بأن يكون مقتضى الأصل هو يوم الدّفع و مقتضى الدليل هو يوم التّلف بمعنى أنّ القائل بيوم التّلف لا يقول بانتقال العين فى يوم التّلف إلى قيمه حتّى لا يصحّ المصالحة عليها بل يلتزم ببقاء المال غير متقدّر بالقيمه إلى يوم الدّفع و لكن يوم الدّفع إذا قدر بالقيمه يقدر بقيمه يوم التّلف للأدله الدالّه على تعيين قيمه ذاك اليوم و نظير ذلك اجتماع الضمان يوم المخالفه مع بقاء العين فى ذاك اليوم فإنّ معنى كون المدار على يوم المخالفه ليس بمعنى انتقال العين إلى قيمه فى ذاك اليوم و لا- بمعنى اجتماع ضمان العين و قيمه معا بل معناه أنّ يوم التّلف يقوم بقيمه يوم المخالفه

نعم مقتضى ذلك أن يكون القول قول المالك عند الاختلاف سواء قلنا بقيمه يوم المخالفه أو يوم التّلف و لا يختصّ بما إذا قلنا بقيمه يوم الدّفع لأنّ الشكّ بناء على كون العين بماليتها الغير المتقدّره فى الذمه يرجع إلى الشكّ فى الخروج عن العهده لا إلى الشكّ فى الاشتغال فإنّ رجوع الشكّ إليه إنّما يصحّ بناء على الانتقال إلى قيمه

### **الثانى قد تقدّم أنّ تلف الوصف أيضا كتلف العين موجب للضمان**

و هذا من غير فرق بين الأوصاف الخارجيه كوصف الصحه و الكتابه و السمن و نحو ذلك و الأوصاف الاعتباريه ككون الشئ فى زمان كذا أو مكان كذا فإنّه ممّا يزيد فى ماله المال و ليس كتفاوت الرغبات و قلّه المال أى فرق بين نقصان قيمه السوقيه و نقص القيمه الحاصل باختلاف الزمان و البلاد فلو ردّ العين فى غير هذا الزمان أو المكان و جب تدارك نقص قيمتها و بناء عليه يجب ردّ النقص الخاص لا- ردّ قيمه آخر الأزمنه أو الأمكنه الّذى يخرج العين فيه عن قيمه لأنّه لو كان للزمان أو المكان خصوصيه فلا وجه لتدارك قيمه قبيل خروج العين عن المائيه فلو نقل الماء عن مفازه الحجاز إلى محلّ آخر للماء قيمه فيه أيضا و جب تدارك النقص

نعم نقصان قيمه السوقيه بناء على القول بوجوب تداركه مختصّ بما إذا تلف العين لا مطلقا و ذكرنا أنّ هذا يناهى القول باعتبار الأعلى لأنّ القول به معناه إلحاق قيمه السوقيه بسائر الصفات فاعتبار تلف العين فيه مشكل

### **الثالث لو تعذر الوصول إلى العين فهل حكمه حكم التّلف**

#### **اشاره**

قولان المشهور ذلك و تبعهم المصنف قدس سرّه



فقال ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو قيمه حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك كما لو سرق أو غرق إلى آخره

لا يخفى أنه يسمّى هذا الضمان ببدل الحيلولة

و توضيح ذلك يتوقف على بيان أمور

### الأول في تنقيح مورده

و هو على ما استفاد من كلمات الأعلام صرف التعذر لا التلف و ما بحكمه كما إذا خرج المال عن المالك شرعا أو سرق و لم يعرف السارق بحيث لا- يتمكّن من رده إلى مالكه عادة و نحو ذلك ممّا يعدّ تالفا عرفا كما في الغرق و نحوه فإنّ في هذه الموارد لا يضمن إلّا قيمه المال أو مثله لا بدل الحيلولة

نعم في بعض الموارد يشكّ أنّه من مصاديق التعذر أو التلف كما لو غرق و لم يحصل اليأس من الوصول إليه فالأولى تأسيس الأصل في المسألة ثم بيان موارد الغرامات التي يكون التعذر منها ثم بيان أقسام التعذر أمّا الأصل في المسألة

فقد يقال إن مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت حتى تؤدي أن يكون المال بجميع خصوصياته الشخصيه و المثلثه و الصفات و المائيه و السلطنه عليه في عهده الضامن بمجرد وضع اليد عليه خرج منه صورته رد العين إجماعا فيبقى الباقي فيشمل صورته التلف و ما بحكمه و صورته التعذر بأقسامه لأنه لو كان المال بمائيته و خصوصيته في عهده الغاصب مشروطا بعدم رده فإذا لم يمكن رد عينه فللمالك مطالبه بدله سواء صدق التلف أو التعذر أم لم يصدق خرج المال عن قيمه أم لم يخرج كان التعذر عقليا أم عرفيا كان زمانه قصيرا أم طويلا حصل اليأس من العين أم لم يحصل

و قد يقال كما هو المتبادر بدوا أن عموم على اليد لا يقتضى إلا ضمان مائيه المال عند التلف لا ضمان شخص المال فضلا عن توابعه إلا بمعنى رده تكليفا فكون العين تحت سلطنه المالك ليس ممّا يدخل تحت ضمان الغاصب حتى يجب أن يخرج عن عهده ذلك مع بقاء العين فثبوت البطل عند التعذر و إلحاقه بالتلف يتوقف على دليل ثم بناء على هذا يصير الأصل على عكس الأصل بناء على الأول لأنه إذا شك في صدق التلف أو التعذر فالأصل براءة ذمه الغاصب و من بحكمه

و أمّا موارد الغرامات فأربعة الأول التلف الحقيقي الثاني تلف جميع الانتفاعات في جميع الأزمنه و هذا على قسمين قسم يخرج العين فيه عن الملكيه و لا يبقى إلا حق الاختصاص كصيروره الخلل خمرا و الدهن نجسا بناء على عدم جواز الانتفاع بهما أصلا أو عدم الانتفاع المعتد به و قسم لا يخرج فيه عن الملكيه كما إذا انكسرت المرآه أو الظروف الصّيبه و نحوهما الثالث تلف بعض الانتفاعات الّذى ليس ممّا يتقوم به الملكيه في جميع الأزمنه كما لو صار الحيوان موطوءه فإنّه لم يتلف منه إلا الانتفاع به دائما في بلد الوطى لا في سائر البلاد الرابع تلف جميع الانتفاعات في بعض الأزمنه كاللّوح المنسوب في السّفينه الّذى يخاف بنزعه على النّفس المحترمه و لو كان هو الغاصب أو تلف مال غير الغاصب

و لا شبهه في أنّ الثاني ملحق بالأول فإنّه في حكم التلف إمّا شرعا أو عرفا و أمّا الثالث فلو لا الدليل على الضمان لكان مقتضى القواعد العامه عدمه لعدم فوت معظم الانتفاعات و أمّا الرابع فهو مورد البحث في ثبوت بدل الحيلولة و عدمه و على أيّ حال بدل الحيلولة لا يقتضى دخول المبدل في ملك الضامن فإنّه غرامه عن المبدل لا أنّه عوض عنه

فتفصيل المصنف بين غرامه الحيوان بالوطى و سائر الغرامات حيث اختار دخول الحيوان في ملك الغارم دون غيره لا وجه له لأنّ وجوب الغرامه لو اقتضى ملكيه المتدارك من باب عدم إمكان الجمع بين العوض و المّعوض لاقتضى في الجميع و لو لم يقتض ذلك لا يقتضى في الجميع و توهم أنّه إذا خرج الحيوان عن ملك المالك فلا بدّ أن يدخل في ملك الغارم و إلا يبقى الملك بلا مالك فاسد

أمّا أولا فلاّنه لا موجب لخروجه عن ملك المالك فإنّ الغرامه ليست عوضا حتى يقتضى دخولها في ملك المضمون له خروج العين التي وجب على الضامن غرامتها عن ملكه و أمّا ثانيا فلاّنه خروجها عن ملكه لا يقتضى دخولها في ملك الغارم لإمكان دخولها في بيت المال إلا أن يقال إنّ تفصيل المصنف مستفاد من نفس الرّوايه الداله على غرامه الحيوان فإنّ قوله ع يغرم ثمنه ظاهر في أنّ الحيوان بالوطى يدخل في ملك الواطئ فإنّ التعبير بالثمن

إنما هو لبيان ذلك

و أمّا أقسام التعدّر فأصولها أربعة الأول أن يكون لسرقه المال المضمون مع معرفه السارق أو لإباق العبد و حاصله ما تمكّن الضامن من ردّه ذاتا و إنما تعدّر لعارض خارجي الثاني أن يكون لعدم التمكّن خارجا كالزطوبه الباقية على أعضاء الوضوء الثالث أن يكون لخروج المال بالردّ عن المائيه كالخييط المغصوب الّذى خييط به الثوب فإنّه قد يكون إخراجة من الثوب مفضيا إلى التلف الرابع أن يكون لخلطه بمال آخر و لا- يخفى أن بدل الحيلولة إنما يجرى فى القسم الأول دون غيره و سنشير إلى ذلك إن شاء الله

### الأمر الثانى فى الأدلّه التى أقاموها على لزوم بدل الحيلولة

و هى أمور الأول قاعده لا ضرر و فيه أن هذه القاعده كقاعده لا حرج إنما تكون حاكمه على الأحكام الثابته فى الشريعة الشامله بإطلاقها لمورد الضرر فكلّ مورد استلزم من تشريع الحكم فيه ضرر على المكلف فهذا الحكم مرفوع و أمّا الحكم الغير الثابت الّذى يلزم من عدم ثبوته ضرر على شخص فبقاعده لا- ضرر لا يمكن إثباته لأنّ القاعده ناظره إلى نفي ما ثبت من الأحكام الشّرعيّه و عدم حكم الشارع بالضمان ليس من الأحكام المجعوله فى الشريعة الثانى أن فيه جمعا بين الحقيين بعد فرض رجوع البديل إلى الضامن

و فيه أنّه لو ثبت حقّ للمالك على الضامن مع بقاء عين ماله لكان دفع قيمه إليه ما دام العين خارجه عن تحت استيلائه جمعا بين الحقيين و هذا يتوقّف على كون مجرّد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلّق حقّ فعليّ بالبديل للمالك على الغاصب و هذا ممّا لا- يلتزم به أحد حتى بناء على القول بأنّ المدار فى القيمي على يوم المخالفه لأنّه ليس معناه فعلية الضمان بالقيمه و العين بل فعليته بالنسبه إلى قيمه مشروطه بالتلف غايه الأمر أنّه يلاحظ قيمه يوم المخالفه و أمّا بدون تلف العين فلا حقّ له إلّا على العين الثالث عموم الناس مسلّطون و فيه أنّه لا سلطنه له إلّا على العين و عموم السلطنه لا يثبت الصغرى الرابع كون الغاصب حائلا بين المالك و ملكه

و فيه أنّ الحيلولة ليست من موجبات الضمان مستقلاّ إلّا إذا دخل تحت اليد أو الإتلاف و المفروض أنّ قاعده اليد لا تقتضى ردّ البديل مع عدم التلف و المفروض عدم الإتلاف الخامس أنّه فوت سلطنه المالك فيجب عليه تداركها و فيه أنه ليس للمالك إلّا الملك و أمّا السلطنه عليه فهى من أحكام الملك فلا معنى لتعلّق الضمان بها و هذا مراد المحقّق الثانى الذى هو ترجمان الفقهاء من قوله جعل القيمه فى مقابل الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه

و حاصل إشكاله أن مجرّد منع الضامن عن أعمال المالك سلطنه فى ماله و حيلولته بينه و بين ماله لا يوجب أن يكون القيمه واجبه عليه إلّا أن يقال ليس المراد من السلطنه التى التزم المصنّف قدّس سرّه بتداركها هى الحكم الشّرعى بل المراد هى الجده الاعتباريّة فالبديل بدل لهذه الجده التى هى عباره عن كون المال تحت استيلاء المالك يتقلّب فيه ما يشاء و يتصرّف فيه ما يريد بل قيل هذه هى التى تقع متعلّقه للإجاره فى مثل الدار و الدكان فإنّ الأجره تقع بإزاء كون العين تحت يده فإذا كان الضامن

سببا لتفويت هذه الخصوصيه على المالك وجب عليه تداركها و هو لا يتحقق إلاً بأداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمه حتى يتصرف المالك فيه على مشيئته

و فيه أنّ مقتضى ذلك إما ضمان المنافع أو التفاوت بين كون العين تحت استيلائه و بين كونها خارجه عنه لا بدلها فإنّ المالك و إن لم يقدر على جميع أنحاء التقلبات فى ماله

بواسطه الحيلولة إلّا أنّ هذا لا يقتضى إلّا ضمان المنافع أو النقص فإما يستحقّ أجرته أو أرشه فالأولى الاستدلال له بما أشرنا إليه في صدر المبحث و هو أن على اليد يقتضى كون الضامن ضامنا للمأخوذ بجميع خصوصياته الشخصيه و النوعيه و المائيه و الصفات و السلطنه فإذا كان مالتيه في عهده فإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين أن يكون التعذر دائميا أو موقتا

نعم يرد عليه أنّ مع بقاء العين لا وجه لدخول مالتيه المال في عهده الآخذ بل تعلق الضمان بمالتيه إنّما هو في طول تعلق الضمان بالعين فإنّ ظاهر الحديث أنّ نفس المأخوذ في عهده غايه الأمر أنّ وجوب الردّ حيث إنّه ليس حكما تكليفيا محضا يقتضى أداء ما هو عند التلف إلّا أن يقال إنّه بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد عرفا من الحديث الشريف أنّ الآخذ إمّا يجب عليه ردّ المأخوذ بشخصه و إمّا ما يصدق عليه أنّه أداء له ما لم يتمكّن من ردّ شخصه و لا يرى العرف فرقا بين التلف و التعذر من حيث دلالة الحديث فإنّ استقرار العين في عهده الضامن يقتضى أن يخرج من تبعات مالتيه

نعم إذا كان زمان التعذر قصيرا جدا فليست هذه المناسبه متحققه كما أنّه لا يصدق الضرر أيضا

### الأمر الثالث هل المدار في التعذر على التعذر المسقط للتكليف

بردّ العين أو الأعم منه و من التعذر العرفي و جهان مبنيان على ما تقدّم من الاختلاف في تقريب الأصل في المسأله

و لكن مقتضى الأدله عدم الفرق بين الصورتين فإنّ فوت سلطنه المالك و الضرر عليه مشترك بينهما ففي مورد التعذر العرفي و إن وجب على الضامن السعي في تحصيل العين إلّا أنّ هذا لا ينافي وجوب البدل في زمان السعي و لا وجه لإجراء استصحاب عدم تسلط المالك الذي كان قبل التعذر فإنه محكوم بإطلاق على اليد و عموم السلطنه و قاعده لا ضرر و غير ذلك من الأدله التي أقاموها على ثبوت البدل و استحقاق المطالبه

كما أن مقتضى الأدله أيضا عدم الفرق بين العلم بحصول العين و اليأس منه و رجائه و لا وجه لاختصاصه بمورد اليأس و ليس دليل بدل الحيلولة ليّيا حتى يكون المتيقّن منه صورته اليأس ثم لا يخفى أنّ جهه البحث في التعذر العقليّ أو العادي غير جهه البحث في تقييد التعذر بمورد اليأس أو إطلاقه لأنّ اليأس من الحصول قد لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما أنّ العلم بوجدانه فيما بعد أو رجاء وجدانه قد يوجب سقوط التكليف فعلا لكونه متعذرا الحصول عقلا في هذا الحال إمّا للمنع الشرعيّ الذي هو كالامتناع العقلي كما في اللوح الذي يوجب نزع تلف النفس المحترمه أو مال غير الغاصب و إمّا للمنع الخارجيّ التكوينيّ فكل من مورد اليأس و العلم قابل لتقسيمه إلى التعذر العقليّ و العرفي كما أنّ طول الزمان و قصره أيضا قابل لتقسيمه إليهما و إلى اليأس و العلم

فما أورده السيد قدّس سرّه في حاشيته بعد قول المصنف ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله لا يخفى أنّ هذا ليس مطلبا آخر بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعا بين الحقين كما أنّ تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأوّل و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار غير وارد فتدبر و كيف كان لو قلنا بأنّ المالك يستحقّ المطالبه بالبدل من الضامن

بمجرد أخذ المبدل غايه الأمر أنه مشروط بالتلف أو التعذر فلا فرق بين أقسام التعذر إلا أن يكون زمانه قصيرا جدا

**الأمر الرابع في الأحكام المتفرعه عليه بعد ثبوته و هي في ضمن مسائل**

**الأولى هل البدل ملك للمالك أو مباح له وجهان**

و الأقوى كونه ملكا له لأنه لو ثبت للمالك حق في أخذه البديل فهو ملك له و لو لم يثبت فلا يباح له أيضا و الالتزام بالإباحه حتى لا يجتمع العوض و المعوض في ملك المالك لا موجب له لأنه يمكن أولا الالتزام بكون العين المتعذر ردها ملكا للضامن كما اختار ذلك صاحب الجواهر قدس سره في بعض أقسام التعذر كالخيط الذي برده يتلف أو يتلف المخيط و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء و اختار ذلك السيد المحشى قدس سره في جميع أقسام التعذر بل في التلف الحقيقي و هذا و إن لم يستقم كما سيجىء و وجهه إلا أنه يرفع إشكال الجمع و ثانيا وجوب البديل ليس إلا من باب الغرامه لا المعاوضه فإذا كان كل واحد من البديل و العين المتعذر ردها ملكا للمالك فلا محذور فيه لأن اجتماعهما كاجتماع الأرش و العين المعيبه

و لكن الصواب أن يقال لو كان البديل بدلا عن المائيه بأن استفدنا وجوبه عن عموم على اليد فهو ملك للمالك و لو كان بدلا عن السيلطنه الفائته فمقتضاه كونه مباحا له كالإباحه في المعاطاه لأن ما فات عن المالك هو آثار الملك و هي التصرف و التقلب فيه كيف شاء فلا بد أن يقام مقامه ما جاز للمالك التصرف فيه حتى المتوقف على الملك كما كان له السيلطنه على عينه قبل التعذر و مقتضى ذلك هو الإباحه المطلقه و الالتزام بالملكيه آنا ما في التصرف المتوقف على الملك لا الملكي من أول الأمر

و كيف كان لم يجتمع عند المالك العوض و المعوض و لا البديل و المبدل لأن الغرامه لو كانت مباحه له كانت بدلا عن السيلطنه الفائته و لو كانت ملكا له فهي بدل عن ماله ماله التي فاتت منه زمان التعذر

### الثانيه هل البديل بدل للعين دائما أو ما دام التعذر

أو ما لم يرد العين أو تفصيل بين القول بالملكيه و الإباحه وجوه و الأقوى كونه موقتا مطلقا فيعود إلى ملك الغارم أو إلى تحت سيطرته بعد التمكن أو بعد رده العين على الوجهين الآتيين و ذلك لأن من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أن الحيلوله أو التعذر موضوع للحكم بوجود الغرامه و عنوان له لا أنه عله له حتى يمكن أن تبقى الغرامه للمالك دائما لاحتمال كون حدوثه آنا ما كافيا لبقائها له أبدا كما في مسأله التغيير الذي هو عله لثبوت التجاسه في الماء لا عنوانا للموضوع بل لو شك في كونه عنوانا أو عله لكفى في عدم جريان استصحاب بقاء حق المالك

و بالجملة بعد التمكن أو بعد رد العين لا وجه لبقاء الغرامه في ملك المالك أو تحت سلطانه فإنها و إن لم تكن عوضا بل كانت إما بدلا عن السيلطنه أو بدلا عن المائيه إلا أن بدليتها كانت موقته لا دائميّه إلا أن يقال إنها لو كانت بدلا عن السيلطنه فحيث إنها كانت بدلا عن السيلطنه الفائته التي لا ترجع إلى المالك أبدا فتبقى هذه أيضا على البدليه دائما بل يمكن أن يقال أيضا بالملكيه الدائميّه على القول بالملك من جهة عدم ثبوت الملك الموقت في الشرع

و لكن الحق عدم إمكان الالتزام بالسيلطنه الدائميّه و لا بالملكيه كذلك و لا يجرى الاستصحاب على الوجهين أما بناء على بدليتها عن السيلطنه فلأن مقدار ما فاتت من السيلطنه تتدارك بالغرامه فإذا عادت فتعود الغرامه أيضا إلى الغارم و أما بناء على كونها بدلا عن المائيه فلأن القول بأن الملكيّه الموقته غير ثابتة في الشرع غير مسموع لأن ثبوتها كذلك لم يقدّم برهان على

امتناعه إلما فى البىع لقيام الإجماع على بطلانه كذلك فإذا اقتضى الدليل التوقيت فى غير البىع فيتبع هذا مع أنّ فى الأوقاف  
الخاصة الملك للبطون ليس دائما

**الثالثة هل العين التى يجب على الضامن**



غرامتها ملك للضامن مطلقا أو باقيه في ملك المالك مطلقا أو تفصيل بين الغرامات وجوه قد تقدم أن كل مورد دل الدليل على كون الغرامه ثمنا فيستكشف منه أن وجوب دفع الغرامه من باب المعاوضه الشرعيه القهريه و ما لم يقم دليل عليه فلا موجب لدخول العين في ملك الغارم من غير فرق بين التعذر بأقسامه و التلف الحقيقي و العرفي و جريان الربا فيها لا يدل على كون الغرامات من باب المعاوضه إلا إذا قلنا بالتلازم بينهما و بناء عليه لا نلتزم بجريان الربا فيها فإن عدم صحه رد الزائد أو الناقص في المكيل أو الموزون و بدلا عن التالف أو المتعذر ليس اتفاقيا و بناء على ثبوت الاتفاق ليس اختصاص الربا بالمعاوضات اتفاقيا

و بالجمله الغرامه لا معاوضه مالكيه و لا شرعيه قهريه فإن الدليل الدال على الضمان لا يقتضى كون العين ملكا للضامن سواء صارت تالفه حقيقته أم عرفا كما إذا خرجت عن قابليه الانتفاع بها كالأواني المكسوره و الماء المصبوب على أعضاء الوضوء أو شرعا كما إذا صار الخل خمرا أو صارت متعذره كمورد بدل الحيلوله بل في التلف الحقيقي لا يعقل دخول التالف في ملك الضامن و للقطع باتحاد الحكم في جميع موارد الغرامات نحكم بعدم دخول المبدل في ملكه مطلقا بل يبقى في ملك مالكة و ذلك لأن في التلف الحقيقي إمّا أن يقال بدخول التالف في ملكه قبل التلف أو بعده فلو قيل بدخوله قبله كدخوله في تلف المبيع قبل قبضه أنا ما في ملك البائع و كذلك في المعاطاه

ففيه أولا- أنه يلزم تقدم المعلول على علته بيان الملازمه واضح فإن التلف علل للغرامه و الغرامه علل لدخول التالف في ملك الغارم فكيف يدخل في ملكه قبل التلف الذي هو علل لعلته و القول بأن في الرتبه السابقه على التلف يقدر التالف ملكا للضامن لا في الزمان السابق عليه لا يستقيم لامتناع التقدم الرتبي أيضا و ثانيا أن هذا يقتضى التقدير في التلف الحكمي و التعذر بأقسامه فيلزم أن يكون التعذر بنفسه موجبا لملكيه المتعذر للغارم و لازم ذلك أن تكون منافعه قبل أداء الغرامه له و لا أظن أن يلتزم به أحد و لو كان بعده فدخول المعدوم في الملك أمر لا يعتبره العقلاء و فرضه موجودا لا يجعله موجودا مع أنه بلا موجب

و بالجمله حيث إن الغرامه سادّه للتلمه التي وردت على ملك المالك فلا- يقتضى لزومها على الغارم دخول عين المالك في ملكه لأنها ليست بدلا عن نفس العين فبقاء العين في ملك المالك لا يقتضى الجمع بين العوض و المعوض و لا المبدل ثم إن مقتضى ذلك أنه لو خرج العين عن قابليه التملك كما إذا صار الخل خمرا كان المالك أولى من الضامن به و يبقى حق الاختصاص له

و لا- يقال لم يكن له حق الاختصاص في عرض الملك لأن لكل منهما موردا مستقلا و لا يجتمعان في مورد واحد حتى يبقى أحدهما بعد زوال الآخر فإذا زالت الملكيه فإما يلحق بالمباحات الأصليه فهو لكل من سبق إليه و إما للغاصب لكونه في يده و على أي تقدير فثبوت الأولويه للمالك مشكوكه لأنها جديده تتوقف على سبب و الأصل عدمه

لأننا نقول ليس الحق أمرا مغايرا للملك بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفه المندكّه تحت القوى لأنه عباره عن إضافه خاصه بين المستحقّ و المستحقّ عليه و هي حاصله للمالك و محفوظه في جميع الحالات المتوارده على الملك فهي كالهولي لا تزول بزوال الصور النوعيه فإذا صار الخشب رمادا لا يزول عنه إضافه المالك بل قد لا تزول الصورة كالماء الخارج

عن المفازة و الجمد الباقي من الصَّيف إلى الشَّتاء و لا يصحَّ قياس الملك و الحقَّ على الوجوب و الاستحباب لأنَّهما متغايران بالملاك و لكلَّ منهما مصلحة مستقلَّة فإذا نسخ الوجوب لانتهاه مصلحته فلا تبقى مرتبه ضعيفه من الطَّلب حتى يبقى الاستحباب فإنَّه يحتاج إلى ملاك مستقلَّ و الجامع الطَّلبى لا يكفى للحكم بالاستحباب و لذا عدَّا حكيمين متضادَّين

نعم لو أحرزنا ملاك الاستحباب فى ضمن ملاك الوجوب لقلنا ببقائه بعد نسخ الوجوب ثم إنَّ هنا قولاً بالتفصيل بين من كان يده يدا تبعيَّه كيد الوكيل و الودعى و المرتهن و كلَّ يد أمانيه فحقَّ الاختصاص للمالك و من كان يده يدا استقلالِيه كالغاصب و الآخذ بالعقد الفاسد فهو له و لكن الأقوى ما عرفت من بقاء حقَّ الاختصاص للمالك مطلقاً لكونه من مراتب الملك بل لو قيل بأنَّه من أحكام السِّلطنة و آثارها فهو له أيضاً لأنَّه إذا كان من آثار السِّلطنة على الشَّيْء ثبوت حقَّ الاختصاص فيه فهذا غير قابل للزَّوال بزوال الملكيه

نعم لو قيل بأنَّ الحقَّ و الملك متغايران ذاتاً و مورداً فيجىء النزاع فى أنَّه لمن سبق إليه أو للمالك مطلقاً أو لمن كان يده يدا استقلالِيه و على هذا لا يجرى استصحاب وجوب الردِّ الثابت سابقاً سواء كان هو المتأصل فى الجعل و الملكيه أو الحقَّ منتزعه عنه أم كان المجعول هو الملكيه أو حقَّ الاختصاص و كان وجوب الردِّ من أحكامه أمَّا على الأخير فواضح للعلم بزوال الملكيه و الشكَّ فى ثبوت حقَّ الاختصاص و أمَّا على الأوَّل فلأنَّ الوصف العنوانى و هو الملك أو الحقَّ له دخل فى وجوب الردِّ و ليس الموضوع هو ذات الشَّيْء و لا أقلَّ من الشكَّ فلا مجال لاستصحابه فتأمل

و لكن هذا القول ضعيف جدًّا و لا يشهد له الاختلاف فى باب إحياء الموات و هو أنَّ من عمَّر أرضاً خربه تركها أهلها هل ينتفع بها بلا حقَّ لصاحبها الأصلي أو مع إعطائه طسقا لأنَّ الاختلاف فيه إنَّما هو لاختلاف الأخبار فى بقاء الملك على ملك المالك الأصلي فيستحقَّ الطسق أو زواله فلا يستحقَّ شيئاً و لا تدلُّ على عدم بقاء حقَّ الاختصاص لصاحبه الأصلي مع بقاء الملك على ملكه بل من نفس هذه الأخبار يظهر صدق ما ادَّعينا من أنَّ الحقَّ من مراتب الملكيه لظهورها فى أنَّ من حجر مكاناً يستحقَّه اختصاصاً لا- ملكاً و إذا عمره يصير ملكاً له فيحصل له أو-لا- حقَّ الاختصاص ثم الملكيه و لا شبهه فى أنَّ الحقَّ لا يزول بعد حصول الملك بل يندرج فيه

و كيف كان لا- إشكال فى أنَّ الخمر إذا صار خلماً عاد إلى ملك المالك اتِّفاقاً إذا لم يسبقه سابق ثم إنَّ ممَّا يتفرَّع على هذه المسألة عدم جواز المسح بالبلبل الباقي على أعضاء الوضوء فإنَّ الماء و إن كان تالفاً عرفاً فيجب على الضَّامن بدله إلاَّ أنَّه لم يخرج عن ملك المالك لما عرفت أنَّ الضَّمان فى حدِّ نفسه لا يقتضى دخول المضمون فى ملك الضَّامن و لذا لم يلتزم أحد بأنَّ الضَّامن لدين الغير يملك الدين و عرفت أنَّ جريان الرِّبا فى الضَّمان لا يلازم كونه معاوضه و لذا ينسب إلى المشهور جريانه فى الضَّمان العقدى فقالوا لا يجوز أن يصير الشخص ضامناً لدين فى ذمَّه الغير أزيد ممَّا فى ذمَّته إذا كان مكيلاً أو موزوناً مع أنهم لا يلتزمون باقتضاء الضَّمان المعاوضه مطلقاً

□

اللَّهمَّ إلا- أن يقال بالفرق بين الخمر و الرطوبه الباقيه على أعضاء الوضوء فإنَّ الخمر قابل للتَّخليل فيبقى حقَّ الاختصاص للمالك أو هو مباح لكلَّ من سبق إليه و أمَّا الرطوبه فلا هى مال و لا فيها حقَّ اختصاص لعدم إمكان ردِّها إلى المالك خارجاً و عدم

قابليه الانتفاع بها لغير المتوضى

و بالجمله الرطوبه شىء لا يمكن أن يتعلّق بها وجوب الردّ تكليفا ولا هي في عهده الضامن وضعا

لأنّ ما لا- يمكن أدائه أبدا لا- معنى لأن يتعلّق الضّمان به فإذا خرجت عن المملوكيه عرفا فلا مانع لأن ينتفع بها من هي على أعضائه فتأمل

### الرابعه هل دفع البديل حقّ للضّامن أو المطالبه به حقّ للمالك أو لكليهما

و الأقوى هو الثاني كما اختاره المصنف قدّس سرّه

فقال ثم إنّ ثبوت قيمه مع تعدّد العين ليس كشبوها مع تلفها في كون دفعها حقّا للضّامن

و وجهه واضح فإن مجرد التعدّد لا يوجب انقلاب العين إلى قيمه كما قلنا بذلك في المثلى المتعدّد مثله فليس للضّامن إلزام المالك بأخذ البديل بحيث لو امتنع منه ردّه إلى الحاكم بل للمالك الإغماض عن الخصوصيه الشخصيه و المطالبه بالبديل و له الصبر لأنّه لو كان العذر أبديا لم يكن المتعدّد قابلا لأن يتعلّق به وضع كما لا يمكن أن يتعلّق به تكليف

و أمّا العذر الموقّت فهو و إن استلزم سقوط الحكم التكليفي ما لم يتمكّن الضّامن من الردّ و لو بالسّعي في مقدّماته إلّا أنّه لا وجه لسقوط الخصوصيه الشخصيه فالخيار للمالك و هذا من غير فرق بين القول بأنّ البديل بدل عن المائيه أو عن السّيلطنه و القول بأنّه بدل عن كون العين تحت الاستيلاء لأنّ الخصوصيه الشخصيه تسقط على جميع التقادير لا- وجه له و مجرد إرادته الضّامن تفرغ ذمّته عن تبعات العين من ضمان المنافع و ارتفاع قيمه السوقيه و نحو ذلك من نقص الأوصاف لا يقتضى أن يكون حقّ الدّفع له

### الخامسه أنّه لا إشكال في أنّ الضّامن قبل دفع الغرامه يضمن منافع العين المتعدّره

و لو تلفت يضمن ارتفاع قيمه السوقيه بناء على القول بأعلى القيم فإنّ العين في عهده بجميع تبعاتها و لا- فرق بين ضمان المنافع و ارتفاع قيمه و ما استظهره المصنف من كلام بعض من تعرّض لضمان المغصوب من عدم ضمان ارتفاع قيمه السوقيه الحاصل بعد التعدّد و قبل الدّفع حيث عطف التعدّد على التّلف فيه أنّ العطف لا يقتضى الاتّحاد بين المعطوف و المعطوف عليه من جميع الجهات فعدم ضمان ارتفاع قيمه بعد التّلف لا يقتضى عدمه بعد التعدّد و قبل الدّفع

و على أيّ حال فالحق هو ما اختاره قدّس سرّه من اتّحاد حكمهما لو تلفت العين و إنّما الفرق بينهما من جهه أخرى و هي أنّ ضمان ارتفاع قيمه مشروط بالتّلف لأنّه لو ردّ العين فلا يجب غيرها و أمّا المنافع فيضمنها مطلقا

و بالجملة لا إشكال في أنّه يضمن المنافع و ارتفاع قيمه إنّما الإشكال في أنّه يضمن كذلك بعد الدّفع أيضا أو يخرج عن عهده جميع ذلك بالدّفع و الأقوى خروجه عن جميع التبعات بعد ما قوّينا أنّ وجوب البديل إنّما هو من باب تدارك المائيه أو كون العين تحت اليد لأنّه سقط خصوصيه العين بالتعدّد و أدى المائيه فلم يبق في ذمّته شيء يستتبع المنافع فيكون هذا نظير ما

إذا أدى القيمه فى المثلّى المتعذّر مثله نعم لو كان وجوبه من باب تدارك السلطنه فيبقى جميع التبعات على عهده

### **السادسه إذا ارتفع العذر و تمكّن من ردّ العين إلى مالكه وجب الردّ فوراً**

حتى على القول بالمعاضه القهريّه الشرعيّه لأنّ حكم الشارع بالمعاضه مترتب على عنوان التعذّر و يدور مداره و لا يمكن قياس المقام على المثلّى المتعذّر مثله بعد أداء قيمته حيث قلنا بأنه لا- يجب ردّ المثل بعد التمكّن فإنهما و إن اشتركا فى أنّ الخصوصيه العييه أو المثلّيه غير قابله للإسقاط بنفسها إلّا أنّهما مفترقان فى أنّ المثلّيه أمر كلّى تدخل فى الذمّه فإذا أغمض المالك عنها

و لم يصبر إلى زمان تمكّن المثل و طالب المائيه فيقع كلّ ما أذاه الضّامن مصداقا لما في ذمّته و بدلا عن الكلّي

و لا شبهه أنّ كلّ ما وقع بدلا عن الدّين يوجب سقوطه و لو كان من غير جنسه و هذا بخلاف العين الشّخصيّة فإنّها إذا سقطت أداؤها بالتعدّد و طالب المالك ماليتها فوقوع كلّ ما يؤدّيه الضّامن بدلا عن العين يحتاج إلى معاوضه مالكيه أو شرعيه أبدية لا دائره مدار التعدّد لأنّ العين لا تدخل في الذمّه حتى يبرأ ذمّه الضّامن عنها بأداء بدلها فإذا ارتفع التعدّد يجب ردّ العين و هذا أيضا مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت المغيبي بأداء المأخوذ

### السابعه قد عرفت أنّ الغرامه ليست ملكا دائما للمالك

على جميع التقادير إنّما الكلام في أنّه يرجع إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين أو بردّها خارجا و جهان و الأقوى هو الثاني و ذلك لأنّ التعدّد و إن أوجب استحقاق البدل إلّا أنّه علّه للوجوب لا أنّه موضوع له حتى يبطل البدليه بمجرد التمكّن و ذلك لأنّ التمكّن لا يخرج العين عمّا هي عليه من انقطاع سلطنه المالك عنها و عدم كونها تحت يده فما لم يرجع العين لا تدخل تحت سلطنته و يده و لا تعدّ مالا من أمواله فالموضوع هو خروج العين عن تحت السّيلطنه لا التعدّد فإنّه علّه للوجوب كالتغيّر الذي هو علّه العروض النّجاسه على الماء فإذا شكّ في أنّه علّه محدثه فقط أو علّه محدثه و مبقية أيضا فيستصحب بقاء البدل على ملك المالك و لازم ذلك عدم ثبوت الضّمان الجديد فإنّ منشأ توهم الضّمان الجديد هو عود الغرامه إلى الغارم و منشأ العود هو كون التعدّد ركنا لثبوت تملك المالك للغرامه و كونه ركنا يتوقّف على أن يكون التمكّن موجبا للجمع بين العوض و المعوّض عند المالك مع أنّ مجرد التمكّن لا يخرج العين عمّا هي عليه من انقطاع سلطنه المالك و لا تعدّ مالا من أمواله فلا وجه لخروج البدل عن ملك المالك قبل ردّ العين و لا وجه للضّمان الجديد بل العين قبل الردّ مضمونه بالبدل فإذا تلفت بعد التعدّد و قبل الردّ يتعيّن البدل للبدليه و على هذا لا وجه لاستحقاق الغارم لحبس العين لأنّه لا يستحقّ الغرامه إلّا بردّ العين فإذا كان علّه استحقاقه هو الردّ فكيف يتقدم المعلول على علّته

و لا يقال مقتضى ذلك عدم جواز مطالبه المالك العين من الغارم لأنّه ما لم يرد الغارم العين إليه يبقى بدليه الغرامه على حالها فإنّ سقوط البدليه و ارتفاعها على الفرض إنّما هو بالردّ فمع بقاء البدليه كيف يجوز له المطالبه نعم بناء على كون البدل بدلا عن السّيلطنه يمكن التّفكيك بين الأحكام الوضعيه فيبرأ الضّامن عن بعض آثار المضمون دون بعضها الآخر فيجوز للمالك المطالبه مع بقاء البدل في ملكه

لأنّنا نقول لا- تنافي بين براه ذمّه الضّامن عن مائيه المال و عدم عود البدل إلى ملكه بمجرد التمكّن و بين جواز مطالبه المالك بحق مالكي و ذلك لأنّ براه ذمّه الضّامن ليس إلّا لأنه لم يبق من حيث مائيه المال في عهده شيء و لكن علقه المالك بالنّسبه إلى ملكه باقيه و لذا يصحّ في هذا الحال بيعه أو صلحه من غير الغارم فاستحقاق المالك إنّما هو لبقاء علقته كما في الخل الذي صار خمرا و كما في الأواني المكسوره و حيث إنّ لا يمكن ردّ العين إلّا في ضمن ماليتها فيجب عليه ردّ المال و بعد ذلك يستحقّ البدل لثما يجتمع البدل و المبدل عند المالك بل يمكن أن يقال ليس للغارم حقّ حبس العين و لو قيل ببطلان



و توضيح ذلك أنّ النزاع في استحقاق الغارم حبس العين إلى أن يدفع المالك الغرامه و عدمه يقع في مقامين الأول فيما لو وصل العين في يده و الثاني بمجرد التمكّن من ردّها مع بقائها في يد الغير أو المحلّ الذي كانت فيه فمعنى حبسها هو الأعمّ من حبسها تحت يده و عدم إقدامه على تحصيلها و المصنف رجّح أولاً عدم ثبوت حقّ له لأنّ العين لم تكن معوّضه عن البدل بل كانت السّلطنه معوّضه عنه ثم رجّح ثانيا ثبوت الحقّ له لأنّ العين و إن لم تكن معوّضه بل كان المعوّض هو السّلطنه إلّا أنّ حبس السّلطنه لما كان متوقفاً على حبس العين لتضمّن العين السّلطنه عليها فلا مانع من حبس العين و ذلك كما يحبس الخياط الثوب المخيط لتضمّنه الخياطه التي هي معوّض عن الأجره و كذلك حبس القصار الثوب

و لكنّك خير بأنّ المورد المذموم دلّ الدليل على جواز الحبس فيه هو مورد المعاوضات قبل الفسخ و بعده أمّا قبله فللشّروط الضّمّنى من المتعاضين فإن بناءهما بحسب العاده هو التسليم و التسلم بحيث صار ذلك من الأمور الارتكازيه عند العرف فللبائع جنس المبيع ليأخذ الثمن و للمشتري حبس الثمن ليتسلم المبيع و أمّا بعد الفسخ فحقّ الحبس و إن لم يكن خالياً عن الإشكال لأن العقد إذا بطل بطل بتوابعه و منها الشرط الضّمّنى إلّا أنّه ادّعى الإجماع على أنّ لهما حقّ الحبس أو أنّ الشرط الضّمّنى يقتضى حقّ الحبس بعد الفسخ أيضاً و بطلانه لبطلان متبوعه لا يقتضى ذهاب أثره لأنّ هذا الأثر أثر لمطلق وجوده لا لبقائه و إذا ثبت حقّ الحبس إمّا للشّروط الضّمّنى أو الإجماع ارتفع إشكال الأردبيلي قدّس سرّه من أنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر و أمّا ثبوته في المقام فلا دليل عليه سواء قلنا بأن باب الغرامات باب المعاوضات أو قلنا بأنّه ليس إلّا تدارك الفئات و سواء قلنا بعود الغرامه بمجرد التمكّن أم بعد ردّ العين و ذلك لأنّه لو قلنا بأنّ الغرامه لا تعود إلّا بردّ العين فلا يتحقّق موضوع لحقّ الحبس فإنه نظير الخيار الحاصل برّد مثل الثمن فإنّه ليس للبائع حبس الثمن لأخذ المثلثم لعدم تحقّق الخيار له إلّا بعد ردّ الثمن

و أمّا لو قلنا بأنّ الغرامه تعود بمجرد التمكّن فلو قلنا بالمعوضه بين الغرامه و العين فهذا و إن كان نظير بعد الفسخ إلّا أنّ الدليل الدال على ثبوت حقّ الحبس بعد الفسخ لا يدلّ على ثبوته في المقام لأنّ الحبس فيه إنّما هو لفسخ المعاوضه المالكيه و في المقام معاوضه شرعيّه قهريّه فيتوقّف ثبوت الحقّ فيه على دليل بالخصوص و لو قلنا بأنّه من باب الغرامه فأظهر لأنّ باب الغرامه لم يثبت فيها جواز الحبس للغارم فلا يشبه بالعقد بعد الفسخ أيضاً و هذا من غير فرق بين كون الغرامه بدلا عن السّلطنه أو المالكيه لعدم ثبوت الحقّ للضامن على أىّ تقدير و حاصل الكلام أنّه لا وجه لعود الغرامه إلى الضامن بمجرد تمكّنه من ردّ العين فلا يضمن ضمّانا جديداً و ليس له حقّ الحبس

و لا يقال فيما إذا دخل العين تحت يد الضامن لا يمكن الالتزام بعدم ضمانه ضمّانا جديداً و إلّا يلزم أن يكون التصرف في مال الغير بغير إذنه خارجاً عن أدلّه الضمانات مع أنّه ليس أمانه شرعيّه و إذا التزمنا بالضمان الجديد في هذه الصوره فلا بدّ من الالتزام بأنّ بمجرد التمكّن يوجب عود الغرامه إلى الضامن و يوجب الضمان الجديد أيضاً و إلّا لزم القول بالفصل في المسأله مع اتّفاق الأعلام على أحد القولين إمّا عود الغرامه إليه بمجرد التمكّن و إمّا بردّ العين فعودها إليه في بعض أقسام التمكّن



## دون بعض قول ثالث

لأننا نقول أخذ العين و وضع اليد عليها إما لمحض الردّ إلى المالك و إما للتصرف فيها عدوانا فلو كان للردّ إلى المالك فإما أن يتصرّف فيها بمقدار يتوقّف الردّ عليه و إما زائدا عليه فلو كان مقدّمه للردّ و تصرّف فيها بمقدار ما يتوقّف عليه الردّ فالحق عدم تعلّق الضمان الجديد بها لأن تصرّفه فيها إما من باب الإذن الشرعي الذي نشأ من وجوب الردّ تكليفا و إما لمطالبه المالك و إما لحقّ الحبس بناء على ثبوته له و لو قبل عود الغرامه إليه

و على أيّ تقدير فيد الغارم يد أمانه لا يد عدوان و يد الأمانه خارجه عن عموم على اليد إما تخصّيصا أو تخصيصا و كون قبضه لمصلحه نفسه ليس من موجبات الضمان في حدّ ذاته كما أنه ليس رافعا للضمان أيضا مع أنّ القبض ليس أصلح له دائما كما إذا كانت الغرامه أعلى قيمه و أكثر نفعاً من العين و بالجملة العين التي وجب ردّها إلى المالك عين مسلوب المائيه فإذا تصرّف فيها مقدمه للردّ و لم يماطل فيه فلو تلفت بقيت الغرامه على البدليه و تكون العين مضمونه بها لا بشيء آخر فلا وجه للضمان الجديد و بطلان الضمان الأول

و أما لو تصرف فيها زائدا عمّا يتوقّف الردّ عليه أو عدوانا فلا إشكال في ثبوت الضمان بالنسبه إلى المنافع و ارتفاع قيمه لأنّه تصرّف بلا إذن مالكي و لا شرعيّ و أما ضمان نفس العين غير الغرامه بحيث لو تلفت بطلت بدليه الغرامه و رجعت إلى ملك الغارم و ضمن العين بالضمان الجديد فلا- تعرف له وجهها هذا مضافا إلى ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الاستصحاب يقتضى كون العين مضمونه بالغرامه و عدم طرؤ ما يزيل ملكيه المالك عن الغرامه أو يحدث ضمانا جديدا

## بقي هنا فروع لا بأس بالتعرض لها

## اشاره

و إن كان بعضها سيجيء إن شاء الله في تعاقب الأيدي و في خيار الغبن

## الأول لو أقرّ أحد بمال في يده لزيد ثم أقرّ أنه لعمر و

أو باع ذو اليد ما في يده ثم أقرّ أنه لغيره أو قامت البيئه على أنّ ما في يد زيد لعمر و أقرّ زيد بأنّه لبكر فهل الغرامه التي يغرّمها المقرّ في هذه الموارد من باب بدل الحيلولة أو من باب الإلتلاف أو فرق بين خروج المال عن يد الغارم بسبب منه كإقراره أو لا أو بيعه و خروجه بسبب غيره كالبيئه وجوه نسب صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى ظاهر الأصحاب أنّ الغرامه في الجميع من باب بدل الحيلولة و احتمال هو قدّس سرّه أن تكون من باب الإلتلاف

ثمّ إنّ كلامه قدّس سرّه في انتقال العين التي هي مبدل الغرامه إلى الضامن مختلف ففي باب الغصب يظهر منه أنّه ينتقل التالف

إلى الغارم دون المبدل في بدل الحيلولة فإنّه باق على ملك مالكه و في أبواب آخر يظهر منه العكس و قد يظهر منه عدم الانتقال مطلقا و قد يظهر منه الانتقال مطلقا و حيث إنّ المسأله خلافيه فلا بأس باختلاف الأنظار للفقيه الواحد و المختار عدم الانتقال مطلقا فعليه نتيجة البحث واضحه فإنّه لو كان وجوب الغرامه من باب الإلتلاف فالاعتبار بقيمه يوم البيع أو الإقرار الأوّل أو الشّهاده لأنّ هذا اليوم يوم التّلف على المقرّ له ثانيا بعد الإقرار الأوّل و نحوه فارتفاع القيمه بعد هذا اليوم غير مضمون و كذلك المنافع و الأوصاف

و أمّا لو كان من باب الحيلولة فالاعتبار بقيمه يوم الدّفْع إلى المقر له و يضمن المنافع و الأوصاف و ارتفاع القيمه من يوم البيع مثلا إلى يوم الدّفْع بناء على المختار من براءه الضّامن عن المنافع و نحوها بدفع الغرامه و الحقّ أنّ وجوب الغرامه في المقام من باب بدل الحيلولة لما عرفت من أنّ المناط في بدل الحيلولة هو كون العين باقيه على حالها من دون نقص في قيمتها و لا تغيير في هيئتها و إنّما

امتنع الرد للغارم لبعض الموانع و فى المقام العين كذلك لبقائها على ما كانت عليه و إنما امتنع الرد إلى مالكة لإقراره أو بيعه أو الشهادة من غيره

هذا مع أنه ليس فيه مناسبات التلف و ما بحكمه لأن المناسبات فيه هو كون العين معدومه أو فى حكم المعدوم كالماء الباقي على أعضاء الوضوء و المسروق بالسرقه التى لا يعلم سارقها و لا يعلم بقاء العين أو تلفها أو الخيط الممتنع نزعها أو المزج و نحو ذلك و توهم أنه فى حكم التلف لعدم إمكان رده أبدا فاسد لإمكان تكذيب المقر له أولا للمقر و تصديقه الإقرار الثانى و إمكان تصديق المشتري أو رده المبيع بفسخ أو إقاله و إمكان الشراء منه و هكذا يمكن رجوع الشاهدين عن الشهادة

و بالجملة ليس الإقرار الأول و البيع و الشهادة إلا كالخروج عن يد الغارم بالإيقاع أو الغصب أو السرقة مع العلم ببقاء العين على حالها و العلم بمكانها أو العلم بالسارق التى قد عرفت أن هذه جميعها من موارد بدل الحيلولة فتدبر

### الثانى المدار فى بدل الحيلولة هو تعذر رد العين على الضامن

سواء تمكن المالك من أخذ العين أم لا لأن أخذ مال الغير يقتضى أن يكون عهده المال على الآخذ فإذا تلف فعليه القيمة و إذا غصبه غاصب أو وقع فى البحر فعليه بدل الحيلولة

و تمكن المالك لا يرفع الضمان و على هذا لو تعاقبت الأيدي على العين فتمكن المالك من أخذ العين من الثانى فلا يخرج اليد الأولى عن الضمان فللمالك أن يرجع إلى الضامن الأول و يأخذ الغرامه منه و أن يرجع إلى من كان العين فى يده نعم لو رجع إلى الثانى لا يجوز له الرجوع إلى الأول ثم هل يجوز للغاصب الأول قبل دفع البديل إلى المالك الرجوع إلى الثانى مطلقا أو لا يجوز له مطلقا أو فيه تفصيل الأقوى هو التفصيل لأن مع عجز الثانى عن رد العين إلى المالك و إلى الغاصب الأول لا وجه لرجوع الأول إليه و أميا مع تمكنه فقد يقال بأنه لا يجوز للأول أيضا الرجوع إليه لا بإلزامه بدفع البديل لعدم استقرار البديل للغاصب الأول فى عهده الثانى قبل دفعه إلى المالك و لا بإلزامه بدفع العين لأنها باقية فى ملك مالكة

و لكن الأقوى أنه يجوز له إلزامه بدفع العين إما إليه و إما إلى مالكة و يجوز للثانى الرد إليه أيضا لأن الأول حيث يكون قصده الإحسان و إيصال المال إلى مالكة فلا مانع من رده إليه نعم لو تلف عنده فلم يخرج عن الضمان لأن الأول لم يكن وكيلا عن المالك و أما بعد دفع البديل إلى المالك ففى مورد عجز الثانى يجوز له مطالبه البديل عنه لأن مقتضى ضمان كل لاحق لسابق بمقتضى أخذه العين منه مع عدم كونه مغرورا منه أن يكون فى عهده كل ضامن لاحق تدارك ما اغترمه السابق

و بعبارة أخرى ضمن اللاحق شيئا له البديل فهو يضمن على سبيل البدليته واحدا من البديل و المبدل و المفروض أن المبدل خارج عن تحت يده و لم يؤد البديل إلى المالك أيضا لرجوع المالك إلى الأول فيجب عليه دفع البديل إلى السابق و أميا فى مورد تمكنه عن العين فلو قلنا بدخولها فى ملك الأول بدفع الغرامه إلى المالك فلا إشكال فى وجوب رد الثانى إليه و أميا لو لم نقل بالمعاوضه فلو قلنا بأن الغارم له حق الحبس فيجوز له مطالبه العين من الثانى لأن يحبسها على مالكة حتى يأخذ الغرامه منه

و أما لو لم نقل به فهل يستحق مطالبه العين أو لا يستحق إلّا إلزامه برّد العين إمّا إلى مالكه أو إليه كما كان له إلزامه كذلك قبل دفع البدل وجهان و الحقّ استحقاقه

مطالبه نفس العين لأن مقتضى ضمان كل لاحق لسابق إمّا بالبدل أو المبدل على سبيل البدليته أن يكون الغاصب الأوّل مستحقاً لها لأنّ المفروض أنّ العين تحت يد الثّاني فليس مورد بدل الحيلولة و المفروض أنّه لا يمكن أن لا يكون ضامناً للأوّل فإذا كان ضامناً له و لم يكن مورد بدل الحيلولة فلا محاله يضمن له العين

ثمّ ممّا يتفرّع على تعاقب الأيدي جواز مطالبه المالك من كلّ من وصل المال إليه و دخل تحت استيلائه سواء كان باقياً أم تالفاً لأنّ كلّاً من الأيدي يد ضمان على نحو الواجب الكفائي فضمن كلّ منها بالنسبة إلى المالك ضمان استقراريّ فعليّ مشروط بعدم سقوطه بأداء الآخر و لذا تقدم أنّه لو تمكن أحدهم من ردّ العين و تعذّر على البقيّة فيلاحظ حكم كلّ منهم على حسب تكليف نفسه فلا يختصّ مطالبه بدل الحيلولة بصوره التعذّر على الكلّ بل لو رجع إلى الأوّل و لم يتمكن من ردّ العين غرم البدل و لو رجع إلى الأخير فهو لا يرجع إلى أحد و لو رجع إلى الوسط فهو لا يرجع إلّا إلى لاحقه و يلاحظ حكم كلّ لاحق بالنسبة إلى السّابق لا بالنسبة إلى المالك فلو رجع إلى الثّاني و أخذ البدل منه في صورته وجود العين عند غيره رجع الثّاني إلى الثّالث فلو تمكن من ردّ العين فهو المطلوب و إلّا فالبدل و لو رجع إلى الثّاني في صورته تلف العين عند الثّالث أخذ قيمه من الثّاني و يأخذها الثّاني من الثّالث

### الثّالث قد تقدم حكم قسمين من أقسام التعذّر و بقي قسمان

#### أحدهما ما تعذّر ردّه لأدائه إلى تلف نفس

أو مال محترم كالخيط المخيط به جرح حيوان أو ثوب

#### الثّاني ما تعذّر ردّه بسبب الخلط أو المزج

أمّا الخيط فإذا كان المخيط به جرح حيوان يؤدّي إخراج الخيط منه إلى تلف الحيوان فلا- يجوز لمالك الخيط مطالبه نفس الخيط سواء أدّى إخراج الخيط إلى تلف الخيط أم لا لعدم جواز إتلاف النفس المحترمة فله قيمه الخيط لأنّه بحكم الشّارع تالف

و أمّا لو كان المخيط به ثوباً فلو كان الثوب من غير الضّامن فكذلك أيضاً لأنّه مال محترم لا يجوز إتلافه و أمّا لو كان منه ففيه خلاف فقيل باستحقاق نزع و حينئذ فلو لم يبق له قيمه فعلى الضّامن تمام قيمه و إلّا فعليه التّفاوت بين صحيحه و معيبه و قيل باستحقاقه قيمته لأنّ إتلافه لا يجوز حتّى من المالك فهو بمنزلة التّلف و الأقوى حصول الشّركه بين مالك الخيط و الثوب لأنّه لم يتلف فعلاً- و لا- يصحّ إتلافه فيكون كالثوب المصبوغ لو كان الصّيبغ من غير مالك الثوب فيباع الثوب و يؤخذ القدر المشترك بين كونه مخيطاً و غير مخيط لمالك الثوب و قيمه الخيط لمالكة إذا كان كونه في الثوب أقلّ قيمه أو مساوياً لما لم يكن كذلك و قيمته الفعلية إذا كان أزيد لأنّ الزيادة حصلت في ملكه و هذه الأقوال جارية في الفسخ بالخيار و الإقاله أيضاً و منشؤها النزاع في أنّ فساد الخيط هل هو بمنزلة التّلف الحقيقي أو ليس كذلك و سيجىء في خيار الغبن إن شاء الله تعالى

حكم الثوب الذي صبغه من عليه الخيار فإن حكمه حكم المقام و إن كان بينهما فرق و هو احترام عمل الصباغ في تلك المسألة بخلاف المقام فانتظر

و أما مسأله الخلط أو المزج فتوضيحا متوقّف على تمهيد مقدّمتين الأولى أنّ ملاك بدل الحيلولة لا يجرى في الخلط أو المزج فإنّ المدار فيه على تعذّر ردّ المال و عدم إمكان رده لا صحيحا و لا ناقصا لا منضمّا و لا مفروزا و أمّا إذا أمكن رده و لو منضمّا مع غيره فلا وجه لوجوب البدل عليه فإنّ خصوصيّة المال و شخصيّةه و إن زالت

لأنّ ما لا يمكن امتيازاه لا يمكن أن تتعلّق به إضافه مالكيه و لا أن يتعلّق به الضمان أيضا إلّا أنّه مع بقائه عند الضامن و عدم تلف ماليته عرفا و شرعا لا- وجه لثبوت بدل الحيلولة كما لا وجه لإجراء حكم التّلف عليه أيضا في غير مورد الاستهلاك الثانيه أنّ الاستهلاك إنّما يتصوّر في المزج بغير الجنس إذا زال صورته النوعيّة حقيقه أو عرفا فالحقيقيّ كمزج حقّه حليب بمائه كز من الماء فإن تفرّق أجزاء الحليب في الماء الكثير موجب لذهاب صورته النوعيّة بالدقّه و العرفي كخلط حقّه من طحين الشعير بعشر حقق من طحين الحنطه

و أمّا المزج بالجنس و كذا الخلط كذلك فلا معنى لاستهلاكه و هكذا المزج أو الخلط بغير الجنس مع بقاء صورتها النوعيّة كمزج حقّه من الحليب بحقه من الماء إذا عرفت ذلك فإذا امتزج مثلا شىء بغيره فالمزج قد يقع من غير المالكين و قد يكون من فعل أحدهما و الأخير إمّا بحقّ كأحد المتبايعين و إمّا بغير حقّ كالغاصب و من بحكمه

ثم إنّه قد يكون بالجنس و قد يكون بغيره و المزج بالجنس تاره يكون بالمساوى و أخرى بالأ-جود أو الأردإ و المزج بغير الجنس تاره يكون موجبا للاستهلاك و أخرى لا- يكون كذلك فإذا امتزج من دون اختيار المالكين فلو كان المزج بالجنس المساوى فيحصل الشّركه في العين و في غير المساوى يحصل الشّركه في الماليه فيباع المجموع و يعطى كلّ من المالكين مقدار قيمه ماله و لو نقص قيمته بسبب المزج أو زاد فالنقصان ليس على أحد المالكين و الزيادة موهبه من الله

ثم إنّ الفرق بين المزج بالمساوى و غيره واضح فإنّ الشّركه في العين في الأوّل لا يستلزم الرّبا بخلاف الثاني فإن صاحب الجوده لو أعطى مقدار من العين بدل جوده ماله لزم أن يستحقّ زائدا على مقدار ماله من العين و حيث إنّ صفه ماله محترمه فيباع العين و يعطى من القيمه مقدار ماله مع الخصوصيّة نعم نفس الامتزاج لو صار موجبا للزيادة فلا شىء له بل هذه موهبه لكليهما

و لو كان المزج بغير الجنس ففي صورته الاستهلاك إذا لم يوجب زياده ماليه في المزيد عليه كما لو استهلك ماء الورد في الدّهن فلا شىء لمالكة لأنّه تلف من غير ضمان له على أحد و لو أوجب كاستهلاك الحليب في الماء أو دهن الجوز في الزيت فيشتركان بمقدار ماليه مالهما من نفس العين لعدم لزوم الرّبا في غير الجنس لأنّ مقتضى القاعده هو الشّركه من نفس العين إلّا إذا استلزم محذورا و في غير صورته الاستهلاك في كم الشّركه في العين أيضا بمقدار الماليه

و لو امتزجا بفعل أحد المالكين فلو كان المزج بحقّ فإذا كان بالجنس المساوى يحصل الشّركه في العين و إذا كان بأردأ من مال صاحبه فعليه الأرش لعدم التّنافى بين جواز المزج و ثبوت الضّمان عليه فهما يشتركان في العين و على المازج الأرش و إذا كان بأعلى منه فليس له الأرش لأنّ المزج صار بفعله نعم حيث إنّه كان بحقّ و كان صفه الجوده محترمه يحصل بينهما الشّركه في الماليه و في الخلط بغير الجنس إذا أوجب الاستهلاك فهو بمنزله التّلف و إلّا فيتحقّق الشّركه في العين بمقدار الماليه

و لو كان بغير حقّ كالغاصب و الأخذ بالعقد الفاسد فحكمه حكم المزج بالحقّ إلّا أنّ صفه الجوده هنا غير محترمه حتّى في المقبوض بالعقد الفاسد لأنّ كونها ملكه لا أثر له فإن حصول صفه في مال غيره بفعله لا يوجب استحقاقه الأرش من الغير لأنّ الزيادة الحكميّة ليست كالزيادة العينيّه من الغاصب محترمه فظهر ممّا ذكرنا الفرق بين المزج القهري و الاختياري

و الفرق فى الاختيارى بين من له الحق و غيره فإنَّ التَّقْصُ الحاصل قهرا لا يضمّنه أحد المالكين بخلاف النقص الحاصل بالمزج الاختيارى و أنّ الزيادة الحكميّة من غير الغاصب محترمه بخلاف الزيادة الحكميّة الحاصله من الغاصب و من بحكمه هذا بحسب ما هو الحقّ عندنا

و لكن نسب إلى ابن إدريس قدّس سرّه أنّه قال فى مورد الغصب الخلط بمنزله التّلف حتى فى الجنس المساوى و نقل المحقّق و الشّهيد الثّانى قولين فى الخلط بالجنس فى الأردإ و الأجوّد و لم يرجّح أحّد القولين فى الشرائع إذا غصب دهنا كالزيت أو السّمن فخلطه بمثله فهما شريكان و لو خلطه بأجوّد أو أدون قيل يضمّن المثل لتعدّد التسليم و قيل يكون شريكا فى فضل لجوده و يضمّن المثل فى فضل الرّداءه إلّا أن يرضى المالك بأخذ العين انتهى و الشّهيد الأوّل حكم بضمان المثل فى المزج بالأردإ و الشركه فى العين فى المزج بالأعلى أو المساوى و قال فى الشّرائع أمّا لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكا و ضمّن المثل و احتمل الشّهيد الثّانى فى الرّوضه فى مورد الخلط بالأجوّد الانتقال إلى المثل للاستهلاك

هذا و لكن ممّا بيّنا فى المقدمتين ظهر أنّ الإلحاق بالتّلف منحصر فى مورد الاستهلاك و هو فى غير الجنس و أمّا مجرد عدم الامتياز فليس فى حكم التّلف و كيف كان فقد ظهر ممّا ذكرنا أنه ليس مورد يكون التّخيير للغاصب بين دفع المثل أو القيمه و لا للمالك بين أخذ العين الممتزجه مع الأرش فى مورد التّقصان و أخذ القيمه لأنّ المزج لو كان بحكم التّلف تعيّن القيمه و إلّا فليس للمالك إلّا العين مع أخذ الأرش فى مورد التّقصان

ثم إنّ ما ذكرنا من تعيّن القيمه فى مورد التّلف إنّما هو بحسب الكبرى و أمّا تعيّن الصّغرى فى غاية الإشكال و لذا ذهب شيخ الطّائفة بأنّه لو زرع الحبّ أو استفرخ البيض فليس على الغاصب إلّا المثل أو القيمه و عن الخلاف أنّ القائل بأنّ الفرخ عين البيض و الزّرع عين الحبّ مكابر و ذهب صاحب الجواهر إلى عكسه و ادّعى بأنّ القائل بأنّ الزّرع و الفرخ للغاصب مكابر و منشأ التّزاع أنّ تلف الصوره التّوعيّه مع بقاء المائيه هل هو بمنزله التّلف أو أنّ المدار فى التّلف هو تلف المال و أمّا تبدّل الصوره بصوره أخرى مع بقاء الماده الجامعه بين الصّوره فلا- يوجب الانتقال إلى القيمه أو المثل بل على الضّامن الأرش لو حصل التّقصان

و على هذا فى الخلط بغير الجنس لو بقى مقدار من المائيه كما إذا امتزج الحليب بالماء فى البلاد التى للماء فيها قيمه ينشأ الإشكال لأنّ نقصان القيمه لا- يقتضى إلّا الأرش مع الشركه فى العين لا المثل أو القيمه فالمسأله فى غاية الإشكال و يمكن الجمع بين كلماتهم بأنّ يقال كلّ من حكم بأنّ المزج بغير الجنس بمنزله التّلف مقصوده صوره الاستهلاك بنحو خاصّ فإنّ الاستهلاك على قسمين قسم لا- يوجب زياده المائيه فى المزيد عليه كاستهلاك الجلاب فى الدّهن و قسم يوجب الزيادة كاستهلاك الحليب فى الماء أو استهلاك دهن اللوز فى الزيت فالقسم الأوّل ملحق بالتّلف و الثّانى حكمه الشركه فى المائيه ثمّ الشّركه فى المائيه على قسمين قسم يقوم المال و يؤخذ حق المضمون له من عين المال و هذا فيما لم يلزم منه ربا و قسم يعطى القيمه إذا كان مال الضّامن أردأ فتأمل جيّدا



## [مسأله المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبي]

قوله قدس سره المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبي إلى آخره

أقول تقدم في صدر الكتاب أن شروط العقد على أنحاء ثلاثه شروط الصيغه و المتعاقدين و العوضين و تقدم حكم الأول و أما الثاني فمن جملتها بلوغ العاقد و لا إشكال في تحقّقه بالاحتلام

و الإنبات و أما تحقّقه بالسّن فالمشهور أنّه بتمام خمسة عشر فى الرّجل و قيل بتحقّقه بعشر سنين

ثم إنهم اختلفوا فى اعتبار البلوغ فى جميع الأحكام المتعلقة به و عدمه فبعضهم فرق بين الفروع و الأصول فلم يعتبره فى إسلامه و بعضهم استثنى من الفروع وصيّته الشاملة لتدبيره لأنّه وصيّه أيضا كما يظهر من قضيه وصيه عيسى بن موسى المذكوره فى صحيحه عبد الرّحمن بن الحجاج و كذلك طلاقه و عتقه و معاملته الصّادره منه امتحانا للرّشد فإنّ الامتحان قبل البلوغ إنّما هو بالمعامله الحقيقيه لا الصوريه و غير ذلك ممّا هو مذكور فى محلّه فإنّ هذه المستثنيات و إن لم تكن إجماعيه إلّا أنّ جملة من المحقّقين التزموا بصحّتها من الصّبي المميّز أو ممّن بلغ عشا

و على أى حال لا إشكال فى إسلام الرّشيد الغير البالغ و خروجه به عن تبعيه الوالدين لأنّ المدار فيه على الإدراك و الاقتدار على الاستدلال و لو إجمالا فكلّ من عرف أنّ للعالم صانعا و أنّ له سفراء و حججا فهو مسلم حقيقه و بهذا نفتخر على مخالفينا بأن عليا عليه الصّلاه و السّلام أوّل القوم إسلاما و أقدمهم إيمانا

و كيف كان فليس المقام مقام تنقيح ذلك و لا بيان المستثنيات فإنّ عقد البحث إنّما هو فى صحّه معاملاته بمجرّد الرّشد مطلقا أو أنّ صحّتها موقوف على الرّشد و البلوغ فإذا قلنا بالثانى يتفرّع عليه النزاع من جهات أخرى الأولى أنه هل ينفذ تصرفاته فى ماله بإذن الوليّ كنفوذ تصرفات الرّاهن بإذن المرتهن أم لا الثانى هل يصحّ وكالته عن الوليّ فى تصرفاته فى ماله الّذى يرجع سلطنته إلى الوليّ أم لا- الثالثه أنّه هل يصحّ وكالته عن الغير أم لا فهنا جهات أربع الأولى استقلاله فى التصرف و الثانى صحّته بإذن الوليّ و الثالثه وكالته عن الوليّ و الرابعه وكالته عن غيره

و منشأ النزاع فى هذه الجهات هو أنّ الصّبيّ الرّشيد هل هو من المحجورين أو لا و على القول بأنّه محجور فهو من أى قسم من أقسامه فإنّ المحجور لا يخلو أمره من أحد أمرين لأنّه إمّا محجور عن الاستقلال و إمّا محجور عن أصل السّيطنه و الأوّل على قسمين أحدهما من كان سبب حجره تعلق حق مالكيّ على ماله كالراهن و المفلس بعد حكم الحاكم و الثانى من كان سبب حجره تعلق ولايه شرعيه عليه كالبالغه الباكره بناء على اعتبار إذن الوليّ فى صحّه نكاحها و الثانى أيضا على قسمين فإنّ كونه محجورا عن أصل التصرف إمّا لتعلق حق مالكيّ عليه كالعبد لكون ملكه لمولاه و إمّا لتعلق حقّ الولاية عليه و هذا على قسمين أحدهما من كان منشأ تعلق حقّ الولاية عليه كونه مسلوب العبارة و كونه فعلة كالعديم كالمجنون و الثانى من لا يكون محجورا من حيث الفعل بل من حيث المعامله لنفسه و التصرف فى ماله كالسّفيه فإنّه ليس محجورا عن العقود الراجعه إلى الغير و وجه الخلاف الاختلاف فى ما يستفاد من الكتاب و السنه

أما الكتاب فهو قوله عزّ من قائل وَ ابْتُلُوا النَّيِّمَةَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ فَإِنْ آنَسْتُمْ تَفْرِيعًا عَلَى الْإِبْتِلَاءِ أَى اخْتَبَرُوهُمْ قَبْلَ الْبُلُوغِ مِنْ زَمَانٍ يُمْكِنُ رُشْدُهُمْ فِيهِ إِلَى زَمَانِ الْبُلُوغِ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ الرّشد فى خلال هذه الأزمنه فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فعلى هذا يكفى الرّشد لنفوذ تصرفهم و لو لم يبلغوا

و يمكن أن يكون تفريعا على الامتحان بعد البلوغ أى امتحنوهم من زمان قابليتهم للامتحان إلى زمان البلوغ فإذا بلغوا راشدين

فَإِذَا دَفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَالظَّاهِرُ هُوَ الثَّانِي أَمَّا أَوْلَا فَلِأَنَّهُ سَبَّحَانَهُ لَمَّا أَمَرَ بِإِيْتَاءِ الْأَيْتَامِ أَمْوَالَهُمْ بِقَوْلِهِ عَزَّ شَأْنُهُ وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ  
وَنَهَى

عن دفع المال إلى السفيه بقوله **وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم** بين الحدّ الفاصل بين ما يحلّ ذلك للوليّ و ما لا يحلّ فجعل لجواز الدفع شرطين البلوغ و إيناس الرشد فلا يجوز قبلهما و ثانيا لو لم يكن قوله فادفعوا تفرّعا على إحراز الرشد بعد البلوغ لم يكن وجه لجعل غايه الابتلاء هو البلوغ و كان المناسب أن يقال **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ فَإِنِ آتَيْتُم مِّنْهُم رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**

و لا- يقال لو كان المدار على الرشد و البلوغ لا- وجه لإيجاب الامتحان قبل البلوغ فإنّ ظاهر كلمه حتى أنّها غايه للامتحان فلا محاله يكون مبدؤه قبل البلوغ لأننا نقول إيجاب الامتحان قبله إنّما هو لإحراز الرشد حتى تدفع إليهم أموالهم بمجرد البلوغ و لا يكون الوليّ ممّن يأكل أموالهم إسرافا و بدارا أن يكبروا فإنّ الأولياء لو أمروا بالامتحان مقارنة للبلوغ يحتمل أن يكون رُشد الصبيّ من باب الاتّفاق فأمر سبحانه بالابتلاء من زمان القابليّه إلى زمان البلوغ حتى يرد أموالهم إليهم من دون تأخير مع بقاء الرشد الممتحن إلى هذا الزمان

بل قيل إن إذا للشرط و جوابها مجموع الشرط و الجزء و حتى حرف ابتداء و غايتها مضمون الجملة التي بعدها و هو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح و على هذا فقوله حتى إذا بلغوا جملة مستأنفه

و كيف كان فظهور مجموع الكلام في اعتبار الرشد و البلوغ ممّا لا مجال لإنكاره و هذا هو المستفاد من أغلب التّفسير كما في المجمع و الصّافي و الكشاف و الرازي و حاشيته ففي تفسير الفخر و شرط في دفع أموالهم إليهم شرطين أحدهما بلوغ النكاح و الثاني إيناس الرشد إلى آخره نعم استدللّ أبو حنيفة على صحّ تصرفات الصبيّ بإذن الوليّ بهذه الآيه و قال لأن قوله **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** يقتضى أنّ هذا الابتلاء إنّما يحصل قبل البلوغ و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله في أنّه هل له تصرف صالح للبيع و الشراء و هذا الاختيار إنّما يحصل إذا أذن له في البيع و الشراء و إن لم يكن هذا المعنى نفس الاختبار فهو داخل في الاختبار بدليل أنّه يصحّ الاستثناء يقال **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ** إلّا في البيع و الشراء و حكم الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل فثبت أنّ قوله **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ** أمر للأولياء بأن يأذنوا لهم في البيع و الشراء قبل البلوغ و ذلك يقتضى صحّ تصرفاتهم إلى آخره

و أجاب عنه الشافعيّ بما حاصله أنّ الله سبحانه أمر بدفع المال إليهم بعد البلوغ و إيناس الرشد و إذا ثبت بموجب هذه الآيه أنّه لا يجوز دفع المال إليه حال الصغر و جب أن لا يجوز تصرفه حال الصغر لأنه لا قائل بالفرق

ثم إنّ المستفاد من هذه الآيه و الآيه التي قبلها و هي قوله عزّ من قائل **وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم** أنّ الصبيّ إذا بلغ سفيها لا يدفع وليه أمواله إليه فإنّ المراد من الأموال في قوله عزّ من قائل **وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم** هو أموال نفس الأيتام كما في التّفسير و يشهد له أيضا وقوع هذه الآيه الشريفه بين قوله عزّ اسمه **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ** و قوله **وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ**

ثم لا فرق في الوليّ بين الوصيّ و الأب و الجدّ و الحاكم لأنّ الخطاب شامل للوصيّ أيضا فالقول بالتفصيل بين الأب و الجدّ و الحاكم و بين الوصيّ في عدم انقطاع سلطنه الثلاثه دون الوصيّ لا وجه له و كيف كان يستفاد من الآيه المباركه عدم استقلال الصبيّ في التصرف في أمواله و إن كان رشيدا لا- مباشره و لا- توكيلا- إنّما الكلام في استفاده سائر المراتب منها و هي نفوذ تصرفه في ماله بإذن الوليّ و وكالته عنه و وكالته عن غيره فنقول أمّا

عدم نفوذ تصرفه في ماله بإذن الولي فيستفاد منها أيضا بضمّ مقدمه عقليه

و أما عدم صحّته وكالته عنه و عن الغير فلا يستفاد منها بل يستفاد من القواعد العامه و توضيح ذلك يتوقّف على تمهيد مقدمات الأولى أنّه كما لا يمكن اجتماع مالكين مستقلّين على مال واحد و لا مالك مستقلّ و مالك كان شريكا معه فكذلك لا يمكن اجتماع سلطنتين مستقلّتين و لا سلطنه تامه و ناقصه في مال واحد فإنّ البرهان على الامتناع واحد في كليهما و هو أنّه ليس الملكيه أو السّلطنه إلّا إضافه بين المالك أو السّلطان و المال و ليستا عباره عن أمر موهوم كأنياب الأغوال حتى يتخيّل للملك مالكان و مسلّطان و الإضافه إذا كانت مرتبطه بشخص على نحو الاستقلال بحيث كان له التصرف في المال من دون توقّف على إذن غيره و كان له المنع من تصرف الغير فيه يمتنع أن يكون في عرض هذا الشخص شخص آخر تكون له هذه الإضافه تامه كانت أو ناقصه

نعم يمكن ثبوت الإضافه الطوليّه و الإضافه على نحو الإشاعه و الإضافه الناقصه التي لم يكن لصاحبها منع غيره لأشخاص متعدّده فالأوّل كإضافه ملك العبد إلى العبد و مالكه و هكذا سلطنه الوكيل و موكله و الثّاني كإضافه الشريكين و الثّالث كسلطنه الأب و الجدّ أو الوكيلين أو حكام الشرع و أمّا إضافتان مستقلّتان عرضيّان بحيث يكون لكلّ منهما طرد الآخر و منعه عن التصرف فغير معقول فإذا امتنع هذا امتنع إضافه مستقلّه مع إضافه منضمّه إذ مع استقلال واحد في التصرف يمتنع أن يكون تصرفه منوطا بضمّ الآخر إليه بل لا بدّ أن يكونا كالشريكين أو كسلطنه الزّاهن و المرتهن فإنّ ثبوت نصف الإضافه لأحد لا يجتمع مع ثبوت تمام الإضافه لغيره لأنّه خلف و مناقضه

و بتعبير آخر أنّ الولاية الثابته للولي لا بدّ أن يكون بمقدار حجر المولى عليه فإن كان محجورا عن أصل السّلطنه كالمجنون و العبد فالوليّ مستقلّ في التصرف و لو كان محجورا عن الاستقلال كالزّاهن و الباكره فيجب أن يكون ولاية الولي بنحو الانضمام فلا يمكن أن يكون للصبّي حقّ التصرف منضمّا إلى الولي و كان للوليّ التصرف بالاستقلال

و حيث إنّ الوليّ بمقتضى الآيه الشّريفه له تمام السّلطنه قبل قابليّه الصبّي لأن يمتحن و يختبر و يبقى له هذه السّلطنه قبل البلوغ و الرّشد على ما استفدناه من الآيه فتأثير إذنه للصبّي إمّا يرجع إلى كونه و كيلا من قبل الولي فسيجيء حكمه و إمّا يرجع إلى كونه ضميمه مع الوليّ في التصرف كتصرف السّففيه بإذن الولي و الراهن بإذن المرتهن فهذا غير معقول

و بالجمله مقتضى هذه المقدمه عدم صحّته بيع الصبّي لنفسه بإذن الولي أيضا لاستفاده السّلطنه التامه الاستقلاليّه للوليّ من الآيه الشّريفه ثمّ إنّ كما لا يجوز له مباشرته و لو بإذن الوليّ فكذلك لا يجوز له توكيله الغير لأنّه لا يصحّ التوكيل إلّا في فعل يكون مملوكا للموكل بحيث يصحّ له مباشرته بنفسه فتوكيله الغير في هذه الصّوره نظير صوره عدم إذن الوليّ الثّانيه أنّهم اعتبروا في التوكيل أمورا منها البلوغ إمّا فيما استثنى و منها كمال العقل و منها أن يكون ما وكلّ فيه ممّا يجوز له أن يليه بنفسه و لا يعتبر المباشرة فيه فكلّ ما لا يجوز للوكيل صدوره من حيث إنّ فعله و من جهة الإصدار فلا يجوز أن يصير و كيلا عن غيره فيه و فرعوا على ذلك عدم صحّته و كاله المحرم لابتياح الصيد و إمساكه و عقد النّكاح و إن كان الموكل محلّا و صحّته و كاله المفلس و السّففيه و المرتدّ

أما عدم صحّته وكاله المحرم

فلحرمه هذه الأفعال عليه من حيث السبب و لو مع قطع النظر عن المسبب و أما صحتها عن المفلس و السفيه و المرتد فلأن منع هؤلاء يرجع إلى التصرف المالى فى أموالهم لا- لقصور فعلهم من حيث إنه فعل فإن المفلس يتعلّق بماله حق الغرماء و السفيه يتعلّق عليه حق الولايه و المرتد لا- ذمه له و بالجمله يعتبر فى الوكاله كون الفعل ممّا يجوز وقوعه من النائب و أن لا يعتبر فيه المباشره و على هذه المقدمه يترتب أمران أحدهما عدم جواز وكالته عن الولي فى أن يتصرف فى مال نفسه الذى يرجع ولايته إلى الولي بالفرض و ثانيهما عدم وكالته عن الناس فى التصرف فى أموالهم لأنه إذا ثبت أنّ الصبي كالمجنون فى كونه مسلوب العبارة فحيث إنّ إجراء الصيغه منه لا أثر له فى ماله فوكالته أيضا كالمباشره

نعم إثبات هذه المقدمه و هى اعتبار البلوغ كاعتبار العقل و إنّ الصبي لا ينفذ منه البيع من حيث جهة الإصدار موقوف على قيام دليل على ذلك و على هذا فكلّ ما ثبت جواز توليه الصبي فيه بنفسه يصحّ وكالته فيه كما يصحّ توكيله إلّا إذا اعتبر المباشره فى الموكل ففى العتق و الطلاق و الوصيه كما يجوز أن يليها بنفسه فكذلك يجوز أن يتوكّل عن غيره و أن يوكل غيره عن نفسه

الثالثه أنّ الأغراض بالنسبه إلى الآثار المترتبه على الأفعال مختلفه فقد يتعلّق الغرض بحصول الأثر فى الخارج من دون دخل لفاعل خاصّ أى المقصود حصول النتيجة و قد يكون الغرض حصوله من شخص خاصّ بحيث كان فعله موضوعا للحكم و القسم الأخير هو المقصود فى باب الوكاله لأنّ البيع مثلا مترتب على فعل الوكيل من حيث إنه هو الفاعل و نظيره فى الأحكام التكليفية الفعل العبادى فإنّ المقصود منه حصوله من شخص المكلف و أمّا القسم الأول الذى نظيره فى التكليف هو الفعل التوصلى فهو خارج عن باب الوكاله

فعلى هذا عدّ إيصال الهديه و الإذن فى دخول الدار من مستثنيات معاملات الصبي لا وجه له لأنّ هذه الأمور ليست من باب الوكاله بل الغرض وصول الهديه إلى المهدي إليه و لو كان بتوسط حيوان و هكذا فى مسأله الدخول فى الدار الغرض استكشاف رضاء صاحب الدار بل لو قلنا فى باب المعاطاه أنّ الغرض منها وصول كلّ واحد من العوضين إلى مالك الآخر كما قيل به فى مسأله كوز السقاء و صندوق الحمّامى فلا بأس بأن يكون الصبي مقام الكوز و الصّندوق و دعوى صاحب الجواهر قدس سرّه أنّ السيره الثابته فى مثل إيصال الهديه و الإذن فى الدخول من المسامحين لا المتديّنين لا وجه لها فإنّ خروج ذلك من باب معاملات الصبي خروج موضوعى

أما السينه فهى على طوائف ثلاث الأولى ما دلّ على جواز أمر اليتيم بعد الاحتلام و عدم خروجه عن اليتيم قبله الثانیه ما دلّ على رفع القلم عنه الثالثه ما دلّ على أنّ عمده و خطاه واحد أمّا الطائفه الأولى فالاستدلال بها غير مفيد لأنها فى مقام بيان أنّ الاحتلام شرط فى نفوذ أمر الصبي و ليست فى مقام بيان عدم نفوذ أمره قبله و لو مع إذن الولي و أمّا الثانيه فالحق دلالتها على كونه مسلوب العبارة فإنّ الظاهر من قوله ع رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس و الدائر على ألسنتهم من أنّ فلانا رفع القلم عنه و لا- حرج عليه و أعماله كأعمال المجانين فهذه الكلمه كناية عن أن عمله كالعدم و رفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله و لا يمضى عنه فإنّ ما صدر عنه لا ينسب إليه نعم يختصّ رفع القلم بالفعل الذى لم يكن موضوعا لحكم بذاته لأنّ الظاهر من هذا الحديث الشّريف أنّ الأفعال التى تترتب عليها

الآثار لو صدرت من البالغ العاقل المستيقظ فهي إذا صدرت من الصبي و مثله فلا أثر لها و أما الأفعال التي تترتب عليها الآثار من دون فرق بين الالتفات و غيره و من غير فرق بين الاختيار و غيره فهذه خارجة عنه تخصّصا

فعلى هذا لا- يشمل الحديث مثل الإلتلاف و الجنايه بل مطلق الحدث و الجنايه الموجهه للديه و نحو ذلك و على هذا لا يرد المناقشات التي أوردتها المصنف قدس سرّه على هذه الطائفه بقوله أولا إنّ الظاهر منه قلم المؤاخذه و ثانيا أنّ المشهور على الألسنه أنّ الأحكام الوضعيه لا- تختصّ بالبالغين و ثالثا لا- مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله في حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ

أمّا في الأولى التي مرجعها إلى اختصاص الزّفع بالأحكام التكليفيه دون الوضعيه فلما أوضحنا في الأصول في حديث الزّفع من أنّ الزّفع التشريعيّ يصحّ تعلّقه بالأمر الخارجيه من دون توقّف على تقدير المؤاخذه أو غيرها و الزّفع التشريعيّ يقتضى رفع جميع الآثار ففي المقام يمكن تعلّق الزّفع بنفس القلم أى رفع قلم جعل الأحكام عنه سواء كانت موجهه للمؤاخذه على مخالفتها كالأحكام التكليفيه أم لم تكن كالوضعيه

و أمّا في الثانيه فلأنّ اشتراك غير البالغ مع البالغ في الأحكام الوضعيه التي هي محلّ البحث كعقد الصبيّ أوّل الكلام بل المشهور عدمه نعم يشتركان في مثل الإلتلاف و نحوه

و أمّا في الثالثه فلأنّه مضافا إلى عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ و غيره فيما كان ذات الفعل موضوعا للأثر بل فيما كان الأثر مترتبا على الفعل القصدى أيضا فإنّه لو أفاد عقد الصبيّ الملكيه فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا فعلا و يصير ذا أثر بعد البلوغ أنّ كون فعله موضوعا للأحكام المجعوله في حق البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا و هذا أوّل الكلام لأنه يحقّل أن يكون وجوده كعدمه كما في عقد المجنون و مثله فكيف يمكن أن يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل

و بالجمله ظهور الحديث في كون عبارته كالعدم بقرينه جعله رديفا للمجنون و التائم مّا لا- ينبغى المناقشه فيه و أمّا الثالثه فدلالته على أنّ أفعاله القصدى كالفعل الصادر عن غيره بلا قصد واضح نعم يمكن دعوى ورودها في مورد خاصّ و هو باب الديات أو عمومها للكفّارات أيضا و عدم شمولها لجميع أفعاله كالعقود و الإيقاعات و ذلك لأنّ الخطأ و العمد لم يؤخذوا موضوعا لحكم إلّا في الجنايات و الكفّارات الواجبه على المحرم فإن في تلك المسألتين قبول العمد مع الخطأ و أمّا في غيرهما فالحكم أمّا مترتب على ذات الفعل و هو الغالب أو على خصوص العمد أو خصوص الخطأ أو ما هو مرادف لهما من القصد و الاختيار أو السّهو و التسيان و الاضطرار و يشهد لذلك تذييل بعضها بقوله ع تحمله العاقله فإنّ تحمل العاقله إنّما هو الذي في الجنايات

و لكن يمكن الجواب عن هذا الإشكال بأن تذييل بعضها بقوله تحمله العاقله لا يوجب حمل الأخبار المطلقه على باب الجنايات هذا مضافا إلى ما ورد في روايه أبي البخترى عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول المجنون و المعتوه الذي لا يفقه و الصبيّ الذي



لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقله وقد رفع عنهما القلم فإنّ قوله ع وقد رفع عنهما القلم بمنزله العله لقوله ع عمدهما خطأ و مقتضاه أنّ الأفعال التي تترتب عليها الآثار إذا صدرت عن قصد من غير الصبي و المجنون إذا صدرت عنهما فكالصادره عن غيرهما بلا قصد لأنّ قلم جعل الأحكام

مرفوع عنهما فمقتضى التعليل هو التعدى إلى غير الجنایات بل يستفاد منه أنّ الطائفة الثانية و الثالثة وردتا لمعنى واحد و كلّ منهما مخصوصان بالأفعال القصدية لا الأفعال التى تكون موضوعات للأحكام بذواتها

و على هذا فلا- وجه لقول المصنف قدس سرّه بل يمكن بملا-حظه بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم إلى آخره لأنه بعد ما عرفت من اتحاد معنى الفقرتين لا وجه لاستظهار الاتحاد من هذه الزوايه بالخصوص بل فى جميع الروايات الواردة هذه الكلمه يراد منها مع قطع النظر عن معناه الكنائى رفع فعله القصدى فإن معنى رفع قلم الأحكام هو أن عمدهما خطأ فإن اشتراكه مع المجنون فى رفع القلم عنه و كون عمدته خطأ يقتضى أن يكون المرفوع هو الفعل القصدى

ثم لا يخفى أنه لا وجه لتقدير المؤاخذه ثم تعميمها للآثار الأخروية و الدينوية فإن المؤاخذه بناء على لزوم تقديرها ظاهره فى العقوبه الأ-خروية ثم لا- وجه لاحتمال العلية و المعلوليه كليهما فى رفع القلم فإن الظاهر منه كونه علّه لأنه أعمّ موردا من قوله تحمله العاقله و العلّه بمنزله الكبرى الكليه و الحكم المعلل بمنزله الصغرى و جعله معلولا لقوله ع عمدهما خطأ لا يستقيم لأنهما إما متّحدان معنى بناء على أن يكون المراد من رفع القلم رفع الأفعال القصدية و إما يناسب العلية لو كان المراد الأعمّ منها و من غيرها

و بالجمله و إن أجاد المصنف قدس سرّه فيما أفاد من أنّ المرفوع عن الصبى هو الأحكام المترتبة على الأفعال التى بذاتها موضوعات لها لظهور الخبر فى أنّ الصبى كالمجنون إلّا أنه لا وجه لالتزامه بتعلّق الرّفْع بالمؤاخذه ثم تعميمها للآثار الدينوية ثم تسميه بى إطلاق الرّفْع لما إذا صدر الفعل عن الصبى بإذن الولي فإن التمسك بالإطلاق فى هذا المقام من الغرائب على مذهب من اختار من أنّ التّقابل بينه و بين التقييد تقابل العدم و الملكه فإنه لو كان المراد من الرّفْع رفع الأثر رأسا و أن فعله كالعدم و قصده كعدم القصد فلا موقع للتمسك بالإطلاق لأن الإذن لا يمكن أن يؤثر فى الفعل الذى هو بمنزله العدم حتى يتوهم تقييد عدم الأثر بمورد الخلوّ عن الإذن فيتمسك بالإطلاق لرفع هذا التوهم و لو كان المراد منه أنّ الصبى ليس مستقلا فى التصرف فهو كالزاهن أو الباكره فلا- يصح التسميه ك بالإطلاق لأنه ينقلب الفعل فى مورد الإذن عمّا عليه فلا يصح أن يقال الزاهن لا يستقلّ بالتصرف سواء أذن له المرتهن أم لا

فتلخص ممّا ذكرنا أنّ قصد الصبى كالعدم و فعله العمدى خطأ لا مؤاخذه عليه و لا ديه فى ماله و لا يلزم بالإقرار و لا حدّ عليه و لا- تعزير على أفعاله و لو قام دليل على أنه يعزّر فليحمل على التأديب لئلا يتمرن على الفعل المحرّم نعم لو ثبت لزوم تعزيره فى مورد ثبوت الحدّ على البالغ لكان ثبوت هذه العقوبه من أثر فعله القصدى و أمّا لو ثبت لزومه فى غير هذه المعصيه فليس المراد منه إلّا التأديب أى ليس العقوبه عليه لأجل ما صد منه بل لئلا يصدر منه بعد البلوغ بحيث لو علم موته قبل البلوغ فتأديبه أيضا لا وجه له إلّا أن يكون نفس صدور الفعل منه نقصا لأقربائه

و كيف كان لو ثبت لزوم التعزير عليه فيدخل فى المستثنيات لما بينا أنّ الصبى كالمجنون فهو داخل فى هذا القسم من المحجورين فلا- يترتب على إنشائه أثر و لا- يؤاخذ على فعل من أفعاله و إذا ثبت صحّه فعل منه بدليل خاص يكون مخصّصا

لحديث رفع القلم و أمّا لو لم يثبت كما قيل بالنسبه إلى عباداته فيقتضى أن تكون

ثم كَلَّ ما ثبت صحته مطلقا و لم يدل دليل على اعتبار صدوره من فاعل خاص يصح فيه توكيله للغير و وكالته عن الغير و هذا كله في الأفعال التي يعتبر فيها القصد و أما الذي لا يعتبر فيه فخروجه عن الحديث بالتخصيص فالفروع التي ذكرها العلامة قدس سره في التذكرة مبتنية على إحدى القاعدتين أي كَلَّ فعل اعتبر فيه القصد كحصول الملك في الهبة و تعيين الكلي بالقبض فقبول الصبي فيه و قبضه كالعدم سواء كان بإذن الولي أم لا و سواء كان لنفسه أو للولي أو لغيره

و كَلَّ ما لا يعتبر فيه القصد كقبض مال معين من الولي بإذن الولي فقبضه فيه كقبض الولي كما أن من عليه الخمس أو الزكاة يبرئ ذمته منهما لو دفعهما إلى الصبي أو صرفهما في مصارف الصبي لأن قبضه هنا لا يعتبر فيه القصد

قوله قدس سره ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة إلى آخره

و إن كان مقتضى الأدلة السابقة ما ذكره قدس سره من عدم الفرق إلا أنه بعد ما يشاهد من الناس أنهم لا يعاملون مع الصبي معاملتهم مع المجانين بل سيره أهل العرف من كَلَّ مله و نحله الإيكال إلى الصبي باختلاف المعاملات فيوكلون إلى من بلغ أربع سنين معاملة البقول و إلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم و إلى من تجاوز العشره معاملة الثياب و هكذا

فلا بدّ إمّا من القول بخروج هذه الأشياء عن معاملات الصبي بالتخصيص و المخصّص لها هو السيره و لكن الالتزام بهذا مشكل كما أفاده قدس سره لأنّ السيره مختلفه باختلاف الأشياء و ثبوت السيره من عصرنا إلى عصر الأئمه ع من المتدينين بهذا التفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فإننا نرى تحرّز المتدينين عن المعاملة مع الصبي في مثل اللحم و نحوه فضلا عن الثياب و إمّا من القول بأنّ السيره جاريه بين من لا يبالي بالمحرمات و لا يخفى أنّ الالتزام بهذا أشكل فإنّ شراء البقول و نحوها منه معمول بين المتدينين و إمّا بجعل الصبي في الموارد التي ثبتت السيره فيها بمنزله الآله و الواسطه في الإيصال و هذا على وجوه

أحدها ما ذكره كاشف الغطاء بأنّ المعامله في الحقيقه واقعه مع الولي و الطرف الآخر فيكون الأخذ من الطفل مثلا موجبا وكاله من قبل الولي و قابلا- من قبل نفسه فيكون فعل الصبي من قبيل فتحه باب الدار و الإذن في دخول الأغيار من كونه كاشفا عن رضا الولي و فيه أولا- أنّ دخول عمل طرف الصبي في عنوان الوكاله مشكل لأنّ الولي لم يعينه لها و مجرد رضا المالك لا يدخله في هذا العنوان و ثانيا أنّ ما هو الواقع في الخارج ليس إلّا المعامله مع الصبي للعلم بعدم إنشاء التوكيل من الولي و عدم قصد الطرف الوكاله عنه و ثالثا مقتضى ذلك اختصاص الصّحه بما إذا كان المال من غير الصبي و أمّا إذا كان منه و لم يعلم له ولي إجباري فلا يجوز مع أنّ بناء الناس ليس على التفحص

و ثانيها أن يكون المنشئ للمعامله هو الولي مع طرف الصبي و كان الصبي واسطه في إقباض المالكين و إيصاله إلى المالكين كما إيصاله الهدية إلى المهدي إليه و فيه أولا أنّ إنشاء التملك لشخص غير معلوم بوجه لا يدخل تحت أحد العناوين التملكيه و ثانيا أنّ الفصل بين هذا الإنشاء و الإنشاء من طرف الصبي قد يكون أزيد من سنه و ثالثا أنّ ما هو الواقع في الخارج ليس كذلك

و ثالثها الاكتفاء فى المعامله بوصول كل من المالىن الى مالک الآخر مع رضا الطرفین و قد تقدم فى المعاطاه ما يدل على صحه ذلك

فإنه إما من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التعاطى فيها و إما أنه ملحق بها حكماً بناء على ما تقدّم من أنّ المعاطاه إنّما تدل على التّسليط المالكي فلو أنشأ التّسليط عن المالك بعوض معيّن فكلّ من أقدم على إعطاء العوض فهو مسلّط على المعوض فإنّه لا يعتبر في حقيقه التّسليط تعيين المباح له كما في نثار العرس و لا- الموالاه بين الإيجاب و القبول فهذا لو كان داخلاً في عنوان العقود فيدلّ على صحّتها عموم أو فوّا بالعُقود و لو لم يكن داخلاً فيكفى في صحّتها السّيره الجاربه بين المتديّنين

نعم لا- بدّ من الاكتفاء بما هو المتيقّن من جريان سيره المتديّنين عليه و هو المعامله الّتي لا تحتاج إلى المساومه بل كانت قيمه العين معيّنه في الخارج بحيث كان الصبيّ آله صرفه و واسطه في الإيصال

### [مسألة و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد]

#### اشاره

قوله قدس سرّه مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد إلى آخره

توضيح هذه المسأله يقع في طي مباحث

#### الأول أنّ بعض الجمل مختصّ بالإنشاء

كصيغه الأمر و التّهي فإنّ مفادهما إيقاع النسبه بين الفاعل و المادّه تشريعاً أو سلبها عنه كذلك و بعبارته أخرى مفاد الأمر البعث نحو المطلوب تشريعاً و مفاد التّهي الزجر عنه كذلك و هذان المعنيان متمخّضان في الإنشائيه و بعض الجمل مختصّ بالأخبار كالجمله الّتي كان محمولها أمراً خارجياً كقوله زيد قائم و بعضها مشترك بين الأمرين كالفعل الماضي و المضارع و الجمل الاسميّ الّتي يكون محمولها قابلاً لأن يوجد بالإنشاء فالفعل الماضي يصحّ أن ينشأ بها عناوين العقود و الفعل المضارع يصحّ أن ينشأ بها الأحكام

و السرّ في اختصاص كلّ واحد بباب هو أنّ الفعل الماضي للنسبه التّحققيه و الفعل المضارع للنسبه التّلبسيّه فالماضي أمسّ بإيجاد عناوين العقود به و المضارع أمسّ بتشريع الأحكام به فإنّ إيجاد عنوان العقد لا يناسبه التّلبس و إيجاب متعلّقات الأحكام لا يناسبه التّحقّق و أمّا الجمل الاسميّ فكاسم الفاعل في قوله هي طالق و اسم المصدر في قوله أنت حرّ و نحو ذلك كقوله أنت وصيّي أو وكيلي و كلّ ما كان من هذا القبيل و لا يخفى أنّ كون الجمله مفيده للإنشاء أو الإخبار إنّما هو باقتضاء المقام و من المداليل السّياقيه فإنّ لكلمه بعت معنى إذا كان المتكلّم به في مقام الحكايه يكون إخباراً و إذا كان في مقام إيجاد المادّه بالهيئه يكون إنشاءً و هكذا سائر الصّيغ القابله للمعنيين

ثمّ إنّ لا- شبهه أنّ لكلّ من الإخبار و الإنشاء مراتب ثلاث الأولى القصد إلى اللفظ لا بمعنى أن يكون اللفظ بالنظر الاستقلالي

ملحوظاً فإنّ هذا خارج عن استعمال اللفظ في المعنى فإنّ الاستعمال عبارته عن إلقاء المعنى باللفظ فاللفظ غير منظور فيه و فان  
صرف بل بمعنى أن لا يكون اللفظ صادراً عن غير الملتفت و الغافل كالتائم و الغالط فإنّ اللفظ إذا صدر في حال النوم أو على  
غير عمد بأن سبق اللسان إليه فلا أثر له

و الثانيه أن يكون قاصداً للمعنى باللفظ أي بعد كونه قاصداً لصدور اللفظ كان قاصداً لمدلولة لا بمعنى كونه قاصداً لأصل  
المعنى فإنه بعد قصده اللفظ و علمه بمعناه لا يعقل عدم قصده معناه فإنّ استعمال اللفظ عبارته عن إلقاء المعنى باللفظ بل بمعنى  
كونه قاصداً للحكاية أو الإيجاد أي كان داعيه على استعمال اللفظ في المعنى الحكايات عن وقوع هذا المدلول في موطنه من  
ذهن أو خارج أو إيجاد المنشأ بهذا اللفظ الّذي هو آله لإيجاده فلو كان قصده الهزل و اللّعب فلا أثر له و فقد هذين المرتبتين  
في الإخبار يوجب عدم صدق الحكايات عليها

و أما في المنشئات ففي العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد و في الأحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعي بل يطلق عليه الحكم الصوري أو الهزلي أو نحو ذلك من الدواعي

و المرتبه الثالثه في الإخبار أن يكون مدلول اللفظ مطابقا لما يحكى عنه و إلّا يكون كذبا و في الإنشاء أن يكون المنشأ متحققا في عالم الاعتبار بأن لا يكون المبيع خمرا مثلا و لا يخفى أنّ هذه المرتبه في الإخبار و الإنشاء خارجه عن اختيار المتكلم لأنها أمر خارجي و ليست من مدلول لفظه أيضا

و قد ظهر ممّا ذكرنا أمور الأول أن جعل القصد من شرائط العقد أولى من أن يجعل من شرائط المتعاقدين إذ بدونه لا يتحقق العقد كعدم تحققه بالفصل بين الإيجاب و القبول و بعدم تطابق الإيجاب و القبول و مجرد أن عدم تحققه نشأ من قبل العاقد لا يوجب عدّه من شرائطه و إلّا لصحّ أن يقال و من شرائط العاقدان لا يتلفظ بالفارسي و أن لا يقدم القبول على الإيجاب

الثاني أن قياس الأمر الصوري على الكذب في الإخبار لا وجه له لأنّ الكذب مرتبه ثالثه في الإخبار و الأمر الصوري يشبه الهزل في الإخبار لأنه لم يقصد به البعث نحو المطلوب و هكذا في العقود لو لم يقصد إيجاد المادّه بالهيئه بل قصد الهزل و نحوه فحكمه حكم الهازل في الحكايه و شبيه الكذب في الإخبار منحصر في الإنشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار و عدم المطابقه في الإخبار كعدم وقوع المنشأ في الإنشاء كلاهما خارجان عن مدلول اللفظ و إمكان القصد إليه

الثالث ما أفاده في المسالك من عدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره خلط قصد بقصد فإن القصد يستعمل في موارد أحدهما قصد اللفظ و ثانيها قصد المعنى فإنّهما معتبران في أصل صدق العقد فإن عقد النائم و عقد الهازل ليسا بعقد فإنهما لم يقصدا إيجاد المادّه بالهيئه ثالثها قصد وقوع العقد خارجا عن طيب في مقابل وقوعه عن كره فإنّ العاقد مع قصده اللفظ و المعنى تاره داعيه على وقوع مضمون العقد إكراه المكره و أخرى غيره من الدواعي النفسانيه و رابعها قصد وقوع المضمون عن العاقد في مقابل وقوعه عن غيره كبعض أقسام عقد الفضولي و لا يخفى أنّ اعتبار القصدتين الأخيرين إنّما هو لأمر تعدي لا لتحقق مفهوم العقدية فإنّ عقد المكره و الفضولي من حيث جهه العقدية لا يقصر عن غيره فما أفاده في المسالك من أنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لا وجه له لأنّهما قاصدان للمدلول أيضا و إنّما الفرق أن قصد وقوع مضمون العقد في المكره ليس عن داع اختيارى و قصد نفساني بل عن وعيد المكره بالكسر مع عدم إمكان التوربه أو مطلقا على ما سيجىء و في الفضولي هذا المعنى أيضا موجود و إنّما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه و على هذا فقياس المكره على الفضولي أيضا لا وجه له لأنّهما ليسا في وزان واحد

### المبحث الثاني في اعتبار قصد المالكين و عدمه

و توضيحه يتم برسم أمور الأول لا شبهه أنّ تعيين العوضين في العقود التمليكيه كتعيين الزوجين في النكاح الثاني أنّ مقتضى المعاوضه و المبادله دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر الثالث بعد تحقق المعاوضه تعقيها بما ينافيها لا يوجب بطلانها بل يقع لغوا و برهان الجميع واضح أمّا اعتبار تعيين العوضين من حيث الجنس و المقدار في العقود المعاوضيه فلأنّ



عیش بنی آدم یتوقّف علی تبدیل الأموال و لا یتّم ذلك إلّا بتعیین ما یقع المال بإزائه من حیث الجنس و المقدار فإنّ المال یقع  
بإزاء الصّور النوعیة لا بإزاء

الماده المشتركه ثم لا يقع أى مقدار من المال بإزاء أى مقدار من الصورة النوعية فيجب تعيين كلتا الجهتين و سيجى ء توضيح ذلك فى محله

و أما اقتضاء حقيقه المعاوضه دخول كل واحد من العوضين فى ملك مالك الآخر فقد تقدم وجه ذلك فى أول البيع و إجماله أن المعاوضه تبدل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى مع بقاء الطرف الآخر من كل من الإضافتين على حاله أى يتبدل المملوكين لا- المالكين فإذا كان المالكان على حالهما فى المعاوضه و لم يقم مقام مالك المال مالك آخر كمسأله الإرث بل تبدل طرف الإضافه القائمه بالمال بطرف الإضافه القائمه بمال آخر فلا بد أن يقع كل من المضافين مكان الآخر فى الملك و يجب أن يدخل البدل فى ملك من يخرج عنه المبدل و هذا لا يمكن إلا إذا دخل المبدل فى ملك من خرج عنه البدل و مجرد عدم المجانيه و وقوع مال بإزاء مال ليس معاوضه لأن العقد هو الأثر الحاصل من فعل المتعاقدين و ليس الثالث طرفا لهما

فلو كان أثر تملك البائع تملك المشتري غير البائع لزم أن يكون هنا عقدان لو احتاج كل تملك إلى قبول أو إيقاعان لو لم يتوقف و قد تقدم أيضا أنه لو قام دليل على صحه ما لو قال اشتر بمالى لنفسك طعاما فلا بد من حملة إما على هبه المال له قبل الشراء و إما على هبه الطعام له بعد الشراء و إما على إعطائه له أحدهما قرضا و هكذا لو قام دليل على صحه بيع معلقات الكعبه المشرفه و تملك ثمنها فلا بد من حملة على غير البيع من أنحاء التصرف أو تملكها أنا ما قبل البيع ثم بيعها و أما عدم بطلان المعاوضه بعد تحقق أركانها بذكر ما ينافيها بعدها فلائنه لا موجب لإبطال الأمر اللأحق الأمر الصيح المتقدم نعم لو لم يتحقق ركن المعاوضه و هو تبدل المالكين فذكر ما ينافيها يوجب بطلانها كقوله بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا أجره على التفصيل الذى تقدم فى قاعده ما يضمن

إذا عرفت ذلك فنقول تاره يكون العوضان شخصيين و أخرى كلين و ثالثه يكون أحدهما شخصيا و الآخر كليا فإذا كانا شخصيين فلا يعتبر تعيين مالتهما سواء كان العقد من المالكين أم من غيرهما و كيلا كان أم لم يكن عقبه بما ينافيه أم لم يعقبه فإنه بعد ما عرفت من أن المعاوضه تقتضى دخول العوض فى ملك من خرج عنه المعوض و بالعكس فلو بدل المبيع الشخصى بالثمن الشخصى و قال بعتك هذا بهذا أو قال بعث هذا بهذا صار المثلن لمالك الثمن و الثمن لمالك المثلن و لا يعتبر تعيين المالكين لكونهما معينين فى الواقع و لا يضر تعقيب العقد بما ينافيه بأن يقول بعتك هذا بهذا لزيد مع عدم كون زيد مالكا لأحد العوضين بل و لا يضر ذكر المنافى بين الإيجاب و القبول بأن يقول بعث هذا الذى لزيد بهذا الثمن الذى لعمرو فإنه يقع التبدل بين الثمن و المثلن و قصد كونه لزيد أو ذكره لغو لا يوجب البطلان و لا يقاس على قوله بعتك بلا ثمن لما عرفت من الفرق بينهما

و بالجمله لم يقم دليل تعيدى على اعتبار قصد المالكين و لا على بطلان قصد الخلاف و لا يتوقف عنوان العقدية أيضا على قصد المالكين أو ذكرهما و لا يمكن أن يؤثر قصد الخلاف فى البطلان كما لا يمكن أن يتعدد وجه وقوع العقد أيضا حتى يتوقف على التعيين

و أميا إذا كانا كليين فلا بد من تعيين ذمه شخص بالنسبه إلى أحد العوضين و العوض الآخر لو لم يجعله العاقد فى ذمه غيره

يتعلّق بدمته ظاهراً فلو قصد الإيهام و قال بعت أو اشتريت منّا من الحنطه

بعشر قرانات فلا- يصح لأن الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص لا يكون مالا و لا ملكا فإنه و إن لم يعتبر الملكيه و المائيه قبل العقد و يكفى تحققهما بنفس العقد كما فى السلم إلا أن تحققهما به يتوقف على تعيين ذمه شخص فإن المن من الحنطه بدون تعيين ذلك مفهوم و المفهوم بما هو مفهوم لا مائيه له و إنما ماليتة باعتبار انطباقه على المصاديق الخارجيه و ما لم يعينه فى ذمه شخص لا ينطبق على مصداق و لا دليل على كفايه تعيين المبهم بعد العقد كشفا أو نقلا

و بالجمله القدر المشترك بين الذمم لا مائيه له و لا يقاس على عتق أحد العبدین و طلاق إحدى الزوجتين و بطلان الزائد على الأربع من دون تعيين فيما لو أسلم الكتابي على الزائد عليهن فإنه يمكن الفرق بين المقام و بين الأمثله أولا بأن الأمثله من باب الشبهه المحصوره و يمكن أن يقال إن إحدى الذممتين فى المقام أيضا لها اعتبار الملكيه دون ذمه من فى العالم و ثانيا بأن هذه الأمثله ثبتت بالتعبد لا على طبق القاعده فإن القاعده لا تقتضى تعلق الطلاق بإحدى الزوجتين فإن طلاق القدر المشترك لا معنى له و لا معين فى الواقع أيضا حتى يتعين بالقرعه فالقاعده تقتضى البطلان

و أميا إذا كان أحدهما كليا فإن كان الشخصى ملك شخصه و جب تعيين من يقع الكلى فى ذمته و أما لو انعكس فلا يجب التعيين و ذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلى بدمه نفسه لأن ذمه الغير يحتاج إلى التعيين و إلا انصرف إلى النفس حتى فيما لو كان و كيلا- عن الغير و نظير ذلك الثيابه و الأصاله فى العبادات فإنه لو اشتغل ذمته بفريضه لنفسه و كان أجيرا للغير أيضا فلو صلى و لم يقصد الثيابه وقعت عن نفسه و لو لم يشتغل ذمه نفسه بها وقعت لغوا فالانصراف إلى النفس لا مثونه له

نعم لو قصد الإبهام وقع فى نفس الأمر باطلا- و إن كان ملزما فى الظاهر بالالتزام المعاملتى كما سيجى ء فى العنوان الآتى نظير ذلك ثم إن اعتبار تعيين البائع أو المشتري فى الكليين ليس كاعتبار طرفى العقد فى غير باب المعاوضات كالنكاح و الوصيه و الهبه و الوقف و نحو ذلك فإن الزوجين و الموصى له أو الوصى أو المتهب أو الموقوف عليه ركن فى هذه الأبواب و بدون التعيين لا انعقد العقد و لا يرتبط إنشاء الموجب بإنشاء القابل لأنه ليس قصد الواهب مثلا الهبه لكل من يقبلها و أما المعاوضات فاعتبار التعيين فيها إنما هو لاعتبار العوض فيها حيث إن تحقق المائيه فى الكلى إنما هو بتعيين المالك و إلا فما هو الركن فيها هو العقد و العوضين فلو تم شرائطهما لم يعتبر شى ء آخر أصلا

و على هذا فلا يخفى ما فى كلام المحقق التستري من النظر أما أولا فلأن اعتبار التعيين فى الكلى ليس لاعتبار قصد المالكين بل لاعتبار العوضيه فإن قوام العقد بجعل العوض فى مقابل المعوض و بالعكس و الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص ليس مالا و تعيين الذمه بعد العقد لا يكفى فى تحقق العقديه لأن الإنشاء من الإيجاديات و الإيجادى فى الحال لا يعقل تحققه فى الاستقبال فلو قام دليل على كفايه تحقق ما يجب أن يتحقق فعلا فيما بعد فلا بد من تنزله منزله تحققه فعلا و إلا لا يمكن وجود شى ء فى ظرف أن يكون وجودا له فى غير هذا الظرف فلا يمكن قياس المقام على العتق و نحوه

و على هذا فلو سلمنا صدق العقد على الكلى و لو لم يصفه إلى شخص فقله لا دليل على تأثير التعيين المتعقب فيه أن الدليل عليه عموم أو فوا بالعقود و قوله و لا على صحه العقد المبهم لانصراف الأدله إلى الشائع المعهود ففيه أن التعارف

بنفسه لا- يوجب الانصراف و قوله قبل ذلك و الدليل على اشتراط التّعيين و لزوم متابعتة فى هذا القسم أنّه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا- مالك ففيه أنّ هذا لا يتمّ فى جميع الصّور لأنّه لو كان كلّ من العوضين كلياً فقبل التّعيين لا يتحقّق نقل حتى يبقى الملك بلا مالك

و أمّا ثانياً فقوله و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمّه زيد فإن لم يكن و كيلاً عن زيد وقع عنه و تعلق المال بذمّته لا عن زيد ليقف على إجازته و إن كان و كيلاً فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما و لما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع إلى آخره ففيه أنّه لا فرق بين صورته الوكالة و غيرها فى أنّ التصريح بالخلاف لا يضّرّ بالعقد و لا يقاس على مثل بعثك بلا- ثمن مع أن احتمال البطلان يجرى فى غير صورته الوكالة أيضاً فإن مجرد قابليته وقوع العقد عن الموكل لو كان منشأً للتدافع بين قوله اشترى لنفسى و قوله فى ذمّه زيد فقابليته وقوعه عن زيد فضولاً أيضاً يوجب التدافع لأنّ كلّ ما صحّ عن قبل الموكل فى صورته الوكالة صحّ عن المالك فى صورته الفضولى فالتفصيل بينهما لا وجه له

نعم يعتبر فى قابليته وقوع العقد عن قبل الموكل أو المالك أن يكون العقد جامعاً لشرائط الصّححة من جميع الجهات إلّا أنّه فى صورته الوكالة لا- يحتاج استناده إلى الموكل إلى الإجازة منه بعد وقوع العقد و هذا بخلاف عقد الفضولى فإنّ استناده إلى المالك يتوقّف على الإجازة

و على هذا فيرد على عبارته المتن

فى قوله و إذا لم يقصد المعاوضه الحقيقيه فالبيع غير منعقد فإن جعل العوض من عين غير المخاطب الذى ملكه المعوض فقال ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضه معه و فى وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو

كلام- يأتى فإن مع تصريحه بعدم انعقاد البيع لا وجه لوقوعه اشتراء فضولياً لعمرو فإنّ العقد الفضولى لا بدّ أن يكون المقصود منه المعاوضه الحقيقيه حتّى فى بيع الغاصب لنفسه و أمّا مع عدم قصد البيع أصلاً فلا يصحّ رأساً

و ما وجّهنا به هذه العبارة سابقاً و هو عدم قصد المعاوضه مع المخاطب لا عدم قصد أصل المعاوضه لا يستقيم لأنّه لو لا قوله فالبيع غير منعقد لكان لهذا التوجيه وجه و أمّا معه و مقابله قوله و إذا لم يقصد المعاوضه مع قوله سابقاً فالمقصود إذا كان المعاوضه الحقيقيه فلا وجه له فتأمل لعلك تتصوّر وجهها له ثم لا بأس بالإشارة إلى ما أفاده المصنف فى توجيه ما أفاده المحقّق التّستري فيما إذا كان العوضان معيّنين بناء على عدم اعتبار التّعيين فقال المحقّق التّستري و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير

و قال المصنف و أمّا ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويه قصده عن الغير لأنّه أمر غير معقول لا- يتحقّق القصد إليه حقيقه و هو معنى لغويته و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته إلى أن قال إلّا أن يقال إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقيه لم لا يجعل

هذا قرينه على عدم إرادته من البيع المبادله الحقيقيه أو على تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيه المبيع إلى آخره

و حاصل ما أفاده أنه بعد تحقق المعاوضه و تبديل مال معين بمال آخر كذلك فذكر ما ينافى ذلك لا يضرّ فلو قصد بيع مال نفسه للغير يقع لنفسه و لو قصد بيع مال غيره لنفسه كالغاصب فيقع للغير لأن بعد قصد المعاوضه لا أثر

لقصد ما ينافيها نعم لو قيل بأن قصد بيع مال نفسه للغير كاشف عن عدم قصد المعاوضة فلا موجب للصحة كما أنه لا موجب لها أيضا لو نزل الغير منزله نفسه فأوقع المعاملة بين ذلك الغير و المشتري فإنه بهذا التنزيل أخرج نفسه عن الطرفيه فلا تقع له و لا- يمكن أن يقع أيضا للغير بإجازته لأنه غير مالك و لا إضافه بينه و بين المبيع فهذا التنزيل موجب للبطلان عكس ما إذا نزل الغاصب نفسه منزل المالك فإنه موجب للصحة

ثم إن بعض المحشّين أورد على الشقّ الأول من الترديد بأن كون عدم المعقوله قرينه على عدم إرادته المعاوضه الحقيقيه إنما يتم إذا شكّ في قول الغير و أمّا مع صدور المعامله الخاصه عن نفسه فلا معنى لجعله قرينه إذ هو مّطلع على ما قصد و على الشقّ الثاني من الترديد بأن تنزيل الغير منزله نفسه في ملكيه المبيع وجه للصحة لا للبطلان كما في تنزيل الغاصب نفسه منزله المالك و فيهما ما لا يخفى

أمّا في الأول فلا بدّ القرينه الواقعه في الإنشاء ليست كالقرينه الواقعه في الإخبار كاشفه عن المراد حتّى يقال إن المتكلم مطلع على مراده بل قرينته القرينه في الإنشاء معناها أنّ العقد المتحصّل من إنشاءين إذا لم يتعقّب بما ينافيه فهو يقع على طبق ما أنشأ و أمّا إذا اقترن بما ينافيه كقوله بعتك بلا ثمن فلا يقع الإنشاء للتدافع ففي مثل بيع مال نفسه عن غيره يحتمل الصّححه بأن يجعل قصد الغير لغوا و يحتمل البطلان بأن يجعل قصد الغير بمنزله بلا ثمن في كونه إيجادا لما ينافي إنشاءه و هذا هو معنى قرينته لعدم قصد المعاوضه الحقيقيه

و أمّا في الثاني فللفرق بين قصد المالكه في بيع الغاصب و تنزيل الغير منزله نفسه في بيع المالك و هو أنّ القصد في الأول مصحح للمعامله دون الثاني و ذلك لأنّ العناوين الواقعيه أو الجعليه قد يكون الأثر فيها مترتبا على المعنون بها أولا و بالذات و بتوسط انطباقها على المصداق يرتب على هذا المصداق ثانيا و بالعرض فإنّ زيدا يجب عليه الحجّ لكونه مستطعا

و قد يكون الأثر مترتبا على المصداق لكونه معنونا فالعنوان من قبيل الدّاعي و واسطه في الثبوت مثلا لو اقتدى بالعدل و تخيل أنّه عمرو فبان أنّه زيد صحّت صلاته و لو اقتدى بعمرو لكونه عادلا فتبين أنّه زيد بطلت صلاته ففي الأول قصد كونه مالكا من الدّواعي و من قبيل الخطأ في التطبيق فإنّ المقصود إيقاع المبادله بين المالين من المالكين و حيث يعلم بأن كلّا منهما ليس له يبني على ملكيه نفسه حتّى يتحقّق قصد المعاوضه حقيقه فإذا تمّت المعاوضه و أجاز المالك وقعت له

و أمّا في الثاني فقصد كون ماله لغيره لا يمكن أن يكون من قبيل الخطأ في التطبيق بل يكون ضدّ ذلك لأنه يرى نفسه خارجا عن طرف المعاوضه فصحّته عن قبل نفسه لا يعقل بعد إخراج نفسه عن المالكه و صحّته عن الغير أيضا لا معنى لها بعد عدم تأثير إجازته و بالجملة تنزيل الغير منزله التفس موجب للبطلان لأنه لا يعقل دخول البديل في ملك الغير مع عدم خروج المبدل عن ملكه و لا وقوعه عن نفسه لإخراج نفسه عن المالكه و تعقيب إنشائه بما ينافيه

نعم بناء على ما ذكرنا من أنّ ذكر ما ينافي العقد بعد تحقّق أركانه يقع لغوا و لا يوجب بطلانه فهذا القصد لغو و على أيّ حال هذا القصد ليس مصححا للمعامله بل إمّا يقع لغوا أو موجبا للبطلان

## **المبحث الثالث فى تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع**

و فيه أيضا جهات من البحث الأولى فى أنه هل فرق بين هذا المبحث و المبحث الثانى أو لا فرق بينهما و الحقّ



عدم الفرق بينهما فبيما إذا كان العوضان شخصيين فكما لا يعتبر تعيين البائع من يبيع له ولا تعيين المشتري من يشتري له فكذا لا يعتبر أن يعلم البائع بأن المشتري يشتريه لنفسه أو لغيره وأن الثمن ملك له أم لا وهكذا في طرف المشتري لأن التبدل يقع بين المالكين فكل من هو مالك للثمن ينتقل إليه الثمن وبالعكس

نعم في غير باب المعاوضات كعقد النكاح والهبة والوقف والوصية ونحو ذلك كالضمان والحواله يعتبر العلم بالطرف فإن خصوصيات الأشخاص لها ركنية ودخل تام في نظر الطرف وبالجملة من يتعلق العقد به تاره هو ركن في العقد وأخرى ليس كذلك فلو كان ركنًا فلا بد من تعيينه فلو لم تعلم الزوجه بأن القابل هو الزوج أو وكيل عنه لم يصح العقد وهذا بخلاف البيع

الثانية إذا علم بأن الطرف الآخر وكيل أو ولي فهل يصح في مقام إجراء الصيغة المخاطبه مع الطرف مطلقا بأن يقول أنكحتك أو لا- يصح مطلقا أو التفصيل بين البيع وما يحدو حدوه وبين النكاح وما يتلو تلوه والحق هو التفصيل لا للفرق بين وكيل الزوج و وكيل البائع بأن يقال يطلق على وكيل البائع بأنه بائع وأما وكيل الزوج فلا يقال بأنه زوج فإن هذا باطل لعدم الفرق بين الإطلاقين كما أشار إليه المصنف بقوله فتأمل بل لأن ما لم يعتبر فيه أن يكون شخصا خاصا صح مخاطبته بما أنه هو أو بما أنه وكيل لا- بمعنى أن كاف الخطاب وضع في البيع ونحوه للأعم فإنه باطل بل بمعنى أنه في البيع يتعارف تنزيل الغير منزله المخاطب فلو علم بالوكاله نزل الوكيل منزله نفس الموكل فيخاطبه بقوله بعثك بما أنت موكلك وأما لو يعلم بها فيخاطبه بقوله بعثك بما أنت أنت وهذا بخلاف باب النكاح فإنه لا يتعارف فيه ذلك فمع أن المخاطب في كلتا صورتين هو العاقد يختلف كفيته الخطاب اعتبارا

الثالثة بعد صحه البيع ولو لم يعلم بأن الطرف يشتريه لنفسه أو لغيره فهل الملزم بالالتزام العقدي نفس العاقد ولو ثبت بأنه وكيل أو يفصل بين ما إذا ثبت وكالته فالملتزم هو الموكل وما لم يثبت فالعاقد وجهان والأقوى هو الأول

وعلى هذا فلا- يسمع دعوى الوكاله لأن الدعوى إنما تسمع فيما إذا كان الأثر مترتباً على المدعى به وأما لو لم يكن له الأثر سواء كان ثابتاً في الواقع أم لا فلا وجه لسماع الدعوى فالعمده إثبات أن الملتزم بالالتزامات نفس العاقد فيما لم يعلم أنه وكيل لأنه لو علم كونه وكيلاً فالملتزم هو الموكل بلا شبهه لأن الخطاب وإن كان متوجهاً إلى الوكيل إلا أنه لا بما هو بل بما أنه موكله فكأن الطرف مع علمه بوكاله المخاطب جعل الالتزامات العقدية على الموكل وأما لو يعلم بها فالملتزم هو الوكيل ولو ثبت كونه وكيلاً بعد هذا غاية الأمر أنه أيضا يرجع إلى الموكل لأن الطرف حيث إنه جاهل بوكالته فينشئ الالتزامات الصريحة أو الضمنية معه بل لعله لو كان عالما بوكالته لما أوقع المعامله مع الموكل لأن الناس في السهوله والصعوبه والعسر واليسر والمماشاه والمماطله مختلفون فالوكيل المفوض كما هو مفروض الكلام لو لم يصرح بالوكاله فهو الملزم بالتسليم وسلامه المبيع ونحو ذلك من الشروط الضميه والصريحه لأنه بإنشائه التزم أمرين

أحدهما الالتزام بكون المبيع عوضا عن الثمن وأثر هذا الالتزام انتقال كل واحد من العوضين من أى مالك كان إلى مالك الآخر فعليه إزام موكله بأخذ الثمن أو المثل منه وتسليمه إلى الطرف وللطرف الرجوع إليه ابتداءً و ثانيهما الالتزام بعدم العيب والغبن ونحو ذلك من الشروط الضميه أو الصريحه وأثر هذا الالتزام أيضا رجوع الطرف إليه

ابتداء و بعد رجوعه إليه فهو أيضا يرجع إلى موكله

نعم لو كان كاف الخطاب موضوعا للأعمّ لكان سماع الدعوى منه في غايه الوضوح لأنّ ظهور الإطلاق في كونه هو الأصل لا ينافي سماع الدعوى منه فإنّ مورد سماع الدعوى هو كون الأثر على المدعى به مع كونها مخالفه للأصل أو الظاهر فمع الالتزام بكون الكاف موضوعا للأعمّ لا وجه لعدم سماع قول من يدعى الوكاله

و لعلّ قوله فتأمل

إشاره إلى ذلك

### [مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار]

#### اشاره

قوله قدس سره مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار إلى آخره

قد تقدم أنه يعتبر في تحقّق عنوان العقدية أمران الأول أن يكون قاصدا للفظ بما أنه فان في المعنى و حاك عنه و قصده كذلك مع عدم قصد المعنى لا يجتمعان فإنّ قصده كذلك الذي هو عباره عن استعماله في المعنى ملازم لقصد المعنى منه نعم قصد اللفظ موضوعيًا كمن يتكلم تقليدا أو غير عالم بالمعنى لا يلازم قصد المعنى الثاني أن يكون الداعي على الاستعمال بعد قصد اللفظ وقوع المدلول في الخارج فعقد الهازل لا أثر له لأنه و إن قصد المعنى بتوسط قصده اللفظ إلا أنه غير قاصد لوقوع المدلول في الخارج أي لم يقصد من قوله بعت إيجاد المادة بالهيئه خارجا بل قصد صوره و هزلا

و يعتبر في نفوذ العقد و مضيه شرط ثالث و هو أن يكون إرادته الفعل ناشئه عن طيب النفس أي يكون الموجب لإرادته الفعل و الداعي لها المذموم هو بمنزله العله للإرادته و إن لم تكن عله و إلا لزم القول بالجبر كما برهن في محلّه طيب نفسه لا إكراه المكره فإنّ المكره بالفتح و إن كان قاصدا للفظ و قاصدا لوقوع مدلوله في الخارج أيضا إلا أن هذا القصد نشأ عن غير رضاه منه فلو كان هذا القصد أيضا ناشيا عن الرضا خرج عن عنوان الإكراه و لو انتهى إلى غير الرضا كما أنه لو كان أصل صدور الفعل عن غير اختيار فهو أيضا خارج عن عنوان الإكراه

و بعبارته واضح هنا أمور ثلاثة اثنان منها خارج عن عنوان الإكراه و الإكراه متوسط بينهما الأول ما إذا صدر الفعل عن غير إرادته كمن وجر في حلقه مفطر أو كتف و ألقى في السفينه و الثاني ما إذا صدر الفعل عن إرادته و نشأت هذه الإراده عن داع نفسانيّ إلا أنّ الداعي على هذا الداعي غير الرضا و الاختيار كمن كان جائعا فباع ثوبه ليشتري بثمنه خبزا بحيث لو لم يكن مضطرا لما باعه و المكره واسطه بين هذين الشخصين فإنّه مختار في الفعل إلا أنّ هذا الاختيار نشأ عن غير اختيار و أمّا الجائع و نحوه كمن أكره على إعطاء مائه دينار فباع داره لإعطاء الدنانير فيإرادته الفعل أيضا نشأ عن الاختيار إلا أنّ هذا الاختيار نشأ عن أمر غير

اختياريّ و كيف كان فموضوع البحث في عقد المكره وجود جميع الشرائط سوى الرضا بالمعامله فما عن العلامه و الشهيدين قدس الله تعالى أسرارهم من أنّ المكره قاصد إلى اللفظ دون مدلوله ليس مقصودهم ما هو ظاهر عبارتهم أمّا مراد الشهيدين فبالنظر إلى قياسهما الكره على الفضولي يظهر أن مقصودهما من قولهما أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله هو أنّ المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كلّ منشيء من رضائه بوقوع المدلول في الخارج كما أنّ الفضولي لم يقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه و أمّا العلامه فمقصوده من قوله في التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد هو التفصيل بين أقسام المكره و هو أنّ كلّ من لم يتمكّن من التوريه فهو مكره و أمّا من أمكن له التوريه فإذا لم يوروا وقع المعامله فليس مكرها بل صدرت المعامله عنه عن طيب

و بالجمله فمحلّ الكلام

فى المقام هو أنّ الدّاعى الذى ينشأ منه إرادته الفعل يجب أن يكون اختياريا فعدم قصد وقوع المدلول فى الخارج كما فى الهازل لا يدخل تحت هذا العنوان كما أن انتهاء جميع الدّواعى فى السّلسله الطّويله إلى الاختيار أيضا لا دليل على اعتباره و إلاّ لزم عدم صحّحه أغلب المعاملات فلو كان محلّ البحث هو البيع الصّادر عن إرادته ناشئه عن الإكراه لصحّ التمسك لاعتبار الاختيار المقابل لهذا المعنى بالأدله العامه و الخاصه

أمّا الأدله العامه فكقوله عزّ من قائلٍ <sup>□</sup>إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله ع لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه و قوله ص رفع ما أكرهوا عليه فإنّ الإكراه على إرادته معامله يخرجها عن التّجاره الناشئه عن الرضا بها و عن طيب النّفس فإنّ المكره و إن كان راضيا بالفعل بمعنى أنّه يصدر عنه بالاختيار إلاّ أنّه غير راض بحاصل فعله و بإرادته للفعل الذى يترتب عليه الأثر فلم يصدر التّجاره عن رضا

و أمّا حديث الرّفْع فبناء على ما بيّنا مفاده فى الأصول من أنّ الرّفْع رفع تشريعى و لا يحتاج إلى التّقدير فدلالته على المقصود واضحه و لا يتوقّف التمسك به على ضمّ استشهاد الإمام ع به على رفع أثر الحلف بالطلاق إذا كان الحالف مكرها لما بيّنا من دلالته بنفسه مع قطع النّظر عن الخارج و على أىّ حال المناقشه فى الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التّقيه غير صحيحه لأنّ الظّاهر أنّ الإمام ع فى استشهاد به حديث الرّفْع يبيّن الحكم الواقعى و إنّما اتقى فى تطبيق الحديث على المورد ففى بيان الكبرى لا تقيّه فبدلّ الحديث على رفع الآثار الوضعيه كرفع الآثار التّكليفيه فى حال الإكراه

و نظير المقام ما ورد عن الصّادق ع فى قوله ذاك إلى الإمام إن صمت صمنا و إن أفطرت أفطرتنا فإنّ الظّاهر من هذا الحديث أنّه ع لم يتّق فى ثبوت الهلال بحكم إمام المسلمين بل فى تطبيق الإمامه على المنصور الذى أمر الإمام ع بإفطار آخر يوم الصيام كما أنّ الإشكال عليه بأن مقتضاه بطلان البيع عن اضطرار مع عدم إمكان الالتزام به غير وارد لأنّ الحديث حيث ورد فى مقام الامتنان فلا امتنان فى رفع أثر المعاملات الصّادره عن اضطرار هذا مع أنّ الاضطرار إلى المعامله عباره عما يكون نفس المعامله اضطراريّه و أمّا إذا كانت المعامله ممّا يدفع بها الاضطرار فلا يدلّ الحديث على رفعها كما أنّه لو كان الخطأ أو النّسيان متعلّقا بأمر آخر غير نفس المعامله و صدرت المعامله عن عمد و التفات فهذه لا ترتفع بالحديث

و على أىّ حال سواء قلنا برفع الآثار الوضعيه أيضا كرفع الأحكام التّكليفيه كما هو ظاهر استشهاد الإمام ع بالحديث أم لم نقل به بأن يحمل نفس الاستشهاد على التّقيه فعدم مضى المعامله إذا كانت إكراهيه لا إشكال فيه لأنّ الإكراه موجب لفقد الرضا مع أنّ رفع الآثار الوضعيه به فى الجمله لا إشكال فيه و تمام الكلام فى الأصول

و أمّا الأدله الخاصه فهى الأخبار الوارده فى الطّلاق و العتق فعن زراره عن أبى جعفر ع عن طلاق المكره و عتقه فقال ع ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق و عن أبى عبد الله عليه السّلام لا يقع الطّلاق بإكراه و لا إجبار و لا مع سكر و لا على غضب إلى غير ذلك من الأخبار

ثمّ إنّّه لا ينافى الصّحه مع الرضا اللاحق فى العقود البطلان مطلقا فى الطّلاق و العتق لأنّ البطلان فيهما إنّما هو لخصوصيه كونهما

إيقاعيين و الإيقاع لا يقبل الرضا المتأخر كما أنه لا محذور في الجمع بين ما لا إرادته في الفعل كما في السِّكر و الغضب الذي  
أريد منه مورد سلب الشعور و الإيجاب

إذا أريد منه سلب الاختيار كحركة المرتعش و ما فيه الإرادة كالإكراه لاشتراك القسمين فى الجامع و هو بطلان الطلاق

قوله قدس سره ثم إن حقيقة الإكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه إلى آخره

بعد ما تبين حكم الإكراه و أنه لا يترتب الأثر على العقد أو الإيقاع الصادر عن المكره

### يجب التنبيه على موضوع الحكم و بيان القيود المعتمده فيه

#### إشاره

و فيه جهات من البحث

#### الأولى فى بيان حقيقته

و قد ظهر ممّا قدّمنا أنّ الإكراه المبحوث عنه بين الأعلام هو الواسطه بين مثل حركة المرتعش و الاضطراب فهو عبارته عن تحقق إرادته وقوع المضمون عن غير رضا و طيب و هذا هو مقصود المصنف قدس سره

فى قوله فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال فى التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمد إليه عن رضا و إن كان يختاره دفعا للضرر

و توضيح ذلك أنّ الغرض من المعامله قد تكون هو التجاره و قد تكون حاجه عارضه و هذه الحاجه تاره هى دفع ضرر ترك المعامله و أخرى دفع ضرر آخر فلو كان مكرها بدفع شىء فباع داره لتحصيل المكره عليه أو كان مضطرا لشراء ما يسدّ به خلّه عياله فباع داره لتحصيل ثمن ما يحتاج إلى شرائه فهذا ليس مكرها على المعامله بالداعى الأولى و إن كان مكرها عليها ثانيا و بالعرض و أمّا لو كان مكرها على المعامله أولا و كان الحامل لها أمر المكره فهو موضوع البحث و اعتبار كون التجاره عن تراض يقتضى خروج هذه المعامله عمّا تعلق الإمضاء الشرعىّ به لكونها عن غير رضا لا القسم الأوّل فإنّه و إن انتهى إلى عدم الرضا إلّا أنّه لا يصدق عليه أنّه غير راض لأنّه و إن أوجد المعامله لدفع الضرر إلّا أنّه مستقلّ فى فعله

ثم بعد اعتبار الإكراه على نفس المعامله و كون وقوعها ناشيا عن حمل الغير على ما يكرهه لا مجرد استرضاء خاطره من دون طلب منه يعتبر توعيد الطّالب على الترك ثم يعتبر الظنّ أو الاحتمال العقلانى على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل فى موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضرر من شخص آخر غير الأمر كما أنّه مع عدم احتمال الترتب ليس داخلا فى عنوان الإكراه لأنّ الشخص فى هذه الصور إمّا مستقلّ فى التصرف و إمّا أن صدوره منه ليس لعنوان الإكراه بل للاضطراب و نحوه و على هذا فمثل أمر الوالدين أو أمر من لا يمكن مخالفته حياء لا يدخل فى عنوان الإكراه إمّا إذا خرج صدور الفعل من الفاعل عن داعى حصول اسم المصدر و على هذا يحمل ما دلّ على رفع أثر الطلاق الصادر مداراه بأهله أو على عدم قصد المضمون

كما أن روايه ابن سنان عن الصادق ع قال لا يمين فى قطيعه رحم و لا فى جبر و لا فى إكراه قلت أصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الإكراه قال الجبر من السلطان و يكون الإكراه من الزوجه و الأم و الأب و ليس ذلك بشىء الدالّه على دخول إكراه الزوجه و الأبوين فى عنوان الإكراه لا بد أن تحمل على خصوص الإكراه فى اليمين لأنها حيث تكون مرجوحه فلا أثر للإكراه عليها و لو كان من قبل الأبوين و الزوجه و على هذا فالاستدلال بها للمقام غير مستقيم لأنّ البيع ليس مرجوحا فإذا لم يخف البائع من تركه و صدر منه فهو مستقلّ فى التصرف

ثم إنّ قوله و ليس بشىء ع يرجع إلى صدر الحديث أى ليس اليمين فى مورد الإكراه و الإكراه بشىء ع فىكون السؤال و الجواب جملتين معترضتين بين الصدر و الدليل و منشأ الفصل عدم إمهال السائل لإتمام الإمام ع كلامه

ثم إنَّ ممَّا ذكرنا من الفرق بين الاضطرار و الإكراه ظهر اندفاع ما يتوهم من التناقض بين كلامي المصنف

وجه التوهم هو أنَّ توجيهه قدس سره كلام الشهيدين و هو أنَّ المكره و الفضولي غير قاصدين لمدلول العقد بأن المراد من القصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع مناقض لما ذكره في أوّل العنوان من أنَّ المراد من الاختيار هو القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهه فإنّ قوله في أوّل العنوان ظاهر في أنَّ المكره قاصد لوقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع إلّا أنّه نشأ قصد وقوع مضمونه في الخارج عن إكراه و كلامه في التوجيه ظاهر في أنَّ المكره لا يكون قاصدا لوقوع مضمون العقد مضافا إلى كونه غير راض به

وجه الدفع يتوقّف على تمهيد مقدّمه و هي أنَّ الفعل المحرّم الصادر عن الإنسان كشرب الخمر يقع على أنحاء منها شره تشهيا و منها شره علاجا و منها شره مكرها عليه و لا إشكال في أنَّ القسم الأوّل يصدر عنه بتمام الاختيار من حيث اختيار الفعل و اختيار الأثر الحاصل منه و هو السيّكر و أمّا الثاني فالفعل و قصد حصول الأثر المرغوب عنه و إن صدرا بالاختيار إلّا أن قصد الأثر حصل لدفع الضرر فهو نشأ عنه ثانيا لا أولا و بالذات و أمّا الثالث فالفعل و إن صدر عنه بالاختيار إلّا أنّه لم يقصد حصول الأثر حتّى في المرتبه الثانيه لأنّه لا يكون غرضه في صدور الفعل حصول التّبيجه و الثاني يسمّى بالمضطرّ إليه و الثالث بالمكره عليه

إذا عرفت ذلك ظهر أن مراده في التوجيه من أنَّ المكره غير قاصد لمضمون العقد ليس كونه غير قاصد للانفعال الذي هو أثر الفعل مع قصده الفعل بل مراده أنَّ نتيجة فعله أي الأثر المترتب عليه كالانتقال الخارجيّ الذي هو بمعنى اسم المصدر لم يصدر عنه باختيار و رضا

و بعبارة أخرى يشترك المضطرّ مع المكره في قصدهما المعنى المصدريّ إلّا أنّهما يفترقان في قصد اسم المصدر فإنّ المضطرّ قاصد له كقصده المعنى المصدريّ عن طيب بخلاف المكره فإنّه لم يقصد حاصل المصدر عن رضا و يمكن أن يكون هذا مراد العلّامة قدس سره في قوله لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد أي نوى الحاصل من المصدر و قصد تحقّق مضمون العقد لا بمعنى أنّه قصد مدلوله بل بمعنى كون الفعل ناشئا عن قصد حصول الأثر

و بعبارة أخرى قد يكون قصد المعنى المصدريّ تبعا لقصد اسم المصدر فإن المقصود توجه أولا إلى قصد اسم المصدر و حيث إنّه حاصل من المصدر فيقصد المعنى المصدريّ مقدّمه و المضطرّ كذلك لأنّه لما توقّف علاج مرضه على السيّكر فيقصد الشرب المحضّل له مقدّمه و أمّا المكره فلا يريد السيّكر أصلا بل الشرب هو المقصود الأصلي له فعلى هذا يصحّ أن يقال إنَّ المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد أي المتحصّل من العقد و الأخبار المصرّحه بأنّه لا طلاق لمن لا يريد الطلاق ناظره إلى هذا المعنى

و حاصل الكلام أنّه ليس مقصود المصنف قدس سره من أنَّ المكره لا يكون الدّاعي له من الإنشاء قصد وقوع مضمونه في الخارج أنَّ المكره لا يقصد إيجاد المادّه بالهيئه بل مقصوده أنّه لا غرض له من إيجاد المادّه بالهيئه و إن أوجدها بها فإنّ غرضه



و داعيه هو دفع الضرر العدى ينشأ من تركه إيجادها فهو يوجد بها لا عن رضا بخلاف المضطرّ فإنه يوجد بها عن رضا منه فهو مستقلّ فى التصرف دون المكره

### **الجهه الثانيه ما أشاره إليه المصنف**

بقوله قدس سرّه ثم إنه هل يعتبر فى موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوعد به

بما لا يوجب ضررا آخر إلى آخره

و حاصله أن إمكان دفع الضرر بالوقوع في ضرر آخر لا يخرج الفعل عن عنوان الإكراه و لذا لو أكره على الطّبيعى فكلّ واحد من مصاديقه يصدق عليه أنّه وقع مكرها عليه و هكذا لو أكره على أحد الشّيين فاختيار أحدهما لا يخرجّه عن عنوان الإكراه

و توهم كونه مختارا في اختيار الخصوصيّة فاسد جدا لأنّ الخصوصيّة إذا صدرت لدفع إبعاد المكره فليست صادرة عن طيب و هذا لا إشكال فيه إنّما الإشكال في أنّه إذا أمكنه دفع الضّرر بالتوصّل إلى شخص ليدفع ضرر المكره أو بالتّوريه فهل يكون مكرها مطلقا أو لا يكون كذلك مطلقا أو يفصل بين التّوريه فيكون مكرها و غيرها فلا وجوه و الأقوى هو التّفصيل

و توضيحه يتوقّف على رسم أمور الأول في معنى التّوريه و المشهور أنّها عبارته عن إلقاء الكلام الطّاهر في معنى و إرادته خلاف ظاهره مع إخفاء القرينه على الخلاف و في مجمع البحرين و ريت الخبر توريه إذا سترته و أظهرت غيره حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع فتنتطق به و تريد الخفى إلى آخره و في القاموس و وزّاه توريه أخفاه و في تلخيص المفتاح و منه التّوريه و تسمّى الإيهام أيضا و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد إلى آخره

و الطّاهر عدم انحصار التّوريه بما عرفوها به فإنّ هذا الذي ذكر في تعريفها ينحصر في الإخبار و الجامع بين الإخبار و الإنشاء هو أن تعرّف بمطلق إخفاء المقصود سواء كان بهذا النحو الّذى ذكر أم بنحو ذكر اللفظ و عدم قصد المعنى بأن لا يكون ذكره اللفظ استعمالا بل ناظرا إليه بالنظر الموضوعيّ و عبارته أخرى استعمال اللفظ عبارته عن إلقاء المعنى باللفظ فإذا لم يكن مقصود اللفظ هو الاستعمال إمّا بأن لا يلقى ما هو معناه و إمّا بأن لا يلقى به معنى أصلا بل ينظر إليه لا بما هو فان و آلى بل بالنظر الاستقلاليّ كاستعمال اللفظ و إرادته شخص هذا اللفظ كقوله زيد لفظ فهو المورى

و على هذا فالتّوريه في الحكايات قد تكون عبارته عن إراءه استعمال الألفاظ في المعاني حكاية مع أنّه ليس داعيه إلّا صرف التلّفظ و في الإنشائيات عبارته عن كونه مرثيا بأنّه يوجد المواد بالهيئات و ينشأ المعاني بالألفاظ مع أنّه ليس كذلك

و على أيّ حال لا يخرج الكلام عن الكذب بالتّوريه لأنّه عبارته عن مخالفه ما هو ظاهر اللفظ مع ما هو الواقع خارجا سواء كان اللفظ مريدا للظّاهر أم لا- قاصدا لاستعمال اللفظ في المعنى أم لا الثاني قد تقدم أنّه يعتبر في رفع الإكراه أثر المعامله ترتّب الضّرر على مخالفه الفعل المكره عليه و محلّ بحث الأعلام في عدم اعتبار إمكان التّفصيى مطلقا أو اعتباره كذلك أو التّفصيل بين إمكانه بغير التّوريه و إمكانه بها إنّما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتّب الضّرر على مخالفه الفعل المكره عليه و أمّا لو قلنا بأن مجرّد حمل الغير على ما يكرهه يكفي في ارتفاع أثره لصدق الإكراه فالنزاع في اعتبار إمكان التّفصيى مطلقا أو عدم اعتبار إمكانه كذلك أو التّفصيل لغو و ذلك لصدق الإكراه بمجرّد عدم رضاه المكره بالنتيجه و من هنا صحّ تمسك المصنف بروايه ابن سنان الدالّه على عدم اعتبار إمكان التّفصيى مطلقا و لا يرد عليه ما أورد بأنّ الطّاهر من الزّوايه تحقّق الإكراه بدون التّوعيد بالضّرر لا- أنّ التّفصيى بغير التّوريه أيضا غير لازم فلا دخل لها بمسأله إمكان التّفصيى و عدمه و ذلك لما عرفت من أنّ محلّ البحث إنّما هو بعد اعتبار ترتّب الضّرر و الزّوايه حيث دلّت على أنّ إكراه الزّوجه أو الوالدين ليس بشىء

مع أنّ التفصّي بغير التوريه بالنسبه إلى مخالفتهم أيضا ممكن فتدلّ على عدم اعتبار العجز عن التفصّي مطلقا

نعم قد يورد عليه أنّ الرّوايه مختصّه بمسأله الإكراه فى مورد اليمين لا مطلقا و كيف كان فثمره هذا النزاع إنّما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتّب الضّرر على مخالفه الفعل المكره عليه الثّالث يظهر من المصنّف أنّ الفرق بين التخلّص من التوريه و غيرها من وجهين أحدهما من حيث الحكم و ثانيهما من حيث الموضوع أمّا من حيث الحكم فحاصله أنّ الإكراه و إن لم يكن صادقا موضوعا على ما إذا تمكّن من التفصّي مطلقا إلّا أنّ إطلاق الأخبار و معاهد الإجماعات تلحقان القادر على التفصّي بالتوريه بمن لا يقدر عليه

أمّا عدم صدق الإكراه موضوعا على مورد إمكان التفصّي فلما عرفت أنّه يعتبر فى وقوع الفعل عن إكراه أن يكون الدّاعى إليه هو خوف ترتّب الضّرر الموعود على التّرك و مع القدره على التفصّي و لو بالتوريه لا يكون الضّرر مترتبا على ترك المكره عليه بل على تركه و ترك التفصّي معا فدفع الضّرر يحصل بأحد الأمرين فإذا اختار الفعل و لم يورّ فهو مختار فيه و لا يقاس على اختيار أحد فردى المكره عليه كما إذا أكرهه على بيع داره أو بستانه فى أنّ اختيار كل واحد لا يخرج الفعل عن كونه مكرها عليه للفرق بينهما فإنّ المكره لم يكرهه إمّا على المعامله أو على التفصّي فليس التفصّي عدلا للمكره عليه بل هو من قبيل شرط الوجوب و مسقط للتكليف و موجب لذهاب الموضوع و لذا لو تفصّي بعقد آخر غير ما أكره عليه وقع صحيحا و ليس ذلك إلّا أنّه ليس فردا لما أكره عليه و لا عدلا له

و أمّا دخول إمكان التفصّي بالتوريه فى حكم الإكراه فلا إطلاق معاهد الإجماعات و الأخبار و بعد حملها على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه و فيه ما لا يخفى من الغرابه فإنّه لو سلّم أنّ مع القدره على التفصّي و لو بالتوريه ليس مكرها عليه فكيف يشملهم إطلاق معاهد الإجماعات و الأخبار فإنّ الإطلاق يؤخذ به فى أفراد الموضوع أو أحواله و مع خروجه موضوعا لا يعقل شمول نفس هذا الإطلاق له نعم لو نهض دليل آخر على إلحاقه به حكما أو قام إجماع على عدم اعتبار العجز عن التوريه فى رفع الإكراه أثر الفعل المكره عليه لصحّ دعوى الإلحاق الحكمى و لكن أتى لنا بإثباته مع أنّ الإجماع إذا كان مستنده صدق الإكراه فلا يفيد

و قوله قدّس سرّه مع أنّ العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيره المجوّزه للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا فى قضيه عمّار

ففيه أنّ عدم الإشارة إليها فى باب الحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه إنّما هو لعدم فائده للتوريه فى الخروج عن الكذب كما تقدم من أنّ الكذب هو مخالفه ما هو ظاهر الكلام مع ما هو الواقع فى الخارج و أمّا فى قضيه عمّار فلا أثر للتنبيه عليه بأن يورى إذا ابتلى بعد ذلك

أمّا أولا- فلأنّ الألفاظ الكفرية يحرم التلفظ بها و لو لم يقصد بها معانيها لأنّ لها موضوعيه من وجه و إن كانت طريقيه من وجه آخر فالتبرّى من الله سبحانه و رسوله و الأئمّه الهدى صلوات الله عليهم أجمعين يحرم و إن لم يقصد به معناه كما قيل فى

عكس ذلك بالنسبه إلى الشهادتين في أن بعض الآثار مترتب على نفس التنطق باللسان و إن لم يقصد بهما معناهما لعدم اعتقاد المتلفظ بمدلولهما

و بالجمله في مورد ترتب الأثر على الواقع قد أشير في بعض الأخبار بأنه يجب التوريه كما في الحلف كذبا و أمّا في مورد ترتب الأثر على اللفظ فلا يفيد التوريه و ثانيا

أن مثل عمارة لا يحتاج إلى التنبيه لأن المؤمن لا محاله لا يقصد معنى لفظ الكفر لو أكره عليه فمع أنه يورى لا محاله ورد قوله عز من قائل إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَأَمَّا من حيث الموضوع فلأن الإكراه يصدق مع إمكان التفصي بالتوريه و لا يصدق مع إمكان التفصي بغير التوريه و ذلك لأن المكره بالفتح لو ورى و التفت المكره بالكسر إلى توريته لأوقعه فى الضرر الذى أوعده به نعم قد لا يلتفت إلى توريته و امتناعه مما أكرهه عليه و أما لو توصل إلى غيره لدفع ضرر المكره و امتنع عن الفعل المكره عليه لم يوقعه فى الضرر

و بعبارة واضحة لا بد فى تحقق الإكراه من أمرين أحدهما اطلاع من يكره أحدا على فعل بأن المكره ممتنع حتى يوصل الضرر إليه و أما لو لم يعلم بأنه يمتنع أو لا يمتنع فلا معنى لتوعيده و ثانيهما أن يوقعه فى الضرر الذى أوعده و أما لو أطلع بالامتناع و لم يمكن له أن يوقعه فى الضرر فهذا ليس إكراها

و على هذا فإذا تمكن المكره من دفع ضرر المكره بالتشبث بذيل من يرفع ضرره أو بإذهاب الموضوع الذى أكرهه عليه فهو ليس مكرها لأن مع اطلاع المكره على امتناعه لا يقدر أن يوقعه فى الضرر و هذا بخلاف من يتفصي بالتوريه فإنه لو أطلع المكره على امتناعه أوقعه فى الضرر و علمه بامتناعه يتوقف على أن يكون المورى أيضا مكرها و إنما فمن أين يطلع على أنه امتنع أو لم يمتنع لأن المكره إذا أوقع صورته البيع من دون قصد معناه فلم يمتنع ظاهرا و لكنه امتنع واقعا فامتناعه إنما يتحقق بأن لا يوقع صورته البيع أيضا

و الحاصل أن فى مورد التفصي بغير التوريه لا يلزم وقوعه فى الضرر الذى توعد عليه مع علم الحامل بالامتناع و أما فى مورد التفصي بها فأولا لا يعلم الحامل على الامتناع فلا معنى لتوعيده و ثانيا يوقعه فى الضرر لو أطلع على الامتناع فلا يفيد التفصي بها و لكنك خبير مضافا إلى أن هذا البيان مرجعه إلى أن الأمور القصدية لا معنى لتعلق الإكراه به فيقع الإكراه على ذات الفعل فمخالفة المكره يتحقق بأن لا يقع منه ذات الفعل لا أن لا يقصد معناه أن غايه الفرق أن المتمكن من التفصي بغير التوريه يمكنه التخلص من الضرر و المتمكن من التفصي بها لا يمكنه التخلص من الضرر و مجرد هذا الفرق لا يفيد لأن المدار فى صدق الإكراه أن يكون قصد وقوع المضمون لا عن طيب النفس و المتمكن من التفصي مطلقا يقع قصد وقوع المضمون عنه عن طيب النفس فكما أن المتمكن من التشبث بذيل الغير لرفع إكراه المكره إذا لم يتشبث و لو لعدم تحييل المنه و أوقع المعامله يقع المعامله منه اختيارا فكذلك المتمكن من التوريه إذا لم يور و قصد وقوع المضمون يقع المعامله منه اختيارا و عن طيب و من هذا الوجه قال العلامة قدس سره و لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق لأن هذا الطلاق صدر عن تبه إليه و طيب النفس به

و يمكن أن يكون قوله فافهم إشاره إلى هذا فالأولى أن يقال بأن التوريه لهما كانت مغفولا عنها غالبا و على خلاف طبع الاستعمال فمع تمكنه منها لو لم يور و أوقع البيع أو الطلاق فلا يكون إيقاعه ناشيا عن الاختيار و طيب النفس بوقوع المضمون بل مع كراهته له أوقع البيع أو الطلاق بمقتضى جبلته التى تقتضى قصد المعنى من اللفظ و أما مع تمكنه من دفع ضرر المكره بغير التوريه بنحو من الأنحاء فلا محاله إذا لم يتفص فهو راض

### الجهة الثالثة هل المدار في إمكان التفصّي بغير التّوريه للخروج عن موضوع الإكراه

هو الإمكان الفعلي أو الإمكان المطلق أي المدار على القدره الفعلية أو القدره على أن يقدر كاف في صدق عدم الإكراه لا إشكال في أنّ المسوّغ للمحرّم هو العجز المطلق حتّى عن القدره بإقدار نفسه فمن يمكن له التخلّص عن شرب الخمر المكره عليه و لو بسير مسافه بعيده غير حرجي فضلا عن خروجه عن الدار و التمسكك بذيل الأختيار فلا يجوز له شرب الخمر و لو كان بالفعل عاجزا

و أمّا الإكراه الرّافع لأثر المعامله فهو الأعمّ من ذلك أي العجز الفعلي كاف لأنّ المدار فيه على عدم حصول المصدر بداعي اسم المصدر خارجا نعم يعتبر فيه صدق العجز الفعلي فمن كان خادمه حاضرا و لا يتوقّف دفع الإكراه إلّا على الأثر فهو قادر فعلا على التفصّي

و بالجملة الإكراه الرّافع لأثر المعامله أعمّ من الإكراه الرافع للحرمه نعم مع قطع النّظر عن عنوان الإكراه التّسببه بين العلّه الرّافعه للحكم التكليفيّ و الرّافعه للحكم الوضعيّ هي الأعمّ من وجه فإنّ المناط في الأوّل هو دفع الضّرر سواء كان للإكراه أم لا و المناط في الثّاني عدم الإراده و طيب النفس سواء كان لرفع الضّرر أم لا

### الجهة الرابعه قد تقدّم أنّ الإكراه على القدر المشترك

سواء كان حقيقيا أو انتزاعيا إكراه على الأفراد فاختيار أحد الأفراد لا يخرج عن الإكراه كما هو واضح إنّما الكلام في أنّ ذلك يطرد في مطلق الإكراه على القدر المشترك التّأصيلي أو الانتزاعي أو يختصّ بما إذا كان الأفراد متساويه الإقدام بالتّسببه إلى القدر المشترك و أمّا لو كان لأحدها خصوصيّة لا تكون لغيره أو كان لأحدها خصوصيه زائده لا تكون لغيره فاختيار المتخصّص بها لا يقع عن إكراه أو اضطرار وجهان بل قولان و الأقوى هو الفرق بين الصّور و توضيح ذلك يتمّ بذكر الصّور المتصوّره في المقام

فمنها الإكراه على الأفراد الطّوليه و الظّاهر في هذه الصوره الفرق بين المحرّمات و المعاملات فلو كان مكرها أو مضطرا إلى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادره إليه في أوّل الوقت سواء احتمل التخلّص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لا بدّ في ارتكاب المحرّم من المسوّغ له حين الارتكاب فإذا لم يكن حين الشّرب ملزما فاختياره فعلا لا مجوّز له نعم لو كانت المبادره من جهه خوف عدم الإمكان بعد ذلك و الوقوع في الضّرر فلا إشكال في جوازها و أمّا لو كان مكرها في بيع داره موسعا فلو كان مأبوسا من التخلّص و لكن الأولى أن يقال إنّ الفرق بينهما أنّ التّوريه ليست في متربه صدور اسم المصدر لأنّ المفروض في موضوع البحث انقسام العقد إلى الإكراه و الاختيار و أمّا المورى فليس قاصدا لمعنى العقد فلم يصدر عنه المصدر أصلا حتّى ينقسم إلى الإكراه و غيره و أمّا المتمكّن من التفصّي بغير التّوريه فلا محاله يصدر عنه اسم المصدر بالاختيار لأنّ صدور المصدر عنه إنّما هو بداعي حصول اسم المصدر و لو من باب عدم تحمّل المنه و بعبارة أخرى المكره لا محاله يأمره بقصد وقوع

المضمون و لا- يأمره بذات القول فخرج الفعل عن عنوان الإكراه إنّما هو بأن لا يقع الفعل على النحو الذى أمره الأمر به و لا يترتب على تركه ضرر لا- بأن يمؤه المأمور على الأمر و يلقيه فى الخلاف فإراءته أنه فعل الفعل بسبب أمره غير أنه تخلّص عن ضرره لو امتنع ثم لا يخفى أنّ السيد فى حاشيته مثل للتفصّى بغير التوريه بعين ما هو التفصّى بالتوريه نعم مثاله ذلك هو التوريه فى الأفعال لا فى الأقوال فراجع و كيف كان الفرق بين التفصّى بالتوريه و غيرها واضح و إمكان التفصّى بها لا يخرج الفعل عن الإكراه لو لم يتفصّ و أوقع الفعل منه عفى عنه

عنه بإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرجّه عن الإكراه و أمّا لو احتمل التخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختار و الفرق واضح و منها الإكراه على الأفراد العرضيّة كالإكراه على شرب الخمر أو الماء فلو اختار شرب الخمر فلا يكون مكرها و هكذا لو أكره إمّا على العقد الصّحيح أو الفاسد فلو اختار الصّحيح فلا يكون مكرها و ما أفاده المحقّق الخراساني قدّس سرّه في حاشيته من أنّ الإكراه على أحد الأمرين كاف في وقوع ما اختاره مكرها عليه مطلقا كان لكلّ واحد منهما بخصوصه أثر أو كان لخصوص أحدهما نعم يمكن أن يقال إنّ دليل ذى الأثر في الفرض أظهر ففيما أكره على مباح أو محرّم أو عقد فاسد أو صحيح يقدم دليله على دليل رفع الإكراه إلى آخره

ففيه أن الإكراه على القدر المشترك إكراه على الأفراد لو كان الأفراد متساويه و أمّا لو كانت مختلفه فيتوجّه الإكراه ثبوتا على ما لا- أثر له أو على ما كان أثره أقلّ أو أخف فلو أكره على شرب أحد الإناءين اللّذين أحدهما نجس و الآخر نجس و مغصوب فالإكراه إنّما يتعلّق بالنّجس فلا يجوز شرب ما هو مغصوب و نجس

و هكذا لو أكره على شرب الخمر و الماء فالإكراه يتعلّق بالماء و ذلك لأنّ الحامل له على العمل و إن لم يتعلّق غرضه بخصوص ما لا- أثر له بل غرضه تعلّق بالقدر المشترك و انطباقه على الأفراد عقليّ إلا أنّ هذا يصحّ فيما كان الأفراد متساويه و أمّا لو لم تكن كذلك بل كان أحد الأفراد ممتنعا تكوينيا أو شرعا فالانطباق يقع على ما عدا ذلك لوضوح الفرق بين الإكراه على أحد الإناءين اللّذين كلّ منهما خمر و الإكراه على أحد الإناءين اللّذين أحدهما خمر و الآخر ماء فإنّ المكره لا يكون في الثانی مكرها على شرب الخمر و إن كان مكرها على شرب المائع بخلاف الأوّل فإنّه على أىّ حال لا مفّرّ له منه

و لو قلنا بأنّ في المثال الثانی أيضا مكره عليه فلا- وجه لتقديم أدلّه المحرّمات على أدلّه الإكراه مع أنّ الحكومه بالعكس بل الحقّ أنّه ليس مكرها على المحرّم لأنّ اختيار ما له أثر زائد على القدر المشترك ليس إلّا عن طيب النّفس به

و منها الإكراه على أحد المحرّمين اللّذين أحدهما أشدّ عقوبه من الآخر و في هذه الصّوره لا يخفى أنّه لا يمكن ثبوتا أن يتعلّق الإكراه بالمباح أو بما هو أخفّ عقوبه من الآخر مع تعلّق غرض المكره بالقدر المشترك و لا يمكن قياس المقام على الاضطرار بارتكاب أحد الإناءين اللّذين علم حرمة أحدهما حيث نقول بتعلّق الترخيص بالمباح دون المحرم فيكون المحرّم من المتوسّيط في التنجّز أمّا أولا فلعدم صحّه ذلك في تلك المسأله أيضا فإنّ المباح الذي لا يمكن تمييزه أبدا كيف يتعلّق الترخيص به فعلى هذا يكون الحرام من المتوسّيط في التكلّيف كما بيّنا وجهه في الأصول و أمّا ثانيا فللفرق بين البابين فإنّ في باب العلم الإجمالي يمكن أن يقال إنّ جواز دفع الاضطرار بأحدهما متوجّه ثبوتا إلى المباح لوجود المانع عن تعلّقه بالحرام فإنّ مع تحريم الشّارع أحدهما و عدم اضطرار المكلف بارتكابه بالخصوص لا وجه لتعلّق الترخيص به و أمّا في الإكراه فليس للمكره غرض إلّا وقوع أحدهما لا- على التّعيين فكلّ واحد منهما مصداق للمكره عليه نعم حيث تقدم أنّ المسوّغ لارتكاب المحرّمات ليس مجرد الإكراه فمع إمكان التخلّص من ارتكابها لا- يكون حديث الرّفح حاكما على دليل المحرّمات و بالجمله عدم تجويز العقل و العقلاء ارتكاب المحرّم أو ما هو أشدّ عقوبه ليس لعدم صدق الإكراه عليه إذا كان عدلا للمباح أو لما هو أخف بل لكون الإكراه الراجع لأثر الحكم التكلّيفي أخصّ من الإكراه الراجع لأثر المعاملات و على هذا فلو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد يرتفع



أثر الصحيح لأنه يكره عليه لو فرض أنه لو لا الإكراه لما أقدم عليه فتأمل جيدا منه عفى عنه

ارتكاب الأشد و إن لم يجز إلّا أنّه لا- لكونه مختاراً فيه بل لكون الآخراً أقلّ قبحا منه فإنّه على أيّ حال مكره على ارتكاب المحرّم و لكنّ العقل يحكم بتقديم الأقلّ قبحا و يمكن أن يقال في هذه الصورة أيضاً ارتكاب أشدهما عقوبه أيضاً يخرج عن عنوان الإكراه فإنّ القدر المشترك هو أصل الحرمة و الزيادة بمنزله عنوان آخر يختصّ بفرد دون الآخر

و منها ما لو أكره على بيع شىء أو أداء مال مستحقّ عليه فإذا اختار البيع لم يكن مكرهاً كما لو أكره إمّا على شرب الخمر أو فعل الصّلاه الواجبه عليه فإنّ اختيار شرب الخمر يقع عن غير كره و السرّ في ذلك أنّ القدر المشترك لا أثر له و الخصوصيّة غير مكره عليها و إلّا لوقع الإيفاء أو الصّلاه أيضاً باطلاً و هكذا لو أكره الزّاهن عند حلول الدّين على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما لا يستحقّه المكره فاختار غيرها فيقع صحيحاً

و السرّ في ذلك أنّ بيع المرهونه ليس عدلاً لبيع غيرها لأنّ رضا الزّاهن ساقط و يشترط في رفع الإكراه أثر المعامله أن يكون رضا الفاعل معتبراً فيها و لذا لو أكره من عليه الدّين مع كونه ملئياً و مماتلاً ببيع ماله فهذا البيع ليس إكراهياً نعم هنا كلام آخر و هو أنّ في مثل هذا المورد هل يسقط شرطيه رضاه بالبيع أو يسقط شرطيه مباشرته الأعم من فعل نفسه أو استنابته و جهان بل وجوه قد يقال بأنّه لا وجه لرعايه أحد الشرطين بالخصوص لدوران الأمر بين سقوط المباشره أو الرضا فالحكم التّخيري و قد يقال بأنّ للرضا دخلاً في حقيقه المعامله و قوامها به و المباشره لا دخل لها فيها و لذا يجوز التّوكيل فيرّجح جانب الرضا و يسقط المباشره فينوب عنه الحاكم و يبيع عن طيب به و الأقوى أنّ ولايه الحاكم ثابتة فيما يمتنع صدور الفعل عن المالك أو وكيله فليس فعل الحاكم في عرض فعل المالك لأنّ الفعل المباشري يشترط فيه الرضا فإذا صدر بالمباشره و كان مكرهاً فلو كان الصّدور واجبا عليه يسقط رضاه و إلّا كان إكراهياً فعلى الحاكم إجباره على البيع فإذا امتنع فهو حينئذٍ وليّ الممتنع

### الجهه الخامسة إكراه أحد الشّخصين على فعل واحد

بمنزله إكراه شخص واحد على أحد الفعلين مثاله في المحرّمات واضح و أمّا في المعاملات كإكراه أحد من الأب و الجد على بيع مال اليتيم أو أحد الوكلاء المفوض إليهم أمر بيع شخصي و لكن قيل بأنّه يعتبر في صدق المكره على كلّ واحد عدم علمه بصدور الفعل أو المعامله من الآخر و أمّا لو علم بأنّ الآخر يفعله إمّا لعدم اطلاعه على حال صاحبه أو لكونه مريداً له بلا إكراه فلو بادر هذا فلا يكون مكرهاً لأنّه لا يكون قصده حينئذٍ دفع ضرر المكره الحامل على الفعل بل لو احتمل صدوره عن الآخر و مع ذلك بادر إلى الفعل تقرباً إليه مثلاً لم يكن مكرهاً لأنّ داعيه على الفعل في هذه الصّوره ليس إكراه المكره بل التقرب إليه فإنّ الفعل الإكراهي ما كان تمام العله لصدور الفعل هو إكراه المكره و أمّا لو انضمّ إليه التقرب إليه فلا يكون إكراهياً فلو أمر الجائر بأخذ مظلوم على جميع أهل البلد و علم بعض بأنّه يأخذه غيره فلو بادر إلى أخذه فالأخذ هنا لا يكون عن كره فعلى هذا كلام المصنّف لا- يمكن الأخذ بإطلاقه سيّما إذا أتى بالفعل كلّ واحد منهما على التّعاقب بل في هذه الصّوره لو أتى به كلّ واحد منهما دفعه فليس الفعل من كلّ منهما إكراهياً و على هذا لو أكره أحد الشّخصين على أحد الفعلين فمع احتمال كلّ منهما إقدام الآخر فصدور أحد الفعلين عن أحدهما و صدور الفعلين عن الشّخصين لا يدخل في عنوان الإكراه و لكنّه لا يخفى عليك الفرق بين المحرّمات و المعاملات

و توضيح ذلك أنّ في المحرّمات كما لو أكره أحد أهل البلد على أخذ مظلوم أو أكره أحد الشّخصين على شرب الخمر فمع علم أحدهما بإقدام الآخر أو احتمال له الإقدام عليه نعم لو علم بعدم إقدام أحد فيجب عليه الإقدام لدفع الضّرر عن نفسه أو أخيه

و أمّا مسأله الأب و الجدّ فمع علم أحدهما بإقدام الآخر لو أقدم على بيع مال اليتيم فلا يكون البيع اختياريا فضلا عن الشكّ و وجه الفرق أنّ في باب المعاملات يرجع أمر مال اليتيم إلى كلّ من الأب و الجد و هكذا يرجع أمر مال الموكل إلى كلّ من الوكيلين أو إلى كلّ من الوكيل و الموكل فاقد أم كلّ واحد لا يخرج المعامله عن عنوان الإكراه فعلم الأب مثلا بأنّ الجدّ يقدم على البيع لدفع الإكراه لا يخرج المعامله عن الإكراه إذا سبق الأب إلى البيع لدفع ضرر المكره عن نفسه و أبيه نعم لو فرض قصده التقرب إلى الحامل أو قصده البيع على أيّ حال كما إذا باع بعد بيع الجدّ عن كره فهذا خارج عن الفرض كما أنّه لو كان المكره على البيع شخص خاص و لكنّه باع عن طيب بحيث أنّه لو لم يكن إكراه لباعه أيضا فهذا خارج لأن محلّ البحث ليس مجرد وقوع معاملة بعد إكراه بل موضوعه ما لو كانت المعامله لإكراه الحامل بحيث نشأ إرادته الفاعل عن إرادته الحامل و في هذا الفرض لو أقدم على البيع كلّ من الأب و الجد لدفع الضّرر عن نفسه و غيره فلا يخرج عن كونه مكرها و لو علم بأنّ الآخر يقدم عليه لو لم يقدم هذا

بل يمكن أن يقال إنّ حكم المحرّمات أيضا حكم المعاملات في هذه الصّوره و هو ما إذا علم أحدهما بأنّ الآخر يفعله لدفع الإكراه لا للشّهوه فيجوز للعالم أن يقدم على شرب المحرّم لدفع الإكراه عن نفسه و أخيه لأن مجرد علمه بأنّ الآخر يفعله لا يدخله في عنوان الاختيار إذا فعل العالم لدفع ضرر الحامل و هكذا لو أكره أحد الشّخصين على أحد الفعلين فإنّ كلّ واحد منهما لو أقدم على أحد الفعلين لدفع الضّرر عن نفسه و أخيه فهو مكره و إن علم بأنّ الآخر يفعله لدفع الضّرر فتدبر جيّدا و كيف كان فالحكم في مسأله الأب و الجدّ واضح

### الجهه السادسة لو تعلّق الإكراه بالمالك دون العاقد أو بالعاقد دون المالك

فهل حكمه حكم ما لو تعلّق بالمالك العاقد مطلقا أو لا يكون محكوما بحكمه مطلقا أو فرق بين الصّورتين وجوه و الأقوى أنّه في الجهه التي هي موضوع البحث و هي رفع الإكراه أثر كلّ ما صدر عن كره لا فرق بين الصّور و إنّما الاختلاف في نتیجه الرّفْع فقد ينتج الصّحه إذا لحقه الرضا و قد لا يفيد الرضا المتأخّر

و توضيح ذلك أنّه لو أكره الزّوج على التّوكيل في طلاق زوجته فالتّوكيل الصادر عنه بمنزله العدم فيقع طلاق الوكيل بلا إذن من الموكل فيكون فضوليا و لا إشكال في أنّه لو لم يلحقه الإجازة أصلا وقع باطلا و أمّا لو لحقه الإجازة فإذا أجاز الطلاق الواقع من الموقع فلا يؤثر الإجازة في الصّحه بناء على ما سيّجى ء في الفضولى من أنّ الإيقاعات كليته لا تصحّ بالإجازة اللّاحقه إجماعا

و أمّا لو تعلّق الرضا بالتّوكيل الّذى صدر عنه كرها فصحّته بالرّضا اللّاحق مبّته على دخول العقود الإذنيه في عنوان الفضولى و على القول بأنّ الإجازة كاشفه حقيقه أو حكما و أمّا على القول بكونها ناقله فلا يصحّ التّوكيل إلّا حينها لأنّ الرضا في زمان الإجازة بناء على النّقل يكون بمنزله القبض في الصّيرف و السّلم فالتّوكيل المتعقّب بالإجازة إنّما يؤثر بعد مجىء الإجازة و لا

فائده فى عقد الوكاله السابقه إلّا عدم الاحتياج إلى إعادته فىكون كلّ ما وقع

من الوكيل قبل الإجازة نظير وقوعه من الأجنبي و إنما يؤثر ما وقع منه بعدها

و أمّا لو انعكس الأمر بأن أكره الوكيل دون الموكل فالإكراه تاره من قبل الموكل و أخرى من غيره و على كلا التقديرين تاره يقع على العقود و أخرى على الإيقاعات ثمّ الإكراه على العقود تاره يتعلّق بالعقود التي تتعلّق بالالتزامات العقدية فيها بالوكيل و أخرى يتعلّق بغيره فإذا كان المكره هو الموكل فلو أكرهه على الطلاق فلا إشكال في الصّححه لأنّ المفروض أنّ الإيقاع الصّادر من المكره من حيث جهه الإيقاعية لا يقصر عن إيقاع غيره فليس عبارته المكره كالعدم و رضا الزّوج حاصل بالقرض

و لا أثر يترتّب على فعل الموقع من حيث إنه فعله حتّى يرتفع بالإكراه لأنّ حديث الرّفح حيث إنّه ورد في مقام الامتنان فلا بدّ أن يرفع الأثر الثّابت على المكره بالفتح لو لا الإكراه و الوكيل لو لا الإكراه لا يرتبط وقوع الطّلاق به فلا يرفع أثره بالإكراه و هذا هو مقصود المصنف لا أنّ المرفوع هو الحكم الذي عليه لا له حتى يناقش بأنّ لازمه صحّحه قبول الهبه إكراها لأنّ المصنف قدّس سرّه لم يفرّق بين ماله و عليه حتّى ينتقض عليه بقبول الهبه بل ادعى أنه لا بدّ أن يكون لفعل المكره أثر حتى يرتفع بالإكراه و أمّا لو لم يكن له أثر فلا- يشمله الحديث هذا مع أنّ المدار إذا كان على الامتنان فلا امتنان على قبول الهبه لأنّ كون الإنسان مقهوراً في التملّك خلاف الامتنان

و بالجملة لا بدّ أن يقال في مفروض الكلام إنّ الإكراه لا يرفع أثر الإنشاء و أمّا لو قلنا بأنّه يرفع أثره فالقول بصحّحه الطّلاق لتحقق رضا الزّوج غير مستقيم أمّا أولاً فلأنّ مجرّد الرضا لا يصحّح الاستناد كما أنّ الكراهه الباطنية ليست ردّاً إلّا أن يقال إنّ الرضا في المقام ليس مجرّد الرضا الباطني بل مظهره نفس الإكراه الحاصل من الزّوج على طلاق زوجته و هو يصحّح الاستناد و أمّا ثانياً فلأنّ رضا الزّوج إنّما يفيد فيما إذا تمّ شرائط الإيقاع من حيث الصّيغه و غيرها و إذا فرض أنّ الإكراه يرفع أثر اللفظ فالرضا وحده لا أثر له

فالصّواب أن يقال بأنّه بعد ما فرض أنّ الزّوج هو الحامل للوكيل على الطّلاق فهو قاصد لنتيجته فعل المطلق أي قاصد لاسم المصدر و الوكيل أيضاً قاصد لمعنى المصدر فلا مانع من صحّته و احتمال كون ألفاظ الوكيل كالعدم لا وجه له إلّا إذا احتمل في حقّه عدم القصد و هذا الاحتمال مندفع بأصالة تحقّق القصد في كلام كلّ متكلم عاقل ملتفت إلّا أن يمنع بناء العقلاء على إجراء أصالة القصد هنا كما أشار إليه المصنف بقوله فتأمل

و بالجملة فالحقّ أنّ المدار في الصّيغه على صدور الفعل عن الوكيل بقصد منه إلى اللفظ و المعنى و رضا المالك بوقوع المدلول في الخارج و هذا حاصل في الوكيل المكره مع كون الموكل مختاراً و يؤيد الصّححه في المقام حكم المشهور بصحّحه بيع المكره بعد لحوق الرضا فإنّ الرضا الحاصل منه بعد العقد لا يصحّح الألفاظ بل يوجب استناد قصد النتيجة إليه فلا بدّ أن يكون مفروض كلامهم عدم بطلان أثر اللفظ بالإكراه على العقد

و أمّا لو أكرهه على البيع أو النّكاح فإذا كان الطّرف عالماً بوكالته فحيث إنّ الالتزامات العقدية على الموكل فالعقد يصحّ سواء كان عالماً بكونه مكرهاً أم لا و أمّا لو لم يكن عالماً بوكالته فحيث إنّ الالتزامات العقدية عليه فيرتفع هذه الالتزامات بواسطة

الإكراه و أمّا لو كان المكره غير الموكل و كان الموكل راضيا فإشكال الاستناد هنا أقوى لأن مجرد رضا المالك لا يصحح الاستناد و هذا الإشكال و إن أمكن دفعه فيما إذا كان المكره هو الموكل كما تقدم بيانه

إلّا أنّه لا يمكن دفعه فيما إذا كان المكره غيره

و لا يخفى أنّ هذه الصورة هي الفرع الثاني المذكور في المسالك و هو قوله لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان إلى آخره ثم إنّه يمكن أن يكون مراده من الوكيل و الموكل هما اللذان يتصفان بهذين العنوانين فرضا و يمكن أن يكون مراده من اتصفا بهذين العنوانين فعلا كما لو أكره الوكيل المفوض و على أيّ حال أقوى الوجهين هو عدم الصحه

### الجهه السابعة لو أطاع المكره من جهه و خالف من أخرى فهل يعدّ هذا إكراهيا أم لا

#### إشاره

فنقول المدار في صدق الإكراه على أن تكون إرادته الحامل هي الداعي لإرادته المأمور بحيث ينشأ إرادته المأمور من إرادته الأمر و كانت إرادته تابعه لإرادته فيصدر المعنى المصدرى الاختيارى لا لداعى وقوع اسم المصدر و أمّا مجرد تحقّق إكراه مشتمل على إيعاد ضرر من شخص و وقوع فعل عقيبه من آخر مع صدوره بداعى وقوع التّتيجه و عن طيب النّفس إليه فهذا ليس إكراهيا

فهناك صور لا بدّ من البحث فيها الأولى ما إذا أكرهه على بيع أحد العبدین لا على التّعيين فباعهما دفعه و الحق عدم كون كلّ منهما إكراهيا لأن ما صدر عنه خارجا غير ما أكره عليه و ما أكره عليه لم يصدر و مجرد اشتمال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الإكراه على أحدهما فضلا عن كليهما

و احتمال كون المجموع باطلا- من باب وقوع أحدهما مكرها عليه و بطلان الترجيح بلا- مرجح لا- وجه له كاحتمال بطلان أحدهما و تعيينه بالقرعه لأنّ الاحتمالين إنّما يجريان فيما إذا صدر أحدهما عن كره و لم يعلم أنّ المكره عليه أيّ منهما و فى المقام ليس كلّ واحد واقعا عن كره لأنّ ما أكره عليه لم يقع و ما وقع لم يكره عليه فيقع المجموع صحيحا

و لا- يقاس المقام على بيع ما يملك و ما لا يملك بأن يقال ما قصد و هو بيع المجموع لا يقع شرعا و ما وقع شرعا و هو بيع ما يملك لم يقصده و ذلك للفرق بين المقامين فإنّ فى بيع ما يملك و ما لا يملك و أن تعلق القصد بالمجموع إلّا أنّ من تعلق القصد به ينشأ قصد تبعى بالأجزاء و لازم وقوع المجموع بإزاء المجموع وقوع البعض مقابل البعض و فى المقام لم يتعلّق إرادته الأمر بالمجموع حتى يكون إرادته المأمور بالبعض تبعا لإرادته الأمر بالكل نعم لو فرض أنّ إرادته الأمر بالبعض تتعلّق فى الواقع بالكل كما لو أكرهه على بيع أحد مصرعى الباب و نحو ذلك فباعهما دفعه فيمكن أن يكون المجموع إكراهيا و لذا لو فرض أنّ إرادته المكره لم تتعلّق إلّا بأحدهما وحده لارتفاع حاجته ببيع مصرع واحد فباع المأمور كليهما وقع الكلّ صحيحا لأن إرادته الأمر صارت علّه لرفع المأمور يده عن المجموع فيقع الكلّ صحيحا

الثانيه هذه الصورة مع وقوعهما تدريجا و الأقوى وقوع الأول إكراهيا لانطباق عنوان أحدهما عليه و الثانى صحيحا و احتمال الرجوع إلى المأمور فى تعيين المكره عليه عن غيره لا وجه له لأنّ انطباق أحدهما على الأول قهرى و لزوم تصديق دعوى ما لا يعلم إلّا من قبل المدعى لا دليل عليه فى جميع الدعاوى الثالثه لو أكره على المعين فضمّ إليه غيره و باعهما دفعه فالصحه فى غير

ما أكره عليه لا إشكال فيه إنّما الكلام فيما أكره عليه و لا يبعد أن يقال إنّ مجرد ضمّ غيره إليه لا يخرجّه عن كونه مكرها عليه فإنّ كلّ واحد ناش عن إرادته غير ما نشأ منه الآخر إلّا أن يكون هناك أماره على تحقّق الدّاعى له فى بيع المجموع فيتبع الأماره و توضيح ذلك أنّه قد يكون بناء المالك إبقاء من أكره عليه



من عبديه مثلا لخدمه نفسه و بيع الآخر الذى لم يكره عليه فإذا باعهما دفعه وقع البيع بالنسبه إلى ما أكره عليه إكراهيا و أما إذا كان بناؤه على عدم بيع واحد منهما أو بيع كليهما فإذا أكره على واحد معين فباعهما دفعه وقع المجموع صحيحا لأنه وقع الفعل على خلاف ما أكره عليه و كيف كان فلا إشكال فى هذه الصورة أنه لو باعهما تدريجا لحق كلاً منهما حكمه

الرابعه لو أكره على واحد فباع نصفه فتاره يشمل إكراه المكره على بيع مجموع النصفين لبيعه دفعتين و أخرى لا يشملها فإذا لم يشملها فلا- إشكال فى أن النصف يقع صحيحا لأن ما وقع غير ما أكره عليه و أمّا إذا شمله فتاره يبيعه لرجاء أن يقنع المكره بالنصف و أخرى يبيعه لا- لذلك بل لكونه مكرها عليه فيبيع نصفه فعلا و النصف الآخر بعد ذلك لرفع ضرر الحامل فلو باعه رجاء وقع صحيحا لأن إكراهه صار داعيا لبيع النصف فهو يرفع اليد عن نصف ماله لدفع ضرر المكره على المجموع

ولا- وجه لما أفاده المصنف من كونه إكراهيا فإن البيع كذلك غير ما تعلق الإكراه به فإن رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب و الرضاء ببيع النصف و تقدم أن مجرد وقوع فعل بعد الإكراه ليس مصححا لصدق عنوان الإكراه عليه و أما لو باعه لكونه مكرها عليه فيندرج فى موضوع الإكراه

### [القول فى الإكراه على الطلاق]

قوله قدس سره بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى تحرير الأحكام قال فى تحرير الأحكام لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق

لا يخفى أن الاحتمالات المتصوره فى كلام العلامة على وجوه إلا أنه لا بد أن يؤخذ بما يمكن أن يتصور فيه الصيحه و الفساد و نحن نذكر الاحتمالات حتى يتضح أن المتعين منها فى كلامه ما هو فالأول أن لا يكون الإكراه مؤثرا فى إرادته الفاعل أصلا بل كان بانيا على الطلاق لكن لما كان الأمر جاهلا بحاله أكرهه عليه و هذا لا يتطرق فيه الوجهان بل لا شبهه فى صحته و الثانى أن يكون كل من الإ-كراه و الرضاء سببا مستقلا بحيث لو لا الإكراه لأوقعه و لو لا الرضاء لأوقعه أيضا دفعا للإكراه و حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحد إذا اجتمعتا جزء السبب و الفعل يستند إليهما معا

و هذه الصورة يحتمل فيها وجهان و لكن الأقوى فيها الفساد لأنها و إن لم تكن إكراهيا إلا أنها لا تكون تجاره عن تراض أو أنها و إن كانت عن رضاء إلا أنها عن إكراه أيضا و كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كل منهما كاجتماع الرضاء و قصد الأمر فى العبادات بل كاجتماع التبريد و قصد الأمر نعم لو كان التبريد ضميمه لا داعيا مستقلا صحّت العباده و فى المقام لو كان الإكراه ضميمه لصحت المعامله كما أنه لو كان الرضاء ضميمه لفسدت

و بالجمله لو كان كل من السببين مستقلا فلا يؤثر كل منهما إلا أن يقال ليس المقام من تعارض المقتضيين بل من قبيل تعارض المقتضى و اللامقتضى فإن الإكراه غايته أن لا يقتضى الصّحه لا أنه يقتضى الفساد فيؤثر الرضاء فيه ما سيجىء الثالث أن يكون كل منهما جزء السبب بحيث إنّه لو لا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما و هذه الصورة أيضا يحتمل فيها الوجهان و لكن قد يقال بأن

الأقوى فيها الصَّحَّةُ لأنَّه و إن انضمَّ الإكراه إلى الرِّضا إلَّا أنَّ الإكراه لا يقتضى الفساد حتى يعارض ما يقتضى الصَّحَّة و لكنَّ  
الأقوى فيها الفساد لأنَّ قوله عزَّ من قائلٍ إلَّا أنَّ تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و قوله ع لا يحلُّ مال امرئ مسلم إلَّا بطيب نفسه ظاهران  
فى اعتبار الرِّضا

و الطيب مستقلا فإذا كان جزء السبب بأن ورد مع الإكراه دفعه على المسبب فالفعل مستند إليهما و الإكراه و إن لم يقتض الفساد  
إلا أن المقتضى للصحة أيضا لم يتحقق لعدم صدق التجاره عن تراض

و بالجمله فإذا ورد الجزء ان فى عرض واحد لم يتحقق مقتضى الصيحه نعم إذا كان أحدهما فى طول الآخر فالفعل يستند إلى  
الجزء الأخير للعلله التيامه فإذا صار الإكراه منشأ لتحقق الرضا فالفعل يستند إلى الرضا كما أنه إذا صار الأمر بالعكس فحكمه  
العكس و سيجىء الكلام فى هذه الصوره الرابع أن يطلق من غير توريه مع علمه بأنه يمكن التلفظ بلا قصد المعنى أو إرادته  
خلاف الظاهر و لا يخفى أن هذا الاحتمال ليس مراده لأن عدم إمكان التفصي بالتوريه لا دليل على اعتباره أولا

ثم بناء عليه لا وجه لاحتمال فساده ثانيا مع أنه يرجع إلى الوجه الأول لأنه طلق زوجته راضيا بالطلاق فلا وجه لعهده وجها آخر  
ثالثا الخامس أن يكون الإكراه داعيا للداعى على الطلاق فالفعل مستند إليهما طويا و هذا يتفق كثيرا فإذا أكره على بيع الدار  
يوطن نفسه على بيعها و يصير الإكراه داعيا على الرضا بنتيجه الفعل أى باسم المصدر و هذه الصوره أيضا يتطرق فيها الوجهان و  
الأقرب هو الصيحه لأنه طلق ناويا و مريدا للطلاق و يحتمل البطلان أما لأن الإكراه صار عله لإرادته اسم المصدر فالفعل بالأخره  
يستند إليه و أن كان الداعى الثانوى اختياريا و إما لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ لأن اللفظ وقع تبعا لإكراه المكره و التيه المجرد  
عن اللفظ لا أثر له

و هذان الاحتمالان و أن كانا ضعيفين كما ظهر وجه ضعفهما فى طى ما ذكرناه فإن الاحتمال الأول مستلزم لبطلان أغلب  
المعاملات فإنها بالأخره تنتهى إلى غير الاختيار و الثانى يرجع إلى الأول لأن سقوط أثر اللفظ بالإكراه إنما هو لكونه داعيا  
للداعى على التلفظ مع أن اختياريه التلفظ بهذا المعنى لا يرجوعه إلى تلفظ التائم و الغالط لا دليل عليه إلا أن منشأ احتمال  
الفساد فى كلام العلامة قدس سره هو هذا كما وجهه به ثانى الشهيدين قدس سره و منشأ احتمال الصيحه و اقربيتها هو كون  
الإكراه داعيا على الداعى لا داعيا على الفعل فهذه الصوره هى المتعين بين الصور

ثم بناء عليه فالإكراه إذا كان داعيا على الداعى لا يوجب البطلان سواء كان الضرر المتوقع به ضررا على نفس المكره بالفتح أم  
على المكره بالكسر كما لو قال له ولده طلق زوجتك و إذا قتلت نفسى أو قتلتك فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل  
الغير له إذا تعرض لقتل والده أم وقوع المكره بالكسر فى المعصيه كما لو قال طلق زوجتك لأزوجه و إذا زنت بها فالطلاق فى  
جميع هذه الصور صحيح لأن الإكراه صار داعيا على الطلاق عن طيب كما قد يكون الداعى له أمور أخر و لا وجه لإشكال  
المصنف فيه فضلا عن قوله إلا أن تحقق الإكراه أقرب بل لا يخفى أن عدم تحققه أقوى و أقرب

### الجهه النامنه فى تحقيق ما أفاده المصنف قدس سره

فى قوله ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد إلى آخره

و تنقيحه يتوقف على بيان أمرين الأول أن وجه توهم عدم قابليته عقد المكره للصحة بالرضا المتأخر أمور كلها فاسده الأول  
اعتبار مقارنة طيب نفس المالك فى صدق العقد و وجه الفساد ما تقدم فى أول العنوان من أن عقد المكره من جهه العقدي لا

يقصر عن سائر العقود لأنّه قاصد للفظ و المعنى و إنّما لم يصدر قصده اسم المصدر عن داع اختياري فإذا لحقه الرضا يتم  
أركان العقد هذا مضافا إلى أنّ لازم هذه الدّعى

عدم كون عقد الفضولى أيضا عقدا حقيقه فإنتهما مشتركان فى عدم مقارنه طيب نفس المالك للعقد الثانى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده أى العاقد لا بد أن يكون راضيا بإنشاء ما ينشئه

وفيه أولا أن هذا الإشكال يتوجه فى بعض صور الإكراه و هو ما إذا كان المكره هو المالك العاقد و ما إذا كان المالك أكره العاقد و أما إذا كان المالك مكرها على التوكيل و العاقد مختارا فلا يتوجه و ثانيا قد تقدم أنه لا دليل على اعتبار اختيار العاقد من حيث إنشائه لأن العقد من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود فى المالك المكره

بالجملة عقد المكره ليس فاقدا لما كان الفضولى واجدا له بدعوى أنه مشتمل على المفسد و هو عدم رضى العاقد بإنشائه و بمنشئه فإن عدم رضائه بهما لا يضرب بصدق العقدية بعد قصده اللفظ و مدلوله و لا دليل على اعتبار الرضى بالإنشاء فإن اللفظ الصادر عن غير الثائم و الغالط إذا قصد به المعنى بأن لا يكون هازلا يؤثر فى النقل و الانتقال مراعى بالرضا بهما فحكم عقده حكم عقد الفضولى لو لم يكن أولى منه لكونه واجدا لما كان الفضولى فاقدا له و هو الاستناد إلى المالك فمع الالتزام بصحة عقد الفضولى على القاعده لا محيص إلا عن الالتزام بصحة عقد المكره فإن اشتمال عقد الفضولى على الرضى بالمنشئ لا أثر له بعد عدم مدخلية رضاء غير المالك

نعم لو قلنا بأن عقد الفضولى يصح على خلاف القاعده فلا دليل على إلحاق عقد المكره به فضلا عن كونه أولى منه لاحتمال خصوصيته فى الفضولى دونه و لو كانت المباشرة فيه موجوده

الثالث دعوى اعتبار مقارنه طيب النفس للعقد فى تأثيره شرعا و فيه أنها خاليه عن الشاهد يدفعها الإطلاقات لأن غايه ما يتوهم لاعتبار مقارنه طيب النفس للعقد أمران أحدهما عدم شمول المطلقات مثل أحل الله البيع و الصلح جائز و نحوهما له لأن عناوين العقود موضوعه للمسببات و المكره فى إرادته المسبب مقهور فلا يندرج عقده تحت الإطلاقات و ثانيهما تخصيص المطلقات بالأدلة الداله على اعتبار الرضى المقارن كقوله عز من قائل تجاره عن تراض و قوله ع لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه و قوله ص رفع عن أمتى تسعه و كلاهما ضعيفان

أما خروج عقده عن المطلقات فلا وجه له أصلا لأنه أولا ليس عنوان العقود أى المنشأ بها من قبيل المسببات و العقود من قبيل الأسباب بل من قبيل الإيجاد بالآله و المكره و إن كان مقهورا فى إيجاده المنشأ إلا أنه لا دليل على اعتبار الاختيار فى الإيجاد فيصدق البيع على بيع المكره قبل الرضى و بعده و إنما أخرجته أدله اعتبار الرضا عن حكم البيع فلا يكون فى حال من الأحوال خارجا موضوعا حتى يقال كيف يخرج عنه فى حال و يدخل فيه فى حاله أخرى و ثانيا المقهوريه فى المسبب لا يخرج العقد عن الاختياريه كما تقدم أن المناط فى اختياريه العقد كونه قاصدا للفظ و مدلوله

و أما دلالة الأدله على اعتبار الرضى المقارن ففيه أما آيه إلا أن تكون تجاره عن تراض فلا تدل إلا على اعتبار الرضى فى نتیجه المصدر و نحن نلتزم به و نقول باشتراط الرضى المتأخر و ليس المراد من التجاره هى العقد حتى يعتبر أن يكون عن رضى بل هى الاكتساب و لا- يحصل شرعا إلا بعد تحقق الرضى كما هو الحق فى المقام من النقل أو الكشف الحكمى نعم بناء على

الكشف الحقيقى فيشكل الأمر و لكن لا موجب للالتزام به

فالصواب فى الجواب عن الآيه المباركه منع دلالتها على اعتبار الرضى المقارن للعقد

و أما ما أفاده المصنف قدس سره من منع دلالتها على الحصر مع تسليمه دلالتها على اعتبار الرضى المقارن للعقد ففيه أولا أن كلامه هنا مناف لمختاره في سائر الأبواب فإن استدلاله بها على أصله اللزوم لا يتم إلا على فرض دلالتها على الحصر لأن الأكل بالفسخ لو لم يكن حلالا فلا وجه له إلا عدم كونه تجاره عن تراض فيجب أن يكون أكل الحلال منحصرا بالتجارة عن تراض و ثانيا لا وجه لإشكاله في الحصر إنما كون المستثنى منقطعاً و أمّا كونه غير مفرغ فلا دخل له في الإشكال مضافا إلى أنه قيد توضيحي لأن الاستثناء المنقطع لا ينقسم إلى قسمين مفرغ و غير مفرغ لأن كل مفرغ لا محاله الاستثناء فيه متصل لأنه لا موجب لتقدير المستثنى منه معنى لا يشمل المستثنى فلو قيل ما جاءني إلا حمار فيقدر ما جاءني حيوان فيصير متصلا

و بعبارة أخرى المتصل ينقسم إلى قسمين مفرغ و غيره و المفرغ مفيد للحصر قطعاً و المنقطع لا يكون إلا غير مفرغ و كونه غير مفرغ لا يوجب عدم إفادته الحصر لأنه بناء على عدم إفاده غير المفرغ الحصر فإنما هو في المتصل لا المنقطع فإنه مفيد له و لو كان المستثنى منه مذكورا بل هو أبلغ في الحصر من المتصل المفرغ لأنه لا يصح التعبير بالانقطاع إلا فيما كان بين المستثنى منه و المستثنى ارتباط ما و مناسبه في الجملة فكل ما يناسب مع المستثنى منه يخرج عنه بأداه الاستثناء و لا يبقى إلا خصوص المستثنى فقوله ما جاءني إلا حمار أى من كل من احتمل أن يجيء من القوم و من دوابهم ما جاءني إلا حمارهم فانحصر الجائي بالحمار و هكذا مفاد الآية الشريفة أى كل كسب و اكتساب أكل بالباطل إلا الكسب عن الرضا

و بالجملة وجه توهم عدم إفاده الاستثناء المنقطع للحصر عدم محصوريه المستثنى بالخروج و كون الخارج ممّا لا يتناهى فإن المنقطع من القوم ليس خصوص الحمار فإن البقر و الفرس و غيرهما أيضا غير داخل في القوم فلا يفيد نفي المجيء عن القوم و إثباته للحمار اختصاصه به لإمكان اشتراك سائر الحيوانات معه و هذا التوهم فاسد فإن المستثنى في المنقطع ليس كل ما لا يرتبط بالمستثنى منه حتى يكون ممّا لا يتناهى بل لا بد في صحه المستثنى المنقطع من عناية و تنزيل فينحصر فيما يناسب مع المستثنى منه و لو كان أدنى مناسبه فإذا انتفى المجيء من القوم و ما يناسبهم و انحصر الجائي و الحمار فيفيد اختصاص الحكم به و نفيه عمّا عداه ففي الحقيقة كل منقطع راجع إلى المتصل

هذا مضافا إلى أنه لا يمكن في خصوص المقام عدم إفاده الجملة للحصر لأن أكل المال بالباطل لا يمكن أن يكون حلالا في مورد من الموارد فيكون الاستثناء في المقام من قبيل التخصيص لا التخصيص لأنه لم يستثن موضوع من الموضوعات من حكم الأكل بالباطل بل التجاره عن تراض مغايره للأكل بالباطل و يكون مفاد الآية الشريفة أن كل كسب و اكتساب متداول بينكم من النهب و السرقة و القمار أكل للمال بالباطل إلا التجاره عن تراض فإنها ليست كذلك فيكون قوله عز من قائل بالباطل بمنزله التعليل لقوله لا تأكلوا ميراث المعامل و التعليل إلى قوله لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه لأن كل وجه باطل إلا التجاره عن تراض و هذا راجع إلى المتصل

و أمّا دلالة قوله ع لا يحل مال امرئ على اعتبار المقارنه ففيها ما لا يخفى فإنه غير ناظر إلى اعتبار الطيب حال العقد أصلا بل على أن مال الناس لا يحل إلا بالطيب و نحن نلتزم به حين تحقق النتيجة

و صيروره المبيع مالا- للمشتري و أمّا حديث الرّفْع فقد ناقش فيه المصنّف أوّلا بأنّه يدلّ على رفع المؤاخذه لا مطلق الآثار و لكنّك خبير بأنّه لا وجه لهذا الاستظهار

ثمّ تعميم المؤاخذه لمطلق الأحكام الّتي يتضمّنهما عقد المكره و لو كانت دنيويه حتّى يحتاج إلى الجواب بقوله و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك و هذا حقّ له لا عليه و حاصل هذا الكلام أنّ سوجه في مقام الامتنان يقتضى صحّه عقد المكره إذا تعقّب الرّضا لأنّ المرفوع بالإكراه هو الحقّ الثّابت عليه لا له و وقوف عقده على رضاه راجع إلى ثبوت اختيار العقد له

و فيه أنّه لا وجه لاختصاص المرفوع بالآثار المتعلّقه بالمكره بل المرفوع مطلق آثار الفعل مع أن أصل الدعوى و هي أنّ الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك و هذا حقّ له لا عليه ممنوعه لأنّه ليس بوقوف عقده على إجازته من الحقّ الثّابت له لو لا الإكراه لأنّ موقفه العقد على الإجازة حكم شرعيّ مستفاد من الآيه الشّريفه و هي قوله عزّ من قائل إلا أنّ تكون تجارة عن تراضٍ و من حديث الرّفْع و لو لا هذه الأدلّه كان عقد المكره من حيث العقديه مثل سائر العقود فلم يكن من آثار العقد لو لا الإكراه الوقوف على الإجازة حتى يقال إنّ الحديث لا يرفعها لأنّ هذا الحقّ له لا عليه بل لو لا حديث الرّفْع و أمثاله من قوله عزّ و جلّ تجارة عن تراضٍ لم يكن عقده موقوفا على الإجازة

و بعبارة أخرى كلّ قيد صار وجوده موجبا للانقلاب فالأثر المرفوع به هو الأثر المترتب على الفعل المطلق كالمرفوع بالخطأ و النسيان فيجب أن يكون المرفوع بالإكراه هو الأثر المترتب على مطلق الفعل لا- الأثر بوصف الاختيار و لا الأثر المترتب عليه بوصف الإكراه و ليس من آثار الفعل المطلق الوقوف على الإجازة حتّى يقال إنّ هذا الحقّ له لا- عليه فلا- يرتفع بالحديث فالصواب في الجواب هو ما أفاده بقوله ثانيا

و حاصله أنّ المرفوع بالإكراه هو الأثر الثّابت على فعل المكره لو لا- الإكراه أى الأثر المترتب على الفعل المجرد عن عنوان الإكراه و الاختيار كما أنّ المرفوع بالخطأ و النسيان أيضا كذلك لأنّ الأثر المترتب على الفعل بعنوان العمد يرفع بمجرد فقد نفس القيد لا بحديث الرّفْع كما أنّ الأثر المترتب على الفعل بعنوان الخطأ يستحيل أن يرتفع بالحديث فإنّ ما كان علّه الوضع لا يمكن أن يكون علّه للرفع فإذا كان الأمر كذلك فبانضمام مقدمه أخرى إلى ذلك و هو عدم كون ذات العقد ذا أثر شرعا لاعتبار الرّضا فيه بالأدلّه الخاصّه الموجه لتقييد عموم أوّفوا بالعقود و أحيل الله البيع و نحو ذلك تنتج عدم إمكان عروض البطلان لعقد المكره الملحق بالرّضا لأنّ قبل لحوق الرّضا لا أثر للعقد حتّى يرتفع بالإكراه و بعد لحوقه ينقلب العقد عمّا هو عليه

و غايه ما يتوهم لفساد عقد المكره أمران أحدهما ما أفاده المصنّف بقوله لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومه الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقه بطيب النفس فلا- يجوز الاستناد إليها لصحّه بيع المكره و وقوفه على الرّضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحّه بيع المكره فيرجع إلى أصاله الفساد و لكن أجاب عنه بقوله اللهمّ إلّا أن يقال و حاصله أنّ دليل الإكراه لا يمكن أن يكون حاكما في المقام لأنّه حاكم على الحكم الثّابت في الشريعة و المطلقات بإطلاقها ليست أحكاما ثابتة في



الشريعة حتى ترتفع بالإكراه بل الحكم الثابت هو البيع المقيّد بالرّضا سبقه الرّضا أو لحقه و بعد تحقّق الرّضا يخرج البيع عن كونه إكراهيا

و بعبارة أخرى لو دلّت أدلّة الرّضا على اعتباره في العقد سابقا لكان الرّضا

اللاحق لغوا و أميا لو كان الأعمّ معتبرا فالكره الواقع في المقام لو بقى على ما كان لكان العقد باطلا و أما لو رضى المكره بما فعله فلا- وجه لبطلان العقد و قياس الإكراه على الرياء باطل فإنه لو أتى بالجزء رياء فيبطل هذا الجزء و ليس قاتلا للحقوق سائر الأجزاء به و أميا الإكراه على العقد فلا يرفع أثره إلا إذا لم يلحقه الرضا و إلا يخرج عن كونه إكراهيا و ثانيهما ما أفاده بقوله إلا أن يقال إن أدله الإكراه كما ترفع السببه المستقله التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه لأن التأثير الناقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق انتهى

و لا يخفى أن هذه العبارة ليست في النسخ المصححه و لا ينبغي أن تكون فإن قوله و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا و قوله و كيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزءا لمؤثر التيام و هذا أمر عقلي إلى آخره لا- يرتبطان بهذا الكلام بل يرجعان إلى قوله و هذا لا يرتفع بالإكراه لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض و على فرض وجودها في النسخ و كونها من كلام الشيخ قدس سره كما هو ظاهر المحقق الخراساني حيث أورد على هذه العبارة بقوله إنما ترفع مطلق الأثر فيما كان ذاك الأثر بمقتضى الإطلاقات نفسها لا فيما إذا كان ثبوته بملاحظه أدله الإكراه كما هو الفرض

فنقول منشأ توهم ارتفاع الأثر الناقص بأدله الإكراه أمران الأول قياس هذا الأثر الناقص على الأثر الثابت لأجزاء المركب المصحح لأجزاء الأصل بالنسبه إلى كل جزء فكما يجرى استصحاب الإطلاق أو الطهاره أو كليهما مع أن الأثر الشرعي مترتب على المجموع فكذلك يصح رفع الأثر الناقص للعقد بحديث الرفع و لكنك خبير بالفرق بينهما لأن الأثر الثابت للجزء و إن كان جزء الأثر إلا أنه كان له لنفس دليل الجزء لا للأصل الجارى فيه أى كان هذا الأثر لجزء المركب شرعا و لذا صار محلا للأصل

و أما الأثر الثابت للمقام فإنما هو بنفس دليل الرفع أى صار دليل الرفع موجبا لتقييد العقد بالرضا و عدم صحه عقد المكره وحده و أثر المقيد يرفع بحديث الرفع إذا كان له مع قطع النظر عن التقييد لا- إذا حصل له بلحاظ التقييد و بعبارة أخرى الأثر الثابت للجزء في المقام أثر قهري عقلي نشأ من دليل الرفع و إلا كان العقد سببا مستقلا و الناشى منه لا يمكن أن يرتفع به و الثانى أن يكون حديث الرفع مقيدا آخر للمطلقات غير أدله الرضا كما توهمه المحقق الطباطبائي

و حاصل هذا الوجه أن يكون نتيجة المطلقات بعد تقييدها بقوله عز من قائل إلا أن تكون تجارة عن تراض صحه العقد المرضى به سبقه الرضا أو لحقه فالعقد أيضا جزء السبب و نتيجة حكومه حديث الرفع اعتبار الرضا السابق و فيه أن أدله المقيدات سواء كانت بلسان الحكومه كما في حديث الرفع أم بلسان التخصيص كما في آيه التجاره كلها بمساق واحد و في عرض الآخر توجب تقييد المطلقات و لا وجه لتقييدها أولا بطائفه ثم تقييد المقيد بطائفه أخرى و ليس الإكراه عنوانا مستقلا غير خلو عقد المكره عن الطيب و الرضا

و ما توهمه من أن عقد المكره واجد لجميع الشرائط حتى الرضا في المرتبه الثانيه و أن البطلان نشأ من جهه أخبار الإكراه ففيه ما لا يخفى من الفرق بين عقد المكره و عقد من اضطر إليه لقوت عياله و نفقه من يجب عليه إنفاقه فإن المكره غير راض بما ينشئه و لا يشكر الله سبحانه منه بخلاف المضطر فإنه يثنى على الله جلّت آلاؤه بإعطائه إياه ما ينفق به عياله فتأمل جيدا كى لا

يختلط عليك الأمر

و بالجمله جميع هذه الأدله تدلّ على اعتبار الرضا سواء كان سابقا و لاحقا فالعقد

المقيّد بالرّضا لا- يمكن أن يلحقه الإكراه و قبل لحوق الرضاء له ليس له أثر يقبل أن يرتفع بالإكراه هذا تمام الكلام فى الأمر الأوّل الثّانى أنّ الرضاء المتأخّر كاشف أو ناقل و تنقيحه يتمّ برسم أمور الأوّل فى بيان الفرق بين الشّروط المتأخّره التى تصلح لأن تكون كاشفه أو ناقله و بين ما لا يكون إلّا ناقلا فقط

و ضابط الفرق على ما يظهر من المحقّق الثّانى أنّ كلّ شرط كان ناظرا إلى ما وقع من سائر أجزاء العقد و أركانه فهو ممّا وقع فيه هذا النزاع كالإجازة فإنّها ناظره إلى ما وقع من العقد و كلّ شرط كان هو بنفسه من شرائط العقد و متمّماته فهو ليس إلّا ناقلا و بعبارة أخرى كلّ ما يرجع إلى تنفيذ ما سبق و إمضائه فهو محلّ هذا النزاع و أمّا كل ما كان متمّمًا و هو بنفسه من الأجزاء و ممّا له دخل فى تأثير البقيّة فلا يجرى فيه هذا النزاع بل يكون ناقلا و على هذا فمثل القبول مطلقا و القبض فى الصرف و السّلم و نحو ذلك ناقل و أمّا مثل الإجازة و أداء من باع ماله المشتمل على الزكاه مقدار الزكاه فهو محلّ هذا النزاع و على هذا فذهاب المحقّق الثّانى إلى كون إجازة المرتهن ناقله مع قوله بالكشف فى إجازة الفضولى إنّما هو للنزاع فى الصّية غرى أى إجازة المرتهن ليست ناظره و تنفيذها لما صدر من الرّاهن بل حيث إنّ من أركان البيع الطّلقية أى خلو المبيع من حقّ غير البائع فإذا أسقط المرتهن حقّه أو أدى الرّاهن الدّين أو أبرأه المرتهن تمّ جميع أركان العقد و من المعلوم أنّها تتمّ حين الإسقاط فلا معنى لكونه كاشفا و هذا الكلام و إن لم يكن صحيحا لأنّ الإسقاط كالإجازة ناظر إلى تنفيذ العقد السّابق إلّا أنّ الكبرى صحيحة و على هذا فيجرى النزاع فى إجازة العمّه و الخاله العقد الواقع على بنت الأيخ و الأخت و إجازة الدّيان بيع الورثه و إجازة المرتهن بيع الرّاهن بناء على ما قلنا و نحو ذلك من إسقاط المرتهن حقّه و أداء الرّاهن الدّين الّذى عليه الرّهن الثّانى هل الأصل أن تكون الإجازة ناقله أو كاشفه الأقوى هو الأوّل لأنّ لازم دخلها بوجودها الخارجى كما هو ظاهر الأدلّه عدم تحقّق النّقل إلّا بعد تحقّقها نعم لو ساعد العرف و الاعتبار على دخل وصف التعقّب كما فى شرطيه الأجزاء اللّاحقه فى الصّيه لاه للأجزاء السّابقه فلنترنم بالكشف و أمّا فى خصوص الإجازة فمضافا إلى أنّ ظاهر الأدلّه الدّالة على اعتبار الرّضا و الطّيب كونها بوجودها الخارجى شرطا العرف و الاعتبار أيضا يساعدان على ذلك و قد قيل إنّ مقتضى الأصل هو الكشف لأنّ إجازة العقد السّابق عباره عن الرّضا بما دلّ عليه العقد و هو نقل الملك حين تحقّقه و فيه أن مفاد العقد ليس إيجاد المنشأ حين صدور الإنشاء و فرق بين وقوع الإنشاء فى زمان من باب أن كلّ زمانى يقع فى الزّمان لا محاله و دلّاله اللفظ على الإيجاد فى زمان الإنشاء فلو كان مفاد بعث أو وجدت البيع الآن كما هو ظاهر بعض النّحويّين فى مفاد الأمر و التّهى من كونهما موضوعين للطّلب فى الحال لكان الأصل هو الكشف و أمّا لو كان مفاده أصل إيجاد البيع و استفيد وقوع المنشأ فى الحال من أدلّه أخرى كمقدمات الحكمه الجاربه فى الإجاره و نحوها و هى كون المنشئ بصدد الإيجاد و عدم تقييد منشئه بقيد و نظير مقدمات الحكمه الجاربه فى البيع و نحوه فلا يكون الرّضا كاشفا لأنّ العلم بمدخلية الرّضا فى النّقل من قبيل تقييد الملكيه بقيد متأخر فما لم يحصل القيد لا يحصل الملك و المنشئ و إن لم يقيد إنشاءه بقيد و لكن تقييد الشّارع

بمنزله تقييد نفس العاقد فحصول التّقل في نظر الشّارع يتبع زمان حكمه التّاشي من اجتماع جميع ما يعتبر في الحكم و ممّا يعتبر فيه الإجازة

و ما أجاب بعض المحقّقين عن هذا من أنّ المنشأ بنظر العاقد لا يتخلّف عن زمان إنشائه و التخلّف عند الشّارع لا يضرّ بالكشف فإنّ المجيز يمضى ما أوجده العاقد و عقده و إن لم يدلّ على الإيجاد في زمان التلفظ و لكن مقتضى وقوع الإنشاء في ذاك الزّمان و تحقّق المنشأ بنظره لتحقّق كل اسم مصدر بإيجاد المصدر وقوع المنشأ في زمان الإنشاء فإذا أمضى المجيز ما أوجده العاقد فينفذ من ذاك الزّمان غير مفيد لأنّ الأمور الاعتباريّة تحقّقها باعتبار من بيده الاعتبار فتحقّق المنشأ بنظر المنشئ لا أثر له بعد دخل الرّضاء فيه شرعا فيكون الإجازة كالقبول و كالقبض في الصرف و السّلم و الهبه

ثم لا يخفى أنّه إذا ثبت كون الإجازة ناقله صحّ تنظيره بالقبض و القبول و أما في مقام إثبات ذلك فلا يصحّ القياس عليهما فما أفاده المصنّف في قوله و لذلك كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول إلى آخره لم يقع في محله لأنّ القبول و القبض هما بأنفسهما من أركان العقد و متمّماته و لا يجرى نزاع الكشف و التّقل فيهما و هذا بخلاف الإجازة فإنّها ممّا به يرفع توقيفیه العقد عن تأثير ما اقتضاه

و كيف كان فالأقوى هو التّقل بمقتضى الأصل الأوّلي التّالث بعد ما ظهر أن مقتضى القاعدة الأوّليه هو التّقل فهل الكشف الحكمي الثّابت في الفضولي تعييدا ثابت في المقام أيضا أو لا- وجهان و الأقوى هو الأوّل لأنّ من نفس الأخبار الواردة في الفضولي يظهر أنّه لا خصوصيّة لإجازة المالك عقد الفضولي بل كل ذي حقّ له أن ينفذ العقد الواقع على متعلّق حقه فعلى هذا حكم الرّضا المتأخر في المقام حكم الإجازة في العقد الفضولي من حيث الأصل الأوّلي و التّانوي

بقي هنا أمران الأوّل أنّه لا- وجه لاستفاده حكم الرّضا في المقام من حكم فسخ ذي الخيار فكون الفسخ حلّا للعقد من حين الفسخ لا حين العقد لا يلازم كون الرّضا و الإجازة كذلك أيضا فإنّ الفسخ مقابل لإجازة ذي الخيار و كلّ زمان أعمل الخيار فيه بإزاله العقد أو إقراره فيؤثر في ذلك الزّمان و أمّا الإجازة أو الرّضا في المقام فمقابل لردّ عقد الفضولي و ردّ المالك كما يؤثر من حين العقد فيمكن أن يقاس عليه الرّضاء من المكره و الإجازة من المالك

ثم لا- يخفى أنّ المحقّق الطّباطبائي و إن أجاد في قوله إنّ الفسخ ليس مثل الإجازة إلّا أنّه لا- وجه لتنظيره الفسخ بالرّضا بالمضمون فإنّ الفسخ نظير اختيار العقد كما تقدم لا الرّضا بالمضمون في عقد المكره فإنّه بعينه كالإجازة في الفضولي و لا فرق بينهما في الكشف و التّقل فلو قيل بأنّ الرّضا ناقل فكذلك الإجازة لأنّ كلّا منهما يرفع توقيفیه العقد و لا فرق بين إنفاذ نتیجه العقد أو إنفاذ مفاده فلو قيل بأنّ التوقيف يرتفع حين الرّضا فلا بدّ أن يقال بأنّ مدلول العقد أيضا ينفذ حين الإجازة

و لو قيل بأنّ الإجازة تؤثر من حين العقد فكذلك الرّضا لأنّ محلّ البحث في الكشف و التّقل ليس فيما كان بمدلوله اللفظي متعرّضا للعقد كما لو قيل أجزت العقد أو رضيت بما صدر من العاقد بل في الأعمّ منه و ممّا كان ناظرا إلى النتيجة سواء كان بلفظ أجزت العقد أو رضيت به أم كان بلفظ أجزت التّقل أو رضيت به و سواء كان بالقول أم كان بالفعل كأداء من عليه الزكاه



الثانى هل للطرف الغير المكره عليه أن يفسخ قبل رضاء المكره أم لا ظاهر المتن أن هذا النزاع يجرى بناء على الكشف و أما بناء على النقل فلا إشكال فى تأثير فسخه و لكن الأقوى جريان النزاع على المسلكين و سيجى ء فى باب الفضولى توضيح ذلك

### [مسأله و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا]

#### إشارة

قوله قدس سره مسأله و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا إلى آخره

لا- يخفى أن البحث فى هذا العنوان يقع من جهات الأولى فى جواز تصرفاته الزاجعه إلى ما فى يده المترتب عليه الآثار حين عبوديته الثانية فى نفوذ معاملاته المترتب عليها الآثار بعد حرّيته الثالثة فى معاملاته الراجعه إلى الغير كوكالته عنه

ثم إن محلّ البحث فى المقام أعمّ من القول بعدم مالكيه العبد و القول بمالكيته لما فى يده لإرث و نحوه كما أن محلّ البحث أيضا بعد الفراغ عن عدم كونه مسلوب العبارة بحيث لا يترتب على فعله و عبارته أثر فليس كالمجنون و الصبى بحيث لا يؤثر إذن المولى فى قوله و فعله و تنقيح هذه الجهات يتوقف على بيان ما يستفاد من الآية الشريفه ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء

فنقول إن الأصل فى القيد و إن كان الاحترازيه إلا أن قوله عزّ من قائل لا يقدر على شىء قيد توضيحي كقوله مملوكا فإن العبد كما لا ينقسم إلى مملوك و غير مملوك فكذلك لا ينقسم إلى القادر و العاجز فإن المملوكيه مساوقه للعجز و منافيه للاستقلال فى التصرف كما أن العبوديه مساويه للمملوكيه و منافيه للحرّيه

ثم إن المراد من عدم القدره شرعا سلب القدره عمّا يناسب المقدور فإن كان الشىء من متعلقات الأحكام التكليفية فعدم القدره عليه عبارة عن حرّمته عليه و إن كان من متعلقات الأحكام الوضعيه فعدم القدره عليه عبارة عن عدم نفوذه و مضيه عنه و المراد من الشىء بقربينه روايه زراره عن أبى جعفر و أبى عبد الله سلام الله عليهما قالا المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده قلت إن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء فشىء الطلاق إلى آخره هو الشىء الذى يعد فى العرف و العاده شيئا فليس المراد منه هو مفهومه العام الشامل لكلّ حرّكه و سكون حتى مثل التكلّم و النظر و أمثال ذلك فإنها خارجه من الشىء خروجا موضوعيا لا حكما كما توهم لأن مساق الآية مساق لا يقبل التخصيص

كما أن التكاليف الإلهيه كالواجبات و المحرّمات المشتركة بين الأحرار و العبيد خارجه عنه موضوعا فإن هذه تحت ملك السيد الأصلي لا- المالك العرضى لأن الآية فى مقام بيان ما يختصّ بالعبد لا ما يشترك بينهما ثم إن الأقوال فى المسأله بين إفراط و

تفريط و اعتدال فليل بمحجوريتته عن كل شىء ء إلا الضروريات التى بها قوام عيشه فلا يجوز له التمدد و المشى و نحو ذلك و قيل بنفوذ جميع تصرفاته إلا ما يرجع إلى التصرف فى سلطان مولاه فيجوز له الوكاله عن الغير و ضمانه عنه المذى يتعلق برقبته بعد العتق و قيل بأنه لا يجوز له كلما يعدّ شيئاً من غير فرق بين عناوين المسببات من النكاح و الطلاق و الوكاله و التوكيل و غير ذلك

و الأقوى هو الأخير لما عرفت أنّ ظاهر الآيه الشريفه أن كلما يعدّ شيئاً بحسب العرف و العاده كالطلاق و نحوه فالعبد لا يقدر عليه و لا ينفذ منه و على هذا فلا يجوز و كالتة عن الغير و لو فى إجراء الصيغه فضلا عما إذا كان و كيلا مفوضاً لا لتوقف صدور اللفظ منه على إذن مولاه حتى يرد عليه ما أورده عليه صاحب الجواهر قدس سرّه بأن مع نهى السيد أيضا يصحّ عقده فضلا عن الوقوع بغير إذنه إذ أقصاه الإثم فى التلفظ و النهى لا يقتضى الفساد



إذا رجع إلى الأسباب بل لأن نفس الوكالة عن الغير هو بنفسه شىء لا يقدر عليه العبد و هو غير قادر على إيجاد العلقه الملكيه بين المالك و المملوك كما هو غير قادر على سلب علقه الزوجيه عن نفسه و زوجته و هكذا لا يقدر على الالتزام بشىء و التعهد بدين و إن تعلق الدين بذمته بعد حرّيته فإنّ الضمان أيضا شىء و هكذا نذره و عهده و سائر ما يتعلّق برقبه بعد العتق

و على هذا فلا تشمل الآيه المباركه مثل التكلم و المشى و تمدد الأعصاب و نحو ذلك من الأمور الغير المعتدّ بها و يدلّ عليه أيضا صحيحه زراره المعبر فيها من الشىء بالطلاق و لا تختصّ أيضا بما يرجع إلى التصرف فى سلطان المولى بدعوى أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى أنّ جهه المملوكيه هى الموجه للحجر و هذه تقتضى حجره عمّا يرجع إلى المولى لا و كالتة عن الغير و ضمانه عنه و نحو ذلك لما عرفت من أنّ العموم لا وجه له و الاختصاص أيضا لا دليل عليه فإنّ الطلاق لا خصوصيته فيه فإذا لم يكن منه نافذا مع أنّه لا يتعلّق بالمولى فلا ينفذ و كالتة عن الغير و ضمانه و نذره

ثم إنّه لا ينبغى الإشكال فى أن إذن السيّد يرفع حجره إنّما الكلام فى أن الإجازة اللاحقه أيضا كالإذن السابق تفيد الصّحه مطلقا سواء كان عمله راجعا إلى ملك المولى أو راجعا إلى نفسه حال عبوديته أو راجعا إلى ما يتعلّق برقبته بعد الحرّيه أم إلى غيره أم تفصيل بين الموارد وجوه

و توضيح الحقّ يتمّ برسم أمور الأوّل لا شبهه أن إذن المولى يرفع الحرمة التكليفيه و أما الإجازة اللاحقه فلا تؤثر فى رفع الحرمة لأنّ الفعل لا يتغيّر عمّا وقع عليه فلو قيل بأن نفس تلفظ العبد و كذلك قصد معنى اللفظ أى استعمال اللفظ فى المعنى محرم بلا إذن فالإجازة اللاحقه لا ترفع الحرمة إلّا أنّك قد عرفت أنّ مثل ذلك لا يشمل عموم الشىء الثانى أنّ التّهى المتعلّق بالمعاملات تاره يرجع إلى الأسباب و أخرى يرجع إلى المسببات فإذا رجع إلى الأسباب فلا يوجب الفساد و إذا رجع إلى المسببات فيوجهه و توضيحه موكول إلى الأصول

و إجماله أن حرمة السبب إمّا لمزاحمته لو اوجب كالباع وقت النداء أو لتعلّق التّهى به بالخصوص كحرمة تلفظ العبد بألفاظ العقود لا- يلزم عدم ترتّب الأثر عليه فتحقق المنشأ بالألفاظ المحرّمه من جهه كونها فعلا من أفعال المكلف لا محذور فيه و أما حرمة المسبب فمرجعها إلى سلب قدره المكلف عن وقوعه و إخراجة عن عموم السلطنه

ثم المراد من السبب هو قصد المعنى من اللفظ و المراد من المسبب هو التّقل و الانتقال أى إيجاد المنشأ و موجديته بهذا الإيجاد أى المصدر و اسم المصدر اللذان فرقهما اعتبارى فمن حيث نسبه الأثر إلى الفاعل يقال أوجده و أثر فيه و من حيث نسبه إلى المنفعل يقال موجد و أثر و هذه الأمور كلّها صادرة من العاقد فالعبد فى مقام الباع يصدر منه اللفظ الذى اعتبر فيه الماضويه و العربيّه و عدم كونه غلطا و يقصد المعنى فى مقابل كونه هازلا و يقصد إيجاد المادّه بالهيئه فى مقابل استعمال اللفظ فى المعنى لداع آخر كالأخبار و نحوه و يقصد اسم المصدر أيضا تبعا من حيث إنّ فعل توليدى له و الإجازة اللاحقه تؤثر فى الأمرين الأخيرين لا- فى الأولين أمّا عدم تأثيرها فى الأولين لما عرفت من أنّ الفعل الخارجى سواء كان جوارحيا أو جوانحيا لا ينقلب عمّا وقع عليه

و أما تأثيرها في الأخيرين فلأنَّ إيجاد النّقل و الانتقال لا خارجيه لهما إلّا باعتبار من بيده إنفاذهما و إلّا فمجرد قوله بعت لا يؤثر في تحقّق الملكيه للمشتري

فلو أنفذ من بيده الإنفاذ فسواء رجع إنفاذه إلى جهه الصّيدور و حيثه إيجاد المعنى بالقول كإيجاده فى المعاطاه بالفعل أم رجع إلى المضمون و اسم المصدر لصحّ ما وقع من دون استلزامه لانقلاب الشىء عمّا وقع عليه حتّى يستحيل بل لأنه لم يقع شىء فى عالم الاعتبار بل كان مراعى

و إن كان واقعا فى نظر المنشئ فحيث كان مراعى بإنفاذ من بيده الأمر فيؤثر إنفاذه و سيجىء مزيد توضيح لذلك فى المقام و فى باب الفضولى الثالث لا يمكن استفاده شرطيه كون العاقد حرّا أى شرطيه كون الصّيغه صادرة من الحرّ من الآيه الشّريفه بحيث تكون الرقيه كالفارسيه و غير الماضويه لما عرفت من أن عدم القدره قد استعمل فى الوضعى و التّكليفى بجامع واحد من دون مجاز و لا عموم مجاز فعدم القدره بالنّسبه إلى أفعاله عباره عن أنّ طرفى فعلها و تركها ليسا تحت اختياره أى تحرم عليه بلا إذن من سيّده و هذا لا يمكن استفاده الشّريطيه منه

و بعباره أخرى كون عباره العبد كعباره المجنون لا يستفاد من مثل قوله تعالى <sup>□</sup> لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و على هذا فلا يقصر عقد العبد من حيث جهه العقديّه عن عقد غيره

غايه الأمر على فرض عموم الشىء لـ كلّ شىء يكون محرّما من حيث أنّه فعله الرّابع أنّ العقد الواقع من العبد تاره يتعلّق بما فى يده من مال المولى أو مال نفسه الراجع إلى ملك المولى طولا أو يتعلّق بنفسه الّتى هى ملك المولى كإجاره نفسه و تزويجه و أخرى يتعلّق برقبته بعد العتق و ثالثه يتعلّق بالأمر الراجع إلى الغير كوكالته عن الغير و كلّ واحد من هذه الأصناف الثلاثة كما يصحّ بالإذن السابق فكذلك يصحّ بالإجازه اللاحقه

غايه الأمر أنّ كلّما كان تصرف العبد راجعا إلى ملك المولى فإجازته المولى ترجع إلى مضمون العقد و هو معنى الاسم المصدرى و ما كان تصرفه راجعا إلى ملك الغير أو إلى ذمّه نفسه يتبعه بعد العتق فإجازته ترجع إلى جهه المصدر و كلّ منهما قابل للإجازه لأنّ إيجاده المعنى حيث أنّه لا يقدر عليه موقوف على الإذن و حيث إنّ الإجازه كالإذن فيما لم يكن من الأفعال الخارجيه فالإجازه تصحّ بإيجاده

و بعباره أخرى سيجىء فى باب الفضولى أنّه كما يكون إجازته المالك بمقتضى القاعده مصحّحه لعقد الفضولى فكذلك إجازته المرتهن عقد الرّاهن و إجازته العمّه أو الخاله العقد الواقع على بنت الأيخ أو الأخت و إجازته الغرماء للمفلس و إجازته الديان للورثه و نحو ذلك من الأمور المتوقّفه على إذن الغير و المناط فى الجميع أنّ كلّ ما كان العقد واقفا و غير ماض إلّا بإذن الآخر فإجازته بمنزله إذنه فعلى هذا تصحّ تعلّق إجازته المولى بالعقد الواقع من العبد و كاله عن الغير فإنّ مضمون العقد و إن لم يرجع إلى المولى إلّا أنّ إيجاده العبد العلقه بين الشّيثين من الأشياء الّتى لا يقدر عليها العبد و هذا يكون واقفا و غير ماض فالإجازه ترفع ووقوفه و تجعله ماضيا

إذا عرفت ذلك ظهر أنّ ما لا يقبل الإجازه و هو السّبب لا يتوقف على الإجازه لعدم الدليل على حرّمته أوّلا و عدم الدليل على فساد ثانيا و ما يقبل الإجازه كالمسبّب فالمفروض تحقّقها من غير فرق بين تعلّقها باسم المصدر أو بالمصدر فإنّ الفرق بينهما

اعتبارى فلو فرض أنّ إيجاد العبد من حيث كونه إيجادا موقوف على إذن المولى و بالإذن يصحّ فيصحّ بالإجازة اللّاحقه أيضا  
و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى وجه عدم الصّحه بالإجازة اللّاحقه من أنّ المنع راجع إلى نفس الإنشاء الصّادر و ما صدر على  
وجه لا يتغيّر منه بعده غير وارد أصلا لأنّه لو كان المراد من الإنشاء فى كلامه

هو تلفظ العبد وقصد المعنى لكان إشكاله واردا و لكن حيث إنه ليس المراد من الإنشاء فى كلامه ذلك لأنه يصرح فى رد صاحب الجواهر بأن هذه التصرفات لا دليل على حرمتها ثم لا دليل على فساد العقد بها بل هو إيجاد العبد من حيث المسبب أى المصدر فإذا كان هو المراد من الإنشاء فقوله و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده غير صحيح لأنه لم يقع الإنشاء فى عالم الاعتبار و لم يتحقق ما أوجده بل هو مراعى و موقوف على الإجازة فكما أنّ الإجازة تصحح المضمون إذا كان راجعا إلى المولى فكذلك تصحح هذا الإيجاد الصادر من العبد لكون إنشاء هذا المضمون قائما بعده

ثم إنه قدس سره رفع الإشكال بوجوه ثلاثه الأول التمسك بعموم أدله الوفاء بالعقود خرج منها عقد العبد بلا إذن رأسا لا سابقا و لا لاحقا و بقى الباقي لأنّ المخصّص إذا كان مجملا مفهوما بأن كان مرددا بين الأقل و الأكثر يؤخذ بالقدر المتيقن منه إذا كان منفصلا و المتيقن منه عقده بلا- إذن و لا إجازة لا العقد الملحق بالإجازة الثانى الصّحیحه المتقدمه الداله على صحه النكاح و الطلاق بالإذن و حيث قام الدليل على أنّ النكاح يصح بالإجازة اللّاحقه أيضا فيصح جميع العقود بالإجازة لعدم الفرق بينها

ثم تفتن لإشكال وارد على التعميم و هو أن لازمه صحه الطلاق بالإجازة أيضا و لا يلتزمون بها و دفعه بأنه خرج الطلاق بالدليل الخارجى و إلّا لقلنا بصحته بها من جهة التعميم و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة لأنّ الكلام مسوق لنفى استقلال العبد فى الطلاق لا لصحته مطلقا حتّى بالإجازة الثالث الأخبار الداله على أنّ إجازة المولى موجهه لصحه نكاح العبد مطلقا سواء كان هو المباشر للصيغه أم غيره من جهة ترك الاستفصال فإذا صح نكاحه لنفسه مطلقا فيصح كلّ تصرف منه مطلقا و لو كان وكاله عن الغير و هذا لوجهين

أحدهما أنّ إجازة المولى إذا كانت موجهه لصحه عقد العبد الصادر منه مباشرة من جهة المضمون أى من جهة رجوعها إلى متعلق حقّ المولى و هو تصرف العبد فى سلطان المولى فلا- محاله موجهه لجهه الإصدار أيضا لأنه لا- يمكن أن يصح اسم المصدر و لا يصحّ الإنشاء أى جهه الإصدار فإذا صحّ المصدر بالإجازة فى نكاح العبد لنفسه يصحّ مطلقا بها و لو كان راجعا إلى غير المولى كما لو كان و كيلا عن الزوجه فى هذا العقد أو كان و كيلا عن غيرها فى غير هذا العقد و هذا الوجه موقوف على استفادة التعميم من ترك الاستفصال من جهتين من جهه عمومها لصدور النكاح لنفسه مباشرة و توكيلا و من جهه عمومها لصدور العقد منه لغيره و هذا لا يخلو عن إشكال كما سنشير إليه

□  
و ثانيهما أنّ تعليل الصّحیحه بأنه لم يعص الله فى قوه أن يقال كلّما لم يكن العبد إلّا عاصيا لسيدّه فيأجازه السيد يرتفع وقوف تصرفه فمعيار الصحه فى معاملته العبد بعد عدم كونها مخالفه لله سبحانه هو إذن السيد أو إجازته و هذا الوجه أيضا كما يمكن أن يكون مدركا لحكم ما يتعلّق مضمونه بالمولى كذلك يمكن أن يكون مدركا لحكم ما لا يتعلّق مضمونه بالمولى لأنّ المدار فى صحه عقد العبد على رضا المولى و لو لم يكن مضمونه راجعا إلى المولى بل كان جهه معصيته لمولاه إيجاده ما لم يأذن فيه و هذا أيضا لا- يخلو عن مناقشه لأنّ الأخبار الوارده فى نكاح العبد راجعه إلى المعصيه الفعلية الرّاجعه إلى التصرف فى سلطان المولى لأنّ نكاح العبد و طلاقه لنفسه كإجاره نفسه بلا إذن من المولى فهو تصرف فى نفسه التى هى ملك للمولى و أين هذا من استفادة حكم المخالفه الغير الرّاجعه

إلى سلطان الولي من حيث الإصدار و إيجاد المادّه بالهيئه

و على أى حال فالوجوه الأخر واضحه الفساد أما التمسك بالعموم فهو فرع إجمال المخصّص و هو مبين فإن دليل اعتبار الإذن ظاهر فى الإذن السابق و الإجازة غير الإذن و أما الدليل الثانى فيه أولا أن صحّه النكاح بالإجازة اللاحقه لا تكشف عن أعميه الإذن مفهوم ما بل غايه الأمر أن الدليل الدال على صحّه النكاح بالإجازة حاكم على الدليل الدال على اعتبار الإذن و يوسع دائره الموضوع تعبدا و ثانيا يصحّ دعوى عكس ما استظهره قدس سرّه من الصحيحه بأن يقال لما كانت الصحيحه مشتمله على الطلاق الذى لا يصحّ بلحوق الإجازة نستكشف أن المراد من الإذن فيها خصوص الإذن السابق و صحّه النكاح بالإجازة فإنما هى لدليل خارج و لا يلزم تأخير البيان لأنّ الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد فى النكاح و الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضى المولى

و لا يخفى أن العكس أولى ممّا استظهره قدس سرّه فإنّه لو كانت الصحيحه بصدد بيان صحّه النكاح و الطلاق بالأعم من الإذن و الإجازة للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و قوله قدس سرّه إنّ الصحيحه مسوقه لبيان نفي استقلال العبد بالطلاق لا يدفع المحذور فإنّه لو كانت الصحيحه مسوقه لهذا لكانت مسوقه بالنسبه إلى النكاح أيضا لبيان نفي استقلال العبد به لا لصحّته بالأعم من الإذن و الإجازة فمن أين تستفاد الصحيحه بالإجازة من الصحيحه و لا خصوصيه فى الطلاق حتى يقال إنّها بالنسبه إليه ناظره إلى نفي الاستقلال دون النكاح فتدبر جيّدا

□  
و أما الدليل الثالث فقد أوضحنا ما فى التقريب الثانى منه الذى أمر بأن يفهم و يغتنم جزاه الله تعالى عن العلماء خير الجزاء و أما التقريب الأوّل فيه أن ترك الاستفصال و إن كان مفيدا للتعميم فى باب النكاح و نحوه إلّا أنّه للتعدى إلى غير مورده لا يفيد لأنّه لو فرض بآئه ع صرح بأنّ نكاح العبد يصحّ بالإجازة و لو باشره بنفسه لما أمكن التعدى إلى مورد وكاله العبد لغيره أو إجرائه الصيغه و إيجاد العلقه فضولا لأن صحّه نكاحه لنفسه و إن استلزم تصحيح جهه إصداره أيضا حيث إنّ الإجازة يرجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى فصحّه جهه إصداره إنّما لوحظ معنى حرفيا و إذا دلّ الدليل على صحّه التّتيجه بالإجازة فيدلّ على صحّه جهه الإصدار لأنّها من مقدمات حصول التّتيجه إلّا أنّ هذا الدليل لا يمكن أن يدلّ على صحّه جهه الإصدار إذا لوحظت معنى اسميا و عقد العبد لغيره فضولا- أو وكاله جهه توقّفه على إجازة المولى هو جهه إصداره و إلّا فمضمونه غير راجع إلى المولى و لم يدلّ دليل على أنّ الإجازة أيضا كالإذن فى جهه الإصدار كما لا يخفى

إلّا أن يقال إنّ الأخبار الدالّه على صحّه نكاح العبد إذا أجازة المولى الواردة فى ردّ حكم بن عيينه و إبراهيم النخعي ظاهره فى إعطاء قاعده كليّه و هى أنّ كلّما رجع جهه الصحيحه إلى إذن السيّد فإجازته كإذنه و كيف كان فمما ذكرنا من أنّ المراد من الشّىء فى الآيه المباركه هو الشّىء المعتدّ به و أن إيجاد العبد العلقه المالكيه و نحوها شىء لا يقدر عليه العبد إلّا بإذن سيّده يظهر أنّ الوكاله من الغير أو إيقاع العبد للعقد لغير فضولا أيضا محتاج إلى إذن السيّد فما أفاده صاحب الجواهر قدس سرّه من صحّه عقد العبد للغير و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة استدلالا بهذه الأخبار الدالّه على أنّ معصيه السيّد لا يقدر بصحّه العقد و إنّما تدلّ على التوقّف على الإجازة فيما يرجع مضمونه إلى السيّد دون ما لا يرجع إليه غايه الأمر

أنه عصى السيد في التصرف في لسانه و التهي إذا كان راجعا إلى المعامله من حيث السبب لا يدل على الفساد

ففيه أنه كما يتوقف المضمون إلى الإذن أو الإجازة إذا رجع إلى المولى فكذلك يتوقف المعنى المصدري إلى الإذن أو الإجازة و لو لم يرجع مضمونه إلى المولى لأنه شىء لا يقدر عليه العبد فوجه بطلان عقد العبد لغيره إذا لم يكن مأذونا و لا مجازا هو هذا لا لكونه تصرفا في لسانه العذى هو ملك السيد فإنه لا دليل على حرمة أولا و حرمة لا يوجب الفساد ثانيا فلا يكون حرمة منشأ لالتزام المشهور بفساد عقد العبد للغير بلا إذن و لا إجازة مع أنه لو كان هذه الأخبار دالة على أن معصية السيد في تحريك اللسان لا يوجب الفساد لكان مقتضى التعليل فساد البيع لو عصى الله سبحانه كما في البيع وقت النداء مع أنه لم يقل به أحد فهذه الأخبار ناظره إلى إعطاء قاعده كليته و هي أنه كلما رجع أمر العبد إلى المولى من جهه من الجهات فهو موقوف إما على الإذن أو الإجازة

### [ فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح ]

قوله قدس سره فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح إلى آخره

لا وجه للإشكال في صحه اشتراء العبد نفسه من مولاة بوكالته من المشتري لأن الإشكال بأن الموجب و القابل متحد و هو المولى فإن لسان العبد لسان المولى واضح الاندفاع لأن الاتحاد تنزيلا غير الاتحاد خارجا و يكفي التغير الخارجى فى اعتبار التغير بين الموجب و القابل كما أنه يكفي الاتحاد خارجا مع التغير اعتبارا كما أن الإشكال يتوقف وكالته إلى إذن المولى و هو حين إيجاب المولى غير مأذون منه و إنما يصير وكيلا بعد الإيجاب فيجب إعادته الإيجاب ثانيا غير وارد لعدم الدليل على اعتبار الإذن حين الإيجاب فإن الشروط المعتره فى العقد على أنحاء

منها ما يعتبر فى مجموع العقد و منها ما يعتبر حين صدور الإنشاء ممن بيده صدوره فيكفى للصحة و كاله العبد حين إنشائه القبول للمشتري الأمر له كما أنه لو لم يكن القابل مأذونا حين الإيجاب و صار مأذونا بعده قبل القبول لكفى لصحته هذا مضافا إلى أن اعتبار الإذن حين الإيجاب يوجب مدخلية إجازة المولى بعد القبول لا بطلان العقد

و بعبارة أخرى إنشاء العبد يحتاج إلى إذن مولاة أو إجازته و إلى إذن المشتري أو إجازته فلو لم يتحقق الإذن من أحدهما أو كليهما كفت الإجازة اللاحقه و ليست عبارته العبد كعبارة الصبي و المجنون هذا لو وكله المشتري فى الاشتراء من نفس المولى و أميا لو وكله فى الاشتراء من وكيل المولى فلو كان وكيلا وكيلا فى خصوص بيع العبد لا فى بيعه و إذنه للعبد فى وكالته عن الغير فلا شبهه فى احتياج الاشتراء إلى الإجازة من المولى فى وكالته و أميا لو كان وكيلا حتى فى التوكيل أيضا فإيجاب الوكيل بمنزله إيجاب المولى فيعود النزاع المتقدم فظهر أن الحق هو التفصيل بين الموردين و لعل وجه نظر المحقق و الشهيد الثانيين إلى الصورة الأولى

قوله قدس سره مسأله و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع إلى آخره

لا- إشكال في أن العقد بالإذن من المالك أو ممن له حق في العين كذى الخيار و المرتهن و الغرماء و أمثالهم يخرج من الفضولى إنما الكلام في خروجه منه بمجرد الرضا الباطنى من دون أماره عليه اختار المصنف في المقام خروجه منه و عدم التوقف على الإجازة اللاحقه سواء علم به العاقد أو انكشف له بعد حصول العقد بأنه كان حين البيع راضيا أم لم ينكشف له أصلا لأن المناط في الصّحه الواقعيه هو الرضا واقعا

و الحق عدم خروج العقد



الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضا الباطنى من المالك و من له الحق مرتها كان أو مولى و ذلك لأنه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض إما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن التوقيف إلا باستناده إلى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنية رد و لا الرضا الباطنى إجازة بل كل منهما يحتاج إلى كاشف

و أما ما اختاره المصنف فمضافا إلى أنه ينافيه استدلاله لصحة عقد المكره مع لحوق الرضا بفحوى الفضولى لأن الأولوية فرع فقد الفضولى أمرين الاستناد و الرضا و أما لو قلنا بعدم اعتبار الاستناد و كفايه الرضا الباطنى من المالك و لو كان المباشر غير المالك فلا أولوية لأن ملاك الفضولى و المكره فى الاحتياج إلى شرط واحد على حد سواء يرد عليه أن ما استدلل به لا دلالة فيه

أمّا قوله عز من قائل أوفوا بالعقود فلأن مقابله الجمع بالجمع يقتضى التوزيع أى كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده و عقد الفضولى لا يكون عقد للمالك بمجرد رضائه به لأن كونه عقدا له يتوقف على مباشرته أو نيابه الغير عنه بالإذن أو الإجازة بعد صدور العقد من الفضولى و فى حكم هذه الآية قوله أحل الله البيع لأن البيع هنا بمعناه المصدرى فيصير معناه أحل الله إيجاد هذا المعنى و إيجاد المالك ينفذ إذا صار إيجادا له

و بعبارة أخرى معناه أحل الله بيعكم و البيع يصير بيعا له إذا استند إليه و إلا فليس بيعا منه و أمّا قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض فهو أظهر فى اعتبار الاستناد إلى المالك لأن التجارة بمعنى التكبس و لا يكون التكبس منه إلا بالمباشرة أو الإذن أو الإجازة و الرضا الباطنى ليس منها لأنه لا يصير به التجارة من الغير تجاره منه و أمّا قوله ع لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه ففيه أولا- أنه ليس إلما فى مقام بيان اعتبار الطيب و الرضا لا فى مقام بيان أن مجرد الطيب كاف فهو نظير قوله ع لا صلاح إلا بفاتحه الكتاب و لا- صلاح إلا بطهور و ثانياها الحلية فى المقام هى الحلية التكليفية أى إن التصرف بالأكل و الشرب و نحوهما فى مال الغير لا يجوز إلا برضاء مالكة و كلامنا فى نفوذ التصرف الوضعى

و أمّا قضيه عروه فلا- دلالة فيها أصلا لاحتمال كونه و كيلا- مفوضا و أمّا كلمات الأصحاب فالرضا المذكور فيها هو بمعنى الاختيار لا- طيب النفس فإنه يطلق على الاختيار أيضا و من ذلك قول السيد فى الدرّة كما ارتضاه المرتضى و قوله ع فذلك رضا منه الوارد فى أن إحداث ذى الخيار يوجب سقوط خياره و قوله ع و رضيتكم خلفاء و قول العامة إنما سمي الرضا عليه السلام بالرضا لأن المأمون اختاره و لى العهد فقولهم إن الشرائط كلها حاصله إلا رضا المالك أى إلا اختياره فلا شبهه أن الاختيار معنى إنشائى لا بد من حصوله بكاشف فعلى أو قولى

و أمّا قولهم إن الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه أعّم من الرضا فدلالته على ما اعتبرناه أظهر لأن ظاهره اعتبار الاختيار و إلا قد يكون السكوت فى محل خاص كاشفا عن الرضا و الطيب كما فى سكوت الباكره فالأولى استدلال المصنف بسكوت الباكره كما استدلل بما دل على أن علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه و الاستدلال بصحيحه محمد بن مسلم و الحميرى الآيتين فإن فى الأولى منهما لا تشترها إلا برضاء أهلها و فى الثانية منهما الضيعة لا يجوز ابتاعها إلا عن مالكة أو بأمره أو

رضا منه و تقريب الاستدلال واضح و لكن الأقوى عدم دلالة كل ذلك على مختاره أما سكوت الباكره فهي قبل العقد و كفايه الرضا الباطنى للتوكيل غير كفايته بعد العقد مع أنّ السكوت فى مقام الاستيدان و فى مقام الفسخ و الإجازة من الكواشف العرفيه عن الإذن أو الإجازة و لذا فى ما كان الخيار فورياً لو سكت ذو الخيار مع علمه بالخيار يستكشف منه الإجازة

و يؤيد ذلك قوله ع إن سكوتهم إقرار منهم أى إثبات للنكاح و اختيار له فتأمل و أما الخبران فأولاً لا يدلان إلّا على اعتبار الرضا لا على كفايته مطلقاً كما فى قوله لا يحلّ و ثانياً يمكن حملهما على الرضا بمعنى الاختيار و بالجملة العناوين المتعلقة بها الوضع سواء كانت عقداً أم إيقاعاً لا بدّ لها من كاشف قولى أو فعلى و لذا لا نلتزم بتأثير الشروط البنائيه نعم فى العقود الإذنيه يكفى الرضا الباطنى و لكنّها فى الحقيقه ليست عقداً و على هذا لا فرق بين تعلّق الحقّ المالكى بعقد الفضولى أو حقاً آخر مالياً كان كما فى الزهن و التفليس و نحو ذلك أو ولايه سواء كانت جهه الولايه راجعه إلى المال كعقد العبد لنفسه أو لغيره أم لم تكن إلّا صرف السلطنه على العقد كحق العمه و الخاله

فتفصيل المصنف بين عقد العبد و غيره لا وجه له فإن معصيته ليست راجعه إلى التكليف حتى تخرج عنها بمجرد رضا المالك باطناً و إلّا لم يكن وجه للتفصيل بين معصيه الله و معصيه السيد لأنّ معصيه السيد معصيه الله بل المعصيه هنا بمعنى المخالفه الوضعيه حيث إنّه تصرف فى سلطان المولى و الخروج عن المخالفه الوضعيه يتوقف على كاشف قولى أو فعلى

و بالجملة هذه المراتب الثلاث و هى بيع مال الغير و بيع الزاهن و نحوه و نكاح العبد و نحوه كلّها متوقّفه على إذن ذى الحقّ أو إجازته و التفصيل بينها لا وجه له و ذلك لأنّه ثبت من الأدلّه الخارجيه عدم استقلال العبد و الزاهن و الباكره و كلّ من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاه ذى الحقّ فإنّ به لا يسند العقد إليه و عدّ سكوته فى بعض المقامات إجازة فهو من باب أن من لا يميل إلى شىء لا يقدر على إمساك نفسه طبعاً فلو سكت فى محلّ الإمضاء و الردّ فسكوته كاشف عرفى عنها و لذا عبّر فى الأخبار عن الإمضاء بالسكوت الذى هو نظير الأمر الوجودى لا بمثل عدم الردّ و نحوه و الظاهر أنّ المسأله لا تحتاج إلى مزيد من ذلك فإنّ بالمراجعه إلى نظائرها يظهر صدق ما ادّعينا فراجع باب الفسخ و الردّ و الرجوع

قوله قدس سرّه بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه إلى آخره

لا يخفى أنّه لم يتحقّق الإجماع على بطلانه فى جميع الإيقاعات نعم الظاهر تحقّقه فى العتق و الطلاق و مع ذلك يمكن أن يكون مدرك المجمعين هو قوله ع لا عتق إلّا فى ملكك و قوله ع الطلاق بيد من أخذ بالساق و كيف كان بناء على ما سيجىء من أنّ الفضولى فى البيع على مقتضى القاعده فيلحق به سائر العقود و جميع الإيقاعات إلّا ما خرج كما فى الرجوع إلى الزوجيه بالفعل فإنّه لا يقبل الفضولى

و بالجملة يجرى الفضولى فى جميع الإيقاعات بمقتضى القاعده الأوّليه نعم لا يجرى فى جملة منها لمانع آخر سنشير إليه فى العنوان الآتى

## [المسأله الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك]

### اشاره

قوله قدس سرّه فهنا مسائل ثلاث الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك إلى آخره

محلّ الاتفاق من القائلين بصحّه الفضولي في مقابل البطلان هذه الصوره و أمّا إذا باع للمالك مع سبق المنع منه و ما إذا باع لنفسه كالغاصب فهو محلّ الخلاف حتى بين القائلين

بصحته فالأولى تنقيح أن مقتضى القاعده هل صحته في جميع الصور أو بطلانه كذلك أو التفصيل و على أي حال الإيقاعات ملحقه بالعقود

و ينبغي أولاً تمهيد مقدمه و هي أن الأفعال المترتبة عليها الآثار و المصادر الصادرة من الأشخاص على قسمين قسم يتحقق اسم المصدر فيه بنفس تحقق المصدر و لا ينفك منه إلا بتخلل فاء الترتيب و هو ما كان من سنخ الخارجيات كالضرب و الغسل و الكسر فإن نتيجهتها حاصله بنفس حصول الفعل بل لا فرق بين الفعل و الانفعال إلا اعتباراً

و قسم لا- يتحقق فيه الأثر المرغوب منه بنفس تحقق الفعل و هو ما كان من قبيل الاعتباريات فإن خارجيته ليس بإيجاد كلّ موجد و صدوره من كل شخص بل لا بدّ من تحقّقه بإيجاد من ينفذ إيجاده و أمّا من لم ينفذ إيجاده فهو و إن كان بنظره لا ينفك الوجود عن الإيجاد إلا أنه ليس بنظر العقلاء إيجادا فمجرد إيجاد العلقه المالكيه بقوله بعتك السماء لا يوجب تحقّقها و فى كل من القسمين لو لم يعتبر صدور الفعل من مباشر خاصّ يصحّ التوكيل و الاستنابه فيه كالأمر بالضرب و إيجاد العقد و لكنّه ليس كلّما يقبل النيبه يقبل الإجازة فإنّ القسم الأول مع قبوله النيبه لا يقبل الفضولى لأنّ الفعل الخارجى المذى لا ينفك أثره عنه لا يتغيّر بالإجازة عما وقع عليه و لا يستند الضرب إلى غير الضارب بالإجازة منه و لا ينافى ذلك ما ورد من أنّ الراضى بعمل قوم كالدّاخل فيهم فإنّه كالدّاخل حكماً لا أنّ الفعل صدر منه بالرّضا اللّاحق

فما ينسب إلى كاشف الغطاء من أن كلّ ما يقبل النيبه يقبل الفضولى ليس بإطلاقه صحيحاً بل لا بدّ أن يقيد بأنّه كلّما يقبل النيبه و التبرّع فهو يقبل الفضولى و هو أيضاً منتقض بأداء الدين من الغير تبرّعا و أمّا القسم الثانى فحيث إنّ نفس الإنشاء ليس علّه تامّه لتحقّق المنشأ خارجاً أى فى عالم الاعتبار فإيجازة من له حق الإجازة يتحقّق المنشأ و يستند إلى المجيز و السرّ فيه هو أنّ فى الاعتباريات حيث إنّ المنشأ لم يتحقّق بعد فبالإجازة يتحقّق

نعم نفس الإنشاء بما هو لفظ و معنى أيضاً غير قابل للإجازة و لكن لا يعتبر فى تحقّق المسبّب أن يكون سببه أيضاً مستندا إلى من له الحق ثم إنّ كما يعتبر أن يكون ما يقبل الفضولى من الاعتباريات كذلك يعتبر أن لا يكون نفس الإجازة علّه تامّه لتحقّق المنشأ و إلّا يخرج عن عنوان الفضولى لأنّه لو كان إمضاء ذى الحق و إجازته بنفسه إيجادا للمنشأ سواء كان هناك عقد الفضولى أم لم يكن فلا معنى لعدّه من الفضولى

و بعبارة أخرى يعتبر فى صحّه العقد الفضولى بالإجازة أمران أحدهما عدم كون الفعل علّه تامّه لتحقّق أثره و ثانيهما عدم كون إجازة المجيز علّه تامّه لتحقّق أثرها بل لا بدّ أن تكون الإجازة راجعه إلى إنفاذ فعل الفضولى بحيث كان عقده أو إيقاعه معداً و موجبا لقبليّه تحقّق الإجازة كبيع الفضولى أو عتقه أو طلاقه بحيث إنّ لو لم يكن عقده أو إيقاعه كان قوله أجزت لغوا و أمّا لو كان الإجازة بنفسها علّه تامّه فيخرج عن عنوان الفضولى

و بمقتضى الأمر الأوّل يخرج جملة من الإيقاعات عن عنوان الفضولى كالقبض و الإقباض و إعطاء الدين بل إعطاء الخمس و الزكاه لو قيل بجريان التبرّع فيهما و جامعه ما كان تحقّقه بالفعل سواء اعتبر فيه المباشرة أم صحّ بالوكاله أو النيبه الرّاجعه إلى

فعل الموكل أو المنوب عنه ببدنه التّنزيلي و لم يكن له أثر آخر ممكن الترتّب و عدمه لأنّ الفعل لا يتغيّر بالإجازة عمّا هو عليه و مقتضى الأمر الثاني يخرج العقود الإذنيه كالوكاله

فى التصرف و العاريه و الوديعه و جملة من الإيقاعات كالفسخ و الإجازة و الإبراء و الجعالة بناء على كونها منها لأن وقوع هذه العقود و الإيقاعات من الفضولى و عدمه على حدّ سواء فإن إجازة هذه بنفسها تكون و كاله و عاريه و وديعه و فسحا و إجازة و إبراء و جعلاً

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ المصنف قدّس سرّه حيث لم يعتبر فى العقد استناده إلى من بيده أمره و إنّما اعتبر الرضا فقط فقد استدلل على كون الفضولى مطابقاً للقاعده بالعمومات لأنّ المتيقّن من تخصيصها فقد الإذن و الإجازة معا و لكننا حيث اعتبرنا الاستناد فينبغى الاستدلال بها لصحّته بتقريب آخر و هو أنّه و إن اعتبر الرضا و الاستناد معا فى صيروره العقد عقداً للمالك إلّا أنّ المتيقّن من اعتبارهما إنّما هو فى ناحيه المسببات و أمّا صدور الأسباب ممّن له حقّ الإجازة أو نائبه فلا دليل عليه بل لا إشكال فى عدم اعتباره لأنّ فى جهه الصدور لا فرق بين المالك أو الوكيل و الفضولى فإنّ كلّاً منهم ينشئ المقابله بين العوضين فيقول بعث هذا بهذا لا أنّ المالك يقول بعث مالى بمال المشتري و الوكيل يقول بعث مال الموكل

و بالجملة فحيث إن جهه الصدور لا تختلف باختلاف المالكيه و الفضوليه فلا وجه لاعتبار استناده إلى المالك بل المعتبر استناد خصوص المسبب و النتيجة و هذا يحصل بإجازة المالك و لو اعتبر استناد نفس الصّيدور من حيث السبب أيضاً إلى المالك فالإجازة لا تغير الفعل عمّا وقع عليه و لكن لم يقد دليل على ذلك و لو شكّ فى اعتباره فالمرجع هو الإطلاقات

و حاصل الكلام أنّه ليس الفضولى فاقداً لخصوص الرضا كما أفاده المصنف قدّس سرّه حتى يجعل صحّحه الفضولى بضميمه الرضاء اللّاحق مطابقه للقاعده بل قد يكون الرضا حاصلًا فالعمده كونه فاقداً للاستناد مع أنّه لو دلّ الدليل على اعتبار الإذن فالظاهر منه الإذن السابق لأنّه كسائر الشّروط لا بدّ أن يكون مقارناً للعقد و إلّا يصير كلّ شرط قابلاً لأن يتأخّر

و بالجملة جهه كونه مطابقاً للقاعده أنّه لا يعتبر الرضا و الاستناد إلّا فى المسبب و حيث إنّّه لم يتحقّق بإيجاد الفضولى بل يتوقّف على إجازة المالك فيإجازته يتحقّق و يستند إليه

**[أدله صحه بيع الفضولى]**

**[من أدله صحه الفضولى قضيه عروه]**

قوله قدّس سرّه و استدللّ عليه بقضيه عروه البارقي إلى آخره

قد ظهر ممّا ذكرنا فى تقريب الاستدلال بالعمومات أن عقد الفضولى صحيح بمقتضى الأدله العامه و القواعد الكليه فالاستدلال لصحّته بالأدله الخاصه إنّما هو لمزيد إتقان فلو نوقش فيها بما ذكر فى كلمات الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم فلا يضرّ بالقول بالصّحه

فمن الأدله الخاصه قضيه عروه و الظاهر أن محلّ الاستدلال بها إنّما هو فى بيعه لا فى شرائه لأنّه مسبوق بالإذن الفحوى حيث إنّ

إذنه صَلَّى اللهُ عليه و آله له بشراء شاه بدينار يقتضى إذنه و رضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق أولى ثم إن دخول بيعه فى الفضولى يتوقف على عدم كون عروه وكيلا- مفوضا فإنه لو كان كذلك أو احتمال كونه كذلك بطل الاستدلال بالقضيه فالعمده هذا الإشكال و أما المناقشه التى ذكرها المصنف من أن مع علم عروه برضا النبى صَلَّى اللهُ عليه و آله يخرج بيعه عن الفضولى و إلا يلزم أن يكون قبضه و إقباضه حراما

ففيه ما عرفت من أن الرضا الباطنى لا يخرج البيع عن الفضوليه و لا تلازم بين كون البيع فضوليا و حرمة التصرف فى الثمن أو المثلن لأن العلم بالرّضا الباطنى يفيد جواز التصرف التّكليفى و إن

لم يفد الوضعى ثم لا وجه لتأييد الخروج عن الفضوليه بما ذكره قدس سره من أنّ الظاهر وقوع معامله عروه على جهة المعاطاه و المناط فيها هو الرضا و مجرد وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر و ذلك لأنّه لا وجه للظهور مع أنّ الإنشاء القولى فى كمال السهوله

ثم إنّه كيف يكفى للملك مجرّد وصول العوضين إلى مالك الآخر مع الرضا نعم بناء على الإباحه يمكن القول بكفايته و لكن الظاهر من قوله ص بارك الله فى صفقه يمينك أنّ معامله صدرت من عروه قولاً أو فعلاً لا أنّه كان آله للإيصال

### [من أدله صحه الفضولى صحيحه محمد بن قيس]

قوله قدس سره و استدلل له أيضا تبعا للشهيد فى الدروس بصحيحه محمّد بن قيس إلى آخره

لا يخفى أنّ الاستدلال بهذه الصحيحه تاره لحكم الإمام عليه السلام بصحه البيع فى هذه القضيّه الشخصيه و أخرى لحكمه ع بأنّ بيع الفضولى لو تعقّبته الإجازة يصحّ فلو كان على الوجه الثانى فالمناقشه فى نفس هذه القضيّه لا توجب المنع عن الاستدلال بها لأنّ الكبرى تستفاد منها على أى تقدير نعم لا بدّ من توجيه نفس القضيّه لئلا يلزم خروج المورد و لو كان على الوجه الأوّل فلا يصحّ الاستدلال بها لما يرد عليه من الإشكالات و لكنّها ضعيفه إلّا واحد منها و هو ظهور الرّوايه فى كون الإجازة بعد الردّ

فمنها حكمه ع بأخذ الوليده قبل سماع دعوى المشتري فلعله يدعى و كاله ابن السيد و منها عدم استفصاله ع من السيد فى الإجازة و عدمها و حكمه بأخذه الوليده قبله و منها حكمه ع بأخذ ابنها معها مع أنّه تولّد حرّاً لعدم علم أبيه بالحال فكان الوطى شبهه و إلّا لم يكن وجه لقوله ع خذ ابنه الذى باعك لينفذ البيع فإنّه لو كان الواطى عالماً بأنّ الوليده كانت لغير البائع لم يكن له وطئها و كان الولد رقماً و منها حكمه ع بأخذ ابن السيد مع أنّ حبسه لا- يجوز و منها تعليمه ع الحيله مع أنّها ليس من وظيفه الحاكم و منها و هى العمده ظهور كون الإجازة بعد الردّ لوجوه الأوّل أنّ ظاهر المخاصمه ذلك الثانى إطلاق الحكم بتعيين أخذ الجاربه و هو لا يصحّ إلّا بعد ردّ السيد و إلّا وجب التفصيل الثالث تشبّث المشتري بالإمام ع للعلاج فى فكّ ولده و لو لم يرد السيد لم يكن وجه له الرابع ظاهر قول المشتري لا- أرسل ابنك حتى ترسل ابني فإنّ كلامه صريح فى أنّ السيد أخذ ابن الوليده و ظاهر أنّ أخذه إياه ليس إلّا من جهة ردّه البيع فأخذه إمّا لدعواه رقيته فيكون ملكاً له و إمّا لأخذه قيمته يوم الولاده لكونه من نماء ملكه

و لكنّك خبير بأنّ المناقشات الخمس الأول غير وارده فإنّ القضايا التى صدرت من أمير المؤمنين عليه السلام المنقوله عن الأئمّه الطاهرين ليست منقوله بخصوصياتها الخارجيه بين المتخاصمين فليس غرض أبى جعفر عليه السلام عن نقل هذه القضيّه إلّا حكم علىّ عليه السلام بأنّ البيع على مال الغير قابل للإجازة و ليس ع بصدد أن حكم علىّ عليه السلام و قطعه الخصومه على أى طريق كان فهذه الإشكالات رأساً ساقطه

مع أنّه يرد على الأوّل بأنّ المشتري لعله كان معتقداً بأنّ الابن هو المالك و لم يدع الوكاله و على الثانى بأنّ هذا الإيراد لا



يجمع مع الإيراد بأنّ الصّحيحه ظاهره في الردّ فإنّها لو كانت كذلك فلا وقع للاستفصال و لو لم تكن كذلك فحكمه ع بأخذ الوليده إنّما هو من حيث البيع الفضولي مع قطع النظر عن طرق الإجازة و لحقوقها فإنّ المال في طبعه يقتضى أن يكون بيد مالكة حتى يتبين حاله من حيث انتقاله إلى الغير و عدمه و على الثالث بأنّ

أخذ الولد كان لأخذ قيمته يوم الولادة فلا ينافى كونه حرًا مع جواز أخذه و على الرّابع بأنّه لا مانع من حبس الغاصب لاستيفاء المال الّذى أخذه بلا- حقّ و على الخامس بأنّ تعليم هذه الحيل لا مانع عنه خصوصاً مع علم الحاكم بأنّ الولد كان فى الواقع وكيلا و أنكر الأب ذلك فالعمده ظهور الرّوايه من الوجوه الأربعه بأنّ الإجازة كانت بعد الرّدّ و لذا التزم بعض المحشّين بأنّه لا وجه لعدم تأثير الإجازة بعد الرّدّ متمسّكا بهذه الرّوايه و لكنّك خبير بأنّه لا يمكن الالتزام بما التزم به فإنه مضافاً إلى دعوى الإجماع على عدم تأثيرها بعده أنّ القاعده تقتضى أيضاً ذلك كما سيّجى ء توضيحه فى محلّه فلا بدّ من توجيه يرفع استهجان تخصيص المورد

فبقول لا إشكال فى صراحه الصّحيحه بأنّ بيع مال الغير قابل لأنّ يصحّ بإجازة مالكة فإنّ قول الباقر عليه السّلام فى مقام الحكايه فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع الولد صريح فى أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه فإذا كانت صريحه فى ذلك و قلنا بعدم تأثير الإجازة بعد الرّدّ فلا بدّ من توجيهها و حملها على معنى ينطبق مع الحكم بصحّه عقد الفضولى الّذى تعقّبته إجازة المالك و هو أنّ مجرّد المخاصمه و كذلك إطلاق الحكم بتعيين أخذ الجاربه ليس كاشفاً عن الرّدّ لأنّ مخاصمته كان لاستيفاء حقّه و كذلك الحكم بأخذ الجاربه إنّما كان لاستيفاء ثمنها

و بالجملة و إن كان ظاهر الصّحيحه كراهه السيّد البيع إلّا أن مجرّد الكراهه ليس رداً مع أنّ كراهته أيضاً غير معلومه لأنّ المرّدّ بين الرّدّ و الإجازة أيضاً يرفع أمره إلى الحاكم حتى لا يفوت حقّه و يستوفيه إمّا بأخذ ماله أو ثمنه و الحكم بحبس الجاربه و الولد أيضاً إنّما كان لانكشاف الحال

و أمّا تشبّث المشتري بالإمام ع و قوله لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني فليس ظاهراً فى ردّ المالك أصلاً لأنّ الولد على أىّ حال لا يملكه المالك فهو كان متشبّثاً به لثلاً يحبس ولده على قيمته يوم الولادة أى يتشبّث بالإمام عليه السّلام لأنّ يعلمه طريق عدم ردّ المالك و كيف كان لمّا كان ظاهر نقل أبى جعفر عليه السّلام حكم علىّ عليه السّلام صحّه عقد الفضولى و قابليته للحقوق الإجازة به فالاستدلال به خال عن المناقشه و إن نوقش فى نفس هذه القضيّه الشخصيه من جهات

### [من أدله صحه الفضولى الروايات الوارده فى النكاح]

قوله قدّس سرّه و ربما يستدلّ أيضاً بفحوى صحّه عقد النكاح من الفضولى فى الحرّ و العبد إلى آخره

يمكن الاستدلال بالرّوايات الوارده فى صحّه عقد النكاح الصّادر من العبد بلا- إذن إذا لحقه إجازة المولى بتقريب آخر غير الأولويه حتّى يورد عليها بأنّها ظنيّه لأنّ مصالح الأحكام خفيّه و هو أنّ ظاهر قوله ع إنّّه لم يعص الله إنّما عصى سيّده أنّ المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و أمّا إذا كان مشروعاً من قبله سبحانه و لكنّه فى عقده تصرّف فى سلطان الغير فهو منوط بإجازته فإذا أجاز جاز فقوله ع إذا أجاز جاز بمنزله كبرى كليه و خصوصيه كون العاقد عبداً و كون ذى الحقّ سيّداً ملغى قطعاً لأنّه عليه السّلام فى مقام بيان أن كلّ من تصرّف فى متعلّق حقّ الغير فأمر هذا التصرف راجع إلى ذى الحقّ إن شاء أبطله و إن شاء أجازته و على هذا فلو فرض أنّ نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضرّ بالاستدلال

لأنَّ المناط في صحَّه الفضولي توقف العقد على إجازة الغير سواء كان جهة الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلِّقاً لحقَّ الغير كتعلُّق حقِّ الرهانه أو حقِّ الغرماء و الدَّيان أو حقِّ السَّادات و الفقراء و نحو ذلك

مع أنّ كون نكاح العبد من قبيل بيع الزّاهن لا وجه له لما عرفت أنّ نكاحه لنفسه من قبيل بيع الفضوليّ مال غيره لأنّه تصرف في ملك المولى لأنّ نفسه ملك لسيدّه

نعم نكاحه للغير و ضمانه و نذرّه و كلّ ما يتعلّق برقبته بعد العتق لا يرجع نتيجه إلى سيده و على هذا فما عن ابن حمزه قدس سرّه من أنّ نكاح العبد و كذا نكاح الحرّ لغيره كنكاح الوليّ الشرعيّ و العرفيّ إنّما يصحّ بالإجازة لخصوصيّة خاصّه في كلّ مورد فالتعدّي من هذه الموارد إلى مطلق نكاح الفضوليّ فضلا عن سائر عقود مشكل لا وجه له لأنّ المناط في الاستدلال إذا كان العلّه المنصوصه فيتعدّي منها إلى كلّ مورد توجد فيه العلّه

و بالجملة استفاده حكم غير ما ذكر في النصّ عمّا ذكر فيه على أنحاء منها ما إذا علم عدم الفرق بين ما ذكر فيه و غيره كما إذا سئل عن رجل صلّى بغير وضوء فقبل يعيد و منها ما إذا اشتمل الكلام على عموم يشمل المورد و غيره كما إذا سئل عن رجل شكّ في السّجود بعد ما قام فقبل كلّما شككت في شيء و دخلت في غيره فشككت ليس بشيء و منها ما إذا كان مشتملا على علّه لا يحسن التعليل بها إلّا إذا كان العلّه بمنزله الكبرى الكليّه و المورد بمنزله الصغرى كما لو قيل لا تشرب الخمر لأنه مسكر و أخبار باب نكاح العبد من هذا القبيل و يمكن أن يكون من قبيل القسم الأوّل بإلغاء خصوصيّة السياده

و على أيّ حال لا يبتنى الاستدلال على الأولويّه مع أنّ دعوى كونها قطعيه ليست مجازفه نعم لا يصحّ الاستدلال بالأخبار الوارده في نكاح الحر لغيره كنكاح الأب لابنه و نكاح الوليّ العرفيّ من الأخ و العمّ و الأمّ للأخ و ابن الأخ و الابن إلّا من باب الأولويّه لأنّ في هذه الأخبار ليس عموم و لا تعليل موجب للتعدّي و تقريب الأولويّه أن تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى لأنّ النكاح أحرى بشدّه الاهتمام به فإذا صحّ في الأهم ففي غيره يصحّ بطريق أولى

و لكن يشكل التمسّك بها للرّوايه الوارده في ردّ العامّه القائلين بالفرق بين بيع الوكيل المعزول الغير العالم بكونه معزولا- و نكاحه حيث حكموا بالصّحّه في البيع دون النكاح و هي قوله عليه السّلام ما أجود هذا الحكم و أفسده إنّ النكاح أحرى و أجدر أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد الحديث فإنّ ظاهر هذه الرّوايه أنّه إذا صحّ بيع الوكيل المعزول فصّحه نكاحه أولى فجعل فيها صحّه البيع أصلا و صحّه النكاح فرعا له فكيف يمكن العكس في الفضوليّ و يقال صحّه النكاح يستلزم صحّه البيع بطريق أولى

و لكنّك خير بأنّ هذه الرّوايه لا ينافي المقام بل يؤكده و ذلك لأنّ من هذه الرّوايه تستفاد أهميّة النكاح و مقتضى كونه أهمّ أن يكون كلّما هو سبب لتحقيق علقه الأهم فلا محاله من أن يكون سببا لغيره فلو صحّ نكاح الفضوليّ صحّ بيعه أيضا لأنّ التوسعه في أسباب الأهم بمعنى عدم توقّفه على الإيذن السّابق تقتضى التوسعه في غيره بالأولويّه و أمّا نفوذه معامله الوكيل مع كونه معزولا- على موكله بحيث يكون مالكا للمعامله و ينفذ إقراره المتعلّق بها من باب أنّ من ملك شيئا ملك الإقرار به فحيث إنّ حكم مستلزم للضيق يقتضى أن يكون على عكس ما يكون موسعا أي لو كان ما لا أهميّة فيه موجبا لنفوذه على الموكل بمجرد توكيله السابق فنفوذ الأهمّ عليه أولى

هذا مع أنه يمكن أن يكون الإمام بصدد ردّ العامّة القائلين بالفرق و مقصوده عدم تأثير العزل مطلقا أو كفايه الوكاله السابقه مطلقا لتأثير عقد الوكيل واقعا فإذا احتمل الصّحه

فى البيع فاحتمال الصّحه فى الواقع فى النّكاح أولى بالرّعايه فلا يمكن التّفكيك بينهما إلّا بالطلاق فتأمل

و بالجمله يمكن أن يكون الإمام عليه السّلام بصدد بيان أصل الأهميه و كون النّكاح أولى بأن يحتاط فيه من دون بيان طريق الاحتياط و معلوم أن مقتضى الاحتياط أن لا يحكم بالصّحه و لا البطلان بل إمّا أن يجدّد العقد أو يطلق و يمكن أن يكون بصدد بيان صحّ النّكاح كما حكموا بصّحه البيع و أولويّه النّكاح عن البيع فى هذا الحكم لا ينافى أولويّه البيع عن النّكاح فى الصّحه بالإجازة اللاحقه فإن مسأله الفضولى حيث إنّه فى مقام بيان الحكم التسهيلي و عدم احتياج صحّ العقد إلى الإذن السّابق على العقد فما هو الأهم إذا كان من حيث السبب لا يحتاج إلى الإذن فغير الأهم أولى بعدم الاحتياج و أمّا فى باب الوكاله فحيث إنّ نفوذ عقد الوكيل على الموكل ضيق على الموكل فإذا نفذ غير الأهم فنفوذ الأهم أولى

ثم إنّه يمكن الاستدلال بالروايات الوارده فى نكاح الأمه المشتره من الغنائم فإن قوله ع فقد وهبت نصيبى منه لكلّ من ملك شيئاً من ذلك من شيعتى لتحلّ لهم منافعهم من مأكّل و مشرب و لتطيب مواليدهم إلى آخره يدلّ إمّا على إجازة النّكاح أو على إجازة الشراء فإنّ هذه الهبه من على عليه السّلام بعد قوله فيستولى على خمسى من السّبي و الغنائم و يبيعونه فلا يحلّ لمشتريه لأنّ نصيبى فيه يدلّ على أنّ الإجازة اللاحقه تؤثر

و فى بعض هذه الرّوايات ما يدلّ على استرضاء بعضهم من تحليل الفروج من الصّادق عليه السّلام فقال ع هذا لشيعتنا حلال

### [من أدله صحه الفضولى روايات كثيره وردت فى مقامات خاصه]

قوله قدّس سرّه ثم إنّه ربما يؤيد صحّ الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيره وردت فى مقامات خاصه إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الرّوايات التى استدللّ المصنّف قدّس سرّه بها أو جعلها مؤيّده لا تدلّ على المطلوب و لا مؤيّده له أمّا أخبار باب المضاربه فهى على قسمين

قسم تعلق النّهى فيه بسفر العامل دون أصل المعامله كخبر أبى بصير عن الصّادق ع فى الرّجل يعطى مالا مضاربه و ينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى فعصاه قال ع هو ضامن له و الرّبح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه و نحوه غيره ممّا يدلّ على أنّه لو هلك المال فهو له ضامن و إن خسره فإلّو ضيعه عليه و إن ربح فالرّبح بينهما و قسم تعلق النّهى فيه بنفس المعامله كخبر أبى الصّلاح عن أبى عبد الله ع فى الرّجل يعمل بالمال مضاربه قال ع له الرّبح و ليس له من الوضيعه شىء إلّا أن يخالف عن شىء ممّا أمر به صاحب المال و فى معناه روايات أخر كصحيح الحلبي و غيره ممّا هو مذكور فى المتن

أمّا القسم الأوّل فمرجع النّهى فيه إلى النّهى عن المعامله التى فيها خسران و أمّا المعامله التى فيها ربح فغير منهي عنها و ذلك لأنّ النّهى عن السّيفر ليس لكراهه نفس السّيفر و لا لكراهه المعامله التى فيها نفع بل إنّما هو لأنّ السّيفر مظنه لهلاك المال أو نقص وصفه أو قيمته فأصل المضاربه باقيه فتدخل المعامله التى فيها ربح فى عمومها و إنّما تخرج المعامله التى فيها وضيعه

و أمّا القسم الثّاني فاشتراكهما فى الرّبح ليس للإجازة اللّماحقه بل لصحّه المضاربه بنحو الترتّب و ذلك لأنّه معلوم أنّ غرض المالك ليس إلّا الاسترباح فينهى عن معامله خاصّه لما يراها بلا منفعه فكأنّه قال لا تبع هذا إلّا أن تراه ذا ربح فيخرج معامله عن عقد المضاربه فى صوره الخسران دون صوره التّفّع و القرينه لهذا التّفصيل هو العرف و العاده من أنّ المقصود الأصلي هو الاسترباح ثم إنّ كون الوضيعه عليه مع أن فى صوره البطلان لا وضيعه

محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران و يمكن هذا الحمل في باب التجاره في مال اليتيم أيضا و سيجى ء ذلك

و على أى حال كون المقام من الفضولى بعيد غايته و أما الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم فيمكن تخصيصها بما إذا كان المتجر وليا فيخرج عن موضوع البحث و وجه ضمانه للمال مع كونه وليا اعتبار صحه تصرفه بما إذا كان مليئا فإن الولي الغير الملى حكمه حكم غير الولي في حرمه تصرفه في مال اليتيم و يستفاد هذا التفصيل من نفس الأخبار قال ع إذا كان عندك مال و ضمنته فللك الربح و أنت ضامن و إن كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن و عنه ع في سؤال زراره في رجل عنده مال اليتيم فقال ع إن كان محتاجا ليس له مال فلا يمس ماله و إن هو اتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن

□  
و لو أخذ بإطلاق الروايات لا سيما في مثل خبر سعيد سمعت أبا عبد الله ع يقول ليس في مال اليتيم زكاه إلا أن يتجر به فإن اتجر به ففيه الزكاه و الربح لليتيم و إن وضع فعلى المذى يتجر ففيه أولا أنه ليس في هذه الأخبار دلالة على كون هذا العقد ممّا لحقه الإجازة بل و لا تعرّض فيها لما إذا كان لليتيم ولي و حملة على إجازة الولي فيما كان له ولي و إجازة حاكم الشرع فيما لم يكن له ولي في كمال البعد و ثانيا الجمع بين كون الربح لليتيم و الوضيعه على التاجر لا يتصور في بيع الفضولى لأن الولي لو أمضى هذه المعامله فالوضيعه على اليتيم و لو ردها فلا وضيعه حتى تكون على التاجر فلا بدّ من حمل هذه الأخبار على تجاره الولي فيما لم يكن مليئا فإن الربح لليتيم و يضمن المال و عليه التقص

□  
و أبعد من ذلك إدخالها في مسأله الفضولى بالإجازة الإلهية بل لا معنى لذلك أصلا فإن المتجر لو كان مأذونا من قبل الله سبحانه فليس عقده فضوليا و إن لم يكن مأذونا فلا يلحقه الإجازة قطعا

و أمّا روايه ابن أشيم التي رواها عن أبي جعفر ع قال له عبد لقوم مأذون له في التجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة و أعتقها عني و حجّ عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه و أعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي ليحجّ عن الميت فحجّ عنه و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا فاخصموا جميعا في الألف فقال موالى العبد المعتق إنّما اشترت أباك بمالنا و قال الورثة إنّما اشترت أباك بمالنا و قال موالى العبد إنّما اشترت أباك بمالنا فقال أبو جعفر ع أمّا الحجّه فقد مضت بما فيها لا ترد و أمّا المعتق فهو ردّ في الرق لموالى أبيه و أى الفريقين بعد أقاموا البيّنه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّا إلى آخره

فمضافا إلى ضعف سندها كما قيل و إن سبق على ابن أثيم ابن محبوب و مضافا إلى مخالفتها للقواعد و هي حجّيه عمل العبد المأذون الظاهر في أنه اشترى أباه بأمر الدافع دلالتها على الفضولى بأحد التقريبين الأوّل أن يكون فضوليا بالنسبه إلى ورثه الدافع حيث إنه مات الدافع فبطل وكاله العبد المأذون فاشتراؤه بلا إذن من الورثه أو بالنسبه إلى مولى المأذون بناء على عدم شمول إذنه له في التجاره لشراء العبد أو بالنسبه إلى مولى الأب لعدم كونه مأذونا أن يشتري عبده بماله بل لا يصحّ فاخصموا لأنّ كلّ واحد منهم ادعى أنه اشترى بماله له و الثاني أن يكون ادعاء كلّ واحد منهم من حيث إنه اشترى العبد بماله لغيره فيكون كسواء الغاصب بمال الغير لنفسه و لا يخفى أنّ كلّا من التقريبين خلاف الظاهر أمّا دعوى مولى العبد المعتق فناظره إلى إبطال الشراء



لدعواه بأنَّ العبد المأذون اشترى عبده من ماله فيكون العقد باطلا بل لو ادعى أنه اشترى بماله لغيره يكون العقد باطلا أيضا لأنه لا يمكن أن يتملك عبد نفسه بإجازته الشراء

و المراد من الاختصاص في الألف أن مولى الأب و مولى العبد المأذون كانا ينكران الشراء بالألف و ورثه الدافع كانوا يدعون بأنه اشتراه منه و أميا دعوى الورثه و مولى المأذون فلا- تدل على أنه اشترى بمالهم لهم أو لغيرهم بلا إذن منهم حتى تكون مطالبه المبيع من باب إجازته بيع الفضولي بل ظاهر الاختصاص و دعوى كل منهم أنه اشترى بماله أنه كان لكل منهم أموالا عند العبد المأذون و كان هو مأذونا في التجاره لكل منهم حتى لورثه الدافع و كان يدعى كل منهم أن العبد له لأنه اشتراه بماله و ليس ظاهرا في الإجازة و لا وجه لحمله على الفضولي

ثم إنَّ الظاهر من الزوايه أن الدافع دفع الألف بعنوان الوصيه فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله ع أميا الحجّه فقد مضت بما فيها لا- ترد فالورثه لا ينكرون الوصيه حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافي ذلك قوله ع و أيّ الفريقين بعد أقاموا البيئه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقًا لإمكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس

و كيف كان فظهور الزوايه في مسأله الفضولي ممنوع فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليه فتدبر و على أي حال ما يقال من مخالفتها للقواعد من الوجوه الستة الأولى منها اشتمالها على صحه تصرف المأذون بالتجاره في غير ما أذن له الثاني صحه استيجار أبيه للحج مع ظهور الأمر في أن يحج عنه بنفسه الثالث صحه حج العبد بلا إذن من مولاه الرابع تقديم قول مولى الأب من باب الاستصحاب على قول الآخريين مع أن أصله الصيحه حاكمه عليه الخامس عدم تقديم قول مولى المأذون مع كونه ذى اليد السادس عود العبد رقًا لمولاه مع اعترافه بالبيع و إن ادعى فساده ففيه ما لا يخفى

أما الأول فلأنه لم يعلم أن العبد تصرف في غير ما أذن له نعم بناء على أن يكون دعوى كل واحد من الخصماء هو اشتراء العبد بماله لغيره و ثبوت هذا المعنى واقعا يكون تصرف العبد في غير ما أذن له و هذا فرض في فرض و أما الثاني فأمر الدافع إن كان وصيه فظهورها في كون نفس الوصي نائبا عنه في الحج ممنوع و لو كان استيجار أو استنابه للحج الندبي فكونه بالمباشره لا وجه له أيضا و كون الأصل في التكليف الإلهي اعتبار المباشره لا ربط له بالمقام و أما الثالث فهو متفرع على الثاني مع أنه لو كان نفس العبد المأذون مأمورا بالحج فظهور الزوايه في كونه مأمورا بأن يحج بلا إذن ممنوع

و أميا الرابع فهي و إن كانت مخالفه للقاعده لأن الظاهر من القضييه أن هذا العبد كان عنده المال من جميع الخصماء و كان مأذونا في التجاره لمولاه و لمولى أبيه و مأذونا في اشتراء العبد و عتقه و إعطاء بقيه الألف للحج من قبل الدافع بإقراره ماض على كل واحد لأن من ملك شيئا ملك الإقرار به و الظاهر من عمله الخارجى أنه كان مقرًا بأنه اشترى العبد من دراهم الدافع فحجبه عمله أو إقراره يقتضى نفوذه على مولى الأب فعود العبد رقًا على خلاف القاعده إلا أن كونه مخالفا لأصله الصيحه غير معلوم لا من باب أن أصله الصيحه في طرف كل واحد من المدعين للصيحه معارضه بأصله الصيحه في الطرف الآخر و يرجع إلى أصله عدم الانتقال من مولى الأب بل لأن أصله الصيحه تجرى فيما إذا كان الشك راجعا إلى شرائط العقد و فى المقام

قابليته هذا الشراء من حيث العوض غير معلومه لاحتمال شرائه عبد شخص بمال هذا الشخص

و أما الخامس فكون مولى المأذون ذا يد على عبده غير ملازم لأن يكون ذا يد على الألف الذي اختصموا فيه مع أن المأذون في التجاره عمله مطابق لدعوى ورثه الدافع و أميا السادس فكونه حرًا غير ثابت إلّا من باب عمل العبد المأذون و من هذه الجبهه عوده رقا إلى مولاه مخالف للقاعده و أما من غير هذه الجبهه فلم يعلم كونه حرًا حتى يمتنع عوده رقا

و كيف كان كون هذه الروايه مطابقه للقاعده أو غير مطابقه ظهورها في المدعى ممنوع و مجرد الإشعار أو الاحتمال لا يفيد و أما صحيحه الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة قال لا- يصلح له أن يأخذ بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد فدلالته على الفضولي موقفه على أن يكون الثوب ملكا للمشتري و لم يكن البائع مأذونا في البيع و أميا إذا كان مأذونا في البيع كما هو الظاهر لجهل كلّ منهما بطلان الإقاله فيتخيّل المشتري أن الثوب ملك للبائع فيأذن له أن يبيع لنفسه و يردّ عليه ثمنه فباعه البائع بتخيّل أنّه ملكه فيكون عكس من باع مال أبيه بظنّ حياته فبان موته فاحتياج هذا البيع إلى الإجازة و كونه من الفضولي محلّ كلام

و يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشتري ثانيا فيكون ردّ الزائد استجابيا و يشهد لهذا قوله ع صاحبه الأول فإنّ التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا و أما موثقه عبد الله عن أبي عبد الله ع عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فذهب ليشتري المتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا- بأس فالظاهر منها هو الاحتمال الثاني المذكور في المتن و هو أن يشتري لصاحب الورق بإذنه مع جعل الخيار له على بائع الأمتعه نعم التعبير بالفسخ كان أنسب من الترك و لكن مجرد هذا لا يجعل الروايه ظاهره في الفضولي

ثم إنّ هاهنا أخبارا آخر لم يذكرها المصنف مع أنّها أظهر في الدلالة على صحّه الفضولي مما ذكره و حيث أثبتنا صحّتها بمقتضى القواعد العامه فلا يهمنّا ذكرها و بيان دلالتها

**[و احتجّ للبطالان الأدله الأربعة]**

**[أما الكتاب]**

قوله قدس سره و احتجّ للبطالان الأدله الأربعة أما الكتاب فقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ إِلَى آخِرِهِ**

تقريب الاستدلال بالآيه المباركه من وجهين الأول مفهوم الحصر على ما بيناه سابقا فإنّ مفاد المستثنى و المستثنى منه هو أن لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنّه من الباطل إلّا أن تكون تجاره عن تراض فتدلّ على بطلان عقد الفضولي لأنّه ليس تجاره عن تراض

و الثاني سياق التحديد فإنّ كلّ وصف ورد في مقام التحديد يدلّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف و إن قلنا بأنّ الوصف لا

مفهوم له فإنّ ذاك النزاع إنّما هو في غير مورد التّحديد و أمّا في مقام التّحديد فحيث إنّه يعتبر في الحدّ أن يكون جامعا و مانعا يدلّ على الحصر في مورد الوصف فمفاد الآيه الشّريفه هو أنّ التّجاره لا- عن تراض من أقسام الباطل و لا يخفى أن كلا من الوجهين لا- يفيد المستدلّ لأنّ التّجاره هي المسبب و اعتبار مقارنه الرّضا معه لا إشكال فيه و أمّا العقد فلا يطلق عليه التّجاره حتى يعتبر صدوره عن رضى المالك و هذا لا ينافي اللّزوم من طرف الأصيل مع عدم تحقّق المسبّب كما سيأتي لأنّ وجوب الوفاء عليه من جهة التزامه العقديّ و التزامه تحقّق و إن لم تتحقّق الملكيه لتوقّفها على رضاء الطّرف

الآخر بل لو لم يتم العقد أيضا كالإيجاب قبل القبول يمكن أن يقال ليس للموجب الفسخ قبل تحقق القبول لأن مقتضى مقابله الجمع بالجمع في أوفوا بالعقود هو التوزيع فكل مكلف ملزم بالالتزام العدى التزم لطرفه وإن لم يلتزم الطرف بعد و لذا نلتزم بوجوب التزام كل منهما بما التزم في باب الصرف و السلم قبل القبض و إن توقّف الملكيه على القبض

و بالجمله وجوب الالتزام على الأصيل من أثر العقد المتحقق بينه و بين الفضولى لا- من أثر تحقق التجاره التي هي المسبب فتوقّف التجاره على رضا المالك لا يلزم بطلان الفضولى و لا وجه لإنكار الحصر و لا لدعوى أنّ القيد وارد مورد الغالب و لا لإنكار القيد و جعل قوله عزّ من قائل عن تراض خيرا بعد خبر لتكون بأن يكون مفاد الآيه لا تأكلوا أموالكم إلاً بنحو التجاره و إلاً بنحو الإباحه من المالك و رضاه بالتصرف لأنّ مع التقييد و الحصر أيضا لا يدل على بطلان الفضولى

### [و أما السنه]

قوله قدّس سرّه و أما السنه فهي أخبار منها النبويّ المستفيض و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك إلى آخره لا يخفى أنّ هذه الروايه مرويه عن طرفنا و عن طرق العامه فإنّ في مسند أحمد بن حنبل ذكر قضايا رسول الله صلّى الله عليه و آله عن عباده الصّامت الذي هو من أجلاء الصّحابه و من أفضيته ص قوله لحكيم بن حزام الذي كان دلالة لا تبع ما ليس عندك و يقرب منها قوله ص لا- بيع إلاً فيما يملك بناء على أن يكون مفاده لا بيع فيما لا يملكه البائع و أمّا بناء على أن يكون يملك مبنيا للمفعول فلا ربط له بما نحن فيه و هكذا التوقيع المبارك لا يجوز بيع ما ليس يملك و لكن جميع ما ورد بهذا المضمون ظاهر في النهي عن بيع العين الشخصيه التي للغير من المشتري ثم مضى البائع لأن يشتري من صاحبها و يسلمها إلى المشتري لأنّ بيع الكلّي سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين مع أنّ المبيع ليس عنده فهذا النهي يدلّ على اعتبار الملكيه في ناحيه المسبب و أنّ المشتري لا- يملك ما باعه الدلّال من مال غيره و غير ناظر إلى النهي عن إجراء العقد فلا دلالة فيه على أنّ الملكيه لا تحصل للمشتري بإجازه مالكة بعد إنشاء البيع من حكيم بن حزام و غيره

و أما روايه الحميري فدلالته على صحّه الفضوليّ أظهر من دلالتها على فساده فإنّ مقابله الرضا بالأمر في قوله أرواحنا له الفداء أنّ الضّيعه لا- يجوز ابتاعها إلاً عن مالكة أو بأمره أو رضاه منه ظاهره في كفايه الإجازة اللاحقه فإنّ الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بأمره هو الرضا اللاحق الذي هو عبارته عن الإجازة لا الرضا المقارن فإنّه متحقّق حين الأمر

فحاصل التوقيع أنّ الضّيع لا يجوز ابتاعها إلاً بمباشرة المالك أو بوكاله منه أو بإجازته بعد ذلك و أمّا صحيح محمّد بن مسلم فلا يدلّ إلاً على أنّ في مورد نزاع أهل النيل التي هي بلده بالفرات و أهل الأستان التي هي بلده ببغداد لا بدّ من إحراز مالك الأرض و أنّ المعامله لا تصحّ إلاً إذا اشترت الأرض من أهلها و ليس في مقام أنّ إجازة المالك لا تنفع أو أنّ الضّيعه لا بدّ أن تكون مقرونه برضا المالك و أمّا صحيح محمد بن قاسم فهو على صحّه الفضولى أدلّ فإنّ الإمام ع قال قل يمنعها أشدّ المنع أي لا يقبضها الثمن و لم يقل بأنّ البيع لا يصحّ

ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحّة الفضولى لأنّ تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق بتقريب أن مفاد الأدلة المانعه هو أن يبع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجر و مفاد الأدلة المجوّزه

صحة البيع للمالك إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا إجازته محلًا لتوهم الصيحه حتى يرد المنع بنحو العموم بل التعارض بينهما بالتباين فإنه لو سلم إطلاق هذه الروايات وشمولها لما إذا قصد الفضولي البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال في شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الأقسام

و بتقريب آخر لو سلم دلاله أدله المانع فتسليمها عباره عن الاعتراف باعتبار الرضا في ناحيه الأسباب لأنه لا معنى لأن يرد هذه الأدله في مقام بيان اعتبار الرضا في المسببات فإنّ اعتبارها فيها لم يكن مورداً للتوهم فإذا دلت أدله المجوزين على عدم اعتبار الرضا إلا في ناحيه المسببات فبالالتزام تدلّ على عدم اعتبارها في ناحيه الأسباب فيتعارضان على نحو التباين

### [الثالث الإجماع]

قوله قدس سره الثالث الإجماع إلى آخره

لا يخفى أنّ دعوى الإجماع مع مخالفه نفس المدعى أو مخالفه من في عصره أو من كان قبله لا تستقيم إلا أن يكون المراد منه الإجماع على القاعده الكليه مع حدس المدعى أولاً من أن المورد من صغرياتهما و مخالفه نفسه ثانياً أو غيره في هذا الحدس أو سائر المحامل التي ذكرها المصنف في فرائده فمثل هذه الإجماعات لا اعتبار بها

### [الرابع ما دلّ من العقل و الثقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه]

قوله قدس سره الرابع ما دلّ من العقل و الثقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه إلى آخره

و لا يخفى أنه قدس سره أورد عليه أولاً بأن مجرد إنشاء العاقد متوقفاً لإجازته المالك ليس تصرفاً

و توضيح ذلك هو أنّ التصرف في الأموال مختلف عرفاً باختلاف الأثر المرغوب منها فمثل الاستئجار تحت خيمه الغير يعدّ تصرفاً فيها بخلاف الاستئجار بحائطه لأنّ الفائده المعتده بها من الفسطاط ليست إلا الاستئجار بخلاف فائده الحائط و إنشاء البيع ليس تصرفاً في المبيع سواء كان بلا إذن كالفضولي أو معه كالوكيل في إجراء الصيغه بل التصرف فيه عباره عن إيجاد ما هو من شئون المالك إيجاداً كتصرف نفس المالك بالبيع أو بيع الوكيل المفوض أو بيع الغاصب فإنه تصرف في المغصوب و بيع المقامر فيما أخذه بالقمار فإنّ الغاصب و المقامر يوجدان البيع حقيقه من قبل أنفسهما و لا يفرقان بين ما ملكاه بالإرث و الغصب أو القمار فهما متصرفان في المبيع كتصرف المالك و الوكيل المفوض و هذا بخلاف الفضولي فإنه و إن كان قاصداً للبيع أي ليس غالطاً و هازلاً- إلا أنه يرى نفسه نائباً من المالك و هو متوقع لإجازته لا بمعنى أنه يعلق بيعه على إجازته بل بمعنى أنه يوجد مادّه البيع القابله للاستناد إلى المالك بإجازته

و أورد عليه ثانياً بأنه لو قيل بأنّ هذا تصرف فليس كل تصرف حراماً بل هو من قبيل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره ممّا

استقلّ العقل بجوازه و لكن لا- يخفى أن هذين لا يعدّان تصرّفًا بل انتفاعًا و إلا لو كان تصرّفًا كالأستغلال تحت خيمه الغير فاستقلال العقل بجوازه ممنوع

و أورد عليه ثالثا بأنّه قد يفرض المسأله فيما إذا علم الإيذن فيه بشاهد حال أو قرينه مقال بناء على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولى و فيه أنّ دعوى المستدل بحكم العقل على بطلان الفضولى لا تشمل هذا المورد فيمكن التزمه بالصّحه فى هذا المورد و البطلان فى سائر الموارد إلّا أن يقال إنّ القائل بالصّحه يكفيه الإيجاب الجزئى فى مقابل السلب الكلى

و أورد عليه رابعا بأنّ التصرّف على فرض حرمة لا يوجب الفساد و فيه أنّه لا يوجب الحرمة الفساد إذا رجع النهى إلى السبب من حيث إنه فعل من أفعال البائع كحرمة البيع وقت النداء و أمّا إذا تعلّق بالمسبّب كما هو مبنى الإيراد الخامس فلا- ينبغى الإشكال فى فساده

## كبيع المصحف من الكافر على ما بيناه فى الأصول

و إجماله أن ما كان واجبا أو حراما يخرج عن تحت قدره المكلف لأن معنى كون الشئ مقدورا أن يكون كلا طرفى الفعل و الترك تحت اختياره و التصرف فى المقام لو قيل بحرمة فالحرمة راجعه إلى التملك الحاصل من السبب فالأوجه هو الإيراد الخامس و هو أن الفساد من قبل الفضولى لا ينافى الصيحه من قبل المالك بإجازته فإن الفضولى أوجد الماده القابله لأن تتصور بصوره المالكه بإجازة المالك لأن جميع شروط البيع المالكى موجوده فيه سوى الرضا و الاستناد إليه فإذا تحققت الإجازة تحققت الشرائط طرا لأن المفروض أن العقد من حيث الإنشاء تام و توهم فساده من حيث عدم قدره العاقد على التسليم و فقدان قصده ضعيف فإن من اعتبر قدرته عليه و هو المالك قادر و من هو عاجز فلا يعتبر قدرته

و أما فقد القصد فقد ظهر ما فيه فى عقد المكره و إجماله أن ما هو مناط العقديّه و هو كون العاقد قاصدا للفظ و المعنى موجود فى عقد الفضولى و ما هو مفقود فى عقد الفضولى و المكره و هو قصد النتيجة ليس مناطا فى العقديّه حتى فى عقد المالك أيضا فإن تحقق المنشأ فى عالم الاعتبار الذى هو من الأحكام الشرعيّه الإيضائيه لا يعتبر قصده من المالك أيضا بل لا يمكن أن تتعلق إرادته به و إنما هو من دواعى الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من المالك فضلا عن الفضولى الذى ليس زمام أمره بيده لأن ما يمكن إنشاؤه و إيجاداه هو العلقه بين المال و الطرف و أما تحققه بحيث يكون مما تعلق به الإضاء الشرعى فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشآت المنشئ

و كيف كان فلا- يعتبر فى صدق العقد سوى قصد اللفظ و المعنى و هو حاصل من الفضولى كحصوله من الوكيل فى إجراء الصيغه و لا فرق بينه و بين الفضولى إلا أن الاستناد إلى المالك حاصل حين عقد الوكيل و أما الفضولى فيحصل بعد عقده و أما فى سائر الآثار كعدم قدره على التسليم و عدم التمكن من قصد النتيجة حتى بنحو الداعى فهما مشتركان

**[المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك]**

قوله قدس سرّه المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك إلى آخره

الكلام فى هذه المسأله يقع تاره بناء على صحه الفضولى من حيث القاعده و أخرى بناء على صحته للأدله الخاصه أما على الأول فالأقوى عدم الفرق بين هذه المسأله و المسأله السابقه لأن منع المالك قبل العقد لا يؤثر إلا فى سلب استناد العقد إليه و هو كان حاصلًا و لو لم يكن منع كما فى الصوره السابقه و لا يمكن أن يكون ردًا للعقد الذى لم يوجد بعد نعم قد يتوهم أن بقاء الكراهه المستمره من زمان المنع إلى بعد العقد و لو آنا ما كاف فى ردّ العقد و لكنّه فاسد لأن الكراهه الباطنيه كالرضى الباطنى لا يؤثران فى الردّ و الإجازة و لا فى الفسخ و الإضاء و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الإذن فى اشتراء الوكيل لو سلم فإنما هو لأماريّه الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهه الموكل باطنا بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكاله فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع



و بالجمله مجرّد الكراهه الباطنيّه لا يؤثر في رفع أثر العقد فلا يضرّ المنع السابق و يؤيد ذلك صحّه عقد المكره إذا لحقه الإجازة و دعوى كونها للإجماع لا يصغى إليها للمنع عنه صغرى و كبرى فإنّه على فرض تحقّقه مستند المجمعين معلوم و أمّا على الثّانى فشمول الأدلّه الخاصّه لهذه الصوره مشكل أمّا صحيحه محمّد بن قيس فعدم الاستفصال فيها إنّما هو لظهور القضيّه

فى كون ابن مالك الوليد باع الأمه بلا إذن من أبيه كما هو صريح قول والده حيث قال وليدتى باعها ابني بغير إذنى

و احتمال كونه مسبوqa بالنهى بعيد و إلا كان الأنسب فى مقام المخاصمه أن يقول باعها مع النهى بل مقتضى الطبع أن من يقصد الشيفر لا ينهى أولاده و أولياءه عن بيع أمواله فعدم استفصال الإمام عليه السلام لا يدل على العموم و أما أدله النكاح فقد عرفت أن المعصيه المذكوره فيها ليست بمعنى مخالفه النهى بل التعدى على المولى و التصرف فى سلطانه بلا إذن منه و استيذان عنه و أميا نهى رب المال عن المعامله الخاصه أو الشيفر إلى جهه خاصه و نحو ذلك فقد عرفت عدم دلالتة على كون معاملة العامل فضوليا لأن نهيه عنه طريقي ناش عن خوف الخسران فلا يشمل صورته ظهور الزبح

و على هذا فحمل أخبار باب المضاربه على التعييد كما فى المسالك لا وجه له مع أن إعمال التعييد فى المعاملات بعيد و على أى حال أخبار باب المضاربه ليس دليلا على صحه الفضولى لو سبقه منع المالك هذا مضافا إلى عدم التعرض فيها لإجازة رب المال بعد معاملة العامل و قد ذكرنا أن الأخبار الوارده فى التجاره فى مال اليتيم أيضا لا تعرض فيها لإجازة الولي و دخولها فى باب الفضولى ممنوع فضلا عن أن تكون مؤيده للصوره الثانيه لكن الذى يسهل الخطب أن الفضولى صحيح على القاعده و نهى المالك قبل العقد لا أثر له

### [المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه]

قوله قدس سره المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه إلى آخره

لا يخفى أن الاستدلال لهذه الصوره بالعمومات يتوقف على أمرين الأول عدم مانعيه قصد الغاصب أو الجاهل البيع لنفسه إما بأن يعلم عدم مانعيته أو يشك حتى يتمسك بالعموم لرفع الشك و إلا فلو علم بمانعيته فلا معنى للتمسك بالعموم

و بالجملة لو لم يكن القصد لنفسه لغوا فلا يفيد إجازة المالك لأن إجازة العقد الواقع لغيره لا تؤثر فى الاستناد إلى المجيز و على هذا فلا معنى للتمسك بفحوى الصيحه فى النكاح لصحه بيع الفضولى لنفسه لأن النكاح الذى يتعلق به الإجازة إما نكاح العبد لنفسه و إما نكاح الفضولى لغيره و كل منهما لا يرتبطان بالمقام إلا بعد لغويته قصد العقد لنفسه فى المقام أما نكاح العبد فلأن إجازة المولى تتعلق بما هو المنشأ من العبد و هو العقد لنفس العبد فصحته لا تلازم صحه البيع الذى يتعلق بالإجازة به للمالك

و أميا نكاح الفضولى لغيره فهو داخل فى إحدى المسألتين السابقتين الثانى إمكان تحقق قصد المعاوضه الحقيقيه و هو دخول أحد العوضين فى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر و العمده رفع هذا الإشكال العويص فإنه لو ارتفع هذا فقصد الغاصب أو الجاهل البيع لنفسه لغو قطعاً كما أن سائر وجوه المنع مثل التمسك بقوله لا تبع ما ليس عندك و مثل أن بيع الغاصب مقارن دائما لمنع المالك لأن الغصب أماره عدم الرضا و مثل أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ فإن المنشأ هو العقد لنفسه و المجاز وقوع التبديل لغير العاقد فيها ما لا يخفى

أمّا قوله لا- تبع ما ليس عندك فقد عرفت أنه لا- يدلّ على عدم وقوعه للمالك إذا أجاز لو لم نقل بأنّه وارد في بيع العين الشخصيّة قبل اشترائه من مالكه و أمّا كون بيع الغاصب مسبقاً بالمنع ففيه أولاً أنّ محلّ البحث هو الأعمّ من الغاصب و غيره كالجاهل بأنّه ملك الغير فيبيعه لنفسه كما في مورد الإقالة بوضيعة و ثانياً أنّ المنع متوجّه إلى البيع للغاصب لا إلى البيع مطلقاً لإمكان تحقّق الرضا من المالك

فى أصل البيع و ثالثا أنّ مجرد الكراهه لا- تؤثر شيئا و أمّا كون المنشأ غير المجاز فهذا متفرّع على عدم إمكان تحقّق قصد المعاوضه الحقيقيه و إلّا فالمنشأ هو المجاز كما سيّضح إن شاء الله فالعمده رفع هذا الإشكال و لكن الحقّ إمكان تحقّق قصد المعاوضه الحقيقيه من الغاصب فضلا عن الجاهل المعتقد بأنّه ملكه

أمّا إجمالا فلما نرى خارجا من قصد المعاوضه حقيقه من الظلمه و السّراق بل لا يفرّقان بين ملكهما الموروثى و الملك الّذى بيدهما من غيرهما و أمّا تفصيلا فلأن صدور المعامله من الغاصب مبنى على تجعّل منه فى المالكه بمعنى أنّه يغصب الإضافه الحاصله بين المالك و ملكه و يسرقها و كأنه يقطع حبل المالكه المتّصله بين المالك و ملكه و يوصله بنفسه فبعد سرقة الإضافه يرى السّارق نفسه ذا إضافه و ذا جدّه اعتباريّه فيبيع ما هو ملك له كسائر أمواله الّتى تحت سلطنته و بهذا الاعتبار يصدر المعاوضه منه حقيقه و يوقع التبديل بين ملكى المالكين

ثم لا يخفى أنّ هذه المقدّمه المطويه أى رؤيه نفسه مالكا لا يضرّ بالمعامله و ليس من موانع العقد كمانعيه الفصل بين الإيجاب و القبول و نحو ذلك فإنّ هذا البناء و التشريع كالبناء فى العبادات الغير المضرّ بعبادتها و توضيح ذلك أنّه لو قصد وصفا مخالفا لما هو وصف المأمور به كما لو قصد الوجوب فى مكان الاستحباب أو القضاء فى مكان الأداء أو عكس ذلك فتاره يكون جاهلا- بالوصف الواقعى و أخرى عالما به و على التقديرين تاره يقيد قصده بهذا الوصف المخالف و أخرى لا يقيده به بل يقصد الأمر الواقعى و لكن يطبقه على الّذى يقصده جهلا أو تشريعا فإذا أناط قصده بهذا الوصف المخالف و قيده به بحيث لو لم تكن صلاه اللّيل مثلا واجبه عنده لم يصلّها فهذه الصّلاه باطله و أمّا لو قصد أمرها الواقعى و أخطأ فى التطبيق كالجاهل أو بنى تشريعا على أنّها واجبه فهذا لا يوجب البطلان

ففى مقامنا لو قصد المعاوضه بين ملك نفسه و ملك غيره بأن باع مال الغير لنفسه من دون بناءه على ملكه المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضه فاسده لأنّه قصد تملكك الثمن بلا- تملكك المثل من ماله و أخرى يقصد المعاوضه بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بناءه على أنّه مالك فهذا البناء و الاعتقاد يلغى و يصح العقد بالإجازه و المنشأ هو المجاز لأن الإجازه تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين لا بالقصد المقارن أو الخطاء فى التطبيق

ثم إنّه بعد سرقة الإضافه لا يحتاج حين صدور البيع إلى تنزيل نفسه منزله المالك حتى يقال لو سلمنا هذا التجعّل و البناء من الغاصب غالبا فلا نسلمه دائما و لو كان الملاك ذلك لزم فى الحكم بصحّته بالإجازه إحراز هذا البناء إلى آخر كلام هذا القائل و ذلك لأنّ التّزليل المصحّح لبيع الغاصب الّذى جعله المصنف قدس سرّه ملاكا لو كان هو التّزليل حال العقد لكان لهذا الإيراد وقع و بعبارة أخرى لو كان مالكه الغاصب من قبيل الدّاعى و كان غرض المصنف أنّ تخلف الدّاعى لا يضرّ بحقيقه العقد لكان هذا الإيراد واردا لعدم إحراز هذا الدّاعى دائما مع أنّه يجب أن يختلف الحكم باختلاف نحوى الإنشاء لأنّه قد يكون داعيه صدور المعامله منه بما أنّه هو المالك و قد يكون داعيه صدورها بما أنّ المالك هو المالك

و أمّا لو كان هو التّزليل جاز السّرقه بمعنى جعل نفسه عدوانا هو المالك كما هو حال من كان شغله السّرقه و النهب و الغاره فإنّه يبنى على أن إضافه المالكه

و الجده الاعتباريّه منسوبه إليه باعه أو لم يبعه فإذا باع ما هو ملكه بعد سرقة الإضافة فلا يرد هذا الإيراد أصلا

و بالجملة فصدور المعاوضه الحقيقيه مبنى على هذا الجعل و هو المصحح لقصد البيعيه فينشئ تبادل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى و تتعلّق الإجازة بعين ما أنشأه لأنه لم ينشئ إلّا أصل التبادل كما ينشئ ذلك نفس المالك لا أنّه ينشئ التبادل عن قبل نفسه فعلى هذا لا يرد أيضا الإشكال بأنّ المنشأ غير المجاز و المجاز غير منشأ

ثم إنّه لا- فرق بين أن يكون الغاصب بائعا أو مشتريا كانت الصّيغه بعث و اشترت أو كانت ملكت و تملكّت كان الإيجاب مقدّما على القبول أو مؤخرا فلا- وجه لإشكاله قدّس سرّه فيما لو كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير لأنّ كون إنشاء البائع متوجّها بالصّيراحه أو الظهور إلى المشتري لا يقدح فى الصّيحه بعد بناء المشتري على مالكيته للثمن ثمّ قبوله تبادل البائع بين المثلث و الثمن أو إنشائه التبادل بين الثمن و المبيع كما لو قدم القبول فإنّ فى جميع الصّور لا إشكال فيه لا من باب أن كاف الخطاب وضع للأعمّ من المالك الحقيقيّ و الجعليّ كما قد يتوهم فى الخطاب المتوجّه إلى الشّخص المرّدّد بين كونه وكيلا أو أصيلا بل لأنّ الغاصب بعد سرقة الإضافه يكون هو المالك و هو المخاطب بهذا الخطاب كما أنّ الموكل هو المخاطب فى معامله الوكيل بالبدن الثّيابى فإذا أنشأ الملكيه بين الشّيئين و تعلّق الإجازة بهذا الإنشاء صحّ من مالك الشّيئين

و بالجملة لو قصد العقاد إدخال الثمن فى ملك من لم يخرج عن ملكه المثلث و بالعكس فهذه المعامله باطله و لذا قلنا بالبطلان لو قيل اشترى بمالى لنفسك طعاما إذا لم يقصد من هذا القول تمليك الثمن قبل الشّراء و لا تمليك الطعام بعد الشّراء و أمّا لو قصد التبادل بين العوضين كما هو المتعارف فتخيله أو بناؤه بأنّ واحدا من الثمن و المثلث ملكه مع أنّه ليس كذلك لا يضرّ بالمعامله

و توهم أنّه لو قال تملكّت الثوب بهذه الدّراهم فهو من قبيل القسم الأوّل فاسد فإنّه لم يقصد إدخال الثوب فى ملكه و إخراج الثمن عن ملك غيره حتّى يكون فاسدا بل بعد بنائه على أنّه مالك للثمن قصد إخراج الثمن عن ملك من يدخل فى ملكه الثوب فلا فرق بين أن يكون الغاصب بائعا أو مشتريا قدم القبول على الإيجاب أو أخره كان القبول بلفظ تملكّت أو اشترت

### [فيما أفاد المحقق القمى فى الإجازة]

قوله قدّس سرّه و أمّا القول بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم إلى آخره

لا يخفى أنّه بعد ما عرفت من أنّ المنشأ هو المجاز لأنّ المنشأ هو التبادل بين المالكين و هو الرّكن فى باب العقود المعاوضيه من دون دخل كون مالك المالكين هو العاقدين أو غيرهما فلا إشكال حتّى يدفع بما أجاب به المحقق القمى قدّس سرّه مع أنّه لا يسمن و لا يغنى فإنّه لو كان مفاد الإجازة تبادل العقد الواقع بين الغاصب و طرفه بالعقد الواقع بين المالك و الطّرف و كانت الإجازة كبيع التّولية لتوقف صحّته إلى قبول الطّرف و لا يعقل أن تكون الإجازة وحدها إيجابا و قبولا و لو قيل إنّ القبول المقدم من الطّرف ينضمّ إلى الإجازة الّتى هى إيجاب من المجيز كما حكى عن شيخ كاشف الرّموز فيه أنّ هذا لا يمكن على تقرير

المحقق القمى من أن الإجازة تبديل عقد بعقد لا أنها إنفاذ للعقد السابق أو إعادته للإيجاب

و أما تنظير المقام بمسأله من باع شيئاً ثم ملكه ففيه أنه لا اشتراك بينهما فإن في تلك المسأله الإجازة توافق ما قصده المتعاقدان  
فإن البائع قصد البيع

لنفسه فإذا صار مالكا و أجازه وقع لنفسه و مفروض كلام المحقق القمي أنّ في مسألتنا الإجازة تخالف المنشأ و لو قيل إن في تلك المسألة أيضا الإجازة تخالف المنشأ فنقول إنّ هذا منشأ القول بالبطلان فيها فالصواب في الجواب هو ما تقدم من موافقه المجاز للمنشأ

قوله هذا مع أنّه ربما يلتزم صحّحه أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجه لصيروره العوض ملكا للفضولي إلى آخره

توضيح ذلك هو أنّ المصنف قدس سرّه بعد ما أجاب عن المحقق القمي بمنع مغايره ما وقع لما أجزى اعترف بها فيما لو كان الغاصب مشتريا لأنّ ظاهر قوله تملكك منك هذا الثوب بهذه الدرّاهم إنشاء تملكه للبيع فإجازة هذا المنشأ تقتضي تملك الفضولي للمثمن

ثم أجاب عنها أولا- بأنّ قصد الغاصب التملك لنفسه إنّما هو لبنائه على أنّه مالك الثمن فالإجازة تتعلّق بالمعامله الواقعه بين مالك الثمن و المثمن و أجاب عنها ثانيا بما نقله عن كاشف الغطاء و حاصله أن غايه ما يلزم من إشكال مغايره المجاز للمنشأ أن لا- تكون الإجازة موجهه لصحّحه العقد للمالك و أمّا بطلان المعامله رأسا فلا وجه له لأنّها يمكن أن تكون صحيحه بالإجازة على أن يصير المال للغاصب الفضولي و هذا على وجهين الأوّل أن تكون الإجازة متضمّنه للتملك الضمني كتضمّن الإذن في الاشتهار للتملك في قوله اشتر بمالي لنفسك طعاما فعلى هذا وقع العقد حقيقه في ملك الغاصب الثاني أن تكون الإجازة كالإذن في الاشتهار المصحح لوقوع الطّعام في ملك المأذون مع خروج عوضه عن ملك غيره و لا دليل على اشتراط خروج العوض عن ملك من يدخل في ملكه المعوّض فإنّ البيع لا يقتضي إلّا عدم المجاتيّه فإنّه مبادله بمال و أمّا كون أحد المالكين لا بدّ أن يكون خارجا عن ملك من يدخل في ملكه المال الآخر فلا دليل عليه

ولا- يخفى ما فيهما أمّا في الثاني فقد عرفت أن العقود المملّكه تختلف أفرادها حقيقه و الهبه غير البيع و حقيقه البيع أن يتبدّل طرف إضافه بطرف إضافه أخرى مع بقاء أصل الإضافه فخرج الثمن عن ملك زيد يقتضي دخول المثمن في ملكه فإذا خرج المثمن من ملكه إلى ملك عمرو فلا معنى لدخول المثمن في ملك بكر و إن هذا إلّا هبه من زيد لعمرو و هبه من عمرو لبكر و البيع و إن كان مبادله مال بمال إلّا أنّه مبادله بينهما في طرفي الإضافتين فلا يعقل أن لا يدخل المعوض مكان العوض

و أمّا الأوّل ففيه أولا أنّ الحكم في المقيس عليه ممنوع فإنّ الإذن لا يتضمّن التملك فإنّه ليس مشرعا و قياسه على مسأله أعتق عبدك عني و ألق مالك في البحر و على ضمانه و نحو ذلك قياس مع الفارق و تقدم صحّحه مسأله العتق و فساد اقتضاء الإذن التملك في فروع المعاطاه مفضّلا و ثانيا على فرض اقتضاء الإذن التملك أنا ما من باب أنّ من أنحاء سلطنه المالك اقتضاءه له إلّا أنّ الإجازة لا- تقتضي ذلك للزوم الخلف و المناقضه لأنّ اعتبار إجازة المالك و الاحتياج إليها إنّما هو لو تعلقت بنفس تبادل الملكين للمالك الواقعيّ منهما فافتضاؤها تملك الفضولي ممتنع إلّا إذا تعلقت بالملكيّه البنائيّه من الغاصب و هذان ممّا لا يجتمعان

و بعباره أخرى لبيع الغاصب اعتباران اعتبار أنّ المبيع ملكه و اعتبار إنشائه التبدل بين الملكين لمالكهما الواقعي و بالاعتبار

الأول لا- موقع للإجازة لأنَّ الشَّخص لو باع مال نفسه فبيعه لا يتوقَّف على إجازة غيره فما يتوقَّف على الإجازة و يصحَّ بها هو  
الاعتبار



الثانى و هو لا يقتضى تملك الغاصب بل يضاعده لأنه يقتضى وقوع البيع فى ملك المميز لا العاقد و هذا الإشكال لا يرد فى الإذن السابق بناء على تأثيره لأن بعد تحقق الإذن يقع التبديل فى ملك المأذون

و بالجمله قياس الإجازة على الإذن إنما يصح لو وقع تملك فضولى من الغاصب لنفسه بأن وهب مال المالك لنفسه فضولا ثم باع الموهوب و تعلق الإجازة بالهبة و أمّا لو لم يقع من الغاصب إلّا البيع بعد البناء على كونه مالكا عدوانا فإجازة البناء ليس أمرها بيد المالك حتى يصح بالإجازة و نفس الإجازة أيضا ليست مشرعه للملك ابتداء من دون أن يقع من الغاصب شىء متعلق الإجازة به بل لو قلنا بأن إجازة البناء أيضا بيد المالك فهذه تقتضى فساد المعاملة لا صحتها لما تقدم أن وجه بطلان بيع الغاصب لنفسه هو قصده مالكيه نفسه فإنّ هذا القصد يقتضى عدم إمكان قصد المعاوضة الحقيقيه فتصحح بيع الغاصب لنفسه لا يمكن إلّا أن يكون قصد البيع لنفسه من الدواعى و كان المنشأ هو التبديل بين المالكين الذى هو القابل لأن يصح بإجازة مالك المال

و حاصل الكلام أن قياس الإجازة على الإذن لا وجه له فى المقام فإنّ الإذن إنما يؤثر التملك الضمنى بسبقه لا بما هو إذن حتى يقال كلّما يؤثر فيه الإذن يؤثر الإجازة فيه ثم لا يخفى عدم ورود إشكال التناقض بين كلامى المصنف قدس سره من قوله لأنّ الإذن فى البيع يحتمل أن يوجب الملكية آنا ما اقتضاء و قوله لأنّ الإذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته و ذلك للفرق بينهما إذ يمكن أن يكون الإذن فى البيع بمنزلة إيجاب التملك و وقوع البيع من المأذون بمنزلة القبول عكس الاستدعاء و الإيجاب فى أعتق عبدك عنى و هذا لا يمكن فى الإذن فى التملك فإنه ليس إلّا هو و لم يتحقق من المأذون فعل آخر يكون أحد ركنى العقد

و على هذا فيظهر الفرق بين الإذن و الإجازة أيضا بنحو ما ذكر فإنّ الإجازة أيضا ليست إيجابا متأخرا إذا فرض عدم وقوع هبة من الغاصب لنفسه فضولا من قبل المالك ثم إنّه كما لا يكون إجازة المالك متضمنا لتمليك الغاصب فيما لو بنى الغاصب أنّ المغصوب لنفسه ثم أوقع التبديل بين المالكين فكذلك لا تؤثر فى التملك لو لم يتحقق منه هذا البناء بأن باع مال غيره لنفسه أو اشترى بثمن غيره طعاما لنفسه فإنه مضافا إلى عدم تحقق قصد المعاوضة الحقيقيه لا تنفيذ الإجازة للتملك و لا تصحح المعاملة

قوله قدس سره ثم إنّ ممّا ذكرنا من أن نسبه ملك العوض حقيقه إنما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكيه الغاصب للعوض يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحه البيع لنفسه مختص بصوره علم المشتري إلى آخره

لا يخفى أنّ معاملة الأصيل مع علمه بأن الطرف غاصب مستلزم لإشكالين أحدهما نظير الإشكال المتقدم فى قصد الغاصب و هو أنّ الأصيل كيف يقصد المعاوضة الحقيقيه مع علمه بأن الطرف غاصب و ثانيهما أنّه مع حكم الأصحاب بأنّ فى صورته ردّ المالك لا يجوز للأصيل استرداد الثمن من الغاصب كيف تؤثر إجازة البيع من المالك مع أنّه بيع بلا ثمن لأنّ الثمن الذى دفعه الأصيل إلى الغاصب لو كان عوضا عن المبيع لكان اللازم أن يرد إلى الأصيل برّد المالك المعاملة الواقعه بينه و بين الغاصب فعدم وجوب رده كاشف عن عدم جعلهما الثمن بإزاء المبيع

أما الإشكال الأوّل فقد ظهر جوابه و أما الثاني فوروده يتوقّف على أمور ثلاثة الأوّل ثبوت هذا الحكم من الأصحاب

و لم ينقل إلّا من بعضهم فإنّ المسأله ذات أقوال ثلاثه قول بوجوب ردّ الثمن أو بدله إلى الأصيل لأنّه سلمه إلى الغاصب وفاء للمعاوضه فإذا بطلت من جهه ردّ المالك فيرد عينه إلى الأصيل في صورته بقاءه و بدله في صورته تلفه و قول بوجوب رده إليه إذا كان باقيا لا بدله إذا كان تالفا و قول بعدم وجوب ردّه مطلقا و هذا القول شاذ

و على أيّ حال لا يبتنى على أساس لأنّه لا يزيد تسليط المالك للغاصب على الهبه المجانيه و الهبه عقد جائز للواهب ردّه إذا لم يتصرف المتهب في العين الموهوبه و لم يكن ذا رحم و الثاني كون تسليطه الغاصب على الثمن محرزا على كلتا صورتى الإجازة و الردّ و أمّا لو قيل بعدم التسليط في صورته الإجازة فلا يكون البيع بلا ثمن و الثالث كون الإجازة ناقله و أمّا على الكشف فلا يرد الإشكال لأنّ تسليط الأصيل بالدفع إلى الغاصب تسليط على مال غيره لأنّ الثمن بمجرّد المعامله يدخل في ملك المالك فالإجازة لا تتعلّق بالبيع بلا ثمن

ثم إنّ ما ذكره في الرّياض من بطلان بيع الفضولى استنادا إلى ما في التذكرة من نسبه القول بعدم الخلاف في البطلان إلى مذهبننا ليس في محلّه لأنّ ما ذكره في التذكرة هو ما إذا باع لنفسه على أن يشتريه من المالك و يسلمه إلى الأصيل لا ما إذا أجاز المالك على أن يصير البيع له و الفساد في الأوّل كما هو ظاهر قوله ص لا تبع ما ليس عندك لا يلزم الفساد في الثاني

**[بقي هنا أمران]**

### **[الأوّل أنه لا فرق على القول بصحّه بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو في ذمّه الغير]**

قوله قدّس سرّه بقي هنا أمران الأوّل أنّه لا فرق على القول بصحّه بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو في ذمّه الغير إلى آخره لا يخفى أنّ لبيع ما في الذمّه صورتين الأولى أن يتعلّق العقد الصّادر من الفضولى على الثمن أو المثلث المذمى يكون في الذمّه فعلا- كأن يشتري عينا من زيد بدين كان لعمره في ذمّه بكر أو في ذمّه نفسه أو يبيع الحنطه التي في ذمّه زيد لعمره بدراهم موجوده من بكر الثانيه أن يجعل الثمن أو المثلث دينا في ذمه غيره كما إذا اشترى عينا و جعل ثمنها في ذمّه زيد أو باع مئا من الحنطه سلما في عهده زيد بدراهم لبكر و حكم الصّورتين حكم ما لو باع العين الخارجيه بدراهم خارجيه في أنّه لو أجاز مالك الكلّي أو من جعل الكلّي في ذمته بيع الفضولى يقع للمجيز لعدم الفرق بين العين الشخصيه و الكلّيه

ثم إنك قد عرفت سابقا أنّ الكلّي لا يعدّ مالا إلّا إذا أضيف إلى ذمّه شخص و الإضافه تتحقّق بأحد من الأمور الأربعة الأوّل بأن يقول بعث عشره أمنان من الحنطه لزيد الثاني بأن يقصد كونها من زيد الثالث بأن يضيف إلى ذمّه زيد الرابع بأن يقصد بيعها عن ذمّه زيد فإضافه البيع إلى الغير أو قصد البيع له يوجب صرف الكلّي إلى ذمّه ذلك كما أنّ تعيين ذمته لفظا أو قصد ذمته يوجب وقوع البيع له و لو لم يقل بأنّه بعث الكلّي في ذمّه زيد لزيد فعلى هذا لو أضاف الكلّي إلى ذمّه الغير أو قصد هذا المعنى ثم قصد البيع لنفسه أو تلفظ به كذلك يقع التنافي بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي أو اشتريت هذا لنفسى بدرهم في ذمّه فلان يقع التنافي كما أنّه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى

ذمه غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا

و هذا لا إشكال فيه إنما الإشكال في أنه هل يصح معامله مطلقا بإلغاء أحد القيدين أو تبطل مطلقا أو يفصل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان مع احتمال الصحة بإلغاء

أحد القيدتين و بين الشراء للنفس بمال الغير فيقال بالصَّححه بإلغاء أحد القيدتين من دون احتمال البطلان لأنه من قبيل بيع العين الشخصيه التي هي من الغير للنفس غايه الفرق بينهما أنه أتى هنا بالمنافى فيحتمل إلغاء كون المبيع لنفسه و وقوعه لفلان بإجازته و يحتمل إلغاء قوله في ذمه فلان و وقوعه لنفسه

ثم إن دوران الأمر بين إلغاء أحد القيدتين إنما هو فيما لو أقر من له العقد بأن الفضولى قصده ثم أجاز أو أجاز ما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه و أمّا لو ردّ المعامله رأسا فهل يقع العقد للفضولى ظاهرا أو يقع له واقعا وجهان و هذا النزاع يجرى فى الوكيل المفوض كالعامل فى باب المضاربه و حاصل النزاع أن كلّ مقام ادعى العاقد وقوع العقد لغيره كما لو ادعى الوكيل قصد الموكل أو إضافه اللفظ إليه أو ادعى الفضولى قصد غيره و أنكر الموكل و من وقع العقد له فقبل بأنه يقع العقد للوكيل أو الفضولى ظاهرا و قيل بأنه يقع لهما واقعا

ثم إن محلّ البحث إنما هو لو صدق الأصل الذى هو طرف الوكيل أو الفضولى الموكل و من له العقد و أمّا لو صدق الفضولى أو الوكيل فى أنه قصد غيره فلا وجه لوقوعه للوكيل أو الفضولى لا ظاهرا و لا واقعا فهنا مسألتان الأولى فى حكم ما لو جمع بين المتنافيين و أجاز من قصد أو أضيف اللفظ إليه و الحقّ فى المثالين هو الصّحه و وقوع العقد لنفس العاقد و لا أثر لإجازة الغير

و توضيح ذلك يحتاج إلى بيان أمرين الأول أنّ العقد الصادر من شخص يقتضى فى طبعه وقوعه لنفس العاقد أى هو ملتزم بالمنشأ فلو أوقع العقد على الكلى يقتضى أن يكون الكلى فى ذمته بحيث لو أراد وقوعه للغير و تعلق الكلى فى ذمه الغير فلا بدّ من صرفه من نفسه إلى الغير و بعبارة أخرى ليس واقع الحال مرددا بين وقوعه لنفسه و وقوعه لغيره لأنّ وقوعه للغير ليس فى عرض وقوعه للنفس بل وقوعه للغير مترتب على عدم وقوعه للنفس فإطلاق العقد يقتضى أن يكون الملزم به هو نفس العاقد الثانى أن كلّ قيد وقع بعد تماميه أركان العقد بحيث لم يكن منافيا لمقتضاه و كان منافيا لبعض الخصوصيات الخارجة عن حقيقته فيقع لغوا و لا يضرّ بصّحه العقد

إذا عرفت ذلك فسواء قال اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمه زيد أم قال اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى يقع الشراء فى صورتين لنفسه و يقع قيد فى ذمه فلان أو لفلان لغوا لأنّ وقوع الشراء لفلان إمّا بإضافه الذمه إليه أو لقوله لفلان إنما يصحّ لو لم يعقبه بما ينافيه أو لم يقدم عليه ما ينافيه فإذا جمع بين المتنافيين لا يؤثر ما يوجب الصّيرف لتعارض القيدتين فيتساقطان فيؤثر إطلاق العقد أثره

و تقدم أحد القيدتين لا يوجب تقديم مقتضاه إذا ابتلى بالقيد الآخر الذى ينافيه و التقييد بالمتنافيين أيضا لا يوجب بطلان العقد من أصله بعد تحقّقه بجميع أركانه و عدم كونه من قبيل بعثك بلا ثمن و ذلك لأنّ العاقد ليس ركنا فى المعاوضات و ليس البيع كالتكاح

هذا مع أنه لا فرق بين قوله اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى و قوله اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمه فلان فاحتمال المصنف قدس سرّه البطلان فى الأول و عدمه فى الثانى لا وجه له لأنه يمكن تصحيح الصورة الأولى بأخذ كلا القيدتين من دون

تناف بينهما و هذا على وجهين الأول أن يكون قوله بدرهم في ذمتي متضمنا للهبة كما يقال ذلك فيما لو قال اشتر بمالي  
لنفسك طعاما الثاني أن يكون راجعا إلى الضمان فيكون معنى

كلامه أنه اشترت لفلان بدرهم في ذمته و لكنى تعهدت الدرهم و ضمنت و اشتغال ذمه فلان و إن لم يتحقق فعلا- إلا أن الصّمان حيث وقع مترتبا على سبب الاشتغال فلا محذور فيه و لذا يصحّ قوله و كنتك في الطلاق ثلاثا مع أنّ الطلاق الثاني لا يصحّ إلا بعد الرجوع و هكذا لو قال أنت و كيل في تزويج فلانه و طلاقها و شراء رق و عتقه و هكذا

و بالجمله بعد إمكان تصحيح المعامله و رفع التنافى لا وجه للحكم بالبطلان المسأله الثانيه في وقوع العقد للعقد واقعا لو ردّ الموكل أو من ادعى وقوع العقد له ظاهر كلمات جملة من الأساطين ذلك و يمكن تطبيقه على القواعد أما ظهور كلماتهم في ذلك ففي الشرائع في باب المضاربه فيما لو اشترى الوكيل من ينعق على الموكل تصريح بذلك و قال في التذكرة في مقامنا هذا و إن كان في الذمه لغيره و أطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الإجازة فإن أجاز صحّ و لزمه الثمن و إن ردّ نفذ عن المباشر انتهى

و مقصوده أنه لو اشترى في ذمه نفسه لغيره من دون إضافته في اللفظ إلى الغير مع كون غرضه وقوعه للغير كان من المثال المتقدم أو مقصوده أنه اشترى و قصد كون الثمن في ذمه الغير من دون إضافه الذمه إلى الغير في اللفظ و على أي حال فمراده أنه لو ردّ الغير يقع عن المباشر واقعا فيما لم يصفه إلى الغير في اللفظ و أمّا تطبيقه على القواعد فلائنه لا- إشكال فيه إلما ما استشكل عليه المصنف قدس سره على سبيل التردد و لنا اختيار كلا شقّي التردد أما قوله إن جعل المال في ذمته بالأصله مع اشترائه للغير فيجب الحكم إمّا بالبطلان لو عمل بالتيه و إمّا بوقوعه لنفس المباشر لو ألغى التيه و على أيّ حال لا معنى لوقوعه للغير لو أجاز ففيه أنه لا- مانع من ذلك و يكون نظير بيع التولية غايه الأمر أنه يتوقف على إحراز أن قصده للغير من قبيل جعل التولية له و إجازة الغير من قبيل القبول

و أمّا قوله و إن جعل المال في ذمته من حيث التياه فيجب أن يقع العقد فاسدا في صوره ردّ المنوب عنه لا وقوعه عن المباشر ففيه أنّ جعل المال في ذمته نظير الصّمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الصّمان من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الصّامن فيكون كلّ منهما ضامنا بنحو الطوليه ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به أولا و لكن إذا أجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه و إذا ردّ يبقى في ذمته

و كما أنّ في المضاربه لو لم يصف الوكيل وقوع البيع في اللفظ إلى الموكل بل قصده له و لكنّه في اللفظ قال اشترت يقع له لو أنكر الموكل فكذلك في الفضولي فقصد الفضولي وقوع العقد للغير مع إضافه الشراء إلى ذمه نفسه من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير لا يوجب عدم وقوع العقد له لو ردّ من وقع العقد له و هذا مبنى على ما تقدم من أنّ المعامله ليست في الواقع مردده بين المباشر و المنوي بل متعلقه بنفس المباشر و لكن إذا أجاز المنوي ينصرف عن المباشر إليه لبناء المباشر على أن يكون ثمن العين في ذمته و أن يأخذه ممن قصد إجازته فيتعلق الثمن بدمه المجيز طولاً و مترتبا على ذمه المباشر و لذا لو ردّ يتعين في ذمه المباشر

و بهذا الملاك حكموا في المضاربه الفاسده أنه لو اشترى العامل في الذمه و كان قصده أداء ما في الذمه بعين مال المالك بأنّ الرّبح للمالك إذا أدى ما في الذمه بعين ماله و للعامل أجره المثل فإن وقوع الرّبح للمالك ليس إلا من باب أنّ العامل التزم بأداء





من مال المالك مع أنه اشترى في ذمته نفسه وهكذا في التجاره في مال اليتيم فإن كون الربح لليتم مع أن المتجر قد يشتري بعين مال اليتيم وقد يشتري في الذمه ويقصد أداء ما في الذمه من مال اليتيم لا يتم إلا بأن يكون قصد الأداء من مال اليتيم موجبا لتعلق حق طولى لليتم في المعامله

و بهذا الملاك حكموا في باب الوكاله بأنه لو باع الوكيل و ظهر العيب في المبيع و لم يسند المعامله في اللفظ إلى الموكل بأن الوكيل هو الملمزم بأداء تفاوت الصحيح و المعيب و هذا ليس إلا من باب أن الملمزم بالمعامله هو نفس المنشئ و لذا قد يفرق بين علم الطرف بالوكاله و عدمه بل قد يقال إن مع العلم أيضا لو لم يسند المعامله إلى الموكل يكون نفس الوكيل هو الملمزم بعدم العيب فيستكشف من هذه الأبواب أن المعامله ليست مردده في الواقع بين المباشر و المنوى بل تقع للمباشر و لكنه لما قصد أداء الثمن من مال غيره فلو أجاز الغير تقع له و أما لو رد فلا وجه للانصراف فتقع من نفس المنشئ واقعا

و بالجمله إذا أسند المعامله إلى الغير لفظا فليس هو ملزما بها بل تقع للغير إذا أجاز و تبطل إذا رد و أما لو قصد الغير من دون إشاره في اللفظ إليه فلو رد الغير تقع للعاقده و لو أجاز تقع لنفسه أما وقوعها للعاقده إذا ردها فلا مومر مسلمه في باب المعاملات أولها أن الأمور البنائيه و الأغراض المنويه لا- أثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من القول أو الفعل و ثانيها أن الالتزامات العقدية يملكها كل من المتعاقدين على الآخر إلا أن يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما إما بجعل شرعي كالخيارات الشرعيه أو بجعل من المتعاقدين فيما لهما حق الجعل لا في النكاح و أمثاله و ثالثها عدم اعتبار تعيين المالكين في المعاوزات

و مقتضى هذه الأمور أن يكون نفس العاقده هو الملمزم بالالتزامات الصيريه و الضميه و أن طرفه يملك هذه الالتزامات عليه كما أنه يملك التزامات طرفه فلا- وجه لبطلان المعامله لو رد من قصده العاقده و أمرا وقوعها له لو أجاز أو أقر بالوكاله فلائ القصد و إن لم يؤثر في صرف الالتزامات إلى الغير إلا أنه لا ينفك عن أثره التكويني فيجعل المعامله كالماده الهيولانيه القابله لصرفها إلى الغير بإجازته أو إقراره فيكون القصد كجعل التوليه للغير و يكون الإجازة أو الإقرار بمنزله قبول التوليه فالقول بأن المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا رد من قصدت له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق

### [الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين العقدى و المعاطاه]

قوله قدس سره الثاني الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين العقدى و المعاطاه إلى آخره

لا- يخفى أن الكلام في جريان الفضولى في المعاطاه يتوقف على أن يكون التعاطى محققا للبيع و آله للتملك و التملك لا أن يكون السبب المستقل لهما هو تراضى المالكين و إلا يكون الفضولى دائما واسطه في الإيصال فيكون كالصبي و الحيوان

و لكننا قد بينا في المعاطاه أن التراضى ليس معاملة فإذا كان تحقق المعامله بالفعل فهل تجرى الفضولى في المعاطاه مطلقا أو لا تجرى مطلقا أو فرق بين القول بالإباحه فلا- تجرى و القول بالملك فتجربى أو فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعده فلا تجرى مطلقا و كونه على طبقها فتجربى كذلك و جوه و الأقوى عدم جريان الفضولى

فيها لا للوجوه المذكوره في المتن وغيره من أنّ الفعل الذي يحصل به التملك محرّم من الفضولي فلا يوجد المنشأ به و من أنّ المعاطاه منوطه بالتراضي مع قصد التملك أو الإباحه و كلاهما من وظائف المالك و من أنّ حصول التملك بالفعل على خلاف القاعده و إنّما ثبت بالسّيره فيختصّ حصوله به بما قامت السّيره عليه و هو التملك الحاصل بفعل المالك فإنّ هذه الوجوه فاسده

أما كون الفعل محرّمًا ففيه أنّه قد لا يتوقف المعاطاه على الإقباض كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمّه بناء على كفايه العطاء من طرف واحد و قد لا يكون الإقباض محرّمًا كما لو علم برضا المالك بناء على ما هو الأقوى من عدم خروج المعامله المقرونه بالرّضا الباطني من المالك عن الفضوليّيه مع أنّ الحرمة الموجهه للفساد من قبل الفضولي لا ينافي الصّححه للمالك و إن كانت راجعه إلى المسبّب لا السبب كما هو كذلك في المقام و تقدم توضيحه في أدلّه المبطلين للفضولي

و أما كون قصد الإباحه أو التملك مع الرّضا الباطني من وظائف المالك ففيه أنّ قصد الإباحه أو التملك يتمشّي من الفضولي أيضا لا- سيّما إذا كان غاصبا فإنّه بعد سرقة الإضافه يرى نفسه مالكا و لذا لا إشكال في الإنشاء القولي من الفضولي مع أنّه يتوقّف على القصد و أما الرّضا فالمفروض تحقّقه من المالك بإجازته

و أمّا كون المعاطاه على خلاف القاعده ففيه أنّه لو فرض أنّ الفعل بعنوانه الثّانوي مصداق للبيع فلا فرق بين الفعل الصّادر من المالك و الفعل الصّادر من الفضولي و أمّا كون الفضولي على خلاف القاعده ففيه ما عرفت فهذه الوجوه المذكوره ليست علّه لعدم جريان الفضولي فيها إلّا الوجه الثّاني بتقريب آخر

بيان ذلك أمّا على الإباحه فلأنّ مجرد قصدها و إن كان بلا مؤنّه إلّا أنّ الإباحه المؤثّره هي التّسليط المالكى لا تسليط غيره و إجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثّره لا لكونها إجازة لإباحه الغير لأنّ العقود الإذنيّه و الأمور المتقوّمه برضا المالك لا تتوقّف على سبب خاصّ فإجازة الإباحه هي بنفسها إباحه و محلّ النزاع في الفضولي هو ما كانت الإجازة قابله للنزاع في الكشف و التّقل فيها

و أمّا بناء على الملك فلأنّ الفعل الواقع من الفضولي لا يعنون إلّا بعنوان الإعطاء و التّبديل المكاني و أمّا تبدال طرف الإضافه فمصداقه إمّا إيجاد المادّه بالهيئه و إمّا فعل المالك فإنّه حيث يقع في مقام البيع أو الشّراء يعنون بالعنوان الثّانوي بتبدال طرف الإضافه و الفرق بينه و بين القول هو أنه يمكن انفكاك حاصل المصدر من المصدر في الإنشاء القولي فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له و أما الفعل فاسم المصدر منه لا ينفكّ عن مصدره بمعنى أنّه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا- ينفكّ عنه و بإجازة المالك لا يتقلب الفعل عمّا وقع عليه و نفس الإجازة أيضا ليست مصداقا للتّملك حتى تكون كإجازة الإباحه و لو كانت كذلك لكانت هي المملكه لا إعطاء الفضولي

و بالجمله يصحّ أن يقال إنّ التبدال بالفعل و الإباحه من وظائف المالك و لا أثر لفعل الغير و إباحته فإنّ فعله الخارجى غير قابل للاستناد إلى غير فاعله بالإجازة و ليس حكم الإجازة حكم التوكيل كما لا يخفى

**[القول فى الإجازة و الردّ]**

**[القول فى الإجازة و حكمها]**

**إشارة**

قوله قدّس سرّه القول فى الإجازة و الردّ إلى آخره

نسب إلى المشهور أنّ الإجازة كاشفه عن تماميّة السبب و هو العقد و اختلفوا

في جهه كشفها على أنحاء فمنها ما عن المحقق الرّثى من أنّ الإجازة كاشفه عن الرّضا التقديرى بمعنى أنّها تكشف عن رضا المالك لو التفت إلى العقد و الرّضا المعتبر في العقد هو الأعمّ من الحقيقيّ الفعلى و التقديرى و فيه منع الصغرى و الكبرى أمّا الصّغرى فلاّنه قد لا يكون المالك راضيا حين العقد لو التفت إليه لكونه ذا مفسده عنده في ذاك الزّمان مع كونه راضيا حين الإجازة لانقلابها إلى المصلحه مع أنّ لازمه جواز التصرّف قبل الإجازة إن علم برضاه لو التفت إليه و أمّا الكبرى فلاّنه لم يقدّم دليل على كفايه الرّضا التقديرى و منها ما عن الفصول و أخيه المحقق من أنّ وصف التعقّب بالإجازة شرط في تأثير العقد و هو حاصل حين العقد فإنّه ينتزع عنوان التعقّب و المسبوقيه عن نفس العقد فالعقد الموصوف بهذا الوصف هو المؤثر التامّ لا الإجازة بوجودها الخارجى

و فيه أنّ أخذ عنوان التعقّب أو ضده إنّما يصحّ في مثل أجزاء الصّلاه و نحوها من الأمور التدريجيّه الارتباطيه لمساعدته العرف و الاعتبار عليها بل لا يمكن أن يكون الرّكوع مثلا بوجوده الخارجىّ شرطا لصحّه القراءه إلّا أنّ في مثل الإجازة لا يساعد العرف و الاعتبار على دخل العنوان الانتزاعى بل ظاهر الأدلّه شرطيه نفس الرّضا بوجوده الخارجى و منها ما عن المحقق و الشّهيد الثّانين من أنّ العقد سبب تامّ في الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تماميته في الفضولى يعلم بالإجازة فإذا أجاز المالك تبيّن كونه سببا تاما و إلّا يلزم أن لا يكون الوفاء بالعقد فقط بل به مع شىء آخر

و فيه أنّ هذا الكلام في بادية التّظنّ خلف يرد عليه ما أورد عليه المصنف قدّس سرّه بما حاصله أنّه لو كان العقد بنفسه سببا تاما فلا مدخلية للإجازة فيه و يلزم أن يكون اعتبار الرّضا بلا موجب و لو لم يكن بنفسه سببا بل هو مع الرّضا بالإجازة لا يعلم تمام السّبب من قبل بل بها يتمّ السّبب

و لكنّه يمكن توجيه كلامهما بأنّه فرق بين الإجازة و سائر ما يعتبر في العقد كالقبض في الوقف و الصرف و السّلم فإن مثل القبض لا- يتصوّر نزاع الكشف و النقل فيه بل هو جزء المؤثر و النّقل لا يتمّ إلّا به و أمّا الإجازة فهى ليست جزء المؤثر بل المؤثر هو نفس العقد و لذا لو أنشأ المالك فالمؤثر للنقل هو ذات عقده لا بما أنّه صادر منه بحيث يكون صدوره منه جزء عقده فعقد الفضولى بنفسه أيضا تمام السّبب و اعتبار الإجازة فيه إنّما هو لتصحيح الاستناد إلى المالك لا لمدخليتها في التّأثير

و بالجملة حيث لا يكون عقد الفضولىّ عقدا للمالك إلّا بالإجازة فمنها يعلم بأنّه عقد تام منسوب إليه و بهذا البيان يتمّ قولهما فإذا أجاز تبيّن كونه تاما يوجب ترتّب الملك عليه هذا و لكنّه مع ذلك يرد عليه أنّ ذات العقد إنّما يكون مؤثرا إذا كان مقارنا لرضا المالك أو ملحوقا به و إلّا يكون عقد المكره تاما و إن لم يلحقه الرّضا فإذا كان الرّضا دخيلا و لو من جهه استناد اسم المصدر إلى المالك فكيف يتحقّق النقل بلا- رضا منه و منها ما استدللّ له الثّانين قدّس سرّهما أيضا و هو أنّ الإجازة متعلّقه بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلّا نقل العوضين من حينه أى الإجازة إنفاذ للعقد السّابق و العقد السّابق تمّ حين صدوره من العاقدين من دون دخل نفس هذا الإنفاذ في النّقل نظير ما إذا أنفذ حاكم حكم مجتهد آخر

و فيه أوّلا أنّ مضمون العقد ليس

هو النَّقل من حينه بل أصل النَّقل كما أنَّ الإيجاب ليس الإيجاد من حينه بل أصل الإيجاد و لذا يتحقَّق النَّقل بعد القبول مع أنَّه رضا بالإيجاب و ثانياً سلّمنا كون مضمون العقد هو النَّقل من حينه و لكن لا بمعنى أنَّ وقوعه في الحين جزء لمدلوله حتى يقال ليس معنى بعث أو وجدت البيع في الحال بل بمعنى أن وقوع الإنشاء في الحال يقتضى تحقق منشئه حالا و لا يمكن أن يتأخّر المنشأ عن الإنشاء و لو كان المنشأ منفعة الدار في السّنة الآتية فإنّ المتأخّر هو المملوك لا الملكيه و لكنّه مع ذلك لا يقتضى تحقّق السّبب التامّ حال العقد فإنّ الإجازة و إن كانت إنفاذاً لما تقدم إلّا أنّه من المعلوم أنّ مع اعتبارها شرعاً في تأثير ما تقدم فقبل تحقّقها لا يمكن تحقّق ما تقدم عليها بصفه التأثير فإنّ تحقّق المنشأ حال الإنشاء حيث إنه من موجداته أو فعله التوليدى لا يتخلّف عن إنشائه كعدم تخلّف الانكسار عن الكسر و كلّ اسم مصدر عن المصدر إلّا أنّه من حيث تحقّقه في عالم الاعتبار بحيث يرتّب عليه الآثار شرعاً أو عرفاً يمكن تخلّفه عن إنشائه إذا كان لتحقّقه شرط آخر كالقبض أو الإجازة

نعم يمكن أن يقال بالفرق بين القبض و الإجازة و هو أنّ القبض جزء المؤثر و لكن الإجازة صورته للمادّه المتحقّقه و إنفاذ من المالك لما سبق كإنفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر فما يمكن ترتيبه من الشّيايق بإنفاذ المالك يجب ترتيبه فعلى هذا تكون واسطه بين الكشف الحقيقي و النَّقل و هذه عبارته عن الكشف الحكمى فيكون الكشف الحكمى مطابقاً للقاعده

و توضيح ذلك أنّه بعد ما ظهر أنّ الإجازة إنفاذ لما سبق فمن جهة أنّ السّبب التامّ للنقل لا يتحقّق بدونها فإنّ إنشاء الفصولى ليس سبباً للنقل في عالم الاعتبار فالإجازة ناقله و من حيث إنّها إنفاذ لما تحقّق فيجب من حين الإجازة ترتيب الآثار التى لها اعتبار وجود حين الإجازة من حين العقد فهى كاشفه

فعلى هذا يقع التفكيك بين الملك و آثاره من الثّماء و المنافع لأنّ الملكيه لا يمكن تحقّقها من قبل بعد دخل الإجازة فى تحقّقها و ليس للملكيه السّابقه اعتبار وجود فى الحال و هذا بخلاف المنافع فإنّه يمكن تحقّق ملك المنفعة من قبل لأنّ لها اعتبار وجود فى الحال باعتبار تعلق الضمان بها فلو أجاز المالك استيفاء المنافع المستوفى المنفعة تسقط أجرتها و ضمانها و لذا يصحّ الصّلاح على المنافع السّابقه و لا يصحّ على الملك السّابق

و السّر فيه أنّ المنافع باعتبار وجودها فى الحال بوجود أجرتها يصحّ تعلق الإجازة بها التى مرجعها إلى إسقاط الضّمان فبالنقل فى الحال يصحّ تحقّقها من قبل كما يصحّ تحقّقها بعد ذلك بالنقل فى الحال كما فى إجاره الدار المتعلّقه بالسّنة الآتية

و بعباره واضحه كما يمكن اعتبار التأخّر فى المملوك مع عدم إمكان تأخّر الملك كذا يمكن اعتبار التّقدم فيه مع عدم إمكانه فى الملك فإذا تحقّقت الإجازة فالنقل و إن حصل حينها إلّا أنّ المنقول باعتبار آثاره يتحقّق من قبل و هذا هو معنى الكشف الحكمى فإنّ النَّقل من حين الإجازة إذا تعلق بالمنقول السّابق فنتيجته الكشف حكماً أى النَّقل الحقيقى مع ترتيب الآثار السّابقه التى أمكن ترتيبها على العقد بوصف السّبق و منها ما عن فخر الدّين فى الإيضاح من أنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود لأنّ العقد حالها عدم

برهانه أنه لو قلنا بالتقل فلازمه أن لا يتحقق المنشأ بإنشاء المنشئ بل يتحقق حال الإجازة و في هذا الحال الإنشاء معدوم فلازمه أن يؤثر المعدوم في الوجود و على هذا التقريب لا- يرد عليه النقض بالأمور المتصرّمة و الأجزاء المتدرّجه في الوجود فإنه لا ينكر إمكان ترتب المعلول على علّه ذى أجزاء متصرّمة و المترتب على الأمور التدرّجى بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر

فالحقّ في الجواب عنه هو ما تقدم أنّ المنشأ بنظر المنشئ لا- يتخلف عن إنشائه و إنّما المتخلف هو المنشأ في عالم الاعتبار العقلاني أو الشرعي و هو إذا كان متوقفاً على رضا المالك لا يتحقق بمجرد إنشاء الفضولي و منها أنه يمكن تحقّق الملك حين العقد مع كونه مشروطاً بالشرط المتأخّر و هو الإجازة التي شرط بوجودها الخارجي فإنّها من قبيل سائر الشروط المتأخّره الوارده في الشريعة فإذا تحققت في موطنها انكشف بها تحقّق المشروط من قبل و إذا تحقّق كذلك يترتب عليه جميع آثاره من حين تحقّقه

و فيه ما لا- يخفى فإنّ الشرط المتأخّر غير معقول كما أوضحنا ذلك في الأصول و ملخصه أنه لا يعقل تحقّق المعلول بدون أجزاء علته فإن حكم العلل التشريعيه حكم العلل التكوينيّه سواء قلنا بجعل السببيّه كما عن المحقّق الداماد من قوله بأنّ السببيّه لا يمكن انتزاعها عن الحكم التكليفي فإنّ الحكم التكليفيّ و الوضعيّ مختلفان محمولاً و موضوعاً و على تعبيره قدّس سرّه حاشيتي العقد مختلفان أم قلنا بجعل الأحكام عند تحقّق أسبابها

أمّا على الأوّل فلائها من أفراد العله التكوينيّه فكما لا- يمكن تحقّق الصّوء بلا علته فكذلك لا يمكن تحقّق الملك بلا إجازة المالك لأنّ الشارع أنشأ السببيّه للإيجاب و القبول و الرضا فبدون تحقّق جميع أجزاء السبب لا يعقل تحقّق المسبب و ما يقال من أنّ الأسباب الشرعيّه معرفات لا- علة لا يستقيم في المقام لأنّها عله كالعله التكوينيّه بل هي بناء على قابلته تعلّق الجعل بالسببيّه نعم هذا التعبير يصحّ في علة التشريع

و أمّا على الثاني فلائنّ ملا-ك الامتناع في التشريعيّات نظير ملاكه في التكوينيّات لا عينه و ذلك لأنه لو أنشأ الحكم على نحو القضيه الحقيقيه على الموضوعات المقدر و وجودها بحيث انحلّ هذا الحكم إلى أحكام متعدّده بحسب تعدّد موضوعه كحكمه بوجود الحجّ على المستطيع فكيف يعقل تحقّق الحكم و فعليته قبل الاستطاعه و هل هذا إلّا الخلف و المناقضه فكون الإجازة بوجودها العيني شرطاً لتحقّق الملكيه و مع ذلك يحصل الملك بالإيجاب و القبول دون الإجازة موجب لتحقّق الحكم بلا موضوعه نظير تحقّق المعلول التكويني بلا- علته فعلى هذا كلّ ما ورد في الشريعة من هذا القبيل ظاهراً فلا بدّ من حمله بدليل الاقتضاء على أنّ الشرط هو الوصف الانتزاعي كالتعقّب

و لا يبعد أن يكون نظر صاحب الجواهر قدّس سرّه إلى ما ذكرناه فإنّ قوله إنّ الشروط الشرعيّه ليست كالعقليّه ليس ناظراً إلى أنّ الشرط في الشرع مع كونه شرطاً بوجوده الخارجي يمكن جعله متأخراً عن المشروط بل غرضه أنّ الأمور الاعتباريّة وجودها على كيفيه جعلها فيمكن أن يكون لحوق الإجازة شرطاً لا الإجازة العينيّه

كما أنّ ما نسب إلى المصنف قدّس سرّه من أنّ الشرط ليس متأخراً بل المتأخّر شرط يرجع إلى وصف

للحقوق و التعقّب و إلما لا- فرق بين كون الشرط متأخراً و كون المتأخر شرطاً و بالجملة لا يمكن مع دخل أمر في تحقّق شىء تحقّقه بدون ذاك الأمر لا في التكوينية و لا في التشريعيّات و ليس ملاك الإشكال إلّا تحقّق المعلول قبل تحقّق علته بناء على جعل السببيّه أو فعلية الحكم قبل وجود موضوعه بناء على جعل الحكم عند تحقّق موضوعه المذى يعبر عنه بالشرط أو تحقّق الامتثال قبل تحقّق ماله ربط فيه كتحقّق امتثال الصوم قبل تحقّق الغسل في الليل مع اعتباره في امتثال الصوم بناء على القول به كما قيل لاستفادته من الخبر الدالّ على أنّ المستحاضه إذا اغتسلت ارتفع بغسلها الحدث السابق على الغسل

و أمّا على المشهور من أنّ بالغسل يرتفع الحدث اللاحق فلا يرد إشكال الشرط المتأخر كما أنّه لو قيل بأنّ الامتثال يتحقّق حين الغسل لا حين الصوم مع دخل الغسل في امتثال الصوم فلا يرد هذا الإشكال أيضاً

نعم يرد إشكال تأثير المعدوم في الموجود لكنه ليس بإشكال أصلاً لأنّ المؤثر في المعلول المترتب على الأمور التدريجيّه كالكون على السطح المترتب على الصّعود درجة درجة هو الجزء الأخير و سائر الأمور معدّات و كلّ منها يؤثر أثر نفسه حين حصوله و هو القرب إلى السطح بهذا المقدار فإذا قلنا في المقام بأنّ العقد يؤثر حين الإجازة فلا يرد إشكال الشرط المتأخر

فما توهم من ورود هذا الإشكال على كلّ شرط و جزء منصرف و منقضى حين تحقّق الشرط أو الجزء الأخير في غير محله كما أن رفع الإشكال بجعل لحاظ المتأخر أو المتقدم شرطاً ممّا ظهر في الأصول حاله فإنّه من الخلط بين علل الجعل و التشريع و شرائط المَجْعول فما هو لحاظه شرط للتكليف هو علّة الجعل أى الموجب لإرادته الفاعل الذى هو عبارته أخرى عن العلّة الغائيّه التى هي مقدّمه تصوّر أو مؤخره خارجاً و محلّ البحث إنّما هو فى شرائط المَجْعول و فيما له دخل فى تحقّق التكليف أو الوضع كشرطيّه البلوغ و نحوه للوجوب و شرطيّه الإجازة و نحوها للملك و هذه الشرائط شرائط بوجودها الخارجى

نعم لو قيل بأنّ الأحكام الشرعيّه أخبار عن الإنشاءات فيما سيأتى رجع جميع شرائط المَجْعول إلى علل الجعل و قد ذكرنا فى مسأله الترتّب و مقدّمه الواجب و الحكم الوضعى ما يوضح ذلك

### [ فى أنحاء كاشفيّه الإجازة ]

قوله قدس سرّه و قد تحصّل ممّا ذكرنا أن كاشفيّه الإجازة على وجوه ثلاثه إلى آخره

لا يخفى أنّ كاشفيّه شىء عن شىء إمّا لمناسبه تكويته بينهما ككاشفيّه الدخان عن النار و إمّا لمناسبه جعليه ككاشفيّه التّصّب عن الفرسخ و الألفاظ عن المعانى على وجه فكاشفيّه الإجازة عن تحقّق السبب التام لا بدّ أن تكون بأحد الوجهين ثم إنّ طريق الاستكشاف فيها يتصوّر على أنحاء منها أن تكون كاشفه عن الرضا التقديرى و منها أن تكون كاشفه عن حصول شرط واقعى مقارن للعقد لا نعرفه و منها أن تكون كاشفه عن ثبوت وصف التعقّب و منها أن تكون كاشفه عن الموضوع الذى رتب الشارع عليه الأثر أى العقد المذى يتعقّبه الإجازة صحيح فى علم الله من أوّل الأمر من دون دخل الرضا أو شىء آخر فيه و المذى لا يتعقّبه الإجازة باطل كذلك و على أحد هذه الوجوه لا مدخليّه للإجازة فى التأثير



و هنا وجهان آخران للكشف الحقيقي مع مدخليه الإجازة الأول أن تكون شرطاً بوجودها الخارجي الزماني الثاني أن تكون شرطاً بوجودها

الدهرى المجتمع مع مشروطها فى وعاء الدهر فإن الطوليات الزمانيه عرضيات فى عالم الدهر و لا يخفى ما فى هذه أمّا كاشفيتها عن الرضا التقديرى فلا مناسبة بينهما لا ذاتا و لا جعلاً مع أنه لا دليل على كفايه المنكشف و أمّا كاشفيتها عن شرط واقعى لا نعرفه فتوقف على مناسبة جعليه بعد وضوح عدم مناسبة ذاتيه بينهما و الجعل غير معلوم و أمّا كاشفيتها عن وصف التعقب فهذا لا إشكال فيه

و توهم أن التعقب ليس مقارنا للعقد لأنه منتزع عن أمر متأخر و ما لم يتحقق منشأ انتزاعه كيف يتحقق المنتزع فاسد فإن عنوان التعقب و السبق و ما يراد فهما فى المعنى كالحقوق و القبليه و البعديه من الأمور التى تنتزع من نسبه الزمانى إلى الزمان فإذا اجتمع شيان فى زمان واحد ينتزع عن اجتماعهما التقارن و إذا وقعا فى زمانين فتنتزع القبليه من السابق و البعديه من اللاحق و هكذا يصح هذه العناوين فى نفس أجزاء الزمان فيقال لليوم إنه بعد الأمس و قبل الغد مع كون الأمس و الغد معدومين

و بالجملة عنوان التعقب صحيح و مقارن مع العقد إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا يساعد على كون هذا العنوان الانتزاعى شرطاً و أمّا كاشفيتها عن الصّحيح فى علم الله فتححتاج إلى جعل و ليس و أمّا كونها شرطاً بوجودها الخارجى مع تحقق المشروط قبله فهذا خلف و مناقضه و أمّا كونها شرطاً بوجودها الدهرى ففيه أن شرط الزمانى لا بدّ من أن يكون زمانياً فتتميم الكشف الحقيقى على جميع ما قيل أو يقال فيه بالقواعد مشكل

و هنا وجه آخر من وجوه الكشف اصطلاحوا عليه بالكشف الحكمى و لهم فى إثبات هذا المعنى مسالك ثلاثه الأول ما نقله المصنف عن أستاذه شريف العلماء قدس سرهما و هو حكم الشارع تعبّداً بإثبات آثار الكشف من أول العقد و لازم ذلك إثبات الآثار الممكنه من حين العقد لأنّ التعبّد يصحّ فيما يمكن التعبّد به فحكم الشارع فى المقام نظير حكمه فى باب الاستصحاب بإبقاء المتيقّن فى ظرف الشكّ عملاً نعم بينهما فرق و هو أنّ الحكم فى باب الاستصحاب ظاهرى لأخذ الشكّ فى موضوعه و فى المقام واقعى و الثانى ما نقله شيخنا الأستاذ مد ظلّه عن شيخه المحقق فى عصره الشّيخ محمد باقر الأصبهاني قدس سره نجل صاحب الحاشيه و هو كون الكشف الحكمى مطابقاً للقاعده و سريانه فى أغلب أبواب الفقه كباب الخمس و الزكاه و الزكوع و نحو ذلك

و حاصله أن كلّ ما يكون موضوعاً لحكم من الأحكام بتوسط الأمر المتأخر و العنوان اللاحق بحيث كان الأمر السابق بمنزله المادّه الهيولانيه و العنوان المتأخر بمنزله الصوره النوعيه فمقتضى القاعده ترتيب آثار الموضوع من أول تحقّقه مثلاً أخذ عنوان فاضل المئونه موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أول زمان ظهور الرّبح و لكن اتّصافه بعنوان فاضل المئونه إنّما هو بعد انقضاء السنه و هكذا موضوع الزكاه فى الغلات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحبّ حدّ النّصاب و لكنّه معنون ببلوغه هذا الحدّ بعد التّصفيه فبعد التّصفيه لو كان بهذا الحدّ يكشف عن تعلّق الزكاه به حين انعقاد الحبّ و ثمره هذا الكشف فى باب الخمس و الزكاه هى صحّه أدائهما قبل تحقّق هذا العنوان و لو أتلفهما من تعلقاً بماله يحسبان عليه

و هكذا صحّه بيع الزكوى متوقّفه على إخراج حقّ الفقراء فلو أخرج الساعى أو الوالى أينما وجده يكشف عن صحّه البيع من أول الأمر و هكذا فى مسأله الزكوع فإنه بناء على أن يكون من أول التقوس إلى آخر حدّ الانحاء ركوعاً يتوقّف اتّصاف الجزء

الأول بكونه ركوعا على لحوق

الجزء الأخير و لكنّه بعد اللّحوق يكشف عن كونه ركوعاً من أوّل الأمر

و بالجمله كلّ أمر متأخّر كان بمنزله الصورة للأمر المتقدّم فالمتقدّم يتحقّق من أوّل الأمر و ينكشف بهذا المتأخّر وجود المتقدّم في ظرف وجوده و فيه أنّه إذا كان العنوان اللّاحق بمنزله الصورة و السّابق بمنزله المادّه فلا بدّ من الالتزام بالنّقل لأنّ فعلية الشّيء إنّما هي بالصورة

و بالجمله مع دخل المتأخّر في تحقّق اتّصاف السّابق بوصف الموضوعيّة يستحيل اتّصافه بهذا الوصف قبل تحقّق المتأخّر و مجرّداً عنه و الثّالث ما بيّناه سابقاً في توجيه كلام المحقّق و هو يختصّ بباب الإجازة و هو أن كلّ ما كان إنفاذاً للأمر السّابق فمقتضى القاعده أن يكون الآثار التي إنفاذها بيد المميز مترتبه عليه من أوّل الأمر و فيه أوّلاً أنّ النزاع في المقام ليس مختصاً بما كان ناظراً إلى ما وقع كأجزت و أنفذت و رضيت و نحو ذلك بل يجري فيما إذا أخرج السّاعي مقدار الزكاه و ما إذا أبرأ المرتهن الدّين و ما إذا فكّ الرّاهن الرهانه و نحو ذلك و ثانياً إذا كان الشّيء غير نافذ إلّا بأمر لاحق فكيف يترتّب عليه الآثار من قبل

فظهر ممّا ذكرنا أنّ هذه الشّروط التي تتعلّق بإنفاذ العقد السّابق كإجازة المالك و الغرماء و المرتهن و الورثه فيما زاد على الثّالث و الشّروط التي تقتضى صحّه العقد السّابق كإبراء المرتهن و فكّ الرّاهن الرهانه و إخراج الزّكاه من المال الزكوى أو من غيره حكمها حكم سائر الشّروط التي لا ترجع إلى إنفاذ العقد بل هي بنفسها من أركان المعامله كالقبض في الصرف و السّلم في أنّ مقتضى القاعده فيهما هو النّقل لا الكشف الحقيقيّ و لا الوساطه بينهما

فثبوت الوساطه التي تعبّر عنها بالكشف الحكمي تتوقّف على دليل و الأدلّه التي أقاموها على الكشف الحكمي لا تستقيم فإنّه مضافاً إلى أنّ إعمال التعيّد في أبواب المعاملات بعيد فإنّ الظاهر أنّهم عليهم السّلام حكموا على طبق ما ارتكز في أذهان العقلاء دلالتها على الكشف الحقيقيّ أظهر من دلالتها على الكشف الحكمي

أمّا صحيحه محمّد بن قيس فلاّنّ بيان الإمام ع علاج تخلّص الولد بأخذ ابن المالك البائع للوليد ظاهر في أنّ إمضاء المالك للبيع إمضاء لما أنشأه ابنه حين الإنشاء لظهور قوله ع حتّى ينفذ لك البيع في ذلك و هكذا قوله فلما رأى ذلك سيّد الوليد أجاز بيع ابنه فظاهر هذين الكلامين أنّ الإجازة تكشف عن تحقّق الملك حين بيع الولد

و أمّا صحيحه أبي عبيده الوارده في تزويج الصّغيرين فضولاً- فلاّنّها ظاهره في أنّ المقصود من الإجازة لا بدّ أن يكون نفس الازدواج لا- التوارث و لذا أمرع بحلف الزّوجه على ذلك فإنّها لو كانت دالّه على الكشف الحكمي لكانت دالّه على لزوم ترتيب الآثار الممكنه من الزّوجه و هي ليست إلّا الوراثه بعد موت الزّوج إلّا أن يقال لا دلاله فيهما على تحقّق نفس الملكيه و الزوجيه من السّابق

أمّا إجازة بيع الولد فلاّنّها ناظره إلى الآثار و هي النماء و نحوه و قوله ع حتى ينفذ لك البيع لا يدلّ على تحقّق البيع سابقاً و مجرّد تعلّق الإنفاذ بالبيع السابق لا- يلزم الكشف الحقيقيّ فإنّ هذا هو مورد البحث في أنّ الإنفاذ المتأخّر يكشف عن تحقّق

المنفذ سابقا أو هو بنفسه جزء المؤثر أو واسطه بينهما و أمّا مسأله الحلف فهى تناسب الكشف الحكمى أيضا فإن ترتيب الآثار من السابق بالإجازة اللاحقه إنّما هو بعد فرض تحقّق الإجازة من المجيز و الحلف إنّما هو لاستكشاف الإجازة و إنّها ليست صوريا بحيث يكون المقصود

نعم هنا إشكال آخر و هو أنه لو قلنا بدلالتهما على الكشف الحكمى فسريان هذا الحكم فى غير مورد النصّ مشكل إلا بدعوى القطع باتّحاد المناط فى جميع أبواب العقود و الإنصاف أنّ المسأله مشكله جدّا و لذا سلك كلّ واحد من الأساطين مسلّكا و سدّ باب إشكال و فتح أبوابا فانظر ما فى حاشيه المحقّق الخراسانى قدّس سرّه فإنّه بعد كلام له فى تنقيح الشّرط المتأخّر قال فلا وجه للقول بالكشف بمعنى تحقّق المضمون قبل ذلك لأجل تحقّق الإجازة فيما بعد

نعم بمعنى الحكم بعد الإجازة بتحقّق مضمونه حقيقه ممّا لا محيص عنه بحسب القواعد فلو أجاز المالك مثل الإجازة الفضوليّه بعد انقضاء بعض مدّتها أو الزّوج أو الزّوجه عقد التمتع كذلك فيصحّ اعتبار الملكيه حقيقه للمستأجر و الزّوجيه لهما فى تمام المدّه الّتى قد انقضت بعضها بل و لو انقضت تامها لتحقّق منشأ انتزاعها فإن قلت كيف يصحّ هذا و كان قبل الإجازة ملكا للموجر و لم يكن هناك زوجيه إلا أن يكون مساوقا لكون شىء بتمامه ملكا لاثنين فى زمان واحد و اجتماع الزوجيه و عدمها كذلك قلت لا ضير فيه إذا كان زمان اعتبار ملكيه لأحدهما فى زمان غير زمان اعتبار الملكيه للآخر فى ذاك الزمان لتحقّق ما هو منشأ انتزاعها فى زمان واحد لكلّ منهما فى زمانين و كذا الزّوجيه و عدمها إلى آخره

فإنّ ما أفاده من الحكم بعد الإجازة بتحقّق مضمون العقد حينه حقيقه لا يختصّ بالكشف الحكمى فإنّ تأثير إجازة المالك فى الإجازة قبل زمان الإجازة و كذا تأثير إجازة الزّوج أو الزّوجه فى عقد التمتع من قبل يلائم مع النقل أيضا لأن نقل المنافع عباره عن تأثير الإجازة فى نقل المملوك مدّه زمان الإجازة فإن جميع مدّه الإجازة بمنزله عين واحده خارجيه فكما أنّه لو أجاز العقد الواقع على العين الشخصيه تنتقل العين بأجمعها إلى الطّرف من حين الإجازة كذلك فى الإجازة المتعلّقه بمدّه سنه تنتقل جميع منافع المدّه إلى الطّرف من حين الإجازة و لو انقضت بعض المدّه أو جميعها فيجب على مالك العين أجره المثل لأنّ منفعه ملكه بإجازة عقد الإجازة انتقلت إلى غيره و منفعه ملكه عباره عن منفعه مدّه الإجازة

و بعباره أخرى المملوك مقدّم فى باب الإجازة لا الملك فإنّ السّينه بمنزله الكم و مقدار المنفعه هذا المقدار فبالإجازة جميع هذا المقدار يصير للمجاز له انقضت تامه أو بعضه أو لم ينقض منه شىء و المتعه بناء على ما هو ظاهر بعض الآيات و الأخبار من كونها إجازة فحكمها حكم الإجازة و أمّا بناء على ما هو الحقّ من كونها زوجيه فحكمها حكم الدائم من كونها متحقّقه حين الإجازة على ما هو مقتضى القواعد الأوّليه و إن كان مقتضى الصّحيحه المتقدّمه هو الكشف

ثم لا يخفى ما فى جوابه عن إشكال اجتماع مالكين فى ملك واحد فى زمان واحد فإنّ اختلاف زمان الاعتبار بمنزله اختلاف زمانى الإخبار بوقوع المتناقضين فى زمان واحد و بمنزله اختلاف زمانى الحكم بحكمين متضادين فإن حكم الحاكم فى يوم الجمعه بكون عين شخصيه لزيد فى هذا اليوم مع حكمه فى يوم السبت بكون شخص هذا العين فى يوم الجمعه ل بكر متناقض

و نظير ما أفاده قدّس سرّه فى هذا المقام ما أفاده صاحب الفصول فى الخروج عن الدّار المغصوبه و بالجمله كما أنّ الكشف

بنحو الشرط المتأخر محال لاستحاله تحقق الحكم أو المعلول

قبل تحقّق موضوعه أو علمته كذلك يستحيل تحقّق الملك حقيقه حين العقد من حين تحقّق الإجازة لأنّ الشئ إذا لم يتحقّق في زمان لعدم تحقّق تمام سببه فكيف يتحقّق في هذا الزمان بتحقّق بعض سببه في زمان آخر و مجرد كون الملك من الأمور الاعتبارية لا يوجب صحّه اعتباره لاثنين في زمان واحد و لو كان زمان اعتباره كذلك في زمانين هذا تمام الكلام فيما قيل أو يقال في هذا المقام

و لكن أقوى الوجوه هو الواسطه بين الكشف الحقيقي و النّقل التي يعبر عنها بالكشف الحكمي و لكن لا من باب التعبد الصّرف بأن يكون مقتضى القاعده هو النقل و إنّما ثبت الكشف بالتعبد بل لأنّه هو مقتضى القاعده و ذلك للفرق بين الأمور المتأخّره التي لها دخل في المتقدّم فإنّها لا تخلو عن أحد أقسام ثلاثه الأوّل كالقبض في الصرف و السّلم و القبض في الهبه و الوقف و نحو ذلك و الثّاني كالإجازة من المالك و المرتهن و نحوهما و الثّالث كإخراج الزّكاه بعد بيع الزكويّ و إبراء الدّين من المرتهن و فكّ الزّاهن الرّهانه و نحو ذلك أمّا القسم الأوّل فيتوقّف تأثير العقد على وجوده و لا مجال لتوهم الكشف فيه مطلقا سواء كان جزء المؤثر كالقبض في الصرف و السّلم أم كان شرطا للصحّه كالقبض في الرهن و الهبه و الوقف و أمّا الثّاني فحيث إنّ ناظر إلى ما وقع و تنفيذ لما سبق فيوجب تأثيره فيما سبق بالنّسبه إلى ما يمكن أن يتعلّق به الإنفاذ

و أمّا الثالث فهو و إن لم يكن في الظهور مثل الثّاني إلّا أنّه في نظر العقلاء حكمه حكم الثّاني فإنّ العرف و العاده بحسب ما ارتكز في أذهانهم يرون الأمر الذي يصير موضوعا للحكم بتوسط العنوان المتأخّر أنّه هو الموضوع فالآثار المترتبه على هذا الموضوع تترتب عليه من أوّل الأمر و هذا المتأخّر بمنزله الواسطه في الثبوت و الأدلّه الوارده في هذا الباب إمضاء لما ارتكز في أذهان العقلاء و ناظره إلى ما هم عليه و الجامع بين القسمين الأخيرين أنّ موضوع الحكم هو المنفذ و الإنفاذ و ما يرجع إليه ناظر إلى المنفذ نعم هذا يختصّ بما إذا كان السّابق تمام الموضوع بالنّسبه إلى الآثار كما هو كذلك بالنّسبه إلى النماء و المنافع فبالإجازة ينكشف تحقّق حرّيه الولد في مسأله الوليده من قبل و لكنّه لا ينكشف بها أنّ وطى الرّوجه التي عقدها الفضولي زناء بذات البعل كما أنّه لا ينكشف بها تحقّق أصل الرّوجيه و السرّ في ذلك هو ما عرفت أنّ ترتيب الآثار من قبل إنّما هو بالنّسبه إلى الآثار التي لها اعتبار بقاء في زمان الإجازة لا الآثار التي ليست كذلك و لا تحقّق نفس المنشأ من قبل فتدبّر جيدا

**[بقي الكلام في بيان الثمره بين الكشف باحتمالاته و النّقل]**

**إشارة**

قوله قدّس سرّه بقي الكلام في بيان الثمره بين الكشف باحتمالاته و النّقل إلى آخره

لا- يخفى أنّ ما ذكره من الثمره بين الكشف الحقيقي بمعنى كون الإجازة بوجودها المتأخّر شرطا و بينه بمعنى كون الشرط تعقّب العقد بها من عدم جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي و إن علم بإجازة المالك بناء على الأوّل و جوازه بناء على الثّاني لا- وجه له لأدّنّ جواز التصرف من آثار تحقّق الملكيه حين العقد و المفروض تحقّق الملكيه قبل تحقّق



شرطها بناء على تعقّل الشرط المتأخّر فلا مانع من جواز تصرّف كلّ منهما فيما انتقل إليه إذا علم بإجازة المالك

و لا بدّ أن يكون جواز التصرّف مطّردا على جميع وجوه الكشف الحقيقي ثم لو سلّمنا الفرق فلا وجه للحكم بحلّيه الوطى واقعا على جميع أقسام الكشف الحقيقي حتى بناء على الشرط المتأخّر بل يجب الفرق بين التعقّب و الشرط المتأخّر فيقال بالجواز واقعا و الحرمة ظاهرا على الأوّل و الحرمة مطلقا على الثّاني لأنّ التعقّب

حاصل حين العقد دون الإجازة الخارجيه

و بالجمله بناء على الكشف الحقيقى لا فرق بين أقسامه فيجوز له التصرف مطلقا لو علم بالإجازة و يجوز واقعا مع حرمة ظاهرا لو لم يعلم بها نعم على الكشف الحكمى يحرم التصرف واقعا كحرمة ظاهرا لأن الحرمة لا تنقلب عما هي عليه بالإجازة و على هذا فالحق عدم صيروره الموطوءه أم ولد بناء على الكشف الحكمى لأنه إذا حرم عليه الوطى واقعا لعدم كونها ملكا له فبالإجازة لا يمكن ترتيب هذا الأثر من حين العقد لأن كون الموطوءه أم ولد مترتب على الملك لا على ما هو فى حكم الملك و لو قلنا بأن الكشف الحكمى مطابق للقاعده لأنه ليس للمالك قلب الحرمة إلى الحليه و لا قلب غير الملك إلى الملك بل له إنفاذ ما وقع بالنسبه إلى الآثار التى يكون العقد بالنسبه إليها تمام الموضوع

و تقدم أنه لا ينكشف بالإجازة كون الزوجه التى زوجها الفضولى ذات بعل و لا يكون الزنا بها زنا بذات البعل لأن كونه كذلك موقوف على الزوجيه الواقعيه و هكذا كون وطى الأمه المشتره وطيا فى الملك يتوقف على كونها مملوكه حقيقه و هذا لا ينافى كون ولدها حرا لأن الولد من النماء ثم لا يخفى فى ما أفاده من الفرق بين الحكمى و الحقيقى فى الإجازة بعد نقل المالك ما باعه الفضولى و ذلك لأنه لا فرق على المسلكين فى أن المالك يجوز له التصرف فى متعلق عقد الفضولى و لو كان عالما بصدور العقد منه فإذا جاز له التصرف نفذ تصرفه و إذا نفذ فلا يبقى محل للإجازة لصيروره المالك أجنبيا

و احتمال بطلان تصرفه لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملك الغير دور واضح لأن الإجازة إنما تكشف عن ذلك لو كان المحل محلا للإجازة و بقاء المحل فرع بطلان التصرف و بطلانه فرع بقاء المحل للإجازة و عبارته أخرى قد ذكرنا أن كاشفيه شىء عن شىء إقريا لمناسبه تكويته أو لمناسبه جعليه و التكويتيه مفقوده و الجعليه ثابتة فى صورته إجازة المالك لا الأجنبى و المالك الذى تصرف فى متعلق عقد الفضولى صار أجنبيا

□  
نعم لو لم يكن للإجازة دخل فى التأثير أصلا بل كانت كاشفه عن حكم الشارع بصحة العقد الذى يتعقبه الإجازة فى علم الله أمكن أن تؤثر فى بطلان النقل و لكنه مع هذا لا يمكن الالتزام به لأن إجازة الأجنبى ليست كاشفه عن حكم الشارع ثم لا وجه لحكمه بصحة النقل على الكشف الحكمى و وجوب قيمه على المجيز لأنه لو كان النقل صحيحا لم يتحقق حق للمشتري الذى هو طرف الفضولى حتى يعطى قيمه من باب الجمع بين حقه و صحة النقل

و قياس الإجازة على الفسخ الخيارى مع انتقال متعلقه بنقل لازم قياس مع الفارق لأن الفسخ حل العقد و لا يتعلق حق الخيار بالعين و إلا لم يكن تصرف من عليه الخيار نافذا فإذا كان متعلقا بالعقد و لم يكن النقل اللازم ممن عليه الخيار مانعا من أعمال ذى الخيار حقه فمقتضى الجمع بين بقاء الحق و صحة النقل أن يرجع بدل العين إلى الفاسخ و هذا بخلاف الإجازة فإنها بعد انتقال المبيع بالنقل الصحيح اللازم إلى غير طرف الفضولى لا يبقى محل لها حتى يجمع بين نفوذها و صحة النقل بإعطاء قيمه إلى طرف الفضولى

ثم إن فى بعض نسخ المتن سقط لفظ الأم و عبارته هكذا و لو نقل المالك الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على

الكشف الحقيقي لانكشاف وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النّقل بمنزله الرّدّ و بقى صحيحا على الكشف الحكمى و على  
المجيز قيمته إلى آخره فتوهم أنّ هذه العبارة

لا يرد عليها إشكال لأن بيع الولد لا يوجب عدم بقاء محلّ الإجازة بالنسبة إلى الأم فإذا باعه المالك و أجاز عقد الفضولى الواقع على الأم فيجمع بين نفوذ البيع و صحّه إجازته فإذا حكم بمقتضى الكشف الحكمى بترتيب الآثار الممكنة من حين العقد فمن الآثار النماء و هو الولد لأنّه تابع للعين فيصحّ نقل الولد و يجب قيمته على المجيز لأنّ نقله بمنزله إتلافه

و لا- يخفى أنّ هذا مضافا إلى مخالفته لسائر النسخ الموجود فيها لفظه الأم و أنّ ظاهرها تعلّق الإجازة بعين ما تعلّق به النّقل يرد عليه أنّ مثل هذا النّماء المنفصل المستقلّ لا وجه لكونه تبعا للعين فلو أجاز بيع الأم فبناء على الكشف الحقيقى يصحّ أن يقال الولد للمجاز له تبعا لأنّه حدث فى ملكه و أمّا بناء على الكشف الحكمى فالمفروض أنّه لم يحدث فى ملكه و إنّما يحكم تبعا أو قاعده أنّه فى حكم حدوثه فى الملك و هذا التعيّد أو القاعده إنّما يصحّ إذا كان للإجازة محلّ و بعد صحّه النّقل لا يتعلّق للمجاز له حقّ به حتى يجب على المجيز بدله جمعا بين الحقيين

قوله قدّس سرّه و ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكيه المشتري من حين العقد إلى آخره

لا- يخفى أنّه سواء قلنا بأنّ الالتزام بالكشف الحكمى من باب التعيّد الصرف أم قلنا بأنّه من المرتكزات العقلائيّه فما لم يتحقّق الإجازة لا يؤثر العقد و لكنّه إذا تحققت فترتب جميع الآثار الممكنة الترتّب على نفس السبب و هو العقد فى ظرف حصوله و من الآثار الممكنة فى العقد المعاوضى المنافع أو النّماء فما كانت موجوده حين الإجازة كالصّوف و أثمار الأشجار و نحوهما يحكم بأنّها ملك لطرف الفضولى بجميع مراتب وجودها من حين العقد إلى زمان الإجازة و ما كانت تالفه كالمنافع المستوفاه أو التّالفه من غير استيفاء فمعنى ترتيبها من حين العقد هو الحكم بضمان المجيز لها للطرف و لازم الضّمان الحكم بملكيتها للطرف لا- الحكم بالملكيه أولا- ثم الضّمان فإنّ الملكيه لا يعقل تحقّقها حين العقد مع تأخّر الإجازة لأنّ جهه الامتناع مشتركه بين العين و النّماء

هذا مع أنّ ملكيه النّماء أو المنافع ليس لإنشاء معاملى فى عرض العين أو فى طولها بل إنّما هى لحكم شرعى أو عقلايى تبعى و التبعيّه دائره مدار المتبوع و بالجمله الحكم بملكيه النّماء أو المنافع إنّما هو لاعتبار بقائهما من حين العقد إلى زمان الإجازة و هو يقتضى الضّمان فبهذا اللّحاظ يكونان من الآثار الممكنة الترتّب من زمان العقد و منها أيضا الوراثه فإنّها قابله للتحقّق من زمان العقد إلى زمان الإجازة سيّما بناء على كون الكشف الحكمى من باب التعيّد الشرعى فإنّ أعمال التعيّد فيها بمكان من الإمكان و ليس موت أحد الزوجين كتلف العين فإنّ الزوجين و إن كانا كالعوضين فى باب البيع ركنين فى النّكاح إلّا أن عدم قابليته العين التّالفه لتعلّق الإجازة بها ليس لتلفها حتى يقاس موت الرّوج على التّلف بل للغويّه الإجازة فإن المبيع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فلا- يؤثر الإجازة فى نقل المبيع إلى المشتري لوقوع التّلف فى ملك البائع و هذا بخلاف موت أحد الرّوجين فإنّه لا يمنع من تعلّق الإجازة بعقد النّكاح فيرتّب عليه الإرث

فتحصّل ممّا ذكرنا أمور ينبغى الإشارة إليها الأوّل أنّ القائل بالكشف الحكمى قد جمع بين الكشف الحقيقى و النّقل فإنّ القائل بالكشف الحقيقى التزم به من جهه أن الإجازة ليست كسائر الأجزاء و الشّرائط ممّا له دخل فى السبب الناقل بل هى راجعه إلى إنفاذ العقد

السابق القاصر من حيث السبب، إما بحسب الاقتضاء كعقد الفضولي وإما لوجود المانع من تأثيره كعقد الرهن ونحوه مما يتعلق به حق الغير والقائل بالنقل التزم به من جهة مدخلته الإجازة على أي حال في سببه السبب والقائل بالكشف الحكمي جمع بين النظريين فحكم بترتيب الآثار الممكنة الترتب من حين العقد بعد تحقق الإجازة دون ما لا يمكن للزوم الاستحالة و منشأ التزامه به هو كون الإجازة راجعه إلى إنفاذ الإنشاء السابق والإنشاء السابق وإن لم يكن من أجزاء مدلوله وقوع المنشأ حين الإنشاء إلا أنه حيث كان ظرفه قبل ذلك فمقتضاه وقوع منشئه حين الإنشاء

والإنشاء قد يصدر ممن يؤخذ بجميع مدلولات كلامه المطابقيه والالتزاميه كالرهن فإن له الالتزام بما أنشأه وقد يصدر ممن ليس له الالتزام بما أنشأه لعدم كونه تحت قدرته كالفضولي فالذي يتوقف على الإجازة في بيع الرهن هو مدلوله المطابقي وهو إيجاد المادة بالهيئه دون التزامه بما أوجده وفي الفضولي كلا الالتزامين فالإجازة من المرتهن تنفيذ للبيع وحده ومن المالك تنفيذ للبيع والتزام منه أيضا بما أنشأه الفضولي ولا شبهه أن ما أنشأه الرهن أو الفضولي هو إيجاد البيع فإجازة المرتهن أو المالك إنفاذ للمدلول المطابقي أو لكلا المدلولين

الثاني أن الإجازة إنما تؤثر عند بقاء محلها كما إذا لم يتصرف المالك أصلا أو تصرف تصرفا غير مناف لها كما لو آجر الدار التي باعها الفضولي فيجمع بين صحه الإجاره و ترتيب آثار ملكيه المشتري بأخذ بدل الأجره من المالك و أميا لو تصرف بالتصرف المنافي كالبيع والعتق والوطى ونحو ذلك أو أتلفه أو تلف بنفسه فلا يبقى محل للإجازة للزوم الدور كما عرفت من غير فرق بين الجميع أما في مورد التلف فلانفساخ العقد به قبل القبض الصحيح و أما في مورد الإلتلاف فلعدم قابليه التالف لأن يكون ملكا للمجيز فلا يؤثر إجازته نعم لو قيل ببقاء محل الإجازة فالحق الرجوع إلى البدل و لو بالتصرف البيعي فضلا عن العتق لا بطلان التصرف لأنه ليس من الآثار الممكنة فإنه وقع من مالكة في محله فمقتضى نفوذ تصرفه وإجازته جمعا هو الرجوع إلى البدل ثم هل يلحق الرهن بالإجازة أو بالبيع وجهان والأقوى هو الأول لأن الرهن ليس مفوتا لمحل الإجازة لأن للرهن البيع غاية الأمر أن نفوذه موقوف إما على فك الرهن وإما على إسقاط المرتهن حقه فله الإجازة أيضا فحكم الإجازة حكم أصل بيع المال المرهون و بيع المفلس و بعبارة أخرى كون المال رهنا لا- يوجب عدم مالكيه المالك لإنشاء البيع فلا- يوجب عدم مالكيته لإجازة البيع الذي أوقعه الفضولي

الثالث قد تبين مما تقدم أن القائل بالكشف الحكمي له دعويان أولاها بمنزله الكبرى و هي أن مفاد الإجازة الالتزام بترتيب الآثار الممكنة من حين العقد و ثانيها بمنزله الصغرى و هي أن المنافع و النماءات من الآثار الممكنة و قد ظهر صدق الصغرى باعتبار أن لهما آثارا وجوديه بحسب الضمان فبقى الكلام في تنقيح الكبرى و هو أنه هل مفادها ترتيب جميع الآثار حتى تكون بمنزله الإمارات في إثبات لازمها و ملزومها و ملازمها بناء على الطريقيه بحيث لو وطئ المشتري الجاربه قبل الإجازة لسقط عنه الحد بإجازة المالك و كان الولد له لا للمالك و كانت الجاربه أم ولد أو مفادها مفاد الأصول فلا يترتب عليها إلا الآثار الشرعيه دون العاديه و العقلية و دون ملزوماتها أو مفادها مفاد الإمارات بناء

## على السببيه التصويبيه وجوه

و الصواب هو التفصيل و هو أنه لو قلنا بأن الكشف الحكمى على طبق القاعده فلا بد من الالتزام بأن مفاد الإجازة مفاد الأمارات على السببيه و ذلك لأن الكشف الحكمى فى الحقيقه راجع إلى النقل غايه الأمر حيث إن مفاد الإجازة تنفيذ العقد السابق فيرتب الآثار الممكنه على العقد السابق و لكن الحكم بترتيبها عليه من حين الإجازة فكان العقد حقيقه وقع حينها و لكن المجيز التزم بترتيب الآثار من حين العقد فليس للآثار قبل الإجازة وجود واقعى تكشف عنها الإجازة حتى تكون الإجازة كالأماره القائمه على كون الملك ملكا لطرف الفضولى من حين العقد فيرتب عليه جميع الآثار أو تكون كالأستصحاب القائم على كون الملك ملكا للطرف من حين العقد فيرتب عليه الآثار الشرعيه المترتبه على المستصحب بلا واسطه فيحكم بكون الجاريه المستولده أم ولد بناء على أن يكون موضوعه الوطى فى زمان الملك لا الوطى حال الملك الذى هو عنوان منتزع من الوطى الوجدانى و الملكيه المستصحبه بل الإجازة هى بنفسها عله للحكم بترتيب الآثار و ليس لترتيبها واقع انكشف بالإجازة فعلى هذا يجب أن تكون الآثار التى تترتب على العقد بسبب الإجازة خصوص الآثار التى التزم بها المتعاقدان مطابقه أو تضمنا و تبعيا كالمنافع و النماء و إرث الزوجين و نحوها دون الآثار الشرعيه المترتبه على العقد الواقع كالحكم بحليه الوطى و كون الموطوءه أم ولد لأن جميع الأحكام التكليفيه تعديده شرعيه لا مالكيه

و هكذا بعض الأحكام الوضعيه كسقوط الحدّ و صيروره الموطوءه أم ولد و تغسيل أحد الزوجين للآخر فإن هذه الأحكام لم يلتزم بها العاقد لا مطابقه و لا تبعاً نعم لو كانت الآثار الشرعيه من الآثار التى رتبها الشارع على الملك لا تعديده محضه كالمنافع فتترتب على العقد فإنها و إن لم تكن ممّا التزم بها العاقد بل كان ترتبها على العقد لتعبد شرعى إلا أنها من الآثار المترتبه على الملك لا التعديده الصّرفه و أما لو قلنا بأن الكشف الحكمى من باب التعبد فلا بد فى ترتيب الآثار من النظر إلى مقدار التعبد و حيث إنه ليس فى الأخبار عموم أو إطلاق فيقتصر على القدر المتيقن و هو الآثار المترتبه على الملك و نحوه لأن الأخبار الداله على هذا المعنى كصحيحه محمد بن قيس و خبر نكاح الصّغيرين لا يستفاد منها إلا هذا المقدار من الأثر فإن الثانى لا يدل إلا على الحكم بالإرث و الأول لا يدل إلا على أخذ الوليده مع ابنها قبل الإجازة و نفوذ بيع الفضولى بعد الإجازة بالنسبه إلى حريته الولد و هى من آثار الوطى فى الملك

فعلى هذا لا فرق بين المسلكين فى ترتيب خصوص الآثار التى لها اعتبار وجود فى ظرف الإجازة ثم إن هذه الآثار تترتب على العقد إذا كانت ممّا التزم به المجيز على نفسه أى كانت عليه و أما إذا كانت ممّا التزم به الطرف على نفسه فلا دليل على ترتيبها على العقد بالإجازة إلا من باب التزم الطرف بها فلو وطئ المالك الأمه المبتاعه فضولا قبل إجازته و صارت مستولده وقع الوطى فى ملكه فالولد حرّ و أمه أم ولد فلو كانت ممّن لا يجوز بيعها يصير الوطى كالعق مفوّتا لمحلّ الإجازة و لو كانت ممّن يجوز بيعها كما فى ثمن رقبته فى مورد إعسار المولى فلإجازة محلّ و لكنّها لا تكشف عن وقوع وطى المجيز فى غير ملكه و أنّ الوطى كان حراما و أنّ الولد رقّ للمجاز له لأنّ الحكم برقبته الحرّ و حرمة الحلال ليسا من الآثار

و أمّا لو وطئها المشتري قبل إجازة المالك و استولدها ثم أجاز المالك فيمكن الحكم بحريه الولد لأن صيروره الرق حراً من الآثار الممكنه و من الآثار الثابته على المجيز لا الثابته له

و لو انعكست المسأله بأن كان المالك الباع أصيلا و وطئها قبل إجازة المشتري العدى اشترت له فضولا فاستولدها ثم أجاز المشتري فالإجازة لا- تكشف هنا عن صيروره الولد رقا لأن الأمه بناء على الثقل و الكشف الحكمى قبل إجازة المشتري تكون فى ملك الباع الأصيل فالولد انعقد حراً فيإجازة المشتري لا تنقلب الحريه إلى الرقيه بل الأمر كذلك و لو قلنا بأن الوطى من المالك حرام لالتزامه بخروج الأمه عن ملكه و أنّ الولد رقا لأن الحكم بالرقيه ليس من باب الإجازة فإنها من الآثار التى له لا عليه بل من باب التزام طرفه بكونه له كما فى ميراث أحد الزوجين من الآخر بناء على أن يكون الإرث من الآثار التى التزمه الزوجان على أنفسهما أو من الآثار الشرعيه المترتبه على الزوجيه فإن الحكم يارث المجيز المال العدى تركه الآخر الميت ليس لإجازته بل لحكم الشارع أو لالتزام الميت

به ثم إنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ النزاع بين الكشف الحقيقى و الحكمى ليس علمياً صرفاً و ممّا لا يترتب عليه الأثر و ذلك لاختلاف المسلكين فى ترتيب جميع الآثار أو بعضها فإنّ القائل بالكشف الحكمى لا يمكنه الالتزام بترتيب جميع الآثار

### [منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف]

قوله قدس سره و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف إلى آخره

لا يخفى أنّ المراد من الكشف هنا الكشف الحقيقى لا الحكمى فإنّه فى هذه الثمره مثل الثقل

ثم لا يخفى ما يرد على كلامه قدس سره من المناقشات منها أنّ الفرق بين الكشف و الثقل فى هذه الثمره يصحّ فى غير الشرط المتأخر فإنّ العقد تام من طرف الأصيل لو كان مقارنا للرضا التقديرى أو مقارنا لوصف التعقب أو كان هذا النحو من العقد تاماً فى علم الله و أمّا لو كانت الإجازة شرطاً متأخراً فالعقد ليس من طرفه أيضاً تاماً لأننا و إن قلنا بالمحال و هو تحقّق الملكيه قبل تحقّق موضوع الملك و شرطه إلما أنّه لم يتحقّق نفس العقد أيضاً قبل تحقّق أركانها التى منها الإجازة و منها أنّ قوله بل قبل تحقّق شرط صحّه العقد كالتبص فى الهبه و الوقف و الصدقه لا يصحّ بإطلاقه فإنّ حكم القبض الذى يتوقّف صحّه العقد عليه ليس مطلقاً حكم القبول قبل الإيجاب أو الإيجاب قبل القبول فى جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشائه قبل إنشاء صاحبه فإنّ فى الصيرف و السلم لا- يجوز لكلّ منهما إبطال ما أنشأه بعد تماميه العقد قبل القبض مع أنّ الملكيه متوقّفه على القبض بل يجب عليهما الإقباض لأنّ كلّاً منهما ملزم بما التزم على نفسه و هو التسليم و التسلم فإنّهما من الشروط الضمّيه التى ينشئها المتعاقدان

نعم الظاهر أن جواز الإبطال فى الوقف قبل القبض مسلّم و يمكن أن يكون جوازه من جهه إيقاعيته و لذا استشكل فى الزهن و

منها ما يرد على قوله فالأولى فى سند المنع إلى آخره لأن حاصل كلامه أن إنكار تحقق الثمره بالمنع من جواز الإبطال على القول بالنقل أيضا لا يستقيم فالأولى فى سند منكر ثبوت الثمره أن يقال إطلاقات صحه العقود يدفع احتمال شرطيه عدم تخلل الفسخ بين العقد و الإجازة

و حاصل الإيراد عليه أنه ليس الكلام فى احتمال شرطيه عدم تخلل الفسخ شرعا حتى يتمسك بالإطلاق بل لو كان شرطا لكان الفسخ مضرا بصدق العقد و ذلك لأن الإجازة بناء على النقل حكمها حكم الإيجاب و القبول فى أنها من



أركان العقد فلو فسخ الأصيل بعد الإيجاب و القبول قبل الإجازة فهو كما لو فسخ الموجب بعد الإيجاب قبل القبول إلا أن يمنع ذلك و يقال بالفرق بين الإجازة و الإيجاب و القبول و لو بناء على الثقل كما سيجى ء

ثم لو سلمنا أن الإيجاب بدون القبول عقد إلا أنه لو احتمل أن بالفسخ ينهدم عقديته فلا وقع للتمسك بإطلاق أو فوا بالعقود و لا يقاس على الفسخ بعد العقد للشك في عقديته بعد صدور الفسخ فى المقام و الإطلاق لا يثبت موضوعه بخلاف الفسخ بعد تمامية العقد و لعله قدس سره إلى ذلك أشار بقوله و لا يخلو عن إشكال

### [و منها جواز صرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل]

#### إشارة

قوله قدس سره و منها جواز صرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على الثقل إلى آخره

لا- يخفى أنه لو قلنا بأن الفسخ قبل الإجازة بناء على النقل مبطل لإنشاء الأصيل فحكم التصرف حكم الفسخ بالقول لأنه فسخ فعلي و أميا لو لم نقل بإبطاله فهل يجوز له التصرف فيما انتقل عنه بناء على النقل دون الكشف أو لا يجوز مطلقا أو يجوز مطلقا وجوه و الأقوى أنه لا- يجوز تصرفه مطلقا بناء على استفادة الحكم التكليفي من قوله عز من قائل أو فوا بالعقود لدلالته على أن كل منشئ و معاهد ملزم بإنشائه و عهده فإن وجوب الوفاء تكليفا لا- معنى له إلا تعلقه بفعل المتعاقدين أى يتعلق بالمعنى المصدرى فيجب على كل منهما الالتزام بما أزم على نفسه و هو إيجاد المادة بالهيئة سواء تحقق الالتزام من الآخر أم لا

نعم لو كان الوجوب متعلقا بنتيجة المصدر جاز تصرفه على النقل لا الكشف و لو على نحو الشرط المتأخر لأنه بناء على النقل لم تحصل الملكيه بعد و بناء على الكشف حاصله مطلقا حتى بناء على الشرط المتأخر سواء كان المتأخر شرطا للسبب الناقل أم كان شرطا لمؤثره السبب لأن الملكيه على كل تقدير حاصله و لذا قلنا باستحاله تحققها مع عدم تحقق سببها الذى منه الإجازة و على الوجه الأخير حمل المصنف الشرط المتأخر العدى التزم المشهور به كما استفادة من كلام المحقق و الشهيد الثانين من قولهم إن العقد سبب تام

و بالجملة لو كان الوفاء متعلقا بنتيجة الفعل يمكن التفصيل بين الكشف و النقل و أما لو كان متعلقا بنفس الفعل فالالتزام من طرف الأصيل مطلقا حاصل و على أى تقدير فالجواز مطلقا لا وجه له

و توضيح ذلك مع توضيح هذه الثمره و الثمره المتقدمه يحتاج إلى تمهيد أمور الأول فى إمكان الفرق بين الفسخ الفعلي و القولى و عدمه الثانى فى إمكان وجوب الالتزام على أحد المتعاقدين بما أنشأه مع عدم حصول الالتزام من الآخر و عدمه الثالث فى إمكان الفرق بين البيع و النكاح فى وجوب الالتزام على الأصيل و عدمه الرابع فى بيان إمكان الفرق بين النقل و الكشف و عدمه ثم الفرق فى أقسام الكشف أما الأول و الثالث فتتقيحهما يتوقف على الثانى و الحق فيه إمكان التفصيل فى وجوب الالتزام

بالتسببه إلى أحد المتعاقدين و ذلك لأنه متعلق بما هو فعل العاقد و لا شبهه أن المعنى المصدري من طرف الأصيل تام لتحقق أركان العقد من الإيجاب و القبول و إنما الناقص هو الاستناد إلى المالك

و بعبارة واضحة تارة أحد المتعاقدين يعطى التزامه الآخر و تنقطع إضافته عن ماله كما فى المقام بالتسببه إلى الأصيل و الصّرف و السّلم بالتسببه إلى كلا المتعاقدين و أخرى يعطى التزامه الآخر و ينشئ البيع و لكن لا ينقطع ملكه عنه كما فى الإيجاب قبل القبول فإنّ فى الفضولى التزام الأصيل تام لتحقق المادة القابلة لفعاليتها بإجازة المالك بخلاف الإيجاب قبل القبول فإنّه وقع

ما أنشأه الموجب غير تام و لا متعلق بأحد بل مراعى بقبول الآخر و لا يتوقف تحقّق الالتزام من طرف على تحقّق الملكيه و هى اسم المصدر لأنّ وجوب الالتزام ليس من آثار تحقّق النتيجة و لذا يجب على المتعاقدين الإقباض فى باب الصرف و السلم لو لم يكن لهما خيار المجلس مع أنّ الملكيه تتوقّف على القبض و ذلك لأنّ الإقباض من آثار المعنى المصدرى المذى تحقّق بالإيجاب و القبول

و بعبارة أخرى وجوب الالتزام مقابل لثبوت الخيار و لا معنى للخيار قبل القبول و أمّا بعد القبول و لو قبل حصول الملك فلا مانع من ثبوته كما فى خيار المجلس فى بيع الصّيرف و السلم لأنّ الخيار ملك حلّ العقد و إقراره فوجوب الالتزام متفرّع على تحقّق العقد لا الملك و المفروض فى باب الفضولى أنّ العقد تامّ و لو لم يكن مؤثرا من باب عدم استناده إلى مالكة و لا ينافى وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على آخر و إن كان تملك أحدهما الثمن منوطا بتملّك الآخر المثلث فإنّ التزام أحدهما لا يناط بالتزام الآخر لأنّ نتيجة مقابله الجمع بالجمع فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ التّوزيع فكلّ واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه فلا ينافى حرمة التصرّف على الأصيل فيما ينتقل عنه عدم جواز تصرّفه فيما ينتقل إليه لأنّ جواز تصرّفه فيه من آثار الملكيه و من آثار التزام الآخر الذى لم يتحقّق فى الفضولى قبل الإجازة فعلى هذا لا يؤثر فسخ الأصيل و يحرم عليه التصرّف و لا ينفك أحدهما عن الآخر

نعم لو شكّ فى وجوب الالتزام عليه أمكن التفكيك بينهما فى الأصول العمليّه فإنّ مقتضى الاستصحاب جواز التصرف و لا أصل فى تأثير الفسخ القولى و عدمه و ممّا ذكرنا ظهر أيضا عدم إمكان التفكيك بين أحكام البيع و النكاح فلو قيل بتأثير عقد النكاح من طرف الأصيل فى أحكام المصاهره كما هو صريح القواعد يجب القول بتأثير عقد البيع لحرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه لأنّ أحكام المصاهره كما لا تناط بالزّوجيّة بل بالعقد على امرأه فكذلك أحكام البيع لا تناط بالملكيه بل بإنشائها و ذلك ظاهر

و أمّا الرابع فتارة يتكلّم فى الفرق بين أقسام الكشف و أخرى بين الثقل و الكشف أمّا الفرق بين أقسام الكشف فيظهر من المصنف قدس سرّه أنّه بناء على وصف التعقّب لا مانع من تصرّف الأصيل لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدر فى السلطنة الثابته له و لا وجه لإلقاء أصله عدم الإجازة فإنّ إلغاءها يدور مدار التعبد ففى كلّ مورد ألغائها الشّارع كما فى إجازة أحد الصّغيرين بعد موت الآخر و لذا حكم بوجوب عزل الميراث نقول به و فى كلّ مورد لم يقدّم دليل خاصّ على إلغائها نتمسك بها

و أمّا بناء على الشرط المتأخّر بأن يكون الإجازة شرطا لمؤثريّه العقد فلا يجوز التصرّف حتى مع العلم بعدم الإجازة فعلى هذا لا يفيد إجراء أصله عدم الإجازة و فيه أنّه لا وجه للتفكيك بين أقسام الكشف لأنّه لو سلم جواز التصرّف بناء على شرطيه وصف التعقّب من باب الشكّ فى الشرط لجاز بناء على الشرط المتأخّر لأنّ مدخلية الإجازة فى التأثير لا إشكال فيها فعلى أى حال الشرط مشكوك

نعم لو قيل بعدم مدخلية الإجازة أصلا و كان وجودها كعدمها لكان للفرق بينهما وجه و الالتزام بهذا ينافى مدخليتها فى التأثير و

أما الفرق بين التّقل و الكشف بجواز التصرّف على الأوّل دون الثّانى ففيه أنّه لو قلنا بأنّ التّزام أحد المتعاقدين غير منوط بالتّزام الآخر و أنّ العقد من طرف الأصيل تام و قلنا بالفرق بين النّذر المشروط و التّزام الأصيل

و هو تعليق النذر على حصول الشرط دون الالتزام فإنه لم يعلق بإجازه الآخر فلا وجه للفرق بين الثقل و الكشف فإن التصرف على أى حال حرام لأن التزم الأصيل تام مطلقا

### تنبيه قد يستدل بالخبر الوارد في تزويج الصغيرين فضولا على حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

بتقريب أنه لو جاز تصرفه مع احتمال انتقال المال عنه لجاز تصرف الورثة فيما تركه أحد الزوجين قبل إجازة الآخر فحرمة تصرفهم و وجوب العزل يكشف عن أن الشارع راعى احتمال انتقال المال عن مالكة إلى غيره و فيه أن مسألة العزل لا دخل لها بالمقام فإن إجازة أحد الزوجين ليست موجبه لانتقال المال من الورثة إليه

و بعبارة أخرى مجرد موت المورث غير موجب لانتقال المال إلى الورثة حتى ينتقل المال بسبب الإجازة منهم إلى المجيز بل مال الميت بمقدار حق الزوج لا ينتقل إلى أحد و يبقى في حكم ماله حتى يجيز المجيز فيرثه أو يرد فيرثه الورثة فبقاء حق الزوج كبقاء حق الحمل و بقاء حق من أسلم قبل قسمه و بالجمله ليس حرمة تصرف الورثة من جهة تعلق حق للغير بالمال كتعلق حق المرتها و لا لاحتمال خروج المال عنهم بالتزام مورثهم به كالتزام الأصيل بخروج المال عن ملكه بل لبقائه في حكم مال الميت إنما أن يقال وجه بقاءه في حكم مال الميت ليس إلا التزم الميت بخروجه إلى ملك الزوج و المفروض أن الوارث بمنزله مورثه فيحرم عليه التصرف بالتزام مورثه بالخروج نعم لو قيل بأن العزل حكم تعبدى فلا دخل له بالمقام و الحق أن الأمر كذلك و لذا لو قلنا بجواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و نفوذ فسخه القولى قبل الإجازة لا نقول بجواز ذلك للورثة و ليس إلا لعدم دخول حق الزوج أو الحمل في ملكهم فحرمة تصرفهم ليست دليلا لحرمة تصرف الأصيل

### [مسألة النذر المشهوره]

قوله قدس سره مسأله النذر المشهوره بالإشكال إلى آخره

لا يخفى أن بيان حكم أقسام النذر و إن كان خارجا عن المقصود إلا أنه لا بأس بالإشارة إلى ما هو الحق فيه إجمالا فنقول تاره يتعلق النذر بالنتيجه و أخرى بالفعل و على الثانى قد يكون منجزا و قد يكون معلقا و على الثانى تاره تحقق المعلق عليه بعد النذر و أخرى لم يتحقق و على الثانى قد يعلم بتحقيقه و قد يشكك و التعليق تاره على أمر اختيارى و أخرى على غيره و بعض الأساطين و إن جوز تصرف الناذر فى أغلب الصور إنما أن الحق فى جميع الأقسام عدم جواز التصرف لا لتعلق حق الفقراء أو غيرهم به ممن يرجع فائده النذر إليه لأن ذلك ممنوع فإن نذر كون الحيوان صدقه لا يوجب ثبوت حق للفقير متعلق بالحيوان فإن الفقير فى النذر هو المصروف فهو كالأجنبى الذى شرط أحد المتعاقدين على الآخر إعطاءه درهما فليس للأجنبى إسقاط الشرط و لا المطالبه به و لا يرثه وارثه لأنه ليس هو المشروط له و الفقير أيضا كذلك ليس له و لا لوارثه بعد موته المطالبه بوفاء النذر

و بالجمله يتعلق لله سبحانه على الناذر حق و لا يتعلق للغير حق عليه فليس المنع من جهة تعلق حق الغير به بل لأن الناذر بسبب

النذر سلب عن نفسه حق جميع تصرفاته في المنذور سوى تصرفه في جهة نذره فلا يجوز له تصرفه في غيرها ولا ينفذ منه

### **[ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات آخر]**

قوله قدس سره ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات آخر

لا يخفى أن في الثمرة الأولى لا فرق بين القول بالكشف و القول بالنقل في أن موت أحد المتعاقدين لا يوجب بطلان العقد و فوات محل الإجازة لأن المال ينتقل إلى الوارث

على نحو كان للمورث فسواء مات الأصيل أن من له الإجازة يبقى العقد على حاله

و أمّا سائر الثمرات فيظهر من صاحب الجواهر أنّها ليست بثمره أيضا لأنّه لا فرق بين القولين في فوات محلّ الإجازة بعروض الارتداد الفطري في مطلق البيع و الارتداد الملى في خصوص بيع المصحف و المسلم و بعروض تلف أحد العوضين أو نجاسته أو فقد شرط حال العقد أو حال الإجازة و قال قدس سرّه ببطلان محلّ الإجازة في الثمرة الأولى أيضا

و حاصل ما ذكره وجها لبطلان العقد في مورد انسلاخ أحد المتعاقدين عن قابليته التملك كالموت و الكفر و في مورد انسلاخ أحد العوضين عن قابليته التملك كالتلف و عروض النجاسة هو ظهور الأدلّة في اعتبار استمرار القابلية للمالك و المملوك من حين العقد إلى حين الإجازة فلو لم يكن أحد المالكين حين الإجازة حيا أو لم يكن الملك باقيا على ملكهما لا يفيد الإجازة لا سيما في الثاني ضروره كون المعبر على الكشف و النقل رضا المالك و المفروض انتفاء مالكيته بانتفاء قابليته العين للتملك و لا سيما إذا كانت القابلية أو الشرط مفقودا حين العقد و إن تجدد حين الإجازة كما لو باع الخمر ثم صار خلا أو باع المجهول ثم تعيّن

أمّا على الكشف فواضح و أمّا على النقل فلأنّ الإجازة ليست بنفسها عقدا بل هي راجعة إلى العقد فلو لم يكن المبيع حال العقد قابلا للتملك لا يفيد قابليته حال الإجازة و اعترض عليه المصنف قدس سرّه بما حاصله أنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيوع متعدّده على ماله فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازة الأول توجب صحّه الجميع مع عدم بقاء مالكيه الأول مستمرا أو كما يشعر به بعض الأخبار حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياه المتعاقدين حال الإجازة مع أن خبر الصيغيرين يدلّ على عدم اعتبار بقاء الملكيه للمال بالملازمه لأنّ الزوجين في باب النكاح كالعوضين في باب البيع انتهى

أقول أمّا اعتبار الحياه فقد عرفت ما فيه و أمّا بقاء القابلية فالنقض بوقوع البيوع المتعدّده في غير محلّه لأنّ المالك الأول أى المشتري من الفضولى و إن لم يبق ملكه إلى حال الإجازة سواء أجاز المالك الأصيل أم ردّ لأنّه بناء على الإجازة يقع للأخير و بناء على الردّ يبقى في ملك الراذ إلّا أنّ عدم بقاء تملكه إنّما هو بسبب الإجازة و إلّا فيستمرّ الملك في ملكه إلى حينها لأنّ المالك الأخير يتلقّى الملك من المشتري الأول فملك الأخير من آثار تملك الأول كما أنّ تملك الأول من آثار تحقّق الإجازة من المالك الأصيل

و بعبارة أخرى لا- شبهه في بقاء مالكيه المالك الأصيل إلى حين الإجازة و المالك الثاني أى المشتري من الفضولى يستمرّ مالكيته إلى زمان الإجازة أيضا و لذا برّد المالك يبطل الجميع و بإجازته يصحّ الجميع و معنى صحّه الجميع مالكيه الأول حين الإجازة ثم مالكيه الثاني ثم الثالث إلى آخر البيوع فإجازة الأول موجب لأمرين تملك المشتري الأول و خروج الملك عن ملكه أيضا كما في الثاني و الثالث إلى أن ينتهي إلى آخر البيوع

فالأولى أن يقال أمّا مسأله التلف فمن حيث الملكيه لا يتفاوت الأمر بين الكشف و النقل لأنّ المبيع لو تلف قبل القبض فهو من

مال بئعه مطلقا سواء قلنا بالكشف أم بالنقل و حينئذ فعلى النقل فإت محلّ الإجازة لما ذكرنا سابقا من اعتبار بقاء المحلّ للإجازة و على الكشف يرجع إلى الأصل



بالإجازة تنكشف صحته البيع و دخول المبيع آنا ما قبل التلّف في ملك البائع

و أما من حيث النماء فلو فرض حصول من حين العقد إلى زمان التلّف ظهرت الثمره بين القولين و أما تجدد القابليته بعد العقد قبل الإجازة أو حصول الشّروط بعده قبل الإجازة أو بالعكس فالبحث فيه تاره يقع في شرائط العقد و أخرى في شرائط العوضين ثالثه في شرائط المالكين فما كان من الأوّل كاعتبار البلوغ و العقل في العاقدين فتجدده بعد العقد لا يفيد و لو على التّقل لأنّ الإجازة تنفيذ للعقد السابق لا أنّها سبب مستقلّ فإذا كان الشّروط عند العقد مفقودا فلا يفيد تحقّقه حين الإجازة و ما كان من الثّاني و الثّالث اللّذين يرجعان إلى شرط أثر العقد و هو المملكه ككون العوضين ممّا يتموّل عرفا و شرعا و بدو الصّلاح في بيع الثّمرة و كون مشتري المسلم مسلما فلو قلنا بظهور الأدلّه في اعتبار استمرار هذه الشّرائط من حين العقد إلى حين الإجازة كما اختار صاحب الجواهر فلا فرق بين القولين

و لو قلنا بما ارتضاه المصنّف فبناء على الكشف يشترط تحقّق الشّرائط عند العقد و لو انعدمت حال الإجازة و بناء على التّقل يشترط تحقّقها حين الإجازة فإذا ارتدّ المسلم بعد شرائه المصحف قبل الإجازة لا يملكه على التّقل و يجبر على البيع على الكشف و لو انعكس بأن كان المشتري كافرا حين العقد و أسلم حين الإجازة فالأمر بالعكس

و لكن الأقوى هو الفرق بين هذه الشّرائط أيضا فإنّ المبيع تاره يخرج بعد العقد عن قابليته التملك شرعا و يعود قبل الإجازة إلى ما كان كما إذا صار الخلل بعد العقد خمرا ثم صار خلّا قبل الإجازة فالحقّ في هذه الصوره تأثير الإجازة سواء قلنا بالكشف أو التّقل و هكذا لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليا قبل الإجازة

و أخرى يخرج عن ملك المالك بالتّقل بعد العقد ثم يعود إلى ملكه بالاشتراء أو الفسخ أو الإقاله و الأقوى هنا عدم تأثير الإجازة لأنّ التصرّفات الناقله يخرج العقد عن قابليته تعلق الإجازة به و في إلحاق الرهن بالتصرّفات الناقله أو بمسأله الفلس بعد العقد وجهان و الأقوى هو الثّاني لأنه كما لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليا قبل الإجازة فأجاز لا يضرّ عدم استمرار الشّروط لأنّ نفس المجيز لم يحدث في العين حدثا و إنّما طرأ عليها حقّ و ارتفع فكذلك في الرهن إذا فكّه ثم أجاز لا ينبغي الإشكال في صحته العقد نعم لو لم يفكّه توقّف صحته العقد على إجازة المرتهن و ذلك لأنّ حكم الإجازة حكم البيع البدوي و مجرّد الرهنه لا يوجب عدم صحته البيع فلا يضرّ الرهانه بعد العقد إذا ارتفعت قبل الإجازة في تأثير الإجازة

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ ما اختاره صاحب الجواهر و المصنّف لا يصحّ بإطلاقه فتأمل جيّدا

### [و ربما يقال بظهور الثّمرة في تعلق الخيارات]

قوله قدّس سرّه و ربما يقال بظهور الثّمرة في تعلق الخيارات إلى آخره

لا- يخفى أنّ الأحكام المترتبه على ملكيه أحد المتبايعين تختلف على الكشف و التّقل كتعلق الخمس و الزكاه و الأيمان و

النذور المتعلقة بملك أحدهما و تعلق الخيارات كخيار الحيوان أو العيب و الغبن

نعم لا- يبعد سقوط خيار المجلس في المقام لأنّ مجلس العقد لا- اعتبار به و لو على الكشف إلّا الكشف بمعنى عدم دخل الإجازة في التأثير أصلا كما إذا قلنا بصحة العقد في علم الله لو أجاز المالك و ذلك لاعتبار الإجازة في تأثير العقد على سائر الأقوال و مجلس الإجازة أيضا لا اعتبار به لأنّه ليس مجلس العقد فلو بقي المجلس إلى زمان الإجازة

فهو و إلا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين في أجزاء الصيغه

و هكذا يشكل الأمر في مجلس الصيرف و السلم فإن القبض المعتبر فيهما لا يمكن الالتزام باعتباره في مجلس العقد و لو على القول بالكشف و لا باعتباره في مجلس الإجازة و لو على النقل و الالتزام ببطلان الفضولي فيهما أشكل و هكذا ثبوت حق الشفعة بمجرد العقد و لو على الكشف مشكل و بعد الإجازة و لو على النقل أشكل لا سيما بناء على الفوريه

و يظهر ثمره القولين فيما لو باع الفضولي حصه أحد الشريكين من زيد و قبل الإجازة باع الشريك الآخر صحته من عمرو ثم أجاز الشريك فعلى الكشف يكون حق الشفعة لزيد لأنه صار شريكا للبائع الثاني و على النقل يصير لعمرو لأنه صار شريكا للمجيز فلزيد الأخذ بالشفعة من عمرو على الكشف و لعمرو الأخذ بالشفعة من زيد على النقل و أميا ثمره القولين في ترتب العقود على الثمن أو المثلن فسيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى

**[و ينبغي التنبيه على أمور]**

**[الأول أن النزاع في حكم الإجازة إنما هو في حكمها شرعا لا في معناها لغه]**

قوله قدس سره و ينبغي التنبيه على أمور الأول إلى آخره

ريب في أن النزاع في حكم الإجازة إنما هو بحسب اعتبارها شرعا و عرفا في عقد الفضولي لا في معناها لغه و عرفا فالقائل بالكشف يقول حيث إن المالك يسند إلى نفسه ما وقع من الفضولي في موطنه فيقتضى أن يكون إجازته مؤثره في الملكيه حال العقد و القائل بالنقل يدعى أن العقد يتم حين الاستناد فهما مختلفان في عالم الثبوت في أن أوفوا بالعقود هل تعلق بالمالك حين العقد أو حين الإجازة فإذا كان الأمر كذلك فلو قصد القائل بالكشف إنشاء الالتزام بمضمون العقد من حين الإجازة و قصد القائل بالنقل عكس ذلك ففي صحه الإجازة وجهان

ثم إن الكلام في صحتها يقع في مقامين الأول صحتها على طبق ما قصد منها و الثاني أصل صحتها بمعنى الاكتفاء بها و عدم الافتقار إلى إجازة جديده على طبق ما اعتقده المجيز من القولين

أميا الكلام في المقام الأول فبعد ما عرفت أن اختلاف القولين إنما هو في اقتضاء عقد الفضولي الذي تعقبه إجازة المالك للكشف أو النقل بحسب الثبوت شرعا فلا يمكن القول بصحة الإجازة و وقوعها على طبق ما قصد لأن اقتضاءها ذلك ليس من قبيل الاقتضاء بحسب الإطلاق لو خلى و طبعه حتى يمكن تقييده أى ليس من قبيل اقتضاء العقد سلامه المبيع حتى يمكن إسقاط خيار العيب بالشرط فيقال في المقام بأن الإجازة تقتضى الكشف أو النقل إطلاقا فيمكن تقييده بالنقل و لو على الكشف و بالكشف و لو على النقل بل هي بحسب الحكم الشرعي تقتضى تحقق الملكيه من حين العقد أو من حينها فلا يمكن أن تقع على طبق ما قيدها المجيز

و أمّا الكلام فى المقام الثانى فالحقّ أنّ تقييدها بما يصادّ مختاره لا يوجب فسادها لأنّ غاية الأمر أن يكون من قبيل الشرط المخالف للكتاب و السّينه و سيجى ء فى محلّه أنّ الشرط الفاسد لا يسرى فساده إلى المشروط سواء كان المشروط عقدا أم إيقاعا بل الأمر فى الإيقاع أظهر فإنّ مضمون الإيقاع يحصل بمجرد الإنشاء فيلغو ما ينافيه بعده و ليس الشرط موجبا للتعليق بل و لو قلنا فى العقد بأنّ التّملك منوط بالشرط و لا تملك بدونه إلّا أنّه ليس حكم الإيقاع حكمه لأنّ وقوع الأثر المترتب عليه لا يناط بالشرط فإنّ الإيقاعات ليست من باب المعاوضه

و بالجمله فساد الإجازة يدور مدار القول بفساد العقد و الإيقاع بفساد الشرط و على القول به

يتوقف عقد الفضولي على إجازة أخرى لأن فساد الإجازة لا يؤثر في فساد العقد و ليس كالإجازة بعد الرد

### [الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ]

قوله قدس سره الثاني أنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ إلى آخره

الكلام في هذا التنبيه يقع من جهات الأولى في كفايه الرضا الباطني و عدمها الثانيه بعد اعتبار إنشاء الرضا و عدم كفايه الرضا الباطني هل يكفي الفعل أو يعتبر القول الثالثه بعد اعتبار القول هل يشترط أن يكون باللفظ الدال على الإجازة بالصراحة العرفيه أو يكفي الكنايه

و الحق في الجبهه الثالثه كفايه الكنايه و إن لم نقل بها في العقود لأن المحذور الجارى فيها لا يجرى في الإجازة فإن الكنايه عباره عن استعمال اللفظ في معناه لينتقل ذهن السامع منه إلى لازمه أو ملزومه بحيث يكون الانتقال من دواعى الاستعمال فإن كان معناه غير المعنى المقصود من العقد فلا- يفيد كون الداعى عنوان أحد العقود لأن الدواعى و الأغراض لا اعتبار بها في العقود و هذا بخلاف الإجازة فإن المقصود بها ليس عنوانا خاصا بل يكفي فيها كل ما يدل على الرضا و كل لفظ يوجد به الاستناد فإذا عد المعنى الكنائى للفظ مصداقا لما ينشأ به الرضاء و الاختيار كقوله بارك الله في صفقه يمينك أو أحسنت و أجملت أو جزاك الله خيرا و نحو ذلك فلا مانع من إنشاء الرضاء به و لا وجه لاعتبار خصوص لفظ أجزت أو أمضيت

و الحق في الجبهه الثانيه كفايه الفعل لأنه كالقول مصداق الإنشاء الرضا و إيجاد الاستناد فلو سلم المالك المبيع إلى المشتري أو مكنت الزوجه نفسها من الزوج أو تصرف المالك في الثمن و هكذا فلا يحتاج إلى إجازة لفظيه و ذلك واضح بعد ملاحظه أدله المعاطاه و باب الخيارات و أميا الكلام في الجبهه الأولى فالأقوى عدم كفايه الرضا الباطني و اعتبار فعل أو قول ينشأ به الاستناد و ما ذكره المصنف شاهدا لكفايته لا يخلو من منع أمما ما استظهره من النصوص و الفتاوى ففيه نظر أمما النصوص فخبير السكيرانه لا يدل إلا على كفايه تمكين الزوجه لا على عدم اعتبار الإنشاء أصلا و خبر نكاح العبد فظاهر قوله ع سكوتهم عنك إقرار منهم بالنكاح أن السكوت عرفا كسكوت البكر إمضاء

و خبر التوقيع و هو لا- يحل مال امرئ لا- يدل إيا على جواز تصرف الغير مع إذن المالك و رضاه لا على حصول التمليك و التملك بمجرد الطيب و أمما الفتاوى فلا تدل إيا على عدم اعتبار اللفظ لا على كفايه كل شىء حتى الرضا الباطني كما أن مفاد لا يحل أيضا ليس إيا اعتبار الرضا لا عدم اعتبار شىء آخر و المفروض أن الفضولى فاقد لأمرين طيب نفس المالك و استناد العقد إليه و قد ذكرنا ما يزيد توضيح ذلك في أول بحث الفضولى

و بالجمله التمسك بمثل هذه الأدله لكفايه الرضا الباطني مع عدم كفايه الكراهه الباطنيه للرد في غايه الوهن و أمما التمسك بالعمومات فحاله كذلك لأن عقد المالك يصير عقدا له لو أنشأ الإمضاء و مجرد رضاه باطنا لا أثر له بل يعتبر صدور ما هو مصداق للإمضاء منه كأجزت أو رضيت أو التصرف في المنتقل إليه أو تسليم المنتقل عنه و هكذا كل قول أو فعل كان مصداقا

للرّضا و الإمضاء و لا يبعد أن يكون مراد من اكتفى بالرّضا هو عدم خصوصيّة للفظ مخصوص بل المدار في الإجازة هو اختيار ما أوجده الفضولي و ارتضاؤه إياه و قد تقدم أنّ الرّضا يطلق على معنيين أحدهما الاختيار و يتعدّى بالنّفس أو بمن و ثانيهما الطّيب المقابل للكراهة و يتعدى بالباء

هذا مع أنه لو سلم ظهور الفتاوى في كفايه الرّضا الباطني إلّا أنّ الكلام في صحّه

ما هو ظاهر الفتاوى مع عدم تحقق الإجماع على كفايه مجرد الطيب ثم بعد اعتبار الاختيار في العقد القاصر من حيث الاقتضاء كعقد الفضولي فهل يلحق به ما هو قاصر من حيث المانع كعقد الزهن و نحوه أو يكفي مجرد طيب النفس من المرتهن أو الغرماء الأقوى أنه من قبيل القصور في المقتضى لأن بعد تعلق الحق به يجب إسقاطه بالإجازة و أمثالها و الرضا الباطنى ليس إسقاطا نعم لو استكشفنا فى مورد أن تعلق الحق من باب احترام ذى الحق و رعايه شأنه كتوقف العقد على بنت الأخ و الأخت على إذن العمه و الخاله فالحق كفايه مجرد رضاه و عليك بالتأمل فى أبواب العقود و المتتبع فى موارد الحقوق

### [الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد]

قوله قدس سره الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد إلى آخره

استدل قدس سره على اعتبار عدم تخلل الرد بين العقد و الإجازة بأمر ثلاثة الأول الإجماع الثانى أن الرد موجب لانحلال العقد فهو بمنزله ما يتخلل بين الإيجاب و القبول ما يوجب خروجهما عن صدق العقد على ما ذكرنا فى شروط الصيغه من أن التعاقد و التعاهد بين الموجب و القابل و عدّ كلا منهما عقدا إنما هو لارتباط كلام كل واحد منهما بالآخر و إلّا كانا إيقاعين فالردّ الواقع بين العقد و الإجازة بمنزله ردّ الإيجاب الواقع بين الإيجاب و القبول و بمنزله فسخ ذى الخيار كما أن الإجازة بمنزله إمضاء العقد و إنفاذه الثالث أن مقتضى سلطنه المالك على ماله هو تأثير رده فى قطع علاقه الطرف الآخر عمّا انتقل إليه و لكنك خبير بأن الوجهين الأولين قابلان للمناقشه

أما الإجماع فتحققه ممنوع بل قد يقال بأنه لا إشعار به فى كلمات العلماء إلّا كلام الشهيد فى القواعد و على أى حال إذا كان مدرّك الجمع بين الوجهين الأخيرين أو احتمال ذلك فلا اعتبار به و أما كون الردّ بمنزله ما يتخلل بين الإيجاب و القبول فممنوع أيضا لأن ردّ الموجب قبل القبول و هكذا ردّ القابل قبل قبوله لو قلنا بأنه فى حكم ردّ الموجب قبل قبول القابل إنما يكون مضرا لكونه إبطالا للعهد و العقد و أما ردّ المالك فهو لا يضرّ بصدق العقد

نعم العقد لا ينتسب إليه إلّا بعد الإجازة و لا يضرّ الردّ بالانتساب فأى مورد تحقق الإجازة يتحقق الانتساب و لو بعد الردّ بالجمله فرق بين ردّ الموجب إيجابه قبل القبول و ردّ المالك عقد الفضولى قبل الإجازة فإنّ الردّ فى الأول يوجب بطلان العقد و معه لا يصدق المعاهده و المعاقده بخلاف الردّ فى الثانى فإنه بعد تحقق العقد من الفضولى و الأصيل لا يؤثر ردّ المالك فى إبطال العقد إلّا أن يضمّ إلى هذا الوجه الوجه الثالث و يقال إنّ الردّ لما كان موجبا لرفع علاقه الطرف كان موجبا لانحلال العقد و إذا انحلّ فلا تؤثر الإجازة بعده فالأولى البحث عن الوجه الثالث

فنقول قد يقال إنه ليس من أنحاء السيلطنه على المال السيلطنه على إسقاط عقد الفضولى عن قابليته لحوق الإجازة فإنه السيلطنه على الحكم لا على المال و ليس الردّ فى المقام كردّ أحد المتعاقدين قبل إنشاء الآخر فى كونه مبطلا لإنشاء الآخر لأنّ العقد فى المقام تام من طرف الفضولى فانتسابه إلى المالك يحتاج إلى الإجازة و أما رده فلا يبطل أثر العقد فله الإجازة بعد الردّ

هذا مع أنه لا نسلّم حصول العلقه للطرف الآخر حتى يكون الردّ قاطعا لها بل المال بعد بيع الفضولي باق بحاله و لم يتعلّق به حقّ الغير نعم للمالك أن ينقله إليه بالإجازة كما كان له أن ينقله إليه قبل بيع الفضولي و حاصل الكلام



أن للمالك قبل بيع الفضولى البيع و عدمه و ليس له بعد ذلك إلا الإجازة و عدمها و أما ثبوت أمر وجودى له و هو إلغاء بيع الفضولى عن التأثير بحيث لا يقبل الإجازة بعد الرد لا من نفسه و لا من وارثه إذا مات فلا دليل عليه و عموم السِّلطنة لا يقتضى إلا أن طرفى التقيض بيده

و أمّا ثبوت ضدّين وجوديّين كما فى الخيار الذى هو ملك إقرار العقد و إزالته فلم يقيم عليه دليل و لم يتصرّف الفضولى فى ماله حتّى يكون له إبطاله فليس له إلا السِّلطنة على الإجازة و عدمها و مثل هذا حكم شرعى و لا يعدّ من العلقه هذا مع أن قاعده السِّلطنة تقتضى تأثير الإجازة بعد الردّ أيضا ثمّ إنّ هذا كلّه بعد تسليم عموم القاعده و أمّا لو قلنا بأنّها ليست مشرعه و لا تنفع إلا فى نفوذ ما ثبت فى الشّرع جوازه فالتمسك بها فى المقام لا أساس له أصلا للشكّ فى ثبوت هذه السِّلطنة للمالك

هذا محصل ما أورده الأعلام الميرزا الرّشتى و المحقّق الخراسانى و السيّد الطّباطبائى فى حواشيه على المتن و لكن الإنصاف عدم ورود هذه الإشكالات عليه و إن أشار إليها أو إلى بعضها بقوله قدّس سرّه فتأمل أمّا مسأله كون إسقاط العقد عن قابليته لحوق الإجازة من الأحكام لا من الحقوق فهذه دعوى لا شاهد لها بل كونه راجعا إلى الحقوق المائيه ظاهر فإنّ البيع من الغير من السِّلطنة المائيه و ثبوتها للمالك بأدله نفوذ البيع أيضا واضح فردّ البيع أيضا من أنحاء السِّلطنة و شمول عموم القاعده لهذا النحو من السِّلطنة لا ينبغى الإشكال فيه بل لو لم نقل بأنّ السِّلطنة على إسقاط العقد من السِّلطنة على المال بل هو من الأحكام الشّرعيه الثّابته للمالك كثبوت جواز البيع و الهبه و نحوهما له إلا أنّه لا شبهه أنّ هذا الذى ثبت له شرعا إذا تحقّق منه ينفذ عليه و لا يمكنه حلّه و إيجاد ضده فردّ عقد الفضولى كجواز البيع له فكا لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه

و على هذا فمعنى سلطنته أن يكون كلا- طرفى الإجازة و الردّ راجعا إليه فإذا أعمل أحدهما فلا- يبقى محلّ للآخر و ليست السِّلطنة عباره عن ملك الإجازة و عدمها كما أفاده المحشون بل هى مثل سلطنه ذى الخيار على الفسخ فى أنّ طرفيها وجودى أى له إقرار العقد و حلّه فلو ردّه تبطل المعامله بين المالىين فإنّ كون طرفى العقد تحت سلطنه يقتضى أن يكون ردّه كإجازته غير قابل لطرؤ ضده عليه

و بالجملة و إن لم يتصرّف الفضولى فى ملك المالك و لم يتحقّق المنشأ بإنشائه فى عالم الاعتبار إلا أنّه تحقّق منه المنشأ بنظره فإنّه أوقع التبديل بين المالىين و مقتضى السِّلطنة المطلقه الثّابته للمالك بمقتضى الناس مسلّطون على أموالهم أن يكون له إبطال هذا الإنشاء و إلا فيكون سلطنته قاصره و على هذا يؤثر ردّه كإجازته

نعم رد المرتهن بيع الرّاهن ليس موجبا لزوال أثر عقده لأنّ المرتهن ليس له سلطنه على العقد الواقع على المال و إنّما له استيفاء دينه من العين المرهونه و مجرد العقد عليها لا- يكون مزاحما لهذا الحقّ فيؤثر عقد الرّاهن لو فكك الرهانه و إن فسخ المرتهن فينحصر بطلان عقده ببيع المرتهن خارجا لأنّ به يذهب موضوع عقده و هكذا الحكم فى فسخ ذى الخيار فإنّ من عليه الخيار لو باع المال و قلنا بتعلّق الحقّ بالعين فلذى الخيار ردّ العين إلى ملكه لا إبطال العقد الواقع ممّن عليه الخيار فلو فسخ عقده لا يؤثر فسخه نعم لو فسخ العقد الأوّل بطل الثّانى

وَأَمَّا قَوْلُهُمْ بَأْنَا لَا نَسَلُّمُ حَصُولِ الْعَلَقَةِ لِلطَّرْفِ حَتَّى يَكُونَ

الردّ قاطعا ففيه أنّه و إن لم تحصل له العلقه شرعا لكنّها حصلت له عرفا فالردّ يبطل هذه العلقه هذا مع أنّ تأثير الردّ في إبطال أثر العقد لا يتوقّف على تحقّق العلقه فعلا بل يكفي شأنيّه تحقّقها و لا شبهه أن عقد الفضول مادّه قابله للحقوق الإجازة عليها بحيث لا تحتاج إلى إنشاء جديد و ليست الإجازة عقدا مستأنفا فالردّ مقابل للإجازة و هو يسقط العقد عن القابليّه

و أمّا دعوى أن قاعده السّلمطنه متعارضه و كما أنّها تقتضى تأثير الردّ في إبطال أثر العقد فكذلك تقتضى تأثير الإجازة بعد الردّ أيضا ففيه ما لا يخفى لأنّ بعد بطلان العقد بالردّ و ذهاب أثره به ليس هناك موضوع تؤثّر الإجازة فيه

و توهم دلالة الصّحيحه الوارده في بيع الوليده على تأثير الإجازة بعد الردّ في غير محلّه لما تقدم أنّه لم يعلم الردّ من مالك الوليده و مجرد أخذ المبيع لا يكشف عن الردّ فإنّ الردّ عنوان إنشائي يتوقف تحقّقه على قول أو فعل كان مصداقا له و ليس أخذ الجاريه ردّا فعليا لإمكان أن يكون أخذها من باب التمسك بالملكيه الفعليه الثابته للمالك قبل الإجازة

و قد تقدم أيضا أنّه يمكن أن يكون الإمساك لأجل أخذ الثمن لا لردّ بيع ابنه و بالجمله مجرد إمساك المبيع ليس ردّا من مالكه فإنّه من مقتضى طبعه الأصلي و هو تصرف كلّ مالك في ملكه و ليس مطلق التصرف ردّا فعليا بل لو سلمنا أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إقرار للعقد و فيما انتقل عنه فسخ لكن تصرف المالك في ماله في المقام ليس كاشفا عن ردّه عقد الفضولي لعدم كونه كاشفا نوعيّا عنه و لا مصداقا فعليا منه لأن تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تشبث بالملكيه السابقيه فبه يتحقّق الفسخ و إلّا يكون تصرفا في مال الغير و لذا يتحقّق بكل فعل ينافى صدوره منه مع كون المال ملكا للغير كالعرض على البيع و العقد الفاسد و نحوهما و أمّا تصرف المالك في المقام فحيث إنّ في ملكه و بمقتضى طبعه الأصلي فليس مصداقا للردّ

#### [الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله]

قوله قدّس سرّه الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله إلى آخره

محصل ما أفاده في هذا التّنبيه أنّ ثبوت الإجازة للمالك و تأثيرها منه ليس من قبيل ثبوت الخيار لذى الخيار من الحقوق القابله للإسقاط و الانتقال إلى الغير بموت و نحوه بل هو من الأحكام الشّرعيّه الثابته للمالك كجواز البيع و الهبه و الصّلع و نحو ذلك له فكما أنّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلك له أن يجيز ما وقع عليه فضولا و على هذا فلو مات المالك لم تورث الإجازة لأنّها ليست ممّا تركه الميت

نعم لمن انتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي بناء على جواز المغايره بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة و لكن لا من باب إرث الإجازة بل من باب إرث المال و على هذا فمن لا ينتقل إليه المال بموت المالك حال العقد ليس له الإجازة و بالجمله الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال ظاهر فإنّه على الأوّل يكون كإرث الخيار فيشترك جميع الورثه فيها حتّى من ليس له نصيب من المال كالزوجه في بعض الموارد على أشهر الأقوال كما سيّجى ء إن شاء الله في أحكام الخيار بخلاف الثّاني فإنّها ليست للزوجه

## [الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المثلن]

قوله قدس سره الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المثلن إلى آخره

البحث فى هذا التنبیه يقع من جهات الأولى أنه لا- ملازمه بين إجازة البيع أو الشراء و بين إجازة قبض الثمن أو المثلن و لا لإقباضهما و ذلك لعدم جريان دلالة الاقتضاء فى العقود التى لم يكن القبض جزء المؤثر و لا شرطاً لصحتها نعم فيما كان

كذلك كباب الصّيرف و السّلم و باب الوقف و الرهن و الهبة فإجازه العقد إجازة للقبض أيضا بل يمكن أن يقال باختصاص ذلك بباب الصّيرف و السّلم فإن حكم القبض فيهما حكم الإيجاب و القبول و لذا لو أقرّ بالبيع فإقراره به إقرار بجميع أجزاء العقد و هذا بخلاف باب الوقف و نحوه فإنه لو قال وقفت الدار لا يحكم بأنه أقرّ بإقباضه الدار نعم لو أقرّ بأنّ هذا الدار وقف يحكم بالقبض أيضا و الفرق واضح

و بالجمله لا- ملازمه بين إجازة البيع و إجازة القبض مطلقا الثاني هل القبض أو الإقباض قابل للإجازة أم لا قد يقال بأنّ الفعل الخارجى لا- ينقلب عما هو عليه بالإجازة و لكنك خبير بأنّ الفعل لا ينقلب عما هو عليه بالنسبة إلى الآثار الماضيه و أما الآثار الباقية فبالإمضاء و الإجازة يمكن أن يؤثر فيها نعم لو قيل بأنّ النزاع فى الكشف و النّقل لا يجرى فى إجازة القبض و الإقباض بل لا- بدّ من الالتزام بالنّقل لكان فى محلّه فالصّواب أن يقال إنّ البحث يقع تاره فى قابليته القبض و الإقباض للإجازة و أخرى فى جريان نزاع الكشف و النّقل فيها ثم إنّ البحث تاره فى قبض العين الشخصيه و أخرى فى الكلى أما الثانى فالحقّ عدم الفرق فيه بين الكلى و الشخصى لا لعموم أدلّه الفضولى حتى يمنع عنه كما فى المتن بل لعموم أدلّه الوكاله فكما أن لنفس المالك تعيين الكلى فى الشخص و جعل الشخص مصداقا لما فى الذمه فكذلك لو كيله أو المأذون من قبله ذلك فلو أجاز قبض الكلى أو إقباضه فلا مانع من تأثير الإجازة و صيروره الكلى مشخصا فى المقبوض

و أمّا البحث الأوّل فأصل تأثير الإجازة فيهما لا- ينبغى الإشكال فيه من غير فرق بين وقوع أصل المعامله بين المالكين أو الفضوليين أو المختلفين مثلا- لو أجاز المالك الذى بيع ماله فضولا- قبض هذا الفضولى أو الفضولى الآخر ثمن ماله كان الفضولى وكيلا- فى قبض ماله فيكون بمنزله نفسه فى قبض الثمن و لو أجاز إقباض الفضولى المبيع إلى المشتري كان وكيلا من قبله

و على أىّ حال القبض و الإقباض لا يعتبر فيهما المباشره فلا مانع من تأثير الإجازة فيهما نعم لا يجرى فيهما نزاع الكشف و النّقل لأنّ الإجازة المتعلّقه بهما كالإجازة المتعلّقه بالعقود الإذنيه تؤثر من حينها فلو وقع التّلف بين القبض و الإجازة فلا يمكن أن لا يؤثر هذا التّلف فى الانفساخ لتعقّب القبض بالإجازة بل لا يبقى محلّ للإجازة نعم لو تلف المبيع بعد الإجازة خرج عن ضمان البائع لأنّ بالقبض ينتقل الضمان و ينقلب المعاضى منه إلى الضمان بالمثل و قيمه كما سيجى ء فى محلّه

و بالجمله لا إشكال فى تأثير الإجازة فى القبض و الإقباض و يكونان بمنزله تحقّقهما من المالك لا لما أفاده المصنف فى وجه ذلك من أنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهده المشتري فإنّ هذا إنّما يصحّ لو قلنا بأنّ ضمان المشتري الثمن بمقتضى القاعده أى من باب الشّروط الضّمنى فيكون إجازة البائع قبضه إسقاطا للشّروط و أمّا لو قلنا بأنّه من باب التعبد الثابت فى المثمن و تسريته إلى الثمن من باب جعل المبيع مثلا- فى قوله ع كلّ بيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فيمكن منع شمول النصّ لقبض الفضولى لأنّه لا أثر لإسقاط الضمان و لو صرح به المالك فإنّه بناء على هذا يكون تلف المبيع على البائع حكما تعبديا غير قابل للإسقاط بل الوجه فيه هو ما ذكرناه من أنّ مرجع الإجازة إلى التوكيل

من الالتزام بالنقل و ليست الإجازة في جميع الأبواب قابله لنزاع الكشف و النقل فيها و لذا التزم المحقق الثاني مع توغله في الكشف بالنقل في إجازة المرتهن و ما التزم به في مسألة الرهن و إن لم يصح كما تقدم وجهه و هو أنّ الإجازة ترجع إلى العقد و العقد قابل لأن ينقلب بالإجازة إلا أنه يصح في مسألة الفعل فإنه بالإجازة لا ينقلب عمّا هو عليه و السير في ذلك هو ما تقدم الإشارة إليه سابقا من أنّ تأثير الإجازة فيما قبلها إنّما هو في الأمور الاعتبارية لا الأمور التكوينية فإنها لا تكون مراعى برضاء أحد و إجازته

الثالثة قد ظهر أنه لو كان القبض جزء المؤثر من العقد فإجازة العقد إجازة له أيضا و لكن هذا يصح لو كان المجيز عالما بذلك و أمّا في صورة الجهل فلا تتم دلالة الاقتضاء ثم إنّ تمامية دلالة الاقتضاء في صورة العلم إنّما هو فيما لو يعقب إجازة العقد بما ينافي صحته فلو قال أجزت العقد دون القبض يبطل العقد و لا- وجه لاحتمال لغويته ردّ القبض و إلا لجرى ذلك في الشرط المنافي لمقتضى العقد مع أنّهم لا- يلتزمون بلوغيته بل يحكمون بأنه مفسد للعقد بلا إشكال و إنّما يكون نزاعهم في الشرط الفاسد من جهة أخرى في أنه هل مفسد للعقد مطلقا أو لا مطلقا أو التفصيل بين الموارد

و السرّ في ذلك هو أنّ الأخذ بظاهر الكلام إنّما هو بعد فراغ المتكلم عن كلامه و أمّا ما دام متشاغلا به فله أن يلحق به ما يخرج عن الظهور التصوري فإذا عقب العقد بما ينافيه كقوله بعتك بلا ثمن أو قوله أجزت العقد دون القبض بطل و احتمال الغويّة المنافي لا وجه له مع أنّ الكلام تدريجيّ و ذكر الثمن و توابع العقد كالشروط ينشأ تدريجا

### [السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات]

قوله قدس سرّه السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات إلى آخره

لا- يخفى أنّ الموارد التي يقال فيها بالفوريّة كخيار الغبن و الشفعة و نحوهما إنّما يقال بها فيها لأنّ الطبع مجبور على دفع ما يكرهه و الأخذ بما يحبّه فإذا لم يعمل الخيار مع علمه بثبوته فلا محالة إمّا مقدم على الضرر أو مسقط لحقّه و هذا المعنى لا يجرى في الفضولي فلا وجه لأن يكون فوريا هذا مع دلالة صحيحه محمّد بن قيس على جواز التراخي

ثم لو لم يردّ و لم يخبر فهل للأصيل إلزامه بأحد الأمرين أو له الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو مخير بين الأمرين أو ليس له حقّ أصلا وجوه ثم إنّ هذه الوجوه هل تجرى على القول بالكشف أو مطلقا وجهان و الصواب ابتناء الجهة الأخيرة على ما اختاره المصنف قدس سرّه و ما اخترناه فعلى ما اختاره قدس سرّه من جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل تختص بالكشف لأنه بناء على النقل لا يتضرر الأصيل و أمّا بناء على المختار من عدم جواز تصرف الأصيل لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه مطلقا و لو بناء على النقل فتجرى على كلا المسلكين

و أمّا الجهة الأولى فإجبار المالك على أحد الأمرين من الإجازة أو الردّ فرع ثبوت حق للأصيل على المالك و ثبوت حق له عليه ممنوع و لا يمكن قياس المقام على الخيارات فإنّ في ذاك الباب الالتزام بالمعاوضة يقتضى أن يكون لمن عليه الخيار إلزام

ذى الخيار بالفسخ أو الإجازه لو تضرّر بممطله من له الخيار و فى المقام ليس بين المالك و الأصيل إلزام و التزام فلا وجه لثبوت حق الإجبار بين الردّ و الإجازه للأصيل فالوجه الأوّل لا وجه له

و أما الوجه الثانى فمدركه أنّ الجزء الأخير من العله التامه لتضرّر الأصيل هو لزوم العقد عليه فإذا انتفى اللّزوم يكون له الخيار بين الفسخ و الإمضاء و لكن يشكل هذا فى باب النكاح فإنّ ثبوت الخيار لأحد الزوجين فى غير الموارد المنصوصه مشكل لما بينا فى محله أنّ لزوم

التكاح حكمي و لذا لا يصح جعل الخيار فيه و لا يجرى فيه الإقاله

و أما الوجه الثالث و هو تخير الأصيل بين إلزام المالك بأحد الأمرين من الإجازة و الرد و بين اختيار الفسخ أو الصبر فلتوهم أنّ سلطنه المالك على ماله و لزوم العقد كليهما ضرر عليه فإذا ارتفعا بقاعده نفى الضرر ثبت التّخيير له بين فسخ العقد و الصبر و بين إجبار المالك على أحد الأمرين و لكنّه فاسد لأنّ نفس سلطنه المالك في حدّ ذاتها ليست موجبه لضرر الأصيل و إنّما الموجب له و الجزء الأخير من العله التامه له هو لزوم العقد من طرفه فلا بدّ أن يكون المنفى خصوص اللزوم

و أمّا الوجه الرابع فلتوهم إقدام الأصيل على الضرر فلا- يكون له حق أصلا لأنّه كان يحتمل أن لا يقدم المالك على الردّ أو الإجازة بل يبقى المعامله معلّقه و مع احتمال ذلك فالضرر يستند إليه لا إلى لزوم العقد كما سيجيء في باب خيار الغبن أن احتمال الغبن موجب لعدم ثبوت الخيار للمغبون و فيه أنّ هذا مختصّ بالاحتمال العقلائي و هذا لا يتطرق في باب الفضولي فإنّ المالك بحسب طبعه الأصلي أمره دائر بين الإجازة و الردّ و أمّا إبقاء المعامله معلّقه فاحتماله بعيد فلا وجه لعدم ثبوت الخيار

### [السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا]

قوله قدس سره السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا إلى آخره

لا يخفى أنّ ما اختاره قدس سره من عدم اعتبار مطابقه الإجازة للعقد الواقع عموما أو خصوصا بحسب الأجزاء هو الحقّ بحسب القواعد لأنّ حكم الإجازة حكم البيع ابتداء فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء فكذلك يجوز له إجازة بعضه و قياس المقام على مسأله الفسخ بالخيار في عدم جواز التبويض في إعماله إلّا في مختلفي الحكم قياس مع الفارق بل المقام نظير البيع الابتدائي و ذلك لأنّ في باب الخيار إنّما نقول بعدم جواز الفسخ في بعض أجزاء المبيع إذا كانت متّفقى الحكم من جهه أنّ الحقّ لا يتبعّض إلّا إذا كان متعلّقه متعدّدا ابتداء أو طرأ عليه التعدّد كما إذا انتقل إلى الورثه

و أمّا المبيع الواحد الشّخصي كحيوان خاصّ فليس لذي الخيار إعمال الخيار في بعضه لأنّ العقد على الحيوان الشّخصي لا ينحلّ إلى عقود متعدّده و لا- يقع نصف الثمن بإزاء نصف المبيع مثلا فملاك جواز الفسخ بالنسبه إلى البعض هو انحلال العقد إلى عقود متعدّده من حيث اختلاف أجزاء المبيع في الحكم كما إذا كان مالکها مختلفا أو كان بعضها ممّا لا يقبل التملّك أو كان بعضها حيوانا و بعضها غير حيوان و نحو ذلك

و أمّا ملا-ك الإجازة فهو بعينه ملا-ك البيع الابتدائي فيجوز للمالك جعل المبيع متعدّدا بحسب الإجازة فيجوز في بعضه حتّى يصير للمجاز له و يرد في بعضه حتى يبقى على ملكه فيتعدّد مالکة و بالجمله لم يقدّم دليل على المنع من جعل المبيع متعدّدا من حيث الحكم و ليس جواز الإجازة و الردّ للمالك كثبوت الخيار له المذى هو من الحقوق لأنّه من الأحكام و من آثار السّلطنه على المال فيجوز له تنفيذ عقد الفضولي بالنسبه إلى بعض متعلّقه غايه ما في الباب أنّ الإجازة في البعض تخالف الشرط الضّمّنى و هو انضمام بعض أجزاء المبيع إلى الآخر



فالصواب ابتداء مسأله مخالفه الإجازة للعقد بالنسبه إلى بعض المبيع على مخالفتها له من حيث الشرط فينبغى تحرير حكم الشرط  
أولا ثم إلحاق الجزء به ثانيا فنقول الشرط تاره يقع فى ضمن العقد و أخرى فى ضمن الإجازة و على الأول فتاره يكون للمالك  
على الأصيل و أخرى للأصيل على المالك فلو كان للمالك

فلا إشكال في صحّته إجازة العقد بلا شرط على ما هو التحقيق من أنّ الشرط في ضمن العقد لا يوجب التعليق بل هو التزام في التزام فلو أجاز المالك التزام الفضولي بأصل المعاوضة و لم يجرّ التزام الأصيل بالشرط على نفسه بل تجاوز عنه فلا- ينبغي الإشكال في أنّ له ذلك لتجاوزه عن حقّه المذى التزم به الأصيل على نفسه و أمّا لو كان للأصيل على المالك فأجاز العقد بلا شرط فالأقوى صحّته العقد و ثبوت الخيار للأصيل لأنّ المقام نظير تعذّر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذي يكون ضميمه لأحد العوضين فكما أنّ تعذّره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و إن لم يتعدّر خارجا إلّا أنّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزله التعذّر و لا وجه لبطلان العقد إلّا على القول بالتقييد و الإناطة و الحقّ عدمه و لذا نقول بأنّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلّا إذا صار موجبا لاختلال أحد أركان العقد

و بالجملة هنا مسائل ثلاث ينبغي أن يكون حكم الجميع واحدا الأولى تعذّر الشرط خارجا الثانيه تعذّره شرعا كالشرط المخالف للكتاب و السنّه و الثالثه مقامنا هذا و هو عدم رضا المالك بالشرط و لا وجه للحكم ببطلان العقد بمجرد عدم مطابقه الإجازة له هذا إذا كان الشرط في ضمن العقد و أمّا إذا كان العقد مجردا و أجاز مع الشرط فالشرط أيضا تاره على المجيز و أخرى على الأصيل فلو كان على نفسه فلا إشكال في حكمه و أمّا لو كان على الأصيل أى الطرف فتاره يرضى به و أخرى لا يرضى به فلو رضى به فلا- ينبغي الإشكال أيضا في صحّته لأنّ الحقّ بينهما غايه الأمر أنّه من الشروط الابتدائية لأنه لم يقع في ضمن العقد فبيني لزومه على لزومها

و على أى حال صحّته الإجازة لا إشكال فيها لمطابقتها لأصل الالتزام العقدي بل قد يقال بأنّه إذا رضى الأصيل بالشرط فيخرج عن الشروط الابتدائية و يدخل في الشروط الواقعه في ضمن العقد و لكنّه غير وجيه لأنّ مجرد الرضا لا أثر له بل لو صرح بقوله رضيت بذلك لا يدخل في الشروط الواقعه في ضمن العقد لأنها هي التي تقع بين الإيجاب و القبول لا بعد تماميه العقد بل لو وقعت بين الإيجاب و القبول و لم تكن ضميمه لأحد العوضين لا تخرج من الشروط الابتدائية و سيجىء إن شاء الله في باب الشروط أنّ منشأ عدم لزومها عدم تحقّق ملزم لها لكونها في حكم الهبه الغير المعوّضه و أمّا لو لم يرض به الطرف فحكمه حكم تعذّر الشرط و لا وجه لبطلان الإجازة فعلى هذا لا وجه لما أفاده المصنف قدّس سرّه من قوله أقواها الأخير

### [القول في المجيز]

#### إشارة

قوله قدّس سرّه و أمّا القول في المجيز فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور إلى آخره

الكلام في المسائل المتعلقة بشرائط المجيز من جهات الأولى أن يكون جائز التصرف حال الإجازة الثانيه في اعتبار وجود المجيز الفعلى حال العقد و عدمه الثالثه لو قيل باعتبار وجوده فهل يشترط أن يكون جائز التصرف حال العقد أم لا ثم عدم جواز تصرفه إمّا لتعلّق حقّ الغير بماله و إمّا لكونه غير مالك ثم صار مالكا حال الإجازة

## أما الوجه الأول فاشتراط جواز تصرف المميز

فيما يتعلّق إجازته به حال الإجازة من القضايا التي قياساتها معها لأنّ حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط فيه من البلوغ والعقل والرشد وهكذا فلو باع الفضولي ما تعلّق به حقّ الغرماء أو المرتهن إجازة المفلس أو الزاهن بنفسها لا تؤثر سواء قلنا بالكشف أم النّقل و سواء تعلّق حق الغير

بمال المجيز قبل العقد أم بعده و توهم الفرق بين الكشف و الثقل فاسد كما تقدم وجهه و هو أن تأثير الإجازة مع تصرف المجيز بما ينافي الإجازة دور واضح فإن بطلان تصرفه يتوقف على تأثيرها و تأثيرها يتوقف على بطلانه و لا عكس فإن تصرفه وقع من أهله في محله فإن المالك المبيع قبل الإجازة يوجب عدم تأثير الإجازة و السر في ذلك هو ما ذكرناه من أن الإجازة كالبيع الابتدائي و ثبوت الإجازة للمجيز و نفوذها منه إنما هو حكم شرعي من آثار السلطنة على المال فإذا كان المالك ممنوعاً من التصرف في ماله فهو ممنوع من الإجازة أيضاً فلا يقاس مسأله الإجازة على مسأله إعمال الخيار من المفلس و المريض لأن الخيار حق مستقل في عرض المال و لا يدور مدار جواز التصرف في المال فالمنع من التصرف فيه لا يلازم المنع من إعمال الخيار و هذا بخلاف الإجازة فإنها تابعة للملك و حكم شرعي يدور مدار السلطنة على المال

### و أما الثانيه فالأقوى عدم اعتبار وجود مجيز فعلي نافذ الإجازة حال العقد

فلو بيع مال اليتيم بلا مصلحه له أو زوج مع عدم وجود الأب و الجد و لا الوصي من قبلهما فلا مانع من صحه العقد بحيث إذا بلغ أجازة لأنه لم يقم دليل تعبدى على اعتبار وجود المجيز حال العقد في نكاح الصيغير بل الدليل على خلافه فإن الأخبار الواردة في تزويج الصيغار فضولاً- لو لم تكن ظاهره في مورد عدم وجود المجيز على ما هو منصرفها فلا أقل من إطلاقها و لا تقتضى القاعده أيضاً اعتبار وجود المجيز لأن أهليه العقد و شأنيته لإلحاق الإجازة به تكفى لصحته

فقول العلّامة بأن صحه العقد و الحال هذه ممتنعه و إذا امتنع في زمان امتنع دائماً لا وجه له صغرى و كبرى أما الصغرى فلأنه لا وجه لامتناعه إلا إذا كان مفاد عقد النكاح أو البيع هو تحقق المنشأ حين الإنشاء و أما إذا لم يكن مفاد العقد إلا أصل الإنشاء فكل زمان تحققت الإجازة تتم أركانه و أما الكبرى فلأن وجه امتناعه فعلاً ليس من باب اختلال أحد أركان العقد كشرائط الصيغ و العوضين بحيث إذا امتنع العقد من جهه اختلال شرطه امتنع دائماً بل من جهه عدم وجود المجيز فعلاً فلو وجد بعد ذلك من له أهليه الإجازة و أجاز لصح من حين الإجازة

### و أما الثالثه فتنبئها في ضمن مسائل

#### إشاره

لأن جهه عدم جواز تصرف المجيز حال العقد إما واقعي و إما وهمي و الواقعي على قسمين قسم يكون منشأ عدم جواز تصرفه في متعلق العقد تعلق حق الغير به كحق المرتهن و الديان و قسم يكون منشأ عدم كونه مالكا حال العقد مع صيرورته مالكا بعده إما يارث أو اشتراء كمن باع مال أبيه ثم مات أبوه بعد العقد و انتقل المبيع إليه أو باع مال غيره ثم اشتراه و أما الوهمي فهو كما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف إما لملك أو ولاية كمن باع مال أبيه بزعم كونه حياً فبان كونه حال العقد ميتاً أو مال الصيغير مع اعتقاد كونه أجنبياً فبان كونه ولياً أو مأذوناً أما المسأله الأولى فهي التي عنوانها المصنف قدس

## الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر

و البحث فيها يقع من جهات الأولى فى أصل صحه بيعه و الثانيه فى احتياجه إلى الإجازة بعد ارتفاع حجره و عدمه و الثالثه فى جريان نزاع الكشف و النقل فى رافع الحجر و عدمه أمّا صحه بيع

ما تعلق به حق الغير فلا ينبغي الإشكال فيها سواء باعه نفس المحجور عليه أم باعه غيره فضولا لما عرفت من عدم اعتبار وجود مجيز حال العقد فضلا عن المقام الذي له مجيز شأني

و لا يقال إنّه لو وقع البيع عن المحجور عليه لوقع فاسدا لكونه ممنوعا عن التصرف لأننا نقول هذا من أحد أدلّه القائلين ببطلان الفضولي وقد عرفت ضعفه صغرى و كبرى أما الصغرى فلأنّ مجرّد إجراء العقد على متعلق حق الغير ليس تصرفا و أما الكبرى فلمنع الملازمه بين حرمة التصرف و فساد البيع بل يكون البيع مراعى بإجازه من له الحقّ كتصرف من عليه الخيار فإن نفوذه يتوقف إما على انقضاء مدّة الخيار أو إسقاط ذى الخيار خياره

و بالجمله عقد الرهن و المفلس ليس أسوأ حالا- من عقد الفضولي و من عليه الخيار فأصل الصّححه لا إشكال فيه و التفصيل الذي اختاره بعض من قارب عصر المصنف بين بيع المرتهن و الرهن من الحكم بالصّححه فى الأوّل و الفساد فى الثّانى معللا بأنّ الأوّل داخل فى الفضولى و الثّانى فى من عصى الله لتصرفه فى حق المرتهن لا وجه له و سيجى ء تفصيل ذلك فى بيع العين المرهونه نعم التفصيل بين البيع و العتق من كونه مراعى بإجازه المرتهن أو فكّ الرهانه فى الأوّل و ملزما على العتق له وجه فإنّ العتق لا يمكن أن يكون موقوفا على الإجازة

هذا مضافا إلى أنّ الإجازة إنّما تؤثر فيما يؤثّر الردّ فيه و ردّ الحرّ إلى الرقّ غير ممكن و تأثير العتق من الرهن حيث إنّه مالك للعين لا إشكال فيه خصوصا مع كون العتق مبني على التّغليب فلا بدّ إمّا من لزوم أداء الدّين و فكّ الرّهانه على الرهن و إمّا من استسعاء العبد فى فكاك رقبته بفكّ الرهانه و سيجى ء فى اشتراط كون الملك طلقا الإشكال فى جريان نزاع الكشف و التّقل فى عتق المالك العين المرهونه و وقفها فإنّ كونهما معلّقا على الإجازة مشكل و القول بالتّقل فى خصوصهما أشكل و صحّتهما و نفوذهما بدون إجازة المرتهن بعيد و رجوع العين عن الحرّيه و هكذا خروجها عن الوقفيه برّد المرتهن أبعد

و لكن الّذى يهوّن الخطب أنّه لا- مانع من تعليقهما على أمر كما فى مسأله الاستيلاء فى العتق و مسأله القبض فى الوقف و تمام الكلام فى محلّه و أمّا احتياجه إلى إجازة المحجور عليه بعد ارتفاع حجره فالأقوى عدمه لأنّه لم يكن مانع عن الصّححه إلا تعلق حق الغير به فإذا وقع العقد من نفس المحجور عليه و المفروض ارتفاع المانع إمّا بأداء الرهن أو المفلس دينه و إمّا بإسقاط المرتهن أو الغرماء حقّهم و إمّا بانقضاء مدّة الخيار أو إسقاط ذى الخيار حقّه فى تصرف من عليه الخيار فلا موجب لإجازته لأنّ بعد رفع الحجر تمّ أركان العقد نعم لو وقع العقد من الفضولى فلا شبهه فى توقّفه على إجازة المالك بعد ارتفاع حجره

و أمّا جريان نزاع الكشف و التّقل فى مثل إسقاط المرتهن و ذى الخيار حقّهما و مثل فكّ الرهن و انقضاء مدّة الخيار فقد تقدّم أنّ ظاهر المحقّق الثّانى مع توغّله فى الكشف عدم جريانه فى أمثال ذلك بل لا بدّ من القول بالتّقل فإنّه قدّس سرّه و إن ذكر ميزانا تامّا فيما يجرى فيه النزاع و ما لا يجرى كما أشرنا إليه إلّا أنّه قدّس سرّه فى مقام الصّغرى عدّ مثل مسأله الفكّ ممّا لا يجرى فيه النزاع و لكن الأقوى أنّ حكم فكّ الدّين حكم الإجازة فى أنّه ليس ممّا يعتبر فى الانتقال بل هو متمم للعقد

و لا يقال إنّ مفاد أسقطت الدّين و هكذا لازم أداء الدّين ليس إلّا سقوط الدّين حين الإسقاط أو الأداء لا حين العقد لأننا نقول و

إن كان الأمر كذلك إلا أنّ النزاع ليس في مفاد

الإسقاط و لازم الأداء و إنما لا- يجرى النزاع فى الإجازة مع أن مفادها ليس الإجازة من حين العقد بل النزاع إنما هو فى أن الإسقاط مثلا هل يرجع إلى العقد من حين الإسقاط أو من حين العقد كالنزاع فى الحكم الشرعى فى الإجازة من أنها كاشفه لرجوعها إلى تنفيذ ما وقع سابقا أو ناقله لتحقيقها من الحين

نعم لا يبعد أن يكون منشأ قياس سقوط الدين و نحوه على القبض فى الصرف و التسليم دون الإجازة هو أن الإجازة لا دخل لها فى تميم الملكية و إنما هى لاستناد المنشأ إلى المالك و حيث تحقق ما أنشأ الفضولى حين العقد يمكن أن تكون الإجازة كاشفه و أمرا إسقاط المرتهن حقه أو فك الرهن و نحوه فليس إنما متمما للمنشأ لأن المال كأنه بحسب الكيفيه و السيلطنه مشترك بين الزاهن و المرتهن فىكون كاشترাকে بين الشخصين بحسب الكميته فكما أنه إذا باع أحد الشريكين حصته فى زمان و باع الآخر حصته بعد ذلك انتقل جميع المال إلى المشتري حين بيع الشريك الثانى فكذلك إذا باع الزاهن لا ينتقل المال إلى المشتري إنما حين إسقاط المرتهن حقه لأن إسقاطه ليس تنفيذا لبيع الزاهن و لا- نظر له إليه بل مرجعه إلى التجاوز عن حقه المتعلق بالمال بحسب الكيفيه

و يتفرع على هذا احتياج عقد الرهن بعد إسقاط المرتهن حقه إلى إجازة الزاهن بعده لأنه من صغريات من باع شيئا ثم ملكه لأن السيلطنه المشتركة بينهما ترجع كلها إلى الزاهن بعد السقوط و حيث ملكها ملكا جديدا يحتاج إلى الإجازة و لكنك خير بفساد القياس على القبض لأن عقد الزاهن تام من حيث المنشأ و مسند إلى مالك المال حين الإنشاء و إنما المانع عن نفوذه تعلق حق الغير به فإذا سقط حقه انكشف تأثير العقد حين صدوره بناء على القول بالكشف و ليس للمرتهن شركه فى المال لا كما و لا- كيفا غير أن المال مخرج لدينه و وثيقه عليه و هذا غير قابل لأن يملكه الزاهن حتى يكون المال من أفراد ما باعه غير مالكة ثم اشتراه فىحتاج إلى الإجازة لأن هذا المعنى و هو كون المال مخرجا للدين معنى لا يمكن أن يقوم بغير صاحب الدين و يستحيل أن ينتقل إلى شخص الزاهن

و بالجملة النزاع فى الكشف و الثقل يطرد فى هذه الأمور و إنما لا يجرى فى خصوص ما كان المتأخر جزء المؤثر للعقد لا فيما يتوقف مؤثرته عليه و سيجى ء فى بيع العين المرهونه مزيد توضيح لذلك

### و أما المسأله الثانيه [من باع شيئا ثم ملك]

و هى عدم كون المجيز مالكا حال العقد مع كونه مالكا حال الإجازة إما بالاشتراء و نحوه و إما بالإرث فالبحث فيها يقع أيضا من جهات الأولى هل فرق بين ما إذا قصد البيع لنفسه و ما إذا قصد للمالك أو لا فرق بين الصورتين الثانيه هل يتوقف صحه عقده على إجازته مطلقا أو لا يتوقف عليها مطلقا أو تفصيل بين الصورتين الثالثه فى جريان نزاع الكشف و الثقل و أن الكشف فى المقام هل هو الكشف فى سائر المقامات و هو الكشف عن تحقق الملك حين العقد أو هو بمعنى آخر و توضيح جميع الجهات إنما هو فى ذيل شرح ما فى المتن

قال قدس سره أما المسأله الأولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق فى باب الزكاه إلى آخره



و حيث إنه لا إشكال ظاهراً في صحه ما إذا قصد البيع للمالك عنوان المصنف قدس سره ما إذا قصد البيع لنفسه ثم اشتراه من مالكة فأجاز لأنه إذا صح هذه الصورة فصحه ما إذا قصده للمالك أولى و يظهر من المحقق في المعتبر صحتها و توقفها على الإجازة و من الشيخ على ما استظهره المحقق صحتها و عدم توقفها عليها لأن المحقق قاس بيع المال الزكوى على

مسأله من باع شيئاً ثم ملك و اختار أن اغترام المالك حصّه الفقراء بمنزله الملك الجديد فيحتاج إلى الإجازة و نسب إلى الشيخ عدم توقّف صحّه بيع المال الزكوى إذا اغترم المالك إلى الإجازة فلازم كلام المحقّق حيث جعل المسألتين من باب واحد أنّ الشّيخ قائل بعدم توقّف مسأله من باع شيئاً ثم ملك إلى الإجازة و لكنك خير بأنّ هذا الاستظهار إنّما يتمّ على بعض الوجوه

و توضيح ذلك أنّهم اختلفوا في كيفيّة تعلّق الزكاه بالمال الزكوى فقليل إنّه لا- يتعلّق حقّ للفقراء بالعين أصلاً و إنّما يتعلّق التّصاب بذمّه المالك و قيل إنّ الفقير شريك مع المالك في العين ثم إنّ القائلين بالشركه اختلفوا بين كونها على الإشاعه و على نحو الكلّي في المعين و الثّمرة بين القولين إنّما يظهر في صورته تلف مقدار من المال الزكوى فعلى الإشاعه التّلف يجب على المالك و الفقير كليهما و على الكلّي في المعين إنّما يحسب على المالك و قيل بتعلّق حقّ الفقراء بالعين و القائلون به اختلفوا على وجوه ثلاثه فقليل بأنّه من قبيل حق الرهانه و قيل بأنّه من قبيل حق الجنايه

و قيل بأنّه قسم ثالث ففي بعض الآثار يشبهه حق الرهانه و في بعضها الآخر يشبهه حقّ الجنايه فمن حيث إنّه يجوز للمالك إخراج حصّه الفقراء من غير المال الزكوى يشبهه حق الرهانه لا- الجنايه لأنّه ليس لمالك الجناني إبقاء الجناني في ملكه فيما إذا لزم القصاص على جنايته و أمّا مالك المرهون فله فكّ الرهانه بأداء الدّين و من حيث إنّ السّاعى يتبع المال الزكوى أينما وجده و يأخذ الزكاه ممّن انتقل إليه يشبهه حق الجنايه

ثم إنّ الفرق بين حقّ الرهانه و حقّ الجنايه هو أنّ حق الرهانه لا- بدّ أن يستوفى من ملك الزاهن بحيث إذا باع الزاهن العين المرهونه فإنّما أن يبطل الرهن و إمّا أن يبطل البيع لأنّه إذا صحّ البيع و انتقلت العين إلى ملك غير الزاهن فلا يمكن أن تكون مخرجا للدّين و هذا بخلاف حقّ الجنايه فإنه يجتمع فيه صحّه البيع و بقاء الحقّ لأنّ المجنى عليه أو وارثه يستوفى حقّه من رقبه العبد أينما انتقل و لا يتوقّف استيفاؤه على كون العبد باقيا في ملك المالك حين الجنايه

و كيف كان فالأقوال في ما إذا قصد البيع لنفسه ثلاثه الأوّل البطلان و الثّاني الصّحّه مع اعتبار الإجازة و الثّالث الصّحّه بدون التوقّف عليها و الأوّل مختار صاحب المقابس و اختار المصنّف الثّاني و الثّالث نسبه المحقّق إلى الشّيخ و نحن تابعنا المصنّف قدّس سرّه في الدّوره السّابقه و لكن الإنصاف و ورود بعض الإشكالات التي أورد على هذا القول و الأولى ذكرها على سبيل الإجمال حتّى يتبيّن الحال

فنقول الأوّل هو الإشكال المتقدّم في بيع الغاصب و هو من وجوه الأوّل عدم إمكان قصد المعاوضه الثّاني مخالفه الإجازة لما قصده المتعاقدان الثّالث دلالة الأخبار النّاهيه عن بيع ما ليس عندك على الفساد و يظهر من المصنّف أنّ الجواب عن الإشكال الأوّل هو الجواب عن بيع الغاصب و لكنك خير بأنّ مبنى الجواب عن الأوّل هو أنّ الغاصب لما سرق الإضافه و رأى نفسه مالكا فأجرى العقد بين ملكي المالين

و بعباره أخرى كان مبنى صحّته تحليل داعيه إلى أمرين الأوّل وقوع التبديل بين ملكي مالكهما و الثّاني تخيل أنّ المالك لأحد العوضين هو نفسه فيلغى هذا الخيال و التّطبيق و يؤخذ بقصده المعاوضه بين ملكي المالين و هذا الجواب لا يجري في المقام

لأنه لم يسرق الإضافة و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثمن الذى يقصد تملكه و المثلن الذى هو ملك لغيره مع  
أنها تقتضى دخول الثمن فى ملك

من خرج عنه المثلث

إلا أن يقال إن قصد البيع لنفسه حيث يقع مَمَّن يطمئن بتملك المبيع فكأنه يرى نفسه صاحب المال المشارفه فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد فتأمل و أما الإشكال الثاني فغير وارد في بيع الغاصب فضلا عن المقام لما ذكرنا أن الغاصب يقصد أمرين الأول وقوع المبادله بين ملكي المالين و الثاني كون مالك أحد العوضين هو نفسه و الإجازة تتعلّق بالأوّل أو بهما معا و تعلّقها بالثاني لغو لا أثر لها و بالنسبة إلى الأوّل تطابق ما قصده الغاصب فتؤثر و توجب استناد النّقل إلى المالك الحقيقي و هو المجيز

و أما الإشكال الثالث فلا يمكن التّفصّي عنه بمثل ما تّفصّي به في مسأله الغاصب لما أجبنا عنها في تلك المسأله بأنّها في مقام بيان عدم وقوع البيع لغير المالك و نلتزم بمفادها و نقول بعدم وقوع البيع للغاصب بل يقع للمالك بإجازته و هذا الجواب لا يجرى هنا لأنّ الغرض من صحّه البيع وقوعه لنفس العاقد إذا ملك المبيع بالاشتراء بل مصبّ هذه الأخبار هو النهى عن بيع ما لا يملكه فعلا و إن قصد شراءه هذا تمام الكلام في الإشكال الأوّل

و أما الإشكال الثاني فحاصله أنّه يعتبر في العاقد أن يكون راضيا بالعقد و قادرا على التّسليم و مالكا للمبيع فإذا كان العاقد هو المالك و قادرا على التّسليم و مختارا في البيع فهو و إلّا فنقول بكفايه حصول ذلك للمالك المجيز لأنّه البائع حقيقه فيعتبر في صحّه عقد الفضولي قدره المالك حين العقد و رضاه به لو اطّلع عليه فلو كان المالك حال العقد هو المجيز فهو و إلّا كما في مفروض المقام فمن هو قادر حال العقد لا يجيزه و لا يعتبر إجازته و رضاه و من يجيزه لم يكن حين العقد قادرا و لا كان لرضاه أثر

و حاصل جواب المصنف أمّا في الرّضا فلا يعتبر إلّا مَمَّن كان أمر العقد بيده و المجيز في المقام هو مالك أمر العقد و رضاه حاصل و أمّا في القدره فلا ننكر اعتبارها في المالك حال العقد فلو فرض أنّ المالك الأصلي الذي يشتري البائع الفضولي منه غير قادر على التّسليم نلتزم بفساد المعامله لأنّ كلامنا في صحّه هذا البيع بعد اجتماعه لشرائط الصّحه و أمّا لو كان قادرا حال العقد و لم يكن قادرا حين الإجازة فلا يضرّ بالصّحه كما أنّ في الفضولي لو لم يكن قادرا حال العقد و كان قادرا حين الإجازة لا يضرّ بالصّحه

و بالجملة ما دام المالك الأصلي مالكا يعتبر قدرته و مفروض كلامنا حصولها و ما دام الفضولي مالكا يعتبر قدرته و المفروض حصولها و لا يقتضى اعتبار قدره المالك حال العقد اتحاد المالك حال العقد و المجيز فإنّ هذا شرط آخر لم يقدّم عليه برهان

و حاصل الكلام أنّه لو عم العمومات هذا البيع و قلنا إن تبدّل المالين حال العقد و حين الإجازة كقيام الوارث مقام مورّثه فلا يرد إشكال اعتبار القدره و الرّضا لأنّ قدره من يعتبر قدرته و رضاه من يعتبر رضاه موجودان و لا دليل على اعتبار بقاء قدره المالك حال العقد إلى حال الإجازة هذا مضافا إلى أنّ اعتبار القدره حال العقد ممنوع فإنّ هذا الشرط يعتبر حين التّسليم

ثم لا يخفى أنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ المصنف قدس سرّه لم يلتزم بورود الإشكال لتصريحه باعتبار القدره في المالك حال العقد لا باعتبارها فيمن له العقد حتّى يقال إنّ من له العقد و هو المالك حال الإجازة غير مالك حال العقد فليس قادرا حينه و المالك

حال العقد و إن كان قادرا إلّا أنّه ليس مجيزا

و أما الإشكال الثالث فحاصله أنّه بناء على الكشف يلزم كون البائع الفضولي مالكا قبل اشتراؤه المبيع من المالك الأصلي و إلّا  
لزم خروج المال عن ملكه

إلى ملك المشتري قبل دخوله فيه

ثم لا يخفى أنّ هذا الإشكال والإشكال الرابع والخامس الذي عدّه من الأعاجيب وارده على فرض لزوم الالتزام بتملك المشتري حقيقه من حين العقد بناء على الكشف و أما لو قلنا بأنّه يتلقّى الملك من المجيز فهو يملك من حين تملك المجيز فلا يرد إشكال أصلا و ذلك لأنّ اجتماع المالين على ملك واحد يتوقّف على كون المشتري مالكا حال العقد فيجتمع ملكه مع ملك المالك الأصلي الذي لا بدّ لنا من الالتزام به حتى يصحّ اشتراء البائع منه و هكذا اجتماع الوجود و العدم كليهما في العقد الأوّل و الثاني مبني على هذا المبني فإنّ مالكيه المشتري مانع عن شراء البائع من مالك المبيع و شراء البائع منه متوقّف على عدم مالكيه المشتري

و هكذا توقّف صحّه إجازة المجيز على إجازة المشتري للبيع الثاني و توقّف صحّه إجازة المشتري على إجازة البائع لأصل البيع مبني على مالكيه المشتري من حين العقد حتّى لا يصحّ الإجازة من البائع إلّا بإجازة المشتري لأنّ البائع يشتري ملك المشتري فيتوقّف إجازته على إجازته المشتري للبيع حتى يملك المبيع فيجيز

و هكذا توقّف صحّه كل من العقدين على إجازة المشتري أمّا العقد الثاني فلاّنه واقع في ملكه و أمّا العقد الأوّل فلتوقّفه على إجازته بالواسطة فإنّه يتوقّف على إجازة البائع المتوقّفه على البيع الثاني المتوقّف على إجازة المشتري

و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن أمّا الثمن فلاّنه المبيع ملك للمشتري فالبائع الفضولي يشتري منه حقيقه فلا بدّ من أن يسلمه إلى المشتري و أمّا المثلن فلاّنه بالمبيع الأوّل تملكه المشتري

و هكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتّحد الثمنان كما لو باعه الفضولي بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصلي فيجب عليه ردّه إلى المشتري و يلزم تملكه المقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأوّل كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصلي بخمسه و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الأوّل كما لو اشتراه بخمسه و اشتري البائع من الأصلي بعشره

و بالجملة هذه المحاذير إنّما يلزم لو قلنا بتملك المشتري حين العقد حقيقه و هذا يلزم خروج المال عن ملك المالك قبل دخوله في ملكه و هو محذور لا يمكن الالتزام به و يلزم اجتماع مالكين في ملك واحد و هذان الإشكالان هما العمده و أمّا مع الغضّ عنهما فلا- الإجازة تتوقّف على الإجازة و لا- العقدين عليها و لا- يلزم مجاتيّه المبيع أو مقدار منه لأنّ بيع مال المشتري يتوقّف على إجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النظر عن هذا البيع و هكذا ثمن البيع الثاني يكون له إذا كان الملك ملكا له و أمّا إذا لم يكن له إلّا بلحاظ هذا البيع فلا

هذا مع أن مقتضى الإيراد الثالث وقوع التراحم من المالك الأصلي و المشتري على الثمن فإنّ صحه البيع الأوّل بالإجازة تقتضي كون الثمن للمالك الأصلي لأنّه الذي انتقل منه المبيع إلى المشتري و صحّه شراء البائع تقتضي كون الثمن للمشتري فإنّ البيع الثاني وقع في ملكه

ثم إن خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه يتوقف على القول بالكشف بنحو دخل الإجازة شرطا متأخرا و معنى دخلها كذلك توقف الملكيه عليها حقيقه المذى قلنا باستحالته للزوم تقدم المعلول و هو الملك على بعض أجزاء علته و هو الإجازة و إذا التزمنا بهذا المحال فلا يرد إشكال اجتماع ملاك ثلاثه كما ذكره المصنف لأن المشتري و المالك الأصيل مالكا إلى زمان البيع الثاني و المشتري و المجيز مالكان بعد البيع الثاني إلى زمان الإجازة و لا موجب

للالترام بكون المميز مالكا من حين العقد الأول إلى زمان الإجازة حتى يجتمع ملاك ثلاثة في زمان واحد على مال واحد لأن المشتري وإن كان يتلقى الملك عن مالكة لا محاله إلا أنه لا يجب أن يكون هو المميز بالخصوص بل إما هو أو الأصيل

فتلخص مما ذكرنا أن ورود هذه الإشكالات موقوف على اقتضاء الإجازة الكشف عن مالكيه المشتري من حين العقد فلو ادعى المستدل على البطلان اقتضاؤها في المقام كاقضائها في سائر الموارد الكشف من حال العقد فلا يستقيم الجواب عنه بما أفاده المصنف قدس سره من أن مقدار الكشف تابع لصحة البيع لأن للمستدل المنع عن أصل اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مر في الوجه السادس من أن بيع الأصيل ماله من البائع الفضولي يقتضى بطلان بيع الفضولي لأن الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل أيضا

ثم لو سلم تحقق مقتضى فله أن يدعى وجود المانع عن الصيحه بدعوى أنه لا خصوصية للإجازة في المقام تقتضى التأثير من حين اشتراء البائع لا من حين العقد فإذا امتنع العمل بما تقتضيه في المقام كان اللزام فساد البيع ولا يمكن تصحيحه بأن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع إلا بعد ورود الدليل على صحته هذا البيع حتى يكون تخصيصا لما اقتضته الإجازة من كشفها عن تحقق الملك حين العقد و إلا يكفي للبطلان عدم إمكان العمل بما تقتضيه و صحته تتوقف على أمرين

الأول عدم اعتبار كون شخص خاص طرفا للمعاوضة لا بمعنى إمكان كونه كلياً فإن هذا غير معقول لأن الإضافه تتوقف على مضاف إليه معين بل بمعنى عدم اعتبار خصوص كونه زيدا أو بكرا فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيدا فتبين كونه بكرا لا يضرّ و ليس البيع كالتكاح الثاني كون مسأله من باع شيئا ثم ملك كمسأله اختلاف المالك حال العقد و الإجازة بسبب الموت و الوراثه بأن يكون تبدل الملك كتبدل المالك فإذا تم هذان الأمران فلا محيص عن الالتزام بالصيحه في المقام و إن كان اقتضاء الإجازة كشفها الملك من حين العقد في جميع المقامات

و الأمر الأول لا إشكال فيه و أما الثاني فقد ظهر في أول مباحث البيع الفرق بين الإرث و البيع و أن في الإرث التغيير و التبدل في المالك و في البيع التبدل في الملك فإذا باع الفضولي ملك المورث ثم انتقل إلى الوارث فحيث إن الملك على حاله و دلّ الدليل على قيام الوارث مقام المورث فالوارث يجيز نفس هذا التبدل و أما لو باع الفضولي مال زيد ثم انتقل إلى نفسه فإجازته لا تتعلق بما وقع أولا لأن التبدل وقع بين ملك زيد و المشتري و الإجازة تتعلق بملك المشتري و الفضولي الذي لم يكن ملكه طرف الإضافه

و بالجمله كل ما تعلقت الإجازة بما انتقل من المميز إلى الآخر و لو في عقود متتابعه فهي مؤثره و أما لو تعلقت بغيره فلا تؤثر و إن كان الملك حين الإجازة ملكا له لأن الإجازة ليست عقدا ابتدائيا حتى يقع التبدل بها فعلا و لو على النقل فضلا عن الكشف و لا يمكن قياس مسألتنا هذه على مسأله الإرث لأنه لو أجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر إجازته بناء على الكشف من حين العقد و لا يمكن الالتزام بهذا في المقام و ليست جهه الفرق إلا أن تبدل المالك و اختلافهما لا يوجب تفاوتاً في المملوك و في المقام يوجب ذلك فالمنشأ لا تتعلق به الإجازة و المجاز ليس هو المنشأ



ثم إنه ينبغي التنبيه على أمور الأول قد ظهر أنه بعد الالتزام بالكشف من حين العقد و خروج الملك عن ملك المجيز

إلى ملك المشتري قبل دخوله فى ملك المميز لا يلزم الالتزام باجتماع ملاك ثلاثة بل الملك من حين العقد الأول إلى زمان العقد الثانى ملك للمشتري و المالك الأصيل و من حين العقد الثانى إلى زمان الإجازة ملك للمالك الفعلى و هو المميز و المشتري لأن المميز ليس مالكا قبل شرائه و الأصيل ليس مالكا بعد بيعه الثانى أنه و إن كان مبنى الإشكالات أمرا واحدا إلا أن كل واحد منها يغاير الآخر و ليس من الإعادة بتقرير آخر الثالث أن ما دفع به المستشكل إشكال اجتماع المالكين فى ملك واحد فى مطلق الفضولى لا يرجع إلى محصل مضافا إلى ما فى تعبيره من الملك الصورى باستصحاب الملك فإن الاستصحاب المصطلح إنما يجرى فى مورد الشك فى بقاء المتيقن و ذلك لأن الملك لو لم يكن للمميز بعد العقد إجازته غير مؤثره و المفروض أنها شرط متأخر

فالصواب أن يقال إنه و إن اجتمع مالكان على ملك واحد فى زمان واحد إلا أنه إذا كان ملك أحدهما فى طول ملك الآخر فلا دليل على امتناعه و أدلّ الدليل على إمكانه وقوعه كما فى ملك العبد الذى يملكه المولى و إنما الممتنع اجتماع مالكين عرضيين فى المقام حيث إن ملك المميز له مترتب على ملك المميز و قوامه به فاجتماعهما لا يضر

قوله قدس سره و الجواب أن فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده إلى آخره

لا يخفى أن مبنى الجواب عن سادس الوجوه هو إمكان اختلاف الملك حين العقد و الإجازة فإذا أمكن ذلك فكل من هو مالك للمبيع فله الإجازة فإذا أجاز المالك الأول يصير العقد له و إذا فات محل الإجازة بانتقاله عنه فللمالك الثانى أن يجيز و هكذا

و هذا إنما يصح لو كان البيع مجرد التبدل بين المالكين من دون اعتبار قيام العوض مكان المعوض فى طرف الإضافة أو كانت الإضافة قابله لتعلقها بالكلى من دون خصوصية مالك أصلا و أما لو قلنا بأن البيع تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص و إن لم يعتبر تعيينه حال العقد فلا إشكال فى أن هذا العقد غير قابل للإجازة لأن الملك خرج عن ملك المالك الأصيل بسبب بيعه فلا تؤثر إجازته و رده بعد بيعه

و أمّا الفضولى الذى اشترى المبيع فلائنه حين العقد لم يكن طرفا لإحدى الإضافتين و لذا لا يؤثر رده فلا يؤثر إجازته فالباع كالتكاح مفوت لمحل الإجازة و إن لم يلتفت المالك إلى عقد الفضولى فالقول بأن الترويج موجب لفوات محل الإجازة مطلقا حتى فيما لو مات الزوج الثانى بخلاف البيع فإنه موجب لفواته بالنسبة إلى الأصيل لا يستقيم

و بالجملة بعد ما تبين أن الإجازة ليست عقدا مستأنفا فلا بد أن تتعلق بالعقد السابق و إذا بطل العقد السابق لانتقال الملك عن الأصيل إلى غيره فلا يبقى محل للإجازة فما ذكره المستدل من أن حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائز سواء كان الجواز فيها حكما كالمهبة أم حقا كالبيع الخيارى هو الحق بل البطلان فيه أولى لأنها قد حصل الملك للمتهب و من عليه الخيار و لو مترزلا بخلاف مسأله الفضولى فإذا أوجب تصرف الواهب و من له الخيار بالبيع و نحوه بطلان العقد فكذلك تصرف المالك فى المقام و لذا لو عاد الملك إلى الواهب و من له الخيار بالملك الجديد لا يرجع عقده الأول إلى ما كان قبل

التصرّف فكذلك ملك البائع فى المقام ملك حادث و هو غير ما وقع عليه العقد

قوله قدّس سرّه السّابع الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النّبى ص عن بيع ما ليس عندك إلى آخره

الإنصاف أن الأخبار العامّة و الخاصّه ظاهره فى فساد بيع من لا يكون المبيع له و إن اشتراه و أجازته لأنّ النهى ظاهر فى كونه إرشادا إلى اعتبار قيد فى معامله فلا يمكن الجواب عن الأخبار العامّه فضلا عن الخاصّه الظاهره فى المبيع الشخصى بما أوجب عنها فى بيع الغاصب لأنّ فى بيع الغاصب يمكن أن يكون المنع راجعا إلى عدم قدرته إلى التسليم كما لو باع لنفسه غير مترقب لإجازته المالك أو راجعا إلى وقوعه لنفس الغاصب فلا يدلّ على الفساد لو أسنده المالك إلى نفسه بإجازته و فى المقام لا يجرى شىء منهما أمّا الأول فلأنّ مورد البيع قبل الشراء مورد يطمئن البائع بأنّ المالك يبيعه إياه و إلّا لا يقدم أحد مع عدم اطمينانه بذلك على الإيجاب

و بعبارة أخرى مورده مورد يصحّ دعوى المالكه مجازا بقرينه المشارفه و أمّا الثانى فلأنّ عدم الملازمه بين فساد البيع للغاصب مع الفساد للمالك إنّما يكون منشؤه أنّ الخطاب الموجّه إلى الغاصب بعدم وقوع العقد له لا إطلاق له بالنسبه إلى المالك و أمّا فى المقام فلا يمكن إنكار الإطلاق لأنّ إجازته البائع و عدمها من حالات يبيعه فىشمل النهى بإطلاقه صورته الإجازة أيضا

و بالجملة لا يخفى ظهور الأخبار فى عدم صحّه البيع قبل الاشتهاء و أنّه يشترط فى البيع الثانى عدم سبق إلزام و التزام سابق على هذا البيع من البائع و المشتري فلو التزم المشتري الثانى فى البيع الأول على تسليم المبيع إلى المشتري الأول بحيث لا يستطيع على صرف المبيع عنه لبطل كما أنّه يشترط فى البيع الأول عدم التزام المشتري بالشراء بأن لا يكون هناك إيجاب و قبول بل صرف مقاوله و أمّا لو كان ملزما بالشراء فصريح الأخبار بطلانه و المفروض أنّ المشتري فى مسأله من باع ثم ملك ملزم بالشراء على ما تقدم من أنّه ليس للأصيل فسخ معامله

و لا- يمكن الجواب عنه بما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ ظاهر الأخبار البطلان لو كان كلّ منهما ملزما بإنشائه دون ما إذا كان أحدهما ملزما به و ذلك لأنّ ظاهرها الصّحه فيما لو كان كلّ منهما مختارا فمفهومها البطلان لو لم يكن كذلك و أمّا حمل الأخبار على الكراهه لورود أكثرها فى بيع الكلّى الذى استقرّ مذهب الخاصّه على جوازه و لو لم يكن البائع مالكا له فبعيد جدّا

أمّا أولا فلعدم ظهورها فيه إلّا خصوص صحيحه معاويه بن عمار فى بيع الحرير و أمّا صحيحه ابن مسلم فتكثير المتاع لا يدلّ على كونه كليّا لوقوعه فى كلام السائل و غرضه السؤال عن كلّ فرد من أفراد الأمتعه من دون خصوصيته قسم خاصّ و إلّا فيقتضى أن يكون المتاع المبهم من جميع الجهات مفروض سؤال السائل و هذا لا يقع فى الخارج أصلا لأنّ الأثمان تقع بإزاء الصّور النوعيه لا- المادّه المشتركه فلا- يمكن أن يكون قوله سألته عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا هو طلب شراء المتاع المبهم القابل لانطباقه على كلّ شىء هذا مضافا إلى ظهور قوله لعلّى أشتريه منك بنقد أو نسيه فى المبيع الشخصى

و أمّا ثانيا فظهور أكثرها فى الكلّى لا يوجب حمل جميعها عليه فما كان ظاهرا فى الكلّى يحمل على الكراهه بقرينه أنّ المذهب استقرّ على صحّه يبيعه و ما كان ظاهرا فى الشخصى فيحكم بفساده على ما هو ظاهر النهى فإنّه كاشف عن اعتبار قيد فى معامله و هو كون البائع مالكا للمبيع ثم لا يخفى أنّه لو قلنا بصحّه هذا البيع فلا تتوقّف على الإجازة لأنّ الغرض منها إما حصول الرضا من المالك أو الاستناد إليه و كلّ منهما حاصلان بصدور البيع عنه لنفسه فلا يمكن حمل الأخبار على صورته عدم

الإجازة مع أنها مثل صورته الإجازة في الصّحة و الفساد

هذا كلّ مع اعترافه قدّس سرّه بأن روايه الحسن بن زياد الطائي تدلّ على ما اختاره صاحب المقابس و العجب أنه قدّس سرّه حمل النهى على ما يترتب بعد البيع من عدم تسليم المبيع و نحوه فإنّ النهى الظاهر في اعتبار قيد في نفس المعامله كيف يحمل على ما يترتب عليها بعد فرض صحّتها و الإنصاف أنه لم يكن المناقشه في دلالة الأخبار على الفساد لائقه بمقامه فتدبر جيّدا

قوله قدّس سرّه ثم إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الزوايات إلى آخره

لا- يخفى أنه لا- فرق في البيع الشّخصي بين صورته فإنّ الأخبار العامّة و الخاصّه يشمل عمومها أو إطلاقها لجميع صور المسأله فالأقوى هو البطالان سواء باعه لنفسه أم باعه عن مالكة فصار مالكا بأن انتقل إليه بعد البيع أم باعه لثالث فاتفق صيروره الثالث مالكا أو اتفق صيروره نفسه مالكا و على التقديرين لا فرق بين تحقّق الإجازة و عدمه و في جميع صور المسأله لو أجاز المالك الأصيل قبل بيعه من البائع صحّت المعامله لأنّها من أفراد بيع الفضولي غايه الفرق هو اختلاف كيفيته تحقّق قصد المعاوضه

و بالجمله المبحوث عنه في المقام هو وقوعه لمن لم يكن حال العقد مالكا و صار مالكا بعده و أصول أقسامه ثلاثه البيع لنفسه و عن مالكة و عن ثالث أجنبيّ فلو باع لنفسه فالأقوى بطلانه سواء باعه بداعي كونه ملزما بالاشتراء عن مالكة و تسليمه إلى المشتري كما في البيع الكلّي الذي يجب عليه تحصيله أم بداعي أنه لو اتفق صيرورته مالكا يسلمه إلى المشتري

و يظهر من المصنف أن مورد الأخبار هو مورد البناء على لزوم التّحصيل عليه من غير ترقّب لإجازة مجيز أصلا لا من المالك و لا من البائع إذا ملك و كذلك الصورة الثانيه إذا لم يخبر بعد الشراء دون ما إذا باع على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة من المالك أو البائع بعد تملكه و استظهر هذا المعنى من العلامه أيضا فإن استدلاله بالغرر و عدم القدره على التسليم ظاهر في مورد يقع البيع على وجه يلزم على البائع تسليمه

و لكنك خبير بأنّ الأخبار صريحه في أنّ البيع قبل تملك البائع لا يصحّ سواء كان البائع بانيا على لزوم التّحصيل أم كان مترقبا للإجازة تحققت الإجازة أم لا- و مجرد بنائه على لزوم التّحصيل عليه لا يؤثر في الفساد و ترقيه للإجازة و تحقّقها لا يؤثران في الصّحة فإنّ البناء القلبي لا يؤثر في الفساد و الصّحة في باب المعاملات

و استدلال العلامه قدّس سرّه على الفساد بالغرر و العجز عن التسليم لا يصلح لحصر الفساد في صورته دون أخرى لأنّ هذين المحذورين و إن لم يجريا في جميع الصور إلّا أنّ النهى يشمل جميعها و لو باع عن المالك فاتفق أنه صار مالكا فلو قلنا بالصّحة فلا- إشكال في توقّفها على إجازته لأنّ رضاه سابقا لا يفيد لوقوع المعامله عنه فصحّتها تتوقّف على رضاه حين الملك حتّى يستند البيع إليه عن طيب

و لكن الكلام في صحّته فإنّ الأخبار و إن لم تعمّ هذه الصوره إلّا أن بعد ما عرفت من الفرق بين التّبديل في المالك و الملك فحكم هذا القسم حكم ما لو باع لنفسه لأنّ تبدال الملك يوجب اختلاف المنشأ و المجاز بل الاختلاف فيه أظهر لأنّ في القسم

الأول باع لنفسه و هو المجيز و فى القسم الثانى باعه عن مالكة و هو لا يجيز و إنما يجيزه المالك حال الإجازة و قياسه على ما إذا باع لنفسه فإجازة المالك لنفسه لا وجه له لأنَّ صحَّه هذا القسم إنما هو لإلغاء قصد البيع للنفس كإلغائه فى مورد الغاصب فإذا تحقَّق قصد المعاوضة و أُلغى قيد لنفسه صحَّ تعلق إجازة المالك بها و أمَّا قصده للمالك الأصيل فلا يمكن إلغاؤه فإجازة

غيره لا ترتبط بالعقد ويمكن أن يكون قوله فتأمل إشاره إلى هذا

و لو باعه لثالث فاتفق أنّ الثالث صار مالكا فحكمه حكم ما لو باع لنفسه ثم ملك سواء أجاز الثالث أم لم يجز أما في صورته عدم الإجازة فواضح و أمّا في صورته الإجازة فلائذّ النهى التكليفي و إن لم يشمل كما في صورته الثانيه و هي ما لو باعه عن المالك إلّا أنّ الوضعي المستفاد من الأخبار و هو شرطيه كون البائع مالكا يشمل كلتا الصورتين هذا مع أنّ التبديل في الملك الموجب لاختلاف المنشأ و المجاز كاف في الفساد

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الحكم في جميع الصور هو الفساد و لا فرق بين أقسام الصور الأولى فسواء باعه عن نفسه منجزا أم باعه على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة منه بعد تملكه أو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته فالحكم في الجميع هو البطلان و لا وجه لتخصيصه قدس سرّه الفساد بالصورة الأولى و الثانيه إذا لم تتفق الإجازة دون ما إذا علق العقد على الإجازة فتحققت و دون ما إذا علق اللزوم على التملك مع أنّه نقل عن الدروس فساد هذه الصورة الأخيره

هذا مع أنّه لو كان المراد من التعليق في العقد هو التعليق البنائي فقد تقدم أنّ البناء القلبي لا أثر له في باب العقود و الإيقاعات و لو كان المراد هو التعليق في ضمن العقد فهذا هو التعليق في المنشأ الذي أجمعوا على بطلانه ثم أنّه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصّل في المقام لأنّه عبارته عن جعل الخيار و هو إنّما يكون مقابلا للالتزام العقدي من المالك و ليس العقد منسوباً إلى البائع في المقام و الاسم المصدرى الغير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه فمقصود صاحب الدروس ليس ما هو ظاهر عبارته بل غرضه تعليق اللزوم على الانتقال على نحو الداعي و لذا عبّر عنه بقوله و لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ليس عنده

قوله قدس سرّه ثم أنّه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هي ما لو لم يخبر البائع بعد تملكه إلى آخره

قد تقدم أنّه لو قلنا بصحّه أصل البيع و عدم مانعيه التبديل في طرف الملك فلا وجه لاعتبار الإجازة أصلا لأنّه لم يقم دليل تعبدي على اعتبارها و إنّما نحتاج إليها في الفضولي لتحقيق الاستناد و الرضا و هما في المقام حاصلان فالعمده بيان وجه أصل الصحه و الأولى البحث أولا عن إمكان إدراج هذا البيع في العمومات ثم البحث ثانيا عن الأدله المانع له لأنّه لو لم يعمه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدله المانع

و يظهر منه قدس سرّه شمول أو فوا بالعقود له إلّا أنّه جعل المقام أولا من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم الخاص لا من موارد الرجوع إلى عموم العام لأنّ البائع قبل تملكه لم يكن مأمورا بالوفاء بالعقد فيستصحب ثم أضاف إليه ثانيا أنّ عموم أو فوا بالعقود معارض بعموم الناس مسلطون على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب النفس فحكم باعتبار الإجازة من باب الناس مسلطون

و في كلامه ما لا يخفى على المتأمل كما أمر بالتأمل لأنّ مقام الرجوع إلى الاستصحاب أو العام إنّما هو في الفرد المعلوم فرديته

الخارج عن حكم العام في قطعه من الزمان و البائع في المقام قبل أن يشتريه لم يكن مأمورا بالوفاء بعقده و إنما الشك في أنه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا فهو قيل أن يشتريه لم يكن مصداقا للعام و كان ك شخص لم يكن عالما في زمان ثم صار عالما فلا يمكن أن يقال هذا الفرد من العام لم يكن واجب الإكرام فيستصحب حكم المخصّص لأنّ البائع خارج عن العام تخصّصا مع أنه لو قيل بأنّ



كل من له ربط بالعقد يجب وفاؤه به إلا أن محل الرجوع إلى حكم العام أو الخاص إنما هو في مورد الشك بالنسبة إلى عمود الزمان كالشك بعد زمان الأول في البيع الغنبي بأنه محكوم حكم الخيار أو بحكم العام لا فيما كان المخصيص من الزماتيات كما إذا خصص وجوب الوفاء بالعقود بمورد خاص و شك في أن هذا هو المورد الخاص أو غيره

ثم لا يخفى أنه لو قلنا بأن المقام من موارد الرجوع إلى عموم العام فلا يمكن أن يعارض بدليل السيلطنه واعتبار الطيب لأن معنى وجوب الوفاء بالعقد هو لزومه عليه قهرا و وجوب الالتزام بآثاره شرعا

و حاصل الكلام أنه لا يمكن تصحيح البيع الشخصي لمن لا يملكه سيما إذا قصد البيع لنفسه لأنه لو صح له فلا يمكن وقوعه للمالك الأصيل إذا أجاز مع أنه لا إشكال في وقوعه له إذا أجاز قبل بيعه من البائع لأن معنى وقوعه للبائع أنه قصد خروج المال عن ملكه بعد فرض نفسه مالكا بالأول والمشارفه فهو في الحقيقة يوقع المبادله بين ملكه بما هو ملكه و بين ملك الطرف فالمالك الأصيل أجنبي عن العقد و لا يمكن قياسه على الغاصب لأنه بعد سرقة الإضافه يوقع المبادله بين ملكي المالكين و لا يلاحظ شخص نفسه إلا على نحو الداعي بل المقام نظير البيع الكلي في إجراء البائع المعامله على ملك شخصه

و بالجملة الأمر يدور بين أن يجعل البائع أجنبيا أو الأصيل والمفروض أنه يقع للأصيل إذا أجاز فلا مناص عن جعل البائع أجنبيا و يكون كمجرى الصيغه و على أي حال فقد ظهر ممّا ذكرنا من صدر المبحث إلى هنا أنه لا فرق بين تحقق الملك للبائع بالشراء و تحققه بالإرث

نعم هناك فرق بينهما من جهة أخرى و هي أن الوارث حيث إنه يقوم مقام مورثه فله الإجازة لا من باب أنه ملك ما باعه بل من باب أنه هو المورث فيكون حكمه حكم المالك الأصيل في نفوذ إجازته قبل بيعه من البائع و حكمه حكم نفس المورث لو أجاز حال حياته نعم لو قلنا بأن في مسأله من باع ثم ملك بالشراء لا يصح الإجازة من المالك الأصيل لعدم إمكان الجميع بين قابليته انتساب العقد إلى كل من المالك و البائع فالوارث في المقام أيضا ليس له الإجازة من باب قيامه مقام مورثه بل هو من أفراد من باع شيئا ثم ملك فالفرق بينهما لا وجه له فتأمل في أطراف الكلام جيدا

### [المسأله الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف]

قوله قدس سره المسأله الثالثه ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف إلى آخره

لا يخفى أن ربط هذه المسأله بالمسألتين السابقتين منوط بما ذكرنا في الجهه الثالثه من الجهات الرجعه إلى شرائط المجيز و هو أن عدم جواز تصرف المجيز حال العقد إمّا واقعي و إمّا خيالي و نقحنا الواقعي في ضمن مسألتين فإن عدم جواز التصرف واقعا إمّا لتعلق حق الغير بالمال و إمّا لعدم كونه مالكا فبقي حكم الخيالي و هو على صور أربع لأن اعتقاد عدم جواز التصرف المنكشف خلافه إمّا لعدم الولاية فانكشف كونه وليا و إمّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكا و على كلا التقديرين فإمّا يبيع لنفسه أو عن المالك

فالصّوره الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا و الظاهر من المصنف قدّس سرّه صحّتها من دون توقّف على إجازة المالك و لا يخفى أنّ الولاية على قسمين إجباريّة و اختياريّة و الإجباريّة إمّا بموهبه من الله سبحانه كولاية الأب و الجدّ و إمّا بموهبه من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل المولى فى التّجاره و الاختياريّة كولاية القيم على الصّغار و الوكيل

ثم لا يخفى أنّ صحّه هذه المعامله و فسادها مبنيان على أن يكون العلم بالولاية أو الالتفات بالوكاله طريقيّا أو موضوعيّا فلو قلنا بالطريقيّه فلا إشكال

فى الصّححه و الأقوى كونه كذلك لأنّ الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا و كونها منوطه بالعلم بها يتوقف على دليل نعم ولايه العبد ليست فى الظهور كولايه سائر الأولياء فإنّه بعد ما دلّ الدليل على حجره و عدم قدرته على شىء يشكّ فى خروجه عن العجز بمجرّد إذن المولى واقعا مع عدم علمه به و كون إعطاء الإذن من آثار سلطنه المولى لا ينافى فساد بيعه لاعتبار علمه برفع الحجر

و بالجمله فكما أنّ العجز فى امثال الخطابين المتزاحمين لا يتحقّق إلّا مع العلم بهما فكذلك القدره لا تتحقّق للعبد إلّا بوصول الإذن إليه لعدم صدق كونه قادرا مع عدم العلم بها و لكن الأقوى عدم الفرق بين القدره و الوكاله و الولايه فى أنّ العلم فى كلّ منها طريقيّ

هذا مع أنّ الذى يهوّن الخطب أنّ العبد و إن لم يصّر قادرا شرعا بالإذن الواقعيّ إلّا أنّه ليس كالصبيّ و المجنون مسلوب العباره فيكون بيعه لمولاه من أفراد الفضوليّ فيتوقّف على إجازة المولى كما أنّه لو باع مال غير المولى يتوقّف صحّه بيعه على إجازة صاحب المال و المولى كما أنّه لو قلنا بموضوعيّة العلم فى جميع أنحاء الولايه فمع عدم العلم بها يدخل البيع فى الفضولى و لكن احتمال موضوعيته فى باب ولايه الأب و الجد و الحاكم الشرعى و القيمّ ضعيف فعلى القول ببطلان الفضولى يصحّ هذا البيع لخروجه عنه بالإذن الشرعى أو المالكىّ و فى هذه الصوره لا يتوقّف الصّحه على الإجازة لأنّ الإذن السابق لا يقصر عنها

و الصوره الثانيه أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا و الأقوى صحّته و عدم توقّفه على الإجازة أمّا صحّته فلاّ قصد بيعه لنفسه لغو بعد أن أوقع التبديل بين طرف الإضافه المالكيه و الطرف الآخر و أمّا عدم توقّفه على الإجازة فلاّ الإذن السابق لا يقصر عن الإجازة

و بالجمله لو كان القصد لنفسه منافيا لقصد المعاوضه فلا ينفعه الإجازة اللاحقه و لو كان لغوا فيكفى لصحّته الإذن السابق و الثالثه أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا و هذا على قسمين الأوّل أن يبيع عن المالك مع اعتقاده أنّ المالك أبوه بأن يطبق المالك على أبيه و الثانى أن يبيع عن شخص أبيه و الفرق بينهما كالفرق بين الوصف و الإشاره أمّا القسم الأوّل فلا إشكال فى صحّته لأنّه قصد البيع عن مالك المال فأوقع التبديل بين الملكين و تطبيق المالك على الأب لا يضرب بصّحه المعامله و وقوعها لنفسه إنّما هو لكونه أحد طرفى الإضافتين و هو المالك واقعا إنّما الإشكال فى القسم الثانى و الصوره الرابعه و هى أن يبيع لنفسه و كلّ منهما يختصّ بإشكال لا يجرى فى الآخر و إن توهم بعض ورود الإشكال المختصّ بالصوره الرابعه على القسم الثانى أيضا على ما نقله المصنف عن التّهايه و الإيضاح

و حاصل إشكالهم على ما إذا قصد بيع ماله عن أبيه هو أنّه قصد البيع عن أبيه لا عن نفسه فلو انكشف كون المال لنفسه فكيف يصحّ المعامله و تقع له بمجرد كونه فى الواقع له هذا مع أنّ هذا البيع و إن كان منجزا فى الصوره إلّا أنّه معلق واقعا و التقدير إن مات مورثى فقد بعتهك هذا مضافا إلى أنّه كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره

و لا- يخفى أنّ الإشكال الثانى مع أنّه لا- صغرى له و لا- كبرى فى المقام لا يجتمع مع الإشكال الأوّل أمّا عدم الصغرى فلاّ

المفروض أنّ الوارث يظنّ حياه أبيه و يبيعه أيضا عن أبيه فكيف يكون تقدير هذا البيع إن مات مورثي فقد بعتهك بل هذا التعليق المعنوي يجرى في خصوص ما إذا باع لنفسه مع ظنّه بحياه مورثه  
و أما عدم الكبرى فلأنّ التّنجيز صورته كاف في صحّه المعامله

و إن كان فى الواقع معلّقا و أما عدم اجتماعه مع الإشكال الأوّل فلأنّ الإشكال الأوّل هو أنّه مع قصد البيع عن الأب كيف يقع لنفسه فلا يرد إشكال التعليق و هو إن مات مورثى فقد بعته لأن مرجعه إلى أنّه قصد البيع لنفسه

و أما الإشكال الثالث فهو الإشكال المعروف الوارد على التشريع و حاصله فى المقام أنه مع اعتقاده بأنّ المال لأبيه كيف يقصد المعاوضه الحقيقيه و قد أجبنا عنه فى بيع الغاصب بأنّ البناء على أمر يعتقد خلافه بمكان من الإمكان ثم إنّ المصنف قدّس سرّه أجاب عن الإشكال الأوّل بأن قصد نقل الملك عن الأب لا يضرّ بوقوعه لنفسه لأنّه و إن قصد عن أبيه إلا أنّه قصده من حيث كونه مالكا ففى الحقيقيه قصد النقل عن المالك أى الحيثيه فى المقام تقييدى و الموضوع هو الأب المالك

و لكنّك خبير بأنّ الحيثيه التقييديه لا يمكن الالتزام به فى الموضوعات الشخصيه لأنّ الفرد الخارجى غير قابل للتعدّد فتقييده ممتنع فالأب إذا كان هو الذى بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته و توصيفه بأنّه المالك حيثيه تعليليه و الحيثيه التعليليه لا أثر لها لاتّحاد المنشأ و المجاز و بالجملة النزاع فى أنّ الحيثيه تقييديه أو تعليليه إنّما هو فى الأحكام الكليه المتعلّقه بالعناوين كتعلّق الأمر بالصيّلاه و النهى بالغصب فيقع النزاع فى أنّ متعلّق الحكيم هو المعنون و العنوان جهه تعليليه أو نفس العنوان و تعلّقه بالمعنون إنّما هو لانطباق العنوان عليه و أمّا لو تعلّق حكم أو إشاره بشخص خاص مع اتصافه بعنوان كوجوب إكرام زيد العالم أو الاقتداء بعمرو العادل فلا- شبهه فى أنّ الحيثيه تعليليه فإذا قصد نقل المال عن أبيه فلا يمكن أن يقال إنّ المقصود هو النّقل عن المالك و لو عنون أباه بالمالك

نعم أصل الإشكال غير وارد لأن قصد نقل المال عن شخص معيّن مع إيقاع التبدل بين المعوّض و العوض الشخصيين لا يضرّ بوقوع المعامله عن مالكيهما و لذا لو اشترى من شخص بتوهم أنّه زيد فبان كونه عمرا يقع المعامله بينه و بين عمرو

و بالجملة هذا الإشكال المختصّ بما إذا باع عن أبيه لا وقع له فى العوض و المعوّض الشخصيين و أمّا الإشكال المختصّ بما إذا باع لنفسه مع اعتقاده بأنّه لغيره فهو التعليق فى المعنى و الجواب عنه أنّ التعليق الواقعي لا يضرّ مع التّنجيز فى الصوره هذا مضافا إلى أنّه لو كان هناك تعليق فهو فى الحكم الشرعى لا- فى المنشأ لا- صوره كما هو ظاهر و لا معنى لأنّ المعتقد بحياه أبيه لا يصدر البيع عنه لنفسه إلّا بفرض المال مال نفسه إمّا بالمشارفه و إمّا بالادّعاء و نحوه كالغاصب و إلّا يكون سفيفا ثم إنّ بعد الفراغ عن صحّه الصورتين فهل تصحّان مطلقا أو مع الإجازة أو تفصيل بينهما و الحقّ هو الأخير

أمّا الصوره الأولى فتوقّفها بقسميها على الإجازة واضح لأنّه باع عن المالك أو عن أبيه فلم يسند المعامله إلى نفسه فيتوقّف وقوعها عن نفسه على الإجازة حتى تستند إليه الذى هو المالك حقيقه و مجرّد الرضا بأصل التبدل لا يكفى فى الطيب و الرضا المعتبر من المالك بعنوان أنّه مالك و ذلك لأنّ مقتضى قوله عزّ من قائل إنّ أنّ تكون تجارّة عنّ تراض و قوله لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه و إن كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بأنّ المال لغيره و لكن بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد منهما أنّ ذات الرضا و الطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فإن احترام ماله و توقّف التصرف فيه على إذنه يناسب أن يكون إذنه بما أنّه مالك دخيلا فى جواز التصرف



بأصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى كما أنّ العمد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس عمدا بالتكلم فى الصّلاه أو الأكل فى نهار شهر رمضان فيتوقف شمول الدليل الدال على مانعيه التكلم فى الصّلاه أو مفطريه الأكل على العلم بأنّه فى الصّلاه و بأنّه فى نهار شهر رمضان لأنّ الأحكام المترتبه على الأفعال بعناوينها الخاصه إنّما تترتب عليها بعد صدورها مع قصد هذه العناوين فالإذن فى الأكل مع عدم العلم بأنّه ماله و الإذن فى العتق مع عدم العلم بأنّه عبده لا يوجب جواز التصرف للمأذون واقعا و نفوذه بحيث لا- يتوقف على الإجازة اللاحقه و مجرد كون المالك هو المباشر للعقد لا يكفى فى صحته فإنّه و إن كان مستندا إليه و صادرا منه عن طيب إلما أنّه لا- بعنوان كونه مالكا فيعتبر الإجازة اللاحقه حتّى يستكشف الرضا المالكى و بما أنه ماله كما يعتبر الإجازة من المكروه حتى يصح ما صدر عنه كرها مع كون الفعل صادرا من نفسه

فالإجازة قد تفيد فائده الرضا كإجازة المالك فى المقام و إجازة المكروه و قد تفيد الرضا و الاستناد معا كما فى الفضولى بل من هذا البيان يمكن اعتبار الإجازة فى صحه عقد من باع عن المالك و انكشف كونه وليا أو وكيلًا فإنّه و إن كان هو المباشر للعقد إلّا أنّ بيعه لم يقع بعنوان الولايه فلا اعتبار نظره الوليّي تعتبر الإجازة بعد تبين الحال

و كيف كان فاعتبار الإجازة فى المقام إنّما هو لما ذكره المصنف قدس سره لا لما يظهر من جامع المقاصد من أنّ البائع لم يقصد البيع الناقل للملك فعلا بل مع إجازة المالك فإنّ هذا ممنوع أما أولا فلأنّ البائع لا يقصد إلّا أصل البيع و حصول النقل حينه أو بعد الإجازة من الأحكام الشرعيه لا من منشآت البائع حتّى يختلف تحقّق المنشأ باختلاف أنحاء قصده و أمّا ثانيا فلأنّ هذا يناهى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به أن يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد ثم إنّ ممّا ذكرنا ظهر مدرك عدم اعتبار الإجازة فى الصّحه و مدرك اعتبارها فيها

و حاصل الأوّل هو أنّ المالك حيث إنّّه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الإجازة فيما يرجع إلى تصرف نفسه فى ماله و استدلّوا له بوجه آخر و هو أن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل بمجرد التبديل بين المالكين المعيّنين و إن لم يعلم بأنّه المالك للمبيع فهو أولى من الإذن لغيره فى إيقاع المعامله فضلا عن إجازته فى ذلك و إلّا فيفسد من أصله و تقدم الجواب عن الوجه الأوّل

و أمّا الثانى ففيه أنّه لا تنافى بين الصّحه و توقّفه على الإجازة لأنّ فى أصل الصّحه يكفى قصد التبديل بين المالكين و قصد مال نفسه أو غيره لا ينفذ و لا يقدر و لكنّه من جهة الرضا المالكى من حيث إنّّه ماله يتوقف على الإجازة

و حاصل الثانى أنّ أدلّه اعتبار الرضا و طيب النفس دالّه على اعتبار الرضا بنقل ماله من حيث إنّّه ماله و هو لمّا لم يكن عالما بأنّه ماله فالرضا بهذا النحو لم يحصل فيتوقف الصّحه على الإجازة كتوقف عقد المكروه عليها و هنا قول آخر و هو اعتبار الإجازة فى اللزوم دون الصّحه و استدلّوا له بقاعده نفى الضرر و حاصل تقريبه أنّ لزوم هذا النقل على المالك بحيث لا يتوقف على طيب نفسه بما أنّه ماله ضرر عليه فيكون له الخيار فى الردّ و الإجازة و أجاب عنه المصنف بما لا يخلو عن خفاء و إشكال

و حاصل ما أورده على هذا القول هو أنّ التمسك بقاعده الضرر لإثبات الخيار و توقّف اللزوم على الإجازة إنّما هو بعد الفراغ عن صحه العقد و الكلام الآن فى صحته لأنّ العقد ناقص من حيث الحدوث و لا من حيث البقاء

و بعبارة أخرى الملاك الموجب لاعتبار الإجازة في عقد الفضولي هو الموجب لاعتبارها في عقد من باع ماله باعتقاد أنه لغيره و هو الأدلة الدالة على اعتبار طيب نفس المالك في نفوذ التصرف في ماله لا الأدلة الثانوية كقاعده الضرر الموجبه لثبوت الخيار للمتضرر كخيار الغبن و العيب نعم يصح التمسك بها في المقام أيضا إلا أن مفادها اعتبار الإجازة في الصحة لا لزوم لأن انتقال ماله بدون اعتبار رضاه بما أنه ماله ضرر عليه فيرتفع لا أن لزومه ضرر عليه بعد الفراغ عن صحته كما في الضرر المترتب على لزوم البيع لأمر راجع إلى أحد العوضين

و لكنك خبير بأنه لو اكتفى قدس سره في الجواب بأن المقام ليس من مقام التمسك بالقاعده الثانويه لأن نفس الأدلة الأوليه قاضيه باعتبار الإجازة في انتقال المال لكان في محله و لكنه حيث جعل الضابط في التمسك بقاعده نفى الضرر كون الضرر مترتبا على لزوم البيع لأمر راجع إلى أحد العوضين لا لأمر راجع إلى نفس العقد أو إلى المتعاقدين فإنه ليس مقام التمسك بالقاعده ثم اعترف بصحة التمسك بها لنفس الصحة فيرد عليه

أولا أنه يمكن التمسك بها لأمر يرجع إلى المتعاقدين كاعتبار علمهما بالعوض و المعوض فإن الجهل بهما يوجب الضرر و ثانيا أن التمسك بها لنفي الصحة لا يستقيم رأسا لأن الصحة ليست أمرا مجعولا حتى ترتفع بها بل هي منتزعه من تحقق الشرائط فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحيه الأسباب و المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد كالدليل الدال على اعتبار رضا المالك بما أنه ماله و الدليل الدال على اعتبار كون المشتري مسلما لو كان المبيع عبدا مسلما أو مصحفا و لو لم يدل فلا يمكن إثبات قيد بقاعده الضرر و نحوها لأنها حاكمه على الأحكام الثابته و لا يمكن إثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر

و حاصل الكلام أنه لو استفدنا من قوله لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه اعتبار طيب النفس على التصرف بعنوان أنه مال امرئ إمتيا للظهور اللفظي أو لمناسبه الحكم و الموضوع فيغنيينا عن التمسك بقاعده نفى الضرر و إلا فلا يمكن اعتبار قيد لولاه لزم منه الضرر

قوله قدس سره ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولي إلى آخره

وجهه أنه ليس من أفراد الفضولي لأنه وقع ممن أمره بيده فلا- يشمله الأدلة الدالة على فساد الفضولي من الإجماع و الكتاب و السنة نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير المستتبع لحكم شرعي بحرمه التصرف المستلزمه للفساد إذا رجعت إلى المسبب فيتجه البطلان في المقام و لكنه لا يخفى أن هذا مبنى على أن يكون حكم العقل بقبح التصرف في ما يعلم أنه مال الغير و ما لا يعلم أنه مال الغير بمناط واحد نظير حكمه بقبح التشريع الذي هو عبارته عن الإسناد إلى الشارع ما لم يعلم أنه منه فيتجه الفساد في المقام

و أما لو قلنا بأن العقل يحكم في صورته العلم بأنه مال الغير و في صورته الشك و عدم العلم بمناطين أي في المال العذى هو في الواقع ليس ماله بمناط واقعي و في المال الذي هو ماله و لا يعلم بأنه ماله بمناط طريقي كحكميه في الظلم فلا يستلزم الفساد في الفضولي الفساد في المقام لأنه و إن قبح التصرف إلا أن حكمه طريقي فالحكم الشرعي المستفاد منه من باب الملازمه أيضا



طريقيّ فإذا انكشف مخالفه الاعتقاد للواقع فلا يكون إلّا تجرّيا هذا تمام الكلام في الصورة الأولى

و أما الصّوره الثّانيه و هي أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له فوجه عدم توقّفها على الإجازة تماميّة أركان العقد حتى يبعه بعنوان أنّه ماله لأنّ البائع بعد فرض نفسه مالكا للمال إمّا للمشارفه و إمّا للاستيلاء عليه

عدوانا يبيعه بعنوان أنه ماله و اعتقاد أنه لغيره لا يوجب توقف عقده على إجازته

و لكنّه يمكن أن يقال بالفرق بين الغاصب و غيره فإنّ الغاصب بعد ما جعل نفسه مالكا و استولى على المال يبيعه بعنوان أنه ماله و أمّا العدي يريد أن يشتري من مالكة و يسلمه إلى المشتري فهو و إن باعه لنفسه إلّا أنه لا- بعنوان أنه ماله فعلا فيتوقف على الرضا بعد انكشاف الحال كتوقف عقد المكره عليه فإنّ الرضاء بأصل التبديل غير الرضا بأنّه ماله فعلا فصحتّه تتوقف على الإجازة فتدبر

### [القول في المجاز]

#### [الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتره في تأثيره عدا رضا المالك]

قوله قدس سرّه و أمّا القول في المجاز فاستقصاؤه يكون بيان أمور الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتره في تأثيره عدا رضا المالك إلى آخره

لا- إشكال في أنه يعتبر في عقد الفضولي جميع ما يعتبر في سائر العقود حتى الشروط المعتره في تأثير العقد مثل القدره على التسليم فلا- خصوصية فيه من بين العقود إلّا أنه يتطرّق فيه احتمالات بل أقوال لا تجرى في غيره و هي اعتبارها حين العقد أو حين الإجازة أو من زمان العقد إلى زمان الإجازة و لا يبعد أن يكون أقوى الاحتمالات هو الأول من غير فرق بين الكشف و النقل

نعم من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد اعتبار بعض الشرائط حين تسليم المبيع إلى المشتري كالقدره على التسليم و كون مشتري المصحف و العبد المسلم مسلما فلا تعتبر حال العقد و لا حال الإجازة إلّا أن يكون زمان الإجازة زمان لزوم التسليم

أمّا عدم اعتبار وجود هذه الشرائط حين العقد فلاّن مناط اعتبارها لا يقتضى إلّا أن يكون حال لزوم التسليم هذا الشرط موجودا فلو باع الفضولي سلما فوجود القدره حال العقد أو حال الإجازة لا أثر له و هكذا كون المشتري حال العقد كافرا لا يضرّ بشرائه المصحف أو المسلم إذا كان مسلما حال وصولهما تحت استيلائه لأنّ اعتبار هذا الشرط إنّما هو لعدم استيلاء الكافر على المصحف و العبد المسلم

و أمّا اعتبار وجود سائر الشرائط حال العقد فلاّن المفروض أنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا بل هي إنفاذ للعقد السابق و إمضاء له فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود أمّا شرائط نفس العقد فواضح و أمّا شرائط المتعاقدين من البلوغ و العقل و نحو ذلك و شرائط العوضين من كونه معلوما و مملوكا شرعا و نحو ذلك فلاّن التبديل و العقد بين الشّيين إنّما يصدر من الفضولي و طرفه كصدوره من الوكيل المفوض و طرفه فكما يشترط أن يكون طرف الفضولي جامعا للشرائط فكذلك الفضولي

و لا- يمكن قياس عقد الفضولي على عقد الوكيل في إجراء الصّيغه من عدم اعتبار علمه بالعوض و أوصافه لأنّ القياس مع

الفارق فإن الوكيل في إجراء الصيغه ليس إلّا آله و هو بمنزله لسان الموكل و قلم الكاتب و هذا بخلاف الفضولي فإنه هو الذي يعقد و يوقع التبدل بين العوضين فعلم المجيز لا أثر له مع جهل الفضولي

هذا و لكن التحقيق هو اعتبارها حين العقد و الإجازة معاً لأن الإجازة و إن لم تكن عقداً مستأنفاً إلّا أنّها دخيل في الاستناد إلى المالك فمع فقد الشرائط حينها لا يمكن أن يستند العقد إليه نعم لا يعتبر استمرار جميع الشرائط من زمان العقد إلى زمان الإجازة فإن بقاء المتعاقدين على شروط الصيغه لا وجه له بلا إشكال

إنّما الإشكال في شروط العوضين فإنه لو كان المبيع حين العقد خلا ثم صار خمراً ثم تبدّل و انقلب إلى الخلّ حين الإجازة فتأثير الإجازة في غاية الإشكال لأنه يمكن أن يقال إنّ الخلّ بمجرد انقلابه إلى الخمر يخرج عن قابليته تعلق الإجازة بالعقد الواقع عليه

و على هذا فالوجه المحتمل خمسة كفايه وجود الشرائط حين العقد

و كفايه وجودها حين الإجازة و اعتبار وجودها حينها و اعتبار استمرارها من حين العقد إلى حين الإجازة و التفصيل بين شروط العوضين و شروط المتعاقدين و على أى حال كفايه وجودها حين الإجازة لا وجه له فإنّ المبيع لو كان خمرا حين العقد فهذا غير قابل لأن تتعلّق به الإجازة و إن انقلب إلى الخلّ قبلها

### [الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]

قوله قدّس سرّه الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل إلى آخره

لا يخفى أنّه لا يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكالة فإنّها تصحّ على نحو الإطلاق و إن لم تصحّ على نحو الإبهام و أمّا الإجازة فلا معنى لتعلّقها بالعقد على نحو الإطلاق لأنّ عقد الفضولى وقع على شىء خاصّ و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدلّة الدالّة على نفوذ الإجازة بل حكمها حكم تعلّق الوكالة بالأمر المبهم الّتى لا اعتبار بها عند العقلاء مع أنّها تدرج فى عموم نهى النّبى صلّى الله عليه و آله عن الغرر

و بالجملة مقتضى ما ذكرنا من أنّ الاستناد يتحقّق بالإجازة عدم صحّته تعلّقها بالأمر المبهم و تعلّقها بالأمر المشكوك بأن يجيزه على تقدير وقوعه فإنّها تقع لغوا و إن انكشف وقوعه لا لما ذكره المصنف قدّس سرّه من أنّ بالإجازة يخاطب المالك بالوفاء بالعقد فتشبه العقود بطلان التعليق فيها مستلزم لبطلانه فيها فإنّ مجرد الشّباهة لا يوجب الإلحاق فى الحكم بل لما ذكرنا من أنّ بها يتحقّق الاستناد و هى من الإيقاعات و الإيقاع لا يقبل التعليق ثمّ إنّ هذا كلّ بناء على بطلان التعليق مطلقا و أمّا بناء على صحّته إذا كان المعلّق عليه حاصلًا كما فى المقام و صحّته فيما إذا كان موضوعا كتعليق الطّلاق على الزّوجيّة فلا وجه لاحتمال البطلان و لعلّه لهذا أمر قدّس سرّه بالتأمّل

### [الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير و إمّا العقد الواقع على عوضه]

قوله قدّس سرّه الثالث المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير إلى آخره

لا يخفى أن محلّ البحث إنّما هو فى العقود الطّوليه من حيث الترتّب لا فى العقود العرضيه و لو كانت طوليه بحسب الزمان و بعبارة أخرى موضوع بحث الفقهاء فى العقود المترتبه على مال المجيز أو على عوضه إنّما هو فيما إذا أوقع المشتري العقد على مال المجيز كما إذا اشترى كتاب زيد من الفضولى ثم باع المشتري الكتاب من عمرو ثم باعه عمرو و هكذا فى طرف العوض كما إذا وقع المعامله على ثمن الكتاب و أمّا إذا وقع عقود متعدّده من فضول واحد أو متعدّد فى زمان واحد أو أزمنه مختلفه على مال المالك فهو خارج عن محلّ الكلام لأنّه ليس للمالك إلّا إجازة واحد منها فلو بيع كتابه بدرهم ثم بيع هذا الكتاب فى زمان البيع الأوّل أو بعده بدينار ثم بيع هذا ثالثا بثوب فلا يكون الصّحيح من هذه العقود إلّا ما أجازة المالك و صحّته لا تتوقّف على صحّته غيره و لا تستلزمه فيقع غير ما أجازة باطلا

نعم بناء على عدم اعتبار مالكيه المجيز حين العقد فللمجاز له إجازة عقد آخر من العقود مطلقا سابقا كان أو لاحقا بناء على الكشف و النقل لأنّ المجاز له بإجازة المالك صار مالكا فله إجازة أى عقد تعلق بماله سواء وقع من غيره أو منه و يحتمل أن يصح له و لو بلا إجازة إذا صدر منه فإن المقام من صغريات من باع شيئا ثم ملك و بناء على اعتبار مالكيه المجيز حين العقد فعلى الكشف له إجازة ما وقع بعد عقده دون ما وقع قبله و على النقل ليس له الإجازة مطلقا

و بالجملة محل البحث إنّما هو فى العقود المترتبة و ترتبها إمّا بوقوع العقود من أشخاص متعدّده على نحو تعاقب الأيدى و إمّا بوقوعها على أثمان متعدّده و لو من شخص واحد و الترتب تارة يقع فى أحد العوضين و أخرى فى العوض و المعوض و المصنف إنّما عدل عن تعبير الفقهاء من أنّ

فى العقود الواقعه على المثلن يصحّ المجاز و ما بعده و فى العقود الواقعه على الثمن يصحّ و ما قبله إلى ما ذكره لإدخال الترتب التركيبى فإنّ تعبيرهم مختصّ بالترتب البسيط أى الواقع على أحد العوضين

و حيث إنّ تصوير الصّور فى غايه الصّعوبه و إن كان حكمها فى غايه السّهوله فلا بأس بذكر جميع الصّور الّتى فرضها المصنّف ثم إنّ قوله قدّس سرّه و على كل منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو وسطه ليس لبيان التّقسيم لكلّ من القسمين بل المراد أنّ المجاز إمّا أوّل عقد وقع على المال و إمّا آخره أو وسطه و هكذا المجاز إمّا أوّل عقد وقع على عوضه أو آخره أو وسطه ثم الوسط إمّا أن يكون مثل الأوّل و الآخر فى وقوعه على ما وقعا و إمّا أن يكون غيرهما فلو كان مثلهما فهذا ترتب بسيط و هو ما عنوانه الفقهاء كما لو باع الفضولى عبد زيد بدرهم من عمرو فباع عمرو المشتري العبد بدينار من بكر ثم باعه بكر بثوب من خالد و هكذا فكلّ بائع يبيع العبد الّذى اشتراه و أمّا لو كان واقعا على غير ما وقع الأوّل و الآخر فهذا ترتب تركيبى

و كلّ وسط من المال أو العوض يتصوّر على أقسام أربعة فيصير المجموع ثمانية و بانضمام الأربعة الواقعه على المال أو العوض يصير المجموع اثنى عشر لأنّ العقد المجاز إمّا أوّل عقد واقع على مال المالك أو آخر عقد أو وسط واقع بين عقدين واقعين على مال المالك أو وسط بين عقدين واقعين على عوض مال المالك أو وسط أوّله وقع على المال و آخره على العوض أو بالعكس

و هكذا لو كان المجاز العقد الواقع على العوض فإنّه إمّا أوّل عقد وقع على العوض أو آخر عقد كذلك أو وسط بين عقدين واقعين على العوض أو بين عقدين واقعين على المعوض أو بين عقد وقع على المعوض و عقد وقع على العوض أو بالعكس فهذه اثنا عشر و لكلّ صورته صور كثيره لإمكان ترمى العقود بالتّسببه إلى كلّ عوض و عوض عوضه و الأمثله الّتى ذكرها المصنّف جامعها لجميع الصّور الاثنى عشر فأوّل عقد وقع على مال المالك يبع عبده بفرس و وسطه يبع صاحب الفرس العبد بكتاب و آخره يبع صاحب الكتاب العبد بدينار

و أوّل عقد وقع على عوض مال المالك أى الفرس هو يبع الفضولى الفرس بدرهم و وسطه يبع الدّرهم الّذى هو عوض عن الفرس برغيف و آخره يبع الرّغيف بالعسل فإنّ الرّغيف عوض عن الدّرهم و الدّرهم عوض عن الفرس و الفرس عوض عن العبد و قلنا إنّ الترمى فى العوض إنّما هو بتبدل الأثمان و أمّا تبادل الثمن الواحد و هو الفرس مرارا فهو كبيع مال المالك مرارا ثم إنّ الوسط الّذى ذكرناه فى القسمين هو الوسط الواقع بين عقدين واردين على مورده عوضا كان أو معوّضا

و هذه الأقسام هى الّتى ذكرها الفقهاء فبقى ست صور للوسط ثلاث منها كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على مال المالك و كان قبله و بعده واردين على العوض أو كان قبله مثله دون بعده أو بالعكس و ثلاث منها كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على عوض مال المالك و كان قبله و بعده واردين على المعوّض أو كان قبله مثله دون بعده أو بالعكس فالأوّل كبيع العبد بكتاب الواقع بين بيع الفرس بالدّرهم و بيع الدّينار بجاريه و الثّانى كما لو يبع أوّلا عبد المالك بفرس ثم باع العبد صاحب الفرس بدينار ثم يبع الفرس بدرهم و الثّالث كما لو يبع بعد بيع العبد بفرس الفرس بالدّرهم ثم العبد ثم بالكتاب ثم العبد

بالدينار فإجازه بيع العبد بالكتاب إجازة متعلّقه بالعقد على مال المالك الذي هو الوسط

بين العقد الواقع على العوض و العقد الواقع على المعوض

نعم فى مثل هذه الصورة لا- بدّ من فرض أربعة عقود حتى يكون قبل الثالث العقد واقعا على العوض و الرابع كبيع العبد أولا بفرس ثم بيع الفرس بدرهم ثم بيع العبد بكتاب و الخامس كبيع الدرهم الذى هو بدل البدل برغيف و الرغيف بعسل ثم بيع العبد بكتاب و السادس كبيع العبد بفرس ثم العبد بكتاب ثم الفرس بدرهم ثم الدرهم برغيف

و لا يخفى أنّ بيع الدرهم بالرغيف الذى ذكره المصنف فى بدل البدل من جهة هو الوسط الذى قبله عقد وارد على مورده و هو بيع الفرس بالدرهم و بعده كذلك أيضا و هو بيع الدرهم بحمار و من جهة هو الوسط الذى قبله عقد وارد على غير مورده و بعده كذلك أيضا فإنّ قبله أولا بيع العبد بالفرس ثم بيع الفرس بدرهم فالفرس بدل الدرهم و العبد بدل الفرس و بعده أولا بيع الدرهم بحمار ثم بيع الرغيف بعسل فالرغيف بدل للدرهم

ثم لا- يخفى أنّ فى الصورتين من تعلق إجازة المالك بماله و فى الصورتين من تعلق إجازته ببديل المال لا محلّ للترتب الطبعى و إنّما هو ترتب زمانى فلا- ترتبط بما هو المهم من محلّ البحث من أنّ إجازة البيع الواقع على المال فسخ لما قبله و مستلزم لصحّه ما بعده و إجازة البيع الواقع على البدل متوقف على إجازة ما قبله و غير متعرض لما بعده و ذلك لأنّ المجاز لو كان العقد المتعلق بالمال فلو كان قبله و بعده واردين على مورده أو بعده وحده واردا على غير مورده لكان الأمر كما ذكره المصنف من أنّ إجازة الوسط إسقاط لما قبله و إجازة ما بعده و أمّا لو كان قبل و البعد كلاهما واردين على غير مورده أو خصوص ما قبله كبيع الفرس بالدرهم الواقع قبل بيع العبد بالكتاب فإجازة العبد بالكتاب لا تستلزم فسخ بيع الفرس بالدرهم و إن استلزم فسخ بيع العبد بالفرس لأنّ صحّه بيع الفرس بالدرهم تدور مدار إجازة مالكة و فسخته

و هكذا لو كان بعد بيع العبد بالكتاب وقع عقد على غير مورد مال المالك كبيع الدينار بالجارية هذا حال تعلق الإجازة بمال المالك و أمّا لو تعلق ببديل المال فالعقد المجاز لو كان قبله و بعده واردين على مورد البدل أو كان خصوص قبله كذلك فالأمر كما ذكره المصنف

و أمّا لو كان كلّ منهما واردين على غير مورد البدل أى على بدل البدل أو خصوص ما قبله فأين التوقف لأنّ الترتب الطبعى لا يتصور بين بدل البدل و نفس البدل إلّا أن يكون البيع واقعا أولا على البدل ثم على بدله و أمّا لو كان واقعا أولا على بدل البدل ثم على البدل فهذا ليس إلّا ترتبا زمانيا كما إذا وقع البيع أولا على الدرهم برغيف ثم بيع الدينار بالجارية

نعم لو كان المراد من بدل البدل بدل المورد لا مطلق بدل بدل المالك فلا محالة العقد المجاز لو كان واردا على بدل المال فقبله هو الواقع على بدل مال المالك كما لو أجاز بيع الدرهم بالرغيف الذى قبله بيع العبد بالفرس و الفرس بدل المورد فإنّ الدرهم بدل الفرس و بيع العبد بالفرس لا محالة يقع قبل بيع الدرهم بالرغيف فإن صحّه بيع الدرهم به مترتب طبعا على صحّه بيع الفرس بالدرهم و بالجمله و إن أجاد المصنف فى إدخال الترتب التركيبى فى محلّ البحث إلّا أنّه لا- يدخل فى الترتب الطبعى إلّا بعض صورته فلا بدّ من تقييد قوله بما يقتضيه الترتب كذلك



و توضیح ذلك أن كل عقد يتوقف صحته على صحه ما قبله فإجازته إجازة لما قبله فإجازة بيع الرغيف بالعسل تتوقف على إجازة بيع الدرهم بالرغيف و هو على بيع الفرس بالدرهم و هو على بيع العبد بالفرس و كل عقد

يستلزم صحته المجاز صحته فهو يصح أيضا بصحة المجاز فإجازه بيع الفرس بالدرهم يستلزم صحته كل عقد وقع على العبد من صاحب الفرس الذي ملكه أى تستلزم صحته بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بالجارية وهكذا

فعلى هذا ينحصر صحته العقد بالتوقف أو الاستلزام بما إذا وقع فى سلسله المجاز كما إذا باع بائع الفرس الدرهم بالرغيف فإن صحته بيع الفرس بالدرهم مستلزم لصحة بيع الدرهم بالرغيف و أما لو وقع فى غيره هذه السلسله كما إذا بيع العبد أولا بفرس ثم باع فضولى آخر غير مالك الفرس بدرهم ثم بيع الدرهم برغيف من غير مالك الدرهم فلا تقتضى صحته بيع الفرس بالدرهم صحته بيع الدرهم بالرغيف بل يحتاج إلى إجازه مالك العبد الذى صار مالكا للفرس فصار مالكا للدرهم

ثم إن توضيح حكم جميع الصور يتوقف على تمهيد أمور قد تقدم الإشارة إلى بعضها الأول أن الترتب فى المال منحصر فى صدور العقود من أشخاص متعدده و فى عوضه فى صدوره من شخص واحد على أثمان مختلفه الثانى أن إجازه الوسط لو تعلقت بالمال تقتضى فسخ ما قبله و تستلزم إجازه ما بعده و لو تعلقت بالبدل فتتوقف على إجازه ما قبله و ساكته عما بعده فلو باع الفضولى عبد المالك بفرس ثم المشتري للعبد باعه بكتاب ثم من اشتراه بالكتاب باعه بدينار فإجازه مالك العبد بيع العبد بالكتاب رد لبيع العبد بالفرس و مستلزم لصحة بيعه بالدينار و لو باع الفضولى الفرس الذى كان بدلا للعبد بدرهم و باع الدرهم برغيف فتوقف على إجازه بيع الفرس بالدرهم و أما بالنسبه إلى الرغيف بالعسل فلا تستلزم صحته فلمالك الرغيف الذى صار مالكا له بإجازه بيع الدرهم بالرغيف إجازه بيعه بالعسل الثالث أن ما ذكر من حكم الرد و الاستلزام و التوقف إنما هو بالنسبه إلى سلسله المعاملات الواقعه على الثمن و المثلن و أما المعامله الواقعه على بدلها فى جميع السلسله فليس كذلك

و حكم الجميع أنه لو أجاز المالك بيع العبد بالكتاب فإجازه فسخ بالنسبه إلى بيع العبد بالفرس و أما بالنسبه إلى بيع الفرس بالدرهم فهى غير متعرضه له فلمالك الفرس إجازه و لو أجاز المالك بيع الدرهم برغيف فإجازه فتوقف على إجازه بيع الفرس بالدرهم و هى على إجازه بيع العبد بالفرس و ساكته عن بيع الرغيف بالعسل و لكنها مستلزمه لصحة بيع الدرهم بالحمار لأن الدرهم صار ملكا لصاحب الرغيف فلو باعه بالحمار صح هذا البيع و أما بيع صاحب الفرس العبد بالكتاب فإجازه بيع الدرهم بالرغيف لا تتوقف على صحته بل مستلزم لها

و حاصل الكلام أن توقف صحته عقد على صحته عقد آخر إنما هو بالنسبه إلى ما كان الثانى مترتبا طبعا عليه لا بالنسبه إلى غيره فكلام المصنف قدس سره لا يتم بإطلاقه ثم إن اقتضاء إجازه عقد رد عقد آخر أو عدم تعرضه له غير موجب لبطان العقد رأسا بل قد يرجع أمر المردود أو المسكوت عنه إلى مالك المال كإجازه بيع الرغيف بالعسل و قد يرجع أمره إلى الثالث كبيع الدرهم بحمار و قد يرجع إلى الطرف كبيع الفرس بدرهم الرابع أن العقود الصيحيه بالاستلزام إنما هو على الكشف دون النقل و أميا بناء عليه فينتى على ما تقدم من اعتبار ملكيه المجيز حال العقد و عدمه ثم إن صحته بالكشف إنما هو بعد إجازه من انتقل إليه المال كشفا لما تقدم من اعتبار كون البيع بعنوان أنه ماله فلو علم المشتري بكون البائع فضوليا أو غاصبا فلا يبيع ما اشتراه بعنوان أنه ماله فبعد

تحقق الإجازة من المالك يتوقف صحه بيع المشتري على الإجازة منه

نعم بناء على كفايه بيع المالك الواقعي في الصّحه فيعيه يصح بالاستلزام مطلقا

قوله قدس سره ثم إنّ هاهنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب إلى آخره

لا يخفى أن منشأ الإشكال هو فتوى المشهور بأنّ الثمن إذا تلف عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب مطالبه الغاصب بمثله أو قيمته فينبغي البحث أولا عن المنشأ و ثانيا عما نشأ عنه

أمّا المنشأ فمقتضى تسليط المشتري الغاصب على الثمن أن لا يكون له المطالبه به و لا يقال إنّ سلطه عليه بإزاء المثلن لأنّ مع علمه بأنّه ليس له لا- يمكن أن يجعله ضامنا بالضمان المعامليه بأن يكون الثمن عوضا عن المثلن و المفروض عدم جريان ضمان اليد فيه أيضا لعلم المشتري بكونه غاصبا و لازمه التسلط المجاني فيكون من صغريات قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده التي أسست لتشخيص موارد تخصيص قاعده اليد

و أمّا ما أنشأ عنه و هو البحث عن تتبع العقود فتاره يقرّر الإشكال بالنسبه إلى نفس بيع الغاصب حتى يسرى منه إلى العقود المترتبه و أخرى بالنسبه إلى العقود المترتبه و بيانه على الأول يظهر من حواشي الشهيد قدس سره و حاصله أن تسليط المشتري الغاصب إنّما هو بنفس المعامله معه و الاشتراء منه و هذا على وجهين الأول أن يكون مرجع الاشتراء من الغاصب إلى هبه و تملك للمبيع مجانا فكأنه صدر منه إيقاعين هبه مجانيه بالنسبه إلى الغاصب و تملك كذلك بالنسبه إلى المغصوب منه و الثاني أن يكون الغرض من اشتراؤه منه استنقاذ المبيع منه كاشتراء الحرّ المسلم من الكافر و بيع الميته من مستحليه و نحو ذلك ممّا لا يقصد فيه المعاوذه الحقيقيه و مقتضى ذلك دخول الثمن في ملك الغاصب مع عدم دخول المبيع في ملك المشتري

و بيانه على الثاني يظهر من فخر المحققين و حاصله أنّ التسلط إنّما هو بدفع الثمن إليه و إقباضه إياه فعلى الأول لا يصح للمالك إجازة بيع الغاصب أيضا لأنه لم يجعل بإزاء المبيع ثمن و على الثاني لا يصح إجازة العقود المترتبه على الثمن لأنّ الثمن بتسليم المشتري إلى الغاصب و تصرف الغاصب فيه يصير ملكا له فعقدته عليه يكون عقدا في ملكه فليس للمالك إجازته و هذا بخلاف العقد الأول فإنّ للمالك إجازته و أخذ ثمنه من المشتري

و لكنّه لا يخفى أنّ تقرير الإشكال على الوجه الأول فاسد فإنّ هذا إشكال في أصل بيع الغاصب و بعد ما عرفت صحته لتحقق قصد المعاوذه منه فيندفع به إشكال قصد المشتري فإنّه لا يقصد بشرائه التسلط المجاني بل يقصد التبديل بين المالكين حقيقه فإنّه يفرض الغاصب مالكا و يعامل معه معاملة المالك مع المالك فلو قلنا بأنه ليس للمشتري مطالبه الغاصب بالمثل أو القيمه عند التلف فلا- يقتضى عدم صحه البيع للمالك إذا أجاز مع بقاء عين ماله عند المشتري و تصرف الغاصب فيها بنقلها إلى المشتري ليس بحكم التلف حتى لا يقبل لتعلق الإجازة به

و بالجملة توهم أنّ المشتري لم يقصد المعاوذه بل قصد الهبه أو التملك أو الاستنقاذ فاسد جدّا فالبيع الأول قابل لتعلق الإجازة

به إذا كان الثمن غير تالف بالتلف السماوى سواء أتلفه بالتلف الخارجى أو الحكمى كما إذا اشترى به الغاصب شيئاً أم كان باقياً عنده و سواء قلنا بالكشف أم التقل لأنّ على جميع هذه التقادير للمغصوب منه إجازة البيع فيملك الثمن و يرجع إلى الغاصب بناء على أنّ التمليك بالتسليط الخارجى مقيد بصورة الردّ دون الإجازة

و هذا و إن لم يكن فى بادية النظر خاليا عن الإشكال من حيث إن المالك لم يقيد فى مقام التسليم تملك الغاصب بصورة الردّ إلّا أنّ مقتضى ما ذكرنا من قابليته العقد الأول للإجازة أن يكون التسليم مبتيا على المعاوضة و من جهة فرض الغاصب مالكا فله الرجوع إلى الغاصب إذا أجاز مع بقاء الثمن عنده بل مع التلف الملحق بالبقاء و على أى حال فنفس المعاملة معه لا يقتضى عدم قصد المعاوضة

و أمّا تقرير الإشكال على الوجه الثانى ففيه أولا- أنّ هذا الإشكال مبنى على النقل دون الكشف إلّا أن يقال بأطراده حتى على الكشف لأنّ التسليم إلى الغاصب على هذا المبنى و إن كان تسليمًا من غير المالك فلا يصير الغاصب مالكا إلّا أنّه يشترط فى صحه العقد كسفا بقاء قابليته العقد للإجازة إلى زمان الإجازة و بعد إتلاف المشتري الثمن بتسليمه إلى الغاصب و إتلافه الغاصب بنقله إلى الغير لا يبقى محلّ للإجازة فتأمل و ثانيا لا يثمر هذا التسليم أثرا فى المقام لا لما ذكره فخر المحققين من أنّ الغاصب يؤخذ بأحسن الأحوال و المالك بأجودها فإنّ هذا الكبرى على فرض تسليمها لا تنطبق على المقام لأنّ مقتضاها أنّ ما يؤخذ منه يؤخذ بأشقّ الأحوال و أمّا إذا فرض أنّ تسليم المشتري يقتضى تملك الغاصب الثمن فتعلق الحقّ من المالك بالمال ممنوع و حقّ الإجازة ليس من الحقوق بل هو حكم شرعىّ معناه جواز التملك بها فى المحلّ القابل لأنّ التسليم المالكى لا يقتضى إلّا الإباحة نعم مقتضى الإباحة عدم ضمان المباح له عند التلف

و بالجملة إنّما قلنا بجواز التصرفات المتوقّفة على الملك فى المعاطاة بناء على الإباحة لقيام السيرة و الإجماع عليه و إلّا فمجرد التسليم الخارجى من دون هبه و لا تضمين معاوضى لا يقتضى الملك و المفروض عدم كون التسليم هبه و عدم إمكان تضمين الغاصب أيضا حتى يملك المضمون فإنّ مع تضمين المغصوب منه الذى هو مقتضى قابليته العقد لإجازته لا يعقل أن يكون فى عرض هذا الضمان ضمان آخر فلا يمكن أن يكون التسليم إلى الغاصب موجبا لتمليكه إلّا فى صورته الردّ لأنّه ليس بإزائه شىء فمرجهه إلى الهبه

فتمليك الغاصب الثمن يتوقّف على أمرين الأوّل أن يكون تسليطا من المالك و الثانى أن يكون مجانيا فعلى الكشف كلاهما متفتيان لأنّ المال ليس له حتى يقتضى تسليطه تملكه و على النقل ليس تسليطا مجانيا لأنه دفعه إليه مبنيا على المعاوضة فالتسليم إنّما هو بإزاء ملك المغصوب منه و لا- يمكن قياسه على ما إذا دفع الثمن إلى الأجنبى للفرق بينهما فإنّ التسليم إليه ليس مبتيا على المعاوضة فيقتضى أن يكون هبه و فى المقام مبنى على المعاملة فيكون الإقباض فيه كالإقباض فى العقود الفاسده و المشتري يسلّط الغاصب على الثمن بإزاء تسليط الغاصب المثلث له لبنائهما على مالكيه الغاصب فيوقعان التبديل بين ملكى المالكين

إن قلت فهذا يقتضى أن يكون الغاصب ضامنا فى صورته التلف و إن لم يجز المغصوب منه لأنّ تسليط الغاصب مبنى على كونه مالكا ففى الحقيقة قصد المشتري تسليط المالك فلو تلف عند الغاصب ضمنه لعدم تحقّق رافع الضمان و بعبارة أخرى إن كان التسليم مبتيا على المعاوضة و يسلمه إليه بما أنّه مالك فلم يقصد التسليط المجانى فلا وجه لرفع الضمان عنه عند التلف فضلا عن الإتلاف أو النقل إلى الغير و إن لم يكن مبنيا عليها لزم جواز تصرف الغاصب وضعًا و تكليفا فليس للمالك تتبع العقود إذا اشترى به شيئا

قلت لا إشكال في أنّ التسليم مبنّى على المعاوضه فإنّه بعد فرض المشتري الغاصب مالكا يملكه الثمن إلّا أنّ هذه الوجهه التعليليه و هي كون الغاصب مالكا ادّعاء مصحّحه للقصد المعاوضي

فقط لا- للتسليم الخارجى أيضا و ذلك لأن الجهات و العناوين يمكن أن تكون موضوعات للأموارات الاعتبارية كالأحكام الشرعية و الإنشاءات المعاملية فينشأ المشتري مع الغاصب بما أنه مالك و بهذا اللحاظ تصح إجازة المغصوب منه و تنفذ إلا أن هذه الجهات لا- يمكن أن تكون موضوعات للأمور الخارجيه فإنها لا تتغير بالقصد و الخيال فلو ضرب أحد لكونه عدواً وقع الضرب عليه و لو كان صديقا فتسليم المشتري الثمن إلى الغاصب لكونه مالكا لا يجعل المسلم إليه هو المالك الحقيقى بل المسلط هو شخص الغاصب و كونه مالكا جهه تعليقه فلا- يمكن تضمين الغاصب بهذا الدفع لأن المفروض أن الضمان المعاوضى مع المالك و فى مال واحد لا يمكن جعل ضمانين فالسليم إليه كالتسليم إلى الأجنبى فإذا تلف المال عنده لا يضمن لأن نفس التسليط الخارجى يرفع ضمان اليد فلا تنافى بين كون طرف المعاوضه هو الغاصب لكونه مالكا و عدم كونه ضامنا فى صورته التلّف السماوى

نعم يضمه فى صورته الإلتلاف لأن التسليم غير موجب لجواز التصرف تكليفا و وضعا إلا إذا أذن له فى الإلتلاف كما لا شبهه فى جواز الاسترداد منه إذا كان باقيا عنده لأن التسليم لا يزيد من الهبه المجائيه فتلخص ممّا ذكرنا صحه ما أفتى به المشهور من عدم ضمان الغاصب إذا تلف الثمن عنده بتلف سماوى و جواز إجازة المغصوب منه أصل البيع و فروعه و فساد ما ذهب إليه بعض من عدم جواز استرداد الثمن منه و لو كان باقيا عنده و ظهر أيضا عدم جواز تصرف الغاصب فيه وضعا و تكليفا و كل ذلك ليس إلا لأن الغاصب من حيث جهه المعامله بمنزله المالك و من حيث التسليم إليه بمنزله الأجنبى واسطه فى إيصال الثمن إلى المالك فلو تلف عنده من غير تفريط لا ضمان عليه

تذنب بعد ما ظهر عدم الفرق فى العقود المترتبه بين أن يكون العقد الأول صادرا من الغاصب و أن يكون صادرا من غيره فيجرى فيها لو صدر من الغاصب ما يجرى فيها إذا صدر من غيره و تقدم أن الإجازة المتعلقة بمال المجيز بناء على الكشف الحقيقى مستلزمه لصحه ما بعده ممّا ورد على مورده و فسخ بالنسبه إلى ما قبله و الإجازة المتعلقة بالعوض متوقفه على صحه ما قبله و ساكته عمّا بعده و أما بناء على النقل فيبنى على اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و على هذا فيقع البحث فى الكشف الحكمى فى أن التوقف و الاستلزام هل يجرى فيه أيضا أو أنه فى هذا الحكم كالنقل

و الظاهر أنه فى مسأله الاستلزام كالكشف الحقيقى فإن العقود المترتبه على مال المجيز صحتها بإجازة العقد السابق عليها إذا كان من هذه السلسله من الآثار الممكنه الترتب على الإجازة لأن من أثر إجازة مالك العبد بيع العبد بالفرس هو أن يصح بيع مشتري العبد العبد بكتاب و هكذا بيع الثالث العبد بدينار و أما فى مسأله التوقف فيشكل الأمر لأن توقف صحه العقد المجاز على صحه العقد السابق عليه ليس من المداليل اللفظيه حتى يطرد الحكم بناء على الكشف الحكمى بل مرجعه إلى دلالة الاقتضاء

و حاصلها أن صحه المعلول يتوقف على صحه ما هو بمنزله العله و جريان هذه الدلاله الاقتضائيه على الكشف الحكمى فى غايه الإشكال سيما بناء على كونه من باب التعيد فإن الحكم بتحقق عله الأمر المتأخر سابقا ليس من الأمور الممكنه الترتب حتى تترتب من حين العقد بسبب تحقق الإجازة بعد ذلك بل يمكن منع ذلك بالنسبه إلى الكشف الحقيقى أيضا فإن الإلتزام بهذا المحال إنما هو فرع قابليه

العقد للإجازة و قابليته لها إذا توقفت على صحه البيع السابق لا يمكن أن يصحح البيع السابق بهذا الإجازة

و بعبارة أخرى لو دلّ دليل على صحه تعلق إجازة المالك بأيّ عقد من العقود قلنا صحه إجازة العقد الوسط تقتضى صحه العقد السابق عليه بدلاله الاقتضاء و أما لو لم يكن هناك دليل خاص فدلاله الاقتضاء غير جاريه

### [مسأله فى أحكام الردّ]

#### إشارة

قوله قدس سره مسأله فى أحكام الردّ إلى آخره

بعد ما تبين سابقا تأثير ردّ المالك كإجازته و أنّ من شرائط الإجازة أن لا يسبقها الردّ فالكلام يقع فى أحكام الردّ فمنها اعتبار وقوعه إمّا بالقول الصريح أو الفعل الّذى هو مصداق لهذا العنوان بالحمل الشائع و لا يتحقّق بمجرد الكراهه باطنا و نيه الردّ قلبا لما تقدم من أنّ عناوين العقود و الإيقاعات من الإنشائيات فلا بدّ من تحقّقها بما هو آله لإنشائها من القول أو الفعل

و على هذا فالبحت يقع فى مقامين الأوّل فى تحقّقه بالقول و هذا لا إشكال فيه لأنّ الألفاظ الدالّله على هذا المعنى آله لإنشائه فيقع بقوله رددت و فسخت و نحوهما ثم قد تقدم أنّه لو وقع الردّ بالقول بطل العقد رأسا و ليس قابلا لتعلق الإجازة به لا من هذا الزاد و لا من غيره فلو انتقل بعد الردّ إلى الغير فلا يؤثّر إجازة الغير أيضا وارثا كان أو غيره

الثانى فى تحقّقه بالفعل و لا- إشكال فيه بحسب الكبرى فإنّ الردّ من العناوين القابله لتحقّقها بالفعل و ليس كالتكاح الّذى لا يقبل تحقّقه بالفعل فإنّ الفعل فيه من السفاح الّذى هو ضدّ للتكاح و إنّما الإشكال فى الصّغرى فإنّنا لا نجد فعلا يكون مصداقا للردّ بالحمل الشائع الصّغرى و لا- يقاس على الخيار فى تحقّق طريقه من الفسخ و الإمضاء بالفعل فإنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه إنّما يكون فسخا لكونه تشبّثا بالملكيه السابقه و هو يحصل بكلّ تصرف حتّى بالبيع الفاسد و عرض المبيع للبيع بإنكار البيع و أمّا تصرف المالك فى المقام فهو بمقتضى طبعه الأصلي فكاشفيتها النوعيه عن الردّ فى محلّ المنع و لو مع التفاته إلى عقد الفضولى فلو قصد الردّ بفعل لا- يكون مصداقا له بالحمل الشائع دخل فى القصد المجرد الّذى لا- أثر له فى العقود و الإيقاعات و بالجمله الإشكال فى الصغرى فى محلّه نعم بعض الأفعال ممّا يوجب فوات محلّ الإجازة

و توضيح ذلك أنّ تصرفات المالك على أقسام ثلاثه الأوّل أن تكون متلفا للموضوع حقيقه أو حكما كأكله و حرقه أو عتقه و وطيه الأمه المزوّجه فضولا و تزويجها من الغير الثانى إخراجها عن الملك كبيعه و هبته الثالث استيفاء منفعتة إمّا بنفسه أو بإجارته من الغير و يلحق بالإجاره الزّهن على إشكال

و فى جميع هذه الأقسام لو قلنا بعدم صحه الإجازة فليست من جهه كونها فسخا فعليا بل لعدم قابليته العقد للإجازة و لذا نقول لو باعه فللمشترى إجازة العقد بناء على عدم اعتبار مالكيه المميز حال العقد بالبطلان بالنسبه إليه لا يلزم البطلان رأسا و لكن



التحقيق هو الفرق بين هذه الموارد إذ لا يبقى للإجازة محلّ في القسم الأوّل والثاني من غير فرق بين الكشف والنقل

و توهم أنه بناء على الكشف تكشف الإجازة عن وقوعه في ملك الغير فقد ظهر سابقا فسادة لأنه و إن قلنا بالكشف الحقيقي إلّا أنه لا بدّ من كشف إجازة المالك عن الملك من حين العقد لا إجازة من هو أجنبي لا علقه له بالمال فلو فرض صحّة التصرف البيعي من المالك قبل الإجازة فهو يصير أجنبيًا فكيف يؤثر إجازته و تكشف عن تحقّق الملك

لمن اشترى له الفضولي حال العقد

و بعبارة أخرى كاشفيته الإجازة عن الملك ليست أثرا قهرياً للفظ أجزت حتى تفيد صدورها من كل شخص بل إنما هي حكم شرعي مترتب على إجازة المالك حال الإجازة و على هذا فالتصرف المتلف للمال حقيقه أو حكماً أولى بعدم بقاء محل للإجازة من التصرف الناقل فإن المال التالف يخرج عن ملكيه المجيز فلا يبقى محل للإجازة نعم ثبت بالدليل أن موت أحد الزوجين غير مانع عن إجازة الآخر مع أن موت أحدهما كتلف أحد العوضين

و كيف كان ففي القسمين الأولين لا تؤثر الإجازة و لو قلنا بالكشف الحقيقي و إنما الكلام في القسم الثالث و هو التصرف الغير المخرج عن الملك إما باستيفاء منفعه أو تلفها تحت يده أو إجارته أو تزويج الأمه المبيعه أو جعل حق للغير فيه كالرهن و قبل بيان حكمه ينبغي التنبه على أمر و هو أن إلحاق مسأله الاستيلاء بهذا القسم لا وجه له لأن حكمه حكم القسمين الأولين في أنه مفوت لمحل الإجازة لأن المدار في تأثير إجازة المالك صحه بيعه ابتداء و الاستيلاء مانع من البيع إذا عرفت ذلك فنقول كما يصح إجازة المالك إذا فاتت منفعه العين تحت يده و استوفاه بنفسه فكذلك تصح إذا تعلق الإجازة بها فإن حكمها حكم استيفاء منفعه العين بنفسه فإنها من أحد مصاديق استيفاء المنفعه و ذلك لأن الإجازة تتعلق بالعين لا بالمنافع و تملك المشتري المنافع إنما هو لتبعيتها للعين شرعاً فبناء على النقل لا إشكال في أن العين تنتقل من حين الإجازة إلى الطرف فكل منفعه تلفت تحت يد المالك أو استوفاه فلا ضمان عليه حتى في مورد الإجازة فإن العين تنتقل إلى الطرف مسلوبه المنفعه في مدّه الإجازة غايه الأمر أن له الخيار لو لم يعلم كونها كذلك

و على أي حال لا موجب لعدم تأثير الإجازة و لا لضمان المالك و أما بناء على الكشف الحقيقي فحيث إن الإجازة تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه أجره المثل و لا إشكال أيضاً في صحه الإجازة و هكذا حكم تزويج الأمه التي بيعت فضولاً فإن تزويجها لا ينافي الإجازة على النقل و الكشف و إن أوجب الخيار للمشتري في بعض الصور

و على أي حال هذا التردد و الدوران في المتن غير وجيه لأنه قدس سره في رد صاحب المقابس التزم بتأثير الإجازة حين الإمكان فما ذكر أخيراً و هو إيقاع الإجازة على غير ما تقع في سائر المقامات لا سبيل إلى منعه و بالجملة لا ينبغي الإشكال في تأثير الإجازة على النقل و لا إشكال أيضاً على الكشف الحقيقي لأن تبعيه النماء للعين لا تقتضى إلا ضمان المجيز لو استوفاه فلا ينافي صحه استيفائه لها مع إجازة العقد الواقع على العين غايه الأمر أنه يضمنها لأن صحه الاستيفاء إنما تنافي الإجازة لو كان العقد واقعا على النماء كأن أجر الفضولي العين و أجرها المالك بعد ذلك من الغير و أما بيع الفضولي و إجاره المالك فلا تنافي بينهما و إنما يتوهم الإشكال على الكشف الحكمي

و حاصل التوهم هو أن تصرف المالك بالاستيفاء غير موجب للضمان و الإجازة تؤثر في الآثار الممكنه و ضمان ما لا موجب لضمانه ليس من الآثار الممكنه فالجمع بين عدم ضمان المنافع و كشف العقد عن تبعيه النماء للعين تعبداً من حين العقد ممتنع و لكنه فاسد لأن تصرفاته بمقتضى إجازته وقعت في حكم التصرف في مال الغير فيضمنها كضمانه لها بناء على الكشف الحقيقي

و بالجمله إذا أمكن ملكيه المجاز له للعين في زمان العقد كما على الكشف الحقيقي أمكن ملكيته للمنافع من حين العقد بناء على الكشف

الحكمى فالجمع بين جواز تصرفه تكليفاً و وضعاً و كونه فى حكم مال الغير هو ضمانه للمنافع التى استوفاه فتدبر جيداً نعم

يقع الإشكال بناء على الكشف الحقيقى و الحكمى فى المنافع الفائته تحت اليد فإن المنافع مطلقاً مضمونه بضمان اليد على من انتقل عنه العين قبل القبض و على من انتقل إليه بعده أى لو باع المالك فمنافع المبيع مضمونه عليه قبل تسليمه المبيع إلى المشتري إلاً إذا كان مأذوناً من قبل المشتري أو الشارع فإنه لا يضمن المنافع الفائته و بعد القبض يضمنها المشتري أى لو طرأ فسخ أو انفساخ فما استوفاه المشتري أو تلف تحت يده يضمنه للبائع و مقتضى ذلك هو الضمان فى المقام فإن الإجازة تكشف عن كون المبيع ملكاً للمشتري حقيقه أو حكماً من حين العقد فمنافعه مضمونه عليه بضمان اليد

و كيف كان لا منافاه بين الإجاره و تأثير الإجازة لأن حكمها حكم استيفاء نفس البائع المنفعه و الظاهر أن وجه التأمل فى قوله قدس سره فتأمل هو عدم الفرق بقى الكلام فى حكم الرهن و نحن فى الدوره السابقه قوينا إلحاقه بالإجاره لأنه ليس من التصرفات الناقله للعين و لا المتلفه لها فلا يفوت به محل الإجازة

و لكن الأقوى إلحاقه بهما للتنافى بين كون المبيع للمشتري من حين العقد و صحه رهن المجيز فإن رهن مال غير المديون إنما يصح إذا رهنه نفس المالك بالمباشره أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غيره فإما أن يبطل الرهانه و إما الإجازة و المفروض صحه الرهن فلا محل للإجازة و لا يقال لا مانع من تعلق إجازة المجيز بما رهنه غايه الأمر أنه يصير فضولياً و يتوقف نفوذه على إجازة المجاز له لأننا نقول لا معنى لكون رهن المجيز فضولياً إلا إذا كان المال ملكاً للمجاز له من غير جهه إجازة المجيز و أما لو فرض أنه بالإجازة ينكشف أنه مالك فكاشفيتها تتوقف على عدم تصرفه فى المال على نحو يخرج عن الطلقه

و بعبارة أخرى كون المجيز هو الرهن ينافى إجازته و لا شبهه أنه قبل الإجازة كان هو الرهن فكيف ينقلب الأمر بالإجازة و يصير المجاز له هو الرهن و لو صح ذلك لجرى فى البيع و نحوه و على هذا فلا يصح الإجازة من مالك العبد الجانى فى بعض فروضه كما إذا تعلق ديه الجنايه بدمه المولى فإنه مع ضمانه لا يمكن أن يكون عبده ملكاً لغيره و أما إذا تعلق القصاص على رقبه العبد فلا مانع من الإجازة و تمام الكلام فى محله

### [بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد]

قوله قدس سره بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد كتعريض المبيع للبيع إلى آخره

لا يخفى أن التفصيل الذى أفاده فى المقام من كون العرض على البيع رداً لو التفت إلى عقد الفضولى دون ما إذا لم يلتفت به غير وجهه و الفحوى الذى استدلل بها غير تامه فإن الدفع و إن كان أسهل من الرفع فى الجملة و مقتضاه أن يكون ما به يرفع الأمر الثابت يدفع به أثر العقد المترزّل من حيث الحدوث بطريق أولى فإذا كان العرض على البيع بل إنكار البيع فسخاً من ذى الخيار فكونهما رداً للبيع الفضولى أولى و لكن هذه الأولويه معارضه بأولويه أخرى و هى أنه إذا لم يكن بيع المالك رداً فعلياً فعرضه على البيع أولى بعدم كونه رداً

و بالجمله قد تقدّم منّا أنّ قياس المقام على فسخ ذى الخيار قياس مع الفارق لأنّ إجازة ذى الخيار و فسخه ليس إلّا لإعمال الحقّ من إقرار الالتزام أو رفعه و هما يحصلان بمجرد التشبّث بالمنتقل إليه أو المنتقل عنه لأنّ العقد لا يقتضى بطبعه التصرف فإذا تصرف فى المعقود عليه فيقتضى أن يكون تصرفه عن حق و لازمه الفسخ أو الإمضاء

و أما تصرف المالك في المقام فليس إلا لاقتضاء طبع الملك ذلك و ليس التصرف و لو مع الالتفات إلى عقد الفضولي ردًا و  
إلا لزم عدم إمكان الإجازة غالباً لملازمه غالب ما وقع عليه العقد فضولاً مع تصرف مالكه فينحصر إمكان إجازة عقد الفضولي  
بما إذا وقعت الإجازة فوراً

و حاصل الكلام أن الفعل في المقام ليس كالمقول مسقطاً لعقد الفضولي رأساً عن قابليته تعلق الإجازة به بل إذا باع المالك  
فلمشتري إجازة عقد الفضولي فإذا لم يكن البيع فسخاً بل كان مفقوتاً لمحل الإجازة بالنسبة إلى المالك فعدم كون التعريض  
على البيع فسخاً بطريق أولى و أما ما استدلل به قدس سره من الأخبار الدالة على حصول الردّ بالفعل ففيه نظر أما ما ورد في نكاح  
العبد بغير إذن مولاه كما في موثقه زراره عن أبي جعفر عليه السلام سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك إلى  
سيده إن شاء إجازة و إن شاء فرق بينهما و كما في خبره الآخر عنه ع سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع  
على ذلك مولاه فقال ذلك إلى مولاه إن شاء فرق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما و للمرأة ما أصدقها الخ فلا يدل إلا على  
أن أمر النكاح بيد المولى إن شاء أجاز و إن شاء ردّ و أما أن الردّ بم يتحقق فلا تعرض له فيه

و أمّا ما ورد فيمن زوجته أمه كما في خبر محمد بن مسلم عن الباقر أنه سأله عن رجل زوجته أمه و هو غائب قال ع النكاح  
جائز إن شاء المزوج قبل و إن شاء ترك فإن ترك المزوج تزويجه فالمهر لازم لأنه فهو في غاية الضعف من الظهور لأنه يدل  
على أن الخيار بيد الزوج إن شاء أجاز و إن شاء لم يجز و على فرض حمل الترتك على الأمر الوجودي فغايتها أنه كخبر تزويج  
العبد و دلالة على أنه بالفعل يسقط العقد عن قابلية لحوق الإجازة ممنوعه

ثم لا يخفى أن إلحاق الردّ في المقام بالفسخ في العقود الجائزة حكماً كالمهبة و الجائزة حقاً كالبيع الخياري و بالفسخ في الوكالة  
و الوصاية لا وجه له لعدم الجامع بينها أما فسخ العقود الجائزة فلما عرفت أن المناط في تحقق الفسخ فيها هو التشبث بالملك  
السابقه و هو يحصل بالفعل كحصوله بالقول و هذا المناط غير موجود في ردّ عقد الفضولي و أما العقود الإذنية كالوكالة و  
العارية و نحوهما فلا بدّ المدار فيها على الإذن و هو يرتفع بالكرهه الباطنية فضلاً عن الفعل المنافي و أما الوصاية التملكيه و  
السبق و الرماية بناء على القول بجوازهما فالظاهر إلحاقها بالعقود الجائزة في حصول الفسخ بها بكلّ فعل مناف و تمام الكلام في  
هذه الأبواب موكول إلى محله

و كيف كان الفعل الذي يتحقق به الردّ في مقابل الإجازة بحيث يسقط العقد عن قابليته لا وجود له بين الأفعال

**[مسألة لو لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو و إلا فله انتزاعه]**

**[الأولى أنه يرجع عليه بالتمن]**

قوله قدس سره مسألة لو لم يجز المالك فإن كان المبيع في يده فهو و إلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه إلى آخره

تنقيح هذه المسأله يتوقف على البحث من جهات ثلاث الأولى فى حكم رجوع المالك إلى الغاصب الثانى فى حكم رجوعه إلى المشتري الثالثه فى حكم رجوع المشتري إلى الغاصب

أما رجوع المالك إلى الغاصب أو المشتري فيقع الكلام تاره فى صوره الإجازة و أخرى فى صوره الردّ أما صوره الإجازة فلو كان الثمن باقيا عند الغاصب أو عند المشتري فله الرجوع إلى كلّ واحد منهما و لو كان تالفا فتأثير إجازته يتوقف على عدم انفساخ العقد بتلف الثمن قبل قبضه كما فى صورته إتلاف أحدهما أو الأجنبى و سيجى ء حكمه

و أما صورته الردّ فلو كان المبيع فى يده فهو و إلا فمع بقاءه فله انتزاعه ممّن وجده فى يده

أو إلزام غيره ممّن دخل تحت يده برده لأن كل من أخذه فهو مأمور بالردّ إلّا أن يرجع المالك إلى غيره ممّن كان العين في يده وبالجملة المالك مخير في الرجوع إلى كلّ من ترتّب يده على ماله و له إلزامه برده وإن كان فيه مئونه على تفصيل تقدم و يرجع بمنافعه من المستوفاه و غيرها و بصفاته الفاتته إلى كلّ من ترتّب يده عليه إلّا إذا دخل العين خاليه من الصفات تحت يد أحد مع عدم تجددّها بعد ذلك عند من تلقّى منه

و بعبارته واضحاً للمالك أن يرجع إلى الضامن الأوّل بالصفات التي فاتت عند الثاني سواء كانت هذه الصفات موجوده في العين حين كانت العين في يده أم تجددت في يد الثاني ثم زالت نعم من لم تحصل في يده و لا- في يد من تأخر عنه فلا- يرجع المالك إليه لأنّه تلقاها من السابق خاليه من الصفات و لم تتجدّد عنده و لا عند من تأخر عنه أيضا فلا يضمّنها

ثم إن قرار الضمان على من تلف الصيغه عنده بمعنى أنّه لو رجع المالك إليه فهو لا- يرجع إلى سابقه إلّا إذا كان مغرورا فإنّه يرجع إلى من غرّه و أمّا لو رجع المالك إلى السابق فهو يرجع إلى اللّاحق الّذى تلفت عنده أو عند من تأخر عنه و وجه جواز رجوع المالك إلى من تلفت الصيغه عنده هو أن مقتضى تعاقب الأيدي الغاصبه كون كل من وقع المال بيده ضامنا للعين بجميع خصوصياتها من ماليّتها و منافعها و صفاتها سواء كانت الصيغه حاصله بفعله كما لو علم العبد المغصوب صنعه فنسيها أو سمت الدابّه فهزلت أم كانت حاصله بفعل الله سبحانه لأنّ جميع هذه الصيغات موهبه من الله سبحانه حصلت في ملك المالك فهو يستحقّها لا غير فيضمّنها كلّ من وضع يده على هذا المال إلّا من وضع يده عليه بعد تلفها

و أمّا وجه جواز رجوعه إلى السابق مع أنّ الصيغه لم تتلف عنده بل لم تكن موجوده كما في بعض الموارد فلأنّ مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي أن يكون ضمان العين مع خصوصياتها من منافعها و صفاتها الموجوده و المتجدّده على الآخذ فالجميع على عهده ما لم يرد العين غايه الأمر أنّه لو رجع إليه المالك فله الرجوع إلى من تأخر عنه لو لم يكن غارا له هذا مع بقاء العين و تلف المنافع و الصيغات و أمّا لو تلفت هي أيضا فحكمها حكم المنافع و الصيغات في استقرار الضمان على من تلفت عنده

ثم إنّه لو قلنا في القيميات بقيمه يوم التّلف فالحكم واضح و أمّا لو قلنا بأعلى القيم فمقتضاه أنّ زياده القيمه السّوقيه كنفس القيمه في عهده الغاصب و على هذا فلو كانت قيمه العين حين ما وقعت في يد الغاصب الأوّل عشره و حين ما ترتبت عليها يد الغاصب الثاني اثني عشر ثم تنزلت قيمته فدخلت بعد ذلك تحت يد الثالث فتلفت عنده أو عند الرابع من دون ترق فللمالك مطالبه الأعلى من الأوّل أو الثاني دون الثالث أو الرابع لأنّها دخلت تحت يد الثالث و من بعده نازله القيمه فلا وجه لضمّانها الأعلى و إنّما يضمّنان القيمه التي وصلت العين إليها

و هذا هو مقصود المصنف قدّس سرّه في قوله و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر و فرض زياده القيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه أي نقصت قبل دخوله تحت يد الأخير و بالجملة حكم تفاوت الرغبات بناء على القول بأعلى القيم في القيميات حكم الصيغات التالفه فمن تلفت عنده أو عند من ترتبت يده عليه فهو ضامن من دون من أخذه في حال النقصان و لم يترقّ عنده و لا عند من يده مترتبه عليه و ذلك واضح جدّا



وَأَمَّا حَكْمُ رَجُوعِ الْمُشْتَرَى إِلَى الْغَاصِبِ بَعْدَ فَرَضِ رَجُوعِ الْمَالِكِ

إليه فالكلام فيه تاره في الثمن المذى سلمه إلى الغاصب و أخرى فيما يغرمة للمالك زائدا على الثمن فهنا مسألتان الأولى في أصل الثمن و الكلام فيه تاره مع بقائه عند الغاصب أو عند من انتقل إليه و أخرى عند تلفه أما مع بقائه فلا ينبغي الإشكال في جواز رجوعه إليه و استرداده منه سواء كان عالما بالغصبيّه أم جاهلا إلا إذا اعترف بكونه هو المالك و أما لو لم يقَرّ بكونه مالكا أو أقَرّ و لكن إقراره كان مستندا إلى اليد التي ثبت عدم كونها حقا فله الرجوع إليه و على فرض شمول إطلاق قوله المشهور بعدم جواز الرجوع إليه إذا كان عالما بكونه غاصبا لصوره بقاء الثمن فقد عرفت ضعفه لأن الدفع إليه لا يزيد عن الهبة فمع بقاء الثمن يجوز له الرجوع إليه و لو مع العلم بكونه غاصبا لا- لما استدللّ به المصنف بقوله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و لأنّ الحكم بصحّ البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازة إذ يمكن الخدشه في كلا الوجهين

أما في الأوّل فلإمكان الفرق بين البيع الفاسد من غير جهه العوض و الفاسد من جهه العوض كما سيجى ء و أما في الثّاني فلأنّ القائل بانتقال الثمن إلى الغاصب بمجرد التسليط يمكن التزامه بعدم قابليته هذا البيع لإجازة المالك كما تقدم الإشكال فيه سابقا أو عدم قابليته لها على التّقل هذا مع أنّه قد تقدّم أنّه يمكن التّفصيل بين الإجازة و الرد فيكون ملكيه الغاصب مراعى بعدم الإجازة

و بالجملة ليس جواز رجوع المشتري إلى الغاصب في صورته بقاء الثمن للوجهين المذكورين في المتن كما أشار إلى بطلانها أو بطلان خصوص الأخير بقوله فتأمل بل لما ذكرنا من أنّ التسليط لا يزيد على الهبة المجاتيّه فلا فرق بين صورته العلم و الجهل

ثم إنّه لا- ينبغي الإشكال في حرمه تصرّف الغاصب في الثمن وضعا و تكليفا لأنّ المشتري دفعه إليه مبثبا على المعاوضه لا مع الغض عنها فلا ينتقل إليه حتى يجوز تصرّفه فيه تكليفا و ينفذ وضعا و هذا هو ظاهر المتن في صدر المسأله فإنّه قال و هل يجوز للبائع التصرّف فيه و جهان بل قولان أقواهما العدم لأنّه أكل المال بالباطل و لكنّه يظهر من موضعين من كلامه جواز التصرّف الأوّل قوله قدس سرّه لأنّ طيب النفس بالتصرف و الإلتلاف من دون ضمان له بماله حاصل و الثّاني قوله و حاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع فإنّ مقتضى هذين الكلامين جواز التصرّف التّكليفي أو مطلقا فإنّ الإذن في الإلتلاف و إن لم يكن مشرعا إلّا أنّه يوجب جواز التصرّف إمّا تكليفا أو مطلقا بناء على أنّ التصرّفات المتوقّفه على الملك نافذه من المباح له و لو في غير المعاطاه

و كيف كان فالأقوى جواز استرداد الثمن منه إذا كان باقيا و أمّا في صورته التّلف فالأقوى هو التّفصيل بين العلم و الجهل فلو كان عالما فقد ظهر في مبحث ترتّب العقود أنّه ليس له الرجوع إليه بالمثل أو قيمه و أمّا لو كان جاهلا فله الرجوع كما هو المشهور

و قد يتوهم أن حكمه حكم صورته العلم و حاصل التوهم أنّ التسليم الخارجى كما لا يوجب الضمان على الغاصب في صورته العلم إذ لا- يصحّ جعل ضمانين لمال واحد عرضا فكذلك في صورته الجهل لأنّ المفروض أنّ التّضمين وقع على ملك غير

الغاصب حقيقه لأنّ المعامله و إن كانت واقعته بين الغاصب و المشتري إلّا أنّ الغاصب جعل طرفاً بعد البناء على كونه مالكا

و لذا صح تعلق إجازة المالك بهذا العقد فمع ضمان المالك لا يمكن أن يكون الغاصب ضامنا

و بعبارة أخرى يجب القول إما بعدم قابليته هذا البيع لإجازة المالك و عدم صحتها كما في سائر البيوع الفاسده و إما بعدم ضمان الغاصب و لكن التوهم فاسد كما قدمنا وجهه و تنقيحه توضيحا لما سبق و تنميما للجواب موقوف على بيان أمور الأول أن المناط في الضمان المعاوضى عدم إقدام المتعاملين على المجانيه و قد أوضحنا فى قاعده ما يضمن أن المقصود من القاعده أصلا و عكسا إنما هو تمييز مورد الإقدام على المجانيه عن عدمه لأن اليد تقتضى الضمان فيبحث عن وجود المانع و عدمه لا فى المقتضى و عدمه الثانى أنه لا فرق بين العلم و الجهل فى العقد الفاسد من غير ناحيه العوض فكما أن فى البيع الفاسد من جهه شروط الصيغه مثلا مع الجهل بالفساد لم يتحقق رافع الضمان فكذلك مع العلم لأن علمهما بالفساد لا يقتضى المجانيه بل لا شبهه أن كل واحد منهما يضمن صاحبه غايه الأمر أن الشارع لم يرض تضمينهما و لذا لا يصير ما جعلاه مضمونا بدلا عند التلّف بل البديل هو المثل أو القيمه

و بالجمله حكم الشارع بالفساد لا يلزم عدم البناء على الضمان لأن التضمن العرفى يجتمع مع العلم بأن المبيع لا ينتقل إلى المشتري شرعا الثالث أن التسليم فى العقود الفاسده طرا ليس كالتسليم إلى الأجنبى المحض كالتسليم إلى غير الوكيل بل هو مبنى على المعاوضه فيسلم المشتري الثمن إلى الغاصب ليتصرف فيه كما كان يتصرف فى المثل و يجعله بدلا له الرابع أن حكم التسليم إلى غير المالك مع الجهل حكم التسليم إلى الطرف فى سائر المعاوضات الفاسده بخلافه مع العلم و ذلك لأن مع الجهل لم يتحقق رافع الضمان لأنه سلم إليه معتقدا بأنه مالك و متخيلا أن البديل ينتقل إليه عوضا عما سلمه إليه فجعل التضمن عليه من ماله لا اعتقاده كونه ملكا له و حيث إن ملكيته ليست ركنا فى عقود المعاوضه بل التبدل واقع بين المالكين و إنما يبنى كونه مالكا لصحة توجيه الخطاب معه فيلغى اعتقاد كونه مالكا و ينتسب العقد إلى المالك الحقيقى لو أجاز فينتقل الضمان إلى ذمته و أما لو ردّ و أخذ المبيع من المشتري فيبقى الضمان فى عهده نفس الغاصب لأن لازم جعل الضمان على عهده تحققه طولاً- و قهرا عليه لأنّ يده ليست يدا أمانيه فلم يتحقق رافع الضمان و فى صورته العلم أيضا و إن كان التسليم وقع مبتيا على المعاوضه إلا أنه حيث يعلم بأنه ليس مالكا و سلمه إليه فهو مقدم على المجانيه لما عرفت أن التسليم الخارجى لا يمكن تقييده بالتسليم إلى المالك الحقيقى لأنّ البناء و العدوان مصحح للمعاوضه لا للفعل الخارجى و لم يجعل ضمانا تقديريا على الغاصب فى صورته الردّ فلا يندرج تحت عموم على اليد بعد خروج اليد الغير العاديه منه و هذه لو لم تكن أولى فى عدم الضمان من الوديعه و العاريه و التسليط على العين المستأجره فلا أقل من كونها مثلها بل لا يمكن إنكار أولويتها منها لأنّ المالك سلطه على التصرف فى العين و إتلافها مجانا بلا جعل

عوض إذا عرفت ذلك ظهر وجه صحه تمسك المصنف قدس سره بفحوى الأمانات لأن غرضه بيان رافع الضمان و هو الإقدام المجانى و ظهر الفرق بين العلم و الجهل فى المقام دون سائر العقود الفاسده و سيجىء توضيحه أيضا و ظهر أيضا أن عدم الضمان عند التلّف لا يلزم جواز التصرف تكليفا و وضعاً

قوله قدس سره نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك

بالحال إلى آخره

لا- يخفى أن فساد العقد تاره من غير ناحيه العوض و أخرى منها و ظهر أن قاعده ما يضمن أصلا و عكسا أسست لبيان حكم القسم الأول و عرفت أن الفساد إذا كان لاختلال شرائط هذا القسم كانتفاء شروط الصيغه أو المتبايعين أو لزوم الزبا أو الجهل بأحد العوضين و نحو ذلك فلا- فرق بين صوره العلم و الجهل في الضمان كما تقدم أنه أحد الأمور المترتبة على المقبوض بالعقد الفاسد و السر فيه ما تقدم أن كلا منهما في العقود المعاوضيه ضمن الآخر بماله و لو مع العلم بالفساد فلا رافع للضمان و أما الفساد من جهه العوض فله مراتب

منها ما كان أحد العوضين مال الغير كالمعاوضه مع الغاصب و قد ظهر حكمه و منها البيع بلا ثمن و الإجازة بلا أجره و منها جعل العوض ما ليس مالا عرفا و شرعا كالحشرات و منها جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر و الخنزير أما البيع بلا ثمن و الإجازة بلا أجره فقد تقدم حكمه في التنبيه الثاني من تنبيهات قاعده ما يضمن و قوينا أخيرا عدم الضمان

نعم لا يبعد القول بالتفصيل بين ما لو قال بعتك بلا ثمن و ما لو قال بعتك بثمان كذا و أسقطت الثمن بأن يحكم بالضمان على الأول و بعده في الثاني و ما يقال في توجيه ما اختاره الشهيد من عدم الضمان في الأول أيضا من باب أن ذيل الكلام يصير قرينه على الصيدر فيدل المجموع على أن التسليم مجاني فيه ما لا يخفى فإن باب القرينه غير باب ما ينافي مقتضى العقد و إلّا يرجع كل شرط مناف لمقتضى العقد إلى القرينه

و حاصل الفرق بينهما أن القرينه هي التي تنافي الظهور البدوي لدى القرينه فهي تصرف لفظي في ذيهما و هذا بخلاف تناقض الذيل مع الصدر فإن المناقضة بينهما في المعنى لا اللفظ فلا وجه لجعل الذيل قرينه على الصيدر بل لا بدّ من الأخذ بما هو مقتضى قاعده ما يضمن فيحكم بالضمان و إقيا من القول بأن البائع لما ناقض صدر كلامه الدال على التضمنين بذيله الرافع للضمان فيتساقطان فالتسليم بعد هذا يكون مجانيا و هذا لا ربط له بمسأله القرينه و جعل مجموع الكلام إنشاء للهبه المجانيه

و أما جعل العوض ما ليس مالا عرفا و شرعا فقد تقدم في التنبيه الأول من هذه القاعده أيضا أن الأقوى فيها الضمان على ما بيناه من معنى القاعده و هو أن كل عقد لو فرض صحيحا كان موجبا للضمان ففاسده أيضا كذلك و فرض صحه هذا العقد معناه فرض ما ليس مالا مالا فإذا فرض كونه مالا فلا محيص عن الضمان

و إقيا مسأله الحرّ و نحوه فثبوت الضمان فيه أظهر لأن عدم كونه مالا شرعا لا يوجب أن يكون العقد واقعا بلا تضمين عرفا و المدار في الضمان على عدم الإقدام على المجانيه و لكن الإنصاف أن الحكم في جميع ذلك مشكل لأنه لا فرق بين عدم جعل العوض أصلا كالبيع بلا- ثمن أو جعله ما ليس مالا- إقيا لقصور في المقتضى كالحشرات أو لوجود المانع كالطير في الهواء و السمك في الماء و الطي في البيداء أو جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر و نحوه

و على أي حال ليس الحكم في تلف الرشوه كالحكم في تلف المبيع في البيع بلا ثمن لأن الرشوه ليست من قبيل الثمن و ليس مقصود الراشي شراء الدين و لا مقصود المرتشى بيعه فلا يلزم عدم الضمان في مسأله البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوه بل

الأقوى أنّ جهه الضّمان فيها هي جهه الضّمان في باب الرّباة فكما أنّ الشّارع لم يبيح للمالك هذا النّحو من السّلطنه و لم يسلّطه على إعطاء الزيادة في المتجانسين فكذلك لم يبيح له الرّشوه على الحكم فعلى هذا لو تلف عند المرتشى فحيث إن يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرّجوع بالثمن ثبوت الرّجوع

إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطه فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده إلى آخره

لا- يخفى أنّ الفضولى و إن لم يكن وكيلا- عن المالك إلّا أنّه لو أقبضه المشتري الثمن لإيصاله إلى مالك المبيع يكون وكيلا عن المشتري فإذا لم يفرط فيه و لا أتلفه بل تلف بتلف سماوى فلا وجه لضمّانه مع كونه أميناً منه و لو لا قوله إذا لم يسلّطه عليه و لا أذن له فى التصرف فيه فضلاً عن إتلافه لقلنا إن قوله فتلف فيه من غلط الناسخ و الصواب هو أن يكون فأتلفه و بالجملة فى مورد التّلف لا وجه للضمّان

نعم يثبت الضّمان لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري لأن يده على هذا ليست يدا أمانته كما أنّه يثبت الضّمان لو اشترط على البائع الغاصب الرجوع إليه بالثمن لو أخذ العين صاحبها لأنّ التسليط ليس مجانياً فلو تلف أو أتلفه يضمنه بلا إشكال كما لا فرق فى عدم الضّمان لو لم يشترط الرجوع إليه بين الثمن الشّخصى و الكلّى فيما إذا كان عالماً بالغصبيّه كما لا فرق بينهما فى الضمان إذا كان جاهلاً هذا كلّهُ فى بيان حكم الردّ

و أمّا حكم الإجازة فلو لم نقل بانفساخ العقد بالتّلف عند الأجنبي فلو أجاز العقد و الإقباض أيضاً و قلنا بتأثير الإجازة فى الفعل الخارجى بلحاظ أثره المترتب عليه و هو رفع الضّمان فإذا تلف عند البائع بتلف سماوى فليس له الرجوع إلى المشتري لإجازته إقباضه و لا- إلى الغاصب لكونه أميناً منه و لو أتلفه فله الرجوع إليه دون المشتري و أمّا لو لم نقل بتأثير الإجازة فى القبض فله الرجوع إلى كلّ منهما مطلقاً كما هو واضح

و أمّا لو أجاز العقد و لم يجز القبض فإن كان الثمن كلياً فليس له الرجوع إلى البائع لأنّ المدفوع إليه لم يتعيّن كونه ثمناً و أمّا لو كان شخصياً فله الرجوع إلى كلّ منهما ثمّ إنّه لو رجع إلى المشتري فالمشتري الرجوع إلى البائع مطلقاً لأنّ قابليته العقد للإجازة تقتضى كون الثمن للغاصب على تقدير الردّ لا على جميع التقادير سواء قيل بالكشف أم التّقل أمّا على الكشف فلاّ أنّ المشتري سلّطه على مال المجيز و أمّا على التّقل فلاّ أنّه و إن سلّطه على مال نفسه إلّا أنّه لم يسلّطه عليه مجاناً بل بإزاء المعوّض فإذا انتقل إليه بإجازة المالك فلا محاله ينتقل العوض إلى المالك لا إلى الغاصب

و بالجملة معنى تأثير الإجازة أنّ الثمن عند البائع مراعى فلا ينتقل إليه بالتّسليط الخارجى منجزاً و ملكاً مطلقاً و التسليط الخارجى كما لا يرفع الضّمان مع الجهل مطلقاً كذلك لا يرفعه مع العلم فى صورته الإجازة لأنّه لا معنى لأن يكون التسليط مسقطاً للضمّان العدى لم يتحقّق فإنّ الضّمان الحاصل للبائع إنّما هو بعد ردّ المشتري الثمن إلى المالك و قبله لا يكون البائع ضامناً حتّى يكون التسليط مبرئاً له لأنّه ضامن ما لم يجب بل و لو قيل بصحّه إسقاط ضمان ما لم يجب أيضاً لا يصحّ رجوع كلّ واحد من الغارمين إلى الآخر فى خصوص الغرامه الناشئه عن تعاقب الأيدي إلّا بعد رجوع ذى الحقّ إليه فإن قبله لا غرامه حتّى يكون له الرجوع ليكون له الإسقاط

قوله قدس سره المسأله الثانيه أنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن إلى آخره

لا يخفى أنّ البحث في هذا العنوان إنّما هو في مورد الردّ دون الإجازة كما أن مفروض البحث أيضا فيما لو كان المشتري جاهلا و أما لو كان عالما فليس له الرجوع إلى البائع الغاصب أو الفضولي مطلقا بأيّ غرامه اغترمها و ذلك واضح

ثم إنّ الغرامه التي قيل بلزومها عليه على أنحاء أربعة الأوّل ما يكون في مقابل العين كزياده قيمه على الثمن الذي اشترى به كما لو اشترى المبيع بعشره و أخذ منه المالك عشرين إمّا لكونه يسوى عشرين حين البيع أو زادت قيمته بعد ذلك



و على أى حال هذه الغرامه إنما تتوجه عليه إذا تلف المبيع و أما لو كان باقيا فليس للمالك إلا أخذ العين منه دون زياده قيمه الشؤقيه نعم لو سقط عن قيمه بالكليه فهو مطلب آخر تقدم حكمه فى مسأله الجمد فى الصيف و الماء فى المفازه الثانى قيمه المنافع المستوفاه الثالث قيمه المنافع الغير المستوفاه و لم يبين المصنف قدس سره حكم هذا القسم و لعله إحاله إلى ما تقدم منه فى المقبوض بالعقد الفاسد أو أدرجه فى القسم الآتى الرابع ما اغترمه من جهه حفر أو غرس أو نفقه أو قيمه ولد أو نقص جزء أو وصف مما لا يرجع نفعه إليه بل و لو رجع إليه كالولد المنعقد حرًا إلا أنه لا يعده العرف أو الشرع منفعه

و كيف كان فلا- إشكال فى الجملة أن للمالك الرجوع إلى المشتري و إنما الكلام فى رجوع المشتري إلى البائع و قبل ذكر الأقوال ينبغى بيان ما يمكن به الاستدلال لرجوع المشتري إليه بعد استقرار الضمان عليه بمقتضى تعاقب الأيدي و هو على ثلاثه وجوه الأول قاعده نفى الضرر الثانى قاعده التسيب الثالث قاعده الغرور الدال عليها النبوى المعمول بين الفريقين و هو قوله ص المغرور يرجع إلى من غره

و تقريب الأول أنه لو لم يجز رجوع المشتري فيما اغترمه إلى البائع لزم الضرر عليه و حيث إنه منفى فى الشريعة فيحكم بضمان البائع له و بعضهم استشكل فى أطراد القاعده فيما إذا اغترم فى مقابل المنافع المستوفاه و تقريب الثانى أن البائع هو السبب لفوت المنافع أو الأجزاء أو الأوصاف على المالك لضعف المباشر من جهه جهله كما هو المفروض و تقريب الثالث واضح لأن البائع فى المقام كمقدم طعام الغير للأكل و لكنك خير بما فى الاستدلال بالقاعدتين الأوليين أما قاعده الضرر فلما بينا فى محله أنها حاكمه على الأحكام الثابته فى الشريعة و لا يمكن إثبات حكم بها لو لا تشريعه لزم منه الضرر فلو لم ينهض دليل على ضمان البائع ما اغترمه المشتري فكون الغرامه ضررا عليه لا يوجب تعلق الضمان على البائع

و على هذا فيسقط ما استشكله بعض بأن الضرر لا يطرد فى جميع الغرامات لأنه ليس المقام مقام التمسك بقاعده نفى الضرر رأسا طردت أو لا تطرد و حاصل الكلام أن قاعده الضرر لو كانت مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر و لزم تأسيس فقه جديد و لزم تدارك كل خساره من بيت المال أو من الأغنياء و بعض الأعاضم ممن عاصرناهم و إن أفتى بجواز طلاق زوجه الغائب لرفع ضرر الزوجه استنادا إليها و لكن لا يمكنه الالتزام بتشريع الأحكام حتى فيمن تضرر بالمال و خسر فى التجاره مع أن المسألتين من واد واحد و من جوز من الأصحاب ذلك فإنما هو للأخبار الوارده فى المقام لا لأن الصبر ضرر عليها

و أما قاعده التسيب فالمسلم منها ما لا يتوسط بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار أو إذا لم يكن مستندا إليه شرعا لكونه واجبا عليه فالأول كمن فتح قفص الطائر فطار أو فتح فم قربه السيمن فذابته الشمس فإن فعل الطائر و الشمس غير اختياري فالضمان يستند إلى الفاتح و الثانى كحكم الحاكم بشهاده شهود الزور فإن المال و إن اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم إلا أنه حيث يجب عليه الحكم لعدم علمه بكذب الشهود فهو ليس ضامنا و الضمان على الشهود و هكذا فعل المكره بإكراه الجائر و نحو ذلك

و بالجملة قاعده التسيب و إن كانت من القواعد المسلمه و لذا حكموا بضمان من حفر بئرا فى طريق المسلمين إذا وقع أحد فيه فمات و حكموا بضمان من نصب فى قعره السكين إذا مات بالسكين

و حكموا بضمان من دفع الواقع في البئر و لكنه إنما تجرى فيما لم يكن هنا واسطه اختياريه بحيث كان عمله الجزء الأخير للعله و كان فعل السبب هو المعد و إلا يحكم بضمان المباشر كمن باشر بالاختيار أكل طعام الغير و لو لتغير غير المقدم إليه بل و لو قيل بأن الضمان على المقدم هناك إلا أنه لا يصح القول به في المقام لأن مورد ضمان السبب هو الذي يرجع إليه ابتداء لا في مثل المقام الذي لا إشكال في جواز رجوع المالك إلى المشتري ابتداء فلو قيل بضمان البائع فليس مستنده إلا قاعده الغرور

نعم هنا كلام آخر به يصح الجمع بين كلامي المصنف في المقام فإنه بعد منعه من التمسك بقاعده التسيب بقوله و أما قوه السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكره إلى أن قال و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً قال فلا بد من الرجوع بالآخره إلى قاعده الضرر أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة فيتوهم التنافي بين الصدر و الدليل و لكنه بالتأمل فيما ذكره قدس سره يتضح عدم التنافي

و توضيح ذلك أن ما يطلق عليه السبب على أقسام ثلاثه الأول ما إذا كان أثر السبب صرف إحداث الداعي للمباشر من دون استناد الفعل إلى السبب كمن أمر غيره بقتل شخص أو علمه طريق سرقة الأموال فالضمان هنا على المباشر دون السبب الثاني ما إذا كان الفعل مستنداً إلى السبب دون المباشر إما لكون المباشر حيواناً أو صبيّاً أو كان مختاراً خارجاً و لكنه كان ملزماً شرعاً كالأمثله المتقدمه و ما يحذو حذوها فهنا مورد قاعده التسيب و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً فإذا أمر الحاكم الشرعي النافذ حكمه بقتل أحد فلو كان الحاكم جائراً في حكمه واقعا فالضمان عليه دون المباشر للقتل لوجوبه عليه فهو في حكم غير المختار و إذا كان مستند حكمه شهاده شهود الزور فالضمان على الشهود دون الحاكم و الثالث ما إذا كان الفعل مستنداً إلى المباشر و لكن كان الضمان المترتب عليه مستنداً إلى السبب إما لكون أمره أمراً بالضمان كمن أمر غيره بأن يضمن عن دينه و إمراً لكونه موقعا له في الضمان كمن قدم إلى غيره طعاماً ليأكله مجاناً فتبين عدم كون الطعام له و المتجه في ذلك تعلق الضمان أولاً بالمباشر ثم بالسبب برجوع المباشر إليه و على هذا القسم تنطبق قاعده الغرور أيضاً فارتفع التنافي بين كلامي المصنف

نعم يرد عليه المناقشه في المثال فإن ضمان ما يؤخذ بشهاده شاهد الزور ليس من قبيل ضمان الغار فإنه يجب على الحاكم الحكم على طبق الشهاده فهو مسلوب الاختيار فيرجع في الضمان إلى الشهود ابتداء و المثال المطابق للمقام هو ضمان المقدم طعام الغير فإن الضمان على الأكل ابتداء و هو يرجع إلى المقدم و بالجملة إذا كان الفعل مستنداً إلى السبب فهو الضمان دون غيره و إذا كان الفعل مستنداً إلى المباشر و كان غير مقدم على ما يترتب عليه من الضمان كمن أكل طعاماً بتغير غير أنه له مجاناً أو كان إقدامه على الضمان بإزاء العوض كمن أمره المديون بأداء دينه بإزاء العوض أو ضمن دين غيره كذلك فلا يرجع إلى السبب إلا بعد أداء المباشر الغرامه

ثم إنك بعد ما عرفت أن النبوي الدال على رجوع المغرور إلى الغار معمول به بين الفريقين كالنبوي الدال على ضمان اليد فضعه بالإرسال لا يضر بالاستدلال لأن العمل يجبره مع أن الحكم في الجملة يستفاد من الأدله الخاصه أيضاً منها روايه جميل المذكوره في المتن و منها

الأخبار الكثيره الوارده فى النكاح فى باب التدليس و بعضها معلله بعله مطرده قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجهها وليها و هى برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها و أنّ المهر على العذرى زوجهها و إنّما صار عليه المهر لأنه دلّها و فى بعضها علل بالتغريب كما فى قوله ع و على الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل و خدعه

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى الأقوال فى المسأله و قد اختار صاحب الحدائق ره عدم رجوع المشتري إلى البائع فى الغرامه التى اغترمها للمالك مع عدم رجوع نفع إليه و لازم كلامه عدم رجوعه إليه فيما اغترمه فى مقابل المنافع التى استوفاهها بطريق أولى و مستنده سكوت الأخبار الخاصه عن الرجوع إلى البائع كخبر زريق و روايه زراره مع أنّها فى مقام البيان و لا يخفى أنّ إحراز كونها فى مقام البيان من جميع الجهات مشكل بل الظاهر كونها مسوقه لجواز رجوع المالك إلى المشتري لا رجوع المشتري إلى البائع فلا- تعارض بين هذين الخبرين و بين روايه جميل مع أنّه لو أحرزنا كون هاتين الروايتين فى مقام البيان من جميع الجهات فإن روايه جميل تقدّم عليهما لأنهما غايه الأمر ظاهرتان فى عدم الرجوع إلى البائع و هى نصّ فى الرجوع إليه و اختار صاحب الرياض عدم رجوعه إليه فيما اغترمه فى مقابل المنافع المستوفاه و مستنده عدم ورود ضرر عليه لاستيفائه المنافع

و فيه أنّ المستند ليس منحصرًا فى قاعده الضرر بل عرفت عدم كونها مستندا هنا أصلا و إنّما المستند للرجوع هو روايه جميل و الأخبار الوارده فى باب النكاح و قاعده الغرور و لو منعنا عن كون حرّيه ولد المشتري نفعًا عائداً إليه إلاّ أنّه لا ريب فى أن الزوج الذى يرجع بالمهر الذى يؤخذ منه إلى المدّس انتفع بالبيع

و بالجملة يستفاد من الأخبار الخاصه أنّ المدار فى رجوع المغرور إلى الغار هو مجرد ضمانه بما يؤخذ منه بسبب إلقائه الغار فى الضمان سواء انتفع أم لم ينتفع و سواء كان الضمان هو زياده قيمه على الثمن أم غيرها ممّا خسر

فتحصّل ممّا ذكرنا أمور ينبغى التنبيه عليها الأوّل أنّ مورد الرجوع إلى السبب ابتداء غير مورد الرجوع إليه فى المرتبه الثانيه فإن مورد تعلق الضمان بالسبب ابتداء لا بالمباشر هو ما إذا لم يكن الفعل مستندا إلى المباشر إمّا لكونه غير ذى شعور كالطائر و نحوه و إمّا لكون فعله كالعدم كالصبي و المجنون و إمّا لكونه واجبا عليه كالحاكم و من كان مأمورا من قبله و مورد تعلق الضمان ابتداء بالمباشر ثم بالسبب فى المرتبه الثانيه هو ما إذا كان الفعل صادرا منه بالاختيار من دون إكراه خارجى و لا لزوم شرعى غايه الأمر كان غيره ملقيا إليه فى الضمان إمّا لالتماس الضمان منه و إمّا لتغريبه له بما يوجب الضمان

الثانى أنّ ضمان السبب فى القسم الثانى إنّما هو بعد أداء المباشر الغرامه و أمّا قبله فلا يؤخذ بالضمان فليس للمغرور مطالبه الغرامه من الغار ابتداء كما أنّه ليس للضامن مطالبه المضمون عن المضمون عنه فى الضمان العقدى و سيجىء فى مسأله تعاقب الأيدى أنّ ما يظهر من بعض عبارات القواعد من أنّ للضامن الرجوع إلى المضمون عنه قبل أدائه المضمون إلى الدائن لا وجه له

و بالجملة لو لم يرجع ذو الحقّ إلى المباشر فليس للمباشر الرجوع إلى من ألقاه فى الضمان و هكذا ليس للضامن قبل مطالبه الدائن و أخذ الدّين منه الرجوع إلى المديون المضمون عنه ثمّ من هذين الأمرين تبين أنّ مسأله حكم الحاكم من القسم الأوّل لا الثانى و أنّ قاعده الغرور من أحد مصاديق القسم الثانى فإنّ السبب للضمان

لا ينحصر في جهل المباشر فإنَّ الضَّمان بالالتماس و الضَّمان في تعاقب الأيدي من موارد القسم الثَّاني

الثَّالث أنَّ الضَّمان في القسم الثَّاني لا ينحصر في موارد الضَّرر على المباشر بل يضمن الغار ما اغترمه المغرور سواء انتفع أم لا لأنَّ المدار في تحقُّق الضَّمان لما يضمنه الغير هو التغيرير أينما تحقَّق سواء استوفى المغرور نفعاً كأكله الطَّعام و استيفائه منافع ما اشتراه من الغاصب و نحو ذلك أو لم يستوف نفعاً أصلاً

و السرِّ فيه عدم إقدام المغرور بضمان ما يستوفيه و إنَّما ألقاه الغار في الضَّمان فعلى هذا يجب على الغار غرامه ما يغرمه المغرور زائداً على القيمة المسماة حال العقد فإنَّه و إن أقدم على أن يكون ضمان العين و تلفها منه إلَّا أنَّه أقدم على مقدار ما سماه من القيمة لا زائداً عليها فلو اشترى ما يسوى عشرين بعشره أو اشترى ما يسوى عشره بعشره و لكنَّه زادت قيمته و تلف فالزائد على العشره ليس ضمانه مسبباً عن الإقدام بل عن التغيرير فقرار ضمان الزائد على الغار مع أن مجرَّد الإقدام لا يوجب الضَّمان و إن قيل بأنَّ المشتري أقدم على أن يكون ضمان العين عليه كما استند إليه الشَّيخ في ضمان ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده و قد ذكرنا ما فيه هناك

و بالجملة جميع ما يغرمه المشتري يرجع به إلى البائع الغار إلَّا القيمة التي وقع المبيع بإزائها فإنَّ خسارتها لم تنشأ عن كذب البائع و تغيريه سواء كان في مقابل المنافع المستوفاه أم غيرها ممَّا فات تحت يده أو ممَّا صرفها بأمر المالك من بناء أو هدم أو غرس أو قلع و سواء كان بإزاء الأجزاء التالفه أم الأوصاف كذلك و سواء كانت الأوصاف موجوده حال العقد و تلفت أم تجددت بعده ثم تلفت و سواء كان في مقابل زياده القيمة عن الثمن المسمَّى حال العقد أم كان في مقابل القيمة التي زادت بعد العقد بل حال زياده القيمة المتجدده و الصِّفات الحادثه أولى بوجوب الرجوع فيها إلى الغار لأنَّه يمكن أن يقال إنَّ المشتري أقدم على أن يكون التلّف من كيسه إذا كان التالف موجوداً حال العقد

و لكنَّه لا يمكن دعوى الإقدام في الأمور المتجدده بعد العقد مع أن الإقدام على كون التلّف من كيسه فيما كان موجوداً حال العقد ممنوع أيضاً صغرى و كبرى لأنَّه لم يقدم إلَّا على ما يقابل الثمن المسمَّى مع أن الإقدام بنفسه غير موجب للضَّمان لا سيَّما إذا كان سببه الغير كما في المقام

و بالجملة لا ينبغي الإشكال في أنَّ المشتري يرجع في الزيادة التي حصلت بعد العقد و اغترمها للمالك إلى البائع لأنه لم يكن ملتفتاً إلى حصولها حتى يقال بأنَّه أقدم على أن يكون تلفها منه كما أن الرجوع في زياده القيمة الواقعيه على القيمة المسماة أولى من الرجوع إليه فيما اغترمه بإزاء المنافع المستوفاه لإمكان أن يقال باختصاص قاعده الغرور بمورد الضَّرر فما اغترمه بإزاء المنافع لا- يرجع فيه إلى غيره و لكنَّه لا يمكن أن يقال بعدم رجوعه إليه فيما اغترمه بإزاء زياده القيمة فإنَّه و إن لم يخسر واقعا لفرض كون قيمه المبيع زائداً على المسمَّى فهما مشتركان في عدم خساره إلَّا أن الالتفات إلى حصول المنافع غالباً موجب للإقدام على أن يكون تلفها منه بخلاف زياده القيمة على المسمَّى فإنَّه لا يقدم عليها

ثم لا- يخفى أنَّ المصنّف قدّس سرّه التزم بالفرق بين وصف الصِّححه و غيره من الأوصاف فقال في الغرامه التي اغترمها بإزاء

وصف الصّححه لا يرجع بها إلى البائع لأنّ هذا الوصف بمنزله الجزء يسقط عليه الثّمن فتلفه على المشتري لأنّه أقدم عليه كإقدامه في الجزء و أمّا غير وصف الصّححه كالكتابه و نحوها فإذا اغترم لتلفه

يرجع به إلى البائع

و لكن الحق أن الأوصاف مطلقا لا يسقط عليها الثمن كالشروط و لا ينافي ذلك ما يقال إن للوصف أو الشرط قسطا من الثمن لأن معناه أن قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقدارا من الثمن في الإنشاء العقدي يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الرد و الأرش في العيب لما سيجىء في باب العيب أن الأرش ثابت بالتعديد لا من باب أن الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و إلا و جب أن يكون الأرش من نفس الثمن

قوله قدس سره ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك إلى آخره

اختصاص قاعده الغرور في المقام بالعقد العذى هو قابل للصحة بإجازة المالك واضح فإنه لو لم يؤثر إجازة المالك بأن كان العقد فاسدا من جهة فقد سائر الشرائط أو وجود الموانع فالضمان الحاصل فيه لا يستند إلى التغير فإن الفساد من جهة أخرى هو أسبق العلل فلا كون البائع غير مالك هو منشأ الفساد و لا المجموع بالتشريك لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزله وجود المانع و الفساد من جهة أخرى بمنزله فقد مقتضى فلا محاله يستند الفساد إلى عدم مقتضى لا إلى وجود المانع لأنه سواء كان البائع صادقا أم كاذبا كان المشتري ضامنا فلا وجه لرجوعه إلى البائع فيما اغترمه للمالك لو ظهر كذب البائع

و بالجمله مع فساد العقد من جهة أخرى فتمام ما يغرمه للمالك بمنزله ما يغرمه بإزاء الثمن المسمى لو كان الفساد من جهة كون البائع غير مالك و قد عرفت أن كلما يخسره على تقديري صدق البائع و كذبه فليس له الرجوع إليه على تقدير كذبه

قوله قدس سره ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كلما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع إليه إلى آخره

لا يخفى عليك أنه بعد ما ظهر مناط التسيب بالضمان و أنه فرق بينه و بين التسيب بالفعل و أن سبب الفعل هو الضامن لا غير دون الملقى في الضمان فإن المباشر هو الضامن ابتداء غايه الأمر أنه يرجع بعد أداء المضمون إلى سبب الضمان فمقتضاه أمران الأول أن في سبب الفعل ليس إلا ضامن واحد و أما في سبب الضمان فهناك ضامنان و الثاني أنه ليس للمالك ابتداء الرجوع إلى السبب بل هو يرجع إلى المباشر ثم يرجع المباشر إلى السبب

فما أفاده قدس سره من أنه كلما يرجع المشتري به إلى البائع إذا رجع المالك إليه فلا- يرجع البائع به إلى المشتري إذا رجع المالك عليه منحصر في بعض أقسام التسيب في الضمان و هو مورد بيع الغاصب مع جهل المشتري دون سائر أقسام الضمان فإنه لو ضمن أحد بالتماس المديون دينه فالدائن يرجع إلى الضامن دون المديون و هكذا في بعض موارد التغيرير و التدليس كما إذا لم يتصرف الغار في المال العذى أتلفه المغرور أو تلف تحت يده فإن المالك أو الزوجه يرجع ابتداء إلى المغرور دون الغار و المدلس فهذه الكليته المذكوره في المتن إنما تجرى في موضوع البحث

و حاصلها أنه إذا رجع المالك إلى البائع في الغرامات التي لو رجع فيها إلى المشتري كان هو يرجع فيها إلى البائع لقاعده الغرور فلا يرجع هو إلى المشتري لأنّ المفروض أنّ قرار الضمان على البائع الغار فلا وجه لرجوعه إلى المشتري فيما أخذه المالك منه و أمّا ما لا يرجع فيه المشتري إلى البائع كمساوى الثمن المسمّى على المختار أو مقابل المنافع على مختار الرياض

فإذا رجع المالك إلى البائع فهو يرجع إلى المشتري لأن قرار الضمان على المشتري لعدم جريان قاعده الغرور فيه

و من هنا توجه إشكال أشار إليه المصنف بقوله إن قلت و حاصله أن المفروض أن المبيع كان تحت استيلاء البائع و منه انتقل إلى المشتري و دخل تحت يده فإذا تلف فكما يكون المشتري ضامنا له و للمالك الرجوع إليه فكذلك البائع ضامن له أيضا فإذا رجع المالك إليه فلا وجه لرجوعه إلى المشتري مع أنه في عرض المشتري من جهة الضمان فإن كلا منهما وضع يده على المال و مقتضى قوله ص على اليد ما أخذت أنه كالمشتري يجب عليه رد العين ما دامت باقيه و بدلها لو صارت تالفه نعم لو أتلها المشتري فقرار الضمان من جهة قاعده الإلتاف عليه

و أشار إلى جوابه

بقوله قدس سره و توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمه كل من اليمين ببدل التالف

لا يخفى أن ظاهر تمثيلة المقام بباب الضمان على مذهب الجمهور و نحو ذلك أنه قدس سره بصدد توجيه ثبوت ضمان مال واحد على شخصين أو أزيد عرضا

و التحقيق أنه لا يمكن ثبوت كون المال الواحد في عهده شخصين على نحو الاستقلال في عرض واحد بأن يجب تكليفا على كل منهما عينا الخروج عن عهده و يتعلق بدمه كل منهما وضعا في عرض واحد فلو حدث سببان للضمان في زمان واحد فلا بد للقائل بصحته أن يكون الضمان على كل من الضامنين بنحو الاشتراك أو كون ضمان أحدهما في طول ضمان الآخر فلو ضمن شخصان في آن واحد عن مديون تمام ما في ذمته للدائن و رضى الدائن بضمانيهما دفعه أو رضى هو بضمان أحدهما و رضى و كيله بضمان الآخر في زمان واحد فعلى القول بالصحة يكون الدين في ذمتها بالاشتراك لعدم إمكان تعلق مال واحد بدمه شخصين على أن يكون على كل منهما أداء تمام المال

و تصحيحه بنحو الواجب الكفائي إنما يتم لو قلنا بأن أداء المال إنما هو على نحو الواجب التكليفي فيخاطب كل منهما بأن يجب عليك الأداء إن لم يؤده الآخر و أما لو كان الضمان وضعيا فلا يمكن تضمين كل منهما عرضا و لو بنحو تقييد الإطلاق بأن يقال أنت ضامن لو لم يضمه الآخر فإن هذا لا محصل له لأن نتيجة كون ضمان كل منهما في مورد عدم ضمان الآخر عدم ضمان كل منهما فعلا و على هذا فكلما قيل بأنه من هذا القبيل كدرك المبيع أو الثمن أو ضمان الأعيان المضمونه أو ضمان الضامن و المضمون عنه بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن إنا ممنوع صغرى أى ليس من هذا القبيل أو كبرى أى ليس بصحيح

أما درك المبيع أو الثمن فهو عبارته عن ضمان شخص عن البائع للمشتري عهده الثمن إذا خرج المبيع مستحقا للغير أو ضمان شخص عن المشتري للبائع عهده المبيع إذا خرج الثمن مستحقا للغير و معنى ضمانه أنه لو تلف المضمون أو امتنع أخذه من المضمون عنه يكون عوضه على الضامن ففى مورد التلف أو الامتناع لا تشتغل إلا ذمه الضامن و فى مورد البقاء و عدم الامتناع ليس المكلف بالرد و الضامن إلا المضمون عنه



نعم لو قيل بأنّ كلّاً منهما في مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمتين عرضاً لمال واحد و هذا ممنوع جدّاً بل غاية ما يمكن أن يقال أنّه يجب على الضّامن إلزام المضمون عنه بالردّ إلى المالك لا الضّمان الفعلي و بالجمله لو قيل بأنّ المال حين البقاء في عهده الضّامن أيضاً فمرجعه إمّا إلى لزوم إلزامه المضمون عنه و إمّا إلى أنّ ما للمالك في عهده

المضمون عنه فهو فى عهده الضامن أيضا و هذا ليس إلّا ضمانا طويا كما سيجى ء توضيحه

و أمّا ضمان الأعيان المضمونه فحكمها حكم درك المبيع أو الثمن فإنّ من ضمن عن المستعير فى العاريه المضمونه أو ضمن فى مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد فليس ضامنا مطلقا بل عند التلّف و فى هذا الحال لا تشتغل إلّا ذمّه الضامن و أمّا فى مورد البقاء فمعنى ضمانها أن عليه إلزام المضمون عنه بالردّ إلى المالك و أمّا الضمان على مذهب الجمهور فى الدّيون فالأقوى فساده لما ذكر فى محلّه من أنّه ينتقل الدّين بمجرد الضمان إلى ذمّه الضامن

و حاصل الكلام أنّه يمتنع ثبوت ضمان شخصين لمال واحد فى زمان واحد على نحو الاستقلال عرضا و أمّا الضمان طولا على أزيد من شخص واحد فى زمان واحد فيمكن ثبوتها و دلّت عليه الأدلّه إثباتا

أمّا ثبوتها فلا يمكن أن يكون كل واحد من الضمّاء ضامنا لما يضمنه الآخر فتشتغل ذمّه أحدهم بما تشتغل ذمّه الآخر به أى يخرج من كيس أحدهم ما يؤدّيه الآخر و هذا النحو من الضمان يمكن أن يكون سببه العقد أو الإتلاف أو اليد فالعقد كالضمان بالالتماس فإذا التمس المديون من شخص أن يؤدّى دينه و رضى الدائن به فالضامن يصير ضامنا للدّين و الملتمس يكون ضامنا لما يؤدّيه الضامن بمقدار ما يؤدّيه و الإتلاف كضمان الغار ما يغترمه المغرور و اليد كتعاقب الأيدى الغاصبه فالغاصب الأوّل ضامن للمالك ما يضمنه الثّانى أى يجب أن يخرج من كيس الثّانى ما يغترمه الأوّل فالغاصب الثّانى ضامن لما يضمنه الأوّل

و أمّا إثباتا فأدلّه هذه الأبواب تكفى لإثبات هذا المعنى أمّا مسأله الضمان بالالتماس و الغرور فقد اتّضحتا فى محلّهما و قد أشرنا نحن إلى مدرّكهما فالعمده هى مسأله اليد و قبل توضيحها لا بأس بالإشاره إلى جهه اشتراك هذه الأبواب الثلاثه و جهه افتراقها أمّا الأثر المشترك بينها فهو أنّ الضامن لما يضمنه الآخر ليس ضمانه فعليا بل يكون تقديريا أى ضامن على تقدير أداء الآخر و بمقدار ما يؤدّيه و أشرنا إلى أنّ ما أفاده العلّامه من كونه ضامنا على أى حال لا وجه له إلّا بإرجاع كلامه إلى أنّ عليه أن يلزم الآخر بالأداء

و كيف كان فالتحقيق أنّ المديون لا يضمن للملتمس حقيقه إلّا بعد أدائه دينه و كذلك الغاصب الثّانى لا يضمن للغاصب الأوّل إلّا بعد أداء الأوّل نعم هو ضامن فعلا للمالك على ما سيجى ء و هكذا الغار ليس ضامنا للمغرور قبل أدائه المال و السرّ فى ذلك هو ما أشرنا إليه و هو كونه ضامنا لما يضمنه الآخر و ملتزما بما يؤدّيه فما لم يؤدّ شيئا لا معنى لأن يكون ضامنا و قد تقدّم فى أوّل البيع أن كلّما كان من قبيل الضمان بالالتماس و هو استيفاء الأموال أو الأعمال بالأمر المعاملى الغير المبنيّ على التبرّع لا يضمن الأمر ما يأمر به إلّا بعد استيفائه العمل أى بعد عمل المأمور بأمره

و أمّا الأثر المختصّ فى مورد الضمان العقدى لا يتعدّد الضامن للمالك لأنّ الدّين قبل قبول الملتمس الضمان على عهده المديون دون غيره و بعد قبوله فالدّين على عهده لا غير لخروجه عن ذمّه الملتمس و أمّا الضمان بالتغريب أو تعاقب الأيدى فكلّ من الغار إذا كان غاصبا و المغرور و كلّ واحد من الغاصب الأوّل و الثّانى ضامن للمالك بنحو الطّوليه على ما سيجى ء

نعم بينهما فرق و هو أنّ المالك إذا رجع إلى الغار لا يرجع هو إلى المغرور بخلافه فى تعاقب الأيدى فإنّ كلّ سابق يرجع

إلى اللّاحق بعد رجوع المالك إليه و السّرّ فيه هو التغيرير في الأوّل دون الثّانى بل قيل بفرق آخر بينهما و هو أن سبب ضمان الغار للمغرور متحقّق و إن كان ضمانه فعلا يتوقّف على رجوع المالك إلى المغرور بخلاف تعاقب الأيدي فإنّ سبب ضمان الثّانى للأوّل أيضا غير موجود بل الموجود هو ضمانه للمالك بمقتضى اليد

و لكنّ الحقّ عدم الفرق بينهما من هذه الجهة لأنّ الثّانى أيضا بالنّسبة إلى الأوّل كالغار بالنّسبة إلى المغرور فإنّ الثّانى يضمن ما ضمنه الأوّل و الأوّل حيث إنّه ضامن للمالك فعلا- و المفروض أن يد الثّانى نشأت من يد الأوّل فسبب ضمان الثّانى للأوّل موجود و إن كان ضمانه الفعلى له يتوقّف على أداء الأوّل بدل مال المالك إذا عرفت ذلك ظهر أنّه يمكن تعدّد الضّمنا لمال واحد إذا كان ضمان أحدهم في طول ضمان الآخر رتبه و إن كان في عرض الآخر زمانا فإنّ في تعاقب الأيدي اجتمع ضمان كلّ واحد من الأيدي للمالك في زمان واحد و ضمان كل لاحق لسابقه

أمّا ضمان اللّاحق للسابق طولا- فواضح لأنّ كيس اللّاحق مخرج لما ضمنه السابق بمعنى أنّه لو أدّى السابق بدل مال المالك فاللاحق ضامن له لا مطلقا بل صحّ أن يقال إنّ الضّمان الفعلى على اللّاحق بالنّسبة إلى السابق متأخر زمانا أيضا

و أمّا ضمانه للمالك فإنّه و إن كان بمقتضى اليد كالسابق ضامن للمالك أيضا لأنّه كما يضمن الغاصب الأوّل مال المالك وضعا و يجب عليه الأداء تكليفا فكذلك الغاصب الثّانى إلّا أنه فرق بينهما و هو أنّه ليس الثّانى ضامنا للمال كضمان الأوّل له بل ضامن لمال هو في ذمّه الأوّل و عهدته و نتیجه هذا النحو من الضّمان هو وحده ما يؤدّى عن المضمون ذاتا و حقيقه من دون تقييد إطلاق و إمكان هذا النحو من الضّمان لا إشكال فيه ثبوتا إنّما الكلام في نهوض الدليل عليه إثباتا

فإنّه قد يقال إنّ عموم على اليد بالنّسبة إلى جميع الأيدي بنسق واحد فكيف لا يضمن الثّانى للمالك على طبق ما ضمنه الأوّل و لكنّك خيرير بأنّ دليل على اليد و إن كان عاما و كما يشمل كلّ يد عادية بالنّسبة إلى كلّ مال فكذلك يشمل جميع الأيدي المتعاقبة بالنّسبة إلى مال واحد إلّا أنّه قد يكون بين أفراد العام فرق من غير ناحيه شمول العام لهذه الأفراد المختلفه و من غير احتياج إلى مثنونه زائده لشموله لها كما إذا نشأ الاختلاف من ناحيه الأفراد فقد يكون مال زيد في عهده عمرو و مال بكر في عهده خالد و هكذا و قد يكون مال زيد في عهده عمرو و أخذه بكر من عمرو و أخذه خالد من بكر و هكذا

فإذا كان من قبيل الأوّل فمعنى الضّمان عند العقلاء و العرف هو كون المال مجرّدا عن خصوصيّة الشخصيّة في عهده الضّامن و بهذا المعنى يصحّ ضمان الأعيان فإنّ الالتزام بأنّ ضمان الأعيان الخارجيه عباره عن كونها عند التّلف على ذمّه الضّامن بلا موجب لأنّ الأعيان و إن لم تكن قابله كالدّيون قابله لأن تكون بنفسها في الذمّه كما لا يمكن أن تكون في الحسّ المشترك و لا في المتخيليه و لا في القوه العقلانيه إلّا أنّها حال تجرّدها عن خصوصيّة الشخصيه قابله لأن تكون في الذمّه أى العين بماليتها الغير المتقدّره بالقيمه في عهده الضّامن و هذا اعتبار عقلائي و مال كلّى عرفى لا بأس بالتزامه و لا موجب لأن يقدر الضّمان عند التّلف

و أمّا ما كان من قبيل الثّانى فاعتبار ضمانه عرفا أن يكون بدل المضمون واحدا ذاتا و فردا حقيقه لأنّ

الأول ضامن لما يكون مخرجه في ذمه الثاني و الثاني ضامن لما يضمنه الأول فالثاني و إن كان ضامنا للمالك أيضا بإطلاق الدليل أو عمومه كالأول إلا أن كل واحد ليس ضامنا مطلقا لأن حقيقه ضمان المال الذي هو في عهده الآخر و ذمته أن لا يكون الضمان مطلقا

و على كل تقدير فالضمانان و إن اجتمعا في الزمان بمقتضى عموم اليد إلا أنهما لم يجتمعا في الرتبة لأن الغاصب الأول ضامن للمالك ما يجب أن يؤخذ من الثاني و ما في عهده الثاني هو الذي ثبت في عهده الأول فلم يجتمع الضمانان عرضا كاجتماعهما على مذهب الجمهور فإنهم أيضا و إن لم يلتزموا بضمان كل منهما مستقلا بحيث يرجع المالك إلى كليهما إلا أنهم قائلون بضمان كل منهما عرضا

و بالجمله لتعدد الضماناء طولا آثار منها أن لازمه وحده بدل المضمون خارجا بل حقيقته تضاد الجمع في الوجود فلا يرد على أصحابنا بأنهم التزموا بما التزم به الجمهور مع أنهم يشددون التكثير عليهم حتى قال بعضهم باستحالته للفرق بين المسلكين في الطوليه و العرضيه

و منها أن في باب تعاقب الأيدي إذا لم يكن الثاني مغرورا من الأول إذا رجع المالك إليه لا- يرجع هو إلى الأول لأن لازم ضمان الأول شيئا يجب تداركه على الللاحق و ضمان الللاحق شيئا كان في عهده السابق هو أن يرجع السابق إلى الللاحق دون العكس و هذا عكس قاعده الغرور

و منها أنه لا بأس بالتزام اجتماع الضمانات المتعدده في زمان واحد كما هو مقتضى على اليد فإن في تعاقب الأيدي سواء كان هناك غرور أو لم يكن سبب الضمان للمالك موجود في كل واحد من الضماناء فإن مقتضى وضع اليد من كل منهم على مال المالك أن يكون ذمته مشغوله بماله

نعم في الضمان العقدي لا يقتضى ثبوتا و إثباتا اجتماع ضمانين في زمان واحد فإن المديون الذي هو ضامن للضامن كان أولا هو الضامن للدين و لم يكن الضامن قبل ضمانه ضامنا و بعده برئ ذمته و صار الضامن ضامنا لأن حقيقه ضمان شخص ما في ذمه الآخر مع وحده الدين أن لا يكون للمالك حق على المديون و لذا لو اشترط بقاء ذمته يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد و الكتاب و السنه

قوله قدس سره هذا حال المالك بالنسبه إلى ذوى الأيدي و أما حال بعضهم بالنسبه إلى بعض فلا ريب في أن الللاحق إذا رجع إليه لا يرجع إلى السابق إلى آخره

لا يخفى أنه ظهر مما ذكرنا أمور أربعة الأول جواز رجوع المالك إلى كل من شاء من الأيدي المتعاقبه و وجهه هو تحقق سبب الرجوع في الجميع و هو اليد العاديه و أن على اليد ما أخذت كما يشمل الأيدي المختلفه على الأموال المختلفه كذلك يشمل الأيدي المختلفه على المال الواحد كما هو شأن كل قضيه حقيقته الثاني أنه لو رجع إلى أحدهم و أخذ عوض ماله منه ليس له الرجوع إلى الآخر

ووجهه هو وحده الحقّ وكون ما في ذمّه السابق هو ما في ذمّه اللّاحق أى مخرج ما في ذمّه الأوّل ذمّه الثانى فليس هناك ذمّتان عرضيتان الثالث رجوع السابق إلى اللّاحق لو لم يكن غارا له و لو لم يتلف المال عنده بل تلف عند غيره

ووجهه أن ذمّه اللّاحق مشغوله بما يجب خروجه عن ذمّه السّابق أى ذمّته مخرج لما يضمنه الأوّل فما يؤدّيه الأوّل يؤخذ من الثّانى لاشتغال ذمّته للمالك بماله بدل أى عهده فى ذمّه الأوّل فإذا رجع المالك إليه فهو لا يرجع إلى السابق لعدم كونه مغرورا منه بالفرض و أمّا لو رجع المالك إلى السّابق فهو يرجع إلى الثّانى لأنه ضمن شيئا له بدل فى ذمّه السابق و البديل يجب أن يخرج

من الثاني و هذا هو المراد من البديل فى كلام المصنف أى ما فى ذمه الأول فى ذمه الثاني فىضمن الأول ما يضمنه الثاني فقد ضمن اللآحق شيئاً له بديل أى عهده كما أشار إليه بقوله قدس سره فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمه الأول و ليس المراد من البديل بديل أصل المال نظير المنافع حتى يقال إن الثاني و إن ضمن ماله بديل إلا أن الأول كذلك أيضا لأن كل ما يضمن للمال فى السلسله الطويله من المنافع و علو القيمه و البديل ثابت على السابق أيضا فيصدق أن السابق أيضا ضامن لما له بديل إلى آخر الإيرادات السبعه المذكوره فى حاشيه السيد الطباطبائي قدس سره و بالجمله غرض المصنف أن اللآحق ضامن للمالك و للسابق لأن ذمته مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البديل إنا نفس العين بما أنها فى ذمه السابق و إنا ما يؤخذ من السابق فلا يرد عليه أن كلا منهما ضامنان للبديل و ذلك لأن الأول ليس ضامنا للثاني فكيف يكون كل منهما ضامين للبديل و بالجمله بعد ما عرفت من أن ورود المال من يد السابق إلى يد اللآحق يقتضى أن يكون اللآحق مشغول الذمه بما يؤخذ من الأول فمقتضاه أن يكون اللآحق ضامنا للسابق دون العكس و حيث إن المحشى قدس سره حمل البديل على المثل أو القيمه الذى يكون كل يد مشغوله له مشروطا بالتلف أورد ثانيا بقوله إن ضمان العين التى لها بديل أى عوض فى ذمه الآخر لا يقتضى ما ذكره من ضمان واحد من البديل و المبدل كيف و البديل لم يتحقق فيه سبب الضمان إذ لم يثبت تحت يد الضامن و لا- أتلفه و لا- غير ذلك فلا- وجه لكونه مضمونا و دعوى كونه من توابع العين كما ترى إلى آخره و أنت خير بأن غرض المصنف إثبات الضمان الطولى و بيان عدم اجتماع الضمانين عرضا و أن يد اللآحق ليست كيد السابق ضامنا للمال مجردا عن خصوصيه كونه فى ذمه غيره و توضيح ذلك مضافا إلى امتناع اجتماع الضمانين عرضا و لو بنحو تقييد الإطلاق و الواجب الكفائى لما عرفت أن التقييد إنما يصح فى التكليف دون الوضع و مضافا إلى ما قيل و إن كان خلاف المختار أنه لو لم يكن للمال خصوصيه عند وضع السابق يده عليه و حدثت عند اللآحق فىضمنها اللآحق دون السابق و هذا يقتضى الاختلاف فى كيفيه الضمان أن مقتضى عموم على اليد و انحلاليتها بالنسبه إلى كل يد كما هو شأن كل عام أصولى فى القضايا الحقيقه أن يكون يد السابق مشغوله بالمال مجردا عن خصوصيه كونه فى ذمه أحد و أما يد اللآحق فلا يمكن أن يكون مشغوله بالمال مجردا لأن المفروض أن المال وصل إلى اللآحق بعد اشتغال ذمه السابق به فشمول على اليد بالنسبه إلى السابق كشمول دليل حجيه الخبر للخبر بلا واسطه بالنسبه إلينا و شموله بالنسبه إلى اللآحق كشمول دليل الحجيه للخبر مع الواسطه فإنه كما يثبت موضوع بتوسط شمول فرد من الحكم لفرد من الموضوع و لا مانع من شمول فرد آخر من الحكم الانحلالى لهذا الموضوع المتولّد فكذا يثبت خصوصيه للمال و اعتبار عقلائى له بتوسط شمول على اليد لليد الأولى فإذا عم فرد من الحكم اليد الثانية مع الخصوصيه التى نشأت من قبل شمول على اليد لليد الأولى فمقتضاه أن لا تكون اليد اللآحقه ضامنه للمال مجردا عن الخصوصيه كضمان اليد السابقه بل هى تضمن العين للمالك بخصوصيه كونها فى ذمه الأولى و هذه الخصوصيه اعتبار عقلائى لا يمكن أن تجرد اليد اللآحقه عنها

إلّا بدليل خارجي و إلّا فمقتضى عموم على اليد ما أخذت و انحلاله القضيّه ثبوت هذه الخصوصيّة في ذمّه الثاني و هذا عين الضمان الطولي و العجب أنّ المحقق الخراساني في حاشيته مع تصريحه بهذا المعنى في قوله و أمّا حديث جواز رجوع اليد السّابقة إلى اللّماحقه لو رجع إليها المالك المستلزم لكون قرار ضمان التّألف على من تلف عنده مع المساواه فيما هو سبب الضّمان فهو أيضا من آثار حدوث سبب ضمان ما كان في ضمان الآخر لوحد آخر و أحكامه عند العرف إلى آخر كلامه قدّس سرّه التزم بالضّمان العرضي في أوّل هذه الحاشيه على نحو الواجب الكفائي

و قد عرفت أنّ تساوي اليدين في سبب الضّمان لا وجه له بل الأوّل يضمن المال مجرّدا و الثاني بما أنه في ذمّه الآخر و هذا عبارته أخرى عن ضمان ما كان في ضمان الآخر و أمّا الأوّل فلا يضمن ما في ضمان الآخر بل يضمن المال مجرّدا

و بالجملة تعهّد شخصين لمال واحد عرضا بأن يكون ذمّه كلّ منهما طرفا لمال واحد من المستحيل فإنه نظير ثبوت شيء واحد في آن واحد في الأمكنه المتعدّده فما يمكن ثبوتها هو التعهّدات الطوليّه و الدّم المترتبه و هذا هو مقصود المصنف فاندفعت الإيرادات السّبعه عنه لأنّ مبناها على كون مقصوده من البديل هو العوض مع أنّ مقصوده أنّ السابق متعهّد للمال قبل اللّاحق و اللّاحق متعهّد لما في ذمّه الأوّل و عهدته فالمال الواحد في ذم كثيره بهذا النحو من الطرفين و هذا منشأ رجوع السابق إلى اللّاحق دون العكس

ثمّ ممّا ذكرنا من أنّ ذمّه الثاني مخرج لما في ذمّه الأوّل ظهر الأمر الرابع و هو أنّ السابق ليس له الرجوع إلى اللّاحق ما لم يخرج من وظيفته و قد ذكرنا أنّ هذا هو الأثر المشترك في جميع أبواب تعدّد الضّمان لمال واحد

و كيف كان فما أفاده في الجواهر في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده من أنّ خطاب الثاني بالأداء ذمي و أمّا خطاب الأوّل تكليفي لا نعرف وجهه مع أنّ دليل الضّمان واحد في الجميع

هذا مضافا إلى ما أورد عليه المصنف قدّس سرّه من أنّه لو كان خطاب الأوّل مجرّد التّكليف لا الوضع لم يكن وجه لإجباره على دفع بدل المال أو دفع الحاكم عنه و تقديمه على الوصايا و نقل المالك البديل بالمصالحة و نحوها من غيره

ثمّ إنه كيف يملك غير من تلف المال في يده بأدائه بدل المال ما في ذمّه من تلف في يده مع أنّه لم يقم دليل على المعاوضه الشّرعيّه القهريّه بل و لو قلنا بما اختاره صاحب المقابس بأنّ من تلف العين في يده يملك العين التّألفه حين التّلف آنا ما بالملك القهريّ إلّا أنّ اطّراده في غير مورد التّلف لا وجه له لأنّه لم يقم دليل على أنّ كلّ غارم يملك العين التي غرمها أو بدلها الّذي في ذمّه الآخر فلا معنى للمعاوضه القهريّه

و بالجملة قد تقدّم سابقا أنّ باب الغرامات غير باب المعاوضات فالغارم لا يملك بغرامته شيئا و حاصل الكلام أنّ عمده الإشكال في مسأله تعاقب الأيدي هو رجوع كلّ سابق إلى لاحقه إذا رجع المالك إليه و أمّا سائر الأحكام مثل أنّه لو رجع المالك إلى أحد فليس له الرجوع إلى غيره ثانيا و عدم ثبوت حقّ للسّابق على اللّاحق قبل دفع الغرامه و عدم ثبوت حقّ اللّاحق على السابق إذا رجع المالك إليه فهي من الأمور الواضحه و تقدّم وجه الجميع و وجه رجوع السابق إلى اللّاحق أيضا و هو أنّ اللّاحق يضمن

ما فى عهدہ السابق و هذا عبارہ أخرى عن كون ذمته مخرجا لدمه السابق

و الدليل



على ذلك إطلاق على اليد بالنسبة إلى اليد اللاحقة أى يشمل إطلاقه ضمان اللاحق قبل خروج السابق عن عهده مال المالك و بعده و نتيجته أنه لو رجع المالك إليه فهو يرجع إلى لاحقه دون سابقه لو كان هناك لاحق و لو رجع إلى السابق فهو يرجع إليه لأنه كان ضامنا على أى حال أما كونه ضامنا للمالك فلدخول المال تحت يده و أما كونه ضامنا للسابق فلأن شمول على اليد لليد الأولى اقتضى كون خصوصيته ما فى اليد الأولى مضمونا على اليد اللاحقة فتأمل فى أطراف ما ذكرناه فإن هذا غاية ما يمكن أن يقال فى هذا المقام

ثم إن هنا فروعا ينبغى التنبه عليها الأول إذا تلف العين فإذا أبرأ المالك جميعهم فلا إشكال فى سقوط حقه إنما الإشكال فيما لو أبرأ أحدهم فهل يبرئ الجميع أو خصوص ذلك أو التفصيل بين السابق عليه فيبرئ ذمته و اللاحق فلا وجوه وجه الأول هو وحده الحق و إن كان سبب الضمان متعددا و الإبراء يرجع إلى المسبب فإذا أسقطه سقط عن ذمه الجميع كما لو أخذ بدله من بعض و وجه الثانى أن الإبراء يرجع إلى السبب فيسقط عن ذمه خصوص من أبرأ ذمته دون غيره و لا يخفى ضعف هذا الوجه و وجه الثالث هو أن الحق و إن كان واحدا إلا أن السبب متعدّد و مقتضى إبراءه أحدهم أن يبرئ هو و من لا يمكن مع فراغ ذمته اشتغال ذمته و ليس هو إلا السابق فإن ذمته كانت مشغولة بما يكون مخرجه من اللاحق فإذا أبرأ اللاحق فلا يعقل بقاء الاشتغال للسابق لأن معنى بقائه أن يكون مخرجه من اللاحق و المفروض فراغ ذمته بإبراء المالك إلا أن يلتزم بعدم تأثير إبراء المالك فى السلسلة الطولية بالنسبة إلى واحد و هذا لا يمكن الالتزام به

و أما اللاحق فبراءه ذمه السابق لا يستلزم عقلا براءة ذمته و نحن اخترنا سابقا هذا التفصيل و وجهناه بأن الإبراء ليس بمنزله استيفاء الحق بل هو بمنزله إعدام موضوع المطالبة من المبرأ عنه فإذا استلزم هذا الإعدام إبراء ذمه واحد آخر كالسابق فهو و إلا لا وجه لسقوط حق المالك عن غير المبرأ عنه فعلى اللاحق خروجه عن عهده ما ضمنه للمالك و إن لم يكن ضامنا للسابق

و بالجمله الإبراء ليس كالهبة و المصالحة و لذا وقع الخلاف فى مسأله إبراء الزوجه الزوج الصيّد فى أنه لو طلقها بعد ذلك قبل الدخول فهل له المطالبة منها بنصف المهر أو ليس له و لم يقع الخلاف فى جواز المطالبة لو وهبته أو صالحته كذلك و لا وجه لهذا الفرق إلا من جهة أن الصيّد أو الهبة تمليك للزوج ما فى ذمته و إن كان أثره الإبراء لعدم معقوليته تملك الإنسان ما فى ذمه نفسه و أمّا الإبراء فهو إعدام الموضوع فحكم المبرأ عنه حكم أحد الشخصين فى الواجب الكفائى إذا تعذر عليه التكليف فإن سقوط التكليف عن أحدهم لا يوجب سقوطه عن الآخر

و لكن الحق أن الإبراء أيضا كاستيفاء الحق فى المقام لأن البرهان الجارى فى السابق على المبرأ عنه يجرى فى اللاحق أيضا فإنه كما لا يمكن مع فراغ ذمه الوسط اشتغال ذمه السابق عليه فكذلك لا يمكن مع فراغ ذمته اشتغال ذمه اللاحق لأن اللاحق على ما قدمناه ليس فى عرض السابق عليه ضامنا للمالك بل هو ضامن للمالك ما فى ذمه سابقه أى ذمته مخرج لذمه السابق فيستحيل مع فراغ ذمه الوسط اشتغال ذمه اللاحق

و بعبارة أخرى

إذا فرضنا أنّ اللّاحق يضمن ما يضمنه السّابق لا غيره فكيف يبرئ ذمّه السّابق ولا يبرئ اللّاحق عليه فالحقّ أنّ الإبراء من واحد يوجب فراغ ذمّه الجميع الثّاني لو وهب المالك ما فى ذمّه أحدهم أجنبيا أو صالحه بعوض أو مجّانا فحكم هذا الأجنبى حكم المالك فى جواز رجوعه إلى أىّ واحد من الأيدي و أمّا لو وهب أو صالح واحدا من السّلسله فلا إشكال فى أنّ المالك يسقط حقّه من الجميع لأنّه مقتضى وحده الحقّ إنّما الإشكال فى أنّ المتّهب أو المتصالح من هذه السّلسله هل هو كالأجنبى فى جواز رجوعه إلى من شاء منهم أو كما يبرأ ذمّته لأنّ هذا أثر الهبه و الصّيلح يبرأ ذمّه الجميع أو يبرأ ذمّه السّابق دون اللّاحق وجوه أقواها الأخير

أمّا براءة ذمّه الجميع فلا وجه له فإنّ المالك الأصلي و إن سقط حقّه من الجميع لانتقال الملك إلى غيره إلّا أنّه يقوم هذا المالك الفعلى مقام الأصليّ فله المطالبه من اللّاحق فإنّ المصالحه أو الهبه لها أثران إبراء المتّهب أو المتصالح و تملكه المال فيرتب عليها آثار الملكيه فإذا كان اللّاحق ضامنا للسّابق الّذى هو ضامن لسابقه أو للمالك فإذا ملك الضّامن السّابق فله الرجوع إلى الضّامن اللّاحق الّذى هو ضامن للضّامن

و أمّا براءة ذمّه السّابق عليه فلاذنّ المتّهب أو المتصالح لم يكن حين وصول المال إلى السّابق مالكا فلا وجه لضمان السّابق و مجرد تملكه فعلا لا يقتضى جواز رجوعه إليه لأنّ تعاقب الأيدي يقتضى أن يرجع السّابق إلى اللّاحق لا العكس

و بالجمله مقتضى تملكك واحد من هذه السّلسله ثبوت حق الرجوع له إلى اللّاحق إلّا أن يقال إنّ مقتضى الملكيه و إن كان ذلك إلّا أنّ هذا مختصّ بما إذا استقر الملك فى ملكه و أمّا الملك التّقديرى كما فى المقام فلا أثر له إلّا الإبراء و إبراء واحد يقتضى إبراء الجميع كما هو المختار بل مقتضى ما تقدّم من أنّه لا تشتغل ذمّه اللّاحق للسّابق إلّا بعد أدائه الغرامه فالسّالبه هنا بانتفاء الموضوع لأنّ السّابق لم يعترم للمالك شيئا حتى يكون مخرجه ذمّه اللّاحق

نعم لو لم تكن المصالحه مجانيه بل كانت بعوض فللمتصالح الرجوع إلى اللّاحق لأنّ المال التالف أو بدله صار ملكا له فله الرجوع إلى اللّاحق الثّالث إذا أقر أحدهم بالغصبيه دون غيره فهو الملزم بأداء المال إلى المالك دون غيره و ليس له الرجوع إلى لاحقه لإنكار اللّاحق بأنّ المال له و لو أقام مدعى الملك البيّنه عند الحاكم فحكم به فيرتب على ملكه جميع آثار الملكيه لأنّ لوازم البيّنه حجّه فله الرجوع على كلّ من وضع يده على ملكه إلّا أن يكون واحدا منهم غائبا فله الحجّه لإمكان جرحه الشهود هذا إذا كان وضع اليد على الملك معلوما و كونه ملكا للمدعى مشكوكا فأثبتته عند الحاكم

و أمّا إذا كان الوضع مشكوكا فلا بدّ من إثباته أيضا فيمكن له المرافعه مع غير واحد ثم إنّ هذا كله حكمه رجوع المالك إلى كلّ واحد و أمّا رجوع السّابق إلى اللّاحق فلو كذب الشهود و أنكر الحكم و ادعى أنّ المال له فليس له الرجوع إلى اللّاحق لو باعه منه أو وهبه إياه و نحو ذلك و لو رجع المالك إلى اللّاحق فلو أنكر الحكم و ادعى أنّ المال للسّابق فإذا أعطاه بدله فليس له الرجوع إلى البدل كما أنّه ليس له الرجوع إليه بالنّسبه إلى الغرامه الّتى اغترمها للمالك هذا إذا ثبت الحقّ بالإقرار و البيّنه و حكم الحاكم

وَأَمَّا إِذَا وَصَلَتِ التَّوْبَةُ إِلَى الْحَلْفِ فَتَارَهُ يَحْلِفُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَ أُخْرَى يَحْلِفُ الْمَدْعَى بِرَدِّ الْمُنْكَرِ أَوْ الْحَاكِمِ فَإِذَا حَلَفَ وَاحِدٌ

منهم فالأقوى سقوط حق المدعى عن الجميع سواء قلنا بأن الحلف يذهب حق المدعى واقعا أم قلنا بأنه يذهبه ظاهرا لأن هذا النزاع لا- أثر له في المقام بل إنما يؤثر في مسأله التقاص وإقرار الحالف على خلاف حلفه و نحو ذلك لأنه على كلا القولين يرفع الخصومه و يقطع الدعوى فلا يمكن للمدعى بعد حلف واحد منهم الرجوع إلى غيره لأنه لو رجع إلى السابق فهو لا محاله يرجع إلى الحالف و مع حلفه لا- يمكن اشتغال ذمته و لو رجع إلى اللماحق فاللماحق لا- يشتغل ذمته إلبا بما هو في ذمه سابقه و المفروض براءه ذمه سابقه فيقتضى براءه ذمه أحد السلسله براءه الجميع و ليس له الترافع مع غيره

و أميا لو حلف المدعى فلا- شبهه في ثبوت حقه على الزاد و إنما الإشكال في ثبوت حقه على غيره فقد بينت المسأله على أن حلف المدعى بمنزله البينه فله الرجوع إلى كل واحد أو بمنزله الإقرار حتى يختص بالراد دون غيره و لكن الحق أنه أصل برأسه و لازم ذلك عدم جواز رجوعه إلى غير الزاد لأن رده اليمين على المدعى لا يلزم ثبوت حق له على غيره

نعم لو قيل هنا بجواز رجوعه إلى اللماحق دون السابق و كذا رجوع الراد في الغرامه التي اغترمها إلى اللماحق دون السابق فله وجه لأن حكم مسأله الإثبات بالحلف عكس حكم مسأله الإسقاط بالإبراء فلو قلنا بالتفصيل في مسأله الإبراء فالتفصيل جار هنا أيضا غايه الأمر عكس التفصيل السابق فراجع و تمام الكلام موكول إلى مبحث القضاء

الثالث لو رجع المال من يد اللماحق إلى السابق فتل في يده فلا شبهه في جواز رجوع المالك إلى كل منهما إنما الكلام في أنه لو رجع إلى السابق الذي تلف المال في يده فهل له الرجوع إلى اللماحق بمقتضى ما تقدم من أن كل سابق يرجع إلى لاحقه أم لا الحق هو الأخير لأن وجه جواز رجوع كل سابق إلى لاحقه هو ما تقدم من أن ما يخسره على اللماحق و هنا انعكس الأمر لأن السابق صار لاحقا بأخذه ثانيا فإنه و إن لم يضمن للمالك ضمانا جديدا إلا أنه صار ضامنا للضامن فيصير هو محلا للخساره فلا يمكن أن يرجع هو إلى غيره بل لو رجع المالك إلى اللماحق فهو يرجع إلى السابق الذي صار لاحقا و هذا واضح

### [مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]

قوله قدس سره مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه فعلى القول ببطلان الفضولى فالظاهر أن حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله إلى آخره

لا إشكال فيما ذكره قدس سره فإنه لو قيل ببطلان الفضولى يكون ضم مال غيره إلى مال نفسه و بيعهما صفقه حكم ضم الخمر إلى الخل فإن الإشكاليين المذكورين فيه من أنه من بيع المجهول و من عدم وقوع ما قصد و عدم قصد ما وقع جاريان فيه و دفعهما مشترك و على فرض صحته تلك المعامله فضم مال غيره إلى مال نفسه أولى بالصحة لورود النص الصحيح فيه و هو صحيحه صفار المتقدمه و قيام الإجماع الصحيح على صحته و لو قيل بصحة الفضولى فلا إشكال في الصحة مع الإجازة و إنما الكلام في صحته مع الرد

و يظهر من المصنف قدس سره أن في صورته الرد لا- ملازمه بين هذه المسأله و مسأله بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله لأنه

يمكن القول بالصّحّحه في المقام دون تلك المسأله و ذلك لأنّ الإشكالات الوارده في تلك المسأله ورودها في المقام أضعف فإنّ الإشكال فيها منحصر في ثلاثه الأول اعتبار وقوع الإنشاء فيما يقبل التملك أى يشترط في العقد أن يكون عوضه ممّا يقبل التملك و التملك الثاني أن التراضى

وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع فما قصد لم يقع و ما أمضاه الشارع لم يقصد الثالث ورود الغرر بمعنى الجهل فى ثمن المبيع

و لا- شبهه أن الإشكال الأول لا يجرى هنا فإن المبيع ملك و يقبل التملك و التملك إلا أن يعتبر شرط آخر فى الإنشاء و هو اعتبار وقوعه من المالك أو وكيله دون الفضولى و هذا يرجع إلى القول بطلان الفضولى و كلامنا مبنى على الصحة فبناء عليها لا يرد الإشكال الأول و كذلك الثانى أيضا فإن الشارع أمضى التراضى بالمجموع غايه الأمر جعل اختيار بعض المبيع بيد مالكة فلا إخلال فيه من جهة الإنشاء العقدى و الثالث وروده فى المقام أضعف لأن فى تلك المسألة يتوقف التقسيط على فرض ماله للخمر مثلا بخلاف المقام فإنه مال حقيقه

و بالجمله بناء على ما سيجى ء فى محله من أنه لا- إشكال فى الصيحه فيما لو جمع بين مختلفى الحكم كالخمر و الخلل أو الحيوان مع غيره فلا إشكال أيضا فى بيع مال الغير مع مال نفسه لأنه ينحل العقد بالنسبه إلى كل جزء إلى ما يقتضيه حكمه و لا يرد أيضا إشكال كون البيع أمرا بسيطا فكيف ينحل إلى جزءين لأن بساطه البيع لا يلزم بساطه المبيع أى المنشأ به فإن الانحلال فى المقام نظير انحلال التكليف بالمركب الارتباطى بالنسبه إلى أجزاءه و شروطه فرد الغير لا يضر بصحة بيع مال نفسه غايه الأمر أنه لو لم يعلم المشتري بكون بعض المبيع مال الغير ثبت له الخيار من جهة تخلف الشرط الضمنى و هذا بخلاف ما إذا كان عالما به فإنه مع علمه لا معنى لأن يشترط على البائع انضمام بعض الأجزاء إلى الآخر لأنه شرط غير مقدور

و بالجمله مع العلم لا يصح الشرط فلا خيار لا أنه يسقطه و إنما الخيار له مع الجهل بناء على ما سيجى ء من أن تخلف الشروط الضمته و الصيريه موجب للخيار و على هذا فقد يثبت الخيار للبائع أيضا إذا كان جاهلا بأن بعضه مال الغير أو اعتقد كونه مأذونا من قبله لتبعض

ثم إن صحة البيع فى مفروض المقام مقيد به بما إذا لم يلزم من التبعض محذور آخر كلزوم الربا و نحوه من بيع ما لا يقدر على تسليمه و من بيع المجهول فإذا باع دينارا من ماله مع درهم من غيره بدرهمين و دينارين و رد مالك الدرهم فسد معامله رأسا لأن ما بإزاء ديناره حين التقسيط أزيد من الدينار و الربا تفسد معامله و لو فى باب الغرامات فضلا عن مثل المقام الذى يكشف الرد عن وقوع معامله الربويه من أول الأمر و حكم الربا فى المعاملات حكم القياس فى الأحكام و الرىاء فى العبادات

و إذا باع عبده الأبق مع ضميمة من مال غيره فلو رد الغير يقع العبد مبيعا بلا ضميمة فيفسد و إذا باع الموصى له العبد اللذين أوصى الميت بكون أحدهما له بعد الموت فرد الورثة يلزم كون المبيع مبهما

و بالجمله كل شرط اعتبر فى معامله استمراره من أول وقوع العقد إلى حين التقسيط لو فقد بطلان معامله و أما لو لم يعتبر استمراره بل كفى وجوده حين التسليم أو حين العقد فالمدار وجوده على نحو ما اعتبر و لا ينبغى الإشكال فى أن المدار فى اعتبار العلم فى العوضين كونهما معلومين حين العقد فلا يضر الجهل حين الرد فلو باع عبدين فلا فرق فى الصيحه بين أن يكون عبده معلوما و ضممه إلى عبد غيره المعلوم أو المجهول و أن يكون عبده مجهولا- و ضممه إلى عبد غيره المعلوم أو

المجهول لأنَّ العبدین معلومان من حیث المعاوضه و إن كان مال نفس

البائع مجهولاً- فى مثل الوصية قبل تعيين الموصى به فإنّ الجهل بعين المال لا يضرّ فى مقام التّقسيط لأنّ المشتري يقوم مقام الموصى له فكما كان له أحد العبدین اللّذين يعين أحدهما بالقرعة أو بتعيين الورثة أو غيرهم ممّن ينفذ تعيينه كان لمشتري أحدهما ذلك أيضاً

و بالجمله لو كان مدار الصّححه على معلوميه ما وقع عليه البيع فالمبيع فى كلتا الصّورتين معلوم لأنّ البيع وقع على مجموع العبدین و هما معلومان و ثمنهما أيضاً معلوم و حين التّوزيع أيضاً يعين المبيع و يتبين مقدار ما وقع من الثّمن بإزائه و لا دليل على اعتبار استمرار العلم من حين البيع إلى زمان تسليم المبيع إلى المشتري

و كيف كان سواء قلنا باعتبار الشّروط دائماً أم حين البيع أم حين التّسليم فليس بيع المال الزّكوى قبل إخراج نصابه من مسأله بيع مال نفسه مع مال غيره و لو قلنا باشتراك الفقراء مع من عليه النصاب فى المال الزّكوى لأنّ ولايه الإخراج على أى حال لمن عليه الزكاه فردّ الفقراء لا يؤثر فى البطلان إلّا إذا ماطل المالك فى إخراجها فللسّاعى أن يتبع مقدار الزّكاه أينما وجده فإذا أخذه من المشتري فله استرجاع الثّمن بالنّسبه

ثم إنّ مقتضى مقابله مجموع المبيع بمجموع الثّمن أن يفزق الثّمن على أجزاء المبيع بقيمتها الواقعيه فيرد على المشتري ما يقابل مال الغير و طريق التّوزيع فى القيمي غير طريقه فى المثلى أمّياً فى القيميّ فيظهر من مجموع الكلمات أنّه على أنحاء ثلاثه الأوّل ما اختاره المصنف تبعاً للإرشاد و هو أن يقوم كلّ منهما منفرداً فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثّمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين فإذا باع مجموع المالين بثلاث دنائير و قوم مال الغير بأربع دنائير و مال البائع بدينارين فيرجع المشتري بثلثى الثّمن الثّانى ما يظهر من الشّرائع و اللّمعه و هو أن يلاحظ قيمه المجموع ثم يقوم أحدهما ثم تنسب قيمته إلى قيمه المجموع الثالث ما اختاره السيد الطباطبائى فى حاشيته و هو أن يقوم كلّ منهما منفرداً لكن بملاحظه حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكلّ واحد جزء من الثّمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين

و لا يخفى أنّ طريق التّوزيع فى الصّور المتعارفه هو ما ذكره المصنف و توضيح ذلك أن هيئه الاجتماع قد لا توجب زياده فى قيمه كلّ من المالين و لا نقيصه فيها و هو الأغلب و على هذا ينطبق جميع أنحاء التّقويم لأنّه إذا ضم عبد غيره إلى عبده و باعها اثني عشر ديناراً فسواء قوم كل منهما منفرداً و نسب إلى مجموع القيمتين و أخذ لكل واحد جزء نسبته إلى الثّمن كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين أم لو حظ قيمه المجموع ثم قوم أحدهما ثم نسب قيمته إلى قيمه المجموع و سواء على الأوّل قوم كلّ منهما منفرداً بملاحظه حال الانضمام أو حال الانفراد لا يتفاوت الصّور فى الأثر لأنّ المفروض أنّ انضمام عبد إلى عبد لا يوجب زياده و لا نقيصه بالنسبه إلى قيمه كلّ منهما منفرداً

و على هذه الصّوره المتعارفه يمكن حمل عباره الشّرائع و اللّمعه و نحوهما و قد توجب زياده فى قيمه كل منهما كمصراعى الباب و فردتى الخفّ و قد توجب نقصاً فى كلّ منهما كضمّ جاريه مع أمّها و هاتان الصّورتان أيضاً كثيرتان إذا صارت هيئه الاجتماع موجه للزياده أو التّقصان بالسّويه و هنا صور نادره و هى ما إذا صارت هيئه الاجتماع موجه لزياده قيمه أحدهما دون الآخر أو موجه لزياده قيمه أحدهما و نقص الآخر ثم فيما إذا صارت موجه لزياده قيمه كلّ منهما أو لنقيصه كلّ منهما قد



توجهما كذلك بالسويّه وقد

توجهما كذلك بالاختلاف

و على أى حال لا ينطبق كَيْفِيَّه تَقْسِيْط ظاهر الشرائع و اللَّمعه إلاً على ما لا يوجب الضَّم نقصا و لا زياده و لا ينطبق كَيْفِيَّه تَقْسِيْط المصنف إلاً على ما يوجب الضَّم زياده أو نقيصه فى كل منهما بالسويّه و إنّما لا ينطبق على صور الاختلاف و لم يزد قيّدا فى الكلام حتّى يشملها أيضا لخروجها عن الصّور المتعارفه و ندرتها جدّا فتدبّر جيّدا

و أمّا فى المثلى فقوله قدّس سرّه فى كَيْفِيَّه التّقْسيْط فيه لا يصحّ بإطلاقه لا فى المشاع و لا فى المفروز لإمكان أن يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه حصّه كلّ منهما بتفاوت الحصّتين فى المقدار كان يكون لأحدهما تسعه أمان من الحنطه و للآخر منّ و ليس دائما قيمه من واحد تسعا لتسعه أمان و إن كان كلّ منهما فى الجوده و الرّداءه مثل الآخر كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان أن يكون المثلى مفروزا و يكون مع ذلك كلّ من التّصيين من كومه واحده و صبره خاصّه فيجب أن يقابل كلّ من حصّتى البائع و المشتري بما يخصّه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا- كالتيميّ و لعلّ قوله فافهم إشارة إلى ذلك

### [مسألة لو باع من له نصف الدّار نصف تلك الدّار]

قوله قدّس سرّه مسألة لو باع من له نصف الدّار نصف ملك الدّار

لا يخفى أنّ ظاهر العنوان اختصاص مورد البحث بما إذا علم بأنّ البائع لم يقصد من قوله بعتك نصف الدّار إلاً مفهوم هذا اللفظ و أمّا لو علم بأنّه أراد من النّصف شيئا معيّنا من نصفه المختص أو نصف غيره أو النّصف المشاع فى الحصّتين و اشتبه المراد فخارج عن موضوع البحث مع أنّه لا شبهه فى تعميم النزاع لأنّه إذا حمل النّصف على الإشاعه أو على النّصف المختص فيما إذا علم بأنّه لم يقصد من قوله بعتك نصف الدّار إلاً مفهوم هذا اللفظ إجمالا و هو ما ارتكز فى أذهان الناس فليحمل على هذا أو ذاك فيما علم أنّه أراد شيئا معيّنا و اشتبه المراد لأنّ الظهورات النوعيّة و المرتكزات الذهنيّة طرق لإحراز المراد فلا فرق بين الصّورتين

بل يظهر عن بعض أنّ موضوع البحث هو الصورة الثّانيه و أمّا إذا لم يقصد إلاً مفهوم هذا اللفظ فيكون باطلا لعدم تعيين المبيع و لكنّك خبير بأنّ الجهل هنا لا يتطرق إلى المبيع بل إلى المالك و قد تقدّم أنّه لا يضرّ الجهل به

و كيف كان الظّاهر تعميم موضوع البحث و الظهورات اللفظيّة متبعه فى كلا- المقامين و لذا يتميّك بظاهر عبائر الأسناد المعموله للوصيّة و الوقف و نحو ذلك ثم هل يختصّ موضوع البحث بما إذا كان نصيبه مشاعا فى مجموع الدّار و أمّا فى صوره الإفراز فيحمل النّصف على نصف المجموع أو يعمّ الصّورتين ثم هل يختصّ النزاع بما إذا كان البائع أجنبيّا بالنّسبه إلى النّصف الآخر بحيث لو تعلق قصد بيعه بنصيب الآخر أو بنصف نصيبه أو حمل اللفظ عليهما فى صوره عدم القصد كان البيع فضوليا أو يعمّ ما إذا كان وليّا أو وكّيلا فى نصيب الآخر سيّجى ء فى طيّ المبحث أنّ بعض الوجوه و إن لم يجر على هذين الفرضين إلاً

أنه يجرى فيهما بعض آخر

فالأقوى تعميم النزاع من الجهات الثلاث فلو كان الدار مشاعه و كان البائع أجنبيا فالأقوى في كلا المقامين حمل النصف على نصفه المختص لا على الإشاعه و لا على خصوص نصف الشريك أما عدم حمله على تمام نصيب الشريك فلائنه مفروغ عنه في المقام لأن قصد الغير يتوقف على مثونه و ليس هنا ما يدل على نصيب الغير فيبقى في المقام الوجهان الأولان أولهما حمله

على نصفه المختص للوجهين المذكورين في المتن الأول ظهور الفعل أى التصرف فى التصرف فيما يملكه و يختص به و الثانى ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه فإن مال الغير إذا كان متعينا فى الخارج فصحة بيعه لا يتوقف على تعيين مالكة و أما فى المقام و بيع الكلى فى الذمه فلو لم يعين الغير حمل على ملك نفس البائع و لا يعارض هذين الظهورين ظهور لفظ النصف فى الإشاعه لأنه ظهور إطلاقى ينشأ من انتفاء ما يوجب التعيين فإذا قامت قرينه على التعيين و هى هذان الظهوران ارتفع موضوعه كما هو الشأن فى ارتفاع موضوع كل محكوم بالدليل الحاكم هذا هو الوجه الأول

و أمّا الثانى فهو حمل النصف على الإشاعه كما أفاده فى المتن و يكون هذا معارضا لظهور الفعل فى تملك مال نفسه و ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه و يقدم عليهما لقريته عليهما لكون ظهور النصف فى الإشاعه من باب ظهور القيد كما سيظهر منه فيما إذا كان البائع وكيلا أو وليا

و لكنك خير بأن ظهور النصف فى الإشاعه ليس إلا من جهة انتفاء ما يوجب التعيين فيرتفع بأدنى ظهور على خلافه و هو ظهور مجموع الكلام فى النصف المختص و بالجمله فالحق أن النصف ليس ظاهر فى الإشاعه لا- من حيث الوضع و لا- من حيث الانصراف و إنما يحمل عليها فى باب الإقرار و نحوه من جهة انتفاء ما يوجب التعيين فإذا وجد قرينه على التعيين فلا موجب للحمل عليها و ليست القرينه كون الفعل و هو لفظ بعث ظاهرا فى البيع لنفسه بل مجموع الجملة و هو ظهور واحد

فلا يقال إن ظهور المتعلق و هو النصف يصلح قرينه على الفعل كما أن ظهور أحد فى قوله لا تضرب أحدا فى الأحياء قرينه على أن المراد من الضرب هو الضرب المولم فإن هذا مضافا إلى عدم كونه مطردا لإمكان أن يكون الفعل قرينه على المتعلق كما فى قوله لا- تنقض اليقين بالشك فإن ظهور النقص فى تعلقه بأمر مبرم و هو مورد الشك فى الرفع أقوى من ظهور اليقين فى الأعم و لذا لا- نقول بحجته الاستصحاب فى الشك فى المقتضى يرد عليه أن القرينه على التعيين مجموع الجملة لا- خصوص الفعل بمعناه اللغوى و لا- إنشاء البيع منضمًا إليه و على هذا فلا فرق فى لزوم العمل على ظهور الجملة بين وجود لفظ النصف كما فى المقام و عدمه كما لو قال بعث غانما و كان غانم مشتركا بين عبده و عبد غيره

فقياس فخر المحققين المقام على مسأله العبد فى محله لأن المدعى مشترك مع مسأله العبد من الجهه التى ندعيا فبناء عليه لو كان البائع أجنبيا و كان نصف كل منهما مفروزا فليحمل على نصفه المختص لأنه نظير مسأله العبد و مجرد إمكان انطباق النصف على ملك الأجنبى لا يوجب أن يتردد الأمر بين أحد النصفين و هذا واضح

و أما لو كان البائع وكيلا أو وليا فى النصف الآخر فيظهر من المصنف قدس سره أن فى كونه كالأجنبى وجهان و مراده من أحد الوجهين كون الشريك للموكل أو المولى عليه كالأجنبى فى جريان الاحتمالين و فيه من الآخر تعين الإشاعه لأنه لو كان المعارض لظهور النصف فى الإشاعه ظهور النصف فى مقام التصرف فى النصف المختص و ظهور البيع من حيث الإنشاء أيضا فى النصف المختص أو كان المعارض خصوص الأخير يكون الولى أو الوكيل كالأجنبى فى جريان الاحتمالين فهما لأنه و إن كان قد تصرف فيما له الولايه فيه إلا أن ظهور البيع فى البيع للنفس يكفى للمعارضه

و أما لو كان المعارض لظهور النصف في الإشاعة خصوص ظهور التصرف فيما له التصرف فيه فيتعين الإشاعة فيهما لأن الوكيل أو الولي قد تصرف فيما له التصرف فيه

قوله قدس سره الأقوى هو الأول إلى آخره

يعنى الأقوى أن المعارض لظهور النصف في الإشاعة هو الظهور الأول لا كلاهما و لا الثانى فيتعين الاشتراك هنا لأن المعارض الأول لا يعارض في المقام و المعارض الثانى غير قابل للمعارضه إما لأن ظهور البيع في البيع للنفس يكون من باب الإطلاق فيكون ظهور النصف في النصف المشاع مقيدا له و إن كان ظهوره في المشاع أيضا من باب الإطلاق لحكمه إطلاق النصف في النصف المشاع على إطلاق البيع في البيع للنفس و ليس هنا إطلاق حاكم أو وارد على ظهور النصف في النصف المشاع

و ما ذكره الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى مدلول اللفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور حاكم على ظهور النصف في النصف المشاع لأن حاصل كلامه أنه لو حمل على الإشاعة كان البائع فضوليا و الفضولى غير قاصد للمدلول و عدم قصد المدلول خلاف ظاهر كلام المتكلم فيحمل على الأصالة حتى لا يلزم خلاف ظاهر كلام المتكلم إلا أن كلامه لا يجرى في مفروض المقام من كون البائع ولينا أو وكيلا لأن القصد موجود فيهما

و بالجملة ظهور النصف في الإشاعة يقيد إطلاق البيع لكونه صالحا للتقييد و إما لأن ظهور البيع في البيع للنفس من باب ظهور الفعل و ظهور النصف في النصف المشاع من باب ظهور المتعلق و ظهور المتعلق يصلح للقربيه على الفعل هذا غاية توجيه ما اختاره قدس سره و قد ظهر مما تقدم أن الأمر بالعكس و أن ظهور البيع في البيع للنفس مقدم على ظهور النصف في النصف المشاع و قد تقدم أن كلا من الفعل و المتعلق صالحان للقربيه على الآخر و لم يحرز قربيه المتعلق للفعل كإحراز قربيه يرمى للأسد حتى يقال بحكمه أصالة الظهور في طرف القرينه على أصالة الظهور في ذى القرينه

ثم إن هذا كله مبنى على ظهور النصف في النصف المشاع و لكنه قدس سره رجع عنه ثانيا

فقال إنما أن يمنع ظهور النصف إنما في النصف المشاع في المجموع و أما ملاحظه حقى المالين و إرادته الإشاعة في الكل من حيث إنه مجموعهما فغير معلومه إلى آخره

و حاصله أن النصف و إن كان ظاهرا في الإشاعة إلا أن الإشاعة لا تقتضى الإشاعة في الحصتين حتى يكون المبيع ربعا من حصه نفسه و ربعا من غيره بل مقتضى الإضافه إلى الدار هى الإشاعة بالنسبه إلى المضاف إليه لأن الإشاعة في المضاف تابعه للمقصود من المضاف إليه و المفروض أنه لم يعلم قصد البائع أو لم يقصد إلا مفهوم هذا اللفظ أى بعت نصف الدار فالمضاف إليه هو العين الخارجيه و النصف المشاع منها ينطبق على حصه البائع لأنه مالك لكل نصف فرض من الدار على ما هو معنى الإشاعة و المالك للكلى مالك لمصداقه أيضا فهو كما لو باع منا من الحنطه من دون إضافتها إلى ذمه فإنه يقع في ذمته و لو كان وكيلا فى بيع هذا المقدار فضلا عما لو كان أجنبيا

و توهم أن معنى الإشاعه أن يكون كل من الشريكين شريكا في كل جزء جزء بحيث لو كان كل جزء قابلا لأن يتجزى إلى ما لا  
نهاييه له لكان كل منهما مالكين له كذلك فنصف الدار على الإشاعه يقتضى تعلق البيع بكل جزء على الإشاعه فاسد مع قطع  
النظر عن أن قابليته كل جزء للتجزيه إلى ما لا نهايه له يلزم حصر ما لا نهايه له بين حاصرين إن الشركه على نحو الإشاعه ليست  
إلا

بمعنى أن كل نصف فرض من هذا الدار ولو كان بمقدار غير محصور يكون لهذا الشريك لا أن كلاً منهما في الكل شريكان في كل جزء و سيجى ء توضيح ذلك إن شاء الله تعالى في بيع الصاع من الصبره

و حاصل الكلام أنه لا- فرق بين كون البائع أجنبيًا عن النصف الآخر و كونه وليًا أو وكيلا في ظهور مجموع الفعل و متعلقه في النصف المختص و ظهور النصف في الإشاعه لا- ينافى ذلك فإن الإشاعه فيما أضيف إليه لفظ النصف و هو الدار قابله لأن ينطبق عليها النصف المختص و هذا هو الصحيح لا ما أفاده المصنف قبل ذلك

و العجب منه قدس سره كيف جعل المعارض للإشاعه في مجموع حقي المالين أحد الظهورين و من هنا فرق بين كونه أجنبيًا و كونه وكيلا- أو وليا مع ما فيه أولا- أن الظهور في الإشاعه لا- ينافى الحمل على النصف المختص و ثانيا إذا كان الظهوران المخالفان لظهور النصف في الإشاعه في مجموع حقي المالين متوافقين فلا- وجه لجعل المعارض له تاره أحدهما و أخرى الآخر منهما

ثم إنه لا- ينافى الحمل على النصف المختص في المقام الحمل على الإشاعه في الإقرار فإن باب الإقرار لم يعلم بكون القائل بأن نصف الدار لزيد مقر أو شاهد فيحمل على مجموع الحصتين لإضافه النصف إلى الدار و ظاهر الإضافه أن زيدا مالك لنصف ما بيد المقر و نصف ما بيد الآخر لا مجموع ما في يد القائل و لذا قيل بالفرق بين ما لو قال بأنى مقر بأن نصف الدار لزيد و ما لو قال بأن نصف الدار لزيد فيحمل النصف على الأول على تمام النصف الذى في يد المقر لظهور لفظ أنا مقر فى ذلك دونه على الثانى فإنه يحمل على نصف ما فى يده و هو ربع الدار و نصف ما فى يد الآخر

قوله قدس سره و لعله لما ذكرنا ذكر جماعه إلى آخره

أى لما ذكرنا من عدم التنافى بين ظهور النصف في الإشاعه و انطباق المبيع على نصفه المختص من باب أنه من ملك كليًا ملك مصداقه ذكر جماعه أنه لو أصدق المرأه عينا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف الباقي بالطلاق لا نصف الباقي و قيمه النصف الموهوب

و لا- وجه لهذا الفتوى إلما من جهة صدق النصف على الباقي فقول الله سبحانه فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ينطبق على النصف الباقي و تمليك الزوجه الزوج نصف الصي داق ينطبق على النصف الآخر من العين من باب أنه من ملك كليًا ملك مصداقه لأنها مالكة لمصداق النصف و لا يخفى أن وجه التنظير بباب الطلاق منحصر فى هذا الوجه لا ما ذكر أولا فى حاشيه السيد قدس سره فراجع

قوله قدس سره لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه إلى آخره

لما احتمل كون الحكم بالنصف الباقي من العين للزوج فى باب الطلاق من باب تساوى ربع الباقي للمرأه من الموجود مع الربع التالى نظير دفع المقرض نفس العين التى اقترضها إلى المقرض لا- من باب أنه من ملك كليًا ملك مصداقه فأجاب عنه بأن حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي ليس نظير دفع المقرض نفس العين المقرضه إلى المقرض مع كونها قيمته من باب

تساوى العين القيميّه مع قيمتها و إلما و جب الفتوى بجواز إعطاء المرأه للزوج النصف الباقي و جواز إعطائها له نصف الباقي و نصف التالف كجواز ردّ المقترض نفس العين و قيمتها مع أنّهم أفتوا باستحقاقه خصوص النصف الباقي و علّوا استحقاقه له ببقاء مقدار حقّه

قوله قدّس سرّه فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام إلى آخره

لا يخفى أنّه قدّس سرّه بعد أن ذكر أنّ القائلين باستحقاق الزوج النصف الباقي ما أرادوا هذا التوجيه و هو قياسه



على القرض فيسأل عنه وجه المنافاه فإنَّ الحكم بالتَّصف المختصَّ في البيع و الصِّدَاق من باب واحد و لا- فرق بينهما إلَّا أن يكون مراده قدس سره أنه بعد إمكان التَّوجيه في قولهم بالاختصاص بالتَّصف الباقي في مسأله الصِّدَاق بحمل المسأله على مسأله القرض أى مع كون ظاهر التَّصف في هبه الصِّدَاق هو التَّصف المشاع و مع ذلك أفتوا بالمختصَّ فإنَّما هو لقياسه على مسأله القرض لا لظهور نفس التَّصف في التَّصف المختصَّ فيصير مسأله هبه الصِّدَاق منافيا لما ذكرنا من ظهور التَّصف في مسأله البيع في التَّصف المختص و لذا عبّر عن المنافاه بين البابين بقوله فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام الذى يرجع حاصله إلى أنه مع إمكان هذا التَّوجيه في باب هبه الصِّدَاق و إن كان بعيدا يقع التَّنافية بينه و بين ما ذكرنا في مسأله البيع من ظهور التَّصف في التَّصف المختص

أو يكون مراده أنَّ الاتِّفاق في مسأله الطَّلاق على الحمل على التَّصف المختصَّ ينافى الاختلاف في مسأله البيع إلَّا أنه ينافى هذا الاحتمال

قوله قدس سره و نظيره في ظهور المنافاه لما هنا ما ذكروه في باب الصِّلح إلى آخره

لأنَّه لو كان مراده هذا التَّوجيه الأخير و هو التَّنافية بين الاتِّفاق في مسأله الطَّلاق مع الاختلاف في مسأله البيع لم يكن الصِّلح نظيرا للطَّلاق بل كان منافيا له بناء على ما هو ظاهر العبارة من أنَّ ضمير نظيره يرجع إلى الطَّلاق و المشار إليه بقوله هنا هو مسأله الطَّلاق

نعم لو رجع ضمير نظيره إلى البيع و كان المشار إليه بقوله لما هنا مسأله الطَّلاق لم يكن هذا التَّوجيه منافيا مع هذه العبارة و استقام المطلب و تمَّ المقصود لأن مفاد مجموع الكلام يصير هكذا لكنَّ الظاهر أنَّ الأصحاب لم يريدوا في مسأله الطَّلاق هذا الوجه بل أرادوا ظهور التَّصف في حدِّ ذاته في التَّصف المختصَّ فينافى دعوى الظهور في الاختصاص اتِّفاقا في الصِّدَاق مع دعوى بعضهم ظهور التَّصف في الإشاعه في مسأله البيع

و نظير تنافى الدَّعويين ظهور الصِّلح في الإشاعه أى كما أنَّ ظهور لفظ التَّصف في الإشاعه في مسأله البيع ينافى دعوى الاختصاص في مسأله الطَّلاق فكذلك ظهور التَّصف في الإشاعه في باب الصِّلح ينافى دعوى الاختصاص في باب الطَّلاق إلَّا أنه خلاف ظاهر العبارة كما لا يخفى

و كيف كان فلا- يخفى أنَّ الحمل على الإشاعه على القول به في باب الصِّلح ليس لظهور التَّصف في حدِّ ذاته فيها بل لأنَّ المدعى الذى صالح مع المنكر الذى أقرَّ له هو يعترف بأنَّ المقرَّ به مشترك بينه و بين المدعى الآخر فإذا صالح المقرَّ له على ذلك المقرَّ به مع من بيده المقرَّ به الذى هو منكر بالنسبه إلى المدعى الآخر فنفوذ صلحه في جميع المقرَّ به يتوقَّف على إجازة المدعى الآخر الذى هو باعتراف المقرَّ له شريك معه و لذا لا نحمل على الإشاعه لو صالح المقرَّ له قبل الإقرار نصفه أو صالح بعد الإقرار حقَّه الواقعى بل ينصرف صلحه إلى نصفه المختصَّ

و بالجمله الظاهر أنَّ مسأله الصِّلح و كذلك مسأله الإقرار بالنسب و كذلك الإقرار بالدين لا ينزل على الإشاعه إلَّا أن يقوم دليل

تعبدي أو قرينه خارجيه كإقرار المقر له بالشركه فالأولى في تنقيح المسأله إذا كانت الدار مشتركه بين الاثنين بنحو الإشاعه أن يقال تاره يقع الكسر المشاع في كلام أحد المالكين في مقام التصرف كالبيع و الصلح و نحوهما فيجب أن تحمل على المختص لأن ظهورها في الإشاعه في مجموع الحصتين على القول به و عدم ظهورها في الإشاعه في المضاف إليه القابل لأن ينطبق على حصه المتكلم لمكان أنه من ملك كلياً ملك مصداقه إنما هو لأجل الإطلاق و عدم ما يوجب تعيينه في المختص

أو المشترك فإذا وجد موجب التعيين ككون المتكلم في مقام البيع و سائر أنحاء النقل من الصِّلح أو الهبه مع فرض كونه مالكا لما باعه فليحمل على ملكه و إن كان وليا أو وكيفا في الكسر المشاع الآخر فضلا عما كان أجنبيا لأن وقوعه من الموكل أو المولى عليه يحتاج إلى مثونه زائده و هي قصده عنه و أما لو علم عدم قصده عنه كما في مفروض المقام أو احتمال كما لو قصد معنيا و اشتبه المراد فليحمل على ما هو ظاهر فعله و هو تصرفه في ملكه عن نفسه

و أخرى يقع الكسر في كلام غير المالكين كما لو باع الفضولي نصف الدار المشتركة بين الاثنين على نحو الإشاعه فيجب أن يحمل على الإشاعه لأنه لا- موجب لحمل البيع على تمام حق أحد الشريكين و ثالثه يقع في مقام الإقرار كما لو أقر من كان شريكا مع غيره في دار بأن نصف هذا الدار لزيد فليحمل هنا أيضا على الإشاعه لأن مرجع كلامه إلى أن ربع ما في يدي و ربع ما في يد شريكي لزيد و ذلك لعدم ما يوجب صرف لفظ النصف عن الإشاعه و جعل تمام حق زيد ما في يد المقر لأن إخباره بأن نصف الدار لزيد يتضمّن أمران إقرار على النفس فيسمع و شهاده على غيره فموقوف على شرائط البيئه

نعم لو وجد ما يوجب التعيين حمل على الاختصاص كما في كلام كاشف الغطاء على ما حكى عنه بأنه لو قال أنا مقرّ بأن نصف هذا الدار لزيد فيحمل على نصفه المختص بخلاف ما لو قال نصف هذا لزيد فإنه يحمل على الإشاعه فعلى هذا الإقرار الذي لم يتضمّن للشهاده محمول على الاختصاص أيضا كالحمل عليه في البيع و الصِّلح و الهبه و إنما حملوا صلح المقرّ له مع المقرّ على الإشاعه مع أن نفس الصِّلح لا يقتضى ذلك لاقتضاء إقرار المقرّ له بأن المدعى الآخر شريك معه في العين التي بيد المقرّ أو لحكم الشارع بأن ما حصل لهما و ما توى كذلك بناء على شمول الزوايه للمقام

و بالجملة مقتضى الصِّلح هو الاختصاص كما في الصِّلح في غير مورد الترافع و إنما يحمل في مورد الترافع على الإشاعه إما من باب التعبد أو من باب أن من بيده العين لا يقَرّ للمقرّ له إلا ما يدعيه و ما يدعيه بإقراره مشترك ففي مقام الصِّلح كأنه يصلح ربع ماله لأنه نصف المقرّ به و لذا قلنا إنه يحمل على الاختصاص لو وقع الصِّلح على حقه الواقعي أو على نصف الدار قبل الإقرار

فتفصيل صاحب المسالك في غير محلّه لأنّ في مفروض القوم لا- يقبل غير الإشاعه لأنه لا يمكن حمل الصِّلح على النصف المختصّ و إلا يلزم إقرار المقرّ للمقرّ له بثلاثة أرباع الدار نصفه من جهة الإقرار و ربه من جهة الصِّلح مع أن المقرّ لم يعترف له إلا بما يدعيه و لا يقع عقد الصِّلح منهما إلا عليه

قوله قدس سرّه و لذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقرّ أحد الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين بأن ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع في التصيين إلى آخره

لا يخفى أن حمل الثلث على الإشاعه فيما إذا كان كلام من بيده النصف مجرّدا عن القرينه على الاختصاص أو الإشاعه ينافي

قوله فلو كذّبه الشريك الآخر دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده

لأنّ من بيده العين إذا أقرّ لشريك ثالث و أنّ ثلث العين له فمعنى كلامه ليس إلا أنّ ما زاد عن حقي من العين هو للثالث و لم

يقرّ بأن نصف ما فى يده له فإنّه خلاف الإشاعه لأنّ معنى الإشاعه أنّ الثلث الذى هو للشريك الثالث نصفه و هو السدس على الشريك الآخر و السدس على و مسأله أن كلّ ما حصل لهما و كل ما توى كذلك لا يرتبط بالمقام فإن هذه المسأله تعيّدیه صرفه دلّت عليها الأخبار

ففى الوسائل فى كتاب الدّين عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقسما بالسويّه ما كان فى أيديهما و ما كان غائبا عنهما فهل لك نصيب أحدهما ممّا كان غائبا و استوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله

و فيه فى كتاب الضّمان عن علىّ عليه السّلام فى رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه غائب عنهما فاقسما الّذى بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر قال ما قبض أحدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما و فيه فى كتاب الشّركه عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام قال سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين فاقسما العين و الدّين فتوى الّذى كان لأحدهما من الدّين أو بعضه و خرج الّذى للآخر أ يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله

و لا يخفى أنّ مفاد هذه الأخبار أنّ قسمه الدّين لا تصحّ قبل القبض و أنّ نيه المديون بكون ما يدفعه إلى أحد الشّريكين مختصّا به لا- تؤثر فى الاختصاص و هذا لا ربط له بالمقام و على فرض التعدّى عن مورد الدّين إلى العين فإنّما يصحّ التعدّى فيما إذا كانت العين المشتركه فى يد الثّالث و أقرّ لأحدهما بنصفها و أنكر كون نصفها الآخر للآخر فحيث إنّ المدّعين يقرّان بالشّركه فمقتضى الإقرار أن يكون ما حصل لهما و ما توى عليهما و أين هذا ممّا إذا أقرّ أحد الشّريكين بشريك ثلث و أنكر الآخر فإنّه لا وجه لتنصيف المقرّ نصف العين الّتى فى يده من باب أنّه ما توى عليهما

و بالجملة لو لا إقرار كل واحد من الشّريكين المدّعين للعين الّتى بيد الثّالث بالشّركه لم يقتض إقرار من بيده العين لأحدهما التّنصيف بينهما فلا يمكن قياس ما إذا كان العين بيد الشّريكين و أقرّ أحدهما لثالث على تلك المسأله فإنّ فى مسأله المدّعين نفس إقرار المقرّ له بالشّركه تقتضى الاشتراك لأنّه بإقراره بأنّ المال مشترك يكذب من بيده العين المقرّ لأحدهما فى تمام النّصف و يصدقه فى نصف النّصف فما يحصل لهما و ما توى عليهما

و أمّا فى مسأله الإقرار بالثّالث فلا تحصيل حتى يكون مورد قوله ع ما قبض أحدهما فهو بينهما و لا يكون مورد دليل آخر أيضا فلا وجه لحصول التّقص على المقرّ و المقرّ له لأنّ إقرار المقرّ لا يقتضى إلّا الإشاعه و معناها أنّ الزّائد عن حقّى للثّالث و لا يقرّ بأنّ المنكر غاصب لحقنا على السويّه حتى يجب عليه دفع نصف ما فى يده

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ حكم مسأله الإقرار بالنّسب حكم مسأله الإقرار بالشّركه من غير جهه الإرث فى أنّ أحد الوارثين لو أقرّ بوارث آخر يدفع إليه الزّائد عمّا يستحقّه لا نصف ما فى يده و انكشاف الواقع و العلم بصدق المقرّ لا ينافى ما ذكرنا بل يؤيّده لأنّ الواقع مطابق لما ذكرنا من عدم وجوب دفعه إلى المقرّ له إلّا الزّائد عمّا يستحقّه فإنّ بانكشاف الواقع يعلم أنّ الوارث ثلاثه و يستحقّ كل واحد منهم ثلث المال فيجب على المقرّ دفع السدس و على المنكر دفع السدس الآخر و يتمّ بمجموع السدسين حقّ المقرّ له و هو الثلث

و لذا لو فرضنا أن الشّركاء كانوا أولا ثلاثه و أخرج اثنان منهما واحد من الدّار فكلّ واحد من الاثنتين فى الواقع متصرّف فى نصف الدّار على الإشاعه و يد كلّ منهما على نصفها فإذا أقرّ واحد منهم بأنّ الدّار مشتركه أثلاثا فهو لا يقرّ إلّا بأنّ ثلث الدار فى

يد اثنين و مرجعه إلى أنّ سدسها تحت تصرّفه و لا وجه لحمل إقراره على نصف ما في يده و لا يقتضى الإشاعه ذلك

و ما ذكرناه لا يتوقف على صحته تقسيم الغاصب مع الشريك كما هو واضح مع أنه يكفي لصحته تعلق الغصب بالمشاع و تعلقه به لا إشكال فيه بحيث إنه يتمخض الغصب في حق أحد الشريكين مع إشاعه المال بينهما و ذلك كما إذا استأجر أحد دارا من شريكين و أعطى نصف الأجره لأحدهما و أنكر أنّ الدار بينهما نصفان و منعه من الآخر فإنّ المعطى به هنا نصيب للمعطى له و الأخبار الدالّة على أنّ ما توى عليهما و ما حصل لهما لا تشمل المقام و كما إذا أخرج غاصب أحد الشريكين من الدار و استأجر نصفها المشاع من الآخر أو سكن معه فإنّ المؤجر إذا استوفى الأجره لا يشترك معه الشريك الآخر و هكذا لو سكن أحدهما مع الغاصب سكن في نصيبه

نعم مجرد نيّة الغاصب بأن ما يأخذه نصيب أحدهما لا- تؤثر في تعلق الغصب بحق أحدهما كما لو غصب صاعا من صبره مشتركة و قصد كون الصّاع من أحدهما فإنّ الغصب لا محاله يتعلّق بحقّهما و التالف محسوب عليهما و كما لو تصرف في بيت من الدار المشاع أو الشريكيّ منها فإنّ الغصب يتعلّق بكلا الحقيّين

و كيف كان فالأقوى أنّه و لو لم نقل بصحة تقسيم الغاصب إلّا أنه لا إشكال في صحته التقسيم مع الغاصب فإنّه لو استدعى أحد الشريكين من الحاكم قسمه الدار و كان الإشاعه ضررا عليه و جب على الحاكم إفراز حقّه و جعل الدار نصفين مفروزين بينه و بين الغاصب

و على أيّ حال سواء قلنا بهذا أم لم نقل به لتوقف التقسيم على رضا الشريك و ليس للغاصب ذلك و لا للحاكم فمسألتنا هذه لا ربط لها بمسأله تقسيم الغاصب بل لا ينبغي الإشكال في أنّ السدس الآخر للمقرّ له عند المنكر و يختصّ هو به و لا يشترك المقرّ و المقرّ له فيما عنده بل لو قلنا بأنّ الأجره التي يأخذها أحد الشريكين من الغاصب مشتركة بينه و بين شريكه و ما عند الغاصب أيضا مشتركة بينهما إلّا أن مقامنا هذا لا يرتبط بهذه فإنّ الاشتراك فيما يؤخذ من الغاصب لو قيل به فإنّما هو لدعوى شمول الأخبار الواردة في تقسيم الدين له و إلّا فلا شبهه في أنّ تعيين المديون حق أحد الديان يوجب التعيّن له و ليس من قبيل العين الخارجى التي ليس لغير الشريكين تقسيمها

و أمّا في مقامنا فليس إقرار أحد الشريكين بشريك ثالث موجبا لأن يكون ما عند المنكر مشتركا بينه و بين المقرّ له ثم إنّه كما في العين الخارجى لا تقتضى الشركه على نحو الإشاعه أن يكون نصف ما في يد المقرّ مشتركا بينه و بين المقرّ له فكذلك في الإقرار بالدين و النسب و نحوهما فلو أقرّ أحد الورثه بدين على أبيه فهو ملزم بمقدار حقّه من الإرث و كذا لو أقرّ بأخ آخر أو أخت له فيلزمه ذلك في حصّه أى هو مقرّ بما زاد عن حقّه على فرض ثبوت نسب المقر له واقعا

و على طبق ما يرتكز في الدّهن و تقتضيه قاعده الإقرار ورد عن أبى جعفر عن أبيه ع قال قضى علىّ ع في رجل مات و ترك ورثه فأقرّ أحد الورثه بدين على أبيه أنّه يلزمه ذلك في حصّته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كلّه و إن أقرّ اثنان من الورثه و كانا عدلين أجز ذلك على الورثه و إن لم يكونا عدلين ألزما ذلك في حصّتهما بقدر ما ورثا و كذلك إن أقرّ بعض الورثه بأخ أو أخت إنّما يلزمه في حصّته

و نقل الصدوق بهذا السند ما هو المروى في المتن ثم قال و في خبر آخر إن شهد اثنان من الورثة و كانا عدلين أجز ذلك على الورثة و إن لم يكونا عدلين ألزما ذلك في حصتهما و في الوسائل في كتاب الإقرار عن أبي عبد الله ع في رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين قال يلزمه ذلك في حصته و فيه في آخر كتاب الميراث



□  
عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل هلك و ترك غلاما مملوكا فشهد بعض الورثة أنه حرّ فقال تجاوز شهادته في نصيبه و يستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة

و لا- يخفى ظهور هذه الروايات في أنّ المقرّ بالدين أو بالأخ أو العتق ملزم بما زاد على نصيبه لا أنّ المال يوزع على المقرّ و المقرّ له و بعبارة أخرى ظاهر قوله ع يلزمه ذلك في حصّته بقدر ما ورث أنّ الضرر لا يرد على المقرّ و أنّه ليس ملزما بما زاد عن حصّته فما أفاده السيّد الطباطبائي قدّس سرّه في حاشيته من عدم صراحة الروايات في ذلك و أنها بصدد أنّ ذلك ليس في تمام المال حتى في حصّته من لم يعترف بذلك غير مسموع منه

ثمّ ممّا ذكرنا من أوّل المسألة إلى هنا ظهر أنّ حكم المفروز حكم المشاع في أنّه لو قال بعث نصف الدار يحمل على نصفها المختصّ به لا- على نصف مجموع الدار بل الحمل على نصف المختصّ في المفروز أظهر من الحمل عليه في المشاع لأنّه لو كان مقصوده في المشاع هو الاختصاص كان الأنسب أن يقول بعث حصّي و نحو ذلك

هذا مضافا إلى أنّ الإشاعه في المضاف إليه تقتضى أن يكون المبيع نصف مجموع الدار و أمّا في المفروز فنفس الإفراز يقتضى الحمل على الاختصاص بلا- مؤونه و لكنّه مع هذا الاختصاص أظهر عن الإشاعه حتّى في المشاع لأنّ ظهور مجموع الكلام في مقام التصرفّ يوجب حمل التّصف على الاختصاص لأنّه مالك لمصداق نصف الدار و نصفه المختصّ به أحد مصداقيه

### [مسألة ما لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله صفقه واحده]

قوله قدّس سرّه مسألة ما لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقه إلى آخره

لا يخفى أنّ الأولى تعميم عنوان البحث بالنسبه إلى ما لا يقبل التملك من حيث عدم قابليته له شرعا كالمثالين مع كونهما مالا عرفا و عدم قابليته له عرفا أيضا كالخنفساء و نحوها

و على أيّ حال لا إشكال في فساد البيع بالنسبه إلى ما لا يقبل التملك مطلقا إنّما الكلام في صحّته بالنسبه إلى ما يقبله و الأقوى هو الصّحّه لوجود المقتضى و عدم المانع أمّا وجود المقتضى فلشمول العمومات له مضافا إلى إطلاق صحّحه صفار أمّا شمول العمومات فلائنّ مثل قوله عزّ من قائل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله **بِجَارَةٍ** عَنْ **بِرَاضٍ** كما يشمل ما إذا كان تمام المبيع قابلا- للتملك كذلك يشمل ما إذا انضمّ إليه ما لا يقبل التملك لأنّ العقد ينحلّ بالنسبه إلى جزئي المبيع إلى عقدين أحدهما صحیح و الآخر فاسد نظير انحلال التّكليف المتعلّق بالمرکّب المشتمل على الأجزاء

و دعوى انصرافها عن هذا المبيع غير مسموعه لأنّه على فرض التّسليم فهو انصراف بدوى و نظير انصراف الماء في أطراف الدّجله إلى ماء الدّجله و الانصراف المؤثر لعدم تماميّة الإطلاق هو الانصراف النَّاشِي عن التّشكيك في الوجود أو الماهيّة لا الانصراف البدوى النَّاشِي عن كثره الوجود

و أما إطلاق صحیحہ الصفار فلأنّ توقيع العسکری ع إلى الصفار و إن ورد فیمن باع قطاع أرضین التي یملکها منضمّہ إلى ملک الغیر فوقع علیہ السّلام لا یجوز بیع ما لیس یملک و قد وجب الشّراء من البائع علی ما یملک إلّا أنّ المدار علی عموم الجواب و أنّ قوله ع وجب الشّراء من البائع علی ما یملک یدلّ علی تحلیل العقد و نفوذه فیما یملک و إن اختصّ قوله ع لا یجوز بیع ما لیس یملک بما یقبل التملک و لم یکن ملکا للبائع بناء علی قراءه یملک مبنيًا للفاعل

و بعبارہ أخرى لا یدور صحّہ الاستدلال مدار عدم نفوذ البیع بالنسبه إلى الضّمیمه بل إنّما یدور مدار نفوذ البیع فی الجزء الآخر الذی یملک و الصّحیحہ تدلّ بإطلاقها علی صحّته و بالجمله مع قطع النظر

عن تنقيح المناط القطعي فمدعى شمول التوقيع للمقام و إن كان مورد السؤال غيره فما ذكرناه سابقا من عدم الشمول لا وجه له و أمّا عدم المانع فلأن ما توهم من المانع على وجوه الأول أن ما قصد و هو التراضي على المجموع لم يقع و ما وقع لم يقصد الثاني أن النهي عن الغرر المطلق أو الغرر في البيع يشمل من جهه الجهل بثمان المبيع الثالث أن اللفظه الواحد لا يمكن تبويضها و المفروض أن ما لا يقبل التملك لا يمكن الالتزام بصحته من جهه غلبه ما يقبل التملك عليه فيغلب لا محاله الفاسد على الصحيح الرابع أن الجمع بين ما يقبل التملك و ما لا يقبله نظير الجمع بين الأختين في عقد واحد

و لا يخفى ما في هذه الوجوه أما الأول منها فلأن بعض المبيع و إن لم يقصد مستقلا و لم ينشأ بصيغه تخصه إلا أنه أنشأ ضمنا فينحل الإنشاء باعتبار تعدد متعلقه إلى إنشاءات متعدده كانهلال التكليف المتعلق بالمركب إلى تكاليف متعدده بمقدار تعدد قيوده

نعم تخلف وصف الانضمام يوجب الخيار لأن منشأ الخيار في تبعض الصيغه مطلقا هو تخلف الشرط الضمني بل هو المنشأ له في الغبن و العيب أيضا لا الضرر كما سيجىء توضيحه و قياس فساد الجزء على فساد الشرط حيث قيل بأنه مفسد للعقد مع الفارق مضافا إلى عدم تماميه الحكم في المقيس عليه إلا إذا رجع فساد الشرط إلى اختلال أحد أركان العقد كما سيجىء في محله

و ليس منشأ الفرق أن الشرط يوجب تقييد العقد المشروط به بخلاف الجزء فإن بيع المجموع في قوه شرط انضمام كل جزء إلى آخر و لذا قلنا بأن تخلفه الذي هو عبارته عن تبعض الصيغه على المشتري يوجب ثبوت الخيار له بل للفرق بين الشرط الفاسد و شرط انضمام الجزء الفاسد فإن الشرط الفاسد لا يملكه المشروط له أى لا يصير الشارط مالكا لالتزام الطرف لأن نفس جعل هذا الالتزام على المشروط عليه باطل و فاسد مع قطع النظر عن الملتزم به و هذا بخلاف شرط الانضمام فإن نفس جعل هذا الالتزام ليس باطلا بل الملتزم به لا يصح الالتزام به لخروجه عن قابليه التملك فيصير الاشتراط سببا لتملك المشروط له الشرط و يصير فساد المشروط سببا لتحقيق الخيار من باب تعذره شرعا

و بعباره أخرى الشرط الضمني في المقام كالشرط المتعذر الذي لا يوجب تعذره إلا الخيار بخلاف الشرط الفاسد فإنه ليس قابلا للملكيه أصلا و أمّا الثاني فلأن الجهل بثمان المبيع و إن كان موجبا للفساد إما للإجماع على اعتبار العلم به و إما للغرر بمعنى الخطر المنهى عنه في الخبر المتلقى بالقبول بين الفريقين و هو قوله ع نهى النبي ص عن الغرر أو عن بيع الغرر إلا أن الثمن في المقام معلوم فإنه وقع جميع الثمن بإزاء جميع المبيع و عدم صحه البيع شرعا بالنسبه إلى بعض المبيع لا يقتضى عدم قصد المتعاملين مقابلته بالمجموع و لا خطر أيضا لو جعل المجموع بإزاء المجموع لأن البيع الغررى المنهى عنه هو ما كان في حد ذاته خطريا لا من جهه حكم الشارع بعدم وقوع بعض الثمن بإزاء بعض المبيع بل قيل بأنه لا يؤثر الغرر حال العقد إذا ارتفع بالتقسيم أى المدار في الصحه أن لا يكون البيع غرريا حين التسليم و التسلم لا حين إنشاء البيع

و لكن الصواب في الجواب هو ما ذكرناه من أن البيع في نفسه ليس غرريا ابتداء و إلا لو سلم بكونه غرريا حين البيع فارتفاعة

بعد ذلك لا يؤثر في الصّحه و إلاّ لصحّ بيع كلّ مجهول إذا آل إلى العلم بعد ذلك مع أنّه لا إشكال في فسادہ و أمّا الثالث فلأنّ  
اللفظه

الواحدة إذا أنشأ بها أمور متعدده فلا مانع من تبويضها بل لا محيص عن تبويضها فيما لو جمع بين مختلفى الحكم كما لو جمع بين ملكه و ملكه غيره أو جمع بين الحيوان و غير الحيوان فالجمع بين ما يقبل التملك و ما لا يقبله أيضا كذلك و أما الرابع فلأن فساد عقد الأختين جمعا يقتضى فساد عقد إحداهما أيضا من باب عدم ترجيح إحداهما على الأخرى و فى المقام فساد المجموع لا يقتضى فساد عقد ما يقبل التملك و ذلك واضح بعد ما ظهر لك من انحلال العقد فى المقام إلى عقدين و لحوق كل جزء حكم ما يقتضيه

هذا كله مضافا إلى النقص بالجمع بين ملكه و ملكه غيره فإن هذه الإشكالات ترد عليه أيضا و بالجملة و لو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به إلا أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بإزائه شىء من الثمن بل يوجب زياده قيمه المشروط فإذا قيد به و كان فساده موجبا لعدم إمكان تحققه فالعقد المقيّد لم يتحقق

و أما الجزء الفاسد فحيث إن الثمن يوزع عليه و على الجزء الآخر ففساده لا يقتضى إلّا ردّ الثمن الذى وقع بإزائه أى يفسد العقد بالنسبه إليه دون الجزء الآخر الصّحيح الغير المقيّد بما لا يمكن تحصيله أو تحققه مع أنه سيجىء أن الحكم فى المقيس عليه أيضا ليس البطلان فإن تخلف الشرط ليس إلّا من قبيل تخلف الدّاعى و إنما يوجب الخيار فى المقام و لا يوجب فى سائر الموارد للفرق بينهما و هو أن المشترط بمقتضى شرطه صريحا أو ضمنا فى المقام لم يلتزم بفاقد الشرط فله الفسخ و له الالتزام بالفاقد حين العلم بالفقد و أما تخلف الدّاعى فيما لم يكن مذكورا صريحا أو ضمنا فإنما لا يوجب الخيار مع أنه فى نفس الأمر غير ملتزم بما كان مخالفا لغرضه لأجل أن الشروط البنائيه لا أثر لها ما لم يجعل فى قالب الإنشاء

و بالجملة تاره يتحقق الخيار بجعل إلهى كخيار الحيوان و نحوه أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط و أخرى يتحقق من باب عدم الملزم فى القسم الأوّل قد تحقق الالتزام العقدى و لكن الله سبحانه أو نفس المتعاقدين جعل أمر الالتزام العقدى بيد ذى الخيار نظره له و إرفاقا و أمرا فى القسم الثانى فلم يتحقق الالتزام العقدى فليس المتعاقدان ملزمين بالتبديل و المعامله الصّادره منهما فلهما الفسخ أو الالتزام بمضمون المعامله مجددا و حيث إن من يتبعص الصّيفه عليه لم يلتزم بوقوع بعض المبيع بإزاء بعض الثمن فله الفسخ أو الالتزام مجددا و لا موجب لبطلان العقد بالنسبه إلى ما يقبل التملك

قوله قدس سرّه نعم ربما يقيد الحكم بصوره جهل المشتري إلى آخره

لا يخفى أن التفصيل بين صوره الجهل و العلم فى غير محلّه لأن العلم بأن أحد الجزئين ليس قابلا للتملك لو كان موجبا للجهل بثن المبيع لوجب تقييد الصّيح به بما إذا كان البائع أيضا جاهلا مع أنه لم يفصل بين علمه و جهله فمنه يستكشف أن العلم لا يضرّ بالصّحه

و سرّه أن مقابله المجموع بالمجموع فى الإنشاء المعاملى ليس إلّا بقصد تمليك المجموع و تملكه عرفا و إن علم الناقل أو المنقول إليه أن الشارح لم يمض البيع بالنسبه إلى بعض المبيع و العلم بالحكم الشرعى لا ينافى البناء على خلافه فى الإنشاء المعاملى نعم يتوّلد هنا إشكال على القائل بعدم رجوع المشتري العالم بالغصبيّه إلى الغاصب إذا تلف الثمن فإنه لو اقتضى العلم

بالفساد من جهة الغصب تمليك المشتري للغاصب مجانا لاقتضى التمليك فى المقام المجانيه أيضا بل عرفت أن بعضهم عمم  
عدم الرجوع إلى الغاصب حتى فى مورد

بقاء العين أيضا و لكنك عرفت ضعف هذا القول

و على أى حال فلو قيل بأن فى مورد ردّ المغضوب منه لا يرجع المشتري العالم إلى الغاصب فى مورد تلف الثمن فمقتضاه عدم وقوع بعض الثمن بإزاء غير المملوك فى المقام مع أنّ ظاهر المشهور هو التقييد و عدم التزامهم بوقوع مجموع الثمن مقابل المملوك أو وقوع ما بإزاء غير المملوك للبائع مجاناً

و لكنّه يمكن دفع الإشكال بدعوى الفرق بين المقام و بين الفساد من جهة الغصب و هو أنّ فى الغصب حيث إنّ المشتري العالم لم يضمن البائع الغاصب إلّا بما لا يغير فيقع الثمن للغاصب مجاناً إذا ردّ الغير الذى هو صاحب المبيع و ليس على الغاصب ضمان بالنسبة إلى الثمن إلّا إذا كان موجوداً فيسترد منه لأنّه فى حكم الهبة المجانيه و أمّا فى المقام فبعد جعل بعض الثمن بالإنشاء المعامله مقابلاً- لما لا- يقبل التملك فلا وجه لأن يكون مجموع الثمن مقابلاً لما يقبل التملك أو يكون ما بإزاء غير المملوك للبائع مجاناً

نعم قياس المقام على باب الغصب إنّما يصحّ فيما إذا كان ما لا يقبل التملك غير مال عرفاً أيضاً كالفقاعات و الحشرات و توضيح ذلك أنّ ما لا يقبل التملك على أقسام ثلاثه قسم لا يقبله شرعاً مع قبوله عرفاً كالخمر و الخنزير و قسم لا يقبله شرعاً و عرفاً كالحشرات و نحوها و قسم متوسط بينهما كالحرفّ فإنّ مقتضى التملك فيه موجود و لكنّه لا يقبله شرعاً و لذا يفرض عبداً فى الجنايات الواردة عليه الغير المقدره شرعاً و يؤخذ ديه الجنايه الوارده على العبد من الجانى و هكذا يصحّ استرقاقه فى بعض الموارد بل يصلح أن يصير مالا عند العرف فى جميع الموارد

و بعبارة أخرى الحر و إن لم يكن مالا عند العرف فعلاً إلّا أنّه مال شأننا لقبليته للاسترقاق عندهم فى القسم الأوّل و المتوسط لا بدّ من التوزيع لأنّه لم يجعل المشتري مجموع الثمن بإزاء ما يقبل التملك و لا مقابلاً لما لا يقبله للبائع مجاناً و أمّا فى القسم الأخير فحيث إنّ يعلم أنّ بعض المبيع ليس مالا- لا- شرعاً و لا- عرفاً و لا يقع بإزائه ثمن فإمّا يجعل المقابل له للبائع مجاناً و إمّا يجعل المجموع بإزاء ما يقبل التملك كما صرح به الشهيد فى الحواشى المنسوبه إليه حيث قال إنّ هذا الحكم أى التوزيع مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و حكمه و إلّا كان البذل بإزاء المملوك ضروره أنّ القصد إلى الممتنع كلاً قصد انتهى فإنّ كلامه ينزل على ما إذا امتنع القصد بإزاء المجموع عرفاً و إلّا فمجرد امتناعه فى الشرع لا يجعل القصد إليه كلاً قصد فإنّ التوزيع من آثار القصد تكويناً و الأثر التكويني للقصد لا يمكن أن ينفك عنه بمجرد الحكم الشرعى بأنّه كالعدم

و بالجملة القصد المعامله يتمشى حقيقه من العالم بأنّ الخمر لا يقبل التملك و إنّما لا يتمشى فى مورد العلم بأنّ المبيع لا ماله له كالفنساء و نحوها لأنّ القصد المعامله ليس مجرد الخيال كتصور أنياب الأغوال حتى يمكن تصوّر الماله للفنساء و يفرض كونها مالا فى عالم الخيال بل له واقع فى عالم الاعتبار و ذلك يتوقف على عدّ العرف المبيع مالا

قوله قدّس سرّه و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاه و الخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف إلى آخره

لا- إشكال فى أنه لو ضمّ الخمر مثلاً- إلى الخلّ و باعهما بعنوان أنه خمر فيقوم عند مستحليّه و أمّا لو باعه بعنوان أنه خلّ فقد يتوهم أنه لا وجه لملاحظه قيمه الخمر عند مستحليّه بل يقوم بما أنه خلّ أى يفرض كونه خلّا على طبق عنوان المبيع



فإنّ له دخلا في القيمة بل سيجىء أن مناط ماله الأموال هو عناوينها أي صورها النوعية لا المادة الهيولائية و لذا يكون تخلفها موجبا للفساد و إن جعلها وصفا أو شرطا للمبيع فقال بعتك هذا الذي هو عبد أو بعتك هذا إن كان عبدا و تبين كونه حمارا بل و إن تبين كونه أمة لأنّ العبد و الأمة جنسان عند العرف

و فيه أنّ العناوين الجنسية و إن كانت في باب البيع هي مناط ماله الأموال و تخلفها موجبا لفساد البيع دون تخلف الوصف و إن جعله عنوانا للمبيع و قال بعتك الكاتب إلّا أنّها في باب التقويم من الدواعي و تخلفها لا يوجب تبدل الموضوع فلو قال بعتك هذين الشاتين مع كون أحدهما خنزيرا فلا وجه لردّ قيمه الشاه بمجرد جعله معنونا بها مع أنّه أشار إلى ما هو في الخارج خنزير فالإشارة هنا تقدم على العنوان و العنوان من قبيل الداعي و تخلفه لا يضرّ بتقويم ما هو المشار إليه واقعا فلا مناص إلّا عن تقويم ما لا يقبل التملك بما يقوّم عند مستحله

و بالجملة و إن كان مدار الصّحة و الفساد على مطابقه المعنون لعنوانه و مخالفته له و لا أثر للبحث من هذه الجهة في المقام لأنّه على أيّ حال بيع الخنزير باطل باعه بعنوان نفسه أو بعنوان كونه شاه إلّا أن مدار التقويم على واقع الشىء لا على العنوان فإنّ العنوان لا يغيّر الخنزير عمّا هو عليه

### [يجوز للأب و الجد أن يتصرّفا في مال الطفل بالبيع و الشراء]

قوله قدّس سرّه مسأله يجوز للأب و الجد أن يتصرّفا في مال الطفل بالبيع و الشراء إلى آخره

هذه المسأله من فروع مسأله شروط المتعاقدين حيث قال و من شروطهما أن يكونا مالكين أو المأذونين من المالك أو الشارح فالمأذون من المالك هو الوكيل و المأذون من الشارح هو من له الولاية على التصرف في مال الغير و الولاية على أقسام قسم منها ذاتي و يعبر عنه بالإجباري و هو ولاية الأب و الجدّ على اليتيم و ماله و ثبوتها لهما في الجملة ضروري يطّلع عليه المتتبع في الأبواب المتفرّقه ففي باب الوصيه ينفذ إذن الوالد في المضاربه بمال ولده الصّغير بحيث لا ضمان على المأذون و في باب الحجر وليّ الطفل قبل البلوغ و المتصرف في ماله هو الأب و الجدّ و في باب النكاح ينفذ عقد الأب و الجدّ على الصّغير و قسم منها مجعول بجعل شرعيّ تعبدّي كولاية الحاكم و قسم منها مجعول بجعل خلقيّ كولاية القيم من قبل الأب و الجدّ بعد موتهما على الصّغير

و بالجملة ولاية الأب و الجدّ من ضروريّات الفقه و لا شبهه أن تصرّفهما نافذ في مال الطفل و إنّما الإشكال في جهات ثلاث الأولى في اعتبار عدالتها أو ثبوتها لهما مطلقا الثاني في اعتبار المصلحه أو كفايه عدم المفسده أو جواز التصرف و لو مع المضرّ الثالث في اشتراك جدّ الجدّ مع الجدّ أيضا في الولاية أو الاشتراك يختصّ بالأب مع الجدّ و إن علا و أمّا مع عدم الأب فالجدّ القريب هو الوليّ دون البعيد لا مستقلا و لا مشتركا مع القريب

أمّا الجهة الأولى فالحقّ عدم اعتبار العدالة لا لما أفاده المصنف من الأصل فإنّ الأصل بالعكس لأنّ نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقّف على الدليل و مع عدمه فالأصل يقتضى عدم نفوذه بل لإطلاق الأدلّه فإنّ الأخبار المستفيضة الدالّه على نفوذ وصيته

فِي الْمَضَارِبِ بِمَالِهِ وَنَفُوزِ عَقْدِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَنَفُوزِ عَقْدِ الْجَدِّ بِدُونِ إِذْنِ الْأَبِ مَعْلَلًا بِأَنَّ الْبِنْتَ وَأَبَاهَا لِلْجَدِّ وَالْأَخْبَارَ الدَّالَّةَ عَلَى أَنَّهُ وَمَالُهُ لِأَبِيهِ إِطْلَاقًا شَامِلًا لَمَّا إِذَا كَانَ الْأَبُ فَاسِقًا وَالطَّائِفَةَ الثَّانِيَةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي مَقَامِ حُكْمِ أَخْلَاقِي لَا فَهِيَ لِعَدَمِ كَوْنِ الْوَلَدِ

و لا- ماله مملوكا للأب و ليس حكمه حكم العبد في كون نفسه ملكا لسيدته حقيقه و ماله مالا له طولا إلا أن مقتضى تمسك الأئمه عليهم السلام بقوله صلى الله عليه و آله أنت و مالك لأبيك لجواز تصرف الوالد في مال الولد هو ثبوت الولاية له و إن لم يكن عدلا

□  
ففي الوسائل بعد ما نقل في كتاب التجاره عن الشيخ بإسناده عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ع قال سألت عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه قال يأكل منه ما شاء من غير سرف قال و قال في كتاب علي ع إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئا إلا بإذنه و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء و له أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها و ذكر أن رسول الله قال لرجل أنت و مالك لأبيك

□  
ثم روى عنه أيضا عن أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر أن رسول الله ص قال لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه إن الله لا يحب الفساد و في الوسائل أيضا عن العليل بإسناده إلى محمد بن سنان أن الرضاع كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله و عله تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز و جل يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور مع أنه المأخوذ بمثونته صغيرا و كبيرا و المنسوب إليه و المدعوه له لقوله عز و جل ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله و لقول النبي ص أنت و مالك لأبيك إلى آخره

□  
و في كتاب الحجر عن أبي عبد الله ع قال انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده و إن احتلم و لم يونس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله و بالجمله الأخبار بإطلاقها تدل على ثبوت الولاية للولي و إن لم يكن عدلا و ليس في البين دليل على اعتبار العدالة حتى يقيد ما يكون مطلقا أو يبين ما يكون مجملا و ما تمسكوا به لاعتبارها مثل قوله عز من قائل و لا تزكوا إلى الذين ظلموا فتمسكم الذار لا- يدل على المقصود كما لا يخفى فإن الظالم هنا هو السلطان الجائر و الزكون إليه هو الاعتماد عليه و الدعاء له بالبقاء و هكذا ما قيل من أنه يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا فإن على ما في الأخبار من أن الولد و ماله لأبيه لم يجعل الفاسق أمينا على مال الغير بل المال و مالكة له

و على هذا يرد أيضا الاستدلال بالآيه الشريفه بناء على كون مطلق الفاسق ظلما و كون جواز تصرف كل فاسق في كل ما لم يكن له ركونا إليه لأن المال إذا كان مالا لشخص الظالم فلا يشمل عموم الآيه بل لو قلنا بأن هذه الأدله في بيان أمر أخلاقي و هو إثبات الولاية من باب الشفقه و المحبه و إثبات مرتبه من الاختصاص و الملكيه دون الولاية المصطلحه الفقهيه إلا أن كون الولي فاسقا لا يضاد مع حكمه الصانع لأن الفاسق لو تعدى و فرط في مال الطفل يحجره الحاكم كحجر الشفيه في ماله

نعم لا- يمكن عزله لما ذكرنا أن هذه موهبه غير قابله لسلبها عنه و لذا يسمى بالولي الإجباري و كيف كان فلا يظهر لاعتبار العدالة ثمره عمليه إلا- بناء على اعتبارها موضوعيا كما في إمام الجماعة و المفتي و القاضي لأنه لو قلنا في الجهه الثانيه باعتبار المصلحه في نفوذ تصرفه فمع عدمها يبطل حتى تصرف العادل و لو قلنا بكفايه عدم المفسده من باب أن مجرد الشفقه يكفي لجعل هذه الولاية فالشفقه حاصله للفاسق أيضا و لو قلنا بنفوذه حتى مع المفسده فعدم اعتبار العدالة بناء عليه أولى

و بالجمله لا دليل

على اعتبار العدالة فالأقوى ثبوت الولايه للفاسق أيضا نعم ثبوتها للكافر إذا كان المولى عليه مسلما كما إذا كان الجد كافرا و كان الوالد مسلما أو كانت الأم مسلمه لا يخلو عن إشكال بل الأقوى عدمه لأن الولد إذا كان مسلما من حيث تبعيته للأب أو الأم فلا يمكن أن تكون للجد ولايه عليه لأنها سبيل و لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و تمام الكلام فى هذا الشرط و سائر الشرائط كالحرية و الإيمان موكول إلى محله

و أميا الجبهه الثانيه فالحق ثبوت الولايه له و لو مع المفسده و المضرة للطفل و ذلك لإطلاق الأدله و استدراك المصنف لما أفاده من التمسك بالإطلاق بقوله لكن الظاهر منها أى من أخبار جواز تقويم جاريه الابن على نفسه تقييدها بصوره حاجه الأب متمسكا بقول الصادق عليه السلام فى جواب من سأله عما يحل للرجل من مال ولده و هو قوله ع قوته بغير سرف إذا اضطر إليه و بقول الباقر ع لا- نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه مما لا بد منه إن الله لا يحب الفساد و بالآيه الشريفه و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن و نحو ذلك لا يضر بالمقصود لأن المفروض أن من هذه الأدله يستفاد جواز أخذ الأب من مال الابن ما يحتاج إليه و هو ضرر على الطفل

إلما أن يقال إن مسأله نفقه الأب أو الجد من مال الولد صغيرا كان أو كبيرا خارجه عن موضوع البحث و إنما الكلام فى جواز تصرف الولي الإجبارى فيما يرجع إلى أمر الطفل و هذه الأدله ليست ناظره إلى إثبات الولايه بالمعنى الذى هو موضوع البحث و هو نفوذ تصرف الولي فى مال الطفل بالبيع و الشراء و الصلح و الهبه و أمثال ذلك حتى يتمسك بإطلاقها لجواز تصرفه فيما كان مضرا بالطفل و إنما هى فى مقام جواز أخذ الوالد مال الولد و إن كان كبيرا

نعم يستفاد من هذه الأخبار أن للوالد نحو سلطنه على مال الولد و نفسه لا سيما بضميمة أخبار عقد الجد بدون إذن الوالد و لا نعى بالولايه إلا هذا المعنى لأنه لو كان الولد و ماله تحت سلطنه الوالد فله التصرف فى ماله تصرف الملاك فى أملاكهم و مقتضى مفادها أن نحو ولايه الأب و الجد غير ولايه سائر الأبناء و الولاه لأن حكمه جعل الولايه قد تكون المصلحه و الغبطه كولايه الحاكم و نحوه و قد تكون الشفقه و المحبه كولايه الأب و الجد

و على هذا فكما يجوز تصرف الجد أو الأب فى مال نفسه لو لم يكن سفهيا و إن كان ضرريا فكذا يجوز تصرفه فى مال المولى عليه كذلك إلا أن ينعقد إجماع على خلافه أو يتمسك بقوله سبحانه و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن و الخطاب فيه و إن لم يشمل الأب لفرض اليتيم فيه إلا أنه يشمل الجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل أو يقال شمول اليتيم لمن ماتت أمه و لو كان أبوه حيا فتأويل فإن الحكم بالإطلاق لا يخلو عن وجه و إن اختار شيخنا الأستاذ مدّ ظله فى هذه الدوره عدم جواز التصرف مع المفسده

و أميا الجبهه الثالثه فلا ينبغى الإشكال فى أن الجد و إن علا يشارك الأب فى الولايه عرضا فمع وجود الأب جدا لجد حكمه حكم الجد فى اشتراكه مع الأب لأن روايه النكاح شامله للجد العالى و إنما الإشكال فى أن مع فقد الأب هل الحكم بين الأجداد عرضى أو طولى أى الأقرب يمنع الأبعد أم لا فقد يتمسك للأول بقوله عز من قائل و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض و لكن الظاهر أن الآيه

وارده لحكم الإرث و لا تشمل الولايه و هكذا لا تشمل المقام الأدله الداله على أنّ الأولى بأمر الميت من كان أولى بالميراث فإنها فى مقام بيان الولايه فى أمر التجهيز و المناط فى عدم مزاحمه الأب مع الجد فى تزويج البنت مشترك بين الأجداد فإن الطبقات النازله مملوكه للعاليه فيشترك العالى مع النازل

### [مسأله من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم]

قوله قدس سره مسأله من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم إلى آخره

لا شبهه فى أنّ للحاكم الذى هو الفقيه الجامع للشرائط التصرف فى مال الصّغير و الغائب فى الجملة و إنّما الكلام فى أنّ جواز تصرفه فيه هل هو من جهه الولايه العامه الثابته له على قول أو لكون هذا التصرف من شئون القضاء الثابت له بلا خلاف

□  
و توضيح ذلك أنّ للولايه مراتب ثلاث إحداها و هى المرتبه العليا مختصه بالنبي و أوصيائه الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين و غير قابله للتفويض إلى أحد و اثنتان منها قابلتان للتفويض أمّا غير القابله فهى كونهم عليهم السلام أولى بالمؤمنين من أنفسهم بمقتضى الآيه الشريفه النبويّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم و هذه المرتبه غير قابله للسرقة و لا يمكن أن يتقمص بها من لا يليق بها و أمّا القابله للتفويض فقسم يرجع إلى الأمور السياسيه التى ترجع إلى نظم البلاد و انتظام أمور العباد و سدّ الثغور و الجهاد مع الأعداء و الدفاع عنهم و نحو ذلك ممّا يرجع إلى وظيفه الولاه و الأمراء

□  
و قسم يرجع إلى الإفتاء و القضاء و كان هذان المنصبان فى عصر النبيّ و الأمير صلوات الله عليهما بل فى عصر الخلفاء الثلاثة لطائفتين و فى كل بلد أو صقع كان الوالى غير القاضى فنصف كان منصوباً لخصوص القضاء و الإفتاء و صنف كان منصوباً لإجراء الحدود و نظم البلاد و النظر فى مصالح المسلمين

نعم اتفق إعطاء كلتا الوظيفتين لشخص واحد لأهليته لهما إلّا أنّ الغالب اختلاف الوالى و القاضى و لا إشكال فى ثبوت منصب القضاء و الإفتاء للفقيه فى عصر الغيبه و هكذا ما يكون من توابع القضاء كأخذ المدعى به من المحكوم عليه و حبس الغريم المماطل و التصرف فى بعض الأمور الحسينيه كحفظ مال الغائب و الصّغير و نحو ذلك

و إنّما الإشكال فى ثبوت الولايه العامه و أظهر مصاديقها سدّ الثغور و نظم البلاد و الجهاد و الدفاع و هنا مصاديق مشكوكه فى أنّها من منصب القاضى أو الوالى كإجراء الحدود و أخذ الزكاه و إقامة الجمع و لإثبات دخولها فى أى واحد من المنصبين محلّ آخر و المهم إثبات الكبرى و هى ثبوت الولايه العامه للفقيه فى عصر الغيبه فإنها لو ثبتت بالأدله المعتمره فالبحت عن الصّغرى لغو لأنّها على أى حال من وظيفه الفقيه

و استدّلوا لثبوتها له بالأخبار الوارده فى شأن العلماء و بالتوقيع الشريف المروى فى إكمال الدّين و هو قوله أرواحنا له الفداء و أمّا الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجّتى عليكم و أنا حجّج الله و بمقبوله عمر بن حنظله و بالمشهوره و بروايتى أبى خديجه و لكنك خير بعدم دلالتها على المدعى

أَمَّا قَوْلُهُ صَ عِلْمَاءُ أُمَّتِي كَأَنْبِيَاءِ بَنِي إِسْرَائِيلَ فَلَعَلَّ التَّنْزِيلَ كَانَ بِلِحَازِ تَبْلِيغِ الْأَحْكَامِ بَيْنَ الْأَنْبِيَاءِ كَمَا هُوَ شَأْنُ أَغْلَبِ أَنْبِيَاءِ بَنِي إِسْرَائِيلَ فَإِنَّهُمْ عَ كَانُوا مَبْلُغِينَ لِأَحْكَامِ مُوسَى عَلِي نَبِيِّنَا وَآلِهِ وَ عَلَيْهِ السَّلَامِ وَقَلَّ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ وَالْيَا وَ سُلْطَانَا كِدَاوُدَ وَ سَلِيمَانَ عَ

وَ أَمَّا قَوْلُهُ عَ مَجَارِي الْأُمُورِ بِيَدِ الْعِلْمَاءِ وَ قَوْلُهُ الْعِلْمَاءُ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ

و نحو ذلك من الأخبار الواردة في علو شأن العالم فمن المحتمل قريبا كون العلماء فيها هم الأئمة عليهم السلام كما في الخبر المعروف بمداد العلماء كدماء الشهداء و لا سيما الخبر الأول الدالّ بإطلاقه على الولايه العامه فإنّ فيه قرائن تدلّ على أنّ المراد من العلماء فيه هم الأئمة عليهم السلام فإنّهم هم الأمناء على حلال الله و حرامه

و أمّا التّوقيع الشّريف فغايبه تقرّيبه للمدعى ما أفاده في المتن من الوجوه التي منها ظهور الحوادث في مطلق الوقائع التي لا بدّ من الرجوع فيها إلى الإمام ع مع حضوره من غير فرق بين الأحكام و الشّياسات من إجراء الحدود و أخذ الزّكوات و نحو ذلك و منها إرجاع نفس الحوادث إلى رواه الأحاديث العذنين هم الفقهاء فتكون ظاهره في الأمور العامه لا أحكامها حتى تكون ظاهره في الإفتاء و القضاء و منها التعليل بكونهم حجّه من قبله كما أنّه ع حجّه من قبل الله فما كان له عليه السلام من قبل الله سبحانه و كان قابلا للتفويض فهو للزّواه و منها أنّ مثل إسحاق بن يعقوب أجلّ شأننا من أن يخفى عليه لزوم الرجوع في المسائل الشّرعيه إلى الفقهاء بخلاف الرجوع إليهم في الأمور العامه فإنّه يحتمل أن يكون الإمام ع قد جعله الشخص خاص أو أشخاص معينه من ثقات ذاك الزّمان فيريد معرفته فيوقع الإمام ارواحنا له الفداء بأنّ جميع الرّواه مراجع لهذه الأمور

هذا و لا يخفى ما في هذه الوجوه من المناقشه أمّا الأوّل فلأنّ السّؤال غير معلوم فلعلّ المراد من الحوادث هي الحوادث المعهوده بين الإمام ع و السائل و على فرض عمومها فالمتيقّن منها هي الفروع المتجدّده و الأمور الرّاجعه إلى الإفتاء لا الأعمّ و أمّا الثّاني فلأنّ أدنى المناسبه بين نفس الحوادث و حكمها كاف للسّؤال عن حكمها فيكون الفقيه هو المرجع في الأحكام لا في نفس الحوادث و أمّا الثّالث فلأنّ الحجّه تناسب المبلّغيه في الأحكام و رساله على الأنام أيضا كما في قوله عزّ من قائل قُلْ فَلِلّهِ الْحُجَّةُ الْبَالِغَةُ و قوله تِلْكَ حُجَّتُنَا آتَيْنَاهَا إِبْرَاهِيمَ و نحو ذلك ممّا ورد بمعنى البرهان الذي به يحتجّ على الطّرف

و بهذا المعنى أيضا ورد قوله ع إنّ الأرض لا تخلو من حجّه لأنّ به يتمّ الحجّه و يهلك من هلك عن بينه و يحيى من حيّ عن بينه و لذا وصفهم برواه الأحاديث الذين شأنهم التبليغ و أمّا الرابع فكون محمّد بن إسحاق من أجلاء العلماء لا ينافى سؤاله عن أمر جلّيّ و لذا يسأل مثل زراره و محمّد بن مسلم من الإمام ما لا يخفى على أحد هذا مع أن سؤاله لا يكون ظاهرا في تكليف المسلمين في الغيبه الكبرى حتّى يكون الجواب ظاهرا في عموم الوقائع بل يسأل عن حالهم في الغيبه الصّغرى فإنّ العمرى الذي بتوسطه سأل محمّد بن إسحاق عن حكم الوقائع عن الإمام ع هو محمّد بن عثمان العمرى كما يظهر من قوله ع في ذيل الخبر و أمّا محمّد بن عثمان العمرى فرضى الله عنه و عن أبيه من قبل فإنّه ثقتى و كتابه كتابى و هو كان سفيرا من قبله ع فلعلّه يسأل بتوسطه عن المرجع في الفروع المتجدّده في ذلك العصر لا عن المرجع في الأمور العامه

و أمّا روايتنا أبي خديجه فاختصاصهما بالقضاء واضح مضافا إلى ضعفهما لأنّ له حاله اعوجاج عن طريق الحقّ و هي زمان متابعتة للخطاييه و حالتى استقامه و هما قبل الاعوجاج و بعده و لم يعلم أنّه رواهما في أىّ الحالات و كيف كان لا تدلان إلّا على نفوذ قضاء المجتهد المطلق أو المتجزّى أيضا دون مطلق الأمور العامه فإنّ إحداهما قوله ع اجعلوا بينكم رجلا ممّن عرف حلالنا و حرامنا



و الأخرى قوله ع انظروا إلى رجل منكم يعلم من قضايانا فاجعلوه بينكم فأنتى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه و فى سند الكلينى إليه بدل قضايانا قوله قضائنا و لا يخفى أن القاضى غير الوالى

و أما المشهوره و هى قوله السلطان ولى من لا ولى له فلا تدل أيضا على مرجعيه السلطان فى الأمور العامه فإنه لو لم نقل بما قيل من ورودها بالنسبه إلى الميت المذى لا ولى له بل قلنا بولايته على كل من لا ولى له حتى الموقوف عليهم فى الأوقاف العامه فضلا عن مثل الصبى و المجنون و الغائب إلما أنه حيث إن ظاهرها ولايه السلطان على من يحتاج إلى الولى فتختص بالأمور الحسيه فلا تدل على ولايته على إقامه الجمعه و إجراء الحدود و أخذ الزكاه جبرا و نظم البلاد و ما يرجع إلى الأمور العامه

نعم لا بأس بالتمسك بمقبوله عمر بن حنظله فإن صدرها ظاهر فى ذلك حيث إن السائل جعل القاضى مقابلا للسلطان و الإمام ع قرره على ذلك فقال سألت أبا عبد الله ع عن رجلين من أصحابنا تنازعا فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أ يحل ذلك إلى آخره

بل يدل عليه ذيلها أيضا حيث قال ع ينظر إلى من كان منكم قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فأنتى قد جعلته عليكم حاكما فإن الحكومه ظاهره فى الولاية العامه فإن الحاكم هو المذى يحكم بين الناس بالسيف و الشوط و ليس ذلك شأن القاضى ثم إن وجوب أداء سهم الإمام أرواحنا له الفداء إلى الفقيه ليس إلما من باب أنه أبصر بموارد صرفه بعد العلم بأنه ع لو كان حاضرا لصرفه

و كيف كان فإثبات الولاية العامه للفقيه بحيث تتعين صلاه الجمعه فى يوم الجمعه بقيامه لها أو نصب إمام لها مشكل

قوله قدس سره الولاية تتصور على وجهين الأول استقلال الولى بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا بإذنه أو غير منوط به و مرجع هذا إلى كون نظره سببا فى جواز تصرفه الثانى عدم استقلال غيره بالتصرف و كون تصرف الغير منوطا به و إن لم يكن هو مستقلا بالتصرف و مرجع هذا إلى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره و بين موارد الوجهين عموم من وجه إلى آخره

لا يخفى أن هذين القسمين المتصورين فى الولاية لا يوجبان اختلافا فى حقيقتها لأن نظر الولى جهة موضوعيه فى كلا القسمين غاية الأمر أن ما يراه صلاحا تاره لا بد أن يقع عن الفقيه بالمباشرة كالفقوى و القضاء و أخرى لا بد أن يقع بمباشرة غيره كما إذا عجز أحد الوصيين اللذين اشترط الموصى اجتماعهما أو مرض على وجه لا يقدر على القيام بتمام ما أوصى به و لو بالتوكيل أو الاستيجار فإن الحاكم يضم إليه من يقويه و يعينه فإن فى هذا المثال ليس للحاكم المباشرة مع أن تصرف غير الوصى منوط بإذنه و ثالثه يمكن أن يقع من الحاكم أو من غيره بإذنه كوكيله أو متولّى الوقف من قبله أو المأذون فى الصلاه على ميت لا ولى له و على هذا فالمثال الثالث هو مادّه الاجتماع

و بالجملة إن رجح وجه العموم من وجه بين القسمين إلى مباشره الحاكم و الغير فلا بد أن يفرض ماده الاجتماع ما يمكن أن يصدر من كليهما و أما لو رجح إلى غير هذه الوجهه فلا نجد بينهما هذه النسبه إذ لا ينفك توقف التصرف على نظر الفقيه عن

استقلاله في التصرف

بل يمكن أن يقال لا اختلاف في حقيقتهما بل كلّ منهما من أفراد الولايات العامه فإنّ كون نظر الحاكم شرطا لجواز تصرف الغير أو سببا لجواز تصرف نفسه لا يوجب اختلافا في هويّتها فإنّ هذه

الاختلافات راجعه إلى المشخصات الفرديه و كل من هاتين المرتبتين من شئون ولايه الفقيه و من كان واليا من قبل الإمام ع فى البلاد بل لا يمكن صدور جميع الأمور من نفس الوالى بالمباشره كما لا يخفى

قوله قدس سره ثم إن النسبه بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهره فى إذن الشارع فى كل معروف لكل أحد مثل قوله ع كل معروف صدقه و قوله ع عون الضعيف من أفضل الصيده و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلا أن الظاهر حكومه هذا التوقيع عليها إلى آخره

الظاهر أن مراده من العموم من وجه بين التوقيع و العمومات هو أن الحوادث التى يكون المرجع فيها الفقيه هى الأعم من كونها معروفا أو غير معروف لأن جميع الوقائع العامه الحادته يكون المرجع فيها الفقيه سواء كانت من الأمور التى علم من الشارع بوجوب وجودها فى الخارج أم لم تكن كذلك كحكمه بثبوت الهلال و نحو ذلك و أميا أعميه المعروف فيمكن أن يكون بلحاظ شموله للأمر الكليه و الجزئيه و يمكن أن يكون بلحاظ شموله للحدث فى عصر الغيبه و لما كان فى عصر الأئمه

و كيف كان لو قيل بأن مرجع الفقيه لا تختص بالقضاء و الإفتاء فلا شبهه فى حكومه هذا التوقيع على العمومات لأن مقتضاه أن صدور كل قضيه يجب أن يكون بنظر الفقيه فكون القضيه معروفه لا ينافى كونها مشروطه بإذن الفقيه

قوله قدس سره و على أى تقدير فقد ظهر ميا ذكرنا أن ما دل عليه هذه الأدله هو ثبوت الولايه للفقيه فى الأمور التى يكون مشروعته إيجادها فى الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفايه و أما ما يشك فى مشروعته كالحدود لغير الإمام و تزويج الصيغره لغير الأب و الجد و ولايه المعامله على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدله مشروعيتها للفقيه إلى آخره

لا- يخفى أنه بعد أن بينا أن للإمام عليه السلام مراتب ثلاث من الولايه و أن مرتبه منها غير قابله للتفويض و هى كونه ع أولى بالمؤمنين من أنفسهم و محل الكلام غير هذا القسم و هو الولايه العامه و القضاء و الإفتاء يظهر ما فى كلام المصنف أما أولا فلأن بعض الأمور خارج عن موضوع البحث كتزويج الصيغره لغير الأب و الجد فإنه ليس من شئون القضاء و الإفتاء و لا من الأمور التى يتوقف نظم البلاد عليها و لا من المعروف الذى نعلم بوجوب وجوده فى الخارج و ثانيا من أين ظهر أن ما دل عليه هذه الأدله هو ثبوت الولايه للفقيه فى الأمور التى يكون مشروعته إيجادها فى الخارج مفروغا عنها فإنه قدس سره اعترف بأن النسبه بين التوقيع و العمومات الظاهره فى إذن الشارع فى كل معروف لكل أحد هى العموم من وجه و قد تقدم أن أعميه الحوادث إنما هى باعتبار شمولها للمعروف و غيره و على فرض عدم اعترافه قدس سره بذلك فقوله ع و أما الحوادث لا يختص بهذه الأمور و كذا قوله ع مجارى الأمور بيد العلماء و قوله ع فإننى قد جعلته حاكما

و بالجملة حيث إنه قدس سره جعل الولايه على قسمين استقلال الولي بالتصرف و عدم استقلال غيره بالتصرف نهض لإثبات الثانى بالأدله الداله على أن مرجع الأمور هو الفقيه مع أنك قد عرفت أن هذا التقسيم ليس إلا باعتبار تصدى نفس الحاكم أو المأذون من قبله و مع الغض عن هذا و التسليم بصححه التقسيم على وجه التباين و لو فى الجملة فالدليل الدال على الثانى يدل

على الأول أيضا و الخبير يعرف مواقع آخر للنظر في كلامه قدس سره

و بالجمله المقصود من إثبات الولاية للفقيه هو إثبات ما كان للأشتر

□  
و قيس بن سعد بن عباده و محمد بن أبي بكر و نظرائهم رضوان الله تعالى عليهم و لا إشكال في أنه كان لهم أجزاء الحدود و أخذ الزكاه جبرا و الخراج و الجزية و نحو ذلك من الأمور العامه فراجع

### [مسأله في ولاية عدول المؤمنين]

قوله قدس سره مسأله في ولاية عدول المؤمنين إلى آخره

لا- يخفى أنه لو ثبت الولاية العامه للفقيه مطلقا إلا ما خرج كإقامه الجمعة التي قيل باختصاصها بالإمام عليه السلام فإذا تعذر الرجوع إليه في الأمور التي يتوقف حفظ النظام عليها فلا شبهه في سقوط اعتبار مباشرته أو إذنه لاستقلال العقل بلزوم القيام بما يحفظ به النظام غايه الأمر ما دام العادل قادرا على القيام به فهو المتيقن و إلا فعلى كل من يتمكن منه و أما الأمور التي لا يتوقف حفظ النظام الكلي عليها و لكنها من المعروف أو من قبيل فصل الخصومات أو الإفتاء في الأحكام الكلية فتاره يعلم من مناسبه الحكم و الموضوع أن ولايته إنما هو لنظره و اجتهاده غايه الأمر اعتبر فيه العدالة أيضا موضوعيا و أخرى يعلم بأن ولايته لعدالته أو لرئاسته و حكومته أى يعلم بأن الاجتهاد لم يكن دخيلا أصلا أو لم يكن ركنا في الموضوع ففي الأول إذا فقد الفقيه ليس لغيره التصدي له فلا- يجوز للعامى الإفتاء و لا- القضاء و فى الثاني يقوم عدول المؤمنين به من باب كونه المتيقن أو مطلق من يوثق به و لو تعذر فيقوم به سائر المؤمنين

و بالجمله الأمور التي يعلم من الشرع مطلوبيتها في جميع الأزمان و لم يؤخذ في دليلها صدورها من شخص خاص فمع وجود الفقيه هو المتعين للقيام بها إما لثبوت ولايته عليها بالأدلة العامه أو لكونه هو المتيقن من بين المسلمين أو لثبوت يلزم الهرج و المرج فيعتبر قيام الفقيه به مباشره أو إذنه أو استنابته و مع تعذره فيقوم به سائر المسلمين و لما كان العدل أولى بالحفظ و الإصلاح فمع وجوده هو المتعين كما يدل عليه الأدلة التي نشير إليها أو هو المتيقن و مع فقدته فمطلق الثقة و مع عدمه فكل من كان صالحا فكون هذه الأمور مطلوبه لا ينافى اعتبار قيام شخص خاص بها على الترتيب كما لا ينافى مطلوبيتها لزوم تعطيلها إذا قلنا باعتبار قيام خصوص الفقيه بها عند فقد

نعم لو كانت مطلوبه على كل تقدير و لو مع فقد الفقيه فلا بد من القيام بها على الترتيب المذكور و قد يستدل لولاية عدول المؤمنين على الصغار المذنبين لا ولي لهم بما رواه في الكافي عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه 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 فى بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته و كان قيامه بهذا بأمر القاضى لأنهن فروج فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام فقلت له يموت الرجل من أصحابنا و لم يوص إلى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منا ليعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك القيم قال فقال إذا كان القيم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس

و تقريب دلالتة على العدالة أن الوجوه المحتمله للمماثله أربعه الأول المماثله فى التشيع و الثاني المماثله فى الفقاهه الثالث

المماثلة في الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم الرابع المماثله في العداله و الأول بعيد جدًا و إلّا كان المناسب أن يقال إذا كان من أصحابنا أو من أصحابك أو من يعرف أمرنا فلا بأس و الثاني أبعد لأنه لو كان كذلك فمفهوم الشرط أنه لو لم يكن القيم فقيها ففيه البأس و هذا ينافي كون التصرف في مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التي لا تسقط بتعذر إذن الفقيه فيدور الأمر

## بين الاحتمالين الأخيرين

والتسبب بين الوثاقه و العدله و إن كانت عموما من وجه إلا أنه لا شبهه أن العدل أيضا لا بد من أن يتصرف فيما هو مصلحة اليتيم فالعداله فى هذا الباب هى الأخص من الوثاقه و فى الدوران بين الخاص و العام الخاص هو المتيقن

هذا مضافا إلى اعتبار العدله صريحا فى روايه إسماعيل بن سعد قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيه و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا قال ع إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك

نعم ظاهر صحيحه على بن رئاب و موثقه زرعه عن سماعه كفايه الوثاقه و لكنهما قابلتان للتقييد بالعداله فمع وجود العدل لا شبهه أن المتيقن نفوذ خصوصا ما يقوم به نعم مع تعذره يقوم الفساق من المؤمنين بعد عدم احتمال تعطيله لكونه ضروريا و مما يستقل العقل بلزوم وجوده

ثم إنه لا إشكال فى أن ثبوت الولاية للعدل أو الثقة ليس كثبوتها للفقيه فإن الفقيه لو وضع يده على مال اليتيم أو الغائب يخرج المولى عليه عمن لا- ولئى له و ليس لفقيه آخر مزاحمته و هذا بخلاف ولاية العدل أو الثقة فإن ولايته عباره عن أن له أن يفعل فى مال المولى عليه ما يراه صلاحا فما لم يفعل و لم يتصرف فى المال يجوز تصرف العدل الآخر

و بعباره أخرى حكم ولاية العدل حكم ولاية الأب و الجدّ فما دام الموضوع باقيا له التصدى و أمّا ولاية الفقيه فلا- يقبل المزاحمه و إن لم يتصرف بعد لأنه ولئى من لا ولئى له فإذا تحقق الولئى فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهوره السيوطان ولئى من لا ولئى له

ثم لا- يخفى أنه يستفاد من مجموع الأدله أن ولاية الفقيه و العدل و مطلق المؤمن ليس كولاية الأب و الجد حتى يكون لهم التصرف مطلقا بل الظاهر منها إناطه جواز التصرف بما كان صلاحا لليتيم أو الغائب و نحوهما لأن مفهوم قوله ع فى حسنه الكاهلى إن كان فى دخولكم عليهم منفعه فلا بأس أنه لو لم يكن الدخول صلاحا لهم سواء كان ضروريا أو لا ففيه البأس و ذكر أحد فردى المفهوم لخصوصيه موجه لذكره فى الشرطيه الثانيه لا- يوجب أن تكون الشرطيه الأولى ساكنه عما لم يكن فيه صلاح و فساد لأن ظاهر الشرط فى الثانى أن المدار على الأول فهو تابع للأول مع أنه لو كان كذلك فمقتضى الأصل و هو عدم ولاية أحد على مال غيره هو اعتبار الصيلاح فلا تعارض بين الصدر و الدليل و ترك الاستفصال فى روايه مغيره إنما هو لأن الغالب فى الهدايا للأيتام أن تبدلها بالثمن صلاح لهم

**[مسألة يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مئمتنا أن يكون مسلما]**

قوله قدس سره يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مئمتنا أن يكون مسلما إلى آخره

لا يخفى أنّ الدليل الدالّ عليه الخالي عن الإشكال و المناقشه هو النصّ الوارد في عبد كافر أسلم فإنّ أمر الأمير عليه الصّلاه و السّلام بالبيع من المسلم و نهيّه عن الاستقرار عند الكافر يدلّ بالملازمه العقليّه على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرّا فهو نظير ما لو قيل أزل النّجاسه عن المسجد فكما يفهم منه حرمة إدخال النّجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ عدم الحدوث تابع لعدم الرّضا بالبقاء فكما أن عدم الرّضا بالبقاء لا يدلّ على خروج ملك الكافر عن ملكه بمجرد إسلام عبده بل هو مجرد تكليف بعدم



الإبقاء ولا يستتبع وضعا فكذلك عدم حدوثه أيضا ليس معناه عدم تملكه أصلا بل مع تملكه له يجب إخراجه عن ملكه ففيه أنه لا إشكال في المتابعة وإن حكم الحدوث و يستفاد من حكم الإبقاء إلا أن منع استتباع النهى عن الإبقاء للوضع مناقض لما هو المستفاد منه قدس سره في الأصول على ما فى التقرير من أن النهى الزاجع إلى السبب يقتضى الفساد كما هو الحق فإن النهى إذا تعلق بنتيجة الفعل وقيل بأنه لا- تقرّوا المسلم تحت يد الكافر يدلّ عقلا على أن الكافر مسلوب التصرف و ليس له إبقاء الملك على ملكه فإذا كان كذلك فى مرحله البقاء يكون كذلك فى مرحلة الحدوث أى ليس له إحداث الملك المستقر

ولذلك ذهب المشهور إلى أنه لو نذر أن يتصدق فليس له بيع المنذور لأنه بنذره سلب عن نفسه جميع التصرفات المنافية للصّيدقة و هكذا لو اشترط أن يبيع من زيد أو لا يبيع من عمرو فليس له إلا البيع من زيد فى الأول و لا ينفذ بيعه من عمرو فى الثانى و ليس ذلك إلا لأن الشرط أو النذر يوجب سلب سلطنه المالك على غير العمل بالنذر أو الشرط

فحاصل الزوايه أنه يجب عليه وضعا البيع من المسلمين و يحرم عليه وضعا البقاء عنده أى إنه مسلوب التصرف و لا معنى للفساد إلّا عدم سلطنته على التصرف و هذا نتيجة حكمه الأدلة الدالّة على العناوين الثانويّه كالتنذر و الشرط و نحو ذلك على العمومات الأوليّة ك أوفوا بالعقود و الناس مسلطون على أموالهم

قوله قدس سره و أمّا الآية فباب الخدشه فيها واسع إلى آخره

لا- يخفى أنه لو سلّم الخدشه الأولى من جهة أن ظاهر كلمه لن فى قوله عزّ من قائل لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا أن جعل السبيل للكافر على المؤمن أمر لم يكن و لا يمكن أن يكون أبدا و هذا المعنى غير قابل للتخصيص مع أنه لا إشكال فى تملك الكافر المؤمن بالإرث ابتداء و تملكه له استدامه كما لو كانا كافرين و أسلم العبد أو كانا مسلمين و ارتد المولى فلا بد من جعل السبيل المنفى غير الملكيه حتى لا- يلزم تخصيص و لم نقل بأن لزوم التخصيص إنما هو لو التزمنا أن السبيل مطلق التملك القهرى و الاختيارى و أمّا لو قلنا بأن التملك القهرى ليس سبيلا له على المؤمن فلا يلزم تخصيص إلا أنه لا يرد عليها الخدشه الثانيه و الثالثه

أمّا الثانيه فلأن تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفار على المؤمنين لا ينافى الأخذ بظاهرها و هو نفى كل ما يعدّ عرفا سبيلا و من أفرادها الظاهره كون العبد المسلم مملوكا له كسائر أملاكه بحيث يكون له جميع أنحاء التصرف من الاستخدام و بيعه من الكافر و نحو ذلك فإن هذه التفاسير من بطون القرآن و من المعانى الطويله الغير المستلزمه لاستعمال لفظ واحد فى أكثر من معنى واحد فلا تنافى ما هو ظاهره

و أمّا الثالثه فلأن مجرد كون النسبه بين الآيه و أدلّه صحّحه البيع عموما من وجه لا يوجب معاملته التعارض بينهما لأن حكومتها عليها يرفع التعارض و لا- وجه لما أفاده فى قوله و حكمه الآيه عليها غير معلومه لأمنّ الحكومه لا- تحتاج إلى كون أحد الدليلين ناظرا إلى الآخر بأن يتعرّض الحاكم إلى عقد وضع المحكوم أو حملة و معلوم أن الآيه كذلك بالنسبه إلى العمومات لو لم يكن هناك محذور فالعمده إباء سياق الآيه عن التخصيص

و على هذا فيحمل الآيه على نفي السِّلْطَنه التامه لا- أصل الملكيه و مقتضى نفي التسلُّط التام أن يكون المالك محجورا عن التصرف الصادق عليه الاستيلاء و السَّيْل و مجبورا على البيع و بالجمله مقتضى الرّوايه الشريفه

عدم تملك الكافر المسلم و مقتضى الآيه المباركه عدم استيلائه عليه و على هذا ففي الموارد التي لا يدخل رقبه المسلم تحت يد الكافر كملك المنافع إذا صدق الاستيلاء عليه ليس له ذلك أيضا كما سيجىء إذ فرق بين مفاد الآيه المباركه و الزوايه الشريفة فإن الآيه غير ناظره إلى أدله المعاوزات و إنما هي حاكمه على مثل الناس مسلطون لأن السبيل هو السيلطه التامه دون التملك

و أما الزوايه الشريفة فهي حاكمه على أدله المعاوزات إذا اقتضت الملكيه المستقره و لا تشمل الملكيه الاستطراقية على المسلم و لا الملكيه الحاصله للكافر قهرا كالإرث و نحوه كالوقف عليه لأن قوله لا تقروه عنده لا يدل على خروج الملك عن ملك الكافر قهرا بل على عدم استقراره عنده فلا يدل على عدم حدوثه عنده و إنما الملازمه بين البقاء و الحدوث تقتضى عدم الحدوث و على نحو الاستقرار فالعقود المقتضيه للبقاء كالبيع و نحوه محكوم به بالزوايه لا كلما يوجب الملك و لو آنا ما

قوله قدس سره هذا مضافا إلى أن استصحاب الصّحه في بعض المقامات يقتضى الصّحه إلى آخره

لا- يخفى ما في هذا الكلام من الغرابه فإن عدم القول بالفصل مضافا إلى أنه لا أثر له إلا إذا رجع إلى الإجماع على الاتحاد لا وجه له في باب مجارى الأصول فإن التفكيك بين اللوازم و الملزومات لا محذور فيه فإذا جرى الأصل في مورد و لم يجر في آخر فلا وجه لإلحاق هذا المورد بمورد جريان الأصل

و بالجمله محلّ التمسك بعدم القول بالفصل إنما هو الأحكام الواقعيه لا الأحكام الظاهريه و فيها أيضا يتوقف على الملازمه القطعيه بين الموارد و أما مجرد عدم القول بالتفكيك فلا أثر له

و بعبارة أخرى استفاده حكم موضوع من موضوع آخر يتوقف على أمرين الأوّل أن يكون التلازم بينهما قطعيا الثانی أن يكون حكم الأصل الّذى يستفاد منه الفرع ثابتا بالأماره و أما إذا لم يكن التلازم قطعيا أو ثبت حكم أحد المتلازمين بالاستصحاب و نحوه فلا يمكن إثبات حكم الملازم الآخر و لذا يحكم في مقدار خاص من الماء تاره بالقله إذا كان مسبوقا بها و أخرى بالكثرة إذا كان مسبوقا بها و يحكم في مكان خاص بوجوب القصر تاره و وجوب الإتمام أخرى لاختلاف الحاله السابقه

و أغرب من هذا ما أفاده في

قوله قدس سره و لا يعارضه أصاله الفساد في غير هذه الموارد لأن استصحاب الصّحه مقدّم عليها إلى آخره

لأنه لو كان المدعى الحكم بالصّحه في غير مورد جريان استصحاب الصّحه من باب عدم القول بالفصل بين الموردين و الحكم بالفساد في غير مورد استصحاب الفساد من باب عدم القول بالفصل بين الموردين فلا- يصحّ الجواب عنه بأن أصاله الفساد محكوم بأصاله الصّحه لأن مورد الحكومه إنما هو لو كان الأصلان واردین في مورد واحد و أما لو كان مورد أحدهما غير مورد الآخر و لا سببيه و مسببيه بينهما فلا وجه للحكومه فالالتزام بملكه الكافر فيما لو كان مسلما و ارتدّ و ما لو كانا كافرين و أسلم العبد و نحو ذلك كالإرث لا يلزم الالتزام بملكه بالشراء و نحوه كالهبة و الصّلع بل الوصيّه و الجعالة

و بالجمله مقتضى الروايه عدم تملك الكافر للمسلم و استصحاب صحه تملكه فى بعض المقامات لا يقتضى صحته فى الموارد الأخر سيما إذا فرضنا وجود أصل موضوعى يقتضى الفساد و مقتضى الآيه الشريفه نفي استيلاء الكافر على المؤمن و سلطنته عليه فالروايه خاصه من جهه لاختصاصها بملك الرقبه

و لا تشمل المنافع والآيه خاصه من جهه أخرى و لا تشمل الملكيه المسلوبه عنها الآثار و أما شمولها لملك المنفعه أو الانتفاع إذا فرضنا اقتضاء تملكه لهما السلطنه على المسلم و الاستيلاء عليه كالإجاره المطلقه المتعلقه بجميع منافع الحرّ و العبد المسلمين فلا ينبغي الإشكال فيه

و على هذا فالصواب أن يقال إن كلّ ما اقتضى استيلاء الكافر على المسلم لا يصحّ من غير فرق بين تمليك المنفعه كالإجاره و تمليك الانتفاع كالعاريه و من غير فرق بين أن يكون المسلم حرّاً أو عبداً و كلّ ما لم يقتض ذلك فلا مانع منه مطلقاً

و التفصيل بين الذمه و العين أو بين كون المسلم حرّاً و عبداً أو بين كون الكافر مسلطاً على استيفاء المنفعه و استيفاء الانتفاع إن رجع إلى البحث عن الصيغرى و أنّه هل هذا سبيل أو لا- فللبحث عنها مجال و أمّا إن رجع إلى البحث عن الكبرى و أنّه هل يشمل آيه نفى السبيل جميع هذه الأقسام أو لا فلا شبهه أنّه لم يقدّم دليل خاصّ على خروج بعض الأقسام مع كونه من أفراد العام و لا على إلحاق بعضها بها مع كونه خارجاً عنها

فالصواب هو تنقيح الصغرى حتّى يظهر أنّ الجواز مطلقاً كما فى التذكرة و غيرها أو المنع مطلقاً كما عن الإيضاح لا وجه له فنقول كما أنّه قد تقتضى إجاره الأموال كون العين كالدار تحت يد المستأجر و قد لا تقتضى ذلك كإجاره الدابّه و السّفينه للحمل فكذلك فى إجاره الأعمال قد تقتضى استيلاء المستأجر على العامل سواء كان هو المؤجر نفسه كالحرّ أو كان غيره كالعبد و قد لا تقتضى ذلك فالأول كالإجاره المطلقه المتعلقه بجميع منافع الحرّ و العبد و مجرد أنّ الحرّ ليس قابلاً للتملك و الغصبيّه لا يقتضى سلب سلطنه الكافر فإذا آجر رقبته بحيث كان جميع منافعه للكافر فهذا سبيل منه عليه و هكذا الأجير الخاصّ كما لو استأجر الكافر المسلم فى مدّه من الزّمان لعمل خاصّ بحيث لم يكن للموَجّر أن يعمل فى هذه المدّه لغير المستأجر الكافر

و بعبارة أخرى إذا ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له أن يملك غيره فهذا سبيل منه عليه و الثّانى كالإجاره المتعلقه بدمه المسلم كما لو آجر نفسه لأنّ يخيّل له ثوباً أو آجر عبده كذلك فإنّ مجرد ذلك ليس سبيلاً عليه فهذه الإجاره نظير الاقتراض من الكافر فى أنّ مجرد مطالبه الدّين ليس سبيلاً منه عليه

قوله قدّس سرّه و أمّا الارتهان عند الكافر ففى جوازه مطلقاً إلى آخره

لا- يخفى أنّه من أحكام الرهن شرعاً عند الإطلاق أن تكون العين المرهونه تحت يد المرتهن فإذا كان المرتهن كافراً و كانت العين المرهونه عبداً مسلماً لا يمكن أن يؤثر عقد الارتهان ما يقتضيه إطلاقه لأنّ كون العبد المسلم تحت يد الكافر سبيل منه عليه فإذا اشترط أن يكون عند ثالث مسلم فلا إشكال فى صحّته لأنّ مجرد إلزامه المسلم بأداء الدّين و فكّه الرّهانه أو إلزامه ببيع العين المرهونه ليس سبيلاً منه عليه و لا يشمله الروايه الشّريفه أيضاً كما هو واضح و أمّا لو لم يشترط ذلك فتاره يصرحان بما يقتضى إطلاقه لو لا التصريح به أيضاً فهذا مخالف للكتاب لأنّ مرجعه إلى اشتراط كون الكافر مستولياً على المسلم

و أمّا لو أطلقا فهل يكون الرهن باطلاً- أو أنّ نفى السبيل بنفسه يوجب التقييد وجهان من أنّ الحكم الشرعى بنفى السبيل لا

يمكن أن يقيد قصد المتعاقدين فمع فرض قصدهما الإطلاق فحكمه حكم ما لو صرّح بالإطلاق و من أنّ تأثير الإطلاق إنّما هو من باب عدم ما يوجب التقييد فإذا دلّ نفي السبيل على عدم صحّه كون المسلم تحت يد الكافر لا على فساد الرهن فهذا

بنفسه يوجب التقييد و لا يختص صحته بما لو صرّحاً بالتقييد و الحكم الشرعى فى المقام نظير الحكم الشرعى بحرمه صوم يوم العيد فكما أن حرمة تقتضى تقييد التذير المتعلق بصوم كل يوم خميس بما عدا العيدين فكذلك الحكم الشرعى فى المقام يقتضى التقييد بعدم كون العبد تحت يد المرتهن و ممّا ذكرنا من التفصيل فى باب الرهن ظهر حكم جميع العقود الأمايه

أمّا الإجاره فقد تقدم حكمها و أمّا العاريه فلا تجوز لأنّها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا و أمّا الوديعه فلا مانع منها لأنّ حفظ الكافر مسلما ليس سبيلا- عليه و هكذا توكيل الكافر على بيع المسلم فإنّ مجرّد وكاله الكافر على بيع المسلم من قبل المولى المسلم ليس سبيلا و استيلاء منه عليه و هكذا توكيله فى التجاره و مطالبه الدين من المسلم و نحو ذلك

ثمّ إنّه لا فرق فى الكافر بين أن يكون كبيرا أو صغيرا فأطفال الكفار بحكمهم و لا وجه لإشكال المصنف فى الإلحاق كما أنّه لا فرق فى المسلم بين أن يكون كبيرا أو صغيرا و كذلك لا فرق بين أن يكون مؤمنا أو مخالفا و ذلك واضح

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع إلى آخره

لا يخفى أنّ السبيل المنفى هو الملك المستقرّ بحيث يكون للمالك أنحاء التصرف و أنواع السلطنه و الاستيلاء و أمّا مجرّد شراء الكافر من ينعق عليه أو دخول المسلم فى ملكه مقدّمه للانعتاق فهذا لا يعد سبيلا و سياده و علواً فالآيه الشريفه و حديث المسلم يعلو و لا يعلى عليه لا يشملان هذا النحو من التملك إنّما الكلام فى صحّه تملكه بمقتضى النصّ المروى عن الأمير عليه السلام فى بيع عبد أسلم فإنّ مقتضى كون النهى عن المسبّب موجبا لعدم حصوله و ضعا هو عدم تملك الكافر بالشراء أصلا فكيف يترتب عليه العتق و لكنّ المذى يهون الخطب أنّ الانعتاق على المشتري و لو على القول بالملكه آنا ما ليس داخلا فى مدلول النصّ لانصراف قوله ع و لا تقرّوه عنده عن مثل هذا الملك فإنّ الملكيه بالنسبه إلى أقسامها من الكلى المشكك و هذا الفرد منه ينصرف عنه الكلى هذا بالنسبه إلى شراء العمودين

و أمّا بالنسبه إلى شرائه من ينعق عليه ظاهرا كما لو أقرّ بحريه مسلم ثم اشتراه فالحقّ صحّه شرائه و انعاقه عليه أيضا بمقتضى إقراره و العلم الإجمالى بكونه إمّا صادقا فلا يصحّ شراء الحرّ و إمّا كاذبا فكذلك لعدم صحّه شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا بطلان الشراء غير وجيه لإمكان اختيار كلا الشقين و الالتزام بصحّته على أى حال

أمّا بناء على صدقه فلا دراجه فى المعامله الاستنقاذيه فإنّه بعد ما ثبت فى الشريعة صحّه هذا النحو من المعامله فليكن هذا من ذاك كما لو اشترى المسلم مسلما من كافر استرقه فإنّه قيل بأنّ الثمن يدخل فى ملك الكافر بحيث لو حاربه المسلمون و غنموا أمواله التى منها الثمن المعين يدخل الثمن فى فىء المسلمين و لا يرجع إلى المشتري المسلم

و أمّا بناء على كذبه فلا أنّ الكافر و إن لم يملك المسلم إلّا أنّه قد ظهر أنّ الملك المذى يكون مقدّمه للانعتاق ليس سبيلا من الكافر على المسلم و لا- يشمله النصّ أيضا كما تقدم فيملك واقعا و ينعق عليه ظاهرا لإقراره بحريته و التفكيك بين الواقع و الظاهر فى مورد الإقرار ليس عزيز الوجود

ثم إن إقرار المقر له على خلاف ما أقر به المقر لا يبطل إقرار المقر في المقام فتصدى المولى لبيع العبد و عدم استنكاف العبد ذلك لا يبطل إقرار الكافر بحريته و لا يقاس على ما إذا أقر المولى بحريه عبده و أقر العبد بعبوديته له و ذلك للفرق بينهما فإن إقرار المقر له أو مولاه في المقام



بعبوديته العبد لا أثر له لأنه على أي حال لا يستقر في ملك الكافر سواء كان حرًا أم عبداً فيسمع إقرار الكافر بحريته العبد و ينعقد عليه ظاهراً و هذا بخلاف ما إذا أقر المولى بحريته عبده و أقر العبد بعبوديته له

ثم إن مما ذكرنا يظهر أن قوله قدس سره فتأمل إشاره إلى عدم العلم التفصيلي ببطان الشراء لا أن العلم الإجمالي في المقام لا أثر له و أما الثالث و هو العتق بأمر الكافر فأولى بالصحة من القسم الأول لأن احتمال شمول النص لشراء من ينعقد عليه يجرى في القسم الأول دون هذا القسم و ذلك لأن في مورد الشراء قد أنشأ الملكيه باللفظ فيمكن أن يقال المنشأ إذا كان منهياً عنه فلازمه عدم تحققه أي فساد المعامله و أما قول الكافر أعتق عبدك عني و قول المأمور أعتقتك عنك فليسا إنشاء للملكيه صريحا و إنما قلنا بحصولها آنا ما للجمع بين الأدله حيث إنها دلت على صحه استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملي و دلت على أنه لا عتق إلما في ملك فمقتضاها استطراق الملك من ملك المالك إلى ملك الأمر و خروجه عنه إلما أن يقال إنه ليس الغرض من النهي إلما بيان عدم حصول النتيجة للكافر بأي سبب سواء كان من الأسباب المتعارفه أم غيرها و لكنّه قد ظهر أن النص منصرف عن هذا النحو من الملك

و على أي تقدير هذه الأقسام الثلاثه مستثناه من عدم تملك الكافر كخروج تملكه بالإرث عن مورد النص أما الآيه المباركه فواضح لأنها تنفي السيلطنه لا أصل التملك و أما الزوايه فلائها تنفي استقرار الملك و لا تدل على خروجه عن ملكه قهرا حتى يقتضى عدم دخوله فيه رأسا لا- سيما إذا كان استطراقيا كشراء من ينعقد عليه و أولى من ذلك كله استيفاء مال محترم بأمر معاملي يقتضى دخول المال في ملك المستوفى الكافر و خروجه عنه فإن الملكيه آنا ما للملازمه بين العتق و الملك لا يندرج في قوله ع لا تقروه عنده

و حاصل الكلام أنه فرق بين شراء العمودين و عتق المسلم بأمر الكافر لأنهما لا يدخلان تحت كبرى واحده فإن شراءه من ينعقد عليه داخل في الملكيه الصيريه بخلاف العتق فإنه لم ينشأ الملك إلما ضمنا فلا بد من قيام دليل آخر يدل على المنع عن الملك الضمني

و على أي حال لا ينبغي الشبهه في أن شرط البائع على الكافر المشتري عتق العبد المسلم لا يؤثر في الصّحه لأن المبيع قابل لأن يستقر في ملك الكافر بإسقاط المشروط له شرطه و مجرد تسلط المشروط له على إلزام المشروط عليه لا يقتضى عدم شمول النص لهذا النحو من الشراء و إلما فإنه مجبور على البيع في غير مورد الشرط أيضا فيجب أن يقال بأنه يملكه من دون شرط

قوله قدس سره ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختيارا أما التملك القهري فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر أجبر على البيع فمات قبله إلى آخره

لا يخفى ما في كلامه قدس سره في ذيل هذا العنوان أما أولا فلما ظهر من أن آيه نفى السبيل لا تدل على نفى الملكيه بل هي داله على نفى السيلطنه و الاستيلاء فالملك المسلوب عنه الآثار ليس من مصاديق السبيل فلو قيل بأن المال ينتقل من المورث الكافر إلى الوارث الكافر بمقتضى أدله الإرث ثم يحجره الحاكم و يبيعه عليه كحجر المورث لا- يرد عليه محذور و الزوايه

الشّريفه أيضا لا تدلّ على نفى التملّك رأسا بحيث ينعق العبد المسلم على الكافر و يخرج عن ملكه إذا كانا كافرين و أسلم  
العبد بل تدلّ على

نفى الاستقرار فتخصّص بما إذا حصل له الملك القابل للاستقرار بالأسباب الاختياريّة كالبيع ونحوه لأنّه هو الذى يجرى فيه النزاع بأنّ النهى المتعلّق بالمسبّب هل يقتضى الفساد أم لا

و أمّا فى الإرث فليس هناك سبب و مسبّب حتى يقال إنّ النهى عن المسبّب يقتضى الفساد و بالجمله بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملك الكافر بمجرد إسلام العبد أو ارتداد المولى بل يبقى على ملكه و يباع عليه أو يجبر على البيع و بعد الفراغ عن أنّ الإرث ليس كالبيع بحيث يكون التّبديل فى طرف الملك بل مع بقاء الملك على ما كان عليه يتبدّل المالك فلا إشكال فيه و على هذا لو أجبر الكافر على بيع عبده المسلم و مات قبل البيع يقوم مقامه الوارث و يكون الملك على ما كان عليه قبل قيام الوارث مقام مورثه

و أمّا ثانيا فلاّنه لو سلم دلالة آيه نفى السبيل على نفى تملك الكافر رأسا حتّى بالأسباب القهريّه فلا وجه لتوهم معارضتها مع أدلّه الإرث و تساقطهما ثم الرجوع إلى استصحاب بقاء العبد على عبوديته فإنّ الاستصحاب و إن كان جاريا بعد التساقط إلّا أنّه لا- تصل التّوبه إلى التّعارض فإنّ أدلّه نفى السبيل حاكمه على أدلّه الإرث لأنّها تثبت الإرث للوارث بالعنوان الأولى و ليست ناظره إلى اعتبار الخلوّ عن الموانع و عدمه فكما أنّ الدليل الدالّ على أنّ القاتل لا يرث حاكم على أدلّه الإرث فكذلك الدليل الدالّ على أنّ الكفر مانع

فالصّواب هو المنع عن شمول آيه نفى السبيل للمقام لأنّه بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملك الكافر قهرا فالوارث حيث إنّه ليس كالمشترى العدى يتبدّل ملكه بملك الآخر بل مع بقاء الملك على ما هو عليه يقوم مقام مورثه و قيامه مقامه ليس سبيلا على المسلم لأنّه لم يوجد فى البين سبيل آخر غير ما كان للمورث بل لو سلّمنا عدم تملك الكافر أصلا حتّى بالأسباب القهريّه إلّا أنّ الإرث خارج عن هذا العنوان رأسا لأنّه لم يملك الوارث الكافر ملكا جديدا بسبب قهريّ أو اختياريّ بل انتقل إليه على ما كان عليه من تملك الكافر له و لو قيل بأنّ هذا أيضا سبيل فلا بدّ من الالتزام بخروج العبد المسلم عن ملك المورث و إلّا فلا وجه لعدم قيام الوارث مقامه و أمّا ثالثا فلو سلّم المعارضه فلا وجه لرجوع العبد إلى الإمام عليه السلام لأنّه ع إنّما يكون وارثا لمن علم أنّه لا- وارث له و أمّا لو شكّ فى وراثه غيره لشبهه حكمته كما فى المقام و نحوه أو شبهه موضوعيته كما لو احتمل وجوده فى البلاد البعيده فكونه عليه السّلام وارثا غير معلوم إلّا أن يقال بمجرد الشكّ فى وراثه الطبقة السابقيه يتحقّق مورد إرث الطبقة اللاحقه و لو لم يحرز عدم كون السابقي وارثا

و فى المقام و إن لم يجر استصحاب عدم كون الكافر وارثا بالعدم النّعتى إلّا أنّ العدم المحمولى أيضا كاف لأنّ تملك الوارث العبد الباقي على رقيته بالاستصحاب مسبوق بالعدم فإذا جرى استصحاب عدم ملكيته لم ينتقل إلى الإمام و لذا لو شكّ فى تقدم إسلام الوارث على موت المورث و تأخره عنه و لم يكن أصل يحرز أحدهما كما فى مجهولى التاريخ يرث غيره ممّن هو فى طبقته لو كان و إلّا يرثه الطبقة اللاحقه

ثمّ إنّ بناء على ما اخترناه من عدم شمول آيه نفى السبيل لإرث الكافر العبد المسلم من الكافر فلا يمكن أن يقاس عليه سائر الأملاك القهريّه لا- من باب قيام الإجماع على ثبوت الإرث كما يظهر عن جامع المقاصد و عدم قيامه فى غيره فإنّ تحقّق



أيضا ممنوع بل لما ذكرنا من أنّ الإرث ليس تبديلا في الملكيه و هذا بخلاف سائر الأملاك القهريه سواء كان سببه قهريا كدخول الكافر في من أوقف عليه العبد المسلم أو الانتقال إليه بالانفساخ كما إذا تلف الثمن الشخصى الذى جعل بإزاء العبد قبل القبض أم كان اختياريا كالمملك الحاصل له بفسخ من انتقل إليه العبد المسلم لأنه ملك جديد نظير الملك الحاصل له بالشراء أو الهبه أو المصالحه فبناء على دلالة آيه نفى السبيل على عدم تملك الكافر لا يصحّ الفسخ من ذى الخيار و يبطل الوقف إذا انحصر الموقوف عليه في الكافر لأنّ التملك بالوقف الخاصّ حكمه حكم التملك بالمعاوضه و ليس الموقوف عليه مصرفا

قوله قدّس سرّه و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم إلى آخره

هذا هو الأقوى لأنّ ظاهر قوله ع اذهبوا فبيعوه على المسلمين أنّ ولاية البيع ليس له و إلّا كان المناسب أن يقول ألزموه على البيع و على أى حال لا شبهه أنّ الملك لا يزول عنه بمقتضى النصّ و الفتوى فما فى الإيضاح من زوال ملك السيّد عنه لا وجه له مع أنّه لو زال فاستحقاقه للثمن بلا موجب لأنه لو قلنا بأنّه لو أسلم العبد ينعق على مولاه و يصير حرّا فلاستحقاقه للثمن وجه فيجب على العبد أن يسعى فى قيمته لتعلّق ثمنه بركبته و أمّا لو لم نقل بانعتاقه بل قلنا بزوال ملكه عنه فيصير ملكا بلا مالك أو ملكا للمسلمين و على أى حال لا وجه لأن يباع من المسلمين و يعطى المولى الكافر ثمنه

و بالجملة الجمع بين زوال ملكه عنه مع بيعه و دفع الثمن إليه لا محصّل له

قوله قدّس سرّه و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه فالظاهر أنّه لا خيار له و لا عليه إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لجعل موضوع البحث تولّى المالك لبيعه الذى قد ظهر عدم ثبوت الولاية له بل الصواب أن يجعل موضوع البحث تولّى الحاكم أو غيره من المسلمين فيقال لو لم يستقرّ المسلم على ملك الكافر فمقتضاه أنّ البيع الذى هو مقدّمه لسلب ملكيه الكافر لا يكون خياريا لا لمالك العبد و لا لمن انتقل إليه من غير فرق بين الخيارات

و على أى حال فالمحتملات التى ذهب إلى كلّ منها قائل كثيره منها ما ذكرناه من أنّ الكافر لا يملك المسلم فى غير مورد الإرث و لو كان منشأ التملك فسخ العقد فلا خيار فى هذا العقد مطلقا لا للكافر و لا للمشتري

و منها مقابل هذا القول و هو عدم الفرق بين هذا العقد و العقود الأخر فيجرى فيه ما يجرى فيه و منها التفصيل بين الخيارات الثابته بالتعبّد الشرعى كخيار المجلس و الحيوان فلا يجرى و الثابته بجعل من المتعاقدين صريحا أو ضمنا كخيار الشّروط و خيار العيب أو الغيب

فلا مانع منه و منها التفصيل بين الخيارات الثابتة من غير ناحيه الضرر فلا يثبت حتى خيار الشرط و الثابتة من ناحيه الضرر كخيار الغبن و العيب و نحوهما فيثبت و منها التفصيل في الخيارات الناشئة من الضرر بين كون المتضرر مسلما فيثبت و كونه كافرا فلا

و منها ابتناء المسألة على أنّ الزائل العائد كالأذى لم يزل أو كالذى لم يعد فلو قلنا بالأول يثبت الخيار لأن الفسخ يجعل الملكيه السابقه كأن لم يزل أو كالذى لم يعد فلو قلنا بالأول ثبت الخيار لأن الفسخ يجعل الملكيه السابقه كأن لم يزل و المفروض أنّ الملكيه قبل البيع كانت ثابتة للكافر فلا مانع من تأثير الفسخ و عود الملكيه السابقه و لو قلنا بالثاني فلا يمكن أن يؤثر الفسخ لأنّ ما يرجع بالفسخ ملكك جديد و الكافر لم يجعل له التملك الجديد و لا يخفى أنّ مدارك هذه المحتملات مذكوره في المتن فلا- يهمنّا بيانه إنّما المهم بيان أمور ينبغي التنبيه عليها الأول أنّه لو منعنا عن جريان خيار العيب في هذا العقد فإنّما الممنوع هو التخيير بين الردّ و الأرش و أمّا الأرش فقط فلا مانع منه كما هو الشأن في كلّ مورد تعدّد أحد فردي التخيير الثاني سيجى ء في باب الخيارات أنّه لا يمكن أن تكون قاعده لا ضرر منشأ لثبوت الخيار أصلا بل المنشأ له هو تخلف الشرط الصريح أو الضمني في غير مورد الخيارات المجموعه الشرعيه فإذا تخلف الشرط فحيث إن المشروط له واجد للشرط و بفقده يتضرر فيثبت له الخيار الثالث أن هذه القاعده و هي أنّ الزائل العائد كالأذى لم يزل أو كالذى لم يعد مضافا إلى ما أورده المصنف عليها من أنّها لا تبنى على أساس و لا- كبرى لها لا- عقلا- و لا- شرعا لا تنطبق على المقام فإنّ هذه القاعده أسست فيما لو رجع ما انتقل عن المشتري إليه بسبب جديد أو بفسخ و نحوه و كان له أو للبائع الأول الخيار

فلو قيل بأنّ الزائل عن ملك المشتري العائد إليه بمنزله غير الزائل أى كأنه لم يخرج عن ملكه فالمبيع قائم بعينه فللبائع الأول أو المشتري الأول الفسخ بالخيار و لو قيل بأنّه كالأذى لم يعد أى كأنه باق في ملك الثالث الذى هو المشتري الثاني فليس المبيع قائما بعينه فليس للبائع و لا للمشتري الأول الفسخ و فى المقام ثبوت الخيار من أصله مشكوك أى لم يعلم قابليته المبيع للعود حتى يقال إنّ الزائل العائد كالأذى لم يزل أو كالذى لم يعد الرابع أنّ ما أفاده قدس سره فى

قوله و يشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوه أدله نفى الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنّما حصل من كفره إلى آخره

من الغرابه بمكان

أمّا أولا فمضافا إلى ما أشرنا إليه من أنّ نفى الضرر بنفسه لا يقتضى الخيار أن أقويّه نفى الضرر من نفى السبيل غير معلومه لأنّ كلا منهما حاكم على أدله الأحكام كقاعده نفى الحرج و لا منشأ لأظهره نفى الضرر من نفى السبيل بل العكس هو المتعين فإنّ آيه نفى السبيل أب عن التخصيص

و أمّا قاعده لا ضرر فقابله للتخصيص بل قيل بوهنها لكثرة التخصيصات الوارده عليها و أمّا ثانيا فالتفصيل بين المسلم و الكافر لا وجه له لأنّ الكافر لم يقدم على الضرر و إنّما أقدم على الكفر فكيف لا يثبت له الخيار

و بالجمله الإقدام على نفس الضرر هو الموجب لعدم جريان قاعده لا ضرر لا الإقدام على المقدمات الإعداديه لجعل الحكم

الضّررى الخامس ما ذكره جامع المقاصد من أن نفى السبيل لو اقتضى خروج العقد عن مقتضاه و هو الخيار لاقتضى خروج العبد ابتداء عن ملك الكافر ففيه أنه لا ملازمه بينهما فإن تملك الكافر ابتداء بالإرث و نحوه لا يقتضى تملكه بالفسخ و البيع و نحوهما السادس ما يظهر

من القواعد من أنه لا مانع من ثبوت الخيار في هذا العقد و استرداد قيمه دون نفس العبد لا وجه له أصلا سواء قلنا بتعلق الخيار بالعين أم بالعقد و سواء كان الخيار للمشتري أم للبائع

أما بناء على تعلقه بالعين فواضح لأن حق الفسخ و إن لم يكن دائرا مدار بقاء شخص العين و لذا لا يسقط بتلفها إلا أنه لا بد من تعلقه بالعين و لا حتى يرد مثلها أو قيمتها في مورد تعذر ردّها و المفروض امتناع تعلقه بها لأن الكافر لا يملك المسلم بأي سبب سواء كان عقدا كالبيع أم إيقاعا كالفسخ فإذا امتنع تعلقه بها فلا مقتضى لتعلقه ببدلها

و أما بناء على تعلقه بالعقد فحيث إن تعلقه به ليس إلا طريقا و وسيله لاسترداد العين فيمتنع تحقّقه أيضا لأن أعماله مستلزم لردّ العين إلى المالك إذ لا معنى لأن يكون العين باقية و يتعلّق الضمان بالبدل و فرضها تالفه و رد مثلها أو قيمتها بلا موجب و الجمع بين الحقين هو بنفسه ليس من الأدلّة بل لو اقتضى الدليل رجوع قيمه العبد إلى الكافر فهو و إلا يسقط الخيار و سيجيء في خيار المجلس تمام الكلام في شراء من ينعق على المشتري

ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا بين خيار الكافر أو المشتري المسلم لأنّ تقدير العبد المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله و إن لم يكن سيلا- له عليه إلما أنّ التقدير يحتاج إلى الدليل كما في مسأله أعتق عبدك عنّي و تلف المبيع قبل القبض على ما تقدّم تفصيله و الأدلّة العامّة المثبتة للخيارات غير متكفّله للتقدير و ليست كالأدلّة الخاصّة حتى نلتزم بالتقدير بدلاله الاقتضاء

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ هذا العقد لا يقتضى الخيار لا للكافر و لو كان أعماله بولايه الحاكم و لا للمشتري لأنّ مقتضى الزوايه الشّريفه أن كلّ سبب يترتب عليه تملك الكافر بالملك المستقرّ لا يؤثر سواء كان عقدا كالبيع و نحوه أو إيقاعا كالفسخ أو ملحقا بأحدهما كالإقاله للملازمه التي تستفاد منها و هي عدم الفرق قطعا بين البقاء و الحدوث نعم لا تشمل مثل الإرث و نحوه

### [مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر]

قوله قدس سرّه مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر إلى آخره

لا- يخفى أنّه و إن لم يرد النصّ في المصحف إلما أنّه لا- يبعد إلحاقه بالعبد المسلم بل إلحاق كلّ كلام منقوش محترم من الزوايات الواردة في الأحكام أو الأدعيه و الأذكار به للأولويّه القطعيه من غير فرق بين أن تكون من المتواتره أو الآحاد لأنّها بعد حجّيتها حكمها حكم المتواتر إلما أن يمنع القطع بالمناط و إن كان الإلحاق أحوط ثم إنّ هاهنا فروعا من حيث الابتداء و الاستدامه و من حيث شمول الحكم للترجمه و عدمه و من حيث الخطوط و غير ذلك المذكوره في كتب القوم فراجعها

### [القول في شرائط العوضين]

[الأول يشترط في كلّ منهما كونه متمولا]



قوله قدّس سرّه القول فى شرائط العوضين يشترط فى كلّ منهما كونه متموّلاً إلى آخره

قد تقدّم سابقاً أنّ البحث فى شرائط المعاوضات فى مقامات ثلاثه و تقدم شرائط العقد و شرائط المتعاقدين و بقى شرائط العوضين فمنها أن يكون كلّ منهما متموّلاً أى يبذل بإزائه المال و تقدم أنّ ماله الشىء إمّا باعتبار قابليته للانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات و نحوها و إمّا للخاصيّه المترتبّه عليه و هو ما يتوقّف الانتفاع به على إتلافه كالحبوبات و الفواكه

ثم الشىء الّذى له خاصيّه تاره يكون محلّ ابتلاء عامّه البشر دائماً و أخرى لا يبتلى به إلا نادراً ثم إنّ القسم الثانى قد يتعارف اقتناؤه لرفع الحاجه الاتّفاقيه أو لا يتعارف فلو كان اقتناؤه متعارفاً فلا إشكال فى صحّه معامله عليه كأدويه

و العقاقير و أمّا لو لم يتعارف ذلك كالخنافس و الديدان فيفسد معامله عليه و إن اتفق الحاجه إليه لأنّ مناط المائيه إذا كان بذل المال بإزائه فلا يشمل أمثال ذلك و على هذا فلا يصحّ معامله على حبه الحنطه و الماء على الشّاطى لعدم بذل المال بإزائه إمّا لقلته أو لكثرتة و إن قلنا بكونهما مملوكين و لذا يحرم غصبهما لأنّ النسبه بين الملكيه و المائيه عموم من وجه فإنّه قد يكون الشىء مالا و ليس بملك كالكلّى قبل استقراره فى الذّمّه و لذا يبذل بإزائه المال و قد يكون ملكا لا مالا كحبه الحنطه ثم إنّه كما يعتبر فى العوضين أن يكون مالا عرفا يعتبر أن يكون كذلك شرعا فلو أسقط الشّارع جهه مائيته العرفيه كالخمر و الخنزير لا يصحّ جعلهما عوضا و لا معوّضا

ثمّ بناء على التّباين الجزئى بين الملك و المال فلا يصحّ الاستدلال باعتبار المائيه العرفيه فى العوضين بمثل قوله ع لا بيع إلّا فى ملك كما أنّه لا يصحّ فى مورد الشكّ فى كون شىء مالا عرفا التمسك بعمومات صحّحه البيع و التّجاره لأنّ هذه الأدلّه إمضاء لما عليه العرف و العاده فإذا شكّ فى جريان العاده على معامله بشىء فبدليل الإمضاء لا يمكن أن يحكم بصحّته

قوله قدّس سرّه ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكيه فى العوضين عن بيع ما يشترك فيه النّاس إلى آخره

لا يخفى أنّ ظاهر هذا التفريع تساوى الملكيه و المائيه و إلّا كان حقّ العبارة أن يقال كما يشترط فى كلّ منهما أن يكون متموّلا كذلك يشترط أن يكون ملكا فعليّا و على أىّ حال لا- إشكال فى عدم جواز بيع السيمك فى الماء و الطير فى الهواء قبل اصطيادهما

و بعبارة أخرى كلّ ما يباح لجميع النّاس أو المسلمين لا يجوز بيعه قبل تملكه بالاصطياد أو الاحتطاب أو التّحجير و نحو ذلك فإنّ بذل المال بإزائه سفهىّ فلا يمكن أن يقاس الطّير فى الهواء على بيع الخمر للتّخليل بناء على صحّته لأنّ الخمر يبقى فيه حق الاختصاص لمن صار خلّه خمرا فيصحّ بيعه للتّخليل ثمّ إنهم كما احترزوا باعتبار الملكيه عن المباحات الأصليّه كذلك احترزوا بها عن الأراضى المفتوحه عنوه فإنّها و إن كانت ملكا إلّا أنّها لجميع المسلمين لا لمن هى فى يد من عمّرها و أحيائها فلا يجوز بيعها و شراؤها فهى من جهه كالوقف على الجهه الّذى قد يعبر عنه بالوقف العام كالعلماء و المؤمنين و إن كانت هى بنفسها قسما مستقلا

و توضيح ذلك أنّ الملك باعتبار المالك على أقسام خمس الأول الملك الطّلق لكلّ شخص شخص كدار زيد و بستان عمرو و نحو ذلك من المنقول و غيره الثّانى ملك الموقوف عليهم للعين الموقوفه فى الوقف الخاص الثّالث ملكهم لها فى الوقف العام فالطّائفه الأولى يملكون منفعتها على نحو الإشاعه و الثّانية يملكون منفعتها لا على نحو الإشاعه و فى كلا القسمين يمكن أن يعرضها الطّلقيه على شرائط سيجىء إنشاء الله تعالى الرّابع ملك السّادات و الفقراء للخمس و الرّكاه فإنّهما يملكانهما بالقبض الخامس الملك المفتوحه عنوه فإنه نحو مستقلّ من الملكيه لها أحكام خاصّه لا تترتب على غيرها و من جملتها عدم إمكان عروض الطّلقيه لها و لا- ينافى ذلك صحّحه بيعها للإمام ع إذا رأى فيه المصلحه لأنّه على فرض تسليم ذلك فموضوع البحث هو جواز بيعها مع قطع النّظر عن إذن الإمام أو موضوعه تعدّر إذنه و مباشرته للبيع كما فى زمان الغيبه

قوله قدّس سرّه و حيث جرى الكلام في بعض أقسام الأرضين فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام

الأرضين إلى آخره

حاصل الأقسام أنّ الأرض إمّا موات أو عامره و كلّ منهما إمّا أن يكون كذلك بالأصل أو بالعرض فإذا كانت مواتا بالأصله أى لم تكن مسبوقة بالعماره أصلا فهي للإمام عليه السّلام و يدلّ عليه الإجماع المنقول بل المحضّل و الأخبار المستفيضه بل المتواتره بل يدلّ عليه الكتاب على ما يستفاد من الأخبار الكثيره من أنّها من الأفعال

ثم لا إشكال فى أنّه لو أحيها الشّيعه يملكها كما هو صريح قوله ع ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله ع كلّما كان فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون إنما الكلام فى أنّ الحليه بالإحياء مختصّه بهم أو تشمل غيرهم من المسلمين بل كل من أحيها مسلما كان أو كافرا ثم هل يملكه المحيى مجانا أو يجب عليه أداء خراجه إلى الإمام أمّا الكلام فى الجبهه الأولى فالحقّ فيه هو العموم و إن كان ظاهر بعض الأخبار هو الاختصاص إمّا لشمول الإذن فى الإحياء و الإباحه و التمليك لمطلق المسلم فلبنويين أحدهما قوله ص موتان الأرض لله و لرسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون و ثانيهما قوله ص عادى الأرض لله و رسوله ثم هى لكم منى

و أمّا شموله لمطلق من أحيها و لو كان كافرا فللقوله ع فى صحيح محمّد بن مسلم سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصارى فقال ليس به بأس إلى أن قال أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها و هى لهم و فى صحيح أبى بصير سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرضين من أهل الذمّه فقال لا بأس بأن يشتري منهم إذا عمروها و أحيوها فهي لهم إلى آخر الحديث

و لا ينافى ذلك ما يدلّ على تخصيص الشّيعه بذلك فإنّه يمكن الجمع بين الطائفتين بأنّ الغرض الأصلى من الإذن هم الشّيعه و لكنّه حيث يمتنع تخصيص الإذن بخصوص الشّيعه فأذنوا عليهم السّلام لكلّ من أحيها و نظير ذلك مسأله العده فإنّ حكمه تشريعها مختصّه بمورد اختلاط المياه و لكن الحكم عامّ و فى المقام أيضا حكمه الإذن مختصه بالشّيعه لتطيب ولادتهم و تحلّ مساكنهم و مناكحهم و لكنّ الحكم عام من حيث توقّف الحليه على الشّيعه على الحليه لكلّ من أحيها و إلّا لا يترتب الغرض فإنّ الأرض التى لم يحيها الشّيعه لو لم تكن ملكا لمحبيها لما جاز للشّيعه التصرف فى غلاتها و منافعها فإنّ جواز التصرف فيها يتوقف على الإحياء و المفروض عدم إحياء الشّيعه لها

و أمّا الجبهه الثالثه و هى تعلق الخراج بها فالحقّ عدمه و الظاهر كون الحكم إجماعيا كما يظهر ذلك بالمراجعه إلى كتاب الخمس و إحياء الموات و أمّا إذا كانت عامره بالأصله أى لا من معمر كأطراف الشّطوط و سواحل البحار و الآجام و الغابات فالكلام فيها أيضا من جهات الأولى فى كونها من الأنفال التى لا إشكال فى أنّها للإمام عليه السّلام و عدمه و الأقوى كونها منها لقول الباقر و الصّادق عليهما السّلام حيث سئلا عن الأنفال فعدا من جملتها و كلّ أرض لا ربّ لها على ما فى تفسير على بن إبراهيم و لما روى على ما فى المتن أنّ كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السّلام

نعم ناقش فى هذه الأدلّه صاحب الجواهر و يظهر منه تقييد الأرض التى هى من الأنفال بما كانت ميتة أو كانت عامره فى يد الكفّار و أخذت منهم من دون خيل و لا ركاب و أمّا العامره التى لا يد لأحد عليها فهي من المباحات الأصليه يملكها كلّ من

حازها فإنّ قوله ع و كل أرض لا ربّ لها

و إن كان مطلقا إلا أنه يقيدده قوله ع و كل أرض ميتة لا رب لها

و أجاب عنه المصنف بأن الوصف المسوق للاحتراز و إن كان له المفهوم إلا أنه لو لم يكن واردا مورد الغالب و الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتا و لكن الحق أنه و إن لم يكن القيد واردا مورد الغالب فللمنع عن التقييد أيضا مجال لأن التقييد فى المشتين منوط بما إذا كان المطلوب صرف الوجود كما فى قوله أعتق رقبه مؤمنه المقيد لإطلاق قوله أعتق رقبه

و أمّا إذا كان المطلوب مطلق الوجود كما فى قوله أكرم هاشميا فلا موجب لتقييد إطلاقه بقوله أكرم هاشميا عالما مع أنا نمنع كون قوله ميتة مسوقا لتقييد قوله كل أرض بل المسوق له هو قوله لا رب لها فمحصي له أن كل أرض سواء كانت عامره أم ميتة إذا لم يكن لها رب فهى للإمام فتخرج ما كان لها رب فهذا التقييد لتقييد لإطلاق ما دل على أن جميع الأراضى للإمام ع

الثانية فى أنه هل تملك هذه بالحيازة أم لا و الأقوى أنها فى هذا الحكم كالموات بالأصالة تملك بوضع اليد عليها لا لما استدل به المصنف قدس سره من عموم النبوى من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به لأن هذا العموم فى مقام بيان أحقيه السابق و عدم جواز مزاحمته و هذا يفيد فيما إذا ثبت استحقاق كل أحد فى السابق إليه كالرباطات و الخانات و المساجد و المدارس الموقوفة على عموم من يستوفى منافعتها و ليس بصدد بيان أن كل شىء يتعلق به حق بالسبق إليه

هذا مضافا إلى أن الحق ظاهر فى غير التملك بل لما ورد أنهم ع أباحوا لشيعتهم ما كان لهم ثم إن أكثر ما ورد فى هذا الباب و إن كان مختصا بخصوص الشيعة إلا أنه قد تقدم أن مقتضى تعليلهم ع الإباحة بأن تطيب ولاده الشيعة كون التملك بالتصرف عاما لكل أحد و ممن صرح بذلك الشهيد فى حواشيه على القواعد عند قول العلامة و لا يجوز التصرف بغير إذنه و الفائده حينئذ له قال و لو استولى غيرنا من المخالفين عليها فالأصح أنه يملك لشبهه الاعتقاد كالمقاسمه و كتملك الذمى الخمر و الخنزير فحينئذ لا يجوز انتزاع ما يأخذه المخالف من ذلك كله و كذا ما يؤخذ من الآجام و رءوس الجبال و بطون الأودية لا يحل انتزاعه من أخذه و إن كان كافرا و هو ملحق بالمباحات المملوكة بالتيه لكل متملك و أخذه غاصب تبطل صلاته فى أول وقتها حتى يرده انتهى

الثالثة أن هذا القسم أيضا كالسابق لا خراج عليه كما يظهر من أخبار التحليل فراجع و أمّا إذا كانت مواتا بالعرض إمّا لاستيلاء الماء عليها بأن غرقها و إمّا بانقطاع الماء عنها و إمّا باستيجمها بما لا ينتفع به أو بنحو ذلك ممّا تعدّ ميتة فهى على قسمين قسم كانت معموره بالذات و قبل أن يملكها أحد عرض لها الموت فهذا لا إشكال فى كونها للإمام ع و قسم كانت مواتا بالأصل ثم عمّرها معمّر فماتت أو كانت عامره و تملكها أحد ثم ماتت ففيه قولان أحدهما بقاؤها على ملك مالكها و ثانيهما صيرورتها فى حكم الموات الأصلية فيملكها الإمام ع ثم يملكها كل من عمّرها ثانيا

و قد ذكروا قولاً ثالثاً لم يشر إليه المصنف فى المقام و هو الفرق بين ما إذا ملك المالك لها حال العماره بالشراء أو العطية أو نحو ذلك و بين ما إذا ملكها بالإحياء فإذا ملكها بالشراء و ما يلحق به لا يزول ملكه بعد موتها و لا يصح لأحد إحيائها إلا بإذنه و أمّا إذا ملكها بالإحياء و ماتت

فتملك بالإحياء و أصل هذا التفصيل من التذكرة قال لو لم تكن الأرض التي من بلاد الإسلام معموره في الحال و لكنّها كانت قبل ذلك معموره و جرى عليها ملك مسلم فلا يخلو إمّا أن يكون المالك معيّن أو غير معيّن فإن كان معيّنًا فإمّا أن ينتقل إليه بالشراء أو العطيّة و شبهها أو بالإحياء فإن ملكها بالشراء و شبهه لم تملك بالإحياء بلا خلاف قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أنّ ما عرف بملك مالك غير منقطع أنّه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه إلى آخره

و لا يخفى أنّ الظاهر من هذا الكلام جريان التفصيل في الملك الذي كان عامرا بالأصل ثمّ تملكه أحد ثم مات الملك بعد انتقاله إلى غير من تملكه بالشراء لأنّ التملك بالشراء إذا كان له خصوصيّة فيجرى عليه أحكامه مطلقا كما أنّه لو كان التملك بالإحياء له خصوصيّة فيجب أن لا يكون فرق بين ما إذا عرض الموت في ملك المحيي أو في ملك وارثه أو من انتقل إليه بالشراء و بالجملة لم يعلم مورد هذا التفصيل في أنّه في ملك المعمور بالأصل أو المعمور بالإحياء

و على أيّ حال لا نعرف وجهها للفرق بين عروض الموت على ملك من كان مالكا له بالشراء و نحوه أو مالكا له بغيره من الإحياء و التملك بالأخذ و التصرف و عليك بمراجعته كتاب إحياء الموات و أمّا إذا كانت عامره بالعرض فهي ملك للمحيي بالشروط الخمسة المذكورة في كتاب إحياء الموات ثم إذا كان محييا مسلما فملكها لا يزول إلّا بالنقل إلى غيره أو بعروض الموت عليها ثانيا بناء على أحد القولين في الصورة السابقة و أمّا إذا كان كافرا فبناء على ما اخترناه من أنّه يملكها بالإحياء سواء كان في بلاد الإسلام أو الكفر فملكها إذا كان في بلاد الإسلام حكم ملك المسلم و إذا كان في بلاد الكفر فيمكن أن يزول بالاعتناء أيضا و أمّا لو قلنا بأنه لا يملك فهي باقية على ملك الإمام عليه السلام

قوله قدّس سرّه ثم ما ملكه الكفار من الأرض إمّا أن يسلم عليه طوعا إلى آخره

لا يخفى أنّه قدّس سرّه بعد ما بيّن أقسام الأرضين و حكمها إجمالا أراد أن يبيّن حكم الأرض المفتوحة عنوه و هي مبيّنة بحسب المفهوم و هي عبارة عن أرض فتحت قهرا بالخيل و الرّكاب أي رفعت يد الكافر عنها بغلبة من المسلمين إلّا أنّها مجهولة مصداقا و المسلم منها على ما يظهر من التواريخ المستفيضه و الأخبار المتظافره هي أرض العراق المعروفة بأرض السواد المشهورة بما بين النهرين على حدودها المعيّنه و هي ملك للمسلمين بشروطها المعروفة التي منها إذن الإمام بالمقاتله و لا شبهه في حكمها إذا كانت مشتملة على الشرائط فإنّها لا يجوز بيعها مستقلا على ما يظهر من الأخبار

و ما استدللّ به المصنف من الوجوه و إن لم يخل بعضها عن قصور في الدلالة كروايه إسماعيل الهاشمي إلّا أنّ من المجموع استفاد عدم جواز بيعها على نحو سائر الأراضي و لكنّ الذي يهوّن الخطب أنه لا فائده في البحث عن حكمها بعد تقييد موضوعها بما إذا كانت عامره حال الفتح و أمّا إذا كانت مواتا فهي للإمام ع فيملكها كل من أحيها

و على هذا فلا مانع من شراء كلّ ما احتمال كونه مواتا حال الفتح فإنّ يد من عليها أماره على كونها ملكا له و لا يبعد أن يكون منشأ سيره الخلف عن السلف على بيع ما يصنع من تراب أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني و التربة الحسينيّة على مشرفها آلاف السلام و التحيه عدم إحراز كون هذه الأراضي معموره حال الفتح و مجرد العلم الإجمالي

بعماره أغلب أراضي العراق لا أثر له بعد عدم كون جميعها محلًا للابتلاء

نعم لو أحرز عماره أرض خاصه حال الفتح و لم يحتمل عروض الموت عليها أو استصحب بقاءها على عمارتها إلى الآن فيجرب فيه الاحتمالات بل الأقوال الخمسه و أوقفها بالقواعد هو توقف التصرف في زمان الغيبه على إذن الفقيه أو السلطان الجائر الذي حلّ قبول الخراج و المقاسمه منه بناء على ما تقدّم في كتاب المكاسب أنّه يستفاد من الأئمه عليهم السلام الإذن العام للتصرف فيما يأخذه الشيعة بإذن سلطان الجور

و بالجمله مع الشكّ في كون أرض ميتة أو محياه أو مع العلم بكونها ميتة كأرض الغرى على مشرفها و أولاده الطاهرين آلاف التحية و السلام فلا مانع من شرائها و التصرف فيها بجميع أنحاء التصرف

**[و اعلم أنه ذكر الفاضلان بعد الملكيه كونه طلقا]**

### اشاره

قوله قدس سره و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكيه كونه طلقا إلى آخره

لا- يخفى أنّ مقصود الأساطين من هذا الشرط اعتبار أمر آخر في العوضين مضافا إلى أصل الملكيه و هو كون المالك تامّ السيلطنه و عدم كونه محجورا عن التصرف إمّا لقصور في المقتضى كما إذا كان ملكه محدودا كالوقف الخاصّ فإنّ الموقوف عليه في هذا الوقف و إن كان مالكا للعين الموقوفه على ما هو الحق كما اختاره المشهور إلّا أنّه لا- يصحّ بيعه لها لأنّ البيع الموقت لا يصحّ في الشرع و إمّا لوجود المانع كالرهانه و الجنايه و الاستيلاء فلا يرد عليهم ما أفاده المصنف من أنّ مرجع هذا الشرط إلى أنّه يشترط في البيع مثلا أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له لأنّه عباره أخرى عن أنّه يشترط في المبيع صحّه بيعه

ثمّ إنّه قدس سره و جّه اعتبار هذا الشرط بقوله فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطا ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أمّ الولد بل الشرط في الحقيقه انتفاء كلّ من تلك الحقوق إلى أن قال فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعه عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر في الفروعيه و الأصاله بالعكس إلى آخره و لكنك عرفت أنّ الأمر بالعكس و أنّ الطلقيه شرط و عدم جواز بيع الوقف و نحوه فرع له لأنّ الطلقيه عباره عن عدم قصور السيلطنه و يتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف و نحوه

و على أيّ حال الحقوق المانعه عن الاستقلال بالبيع و إن عدت أكثر ممّا ذكره الأساطين و قد أنهاها صاحب المقابس إلى أزيد من عشرين إلّا أن بعضها ليس داخلا في الحقوق المانعه كحقّ الشفعه و بعضها يرجع إلى هذه الثلاثه بل أمهات الحقوق اثنان و لذا يقال في تمييز الحقّ إنّ هـ هل هو من قبيل حقّ الجنايه أو من قبيل حقّ الرهانه نعم بعضهم جعل تعلق حقّ السادات و الفقراء



بالخمس و الزكاه حقا برأسه و أصلا مستقلا

### [مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعا]

#### اشاره

قوله قدس سره لا يجوز بيع الوقف إجماعا إلى آخره

لا يخفى أن موضوع البحث هو الوقف الخاص و قد استدلل على بطلان بيعه بأن حقيقه الوقف تقتضى ذلك لأن معناه لغه إيقاف الشئ ء فإذا أنشأ الواقف هذا المعنى اللمذى عرف في النبوى المعروف بحبس الأصل و سبل الثمره و عرفه الأصحاب بقولهم تحبب الأصل و تسبيل الثمره فينافى البيع مع مقتضاه

و لكنّه لا- يخفى أن مجرد كون المنشأ وقف الشئ ء لا يقتضى لزومه و عدم جواز بيعه من الواقف أو الموقوف عليه فإن الهبه تملك من المتّهب مع أنه يجوز

الرّجوع فيه نعم لو انضمّ إلى ذلك أمران آخران أحدهما بالنّسبة إلى الواقف و هو خروج العين عن ملكه فرجوعها إليه يتوقّف على دليل و ثانيهما بالنّسبة إلى الموقوف عليه و هو أنّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فليس لغيره التّبديل لأنّ أهله جعله حبسا و موقوفا بإطلاقه أو تبديله لا بدّ له من دليل و عمدته الدّليل على عدم نفوذ بيعه هو الأخبار الخاصّة المذكورة بعضها فى المتن

و أقوى دلالة منها هو قوله ع صدقه لا تباع و لا توهب فإنّ الظّاهر أنّ قوله لا تباع صفة لقوله ع صدقه الّتى هى المفعول المطلق التّوعى فمرجع هذا الكلام إلى أنّ سنخ هذه الصّدقه سنخ من صفتها و من أحكامها شرعا عدم جواز بيعها و لا هبتها و الغرض من هذا التّوصيف الإشارة إلى القسم المعروف من الصّدقه و هو الوقف و احتمال كونها صفة لشخص هذه الصّدقه أو ما يرجع إلى ذلك بأن يكون شرطا خارجيا من الواقف لا صفة للنوع بعيد غايته فإنّه بلا قرينه و هذا بخلاف كونه صفة للنوع فإنّه يكفى فى كونه كذلك قوله صدقه الّتى هى المفعول المطلق التّوعى

هذا مضافا إلى أنّه لو كان شرطا لاقتضى تأخّره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم مع أنّ التّعبير عن الشّروط بمثل هذا الكلام فى غايه البعد و بالجمله ظاهر ما ورد عنهم فى بيان الأوقاف هو أنّ الوقف ملازم لعدم الانتقال فإنّ من مجموع الروايات يظهر أنّ مثل قوله ع لا تباع و لا توهب و مثل قوله ع لا يحلّ لمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها و لا يبتاعها إلى آخر الحديث فى مقام بيان ما يقتضيه الوقف بحسب الحكم الشّرعى لا بيان شرط خارجيّ فالعمده ظهور الرّوايات فى ذلك لا ما أفاده المصنف بقوله مع أنّه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع فإنّه مضافا إلى ما تنبّه عليه فقال مع أنّ هذا التّقييد ممّا لا بدّ منه سواء قلنا بأنّ قوله ع لا تباع صفة للنوع أو الشّخص يرد عليه أنّ جواز البيع شرعا لا ينافى اشتراط الواقف عدم البيع فإنّ الجواز فى موردّه إنّما يكون منافيا لمقتضى قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فيخصّص بأدله الجواز سواء كان عدم البيع وصفا نوعيا أو شرطا خارجيا

و بعبارة أخرى جواز البيع فى بعض الموارد لا ينافى ما أنشأه الواقف بل ينافى حكمه الّذى ثبت بقوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها لأنّ مرجع هذا الكلام إلى أنّ ما أنشأه الواقف ممضى فيخصّص دليل الإمضاء بما دلّ على جواز البيع فى بعض الموارد كما أنّه لو كان قوله ع لا تباع و لا توهب وصفا نوعيا لكان دليل الجواز مخصّصا له أيضا

و حاصل الكلام أنّ شرط الواقف على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفة ليس منافيا لجواز البيع شرعا فى بعض الموارد لأنّ الواقف لا يشترط عليه أن لا يكون الحكم الجوازي أصلا حتى مع طرؤ المسوّغ للبيع بل يشترط أمرا خارجيا لا يقتضيه حقيقة الوقف و لا إطلاقه بناء على أن لا يكون عدم البيع وصفا للنوع و الشّارع أمضى هذا الشرط بقوله الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و استثنى منه مورد طرؤ أحد موجبات جواز البيع

كما أنّه لو كان عدم جواز البيع وصفا نوعيا و من أحكام مطلق الوقف فلا مانع من تخصيصه ببعض الموارد و من ذلك يظهر النّظر فى ما أفاده فى بيان لزوم التّقييد بناء على

أن يكون الوصف وصفاً للنوع دون ما إذا كان شرطاً خارجياً من أنه لو كان شرطاً خارجياً من الإمام عليه السلام يستغنى علمه بعدم طرؤ الأمور المبيحة عن تقييد إطلاق عدم البيع بعدم طرؤ هذه الأمور دون ما إذا كان وصفاً للنوع فإن العلم بعدم طرؤ هذه الأمور في شخص هذا الوقف الصادر منه عليه السلام لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف في النوع فإنه بعد ما كان دأب الأئمة عليهم السلام اتكأهم على القرائن المنفصلة فهذا الوصف وإن كان للنوع إلا أنه لا يلزم أن يكون التقييد بعدم طرؤ المسوغ متصلاً بهذا الكلام

و بالجمله حكم الشارع بأن الوقف لا يباع ولا يوهب أو حكمه بأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها قابل للتقييد ثم لا يخفى أن دعوى انصراف المطلق إلى البيع لا لعذر وإن كان الشرط شرطاً خارجياً لا محصل لها لأن الشخص الخارجي وإن أمكن تصوير الإطلاق له باعتبار الحالات إلا أن الانصراف إلى بعض الأفراد دون بعض يختص بالكلية المقول بالتشكيك و أما الشخص فلا يتصور فيه التشكيك في ماهيته أو الوجود نعم يمكن التفاوت بين الأحوال في غلبه الوجود و عدمها إلا أن هذا انصراف بدوي لا اعتبار به

قوله قدس سره و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة إلى آخره

□ لا يخفى أن ما أفاده قدس سره قد سبق إليه بعض الأعلام أيضاً فقال في الوقف حقوق ثلاثة حق الله سبحانه و حق الواقف و حق البطون و نظير ذلك ذكر في العبد المشروط عتقه فقيل يتعلق به حقوق ثلاثة حق الله سبحانه و حق المشترط و حق العبد و لكنك خبير بأن تعلق حق من الله بالوقف لا معنى له إلا بمعنى إطاعه حكمه و امتثال أمره بمقتضى حكمه المستفاد من قول سفرائه الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها

□ و أمّا تعلق حق إلهي مقابل للحكم كتعلق حقه بالخمس بمقتضى قوله عز من قائل و اعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله إلى آخره فلا دليل عليه و مجرد أن الواقف يطلب الأجر و الثواب و على الله سبحانه عوضه لا يوجب أن يثبت حق من الله سبحانه على العين الموقوفة

و أمّا حق الواقف فبمجرد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه أنشأ التأييد أم لا - كان الحبس من منشأته أم لا لأن العين على جميع التقادير ليست متعلقه لحقه و كون الوقف صدقه جاريه ينتفع بها لا يقتضى أن يكون العين متعلقاً لحقه و إن توقف انتفاعه بها على بقائها موقوفة فضلاً عما إذا لم يتوقف عليه فإن الثواب و الأجر يمكن أن يترتب على نفس الوقف بقصد البقاء إلى الأبد و إن لم يبق كذلك

و أمّا حق البطون فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فإن المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا يكون ذا حق مع أنه لو قيل به فإنما يمنع حقهم عن بيع العين و صرف ثمنها إلى الموجودين و أمّا لو اشترى به بدلها يتعلق به حقهم على نحو تعلقه بالمبدل فلا مانع منه

فالعمده من الأدلة المانعه هي الأخبار الدالة على عدم جوازه لا سيما قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإن الواقف

حيث ينشئ الوقف الذي هو عبارته عن حبس المال وإيقافه وقد أمضاه الشارع بقوله الوقوف فلا يجوز تغييره عما جعله و أنشأه

قوله قدس سره ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه إلى آخره

لا يخفى أن ما أفاده هو الحق الذي لا محيص عنه

و ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره تبعاً لأستاده

كاشف الغطاء لا يمكن الالتزام به لأن غايه ما يوجّه به كلامهما على ما يظهر من عبارتهما أنه يشترط في صحّحه البيع الطلّقيّ فلا بدّ أولاً من بطلان الوقف لطروّ المجوّز حتى يصحّ بيعه وإلا فبقاء الوقف مع صحّحه البيع متضادان

و بيان آخر نفس حقيقه الوقف تقتضى عدم جواز بيعه فكل مورد قيل بصحّحه بيعه يجب أن يقال ببطلان الوقف أولاً حتّى يصحّ بيعه و لا يخفى أنّه بناء على هذا البيان الأخير لا يرد عليهما النقص بجواز الرجوع في الهبه للفرق الواضح بين الهبه و الوقف فإنّ الهبه ليس من مقتضاها إلّا تمليك المتّهب لا عدم جواز الرجوع فيه بخلاف الوقف فإن مقتضاه وقوف العين على حالها فينافيه بيعها

فالصواب أن يقال في ردّهما إنّهُ على فرض أن يكون عدم البيع مأخوذاً في قوامه و حقيقته إلّا أنّ هذا المعنى ما لم يمضه الشارع لا أثر له و الحكم الممضى قابل للتخصيص فالأولى هو البيان الأوّل و هو اعتبار الطلّقيّ قبل البيع في صحّته حتّى يرد على المحلّ القابل و الجواب عنه أولاً- عدم إمكان إلزامهم ببطلان الوقف مطلقاً بمجرد طروّ المسوّغ فإن من موارد جواز بيعه شدّه حاجه أربابه و لا- شبهه أنه لو ارتفع ضرورتهم قبل البيع يبقى الوقف على حاله و لا- يمكن أن يبطل الوقف بطروّ الضروره و يعود بارتفاعها لأنه لا دليل على عوده بعد بطلانه و ثانياً أنّ صحّحه البيع لا تتوقّف على الطلّقيّ قبله بل يكفي جوازه للبائع و قابليّته المبيع له و لذا يصحّ لذي الخيار بيع ما انتقل عنه و بنفس البيع يفسخ العقد الأوّل و بالجملة لا دليل على المنع عن البيع إلّا كون العين موقوفه و بعد أن ثبت جواز بيع العين الموقوفه نستكشف منه عدم اعتبار الطلّقيّ قبل البيع بل قابليّته البيع و مالكيه البائع و سلطنته عليه يكفي في صحّحه البيع فعلى هذا لا الوقف مانع عن البيع و لا البيع يعتبر في متعلّقه أن لا يكون وقفاً قبله نعم البيع و الوقف لا يجتمعان

قوله قدّس سرّه إذا عرفت أنّ مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم أنّ لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً إلى آخره

لا- يخفى أنّ موضوع البحث و إن كان الوقف الخاصّ إلّا أنّ الأولى ذكر جميع أقسامه على الإجمال و بيان أحكامها على مقتضى الأصل فنقول للوقف أقسام خمسة الأوّل وقف المشاعر كالمسجد و المشهد و لا يبعد إلحاق الحسينيّة بهما و هذا هو الذي يقال إنّهُ تحرير و فكّ ملك أي إبطال للملكيه و ليس تمليكا للمسلمين فهو بمنزله عتق العبد الثاني ما يلحق بالأوّل كوقف الخانات و القناطر و ما يشبه ذلك مما يوقف لانتفاع كلّ من سبق إليه فإنّه أيضاً تحرير

الثالث ما كان وقفاً على الجبهه كالوقف على العلماء و طلباب المدارس و الزوّار و نحو ذلك و الفرق بينه و بين القسمين الأوّلين أنّ الوقف في هذا القسم ليس تحريراً و إدخالاً- له في المباحات بل تمليك للجبهه و لذا لو غصبه غاصب يحكم بضمّانه دون الأوّلين الرابع ما كان وقفاً خاصاً كالوقف على الذريّه في مقابل القسم الثالث الذي يطلق عليه الوقف العام أيضاً

ثم هذا القسم قد يكون مؤيّداً و قد يكون منقطع الآخر أي تاره يجعله بعد فرض انقطاع الذريّه لمصرف خاصّ و قد لا يجعله كذلك الخامس الوقف على الموقوفات كالحصير على المسجد أو الفرش على المدارس و الفرق بينه و بين القسم الثالث أنّ في

القسم الثالث يملك الموقوف عليه المنفعة و لذا

يصح إجارته أما هذا القسم فمجرد إباحه الانتفاع

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ مقتضى الأصل عدم جواز بيع القسم الأول و الثاني لخروجهما عن الملكيه و تلف مائتيهما شرعا و مقتضى الأصل جواز بيع القسم الخامس إذا لم يمكن الانتفاع به لأدّن الواقف و إن أوقف عين الرقيات و لكن حيث إنّها ممّا تزول خصوصيتها الشخصيه فكأنّه وقفها بمراتبها و تعلق نظره أولا بشخصيتها ثم بمائيتها فإذا لم يمكن الانتفاع بشخصيتها الخاصه فيتعلق بمائيتها فللحاكم أو المتولى تبديلها و يصير بدلها وقفا كما تقدّم نظير ذلك في باب اليد فإنّ العين المضمونه ما دامت موجوده يجب ردها بشخصها و إذا تلفت أو حيل بينها و بين مالكةا يردّ مائيتها

و أمّا القسم الثالث و الرابع فالأقوى إلحاقهما بالقسم الخامس لأنهما ليسا من التحرير و إتلاف المائيه بل الثالث تمليك للجبهه و الرابع تمليك لأشخاص خاصه فإذا توقّف انتفاع الجبهه أو الأشخاص على تبديله فلا مانع منه فيكون ثمنه وقفا بعد بيعه و إذا اشترى به شيئا صار وقفا من دون توقّف على إجراء صيغه الوقف و على هذا فديه العبد الموقوف على الجبهه أو على الذريه حكمها حكم العبد في صيرورتها وقفا بناء على كونها بدلا عن العبد أو عن الجنايه الوارده عليه لا كونها غرامه تعديده

و حاصل الكلام أنّ ما كان تحريرا أو فكا للملكيه و إتلافا للمائيه فليس مالا حتّى يصح بيعه أو إجارته أو صلحه أو هبته و ما عن كاشف الغطاء من أنّه لا- يصح بيعه لا- لعدم تماميه الملك بل لعدم أصل الملك و لكنّه يصح إجارته للزراع مع اليأس عن الانتفاع به في الجبهه المقصوده مع مراعاة الآداب اللأزمه إذا كان مسجدا إلى آخر ما أفاده لا نعرف وجهه و هو أعرف بمدارك فتاواه

و كلّما لم يخرج عن الملكيه كوقف الدكان على الطلاب أو وقف الدار على الذريه أو وقف الحصر على المسجد أو أجزاء بنيان المسجد كالجدوع و الآجر و نحو ذلك التي هي ملحقة بالحصر الذي يوقف على المسلمين و يوضع في المسجد لا انتفاعهم فحيث إنّ ملك غايه الأمر ليس طلقا فلا مانع من بيعه إذا طرأ ما يوجب بيعه و رأى وليّ الموقوف عليه المصلحه في ذلك

و على هذا فلا يقال كيف لا يجوز بيع المسجد و يصح بيع جدوعه إذا انكسر و ذلك لأنّ ما وقع عليه التحرير هو نفس الأرض لا أجزاء بناء المسجد و ممّا ذكرنا ظهر الملازمه بين بقاء الملكيه و تعلق الضمان به فلو ثبت في مورد عدم الضمان نستكشف أنّه تحرير لا- وقف على الجبهه كما أنّه لو ثبت في مورد أنّه تحرير ثبت به عدم الضمان و الجمع بين كلمات العلماء غير ممكن و استفاده الاتفاق منهم مطلقا أو في مورد خاص ممتنع و عليك بمراجعته المتن فإنّه قدس سرّه قد بذل جهده في استقصاء الكلمات شكر الله سعيه

و كيف كان الفرق بين بناء المسجد و نحوه و العرصه واضح فإنّه لو جعل شخص عرصه مبيته بالأخشاب و الآلات مسجدا و وقفها كذلك فالعرصه لا يجوز بيعها و أما الآلات فيجوز لأنّه لو جعل ما يعرض عليه الخراب و الانهدام وقفا يتعلّق النظر لا محاله بالأعم من نفس العين بخصوصيتها و من مائيتها و هذا بخلاف نفس الأرض فإنّها قابله للبقاء فلا يجوز بيعها و لا ينافي ذلك

كون المجموع من الأرض و البناء وقفاً بصيغته واحده لأنّ اختلاف أجزاء الموقوفه إنّما هو لاختلاف حقيقتها فيلحق كلّ جزء حكمه

ثم إنّ قبل بيان المسوّغات للبيع



لا- بأس بالتبنيه على فروع الأول أنه لو بيع العين و اشترى بثمنها عين أخرى فهل حكمها حكم العين الأولى فى أنه لا يجوز بيعها إلا بطرّ المسوّج أو يجوز بيعها و تبديلها إذا رأى المتولّى المصلحه مطلقا وجهان و الأقوى الثانى لأنّ عدم جواز البيع ليس من إنشاء الواقف حتى يقال إن حكم البدل حكم المبدل بل هو من أحكام الوقف شرعا و الحكم الشرعى إنّما ثبت فى نفس العين التى وقفها الواقف دون العين الأخرى التى اشترت بثمن العين الأولى

و بالجمله وظيفه الواقف ليس إلا إيقاف العين و ليس حكم الوقف من منشآت الواقف و ليس له إنشاؤه و ليس حكم البدليه إلا تعلّق حقّ البطون اللّاحقه فى الوقف الخاصّ أو تعلّق حقّ الجبهه فى الوقف العام بالبدل و تعلّق حقّهم به لا يقتضى عدم جواز بيعه للمتولّى فله تبديله و اشتراء عين أخرى

ثمّ إنّ حكم ما يشتري من منافع مثل الدكّان الموقوف على المسجد و نحوه حكم العين التى تشتري من ثمن العين الموقوفه فى أنه يجوز للمتولّى تبديله بلا طرّ أحد مسوغات بيع الوقف إذا رأى فيه المصلحه و ذلك لعدم قيام دليل على تبعيه الحصر الذى يشتريه المتولّى من منافع الدكّان أو العقار لنفس الدكّان و العقار بل نفس وجود المصلحه فى التبدل كاف فى جواز البيع

نعم لو اشترى الحصر مثلا من غير منافع الموقوفه شخص ثالث و وقفه على المسجد فحكمه حكم الأعيان الموقوفه فيحتاج جواز بيعه إلى مسوغات البيع و الفرق بين القسمين واضح فإنّ الحصر الذى وقفه أجنبى على المسجد هو بنفسه أيضا من أقسام الوقف و هذا بخلاف ما يشتريه المتولّى من منافع الأعيان الموقوفه على المسجد و المدرسه فإنّه ليس من الأعيان الموقوفه فيجوز تبديله مطلقا مع المصلحه

الثانى إذا اتّجر بثمن العين الموقوفه فهل ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو إنّ كالعين فى اشتراك البطون فيه وجهان و الأقوى هو الثانى لأنّ الثمن كالمبيع و ربحه بمنزله جزء المبيع لا- بمنزله منفعتة لأنّ ربح الثمن بمنزله ارتفاع القيمه السوقيه للمبيع فلا يختصّ بالبطن الموجود و ليس حكمه حكم منافع العين الموقوفه

الثالث هل يجب شراء المماثل للوقف مع الإمكان و لو كان غيره أصلح أم يجب رعايه الأصلح فيه وجهان و الأقوى هو الثانى لأنّ غايه ما يوجّه به الأول ما أفاده العلامه و من تبعه من أنّ المثل أقرب إلى مقصود الواقف و فيه مضافا إلى أنّ مقصود الواقف لا يدخل تحت ميزان منضبط أنّه لا دليل على رعايه مقصوده إلا إذا كان من منشآته فإن الغرض تاره يكون من الدواعى فلا أثر له فى شىء من العقود و لا يوجب تخلفه خيارا و لا بطلانا و أخرى يكون قيّدا فى ما أنشأه و هذا فى الوقف إنّما يتصوّر بالنسبه إلى المراتب الطويله للمال كما هى كذلك فى باب الضمان دون بدل العين الموقوفه

و توضيح ذلك أنّ مقتضى تعلّق الوقف بما يطرأه الفساد أن يكون متعلّق الوقف أولا هو العين بخصوصيتها الشخصيه و ثانيا بماليتها و لذا يجوز بيعها إذا لم يمكن الانتفاع بشخصها فيتعلّق الوقف ثانيا بماليتها الشىء و لذا نقول بأنّه لا يجب إجراء صيغته الوقف بالنسبه إلى بدل العين بل نفس شرائه بنفسه يقتضى كونه وقفا و أمّا تعلّق الوقف بما هو أقرب من العين الموقوفه فهذا ليس من مقتضيات الوقف و من منشآت الواقف بل إذا قيل به فلا بدّ أن

يستند إلى حكم شرعى و حيث لم ينهض عليه دليل فلا وجه لشراء المماثل بل يجب ملاحظه مصلحه البطون

إلّا أن يقال إن المثل مقدم على المائيه بحسب المرتبه فإنّه كنفس العين بعد تعدّد العين فبحسب المراتب الطويله ما دام المثل موجودا لا تصل النوبه إلى غيره فبعد جواز تبديل العين يقدم شراء المثل على غيره كما فى باب الضمان الرابع هل المتصدى لبيع العين الموقوفه هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان أو هو وظيفه الحاكم وجهان و الأقوى هو الثانى لعدم شمول دليل التّصّب لهذا التصرف فيرجع إلى الحاكم و إن كان الأحوط مراعاة نظر كليهما ثم بناء على هذا فليس له النظاره فى بدل العين الموقوفه بل حكمه حكم الأوقاف التى لا متولّى لها

**[فاعلم أنّ الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور]**

**[الأولى أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه]**

قوله قدس سرّه فاعلم أنّ الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الأولى أن يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه إلى آخره

لا- يخفى أنّ هذه الصوره هى المتيقّن فى كلام كلّ من قال بجواز بيع الوقف عند خرابه و أمّا إذا سقط عن الانتفاع المعتدّ به الذى هو الصوره الثانیه فى المتن فإلحاقها بالصوره الأولى مشكل فضلا عن الصوره الثالثه و هى ما إذا قلّت منفعته

و بالجملة لو لم يمكن الانتفاع بالعين الموقوفه أصلا أو عدّ الانتفاع المتصوّر فيه فى حكم العدم كما إذا غرقت الأرض المعدّه للزراعه و لم يمكن الانتفاع بها إلّا لاصطياد السمك منها الذى هو فى حكم العدم فيجوز بيعها و أمّا إذا سقطت عن الانتفاع المعتدّ به و لكن لم يلحق بالعدم فلا يجوز بيعها فضلا عمّا إذا قلّت منفعتها و لو أمكن الانتفاع بها فعلا و لكن يعلم بخرابها بعد ذلك فلو علم بأنّه لو لم تبع فعلا فلا يشتريها أحد حين خرابها فلا يبعد أن يكون بيعها جائزا

ثم إنّ ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفه إذا لم يلحق قلّه الانتفاع بها بالعدم إنّما هو إذا بقيت الصوره النوعيه للعين الموقوفه و أمّا إذا تبدّلت بصوره أخرى فيجوز بيعها و إن لم تلحق بالعدم و لا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا إلى هذا المعنى فإنّ النخله الموقوفه إذا قلعت تعدّ عرفا مباینه للنخله لأنها عباره عن الشجره لا المادّه المشترکه بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصوره النوعيه عباره أخرى عن خراب الوقف و سيجىء إنشاء الله تعالى فى باب الخيار أنّ مناط مائيه الأموال إنّما هو بالصوره النوعيه لا المادّه المشترکه

ثم المدار فى الصوره النوعيه على الصوره النوعيه العرفيه لا العقليّه فإذا تبدّلت الصوره النوعيه التى تعلّق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع و لا يقاس انهدام الدار على زوال صوره الشجره فإنّ الدار مركّبه من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه

و بالجمله حيث إن قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه و كونها ذات منفعه لأنه عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعه أصلا فكذلك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العتيه التي هي إحدى ركني الوقف (1)

١- و لا يخفى أنه لو قلنا بأن للوقف ركنين حبس العين و تسبيل الثمره و بزوال الصوره النوعيه للعين يبطل الوقف فمقتضاه بطلانه إذا لم يمكن الانتفاع بالعين و هذا هو الذي اختاره صاحب الجواهر تبعا لأستاده كاشف الغطاء فما اختاره شيخنا الأستاذ مد ظله تبعا للمصنف من أن الواقف لا يبطل إذا بطلت المنفعه بل يجوز بيعه لا وجه له و بالجمله الفرق بين انتفاء هذا الركن و الركن الآخر لا وجه له ثم لا يخفى ما في استدلال المصنف لجواز بيع الوقف إذا طرأ عليه الخراب و تبديله بعين أخرى بما حاصله أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و الأول تضییع و الثاني مع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين إتلاف البطن الموجود و بيع البطن الأول إذ لو لم يجب مراعاة البطون اللاحقه جاز للبطن الأول بيعه و ذلك لمنع الملازمه بين جواز إتلاف البطن الموجود و بيع البطن الأول لأننا نلتزم بجواز الإتلاف إذا عرض الخراب لا مطلقا فلو عرض الخراب جاز بيعه للبطن الأول أيضا و لو لم يطرأ فجواز إتلافه للبطن الموجود أيضا ممنوع

**[الصورة الزابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه]**

قوله قدس سره الصورة الزابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه إلى آخره

لا- يخفى أنّ هذه الصورة و الصورة الخامسة و هي أن يلحق الموقوف عليه ضروره شديده متّحداً في الحكم و هو المنع كما أفاده المصنف قدس سره إذ لا دليل على جواز بيع الوقف بمجرد كون بيعه أنفع و بمجرد لحوق الموقوف عليه ضروره شديده و لا ينسب جواز البيع في الصورة الزابعة إلّا إلى المفيد و لم يرض العلامة بصدور هذا الكلام منه فقال إن كلامه متأول و لا دليل عليه إلّا رواية ابن محبوب و روايه الاحتجاج و على فرض دلالتها و صحّه سندهما فحيث أعرض الأصحاب عنهما فلا يمكن التمسك بهما

ثم إنّه لا- فرق في الأنفعيه الملحوظه بين أن تكون للطبقه الموجوده أو لجميع البطون لأنّه على أيّ حال لا دليل على جواز البيع و أمّا الصورة الخامسة فالقائل بجواز البيع فيها جماعه كثيره و ادّعى الإجماع عليه في الانتصار و الغنيه و لكن حيث إن مصطلحهم في الإجماع غير مصطلح المتأخرين فلا- يصحّ الركون إليه فلم يبق دليل إلّا رواية ابن محبوب و هي تدلّ بظاهرها على كفايه أصل الحاجه و لو لم تكن شديده و هي بهذا المعنى غير معمول بها

و بالجملة بعد ما ثبت ضروره من الشّرع أنّ من أحكام الوقف عدم جواز بيعه فلا بدّ في تخصيصه من مخصّص قويّ تام الدلاله و هذان الخبران غير قابلين للتخصيص هذا مع أنّ النسبه بين الجواب المذكور في روايه الاحتجاج و الأدلّه الدالّه على عدم جواز بيع الوقف هي التباين و إذا قيّدت الأدلّه المانع بعدم طرؤ الخراب و أخرج عن إطلاقها صورته الخراب تنقلب النسبه و تصير الأدلّه المانع أخصّ مطلقاً من دليل الجواز فيخصّص بما إذا طرأ الخراب

و بالجملة على فرض صحّه سند هاتين الروايتين و تماميه دلالتها فلا بدّ من تقييدهما بمورد لا يمكن الانتفاع بالعين الموقوفه و إلّا فمجرد الأنفعيه أو الحاجه لا يوجب جواز بيع العين الموقوفه

**[الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه]**

قوله قدس سره الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه إلى آخره

□  
لا يخفى أنّه مع قطع النظر عمّا رواه في الكافي في صدقه أمير المؤمنين صلوات الله، عليه و على آله الطاهرين لا بدّ من صرف عنان الكلام إلى بيان أنّ شرط بيع الوقف هل ينافي مقتضى الوقف حتّى يأول الروايه على فرض دلالتها على صحّه الشرط أو لا ينافيه فنقول المدار في مخالفه الشرط لمقتضى العقد على أن يكون المنشأ في العقد مضاداً للشرط و مناقضاً له كما لو اشترط في البيع أن يكون بلا ثمن أو اشترط في الإجاره أن تكون بلا أجره أو اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجر أصلاً و أمّا إذا لم يكن الشرط منافياً لنفس ما أنشأ بالعقد بل كان منافياً لإطلاقه فلا مانع منه كما لو اشترط في البيع أن يكون الثمن مؤجلاً

أو أن يكون من غير نقد البلد و نحو ذلك

إذا عرفت ذلك فنقول لو كان التأييد من منشآت الواقف فاشتراط بيع الوقف عند الحاجة مناف لمقتضاه و أمّا لو كان من مقتضيات الإطلاق فلا مانع منه ثم إن شرط بيعه عند الحاجة على قسمين لأنه تارة يشترط بيعه و شراء غيره بثمانه و أخرى يشترط بيعه و إتلاف ثمنه أمّا القسم الأوّل فلا ينبغي الإشكال فيه لأنه لا ينافى مقتضى العقد على أى حال فإنّ عقد الوقف لا يتعلّق بنفس الخصوصية العينية و إلّا لما صحّ بيعها عند طرؤ الخراب و تبديلها بغيرها بل يتعلّق بالأعمّ منها و من ماليتها

نعم

مقتضى الإطلاق أن يتعلّق الوقف بعينها و تعلقه ببدلها في طول تعلقه بعينها فيحتاج إلى مثونه زائده و أمّا لو اشترط التبدل فمرجه إلى جعل الوقف متعلقاً بالجامع بين المال و بدله و أمّا القسم الثّاني فيستنى صحّته على صحّح الوقف المنقطع الآخر و كونه وقفا لا حبسا و حيث إنّ المختار صحّته لا سيّما إذا كان مردّدا بين الانقطاع و عدمه فيصحّ شرط جواز البيع لبعض البطون فإن مرجع شرطه إلى أنّ له أن يجعله منقطعا و أن يبقيه على حاله و على هذا ينزل الرّواية الشريفة الواردة في صدقه أمير المؤمنين ع و تأويلها بتنزيلها على الوصيّه لا الوقف لا وجه له لأنّ العمل بظاهاها لا إشكال فيه

نعم بناء على ما اختاره صاحب الجواهر تبعا لشيخه من بطلان الوقف في كلّ مورد جاز بيعه و لو لم يبع فمرجع الشرط إلى جعله منقطعا و كيف كان فبناء على ما اخترناه من أنّ جواز البيع لا يستلزم البطلان فلا مانع من جعل الواقف الخيار لبعض البطون حتّى البطن الأوّل كما في صدقه أمير المؤمنين صلوات الله عليه و آله الطاهرين

### [الصورة السابعة أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا]

قوله قدّس سرّه الصورة السابعة أن يؤدّى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا إلى آخره

لا يخفى أنّ هذه الصّورة ملحقه بالصورة الأولى و هي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فإنّ العلم بتأديته إلى الخراب أو الظنّ به المعبر عنه بخوف الخراب إنّما هو من حيث طريقيّته إليه

و بعبارة أخرى إذا احتمل احتمالا عقلايا تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لأن بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنّه صار خرابا فعلا و أمّا الصّور الثلاث التي بعد هذه الصّورة و هي وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن من تلف المال و النفس أو أدائه إلى ضرر عظيم أو استلزامه فسادا يستباح منه الأُنفس فلا دليل على جواز البيع فيها إلّا إذا لزم إحدى مجوزات البيع كالخراب و نحوه و أمّا مجرد تضرر الموقوف عليهم أو تلف المال أو النفس منهم أو من غيرهم فليس بنفسه من المسوّغات

و توهم أنّ الباب باب التّراحم فيراعى ما هو الأهمّ فاسد لأنّه لو قلنا بجواز التصرف في الموقوفه لحفظ الغريق أو إطفاء الحريق فإنّما هو فيما لو اتّفق ذلك قهرا من دون دخل فاعل مختار و أمّا إذا كان تلف الموقوف عليهم نفوسهم أو أموالهم باختيار منهم فيبيع المتولّى العين الموقوفة و صرف ثمنها لحفظ نفوسهم لا- دليل عليه فضلا عن بيعها لحفظ أموالهم و هكذا لو فرضنا أنّ الاختلاف صار منشأ لتلف نفس الموقوفة بأن يكون المراد من المال المذوّب يؤدّى الاختلاف إلى تلفه هو نفس الموقوفة فإنّ بيعه أيضا غير جائز إلّا أن يرجع إلى الصّورة الأولى و هي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به و الظاهر أنّ المراد منه خرابه قهرا لا لاختلاف الموقوف عليهم

و بالجمله مقتضى قوله ع لا يجوز شراء الوقف و لا يدخل الغلّة في ملك عدم جواز البيع إلّا إذا ثبت التخصيص أو التخصيص بأن يكون المورد خارجا من الإطلاق كما في صورته الخراب على ما يقال من أنّ إطلاق لا يجوز منصرف عنه و أمّا إذا كان من

أفراد المطلق و لم يدلّ دليل على خروجه فمجرد أن بقاء الوقف يؤدّي إلى تلف المال أو النّفس أو الضّرر العظيم على الموقوف عليهم لا يقتضى جواز بيعه

ثم إنّنا قد بيّنا في قاعده أصاله الصّحه أنّها

لا تجرى فى مورد الشك فى قابليته المال للتقل و الانتقال كالكشك فى طرؤ المسوؤغ لبيع الوقف و على هذا فيرد على ما أفاده فى قوله بعد الاستدلال بعموم لا- يجوز شراء الوقف من أن ترك الاستفصال عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزه و عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصيحه يدل على أن الوقف ما دام له غله لا يجوز بيعه إلى آخره أن المورد ليس مورد حمل فعل بائع الوقف على الصّحه و لو لم يعلم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزه بل احتمال ذلك

و كيف كان الاستدلال بمكاتبه ابن مهزيار لجواز بيع الوقف فى الصوره السابعة و بعدها من الصّور لا وجه له أما أولا فلاجمال الزوايه من جهتين الأولى ظهورها فى جواز بيع سهم الإمام عليه السلام من دون طرؤ مسوؤغ فلا بدّ إماما من حملة على أن سهمه ع كان من حقّه و هو الخمس أى اشترى بعض الصّيعه من سهم الإمام ع و جعله وقفا أو حملة على قضيه خاصّه غير معلومه الوجه و الثانيه عدم دلالتها على تحقّق شرط الوقف من القبض كما لو كان المال بيد المالك و جعله وقفا ثم وقع الاختلاف قبل القبض و أميا ثانيا فلائّن الاستدلال بها للصوره السابعة إنّما هو بقوله ع ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال بناء على أن يكون المراد من الأموال هو العين الموقوفه و هذا مضافا إلى أنّه لا يناسب التعبير عنها بالجمع لا ينطبق على هذه الصّوره لأنّ القائلين بالجواز فيها إنّما يقولون به فى مورد العلم بأدائه إلى الخراب أو الظنّ و لفظ ربما يستعمل لمجرد الاحتمال و هذا لا يلتزم به أحد

هذا مع أنّ الاستدلال بها لهذه الصوره ينافى الاستدلال بها للصوره الثامنة و هى أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس لأنّ الاستدلال بها لها يتوقف على أن يكون المراد من الأموال هى العين الموقوفه و الاستدلال بها للصوره الثامنة يتوقف على أن يكون المراد منها غيرها من سائر الأموال

ثم إنّ الاستدلال بها على الصّوره التاسعه و هى أداء الاختلاف إلى ضرر عظيم يتوقف على استفاده العموم من التعليل و هو قوله ع فإنّه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا يمكن الالتزام به و إلّا اقتضى جواز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه

و أميا الاستدلال بها على خصوص الصّوره العاشره و هى خوف تلف النفس فيتوقف على إلقاء كفايه تلف المال عن الاعتبار و جعل ضمّ تلف النفس إليه كاشفا عن لزوم بلوغ الفتنه إلى هذا الحدّ دون ما دونه و هذا خلاف الظاهر منها فإنّ الظاهر أنّ كل واحد من تلف المال و النفس موضوع مستقل كاف لجواز البيع فتحصيل مميّا ذكرنا كلّه أنّ الجائز من بيع الوقف هو الصوره الأولى و هى خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به رأسا و ما يلحق به من انتفاء الصوره النوعيه

و أميا الباقي من الصّور فلا- دليل معتدّ به يدل على جواز بيعه إلّا الصوره السادسة و هى صوره شرط الواقف على ما عرفته من التفصيل و الصوره السابعة

### [و أمّا الوقف المنقطع]

قوله قدس سرّه و أمّا الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقرض إلى آخره



ينبغي إجمالاً- بيان حكم الوقف المنقطع أولاً ثم بيان جواز بيعه فنقول الوقف المنقطع على قسمين قسم يجعله مؤقتاً كما لو قال وقفت هذا عشر سنين و هذا لا إشكال في بطلانه وفقاً لإجماعاً لأنّ التأييد إمّا شرط في الوقف أو مأخوذ في حقيقته إنّما الكلام في أنّه بقرينه التوقيت يصير حساباً

أو أنه يدور مدار القصد فلو قصد به الحبس يكون حبسا ولو قصد به الوقف يكون باطلا ولو لم يقصد شيئا فلا حبس ولا وقف وقسم يجعله على من ينقرض غالبا وفي صحته وقفا أو حبسا قولان والأقوى وقوعه وقفا كما هو مدلول كلامه

ويدل عليه مضافا إلى قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها الخبران الدالان على أن الوقف الموقت مطلقا صحيح وغير الموقت باطل والمراد من الموقت هو الذي جعله وقفا على أشخاص خاصه أو مصرف خاص وغير الموقت ما لا يكون كذلك كما لو قال هذا وقف فالمنقطع يصح وقفا ما دام الموقوف عليه باقيا وإذا انقرض يبطل ولا وجه لاحتمال كونه حبسا إلا توهم اعتبار التأييد في الوقف ولكنه فاسد لأن المراد منه ليس إلا عدم توقيته مدّه لا كونه دائما بحيث يبقى إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها

هذا مضافا إلى ما يقال من عدم القول بكونه حبسا بل قيل بأنه وقف ملحق بالحبس وعلى أي حال لا وجه لكونه حبسا بل لا بدّ إمّا من القول بالبطالان رأسا وإمّا بوقوعه وقفا وذلك لأنه لا نرى الفرق فيما ينشئه الواقف بين قوله وقفت على ذريتي وقوله وقفت على ذريتي وإن انقرضوا فللقراء فحمل الأول على الحبس والثاني على الوقف لا وجه له وبالجملة للحبس عنوان مستقل لأنه بمنزلة الإجازة والوقف بمنزلة الهبة وكل منهما يحتاج إلى القصد فلو قصد الوقف وأجرى الصيغه لا يمكن أن يقع حبسا

نعم لو قيل بأن الوقف المنقطع الآخر باطل رأسا يدخل ما يعلم الواقف بانقراضه في الوقف الموقت فيقع النزاع في أنه يبطل رأسا أو يقع حبسا وكيف كان بعد القول بصحته فهل يرجع بعد الانقراض إلى ورثه الواقف أو ورثه الموقوف عليه أو يصرف في وجوه البرّ أقوال والأقوى هو الثاني لأن غايه ما يوجه به رجوعه إلى الواقف أو ورثته هو أن الموقوف عليه لم يخلف مالا حتى يرثه وارثه لأنه وإن ملكه بتمليك الواقف إلا أنه ملكه ما دام حيا ولذا لو كان بعده طبقه أخرى يملك تلك الطبقة دون وارث الموقوف عليه فإذا فرض انقطاع الموقوف عليه يصير مصداقا للوقف الغير الموقت الذي ورد في الصيحه أنه باطل مردود على الورثه والمراد من الورثه هي ورثه الواقف

وبالجملة لو فرض أن نقل الواقف كان بمقدار حياه الموقوف عليه فبعد ذلك يرجع إلى نفسه إن كان حيا وإلا فإلى ورثته حين الوقف أو حين الانقراض وعلى أي حال لا وجه لرجوعه إلى ورثه الموقوف عليه ولا صرفه في سبيل الله الذي يتوقف على بقاء الوقف على وقفيته وتعذر صرفه في مصرفه الخاص ولكنه مع هذا كله فمقتضى ما ورد في صدقه أمير المؤمنين ع هو أنه بعد الانقراض ينتقل إلى ورثه الموقوف عليه وذلك لأنه عليه السلام جعل الخيار لأبي محمد الحسن عليه السلام في إبطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه دون شراء بدله وذلك يكشف عن تملكه ملكا تاما لا حق للواقف عليه نعم لو لم يبعه ينتقل إلى غيره بعد وفاته فإذا انقرض قهرا وبطل الوقف ينتقل ممن انقرض إلى وارثه لأنه صار مالكا بالاستقلال من دون تعلق حق عليه من الواقف لفرض انتقاله منه إلى الموقوف عليه ولا من الطبقة الأخرى لفرض عدمهم فرجوعه إلى الواقف أو ورثته أو إلى سبيل الله لا وجه له بل يمكن أن يقال بجواز بيع من في الطبقة الأخيره

بلا- مجوّز و إن توقّف جواز بيع السّابق عليه على المسوّغ لأنّه يملكه ملكا تاما و اعتبار الواقف بقاءه فى يده إلى انقراضه لو كان شرطا خارجيا منه عليه للزم اتّباعه

و أمّا لو كان غرضه من البقاء فى يده رعايه حقّ البطون اللّاحقه و مقدمه لانّتفاعهم فمع فرض انتفاء بطن آخر لا مانع من بيعه و لكنّ الأقوى عدم جواز بيعه إلّا بالشّرط لأنّ الواقف وقفه عليه فإذا لم يجعل الخيار للموقوف عليه فجواز بيعه مناف للوقف

و بالجملة فالأقوى أنّه بعد انقراض الطّبقات ينتقل إلى وارث الطّبقة الأخيره و انقراض الموقوف عليه ليس من مصاديق الوقف الغير الموقّت الذى ورد فى الصّحيح أنّه باطل مردود إلى الورثه أى ورثه الواقف و تمام الكلام موكول إلى محلّه

### [مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدها]

#### اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيروره المملوكه أم ولد لسيدها إلى آخره

هذا هو القسم الثّانى من الأملا-ك الخارجه عن الطّلقيه و الظّاهر كون خروجها عنها من الأمور المسلّمه بين المسلمين فلا وقع للبحث عن دلاله الأدلّه التى أقيمت عليه و عدم دلالتها كما فى حاشيه المحقّق الخراسانى قدّس سرّه كما أنّه لا وقع للبحث عن أنّ خروجها عن الطّلقيه هل هو لحقّ من الله سبحانه عليها أو لحقّ الولد أو لحقّ نفسها لأنّ هذه كلّها من علة التّشريع لا من عله الحكم حتى يكون وظيفه الفقيه تنقيحها فلا- يهتّمنا البحث عنها إنّما المهمّ أمور آخر ينبغى إيضاها الأوّل هل يختصّ المنع عن التصرّف فيها بخصوص البيع أو يعمّ مطلق المعاوضه أو مطلق النّقل و لو لم يكن معاوضه كالهبة وجوه بل أقوال و الأقوى هو الأخير

و توضيح ذلك أنّ الأحكام المترتبه على العقود تاره يستفاد من نفس أدلتها أو من مناسبه الحكم و الموضوع أنّها مختصّه بالبيع و لا- تجرى فى غيره كخيار المجلس و الحيوان و أخرى يستفاد أنّها جاريه فى مطلق المعاوضه بيعا كانت أو صلحا أو إجاره كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجى ء من أنّ قاعده الانفساخ قبل التّلف تجرى فى عوض الخلع و المهر و نحو ذلك لأنّ المدار فيها على الضّمان المعاوضى و ثالثه يستفاد أنّها جاريه فى مطلق النّقل و الانتقال و لو لم يكن معاوضه كالهبة و نقل أمّ الولد فإنّه لا يجوز نقلها عن ملك سيدها و لو بالهبة فإنّ من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أنّ الاستيلاء مانع عن التصرّفات التّاقله

بل ادعى بعضهم المنع عن كلّ تصرّف كان فى معرض النّقل كالرهن و لكنّ الحقّ أنّ المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهه المنع عن مطلق التصرّف فيها فإنّ التصرفات الغير المزاحمه لعقدها من نصيب ولدها لا- دليل على المنع عنها و لذا لا ينبغى الإشكال فى جواز عقدها بل المنشأ فى المنع عن الرهن قصور أدلّه الرهن لأنّ الغرض منه كون المرهون وثيقه للدين فيباع و يؤخذ الدين من ثمنه و حيث إنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها إلّا أن يقال إنّ مرجع ذلك إلى امتناع رهنها لأنّ الرهن

يقتضى طبعاً أن تكون العين المرهونه مخرجا للدين و حيث إنها غير قابله لذلك فلا يصح رهنها فالمانع ليس مجرد قصور الأدله بل لامتناع تحقق حقيقه الرهن فى أم الولد

الثانى أنه لا إشكال فى أن عدم جواز التصرفات الناقله فيها يدور حدوثا و بقاء مدار حياه الولد فلو مات و لم يخلف ولدا تصير طلقا إنما الإشكال فى أنه لو مات و خلف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها أم ولد أو تخرج مطلقا لكون الولد حقيقه

فى ولد الصَّيْلِب و لا- أقلّ من كونه ظاهرا فيه أو يفصل بين كون ولد الولد وارثا للمولى فتبقى على المنع و عدم كونه وارثا له فتخرج عنه وجوه و الأقوى هو الأخير لأنها و إن كان يصدق عليها أمّ الولد إلّا أنّها إذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع من جواز بيعها

الثالث يكفى الحمل فى المقام و إن قلنا بأنّ الولد لا يصدق عليه حقيقه بل يعتبر فيه الانفصال و ذلك لقوله ع هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل ثم إنّه لا يعتبر فى الحمل ولوج الرّوح بل يكفى استقرار النّطفه فى الرّحم إذا كان منشأ نشوء الآدمى و لا يدلّ على خلاف ذلك قول سيّد الساجدين ع فى مكاتبه يطأها مولاهما فتحبل حيث قال ع يرد عليها مهر مثلها و تسعى فى رقبتهما فإن عجزت فهى من أمّهات الأولاد لعدم الملازمه بين زمان السّعى و العجز و بين ولوج الرّوح غالبا فإنّ السّعى فى أداء مال الكتابه لا يحتاج إلى زمان طويل و لا سيّما أنّ الغالب انكشاف الأمر فى العجز و القدره

الرابع يعتبر فى الحمل أن يكون ملحقا بالمولى فإذا زوج أمّها ثم وطئها زناء و استولدها فهى ليست بأمّ الولد شرعا لأنّ للعاهر الحجر إنّما الكلام فى أنّه هل يعتبر الوطى من المولى أو يكفى كون النّطفه منه و إن حصل الحمل بالمساحقه مع من وطئها المولى و جهان من دعوى الانصراف و من أنّ المدار كون الولد ملحقا بالمولى شرعا و لو كان الوطى محرّما كما فى حال الحيض و الأقوى هو الأخير لأنّه إذا كان الولد ملحقا به فيصدق عليها كونها أمّ الولد و لا وجه للانصراف

#### [ثم إنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه مستفاده من الأخبار]

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه مستفاده من الأخبار إلى آخره

لا يخفى أنّ استفاده القاعده الكليه من الأخبار أو انعقاد الإجماع عليها لا ينافى وقوع الخلاف فى بعض صغرياتهما و الاتفاق على خروج بعض آخر لأنّ جميع القواعد العامه قابله للتخصيص ففى الموارد التى انعقد الإجماع على الخروج لا كلام فيها و أمّا فى مورد الخلاف فيتمسك بعموم القاعده و يمنع جواز نقلها لا من باب قاعده المقتضى و المانع فإنها لا أساس لها أصلا مضافا إلى المنع عن وجود المقتضى فى المقام فإنّ المخالف فى بعض الصغريات لا- يسلم وجود المقتضى للمنع حتى يرد عليه أنّ مع إحراز المقتضى و الشكّ فى المانع يجب الحكم بترتب المقتضى بالفتح بل من باب أنّ هذه القاعده الكليه من قبيل العناوين الأوّليه التى لا- ينافيها طرؤ عنوان ثانوى فإذا أحرز العنوان الأوّلى و شكّ فى طرؤ العنوان الثانوى الراجع لعموم المنع يتمسك بالعموم حتّى يثبت التخصيص كما يتمسك به فى الشكّ فى رافعيه الموجود لشبهه حكميه أو مفهوميه

و بالجملة استفاد من الإجماع و الأخبار أن نفس عنوان كون الأمه أمّ الولد من العناوين الموجه لخروج الملك عن الطلقه فإذا ثبت دليل قطعى جواز نقلها فى مورد فهو و إلّا يحكم بالعدم

#### [ثم إنّ الموارد التى قيل بالتخصيص فيها صور]

يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حق تعجيل العتق لها أو تعلق حق بها سابق على الاستيلاء مانع عن تأثيره أو انعدام الموضوع كموت الولد

**[القسم الأول تعلق حق للغير بها]**

**فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين به**

و المتيقن منه ما إذا كان الدين ثمن رقبته بعد موت المولى و أمّا إذا كان حياً أو كان له مال آخر أو لم يكن الدين فى ثمن رقبته فخروجها عن عموم المنع ممنوع لا سيما إذا كان له مال آخر و إن كان الدين مستغرقاً

فإنَّ صاحب العين و إن كان أحقَّ بماله في الدَّين المستغرق فيما إذا كان المديون حيًّا و لا يضرب مع الغرماء إلَّا أنَّ هذا الحكم مخصوص بالمفلس و أمَّا الميت العذى لا- ذمَّه له فصاحب العين أيضا كسائر الغرماء فإذا كان بعض أمواله متعلقًا لحقِّ إلهيٍّ أو حقِّ آخر لا يمكن تعلق الدَّين به ككونه أمَّ الولد مثلا لا يصحَّ أخذه للدَّين

و بالجمله المتيقَّن من الخروج عن القاعده هو المشتمل على القيود الثلاثه و يدلُّ عليه صحيحه عمر بن يزيد قلت لأبي إبراهيم أسألك عن مسأله قال سل قلت لم باع أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه أمهات الأولاد قال في فكاك رقابهنَّ قلت فكيف ذلك قال أيما رجل اشترى جاريه فأولدها و لم يؤدِّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدِّي عنه أخذ منه ولدها و بيعت و أدَّى ثمنها قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا

و لا يخفى أنَّ هذه الصَّحيحه صريحه في القيد منها و هما كون الدَّين في ثمن رقبته و عدم مال آخر لمولاه و ظاهره في القيد الآخر و هو موت المولى فإنَّ ظاهر سؤاله عن أنه لم باع أمير المؤمنين أنَّ البيع وقع منه عليه السلام بعد موت المولى و إلَّا كان المناسب أن يقول لم أمر أمير المؤمنين ع ببيع أمهات الأولاد و هكذا ظاهر قوله ع و لم يدع من المال أنَّ هذه القضيه كانت بعد موت المولى و لا وجه لدعوى إطلاق صحيحته الأخرى عن أبي الحسن عن بيع أمَّ الولد تباع في الدَّين قال

نعم في ثمن رقبته فإنَّ هذه أيضا ظاهره فيما بعد الموت فإن تباع يستعمل في هذا الحال نعم هي مطلق من حيث وجود مال آخر و عدمه و لكن بعد صراحه الصحيحه الأولى في اختصاص الحكم بما إذا لم يدع مالا آخر فتقيد هذه بتلك مع أنَّ مدعى منع الإطلاق لها غير مجازف فإنَّ قوله ع نعم في ثمن رقبته لم يعلم كونه واردا في مقام البيان عن جميع الجهات فلعله كان عليه السلام بصدد بيان جواز بيع أمَّ الولد في الجمله أى كان في مقام أصل التشريع و قد ذكرنا في الأصول أنَّ شرط التمسك بالإطلاق أن لا يكون الحكم في مقام أصل التشريع كالأوامر الواردة في الكتاب المتعلقه بالماهيات كقوله عزَّ من قائل أقيموا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ وَ أن لا يكون واردا مورد حكم آخر كقوله سبحانه فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ فَإِنَّهُ مَسْئَلٌ لِحَيْثِهِ ما اصطاده الكلب المعلم فلا يمكن التمسك بإطلاقه للحكم بطهاره محلَّ عضه

نعم لو اخترنا ما اختاره المشهور قبل السَّيِّدَانِ من أنَّ المطلقات موضوعه للماهيه اللَّابشره القسمي بأن تكون موضوعه للإطلاق لكان للتمسك بإطلاقها ما لم يعلم تقيدها مجال

لا يقال كون المتكلم في مقام البيان يحرز بالأصل العقلاني و إن قيل بمقاله السلطان من كون المطلق موضوعا للماهيه اللَّابشره المقسمي و إذا ثبت الإطلاق فلا يمكن تقيده بالصَّحيحه الأولى لأن مورد التقييد إمَّا هو في العموم البدلي لا الشَّمولي لعدم التنافي بين جواز بيعها مع القيود الثلاثه و جوازه مطلقا غايه الأمر يقع المعارضه بينه و بين صحيحه ابن مارد الدَّالَّه على عدم جواز بيعها مطلقا و النَّسبه بينهما عموم من وجه فإن روايه ابن مارد خاصه من جهه و هي كون البائع نفس المولى و عامه من أخرى و هي عدم الفرق في كون البيع لثمن رقبته أو لغيره و هذا الرُّوايه خاصه من جهه و هي كون البيع لثمن رقبته و عامه من أخرى و هي كون البائع مولاه أو غيره و شمول هذه الرُّوايه لماده الاجتماع و هي كون البائع مولاه في ثمن رقبته أظهر من

ابن مارد لكون صحيحه ابن مارد بمنزله الأدله الوارده للعناوين الأوليه و هذه الروايه بمنزله العنوان الثانوى الطارى فهى حاكمه على الصحيحه

لأننا نقول إنما لا يحمل المطلق على المقيد فى العموم الاستغراقى إذا لم يكن المقيد فى مقام التّحديد و الاحتراز لأنه فى غير هذا المورد لا موجب للحمل لإمكان أن لا يكون السؤال عن تمام موارد جواز بيع أم الولد فالجواب لا يفيد الحصر كما هو منشأ نظر المصنف قدس سره فى قوله و اندفاع التوهم بكلا شقيّه واضح و أمّا إذا كان فى مقام التّحديد كما هو ظاهر السؤال فى قوله فكيف ذلك فالجواب بما يدلّ على الحصر بقوله ع أيما رجل اشترى جاريه فأولدها و لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّى عنه إلى آخره موجب لتقييد ما يدلّ بإطلاقه على جواز بيعها فى ثمن رقبته

و دعوى أظهرية الروايه من صحيحه ابن مارد فى مادّه الاجتماع إمّا لما ذكرناه و إمّا لما ذكره المصنف قدس سره من أن الصحيحه ليست فى مقام بيان البيع لثمن رقبته لقوله فتمكث عنده ما شاء الله فإنّ من البعيد عدم أداء ثمنها فى خلال هذه المدّه المديده مع أنّ ظاهره جواز بيعها اقتراحا لا لاضطرار لقوله فيبدو له فى بيعها غير مسموعه لأنّ المدار فى التعارض إنّما هو على جواب الإمام ع فإنّ قوله ع هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل عام يشمل جميع الموارد و ظاهر فى أنّ الحمل مطلقا موجب لخروج الأمه عن استيلاء المولى

و كيف كان فالحقّ أنّه لا تصل التّوبه إلى تعارض روايه عمر بن يزيد مع صحيحه ابن مارد لأنّ الصّحيحه الأخرى عن عمر بن يزيد تقيدها بما بعد الموت على فرض ظهورها فى العموم مع أنّه ممنوع فإنّ قوله تباع ظاهر فى أنّ المولى غير البائع و على أىّ حال فلو قلنا بجواز البيع أيضا فى حال الحياه فى ثمن رقبته فالأقوى اختصاصه بما إذا لم يكن للمولى مال أصلا لا- من المستثنيات و لا من غيرها

و توهم أنّ مستثنيات الدّين يزاحم حق الديان فمزاقتها لحق الاستيلاء الغير المزاحمه لحقّ الديان أولى فاسد لأننا لا ندعى وجوب بيع المستثنيات لأداء الدّين الذى على المولى فى ثمن رقبته حتّى قال إنّ هاهنا حقوقا ثلاثه حقّ أم الولد و حقّ الديان و حقّ المالك فى المستثنيات عن الدّين فإذا لم يزاحم الأوّل الثّانى فكيف يزاحمه الثّالث

بل ندعى أنّ كلّا من المستثنيات و الاستيلاء مزاحم لحقّ الديان و لا مزاحمه بينهما لإمكان ورود كلّ منهما على المال الذى تعلق به الدّين فيكون كلّ منهما مخصّصا لأدله و جوب أداء الدين بل يمكن دعوى أقويّه حقّ الاستيلاء من حقّ المالك فى المستثنيات لأنّ الاستيلاء يخرج الملك عن الطلقية بخلاف حقّ المالك فإنّه لا شبهه فى أنّه يجوز له بيعها و أداء الدّين منها و إن لم يجب عليه

و بالجملة لا تزاحم بين الاستيلاء و حقّ المالك فالعمده ملاحظه الدليل الوارد فى المقام فنقول ظاهر قوله ع و لم يدع من المال ما يؤدّى عنه بناء على شموله لحال الحياه أنّه لم يدع ما يمكن أن يؤدّى عنه و مع وجود المستثنيات يمكن أداء الدّين منها و إن لم يجب نعم لو كان المولى ميتا فمؤنه التّجهيز ممّا لا يمكن أن يؤدّى عنه الدّين فتباع أم الولد



ثم هل الثمن الذى يجوز بيعها له مخصوص بما إذا كان الثمن الواقع فى عقد المعاوضه بنفسه دينا أو يشمل جواز البيع لغايه أداء الثمن سواء كان من قبيل الأول أم استدان الثمن و اشترى به الأمه نقدا بل و لو استدان

ثمنا لأداء الثمن الذى فى ذمته عوضا عن الأمه وجوه و أفواها الأول و قد اختار المصنف أولا إلحاق الثانى بالأول ثم تأمل فيه و وجه تأمله أنّ ظاهر النص و الفتاوى اختصاص جواز البيع بما إذا كان عوض الأمه بنفسه فى ذمته لا عوض العوض فإنّ قوله ع و لم يؤدّ ثمنها ظاهر فى أنّ الثمن عوض عما يطلبه البائع

و بالجمله هنا موارد خمس ياحتمل جواز البيع فى جميعها الأول بيعها فى ثمن رقبتها الذى وقع فى عقد المعاوضه الثانى بيعها فى الدين الذى استقرضه المولى و اشترى به الأمه الثالث بيعها لوفاء الثمن الذى استدانه لوفاء ثمن الرقبه الذى كان فى ذمته الرابع بيعها لأداء ما اشترط عليه فى عقد المعاوضه كما إذا اشترط البائع على المشتري أن ينفق عليه مدّه و لم يتمكن من الإنفاق إلّا ببيع الجاربه أو اشترط عليه أن يخيظ له ثوبا أو يعمل عملا يتوقف الوفاء به على بيع الأمه فإنّ بيعها للوفاء بالشّروط بمنزله بيعها لأداء بعض ما عليه من الثمن لأنّ للشّروط قسطا من الثمن الخامس بيعها لأداء قيمتها إذا تعلّق بها ضمان اليد كما إذا كان للبائع حق الفسخ و فسخ بعد الاستيلاء بناء على جواز تصرف المشتري فى زمان خيار البائع و بناء على أنّ الاستيلاء اللاحق مانع عن الحقّ السابق فحيث لا يمكن رد نفس الرقبه فهى بمنزله التلف فلا بدّ من ردّ قيمتها و إذا لم يتمكن منه فتباع لأداء قيمه التى يضمناها للمشتري

و لكن الأقوى عدم جواز البيع إلّا فى القسم الأول لأنّه هو الذى يصدق عليه أنّها تباع فى ثمن رقبتها و أمّا فى سائر الأقسام فبيعهها ليس إلّا لأمر خارج لا سيّما فى الرابع و الخامس أمّا الرابع فإنّ قسطا من الثمن و إن كان فى اللب واقعا بإزاء الشّروط إلّا أنّ فى عقد المعاوضه لم يجعل بإزائه شىء فكيف يصدق أنّها تباع فى ثمن رقبتها و أمّا الخامس فأمره أوضح لأنّه بمنزله بيعها فى دين آخر لأنّ المفروض أنّه أدى ثمن رقبتها و البديل الذى يجب عليه الردّ بعد الفسخ لا ربط له بثمان رقبتها مع أنّه لو جاز بيعها لأداء هذا الثمن و صحّ انتقالها إلى غير المولى المستولد لجاز انتقالها إلى المولى الأصلى الذى باعها

فالأقوى أنّه لا يصح بيعها إلّا بعد موت المولى فى ثمن رقبتها الذى وقع فى عقد المعاوضه هذا كلّ فى ثمن رقبتها أو ما ينتهى إليه و أمّا بيعها فى دين آخر فالأقوى عدم جوازه مطلقا كان المولى حيّا أو ميتا كان الدين مستغرقا أم لا- خلافا للشيخ و الشّهيدين و الفاضل المقداد و الشيخ مفلح الصّيمرى فجوزوا البيع بعد موته إذا كان الدين مستغرقا

و لعلّ منشأ فتواهم بالجواز فى هذه الصّوره ما ذكره فى الرّوضه من أنّها إنّما تعتق بموت مولاهما من نصيب ولدها و لا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق بل تصرف فى الدين و يؤيّده أيضا مقطوعه يونس فإنّ قوله فإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد بمفهومه يدلّ على عدم كونها للولد إن كان على مولاهما دين و معلوم أنّه ليس مطلق الدين مانعا عن الإرث بل هو الدين المستغرق

و لكنك خير بأنّ الرّوايه مع كونها مقطوعه مطلقه فتقيّد بما دلّ على جواز بيعها فى خصوص ما إذا كان الدين ثمن رقبتها و أمّا ما اختاره الشيخ و من تبعه فى مسأله الدين المستغرق فالأقوى خلافه لأنّ التّركه تنتقل إلى الورثه غايه الأمر لا يجوز لهم التصرف ما لم يؤدّوا الدين فإذا انتقلت إليهم تعتق الأمه من نصيب ولدها و هذا هو الذى اختاره الشّهيدين الثانى فى المسالك

نعم استشكل عليه صاحب المقابس انتصارا للشيخ بأمر أربعة أحدها أن المستفاد ممّا دلّ على أنها تعتق من نصيب ولدها أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النّصيب من غير أن تقوم عليه أصلا و إنّما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمه أمّه هل تقوم عليه أو تسعى هى فى أداء قيمتها انتهى و حاصل إيراده أنّ أدلّه الاعتاق من نصيب ولدها تختصّ بما إذا اعتقت عليه مجّانا من دون أن يكون عليه شىء و هذا يتمّ فيما إذا لم يكن الدّين مستغرقا و أمّا إذا كان مستغرقا فلا تقوم على الولد فلا وجه للاعتاق فلا مانع من بيعها

و بالجمله إمّا لا- تعتق عليه و إمّا إذا اعتقت فتعتق عليه مجّانا فإذا امتنع الأخير تعين الأول و ثانيها أنّ النّصيب إذا نسب إلى الوارث فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة بعد أداء الدّين و سائر ما يخرج من الأصل و المقصود منه النّصيب المستقرّ الثّابت لا النّصيب الّذى يحكم بتملك الوارث له تفضيّا من لزوم بقاء الملك بلا مالك انتهى

و هذا الوجه يرجع إلى الوجه الأوّل لأنّ حاصله أنّ أدلّه الاعتاق من نصيب الولد لا تشمل هذا الملك الثّانى بل يختصّ بالنّصيب الّذى للولد بعد إخراج الدّين و الحقوق المتعلّقه بأصل المال كالحجّ الميقاتى و الخمس و الزّكاه و نحو ذلك و هذا إنّما يجرى فيما إذا بقى للميت مال زائد على الحقوق المتعلّقه به لا ما إذا كان الدين مستغرقا بحيث كان الحكم بانتقال المال إلى الورثه من باب احتياج الملك إلى المالك و ثالثها الّذى هو الرّابع فى كلامه أنّ ما ادّعاء من الاعتاق 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 صحّح الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه انتهى

و مرجع هذا الوجه أيضا هو الوجه الأوّل لأنّ حاصله أنّ أدلّه الاعتاق لا- تشمل هذا النّحو من الملك و الأصحاب أيضا لم يصرّحوا بذلك لأنّ ظاهرهم اختصاص الاعتاق بالملك المستقر و لذا لا يلتزمون بانعتاق العمودين على الموقوف عليه إذا وقفهما الواقف عليه مع أنّهم يلتزمون بصحّح الوقف و تملك الموقوف عليه العين الموقوفه و رابعها الّذى هو الثّالث فى كتابه أنّه يلزمه على كلامه أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها يساوى قيمه أمّه تقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثّابت فى الباقي بعد الدّيون و نحوها يساوى قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنّه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من قيمه نصيبه الباقي الثّابت إن كان له نصيب و يطالب بالباقي و هذا ممّا لا يقول به أحد من الأصحاب و ينبغى القطع بطلانه

و حاصل هذا الوجه أنّ كلام المسالك فى قوله و الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدّين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء مقدار قيمه النّصيب من ماله لازمه أن يخسر الولد قيمه أمّه أو بعضها للدّيان و أن تعتق الأم عليه أيضا لأنّ مقتضى ما ادّعاء من انتقال المال إلى الورثه هو اعتاق الأم عليه إمّا بتمامها لو لم يكن وارث غيره و إمّا بمقدار نصيبه من التركة لو كان هناك وارث غيره و مقتضى قوله و يلزمه أداء مقدار

قيمه النَّصيب من ماله أن يتضرَّر هذا المقدار للديان أو للورثة و لازم هذا الكلام هو التزامه بالتقويم عليه في صور ثلاث

الأولى ما إذا كان نصيب الولد من مجموع التركة يساوى قيمه الأم سواء كان هناك دين مستغرق أم لا فإذا فرضنا عدم استغراق الدين بأن كان الدين مائه و التركة مائتين و قيمه الأمه مائه و باقى التركة مائه و الورثة منحصره بولد أم الولد و أخ له من غير أمه فلو قلنا بانتقال التركة بأجمعها إلى الورثة فنتعق الأم بأجمعها على الولد لأن نصيبه من التركة بمقدار قيمه الأم فيجب عليه حينئذ خمسون و على أخيه كذلك فيحصل لأخيه خمسون و هو تضرَّر بخمسين و لا شىء له سوى الأم نعم إذا استغرق الدين يخسر كل منهما ما انتقل إليه

الثانية ما إذا كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الدين و نحوها ممَّا يخرج من المال مساويا لقيمه أمه أو أقل لأن المفروض انتقال ما يساوى قيمتها إليه قبل الدين فإذا فرضنا أن الورثة كالصورة السابقة و التركة ثلاثمائة و قيمه الأم مائه و الدين و ما يلحق بالدين مائه فنصيب الولد من التركة بعد الدين و نحوه يساوى قيمه أمه فالأم تنعق جميعها عليه و يقوم عليه نصف قيمتها لأخيه و نصف المائة الباقية له فيتهاثر النصيبان فيكون تمام المائة فى الحقيقة لأخيه و الأم بتمامها له و إذا فرضنا أن الدين و نحوه مائتان فنصيبه منها بعد الدين و نحوه أقل إلا أن نصيبه من التركة أزيد من قيمه الأم لأن نصيبه مع قطع النظر عن الدين مائه و خمسون فلا بد من أن تنعق الأم بأجمعها عليه و أن يخسر نصف قيمتها لأخيه فإن ما بقى من التركة يرد إلى الديان و الأمه مشتركه بين الأخوين فإذا انعتقت عليه يجب أن يخسر قيمه نصفها لأخيه

الثالثة ما إذا كان نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم عليه نصيبه كائنا ما كان و يسقط من قيمه نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب و يطالب بالباقي مثلا إذا فرضنا أن الدين مستغرق و مجموع التركة يساوى مائه و عشرين و قيمه الأم تسعين و باقى التركة ثلاثين و الوارث كالسابق فنصيب الولد من التركة النصف و هو يقابل ثلثين من الأم فينعق عليه ثلثان منها و ينعق الباقي بالسرايه فتسعى الأم فى ثلثها للديان و عليه ستون و على أخيه ثلاثون و إذا فرضنا انحصار التركة فى هذه الصورة بالأم و قيمتها مائه و عشرين فنصيبه منها نصفها فعليه ستون و على الأم ستون

و لو فرض أن التركة كالسابق بأن كان قيمه الأم تسعين و باقى التركة ثلاثين و الدين مستغرق و الورثة ثلاثة فنصيب ولد أم الولد منها ثلثها و من باقى التركة أيضا ثلثها و المجموع أربعون فنعق عليه أربعة أتساع من الأم و يسرى العتق فى الباقي فعلى الأم خمسون و عليه أربعون و باقى التركة أيضا للديان من سهم الأخوين و من سهم ولد أم الولد

و لو فرض فى هذه الصورة أن الدين تسعون فينعق عليه أيضا أربعة أتساع إلا أنه يسقط من الأربعين نصيبه الباقي فى الثلاثين و هو عشرة فيطالب بالثلثين فعليه ثلاثون غير هذه العشرة و على أخويه ستون إلا أن الأم تسعى فى خمسين من نصيبهما من الدين و يدفعان إلى الديان أيضا العشرة التى كانت من نصيب ولد أم الولد فيبقى لهما من التركة عشرون

و حاصل إشكال المقابس على المسالك أن اللّازم من كلامه أن ينعق نصيب الولد منها أو ما يساوى نصيبه منها

من أصل التركة و يغرم الولد مع ذلك قيمه ما انعتق منها و هذا لم يقل به أحد فإن في مورد الانعتاق القهري لم يقل أحد بالتقويم على من ينعق عليه إلا الشيخ في الخلاف و رجع عنه في المبسوط

بل قيل إن الشيخ أيضا لم يقل بذلك إلا في مورد عدم استغراق الدين للتركة فقال يجب على الولد فك الباقي من ماله بعد بذل ما قابل سهمه المذى ورثه من الميت و وافقه ابن حمزه فقال بأنه يسعى في الباقي و مدركه الخبر المذكور في باب الاستيلاء فراجع هذا حاصل ما أورده صاحب المقابس على الشهيد الثاني و أورد عليه المصنف قدس سره بقوله و يمكن دفع الأول إلى آخره

توضيح ما أفاده ردًا على إيراداته الأربعة و على ما أفاده بقوله و بالجمله فالجمع بين أدلتهم و فتاويهم مشكل يتوقف على تمهيد مقدمتين الأولى يظهر من الفقهاء قدس الله تعالى أسرارهم أنه لو انعتق مقدار من الرق على شخص فتاره يكون المنعتق عليه هو المباشر لعتقه بالاختيار كعتق أحد الشريكين نصيبه أو شراء شخص أو اتها به مقدارًا ممن ينعق عليه و أخرى يكون العتق بغير اختياره كإرث العمودين مطلقًا و إرث الرجل إحدى المحرمات عليه نسبا فإذا كان بسبب اختياري فيسرى عتق البعض إلى الكل و يقوم عليه نصيب سائر الشركاء إذا كان موسرا و أما إذا كان بسبب قهري فقد اختلفوا في وجوب السعي على الرق أو على من انعتق عليه بعد الاتفاق على سرايه انعتاق البعض إلى الكل فالمشهور أنه على نفس الرق

و مختار الشيخ في الخلاف المذى رجع عنه في المبسوط و ابن حمزه أنه على من انعتق عليه لخبر غير معمول به كما أشرنا إلى ذلك ثم إن مقدار الانعتاق في الانعتاق القهري في غير أم الولد هو مقدار نصيب الوارث من نفس الرق و أما في أم الولد فلو لم يكن هناك دين مستغرق للتركة فهو مقدار نصيب الولد من جميع التركة و الفرق بينهما هو النص و لو لا ذلك لكان مقتضى الأصل عدم انعتاقها عليه إلا بمقدار نصيبه من الأم

و على أي حال لو لم يف نصيبه من التركة بمقدار الأم لم يقل أحد بأنه ينعق عليه من سائر أمواله لعدم الدليل عليه و أما إذا كان الدين مستغرقًا فلا وجه لانعتاق نصيبه من جميع المال عليه و إن قلنا بأن التركة تنتقل إلى الورثة حتى مع إحاطة الدين بالتركة و ذلك لأن سائر التركة غير أم الولد قابل لأن يكون مخرجا للدين سواء كان رقا أو غيره من سائر الأموال و أما أم الولد فحيث ثبت بالنص أنها لا تباع في غير ثمن رقبته فهي ليست قابله لتعلق الدين بعينها فلا يجوز للورثة أن يدفعها بدلا عنه و لا للديان أخذها تقاصا لو امتنع الوارث من أداء الدين

و حاصل الفرق بين أم الولد و غيرها من العبيد أمران الأول أن أم الولد تنتقل إلى الولد و تنعتق عليه بمقدار نصيبه من التركة و أميا غيرها فينعق على من ينعق عليه بمقدار نصيبه منه الثاني أن أم الولد لا يتعلق بعينها حق الديان فلا يمكن أن لا تنعتق على ولدها و أما غيرها فيتعلق بعينه حق الديان فمع استغراق الدين لا وجه لانعتاقه و إن قلنا بانتقالها إلى الورثة لأن موت المولى عليه لأمرين أحدهما انتقال تركته إلى وارثه و الثاني تعلق حق الديان بتركته و هذان المعلولان يوجدان في رتبة واحده و الانعتاق أمر مترتب على أحد المعلولين و هو لا يمكن أن يتحقق مع مزاحمه حق الديان مع ما هو علته و هي تملك الورثة لمن ينعق عليه فإذا تعذر انعتاق سائر من ينعق على الورثة مع إحاطة الدين

فكذلك لا يمكن اعتناق أمّ الولد من جميع نصيب الولد من التركة مع إحاطه الدّين لأنّ غير أمّ الولد من سائر الأموال قابل لتعلّق الدّين بعينه فلا يرثه الولد بلا مزاحم حتّى يدخل في نصيبه و يشمله التّصوص الدّالّة على أنّ أمّ الولد تنعتق على ولده بمقدار نصيبه من التّركة

الثّانية أن منشأ عدم التزام الفقهاء بأنّ أمّ الولد من مستثنيات الدّين مع أنّهم خصّوا جواز بيعها بما إذا كان في ثمن رقبته هو أنّ لازم فتواهم بانعتاقها على الولد بمقدار نصيبه من التّركة و سعيه أو سعيها في مقدار حصّه باقى الورثة لو لم يكن على الميّت دين هو أن صفة كون الأمه أمّ الولد لا تقتضى سقوط حقّ الدّيّان عنها رأسا بحيث يكون حكمها حكم الكفن لأنّ تعلّق حقّ سائر الورثة بها ممّن لا تنعتق عليه يقتضى تعلّق حقّ الدّيّان بها لأنّ هذا الحقّ أسبق من حقّ الورثة لكون الإرث بعد الوصيّه و الدّين

إذا عرفت ذلك ظهر أنّ الجمع بين أدلّتهم و فتواهم ليس بتلك المثابه من الإشكال كما هو مقتضى المقدّمه الثّانية و أما إيراداته على المسالك فالثلاثة الأولى غير وارده عليه أصلا إذا كان ضمير منها فى كلامه راجع إلى الأمّ لا إلى التّركة لما عرفت من أن مقتضى النصّ على أنّ أمّ الولد لا تباع فى غير ثمن رقبته أن لا يكون حقّ الدّيّان متعلّقا بعينها

و مقتضى ما عرفت من أنّ أمّ الولد ليست كمثونه التّجهيز بحيث لا يتعلّق الدّين بها رأسا هو الجمع بين حقّ أمّ الولد و حقّ الدّيّان و مقتضاه هو اعتناق أمّ الولد بمقدار نصيبه منها و سرايه العتق إلى البقيّه بمقتضى أدلّه العتق بالسّيرايه و حيث إنّ المختار فى الاعتناق القهرى هو سعايه نفس المعتق بالفتح فتسعى الأمّ فى الزائد عن نصيب الولد منها و تقوم على الولد قيمه نصيبه منها و تدفع إلى الدّيّان نعم لو رجع ضمير منها إلى التّركة فلا يصحّ جزءا من كلام المسالك كما سنشير إليه

و بالجمله لا وجه لدعوى عدم اعتناق أمّ الولد فى الدّين المستغرق سواء قلنا بانتقال التّركة إلى الورثة أو قلنا ببقائها على حكم مال الميّت لأنّ أمّ الولد ليست من قبيل سائر الأموال القابله لتعلّق حقّ الدّيّان بعينها و قياسها على العبد الموقوف على الطّبقات مع الفارق لأنّ عدم اعتناقه على ولده إذا صار الولد موقوفا عليه ليس من جهة عدم كونه ملكا تامّا له بل لتعلّق حقّ سائر الطّبقات به و أمّا الدّيّان فلم يتعلّق حقّهم بعين الرّقبه فلا مانع من اعتناقها على ولدها بمقدار نصيبه منها و أمّا الإيراد الرابع فقد أجاب عنه المصنف بأنّه إنّما يرد عليه إذا قلنا بأنّ قيمتها بعد الاعتناق تتعلّق بالولد و أمّا إذا قلنا باستسعاها فلا يرد عليه شىء

و مبنى هذا الجواب على تسليم الإشكال فى جزء من كلام المسالك و هو التّقويم على الولد و الدّفْع عنه فى الجزء الآخر و هو انتقال التّركة إلى الورثة و حاصل إيراد المصنف على المقابس أنّ عدم إمكان التّقويم على الولد ليس مانعا من انتقال التّركة إلى الورثة لإمكان الجمع بينه و بين عدم التّقويم عليه بأنّ يجب السّعى على الأمّ و لا يخفى أنّ الصّواب أوّلا توضيح ما أفاده المقابس ردّا على المسالك ثمّ الدّفْع عنه

فقول قد ظهر ممّا ذكرنا من تفصيل الصّور أنّه لا يندفع إشكال المقابس على المسالك لو كان ضمير منها فى قوله و الأقوى انتقال التّركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرّف فيها على تقدير استغراق الدّين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء قيمه مقدار النّصيب من ماله إلى آخره راجعا إلى التّركة كما هو ظاهر كلامه من قياس صوره استغراق الدّين

على ما لم يكن دين لأنه لو لم يكن دين فينعتق على الولد نصيبه من جميع التركة على ما صرح به في كلامه قبل هذا بأسطر فلو انعتق عليه أمه من نصيبه من جميع التركة فالالتزام بوجود السعي على الأم لا يدفع الإشكال لأنَّ حاصل إشكال المقابس هو أنه لو قلنا بانعتاق أم الولد في جميع الصور فإنما هو من جهة عدم قابليته أم الولد لأن تكون مخرجا للدين و أما سائر التركة فلا مانع من أن يكون مخرجا للدين

و مقتضى قول المسالك بأنه يقوم عليه مقدار قيمه النصيب من ماله أن أم الولد في جميع الصور حتى في غير الدين المستغرق تنعتق بمقدار تمام نصيب الولد من التركة فلا يكون شيء مما يرثه من التركة مخرجا للدين بل إنما يقوم عليه بمقدار سهمه من الدين المذى لو لا- أم الولد لكان للوارث أن يؤذيه من عين التركة و لو امتنع لكان للديان أخذه منها و هذا مما لا يقول به الأصحاب و مما ينبغي القطع ببطلانه سواء قيل بالتقويم على الولد أم قيل بسعي الأم

و أما لو كان ضمير منها راجعا إلى الأم فلا يرد عليه إشكال و الظاهر ذلك لأنه قدس سره بصدد بيان أن إحاطه الدين بالتركة غير مانع عن انتقالها إلى الوارث غاية الأمر يجب عليه دفع ما قابل سهمه ممن ينعتق عليه إلى الديان جمعا بين الحقين و هذا لا يلزم التقويم عليه في جميع الصور حتى مع الدين الغير المستغرق و لا يلزم القول بانعتاق الأم على الولد بمقدار تمام نصيبه من التركة

و لتوضيح ذلك لا- بأس بذكر بعض عبائر القوم و عباره المسالك في نكاح الإماء قال في الشرائع في باب الاستيلاء إذا مات مولاها و ولدها حتى جعلت في نصيب ولدها و عتقت عليه و لو لم يكن سواها أعتق نصيب ولدها منها و سعت في الباقي و قال في نكاح الإماء فأم الولد لا تنعتق إلا بعد وفات مولاها من نصيب ولدها و لو عجز النصيب سعت في المتخلف و لا يلزم ولدها السعي فيه أو الفك من ماله و قيل يلزم و مراده من هذا القائل هو الشيخ في النهاية حيث قال يجب السعي على الولد إذا كان ثمنها دينا على مولاها و لم يخلف سواها

و عن الوسيله أنه يجب السعي عليه إن كان عليه دين في غير ثمنها و عنها أيضا أنه يجوز بيعها في دين مولاها و إن لم يكن ثمنها إذا كان الدين محيطا بالتركة و قال في المسالك لا ريب أن مجرد الاستيلاء ليس سببا للعتق نعم تشبث بالحرية و إنما تعتق بموت المولى لأن ولدها ينتقل إليه منها شيء أو ينتقل جميعا إذا كان هو الوارث خاصه فتعتق عليه ما يرثه منها لأن الولد لا يملك الأم و لو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركة يفي به و إلا عتق بقدره و لو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت هي دون الولد و لا- يسرى إليه لو كان له مال من غير التركة لأن السرايه مشروطه بالملك الاختياري و الإرث ليس منه و إنما سرى إليه في باقي نصيبه من التركة لإطلاق النصوص في أنها تعتق من نصيبه من التركة و إلا لكان الأصل أن لا ينعتق عليه سوى نصيبه منها ثم نقل عن النهاية و جوب السعي على الولد إلى أن قال الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و يلزمه أداء مقدار قيمه النصيب من ماله انتهى

و في الجواهر في كتاب الاستيلاء بعد أن نقل عن الدروس جواز بيعها في الدين المستغرق لأنه لا نصيب

لولدها الذى عتقها بعد الوفاه مستند إليه قال و إن كان قد يناقش بأن الأصح انتقال التركة إلى الوارث و إن كان الدين مستغرقا فيتجه اعتناق نصيبه منه بملكه و إن كان الدين مستغرقا لكن قد يدفع لظهور النصوص فى اعتناقها من نصيب ولدها الذى لا تعلق حق فيه و الفرض فى المقام تعلق حق الدين فيها و إن قلنا بملك الوارث اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين أو هى بالسعى و هما لا دليل عليهما بل ظاهر الأدلة خلافه

و لا يخفى أن هذا الكلام الأخير من الجواهر هو الوجه الأول فى كلام المقابس و هو قوله إن الاستفادة مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهه استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلا إلى آخره

إذا عرفت ذلك فنقول على فرض رجوع ضمير منها فى عباره المسالك إلى التركة حتى يكون مختاره اعتناق الأم على الولد بمقدار نصيبه من التركة إلما أن ظاهر كلامه إنما هو فيما لم يكن على الميت دين و أما إذا كان عليه دين فلم يظهر منه ذلك فيمكن أن يلتزم بانعتاقها عليه بمقدار نصيبه من تمام التركة أو بمقدار نصيبه من الأم

فلو أراد الأول يرد عليه أنه لا وجه لانعتاق هذا المقدم مع قابلية غير الأم لتعلق حق الديان به و لو أراد الثانى لا يرد عليه إلا ما أفاده صاحب الجواهر من أن نصوص الانعتاق ظاهره فى النصيب الذى لا يتعلق حق به و فى مورد الدين المستغرق يتعلق حق الديان به و لكنك خير بأن نصوص الانعتاق غير متعرضه لهذه الجهة و لا يستفاد منها أنه إذا اعتقت الأم على الولد لا تقوم عليه و لو فرض دلالتها على ذلك يلتزم بوجوب السعى على الأم

فدعوى أن ما أفاده المسالك قطعى البطلان و لم يقل به أحد من أصحابنا مما لا يصغى إليها و على أى حال سقوط حق الديان عن أم الولد عينا و قيمه بحيث تكون من قبيل مئونه التجهيز لا وجه له فإن الانعتاق لا يقتضى ذلك

### [و منها تعلق كفن مولاها بها]

قوله قدس سره و منها تعلق كفن مولاها بها إلى آخره

هذه هى الصورة الثانى من موارد القسم الأول الذى قيل بتعلق حق المولى بها على ما حكاه فى الروضه و لكن قيد جواز بيعها لكفنه بما إذا لم يمكن بيع بعضها و إلا اقتصر عليه و يلحق بالكفن سائر مئونه التجهيز فإنها أيضا كالكفن يقدم على الإرث

ثم إن الكلام فيه يقع تارة بناء على عدم جواز بيعها إلا فى ثمن رقبته و أخرى بناء على جوازه فى مطلق الدين أما على الأول فالحق أنها لا تباع لمئونه التجهيز أيضا و ما يقال من أن المنع عن بيعها إنما هو لغايه الإرث و مع احتياج الميت إلى التجهيز فلا إرث مدفوع بأن هذه حكمه لا عله حتى يدور الحكم مدارها هذا مضافا إلى أن هذا فرع تقدم حق الميت و مقتضى ما استفاد من الروايه المتقدمه من أنهم لا يبعن فى غير فكاك رقابهن هو تعلق حق الورثه بها

و أميا على الثانى فقد يتوهم أنه لا مانع من بيعها لمئونه التجهيز لأنه لا إشكال فى أن الإرث واقع فى المرتبه الرابعه من مراتب



تعلّق الحقوق بمال الميّت فإنّ أوّل المراتب هو مؤنّه التّجهيز على ما يستفاد من النصوص من أنّه يبدأ بالكفن و الثّاني هو الدين و الثّالث هو الوصّيّه و الرابع هو الإرث فإذا كان الكفن مقدّمًا على الدّين الّذي هو مقدّم على الإرث بمرتبتين فتقدّمه على الإرث بطريق أولى و من هذا البيان يمكن القول بتقديم الكفن على

الإرث بل على الدين الذى فى ذمه المولى من ثمن رقبته حتى بناء على اختصاص جواز بيعها بذلك

و لكنك خبير بفساد التوهم المذكور سيما بناء على انحصار جواز بيعها فى ثمن رقبته فإن الإرث و إن كان فى المرتبه الرابعه من الحقوق المتعلقة بمال المورث إلا أن أولويه تعلق حق التجهيز من الاستيلاء ممنوعه لأنه يمكن أن يقال بتقدم حق الميت على الاستيلاء إذا كان له مال بمقدار التجهيز فيؤخذ منه الكفن و لا يصرف فى ثمن رقبه الأمه فضلا عن سائر الديون بل تباع الأمه فى ثمن رقبته و لا يكون هذا التقدّم فيما إذا لم يكن له مال غير الأمه بل يمكن الجمع بين الحقين بأن تعتق الأمه من نصيب ولدها و تعلق برقبته مؤنه التجهيز فتوجر نفسها لها

و كيف كان فدعوى الأولويه القطعيه غير مسموعه فما استفاد من المصنف قدس سره من أن تقدم حق الميت على حق أم الولد إذا كان له مال بمقدار تجهيزه حيث إنه يصرف المال فى التجهيز و لا تخلص الأمه من ثمن رقبته بهذا المال بل تباع هى لهذا الدين يقتضى ترجيح حقه على حقها فيما إذا لم يكن له مال بهذا المقدار فلا بد أن يصح بيعها لصرف ثمنها فى مؤنه التجهيز إذا لم يكن عليه دين فيه أنه لا ملازمه بين الصورتين فلعلى بيعها فى ثمن رقبته كان لخصوصيه لا تجرى فى غير هذا المورد

و بالجملة لمّا ثبت بالدليل جواز بيعها فى ثمن رقبته فتباع له لو لم يكن للمولى مال آخر أو كان و لم يكن أن يصرف فى الدين كنفه أو ثمنه و أمّا إذا لم يكن ثمن رقبته دينا على المولى فلا وجه لأن يتقدم حق المولى على حق الأمه مع عدم قيام الدليل على جواز بيعها فى ثمن كفن المولى مع كون الاستيلاء سابقا و عدم إحراز أهميه حق المولى حتى لا يكون موقع لترجيح الأسبق زمانا على اللاحق

ثم إنه لو قيل بالجواز فإنما هو فيما لم يكن متبرع لمؤنه التجهيز بل قيل إنه لو أمكن استسعاء الأمه لها بأن توجر نفسها لها يبقى حق الاستيلاء لإمكان الجمع بين الحقين و ارتفاع الضروره و تغليب جانب الحريه ثم لا يخفى ما فى

قوله قدس سره و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى فساد بيعها قبل الحاجه إلى الكفن

لأنه لو فرض الشك فى أهميه حق المولى حتى يقدم على حق الأمه و لو كان سابقا أو أهميه حق الأمه أو تساوى الحقين حتى يقدم حق الأمه لسبقه فلا يمكن التمسك باستصحاب المنع لعدم إحراز اتحاد القضيه المشكوكه مع المتيقنه لأن بيعها قبل الموت لم يكن بيعا فى الكفن إلا أن يقال ليس هذا اختلافا فى الموضوع بل إنّما هو من الأحوال العارضه له التى لم تكن فى السابق ثم عرضت بعد ذلك فصارت منشأ للشك فى الحكم

**[و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حال حياته]**

قوله قدس سره و منها ما إذا جنت على غير مولاها فى حال حياته إلى آخره

أى من موارد القسم الأول جنايه الأمه على غير مولاها فى حياه المولى و أمّا بعد موته فهى إمّا حرّه خالصه أو أمه كذلك و

الحكم فى كلتا الصورتين واضح ثم إن جنائتها فى حياه المولى إما عمدية و إما خطائيه

أما العمدية فحيث إن الخيار للمجنى عليه أو ورثته فلا إشكال فى قابليتها لأن تسترق و تصير قنا خالصا و ملكا طلقا إما كلا أو بعضا و لا وجه لتوهم انتقالها إلى المجنى عليه أو ورثتها على نحو كان ملكا للمولى من التشبث بالحرية لأنها لم تنتقل إليه بنقل من المولى حتى تكون كما كانت بل إنما انتقلت قهرا عليه و من دون اختيار و مباشره منه و إلا كان باطلا لما تقدم من أن عدم جواز النقل لا يختص بالبيع بل من مناسبه الحكم و الموضوع يستفاد أن ذكر البيع فى قوله لا تباع من باب التنبيه على العام بذكر الخاص فلا يصح النقل من المولى مطلقا

فالجنايه العمدية لا إشكال فيها

و أما الخطائيه فالحق أنه لا يجوز للمولى تسليمها إلى المجنى عليه أو ورثته سواء قلنا بأن التخيير بين الفداء و التسليم من التخيير بين الأمرين الوجوديين أو من التخيير بين الوجودى و العدمى و هما الفداء و التخليه بينها و بين المجنى عليه أو ورثته لأن ترك الفداء و التسليم أو التخليه يقتضى استحقاق المجنى عليه أو ورثته استرقاقها أما على الأول فواضح لأن فى جميع موارد التخيير بين الوجوديين إذا تعدد أحد فرديه يتعين الآخر فى المقام تسليمها من المولى متعذر لما عرفت من أن كل نقل منه ممتنع فيتعين عليه الفداء و أما على الثانى فإن الترك و إن كان عدمياً إلا أن المولى صار سبباً للاسترقاق و الانتقال إلى غيره حقيقه و فى المعنى هو نقلها من ملكه إلى ملك غيره فيمتنع عليه أيضا فينحصر التخلص بالتفديه

### [و منها ما إذا جنت على مولاها]

قوله قدس سره و منها ما إذا جنت على مولاها إلى آخره

لا يخفى أن جواز بيعها فى هذه الصورة و ما يتلوها من الصور لا يخلو من الإشكال

أما هذه الصورة فلأن جنائتها على مولاها لا توجب جواز بيعها لمولاها مطلقاً بعد ما ثبت عدم صحه النقل من مولاها و إنما أثر جنائتها العمدية هو جواز قتلها و الوجوه التى قيل بها لصحة التصرفات الناقله من مولاها أو ورثته استحسانيه و أما الصور الأخرى و هى جنايه الحرّ عليها و استرقاقها بعد لحوقها بدار الحرب و خروج مولاها عن الذمه و قتل مولاها الذمى مسلماً فالمشهور فى الأولى و الثانيه هو عدم دخولهما فى المستثنيات و بين المصنف وجهه فى المتن و أما الثالثه فالمشهور هو أن الذمى إذا خرق الذمه جرى عليه حكم الحربى فيلزم استرقاق أم ولده فيحل التصرف فيها

و أمّا الرابعه فظاهر فتوى الفقهاء فى قولهم و يدفع هو و ماله إلى أولياء المقتول إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقوه أن جميع أمواله ينتقل إلى ورثه المقتول حتى أم الولد إلا أن المسأله لا تخلو عن الإشكال هذا تمام الكلام فى القسم الأول

### و أما موارد القسم الثانى و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعات من حق الاستيلاء

فمنها بيعها على من تنعتق عليه و منها بيعها بشرط العتق و منها بيعها ممن أقر بحرّيتها و منها بيعها لثرت ممن لا وارث له سواها و الحق صحه البيع فى الجميع

أما بيعها على من تنعتق عليه فلأن أدله المنع عن جواز التصرفات الناقله من المولى لا تشمل ذلك فإن ظاهرها المنع عن إخراجها عن ملكه الموجب لتفويت أثر الاستيلاء و بعبارة أخرى تنصرف الأدله إلى الملك المستقر لا الملك آنا ما و النقل الموجب لانعتاقها فوراً على من اشتراها و أما بيعها بشرط العتق فكذلك أيضاً بناء تأثير الشرط وضعاً بحيث لو امتنع المشروط عليه من

الوفاء بالشَّروط أجبره الحاكم عليه و لو لم يمكن فيعتقها بنفسه (1) و أمَّا بيعها ممَّن أقر بحريَّتها فالإشكال عليه بأنَّه لا يجوز بيعها على أىِّ حال سواء علم المولى بكذبته أو علم بصدقه لأنَّ الحرَّ لا- يجوز بيعه إنَّما يتجه لو لم يعلم مناط المنع و أمَّا لو علم فلا مانع من بيعها لانصراف أدلِّه البيع إلى الملك المستقرَّ و أمَّا بيعها لأن تراث و تعتق فلأنَّ النَّقل ليس اختياريًا من المولى لأنَّه لو امتنع عنه يباع عليه قهرا و أدلِّه المنع عن البيع لا تشمل

---

١- لا- يخفى أنَّه بناء على ما تقدَّم فى بيع العبد المسلم من الكافر من عدم جوازه و لو بشرط العتق فيجرى المنع هنا أيضا لأنَّ للمشروط له إسقاط الشرط إلَّا أن يقال بأنَّه ليس له ذلك فى المقام و هذا لا دليل عليه منه عفى عنه

هذا المورد كما لا يخفى

**[و من القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء]**

**[ما إذا كان علوقها بعد الزهن]**

قوله قدس سره و من القسم الثالث و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء ما إذا كان علوقها بعد الزهن إلى آخره

لا يخفى أنّ نسبة الزهن إلى الاستيلاء نسبة التزاحم لا التعارض و ذلك لعدم امتناع تشريع الحكمين ثبوتا و إنما لا يمكن الجمع بينهما في الخارج لتزاحم الحقيين فهما كتزاحم الحكمين فإذا كان كذلك فلا بد من أعمال مرجحات باب التزاحم و من المرجحات كون أحد الحكمين مشروطا بالقدره عقلا و الآخر مشروطا بها شرعا و هذا المرجح مقدم رتبة على الأسبق زمانا فإنه متأخر عن جميع المرجحات الخمسة المذكورة في التزاحم و لا شبهه أنه يشترط شرعا في صحه الرهن حدوثا و بقاء قابليه العين المرهونه لأن تكون مخرجا للدين فمع حدوث حق الاستيلاء ليست الأمه قابله لأن تكون كذلك

و أما في طرف الاستيلاء فلم تؤخذ القدره شرطا شرعا فمع إمكان تأثير الاستيلاء يتقدم على المزاحم له هذا مع أنه يظهر من بعض الأساطين حرمة و طى الأمه المرهونه على المالك الزاهن بدون إذن المرتهن و عللها بأنه تعريض لإبطال الرهانه فيستكشف من ذلك أن بطلان الزهن بالاستيلاء مسلم و إنما لم يكن وجه لحرمة و طى الأمه على مالكةا فحرمة و طى الأمه على المولى الراهن كحرمة و طيها في حال الحيض و الحرمة التكليفية لا- توجب رفع أثر الاستيلاء غايه الأمر حيث إنّ الزاهن أتلف على المرتهن العين المرهونه يجب عليه تبديلها بعين أخرى تكون رهنا كما ذكروا ذلك في مسأله إتلاف الراهن و لا يمكن قياس الوطى على البيع فإن بيع الزاهن لو كان محرّما لا- يؤثر في النقل إلى المشتري لأنه لا أثر له إلا النقل و هذا بخلاف الوطى فإن حرمة لا توجب عدم ترتب الأثر التكويني عليه و لم يقدّم دليل على اعتبار حليته الوطى في تأثير الاستيلاء إلا دعوى انصراف أدلته إلى ذلك و هو ممنوع أو شبهه احتمال اعتبار الطلقيه و مانعيه الرهانه عنه و هو دور واضح لأنه لا- يمكن أن يحفظ الحكم موضوع نفسه فإن تأثير الزهن يتوقف على قابليه العين المرهونه لأن تكون مخرجا للدين و قابليتها تتوقف على عدم مزاحمه الاستيلاء لها و عدم مزاحمته لها يتوقف على أن يكون الزهن مانعا عن تأثير الاستيلاء و لا عكس لأن الاستيلاء لا يتوقف إلا على كون الأمه ملكا للمولى

و أما كون المولى مالكا للوطى بأن لا يكون عليه محرّما فلم يقدّم دليل كما قام الدليل على عدم تأثير الاستيلاء فيما إذا كان ثمنها دينا على المولى

و ممّا ذكرنا ظهر حكم ما إذا كان علوقها بعد اشتراط المولى أداء مال الضمان منها و ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحبر عليه و كانت فاضله عن مستثنيات الدين أمّا مسأله اشتراط أداء مال الضمان منها على فرض صحته كما هي الأقوى فلأنها داخله في باب الزهن لأنّ اشتراط الضمان من مال معين مرجعه إلى جعل المال رهنا على دين الغير فعلى ما اخترناه من تأثير

الاستيلاء المتأخر و مانعته عن كون الأمه مخرجا للدين لا يصح أداء مال الضمان منها

و أمّا مسأله الحجر فحاله أردأ من الرهن لأنّ مجرد حجر الحاكم على أموال المفلس لا يوجب تعلق حق للديان بالأموال غايه الأمر أنّه ممنوع من التصرف و يحرم عليه و طى الأمه التي تعلق الحجر بها و لو ادعى اختصاص تأثير الحجر بقاء بما هو قابل للبيع بنفسه و أمّ الولد ليست كذلك لا يصح

الجواب عنه بأن الحجر السابق موجب للقابليه

و بالجمله كل حق معلق على عدم شىء لا يمكن أن يزاحم مع هذا الشىء فلا وجه لتأثير الحجر فى المقام لا يقال مقتضى ما تقدم سابقا من أن أدله عدم جواز بيع أم الولد لا يتعدى منها إلا إلى كل ناقل اختياري من طرف المالك كالصلح والهبة ونحو ذلك أن تكون النواقل القهرية مانعه عن تأثير الاستيلاء إذا كانت سابقه عليه و لذا يقدم حق المجنى عليه على الاستيلاء إذا كانت الجنايه عمدية لأننا نقول مناط عدم جواز النقل من طرف المالك هو لزوم بقاء الأمه فى ملك المولى لتنتعق من نصيب الولد فالاستيلاء موجب لتعلق حق من الأمه على المولى أو على ولدها أى موجب لتشبهها بالحرية فالمناط يجرى فى مطلق النواقل و إن كانت قهرية إلا إذا كانت رافعه لموضوع الاستيلاء كالجنايه العمديه حيث ثبت أن لورثه المجنى عليه قتل الأمه أو الاسترقاق و أما سائر الحقوق فحيث إنها علقت على إمكان استيفائها من متعلق الحق فحق الاستيلاء رافع لموضوعها

و بالجمله فرق بين الرهانه و ما يحذو حدوها كتعلق الضمان بها و تعلق حق الغرماء و نحو ذلك و بين الجنايه العمديه فإن الجنايه العمديه و لو كانت متأخره عن الاستيلاء ترفع موضوع حق الأمه و أما فى الجنايه الخطائيه و نحوها من الحقوق فالأمر بالعكس و لو كانت سابقه على الاستيلاء لأنه رافع لموضوعها

و ممّا ذكرنا ظهر حكم الاستيلاء فى زمان خيار بائعها فإن علوقها فى ملك المشتري يمنع من تأثير حق الخيار فى استرداد عين الأمه سواء قلنا بتعلق حق الخيار بالعقد كما هو الأقوى أو قلنا بتعلقه بالعين أما على الأول فواضح لأن الأمه ملك طلق للمشتري فتصرفه فيها ليس محرّما فضلا عن عدم كونه مؤثرا أثره التكويني و أما بناء على تعلقه بالعين فغايه الأمر يصير الوطى محرّما عليه كوطى الأمه المرهونه و قد عرفت أن فى باب التراحم ليس المدار على تقدم السابق إلا إذا كان المتراحمان متساويين من جميع الجهات و إلا كان اللّاحق مقدّما على السابق

### [و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه]

قوله قدس سرّه و منها ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه إلى آخره

لا يخفى أن النذر تاره يكون من نذر النتيجة كنذر كونها صدقه و أخرى يكون من نذر الفعل بأن نذر أن يتصدق بها و على التقديرين فتاره النذر مطلق و أخرى معلق و المعلق عليه إمّا معلوم التحقق أو مشكوك فإذا نذر كونها صدقه و كان مطلقا فلا إشكال فى عدم تأثير العلوق لخروجها عن ملكه بمجرد النذر و أما إذا كان معلقا فاستولدها قبل حصول المعلق عليه ففى تأثير النذر أو تأثير الاستيلاء وجهان و قبل تحقيق الحق ينبغى بيان حكم مندور الصدقه إجمالا

فنقول بناء على صحّه نذر النتيجة كما هو المشهور فلو نذر أن تكون الشاه صدقه بلا قيد فبمجرد النذر تخرج عن ملكه و لا يجوز له التصرف فيها مطلقا و ذلك واضح و هكذا لو نذر أن يجعلها صدقه فإنه حيث لم يعلق الفعل على شىء يجب عليه الوفاء به تكليفا و لا ينفذ تصرفاته فيها و ضعا نعم فى خروجها عن ملكه بمجرد النذر خلاف



و يظهر من صاحب المقابس أنه لو كان النذر بصيغه لله على أو على عهدا لله أن هذا المال المعين صدقه للفقراء فبمجرد النذر يخرج المنذور عن ملكه و يبطل جميع تصرفاته إلا في موردين أحدهما ما إذا كان مقصوده كون قيمته صدقه فيصح تصرفه لذلك و ثانيهما ما إذا نذره لمعين فردّه و لم يقبل فينفسخ النذر و أما في نذر

الفعل كنذر الهبه و الوقف و الإبراء و الإعناق و الوصيه و التّيدبير و التصدق و الإهداء و التّضحيه و نحوها ففي السّيته الأولى لا يخرج المال عن الملك بالنّذر و في الأخيرين وجهان

ثم نقل عن العلّامة و ابن إدريس أنّ في نذر الإهداء يخرج عن الملك بمجرد النّذر ثم قال و عندي أنّ لهذا النّذر معنيين أحدهما أن ينذر جعل الغنم هديا أو أضحية و ثانيهما أن ينذر فعل الإهداء و التّضحيه فعلى الأوّل لا يخرج عن الملك ما لم يقل بعد النذر جعلت هذا هديا أو أضحية على القول بأنّه يتعين بالتيه و خروجه بذلك عن الملك على القول الآخر و على الثّاني يخرج عن الملك بالنّذر و حمل كلام العلّامة و ابن إدريس على الثّاني

و لكّنك خبير بعدم الفرق بين نذر جعل الغنم هديا أو نذر فعل الإهداء فإنّه لو قلنا بخروج المال بمجرد النّذر عن الملك في الثّاني لكان اللّازم أن يكون المال خارجا عن ملكه بالأوّل أيضا و على أيّ حال سواء قلنا بخروجه عن ملكه كما في القسم الأوّل و هو ما إذا نذر أن تكون الشّاه صدقه أم لم نقل لا يجوز لها التصرفات المنافية و يجب عليه الوفاء بالنّذر بحيث لو امتنع فعلى الحاكم أن يتصدق

بل يظهر من العلّامة أنّ المسأله مسلّمه حتى في النذر المشروط الّذي حصل شرطه و كيف كان لا فرق بين نذر التّبيجه و نذر الفعل في أنّه لا يصحّ للنّاذر التصرفات المتلفه إذا كان مطلقا أو مشروطا بشرط حاصل قلنا بخروجه عن الملك في الصّوره الثّانيه أو لم نقل

و أمّا النذر المشروط الّذي لم يحصل شرطه فهو على قسمين قسم يعلم بتحقق شرطه كما إذا علّقه على الوقت الّذي يعبر عنه بالتعليق على الوصف أو علّقه على الشّروط المعلوم تحقّقه كموت شخص و قسم لا- يعلم بتحقق الشّروط و في كلا- القسمين لا يخرج المال عن ملكه بمجرد النّذر إنّما الكلام في جواز التصرف المنافي فالمشهور عدمه لو علم بتحقق الشّروط دون ما لو شكّ فيه لأنّ مع علمه بحصول شرطه يجب عليه إبقاؤه في ملكه ليتمكّن من الوفاء بالنّذر

و لكن الأقوى أنه لا يجوز له التصرف المنافي مطلقا لأن مرجع الشكّ في تحقق الشّروط إلى الشكّ في القدره على الامتثال و كلّما كان الشكّ في ذلك يجب عليه الفحص أو الاحتياط كما بيّنا ذلك في الأصول فمنذور الصّيدقه على جميع الصّور و الأقسام لا- يجوز للنّاذر التصرف المنافي فيه إنّما الكلام في أنّ وطى الأمه التي نذر التصدق بها هل يكون منافيا للنّذر أم لا و الأقوى ابتناء جواز الوطى على عدم تأثير العلوق في اعتناق الأمه على الولد و تأثيره فيه فلو كان العلوق مؤثرا يحرم عليه التصرف لأنّ أمّ الولد لا يمكن صرفها في النّذر و لو لم يكن مؤثرا فلا مانع من وطئها إذا لم تخرج عن ملكه بمجرد النّذر كما إذا كان النّذر مشروطا بشرط غير حاصل إذ قد تقدم أنّ في باب تزاحم الحقوق ليس المدار على السّبق و اللّحوق و تقديم السّابق مطلقا بل إذا كان المتزاحمان متساويين من جميع الجهات فالسّابق مقدم على اللّاحق و أمّا إذا اختلفا بأن كان أحدهما مقيدا بقيد يرفعه اللّاحق بوجوده فلا أثر للسّبق

و لذا قلنا إنّ الاستيلاء مقدم على حقّ الزّهانه و حقّ الغرماء و نحو ذلك و مؤخر عن الجنايه العمديّه و إن سبقها في الزّمان و لا

يقال إنّ النّذر و الاستيلاء كليهما حقّان و اردان على الأمه في رتبه واحده و كلّ واحد قابل لأن يرفع موضوع الآخر لأنّ في موضوع النّذر أخذ القدره على العمل به و الاستيلاء مانع عنه

فينحلّ النذر و في موضوع الاستيلاء أيضا اعتبر بقاء الأمه في ملك المالك إلى زمان موته حتى تنعق من نصيب ولدها و إذا كان كلّ منهما قابلا لأن يرفع موضوع الآخر فيتزاحمان و يقدّم الأسبق زمانا

لأننا نقول إنّ النذر المشروط سواء علم بتحقق شرطه كالمعلّق على الزّمان أو شكّ فيه لا يمكن أن يزاحم حقّ الاستيلاء إذا تحقّق العلوق قبل الشرط سواء تحقّق الشرط قبل الموت أو بعده

أما إذا تحقّق الشرط بعد الموت فواضح لأنّ المفروض بقاء الأمه في ملك المولى قبل حصول الشرط فإذا مات تنتقل الأمه إلى ولدها فتنعق عليه قهرا و لا يمكن بقاؤها في ملك الولد إلى زمان حصول الشرط و أما إذا تحقّق الشرط قبل الموت فلازّ القدره أخذت في موضوع النذر و أما الاستيلاء فلم يؤخذ في موضوعه سوى تحقّق العلوق في الملك و أما كون المال باقيا في ملك المولى إلى زمان موته فهو من أحكام الاستيلاء و عدم ترتب هذا الحكم عليه فرع تأثير النذر و تأثيره يتوقّف على بقاء موضوعه و الاستيلاء يرفع موضوعه و إن كان متأخرا زمانا

ثمّ إنّه إذا أثر الاستيلاء و قدّم على النذر فهل ينحلّ النذر كما احتمله المصنف قدّس سرّه و وجهه بصيروره النذر مرجوحا أو يتحقّق الحنث و يجب عليه الكفّاره و يضمن عوض المنذور وجهان و الأقوى هو الثاني

و توضيح ذلك أنّ انحلال النذر مورده ما إذا كان المنذور راجحا فعله ظاهرا حين النذر و انكشف كونه مرجوحا في ذاته من دون اختيار الناذر بناء على ما هو الأقوى من أن المدار في الرّجحان المعتبر في متعلّق النذر إنّما هو حين العمل لا حين النذر لأنّ النذر حكمه حكم الإيجاب من الشّارع فكما يعتبر شرائط التكليف من القدره و البلوغ و العقل حين الوجوب لا حين الإيجاب فكذلك يعتبر الرّجحان في متعلّق النذر حين العمل فإذا نذر المستطيع قبل الموسم أن يزور الحسين عليه السّلام في عرفه لا ينعقد نذره لكونه حين العمل مرجوحا و إذا نذر غير المستطيع أن يزوره في كل سنة ينحلّ نذره في سنة الاستطاعه كما لو نذرت المرأه صوم سنه فحاضت في بعض الشّهور

و أما إذا جعله الناذر على نفسه مرجوحا باختيار منه كمسألتنا هذه فإنّه وطى الأمه المنذور التصدّق بها و أحبلها فحكمه حكم ما إذا أعدم الموضوع بالاختيار كما إذا قتلها فإنّه كما يجب عليه الكفّاره و العوض لو قتلها فكذلك لو أحبلها و لا يتوهم أنّه لو كان الوطى حراما لا يؤثر الاستيلاء لما ذكرناه من أن تأثيره موجب للحرمة فلا يمكن أن يكون الحرمة علّه لعدم تأثير الاستيلاء نظير ما ذكروه من حرمة السّفر بعد ظهر يوم الجمعة و حرمة السّفر على من تضيّق عليه وقت قضاء صوم شهر رمضان

و بالجملة فرق بين وطى الأمه المزوّجه من الغير و وطى الأمه المنذور التصدّق بها فإنّ الأوّل لا يملك وطيتها لكون بضعها حقّا للغير فحكمه حكم وطى أمه الغير في عدم تأثير الوطى و هذا بخلاف وطى الأمه المنذور التصدّق بها فإنّ حكمه حكم وطى أمته في حال الحيض فالحرمة التّكليفية الصّيرفه غير مؤثّره في رفع أثر العلوق بل لو لم تؤثر الحرمة في المقام يلزم من وجودها عدمها و بعد تأثر الوطى فمقتضاه تحقّق الحنث لا الانحلال ثمّ إنّ هذا كلّّه بعد فرض بقاء المنذور التصدّق به في ملك الناذر كما في غير نذر التّبيجه إذا كان مطلقا و إلّا لا أثر للعلوق كما لا يخفى

**[و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط]**

قوله قدّس سرّه و منها ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط إلى آخره

لا يخفى أنّ المكاتب المشروط

قبل أداء جميع مال الكتابه إذا وطئ الأمه التي اشتراها بناء على أنه في حكم الحر تصير الأمه المستولده أم الولد فعلا و لذا لا إشكال في أن ولده منها حرّ إلما أنه إذا فسخت كتابته يرجع إلى الرقيه فيجوز لمولاه أن يبيع أمته المستولده فيصير المقام من موارد القسم الثالث

### [و القسم الرابع فهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرض لها للعتق]

قوله قدس سرّه و القسم الرابع إلى آخره

لا يخفى أنه بعد ما علم من أن المدار في اعتناق أم الولد إرث الولد منها فإذا حرم من الإرث لأحد موانع الإرث من القتل أو الارتداد أو لعدم تحقق العلوق على وجه ينسب الولد إلى أحد أبويه فلا- مانع من بيعها لأنه لا أثر لإبقائها في ملكه هذا تمام الكلام في هذا القسم من الملك الغير الطلق و الإنصاف أن المصنف قد أجاد في تبويب المواضع القابله للاستثناء فجزاه الله عن الإسلام و أهله خير الجزاء و لكنّ الأسف أن هذه المسأله لا موضوع لها في عصرنا

### [و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا]

#### إشاره

قوله قدس سرّه و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا إلى آخره

لا إشكال في أن الرهن يوجب منع المالك عن التصرف في العين المرهونه كمنع المرتهن عن التصرف فيها و لا إشكال أيضا في أنه لو تصرف المرتهن فيها يتوقف نفوذ تصرفه على إجازة الرهن إنما الكلام في أن تصرفات الرهن أيضا حكمها حكم تصرف المرتهن في أنها تنفذ بإجازة المرتهن و بفك الرهانه و بإسقاط المرتهن حقه أو إبرائه الراهن من الدين أو أنها تقع باطله لا تصححها الإجازة و لا غيرها قولان

ثم على الصّحه هل يجرى نزاع الكشف و النقل أو لا بدّ من القول بالنقل فالبحت فيها من جهات

### الأولى في صحتها بالإجازة

و الأقوى هو الصّحه لأن غايه ما استدللّ به للبطلان هو ما أفاده صاحب المقابس من أن القدر المتيقن من صحه الفضولي هو ما إذا قصد الفضولي البيع من المالك فأجازة المالك و ذلك لا- يتصور في بيع الرهن لأنه هو بنفسه يكون مالكا فلا يمكن أن يقصد البيع من غيره و لكنّه ممنوع جدّا لأنّ التمسك بالقدر المتيقن مبنى على كون الفضولي مخالفا للقاعده و بعد ما عرفت في بحث الفضولي كونه على طبق القاعده فلا وقع له أصلا و إجمال ذلك أن الأفعال على قسمين قسم لا يقبل الثبانه أصلا فهذا خارج عن محلّ بحث الفضولي موضوعا لأنّ ما لا يقبل الثبانه في أصل صدوره فعدم قبول وقوعه عن الغير بإجازة منه أولى

و قسم يقبل النّيا به و هذا أيضا على قسمين قسم لا ينفكّ الفعل عن الأثر المرتب عليه و الموجد به كالضرب و هذا أيضا لا يقبل لأن يستند إلى الغير بإجازه منه لأنّ الفعل لا ينقلب عمّا هو عليه و لا يتغيّر بامضاء الغير عمّا وقع و يلحق بهذا القسم مطلق الأفعال التي ليس لها مسبب توليدي كالصّلاه و الصّوم و نحو ذلك فإنّها و إن كانت قابله للنّيا به في بعض الموارد إلّا أنّها ليست قابله لوقوعها عن غير الفاعل بإجازه منه لأنّ الفعل بما هو فعل صادر عن الفاعل لا ينقلب عمّا هو عليه

و قسم يمكن أن ينفكّ الأثر عنه و هذا يمكن أن يستند إلى الغير بإجازه منه و العقود و الإيقاعات من هذا القبيل غايه الأمر أنّ بعض الإيقاعات خرج بالإجماع عن باب الفضولي و قد عرفت أنّ بعضها لا يمكن أن يكون من مصداق الفضولي

و على أيّ حال لا إشكال في أنّ العقود لها جهتان جهه نفس الكلام الصّادر عن الفضولي و من هذه الجهه القول غير قابل لأن يستند إلى الغير بالإجازه و جهه مترتبه عليه و هو الموجد بهذا الكلام و المنشأ بهذا الإنشاء الّذى يعتبر عنه بالمسببات المترتبه على

الأسباب و هذا الموجد حيث إنه بمجرد إيجاد آله لا يتحقق في عالم الاعتبار من كل من أوجده بل يعتبر أن يكون له الولايه على ذلك فإذا صدر آله الإيجاد من الغير فيمكن أن يتعلّق الإضاء به من المالك و من له الولايه و حيث إن ما أوجده الفضولى ليس إلّا تبديل المالىن و تغيير طرفى الإضافتين و هو الركن فى باب العقود لا قصد كونه لنفسه أو لغيره فإنه لغو و هذا التبديل لا يتحقق بمجرد بيع الفضولى بل يقع موقوفاً بإجازه من له الولايه يستند إليه هذا المنشأ و الموجد و لا يتوقف إلى دليل خارجى غير عمومات أدله العقود مع أنّ من التعليل الوارد فى باب نكاح العبد يستفاد صحه الفضولى فى جميع أبواب العقود فإنه إما من منصوص العله أو مستنبط العله القطعيه فيتعدى منه إلى كل ما هو مشترك معه فى العله

□

فإنّ قوله ع معللاً صحه نكاح العبد بالإجازه بأنه لم يعص الله و إنّما عصى سيده يمكن أن يكون من قبيل قوله ع الخمر حرام لأنّه مسكر فى كونه منصوص العله فإنّ ضابطه أن يكون العله بمنزله الكبرى الكليه و المورد بمنزله الصيغرى لها و هذا يتوقف على أن لا يكون للمورد خصوصيه يحتمل أن يكون العله مخصوصه به كما إذا قيل الخمر حرام لإسكاره و أن لا يكون الحكم المعلل متخصّصاً بخصيصيه موجب للفرق بين الموارد المحكوم به بهذا الحكم كما فى المثال فإنّ الحرمة فى جميع الموارد على سنخ واحد

و تقريب منصوص العله فى المقام أن يكون قوله عصى سيده بمنزله عصى غيره بحيث يفهم عرفاً عدم مدخلية التصرف فى سلطان السيد بل المدار على التصرف فى متعلّق حق الغير مطلقاً و يمكن أن يكون من قبيل مستنبط العله بحيث لم يكن اللفظ بمدلوله شاملاً لغير مخالفه العبد سيده بل يستفاد منه أنّ المناط فيه هو التصرف فى حق الغير و إذا كان استفاده هذا المعنى قطعياً فيخرج عن القياس و إلّا فلا اعتبار به

و لا شبهه فى تنقيح المناط القطعى و الجزم بعدم الفرق بين تصرف العبد فى سلطان المولى أو تصرف الراهن فى متعلّق حق المرتهن أو تصرف المفلس فى متعلّق حق الغرماء أو تزويج الأمه على الحرّه أو تزويج بنت الأخ أو الأخت على العمّه أو الخاله أو بيع من عليه الزكاه المال الزكوى فإنّ فى جميع موارد تصرف من ليس له السيلطنه التامه إمّا لقصور فى المقتضى كبيع مال الغير أو لوجود المانع كبيع الراهن العين المرهونه إذا أجاز من له الحقّ ينفذ التصرف بل لو ارتفع المانع بفكّ الرهانه أو إبراء المرتهن صحّ بيع الراهن لأنّه لم يكن فيه جهه نقص إلّا كون المبيع متعلّقاً لحق الغير فإذا ارتفع حقّ الغير يرتفع النقص بل صحه بيع الراهن بإجازه المرتهن و نحوها أولى من صحه بيع الفضولى بإجازه المالك

و بالجمله ما اعتبره صاحب المقابس فى صحه الفضولى من قصد النيابة عن المالك ممّا لم يقدّم عليه دليل هذا مع أنّه لم يعلم أنّه قدس سرّه هل اكتفى فى صحه هذا القسم بإمكان قصد الفضولى النيابة عن الغير أو اعتبر فعليته و على كلا التقديرين لا وجه له فإنّ مجرد الإمكان مع عدم قصده النيابة لا أثر له و لا يجعل العقد بما هو فعل صادر من الفضولى عقداً للغير بإجازه و لا يخرجه عن الحرمة على ما ادّعاها من أنّ العقد أو الإيقاع إن وقع بطريق الاستقلال فى الأمر لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنّه محرم و اعتبار الفعلية أيضاً لا دليل عليه بعد كون الثمن و المثلن معينين فى الخارج فإنّ قوام المعاوضه ليس بتعيين المالكين كما تقدّم



و ما أفاده فى قوله الذى يظهر من تتبع أدله العقود أنّها ما لم تنته إلى المالك

فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته و أمّا إذا انتهت إليه و صدرت منه فإمّا تقع باطله أو صحيحه ففيه أنه لا- وجه للفرق بين القسمين فإنها لو صدرت من المالك أيضا إذا تعلق بمتعلقها حق الغير أمكن وقوعها موقوفه على إجازته

و ما أفاده من أنّ التعليل المستفاد من الزوايه المرويّه في النّكاح و هو قوله ع لم يعص الله و إنّما عصى سيّده إنّما يجري فيمن لم يكن مالكا كالعبد و أما الراهن فهو عاص لله ففيه ما لا يخفى فإنّ المراد من عصيان الله هو مخالفته فيما لم يمضه كالنّكاح في العده لا مخالفته في التعدي في حقّ الغير فإنّ هذا هو معصيه الغير فإذا أجاز جاز

و ما أفاده من أنّ الحرمة لو لم تكن لأمر خارج عن عنوان المعامله توجب الفساد ففيه ما تقدم من الأجوبه الخمسه عمّن استدللّ لبطلان الفضولي بحكم العقل و النّقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه و هي منع كون مجرد العقد على متعلق حقّ الغير تصرفا أولا- و منع حرمة كلّ تصرف ثانيا و إمكان فرض رضا المرتهن ثالثا و منع اقتضاء كلّ حرمة فسادا رابعا و أنّ الفساد من قبل الفضولي لا يلازم الفساد المطلق خامسا

هذا مع أنّ الحرمة المتصوره في المقام هي تسليم الراهن العين المرهونه إلى المشتري دون مجرد العقد عليها و لذا اعترف بصحّه بيع المرتهن بإجازه الرّاهن مع أنّ كلّا منهما ممنوعان من التصرف في العين المرهونه فكيف لا تقتضى حرمة تصرف المرتهن فساد بيعه و تقتضى فساد بيع الرّاهن و لو أجاز بأنّ توقع المرتهن إجازته الرّاهن يخرج تصرفه عن الحرمة ففيه أنّا نفرض الكلام أيضا فيما إذا باع الراهن متوقّعا لإجازه المرتهن

نعم هاهنا إشكالان آخران قد يتوهّم اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولي أحدهما أنّه بناء على الكشف كما هو مختار جمع من المحقّقين يلزم أن يكون ملك غير الرّاهن رهنا لأنّ الإجازة تكشف عن كون المبيع ملكا للمشتري فيلزم أن يكون ملكه من زمان العقد إلى زمان الإجازة وثيقه لدين البائع فيجب إمّا الحكم ببطلان البيع أو ببطلان الرهانه و فيه أنّ القائل بالكشف إذا تخلّص من إشكال الشّروط المتأخّر فهذا الإشكال و نظائره لا تضرّه لأنّه يلتزم ببطلان الرهانه من حين صدور البيع و لا يلزم محذور

هذا مع أنّ هذا الإشكال بعينه يجري في سائر أقسام الفضولي فإنّ في المقام يجري إشكال اجتماع البيع و الرّهن و فيما إذا باع مال الغير يجري إشكال اجتماع مالكين في زمان واحد على شىء واحد و هكذا ثانيهما أنّه يدخل المقام في مسأله من باع شيئا ثم ملك غايه الفرق أنّ في تلك المسأله صار البائع الفضولي مالكا للمبيع و في المقام صار مالكا للبيع فإنّ إجازة المرتهن لم يكن مالكا للبيع و بعد الإجازة ينكشف كونه مالكا له لأن إجازة المرتهن عبارته عن إسقاط حقّه و إذا أثر إسقاط حقّه حين الإجازة في سقوطه من زمان البيع ينكشف كون الرّاهن مالكا للبيع فيدخل في مسأله من باع شيئا ثم ملك التي اخترنا فيها فساد البيع سواء أجاز أم لا

و فيه أيضا أنّ إدخال المقام في مسأله من باع شيئا ثم ملك عبارته أخرى عن الإشكال الوارد على الكشف و هو أنّه كيف يكون ما هو جزء العلّه لتحقّق الملك كاشفا عن تحقّق المعلول قبل ذلك ففي المقام أيضا يلزم أن يكون ما هو جزء العلّه لسلطنه البائع

على البيع و هو الإجازة كاشفا عن سلطنته قبل ذلك و مرجع الإشكال إلى أنه كيف يكون الشيء عله لعدمه و كيف يجتمع حجر الزّاهن عن البيع مع سلطنته عليه و إلّا فغير

هذا الإشكال لا يرد على الإجازة لأنّ توقّف بيع الرّاهن على إجازة المرتهن كالعكس ليس من صغريات من باع شيئاً ثم ملك بل الصّغرى لهذه الكبرى هي أن يتحقّق الملك بعد البيع بغير إجازة المالك الأوّل و بغير إجازة المرتهن و سائر ذوى الحقوق و هذا إنّما يجرى فى المقام إذا ارتفع موضوع الرهانه بأداء الدّين أو بإسقاط المرتهن و سيأتى الكلام فيه

### الجهة الثانية فى أنّ النزاع فى الكشف و النّقل هل يجرى فى إجازة المرتهن أم لا

قد يتوهم أنّه لا- موضوع لإجازة المرتهن فى المقام حتّى يجرى فيه نزاع الكشف و النّقل بل يتوقّف صحّحه بيع الرّاهن إمّا على إسقاط المرتهن حقّه أو على فكّ الرّاهن الرهانه و أما إجازة المرتهن فلا أثر لها لأنّ الإجازة إنّما تؤثر فى عقد الفضولى من باب أنّها توجب استناده إلى المجيز و بها يصير مخاطباً بـ أوفوا بالعقود و المرتهن لا- يمكن أن يتوجّه إليه خطاب أوفوا فلا- أثر لإجازته و لا لردّه لأنّه بالنّسبة إلى أصل الملك أجنبى غايه الأمر له حقّ بالنسبة إلى العين يوجب عدم نفوذ بيع الرّاهن إلّا بزوال هذا الحقّ إمّا بإسقاطه أو بإبرائه من الدّين أو بفكّ الرهانه

و لكنّه لا يخفى فساد التوهم فإنّ خطاب أوفوا بالعقود ليس تكليفيّاً حتى يقال بأنّه لا يتوجّه إلى المرتهن بل هو خطاب وضعى و كناية عن أنّ العقد نافذ و ممضى فكلّ من له إضافه إلى الملك له إنفاذه و لا شبهه أنّ المرتهن له حصّه من الإضافه و مرتبه منها بالمقدار الذى نقص من الرّاهن و لذا يعبر عن ملكه بالملك الغير الطّلق و عدم طلقيته ليس إلّا من جهه واجديّه المرتهن مرتبه منه فله ملك إقرار العقد و إزالته بل تنفذ إجازة كلّ من هو نظيره كإجازة الغرماء عقد المفلس و إجازة الورثه وصيّته الميّت فيما زاد عن الثلث و إجازة العمّه و الخاله العقد على بنت الأخ و الأخت و غير ذلك فإذا كانت الإجازة مؤثّره فى هذه الموارد فمقتضاه أمران

أحدهما أنّ ردّ ذى الحقّ أيضاً مؤثر و يوجب إبطال أثر العقد فإنّ فى جميع هذه الموارد ملك كلا الأمرين من الإقرار و الإزالة ثابت لذى الحقّ فبعد الردّ لا- يؤثر الإجازة ثانياً نعم إنّما يؤثر الردّ فى المقام فى مورد فعليّه حق المرتهن و هو ما إذا حلّ أجل الدّين و أمّا لو لم يحل فلا يؤثر لأنّ العين إنّما تكون مخرجا للدّين إذا كان للدّائن حقّ المطالبه و قبل ذلك و إن كان له الإجازة التى أثرها إسقاط حقّه الذى يتحقّق بعد ذلك و أمّا ردّه فحيث إنّهُ يمكن للرّاهن فكّ الرّهانه قبل حلول الأجل فلا يؤثر فعلاً فله الإجازة بعد ذلك

و ثانيهما جريان نزاع الكشف و النقل فيها على ما تقدم سابقاً من أنّ أركان العقد ثلاثه منها ما به يتحقّق عقديّه العقد كشرائط الإيجاب و القبول و منها ما هو فى عرض أجزاء العقد جزء مؤثر فى المنشأ و إن تمّ العقد بدونه كالتبض فى بعض العقود و منها ما يوجب نفوذ العقد كالإجازة و ما لا يجرى فيه نزاع الكشف و النقل هو القسمان الأوّلان و أمّا الإجازة كانت من المالك أو غيره فيجرى فيها النزاع لأنّ مناط جريانه فى إجازة المالك ليس من باب أنّ المالك يسند عقد الفضولى إلى نفسه حتى يقال إنّ إجازة المرتهن ليس فيها هذا المناط بل من باب أنّ ما أوجده الفضولى إنّما وجد فى عالم الإنشاء لا فى عالم الاعتبار و تحقّقه فى عالم الاعتبار إنّما هو بإمضاء المالك أو من له الحقّ و هذا و إن اقتضى النّقل على ما هو الصواب و لكنّ القائل

بالكشف الذى يدعى أنّ بالإجازة يستكشف تحقّق المنشأ فى عالم الاعتبار حين الإنشاء يجب أن لا يفرّق بين إجازة المالك و إجازة المرتهن لأنّ كلّما منهما كاشف عن تحقّق المنشأ حين الإنشاء لأنّ المفروض أنّ العقد فى جهة العقديّه تامّ و لا يتوقّف تحقّق المنشأ على أمر آخر كتوقّف بعض العقود على القبض فإذا كان العقد سببا تاما فلا فرق بين الأبواب أصلا

و قد تقدم فى الفضولى أنّه لا- وجه لما عن المحقّق الثانى مع توغّله فى الكشف من اختيار النّقل فى إجازة المرتهن و بالجملة بناء على صحّته الكشف الحقيقى لا- فرق بين الأبواب إنّما الكلام فى الكشف الحكمى و مقتضى ما وجهناه به من أنّه على القاعده و أنّه متوسّط بين النّقل و الكشف الحقيقى لا بدّ من الأطراد فى جميع الأبواب و أمّا بناء على أنّه ثبت بالتعيّد فلو علم أطراد المناط فى الأبواب قطعا فهو و إلّا يجب البناء على النّقل

### الجهه الثالثه فى صحّه بيع الزّاهن بفكّ الرهانه

أو إسقاط المرتهن حقّه أو إبرائه الراهن من الدّين و عدمها و منشأ الإشكال توهم دخول بيع الزّاهن فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه و حيث إنّ الأقوى هو البطلان سواء أجاز البائع أم لا فينبغى الحكم بالبطلان فى المقام و حاصل الإشكال هو الفرق بين إجازة المرتهن و سائر ما يوجب سقوط حقّه فإنّ مفاد إجازته حيث أنّه إنفاذ بيع الراهن و إمضاؤه فيوجب صحّته و يكون أثرها سقوط حقّه لأنّه أنفذه و أمضاه فى زمان ثبوته و سقوط حقّه مترتبا على إنفاذه يرفع المنع عن صحّه بيع الزّاهن و أمّا السقوط بغير جهه الإجازة فحيث أنّه لا تعرّض فيه للعقد فالعقد باق على حاله فلا إجازته بعد ذلك مؤثّره لخروج المبيع عن كونه متعلّقا لحقّه و لا إجازة الزّاهن لأنّه باع فى زمان لم يملك البيع و نفس الإجازة ليست عقدا مستأنفا و لا معنى لتنفيذ ما صدر عن نفسه

و بالجملة المسأله بعينها داخله فى باب من باع شيئا ثم ملك لأنّه لا فرق بين أن لا يملك الفضولى المبيع ثم ملكه أو لا يملك البيع ثم ملكه و لكنّه لا- يخفى عليك فساد هذا التوهم لأنّه لم يكن تمام الملاك فى صحّه بيع الزّاهن بإجازة المرتهن كون الإجازة مفادها الإمضاء و الإنفاذ حتّى لا يجرى هذا الملاك فى السقوط بنحو آخر بل مناطها كون الإجازة رفعا للمانع

و بعبارة أخرى فرق بين العقد الذى صدر ممّن لا- يملك المبيع أو ممّن لا- يملك البيع فإنّ الأوّل عقده موقوف لقصور فى المقتضى و يشبهه العبد إذا تزوّج بغير إذن السيّد و الثّانى عقده موقوف لوجود المانع فإذا كان لقصور فى المقتضى فلو ملك المبيع لا- يمكن أن يصحّ البيع بالملكيه الحاصله بعد العقد فإنّه حين وقوعه كان موقوفا على إجازة مالكه و من كان مالكا لم يجزه حين البيع و لا مجال لتأثير إجازته بعد ذلك لصيرورته بالنّسبه إلى المبيع أجنبيا و من صار مالكا لا يفيد إجازته لعدم كونه مالكا حين البيع فضلا عمّا إذا لم يجز

و أمّا إذا كان لوجود المانع فعقده لا قصور فيه إلّا كون المبيع غير طلق و متعلّقا لحقّ الغير فإذا تمّ طلقيته و زال حقّ الغير فلا مانع من صحّته ثم إنّ نزاع الكشف و النّقل يجرى فيه أيضا لما عرفت من أنّ المدار ليس على مدلول لفظ أجزت حتى يقال السقوط بنحو آخر غير متعرّض للعقد بل على تماميه العقد و كشف السقوط عن كونه سببا تاما فيؤثر من أوّل الأمر نعم القول بالكشف فاسد من أصله لامتناع الشرط المتأخر و لكنّه على فرض صحّته فبرهان الصّحه يجرى فى جميع الأبواب

[مسأله إذا جنى العبد عمدا]

قوله قدّس سرّه مسأله إذا جنى

العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كَلِّه أو بعضه فالأقوى صحَّه بيعه إلى آخره

لا يخفى أنّ مقتضى ما ذكره الفقهاء في مقام تمييز الحقوق من جعل حق الجنايه مقابلا لحقّ الرهانه هو صحَّه بيع العبد الجاني و إن جنى عمدا فضلا عمّا إذا جنى خطأ أو شبه العمد و ذلك لأن مقصودهم من قولهم إنّ حق الفقراء مثلا على المال الزكوى هل هو من قبيل حقّ الرّهانه أو حقّ الجنايه أنّ الجنايه و إن كانت من الحقوق المتعلّقه بالعبد الجاني إلّا أنّها ليست من قبيل الرهانه التي يعتبر فيها أن يكون المال المرهون مخرجا للدين من ملك الرّاهن فإذا صحّ بيعه فلا بدّ من أن يبطل الرّهن و حيث إنّ لا وجه لبطلانه مع كونه أسبق من البيع فلا محاله يبطل البيع

و أمّا حقّ الجنايه فلا يشترط في استيفائه بقاء الجاني في ملك من كان مالكا له حين الجنايه فلا مانع من بيعه و مجرد تعلق حقّ المجنى عليه أو ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاة لعدم كون البيع مانعا من استيفاء الحق بل يتبعه المجنى عليه أو ورثته أينما انتقل

و بالجملة نفوذ بيع الرّاهن يتوقف على سقوط حق المرتهن إمّا بإجازته للبيع أو إسقاطه حق الرّهانه أو إبرائه الدين و أمّا نفوذ بيع مولى الجاني فلا يتوقف على إمضاء المجنى عليه أو أوليائه لا في الجنايه العمديّه و لا الخطائيّه

نعم لو قيل بخروج العبد عن ملك المولى بمجرد جنايته عمدا و انتقاله إلى المجنى عليه أو ورثته يدخل بيع المولى في عقد الفضولي و لكنّ الظاهر ضعف هذا القول و إن حكى عن الشّيخ أنّه استدلّ بإجماع الفرقه على أنّه إذا جنى عمدا ينتقل إلى ملك المجنى عليه و استظهر ذلك أيضا من عبارة الإسكافي المحكيه عنه في الرّهن و استدلّ له أيضا بما رواه في الوسائل عن الشّيخ بإسناده عن عليّ بن عقبه عن أبي عبد الله ع قال سألته عن عبد قتل أربعة أحرار واحدا بعد واحد قال فقال هو لأهل الأخير من القتلى إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه لأنّه إذا قتل الأوّل استحقّ أولياءه فإذا قتل الثّاني استحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثّاني فإذا قتل الثّالث استحقّ من أولياء الثّاني فصار لأولياء الثّالث فإذا قتل الرّابع استحقّ من أولياء الثّالث فصار لأولياء الرّابع إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقّوه

وجه الضّعف أنّ الإجماع المبنيّ على قاعده اللّطف ليس بحجّه و لم ينعقد إجماع في المسأله على مصطلح المتأخّرين كما يطّلع عليه الفقيه بالمراجعه إلى مصنّفات الأصحاب و عليك بمراجعه المقابس فإن مصنّفه قدس سرّه قد بذل جهده في نقل أقوال القوم جزاه الله و إيّاهم عن الإسلام خير الجزاء و أمّا الرّوايه فهي و إن كانت دالّه عليه صدرا و ذيلًا- إلّا أنّه يعارضها روايات أخرى

ففي صحيحه زراره عن أبي جعفر ع في عبد جرح رجلين قال هو بينهما إن كانت جنايته تحيط بقيمته قيل له فإن جرح جرح رجلا- في أوّل النهار و جرح آخر في آخر النهار قال هو بينهما ما لم يحكم الوالي في المجروح الأوّل فدفعه إليه بجنايته فجنى بعد ذلك الحديث فإنّ ذيلها ظاهر في أنّ المجنى عليه لا يملكه بالجنايه و إلّا لكان من الثّاني و إن دفعه الحاكم إلى الأوّل

و عن الكافي بإسناده عن أبي بصير قال سألت أبا جعفر ع عن مدبر قتل رجلا عمدا فقال يقتل به قال قلت فإن قتل خطأ قال فقال

يدفع إلى أولياء المقتول فيكون لهم رقما فإن شاءوا باعوا و إن شاءوا استرقوا و ليس لهم أن يقتلوه فإنّ الدّفع ظاهر في أنّ القتل بنفسه ليس من أسباب الملك فتأمل بل ظاهر ذيل روايه عقبه أيضا ذلك فإنّ الاسترقاق في مقابل القتل يقتضى



عدم انتقال العبد إلى ملك ورثه المجنى عليه بمجرد القتل

و كيف كان بناء على عدم خروج العبد عن ملك المولى لا مانع من تصرّف المولى فيه من غير فرق بين العتق وغيره و من غير فرق في الجنايه بين العمديّه و الخطائيّه و من غير فرق في الخطاء بين كون المولى موسرا أو معسرا لا لأنه في حكم الأرمذ و المريض فإنّ الفرق بينهما و بين الجانى فى غايه الظهور فإنّ الجانى قد تعلق به حقّ الغير دونهما بل لأنه ليس كلّ حقّ مانعا عن نفوذ التصرّف و إنّما المانع هو التصرّف الموجب لزوال الحقّ كتصرّف الزّاهن فإنّ نفوذه مع بقاء الرّهانه لا يجتمعان و على هذا فلمالك الجانى أن يتصرّف فى العبد من دون مراجعه ذى الحقّ و لا- يحرم عليه التصرّف تكليفا أيضا و هذا بخلاف مالك المرهون فإنّه يحرم عليه التصرّف تكليفا كعدم نفوذه منه وضعا

ثم إنّه لا يتوقّف صحّحه ببيع فى الجانى خطأ على إفدائه أولا أو الائتزام بالفداء ثم البيع بل يصحّ ببيع من دون ذلك و لا وجه لما أفاده العلّامه من أنّ البيع بنفسه هو الترام بالفداء فإنّ البيع بناء على ما تقدم ليس إتلافا للعبد حتى يكون ببيع التراما بالفداء لأنّ المجنى عليه أو وليه يتبع العبد أينما انتقل غايه الأمر لو كان المشتري جاهلا بذلك فله الخيار نعم صحّحه عتقه تتوقف على ذلك لأنّ العتق لا يجتمع مع تعلق حق الغير به إلّا أن يكون الحقّ قصاصا فإنّه يجتمع مع الحرّيه و لذا قال فى الشرائع إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صحّح و لم يسقط القود نعم لو كان لورثه المجنى عليه القصاص أو الاسترقاق فالعتق ينافى حقّهم و لذا قال المحقق بعد الكلام المتقدم و لو قيل لا يصحّ لئلا يبطل حقّ الوليّ من الاسترقاق كان حسنا و عليك بمراجعته كتب القوم فإنّ كلماتهم مضطربه

### [مسأله الثالث من شروط العوضين القدره على التّسليم]

#### اشاره

قوله قدّس سرّه مسأله الثالث من شروط العوضين القدره على التّسليم إلى آخره

قد يتخيّل أنّ عدّ هذا الشرط من شروط المتعاقدين أنسب من جعله من شروط العوضين لأنّ مرجعه إلى مانعيه عجز البائع عن صحّحه العقد و لكن الأولى هو ما صنعه المصنّف قدّس سرّه تبعا للأساطين لأنّ مناط ماليه المال هو كونه بحيث يتسلّط مالكه على قلبه و انقلابه بأيّ نحو من أنحاء التصرّف و مع عدم تمكّنه من التصرّف فيه بنحو من الأنحاء كالسّمك فى البحر و الطّير فى الهواء لا يعدّ من الجده الاعتباريّه فإنّ المال و إن لم يكن من الجده الاصطلاحيه إلّا أنّه مثلها فى مقام الاعتبار العقلائي فلو لم يكن قابلا لتصرّف مالكه إلّا بنحو العتق الذى لا يعدّ أثرا لمالتيه لا يكون مالا اعتبارا بحيث يكون منشأ للآثار عند العقلاء

و بالجمله ماليه الأموال فى عالم الاعتبار إنّما هى باعتبار كونها منشأ للآثار و إذا لم يكن كذلك فلا يعدّ العقلاء مالا و إن ترتّب عليه بعض الآثار الجزئيّه فهذا الشرط فى الحقيقه من شروط العوضين

و كيف كان فينبغى التنبه على الفرق بين تعذر التسليم الذى هو مانع عن صحه البيع و تعذره الموجب للخيار فنقول لو لم يمكن التسليم من المنتقل عنه و لا التسلم من المنتقل إليه فهو مورد عدم صحه البيع فيرجع شرطيه القدره على التسليم إلى اعتبارها فى الجامع بينهما و أما لو كان المنتقل عنه عاجزا دون المنتقل إليه أو كان المنتقل عنه قادرا ابتداء ثم طرأ العجز فهو مورد الخيار

و السر فى ذلك هو أنه لو لم يمكن التسليم و التسلم فهذا المال لا- يعتبره العقلاء مالا- و أما إذا كان المنتقل عنه متمكنا من التسليم فى وقت لزومه و ماطل حتى طرأ العجز أو كان من أول الأمر عاجزا و لكن كان المنتقل إليه متمكنا من التسلم فمناطق مائنه المال موجود فيه

و يتدارك نقصه بالخيار للمنتقل إليه إذا كان جاهلاً- بعجز المنتقل عنه لأن منشأ الخيار في غير خيار الحيوان و المجلس هو تخلف الشرط الصريح أو الضمني الذي يتضمّن كلاً عقد معاوضي التراما و هذه الدلالة الالتزامية فرع تمامية العقد من حيث الأركان و أمّا إذا كان العقد متعلقاً بما كان فاقداً لمناط مائته المال و لا يمكن التبديل و التبدل من حيث المدلول المطابقى فهو موجب للفساد فالدليل على اعتبار هذا الشرط فى صحه العقد هو عدم عدّ العرف و العقلاء ما لا يمكن تسليمه و لا تسلّمه مالا و لا يرتّبون عليه أثرا و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط بيع السيمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم اعتياد رجوعهما إلى الحالة التى يمكن إقباضهما و قبضهما

و لا- يقال لو كان فى هذا النحو من المال قصور فى جهه المائته لزم جريان قاعده التلّف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الأموال ثم قبل التسليم صار كذلك

لأننا نقول و إن كان هذا المال فى عالم الاعتبار قاصراً عمّا عليه سائر الأموال إلّا أنّه ليس كالعدم بحيث يعدّ تالفاً و قاعده كون التلّف قبل القبض من مال بائعه تختصّ بما إذا تلف حقيقه و لا تشمل ما إذا نقصت مائته و لذا لو باع الجمّد فى الصيف أو الماء فى المفازة و لم يسلمه إلّا فى مكان نقصت قيمته و ضعفت اعتباريته العقلانيه لا يلتزمون بانفساخ المعامله لقاعده التلّف قبل القبض

و كيف كان فهذا المنط أيضاً يقتضى فساد الإجاره لو لم يمكن لمالك الدار تسليمها إلى المستأجر و لا للمستأجر تسلّمها و يقتضى الصّحه مع الخيار لو طرأ العجز للمالك أو كان المستأجر قادراً على الاستيفاء نعم استدلّ العلماء أيضاً على ذلك بالنبويّ المشهور بين الفريقين و هو نهى النبيّ ص عن بيع الغرر و الظاهر أنّه من أفضيته صلى الله عليه و آله التى جمعها أحمد بن حنبل فى مسنده و رواها عنه ص عباده بن الصّامت الذى هو من خيار الصّحابه و لكن أصحابنا رضوان الله عليهم فرقوها فى الأبواب و حيث إنّ الروايه مشهوره و هى مستند الأصحاب فى الفتوى فلا- يضرّ إرسالها و أمّا دلالتها فأهل اللغه و إن اختلفوا فى تفسير الغرر فبعضهم جعله من الغرّه بمعنى الغفله و بعضهم من التغرير بمعنى الخدعه و الإغفال و بعضهم فسّره بالخطر إلّا أنّ مرجع الكلّ واحد غايه الأمر بعضهم أخذ بالمبادى و بعضهم أخذ بالغايات و ترك المبادى و لذا فسّره بالخطر الذى هو نتيجة الغفله و الإغفال

ثم إنّ كلّاً من الغرّه و الغرور و الغرر يستلزم الجهل بواقع الأمر لأنّه لو كان الشخص عالماً به فإقدامه يوجب سلب هذه العناوين عنه نعم قد يكون هذه المعامله سفهياً و هذا أمر آخر غير عنوان الغرر فالغرر سواء كان بلحاظ سببه و هو الغفله أو الخدعه أو بلحاظ المسبّب و هو الخطر يقتضى الجهل بما يغتر به و ما يقع فى ضرره سواء كان جهلاً بالوجود أو الحصول أو بصفات المبيع

ثم إنّ تقريب الاستدلال بالنبويّ على فساد المعامله إذا كان المبيع مجهول الحصول كما هو مفروض البحث موقوف على ذكر محتملات النبويّ الشّريف فنقول نهيه صلى الله عليه و آله عن الغرر يحتمل أن يكون حفظاً للنظام و سياسه للعباد لئلا يقعوا فى المشاجره و التنازع و يحتمل أن يكون إرشاداً لدخل القدره على التسليم و لبيان شرطيتها أو مانعيه العجز نظير التواهى الغريه الوارده فى أجزاء المركب العبادى و يحتمل أن يكون نهياً عن المسبّب كالتّهى عن بيع العبد المسلم من الكافر أو عن بيع



يتوقف على كونه على أحد الوجهين الأخيرين و الأقوى ذلك لأن استدلال العامه و الخاصه به يكشف عن كونه مسوقا لذلك و الدلاله السرياقية و إن كانت موقوفه على كونها قطعيه و فهم العلماء لا- يوجب الظهور فى اللفظ و لذا لا نقول بأن العمل يجبر ضعف الدلاله إلا أنه فى المقام خصوصيه يمكن استفاده هذه الدلاله منه و هى أنه لو لم يكن الكلام الصادر عنه ص فى مقام بيان الفساد بل كان للنصح و الإرشاد إلى ما لا يوقع فى النزاع و التشاجر لم يتمسكوا به فى باب اعتبار القدره على التسليم فمن ذلك يستكشف أن مع نهيه ص قرينه على كونه مسوقا للنهى عن المسبب أو شرطيه القدره دون المعنى الأول فتأمل

□  
و مما استدلووا به على شرطيه القدره أيضا قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام الدلال لا تبع ما ليس عندك بتقريب أنه ليس مرجع النهى إلى اعتبار حضور العين خارجا و إلا لما جاز بيع الكلى و الغائب و لا إلى اعتبار الملكيه و إلا كان المناسب أن يقال لا- تبع ما ليس لك فلا- بد أن يكون كناية عن المنع عن بيع ما لا يقدر عليه و ليس تحت استيلائه سواء كان منشأ عدم الاستيلاء كونه ملكا للغير أو كونه غير قادر على تسليمه فيشمل ما هو مورده و هو بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شراؤها من مالکها و تسليمها بعد الشراء إلى المشتري كما هو ديدن الدالين و بيع العين التى لا يقدر على تسليمها فإن المورد لا يوجب التخصيص

و لكنك خير بما فى هذا التقريب لأن عدم كون المورد مخصيا صا معناه أن شخص حكيم بن حزام الذى توجه هذا النهى إليه لا خصوصيه فيه بل النهى يشمل كل من هو يبيع مال غيره ثم يشتريه من مالکه ليسلمه إلى المشتري و أما التعدى عنه إلى المقام فهو فرع عموم للكلام و هو ممنوع

ثم لا- يخفى ما فى كلام المصنف فى هذا المقام لأنه على فرض شمول قوله ص للمقام بأن يكون ما ليس عندك كناية عن اعتبار أمرين فى البيع أحدهما الملكيه و ثانيهما القدره على التسليم فأخراج الفضولى عنه بأدلته لا وجه له لأن من انتقل عنه الملك واجد للأمرين و عدم مالكيه مجرى العقد و عدم كون المال تحت يده لا يضر بتحقق المعامله لأنه أجنبي عن المبيع و لا يتوجه إليه قوله ص لا تبع

و بالجمله اعتبار الملكيه و كون المال تحت اليد إنما هو فى ناحيه المسبب لا فى السبب ثم لا وجه لاستدراكه بقوله نعم يمكن أن يقال إن غايه ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علّه تامه لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقق كونه عنده لأن كون البيع مراعى الذى هو عبارته عن كونه مشروطا بالشرط المتأخر على النحو الصيحيح و هو كونه مشروطا بوصف التعقب يتوقف على دليل عقلى أو نقلى يساعد عليه العرف و العاده كاشتراط صحه كل جزء من أجزاء المركب التدريجى بالآخر

و أما فى المقام فلم يقيم دليل على كون البيع مراعى بانتفاء صفه الغرر فإذا كان العجز عن التسليم موجبا للغرر أو مشمولا لخطاب لا تبع ما ليس عندك فلا بد من الالتزام بلغويّه العقد رأسا ثم لا وجه لقوله قدس سره و لو أبيت إلا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغويّه العقد رأسا المنافيه لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الراهن إلى آخر كلامه

أما أولاً فلأنّ مسألتى الرّهن و العبد الجانى لا تندرجان فى جامع واحد كما ذكرنا ذلك فى بيع العبد الجانى و أمّا ثانياً فما للبائع من الحق فى المبيع فى هذه الموارد قادر على تسليمه و توضيح ذلك أنه لو كان المال مشتركاً بين شخصين فعدم

قدره كلّ منهما على تسليم جميع المال لا يضرّ بالبيع بلا إشكال لأنّ المناط هو القدره على مقدار المبيع لا القدره على غيره فلو قيل فى باب الرهن بأنّ للمرتهن حصّه من الإضاافه المالكه و للراهن أيضا حصّه فبالمقدار الذى للراهن يقدر على تسليمه و توقّف تسليم المبيع إلى المشتري على إجازة المرتهن أو فكّ الرهانه و نحوه لا يوجب عجز الرّاهن عن تسليم مقدار حقّه

و لو قيل إنّ ملكيه المرتهن ملكيه طويله لا اشتراكه بمعنى أنّ ما يملكه الرّاهن هو تحت استيلاء المرتهن فعدم قدره الرّاهن على تسليم المبيع ليس إلّا لعدم استيلائه على أصل البيع لأنّه لا بدّ من بقاء الملك فى ملكه حتّى يستوفى المرتهن حقّه ففساد بيع الرّاهن ليس من جهه عدم القدره بل لوجود المانع

و بعبارة أخرى و إن كان العجز الشرعى كالعجز الخارجى إلّا أنّ محطّ نظر الأساطين فى هذا الشرط هو عدم القدره خارجا و لذا يمثّلون لما لا يقدر على تسليمه ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء و أمّا عدم القدره شرعا على تسليمه لتعلّق حق الغير به أو لوجه آخر من وجوه فقدان شرائط المعاوضه فهو خارج عن موضوع البحث

ثم على فرض شمول قوله ع لا تبع ما ليس عندك لمن لا يقدر على تسليم المبيع إلّا أنّه لا يوجب إخراج بيع الفضولى بجميع أقسامه عن عمومه أمّا بيع من لا يملك المبيع فلا يُعتبر القدره على التسليم إنّما هو فى ناحيه المسبّب و حيث أنّه بإجازة المالك يقع عنه فعدم قدره موجد السبب لا يضر بالمعامله أصلا سواء قصد البيع لنفسه كالغاصب أو قصده عن المالك و سواء قلنا بالكشف الحقيقى أو الحكمى أو قلنا بالنقل

و أمّا بيع الراهن و من بحكمه كالمحجور لسفه أو رق أو فلس فبناء على كون الفضولى بجميع أقسامه على طبق القاعده حتّى بيع الراهن و نكاح بنت الأخ و الأخت على العمّه و الخاله و نحوهما فالأمر واضح لأنّ قوله ص لا تبع ما ليس عندك و نهيّه ص عن بيع الغرر لا يشمل

و أمّا بناء على التعيّد فيمكن دعوى عدم شمول بعض أدلّه بيع الفضولى لبيع الراهن بدون الإذن السابق من المرتهن إلّا أنّه لا إشكال فى أنّ أدلّه صحّه نكاح العبد بدون إذن المولى إذا تعقّب الإجازة يشملها إذا أجازة المرتهن و عليك بمراجعته ما علقناه على مسأله بيع الرّاهن قبل ذلك

و كيف كان فعدم القدره على التسليم قبل إجازة المرتهن لا يضرّ بعقد الرّاهن و نحوه لأنّه لم يتمّ سبب النّقل قبلها و إنّما يتمّ بها و يؤثر العقد بتحقيقها و مجرد أنّ العاقد و المجيز فى عقد الفضولى شخصان و فى عقد الراهن و نحوه للعقد حالتان لا يوجب فرقا فى القدره على التسليم

و ممّا استدلّوا به على شرطيه القدره أنّ لازم العقد و جوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه فيجب أن يكون مقدورا لاستحاله التكليف بالمتنع و لا يخفى أنّه إن كان نظر المستدلّ إلى ما ذكرناه من اعتبار القدره فى حقيقه المعاوضه من باب أنّ ما لا يمكن فيه التسليم و التسلم قاصر من حيث المائيه فهو و أمّا لو كان المراد منه الوجوب الشرعى فلو أريد منه الوجوب التّكليفى فلا معنى لتضعيفه بالترديد بين الوجوب المطلق و مطلق وجوبه و لا للاعتراض عليه بأصالة عدم تقييد الوجوب

و لا لدفع الاعتراض بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط لأنّ الوجوب التّكليفى لا يعقل أن يتعلّق بالأعمّ من المقدور و الممتنع  
و غرض المستدلّ من قوله فيجب أن يكون مقدورا هو انحصار صحّحه البيع بما إذا كان المبيع تحت استيلائه فلا بدّ أن يقال فى  
جوابه بأنّه لم يتم دليل غير نهى النّبى عن بيع الغرر و قوله ص لا تبع ما ليس عندك على انحصار صحّحه البيع بما إذا



كان المبيع تحت استيلائه

و بعبارة أخرى يمكن منع الملازمه بين صحه العقد و وجوب التسليم لا الوجوب المطلق و لا مطلق الوجوب لأنّ العقد لا يقتضى إلّا تحقّق مضمونه و أمّا وجوب التسليم فهو إمّا من جهه الدلاله الالتزاميه أو من أحكام حرمة التصرف في مال الغير

و بالجملة نفس العقد لا- يقتضى وجوب التسليم سواء تمكّن منه أم لم يتمكّن و أمّا لو قلنا باقتضائه له فإنّما هو عند التمكّن لاستحاله تعلق التكليف بالممتنع فلا يمكن أن يقال الأصل عدم تقييد الوجوب بالتمكّن

هذا مع أنّه لا أصل لهذا الأصل كما أنّه لا يمكن دفع هذا الأصل بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط لأنّ هذا الأصل أيضا لا أصل له إلّا أن يرجع إلى الإطلاق و مرجعه إلى إنكار اقتضاء العقد وجوب التسليم هذا إذا كان المراد من الوجوب هو التكليفي

و أمّا لو كان المراد منه الوضعي الذي مرجعه إلى بيان شرطيه القدره في صحه العقد فيمكن تضعيفه بالترديد بين الشرطيه المطلقة التي مقتضاها انتفاء المشروط بانتفاء شرطه و الشرطيه المقيدة بالتمكّن التي مقتضاها عدم اشتراط العقد بلزوم التسليم حين العجز عنه

و ممّا استدلّوا به على اعتبارها أيضا هو أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منهما بما ينتقل إليه و لا يتمّ ذلك إلّا بالتسليم و لا يخفى أنّه لو رجع هذا إلى أنّ ما لا- يمكن تسليمه ناقص من حيث المائيه فيرجع إلى ما ذكرناه و أمّا لو كان المقصود منه أنّ الداعي على البيع ذلك ففيه أنّ تخلف الداعي لا أثر له مع أنّ الداعي قد لا يكون ذلك كما أنّه لا يصح الاستدلال باعتبارها بأنّ بيع ما لا يمكن تسليمه سفهيّ لأنّه غير مطرد

قوله قدس سرّه قال و يظهر الثّمرة في موضع الشكّ إلى آخره

لا- يخفى عليك أنّ ما دار على الألسن من أنّه لو تردّد الأمر بين شرطيه أحد الضدّين و مانعيّه الآخر فبناء على الشرطيه يجب إحراز الشرط عند الشكّ و بناء على المانعيّه تكفي أصالة عدم وجود المانع لا يرجع إلى محصل و على فرض صحه هذا الكلام فهو إنّما يصحّ فيما إذا دار الأمر بينهما في الوجوديين لا في مثل شرطيه القدره و مانعيّه العجز الذي يكون التقابل بينهما تقابل العدم و الملكه و نحن و إن أشبعنا الكلام في ذلك في الأصول و في مسأله اللباس المشكوك فيه إلّا أنّه لا بأس بالإشارة إليه إجمالا

فنقول لو دار الأمر بين شرطيه الشئ و مانعيّه ضده كشرطيه المأكوليه و مانعيّه غير المأكول في لباس المصلّي فيظهر الثّمرة بينهما في جريان البراءة لا أصالة عدم المانع سواء أريد منها الاستصحاب أو أصلا برأسه كما صرح به جملة من الأساطين و ذلك لأنّه بناء على الشرطيه لو شكّ في اللباس أنّه مأخوذ من المأكول أو غيره لشبهه حكميه أو موضوعيه لا تصحّ الصّلاه فيه لأنّ اشتراط المأكوليه معلوم فلا يمكن جريان البراءة في أصل الشرطيه نعم لو صحّت الصّلاه فيه فإنّما توجب توسعه في ناحيه

الامتنال و أصل البراءه لا تجرى فى مرحله الامتنال

و أمّيا بناء على المانعیه فحيث إن منشأ انتزاع المانعیه و هو النهى عن لبس غير المأكول فى الصّلاه ينحلّ بعدد كلّ موضوع إلى خطاب مستقلّ فيتعدّد المنتزع عنه بتعدّد الموضوع فيرجع الشكّ فى المانع إلى الشكّ فى زياده قيد فى متعلّق التكليف و المرجع هو البراءه

و أمّيا أصاله العدم فلو كان مفادها غير الاستصحاب فلا دليل على اعتبارها إلّا فى باب الأصول اللفظيه فإن بناء العقلاء فى مورد الشكّ فى التّخصيص و التّقييد و قرينه المجاز و التّقل على العدم و أمّا فى غير هذا الباب فليس بناؤهم عند الشكّ فيه على العدم فأصاله عدم وجود

المانع عند الشكّ فيه مع قطع النظر عن الاستصحاب ممّا لا أساس له و إن رجعت إلى الاستصحاب يدور الأمر مدار وجود الحالة السابقة و كون الأثر الشرعي مترتباً على النحو الذي له حاله سابقه

و ما يتوهم من أنّ العدم أولى من الوجود بالنسبة إلى الممكن حيث يقال إنّه من طرف علته أيس و من طرف نفسه و ذاته ليس فيه أنّه على فرض صحّته و عدم الالتزام بما هو المسلّم عند المحقّقين من الحكماء من تساوى الوجود و العدم بالنسبة إليه فهو إنّما يصحّ بالنسبة إلى العدم المحموليّ المسبوق به كلّ ماهيّة ممكنه و يغنى عنه الاستصحاب لأنّ للعدم المحمولى حاله سابقه فسواء كان أصل العدم حجّه مستقلّه أم لا- يجرى في مورده الاستصحاب فلا أثر له إلّا في موارد شاذه كتعاقب الحالتين اللتين يتعارض فيه الاستصحابان

و أمّا العدم النعتى فلا- معنى لأن يكون العدم بالنسبة إليه أولى من الوجود لأنّ اتّصاف الممكن بالعدم النعتى يتوقف على استمرار العدم المحمولى إلى زمان وجود المنعوت فإذا استمرّ عدم القيام مثلاً إلى زمان وجود زيد يتّصف زيد بأنه لا قائم و أمّا قبل وجود زيد فليس عدم القيام نعتاً له فإنّ النعتيه مساوقه لوجود المنعوت و أمّا حال عدمه فليس هناك إلّا العدم المحمولى

و بالجملة الاتّصاف و النعتيه من الأمور الوجوديه المتوقّفه على تحقّق موصوف يتّصف بالنعت العدميّ و عدم الغرض بنفسه ليس مساوقاً لكونه نعتاً و لا- يمكن قياسه على وجوده لأن وجوده مساوق لنعتيته من باب أن وجوده لنفسه عين وجوده لعروضه و أمّا عدمه فلو استمر إلى زمان وجود ما يكون قابلاً لأن يستمرّ هذا العدم فيه و أن يطرأ عليه نقيضه فاتّصافه بالنعتيه لا إشكال فيه و أمّا حين عدم وجود المعروض فلا- معنى لأن يكون العدم نعتاً للعدم مع أن الأعدام لا- ميز لها فأصالة العدم النعتى غير الاستصحاب لا أساس لها و أمّا الاستصحاب فجريانه أيضاً يتوقف على وجود معروض يستمرّ العدم المحمولى إلى زمان وجوده فلو شكّ في أنّ البائع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلاً و أمّا العدم المحمولى الذي يشكّ في استمراره في أوّل وجود المعروض كالقرشيه و مخالفه الشرط للكتاب و نحو ذلك فالاستصحاب أيضاً غير جار إلّا بمفاد ليس التامه و هو لا أثر له و إجراؤه لإحراز النعتيه مثبت

و على أى حال ففي باب تقابل العدم و الملكة الّذى هو أحد فردى تقابل الوجود و العدم غايه الأمر هو عدم ما من شأنه أن يتّصف بالوجود لا يجرى هذا النزاع بل لا بدّ من الالتزام بشرطيّه القدره إذ العجز أمر عدميّ غير قابل لأن يكون مانعاً إذ المانع هو الأمر الوجودى الّذى يمنع عن تأثير المقتضى ثم لو سلّم إطلاق المانع عليه فلا ثمره لهذا النزاع سواء جعل القدره شرطاً أم العجز مانعاً لأن منشأ الشكّ في القدره أو العجز تاره هو الشبهه الحكميّه أو المفهوميه كالشكّ في أنّ الخارج عن عمومات الصّحه هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو الشكّ في أنّ العجز يعمّ التعسّر أو يختصّ بالتعدّر

و أخرى هو الشبهه الخارجيه فإذا كان من جهه الشكّ في الحكم فلا شبهه في أن أصالة العموم متبعه و إذا كان من جهه الشكّ في المفهوم كالمثال الثانى فحيث إنّ المخصّص المنفصل لا يسرى إجماله إلى العام يتمسك بالعام فلا ثمره للنزاع بين شرطيّه القدره و مانعيّه العجز و لو كان من جهه الشبهه الخارجيه فإذا كانت حاله السابقه من العجز أو القدره معلومه فالمرجع هو الاستصحاب و لو لم تكن معلومه يجب الفحص أو الاحتياط كما هو الشأن في جميع موارد الشكّ في القدره فلا ثمره للنزاع

أيضا

ولا يمكن أن يقال الأصل عدم العجز لأنَّ العجز حيث إنه عدمي فمرجع الأصل إلى أنَّ الأصل

عدم القدره و لهذا لا أساس له بلا إشكال

قوله قدس سره ثم إن العبره في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم إلى آخره

لا يخفى وضوح ما أفاده قدس سره سواء قلنا بأن التسليم من الشروط الضمنيه أو من باب التعبد إما للإجماع و إما لاستفادته من النبيين و ذلك لأنّ مناط هذا الشرط هو وصول العين إلى من انتقل إليه حين استحقاقه له فالقدره حين العقد لا أثر لها إذا لم تكن المعامله نقديّه و علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها حال العقد إذا كانت حاصله حين لزوم التسليم كما في السليم و على هذا فلا تعتبر أصلا فيما إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما لو باع من ينعق على المشتري لأنه بعد فرض صحته هذا البيع إجماعا و بعد عدم إمكان الاستيلاء على العمودين فلازم ذلك عدم اعتبار هذا الشرط في هذه المعامله فلا يقال إن انعقاد المبيع من أحكام البيع و لا تترتب عليه أحكامه إلا إذا كان واجدا لشرائط الصيحه و منها القدره على التسليم فكيف يسقط ما يعتبر في صحته بما يترتب عليه من الأحكام

و هكذا لا يعتبر القدره حال العقد فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدّه و إما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا و إشكال المصنف قدس سره في الفضولي على الكشف غير وارد لأنه سواء قيل بالكشف أو الثقل فما لم تتحقق الإجازة لا يستحق المطالبه و إن كان مالكا حال العقد بناء على الكشف إذ لا ملازمه بين الملكيه و استحقاق التسليم

و بعبارة أخرى العاقد الفضولي لا يجب عليه التسليم رأسا و من يجب عليه هو المالك و هو ملزم به بعد إجازته الموجه لاستناد البيع حين صدوره إليه فما لم يجر لا يكون مخاطبا ب أوفوا بالعقود و لا ملزما بتسليم ما باعه الفضولي حتى بناء على الكشف و اللزوم من طرف الأصيل لا يختص بباب الكشف بل قد تقدّم منّا أنه ملزم بالعقد حتى بناء على الثقل فإذا استلزم الغرر بالنسبه إليه فلا فرق بين الكشف و الثقل و لا بين الفضولي من طرف واحد أو من الطرفين لأنه لو سبق إجازة أحدهما على الآخر مدّه فبين الإجازتين يقع المجيز الأول في الخطر و لكن قد عرفت أنه ما لم تتحقق الإجازة لا يستحق التسليم

و بهذا المنطوق نقول بعدم لزوم التسليم في الخيارات الزمانيه كالمجلس و الحيوان و نحو ذلك فإن لزوم التسليم و اشتراط القدره عليه إنما هو بعد تماميه أركان العقد و استحقاق المشتري التسلم و أما إذا لم يتحقق أركان العقد أو لم يستحق المنتقل إليه التسلم فلا وجه لاعتبار هذا الشرط رأسا

و بالجملة لو سلم وقوع الأصيل في الخطر فلا فرق بين النقل و الكشف و لا بين الفضولي من طرف واحد و من الطرفين لو سبق إجازة أحدهما على الآخر مدّه معتدّ بها إلّا أنّ وقوعه في الخطر ممنوع لأنه لو وجب عليه التسليم بمجرد إيقاعه العقد مع الفضولي و لم يستحق التسلم يقع في الخطر و أما إذا كان التسليم و التسلم من أحكام العقد التامّ و عقد الفضولي لم يكن تامّا إلّا بعد إجازة المالك و لو على الكشف فكيف يقع في الخطر و مجرد لزوم العقد من طرف الأصيل و عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه بالتصرف المنافى للعقد الواقع مع الفضولي لا يوجب وقوعه في الخطر إذا لم يجب عليه التسليم و كان منافع ما انتقل عنه له ما لم تتحقق الإجازة نعم لو لم يكن للإجازة دخل في تحقق الملك و كانت أماره صرفه و الملك حاصلًا من أول الأمر لكان

لوقوعه فى الخطر وجه و أمّا مع مدخلتتها فى تحقّق الملكيه فلا وجه له أصلا

و ينبغى التنبيه على أمور

الأول أنّ المصنف جمع في قوله و يتفرّع على ذلك عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً إلى آخره بين ما لا يمكن التسليم فيه خارجاً و ما لا يمكن شرعاً و جمع أيضاً بين ما يكون التسليم فيه من شرائط تأثير العقد كالصيرف و السلم و الرهن و ما يكون من شرائط تأثيره غير التسليم كإجازة المالك لعقد الفضولي و إجازة المرتهن لعقد الرهن و جمع بين ما لا يعتبر فيه التسليم كالمثاليين الأولين و ما لا يجب لاشتراط تأخيره مدّه أو لتزلزل العقد مع أنّه لا يجمعها ضابط واحد أمّا المثال الأول فعدم اعتبار قدره فيه ليس لعدم اشتراط هذا العقد بها بل إنّما هو لحصول النتيجة و أمّا المثال الثاني فلا يجب فيه التسليم شرعاً من باب عدم بقاء الملك لمشتري العبد و أمّا مسأله اشتراط التأخير مدّه فلا يجب فيه التسليم مع تماميّة أركان العقد من باب الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمائيّة و هذا بخلاف عقد الفضولي فإنّه لا يجب التسليم عليه لعدم ارتباط العقد به و لا على المالك لعدم استناد العقد إليه قبل الإجازة

ثم كان الأولى أن يفرّق قدس سرّه بين الفضولي و الرهن بأن يفرض عدم قدره بالنسبة إلى المالك عدم قدره الخارجيّة و أمّا في عقد الراهن فعدم قدرته إنّما هو للعجز الشرعي

و على أيّ حال لا فرق بين عقد الصرف و السلم و الرهن و سائر العقود فإذا كان العجز عن التسليم مانعاً عن تأثير العقد أو موجبا للخيار فكذلك في باب الصرف و السلم و الرهن لأنّ القبض و إن كان شرطاً في هذه العقود الثلاثة دون غيرها إلّا أنّه ليس جزءاً للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول و إنّما هو شرط للملكية في باب الصرف و السلم

و أمّا الإلزام و الالتزام العقدي فقد تحقّق بنفس العقد و لذا اختار المشهور وجوب التقابض كما سيّجى ء في خيار المجلس و يدلّ عليه قوله ع فإن نزي حائطاً فانز معه الوارد فيمن تفرّق بدون رضا صاحبه فإذا كان العقد تاماً تكون قدره على التسليم شرطاً في الصيرف و نحوه فلو تعدّد يفسد العقد كما في سائر العقود نعم لو كان القبض جزءاً للعقد كما هو المحتمل في عقد الرهن فحيث لا عقد إذ لا قبض فالعجز عن التسليم لا أثر له لأنّه بعد حصول التسليم لا موضوع لوجوبه و قبله لا عقد إلّا على ما احتمله المصنف قدس سرّه من صدق الغرر عرفاً و إن لم يصدق بالدقه العقليّه

و لكنّه قدس سرّه استشكل فيه بأن صدق الغرر عليه إنّما هو بالنظر البدويّ و العرف بعد الاطلاع على الحكم الشرعيّ و هو أن أثر المعامله لا يتحقّق إلّا بعد التسليم لا يحكمون بأنه غرريّ ثم أمر بالتأمّل و وجهه أنّ الحكم الشرعيّ بلزوم القبض لا يرفع الغرر مع العجز عن تسليم الثمن في بيع السلم

الثاني لا فرق في جهه الفساد بين ما كان المشتري عالماً بعجز البائع و ما كان جاهلاً سواء اعتبرنا قدره على التسليم من باب القاعده لدخلها في مناط مائيّه الأموال أو اعتبرناها لحديث نفى الغرر لأنّ علم الطرف لا يوجب تحقّق ملاك المائيّه و لا يرفع الغرر إلّا إذا فسّر بالخديعه و هو خلاف الظاهر

الثالث أنّ هذا الشرط ليس كسائر الشرائط المعتمره في العقود في كون المدار على وجودها الواقعيّ سواء كانت معلومه أو مجهوله بل يعتبر مضافاً إلى ذلك علم العاقد به فلو كان في الواقع قادراً و لكنّه اعتقد عجزه لا يمكنه الالتزام العقديّ و لا يرفع

الخطر و مقتضى ذلك فيما لو كان فى الواقع عاجزا و لكنّه اعتقد قدرته فتبين عجزه فى زمان يعتبر فيه التسليم هو البطلان أيضا  
لا الصّحه و إعطاء بدل الحيلولة لأنه لم يقم دليل على



كون الاعتقاد تمام الموضوع حتى نحكم بصحته و يتدارك المتعذر تسليمه ببدل الحيلولة أو إجراء حكم التلّف قبل القبض عليه الرابع بعد ما اعتبرنا قدره على التسليم حال الاستحقاق فلو تعذر مدّه فمقتضاه الفساد سواء كانت المدّه مضبوطة أو لا إلا إذا كانت قليلة جدًّا بحيث لا يعدّ التعذر في هذه المدّه تعذراً و إلا فمجرد كون المدّه مضبوطة لا يقتضى كون التسليم مقدوراً للبائع حال استحقاق المشتري للتسلّم نعم إذا علم المشتري بعجز البائع في مدّه معيّنه و قدرته بعد ذلك لا يبعد أن يكون شراؤه و الحاله هذه متضمّناً لاشتراط تأخير التسليم مدّه التعذر

الخامس لو كان المالك عاقداً بالمباشره فلا إشكال في أنّ المعتبر قدره نفسه و أمّا لو كان العاقد غيره فلو كان الغير وكيلاً في إجراء الصّيغه لا غير فلا أثر لقدرته و عجزه كما لا عبره بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجه موكله و أمّا لو كان وكيلاً مفوضاً فلا إشكال في كفايه قدرته و في كفايه قدره موكله لو كان عاجزاً و جهان و الأقوى كفايته سواء علم المشتري بذلك أم لا لأنه إذا كان مناط اعتبار قدره وصول المال إلى المنتقل إليه حين استحقاقه فلو كان كلّ من الوكيل أو الموكل قادراً على التسليم يكفى في المناطيه و هذا لا ينافى شرطيه قدره في صحّه الالتزام العقدي من الوكيل و ذلك لأنه و إن كان عاجزاً عن التسليم إلا أنه من حيث كونه بمنزله الموكل و كونه بدناً تنزيهياً له يكفى قدره الموكل في صحّه التزام التسليم من الوكيل

و بالجملة ما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الطرف إذا اعتقد قدره الوكيل لا يشترط علمه بقدره الموكل و إذا علم بعجزه يعتبر علمه بقدره الموكل هو الصّيحیح الّذى يبنى عليه قاعده الطّوليه فإنّه لو اعتقد قدره الوكيل يصحّ الالتزام العقدي من المشتري و يتحقّق منه الإقدام على الشراء و إن كان الوكيل في الواقع عاجزاً و هذا بخلاف ما إذا كان كلّ من الوكيل و الموكل عاجزاً عن التسليم فإنّ البيع فاسد إذا فرضنا عدم قدره المشتري أيضاً على التسلم و خيارى إذا كان قادراً

و في الجواهر أنّه ربما قيد الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى الموكل أيضاً برجوع المشتري إليه و بنى عليه بطلان عقد الفضولى لأنه عاجز عن التسليم و قدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع لما عرفت أنّ في بيع المأذون لا يكفى قدره الإذن مطلقاً بل مع الشّروط المذكور و هو غير متحقّق في الفضولى و البناء على قدره الواقعيه باطل إذ القدره المشروطه هي القدره المعلومه دون الواقعيه و القدره الواقعيه من الفضولى على التسليم إنّما تتحقّق بإجازة المالك عقد الفضولى لا قبلها و المعتبر هو القدره حال العقد إلى أن قال و لا يقال قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك فيتحقّق له بذلك القدره على التسليم حال العقد

فأجاب عنه بأنّ هذا يخرج الفضولى عن كونه فضولياً لأنه يدخل بذلك في المأذون بالفحوى و شاهد الحال و لو سلّمنا بقاءه على صفة الفضولى إلا أنّ القائلين بصحّه الفضولى لا يقصّرون الحكم على هذا الفرض انتهى ملخصاً و الظاهر أنّ صاحب هذا الكلام هو صاحب المصابيح قدّس سرّه و لا يخفى ما فيه أمّا أولاً فلأنّ أصل تخصيص الحكم بكفايه قدره الموكل بما إذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى هو أيضاً برجوع المشتري إليه فاسد لأنّ المناط في اعتبار القدره هو وصول المال إلى المنتقل إليه فيصحّ أن يلتزم الوكيل بالتسليم من باب كونه بدلاً عن المالك و بما أنه مفوض إليه البيع و لا يشمل حديث نفى الغرر أيضاً لأنه مع قدره الموكل

## لا غرر على المشتري

و ثانياً الفضولي خارج عن باب العجز عن التسليم تخصّصاً وهو أسوأ حالاً من الوكيل في أجزاء العقد العذى لا شبهه في أنّ قدرته و عجزه لا أثر له فإنّه لا يرتبط به العقد حتّى يكون عجزه موجبا لبطلانه و

ثالثاً لا وجه لاعتراضه على ذلك بقوله لا يقال قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك حتى يجيب عنه أولاً و ثانياً لأنه لو اعتبر قدره العاقد إلّا إذا رضى المشتري بتسليم الموكل فمجرد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدره الفضولى و ليس فى البين رضاء من المشتري بتسليم المجيز و لا رضا من المالك برجوع المشتري إليه فلا محلّ لهذا الاعتراض

و بالجملة لا شبهه فى أنّ مع قدره كلّ من الموكل و الوكيل فى تسليم المبيع يصحّ البيع

**[مسألة لا يجوز بيع الآبق منفرداً]**

قوله قدس سرّه مسأله لا يجوز بيع الآبق منفرداً إلى آخره

هذا هو التنبیه السادس المتفرّع على عدم صحّحه بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء جعلنا مدرک الفساد و عدم صحّحه الالتزام العقدى انتفاء مناط ماليه المال أو جعلنا مدرکه نفى الغرر المستلزم للجهل بجميع معانيه و مقتضى ذلك عدم الفرق بين الآبق و المجحود بغير بينه لمالکه و الضال و المغصوب و نحو ذلك و عدم الفرق بين اليأس عن حصوله و رجائه لأنّه على جميع التقادير لا يصحّ الالتزام العقدى بالتسليم منجزاً و لا يندفع الغرر بمجرد احتمال الحصول

ثم إنّ موضوع البحث و إن كان المبيع إلّا أنّه بناء على القاعده المتقدمه ينبغى أن لا يفرّق بينه و بين الثمن

نعم بناء على النصّ يمكن الاختصاص بالمبيع لو لم يكن المرسل و هو نهى التّبيّص عن الغرر معمولاً به على الإطلاق و لكن الظاهر كونه معمولاً به و لذا يجرون حكم البيع على سائر المعاوضات من الإجاره و المزارعه و المساقاه و نحو ذلك

نعم الصّحيح المبنى على التّسالم و المسامحه لا- يجرى فيه حكم البيع و كيف كان فلا- يمكن منع الغرر من باب أنّه بعد اليأس يكون المبيع فى حكم التّلف قبل القبض المقتضى لانفساخ البيع أو من باب أنّ المشتري ما لم يتسلّم المبيع لا يجب عليه تسليم الثمن فلا خطر عليه و إن لم يفسخ معامله لرجاء حصول المبيع لأنّ هذه الأحكام الشرعيّه إنّما تترتب على العقد الصّحيح فى حدّ نفسه فلا يمكن إثبات الصّحه بما يترتب على الصّحيح و إلّا لزم أن يكون الحكم حافظاً لموضوعه

نعم فى هذه الصّوره لو اشترط المشتري الخيار لنفسه بين الفسخ و الإمضاء فلا يبعد أن يقال بعدم صدق الغرر كما أنّه لو اشترط البائع الضّمان على نفسه فكذلك و ذلك للفرق بين ما يترتب على البيع الصّحيح و ما أخذ فى نفس العقد فإنّ الأوّل لا يرفع الغرر لأنّ ترتبه عليه فرع عدم كونه غررياً فى نفسه و أمّا ما أخذ قيّداً فى العقد فيلاحظ الغرر فيه بالتّسببه إلى المجموع من القيد و

السابع مقتضى القاعده بطلان البيع و لو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأنّ جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى إلا أنه ثبت بالنص جواز بيع الآبق مع الضميمة ففي صحيحه رفاعه النخاس قلت لأبى الحسن ع أ يصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقه و أعطيهن الثمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإنّ ذلك جائز

و موثقه سماعه عن أبى عبد الله ع في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا فيقول أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهما فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري معه و الروايتان وردتا بطرق متعدده فلا إشكال في سندهما بل مقتضى ما ورد في باب ضمّ الضميمة إلى مجهول الوجود كاللبن في الصرع و ما في البطون

من الحمل هو صحه بيع الآبق مع الشك في حياته فضلا عن الشك في حصوله فأصل الحكم في الجملة لا إشكال فيه إنما الكلام في اختصاص الصيحه بما إذا كان الآبق مرجو الحصول أو يصح مطلقا قولان والأقوى هو الأول لأن ظاهر الروايتين هو رجاء لقوله و أطلبها أنا في الأولى وقوله في الثانية فإن لم يقدر على العبد الظاهر في أن مفروض السؤال كان مع رجاء القدره فالمتعين هو الاقتصار على ظاهر النص

نعم بناء على صحه الشرط المجهول ففي مورد الشك أيضا يصح على نحو الاشتراط لا جعله جزء للمبيع ثم إن ظاهر الروايتين اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها منفردا فلا يجوز ضم ما لا يجوز بيعه أصلا كالمنفعة و لا ما يجوز بيعها منفردا و إن صح مع الضميمة أما الشرط الأول فلأن ظاهرهما أن الضميمة جزء للمبيع فكان البيع ينحل إلى بيعين فإن قوله ع فتقول لهم أشتري منكم جاريتم فلانه و هذا المتاع و قوله فيقول أشتري منك هذا الشيء و عبدك ظاهر في تعلق الشراء بكل من الضميمة و الآبق فلا بد من اشتمالهما على الشرائط غايه الأمر أن العلم بحصول الآبق غير لازم إلا أنه يعتبر قابلية الضميمة للشراء و المنفعة لا يصح شراؤها و أما اعتبار كونها مما يصح بيعها منفرده فلأنه لو ضم ما يتعدر تسليمه إلى مثله لا يوجب صحه بيع ما يفسد بيعه فعلى فرض إطلاق الروايتين من هذه الجهة إلا أن مناسبه الحكم و الموضوع توجب تقييده

ثم لا يخفى عليك أن مجرد اليأس عن الظفر بالآبق لا يجعله في حكم التلف حتى يقع البحث في أن أحكام التلف قبل القبض يجرى في ذلك أو لا فإن موضوع البحث في قاعده التلف هو التلف الحقيقي و ظاهر المتن أنه لو تلف قبل اليأس ففي تلفه على المشتري وجهان و لكن الأقوى أنه لا يوزع الثمن على الآبق فلو تلف لا يرجع المشتري إلى البائع لأنه جعل في الروايتين الثمن بإزاء الضميمة في مورد عدم القدره على الآبق و لا فرق في عدم القدره عليه بين تلفه أو اليأس من حصوله و مقتضى ذلك أنه لو تلف الضميمة قبل القبض فإن كان قبل حصول الآبق يرد الثمن بأجمعه و لو كان بعده يوزع الثمن لأنه ما دام آبقا لا يقابله شىء من الثمن فإذا انفسخ العقد بالنسبه إلى الضميمة إما لتلفها أو لخيار يختص بها كما إذا كانت حيوانا يبطل بيع الآبق أيضا ثم إنه لو كانت الضميمة من مالك آخر ففي صحه العقد كلام و لو أجازه

**[و من شرائط العوضين عدم الغرر]**

**[مسأله المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]**

قوله قدس سره مسأله المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا إلى آخره

الظاهر أن من شرائط صحه البيع اتفاقا هو العلم بمقدار الثمن و لعل منشأ الاتفاق هو الحديث المتقدم المشهور بين الفريقين و هو نهى النبي ص عن بيع الغرر أو عن الغرر و قد عرفت أن الغرر بجميع معانيه يستلزم الجهل فالباع بحكم أحدهما باطل

و يؤيده التعليل في روايه حماد بن ميسر عن جعفر عن أبيه ع أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم فإنه إذا كان استثناء الدرهم من الدينار موجبا للجهل بالثمن لعدم العلم بنسبه الدينار من الدرهم فالباع بحكم

أحدهما أولى بأن يكون باطلا- لأنّ الثمن مجهول رأسا ولا- ينافى ذلك ما فى صحيحه رفاعه النّخاس الظاهر فى صحّه البيع بحكم المشتري لأنّ الظاهر من هذه القضية أن بائع الجاربه وكلّ المشتري فى تعيين قيمه لا أنّه باعها بثمان يعينه بعد المعامله مع أنّه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه الصّحيحه لأنّه لو كان البيع بحكم المشتري جائزا لم يكن وجه لقوله ع أرى أن تقوّم الجاربه بقيمه عادله

و بالجمله لا إشكال فى تفاوت مائته الأموال بحسب

المقدار و الكميّه فلا بدّ من العلم بها و لا يصحّ جعل الثمن أو المثلّمن قابلا للانطباق على القليل و الكثير بل يستفاد من الأخبار الواردة فى خصوص المكييل و الموزون و جوب الوزن و الكييل فيهما و كذا و جوب العد فى المعدود إلّا أن يكون أحد هذه الأمور طريقا للآخر كما فى صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله ع أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثم يعدّ ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس

و على هذا فإن كان الشىء مذرّوعا كالثياب و نحوه فلا بدّ من ذرعه إلّا إذا كان الوزن طريقا لذرعه كالأقمشه المصنوعه بالمكائن فإنّها يعلم مقدار أذرعهها بوزنها ثم إنّ ظاهر الأخبار الواردة فى المكييل و الموزون و المعدود و جوب اعتبار الكييل و الوزن و العدّ فيها سواء كان عدمها غررّيّا أو لا فكون الغرر شخصيّا أو نوعيّا لا دخل له فى هذه الأبواب إلّا أنّ هذا الظهور متبع فيما كان مقدار مائيه المال غير محرز إلّا بالكييل أو الوزن أو العد و أمّا إذا أحرز بالمشاهده و نحوها فيصحّ بيعه بلا تقديره بهذه الأمور

و لذا جرت السيره على بيع مقدار من الدهن و الجبّتين و الثلاثه من الحنطه و زبره من الحديد لخروج هذه الأشياء عن أدلّه اعتبار الوزن

و توضيح ذلك أنّ المخصّص المنفصل إذا كان مجملا مفهوما يخصّص العموم به بالقدر المتيقّن منه و يتمسك بالعموم فى المشتبه فى المقام مقتضى عمومات أدلّه البيع عدم اعتبار الكييل و الوزن و لا العدّ و الدّرع إلّا أنّه ثبت فى الجملة اعتبار هذه الأمور و لكن الدليل الدالّ عليه لا إطلاق له

أمّا دليل العدّ فلاّنه ليس إلّا روايه الجوز و هى ناظره إلى جهه أخرى و هى كفايه الكييل عن العدّ و لا تدلّ على اعتبار العدّ إلّا لاستفاده كونه مفروغا عنه عند السائل و أمّا خصوصيات اعتباره فالدليل مجمل بالنسبه إليها

و أمّا أدلّه الكييل و الوزن فأظهرها هو ذيل صحيحه الحلبي و هو قوله ع و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فإنّه لا يصلح مجازفه هذا ممّا يكره من بيع الطعام و ظهورها فى اعتبار الكييل فى المكييل لا شبهه فيه إلّا أنّها تختصّ بما كان مناط مقدار مائيته الكييل أو الوزن مثلا و أمّا لو كان مناطه العدد و إن كان الوزن فيه ملحوظا أيضا بحيث أنّه لو نقص عن هذا الوزن كان معيوبًا فلا يضرّ عدم كييله أو وزنه و كذلك تختصّ بما إذا كان عدم كييله مستلزما للجزافيّه و أمّا إذا خرج عنها و لو لكونه مضبوطا فى نفس الأمر و إن كان مجهولا عند المشتري بل البائع فلا يضرّ عدم كييله و وزنه و بهذا المناط يحكم بصحّه المعامله بالدراهم و الدنانير و إن لم يعلم مقدارهما من حيث الوزن فإنّ السكّه طريق إلى مقداره المقرّر عند السلطان

و بهذا الوجه فصل الصادق ع بين الدّراهم الواضحيّه و غيرها فإنّ الدّراهم الواضحيّه هى الدّراهم الصّحيحه الّتى لا تنقص عن الوزن شيئا و أمّا غيرها فمن جهه نقصانها الموجب للغش نهى عن المعامله بها إلّا بعد بيان مقدار نقصها و بالجملة عدم اعتبار الكييل و الوزن فى الدّراهم و الدنانير إمّا لكون مقدار مائيتها بالعدد و الوزن بمنزله وصف الصحّه و إمّا لأنّ السكّه طريق إلى مقدارها فيخرج عن كونه من بيع الجزاف

و كيف كان فلا شبهه فى صحّحه بيع ما يكال بكيال مجهول عند المشتري كالغريب الوارد إلى بلد فإنّه و إن لم يعلم غير العراقى بمقدار الحقّه و لا-العراقى بمقدار المنّ الشاهى أو التبريزى إلّا أنّ المنّ أو الحقّه حيث إنّه مضبوط فى الواقع يخرج المعامله به عن كونها معامله جزافيه

و حاصل الكلام أنه يستفاد من أدله اعتبار الكيل و الوزن أمران أحدهما أن اعتبارهما إنما هو لكونهما طريقا إلى مقدار الشيء و كميته فلو كان له طريق آخر كسكّه السلطان و نحوها فلا دليل على اعتبارهما و بهذا المناط يصحّ شراء المكيل بلا كيل لو أخبر البائع بكيله و كان موثوقا به و يصحّ كيل المعدود و وزن المكيل ثانيهما كون البيع بدونهما جزافيا فلو لم يكن كذلك يكفي الكيل و الوزن و إن لم يعرف المشتري مقدارهما و بهذا يصحّ بيع مقدار من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو من غيره المساوي له في قيمه

و على أي حال يستفاد من هذه الأدلة أن الجهل بمقدار المبيع يوجب البطلان سواء كان غررًا أو لا و في نفس هذه الأخبار لم يعلل مانعيه الجهل بالغرر حتى يبحث في أنه حكمه للتشريع فيكون المدار على النوع أو علّه للمجعول فيكون المدار على الغرر الشّخصي و على فرض التعليل به فلا شبهه أنه حكمه

و بيان ذلك أنه قد بينا في قاعده لا ضرر أنه لو علّق الحكم على عنوان كالضرر و الحرج و نحوهما يكون ذلك العنوان موضوعا للحكم و يدور الحكم مداره و بذلك يكون لا ضرر أو لا حرج حاكما على أدله الأحكام و لا محاله يكون الضرر أو الحرج المنفّي شخصيا

و أمّا لو علّق الحكم على عنوان آخر غير عنوان الضرر و الحرج و علّل بهما فلا محاله يكونان علّه للتشريع و لا يطرد و لا ينعكس فيكون نوعيًا و الحرج ورد على كلا الوجهين ففي الحديد يكون الحرج حكمه لرفع نجاسته و في مثل ما جعل عليكم في الدين من حرج يكون حاكما على أدله الأحكام

و أمّا نفى الضرر فكونه حاكما على أدله الأحكام لا إشكال فيه كما في قضيه سمره و أمّا كونه علّه للتشريع فيتوقف على ورود هذا اللفظ منه صلى الله عليه و آله في ذيل حكمه بالشّفعة أو حكمه بكراهه منع فضل الماء و أمّا في المقام فلم يرد منه ص إلّا التّهي عن الغرر إمّا مطلقا أو في البيع من دون تعليله بعله فكون الحكم دائرا مدار الغرر الشّخصي أو النوعي لا موضوع له لأن نفس عنوان الغرر إذا كان متعلّقا للتّهي فلا محاله يدور الحكم مداره

نعم لهذا البحث مجال إذا استفيد من أدله اعتبار الكيل أو الوزن كون عدمه غررًا فحيث إن اعتبارهما و كذا اعتبار العدد إنما هو لرفع الغرر فلا محاله يكون الحكم ثابتا و لو لم يكن غرر و أمّا في الذّرع فلا دليل عليه إلّا نفى الغرر و نفيه ص عنه فلا بد أن يكون المدار على تحقّق الغرر

و لكنك خبير بأن التّفصيل في الأبواب الأربعة لا يمكن الالتزام به للقطع باتّحاد أحكامها فلا بد أن يقال إذا كان إحراز مقدار ماليه المال بالكيل أو الوزن فالجهل به يوجب فساد المعامله و لكن ذلك إنما هو بالنظر إلى الأمرين المتقدّمين و هما عدم طريق آخر لإحرازه و كون البيع بدون العلم بالمقدار جزافيا و أمّا لو لم يكن كذلك كبيع مقدار من الطعام بما يقابله من جنسه فلا خصوصيته لها أيضا

و ممّا ذكرنا ظهر ما في



## [مسأله لو قلنا باعتبار الغرر الشخصى]

قوله قدس سره مسأله لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصى فلا إشكال فى جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك إلى آخره

و ذلك لما عرفت من أنه لم يعلل اعتبار هذه التقديرات بالغرر

نعم يمكن أن يدعى أنّ حكمته سدّ باب الغرر المؤدى إلى التنازع و على هذا فلا يدور الحكم مدار الغرر بل لا بدّ من التقدير بأحد هذه الأمور إنّما الكلام فى أنّه هل يختصّ كلّ واحد منها بما يتعارف التقدير به أو يجوز التّقدير بأحد هذه الأمور مطلقاً أو يفصل بين الوزن و غيره فيكتفى به فى الجميع

دون غيره و الأقوى هو الأول

و توضيح ذلك أنه لا- شبهه أن للوزن دخلا- في مائيه الأموال غالبا حتى في المعدود إذا كان مأكولا فإن الجوز و البيض و نحوهما يختلف قيمته باختلاف وزنه و قد يتفق مدخليه عدد الشئ ء أو كيله أو ذرعه في مائيته و على هذا فإذا كان لحجم الشئ ء دخل في المائيه لا يكفي الوزن عن الكيل كما أنه لو كان للذرع أو العدد دخل في المائيه لا يكفي الوزن عنه

نعم يصح جعل الوزن طريقا إلى الذرع أو العدد أو الكيل إذا ثبت طريقيته لها بالامتحان و التجربه و على هذا فلا نعرف وجهها محصيا لما أفاده المصنف قدس سره من أن الكلام تاره في كفايه كل من التقديرين في المقدر بالآخر من حيث جعله دليلا على التقدير المعبر فيه و أخرى في كفايته فيه أصلا من غير ملاحظه تقديره المتعارف لأن الكلام إما فيما لا دخل لغير الوزن في مائيته و إما فيما له دخل فيها فإذا كان المناط منحصرا في نفس المقدار لا يجوز تقديره إلا بالوزن إلا أن يكون غيره طريقا مضبوطا إليه بحيث لا يتخلف عنه أصلا أو بمقدار يتسامح فيه

و إذا كان للعدد أو الحجم أو الذرع أيضا دخل يجب مضافا إلى الوزن تقدير كل بما له دخل في مائيته و لا يصح الوزن أو العد بدل الكيل و لا الكيل أو الوزن بدل العد إلا أن يكون طريقا مضبوطا إليه بحيث لا يتخلف عنه إلا بمقدار يتسامح فيه

و لا يدل روايه و هب على تقدير ما يكال بالوزن و ما يوزن بالكيل لأن قوله ع لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن ليس معناه أن كل واحد يصح بدلا عن الآخر بل معناه أن ثمن المكيل يمكن أن يكون موزونا و بالعكس

و بالجملة احتمال كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصاله من غير ملاحظه التقدير الآخر لا وجه له فيما كان لغير المقدار و الكم أيضا دخل في مقدار المائيه و عدم كفايه جعل أحدهما طريقا للآخر لا معنى له إذا كان هو في الواقع طريقا معتبرا و أما إذا لم يكن طريقا مضبوطا إليه بل يتخلف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا يخرج عن الجهاله و إنما لصح بيع الموزون مشاهده مع البناء على أنه مقدار خاص و لا يمكن قياسه بإخبار البائع بالكيل فإنه طريق معتبر شرعي

و حاصل الكلام أن نيه كون شئ ء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدارا بمقدار خاص و نحو ذلك من الأمور البنائيه و القلبيه لا- أساس لها في باب المعاملات فالعمده لحاظ الزوايات الوارده في هذا الباب فلو دلت على أن نفس الجهل بالمقدار يوجب فساد المعامله سواء كان غرريا أو لا يجب رفعه بأحد هذه المقادير كل منها في مورد أو بما هو طريق إليه و على هذا فلا وجه للتفصيل بين الوزن و الكيل كما لا وجه لجعل أحد التقديرات دليلا على الآخر لو لم يكن هو بنفسه طريقا له فإن مجرد لحاظه طريقا لا يرفع الغرر و إنما لصح بيع الموزون مشاهده مع البناء على كونه بالوزن الخاص

قوله قدس سره بقى الكلام في تعيين المناط في كون الشئ ء مكيلا أو موزونا إلى آخره

بعد ما ظهر الكبرى و أنه يعتبر الكيل و الوزن في المكيل و الموزون و كذا العدد و الذرع في المعدود و المذروع فيقع البحث

فى الصغرى و تعين ما هو من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المذروع و ما يصح بيعه مشاهده

قد يقال باعتبار الوزن أو الكيل فيما بيع بهما فى زمان الشارح و حكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيها و نسب صاحب  
الحدائق ذلك إلى الأصحاب و منعه صاحب الجواهر قدس سرّه و قال

إن لحاظ زمان الشارح يختص بباب الرّبا و أمّا بالنسبة إلى الغرر فلا مدخلية لزمان الشارح فيه و أشكال المصنف عليه بما حاصله أنّ الموضوع في كلتا المسألتين شىء واحد و هو المكيل و الموزون و قد حمل عليه حكمان أحدهما عدم صحّحه ببيع جزافا و الآخر عدم صحّحه أخذ الزيادة في بيع بعضه ببعض و الإنصاف أنّ كلمات الأعلام في المقام مضطربه

و دعوى أنّ الموضوع في المسألتين شىء واحد لا- دليل عليها فالإيراد الثاني من المصنف عليه غير وارد كما أنّه لا يرد عليه إيراده الأوّل بمجرّد عبارته المبسوط و التذكرة و قوله في المبسوط بلا خلاف لا يدلّ على الإجماع المعتمد عندنا فإنّ الإجماع و عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على أمر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم فإذا لم يثبت الاتفاق على اعتبار الكيل و الوزن فيما كان مكيلا أو موزونا في عصر الشارح فلا بدّ من التثبت بما تقتضيه القاعده الكليه حتى يكون المدار عليها إلّا ما ثبت خروجه عنها

فنقول قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا- لا- يصلح مجازفه من القضايا الحقيقيه التي أنشأ الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها فكل مصداق انطبق عليه هذا العنوان يشمل هذا الحكم سواء كان هذا المصداق مكيلا في عصر الشارح أو لم يكن و كلّ ما لم يسم فيه الكيل أى لم يجعل له الكيل يصحّ ببيع بلا كيل سواء كان هذا الشىء مكيلا سابقا أو في خصوص عصر النّبى صلّى الله عليه و آله أو لم يكن

و بالجملة هذه القضية حقيقته كسائر القضايا الشرعيه و على فرض اختصاصها بباب الرّبا بأن يقال المدار فيه على المصداق الخارجى من المكيل و الموزون و هو الذى كان معنونا بهذا العنوان في عصر الشارح بحيث إذا كان شىء مكيلا في عصره لا يجوز التفاضل عليه إلى يوم القيمة و لو بيع في العصر السابق على عصره مشاهده أو بيع بعد عصره كذلك إلّا أنه لم يقدّم دليل على أنّ المدار في الغرر على الكيل في زمانه ص بحيث أنّه إذا كان شىء مكيلا في المدينة المنوره أو في سائر البلاد في عصره ثم يباع بغير كيل و وزن في الأعصار المتأخره يبطل ببيع

و ما أفاده المصنف قدس سرّه في قوله ثالثا إلى آخره لا يستقيم لأنّ حاصل ما ذكره مركب من مقدمتين أولاهما أنّ ما كان ربويّا في عصر الشارح ربويّا إلى يوم القيامة و ثانيهما أنّ من شرط جريان الرّبا في معامله كون الكيل و الوزن شرطا في صحّحه ببيع فضمّ المقدمه الثانيه إلى الأولى ينتج أنّ ما كان مكيلا في عصر الشارح لا بدّ أن يكال إلى يوم القيامة و ما كان موزونا لا بدّ أن يوزن و ما يباع في عصره جزافا يصحّ ببيع كذلك و إن تعارف وزنه لعزّته و قلّه وجوده

و السرّ في استفادته هذه النتيجة ظاهر لأنه لو قام الإجماع على أنّ ما كان ربويّا في عصره يكون ربويّا إلى الأبد و ثبت أنّ شرط الرّبا هو أن يكون الكيل أو الوزن شرطا في صحّته فيثبت الملازمه بين كون الشىء مكيلا في عصره و كونه مكيلا في الأعصار اللاحقه

و لكنّك خير بما فيه أمّا أولا فلمنع المقدمه الأولى فإنّ ظاهر أدلّه الربا أنّه يدور الحكم مدار كون الشىء مكيلا أو موزونا و هذه قضيه حقيقته يدور الحكم مدار تحقّق موضوعه في كل عصر و ذلك لا يستلزم النسخ لأنه رفع الحكم عن موضوعه لا

اختلافه بتبدل موضوعه

و ثانيا على فرض تسليم هذه المقدمه و الالتزام بأنّ كلّ ما كان ربويًا فى عصر الشّارع فهو ربويّ إلى يوم القيمة بأن يقيد عنوان المكييل و الموزون بما كان

مكيلا أو موزونا في عصره لا مطلقا إلا أن اشتراط جريان الرّبا في معامله بكون الكيل و الوزن شرطا في صحّحه بيعه لا ينتج إلا أنّه من جهه التخلّص عن الرّبا و عدم التفاضل لا بدّ من الكيل و الوزن حتى يباع الشىء متساويا و أمّا اعتبار الكيل و الوزن من جهه الغرر فلا يستنتج من هذه الشرطيّه

و بعبارة أخرى كون جريان الرّبا في معامله مشروطا بأن يكون الكيل و الوزن شرطا في صحّحه بيعه بمنزله شرط الوجوب و أمّا كون الرّبا في عصره مستلزما لجريان الرّبا إلى الأبد و ملازما لاعتبار الكيل أو الوزن في الأعصار اللاحقه فهو بمنزله شرط الواجب فيعتبر للتخلّص من الرّبا الكيل أو الوزن و أمّا اعتبار أصل الكيل و الوزن في صحّحه معامله فلا دليل عليه

و حاصل الكلام أنّه لو سلّمنا قيام الإجماع على أنّ ما كان ربويا في عصر الشّارع فهو ربويّ دائما و سلّمنا الملازمه بين كون الشىء ربويا و كون الكيل أو الوزن شرطا في صحّحه بيعه بأن ربنا القياس الاستثنائي و هو أن كلّ ما كان ربويا يشترط في صحّحه بيعه الكيل أو الوزن و هذا ربويّ فيشترط في صحّحه بيعه الكيل أو الوزن إلا أنّ هذا الإجماع مع هذا القياس لا ينتج إلا ضدّ ما قصده المصنف قدّس سرّه لأنّ توقّف جريان الرّبا في معامله على كون الكيل أو الوزن شرطا في صحّحه بيعه لا يخلو إمّا أن يكون منشؤه هو التخلّص عن الرّبا بحيث إنّه لو جعل الأثمان مقابل هذا الشىء لا جنسه يصحّ بيعه بلا كيل و لا وزن و إمّا أن يكون منشؤه أنّ قوام ماليّته بالتقدير لكونه في غايه العزّه و الغلاء

و على كلا- التقديرين لا- ينتج ما قصده بل التقدير الأخير مناقض لما قصده أمّا على الأوّل فلأنّ توقّف التخلّص عن الرّبا على الكيل أو الوزن لا يلزم كون الشىء مكيلا أو موزونا لأنّه يصحّ بيعه بعوض من غير جنسه بلا كيل أو وزن

و أمّا على الثّاني فعدم صحّحه بيع الشىء بلا كيل و لا وزن لتوقّف معرفه مقدار ماليّته عليهما يقتضى صحّحه بيعه بدونهما إذا صار الشىء مبدولا بحيث لا يتوقّف معرفه مقدار ماليّته عليهما فتوقّف جريان الرّبا في معامله على كون الشىء مكيلا أو موزونا من باب توقّف ماليّته على التّقدير بهما مناقض لما ادّعا من اعتبار الكيل و الوزن في شىء كان مكيلا أو موزونا في عصر الشّارع فتدبّر جيّدا

هذا مع أنّه يمكن أن يقال إنّ تقييد جريان الرّبا في معامله بكون الكيل أو الوزن شرطا في صحّحه بيعه إنّما هو في مرحله الحدوث و دون البقاء و ذلك لما يحكى عن التّقييد من دعوى الإجماع على أنّ ما كان مكيلا أو موزونا في عصر النّبي ص في جميع البلدان أو كلّ بلد جرى فيه الرّبا و إن تغيّر بعد ذلك و ما لم يكن من أحدهما لا يجرى فيه الرّبا و إن تغيّر بعد ذلك و صار من أحدهما و لا يجرى فيه الرّبا في معامله و إن اعتبر فيه الكيل و الوزن إلا أنّ اعتبارهما إنّما هو في عصر الشّارع و أمّا التّغيير بعد ذلك و صيروره الشىء غير مكيلا أو موزون فلا ينافى ثبوت الرّبا فيه و مرجع هذا الكلام إلى أنّ الربويّ في عصر الشّارع ربويّ دائما و لكن كون الشىء مكيلا أو موزونا يختلف باختلاف الأعصار

و حاصل الكلام أنّ ما أسنده صاحب الحدائق إلى الأصحاب من أنّ المناط في المكيل و الموزون المعبرين في صحّحه البيع ما كان كذلك في زمان الشّارع و لو في غير مسأله الرّبا و أيّده المصنف قدّس سرّه من غرائب الكلام و أغرب من ذلك تمسيكه

لذلك بأنّ المرجع في الألفاظ الواردة في لسان الشّارع إلى عرفه ص لأنّ هذا الكلام إنّما يتمّ في الماهيّات المجعوله منه

لا مطلق الألفاظ الواردة و المستعمله فى لسانه فإن مرجعها إلى العرف و ذلك واضح

و على هذا فلو سلم أن موضوع المسألتين شىء واحد إلا أنه لو شكك فى شىء كونه مكيلا أو موزونا و كونه يباع مشاهده أو عددا أو ذرعا فى عصر الشارع فمقتضى أصاله البراءه عدم حرمه التفاضل و إن كان من حيث صحه البيع الأصل الفساد إلا أن يقدر على نحو يرتفع به الغرر

و كيف كان فالمسأله فى غايه الإشكال من حيث الصغرى و ما هو المناط فى الكيل و الوزن و إن كان الأقوى هو ما ذكرناه من حيث ظهور القضية فى كونها حقيقته فالمدار على تحقق المصدق فى أى عصر و مع اختلاف البلدان فلكل بلد حكم نفسه ثم إن استفاده كون المدار على العرف العام لو كان و مع عدمه فلكل بلد حكمه و مع الاختلاف فى البلد الواحد فالتخير من الأخبار الواردة فى المكيل و الموزون ليست بهذه المرتبه من الصعوبه و الإشكال لأن الكلى إذا كان ذا مراتب و مقولا بالتشكيك بالنسبه إلى ما يندرج تحته فشموله لجميع المراتب لا إشكال فيه فقولهم عليهم السلام ما كان مكيلا فلا يباع جزافا و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفه يشمل جميع هذه المراتب

### [مسأله إذا أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه]

قوله قدس سره مسأله إذا أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه إلى آخره

لا يخفى أن توضيح هذا العنوان يتوقف على ذكر أمور الأول أنه لا ينبغي الإشكال فى صحه الاعتماد على إخبار البائع بالكيل و الوزن و العد و الدرع لما عرفت من أن اعتبار هذه الأمور إنما هو لخروج بيع الشىء عن كونه جزافا و الاعتماد على إخباره بها يخرج عنه و تدل عليه مضافا إلى ذلك الروايات الواردة فى هذا الباب فعن عبد الكريم بن عمرو قال قلت لأبى عبد الله ع أشتري الطعام فأكتاله و معى من قد شهد الكيل و إنما أكيه لنفسي فيقول بعنيه فأبيعه إياه على ذلك الكيل الذى اكتلته قال لا بأس و عن ابن بكير عن رجل من أصحابنا قال سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل فقال إما أن يأخذ كله بتصديقه و إما أن يكيه كله و عن محمد بن حمران قال قلت لأبى عبد الله ع اشترينا طعاما فرعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس

□  
و بهذا المضمون أيضا روايات أخرى و لا يعارضها صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله ع أنه قال فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و إن صاحبه قال للمشتري ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما فى الآخر العدى ابتعت قال لا يصلح إلا بكيل و قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام لأنها لا تدل على أن البائع أخبر بالكيل عن حس لأن قوله فإن فيه مثل ما فى الآخر ظاهر فى أنه يحدد المقدار من غلبه تساوى العدلين فيه هذا مع أنه على فرض الظهور يحمل على الكراهه المصطلحه لصراحه تلك الأخبار فى الرخصه

الثانى هل إخبار البائع بالمقدار من الأمارات التعبدية حتى لا يدور حجته مدار الظن الفعلى فضلا عن الاطمئنان أو من باب



كونه طريقا عرفيا إليه أو لا هذا و لا ذاك بل يدور مدار كونه رافعا للغرر و عدمه وجوه و الأقوى هو الأخير لعدم استفاده جعل الطريقيه لقول البائع من هذه الإخبار و ليس طريقا عرفيا مضبوطا أيضا بل يظهر من ذيل روايه أبي العطارذ أنّ المدار على الوثوق و الاطمئنان فقال ع إذا ائتمنك فلا بأس

و على أى حال فمجرد بناء المتعاملين على مقدار خاص لا يفيد صحه بيع ما يكال بغير الكيل و لا يقاس على بيع العين الغائبه بأوصاف المذكوره لأن ذكر الوصف يخرج المبيع عن الجهاله و على هذا فلو قلنا بأن إخبار البائع طريق تعيدى إلى المخبر به يكفى نفس إخباره لأن بحجته يرتفع الجهاله و أما لو قلنا بأنه طريق عرفى لمعرفه مقدار المبيع فإذا لم يرتفع به الجهاله لا يصح معامله بمجرد بناء المتعاملين على أنه بمقدار خاص فتعين أن يكون وجه اعتباره خروج البيع بإخباره عن كونه مجازفه نظير بيع العين الغائبه بأوصاف المذكوره فى العقد فإن ذكرها يرفع الجهاله و الخطر

الثالث لو تبين الخلاف تخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء سواء كان زائدا على ما أخبر به أو ناقصا عنه أما إذا كان زائدا فلأن الزيادة ملك للبائع و يصير شريكا على نحو الإشاعه مع المشتري و الشركه عيب يوجب الخيار و أما إذا كان ناقصا فلتخلف وصف الانضمام الذى اشترط ضمنا و أما احتمال بطلان أصل معامله من باب تخلف عنوان المبيع ففيه أنه فرق بين ما إذا باع عينا بعنوان أنها عبد فتبين كونها حمارا أو جاريه و ما إذا باع عشره أمان من الحنطه و تبين كونها ثمانيه ففيما تبين كونها حمارا تخلف عنوان المبيع عرفا و عقلا و فيما تبين كونها جاريه تخلف عنوان المبيع عرفا لا عقلا و على أى تقدير يبطل البيع لأن مناط ماليه الأموال بصورتها النوعيه العرفيه لا- بالماده المشتركه بين جميع الأشياء و لذا لا- فرق فى مورد تخلف العنوان بين جعله موضوعا كما لو قيل بعتك العبد أو جعله وصفا أو شرطا كما لو قيل بعتك هذا الذى هو عبد أو بعتك هذا إن كان عبدا

و أمّا إذا تخلف مقدار البيع فلا- وجه لبطلان أصل البيع بل إما يبطل البيع بالنسبه إلى المقدار الناقص أى ينحل البيع إلى بيوع متعدده بالنسبه إلى كل من و إما يصح البيع بالنسبه إلى الجميع و يحسب النقصان كتخلف الوصف الذى لا يوزع الثمن بإزائه و على كلا التقديرين فلا وجه لاحتمال فساد البيع

و لا- يقال حكم تخلف المقدار كتخلف عنوان المبيع لأن كلا منهما مما يتوقف صحه البيع عليه فكما أنه لا يصح البيع إذا كان العنوان مجهولا- فكذا يفسد إذا كان المقدار مجهولا و كما أنه لو باعه بعنوان خاص فتخلفه موجب للبطلان فكذلك لو باعه على مقدار خاص فلا بد أن يكون تخلفه موجبا للبطلان رأسا

لأننا نقول فرق بين مقدار المائيه و عنوان المبيع فإن كلا منهما و إن كان من شرائط صحه البيع إلا أن تخلف العنوان يوجب تغيير ما هو المبيع رأسا و هذا بخلاف تخلف المقدار فإن المبيع لم يختلف إلا من حيث انضمام متفقى الحكم و قيمه فانحلال العقد بالنسبه إلى الثانى هو المتعين دون الأول

و بالجملة تخلف المقدار ملحق بتخلف الوصف لا بتخلف العنوان و إن شئت قلت فرق بين شرائط صحه البيع فما هو راجع إلى عدم الغرر فتخلفه لا- يوجب إلا الخيار و ما هو راجع إلى الصوره النوعيه للمبيع فتخلفه يوجب البطلان و إن شئت قلت فرق بين الأوصاف المشترطه فى البيع صريحا أو ضمنا فالأوصاف إذا كانت خارجيه ككتابه العبد و نحوها بحيث لا يتوقف صحه البيع عليها فتخلفها لا يوجب إلا الخيار بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن

و أما إذا كانت داخلية كمقدار المبيع بحيث يتوقف صحه البيع على العلم

بها فتخلفه يوجب الخيار بين الفسخ والإمضاء بمقدار من الثمن و هذا هو الأقوى فإنه لا وجه لإلحاق نقص المقدار بتخلف وصف الكتابه فإنّ بإزاء وصف الكتابه لا يقع جزءا من الثمن و إنما يصير وجوده منشأ لزياده قيمه الموصوف به

و أما المقدار فالثمن يوزع عليه فإذا بيع عشره أمان بعشره دراهم فقد قوبل كلّ من بدرهم فإذا تبين نقص المبيع و كونه ثمانيه فلا محيص إلّا من نقص درهمين فله الإمضاء مع استرداد التفاوت و له الفسخ لتخلف وصف الانضمام الذى اشترط ضمنا

و ما اختاره شيخنا الأستاذ مد ظله فى الوسيله من أنه لو اشترى عشره أمان التى هى هذه الصبره فتخلفه موجب للخيار مع التقييط و أمّا لو اشترى هذه الصبره الخارجيه مقدره بكونها عشره أمان فتخلفه موجب للخيار بلا تقييط لأنّ حكمه حكم تخلف الشرط و المبيع نفس العين الخارجيه و هكذا الحكم فيما لو كانت الأجزاء مختلفه من حيث الجوده و الرّداءه كما لو اشترى عشره أجرى التى هى هذه الأرض أو اشترى هذه القطعه المحسوسه مقدره بكونها عشره أجرى لم يتضح لنا وجهه و أنّ اختلاف التعبير لا يغيّر الواقع و المقدار دائما جزء المبيع سواء كان كيلا أو وزنا أو عددا أو ذرعا

و إن جعل فى مقام التعبير شرطا و جعل عنوان المبيع نفس العين الخارجيه فالجزء دخيل فى قوام المعامله و العوض يقع بإزاء كلّ جزء جزء فعدم وجود مقدار من المبيع يوجب استرداد مقدار من الثمن و أمّا الأوصاف الخارجيه كالكتابه و نحوها فهى و إن كانت دخيلا فى عالم اللبّ فى زياده الثمن إلّا أنّ العوض لا يقع فى مقام الإنشاء المعاملى إلّا بإزاء الموصوف

و بالجمله المقدار متوسّط بين الصّور النوعيه و الأوصاف الخارجيه فمن جهه ملحق بالصّور النوعيه فيستردّ من الثمن بمقدار الناقص و من جهه ملحق بالأوصاف فتخلفه موجب للخيار

و بعبارة أخرى من جهه داخل فى الالتزام الأولى المذى هو نفس المنشأ بالعقد و من جهه داخل فى الالتزام الثانوى أى التزام فى التزام و تخلفه لا- يوجب بطلان أصل المعامله ثم إنه لا وجه لثبوت الخيار للبائع فيما تبين زياده المقدار المذى أخبر به لأنّه و إن صار شريكا مع المشتري بنحو الإشاعه إلّا أن كلّ شركه لا تقتضى ثبوت الخيار فإنها و إن كانت عيبا إلّا أنّه ما لم يدخل ضده و هو السّلامه عن العيب تحت الالتزام الضمنى فتحققه لا يوجب الخيار فالزياده توجب الخيار للمشتري لأنّ المبيع الذى انتقل إليه لو لم يكن مفروزا فهو معيوب لأنّه اشترط ضمنا كونه مفروزا و أمّا البائع فيثبت له الخيار لو كان فى الثمن شركه

و أمّا الشّركه فى المثلث فلا- وجه لكونها موجبا للخيار و هذا من غير فرق بين علم البائع بالزياده و جهله لأنه على أى حال لم يشترط على المشتري عدم الشركه فلا يملك عليه شيئا

### [مسأله قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهده و إن لم يمسا]

قوله قدّس سرّه مسأله قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهده و إن لم يمسا إلى آخره

لا- يخفى أنّ ما يصحّ بيعه بالمشاهده على قسمين قسم لا يعتبر فيه الكيل و الوزن و العدّ و المساحه من جهه مبدوليته و كثره

وجوده بحيث يتسامح فيه قله و كثره و لا يعد بيعه بلا تقدير مجازفه و قسم تكون المشاهده طريقا معتبرا لمعرفة مقداره بحيث لا يتخلف عادة إلّا بمقدار يتسامح فيه و أمّا لو لم يكن من هذين فلا وجه للقول بصحّه بيعه كذلك و مجرد كون المبيع مختلف الأجزاء لا يوجب صحّه بيعه بالمشاهده لا سيّما في مثل قطيعه الغنم التي تتفاوت ماليتها

قله و كثره حسب أفراد القطيعه

### [مسأله بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء]

#### إشارة

قوله قدس سره مسأله بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصّيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدین و شبه ذلك يتصوّر على وجوه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل و هو بيع الكسر المشاع لا ينبغي الإشكال في صحّته من غير فرق بين أن تكون الجملة التي يباع بعضها متساويه الأجزاء من حيث الصّيفه المستلزمه لتساوى قيمتها و أن تكون مختلفه كأحد العبيدین و إحدى الشّاتين فإنّهما قيمتان لاختلاف أفرادهما غالباً لأنّه كما لو باع صاعاً من صبره مشتمله على عشره أصوع فقد باع عشرةا من الصّبره فكذا لو باع عبداً من العبيدین فقد باع النّصف من كلّ منهما لأنّ نسبة المبيع إلى الجملة في الأوّل هي العشر و نسبته إليها في الثّاني النّصف

و دعوى أنّ ظاهر الثّاني هو الوجه الثّاني أو الثّالث من وجوه بيع البعض من الكلّ لا الوجه الأوّل و هو الكسر المشاع لا شاهد لها لأنّ غايه ما يدعى من الفرق بين الصّبره و العبيدین أمران أحدهما انصراف إطلاق المبيع في قوله بعتك عبداً من العبيدین إلى واحد منهما إمّا على الوجه الثّاني أو الثّالث لا إلى النّصف من كلّ منهما و ثانيهما توقّف الحمل على الإشاعه في مورد العبد على تنزيل العبيدین منزله أمر واحد حتّى يباع جزء مشاع منه و لا- يتوقّف على هذا التّنزيل في مثل الصّبره لأنّها بنفسها أمر واحد خارجيّ

و بعبارة واضحة الوحده الحقيقيه أو الاعتباريه اللّازمه في كلّ مرّكب هي موجوده بنفسها في الصّبره و هذا بخلاف الوحده في العبيدین فإنّها لا- حقيقيه و لا- اعتباريه معتبره من الشّارع أو العقلاء بل إنّما تتحقّق بنفس اعتبار المتعاقدين و الإنشاء الواحد لا يمكن أن يتكفّل أمرين الأوّل تنزيل الشّيين منزله شيء واحد و الثّاني بيع الكسر المشاع في المجموع

و لكنّك خبير بأنّ هذين الفرقين غير فارقين أمّا الانصراف فلأنّه ليس الكلام في مقام الإثبات حتى يدعى انصراف المطلق إلى بعض أفراده بل في مقام الأقسام بحسب الثّبوت و أنّه لو قصد البائع من قوله بعتك عبداً من العبيدین نصفاً من كلّ منهما فما حكمه

و بعبارة أخرى عدم ظهور الكلام فيما قصده المتبايعان لا يوجب الفرق بين المثال و غيره من الأمثله بحسب التّصوّر و أمّا توقّف الكسر المشاع في الثّاني على التّنزيل فهذا لا يضرّ بصحّه بيع الكسر المشاع فإنّ اعتباره لا مئونه له و لا يلزم أن يتكفّل الإنشاء حتى يقال إنّّه لا يمكن الجمع بين اللّحاظين في إنشاء واحد

و بالجملة لا- فرق بين متّفق الأجزاء و مختلفها هذا كلّه لا- إشكال فيه و إنّما الكلام في تصوير الكسر المشاع و أنّ الشّركه

الحاصله فى المبع على أى كفته فنقول ذهب أكثر المتكلمين و بعض الحكماء قبل ظهور الإسلام إلى أن مادّه الجسم المطلق هى الأجزاء التى لا تقبل القسمة لا خارجا و لا ذهنا و يسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد و الجزء الذى لا يتجزى

و ذهب النظام إلى أن الجسم مؤلفه من أجزاء غير متناهيه و إخبار بعض المحققين من المتكلمين و جمهور الحكماء إلى بطلان الجزء الذى لا- يتجزى و على فرض تحقّقه فليس هو مادّه الجسم المطلق و صار بطلان عدم قابليته الجزء للقسمة من أوضح البديهيّات فى عصرنا لأنّ كلّ متخيّر بالذات أى كلّ ما هو قابل للإشارة الحسيّه إليه لا بدّ أن يكون ما يحاذى منه جهه الفوق غير ما يحاذى منه جهه التحت و كذا باقى الجهات الست فلا محيص من أن يكون منقسما و إن لم يكن فعلا كذلك و لم يكن لنا آله لتقسيمه

هذا مضافا إلى

ما يرهنوا عليه من لزوم تفكك الرّحى و نفى الدائره و هكذا بطلان مذهب النظام صار بديهياً لأنه لو كان الجسم مركبا فعلا من أجزاء غير متناهيه يلزم امتناع قطع مسافه معينه فى مدّه متناهيه إلّا بالطرفه

إذا عرفت ذلك فحيث إنّ الجزء قابل للقسمه فمعنى الشّركه على الإشاعه أن كل جزء يفرض فى الجسم فكل واحد من الشّريكين المتساويين مالِك لنصف هذا الجزء لا أنّ كلّ واحد مالِك فى تمام الجزء و لا أن لكلّ واحد جزءا خاصا واقعا غير معلوم ظاهرا

نعم لو انتهى الأمر إلى الالتزام بصحّه الجزء الّذى لا يتجزّى فلا محيص إلّا عن القول بأنّ كلّ واحد منهما مالِك لجزء معيّن أو مالِك لتمام هذا الجزء

و على هذه المسالك يبنى القولين فى قسمه المشاع من أنّها بيع أو إفراز حقّ فإنّ كونها إفراز حقّ ملازم لأن يكون كلّ واحد شريكا مع الآخر فى كلّ جزء بحسب نسبه الملك بأن يكون نصفه أو ثلثه أو غير ذلك من الكسور لأحد الشّريكين و الباقي للآخر و حيث إنّ النّصف من كلّ جزء أمر كلّى قابل للانطباق على النّصف من أىّ طرف من الجسم فبالقسمه يميز و يخرج عن الإبهام و الكليه و يعيّن فى الطّرف الشّرقى أو الغربى و كونها بيعا ملازم لأن يبيع كلّ واحد إضافته بالنّسبه إلى هذا الجزء بإضافته بالنّسبه إلى الجزء الآخر

و بالجمله من التزم بالجواهر الفرد و الجزء الّذى لا يتجزّى فإنّما أن يلتزم بأن كلّ جزء له مالكان حتّى يمكنه تصوير الإشاعه و إمّا أن يلتزم بأن بعض الأجزاء بتمامه ملك لأحد الشّريكين واقعا و بعضه بتمامه ملك للآخر كذلك إلّا أنّه غير متميّز خارجا و إمّا القائل بأنّ الجزء قابل للقسمه إلى ما لا نهايه له فمعنى الإشاعه على مختاره عدم تمييز الكسر المشاع و كونه كليّا قابلا للانطباق على كلّ كسر (١) و كيف كان فلا إشكال فى صحّه بيع بعض من جملته متساويه الأجزاء على نحو الإشاعه

و أمّا الوجه الثّانى و هو أن يبيع صاعا من الصّيعان أو واحدا من العبدین فالمشهور فيه هو البطلان و استدّلوا له بوجوه أربعة فبعضهم استدلّ بالجهاله الّتى يبطل معها البيع إجماعا و آخر استدلّ بأنّ الإبهام فى البيع مبطل له و ثالث استدلّ

١- و لا- يخفى أنّ الجمع بين ما اخترناه من معنى الإشاعه و هكذا ما اختاره بعض من أنّ لكلّ جزء مالكين على نحو الملك الضّعيف و بين ما اختاره الخاصّه من أنّ القسمه إفراز حقّ أو تعيين حقّ ممتنع لأنّه لو فرضنا عبيدين مشتركين بين وارثين فتقسيمهما و جعل أحدهما لأحدهما و الآخر للآخر لا يعقل إلّا بأن يجعل عوض النّصف من هذا العبد النّصف من الآخر أو تبديل الإضافتين الضّعيفتين فيهما بإضافه قوّه فى واحد منهما و هذا يوافق مذهب الجمهور من أنّ القسمه بيع نعم لو اخترنا ما يظهر من صاحب الجواهر من أنّ المراد من إشاعه الشّركه لو لا الإجماع دوران حقّ الشّريك بين مصاديق الكلّى و أن كلّ واحد منهما مالِك لجزء خاصّ واقعا فكون القسمه إفراز حقّ و تميز حقّ و تعيين حقّ و نحو ذلك من العبارات فى كمال الوضوح و هو اختار هذا المعنى لوجوه يرد على الإشاعه بذلك المعنى الّذى اخترناه و هى عدم إمكانها فى الجزء الّذى لا يتجزّى و فى قسمه الوقف من الطّلق لاستلزامه صيروره بعض أجزاء الوقف طلقا و بعض الطّلق وقفا و غير ذلك من المحاذير الّتى ذكرها فى

كتاب الشَّرْكَه إلَّا أن يقال لا ينافى ما ذكرناه من معنى الإشاعه مع ما ذكروه فى باب القسمه لأنَّ غرضهم فى باب القسمه من أنَّها إفراز حقَّ أنَّها ليست بيعا و لا صلحا و لا غيرهما من أنواع المعاوضات بل هى أمر برأسها لا تجرى فيها أحكام العقود و هذا لا ينافى استلزامها المعاوضه و مرجع القسمه فى الحقيقه إلى إبطال الإشاعه و إحداث نحو آخر من الملك و لتمام الكلام محلَّ آخر و على أى حال فالالتزام بأنَّ فى إرث العبدین كلَّ واحد من الوارثین يرث نصف المجموع لا نصف كل واحد منهما كما هو ظاهر صاحب الجواهر خلاف ظاهر كلمات المشهور فى الإشاعه منه عفى عنه



بالغرر و رابع بأن الملك صفه وجوديه محتاجه إلى محلّ تقوم به و لا يخفى أنّ هذه الوجوه لا تجرى فى موضوع واحد فإنّ الثانى و الرابع يجريان على تقدير و الأوّل و الثالث يجريان على تقدير آخر

و توضيح ذلك أنّ البيع تاره يتعلّق بأحدهما المفهومى و أخرى بأحدهما المصدقى أى تاره متعلّق البيع ليس له واقع بل المبيع قابل لأن يكون هذا العبد أو ذاك و يعبر عنه بالفرد المنتشر و الفرد المرّدّد و أخرى يكون له واقع معيّن غير معلوم عند المشتري أو البائع أيضا و يعبر عنه بالنكره

و بعبارة أخرى تاره المبيع نظير متعلّق التكليف فى قوله جئنى برجل و أخرى من قبيل جاء رجل من أقصى المدينه و هذان المعنيان هما محلّ النزاع فى مورد القرعه فقيل بأنّها تختصّ بما إذا كان له واقع معيّن و مشتبه عند المكلف كالموطوءه المجهوله فى قطع الغنم

و قيل بأنّها تجرى فى تعيين المطلقه المجهوله بحسب الواقع و فى تعيين الزائده على الأربع إذا أسلم الكافر و كانت زوجته زائده عنها فإذا كان المبيع أحدهما المفهومى الذى ليس له وجود متأصل و لا منشأ انتزاع أى ليس له ما بحذاء كالجواهر و الأعراض و لا منشأ انتزاع لا من الذاتيات كالعليه و المعلوليه و لا من قيام إحدى المقولات بمحالتها كالقبليه و البعديه و التقدم و التأخر بل كان صرف اعتبار و اختراع يجرى فيه الوجه الثانى من أنّ المبيع مبهم

و لذا منع العلامه فى التذكرة عن بيع أحد العبدین الشاهدين مع كونهما متساويين فى القيمه و يجرى فيه أيضا الوجه الرابع فإنّ البيع لم يتعلّق بمحلّ معيّن و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعى صرف من دون أن يكون له منشأ انتزاع صحيح لا من الذاتيات و لا من قيام أحد الأعراض بمحلّه

و أمّا لو كان أحدهما المعين و إن كان مجهولا عند أحدهما أو كليهما فيجرى فيه الوجه الأوّل و الثالث نظير ما إذا باع أحدهما بعد تلف الباقي هذا و لكنّه يمكن أن يقال إنّ نظر الأصحاب فى هذا الوجه هو خصوص ما إذا لم يكن لمتعلّق البيع واقع معيّن بل باع صاعا أو عبدا مرّددا بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّره فى المجموع و لا ينافى ذلك استدلالهم على البطلان بالجهاله و الغرر لتخيّلهم جريانهما فى المبهم الغير المعين حتى فى الواقع غايه الأمر لنا منع كون الواحد على سبيل البدل مجهولا

و على فرض صدق الجهاله عليه نمنع كون البيع بهذا النحو من الجهاله باطلا- ثم نمنع كونه غرريا مع فرض تساوى الأفراد فى الصفات الموجهه لاختلاف القيمه

و بالجملة عمدّه الوجوه فيما هو محطّ نظر الأصحاب هو الوجه الثانى و هو ما إذا لم يكن لمتعلّق البيع واقع معيّن و منشأ بطلانه هو أنّه و إن لم يقدّم دليل خاصّ على أنّ الإبهام فى البيع مبطل له إلّا أنّ توقّف البيع على وجود محلّ يقوم به لا يمكن إنكاره فإنّ الملكيه و إن لم تكن أمرا خارجيا و صفه وجوديه بل من الاعتباريات إلّا أنّ هذا الأمر الاعتبارى لا بدّ له من محلّ يقوم به فإنّ البيع الذى هو تبادل طرف الإضافة لا بدّ له من المضاف إليه و أحدهما المرّدّد الغير المعين لا يعتبره العقلاء طرفا للإضافه الملكيه و لا- يمكن قياس أحدهما المبهم ببيع الكلّى فى الذمه فإنّه و إن لم يكن موجودا خارجيا فعلا إلّا أنّ الذمه أمر وسيع

يعتبره العقلاء ملكا و هذا بخلاف ما إذا باع أحدهما المرءد فإن المفروض أنّ هذا المفهوم ليس من المفاهيم المتأصّله كالرجل و المرأه أو البياض و السواد و لا من المفاهيم الانتزاعية التي لها

منشأ انتزاع خارجي كالعليه و المعلوليه و التقدم و التأخر فإنه لو كان كذلك لأمكن أن يتعلّق التكليف و الوضع به كما يقال جننى برجل أو تقدّم إلى كذا

و أما المفهوم الانتزاعى الصّيرف الذى ليس له وجود خارجي و لا منشأ انتزاع صحيح فمقتضى القاعده الأوّليه عدم تعلّق البيع به لأنّ المفروض أنّه لم يتعلّق البيع بأحد العبدین الموجودین فى الخارج الغير المعلوم عند المشتري أو البائع أو كليهما بل تعلّق بهذا المفهوم الصرف القابل للانطباق على كلّ واحد على البدل و لا- يمكن قياسه أيضا بالواجب التّخيري فإنه مضافا إلى الإشكال فى تصوير تعلّق التكليف بأحد الشّيئين على البدل من دون إرجاعه إلى الجامع و من دون جعل الواجب أحدهما و مسقطيه الآخر عنه أنه قام الدليل على التّخير كقيام الدليل على صحّ بيع أحد العبدین على ما ادعاه الشّيخ و إن كان الحقّ عدم دلالة على المدعى

و لذا قال فى الوسائل بعد ما نقل الروايه أقول وجهه بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدین و محلّ البحث هو الصّححه بمقتضى القاعده و قد عرفت أنّها تقتضى عدم صحّته تعلّق البيع و لا سائر العقود و الإيقاعات بالأمر الانتزاعيه الوهميه لعدم صلاحية الكلى الانتزاعى لقيام البيع و النّكاح و الطّلاق به

و العجب من الشّيخ قدّس سرّه أنّه تعدّى عن البيع إلى الطّلاق أيضا على ما حكى عنه فى مبسوطه فقال بصحّته طلاق إحدى الزّوجتين و استخراجها بالقرعه مع أنّه لم يرد فيه نصّ و بالجمله لو قام دليل تعيّد على ذلك نقول بصحّته لأنّ للشارع الحكم بملكه أحد العبدین و طلاق إحدى الزّوجتين كحكمه بينوتيه الزائد على الأربع فيمن أسلم على الزيادة و أمّا لو لم يقدّم دليل خاصّ فالعمومات لا تقتضى صحّتها لأنّ هذه العناوين لا يمكن أن تقوم بالمبهم فلا تندرج فى مسمى البيع و الطّلاق و النّكاح فلا يمكن الاستدلال لصحّتها بالعمومات و الإطلاقات الواردة فى هذه الأبواب

و حاصل الكلام أنّ الملكيه و الزّوجيه و بينونه و نحوها و إن لم تكن من الصّيفات الخارجيه إلّا أنّها فى نظر العقلاء فى حكمها فكما لا- يمكن وجود الحموضه فى محلّ مردّد و لا البياض و السّواد فى محلّ مبهم و هكذا سائر الأعراض من الكمّ و الفعل و الانفعال و الجده فكذلك الجده الاعتباريه و الزّوجيه و الطّلاق إلّا أن يقوم دليل تعيّد على ذلك كالإجماع على وقوع العتق على المبهم لأنه يمكن أن يرد من الشّارع أن أثر قوله أعتقت أحد العبدین انتعاق أحدهما فيستخرج بالقرعه أو نحوها من الطّرق المعتمره لتعيين المبهم

ثمّ إنّ مقتضى ذلك أنّه و لو اتّفق المتبايعان على التّريديد لم يصحّ البيع و أمّا لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعه و قال البائع أردت معينا أو مبهما فالقول قول مدعى الصّحه إلّا أن يكون هناك ظهور لفظيّ فى الإبهام فإنّ الأصل العملى لا يعارض الظواهر اللّفظيه و لا يبعد أن يكون الظهور فى مثل العبيد و نحوها من الأمور المتباينه و فى مثل الصّيعان المتفرّقه مع من يدعى البطلان

و أمّا الوجه الثّالث و هو أن يبيع صاعا كليا فالأقوى صحّته لأنّه و إن أضاف الصّاع إلى الصّبره و لم يجعله كليا مطلقا إلّا أنّه مع هذا لم يخرج عن الكليه لأنّه لا فرق بين أن يبيع صاعا فى الذّمه و أن يبيع صاعا من الصّبره غايه الفرق أنّ الثّانى يكون من الكلى

فى المعين

و أما الفرق بين الكلى فى المعين

و أحدهما المبهم ففي غايه الوضوح فإنّ المبيع في الثاني جزئى خارجى مردّد بين هذا الفرد و الفرد الآخر و وجه فساده إبهام المبيع لأنّ ما في الخارج ليس إلّا هذا بخصوصيته و ذاك بخصوصيته فكلّ واحد هو هو بنفسه لا مردّدا بينه و بين غيره فأحدهما المرّد مفهوم انتزاعى وهمى لا من المفاهيم المتأصله و لا منتزعه عن منشا انتزاع صحيح فلا يصحّ تعلق البيع به و أمّا المبيع في الأوّل فهو أمر كلّى و هو طبيعى الصّاع غايه الأمر ينحصر مصاديقه في أفراد تلك الجملة

ففي القسم الثالث جميع الخصوصيات الفردية خارجة عن المبيع و هذا بخلاف القسم الثاني فإنّه فرد مردّد و لا محيص إلّا عن دخول الخصوصيات في المبيع إذا كان فردا و بعبارة أخرى المبيع تاره نفس الطبيعى و أخرى هو الفرد المنتشر في الجنس و هو يحصل بدخول تنوين التنكير في الجنس

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا في طيّ تصوير هذه الوجوه الثلاثة أنّ هنا وجهها آخر و هو بيع أحدهما المعين عند البائع المجهول عند المشترى و لا- ينبغي الإشكال في بطلانه و أن حكمه حكم الوجه الثاني و قد ذكرنا أنّ هذا الوجه خارج عن محطّ كلمات الأساطين في بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء أو مختلفتها فانحصر الوجوه في ثلاثة بحسب الثبوت

و أمّا بحسب ظاهر المعامله فلو كانت الجملة كالعبيد المتباينه أو الصيغان المتفرقه فظهور الكلام يقتضى الحمل على الوجه الثاني لا- الحمل على الإشاعه و لا الكلى في المعين فيفسد البيع لأنّ مع تفرّق الأجزاء يمتنع الحمل على الكلى لأنّ الكلى هو المذى لا يمتنع فرض صدقه على كثيرين فيتوقّف صدقه على شىء على خروج الخصوصيات الفردية عن المبيع و مع تفرّق الصيغان فكلّ صاع لا- محاله يشتمل على خصوصيته و فرض إلغاء الخصوصيات و جعل المجموع صبره واحده لا يرفع ظهور البيع في تعلقه بالفرد المنتشر

و هكذا يمتنع الحمل على الإشاعه لأنّ عنوان المبيع في المشاع أيضا كلى لأنّ التسع أو العشر و نحو ذلك ينطبق على التسع أو العشر من هذه الصّبره من طرف الشّرق أو الغرب على أحد معانى الكسر المشاع أو ينطبق على كلّ جزء من أجزاء الحنطه التى في هذه الصّبره شرقا أو غربا يمينا و شمالا فوقا و تحتا على المعنى الآخر من الكسر المشاع

و على أى حال الكسر المشاع أيضا كلى كالكلى في المعين بل الصّاع من الصّبره على الإشاعه كلى من جهتين إذا لم يكن مقدار الصّبره معلوما الأولى قابليته انطباقه على كلّ كسر و الثانية انطباق هذا الكسر على كلّ جهه من الجهات الست في الصّبره أو في الحنطه و أمّا الكلى في المعين فكلّى من جهه واحده و أمّا لو كانت الجملة مجتمعها فباع صاعا منها فهل ينزل على الإشاعه أو على الفرد المنتشر أو على الكلى في المعين وجوه ذكرها المصنف قدّس سرّه في المتن

و حاصل الوجه الأوّل هو أنّ مقتضى المعنى العرفى أن يكون قوله صاعا إشاره إلى مقدار من الصّبره مقدّرا بصاع فيلاحظ نسبه الصّاع إلى الصّبره و هذا هو الكسر المشاع لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصّبره مشاع فيه و فيه أنّه كما يمكن حمل الصّاع على الإشاعه كذلك يمكن حمله على الكلى بل ظهوره في الكلى هو المتعين لأنّ الصّاع اسم الجنس و لحاظ نسبته إلى المجموع يتوقّف على مؤنّه زائده

و حاصل الوجه الثانی هو أن تنوین التَّنْکیر یقتضی صرف الطبیعیّ إلى الفرد فمقتضی الوضع اللّغوی هو الفرد المنتشر و فیہ أنّ مجرد دخول التَّنوین علی الطّبیعی لا یقتضی صرفه إلى الفرد إلّا إذا کان هناك قرینه خارجیه کقوله

رأيت رجلا بالبَابِ فَإِنَّ التَّنْوِينَ قد يكون للتمكن و قد يكون للتذكير فمع ظهور اللَّفْظِ فى الطَّبِيعِىِّ لا وجه لحمله على الفرد و حاصل الوجه الثالث أَنَّ المتفاهم العرفى من قوله بعث صاعا هو الكَلِّى الطَّبِيعِى من الصَّاعِ الَّذِى يَتَعَيَّن فى الخارج بأوَّل وجود منه و هذا هو الأقوى و عليه يحمل الرِّوَايَةَ الواردة فى اشتراء عشره آلاف ظَنِّ من القصب

### [مسأله لو باع صاعا من صبره]

قوله قدس سره ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور إلى آخره

لا- يخفى أنه يتوقف توضيح الثمرات المترتبة على الكلى فى المعين و الإشاعه على بيان الفرق بين الوجهين و قد أشرنا إليه إجمالا- و حاصله أَنَّ الصِّاعَ بناء على الإشاعه و إن كان كليا أيضا من جهة أو من جهتين إلا أنه فرق بين الكلى فى الإشاعه و الكلى فى المعين و هو أن كليه الصِّاع على الإشاعه عباره عن قابليته الكسر المبيع لانطباقه على هذا الكسر و ذاك إلا أن الخصوصيات الخارجيه داخله فى المبيع فإنَّ النَّصْفَ من هذه الصِّبره القابل لانطباقه على كل واحد من النَّصْفَيْن ملحوظ بمشخصاته الخارجيه غايه الأمر حيث إنَّ النَّصْفَ كلى فالخصوصيه أيضا كلى أى خصوصيه ما داخله فى المبيع و هذا بخلافه بناء على الكلى فى المعين فإنَّ المبيع نفس الطَّبِيعِىِّ مجرِّدا عن جميع الخصوصيات و هذا لا ينافى استحقاقه لها فى مقام التسلم لأنه فرق بين أن يكون مالكا للخصوصيه فعلا و بين استحقاقه لأن يملكها فعلى الإشاعه مالك لها فعلا و أمَّا بناء على كون المبيع كليا فالمشترى لا يملكها فعلا

نعم حيث إنَّ التَّسْلِيمَ من الشَّرَائِطِ الضَّمْنِيهِ فهو مالك لأن يملكها

إذا عرفت ذلك فمن الثمرات المترتبة على الوجهين أنه بناء على الكلى فاختيار التَّعْيِين بيد البائع لأنَّ المشترى لا يملك إلا نفس الصِّاع دون كونه من هذا الطرف من الكومه أو من ذاك فحكمه حكم الكلى فى الذمه و لا- فرق بينهما إلا من حيث ضيق الدائره فى الكلى فى المعين و توسعتها فى الكلى فى الذمه و هذا بخلافه على الإشاعه فإنَّ الخصوصيه داخله فى المبيع فتعيين إحداها يتوقف على رضا الطرفين و منها أنه بناء على الكلى إذا تلف مجموع الصِّبره ما عدا صاع منها يستحقه المشترى و هذا بخلافه بناء على الإشاعه فإنَّ التَّالِفَ يحسب عليهما فيجرى فيه حكم تلف بعض المبيع قبل قبضه

و بالجملة حيث إنَّ المبيع بناء على الكلى ينطبق عليه صرف الوجود من الطَّبِيعِىِّ فما دام مقدار حقَّ المشترى باقيا فى الصِّبره لا موضوع لقاعده تلف المبيع قبل قبضه و أمَّا على الإشاعه فالصِّبره مشتركه بينهما

ثم إنه يتفرع على هذه الثمره أنه لو باع البائع ثانيا صاعا آخر من مشتر آخر فبناء على الكلى لو تلف المجموع ما عدا الصِّاع ينطبق الباقي على ملك المشترى الأوَّل و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبه إلى صاع المشترى الثانى لأنَّ الصِّاع الثانى يسرى كليه إلى ما عدا الصِّاع الأوَّل لأنَّ الصِّاع الأوَّل حيث إنه كلى فصرف الوجود من الطَّبِيعِىِّ مصداق له فينحصر ملك البائع فيما عدا صاع من الصِّبره

و أما على الإشاعه فالمبيع لا ينحصر فى الصّاع الباقى و لا يسرى البيع الثّانى إلى ما عدا الصّاع بل يسرى إمّا إلى مجموع الصّبره  
فيصير البيع الثّانى فضوليا بالنّسبه إلى مقدار من حقّ المشتري الأوّل بناء على احتمال تقدّم فى مسأله ما لو باع من له نصف الدار  
نصفها أو يسرى إلى نصفها الباقى الذى هو ملك نفسه بناء على الاحتمال الآخر

و على أى حال فحيث إنّ المبيع مشاع تجرى قاعده تلف المبيع قبل



قبضه في حق كل منهما ثم إنه لا- ينافي ما ذكرنا من اختصاص الصّاع الباقي بالمشتري الأول بناء على الكلّي كون تعيين الصّاع للمشتري الثاني قبل تلف المجموع موكولا- إلى نظر البائع لأنّ الصّبره إذا بقيت بمقدار حق كلا المشتريين فللمالك تعيين حقّ كل منهما في أيّ صاع أراد و أما إذا لم يبق إلّا مقدار حقّ أحد المشتريين فحيث إنّ المشتري الأول سابق على الثاني في معامله فهو سابق في صرف الطّبيعيّ إلى نفسه و يزاحم الآخر في صرف الوجود من الطّبيعيّ

و بالجمله قياس وقوع المعاملتين على نحو الترتّب على ما إذا وقعتا دفعه مع الفارق لأنّهما إذا وقعتا دفعه فترجيح إحداهما على الأخرى بلا مرجح و هذا بخلاف ما إذا وقعتا مترتبه فإنّ الأول بسبقه يجزّ الطّبيعيّ إلى ملكه و يجعله منطبقا على الصّاع الباقي

ثمّ إنّه بعد ما اخترنا تبعا للمشهور من أنّه لو باع صاعا من صبره ينزل على الكلّي في المعين دون الكسر المشاع يبقى سؤال الفرق بين هذه المسأله و مسأله ما لو باع ثمره أشجار و استثنى منها أرطالا- معلومه فإنّ في مسأله الاستثناء يظهر منهم أنّهم حملوا الأبطال على الإشاعه و لذا أفتوا بأنّه لو خاست الثمره أو تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابه

و لهم في التفصي عن هذه العويصه وجوه منها أنّ مقتضى ظاهر الكلام في كلتا المسألتين هو الإشاعه إلّا أنّهم حملوا بيع الصّاع من الصّبره على الكلّي في المعين للنصّ الوارد في شراء عشره آلاف طنّ من القصب فيبقى مسأله الاستثناء على طبق قاعده الإشاعه و فيه أولا- أنّ ظاهر الكلام هو الكلّي لا الإشاعه فإنّها متوقّفه على مؤونه زائده في مقام الثبوت و الإثبات فالإشاعه على خلاف القاعده و ثانيا أنّ النصّ إن استفيد منه قاعده كليه فحكم الاستثناء حكم مسألتنا هذه و مجرد كون مسأله الاستثناء عكس مسألتنا من حيث إن ملك البائع فيها كلّى بخلاف مسألتنا فإن ملك المشتري فيها كلّى لا يوجب فرقا بينهما و إن استفيد منه التعييد الصّيرف و أنّه على خلاف القاعده يجب الاقتصار على مورده و هو شراء القصب فلا- وجه للتعدّي إلى شراء صاع من الصّبره و يبقى سؤال وجه الفرق بين مورد التعدّي و مورد عدمه

و منها أنّ مقتضى ظاهر اللفظ في البابين هو الحمل على الكلّي إلّا أنّه قام الإجماع على الحمل على الإشاعه في باب الاستثناء و فيه أنّ الإجماع ليس بنفسه حجّه بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر و نحن نقطع بعدم استناد المجمعين إلى دليل معتبر

و منها أنّ وجه حمل الصّاع على الكلّي في المقام و حمله على الإشاعه في مسأله الاستثناء و نظائرها كالزكاه التي يحسب التالف على المالك و الفقراء هو أنّ في المقام حيث يجب الإقباض على البائع من باب الشرط الضمنيّ فما دام حق المشتري باقيا في الصّبره يجب عليه دفعه إلى المشتري و لا- وجه لأن يحسب التالف عليه أيضا و فيه مضافا إلى أنّ كون الزكاه كالأستثناء في الإشاعه لا- دليل عليه إذ ليس الفقير شريكا مع من عليه الزكاه على نحو الإشاعه بل يتعلق حق له بماله أنّ وجوب الإقباض على البائع فرع كون المبيع كليّا و أمّا إذا كان على الإشاعه فالتالف يحسب عليهما و يفسخ البيع بمقدار حق المشتري و قياس المقام بباب الكلّي في الذمه فرع إحراز كون المقام من باب الكلّي في المعين

و منها ما في مفتاح الكرامه من أنّ في باب البيع وقع التّلف قبل قبض المشتري المالك للكلّي فيجب على البائع إقباضه من الصّبره و في الاستثناء وقع التّلف بعد قبض المالك للكلّي و هو البائع فلا وجه لاحتسابه

## على مالك المشتني

و حاصل ما أفاده من الفرق بعد حمل المبيع و المشتني في كلا المقامين على الكلي في المعين أن منشأ جعل التلف على البائع في بيع الصّاع من الصّبره و عدم جعل التلف على المشتري في استثناء الأبطال هو أن المشتري في المسأله الأولى يتلقّى الملك من البائع و أمّا البائع في مسأله الأبطال فلا يتلقّى المشتني من المشتري لأنّ الاستثناء ليس معناه أن البائع ملك المشتري جميع ثمره الأشجار ثم تملك منه المشتني بل معناه بقاء المشتني في ملكه و تملك ما عداه فإذا كان المشتري في مسأله بيع الصّاع من الصّبره متلقياً من البائع و فرضنا أنه لا- يملك إلّا صاعاً كلياً مجرداً عن جميع الخصوصيات الخارجيه فما دام مصداق من الكلي باقياً في ملك البائع ينطبق على المبيع فلم يتلف حتى يحسب على المشتري فيجب على البائع إقباضه بإقباض المصداق كما في الكلي في الذمه

و بعباره أخرى المشتري يملك الصّاع في طول ملك البائع و يتلقاه منه فإذا بقي من الصّبره مقدار حقّه يجب على البائع إقباضه إياه و أمّا البائع في مسأله الاستثناء فهو و إن استثنى مقداراً كلياً و لم يعينه في محلّ خاصّ إلّا أن المشتني بقي على ملكه مع خصوصياته الخارجيه و نسبه التالف إلى كلّ من المشتني و المشتني منه على حدّ سواء لأنّ كلّاً منهما يملك مقداراً في عرض الآ-خر فلا- وجه لاحتسابه على المشتري و على هذا فمراده من أنّ التالف في مسأله الاستثناء وقع بعد القبض أي بعد ما كان المشتني مقبوضاً في يد مالكة مع تملكه خصوصياته الخارجيه فكونه مقبوضاً إنّما هو معلول لكونه مالكا لخصوصياته الخارجيه و دخول الخصوصيات في المشتني لا- يوجب خروجه عن الكليه كدخول الخصوصيات في الفرد المنتشر فإذا كانت الخصوصيات داخله في ملك البائع و كان المشتني تحت يده فدخول الجميع من المشتني و المشتني منه بعد ذلك تحت يد المشتري لا- يقتضى أن يكون التالف على المشتري إلّا إذا فرط و أتلف الجميع حتى يجب عليه قيمه المشتني أو أتلف ما عدا المشتني حتى يجب عليه دفع الباقي إلى البائع و أمّا إذا تلف مقداراً منه بتلف سماويّ فلا وجه لأن يكون التالف محسوباً على المشتري مع عدم استحقاق مالك المشتني الكلي المجرد عن الخصوصيات و مع عدم تلقّيه المشتني من المشتري

و العجب من المصنف قدّس سرّه أنه اعترف في المسأله السّابقه بأنّ المشتري لو قبض المجموع و تلف مقداراً منه يحسب التالف على كليهما و استشكل فيما أفاده صاحب مفتاح الكرامه بأن قبض البائع في المقام لا يقتضى أن يكون التالف عليهما مع أنّ المسألتين من واد واحد فإنّ في المسأله السّابقه لو كان قبض المجموع موجبا للإشاعه ففي المقام أيضاً حيث إنّ المجموع قبل قبض المشتري كان في يد البائع يلزمه تحقّق الإشاعه و لازمه احتساب التالف عليهما و لو بعد قبض المشتري و لو لم يقتض القبض السّابق على قبض المشتري في مسأله الاستثناء الإشاعه فلا يقتضيها في المسأله السّابقه أيضاً

نعم لو قلنا بأنّ في مسأله الاستثناء كون المشتني و المشتني منه في قبض البائع يقتضى الإشاعه فلازمه أمران لا يلتزم بهما الأصحاب الأوّل عدم جواز تصرّف المشتري في الثمره إلّا بإذن البائع الثّاني أن يكون التفريط في البعض كالتفريط في الكلي في وجوب دفع قيمه لا- إعطاء المشتني من الباقي فإنّه لو كان المال مشاعاً بينهما فإتلاف البعض يوجب أن يكون ضامناً للقيمه لا إعطاء البقيه

فالصّواب في الجواب هو الذي أشرنا إليه و هو أنّ المبيع في بيع الصاع

من الصّبره و المستثنى فى مسأله الاستثناء كلّ منهما كلّى و لا وجه للإشاعه أصلا إلّا أن المشتري فى مسأله بيع الصّاع من الصّبره لا- يملك إلّا الكلى المجرد عن جميع الخصوصيات فما دام صاع من الصّبره موجودا يستحقّه منها و لا وجه لاحتساب التالف عليه بمقدار نصيبه منها

و أمّا البائع فى مسأله الاستثناء فهو يملك الكلى مع الخصوصيه فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له بل يحسب عليهما و مقتضى استحقاقه الكلى أن يستحقّ الباقي لو أتلّف المشتري مقدارا من الثمره لأنّ حقّه لم يكن مشاعا فى مال المشتري حتّى يستحقّ قيمه

و على هذا يرتفع إشكال جواز تصرف المشتري فى الثمره بلا- رضاء من البائع لأنه لم يكن شريكا معه بعنوان الإشاعه و على فرض حصول الإشاعه بعد العقد من جهه كون الثمره بأجمعها تحت يد البائع فجواز تصرفه بلا إذن إنّما هو لبناء المتعاقدين نوعا فى هذه المعامله على استقلال المشتري فى التصرف فكأنه شرط ضمنى نشأ من البناء النوعى

و على أىّ حال هذا الإشكال لا يختص بالإشاعه بل بناء على كون المستثنى كليا يجرى الإشكال أيضا فإنّه لا وجه لاستقلال المشتري فى التصرف مع كون المستثنى منه أيضا كليا بل يجب إمّا الالتزام بعدم جواز تصرف كلّ منهما بلا رضاء الآخر و إمّا الالتزام باستقلال كلّ منهما فيه

و كيف كان فإنّما يحكم فى مورد الإتلاف ببقاء حصّه البائع فى البقيه لا- استحقاقه للمثل أو قيمه لأجل أنّ مقتضى البناء المعاملى فى هذه المعامله أن يكون اختيار التصرف بيد المشتري فكما يجوز له بيع مقدار من الثمره من ثالث و يسرى المستثنى فى البقيه فكذلك إذا أتلّفه ينصرف قهرا حقه إلى التالف و يبقى حق البائع فى البقيه و ذلك لأنّه إذا كان مختارا فى التصرف فيه بأىّ نحو شاء فتصرفه يوجب أن يكون ما تصرف فيه متعيّنا له و بهذا الملاك نقول إنّ اختيار تعيين المستثنى بيد المشتري

و بالجملة مقتضى البناء المعاملى أن يكون مسأله الاستثناء عكس مسأله بيع الصّاع من الصّبره فإنّ اختيار التعيين فى تلك المسأله بيد البائع و فى مسأله الاستثناء بيد المشتري و التالف فى تلك المسأله يحسب على البائع و فى مسأله الاستثناء على كلّ واحد بحسابه و إنّما يشتركان فى مورد الإتلاف فإنّه يتعيّن حقهما فى كلتا المسألتين فى البقيه فافهم و اغتتم (1)

قوله قدّس سرّه قال فى الرّوضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشّهيد إن أقسام بيع الصّبره عشره إلى آخره

لا- يخفى أنّه لو كان مقدار الصّبره معلوما فالصّحيح من أقسام بيع الصّبره أربعه و هى بيع جميع الصّبره و بيع جزء معلوم منها كالعشر أو التسع و نحو ذلك من الكسور و بيع صاع أو صيعان مع العلم باشمالها على هذا المقدار و بيع الصّبره كلّ صاع بكذا و يبطل فيما إذا باع كل صاع منها بكذا و وجه الصّحاحه فى الأقسام الأربعه واضح لكون المثل معينا كالمثل و وجه البطلان فى القسم الخامس عدم العلم بمقدار المبيع لصلاحيّه انطباق قوله كلّ صاع بكذا على الواحد و الزيادة

١- لا يخفى عليك أننا قد أشرنا إلى أن الإشكاليين الواردين على الإشاعه يندفعان أيضا بالبناء المعاملى فبناء على ما يظهر من مفتاح الكرامه من حصول الإشاعه بعد المعامله لكون كل من المستثنى و المستثنى منه فى قبض البائع لا يرد إشكال عدم جواز تصرف المشتري إلما بإذن البائع و لا كون المشتري ضامنا للقيمه فى مورد الإلتلاف لأن استقلال المشتري فى التصرف إذا كان للبناء المعاملى فلا محاله يكون ما تصرف فيه مختصا به قهرا فلا وجه لأن يكون ضامنا للقيمه منه عفى عنه

فى بعض كتبه من صحّحه الإجاره لو قال المؤجر آجرتك الدّار كلّ شهر بكذا فى الشهر الأوّل لتضمّن هذا القول إجاره هذا الشّهر يقينا صحّحه البيع فى المقام بالنّسبه إلى صاع واحد

و لكنّ الأقوى البطلان فى كلا المقامين لأن تردّد متعلّق العقد بين الأقلّ و الأكثر يقتضى الجهل به و أمّا لو كان مقدار الصّبره مجهولا فيبطل جميع أقسام بيع الصّبره إلّا إذا باع مقدارا يعلم باشمال الصّبره عليه فإنّه لو قال بعتك صاعين منها و علم باشمال الصّبره عليهما يقينا فلا مانع من صحّته إلّا توهم أنّ الجهل بنسبه الصّاعين إليها يوجب الجهل بمقدار المبيع لأنه لا يعلم بأنّه باع أى واحد من الكسور و لكنّه فاسد لأنّ المدار فى العلم بالمبيع على العلم بنفسه لا العلم بنسبته إلى أمر آخر أجنبيّ فكون الجهل بمقدار الصّبره موجبا للجهل بنسبه الصّاعين إليها لا يضرّ بالمعامله بل قد يقال بالصّحّه و لو لم يعلم باشمال الصّبره على مقدار المبيع كما هو ظاهر الدّروس و اللّمعه غايه الأمر لو نقصت يتخير المشتري بين الفسخ و الإمضاء بنسبه الثّمّن

و لكنّك خبير بأنّ الجهل بوجود المبيع غرر عرفا و لا يرفعه الخيار الّذى هو من أحكام العقد الصّحيح للزوم الدّور فإنّه يتوقف الخيار على الصّحه و هى على عدم الغرر

**[إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليه]**

### إشاره

قوله قدّس سرّه إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليه فإن اقتضت العاده تغييره عن صفاته السّابقه إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع إلى آخره

لا إشكال فى أنّ ما كان قوام مالىته بالأوصاف الخاصّه بحيث أنّه لو شكّ فى حصولها فيه عدّ البيع معه غرريا لا يصحّ بيعه إلّا مع توصيف المبيع بها و اشتراطها فى متن العقد و نحو ذلك من أنحاء بيع الغائب كإخبار البائع بوجودها فيه

و على هذا فلو شاهد عينا فى زمان سابق على العقد فإذا اقتضت العاده بقاءها على ما كانت عليه فلا إشكال فى الصّحّه و إن انكشف عدمه فى الواقع لأنّ البيع وقع مبنيّا عليها و إن اقتضت العاده تغييرها عمّا هى عليها لا يصحّ شراؤها إلّا بذكر هذه الصّفات فى متن العقد أو بإخبار البائع ببقائها لأنّ بهما يرتفع الغرر إنّما الكلام فى اعتبار الاستصحاب فى هذه الصوره و الأقوى عدم اعتباره و إن قلنا بحجّيته حتّى مع الظنّ بالخلاف لأنّ الأثر لم يترتب على الواقع بل على إحراز الصّفات كانت فى الواقع أو لم تكن فإن ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصّفات فاستصحاب بقاء الصّفات لا أثر له

و كيف كان فإذا اشتراها مبنيّا على الصّفات القديمه فانكشف التغيير فلو كان موجبا للزياده فى المالىّه أو لنقص فيها فالأقوى ثبوت الخيار للبائع على الأوّل و للمشتري على الثّانى لأنّ تخلف الوصف بمنزله تخلف الشّروط إمّا من طرف البائع أو المشتري و مراد المصنّف قدّس سرّه من المغبون فى قوله تخير المغبون منهما هو المتخلف شرطه لا من له خيار الغبن المصطلح لأنّه ينشأ عن نقص القيمه السّوقيه أو زيادتها لا عن الزياده فى المالىّه أو نقصانها

و كيف كان فالأقوى هو الصّحه مع الخيار و لا وجه لدعوى البطلان كما حكى عن العلامه فى نهايه الأحكام معللاً بأنّ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع لأنّ تخلف الوصف بمنزله تخلف الشرط و مرجع كلّ واحد منهما إلى الآخر و كما أنّ تخلف الشرط لا يوجب البطلان فى حدّ نفسه لأنّ الشرط ليس قيّدا بل التزام فى التزام فكذلك تخلف الوصف و قياس تخلف الوصف بتخلف العنوان قياس مع الفارق لما تقدّم من أنّ العنوان هو ما يقع الثمن بإزائه و هذا بخلاف الوصف أو الشرط فإنّ الثمن لا يقع

بإزائه و إنما هو موجب لزياده قيمه الموصوف أو المشروط

و كذا لا وجه لدعوى اللزوم بلا خيار من باب أن الوصف الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و إن وقع العقد مبنيًا عليه فهو كالشروط البنائيه التي تخلفها لا يقتضى الخيار لأنه فرق بين هذا الوصف و بين الأوصاف الملحقه بالشروط الغير المذكوره فى العقد

و توضيح ذلك أن الشروط أو الأوصاف على أقسام أربعة قسم يذكر الوصف أو الشرط فى متن العقد و هذا لا إشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار و ثلاثه أقسام يقع العقد مبنيًا عليها فالأول منها ما يدلّ عليه العقد بالدلاله الالتزاميه باللائم بالمعنى الأخصّ و هو ما يكون بناء العرف و العاده نوعا عليه كاشتراط تساوى المالين فى المائيه و اشتراط عدم كونهما معييا و اشتراط التسليم و التسلمّ و اشتراط كون المعامله نقديّه و اشتراط كون التقد نقد البلد و يعبر عنها بالشرط الضمنى و لا إشكال فى أن تخلفها أيضا يوجب الخيار و الثانى ما يتوقف صحه العقد عليه كالوصف الذى لو لا وجوده لزم الغرر كموضوع البحث فى المقام فإنه و إن كان يعتبر فى كلّ مورد لخصوصيته فيه إلما أنه يدخل فى كبرى الالتزام النوعى لأنه إذا فرض كونه ممّا يتوقف عليه صحه المعامله و من الشروط الرّاجعه إلى العوضين و فرضنا أن المتعاقدين أوقعا العقد مبنيًا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعيه فلا أقلّ من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزام فلا ينافى ذلك كونه بناء شخصيا من المتعاقدين لأنه فى حكم البناء النوعى و يدخلان تحت جامع واحد و يفترقان عن القسم الثالث و هو الوصف الخارجى الذى لا يعتبر ملاحظته فى العقد ككون العبد كاتبًا و نحو ذلك من الدواعى الموجهه لإيقاع المعامله لأجلها فإنها لا أثر لها إلّا إذا ذكرت فى متن العقد و أمّا مجرد وقوع العقد مبنيًا عليه فلا يوجب تخلفه الخيار

و بالجملة لا ينبغى الإشكال فى أن مجرد التيه فى باب العقود و الإيقاعات لا- أثر لها بل لا- بدّ أن ينشأ المقصود بما هو آله لإيجاده فإذا كان الوصف الذى وقع العقد مبنيًا عليه من الأغراض الشخصيه أو من الأوصاف الخارجيه و لم يذكر فى العقد لا صريحا و لا ضمنا فوجوده كعدمه

و أمّا إذا كان من الأغراض النوعيه كالقسم الأول أو من الأوصاف الشخصيه المتوقفه صحه العقد عليها كالثانى فيخرج عن الشروط البنائيه و يدخل فى الالتزام العقدى و يكون العقد آله لإنشائه غايه الأمر لا مدلولًا مطابقا بل التزاميًا نوعيًا أو شخصيا فتخلفه يوجب الخيار

ثمّ إنّ الخيار بين الفسخ و الإمضاء يختصّ بما إذا كان المبيع شخصيًا و أمّا إذا كان كليًا موصوفًا و أراد البائع أن يسلمّ مصداقا منه بلا وصف فللمشتري أيضا الخيار و لكن لا بذلك المعنى بل بمعنى أن له إسقاط الوصف و الرضا بالفاقد فى مقام التسلمّ و له المطالبه بالوصف و أمّا فسخ العقد فلا- وجه له و الفرق واضح فإنّ المبيع إذا كان شخصيا فليس له فرد آخر حتى يطالب بذلك و أمّا إذا كان كليًا فلا معنى لانتفاء الوصف فيه إلّا إذا فرضنا تعذر الموصوف لفقد جميع مصاديقه



## [الأول لو اختلفا في التّغيير]

قوله قدّس سرّه فرعان الأول لو اختلفا في التّغيير فادعاه المشتري إلى آخره

لا- يخفى أن ضابط تشخيص المدّعى و المنكر هو مطابقه قول المنكر للأصل المعوّل عليه في المسأله و لو كان الأصل الجارى فى المرتبه الأخيره كالبراءه و الاشتغال فمطابقه قول المنكر للبراءه أيضا كافيه لتمييز المنكر عن المدّعى بلا- إشكال و إنّما الإشكال فى تشخيص الصّغرى

و أنّ قول أىّ منهما مطابق للأصل و قد ذهب جلّ من الأساطين إلى أنّ القول قول المشتري لوجه الأول أنّ المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزع منه إلّا بإقراره أو بيّنه تقوم عليه

و بعبارة أخرى يده على الثمن إنّما يكون عن استحقاق و هذا عبارة عن أصالة الصّحة فى اليد و أورد عليه المصنف بأنّ التشبّث باليد فى المقام لا ينفع المشتري لاعترافه بتحقيق الناقل غايه الأمر يدعى سلطنه على الفسخ فيجب عليه الإثبات و بدونه يجب عليه دفعه إلى البائع إلّا أن يقال إنّ وجوب التسليم فرع عدم ثبوت الخيار له لأن العقد إذا كان خياريا يكون متزلزلا بجميع آثاره و منها التسليم فكون يده يد أمانه مشكوك لأنّ الشكّ فى ثبوت الخيار له يوجب الشكّ فى سلطنه البائع على أخذ الثمن و لكنك خبير بأنّ مجرد ثبوت الخيار له لا يقتضى استحقاقه حبس الثمن

و توضيح ذلك أنّ الخيار على أقسام ثلاثة الأوّل الخيار المجعول شرعا إرفاقا لذى الخيار و نظره له فى المعامله كخيار المجلس و الحيوان و يلحقه الخيار المشروط مدّه لأحد المتعاقدين أو لكليهما

و هذا هو الذى قصده العلّامه من قوله فى التذكرة لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمن الخيار و المصنف فى أحكام الخيار و إن أورد عليه بقوله إنى لا أجد لهذا الحكم وجهها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرّض لوجهه إلّا أنّه يظهر منه فى خيار المجلس كون الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنّه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السليم فثمره الخيار واضح و هى عدم وجود التقابض

و كيف كان فمقتضى القواعد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار فى الخيارات الزمانيه لأنّه إذا كان الالتزام العقدى متزلزلا بحكم الشارع أو بجعل المتعاقدين فجميع آثار النقل تحت سلطنه ذى الخيار الثانى الخيار الناشى عن تخلف الشرط الضمنى كخيار الغبن و العيب و يلحق بهما خيار تخلف الوصف المشترط فى المبيع الثالث الخيار الناشى عن تغيير المبيع عن أوصافه المرثيه سابقا و هو المبحوث عنه فى المقام الذى قلنا بأنّه لو انكشف التغيير تخير المغبون منهما و الحق فى القسمين الأخيرين عدم ثبوت حقّ الحبس لذى الخيار فضلا عمّا إذا شكّ فى أصل الخيار كما لو اختلفا فى التغيير فقال المشتري اشترت الغنم حال كونه سمينا و قال البائع اشتريته مع هذه الحاله التى هى عليها فعلا و ذلك لأنّ فى القسم الأوّل حيث إنّ ما تعلق به العقد قد وصل إلى ذى الخيار فحقيقه الخيار فيه عبارة عن كون أمر العقد بيد ذى الخيار فجميع آثاره تحت تصرّفه و منها التسليم و التسلم و هذا بخلاف الأخيرين فإنّ حقيقه الخيار فيهما عبارة عن ثبوت حق استرداد ما لم يصل إلى ذى الخيار عوضه فالخيار ابتداء لا يرجع إلى العقد بل ثانيا فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على أدلّه سلطنه الناس على أموالهم فيجب على المشتري تسليم الثمن و إن جاز له استرداده بعده

و بعبارة أخرى الخيار فى هذين القسمين معناه أنّ صاحب الخيار له أن يمضى العقد أى يلتزم به فعلا و أن يفسخه فمع عدم فسخه ليس له حبس مال غيره و هذا بخلاف المجعول له إرفاقا إمّا بجعل شرعى أو بجعل منهما فإنّ حقّ النظر فى العقد يقتضى عدم كونه ملزما بآثاره الوجه الثانى ما استدلّ به العلّامه فى التذكرة و هو أنّ البائع يدعى علم المشتري بهذا الوصف الموجود و الرضاء به و المشتري ينكره

و أجاب عنه المصنف أولاً بأنه يمكن جعل المشتري مدّعياً و البائع منكرًا لأنَّ الأصل عدم علم المشتري بالوصف الآخر الذي يدّعيه حتى يثبت

له الخيار و ثانيا أنّ علمه به أو غيره مسبّب عن وجود هذا الوصف فيه سابقا و عدمه فمع الأصل السببي لا- تصل التّوبه إلى الأصل المسببي و الأصل السببي مع البائع و هو أصاله عدم تغيّر المبيع عمّا رآه سابقا

لا- يقال إنّ أصاله عدم علم المشتري بوصف آخر غير هذا الوصف الموجود لا أثر له فلا تعارض بينها و بين أصاله عدم علمه بهذا الوصف الموجود و ذلك لأنّ دعوى البائع فى المقام هى تعلق العلم بالوصف الموجود الذى أثره اللزوم و المشتري ينكر ذلك و يدعى عدم اللزوم لأصاله عدم تعلق علمه بهذا الوصف الموجود و هذا الأصل و إن لم يكن بنفسه ذا أثر شرعا لأنّ الخيار لم يجعل فى دليل من أثر هذا الأصل إلّا أنّه يجرى بلحاظ رفع موضوع نقيضه الذى له الأثر فيرفع به اللزوم و هذا بخلاف أصاله عدم علمه بوصف آخر فإنّه لا أثر له أصلا إلّا إثبات ضده و هو علمه بالموجود الذى أثره اللزوم و هو مثبت

فإنّه يقال فى دفعه إنّ المشتري يدعى علمه بالوصف المفقود الذى أثره الخيار فأصاله عدم علمه به يرفع موضوع نقيضه فلا إشكال فى التعارض إلّا أنّ ما أفاده المصنف قدس سرّه من السببيّه و المسببيّه لا يستقيم لأنّه ليس بين العلم و المعلوم سببيّه و مسببيّه بل لو لا- تمسكك العلماء بهذا الوجه لم يكن ذكر العلم فى المقام مناسباً للأعلام فإنّ عمده النزاع هو فى تعلق البيع بالوصف الموجود أو بوصف آخر مفقود و يتعارض أصاله عدم تعلقه بالموجود مع أصاله عدم تعلقه بالمفقود فتأمل

الوجه الثالث ما استدللّ به المحقق الثّانى من أنّ الأصل عدم وصول حقه إليه و لا يخفى أنّ مرجع هذه الوجوه الثلاثه إلى مطابقه قول المشتري لأصاله البراءه لأنّ استصحاب عدم التّغيير لو لم يقد للبايع فليس هناك أصل حاكم على أصاله البراءه و هذه التّعبيرات المختلفه من الأعلام إنّما هى لبيان أنه لا أصل للبايع لا لإثبات الخيار باستصحاب عدم وصول حقه إليه حتى يقال إنّّه مثبت

فجواب المصنف عن الوجه الثّالث بأنّ حقّ المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت لا يفيد إلّا إذا جرى أصاله عدم التّغيير أو أصاله اللزوم و الحق عدم جريانها أما الأوّل فلأنّ استصحاب عدم التّغيير لا- أثر له شرعا فهو كاستصحاب عدم وصول حقّ المشتري إليه بل الموضوع للأثر هو تعلق البيع بالوصف الموجود أو غيره حتّى يثبت اللزوم على الأوّل و الخيار على الثّانى و الاستصحابان بالنسبه إليهما مثبتان و أما الثّانى فتوضيحه يتوقّف على ما أفاده المصنف قدس سرّه فى مبنى المسأله و حاصله أنّ كون الأصل مع البائع أو المشتري مبنى على أن يكون الوصف الملحوظ فى العين المرئيه من قبيل الشّروط الخارجيه حتى يكون النزاع فى مفاد كان أو ليس التّاقصتين و أن يكون من قبيل القيد فى المبيع حتى يكون النزاع فى مفاد كان و ليس التامتين

فعلى الأوّل الأصل مع البائع للشكّ فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه فيستصحب عدمه فهو نظير الشكّ فى اشتراط خياطه ثوب المشتري فى ضمن البيع على البائع و عدمه و معلوم أنّ الشّروط و البيع كلاهما مسبقان بالعدم و قد وجد البيع يقينا و شكّ فى الشّروط

و على الثّانى فالأصل مع المشتري لأنّ مرجع النزاع إلى وقوع العقد على الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل

عدم وقوعه عليه و معارضته بأصالة عدم وقوعه على الوصف المفقود مدفوعه بأنه لا أثر لهذا الأصل إلّا إثبات ضده و هو وقوع العقد على الوصف الموجود

و هذا أثر عقلى لأن الشارح لم يجعل من أحكام عدم وقوع العقد على الوصف المفقود اللزوم و الأقوى كونه من قبيل الشروط من حيث الخيار أى التزام فى التزام

و أما من حيث واقع البناء فهو قيد ملحوظ فى العقد لأن البيع يقع على الشاه السمينه لا الشاه بشرط كونها سمينه فإذا وقع العقد على الشىء المقتيد فالأصل مع المشتري إذا عرفت ذلك ظهر لك ما فى دعوى أصاله اللزوم فى العقد فإن الشك فى اللزوم و الجواز مسبب عن الشك فى متعلق العقد فإذا جرى أصاله عدم تعلق العقد بهذا الوصف الموجود يرتفع اللزوم و ظهر أيضا أنه لا يعارض هذا الأصل أصاله عدم تعلق العقد بالوصف المفقود لأنه لا أثر له نعم لو جرى أصاله عدم تقييد العقد بهذا الوصف المفقود لكان مفيدا لرفع الخيار و لكنه ليس له حاله سابقه لأن العقد حين وقوعه إما مقتيد به أو بضده

و بعبارة أخرى العدم التعتى ليس له حاله سابقه و العدم المحمولى من طرف البائع لا أثر له فالمقام نظير الدّم المشكوك أنه حىض أو استحاضه ثم إنه لا يمكن التمسك لطرف البائع بعموم أوفوا بالعقود لأن الشبهه مصداقيه و لا بقوله عز من قائل أحلّ الله البيع لأن الشك ليس فى صحه البيع و فساده بل فى كونه خياريا أم لا

و بالجمله العقود الخياريه الزمانيه سواء كان جعل الخيار فيها من الشارح أو المتعاقدين خارجه عن العمومات الداله على اللزوم بالتخصيص و غير الزمانيه خارجه بالتخصيص لأن الالتزام العقدى مقتيد بما عدا مورد الخيار مع الشبهه الموضوعيه لا يجوز التمسك بها

و كذا لا يمكن التمسك بالأدله الداله على حرمة التصرف فى مال الغير مثل قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و قوله ع لا يحل مال امرئ مسلم و قوله ع الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك للعلم بتخصيصها بالمال الذى لم يدفع عوضه إلى طرفه فإذا شك فى دفعه إليه فالأصل عدمه

نعم لو كان التخصيص بأمر وجودى و هو وقوع المعامله على ما لا يطابق المدفوع فالأصل مع البائع و لكنه حيث إن الأمر بالعكس لأن منشأ خيار المشتري عدم وصول حقه إليه الذى هو عباره عن عدم دفع البائع العوض الذى وقع العقد عليه فالأصل مع المشتري

و حاصل الكلام أن الأصول المفيده للبائع إما أن لا يكون لها حاله سابقه و إما أن لا يترتب عليها أثر شرعى فمن الأول أصاله عدم تقييد متعلق العقد بما يدعيه المشتري الموجب للخيار و من الثانى أصاله عدم وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود و أصاله عدم تغيير المبيع أما الأول فلما ظهر من أن نفس عدم وقوع العقد على المفقود لا يثبت اللزوم إلا من باب العلم بوقوع عقد مردد بين تعلقه بالموجود أو المفقود فيثبت بعدم تعلقه بالمفقود تعلقه بالموجود الذى أثره اللزوم و رفع الخيار و أما الثانى فمضافا إلى أنه قد لا يكون للتغير حاله سابقه كما فى الأوصاف المقارنه لوجود الموصوف و قد يكون التغير معلوما كما ذكره المصنف قدس سره أن مجرد عدم تغيير المبيع أيضا لا يثبت اللزوم بل اللزوم مترتب على تعلق العقد بالوصف الموجود و أصاله عدم التغير بالنسبه إلى ماله الأثر مثبت

قوله قدّس سرّه و لم يعلم وجهه إلى آخره

لا- يخفى أنّه و إن كان مقتضى الأصول التي ذكرنا أنّها في طرف المشتري في دعوى النقص هو مطابقه قول البائع للأصل إذا كان مدّعيًا للزيادة الموجبه لتضرّره إلّا

أنَّ الغالب أنه يقدم على البيع كائنا ما كان ولا ينظر إلى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا

و على هذا فلا مانع من الأخذ بإطلاق ظاهر كلام الشَّهيد في اللَّمعه من قوله و لو اختلفا في التَّغْيِير قدم قول المشتري بيمينه حتى فيما إذا ادَّعى البائع تغيُّره في جانب الزيادة و أنكر المشتري و لا وجه لما أفاده الشَّهيد الثَّاني من أن الظَّاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري و في تقديم قول المشتري في كلتا صورتى التَّقْيِصه و الزيادة جمع بين متنافيين مدَّعى و دليلا إلى آخره

نعم ينافى ما ذكرناه من أنَّ البائع يقدم على بيع المبيع مطلقا قوله بعد ذلك فإنَّ ظهرت المخالفه تخيَّر المغبون منهما

### [الثَّاني لو اتَّفقا على التَّغْيِير و اختلفا في تقديم التَّغْيِير على البيع]

قوله قدَّس سرَّه الثَّاني لو اتَّفقا على التَّغْيِير بعد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقديم التَّغْيِير على البيع ليثبت الخيار و تأخُّره عنه إلى آخره

لا يخفى أنَّه و إن اختلف هذا الفرع و الفرع الأوَّل في كيفيَّه الدعوى إلَّا أنَّه في التَّيَجِه لا فرق بينهما فإنَّ أصله عدم وصول حق المشتري إليه تقتضى تقديم قوله مطلقا ثمَّ إنَّه لا بدَّ أن يكون دعوى البائع في هذا الفرع وقوع التَّغْيِير بعد قبض المشتري لأنَّ تلف الوصف قبل قبضه ضمانه عليه لا على المشتري غايه الأمر نتيجة كون تلفه عليه هي تخيَّر المشتري بين الفسخ و الإمضاء (١)

و بالجمله لو اتَّفقا على أنَّ الغنم حال المشاهده كان سميَّنا و أنَّ العقد وقع على الوصف الشاهد و أنَّه بعد المشاهده صار مهزولا إلَّا أنَّ البائع يدَّعى تحقُّق الهزال بعد قبض المشتري و المشتري يدَّعى تحقُّقه قبل العقد أو قبل القبض فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في أصل التَّغْيِير فادَّعى البائع أنَّ الغنم حال المشاهده كان مهزولا و وقع العقد على الوصف المشاهد و ادَّعى المشتري بأنَّه كان سميَّنا و وقع العقد عليه لأنَّ في الفرع الثَّاني أيضا تسقط الأصول السببيَّه سواء كان كلَّ من التَّغْيِير و العقد مجهول التاريخ أو كان أحدهما معلوما

غايه الأمر أنَّه في صورته كونهما مجهولى التاريخ لا- يجرى الأصلان من جهتين الأولى تعارضهما و الثَّانية كونهما مثبتين فإنَّ أصله عدم وقوع الهزال و بقاء السِّمين إلى زمان القبض لا يثبت وصول السِّمين إلى المشتري الذى يترتب عليه اللزوم شرعا كما أنَّ أصله عدم وقوع البيع أو القبض إلى زمان الهزال لا يثبت وقوع العقد أو القبض على المهزول الذى يترتب عليه الجواز شرعا

و أمَّا في صورته الجهل بتاريخ أحدهما فلا يعارض المعلوم المجهول إلَّا أنَّه لا أثر لأصله تأخُّر المجهول عن المعلوم و على هذا فلا- حاكم على أصله عدم وصول الحقِّ إلى المشتري في كلا- الفرعين سواء كان الشكُّ في أصل الحقِّ كما في الفرع الأوَّل الذى مرجعه إلى الشكِّ في استحقاقه ما وصل إليه أو كان الشكُّ في وصول الحقِّ المعلوم كما في الفرع الثَّاني ثمَّ إنَّه يظهر ممَّا ذكرنا حكم ما إذا ادَّعى البائع الزيادة قبل البيع و ادَّعى المشتري تأخُّرها عنه من أنَّ القول قول البائع إلَّا على ما احتملناه سابقا من إقدام البائع على البيع كيفما كان المبيع فتأمل



١- نعم بناء على أنّ تلف الوصف بعد العقد ليس حكمه حكم تلف المبيع و تلف جزئه فى كون ضمانه على البائع فىكفى للبائع دعوى التغير بعد العقد و لو قبل القبض و لا يبعد أن يكون وجه نظر المصنف فى جعل التعارض بين أصله عدم تقدم البيع و أصله عدم تقدم التغير لا بين أصله عدم تقدم القبض و أصله عدم تقدم التغير هو الخلاف فى كون ضمان تلف الوصف على البائع قبل القبض منه عفى عنه

قوله قدس سره و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه إلى آخره

إنما قيد وجدانه المبيع تالفا بما بعد القبض لأنه لو كان تالفا قبل القبض فهو أيضا على البائع كما أنه لو تلف فى زمان خيار المشتري فى الخيارات الزمانيه فهو على البائع و لو بعد القبض و على هذا فيعتبر فى تصوير النزاع بينهما أن يكون القبض مفروغا عنه إما لكفايه التخليه فيه كما فى غير المنقول و إما لتحقق القبض سابقا قبل البيع كالمنقول العدى كان فى يد المشتري أمانه فباعه البائع منه و ادعى المشتري تلفه قبل البيع و ادعى البائع تلفه بعده

و بالجملة لو وجد المبيع تالفا فحيث إن الأصل الموضوعى الجارى لكل واحد منهما مع كونه مثبتا معارض بالمثل فى مجهولى التاريخ و الجارى لأحدهما فى ما إذا كان إحدى الحالتين بالخصوص مجهوله مثبت فيشك فى تأثير البيع و تصل التوبه إلى الأصل الحكيمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشتري و توهم حكومه أصاله الصيحه على الاستصحاب الحكيمى فاسد لأن أصاله الصيحه لا تجرى فى الشك فى أركان البيع فضلا عن الشك فى أصله فإنها تجرى فى مورد دوران الأمر بين الصيحه و الفساد الرجعين إلى فعل المتعاقدين لا فى دورانه بين الصيحه و اللغويه كما فى المقام و نظائره كالشك فى رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع قبل بيع الراهن أو بعده فإنه لا معنى لأصاله صيحه رجوعه و الحكم بأنه وقع قبل البيع

و بالجملة قد أوضحنا فى الأصول أن المتيقن من قاعده الصيحه هو الشك فى الصيحه و الفساد الناشين عن إقدام العاقد على بيع ما يجتمع فيه شرائط البيع شرعا و عدمه و أمّا مصادفه العقد لما هو معتبر شرعا و عدمها فلا تجرى فيها القاعده فضلا عن الشك فى مصادفته لما هو معتبر عقلا أو عرفا و عدمها

فعلى هذا لو سلمنا جريانها عند الشك فى البيع بلا ثمن و الشك فى بيع الخمر و الخنزير أو بيع الخل و الشاه إلا أنها لا تجرى فى الشك فى وجود المبيع و عدمه لأنه يرجع إلى الشك فى الصيحه و اللغويه و أصاله الصيحه ليس مفادها أن العاقل لا يصادف عمله مع اللغو بل معناها أن العاقل لا يقدم عمدا على اللغو و العبث لأنه يقبح صدوره منه مع علمه بقبحه

ثم إن فى بعض هذه الأمثله يمكن دعوى عدم صحته عقلا- و عرفا أيضا كالبيع بلا ثمن فإنه ليس تبديلا لطرف إضافه بطرف إضافه أخرى و قد تقدم الأقوال فى هذه المسأله و فى بعض منها يمكن دعوى صحته شرعا أيضا كبيع ما أتلفه زيد على عمرو فضلا عن الصيحه عليه بناء على ما تقدم من أن التالف يبقى فى ذمه المتلف و لا يتبدل إلى المثل أو قيمه بمجرد التلف و على هذا يصح بيعه أو الصيحه عليه بما شاء من العوض و لا يلزم الربا و هذا بخلاف ما إذا انتقل إلى قيمه فإن المعاوضه بينهما و بين النقدين لا تصح إلا إذا كانا متساويين

نعم بناء على عدم جريان الربا فى الصلح يصح جعل كل مقدار عوضا عنها

**[مسأله لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه]**

قوله قدس سرّه لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه إلى آخره

لا- إشكال في أنّه بعد ما ثبت عدم جواز بيع المجهول إمّا للإجماع المحصّل أو المنقول أو لحديث نفى الغرر أو للأخبار المحكيه عن مستدرك الوسائل فمقتضى القاعده عدم كفايه ضمّ المعلوم إليه و هو المشهور بين العلماء و قيل إنّ المشهور بين القدماء هو الصّحّه و قيل بالتفصيل بين ما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضمّا إلى المعلوم و بين ما إذا كان تابعا فيبطل على الأوّل و يصحّ على الثّاني و الحقّ هو التفصيل و لكنّه على بعض الوجوه

و توضيح ذلك أنهم اختلفوا فى معنى التابع فى المقام فيظهر من العلامه فى القواعد و التذكرة أن التابع ما أخذ شرطا فى المبيع فى مقابل ما جعل جزءا منه و بناء عليه فلا فرق فى الصّحه بين أن يكون الشرط أصلا فى الغرض أو تابعا كما لا فرق فى البطلان على الجزئيه بين الصّورتين لأنّه جعل المدار فى الصّحه و البطلان على التبعيه و الأصاله فى العقد و إن كانتا متعاكستين فى الغرض النوعى أو غرض شخص المتعاقدين

و يرد عليه ما أورد عليه المحقق الثانى من أن هذا الفرق ليس بشىء لأنّ العبارة لا أثر لها و يظهر من الشّهيدين و المحقق الثانى أنّ المراد من التابع هو ما يعدّ فى العرف تابعا كمفتاح الدار و حمل الأم و البيض الذى فى جوف الدّجاجة و اللبن فى الضّرع و نحو ذلك مما لا يبعد دعوى الدلالة الالتزاميه بدخوله فى المبيع لو لا شرط خروجه

و على هذا أيضا لا- نظر إلى الغرض الشّخصى و لا- النوعى فإنّ الحمل فى بعض أفراد الخيل لعلّه الأصل بالنّسبه إلى الغرض الشّخصى بل النوعى و لكنّه بالنّسبه إلى الدلالة الالتزاميه تابع

و يظهر من العلامه فى المختلف أنّ المراد من التابع ما يكون تابعا بالنّسبه إلى الغرض من المعامله سواء كان غرضا نوعيا أو شخصيا و يظهر من المحقق القمى و صاحب الجواهر أنّ المراد من التابع هو التبعيه فى الجعل و التّبانى بمعنى أنّ المبيع و لو كان فى الواقع هو المجهول و لكن للتخلّص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما فى مورد التخلّص عن الرّبا فى البيع الخيارى فى كثير من المعاملات فإنّ التّبانى و الجعل على البيع و المقصود هو الرّبا و هكذا ما يستعمله بعض النّاس فى التخلّص عن المخاصمه بإيقاع العقد على ما هو ماله يقينا و جعل ما لا يخلو عن مدّع تبعا

و الأقوى هو الوجه الثانى بل الأوّل أيضا فإنّ المجهول لو كان تابعا للمبيع أو جعل شرطا لا يضرّ جهالته لأنّ ما وقع فى عقد المعاوضه مبيعا ليس مجهولا- و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و ما أوردنا على الوجه الأوّل تبعا للمحقق الثانى غير وارد لأنّ الجزء يسقط عليه الثّمن فإذا كان مجهولا يفسد البيع و هذا بخلاف الشرط فإنّ الثّمن يقع بإزاء المشروط و هو معلوم

ثم بعد ما عرفت ما هو المقتضى القواعد الكليه فلو دلّت الزوايات الوارده فى المقام على خلافها فلا بدّ من الاقتصار على موردها و لا يمكن التّعدي عنه إلى غيره لعدم استفاده القاعده الكليه منها بحيث تدلّ على أنّ المجهول يصحّ بيعه منضمّا إلى المعلوم مطلقا أصليا كان أو تبعا جعل جزءا أو شرطا

### [مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه]

قوله قدّس سرّه مسأله يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و التّقيصه على المشهور إلى آخره

لا يخفى أنّ موضوع هذه المسأله غير موضوع المسأله الآتية و هى بيع المظروف مع ظرفه فإنّ هذه المسأله عبارة عن بيع الظروف

دون ظرفه و لذا يتفرّع عليه مسأله إندار الظرف

ثم إنّ الإندار المفروض فى المقام تاره يلاحظ قبل رتبه البيع و أخرى بعدها و المصنف قدّس سرّه استظهر من عبارات القوم أن مفروض كلامهم هو الثانى و لكن الحق أنّ عبارتهم و لو لم تكن ظاهره فى الأوّل إلّا أنّها قابله للحمل عليه مع أنّ صحّه الصوره الثّانيه لا تخلو عن إشكال فإنّه إذا وزن الظرف و المظروف و بيع المظروف قبل الإندار ثم أندر للظرف بعد البيع يكون المبيع مجهولا و لا يصحّحه كون هذا العمل متعارفا عند التجار

و إن تحقّق التّراضى من المتبايعين أيضا و إلّا لصحّ بيع كلّ موزون بلا وزن مع تراضيهما

و بالجملة عنوان هذه المسألة فى كلمات الأساطين إنّما هو لاستثناء بيع الموزون الذى لم يعلم وزنه تحقّقا و إنّما علم تخميننا و تقريبا فصورته أن يوزن الظرف بما فيه ثم يندر مقدار للظرف مع جريان عادة التّجار على الإندار و مع تراضى المتبايعين على المقدار ثم يباع المبيع فالإندار يوجب تعيين المبيع و الثمن كليهما و ليس مخصوصا لتعيين ما يستحقّه البائع من الثمن

ثم إنّ المقدار المندر تاره لا- يحتمل الزيادة و التّقيصه إلّا بمقدار يتسامح فيه و أخرى يعلم الزيادة و التّقيصه و ثالثه يحتمل كلاهما و على جميع التقادير يصحّ البيع مع التعارف و التراضى غاية الأمر فى مورد العلم بزيادته على المقدار أو نقيصته يتضمّن البيع هبه من أحدهما بل مقتضى ما ذكرناه من أنّ المدار على التعارف و الرضاء بما يتعارف هو صحّ الإندار فيما يباع بلا ظرف كما هو المتعارف فى بيع المخضرات فباع منّ من البطّيح و نحوه و يندر مقدار منه و يسمّى بالترك

و قد يتفق أنّه بعد وزن مقدار خاصّ يوضع مقدار من الرقى أو البطّيح فوق الموزون لأنّ هذا مرجعه إلى هبه ذلك المقدار فلا يضرّ زيادته و كيف كان ففيما يوزن مع ظرفه و يباع المظروف فالجهل بمقداره لا يضرّ بصحّ المعاملة و على ما ذكرنا يصحّ الإندار سواء باع المظروف جملة بكذا أو باعه كلّ رطل بدرهم فإنه بعد ما وزن المجموع و ترك للظرف مقدارا و باع المظروف فسواء باعه جملة بعشره دراهم أو باعه كلّ رطل بدرهم فقد لوحظ المبيع فى الرّتبة المتأخّره عن الإندار

ثم لا يخفى أن

قوله قدّس سرّه بأن يقول بعته كل رطل بدرهم

هو القسم الصّحيح من أقسام العشره من بيع الصّبره و هو بيع الجملة كلّ قفيز بدرهم لا- القسم الباطل و هو بيع كل قفيز منها بدرهم و على هذا فالمبيع فى الحقيقه مجموع ما فى الظرف سواء قيل بعته بكذا أو بعته كلّ رطل بكذا ففى كلا القسمين بالإندار يتعيّن المبيع و ما يستحقّه البائع من الثمن

فقوله قدّس سرّه و قد علم ممّا ذكرنا أنّ الإندار الذى هو عبارته عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنّما هو لتعيين حق البائع و ليس حقّا للمشتري إلى آخره

لا يستقيم لما عرفت أنّ بالإندار يتعيّن كلا الحقيقتين

و العجب أنّه قدّس سرّه استظهر من عبارته فخر المحقّقين أنّه جعل عنوان البحث هو الوجه الثّانى مع أنّها لو لم تكن صريحه فى أنّ الإندار فى رتبه قبل البيع فلا أقلّ من ظهورها فيه و لعلّ أمره قدّس سرّه بالتأمّل يرجع إلى ذلك

و كيف كان فالمتيقّن من الصّحّحه هو ما اعتاد الإندار فيه بين التّجار و تحقّق رضاء المتبايعين بالمقدار لأنّه ليس فى البين دليل يدلّ بإطلاقه على صحّته من دون تراض منهما

أمّا روايه عليّ بن أبي حمزه و روايه عليّ بن جعفر فصريحتان في اعتبار التراضى فلم يبق إلّا موثقه حنان و هي أيضا ظاهره في كون المورد مورد الرضا لقوله يحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فإنّ الحاسب و المحسوب له مختاران في إندار المقدار فمفروض السؤال هو مورد التراضى مع أنّها على فرض إطلاقها تقيّد بالروايتين الصريحتين في اعتبار التراضى منهما

ثم إنّ المصنف قدس سرّه استظهر من الروايات النقصان و الزيادة الفعليتين وقوع في محذور توجيهها مع أنّ الظاهر منها هو احتمالهما ثم لا يخفى أنّ بعد دلاله الأخبار على صحّه إندار ما يحتمل الزيادة و النقصان لا وقع للتمسك لصحّته بأصالة عدم زياده

المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن فإنّ الأصل حجّه حيث لا دليل

هذا مع أنّه بمفاد ليس التامّه و إن كان صحيحا إلّا أنّه لا- أثر له و بمفاد ليس التناقضه ليست له حاله سابقه و إجراء العدم المحمولى لترتيب آثار النعتى مثبت و على هذا فلا يدور صحّه الإندار مدار مطابقتها للواقع بل يصحّ مطلقا زاد أو نقص نعم هذا فيما إذا لم يعلم بالزياده و أمّا لو علم فيحتاج إلى رضاء جديد غير الرضا بأصل الإندار و إلّا فلا يجوز كما هو ظاهر ما يستفاد من الروايه الأخيره فإن قوله ع لا- بأس فى ذيل الروايه و هى ربما يشتري الطّعام من أهل السّيفينه ثم يكيه فيزيد قال ع ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص ردّوا عليكم قلت لا قال لا بأس ظاهر فى أنّه إذا زاد دائما ففيه بأس أو يكره كما هو ظاهر موثقه حنان من قوله ع و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقر به فإنّ النهى عن التقريب إلى الزيادة ظاهر فى الكراهه

و كيف كان ففى موضوع البحث و هو احتمال الزيادة و التّقصان لا أثر لانكشاف الخلاف فإن من هذه الأخبار يستفاد أمران الأوّل صحّه بيع المجهول فى هذا القسم المتعارف بين التّجار و الثانى عدم استحقاق البائع على المشتري شيئا إذا لم يكن وزن الظرف بالمقدار الّذى أندر له بل كان أقل و عدم استحقاق المشتري على البائع إذا كان وزن الظرف فى الواقع أزيد فإن خبر علىّ بن جعفر متضمّن للسؤال عن صحّه هذا البيع و فساده بقريه قوله أ يحلّ ذلك البيع و خبر حنان متضمّن لاستحقاق كلّ من البائع و المشتري بما وقع بقريه قول معمر الزيات فيحسب لنا التّقصان لمكان الزقاق

قوله قدّس سرّه ثم الظاهر أنّ الحكم المذكور غير مختصّ بطروف السمن إلى آخره

قد أشرنا إلى أنّ الإندار و التّرك إذا كان متعارفا بين التّجار يصحّ مطلقا و الظاهر أنّ موارد أربعه الأوّل فى ظروف السمن و الزيت و الدّبس و النفط و نحو ذلك ممّا يصعب إفراغه و بيع المظروف وحده الثانى ظروف المتاع كالجوالق و نحوها الثالث ما يكون مصاحبا للمبيع و يصعب التفريق بينهما كالشّمع فى الحلّى المصنوعه من الذهب و الفضة و الّذى يوضع فى الجلود لئلا يفسد كالملاح فى الجلد الّذى يراد دبغه فيما يتعارف بيعه بالوزن و هكذا الدّبس الّذى يصب فى الزقاق و نحو ذلك الرابع التّرك المتعارف فى الخضروات

□

هذا تمام الكلام فى مهمّات البيع و أحكامه و يتلوه إن شاء الله تعالى أقسام الخيار و أحكامه و الحمد لله أولا و آخرا و الصلاه و السلام على مؤسس قواعد الدّين محمّد و آله الطّيبين الطاهرين و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين

كتبه محمّد على التبريزى الغروى طبع فى المطبعه الحيدريّه فى طهران





هذا هو الجزء الثاني من كتاب منيه الطالب في حاشيه المكاسب لمؤلفه حجّه الإسلام الحاج الشيخ موسى النجفي الخوانساري  
دامت بركاته

## [القول في الخيارات]

### اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على أشرف أنبيائه محمد وآله الأئمه الطيبين الطاهرين ولعنه الله على أعدائهم  
أجمعين أبد الأبدين

### [مقدمتان]

### [الأولى في معنى الخيار لغه]

قوله قدس سره الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار إلى آخره

أقول الخيار بمعناه اللغوي يشمل كل مورد كان لأحد المتعاقدين أو لغيرهما اختيار في أمر فالأول كملك الزوجين الفسخ  
بالعيوب والثاني كملك العمه والخاله فسخ العقد على بنت الأخ والأخت وغير ذلك مما كان الشخص مختاراً في الفعل و  
الترك ومعناه الاصطلاحي لا عموم له كذلك بل هو حق ثابت لشخص في خصوص نقص العقد والعهد وإبرامه

وعرفه المصنف قدس سره بأنه ملك فسخ العقد وعرفه المحققون من القدماء بأنه ملك إقرار العقد وإزالته والحاصل من  
تعريف المصنف أنّ أحد طرفي الاختيار وجودي والآخر عدمي ومن تعريف القدماء أنّ طرفيه وجودي والحق ما اختاره  
القدماء وقبل تحقيقه ينبغي تمهيد مقدّمه قد أشرنا إليها في كتاب البيع وهي أنّ العقود بحسب الثبوت على أقسام ثلاثه منها ما  
يقتضى اللزوم ذاتاً ومنها ما يقتضى الجواز كذلك ومنها ما لا يقتضى شيئاً منهما فما كان من الأول فشرط الخيار فيه ينافي  
مقتضاه ولا يقبل الفسخ ولا الإقاله وما كان من الثاني فشرط اللزوم ينافي مقتضاه وما كان من الثالث فلا ينافي كلّ واحد من  
الشرطين فيه

وأما بحسب الإثبات فقد استكشفنا من الأدله أنّ عقد النكاح والضمان من الأول ولذا لا يصحّ فيهما جعل خيار الفسخ ولا  
يقبلان الإقاله ولا ينافي ذلك جواز فسخ النكاح بالعيوب الخاصه ويتخلف بعض الشروط وجواز فسخ الضمان إذا تبين إعسار  
الضامن مع عدم علم الدائن به لقيام الدليل عليه بالخصوص واستكشفنا منها أنّ الهبه من الثاني والبيع من الثالث

ثمّ إذا كان العقد مقتضياً للزوم أو الجواز بذاته فاللزوم أو الجواز حكمي ولا يقبلان

الإسقاط كما هو الشأن في جميع الأحكام الشرعيّة سواء كانت ثابتة في العقود أم في غيرها فلو التزم العاقد في إنشائه بضد ما اقتضاه العقد كان منافيا لمقتضاه و مخالفا للكتاب و السّينه و لو التزم بما اقتضاه لما أفاد إلّا التأكيد و أما ما لا اقتضاء له فاللّزوم أو الجواز حتّى قابل لجعل الخيار فيه و إسقاطه ثمّ إنّ الالتزام بما اقتضاه ذات العقد من اللّزوم أو الجواز أو الالتزام بمضمون المعاوضه في العقد الذي لا يقتضى أحدهما إنّما هو بالدّلاله الالتزاميه

و توضيح ذلك أنّ ما ينشأ بالعقود إمّا مدلول مطابقى و إمّا التزامى أمّا المطابقى فهو فى البيع نفس تبديل المال بالمال الّذى يحصل بالمعاطاه أيضا و أمّا الالتزامى فهو التعهّد بما أنشأ و الالتزام به و هذا هو العقد و العهد الموثق لا المعنى المطابقى الحاصل بالفعل أيضا و لذا قلنا فى باب المعاطاه بأنّها بيع لا عقد و قلنا بأنّها تفيد الجواز لعدم تحقّق ما يوجب اللّزوم فيها

ثمّ إنّ هذه الدّلاله الالتزاميه ناشئه من بناء العرف و العاده على أنّ من أوجد معنى بالعقد يلزم عليه أن يكون ثابتا على ما أوجده و بانيا على إنفاذ ما أنشأه و إلّا لم يقدم أحد على المعاملات الخطيره و المعاوضه فى الأشياء النفيسه و سيجى ء زياده توضيح لذلك فإذا كان هذا بناؤهم فى العقود المعاوضيه و ما يشبهها فكلّ عقد كان اللّزوم من مقتضيات ذاته يصير هذا الالتزام مؤكّدا له كالتكاح و الضّمان و كلّ عقد كان الجواز من مقتضياته كالبهه يخرج عن عموم أوّفوا بالعقود بالتخصيص و كلّ عقد لا اقتضاء له يصير بهذه الدّلاله ذا اقتضاء كالبيع و قوله عزّ اسمه أوّفوا بالعقود ناظر إلى هذه الدّلاله لا الدّلاله المطابقيه لأنّ وجوب الوفاء فى البيع بلحاظ معناه المطابقى إنّما هو لحرمة التصرف فى مال الغير لا لأنّه عقد و عهد موثق

و بعبارة أخرى فى المعاوضات العقديّه مدلولان المطابقى و هو بيع و الالتزامى و هو عقد و وجوب الوفاء يناسب لحاظ العقديّه كما هو صريح الآيه فإذا كان اقتضاء اللّزوم من جهه إنشاء العاقد المدلول الالتزامى و التزامه به فلو ثبت الخيار فى عقد بأحد الوجوه الثلاثه الآتية يوجب تخصيص الآيه الشّريفه و يكون حقّا مالكيًا قابلا للإسقاط كما أنّه يقبل الإقاله للتلازم بينهما إذا كان حقيا و كان بمعناه المصطلح لا بمعناه اللّغوى الشّامل للحكمى أيضا و لا شبهه أنّ الخيار فى المقام إنّما هو بمعناه المصطلح لأنّه لو ثبت الخيار فى العقد لأحد إمّا بالشرط كبيع الشّروط أو بجعل شرعى كخيار الحيوان و المجلس أو لتخلّف شرط ضمنى كالغبن و العيب و نحوهما فمعنى ثبوته أنّ التعهّد بمدلول العقد الذى تعهّد به العاقد على نفسه و قلنا إنّ من باب بناء العرف و العاده على أنّ كلّ من عقد عقدا يلزم أن يكون على عقده و يبقى على عهده زمام أمره بيد المعاهد أى لثبوت الخيار ليس هذا الالتزام ملكا للطرف و ليس كنفس المدلول المطابقى الذى هو ملك للطرف و لو مع الخيار فإذا كان مالكا للالتزام نفسه فله إقراره و إبرامه و له حلّه و نقضه

و بعبارة أخرى ثبوت الخيار لأحد معناه أنّ اختيار المدلول الالتزامى المنشأ من المتعاقدين وضعا و رفعا بيد ذى الخيار فله ردّ ما ألزمه على نفسه من إنفاذ العقد فينحلّ العقد و له إبقاء ما التزم به طرفه له فيستقرّ العقد

إذا عرفت هذه المقدّمه

ظهر أنّ كلّاً من طرفى الخيار أمر وجوديّ و قوامه بملك كلا الالتزامين و العقد الغير الخيارى قوامه بملك التزام الطرف و خروج التزام نفسه عن قدرته و بالإقاله يرد ما خرج و يخرج ما دخل و لذا لو أقالا يرد كلّ منهما الالتزام الذى ملكه إلى طرفه و من هنا ذكروا أنّ الخيار يدخل فى كلّ ما يدخل فيه الإقاله

قوله قدّس سره و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ ففيه أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار إلى آخره

بعد ما ظهر أنّ أجود التعريفين تعريف القدماء بأنّ الخيار ملك إقرار العقد و إزالته ظهر أنّ مرجع إلزام العقد ليس إلى إسقاط حقّ الخيار لأنّ معنى إلزامه إعمال أحد طرفى الخيار و أمّا إسقاط الحقّ فهو أمر فوق الخيار فإنّ الإسقاط إذهب موضوع الحق لا إعماله كما أنّ الإعراض عن الملك فوق السّلطنه و به يذهب موضوع المال و ليس الإعراض من أنحاء السّلطنه على المال

و بالجملة ليس إسقاط الحق فى قبال حلّ العقد بل المقابل له الالتزام بالعقد و إن كان أثره الإسقاط هذا مضافا إلى ما سيجىء من المصنف فى أحكام الخيار أنّ الخيار ليس عبارته عن ملك فسخ العقد و عدمه لأنّ نفس عدم الفسخ ليس إعمالا لأحد طرفيه بل يحتاج إلى أمر وجوديّ و هو الرضا بمضمون العقد

### [الثانيه ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللزوم]

قوله قدّس سره ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللزوم إلى آخره

لا- يخفى أنّ الأصل بمعنى الرّجحان المستند إلى الغلبه لا يرجع إلى محصّل فإنّه ممنوع صغرى و كبرى فالمراد منه إمّا القاعده المستفاده من العمومات و الاستصحاب أو معناه اللّغوى بمعنى أنّ وضع البيع و أساسه على اللزوم و ذلك لما ذكرنا من أنّ بناء العرف و العاده على التزام كل عاقد بما ينشئه و يشعر بذلك عبارته التذكرة من قوله و الغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنّما يتمّ ذلك باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى

و بالجملة العقد هو العهد الموثق فهو كالبيعه المتعارفه بين الرّؤساء و التابعين لهم و كالتعهد الحاصل بتصفيق كلّ منهما يده على يد الآخر فإذا كان هذا بناء العرف و العاده فى المعاملات مع عدم ردع الشّارع عنه فيصير كلّ عقد معاوضيّ و ما يشبهه كالتكاح متضمّنا لهذا البناء و دالّا عليه بالدلاله الالتزاميه

نعم لو جعل أحدهما زمام هذا الالتزام لنفسه أو جعله الشّارع له فيصير ذا خيار حقّى قابل للإسقاط و لذا عبّرنا عن الخيار بملك الالتزام لأنّه حقّ لا حكم

قوله قدّس سره بقى الكلام فى معنى قول العلامة إلى آخره

الأولى أن يقال فى توجيه كلام العلامة أنّ الخروج عن أصاله اللزوم يتحقّق بأمرين الأوّل ملك الالتزامين أى الخيار و الثّانى

ملك أخذ ضميمه مع مال الطرف عوضا عن ماله

و بعبارة أخرى كما أنّ العقد يقتضى اللّزوم كذلك يقتضى أن يكون أحد العوضين فقط عوضا عن الآخر فإذا ثبت الخيار فيه يخرج عن اقتضائه اللّزوم و إذا ظهر العيب فيه يخرج عن اقتضائه كون أحد العوضين وحده عوضا عن الآخر لاقتضاء ظهور العيب الأرش مع العوض

و بالجمله ثبوت العيب أو ظهوره و إن كان سببا للخيار إلّا أنّ الخيار الحاصل به مختلف فى السّينخ مع سائر الخيارات لأنّ أخذ الأرش ليس من باب فسخ العقد فى جزء من مدلوله حتّى يكون من سنخها و حتّى يورد عليه بأنّه لا يعتبر فى الأرش

كونه جزءا من الثمن بل هو ملازم لإبقاء العقد على حاله بالنسبة إلى أصل التزامه بالتبديل و إنما يتصرف فيه بأخذ ضميمه مع المعيب مع أنّ المنشأ كان معوضيه نفس المبيع للثمن لا معوضيته مع شيء آخر

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا أنّ الأصل بمعناه اللغوى بل بمعنى الاستصحاب و بمعنى القاعده المستفاده من العمومات لا يختصّ بالبيع بل يطرد في كلّ عقد معاوضى مبناه على اللزوم

قوله قدس سره فمنها قوله تعالى أوفوا بالعقود إلى آخره

لا- يخفى أنّه لو كان المَجْعُول بالأصل هو الحكم التّكليفي و كان المَجْعُول المنتزِع هو الوضعى كاللّزوم في المقام يجب أن يكون الحكم التّكليفي المستتبع للحكم الوضعى مناسباً له و مَجْعُولاً- على نحو ينتزِع المطلوب منه فعلى هذا يكون مفاد الآيه وجوب الوفاء بالعقد و العمل بما اقتضاه مطلقاً أى في جميع الأزمنه و بالنسبه إلى كلّ زمانى لأنّ ببركه مقدّمات الحكمه يتمّ إطلاق وجوب الوفاء بالنسبه إلى كلتا الجهتين لأنّه لو كان وجوب الوفاء به في وقت دون وقت و بالنسبه إلى عدم الفسخ لا مع الفسخ يلزم لغويه تشريعه فمفاد هذا الحكم التّكليفي هو وجوب الوفاء به في جميع الأزمنه و مع طرؤ كلّ طار كما أنّ المناسب للفظ الوفاء أن يكون متعلّقه المعنى المصدرى أى الإيجادى من العاقد و الإصدارى منه لا اسم المصدرى و هو الحاصل من التزامه الذى هو العقد

و بعبارة واضحة المناسب لوجوب الوفاء أن يكون متعلّقه نفس تعهّده لا ما تعهّده به فيندفع عن المصنّف ما أورد عليه المحقّق الخراسانى قدس سره في حاشيته على المتن من أنّ مع الشكّ في تأثير الفسخ يكون التمسك بالإطلاق من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه و ذلك لأنّه لو كان متعلّق الوفاء هو العقد بمعنى اسم المصدر فمع الشكّ في تأثير الفسخ يكون تمسكاً بالإطلاق فيما لا يعلم أنّه عقد سيّما إذا قلنا إنّ الفسخ حلّ العقد من حين العقد

و أمّا لو كان متعلّقه فعل المكلّف فإذا كان الوفاء به واجبا و بقاءه على قوله و إبرامه ما تعهّده به لازماً فلازمه بقاء ما تعهّده به و عدم تأثير فسخه و نستكشف منه بقاء عقده كالأستكشاف من عموم أكرم العلماء أنّ زيدا الذى يحرم إكراهه ليس زيدا العالم

و بعبارة أخرى لو كان الفسخ رافعا لموضوع الوفاء و موجبا لذهاب التعهّده بالمعنى المصدرى عن صفحه الوجود و عن ظرفه لكان وجوبه مع تحقّق الفسخ تمسكاً بالإطلاق في مورد الشكّ في المصداق و أمّا لو كان الفسخ رافعا للعقد فمع الشكّ في تأثيره يمكن وجوب الالتزام بما التزم به و بهذا البيان يمكن أن يقال بعدم الاحتياج إلى الإطلاق بالنسبه إلى الزمانى بل يكفى إطلاقه في الزمان لأنّه إذا كان الوفاء بالتعهّده لازماً في جميع الأزمان فلازمه عدم تأثير الفسخ

ثمّ إنّه لا- إشكال في أنّ اللّزوم المستفاد من الحكم التّكليفي ليس تعهّدياً صرفاً بل لمناسبه الحكم و الموضوع يعلم أنّه حقّ مالكي بل يمكن استفاده كونه حقّاً من مقابله الجمع بالجمع في الآيه الشّريفه أيضاً فإنّ كلّ مكلّف إذا كان مكلّفاً بالوفاء بعقده يستلزم أن لا- يكون الوفاء بوصف الاجتماع مطلوباً على المتعاقدين فعلى هذا يجب على كلّ واحد الوفاء بما تعهّده به مع وفاء الآخر به فإذا استقال أحدهما الآخر فله الإقالة و لا نحتاج إلى إطلاق أدلّه الإقالة حتّى يقال إنّ موردها منحصر في استقاله الزّلات

و العثرات لا العقود و المعاهدات بل لو كان موردها العقود أيضا لم يعلم جريانها في كل عقد و ذلك لأنّ وجوب الوفاء لو كان  
حقاً مالكيًا فمقتضى

القاعده جريان الإقاله فى كل عقد مبناه على اللزوم لو لا الخيار و يشهد به المعاهدات بين الدول و البيعه التى كانت بين الأئمه عليهم السّلام و أصحابهم فإنّ الحسين ع قال لأصحابه مرارا رفعت بيعتى التى كانت فى رقابكم و أنتم فى حلّ منى و بهذه المضامين قال الحسن ع لقيس بن سعد بن عباده لما امتنع عن البيعه مع معاويه لبيعه مع الحسن ع و هذه البيعه و إن لم تكن قابله للحلّ و ليست كبيعه العشائر مع شيوخهم و رؤسائهم إلّا أنّ الناس حيث كانوا قريب عهد بالجاهليه فعاملوهم عليهم السّلام بما ارتكز فى أذهانهم

و كيف كان فالعهد و العقد يجب البقاء عليه ما دام الآخر باقيا على عهده لأنّ كونه حقّا مالكيًا يقتضى جواز الإقاله لكلّ منهما فليس وجوب الوفاء من قبيل حرمة بيع العبد المسلم من الكافر تعديداً غير قابله للرفع و لو مع رضا العبد المسلم و ليس وجوبه أيضا كوجوب الصّلاه بحيث لا يترتب على عصيانه غير العقاب بمعنى أنه يحرم عليه الفسخ و لكن لا ينافى تأثيره لأنّ مقتضى كونه حقّا مالكيًا أن يكون بمنزله وجوب أداء الدين فمعناه أنّ الفسخ لا يؤثّر و العقد لا يفسخ به

هذا كلّ لو كان المجعول الأصلي هو الحكم التّكليفى و أمّا لو كان هو الوضعى كما هو الحقّ فى أمثال اللزوم فإنّ الملكيه و الرّقيه و الولايه و اللزوم و نحو ذلك بنفسها قابله للجعل و ليست كالشّروطيه و الجزئيه و المانعيه التى لا تقبل الجعل بالأصالة فدلاله الآيه على المطلوب أظهر لأنّها على هذا إمضاء لما عليه العرف و العاده من بنائهم على لزوم الالتزام بما التزموا به فمقتضى هذه الدّلاله أن يكون العقد بنفسه بحسب الدّلاله اللّفظيه موجبا للزوم ترتيب آثار ما التزم العاقد على نفسه فإذا أمضى الشّارع هذا البناء إمّا بالأمر الإرشادى نظير الأوامر فى باب الأجزاء و الشّرائط أو بأمر مولوى لحقّ مالكي لا للتعبّد الصّيرف يصير اللزوم مجعولا كمجعوليّه الولايه و الملكيه

و الحقّ أنّ المجعول الأصلي هو الوضعى الذى هو منشأ لترتب آثار الملك من جواز التصرّف و التقلّب لأنّ المجعول الشرعى فى المعاملات بأجمعها هو إمضاء ما عليه الناس فيها و بناؤهم على جعل الوضعى أولا لا العكس أى لا يجوز البائع للمشتري أولا جواز التصرّف فينتزع منه الملكيه بل بناؤهم على أن جواز التصرّف من آثار الملكيه و كيف كان فسواء كان اللزوم منتزعا أو مجعولا بالأصالة فهو ليس من مقتضيات العقد فى نفسه و عن مفاد لفظ المتعاقدين مدلولا مطابقا أو التزاميا مع قطع النظر عن حكم الشّارع حتى يقال إنّ العمل بالعقد و وجوب الوفاء به هو العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز لأنّ مقتضاه فى نفسه ليس إلّا التبديل مطابقه و الالتزام بترتيب آثار الملكيه على البيع التزاما الذى أمضاه الشّارع بقوله أوفوا بالعقود إمّا انتزعا أو أصالة لا لزوم هذا الالتزام أو جوازه

و بالجمله لزوم الالتزام أو كونه باختيار العاقد ليس إلّا مستفادا من أدلّه لزوم العقد أو من أدلّه الخيارات فكلّ منهما من المجعولات الشرعيّه الخارجه عن مقتضيات العقد فى نفسه

قوله قدّس سره و من ذلك يظهر الوجه فى دلاله قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ إِلَى آخِرِهِ □

لا- يخفى أنّ حرمة الرّبا التى فى هذه الآيه جعلت قبالا لحثّيه البيع إمّا بمعنى حرمتها التّكليفيه و الوضعيه كليهما و إمّا خصوص



أحدهما و الاستدلال بهذه الآيه يتم لو كان المراد منها الأعم أو خصوص التّكليفية و إلاّ لو كان المراد منها فساد الربا فبقريته

المقابلة يصير المراد من الحليته الصّحة لا اللزوم

ثمّ على فرض أن يكون المراد من الحليته حليته جميع التصرفات إلّا أنّ مع الشكّ في ثبوت الحليته بعد الفسخ لا يمكن التمسك بإطلاقها لأنّه من قبيل التمسك بالإطلاق مع الشكّ في المصداق لأنّ الفسخ لو كان مؤثراً لكان هنا رافعا و مزاحما مع أصل الحليته و هذا بخلاف نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ الْفَسْخَ ثُمَّ لَا يَرْفَعُ مَوْضُوعَ وَجُوبِ الْوَفَاءِ الَّذِي هُوَ الْإِتِّزَامُ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِي وَ إِنَّمَا يَرْفَعُ الْعَقْدَ الَّذِي هُوَ اسْمُ الْمَصْدَرِ

و توضيح ذلك أنّ القيود الرّاجعه إلى الموضوع يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إليها مطلقا و مقيدا و أمّا حالات نفس الحكم فلا- يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إليها مطلقا أو مقيدا فضلا عن أن يكون مطلقا أو مقيدا بالنسبه إلى رافعه و طارده و نظير ذلك ملاحظه الأحكام الثابته للأشياء بعناوينها الأولى مع الأحكام الثابته لها بعناوينها الثانويّه فإنّ إباحه الماء لها إطلاقا بالنسبه إلى اشتراط ترك شربه في ضمن عقد لازم من حيث ذات الاشتراط أى من حيث أنّه فعل من أفعال المكلف كإطلاقها بالنسبه إلى سائر أفعاله و أمّا من حيث أثره فلا يمكن أن يكون لها إطلاق لأنّ أثر الاشتراط رافعيه الإباحه و الإباحه لا إطلاق لها بالنسبه إلى وجودها و عدمها

و السرّ في ذلك أنّ المحكوم ليس ناظرا إلى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبه إلى حاكمه و في مقامنا هذا الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعا لأصل الحليته و لا إطلاق لها بالنسبه إلى رافعها بخلاف تأثير الفسخ في حلّ العقد فإنّه لا يزاحم و جوب الوفاء و لا موضوعه الذي هو التعقيد و إنّما يرفع العقده الحاصله من فعل العاقد فيمكن التمسك بإطلاق أَوْفُوا فِي رَفْعِ هَذَا الشَّكِّ

و هذا هو السرّ في تخصيص المصنف هذا الإشكال بأحلّ الله البيع و أمثاله دون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بالجمله بعد الفسخ نشكّ في حليته التصرف كالشكّ في حليته أكل المال بالتجاره عن تراض فالتمسك بعقد المستثنى في هذه الآيه لا يفيد أيضا لرفع الشكّ عن تأثير الفسخ

قوله قدس سره و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَى آخِرِهِ

تقريب الاستدلال بعقد المستثنى منه يتوقّف بعد الفراغ عن كون المراد من الأكل فيه هو التملك لا- الازدراد على أن يكون المراد بالباطل هو ما يسمّى باطلا عرفا و أن يكون العرف مع الشكّ في أنّ بالفسخ يمكن التملك أم لا حاكما بالبطان

و بعبارة أخرى يتوقّف الاستدلال على أمرين الأوّل أن يكون نظر العرف متبعا في تعيين المصداق و الثّاني أن يكون حاكما بأن ما لم يعلم كون الفسخ سببا للتملك أن يكون التملك باطلا- و كلاهما ممنوعان أمّا الأوّل فلأنّ نظرهم متبع في تعيين المفاهيم لا- المصاديق إلّا أن يكون تعيين المصداق راجعا إلى تعيين المفهوم و أمّا الثّاني فلعدم حكمهم في مورد الشكّ في كون شيء سببا مملكا بعدم كونه مملكا و باطلا لشكّهم في السبب فكيف يحكمون بعدم المسبب

و نظير هذا التقريب للاستدلال المصنف في أوّل باب البيع بأدله المعقود في مورد الشكّ في الأسباب مع إقراره بأن

الأسماء و عناوين العقود كالبيع و الصِّلح و الهبه إنَّما هي موضوعه للمسبِّبات دون الأسباب فقال و أمَّا وجه تمسِّك العلماء بإطلاق أدلِّه البيع و نحوه فلائذَّ الخطابات لَمَّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشَّرعيَّة على ما هو الصَّحيح

المؤثر عند العرف إلى آخره

و نحن قد استوفينا الكلام في هذا المرام و قلنا إنه لو كان باب العقود و آثارها من قبيل الأسباب و المسببات لا باب الإيجادات بالأدله لما كان وجه للتمسك بإطلاق ما يرجع إلى إمضاء المسببات لرفع الشك في تأثير سبب من الأسباب لأن كلا منهما يحتاج إلى إمضاء على حده و لا يرجع إمضاء تبادل المال بالمال إلى إمضاء ما كان القبول فيه مقدما على الإيجاب لعدّه العرف سببا فراجع و اغتنم

و بالجملة لا يفيد التمسك بعقد المستثنى و لا المستثنى منه بوصف الانفراد نعم مجموع العقدين يفيد المطلوب و ذلك لأن المستثنى هنا مستثنى منقطع فإن التجاره عن تراض ليس من الباطل و محكوما بخلافه بل خارج عنه موضوعا و حكما و إخراجة عنه موضوعا ليس كخروج الحمار عن القوم تكويننا بل نفس الدليل هنا ناظر إلى خروجه فمفاد العقدين أن كل تملك ما عدا التجاره عن تراض هو داخل في أكل المال بالباطل فأخذ المال من المنتقل إليه و التملك عنه بدون رضاه أى التملك بالفسخ هو التملك بالباطل

قوله قدس سره و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ع لا يحل إلى آخره

لا- يخفى أن تقريب الاستدلال به كتقريبه في الآيه المتقدمه بالنسبه إلى مجموع العقدين و ذلك لأن كون المستثنى مفرغا لا يصح إلا فيما كان المستثنى منه المقدر عاما فعدم حليه جميع أنحاء التقلبات من الأكل الازدرادى و التملكى إلا مع طيب نفس المالك لا يصح إلا أن لا يؤثر الفسخ

نعم هذا الحكم كالحكم المستفاد من الآيه المتقدمه قابل للتخصيص بأدله الخيار و غيرها فما لم يعلم التخصيص بالفسخ و نحوه يكون العام متبعا و بالجملة لا- يمكن منع الإطلاق أو العموم بالنسبه إلى أوفوا بالعقود و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و الخبر الشريف لا يحل لدلائها على أن الفسخ لا يؤثر و ليس التمسك بها من قبيل التمسك بالعام أو المطلق فيما لا يعلم الانطباق عليه و ذلك لما عرفت أن الفسخ لا يرجع إلى ما تعلق به الوفاء في الآيه الأولى و ليس أيضا تجاره عن تراض لأن الملك قبل الفسخ داخل في ملك من انتقل إليه فالتملك عنه به و التمسك به تكسب لا عن تراض و ليس أيضا بطيب نفس المالك فلا يحل التملك به فعلى هذا لا وجه للإيراد على جميع الأدله بنهج واحد

قوله قدس سره و منها قوله الناس مسلطون إلى آخره

لا إشكال في أن السيلطنه التامه على الأموال تقتضى أمرين الأول عدم قصر سلطنه المالك على ماله بأن لا يقدر على البيع و الصلح و أمثالهما كما إذا كان ماله مرهونا أو كان هو مفلسا أو سفيها الثاني عدم تسلط غيره على إخراج ماله عن ملكه كما إذا كان لغيره حق الخيار أو دين يحكم الحاكم بجواز المقاصه منه فإذا اقتضى السيلطنه عدم تسلط الغير إلا لحق أو حكم فيقتضى عدم تأثير الفسخ من غيره بلا حق و لذا لا يجوز للمقرض إرجاع العين من ملك المقرض لمنافاته للسيلطنه التامه للمقرض على ماله فعلى هذا لو قلنا بأن ملك الفسخ و الإقرار متعلق بالعين فمع الشك فيه يصح التمسك بإطلاق الناس مسلطون على عدم

تأثير الفسخ لأنّ الفسخ ينافى عدم تسلّط غير المالك على مال المالك

و أمّا لو قلنا بأنّ الفسخ يتعلّق بالعقد بمعنى أنّ الخيار يبطل التبديل الواقع من العاقدين من دون إرجاعه العين و رجوع العين إنّما هو أمر قهري يحصل بحلّ العقد ففي مورد الشك لا يمكن التمسك بالإطلاق لأنّ الفسخ لا يرجع إلى تصرّف غير مالك العين فيها

و بالجمله لو قلنا

بأن الخيار متعلق بالعين فلازمه أن من عليه الخيار لا يتمكن من التصرف فيها لمنافاته لتعلق حق الغير بها و لازمه أيضا عدم نفوذ الفسخ ممن لم يعلم ثبوت الخيار له و أما لو قلنا بأنه متعلق بالعقد فلازمه جواز تصرف من عليه الخيار و عدم صحته التمسك بإطلاق الناس مسلطون

قوله قدس سره و منها الأخبار المستفيضه إلى آخره

لا- يخفى أن المناقشه في هذه الأدله بأن دلالتها على وجوب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا إنما هو بلحاظ ما يقتضيه نفس البيع لا- للأموال العارضة أحيانا من غبن و عيب و لأجل هذا لا يكون أدله سائر الخيارات مخصيه لها كما في حاشيه المحقق الخراساني قدس سره غير صحيحه فإن نفس أدله سائر الخيارات تدل على التخصيص و أن وجوب البيع الحاصل بالافتراق مثلا إنما هو في غير الحيوان كصحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله ع قال قلت له ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري و قلت ما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا و هكذا الصيحه المحكيه عن قرب الأسناد

و بالجمله فالمناقشه في الأدله من دأب المصنفين و هم بصدد بيان الاحتمال و لو كان على خلاف الظاهر لتوسعه أذهان المحصّلين و إلما فدلاله هذه الأخبار على اللزوم في خصوص البيع ممّا لا تنكر كما أن دلاله غير آيه أو فوا بالعقود على أصاله اللزوم في العقود المعاوضيه كذلك و دلاله أو فوا على أصاله اللزوم في مطلق العقود و لو كان العهد الذي بين الله تعالى و عباده أيضا كذلك

قوله قدس سره و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا إلى آخره

لا- يخفى أن العقود على ثلاثة أقسام الأول العقود الإذنيه كالعاريه و الوديعه و الوكاله و المضاربه التي قوامها بالإذن من المالك التي يكفي فيها كل لفظ أو فعل كاشف عن الرضا منه و لا إشكال في أن مقتضاها أن مع فسخ المالك ينتفى رضاه بالتصرف فيرتفع ما هو قوامها فلا- يجرى فيها الاستصحاب بل في الحقيقه هذه الأقسام خارجه من باب العقود بالتخصيص و إنما تسمى عقدا لاعتبار رضا الطرفين و إلما فهي ليست إلما تسليطا على التصرف

نعم لو اشترط عدم الفسخ في ضمن عقد آخر فهي تابعه لذلك العقد و أما لو اشترط عدمه في نفس هذا العقد كما لو وكله و شرط عدم عزله فلا يفيد هذا الشرط لأن كل ما بالغير لا بد أن ينتهي إلى ما بالذات و نفس الوكاله لو كانت جائزه فالشرط في ضمنها مثلها

و الثاني العقود التنجيزيه كالبيع و الصلح و أمثالهما و لا إشكال أن مقتضى الاستصحاب بقاء أثر ما أنشأ بالعقد فينتج نتيجة اللزوم و المناقشه فيه بمعارضه باستصحاب بقاء علاقه المالك الأول المقتضى لتأثير فسخه في استرجاع المال إلى ملكه و حكومته على استصحاب ما ينتج اللزوم لأن الشك في اللزوم و الجواز ناش عن الشك في بقاء علاقه المالك الأول ممنوعه جدا لأن علاقه المالك إن أريد بها العلاقه التي بها يقدر على فسخ العقد و حلمه بناء على أن الخيار راجع إلى ذلك ففيه عدم تحقق

المستصحب قبل العقد و عدم تيقنه بل نقطع بعدمه لأنه قبل البيع لا عقد حتى يمكن لبائعه مثلاً حلّه و أمّا حين البيع فتحقق هذا الحقّ له أوّل الكلام

و إن أريد بها علاقه بها يقدر على إرجاع العين في ملكه فهي مستحيله الاجتماع مع الملك أي قبل البيع ليست هذه العلاقه له لأن كون

الإنسان مالكا لإرجاع العين التي في ملكه إلى ملكه ليس له معنى محصل فقبل البيع نقطع بعدم المستصحب أيضا و أمّا بعده فإنه وإن أمكن ثبوت هذا الحقّ أى إرجاع العين إلى ملكه بجعل شرعى أو مالكي له إلّا أنّ المفروض أنّ الشكّ فيه و الأصل عدم حدوثة

و إن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع ففيه أنّ الشكّ في بقائها بعد التفرّق حيث إنّ إمّا لاحتمال ثبوت خيار آخر له مع خيار المجلس و إمّا لتبدّل هذا الخيار إلى خيار آخر فهو من الاستصحاب المقارنى أو التبدلى من القسم الثالث الذى لا نقول بجريانه إلّا أن يكون نحو وجود المستصحب وجودا تبدلنا كالحركة و ذلك لأنّ الصّحّة التي كانت في المجلس مقطوع الارتفاع و الحصّه الأخرى مشكوك الحدوث من أول الأمر و نفس مفهوم الكلى لا وجود له إلّا في ضمن أحد الفردين و ليس من قبيل القسم الثانى

و بالجملة مع عموم الأخبار بأن مع الافتراق ينقطع الخيار لا- معنى لاستصحاب بقاء خيار المجلس و الخيار الآخر مشكوك الحدوث ثمّ من هذا البيان ظهر أنّه يمكن أن يكون وجه التأمل في قوله فتأمل هذا الذى ذكرنا يعنى أنّ التمسك بالأخبار إنّما هو لبيان ارتفاع خيار المجلس لا- لإثبات اللزوم بالأخبار حتّى يقال إنّ الكلام في استصحاب اللزوم إنّما هو مع الإغماض عن العموم إذ مع فرض وجوده لا وجه للتمسك باستصحاب الملكيه

و بالجملة التمسك بالأخبار إنّما هو لبيان أنّ علاقة المالك الحاصله له في المجلس ارتفعت بالتفرّق عنه فيبقى استصحاب ما ينتج اللزوم سليما عن الحاكم

قوله قدّس سره نعم هو حسن في خصوص المسابقيه إلى آخره

هذا هو القسم الثالث من العقود و هى العقود التعليقيه كالمسابقه و المراماه و المساقاه و الجعاله و أمثالها و لا إشكال في جريان الاستصحاب في هذه العقود أيضا لأنها و إن لم تتضمن تملكيا أو تسليطا فعلا- إلّا أنّها بعد حصول المعلق عليه فيها يحصل الملكيه فأنشأ التملك على تقدير السبق مقتضى اختصاص السبق بالسابق فإذا شكّ في ارتفاع هذا الأثر عن العقد لفسخ أحد المتعاقدين فالأصل بقاؤه بل المسلم من حجّيه الاستصحاب التعليقى هذا القسم منه و ما يشبهه من استصحاب عدم الفسخ

و بالجملة التّكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده كالحجّ على المستطيع لو شكّ في ارتفاعه عن موضوعه فالأصل بقاؤه كما أنّ الملكيه المنشأ على تقدير كالتزمى و السبق لو شكّ في ارتفاعها بالفسخ فالأصل بقاؤها و العجب من المصنف قدّس سره أنّه مع تحقّق أحد جزأى موضوع الحكم كالعصير العنبى كيف أجرى استصحاب حكمه مع عدم تحقّق جزئه الآخر و في المقام مع أنّه إنشاء تكليف أو وضع على موضوع مقدر وجوده لم يجر فيه الاستصحاب مع أنّ حقيقه الملازمه بين تحقّق الموضوع و الحكم ثابتة في المقام فهى قابله للاستصحاب لا مثل حكم العصير العنبى و قد استوفينا الكلام فيه في الاستصحاب التعليقى

قوله قدّس سره بل يرجع في أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل إلى آخره



لا يخفى أنّ منشأ الشكّ في اللزوم و الجواز تاره لشبهه حكميّه و أخرى لشبهه خارجيّه فإن كان للأوّل فحيث إنّه لا أصل يثبت السبب فيجري الأصل في المسبب و يقال الأصل بقاء أثر العقد ملكا كان كالبيع أو حقًا كالرهن و لو كان للثاني فقد يكون هنا أصل موضوعي يثبت اللزوم و الجواز و قد لا- يكون فالأوّل كما إذا علم بأنّ العقد الصادر بيع و شكّ في جعل الخيار فالأصل عدم

جعلته فيثبت اللزوم أو علم بأن الصادر هبه و شك في جعل الثواب أو قصد القربة فالأصل عدمهما فيثبت الجواز و الثاني كما لو اشتهب العقد الصادر بين البيع و الهبه أو الإجاره و العاريه أو القرض و الوديعة

ثم الاشتباه تاره مع بقاء العين و أخرى مع فساده و على التقادير فقد يكون الاشتباه في مورد الترافع كما لو كان النزاع بين المتعاقدين و أخرى في غير مورده كما لو كان بين وارثهما أو بين أحدهما و وارث الآخر بمعنى أن يدعى أحدهما عدم العلم فلو كان العقد صحيحا و كان الاشتباه في مورد الترافع أى كان أحد المتعاقدين و هو من انتقل عنه العين يدعى الهبه و الآخر البيع و العين باقيه في يد من ادعى البيع فلو قلنا بالتحالف فيرجع العين إلى مالكة الأصل و لو لم نقل و فسخ مدعى الهبه فحيث إنه يشك في تأثير الفسخ فمقتضى الأصل بقاء أثر العقد إلا أنه يعلم إجمالا إما بخروج العين عن ملك من انتقلت إليه و إما بثبوت العوض عليه

و حيث إن مدعى الهبه يدعى عدم استحقاقه العوض فيجب الصلح بينهما و لو كان النزاع بالعكس أى المالك الأصلي يدعى البيع و الآخر الهبه أى كان نزاعهما في ثبوت اشتغال ذمه من انتقل إليه العين بالعوض و عدمه مع اعتراف المالك الأصلي بعدم استحقاقه الفسخ فالأصل براءة ذمه مدعى الهبه عن العوض

و لو كان الاشتباه في غير مورد الترافع أى لا يدعى أحدهما أو كلاهما العلم بالواقع فمقتضى استصحاب أثر العقد هو اللزوم و مقتضى أصالة البراءة هو عدم اشتغال ذمه من بيده العين عن العوض إلا أنه يعلم إجمالا بأنه لو فسخ طرفه فإما يجب عليه رد العين أو العوض فلا يفيد أصل البراءة و يجب الصلح بينهما لأن الطرف أيضا يعلم بعدم استحقاقه إما العين و إما العوض و لو لم يكن العين باقيه في هاتين الصورتين ففي الصورة الأولى لو ادعى المالك الأصلي البيع حتى يستحق العوض فالأصل براءة ذمه من تلف عنده العين و لو ادعى الهبه و ثبت الفسخ في حال بقاء العين و ادعى مماطله الآخر في رد العين فالحكم كما في مورد بقاء العين إلا أن هنا يعلم تفصيلا ببقاء العوض في ذمه من تلف عنده العين إما المسمى على ما ادعاه من البيع و إما المثل أو قيمه لعدم رده عين مال الغير مع تسليمه المماطله

و في الصورة الثانية الأصل براءة ذمته عن العوض إلا أن يقال في جميع الأقسام أن مقتضى أصالة الاحترام في الأموال أن مدعى براءة الذمه تجب أن يثبت مدعاه و إلا نفس المال بطبعه يقتضى أن لا يخرج عن ملك مالكة بلا عوض و لا يبعد أن يكون منشأ اختيار المشهور الضمان في مورد اشتباه العقد الصلح بين القرض و الوديعة و بين الإجاره و العاريه بالنسبه إلى المنافع و بين البيع و الهبه هو أصالة الاحترام فتدبر

هذا مع أنه دل نص خاص على الضمان في مثل هذه الموارد و هو ما عن أبي الحسن ع عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعه و قال الآخر إنما كانت لي عليك قرضا فقال ع المال لازم له إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه

و أميا لو كان العقد فاسدا ففي صورته بقاء العين يجب ردها إلى مالكةا أو إلى ورثته و في صورته التلّف يجب ردّ عوضها إلى

مالكها أو ورثته لأنّ موجب الضّمان و هو اليد قد تحقّق و رافعه و هو إقدام المالك على المجاتيّه غير معلوم فيستصحب و يحكم بالضّمان لأنّ الموضوع للضّمان و هو المركّب من اليد و عدم تحقّق رافعه محرز بالوجدان و الأصل و ليس إقدام المالك على

المجانيه من مفاد كان الناقصه لليد حتى يقال إن عدم إقدامه من مفاد ليس الناقصه فليس له حاله سابقه لأنه لم تتحقق في زمان يد تتصف بعدم إقدام صاحبها على المجانيه و ذلك لأن رافع الضمان ليس من نعت اليد بل هو من صفات ذى اليد كما هو الشأن في كل عرض بالنسبه إلى محلّه و إمّا بالنسبه إلى عرض آخر أو جوهر فهما متباينان و لذا يكفي في تحقّقه قبل تسليط المالك على ماله أو بعده كما يكفي تحقّقه معه فإذا تحقّق يد في الأمس و إقدام على المجانيه في اليوم يكفي لرفع الضمان و على هذا ففي مورد الشكّ في الإقدام على المجانيه يحرز عدمه بالعدم المحمولى

ثمّ لا يخفى أنّه بناء على ما ذكرنا في تحقيق قاعده ما يضمن و ما لا يضمن من أنّ الإقدام على الضمان ليس دليلاً مستقلاً للضمان ظهر ما في كلام المصنف في قوله قدس سره و إن كان المستند دخوله في ضمان العين إلى آخره كما أنّه لا يخفى ما في قوله أو لو قلنا بأن خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه لأنّ الهبه خارجه عن عموم أوفوا بالعقود و مثله لا عن عموم على اليد ما أخذت لأنّ عمومه غير ناظر إلى العقود

ثمّ إنّ لا إشكال في أنّ الرجوع في أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إنّما يتمّ فيما لو كان العقد المختلف فيه له أثر غير أثر ما يدعيه الآخر من العوض و نحوه و أمّا لو كان المالك الأصلي يدعى الهبه و الآخر الصّيح المجاني و قلنا بأنّ الصّيح عقد لازم مستقلّ فمقتضى استصحاب اللزوم عدم تأثير فسخ مدعى الهبه

### [القول في أقسام الخيار]

### [الأول في خيار المجلس]

### [مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا وكيلين في الجملة]

قوله قدس سره و الأولى أن يقال إنّ الوكيل إن كان وكيلاً في مجرّد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجوه التي ذكرها المصنف ره تبعاً للمحقّقين تامّه لا إشكال فيها أمّا الانصراف فممنشؤه أنّ الوكيل في إجراء الصّيعه بمنزله الآله و كأنّه لسان الموكل فنسبه البيع إليه في الحقيقه نسبه مجازيه و ذلك لأنّه و إن كان مختاراً في إنشاء عنوان البيع إلّا أنّ مبادئ اختيار اسم المصدر غير قائم به و أمّا كون مفاد أدلّه الخيار عدم ثبوته لمجرى الصّيعه فوجهه ما يستفاد من مناسبه الحكم و الموضوع من أنّ المحمول الذي رتب على البيع هو المحمول في الرتبة الثانيه من الحمل

و توضيح ذلك أنّ محمولات الموضوعات مختلفه بعد اتفاقها في تجرّد عقد وضع موضوعاتها عنها فمثل حمل الموجود على ماهيه يكون الموضوع فيه الماهيه المعراه عن الوجود و العدم و مثل حمل كاتب على زيد الموضوع فيه ما يكون مفروغ الموجوديه و مثل حمل تحرك الأصابع عليه الموضوع هو الموجود الكاتب و بهذه المناسبه يختلف الموضوع في باب الاستصحاب لفرق العرف بين موارد فلا بدّ أن يلاحظ أنّ العناوين المأخوذه في الموضوعات بل هي من قبيل العلل كالتغيير لعروض النجاسه على الماء أو من قبيل الوسائط في العروض أى الموضوع هذا المعنون بالعنوان كالمجتهد الذي هو موضوع

لجواز التقليد و تمييز هذين الأمرين بنظر العرف و لذا بعد زوال التغيير يقولون بأن الموضوع باق بخلاف زوال الاجتهاد

ففى المقام الذى أخذ موضوعا للخيار أخذ بعد مفروغيه مالكيته لالتزام الطرف المقابل أى بعد كونه قادرا على الإقاله و ردّ التزام طرف المقابل قادرا على إعمال التزام نفسه بإبقائه أو إعدامه

و بعباره واضحه مفاد أدله الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و إبرامه بعد الفراغ عن سلطنته على الإقاله و ردّ

ما التزم الآخر به و لا- شبهه أنّ مجرى الصّيغه لا- يملك التزم الآخر و ليس له الإقالة حتّى يثبت له بأدله الخيار ملك كلا الالتزامين

و يجب أن يحمل مراد المصنف من المنتقل عنه و إليه على الالتزام لا العين حتّى يقال إنّ حقّ الخيار لا تعلق له بما انتقل عنه أو على ما سيجىء توضيحه و أمّا الدليل الثالث أى اتحاد السّياق فأمره أظهر من أن يخفى على أحد فإنّ قوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا يدلّ على أنّ من له الخيار فى الحيوان و من له خيار المجلس واحد و خيار الحيوان لا يمكن الالتزام بثبوتة للوكيل فى إجراء الصّيغه فكذلك خيار المجلس و الأخبار المطلقة كقوله البيعان بالخيار حتّى يفترقا متّحد فى الموضوع مع الأخبار المقرونة بخيار الحيوان لا من باب حمل المطلق على المقيّد فإنّه لا- يجرى فى الأحكام الانحلالية كقوله أكرم العالم و أكرم زيदा بل من باب أنّه لا إطلاق فى الأخبار المطلقة فإنّ الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان فى بيع الحيوان

و أمّا الدليل الرّابع و هو أنّ حكمه جعل الخيار إرفاق للمالك ليروّى فيختار ما هو الأصح له فهو و إن كان دليلاً اعتبارياً و لا يقتضى الحكمه الاطراد فى كلّ مورد إلّا أنّه نعم بأن جعل هذا الخيار شرعا لمن ليس له اختيار البيع بلا موجب و لا ينتقض بجعل المتعاقدين الخيار الثالث فإنّه كمال السّلطنه لهما فى ذلك و حقّ جعلى مالكي منهما له

ثمّ إنّ هذه الوجوه الثلاثه الأخيره إنّما هو بعد الغضّ عن الوجه الأوّل و أمّا بلحاظه فلا نحتاج إلى تطويل و ذلك لما عرفت من أنّ عقد الوضع و هو البيع لا يصدق على مجرى الصّيغه لأنّ مبادئ اختيار البيع ليس بيده نعم يفيد هذه الوجوه لإثبات عدم ثبوت الخيار للوكيل الذى تنتهى و كالتة بإجراء عقد البيع و إن لم يكن كمجرى الصّيغه بل كان مستقلاً فى التصرف فى الشراء أو البيع

و حاصل الكلام أنّ الوكلاء على أقسام ثلاثه الأوّل الوكيل المفوض المستقلّ فى التصرف على أىّ نحو شاء كالعامل فى القراض و أولياء القاصرين و الثانى الوكيل فى إجراء الصّيغه فقط و الثالث المتوسّط بينهما بأن كان وكيلاً مستقلاً فى المعاضه إلّا أنّ نفس دليل و كالتة لا يشمل فسخ المعاضه بعد تحقّقها و لو أذن له الموكل فى الفسخ بعد العقد أيضا فهو و كالتة مستقلّه فتقطع و كالتة الأولى بعد المعاضه و إن كان مستقلاً و مختاراً فى الشراء مثلاً بأىّ مقدار من الثمن و من أىّ بائع

فالقسم الأوّل له الخيار لعموم النصّ لأنّه بيع حقيقه بل جميع الوجوه الداله على ثبوت الخيار للمالك لو كان بنفسه عاقدا تجرى فى حقه أيضا و القسم الثانى ظهر حاله و الثالث كالتانى و إن صدق عليه عقد الوضع إلّا أنّ عقد الحمل و هو قوله ع بالخيار لا يشملها لما عرفت من أنّ الخيار سلطنه ثابتة بأدلتها للعاقده بعد الفراغ عن سلطنته على التزم الطّرف المقابل و الوكيل الذى تنتهى و كالتة ليس مالكا لالتزام الطّرف المقابل لأنّه ليس له الإقالة و لا الفسخ بغير خيار المجلس من سائر الخيارات حتّى يثبت له خيار المجلس بأدلتها بل هو بعد المعاضه أجنبيّ صرف

و بتقرير آخر أدله الخيارات مخصّيه لعموم أو فوّا بالعقود فكلّ من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار و هو ليس إلّا من كان مسلّطاً على ما انتقل إليه فالتسلّط على ما انتقل إليه ملازم لثبوت الخيار و لو كان الخيار راجعاً إلى العقد لا

العين فمن ليس مسلطاً على

ما انتقل إليه ليس وجوب الوفاء موجهاً عليه و من لا يجب عليه الوفاء لو لا الخيار ليس له الخيار فعلى هذا لقد أجاد المصنف قدس سره في تعبيره بأن مفاد أدله الخيار إثبات حق و سلطته لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه

و هكذا الوجهان الأخيران لا يجريان في حق هذا الوكيل أيضا فإن خيار الحيوان المقرون في الأدلة مع خيار المجلس ليس له لأنه أجنبي عن الحيوان حتى ينظر و يتروى و هكذا الإرفاق للمالك و إن كان حكمه إلا أن الحكمه لا يجب أن يطرد في مورد الحكم المعلل بها لا في غير مورده مثلا اختلاط المياه العذبة بحمضه لا يجب أن يطرد إلا أنه في مورد ذات العده لا في البائن العذبة ليس موردا لجعل العده فالمقام و إن كان جعل الخيار حكمه و إرفاقا للمالك إلا أنه جعل له فهو الذي له الخيار و لو لم يكن في مورد خاص جعله له إرفاقا له و لم يجعل لغير المالك فلا وجه لثبوته له

قوله قدس سره و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال إلى آخره

بعد ما ظهر أن الخيار ثابت للوكيل المطلق المفوض إليه أمر المعامله بيعا و شراء فسحا و إمضاء دون غيره فهل يثبت للموكلين مطلقا أو لا- يثبت لهما مطلقا أو تفصيل بين الموكلين في إجراء الصيغه فلهما ذلك و غيرهما من القسمين الآخرين فليس لهما وجوه أقواها ثبوته لهما مطلقا

أمّا لو كان و كيلهما و كيلا في إجراء الصيغه فقط لأن البيع في الحقيقة نفس الموكلين و الوكيلان بمنزله لسانهما و يصدق في حقهما حقيقة أنهما باعا و اشتريا و أمّا لو كان و كيلهما و كيلا في المعاوضه الخاصه أو مطلقا فلصحه انتساب البيع إلى نفس الموكلين أيضا كما يصح انتساب الفعل إلى المباشر و السبب في كل فعل و لذا ورد تاره الله يتوفى الأنفس حين موتها و أخرى قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ وَ ثَالِثَهُ وَ لَوْ تَرَى إِذْ يَتَوَفَّى الَّذِينَ كَفَرُوا الْمَلَائِكَةَ فَنَسَبَ الْفَعْلَ تَارَهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَ أُخْرَى إِلَى عِزْرَائِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ ثَالِثَهُ إِلَى أَعْوَانِهِ مِنَ الْمَلَائِكَةِ سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهِمْ

نعم قد يناقش فيما ذكرناه بوجوه الأول أنه و إن صح استناد الفعل إلى السبب و المباشر إلا أنه في استعمال واحد لا بد أن يراد أحدهما فالمراد من قوله ع البيعان إمّا الموكلان أو الوكيلان و المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يمكن ثبوته للموكل أيضا الثاني أنهم ذكروا أنه لو حلف المالك على عدم البيع لم يحث ببيع و كيله فممنه يظهر أن بيع الوكيل ليس بيعا له الثالث أنه لا شبهه في تأثير فسخ الوكيل المفوض و إمضائه فكيف يؤثر فسخ المالك و إمضائه مع أن الملك الواحد و الحق كذلك لا يمكن ثبوته للمالك متعدده و ذوى حقوق مختلفه

و لكنّه بأجمعها فاسده أمّا الأول فلأن إرادته معنى واحد في استعمال واحد إنما يلزم لو كان اللفظ مختصا بأحد من الأمرين و الأمور أو السبب و المباشر كآليات الشريفة فكما لا يمكن أن يراد من ملك الموت هو الله تعالى فكذلك لا بد أن يراد من يتوفاكم في هذه الآيه الفعل بالمباشره و أمّا لو كان اللفظ من قبيل البيع أو المميت مثلا فلا يجب أن يراد منه أحد من المباشره و السبب لإمكان إرادتهما منه و لو على نحو عموم المجاز



و بالجمله يراد من البيع معنى عامًا له مصاديق مختلفه في كيفيّه صدور الفعل منهم على نحو التسبيب و المباشره و أمّا الثاني فعدم  
حنث المالك ببيع وكيله مضافا إلى اختصاصه بغير مورد الوكيل

فى إجراء الصّبيغه لحنثه ببيعه أن عدم الحنث إنّما هو لاعتبار الالتفات و الاختيار فى متعلّق النذر و أمّا البيع فلم يعتبر الاختيار و لا الالتفات فيه فيصدق فى حقّ الموكلّ أنّه بائع و إن لم يلتفت إلى بيع و كيله و أمّا الثالث ففيه أنّ تعدّد الملاك فى ملك واحد فى آن واحد إنّما يمتنع لو كان كلّ مالك فى عرض الآخر و أمّا فى المقام فملك الوكيل فى طول ملك المالك و من شئون ملكه و من باب أنّه هو الوكيل و الوكيل هو الموكلّ

هذا مضافاً إلى أنّ حكمه جعل الخيار تقتضى ثبوته للموكلّ أيضاً و بالجملة إذا كان الموكلان حاضرين فى المجلس فالأقوى ثبوته لهما و إن لم يجتمعا للبيع و لم يعلما به أمّا اعتبار حضورهما فلظاهر قوله ع ما لم يفتقرا أمّا عدم اعتبار اجتماعهما للبيع و التفاتهما به فلاطلاق الدليل و عدم اعتبار شىء سوى الاجتماع

ثمّ بناء على ثبوت الخيار للموكلين و الوكيلين طولياً فكلاً من سبق من الوكيل هو الموكلّ على إعمال الخيار نفذ و ذهب موضوع حقّ الآخر و ذلك ظاهر كما يظهر توضيحه فى خيار الشرط المجعول للأجنبيّ

قوله قدّس سره ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرّقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرّق المتعاقدين أو بتفرّق الكلّ فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد وجوه أقواها الأخير إلى آخره

لا- يخفى أن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين فى المجلس متنافيان و ذلك لأنّه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضاً لأنّ استفادة الاجتماع فى المجلس إنّما هو من قوله ع ما لم يفتقرا فلو صدق عدم تفرّق الموكلّ بقاء و كيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضاً ابتداء و إن لم يكن نفس الموكلّ حاضراً فى المجلس رأساً لأنّ عدم صدق تفرّقه ليس إلّا أنّ الوكيل هو الموكلّ تنزيلاً فإذا كان كذلك فلا يعتبر حضوره أصلاً فالأولى أن يقال لو كان الموكلان حاضرين فى المجلس و لو لم يجتمعا للبيع فيثبت الخيار لهما مطلقاً

و أمّا لو لم يحضرا فلو كان الوكيلان و كيلين فى إجراء الصّبيغه فقط أو فى خصوص معاملته خاصّه بحيث تنتهى و كالتها بالعقد فلا خيار أصلاً لا للموكلين و لا للوكيلين أمّا للوكيلين فلما ظهر سابقاً

و أمّا للموكلين فلعدم حضورهما و حضور الوكيلين لا يفيد لاجتماع البيعين اللذين هما الموكلان حقيقه فإن بعد انقطاع الوكاله ليس اجتماع لأحد أصلاً و لا- بدّ فى إعمال الخيار من اجتماع من له الخيار فلا يفيد حضور الموكلين بعد العقد قبل تفرّق الوكيلين أيضاً لأنّ حال البيع لا اجتماع و حال الاجتماع لا خيار

و بعبارة أخرى يظهر من قوله ع ما لم يفتقرا اعتبار اجتماع من له الخيار من حين البيع إلى حين إعمال الخيار فلو لم يحصل لا خيار فعلى هذا لو وكلّهما الموكلان بالفسخ بعد العقد مع عدم حضور أنفسهما لا يصحّ لأنّ نفس و كالتها فى إجراء الصّبيغه أو فى المعامله لا- يثبت لهما حقّاً فى الفسخ و الإمضاء و إذنهما فى الفسخ و الإمضاء بعد عدم ثبوت الخيار لأنفسهما لعدم حضورهما لا يؤثّر فى ثبوت حقّ للوكيل لأنّ ثبوت حقّ له إنّما هو فرع ثبوته لموكله

و أما لو كان الوكيلان وكيلين مفوضين مستقلين فيكفي عدم تفرقهما لثبوت الخيار للموكّلين و لو لم يجتمعا أصلا و ذلك لما عرفت من أنّ الحقّ الثّابت للوكيلين إنّما هو لأنّهما بدنا تنزيلين للموكّلين و لأنّ البائع في الحقيقة هو الموكّلين لأنّ البيع كسائر المشتقات

كقوله باع فلان داره موضع لمن انتقل عنه المال و المنتقل عنه المال هو المالك لا الوكيل فليس للوكيل حق في عرض حق الموكل و إنما حقه من شئون حق المالك و من حيث إنه نازل منزلته فإذا كان المالك هو البيع و كان اجتماع الوكيل بمنزله اجتماع المالك فلا يعتبر حضور المالك أصلاً

و بالجملة حيث إن الحق الثابت للوكيل إنما هو لكونه مالكا تنزيلا و لذا نختار في المسألة الآتية عدم انتقال حق الخيار الثابت له إلى وارثه لكونه ذا حق من حيث و كالتة لا- من حيث ذاته فيكفى عدم تفرقه للثبوت حق للمالك و لو مع عدم حضوره و هذا مراد العلماءه قدس سره من أنه لو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل حق الخيار إليه لأن ملكه أقوى أى خيار الموكل باق و بموت الوكيل لا- ينتقل إلى وارثه لأن ملكه من شئون ملك الموكل و من تبعات و كالتة و لم يكن له حق في عرض حق الموكل حتى ينتقل إلى وارثه

و بالجملة لو كان حق الوكيل حقا مستقلا و كان الخيار ثابتا له و لموكله بما هما شخصان كثبوت حق الخيار للورثه على أحد الأقوال فيه لكان الانتقال إلى الوارث في محله و كان المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و لازمه عدم ثبوت الخيار للموكل مع عدم حضوره و سقوط حقه مع افتراقه

و أما لو كان حقه طوليا و من باب أنه هو الموكل تنزيلا فلا وجه لانتقاله إلى وارثه و لا لثبوت حق الموكل بعد فسخ الوكيل أو إمضائه و لا- لاعتبار حضور الموكل أو سقوط حقه بتفرقه بل لو قلنا باعتبار حضوره أيضا لا يسقط حق الخيار بتفرقه ما دام الوكيل باقيا لأن التفرق كالانفصال و سائر الأفعال الموجهة التى هى بمعنى التافيه لا- يصدق إلما مع تفرق الجميع و ليس كالإيجاب الذى يصدق بأول وجوده

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا أتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين إلى آخره

لا إشكال في هذا أصلا لأنه و إن صدق البيع على الفضولى إلّا أنّ الوجوه التى ذكرناها في عدم ثبوته لمجرى الصيغه جاريه هنا بل بطريق أولى إنما الكلام في ثبوته للمالكين لو كانا حاضرين في مجلس عقد الفضوليين و أجازا في المجلس و لا يبعد ثبوته لهما لأن الإجازة ينتسب العقد إليهما و المفروض حضورهما في المجلس فيصدق عليهما البيعان الغير المفترقين

و لو لم يكونا حاضرين معا في المجلس فلو لم يجتمعا في مجلس الإجازة أيضا بأن أجازا متفرقين فلا إشكال في عدم ثبوت الخيار لهما و أمّا لو حضرا في مجلس الإجازة فيظهر منه قدس سره أنه على الثقل لا سيما على القول بأن الإجازة عقد مستأنف أن لثبوته لهما وجهها

و لكن الحق عدم ثبوته لهما أيضا لأن الثقل أو الكشف لا مدخلية له في صدق البيع المجتمع حال البيع عليهما لأن الانتقال و إن حصل حال الإجازة إلّا أنه لو احتمل خصوصية الاجتماع حال العقد فلا دافع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة و أمّا القول بأن الإجازة عقد مستأنف فمردود جدا و ممّا ذكرنا أولا يظهر ما إذا كان أحد المالكين مباشرة للعقد و الآخر مجيزا و جمع العقد من الأصيل و الفضولى مع الإجازة مجلس واحد عرفا فإنه لا يبعد ثبوت الخيار هنا فقط لأن

حين الإجازة يصدق عليهما البيع المجتمع

نعم لو كان مجلس الإجازة غير مجلس العقد فلا خيار لهما و إن اجتمعا معا حين الإجازة لعدم تأثير هذا الاجتماع أصلا لصيروره العقد فى بدو الأمر عقدا للأصيل و الآن للمالك فلا وجه لثبوته

**[مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره ولايه أو كاله]**

قوله قدس سره مسأله لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره إلى آخره

لا يخفى أن ثبوت الخيار للعاقده الواحد المتولّي طرفي العقد يتوقّف على أن يكون قوله ع ما لم يفترقا و حتّى يفترقا بيانا للمسقط بحيث يكون قوله ع البيعان بالخيار كلاهما مستقلا لا يرتبط بقوله ع ما لم يفترقا أى كان مفاد الكلام أنّ الخيار للبيعين ما دام في المجلس و أمّا إذا افترقا فيسقط حقّهما و أمّا لو كان ظاهرا في القيدية للموضوع أى البيعان الغير المفتقرين يثبت لهما الخيار فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الاجتماع و الافتراق فلو فقد هذا الوصف ابتداء كما في المقام أو طرأ ثانيا كما إذا مات الوكيل المفوض في المجلس و لم نقل بانتقال حقّ الخيار إلى غيره و لم يكن المالك في المجلس فلا خيار أصلا و الظاهر أن قوله ع ما لم يفترقا قيد للموضوع فيعتبر ثبوته للبيعين اللذين من شأنهما الاجتماع و الافتراق و لا أقلّ من الشكّ

نعم لو قيل بإجمال الأدلّة فمقتضى الاستصحاب الفرق بين ما إذا طرأ فقد هذا العنوان و ما إذا فقد ابتداء فيقال بثبوت خيار المجلس في الأوّل و عدم قابليته للسقوط إلّا بمسقط آخر لعدم إمكان الافتراق و عدم ثبوته في الثاني للشكّ في ثبوته ابتداء

**[مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]**

**[منها من ينعق على أحد المتبايعين]**

قوله قدس سره منها من ينعق على أحد المتبايعين إلى آخره

لا يخفى أنّ صحّه هذا العنوان بناء على المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار تتوقّف على أن يكون البيع معاوضه حقيقته بأن ينتقل من ينعق إلى ملك من ينعق عليه و أمّا لو قيل بأنّه استنقاذ محض كاشترى المسلم الأسير من الكفّار فلا يشمل أدلّه الخيار

ثمّ بناء على كونه بيعا معناه دخول المبيع في ملك المشتري حقيقه و إن لم يستقرّ على ملكه لانعاقه عليه قهرا و هذا هو المقصود من الملك التقديري في باب أعتق عبدك عنى أى الملك الحقيقي الغير المستقرّ الثابت آنا ما لا الملك الفرضي كأنياب الأغوال و على هذا ينزل التقديري في قول المصنف لا- الفرضي و الحاصل أنّا إذا قلنا إنّ الملك فيمن ينعق عليه تقديري لا- تحقيقي و لكن على نحو البيع الاستنقاذي لا- على نحو التقديري في باب أعتق عبدك عنى فإنّه تحقيقي فالأولى الاستدلال لعدم ثبوت الخيار بما ذكرنا من أنّ أدلّه الخيار لا تشملّه فإنّه لا يصدق على المتعاقدين البيعان و إن أنشأ الملكيه فإنّ الإنشاء مقدمه للانعاق لا بما ذكره المصنف

و حاصله أنّ بيعه ممّن ينعق عليه إقدام على إتلافه فلا خيار للبائع و شراء المشتري من ينعق عليه إتلاف له في الحقيقة فلا خيار له فإن مع قصور أدلّه الخيار لا تصل النوبه إلى هذا الاستدلال

نعم ما ذكره قدس سره أيضا متين جدّا و لا- يختصّ بمورد العلم و ذلك لأنّ المعامله التي أوجدها المتبايعان إذا كانت سببا

لإتلاف المبيع لا يبقى موضوع لتعلّق الخيار به و إن قلنا بتعلّقه بالعقد لا بالعين فإنّ التفصيل بين تعلّقه بالعقد أو بالعين يؤثر فيما لو استقرّ الملك ثم تلف و أمّا لو كان نفس البيع سبباً للتلف فلا فرق بينهما كما لا فرق بين العلم و الجهل لو كان البيع من باب إيجاد السّبب

نعم لو قلنا بأنّ الانعتاق حكم شرعيّ مترتب على الملك فمجرد علم المتبايعين به لا يؤثر في سقوط الخيار لأنّهما لم يقدموا إلّا على بيع العبد و الانعتاق و الخيار حكمان مجعولان و اردان على هذا الموضوع فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجح

و على هذا فيمكن

أن يكون قوله فتأمّل راجعا إلى عدم الفرق بين مورد العلم و الجهل فى كلا- طرفى النفى و الإثبات أى يمكن أن يقال بثبوت الخيار حتى فى مورد العلم لأن الإقدام على موضوع ذى حكم ليس إقداما على الحكم و يمكن أن يقال بسقوط الخيار حتى فى مورد الجهل لأن إنشاء البيع إذا كان سببا للإتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السبب كما فى كلّ ما كان من قبيل الأسباب و المسببات

نعم قد يتوهم هنا إشكال آخر على أصل ثبوت الخيار أو سقوطه فإنّ النزاع فيه إنّما هو بعد تحقّق القبض من المشتري ثم دعوى الرجوع إلى القيمة لثبوت الخيار و امتناع تعلّقه بالعين أو سقوطه لعدم إمكان تلّقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و إذا فرض أنّ البيع إتلاف للمبيع فلم يتحقّق القبض من المشتري و لكنّك خير باندفاع هذا التوهم لأنّ نفس انعقاده عليه إقباض و إلّا يلزم أن يكون تلفه على البائع و لا يستحقّ شيئا من الثمن و القيمة

قوله قدس سره و قد يقال إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى إلى آخره

هذا القول لصاحب المقابس قدس سره و محصّل مراده أنّه لو قلنا بأنّ الانعتاق معلول للملك العذى هو مترتب على العقد و الخيار فى عرض الملك فله الخيار بالنسبة إلى القيمة كما هو مفروض كلامه لأنّ الملك و الخيار كليهما معلولان للعقد عرضا و الانعتاق معلول لأحد المعلولين فهو متأخر رتبة عن علته التى هى فى عرض المعلول الآخر إلّا أن يقال نسبة الخيار و الملك إلى العقد ليست نسبة المعلولين إلى العله حتى يقال إنّ الانعتاق متأخر رتبة عن الخيار حيث إنّ مترتب على الملك العذى هو فى عرض الخيار و ذلك لأنّ الخيار من أحكام العقد لا من معلولاته و الملك أيضا ليس معلولا له بل هو المنشأ به فإذا كان الخيار من أحكامه و كان له وجه الحرفية لا الموضوعية و الاسميه بمعنى أنّه حلّ له من حيث المنشأ و إرجاع للإضافه المالكيه فيمتنع إعماله فى المقام الذى لا يمكن فرض مالكيه المفسوخ عليه

و أمّا لو قلنا بأنّ الانعتاق و الخيار كليهما معلولان للعقد أو معلولان للملك و الخيار معلول للملك و الانعتاق للعقد ففيه وجهان

أحدهما السقوط أمّا على الأخير فلسبق الانعتاق على الخيار و أمّا على الأولين فلأنّ نصّه أخبار العتق و لا يقال يمكن الجمع بينهما بتأثير العتق و رجوع ذى الخيار إلى القيمة لأنّ القيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل

و ثانيهما الثبوت للجمع بين الحقيين و لا- يقال لا- يمكن الجمع بينهما لتعارض النصّين فإنّ التعارض إنّما هو بالنسبة إلى نفس العين و أمّا بالنسبة إلى القيمة فلا منافاه أصلا بل هو عمل بالنصّين و مقتضى ثبوت حقّ الخيار الرجوع إلى القيمة للإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن الثمن و عن قيمة المبيع و تنزيلا للفسخ منزله الأرش من عدم سقوطه لو ظهر عيب فى المبيع مع انعقاده على المشتري أى كما أنّ الانعتاق لا يوجب سقوط حقّ المشتري من الأرش لو ظهر المبيع معيبا فكذا لا يوجب سقوط حقّ البائع بالنسبة إلى القيمة لعدم التنافى بينهما و ممّا ذكرنا ظهر أنّ جميع ما وجّه به الثبوت راجع إلى وجه واحد و هو ثبوت القيمة

نعم يرد على وجه السقوط أنّ النصّيه لا- توجب الترجيح فى المقام لأنّ تعارض أخبار الانعتاق و الخيار ليس من باب تعارض



الدليلين بل نظير تراحم الحقيين فأنصيته أخبار العتق لا تفيد تقديمه على الخيار

قوله قدس سره أقول إن قلنا

إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار وبالتقابل إلى آخره

محضه أنه لو قلنا بأن الفسخ يوجب خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه يمتنع الخيار في المقامين الأول في مسألتنا هذه لأن رجوع العمودين إلى ملك البائع يقتضى كون المشتري مالكا للعمودين و ذلك ممتنع لأنه لا يترتب على ملكيه لهما سوى الانعتاق الثانى فى ما لو انتقل بالملك اللأزم إلى الثالث فإنه يمتنع أن يرجع المبيع إلى البائع الأول مع أن المشتري الثانى اشتراه من المشتري الأول و السير فى ذلك ما ذكرناه من أن تقدير الملك ليس مجرد الفرض بل له واقع غايه الأمر أنه ملك غير مستقر و الملك الحقيقى الآنى يمتنع فى هذين المقامين نعم

فى مورد التلف الحقيقى يمكن تقدير الملك قبل التلف أنا ما للبائع و أما لو قلنا بأن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كانت موجوده و بدلها إن كانت تالفه أو بحكم التلف فلا مانع من إعمال الخيار فى جميع المقامات

و الحق ذلك إذ لا- موجب لتقدير الملك بل لا موجب لضمان من عليه الخيار فإن مجرد تلف المبيع فى يد المشتري من مال البائع لا- يوجب ضمان المشتري لماله لو لم يكن يده يد ضمان و لو كانت فلا موجب للتقدير و المفروض أن نفس المعامله اقتضت التضمن بمعنى أن درك التالف على من تلف عنده لأن حقيقه البيع تقتضى تضمين كل منهما لمال الآخر و معنى ضمانه أنه لو تلف عنده يصير عوضه المسمى ملكا مستقرا لآخر فالعين قبل الفسخ مضمونه بثمنها و أما بعد الفسخ فمضمونه بقيمتها لو كانت تالفه لأن عدم إقدام المتبايعين مع قبض العوضين يقتضى ضمان كل منهما لمال الآخر فما دامت العين موجوده لو فسخ أحدهما ردت العين و لو كانت تالفه ردت قيمتها لأن بالفسخ ينحل المعامله فيرد الثمن و يأخذ القيمه

إلما أن يقال إن التضمن الذى يتصور فى هذا القسم من المعامله إنما هو التضمن من حيث أصل المعامله و هو جعل العوض للمبيع و جعل المعوض للثمن بمعنى تبديل المال بالمال

و أما التضمن المطلق الذى يقتضى الضمان بالمسمى قبل القبض بحيث إذا تلف المبيع أو الثمن انفسخت المعامله و رد الباقي منهما إلى مالكة الأصل و يقتضى الضمان بالمثل أو القيمه بعد القبض بحيث إذا تلف المقبوض و طرأ فسخ أو انفساخ أو إقاله يرد مثله أو قيمته إلى الطرف فلا- يعقل هنا لأنه لا يمكن للبائع مثلا أن يلتزم بضمان المبيع و كون دركه عليه بالضمان المطلق حتى فى مورد التلف لأن معنى ضمانه كذلك أن يكون تلفه من ماله و لازمه أن يقدر العبد ملكا له أنا ما قبل التلف و لازمه عدم انعتاقه على المشتري و هذا ينافى حكم الشارع به

و على هذا فلا يمكن أن تجرى القاعده الأخرى فى المقام و هى أن بالقبض ينتقل الضمان لأن معنى هذه القاعده أن القبض يقتضى أن يكون تلف المقبوض على مالكة الفعل عكس تلفه قبل القبض لأنه على مالكة الأصل و يقتضى أيضا انتقال الضمان بالمسمى إلى الضمان الواقعى و هذه القاعده فرع القاعده الأولى فإذا لم يكن للبائع مثلا الالتزام بالمسمى بالضمان المطلق قبل القبض لم يكن له الالتزام بالضمان المطلق بعد القبض بالضمان الواقعى فلا يقدر على حل العقد بالفسخ و لا بالإقاله و ليس هذا العقد بعد صحته قابلا لأن يطرأ عليه انفساخ فتدبر

قوله قدس سره إلّا مع إقدام

المتبايعين على المعامله مع العلم إلى آخره

ذكرنا سابقا أن شراء من ينعق لو كان من باب الاستنقاذ لا البيع الحقيقي فسقوط الخيار في كمال الوضوح لإيجاد البائع ما هو سبب للإتلاف و أمّا لو كان من قبيل البيع الحقيقي كما هو ظاهر أكثر الأخبار من أنه يملك فينعق عليه فسقوطه مشكل حتى في مورد العلم إلا على ما ذكرنا من أن المعامله الكذائيه بنفسها سبب للإتلاف و لا يقاس على ما إذا باع عبدا و شرط عتقه على المشتري لأنّ مجرّد الشرط ليس سببا للعتق فإنّ للشارط إسقاط شرطه فالبيع بشرط العتق ليس سببا للإتلاف و هذا بخلاف بيع من ينعق على المشتري قهرا و هكذا لا يقاس على ما إذا شرط البائع على المشتري تصرفا ناقلا أو أذن له في التصرف الناقل أو التالف فإنّ مجرّد الشرط و الإذن مع إمكان إسقاط الشرط أو الرجوع عن الإذن ليس موجبا لسقوط حق الخيار لأنّه ليس سببا للإتلاف المبيع

و بالجملة التصرف بلا- إذن و الإذن بلا- تصرف من المأذون ليس موجبا لسقوط حق الخيار بخلاف المقام فإنّه كالإتلاف الخارجيّ و السرّ فيه أن الخيار يثبت بالنسبه إلى قيمه في مورد لا يكون من أحد المتبايعين إقدام على المجائيه و في المقام مع علم البائع بأنّ المبيع ينعق على المشتري لا يمكن تضمينه إيّاه و إذا امتنع التّضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

#### [و منها شراء العبد نفسه]

قوله قدس سره و منها شراء العبد نفسه إلى آخره

مفروض المسأله هو ما لو اشترى نفسه من مولاه بماله لنفسه و بعد فرض كون العبد مالكا للمالك كما يظهر في باب المكاتبه و فاضل الصّريه يرد إشكالان في المقام الأوّل أنّه و إن كان العبد مالكا إلا أنّه و ملكه ملك للمولى و في البيع يشترط أن يكون الثمن و المثلثين مختلفين مالكا لأنّه تبديل طرف إضافه بطرف إضافه لشخص آخر و ليس تبديلا مكانيا فلا يعقل أن يبذل الإنسان أحد ماله بالآخر و في المقام نفس العبد ملك للمولى و الثمن الذي هو ملك للعبد ملك للمولى أيضا فكيف يبيع عبده بمال عبده الذي هو ماله الثاني أنّ العبد كيف يملك نفسه مع أنّه لا يعقل أن يتحد الملك و المالك

فصحه هذه المعامله تتوقّف على دفع الإشكالين فنقول أمّا الأوّل فمدفوع بكفايه التعدّد اعتبارا و ذلك لأنّ الثمن و إن كان ملكا للمولى إلا أنّه ملكه طولا لا في عرض ملكه للعبد فإنّ الملك الواحد لا يجتمع عليه مالكا عرضا و أمّا طولا فلم يقم على امتناعه دليل فالثمن الذي يملكه العبد و إن كان ملكا للمولى إلا أنّه ملك له طولا و المثلث و هو العبد ملك للمولى بلا واسطه فيجوز تبديل ملك له بلا- واسطه بملك له بواسطه ملكه لصاحب المال فاختلف المالكين اعتبارا و دفع الثاني بأنّه لا مانع من تملك الإنسان لنفسه بمعنى أنّه كان أولا- رقا و منافعه ملكا للغير فإذا اشترى نفسه صار حرا أي لا يملك منافعه أحد و لا ينافي ملكته لنفسه عدم تسلّطه على بيع نفسه فإنّ الملكيه لا تلازم السلطنه المطلقه

و كيف كان فموضوع البحث في المقام أنّه بعد الفراغ عن صحه شراء نفسه لنفسه فهل فيه خيار له أو لمولاه أو كليهما أو لا مطلقا وجوه الظاهر عدم الخيار أمّا بالنسبه إلى العين فلائ الحر لا يعود رقا و أمّا بالنسبه إلى قيمه فلما عرفت في المسأله السابقه

من أنّ الخيار يتعلّق بما فيه تضمين و مع علم المولى بأنّه عبده و علم العبد بأنّ اشتراء نفسه موجب لمالكيتته لنفسه المساوق  
للحرية لا يعقل تضمين معاملي حتى ينتقل الضمان

و بالجمله فى بيع من يعتق على المشتري لما امتنع تضمين البائع المشتري لعلمه بتلفه عليه قهرا امتنع الخيار بالنسبه إلى الطرفين و فى مسألتنا هذه امتنع التضمين من كليهما العلم المولى بحريه العبد بمجرد شرائه نفسه فيمتنع تضمينه بالنسبه إلى المبيع و علم العبد بأن الثمن ملك لمولاه لأنه و ما فى يده لمولاه فيمتنع تضمينه للثمن فسقوط الخيار فيها أولى من مسأله شراء من يعتق على المشتري

قوله قدس سره و فيها أيضا أنه لو اشترى جملا فى شدّه الحرّ فى الخيار إشكال إلى آخره

لا- يخفى أنّ المحقق الثّانى وجّه الإشكال بأن كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن إعمال الخيار فيه ثم أورد عليه بأنّ الخيار لا يسقط بالتلف و وجهه المصنف قدس سره بأنه يحقل اعتبار قابليته العين للبقاء بعد العقد فى تعلّق الخيار بها ثم تأمل فيه و لعلّ منشأ تأمله أنّ مجرد احتمال اعتبار البقاء ما لم يقم عليه دليل لا- يوجب تقييد إطلاق أدلّه الخيار و لا يخفى أن إيراد جامع المقاصد على ما أفاده فى منشأ الإشكال و تأمل المصنف على ما ذكره فى منشئه و اردان على البيان الذى ذكره فإنّ كون المبيع تالفا صغرى لا تدرج تحت كبرى مسلمه و احتمال اعتبار قابليته العين للبقاء دعوى بلا دليل

و أما لو قرّر الإشكال بما مرّ نظيره فى بيع من يعتق على المشتري و شراء العبد نفسه فلا يندفع بما أفاده و بيان ذلك أنّ مورد تعلّق الخيار إنّما هو فيما إذا ضمّن كل من المتبايعين الآخر بماله و مع علمهما بتلف المال خارجا أو شرعا أو عادة فلا تضمين و إذا امتنع التضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

و بعبارة أخرى مورد خيار المجلس هو البيع الّذى لم يكن بناء المتعاقدين على الإعراض عن العوضين و مع علمهما بأنّ المال بمجرد البيع يخرج عن المائنه إمّا شرعا أو عادة فقد أقدم على ذهاب مالهما و فى بيع من يعتق على المشتري نفس البيع سبب للإتلاف شرعا و هكذا شراء العبد نفسه سبب للإتلاف شرعا للملازمه بين ملكيه النفس و الحريه و أمّا بيع الجمل فليس سببا للإتلاف بل شدّه الحر سبب له و لذا اتفقوا على سقوط الخيار بالنسبه إلى الأولين و اختلفوا بالنسبه إلى الأخير

### [مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]

قوله قدس سره لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع إلى آخره

لا إشكال فى عدم ثبوت خيار المجلس فى شىء من العقود الجائزه سواء كانت جائزه حقّا كالعقود الإذنيه أو حكما كالهبة الغير المعوّضه لأنّ جعل الخيار فيها لغو بل ظاهر دليل خيار المجلس أنّ مورده العقد الّذى من شأنه اللزوم لو لا الخيار و الهبه و إن أمكن طرؤ اللزوم عليها كما لو تلفت العين الموهوبه إلّا أنّ لزومها ليس لسقوط الخيار بل لو طرأ الملزم فى المجلس أيضا يلزم الهبه

و على هذا فينبغى توجيه كلام الشيخ فى دخول الخيار فى مثل الوكالة بأن مراده من دخول الخيار فى هذه العقود تعلقه بها إذا وقعت فى ضمن عقد البيع بنحو النتيجة فتتفسخ الوكالة بفسخ البيع تبعاً و هذا و إن لم يكن من الخيار فى الوكالة بل هو فى البيع إلا أنه بملاحظه سائر كلمات الشيخ من عدم تعلق الخيار بالوكالة و أمثالها لا محيص عن هذا التوجيه

و بالجملة لا معنى لثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه إنما الكلام فى ثبوتها فى العقود المعاوضيه اللآزمه كالصّلىح و الإجاره و سائر العقود من الرهن و القرض ممّا يلحق بالعقود المعاوضيه و الحقّ عدم ثبوتها فيها أصلاً لاختصاص أدلته بالبيع و لا يقال على سائر أحكام المبيع مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع و خيار العيب و نحو ذلك على ما هو الظاهر

من الفقهاء من إجرائها في سائر العقود المعاوضيه و ذلك لما يظهر في محلّه من أنّ سائر أحكامه التي أجروها في سائر العقود إنّما هو لدلاله أدلتها على أنّ منشأ ثبوتها في البيع إنّما هو لكونه معاوضه لا من جهة خصوص البيعه

و بعبارة أخرى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع مثلا إنّما هو لاقتضاء الضمان المعاوضي ذلك لا لتعبّد شرعيّ صرف و هكذا خيار العيب إنّما هو للاشتراط الضمني الذي بناء كلّ عاقد عليه لا للتعبّد المحض و إن أعمل فيه التعبّد أيضا من جهة الخيارين الرّد و الأرش إلّا أن أصل جعله ليس تعبديا صرفا و هذا بخلاف خيار المجلس فإن وجه ثبوته ليس إلّا التعبّد الصرف فلا يتعدى من البيع إلى غيره

### [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

لا إشكال في ثبوت خيار المجلس في الصرف و السلم لو تحقّق القبض في المجلس إنّما الإشكال في ثبوته فيهما قبل القبض و منشأ الإشكال أنّ الخيار ملك فسخ العقد و الفسخ إنّما يتعلّق بالعقد الصحيح و المفروض أنّ الصحه تتوقف على القبض و تنقيح ذلك يتوقف على بيان أمور الأوّل أنّ المجلس الذي يعتبر القبض فيه في الصرف و السلم لا يشترط أن يكون مجلس العقد بل يكفي القبض فيهما ما لم يفترق المتبايعان و إن خرجا عن مجلس العقد

و يدلّ عليه قوله ع و إن نزي حائطا فانز معه فيستفاد منه كفايه القبض قبل التفريق و إن فارقا مجلس العقد مصطحبين الثاني إذا صار أمران سببا لانفساخ العقد ينسب الفسخ إلى أسبق السببين لو كان الثالث ذكر العلّامه وجهين لوجوب القبض شرعا أحدهما مختصّ بالصرف و ثانيهما مشترك بينه و بين السلم

أمّا المختصّ فهو لزوم الرّبا و يجب أن يحمل كلامه على لزومه في الجملة و هو لو كان الثمنان من جنس واحد كالذهب بالذهب مثلا فإنّه لو أقبض أحدهما مثقالا من الذهب و لم يقبضه الآخر إلى مدّه يلزم الرّبا لأنّ للأجل قسطا من الثمن و المثقال التّقدى أزيد قيمه من التّسيئه فيلزم الرّبا و هذا الكلام و إن لم يخلو عن إشكال إذ لا نقيصه إلّا إذا شرط التأجيل لا إذا كانت المعامله نقديّه و لم يسلم أحدهما العوض فإنّه لا رباء فيه إلّا أنّه لا يرد عليه المناقشات التي ذكرها بعض المحشين

و أمّا المشترك فهو وجوب الوفاء بالعقود و لا يقال بعد شرطيه القبض في صحه العقد لا عقد حتى يجب الوفاء به لأنّ نقول التّخصيص الوارد على العقود اللّازمه قد يرد على جميع آثارها و قد يرد على بعضها فمن الأوّل الخيار فإنّ العقد المشتمل على إنشاء التبديل مطابقه و على التعهّد بما أنشأه التزاما و على الشّروط الضّمنيه كنفد البلد و التّسليم و التسلمّ و السلامه من العيب و عدم الغبن إذا خصّص مدلوله بدليل الخيار الموجب لملك فسخ العقد و إقراره يكون جميع مراتبه خياريا و لذا لا يجب التّسليم و التسلمّ فيه كما أنّ له فسخ العقد أي عدم الوفاء بما تعهّده التزاما و من الثاني القبض في الصرف و السلم فإنّه معتبر في الملكيه لا في أصل العقد و لا في وجوب الالتزام بما التزم به و يؤيد ذلك بل يدلّ عليه الخبر المذكور و هو إذا نزي حائطا فانز معه فإنّه



لو كان أصل العقد و صحه المنشأ به موقوفا على القبض لم يكن وجه لتعقيب أحد المتبايعين الآخر في تحصيل القبض  
و بالجمله دليل الخيار ناظر إلى أوفوا بالعقود و العقد المتضمن للشرائط الضميمة التي منها التسليم

و التسلم إذا خصص دليل الخيار لا يجب الوفاء به في زمان الخيار بالنسبة إلى التسليم و التسلم أيضا لحكومته دليل الخيار على مثل الناس مسلطون فلا- يرد إشكال المحقق الأردبيلي بأن منع أحد المتبايعين عن الإقباض لا يسوغ ظلم الآخر و ذلك لأن وجوب الإقباض لو كان من باب تسليم مال الغير لكان إشكاله في محله و أما لو كان من جهة الشرط الضمني الذي خصص دليل الخيار فلا يرد إشكاله و أما دليل اعتبار القبض في الصرف و التسلم فليس ناظرا إلى العقد بل القبض شرط للملك فلا ينافيه وجوب التسلم و لا مانع من تعلق خيار المجلس بهما فيكون مبدؤه العقد ثم إنه لا تنافي بين كون القبض شرطا للملكية و كون الإقباض واجبا شرعا لحق مالكي لأنه لو كان استفادته الشرطية و الوجوب التكليفي كلاهما من الأخبار الآمره بالقبض لكان من باب استعمال المشترك في معنييه و أميا لو كانت الشرطية مستفاده من الأخبار و الوجوب التكليفي من أوفوا بالعقود فلا إشكال أصلا

فتحصل ممّا ذكرنا أنه لو قلنا بوجوب القبض في الصرف و التسلم لحق شرعي مالكي و لذا يصح الإقالة فيهما فمبدأ الخيار من حين العقد و ثمرته ظاهره و أما لو لم نقل بوجوبه فمبدؤه بعد القبض إذا كان المجلس باقيا و ذلك لأنه لو لم نقل بوجوبه إمّا لما ذكره الأردبيلي من أنّ وجوب القبض من باب وجوب ردّ المال إلى مالكة فلو لم يكن كلّ عوض ملكا للآخر فلا معنى لردّه و إمّا لاعتبار القبض في أصل العقد لا في الملك فالعقد قبله غير تامّ و على أيّ حال لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض لأنّ الخيار يتعلّق بالعقد الذي لولاه لكان العقد لازما فإذا لم يكن كذلك فلا- معنى لتعلّق الخيار به و لا- يقاس على الخيارين العرضيين اللذين يردان على العقد لأنّ كلّا منهما لو لم يكن لكان العقد لازما من هذه الحيثية و لو لم يكن لازما مطلقا و هذا بخلاف عقد الصرف مثلا فإنه و لو لم يكن خياريا أيضا لم يكن لازما

و بعبارة أخرى الخيار هنا في طول القبض و مترتب عليه و ليس من قبيل الخيارين العرضيين اللذين يؤثر كلّ منهما أثرا خاصيا فمجرد إمكان الأثر للخيار كما يظهر من المصنف قدس سره لا يفيد في ثبوته لو دلّ الدليل على تعلقه بما لولاه لكان لازما و لو من هذه الحيثية فتأمل جيّدا

ثم إنّه يمكن أن يكون قول صاحب الدروس قدس سره ناظرا إلى هذا القول بأن يكون مراده من اللزوم في قوله فإنّ للقبض مدخلا في اللزوم المستفاد من أوفوا بالعقود لا اللزوم مقابل الصّحة أي بدون القبض لا يجب الوفاء بالعقد لأنّ للقبض دخلا في وجوب الوفاء به

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما إلى آخره

أي ممّا ذكرنا من أنه لو قلنا بعدم وجود التقابض ففي أثر الخيار خفاء ظهر أنّ الخيار الثابت للمالكين في باب الفضولي مبدؤه حين الإجازة و ذلك لأنّ الخيار الثابت هنا إنّما ثبت للبيع و البيع هو المالك بعد الإجازة لأنه ليس قبلها بيعا من غير فرق بين الكشف و الثقل لأنّ الإجازة و إن كانت إنفاذ العقد الفضوليّ و العقد سابق عليها إلّا أنّ أثر كونها إنفاذ المنشأ إنّما هو ترتيب آثار الملكية من حين العقد لا إثبات الباعية

للمجيز لأنّ البائعيه إنّما يثبت بالوجود التكويني للإجازة

و بعبارة أخرى بعد العلم بأنّ صحه عقد الفضوليّ تتوقّف على أن لا يكون فعل الفضوليّ علّه تامّه لترتب أثره عليه كترتب الإيلاء على الضرب فإنّه بالإجازة لا يستند إلى المجيز و بعد العلم بأنّ النزاع في الكشف و النّقل إنّما هو فيما يرجع إلى فعل غير المالك بحيث كانت الإجازة و نحوها إنفاذ الأمر سابق عليها كإجازة المرتهن و العمّه و الخاله و كأداء الزكاه ممّن باع المال الزكوى يظهر أنّ الإجازة من المالك في المقام تؤثر في استناد المسبّب و التّملك إلى نفسه و لو من حين عقد الفضوليّ و لا يمكن أن تؤثر في صدق البائعيه عليه من ذلك الحين و كما لو عقد فضوليّ و أجازة فضوليّ آخر ثم أجاز المالك تلك الإجازة لا تؤثر إجازته في الإجازة السّابقة بل بنفسها إجازة من المالك لأنّ حيثيه الإجازة مترتبه على وجودها التكويني فكذلك صدق البائعيه في المقام مترتب على وجودها التكويني و نزاع الكشف و النّقل جار في ما هو القابل لتعلّق الإجازة به و لذلك لم يجر هذا النزاع في القبض المعتر في الصرف و السّلم و في قبول المشتري و أمثالهما ممّا هو بنفسه أحد أركان العقد

### [القول في مسقطات الخيار]

### [مسألة لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد]

### إشارة

قوله قدس سره لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد إلى آخره

لا يخفى أنّ عمده الإشكال المتصوّر في هذا المسقط أحد الإشكاليين على سبيل المنفصله الحقيقيه فإنّ اشتراط سقوطه في متن العقد إمّا يرجع إلى إسقاط الخيار فيرد عليه أنّه إسقاط لما لم يجب أو يرجع إلى عدم كون هذا العقد خياريا فيرد عليه أنّ هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه مضافا إلى لزوم الدّور لأنّ عدم كون العقد خياريا يتوقّف على لزوم الشرط و لزومه يتوقف على عدم كونه خياريا لأنّه لو كان جائزا لكان الشرط في ضمنه كذلك أيضا

و أمّا سائر الإشكالات فلا يرد أصلا أمّا تعارض دليل الشرط مع دليل الخيار ففيه أنّه لو كان الشرط راجعا إلى الإسقاط لا ينافيه الخيار حتّى يرجح دليل الشرط بعمل الأصحاب أو بالحكومة لأنّه مع ثبوت الخيار فقد أسقطاه و لو رجع إلى عدم كون العقد خياريا فليس المعارض إلّا مخالفه الشرط للسنه الدالّه بالإطلاق على ثبوت الخيار في كلّ عقد

و أمّا مخالفه الشرط لمقتضى العقد ففيه أنّ الخيار ليس مقتضاه بل من الأحكام الشرعيّه الثّابته له فليس شرط سقوطه مخالفا لمقتضاه كما لا يخفى فالعمده أحد الإشكاليين و لا يمكن أن يراد في عرض واحد على موضوع واحد لأنّ الشرط لو رجع إلى الإسقاط فليس مخالفا للكتاب فهو كإسقاطه بعد العقد و لو لم يرجع إليه فليس إسقاطا لما لم يجب

إذا عرفت ذلك فنقول ذكر المصنف قدس سره ضابطا لامتياز الشرط المخالف عن غيره و هو أنه لو كان ملاك الحكم بنحو العلية لشرط المخالف له مخالف للكتاب و لو كان بنحو الاقتضاء فلا- يكون مخالفا له و هذا و إن تم ثبوتا إلا أنه لا يتم إلا بالوحي أو الإلهام إثباتا لأن معرفه أن ملاك الحكم بنحو العلية أو الاقتضاء لا تحصل إلا للأولياء فالأولى أن يقال إن الحكم إما تكليفي أو وضعي و التكليفي إما اقتضائي أو تخيري فلو كان تكليفيًا اقتضائيًا فالشرط المخالف له مخالف للكتاب لأن وجوب الصلاة أو حرمة الخمر يشمل بإطلاقه مورد شرط الترك و الشرب إلا أن يدل دليل على خلافه فيستكشف به أن الوجوب

أو الحرمة مشروط بعدم الشرط أو النذر كما دلّ الدليل على صحّحه نذر الإحرام قبل الميقات و لو كان تخييرياً فالشرط المخالف له ليس مخالفاً للكتاب فإنّ شرط عدم شرب الماء لا ينافي إباحته إلّا أن يدلّ دليل على خلافه كما ورد أنّ شرط ترك التسرى و التزويج لا ينفذ فإن به يستكشف أنّ الشارع أراد إباحة التسرى مطلقاً

و بالجمله مقتضى الأصل في طرف الاقتضاء و التخيير متعاكس و لو كان وضعياً فإمّا من الحقوق أو من الأحكام فلو كان حقاً فشرط سقوطه لا ينافي الكتاب و لو كان حكماً كميّرات الزّوجه الدائمه و عدم الإرث للمتمتع بها فالشرط المخالف له مخالف للكتاب إلّا إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلك ظهر أنّه لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً فهو شرط مخالف للكتاب إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلك لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً فهو شرط مخالف إلى هنا

و لا- يقال إنّ الأحكام الثابتة للأشياء بعنوانها الأولى ثابتة لها اقتضاء لو خليت و طبعها فلا ينافي طرفاً عنوان ثانوى لها رافع لحكمها لأننا نقول لو كان دليل الشرط مثل دليل لا ضرر و لا حرج لكان كذلك و أمّا لو اعتبر في نفس دليل الشرط عدم كونه مخالفاً للكتاب فعمومه حيث خصّص لا يرفع حكم الواجب أو الحرام

نعم لو دلّ دليل خاص على صحّحه هذا الشرط نستكشف أنّ ملاك الحكم الوجوبى أو التحريمى تامّه في غير مورد الشرط و أمّا الأدلّه العامّه فلا- يمكن حكومتها على أدلّه الأحكام الوجوبيه أو التحريميه بل إطلاق دليل الحكم أو عمومه يدخل الشرط في المستثنى

نعم لو أغمضنا عن هذا الإشكال و أجبنّا عنه بما أجاب به المصنف قدس سره لا يرد إشكال الدّور لأن الشرط في العقد الجائز و إن لم يكن لازم الوفاء إلّا أنّ لزوم هذا الشرط لا يتوقّف على لزوم العقد و لا لزوم العقد على لزوم هذا الشرط لأنّ اشتراط عدم كون البيع خيارياً يرجع إلى أنّه ليس في هذا العقد ما يوجب الفسخ

و بعبارة أخرى و لو لم يكن في البين مثل المؤمنون عند شروطهم إلّا أنّ وجوب الوفاء بالعقد كاف في لزوم الشرط لأنّه لو لم يكن هذا البيع خيارياً يبقى عموم أوّفوا بالعقود على حاله و يمكن أن يكون هذا مقصود المصنف قدس سره من أنّ عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد لا ما هو ظاهره من أنّه استفاد لزوم الشرط من قوله المؤمنون عند شروطهم فإنّ الإشكال بحاله لأن لزوم الوفاء بالشرط يتوقف على كون العقد لازماً و المفروض أنّ لزومه متوقّف على عدم كونه خيارياً

و بالجمله فالأولى أن يقال إذا لم يكن في البين خيار فالعقد لازم يجب الوفاء به و هذا الشرط راجع إلى كون العقد لازماً غير خيارى فلا- توقّف أصلاً ثم إنّ هذا كلّ لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً و أمّا لو رجع إلى عدم كون المشروط عليه ذا خيار أى إلى إسقاط حقّه فالإشكال بأنّه إسقاط لما لم يجب غير وارد لأنّ إسقاط ما لم يجب الرجوع إلى هبه ما لا يملكه الواهب هو إسقاط حقّ لم ينشأ سببه أصلاً كالإسقاط قبل العقد

و أمّا لو وجد سببه و لو لم يحصل فعلاً فلا مانع عن إسقاطه قال في التذكرة لو وّكّله في شراء عبد و عتقه و فى تزويج امرأه و طلاقها و استدانه دين و قضائه صحّ انتهى ففى كلامه إشارة إلى أنّ ما اشترط في الوكاله من كون المتعلّق مملوكاً للموكل لا

يجب أن يكون ملكا فعليا بل إذا حصل المقتضى للملكية صحّ الوكّال فيه بخلاف ما إذا لم يحصل سببها أصلا كما لو وّكّله

فى طلاق زوجه سينكحها أو أسقط الموكل خيار المجلس حين توكيله للبيع أو شرط فى ضمن عقد لازم سقوط الخيار فى العقد الذى سيوجده

و بالجمله لا- إشكال فى صحه الزهن الواقع بعد إنشاء البيع كما لو قال البائع بعته و ارتهنته أو قال المشتري اشتريته و رهنته و أمثال ذلك فى المقام يصح إسقاط الخيار بعد إنشاء البيع و اشتراط سقوطه فى ضمنه و يدل عليه المكاتبه المذكوره فى الكتاب فإن الزوجه إذا صارت حره بأداء مال الكتابه فهى مختاره فى إقامتها مع زوجها العبد و مفارقتها إياه مع أنه ع أجاز شرط عدم الخيار لها قبل الحرّيه و ليس إلا لأن التشبث بالحرّيه يكفى لإسقاط الخيار

و لكن الأولى أن يقال إن اشتراط سقوطه فى متن العقد و إن لم يكن إسقاطا لما لم يجب إلا أنه لا لما هو ظاهر كلام المصنف من تحقّق المقتضى فإن وجوده من دون وجود الجزء الآخر من العله لا- يوجب إمكان الإسقاط الفعلى بل لأن معنى الخيار هو ملك الالتزام و محلّه فى متن العقد و الإسقاط يرجع إلى تفويض ملك الالتزام الذى ملكه بالعقد أو يملكه بعد إلى صاحبه فيرجع الإسقاط إلى دفع الحقّ لو كان الخيار متوقفا على أمر غير حاصل كخيار الغبن بناء على كون ظهوره شرعا له

و بيان آخر إن مرجع سقوط الخيار إلى سقوطه فى مرتبه وجوده لا إلى إسقاطه فعلا و حيث إنّ رتبه وجوده متأخره عن رتبه الملكيه فى عالم الإنشاء أيضا إذا كان متأخرا عن إنشاء الملك يصحّ إنشاؤه و يكون من قبيل إنشاء الحكم على الموضوع المقدر وجوده

قوله قدس سره ثم إنّ هذا الشرط يتصوّر على وجوه إلى آخره

الوجه الأول راجع إلى شرط النتيجة و لا شبهه أن النتيجة تحصل بالشرط لو لم يجعل الشارع حصولها من سبب خاص كالطلاق و العتق و النكاح و أمثالها فإن الشرط كالتنذر يتحقّق به ما يتحقّق بالنذر و فى المقام لم يجعل الشارع لسقوط الخيار سببا خاصا فيسقط بمجرد الشرط و أما الوجه الثانى و الثالث فيرجعان إلى شرط الفعل فالثانى كما لو شرط أن لا يبيع من زيد و الثالث كما لو شرط أن يبيع منه فلو باع منه على الثانى يبطل البيع لفساد معامله إذا تعلّق النهى بها من حيث المسبب و ذلك لأن الشرط يوجب سلب قدره المالك على البيع من زيد كما أنه يبطل لو باع من غير زيد على الثالث لعدم قدرته على البيع من غير زيد بالشرط فتصير معامله من جهه تخصيص الناس مسلطون بأدله الشرط منهيا عنها بالنهى النفسى لا من جهه أن وجوب البيع من زيد يوجب النهى عن ضده حتى يقال إنّ الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد و على فرض الاقتضاء النهى الغيرى لا يوجب الفساد و ذلك لأن معامله مضافا إلى اعتبار لصحتها من حيث شرائط العقد و العوضين و المتعاقدين يعتبر أن يكون إيجادها مقدورا لمالكها فتفسد إذا لم تكن مقدوره شرعا بالشرط

قوله قدس سره و كيف كان فالأقوى أنّ الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر إلى آخره

و السير فيه ما ذكرناه مرادا من أنّ القصد و الدواعى غير معتبره فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبني على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لأن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به

يتوقف على الالتزام به في العقد و مجرد البناء عليه ليس التزاما به و لا يقاس على أوصاف العوضين كالحنطه الحمراء أو لا على الشروط



التي جرت العادة والعرف على الالتزام بها في العقد

أمّا الأوصاف فلاّنها لو ذكرت قبل العقد فذلك يوجب انصراف العوض إليها في العقد فلا يحتاج إلى إنشاء على حدّه و أمّا الشّروط فسواء كانت من شروط العوضين كالسلامه من العيوب التي هي من قيود العوضين أم كانت من الشّروط التي كان بناء العرف و العادة عليها كالتسليم و التسلم فإنشاء العقد إنشاء لها لأنّها من لوازم ألفاظ العقود فكما أنّه ينشأ بها معانيها المطابقه فكذا مداليلها الالتزاميه و هذا بخلاف الشّروط الخاصّ للعقاد الخاصّ فإنّه ليس من المداليل الالتزاميه و ليس كالشّروط النوعيه و كالأوصاف فليس هو المنشأ في العقد إلّا مع ارتباط العقد به صريحا أو إشاره كأن يقول بعث على ما ذكر

و بالجملة بعد ما عرفت من أنّ المراد من اشتراط الإسقاط في متن العقد هو عدم فسخ العقد لا عدم كون العقد خياريا فليكن المراد من اشتراط سقوطه قبله هو هذا المعنى و ذلك لو أشير في العقد إليه يرتبط العقد به و لم يكن إسقاطا لما لم يجب و أمّا لو لم يذكر في العقد فهو من الشّروط الابتدائيه التي لا يجب الوفاء بها و إن وقع العقد مبنيًا عليها لأنّ مجرد البناء لا يفيد شيئا

و حاصل الفرق أنّ ذكر الأوصاف قبل العقد يوجب اعتبارها في العوض و عدم مقابله شىء من الثمن مع الوصف لا يوجب أن يتعلّق الإنشاء بالموصوف دون الوصف و أمّا الشّروط كالخياطه مثلا فلا يمكن أن ينشأ بالإنشاء المتعلّق بالمشروط فيه لأنه أمر خارج فيحتاج إلى إنشاء مستقلّ إمّا مطابقه أو التزاما كالشّروط النوعيه المنشأ بالالتزام

### [فرع ذكر العلامة موردا لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس]

قوله قدس سره فرع ذكر العلامة إلى آخره

لا يخفى صحّه هذا التّذير لأنّ العبد و إن خرج عن ملكه بالبيع إلّا أنّه حيث يمكن إرجاعه إلى ملكه بالخيار فيصحّ التّذير و لا يجوز له شرط عدم الخيار لأنّ إسقاط الخيار مناف للتّذير و التصرفات المنافيه له خارجه عن سلطنه التّأذير بسبب نذره و قول بعض المحشين إنّ إسقاط الخيار إنّما لا يصحّ فيما لا يمكن فيه الإقالة أو الشّراء و أمّا لو أمكن فلا مانع من إسقاطه غير وجيه لأنّ الإقالة أو الشّراء أو الاستيهاب ليس تحت قدره التّأذير لأنّ تحقّق هذه العناوين يتوقّف على إرادته شخص آخر و قد لا يريدّها و ما هو تحت قدرته أعمال الفسخ فيجب على التّأذير إعماله و مقتضاه عدم صحّه شرط سقوط الخيار

### [مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

#### إشاره

قوله قدس سره و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد إلى آخره

لا إشكال في سقوطه بالإسقاط إنّما الكلام في مدركه و الاستدلال بفحوى الناس مسلّطون غير تامّ لأنّه لو فرض دلالتّه بالصّراحه

على تسلط الناس على حقوقهم لا يفيد ذلك لأن السلطنة على المال و الحق هي أن يتصرف فيهما بالتصرفات التي تحت سلطنته  
لا التصرفات التي فوق سلطنته

و بعبارة واضحة ذكرنا في أول الخيارات أن مثل الناس مسلطون لا يدل على صحة الإعراض عن الملك الذي هو إذهب  
موضوع الملك فلا يدل على التسلط على إسقاط الخيار الذي هو إذهب موضوع الحق لأن التسلط على الحق معناه نفوذ تصرفه  
فيه بالنقل و أمثاله كإعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء لا إعدامه لإسقاطه

□  
اللهم إنا أن يقال إن الإعراض عن الملكيه و إن لم يكن من أنحاء السيلطنة على الملك لأن السلطنة عبارة عن الاقتدار و الاقتدار  
على سلب الاقتدار ليس تحت الاقتدار إلا أنه ليس الحق

مثل الملكيه لأنّ المملوك له وجود عيني غير الإضافه الحاصله بينه و بين المالك و وجوده العيني غير قابل للإعدام إلّا بنحو الشرب و الأكل الذي هو تحت السلطنه لا إعدامه بنحو الإتلاف الغير المرخص فيه شرعا

و بعباره واضحه إعدام المملوك ليس من أنحاء السيلطنه على الملك لأنه لا يمكن إعدامه تشريعا و فى عالم الإنشاء بل ما هو قابل للتصرف هو الإضافه الحاصله بينه و بين المالك و هذا بخلاف الحقّ فإنه ليس إلّا الإضافه الخاصه و قد لا يكون لمتعلق الحقّ وجود عينيّ و الإضافه الخاصه قابله للتصرف و لو بنحو الإعدام و لا ينتقض هذا بمثل حقّ التحجير و حق الرهانه و نحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالعين فإنّ تعلّقها بها ليس كتعلّق الإضافه المالكيه بالملك فإنّ الملك وجوده العيني ملك للمالك و هذا بخلاف الحقّ المتعلق بالعين فإنّ العين إمّا تكون ملكا لغير ذى الحقّ أو تكون من المباحات فنفوذ تصرف ذى الحقّ ليس إلّا بمعنى السيلطنه على الإسقاط بل أظهر آثار السيلطنه على الحقّ إعدامه إنشاء فبنفس قوله أسقطت حتى ينعدم الحقّ و ليست السلطنه عليه إلّا عباره عن إعدامه أو نقله إلى الغير لو كان قابلا للنقل

و بالجمله الفرق بين الحقّ و الحكم هو أنّ الحقّ قابل للإسقاط دون الحكم فإنّ الحقوق بأسرها قابله للإسقاط و إن لم يقبل بعضها للانتقال أصلا أو إلى غير من عليه الحقّ كحق الخيار فى المقام فإنه لا يقبل الانتقال إلى غير من عليه الخيار و لكنّه قابل للانتقال إلى من عليه الخيار كما سيجى ء شرحه

### [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

قوله قدس سره لو قال أحدهما لصاحبه اختر إلى آخره

لا- يخفى أنّ هذه الكلمه يحتمل أن يراد بها تمليك الخيار ممّن عليه الخيار فإنّ هذا الحقّ قابل لأنّ ينتقل إليه و إن لم يقبل الانتقال إلى غيره لأنه شرع لإرجاع العين إلى ملك مالكها الأصلي فهو تابع للمال و ينتقل إلى من كان أحد العوضين ملكا له و لذا ينتقل إلى وارثه و لا- ينتقل إلى وارث الأجنبي المذى جعل الخيار له فى العقد فإنّ الأجنبي بمنزله الوكيل ليس مالكا للمال حتى يكون مالكا لحقّ الخيار و يحتمل أن يراد بها تفويض الأمر إليه بحيث إنّه لو تصرف فيما فوّض إليه ينفذ فى حق الأمر و أمّا لو لم يتصرف فيبقى حقه على حاله كما لو أذن المرتهن فى بيع العين المرهونه فإنه لا يسقط الرهانه إلّا بالبيع لا بالإذن و هذا بخلاف الأوّل فإنّ التملك يوجب انتقال الحقّ من الأمر إلى المأمور

هذا مضافا إلى أنّه و إن لم يقبل الانتقال أصلا و لو إلى الطرف الآخر إلّا أنّ التملك غير التفويض فإنّ التملك بنفسه إسقاط لأنّ مرجع الخيار إلى ملكيه الالتزام فإذا نقل هذا الالتزام إلى طرفه فلا يملك التزام نفسه فيصير العقد كالعقد اللّازم ابتداء و هذا عين معنى الإسقاط و يحتمل أن يراد بها استكشاف حال المأمور لا- التملك و لا التفويض و ليست هذه الكلمه ظاهره فى إحدى المحتملات إلّا بقرائن حالتيه أو مقالتيه

### [مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]

قوله قدس سره مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين إلى آخره

لا إشكال في سقوط الخيار بالافتراق و لو لم يكشف عن الرضا بالعقد لأنه بنفسه من المسقطات و على هذا فلو حصل في حال الغفله و النسيان سقط به الخيار كما في حال الالتفات و الذكر و هذا لا ينافي اعتبار الاختيار بمعنى آخر في الافتراق و عدم كفايه الافتراق الحاصل عن كره إذا منع من التّخاير أيضا للفرق بين المكره و غيره بالنّص الخاصّ

و بالجمله

لو حصل الافتراق عن النسيان أو الغفلة أو إطراره الرّيح و الهواء يسقط به الخيار و ذلك لظهور أدلته بأن أمد الخيار عدم التفريق و بقاء الهيئته الاجتماعيّه الحاصله لهما حال العقد فإذا ارتفعت الهيئته فلا خيار بعده و إطلاق المسقط عليه مسامحه لأنّ التفريق بناء عليه غايه للخيار و هو بنفسه ليس موضوعا للحكم بل الموضوع له هو نقيضه و هو عدم التفريق فما قيل من أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه التبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه ممنوع جدّا

أمّا التبادر فلما ظهر تحقيقه في محلّه من عدم اعتبار الاختيار في موادّ الأفعال و لا في هيئاتها لاشتراكها بين أفعال السجايا و غيرها من الأعراض التّسعه نعم الفعل في مقابل الانفعال اختياري

و أمّا حديث الرّفْع ففيه أولا- أنّ النسيان مرفوع فيه أيضا مع أنّ القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة فيستكشف من السّيقوط في مورد النسيان أنّ ذات الافتراق بما أنّه فعل لا- بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات و حديث الرّفْع يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود و الإيقاعات و لم يؤخذ فيه عنوان العمد و الالتفات و لا الخطاء و النسيان و لا الأعم و إلّا لم يرتفع بحديث الرّفْع كما بيّن في محلّه و ثانيا بعد تسليم عدم الاعتبار بذات الفعل و بعد تسليم أنّ المرفوع لا ينحصر في الحكم التّكليفيّ إلّا أن مورد بعض المرفوعات منحصر في متعلّق التّكليف كالحسد و الوسوسه و الطّيره فتعميم الرّفْع لموضوعات التّكليف كالسّيّفر و الحضر و التّفريق مع عدم الجامع بين المتعلّق و موضوع التّكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنّه لو شرب المكلّف نسيانا أو كرها أو أفطر كذلك فشربه كالعدم لا أنّه لو تحقّق السّفر و الإقامة أو التّفريق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا- يلتزم أحد بأنّه لو أقام مثلا- عن كره يجب عليه القصر و ثالثا أنّه لو كان التّفريق بنفسه من المسقطات لكان وجوده كالعدم لو تحقّق كره و أمّا لو كان ضده و هو الهيئته الاجتماعيّه موجبا للخيار فرفع التّفريق تشريعا لا يثبت بقاء الهيئته الاجتماعيّه

نعم لو وقع التّفريق عن إكراه أو قهر مع المنع عن التّخاير أيضا بأن أجبر على السّيّكوت لكان الحقّ عدم السّيّقوط لكن لا لحديث رفع الإكراه بل لصحيحه الفضيل الدالّه على اعتبار الرّضا و الرّضا فيها و إن لم يكن بمعنى طيب النّفس بل بمعنى الاختيار إلّا أنّه لو أكره على التّفريق و منع من التّخاير أيضا لا يكشف هذا التّفريق عن اختيار العقد و إمضاءه

و بالجمله لو لم يمنع من أعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار العقد و إن أكره على التّفريق يسقط خياره كما أنّه لو منع من أعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار التّفريق يسقط خياره أيضا و أمّا لو أكره على كليهما فلا يسقط خياره لإمكان عدم اختياره بقاء العقد فلم يحرز الإمضاء فيستصحب الخيار

ثم لا يخفى أنّ

قول المصنف قدس سره و لا ريب أنّ الرّضا المعتبر ليس إلّا المتّصل بالتّفريق إلى آخره

غير صحيحه لأنّه لو كان المدار على التّفريق المختار عن الرّضا أي التّفريق النّاشي عن الطّيب بالعقد لكان اللّازم القول بعدم السّقوط في المتّفريق النّاشي عن الغفلة أو النسيان مع أنّه لا يلتزم به و لا يبعد أن يكون وجه العدول عن هذا التّفريق آخر بقوله أو

يقال إلى آخره ورود الإشكال عليه مع أنه يقع في محذور آخر على التفسير الثاني فإن التفريق ليس كاشفا نوعيا حتى يسقط بالخيار مطلقا

**[مسأله لو أكره أحدهما على التفريق]**

قوله قدس سره مسأله

لو أكره أحدهما على التفريق إلى آخره

لو تحقّق الإكراه الموجب لعدم سقوط الخيار بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر لكونه مختاراً إمّا بالبقاء لو كان المكره مكرهاً على الافتراق أو بالافتراق لو كان مكرهاً على البقاء ففيه احتمالات سقوط خيارهما مطلقاً و ثبوته لهما مطلقاً و سقوط خيار خصوص المختار دون المكره إمّا مطلقاً أو في خصوص ما إذا كان المختار مختاراً في التفريق دون البقاء و مبنى الاحتمالات أنه لو كان الافتراق و لو من واحد غايه لكلا الخيارين فيسقط من الطرفين لحصوله من أحدهما بالاختيار بناء على حصوله من سكون أحدهما مختاراً و حركه الآخر مكرهاً

و أمّا إذا قلنا بعدم حصوله إلّا بحركه المختار و عدم العبره بالسّيكون الاختيارى فيسقط من الطرفين في خصوص هذه الصورة و لو كان الافتراق من الطرفين اختياراً غايه لمجموع الخيارين فلا يسقط من واحد منهما لحصول افتراق أحدهما كرها و لو جعل افتراق كل غايه لخيار نفسه فيسقط في حق المختار مطلقاً أو فيما إذا كان متحرّكاً و أمّا لو كان ساكناً فلا يسقط و منشأ المبنى استظهاره من الأخبار و لكن الظاهر من مقابله الجمع بالجمع و التّشبيه بالتّشبيه أن يكون افتراق كلّ غايه لخيار نفسه دون غيره و هذا الظهور ارتكازيّ عرفيّ و بناء العرف عليه إلّا أن يقوم قرينه على خلافه و لذا قيل إنّ العام أظهر في الاستغراقية من المجموعيه فاعتبار اختيار كل واحد لمجموع الخيارين لا وجه له و كذا كفايه اختياريه أحدهما لسقوط خيارهما

نعم قد يستفاد من قوله عليه السّلام فمشيت خطاء ليجب البيع أنّ افتراق أحدهما اختياراً يكفي في سقوط كلا الخيارين لأنّ إطلاق كلامه يشمل ما إذا كان الآخر مكرهاً أو نائماً أو ناسياً أو غافلاً و لكن لا يخفى أنّه لا يمكن استفادة الإطلاق من فعله ع لأنّ القضايا الشخصية ليس لها إطلاق حتّى يصحّ الاعتماد عليها و لم يصدر الفعل في مقام بيان الحكم و لا في جواب السّؤال حتّى بترك الاستفصال يستفاد العموم منه ثم إنّ ما ذكرناه إنّما هو بحسب النّظر البدوي و أمّا بعد التعمّق فالحق بقاء خيارهما

و تنقيحه يتوقّف على رسم أمور الأوّل أنّ التفريق و كما يحصل بحركه كلّ منهما إلى جانب غير جانب الآخر كذلك يحصل بحركه أحدهما و سكون الآخر و القول بأنّ الافتراق ثبوتى و السّيكون عدميّ على فرض تسليمه لا أثر له لأنّ المدار في الخيار إذا كان على الهيئه الاجتماعيه فبحركه أحدهما تنفصل الهيئه و لم يعتبر في انفصال الهيئه الطيب و الرّضا حتى يقال إنّ الساكن لم يفعل شيئاً

الثانى أنّ بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه لا يرتبط بالمقام فإنّه لو قيل ببقاء الأكوان لا بتجددها آناً و عدم احتياج الباقي في بقائه إلى المؤثر يعنى أنّ العله المحدثه هي المبقية فغاياته أنّ استمرار السّكون ليس مستندا إلى الساكن بل بقاؤه إنّما يكون بنفس علة المحدثه و هذا لا يفيد بعد ما ظهر أنّ الهيئه الاجتماعيه ترتفع و لو بإطاره الهواء و أنّ مجرد انفصالها و لو عن إكراه يوجب سقوط الخيار

الثالث أنّ اقتضاء مقابله الجمع بالجمع و التّشبيه بالتّشبيه التوزيع إنّما هو لظهور جعل عنوان فعل كل مكلف متعلّقاً لتكليف نفسه و لذا يحتاج اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده على ظهور أدلّه التكاليف و أمّا لو لم يتوقّف اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده فلا

يصير الشَّمولَى أظهر من المجموعى و فى مقامنا حيث جعل الهيئه الاجتماعيه مدارا للخيار فلا يقتضى ملاحظه وصف الاجتماع إلى مؤونه زائده لأنّ الهيئه من الإضافات القائمه بالطرفين و قوامها باجتماع كليهما على هذا الوصف بل فى مثل المقام اعتبار إضافه كلّ بالنسبه إلى نفسه يحتاج إلى مؤونه زائده

إذا عرفت ذلك ظهر من الأمرين الأولين أنّ التفصيل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما لا وجه له و ظهر من الأمر الثالث أنّ التفصيل بين المختار مطلقا و المكروه فالسقوط عن المختار و الثبوت للمكروه لا وجه له لأنّ الإضافه تنقطع باختيار أحدهما فيبقى فى المقام قولان آخران الثبوت لهما و السقوط عنهما و لو لا- صحیحه الفضيل لكان مقتضى الإطلاقات السقوط عنهما لأنّ فيها جعل مدار الخيار على عدم التفرق الساقط بتفرق أحدهما و لو عن كره إلا أن مقتضى تقييدها بصحيحه الفضيل أنّ المدار فى السقوط على اختيار كليهما فإذا أجبر أحدهما على التّخاير و منع منه و أجبر على التفرق أيضا لم يعلم بقاء المَجبور على حاله الذى كان قبل الجبر فلم يحرز الاختيار إذ لعلّه كان يفسخ فيستصحب الخيار

و بالجملة الظاهر من الصّحيحه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفى بانتفاء رضاء أحدهما أو كليهما فيبقى الخيار حتّى بالنسبه إلى المختار و لا وجه لمعارضتها بفعل الإمام ع بعد ما ظهر أنّ القضيّه الشخصيه لا يستفاد منها الحكم الكلى فتأمل جيّدا

قوله قدس سره فالنص ساكت إلى آخره

و ذلك لأنّه بعد أن جعل مدار الخيار بضمّ الصّحيحه إلى الإطلاقات على الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما بمقتضى طبعها فإذا فقد هذه الهيئه بلا اقتضاء طبعهما بل بالكروه و الجبر مع عدم دلالة الصّحيحه على ثبوت الخيار لهما بفقد الرضا و الاختيار لعدم ثبوت المفهوم لها فيجب الرجوع إلى الاستصحاب فيما لو زال الإكراه حتّى فى أوّل زمان زواله فضلا عمّا بعده

نعم بعد أوّل الزمان ما يجرى النزاع فى أنّه من مورد الرجوع إلى الاستصحاب أو عموم العام أو التفصيل بين ما لو كان الخيار متّصلا بالعقد كخيار المجلس و ما لو كان منفصلا و سيجىء إن شاء الله تفصيله فى محلّه

### [مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف]

قوله قدس سره و من مسقطات هذا الخيار التصرف إلى آخره

سيجىء فى محلّه أنّ سقوط الخيار بالتصرّف ليس لحكم تعبدى و لا- لكشفه عن الرضا بل التصرفات المالكيه هى بنفسها بمقتضى القواعد من المسقطات لأنّها إجازة فعليه و على هذا لا فرق بين خيار الحيوان و غيره بل لو كان سقوطه لدليل تعبدى أيضا لم يكن فرق بين جميع الأقسام فإنّ قوله ع فذلك رضا منه بمنزله عموم العله

### [الثانى خيار الحيوان]



قوله قدس سره الثاني خيار الحيوان إلى آخره

لا- يخفى أنّ ظاهر النصّ و الفتوى و إن شمل كلّ ذى حياه و لكن مقتضى مناسبه الحكم و الموضوع اختصاص هذا الخيار بالحيوان المقصود منه حياته لا لحمه فالصّيد المشرف على الموت و السمك و الجراد اللذان يقصد منهما اللحم نوعا و إن قصد نادرا حياتهما خارجه عن هذا العموم بل يمكن استفاده التخصيص من بعض الأخبار المعلل فيه الخيار بنظره المشتري و بناء عليه يختص أيضا بالحيوان الشّخصى لعدم جريان النّظره فى الكلّى فإنه لا يصحّ بيعه إلّا بعد تعيينه بالأوصاف و بما يوجب اختلاف قيمه هذا مضافا إلى أنّ المشتري لا يملك مطالبه الكلّى فى باب السلم

قبل موسم قبضه فلا- يمكن جعل مبدأ الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أنّ مبدأ الثلاثة من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوتها في الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما

نعم الكلى في المعين لو صحّ بيعه كما إذا كان جميع أفرادها متساوية في القيمة لا يبعد ثبوت الخيار فيه لجريان التعليل

### [مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

قوله قدس سره مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري إلى آخره

الأقوال في المسألة ثلاثة اختصاصه بالمشتري مطلقا كان الثمن كالمبيع حيوانا أم لا و ثبوته لهما مطلقا و اختصاصه بمن انتقل إليه الحيوان مطلقا

و منشأ الأقوال اختلاف الأخبار فبعضها ظاهر في اختصاصه بالمشتري كقوله ع الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري و بعضها ظاهر في ثبوته لهما كقوله ع في صحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و بعضها ظاهر في ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان كقوله عليه السلام و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام بناء على أنّ المراد من الصّاحب هو الصّاحب الفعلي لا الأصليّ لأنّه لا يمكن أن يكون الخيار لمن انتقل عنه لا للمنتقل إليه لكونه خلاف الإجماع مع منافاته لحكمه النّظر و الاختبار

و أظهر الأقوال أدلّه هو الأخير و هو ثبوته لمن انتقل إليه بائعا كان أو مشتريا أو كليهما لو كان العوضان حيوانين دون من انتقل عنه أمّا ثبوته لمن انتقل إليه مطلقا فلقوله ع صاحب الحيوان بالخيار و لا ينافيه ظهور قوله ع للمشتري و لا ظهور موثقه ابن فضال صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام

أمّا أولا- فلعدم حمل المطلق على المقيّد في الأحكام الانحلاليه كما إذا قيل أكرم العلماء و أكرم زيدا فلا ينافي ثبوت الخيار للمشتري ثبوته لغيره إذا صار صاحب الحيوان أو ثبوته لكليهما إذا انتقل إليهما

و أمّا ثانيا فلا إمكان ورود القيد مورد الغالب كما في قوله عزّ من قائل وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فلا ظهور له في الاختصاص و لا يقال يمكن حمل المطلق مثل قوله ع صاحب الحيوان على الغالب فيراد منه المشتري لأنّ الغالب كونه كذلك كما صرح به الإمام ع في الموثقه لأنّ نقول الغلبه قد توجب حمل القيد على موردها و لا توجب تقييد المطلق أو الانصراف إلى موردها كما إذا لم توجب ضعف صدق المطلق على غير الغالب بأن لم يكن المطلق مشككا بل متواطئا من حيث الماهية أو الوجود هذا مضافا إلى أنّ في موثقه ابن فضال يمكن أن يكون المشتري وصفا للحيوان بأن يقرأ بفتح الرّاء مع أنّه لو قرئ بكسر الرّاء فيمكن أن يكون التقييد لدفع توهم ثبوت الخيار لصاحبه الأصلي و هو البائع فلا تعرّض له إلى مورد كان البائع صاحبه الفعلي

و أمّا ثالثا فلا إمكان أن يكون النكته في التقييد دفع توهم أنّ خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للبائع و المشتري أي ليس للبائع خيار إذا انتقل عنه الحيوان و ليس كخيار المجلس في ثبوته لهما فليس بصدد إخراج البائع إذا كان الثمن حيوانا

و بالجمله فلا مانع من الأخذ بعموم صاحب و ثبوته لكلّ من انتقل إليه الحيوان هذا حال المنتقل إليه و أمّا عدم ثبوته للمنتقل عنه فلاّنه لا دليل على ثبوته له إلّا قوله ع في صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا فإنّ المتبايعان بإطلاقه يشمل ما إذا كان الثمن أو المثلن أو كلاهما حيوانا و لكن يمكن تقييده بصحيته الأخرى المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام فيصير المراد من المتبايعين

بعد التقييد من انتقل إليه الحيوان أى يحمل على مورد يكون الثمنان حيوانين

نعم يرد على التقييد إشكالات ثلاثه الأول أن حمل قوله ع المتبايعان بالخيار على ما إذا كان الثمنان حيوانين حمل على فرد نادر فإن الغالب كون المبيع حيوانا الثانى أن اتحاد السياق يقتضى أن يكون ثبوت الخيار فى بيع الحيوان وغيره الذى ثبت فيه خيار المجلس على نهج واحد و خيار المجلس أمر قائم بالمتبايعين بالنسبه إلى الثمن و المثلث فخير الحيوان لو لم يكن إلا للمنتقل إليه يلزم أن يرتكب شبه استخدام فى لفظ المتبايعان بالخيار أى يراد منه تعلق الخيار بالنسبه إلى غير الحيوان بالثمن و المثلث و بالنسبه إلى الحيوان بأحدهما الثالث أنه لو حمل المتبايعان على مورد كان العوضان حيوانين للزم أن يناقض صدره ذيله لأن ذيله صريح فى أن فيما سوى ذلك ليس إلا خيار المجلس و ما سوى كون الثمنين حيوانين يشمل ما كان المبيع حيوانا فيلزم أن لا يكون للمشتري خيار مع أنه لا يقول به أحد و ليس الواقع كذلك أيضا

و لكنّه لا يخفى أنّ جميع هذه الإشكالات لا يصادم ظهور قوله ع صاحب الحيوان بالخيار فى اختصاص الخيار بمن انتقل إليه

أمّا أولا- فلائ حمل قوله المتبايعان على ما إذا كان الثمنان حيوانين و إن كان حملا- على الفرد النادر إلا أنّ قوله ع صاحب الحيوان أظهر فى الاختصاص بمن انتقل إليه من إطلاق المتبايعان خصوصا مع عدول الإمام ع عن قوله المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلى قوله و صاحب الحيوان لأنه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس ثابتا لكليهما لكان اللّازم أن يقال المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و هما بالخيار فى الحيوان ثلاثه أيام فعدوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم و فى صحيحه زراره ليس إلا لبيان الاختصاص

و أمّا ثانيا فلمعارضه هذه الصّحيحه الدالّه بإطلاقها على ثبوت الخيار لهما مع روايه قرب الإسناد الصريحه فى عدم ثبوت الخيار للبائع إذا كان المبيع حيوانا و لا- سيّما التعليل الوارد فيه بقوله ع الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيام فإنّ العله و إن كانت حكمه التشريع و هى لا تقتضى الأطراد إلا أن بمناسبة الحكم و الموضوع يستكشف مناط جعل الخيار و أنه للمنتقل إليه دون المنتقل عنه

و أمّا الإشكال الثانى فغير وارد أصلا لأنه لو كان قوله ع المتبايعان بالخيار منزلا على ما إذا كان الثمنان حيوانين فيتحد حكمه مع غير الحيوان فى ثبوت الخيار لهما كان حق الرّد متعلّقا بما فى يدهما أو حقّ الأخذ متعلّقا بما انتقل عنهما لأنّ حلّ العقد و إبقاءه بيدهما على أى تقدير و الفرق الاعتبارى الخارجى لا يوجب استعمال قوله ع المتبايعان بالخيار فى معنيين

و أمّا الإشكال الثالث فلا يخفى ما فيه لأن ذيل الزوايه لا ينفى صدره من حيث التّصويبه و الظهور فإنّه لو حمل صدره على ما إذا كان الثمنان حيوانين يصير مفاده اللفظى أنه لو كان الثمن و المثلث كلاهما حيوانا فالخيار لكليهما و لو لم يكن كذلك بأن كان أحدهما حيوانا فلا خيار لأحدهما إلا خيار المجلس و عدم إمكان العمل بذيله لا يوجب مناقضه ذيله لصدره

فغايه الأمر يقيد ذيله و يقال إن مقتضى الأدلّه الأخرى هو أن لمن انتقل إليه الحيوان خيار ثلاثه أيام و بالجملة لا إشكال فى ترجيح صحيحى محمّد بن مسلم و زراره الدالّتين على ثبوت الخيار لخصوص من انتقل إليه من حيث الدلاله على الزوايه الدالّه

على ثبوته لمن انتقل عنه أيضا فلا مجال حينئذ لملاحظه السند مع أنّ إعراض القدماء عنها و عدم العمل بها إلى زمان

السيد المرتضى قدس سره يكفى وهنا لدلالاتها و سندها إذ لعلها كانت منقوله بالمعنى لأن شخص محمد بن مسلم هو الراوى للصحیحه الأخرى الدالّه على الاختصاص بمن انتقل إليه فالمسأله واضحه

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور موثقه ابن فضال فى اختصاص الخيار بالمشتري لركاكه قراءه المشتري بالفتح و بعدها عن سياق اللغه العربيه فيحمل المطلق على المقيّد مع ظهور عدّه من الروايات فى الاختصاص بالمشتري و احتمال ورود القيد مورد الغالب ضعيف فإنّ الأصل فى القيد الاحترازيّه إلّا إذا ثبت كونه واردا مورد الغالب كما فى ربائبكم اللّاتى فى حجوركم فالأقوى ما عليه المشهور فتدبر

### [مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قام الدليل على أنّ ضمان الأمه فى مده الاستبراء على البائع لم يكن ملازما لثبوت الخيار للمشتري فى هذه المده لأنّه لم يثبت الملازمه بين ضمان شخص و ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنّه ثبت أنّ من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له هذا مضافا إلى أنّه لم يثبت ضمان البائع فى مده الاستبراء فالتفصيل بين الحيوانات فى مده الخيار لا وجه له أصلا

### [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

قد تخيل أنّ النزاع لا وجه له لأنّه ليس خيار الحيوان إلّا خيار المجلس المذى هو فى غير الحيوان إلى التفرق و فيه إلى ثلاثه أيام فيكون مبدؤه من حين العقد

وفيه أنّا لو اخترنا ما عليه السيد المرتضى من ثبوت خيار الحيوان للبائع و المشتري لكان لهذا الكلام وجه و أمّا لو قلنا بعدم ثبوته للمنتقل عنه فلا شبهه فى أن خيار الحيوان مغاير لخيار المجلس موضوعا و محمولا- فإنّ خيار المجلس ثابت لكليهما ما دام المجلس باقيا سواء طال أم قصر و خيار الحيوان يختصّ بمن انتقل إليه فى ثلاثه أيام فأين هذا من ذاك ثمّ إنّ استدلال على أنّ مبدأه بعد التفرّق بأمر الأول الاستصحاب و يمكن تقريره بوجهين الأول أصاله عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه أيام من حين العقد أى بعد مضيّ ثلاثه أيام من حين العقد يستصحب بقاء خيار الحيوان بمقدار زمان المجلس و الثّانى أصاله عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و الأول لا- إشكال فيه لو آل الأمر إلى الأصول و لم يستظهر الحكم من الأدله لأنّ أثره تأثير الفسخ فإنّه من الآثار الشرعيّه المترتبّه على نفس بقاء الخيار من دون واسطه و الثّانى مثبت لأنّ نفس عدم حدوثه لا أثر له و لا يثبت به أنّ مبدأه بعد التفرّق

و لا يقال إنّ من آثار عدم حدوثه عدم تأثير إسقاطه لم يرتب على عدم حدوثه بل من باب أنّ إسقاطه إسقاط لما لم يجب إلّا أن يقال إنّ كونه إسقاطا لما لم يجب مترتب على أمرين أحدهما محرز بالوجدان و هو نفس الإسقاط و ثانيهما بالتعيّد و هو عدم حدوث الخيار فلا محذور في استصحاب عدم الحدوث

فالصواب في الجواب عن هذا الأصل أنّه بمعناه المحمولي و هو عدم تحقّق الخيار قبل بيع الحيوان لا أثر له و بمعناه التّعنى و هو حين بيع الحيوان ليس له حاله سابقه و استصحاب العدم المحمولي لإثبات العدم التّعنى مثبت الثّاني أنّه لو لم يكن مبدؤه التفرّق لزم اجتماع السببين على مسبّب واحد و قد يرد بأنّ الأسباب الشرعيّة معرفات لا علل

و لا يخفى أنّ النزاع في أنّ الأسباب معرفات أو علل بالمعنى المتصوّر الصّحيح لا ربط له بالمقام فإنّه لو كان المراد من المعرف أنّه حكمه لا- عله فكون مناطات الأحكام من قبيل الحكم لا- العلل لا ربط له بالمقام لأنّ الخيارين تابعان لمقتضى دليلهما قبل التفرّق كان مناطهما حكمه

لجعل أو عله و لو كان المراد من المعرف أن موضوع الحكم الذى أخذ فى القضيه الحقيقه ليس عله لثبوت الحكم عند تحققه فهذا بديهى البطلان لأنه لو جعل حكم على تقدير بفتحقه يتحقق الحكم و بعدمه لا يتحقق و لا يعقل تحقق الموضوع و عدم تحقق الحكم فلا- يمكن أن يقال إن الأسباب الشرعيه معرفات لا علة لأنها بهذا المعنى علة فإذا كانت كذلك فالأصل عدم التداخل لأن كل موضوع سبب لتحقيق الحكم الذى أنشئ على فرض وجوده فلو أمكن تعدد الحكم نلتزم به و لو لم يمكن فلو أمكن تعدد مرتبه كالشده و القوه كما فى الاستحباب و الوجوب فهو و لو لم يمكن الخيار فى المقام الذى هو من قبيل سائر الأحكام الوضعيه الغير القابله للتأكد و التعدد فمقتضى توارد العلتين على معلول واحد أن يكون المعلول مستندا إلى مجموع العلتين فإن كلا منهما مستقل فى العليه لو لم يقارنه الآخر فمع المقارنه يستند إلى كليهما هذا مع أن الخيار قابل للتعدد من حيث الإضافه أى و إن لم يمكن تعدد نفس الخيار و لكن يمكن تقييده من جهه السبب و أثر ذلك أنه يمكن إسقاطه من جهه و إبقاؤه من أخرى لأنه ليس معنى الخيار إلا ملك الالتزام الذى التزم العقاد به فلو ملك التزام نفسه من جهتين فله إسقاط إحداهما و إبقاء الأخرى

و بالجملة لا يلزم من إسقاط الخيار سقوطه رأساً فإنه تابع لنظر المسقط و هذا لا ينافى وحده الخيار فإن الملكيه التى هى من الأمور الاعتباريه يمكن رفع اليد من أحد أسباب اعتبارها فحال الخيار بالنسبه إلى السببين كحال القتل بالنسبه إلى أسبابه فإنه مع كونه غير قابل للتعدد و التأكد يمكن تقييده بأسبابه فإذا اجتمع سببان فيه أحدهما إلهيا و الآخر خلقيا كالارتداد و القصاص أو حقان خلقيان يمكن سقوطه من جهه و ثبوته من أخرى

نعم إذا كان كل منهما إلهيا فغير قابل لإضافته إلى سبب دون آخر لأن مرجع الحد الشرعى إلى الحكم الشرعى و الحكم غير قابل للإسقاط الثالث الأخبار الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه ممن انتقل عنه أى ممن ليس له الخيار و بضميمه ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل إليه يستكشف أن مبدأ خيار الحيوان بعد التفريق لأنه لو كان مبدؤه أول زمان العقد الذى يشترك فيه البائع و المشتري فى الخيار لما كان التلف على البائع

و فيه ما لا يخفى لأن أدله خيار الحيوان لو كانت ظاهره فى أن مبدؤه من حين العقد لم يمكن رفع اليد من ظهورها بمجرد أنه لا يمكن الجمع بين الأدله الداله على أن تلف الحيوان فى زمان الخيار المشترك من المشتري و الأدله الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه التى هى زمان خيار الحيوان للمشتري على البائع إلا على أن يكون مبدأ الثلاثه بعد التفريق لأن غايته تعارض القاعدتين فيمكن حمل ما دل على أن التلف من البائع على الغالب من كونه بعد المجلس فلا إطلاق له حتى ينافى ما دل على أن التلف فى المجلس ممن انتقل إليه و يمكن تقييد ما دل على أن تلف المال فى زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه بغير مورد الحيوان فيقال إن التلف فى زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه إلا أن يكون له خيار مختص فيكون التلف من المنتقل عنه

قوله قدس سره ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه إلى آخره

لا- إشكال فى أن مبدأ الثلاثه فى عقد الفضولى بناء على النقل من حين الإجازة و كذا بناء على الكشف الحكيم لأن الدليل الدال



على ترتيب الآثار من حين العقد يدل على ترتيب آثار الملكيه و لا- يدل على أن الاستناد إلى المالك المذى يتحقق بحسب الخارج بالإجازة أيضا من حين العقد

و بعبارة أخرى كما أن الأ-صول لا- يترتب عليها إلا الآثار الشرعية فكذلك الأدلة التي وردت في بيان إثبات حكم تعدي لا يترتب عليها إلا المقدار الذي ورد التعبد به دون لوازمه العاديه

و أمّا على الكشف الحقيقي فبناء على كون الشرط هو وصف التعقب أو التزمنا على ما هو المحال و الخلف و هو أن الإجازة بوجودها العيني شرط و مع هذا تحقق الملك قبلها كما يقوله القائل بصحة الشرط المتأخر فمبدأ الثلاثة من حين العقد

و أمّا بناء على الانقلاب فمن حين الإجازة لأن القائل به يقول بانقلاب آثار الملك و أمّا نفس الإجازة الواقعة فعلا فلا يدعى وقوعها حين العقد فمبدأ الخيار لا محاله من حينها و أدله الجميع واضح ثم إن مبدأها في السلم من حين العقد لا حين حصول الملك أى حين القبض كما عرفته في خيار المجلس لأن الخيار مخصص لوجوب الوفاء بالعقد فلا يقال لا أثر له قبل القبض

### [مسألة لا إشكال في دخول الليلتين]

قوله قدس سره مسأله لا إشكال في دخول الليلتين إلى آخره

لا يخفى أن اليوم بحسب العرف و اللغه هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها بحيث لو أطلق على مجموع الليل و النهار فهو بقرينه خارجيه كما أن إطلاقه على اليوم الصومى و هو من أول الفجر إلى زوال الحمرة بدليل خارجي و إلا فيحسب معناه العرفي كاللغوى هو اليوم الإجارى و هو من أول الشمس إلى الغروب

نعم في خصوص المقام لما استفيد الاستمرار من الأخبار يدخل الليلتان المتوسيطتان في الأيام كما أنه لو وقع العقد في أول الغروب يستمر هذا الخيار من حين العقد إلى منتهى اليوم الثالث فدخول الليلتين أو الليالى في بعض الموارد ليس لدخولها في مفهوم الأيام و ذلك واضح إنما الكلام في أن الحكم المترتب على الأيام مترتب على خصوص اليوم التام أو يكفى التلفيق و هو تاره يحصل من تليق نصف من اليوم بنصف من الليل و أخرى من تليق نصف يوم بنصف يوم آخر فنقول الحكم بحسب الثبوت لا يخلو عن أحد الوجوه الثلاثة

فتاره لا يكون لليوم خصوصيه أصلا بل المخصوص هو المقدار الخاص من الحركة الفلكيه و أخرى له خصوصيه و الخصوصيه إمّا من حيث هذا المقدار من البياض أو لخصوصيته بتماميته أمّا بحسب الإثبات فلا بد من قيام قرينه على أحد الأقسام الثلاثة و لا- يبعد دعوى قيام القرينه التوعيه على كفايه التلفيق من يومين لأن ظاهر ما يوجب اعتبار اليوم أو الأيام في موضوعات الأحكام هو اعتبار هذا المقدار من البياض لا من حركة الفلك و لا تمام البياض من يوم واحد و عدم كفايه التلفيق في الاعتكاف إنما هو لاعتبار الصوم فيه و الصوم ثبت أن يومه من أول الفجر إلى زوال الحمرة

[الثالث التصرف و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار]

قوله قدس سره الثالث التصرف و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار إلى آخره

تنقيح البحث فيه يستدعى رسم أمرين تقدم تنقيحهما فى تحت المعاطاه الأول أن مقتضى القواعد الأوليه وقوع كل عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات بالفعل كوقوعه بالقول إذا كان الفعل فى طبعه بحسب العرف و العاده مصداقا لذلك العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصناعى أنه هو أى كان بطبعه آله لإيجاده فلا يقع العنوان بالفعل الذى ليس آله

لإيجاده و لو نوى وقوعه به الثانی أن خروج بعض الإيقاعات ليس لإجماع تعبدى بل لانتفاء ما يكون آله لإيجاده من الأفعال فعدم وقوع العتق أو الطلاق بالفعل إنما هو لأنّ الفعل ليس آله لإيجادهما و لهذه الجهة لا تجرى المعاطاه أيضا فى كثير من العقود كالصلح و الضمان و الحواله و النكاح

و بالجمله لا يختص الإيقاع بخصوصيته موجبه لعدم جريان المعاطاه فيه من حيث إنه إيقاع فعلى هذا كل إيقاعى كان الفعل آله لإيجاده كالزجوع فى الهبه و العده و الفسخ و الإجازة يقع به

إذا عرفت ذلك فحيث إن الإجازة من الإيقاعات و لا بدّ فى تحقّقها خارجا من إنشاء لفظى أو فعلى فكل فعل كان مصداقا لتحقّقها خارجا و فى عالم الاعتبار تقع به و من أوضح مصاديق الأفعال التى تقع هذه بها التصرف فإنه إجازة فعلية

نعم يشترط أن يكون التصرف مالکيا بأن يكون نحو تصرف الملاك فى أملاكهم فالتصرف الاختيارى و الذى جرت العاده بصدوره من غير المالك كسقى الدابة و ركوبها حال الذهاب و الإياب و قوله للجاريه ناولينى الماء مثلا و التصرف الصادر من حيث الاشتباه الموضوعى كتخييل أن هذه الدابة غير المشتراه خارج عن التصرف المالكى

و بالجمله مقتضى القاعده تحقّق الإجازة و الفسخ بالفعل كتحقّقها بالقول و ليس التصرف مسقطا تعبدى و إلا لوجب الاقتصار على موردده و هو التصرف فيما انتقل إليه و فى خصوص الحيوان فالتعدى عنه و القول بأن تصرف المالك فى كل معاملة فيما انتقل عنه فسخ و فيما انتقل إليه إجازة ليس إلا لأنّ التصرف بنفسه إجازة و إنشاء فعلى فيما انتقل إليه

نعم التصرف قبل العلم بالعيب فى خيار الحيوان مسقط تعبدى و أما بعد العلم كالتصرف فى المقام فهو على وفق القاعده و الأخبار الوارده فى هذا الباب أيضا كاشفه عما ذكرنا فإنّ قوله ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له يدلّ على أنّ الرضا بالبيع و اختياره هو بنفسه مسقط للخيار و ليس المراد من الرضا الطيب فإنه بهذا المعنى يتعدى بالياء مع أنه فى روايه عبد الله بن الحسن تعدى بالنفس فيكشف عن أنّ معناه فى سائر الأخبار هو الاختيار

و يؤيد ذلك بل يدلّ عليه صحّحه حمل الرضا على التصرف بلا عنايه فإنّ قوله ع فذلك أى الحدث رضى منه لو كان بمعنى الطيب لاحتاج إلى عنايه إما بحمل المنكشف على الكاشف أو التنزيل هذا مع أنّ جهه كشفه عن الرضا لا أثر له فى شىء من العقود و الإيقاعات فإنّ العقد أو الإيقاع إنشائى لا يوجد إلا بآله من قول أو فعل و مجرد الرضا الباطنى لا أثر له أصلا

و بالجمله لما استظهر المصنف من الرضا أنّه بمعنى طيب النفس وجه أو احتمال وجوها فى قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له و كل ذلك فى غير محلّه لأنّه مبنى على أخذ الرضا بمعنى الطيب

ثم إنّ كون جواب الشرط فذلك رضى منه أو قوله ع و لا شرط له و يكون فذلك رضى منه توطئه للجزاء كما تكرر هذا الكلام منه قدس سره لا يرجع إلى فرق حقيقى بين الوجهين بل لا معنى للتوطئه فإنه قد يكون الجواب مجموع الكلام من الصغرى و الكبرى و قد يكون خصوص الكبرى

ثم إنَّ المحتملات في الرّوايه لو كان المراد من الرّضا طيب النّفس ثلاثه فإنّ الاحتمالين

الأولين يرجعان إلى أمر واحد و هو جعل التصرف مسقطا تعديا و منزلا منزله الالتزام بالعقد فعلى هذا كل حدث و تصرف بمنزله الالتزام بالعقد فى سقوط الخيار به فيصير مفاد الحديث أنه لو أحدث المشتري حدثا فهو بمنزله رضائه فلا خيار له و الاحتمال الثالث الذى هو الثانى فى الحقيقيه يرجع أيضا إلى التعبد لأنه لو لم يكن للتصرف ظهور فعلى و شخصى فى الرضا بل كان كظهور و الألفاظ فى إرادته معانيها لما كان متبعا فى كل مقام إلا بتعبد من الشرع و بامضاء ما عليه طريقه العقلاء فإذا كان تعديا يدور مدار مقدار التعبد و لا وجه للتعدي عنه إلى مورد الفسخ

ثم على الوجه الأول يكون حمل الرضا على التصرف نظير حمل الصلاه على الطواف فى قوله ع الطواف فى البيت صلاه و على الثانى أى الثالث فى كلامه يكون من حمل المنكشف على الكاشف

فتحصل ممّا ذكرنا أنه ليس التصرف فى عرض سائر المسقطات مسقطا مستقلا بل لمكان أنه إجازة و التزام بالعقد و أخذ بأحد طرفى الخيار و لذا يجب أن يعد التصرف بحسب العرف و العاده مصداقا للإجازة و إن لم يقصد به الإجازة لأن كل فعل كان مصداقا لعنوان يكفى فى تحقق العنوان مجرد القصد إلى الفعل و لا يشترط قصد العنوان به و لذا قالوا إن الوطى و إنكار الطلاق رجوع و إن لم يقصده بهما

نعم غير الوطى من سائر الأفعال يجب أن لا يقصد منه خلاف العنوان لأن مع قصد الخلاف يخرج الفعل عن المصداقيه كما أنه يشترط أن لا يقع الفعل اشتباها و أن لا يكون من الأفعال التى تصدر من غير المالك أيضا كسقى الدابة و نحو ذلك

و بالجمله التصرف المالكى هو بنفسه إجازة فعليته و لو لم يقصد به عنوان الإجازة بل لو فعل فعلا لم يصدق التصرف عليه كالعرض على البيع فهو أيضا إجازة لأن قوله ع فذلك رضى منه كما يوجب تخصيص التصرف بالتصرف المالكى كذلك يوجب تعميم كل عمل كان مصداقا للاختيار و من هنا ظهر أن ما أورده قدس سره على من خصص التصرف بالتصرف المالكى غير وارد أصلا لأن عقد الوضع و إن كان عاما إلّا أن عقد الحمل يوجب تقييد الموضوع و جزاء الشرط فى الشرطيات كالمحمول فى الحملات

فقوله ع فذلك رضى منه يوجب اختصاص التصرف بالتصرف الناشى عن اختيار و التزام بالعقد و الاختصاص لا- يوجب استهجانا سواء قلنا بأن التصرف مسقط تعبدى أو كاشف نوعى أو إجازة فعليته أمّا على التعبدية فواضح لأن كل تصرف محرّم عليه قبل الشراء فهو مسقط بمنزله الرضا

نعم يرد عليه مضافا إلى أن ظاهر الخبر بيان الأمر الارتكازى لا التعبدى إن جعل الخيار لغو لأنه لا ينفك المبيع عن التصرف فيه فى الثلاثه و أمّا على الكشف النوعى الذى قلنا إنه راجع إلى التعبد أيضا فلاّ جعل فذلك رضى بمنزله العله للجزاء إمّا راجع إلى علمه الجعل أو المجمعول و الحكم أمّا لو كان علمه للحكم فهى موضوع الحكم و ليس من أول الأمر عاما حتى يكون تخصيصه بالفرد النادر مستهجنا و أمّا لو كان علمه للتشريع كزوال أرياح الآباط فى غسل الجمعة و عدم اختلاط المياه فى العده فتاره تكون العله بمثابه من الأهميه فى نظر الشارع بحيث لا يرضى بوجودها و لو فى الفرد النادر فيصحّ تشريع الحكم على وجه

العموم حفظا للحمى

و أخرى لا تكون

بتلك المثابه فلا يصحّ تشريعه على وجه العموم هذا مع أنّ كلّ ذلك لم يكن لأنّه ليس المراد من الحدث مطلق التصرف حتّى يكون تعليل الحكم المطلق بهذه العلّه الغير الموجوده إلّا فى قليل من أفراده مستهجنا بل المراد منه التصرف المالكى و هو فى الغالب لا ينفكّ عن الرضا و كاشف نوعى عنه

نعم مطلق التصرف ليس كاشفا نوعيا و لكن أين الإطلاق و بالجمله بعد ما ظهر أنّ الحكم بسقوط الخيار بالتصرف ليس إلّا لأنّه إجازة فعلية ظهر أنّ الجمع بين الأخبار فى غايه الوضوح لأنّها بأجمعها ناطقه بأنّ التصرف الذى يحرم على المتصرف لو لم يكن مالكا هو اختيار للعقد و إمضاء له سواء صدر بعنوان الإجازة أم بلا التفات إلى العنوان

نعم لا بدّ من الالتفات إلى الفعل و صدوره عنه بما هو مالك لهذا الذى اشتراه و سواء صدق عليه التصرف عرفا أم لا كالعرض على البيع و إنكار البيع كلّ ذلك لأنّ هذه الأفعال بنفسها مصاديق للإجازة

نعم يجب أن لا يخرجها عن هذا العنوان بقصد الخلاف فإنّ الأفعال مختلفه فى جهه المصداقيه فبعضها لا اقتضاء صرف و بالقصد يتّصف بعنوان و بعضها يتّصف به ما لم يقصد خلافه و بعضها يتّصف به مطلقا كالوطى فى زمان العده الرجعيه فإنّه و إن قصد به الزنا لا الرجوع إلّا أنّه يتحقّق الرجوع به نعم يعزّر لقصد هذا

و يمكن أن يقال بالفرق بين التصرف فيما انتقل إليه و التصرف فيما انتقل عنه فإنّ الأوّل إجازة و إن قصد الخلاف و الثانى مع قصد الخلاف ليس فسحا و منشأ الفرق هو أنّ التصرف فيما انتقل إليه تصرف فيما هو ملكه فإذا نوى به الغصبيّه مثلا لا يخرج عن كونه تصرفا فى الملك فإذا صدر الفعل عنه بالاختيار مع العلم بموضوع الخيار كالعلم بالغبن مثلا أو العيب فنفس صدور هذا التصرف المالكى هو التزام بأحد طرفى الخيار لأنّه التزام بعدم شرط التساوى و مثلا فى المائيه الموجب للخيار و لو لم يعلم بأنّ المغبون ذو خيار شرعا لأنّ عدم العلم بالحكم لا يخرج التصرف عن عدم الالتزام بتساوى المالىين

نعم مع الجهل بالغبن ليس مجزّد التصرف المالكى مصداقا لإسقاط شرط التساوى لعدم علمه بعدم التساوى و أمّا التصرف فيما انتقل عنه فلو قصد به التصرف العدوانى فهذا ليس أخذا بأحد طرفى الخيار لإمكان طرؤ عنوان الغصب عليه فالفعل يصير ذا وجهين و ليس كمن أكل مال نفسه و قصد الغصب و من وطئ زوجته و قصد الزنا فإنّ هذا القصد لا يغيّر الفعل عمّا هو عليه و لو كان القصد حراما و على هذا فالوطى فى زمان الرجوع رجوع و إن قصد الخلاف لأنّ المطلقه الرجعيه زوجه

ثم إنّ هذا ما هو التّحقيق فى المقام و أمّا كلمات العلماء فلا يجمعها جامع واحد بل كلّ منهم سلك مسلكا فبعضهم أخذ بالتعديده و بعضهم بالكاشفيه التّوعيه و بعضهم اعتبر الكشف الفعلى فراجع

### [الثالث خيار الشرط]

قوله قدس سره الثالث خيار الشرط إلى آخره

و قد حكى عن صاحب المستند أنّ الأدلّة العامّة مثل المؤمنون عند شروطهم لا تكفى لإثبات صحّة اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السّينه لأنّ السّينه تدلّ على أنّ بالافتراق يجب البيع فاشترط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و حيث إنّنا قد ذكرنا في اشتراط سقوط خيار المجلس في ضمن العقد ضابطا للشرط المخالف و الموافق



ظهر ما فى كلامه

و حاصل الضابط أن كل حكم تكلىفى غير اقتضائى و كل حكم وضعى حقى قابل للاشتراط فالمهم إثبات الصغرى و أن اللزوم فى المقام حقى لا حكمى و إثباتها و إن تقدم فى المعاطاه مفضلا إلا أنه لا بأس بالإشاره إليه إجمالا

فنقول إن اللزوم فى باب النكاح و الضمان حكمى لا حقى و الكاشف عنه عدم جريان الإقاله فىهما كما أن الجواز فى الهبه كذلك أيضا بل الجواز فى المعاطاه من جهه أيضا كذلك لأن الأفعال لا تدلّ إلا على نفس المنشئات بالعقود و ليست لها دلالة التزاميه

و أما اللزوم فى البيع و فى كل عقد معاوضى فهو حقى لأنه حكم شرعى متعلق بما ينشئه المتعاقدان بالدلاله الالتزاميه فإن بعث كما يدلّ على التبدل مطابقه يدلّ بحسب العرف و العاده على الالتزام بما أنشأه فالبايع يملك المشتري المبيع و يملكه التزامه بكون المبيع بدلا للثمن فيملك المشتري المثلث و التزام البائع كما يملك البائع الثمن و التزام المشتري فكلّ منهما يملك التزام صاحبه و أوفوا بالعقود يدلّ على وجوب الوفاء بهذا الالتزام الذى به سمى العقد عقدا و عهدا مؤكدا كما أن بالإقاله تنحلّ هذا الالتزام و يردّ كلّ منهما الالتزام الذى ملكه إلى صاحبه و الخيار ملك كالا التزامين و لذا يثبت فى كلّ ما يجرى فيه الإقاله و بالعكس

فإذا كان الالتزام من منشئات المتعاقدين فلو اشترط أن لا يكون هذا فى مدّه معينه لأحدهما فلا يملك المشروط عليه التزام المشروط له و إذا ارتفع موضوع الحكم فلا حكم حتى يكون شرط خلافه مخالفا للكتاب و لو لم يكن الأدله العامه الوارده فى الشّروط لكفى أوفوا بالعقود لصحه هذا الشرط لأنّ وجوب الوفاء بما التزم به كلّ عاقد على نفسه إنّما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزوميا فى مدّه كما أن شرط سقوط الخيار كذلك فتأمل

### [مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا إلى آخره

تنقيح ما فى هذا العنوان يتوقف على بيان أمور الأول أنه لا مانع من صيروره العقد جائزا بعد ما كان لازما لعدم قيام الدليل على امتناع هذه الكبرى مضافا إلى ثبوت نظيرها فى الشّرع كخيار التفليس و التأخير الثانى أنه لا تحديد لمدّه الخيار فى طرف القله أو الكثره

نعم لا بدّ أن تكون المدّه مضبوته فلو جعلها أبدا أو مدّه العمر فى طرف الزيادة أو بمقدار يمكن فيه إعمال الخيار فى طرف القله فإنما يبطل من جهه الجهل بالمدّه لا من حيث الزيادة و التقيصه بل يمكن أن يقال أن جعله أبدا يبطل من جهه أخرى أيضا و هى منافاته لمقتضى العقد فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامى هو التزام كلّ من المتبايعين بما أنشأه فلو لم يلتزم أحدهما به فى

مقدار من الزّمان فهو ينافى إطلاقه و لا بأس به و أمّا لو لم يلتزم به أبدا فهو ينافى مقتضاه و يفسد

الثالث أنّ العقد تاره مبنّى على المحاباه و التّسالم كالصّيلمح و المحاباتي و أخرى مبنّى على الدّقه و الأوّل لا يضرّ فيه جعل الخيار مدّه مجهوله على الأظهر من الأدلّه كما لا يضرّ فيه الجهل بالعوضين و الثّاني يضرّ فيه الجهاله كما تضرّ في نفس العوضين لا لأدلّه الغرر بل لاعتبار العلم بالعوضين بدليل خاصّ و الدّليل و إن كان ناظرا إلى نفس العوضين إلّا أنّ الشّروط بمنزله الجزء فهو راجع إلى ضميمه إلى أحد العوضين فالجهل به يسرى إليهما لكن اعتبار العلم بهما إنّما هو في خصوص البيع

و أمّا في سائر العقود المعاوضيّة فاعتباره لا- بدّ أن يكون من جهه الغرر و الخطر و أدلّه الغرر و إن اختصّ بعضها بالبيع إلّا أنّ بعضها الآخر عام ثم إنّ الغرر فيما اشترط في البيع حيث إنّّه راجع إلى نفس

البيع فالاستدلال بفساده من جهة نفى الغرر العام و إن صحَّ إلَّا أنَّه لا موجب له لما عرفت من سرايه الضميمة إلى البيع و البيع الغررى بنفسه فاسد للدليل الدال صريحا على أنَّه لا غرر فى البيع

ثم لا فرق فى صورته البطلان بين أن لا يذكر مدّه أصلا أو يذكر مدّه مجهوله أو مطلقه فالأول كما لو اشترط أن يكون له الخيار و الثانى كما لو اشترط أن يكون عند قدوم الحاج و الثالث كما لو اشترط أن يكون مدّه خلافا لجماعه حيث جعلوا مدّه الخيار فى الصوره الأولى ثلاثه أيام و فى محكى الخلاف وجود أخبار الفرقة به و فى الجواهر صحّه هذه الصوره لأنّ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان

و لكنّه لا- يخفى أولا- أنّ التمسك بالأخبار التى لا- نعرفها بعينها لا- وجه له بعد احتمال عدم دلالتها فإن مجرد جبران قصور إرسالها بذكر الشيخ قدس سره لا يوجب صراحتها فى المدعى بل و لا ظهورها فيه و ثانيا على فرض صحّتها سندا و تماميه دلالتها فهى موجه لتخصيص أدله الغرر أو الأدله الداله على اعتبار العلم بالعوضين و لو أحقهما من الشروط لا التخصيص فإنّ التحديد بالثلاثة فى الشرع لا يخرج الغرر عن الغرريه مع أنّه لو سلّم ذلك أيضا فلا أثر له لأنّ الشرط يخرج عن الغرر لو قصد المشترط إجمالا المدّه التى هى محدوده بحدّ واقعا و إن لم يعرفها تفضيلا كالوصيه بالكثير أو القديم فإنّ الموصى يقصد ما هو معنى الكثير واقعا عند الشارع و إن لم يعلمه تفضيلا

و على هذا الوجه يمكن تطبيق الصوره الأخيره و هى ما لو قال بشرط أن يكون لى الخيار مدّه فإنّه لو كانت المدّه محدوده بالثلاثه و العاقد قصد ما هو معناها واقعا يخرج عن الغرر و الجهاله و أمّا الصوره المبحوث عنها و هى ما إذا قال لى الخيار و لم يذكر مدّه أصلا فليس هنا شىء مبهم حدّده الشارع حتى يخرج عن الجهاله بقصد الجاعل لما هو الواقع هذا مع أنّه إنّما يصحّ ذلك لو علم المشترط تجديد الشارع و أمّا فى صورته الجهل بأصل التحديد فكيف يقصد ما هو المحدود واقعا

و بالجمله خروج هذا الشرط عن الغرر موضوعا ممّا لا محصل له مع أنّ الخروج الموضوعى الذى قصده القائل هو التخصيص و التخصيص عبارته عن الخروج التكويني و فى المقام لو ثبت التحديد الشرعى يخرج عن الغرر بالحكومه

ثم لا- وجه لقياس المقام على خيار الحيوان فإنّ ثبوته فى الحيوان إنّما هو لدليل شرعى و لا يختص بعلم المشتري أو جهله فإنّه من الآثار الشرعيه فى بيع الحيوان و أين هذا ممّا هو من مجعولات المتبايعين فإنّ جعلها مدّه خاصّه كالثلاثة يتوقف على بيانها صراحة أو بيان ما ينطبق عليه واقعا و هو منحصر فى ما لو علم إجمالا بأنّه مبين واقعا و إن لم يعلمه تفضيلا و أين هذا من الجاهل المطلق

### [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

قد ذكرنا سابقا في خيار الحيوان أنه لا مانع من اجتماع سببين للخيار فإنه وإن لم يقبل التعدد ولا التأكد إلا أنه يمكن اختلافه باختلاف أسبابه فيؤثر من جهة أحد أسبابه و يسقط من جهة الآخر فعلى هذا لو جعلنا مبدأ منفصلا عن العقد فهو و لو أطلقا فمبدؤه من حين العقد

ثم إنه لو قلنا بأن مبدأ حين فقد سائر الخيارات فلا يرد إشكال المصنف قدس سره عليه بأن الحكم بثبوتة من حين التفريق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما فإن تبعيته العقود للقصور و وجوب عدم تخلفها عنها إنما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر

مضادّ له كما لو قصد البيع و ترتّب عليه الهبة أو قصد المتعه و ترتّب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أمّا بيع ما يملكك و ما لا يملكك فحيث إنّ القصد فيه فى الحقيقه ينحلّ إلى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و إن قصدا كون مبدئه حين العقد إلّا أنّهما قصدا من حينه إلى سنه مثلا فلو حكم الشّارع بأنّهما ما داما فى المجلس ليس لهما خيار الشّروط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد

و بالجمله كون صحّحه بيع ما يملكك مع ضمّ ما لا يملكك إليه على طبق القواعد ليس إلّا لعدم كونه من موارد تخلف العقد عن القصد و قد ذكرنا فى المعاطاه فى جواب استبعادات الشّيخ الكبير ما يزيد توضيحا للمقام

### مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبيّ]

قوله قدس سره مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبيّ إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أمور الأوّل فى تحقيق ما ذكره المصنف من ضعف منع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين فنقول إنّ ما يتخيّل وجها لفساد جعل الخيار للأجنبيّ أمران الأوّل أنّ الخيار ليس معنى اسميا و ملحوظا استقلاليا و كان مجرّد السلطنه على الفسخ و الإمضاء بل هو معنى حرفيّ و هو عبارته عن ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصلي أو إبقائه و إقراره فى ملك مالكة الفعلى و هذا ينفذ ممّن كان زمان المال بيده و أمّا الأجنبيّ فأجنبيّ عنه

و بعبارته أخرى و إن كان الأصل فى كلّ حقّ أن يكون قابلا للإسقاط لأنّ هذا هو الفارق التام بينه و بين الحكم إلّا أنّه ليس كلّ حقّ قابلا- للتقل إلى الغير و على فرض كونه قابلا- له فليس قابلا- للنقل إلى كلّ أحد فإنّ حق القسم قابل للتملك إلى الزوج و الضره و لكن لا- يقبل التملك إلى الأجنبيّ فالخيار أيضا و إن كان قابلا لتملك أحدهما إلى طرفه كما ذكرنا فى مثل قول أحدهما للآخر اختر إلّا أنّه لا يقبل التملك إلى الأجنبيّ

الثانى معنى الخيار أنّ الالتزام الذى ملكه أحدهما من صاحبه زمام أمره بيده المملك و هذا بعد الفراغ عن مالكيه التزام الآخر فهو ملك كلا الالتزامين و الأجنبيّ لا يملك التزام الطرف الآخر حتى يملك التزام من له الخيار و قد أجاب المصنف عن هذا بأنّه لا- مانع عنه لأنّه نظير إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين كالعقار و فيه بعد الغضّ عمّا فى مسأله إرث الزوجه من الإشكال أنّ جعل الخيار للأجنبيّ لو كان على نحو جعل الملك الحقيقىّ فلازمه إرث وارث الأجنبيّ عنه لأنّ ما تركه لوارثه و أمّا لو كان على نحو التفويض الراجع إلى أنّ نظره متّبع و أنّه مالك لتسليم الالتزام المذى هو تحت يد المالك إلى الطرف أو إبقائه للمالك فهو كالوكيل فى القبض و الإقباض فلا مانع عنه و على هذا لا يرثه وارثه لأنّه لا يملك شيئا حتى يرثه وارثه و يجب عليه أيضا مراعاة مصلحه المالك لأنّه ليس كسائر الملاك يتصرّف كيف يشاء

و على هذا فنبوت الخيار له متوسّط بين الملكيه و الوكاله فلا يمكن ترتيب آثار الملك عليه حتى يرث وارثه و لا ترتيب آثار الوكاله حتى يمكن عزله بل هو نظير التولية على الوقف فلا بدّ أن يراعى غبطه من جعل له الخيار و لا يرد الإشكالان عليه لأنّ

الخيار عبارته عن حلّ العقد و لازمه رجوع كلّ مال إلى المحلّ الَّذِي خرج عنه لا رجوعه إلى ملك من حلّ العقد و لا مانع من كون الأجنبي مالكا لكلا الالتزامين من قبل ذى الحقّ

الأمر الثّاني أنه قد يجعل الخيار الواحد و قد يجعل المتعدّد و على الثّاني قد يجعل خيارا واحدا لهم و قد يجعل لكلّ منهم خيارا مستقلا فلو كان الخيار لواحد فالمتبّع فسخه أو إمضاؤه و لو كان

للمتعدّد فلو كان ثبوت الخيار لهم من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق ذى الخيار كخيار المجلس بناء على ثبوته للموكل و الوكيل المفوض فإنّ الخيار لكلّ منهما من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق البيع أى الخيار ثابت لجنس البيع لا للعموم لكلّ من سبق إلى إعمال الخيار نفذ منه

ففى المقام لو كان جعل الخيار للوكيل أو الأجنبى المتعدّد كثبوته للوكلاء طولاً فكل من سبق إلى إعماله نفذ منه و ذهب به موضوع حق الآخر و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و لو كان الخيار للمتعدّد بلحاظ وصف اجتماعهم فلا يؤثر إلّا اجتماعهم فى الفسخ أو الإمضاء دون استقلال كل واحد و لو كان لكلّ واحد مستقلاً و فى عرض الآخر فيقدم الفاسخ و لو كان متأخراً على المجيز لأنّ إجازة المجيز إنّما يؤثر من طرف نفسه فيبقى الحق للآخر فلو فسّخه ينحل به العقد

الثالث لو قلنا بأن جعل الخيار للأجنبى تفويض إليه أو توكيل له فلا شبهه فى احتياجه إلى قبوله و أما لو قلنا بأنّه تملك فتوقّفه على قبوله مبنى على انحصار الملك القهرى بالإرث و الوقف على البطون و أما لو قيل بحصوله من شرط النتيجة و نحو ذلك من دون توقّفه على قبول من جعل الملكيه له فنفس الجعل كاف فى حصوله

الرابع فى شرح عباره الوسيله و الدّروس أما الأوّل فقوله إذا كان الخيار لهما و اجتماعاً على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل يحتمل أن يكون مراده لو جعل المتبايعان الخيار لأنفسهما بوصف الاجتماع أى على نحو كان بنظرهما فلو اجتماعاً فهو و إن خالف أحدهما الآخر بطل أى لم ينفذ لا الفسخ و لا الإجازة و لكن جعل الخيار كذلك لغو لأنّ لهما الإقاله بلا إشكال فلا فائده لهذا الجعل

و يحتمل أن يكون لهما على نحو الاستقلال فقوله و إن لم يجتمعا أى لو فسّخ أحدهما و أمضى الآخر بطل البيع أى يؤثر الفسخ تقدّم على الإجازة أو تأخّر و قوله و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء أى إن رضى الأجنبى و قبل جعل الخيار له نفذ البيع أى ليس لمشترط الخيار للأجنبى خيار فى البيع و البيع نافذ فى حقه من هذه الجهه و إن كان خيارياً بالنسبه إلى الأجنبى و إن لم يرض أى و إن لم يقبل الأجنبى فالمبتاع بالخيار لتعدّد الشرط و على هذا فقوله كان المبتاع بالخيار فى غايه الارتباط مع كلامه السابق و هذا بخلاف ما إذا حمل قوله و إن رضى نفذ البيع على أنّه لو أمضى العقد فإنه لا معنى لقوله و إن لم يرض أى و إن فسّخ كان المبتاع بالخيار

و أمّا الثانى فقوله يجوز اشتراطه لأجنبى منفرداً و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلّا لم يكن لذكره فائده يحتمل أن يراد منه كون الأجنبى منضمّاً مع أحد المتبايعين أى إعمال الخيار لهما بوصف الاجتماع و يحتمل أن يكون مستقلاً فعلى الأوّل يكون قول المصنّف مؤيداً له لأن معنى كلام الدّروس أنّه لو خولف أى لو فسّخ الأجنبى و أجاز الأصيل أمكن اعتبار فعله أى صار الإجازة كالعدم لأنّ نظر الأجنبى متّبع أيضاً فأيدّه المصنّف بما حاصله أنّه لا شبهه فى ذلك لأنّه لو أجاز الأجنبى و فسّخ الأصيل لا يؤثر إجازته فلو لم يعبر بفسّخه و كان وجوده كالعدم بأن يؤثر إجازة الأصيل فلا يكون لذكره فائده و على الثانى يكون كلام المصنّف فى مقام الإيراد لأنّ ظاهر كلام الدّروس أنّ فعل الأجنبى معتبر مطلقاً أجاز أو فسّخ فأورد عليه المصنّف بأنّ فائده جعل الخيار له ليس اعتبار فعله مطلقاً

نعم لو لم يمض فسخه مع إجازته الأصيل لكان ذكره بلا فائده لأنّ المفروض عدم مضيّ إجازته مع فسخ الأصيل و أمّا لو أشر  
فسخه



فلا يكون ذكره لغوا و بالجمله فحاصل الإيراد أنه لا يعتبر فعل الأجنبي المخالف مطلقا بل إنمّا يؤثر فسخه دون إجازته مع فسخ الأصيل

### [مسألة من أفراد خيار الشَّرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]

#### إشارة

قوله قدس سره مسأله من أفراد خيار الشَّرط ما يضاف البيع إليه إلى آخره

الوجه المتصوّر فيه تنتهي إلى سبعة الأوّل أن يكون الخيار معلقا على الرّد في مدّه معيّنه كسنة مثلا في أيّ زمان ردّ الثمن في ظرف السّنة كان له الخيار الثّاني أن يكون الخيار معلقا على ردّ الثمن في خصوص آخر السّنة الثالث أن يكون الفسخ معلقا على الرّد لا الخيار الرّابع أن يكون الرّد فسخا فعليا الخامس أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري السادس أن يكون شرطا لوجوب بيعه من مالكة الأصلي السّابع أن يكون قيّدا لانفساخ العقد و كلّ هذه الوجوه صحيحة إلّا السّابع

أمّا الأوّل و الثّاني فلا- محذور فيهما إلّا التعليق و الجهالة في خصوص الأوّل أمّا التعليق فلم ينهض لبطلانه دليل إلّا الإجماع و معقده العقود لا الشّروط في ضمنها و أمّا الجهالة فإنمّا تضرّ لو لم يعين مدّه أصلا كأن يقول إذا جئت بالثمن في أيّ وقت كان لي الخيار فيصير كما لو قال بشرط أن يكون لي الخيار إن قدم زيد و هذا بخلاف ما لو قال لي الخيار إذا جئت بالثمن في أيّ وقت من الأوقات من زمان العقد إلى سنة فإنّ الخيار هنا غير مجهول إلّا من باب الجهل بالمعلّق عليه و هو يرجع إلى إشكال التعليق لا الجهالة

و أمّا الثالث و الرابع و الخامس فلا إشكال فيها أصلا كما هو واضح و أمّا السادس فقد استشكل فيه بالدور و بالأخبار الواردة في خصوص المقام و سيّجى ء في باب الشّروط اندفاع الدّور و أنّ الأخبار ناظرة إلى أنّ المقصود لو كان هو البيع الحقيقي فلا بأس به و لو كان هو البيع الصّوري و كان المقصود الأصلي الرّباء كأن يشتري نسيئته و يبيعه من البائع نقدا بأقلّ من قيمه التّسيئته على نحو لم يكن للمشتري عدم البيع و لا- للبائع عدم الشّراء بل كان كلّ منهما ملزما بالمعامله ثانيا يبطل و أمّا لو اشترط البائع على المشتري أن يبيعه بعد سنة إذا جاء بمثل الثمن مع قصدهما البيع الحقيقي فلا يشمل الأخبار

و أمّا الوجه السّابع فيرد عليه أحد المحذورين و هو إمّا انفساخ العقد بلا سبب و إمّا اقتضاء وجود الشّيء عدم نفسه فإنّ بيع الدّار و اشتراط انفساخه برّد مثل الثمن إمّا يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل لأنّ انتقال الدّار من المشتري إلى البائع بلا سبب أي بلا- إنشاء قولّي و فعلي غير ثابت في الشّريعه فيكون شرطا مخالفا للكتاب و إمّا يرجع إلى أنّ نفس اشتراط الانفساخ إنشاء للفسخ فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشّروط فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه يرّد مثل الثمن

و بالجمله يجب أن يكون البيع محققا ثابتا حتّى يشترط في ضمنه شرطا سائغا كملكه الكتاب مثلا بناء على عدم اعتبار حصولها من سبب خاص بأن لم تكن كالتكاح و الطلاق المتوقّف حصولهما على أسباب خاصّه و أمّا إذا كان البيع منفسخا بالشّروط

الحاصل في ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشرط في الملكيه و لا يقاس إنشاء انفساخ العقد بهذا الشرط الذي هو رد الثمن على اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فإن اشتراط سقوطه مؤكّد لبقاء العقد فإن العقد مقتض للخيار فإسقاطه لا ينافي العقد و هو أيضا ليس إسقاطا لما لم يجب

و هذا بخلاف إنشاء انفساخه فعلا مشروطا بردّ الثمن فإنّ هذا الإنشاء مناقض للعقد و لا يمكن تصحيحه بكون ظرف الرد متأخرا فإنّ الاشتراط في ضمن العقد فعليّ و إن علق على أمر متأخر بل لو سلّم أن إنشاء الفسخ على تقدير غير حاصل لا يلزم من وجوده

عدمه لأنَّ ظرف حصول الانفساخ متأخر و المقارن للعقد هو ظرف الإنشاء إلَّا أنَّه يجب أن يكون الشَّروط مالكا لهذا الشَّروط كالبائع إذا باع و ارتهن قبل قبول المشتري و كمن و كل شخصاً في نكاح زوجته و طلاقها و رجوعه إليها ثم طلاقها فإنَّ في هذه الموارد واقع النكاح مقدم على واقع الطلاق و إنشأؤه كذلك أيضاً فهو مالك للإنشاء المترتب على إنشاء آخر فكما أنَّ واقع المترتب في ظرف حصول المترتب عليه متأخر فكذلك إنشأؤه و هكذا جعل الخيار في ضمن العقد أو شرط السقوط في ضمنه فإنَّ التزام الموجب حاصل بنفس إيجابه فله إسقاطه و هذا بخلاف انفساخ العقد فإنَّه لا يملكه

نعم اشتراط انفساخ عقد آخر خيارى في ضمن هذا العقد لا مانع عنه بحيث كان نفس هذا الإنشاء فسحا له و هذا بخلاف أن يقول بعتك بشرط أن يكون منفسخا

ثم إنَّه بعد ما عرفت من صحَّه جعل الخيار بأحد الوجوه الستة بمقتضى القواعد العامه فتطبيق الأخبار الخاصه على أحد الوجوه لا موجب له لا سيما حملة على الوجه السابع الذى هو الرابع فى كلام المصنف قدس سره مع أنَّ أكثرها ظاهر فى كون الرَّد فسحا فعليا أو مقدّمه لإنشاء الفسخ أو الإقاله أو التملك ثانياً أو كان الشرط سبباً لكون المبيع له عند الرَّد كما هو ظاهر الغنيه فإنَّ ملكيه البائع للمبيع ثانياً بالاشتراط فى ضمن العقد بلا إنشاء على حده من المشتري لا مانع عنه للفرق بين إنشاء الملكيه بالاشتراط و إنشاء الفسخ به و الفارق هو أنَّ الأوَّل لا يستلزم من وجوده عدمه بخلاف الثانى

### [توضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور]

### [الأمر الثانى الثمن المشروط ردّه إما أن يكون فى الذمه و إما أن يكون معينا]

قوله قدس سره الأمر الثانى الثمن المشروط ردّه إما أن يكون فى ذمه إلى آخره

الثمن إذا كان نقداً قد يكون كلياً و قد يكون شخصياً فإذا كان كلياً و اشترط الخيار برده فلو قبضه فردّه يتحقّق بمثله أيضاً كما يتحقّق بنفس المقبوض لأنَّ كلَّ فرد من مصاديق الكلى و شرط ردّ الثمن معناه شرط ردّ ما كان مصداقه

نعم لو شرط ردّ المقبوض فلا يتحقّق ردّه إلّا برّد عين المقبوض إلّا أن يقال بعد تعين الكلى بالفرد المقبوض فالثمن هو المقبوض بشخصه فردّ الثمن معناه ردّ ما هو الثمن فعلاً و المصداق الآخر ليس ثمناً و لو لم يقبضه فهل له الخيار أو لا وجهان وجه الثانى أن معنى جعل الخيار بشرط الرَّد هو شرط القبض ليتحقّق موضوع الرَّد و لكن الأقوى هو الأوَّل لأنَّ الرد أخذ طريقاً لوصول الثمن إلى المشتري

نعم لو علم من الخارج أن الغرض تعلّق بالرَّد بما هو ردّ فليس له الخيار و بالجمله فى مورد الإطلاق ينزل الشَّروط على ما هو المتعارف نوعاً و العرف و العاده يرون الرَّد طريقاً نعم لو قيده بما هو خارج عن المتعارف و كان اشتراطه عقلياً جامعاً لشرائط الصّحه فلا مانع عنه و إذا كان الثمن شخصياً فتارة يقع الكلام قبل قبضه و أخرى بعده

أما قبل قبضه فحكمه حكم الكلي بل بمقتضى ما قدمناه من عدم الفرق بين الكلي و الفرد في مورد القبض لأن الكلي يتعين في المقبوض فالحكم في كلتا الصورتين واحد فعلى هذا لو قبض الثمن سواء كان كلياً أم شخصياً فتارة يشترط رد عينه و أخرى يشترط رد الأعم من البدل و من العين و ثالثه يطلق

فإذا اشترط رد عينه بشخصه فلا خيار له في مورد التلف كان التلف سماوياً أو بمتلف أجنبياً كان أو نفس البائع و إذا جعل الخيار بشرط رد الأعم فتارة يقيده بمورد التلف أى يجعل الخيار بشرط رد العين مع وجودها و بدلها مع تلفها و قد يطلقه و قد يقيده بصوره بقاء العين فلو جعل رد البدل في صورته التلف فلا إشكال في أنه مع بقائها يجب ردّها و مع تلفها يردّ بدلها و لو أطلق فلو قلنا بصحة التقييد بصوره البقاء فلا إشكال و أما مع فسادة فالإطلاق ينزل على مورد التلف

فيجب التكم في صورته التقييد فنقول لو جعل الخيار المشروط بالرد مقيداً برّد مثل العين و لو مع بقائها فقد يكون الرد فسخاً فعلياً أى قيد الفسخ بالرد لا الخيار

ففى هذه الصورة لا- يصح شرط ردّ البدل مع بقاء العين لأنّ حقيقه الفسخ ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصلي و رد غير المال المفروض وقوع الفسخ به ليس ردّا للمال إلى مالكة ففى هذه الصّوره الشرط فاسد بلا إشكال إلّا أن يقال مرجع هذا الشرط إلى إسقاط الخصوصيّة العيّيّه و الرضاء بالماليّه و التّوعّيّه فإنّ تنزيل إسقاط الخصوصيّة منزله إسقاط الأوصاف فى من له على ذمّه غيره طعام موصوف بوصف خاص بمكان من الإمكان كما سنشير إليه

و على هذا ففى غير مورد خيار الشرط لو فسخ ذو الخيار فمقتضى الفسخ رجوع كلّ ملك إلى مالكة فإسقاط الخصوصيّة و رضا كلّ منهما ببدليّه غير ماله عن ماله مبنى على استفاده ذلك من قاعده على اليد كما سيظهر الإشاره إليه

و أمّا فى مورد خيار الشرط فيمكن شرط ردّ مثل الثمن و شرط ردّ المثل فى القيميّ و القيمه فى المثليّ فى نفس هذا العقد المشروط المثبت للخيار لأنّه ينحلّ إلى شرطين شرط تحقّق الخيار و شرط مالكيه كلّ منهما لما فى يده من مال المالك الآخر و ليس هذا الشرط مخالفًا للكتاب بل مخالف لإطلاق الفسخ فإنّ إطلاقه يقتضى ردّ العين ما دامت موجوده و بالشرط يقيد الإطلاق فيجعله فى حكم صوره التّلف

و أمّا لو كان الرّد مقدّمه للفسخ أو معلقًا عليه الخيار أو مقدّمه للإقاله أو البيع فلا محذور فيه لأنّ الفسخ لا يتحقّق به و إنّما يصير المردود فى يد المشتري بمنزله المقبوض بالسّوم فإذا فسخ البائع بعد هذا الرّد ينتقل الثمن الموجود إلى المشتري و المردود باقى فى ملك البائع فلهما أن يتراضيا على كون كلّ منهما بدلًا عن الآخر نظير أداء القرض بمال آخر و يصير الشرط سببًا لوجوب رضا كلّ منهما ببدليّه ما فى يده لمال الآخر

و لكنّه لا يخفى أنّ هذا يصحّ بناء على ما ذكرنا من معنى ضمان اليد المستفاد من على اليد ما أخذت بأن يكون أخذ مال الغير بدون التّلف موجبا لصيرورته فى ذمّه الأخذ بماليته و نوعيته و شخصيته فلصاحب المال إسقاط كلّ واحد من هذه الخصوصيات بأن يرضى ببده و على هذا يصحّ اشتراط ردّ القيمه فى المثليّ و بالعكس لأنّ له إسقاط الماليّه و الاكتفاء ببده من غير هذا الجنس و لو لم يكن بهذا المقدار من القيمه أو إلقاء نوعيته التى بها صارت العين مثليه و الاكتفاء ببدها من حيث الماليّه

و أمّا لو قلنا بأن مفاد على اليد هو الضمان عند التّلف فما دام العين موجوده لا يمكن أن يكون بدلها منتقلا إلى المشتري إلّا بالمبادله فلا يصحّ و بالجملة الإشكال مبنى على أصل مسأله الضمان و حيث اختار المصنف أنّ معنى على اليد استقرار الضمان بالتّلف و لذا اختار قيمه يوم التّلف فى القيميّ فلا يصحّ اشتراط كون المدفوع إلى المشتري بدلًا عن ماله

نعم نفس شرط ردّ غير ماله إليه لتحقّق الخيار أو الفسخ أو الإقاله لا مانع عنه إلّا أنّه لا تصحّ ببدليّه المردود عن الثمن الموجود عند البائع من دون مبادله هذا كلّّه إذا كان الثمن نقدا و أمّا إذا كان فى الذمّه فإن كان فى ذمّه المشتري فحكمه حكم الكلى التّقدى قبل القبض و بعده و إن كان فى ذمّه البائع فحيث إنّ الإنسان لا يملك ما فى ذمّه نفسه فهو بمنزله التّلف فله ردّ مثله أو قيمته بل لا معنى لشرط ردّ الثمن فى هذه الصّوره إلّا ردّ مثله أو قيمته

قوله قدس سره الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلى آخره

لا يخفى أنه لم يستشكل أحد في صحته إنشاء الفسخ بالفعل و لم يدع مدع اعتبار كونه بالقول فإنّ الأصحاب صرّحوا بكفايه ما دون و مثل ردّ الثمن في إنشاء الفسخ به بل نظرهم في المقام إلى العقود المتعارفه بين الناس و المتعارف عندهم أنّ الردّ مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو إعمال الخيار أو الإقاله بأمر آخر غير هذا الردّ الذي به يتحقّق ملك الخيار أو الفسخ و الإقاله

**[الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]**

قوله قدس سره الأمر الرابع إلى آخره

لا يخفى أنّ إسقاط الخيار بعد العقد وإن صحّ على الوجه الثاني والثالث في المتن ولا اختصاص له بالوجه الثاني لأنّه لا فرق بين كون الرّد فسحا فعليا و كونه مقدّمه للفسخ القولى إلّا أنّ صحّتها إنّما هي لكونه مالكا للخيار و على هذا يصحّ إسقاط الشرط على الوجه الأوّل والثاني اللذين ذكرناهما من الوجوه و هما أن يكون الخيار معلقا على الرّد فى مجموع المدّة أو فى رأس المدّة و بعد انتهائها لأنّ الخيار و إن لم يتحقّق بعد على الوجهين إلّا أن المشترط مالك للشرط فله إسقاطه

و بالجمله فى خروج إسقاط الشرط و الخيار عن إسقاط ما لم يجب لا يكفى تحقّق سببهما الذى هو العقد بل لا بدّ من تحقّق الملكيه لمن يسقطهما و صحّحه إسقاط خيار المجلس و الحيوان فى ضمن العقد لم تكن من جهه تحقّق سببه من الإيجاب بل لأنّ إنشاء الإسقاط مترتب على الإيجاب فإنّ الموجب مضافا إلى تملكه ماله للمشتري ملكه التزامه فإذا جعل الشارع أمر الالتزام بيد المملك فله التّجاوز عن حقّه و جعل هذا الالتزام لظرفه فعلى هذا لو كان الخيار ثابتا له و كان الرّد فسحا فعليا أو مقدّمه للفسخ فله إسقاط الخيار و لو لم يكن ثابتا بل كان مقيدا بالرّد أو كان الرّد شرطا للإقاله أو البيع ثانيا فله إسقاط الشرط لأنّه ملك له

قوله قدس سره و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معينا كفى فى الرّد إلى آخره

تنقيح الفرق بين الصّورتين سيّجى ء مفضّلا و لا- بأس بالإشاره إليه إجمالا- و هو أنّه لا- شبهه فى أنّ قوام ماليه المال إنّما هو بصورته التّوعيه العرفيه الّتى هي أخصّ من الصوره التّوعيه باصطلاح أهل المعقول فإنّ العبد و الجاربه فى اصطلاحهم نوع واحد و لكنّهما فى مقام البيع متغايران فإذا كان قوامها بالصّوره التّوعيه فلو باع العبد الحبشى فتبين أنّه حمار و حشّى بطل البيع سواء عين التّوع بنحو التّوصيف أو الشرط كما أنّه فى مقام القبض أيضا لو قبض ببدل العبد حمارا بطل القبض لأنّ المقبوض غير ما تعلق به البيع فإنّ البيع يتعلّق بالصّوره التّوعيه لا بالماده الهيولائيه و أمّا لو باع عبدا شخصيا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصّحه كالكتابه أو باع و لو من دون توصيف أو شرط بالنّسبه إلى وصف الصّحه فلو ردّ العبد فى الأوّل و تبين فيه فقد الوصف و لو ردّه فى الثّانى و تبين فيه فقد الصّحه فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الأرش و أمّا لو كان المبيع كليا فحيث إنّ يتنوّع بالوصف على نوعين فلو ردّ غير الموصوف فله التّبديل لا- لأنّ مرجع الموصوف أو المشروط إلى تعدّد المطلوب بل لأنّ ما يستحقّه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتّصف بالوصف فله إسقاط ما يستحقّه و له مطالبه الوصف و لما لم يمكن إعطاء الوصف إلّا فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى

و بالجمله الكلى الموصوف بغير وصف الصّحه يتعيّن مصداقه بالمتّصف فلو ردّ من غير الجنس فلا إشكال فى أنّه خارج عمّا يستحقّه و لو ردّ من الجنس فاقتدا للوصف المشترط أو للصّحه يتحقّق به الرّد غايه الأمر له فى ذمّه المشروط عليه الخصوصيه الكذائيه فله التبديل لاستيفائها

قوله قدس سره و يسقط أيضا بالتصرّف في الثمن المعين إلى آخره

تنقيح ذلك الأمر يتوقف على تمهيد مقدمات الأولى أنّ بين الثمن الشخصي و الكلّي فرقا في جهة الظهور فإنّ شرط ردّ الثمن في الشخصي ظاهر في ردّ عين الثمن و في الكلّي ظاهر في الأعمّ لأنّ الكلّي و إن تشخّص بالمدفوع إلّا أنّه بنفسه قابل للانطباق عليه و على غيره نعم لو شرط في الشخصي ردّ غيره أو في الكلّي ردّ شخص المدفوع يتبع شرطه فعلى هذا لو أطلق في الشخصي و الكلّي فالإطلاق على الأول



ينزل على عين الثمن و في الكلى على الأعم الثانيه أن مسقطيه التصرف و كونه فسحا فعليا لأحد الوجوه الثلاثه لأنه إما للتنافي بين البناء على المالكيه و البناء على الفسخ و إما لظهوره الفعلي في الأخذ بأحد طرفي التّخاير و إما لظهوره النوعي الثالثه أن بناء المعاوضه في البيع الخياري غالبا على التصرفات المتلفه في الثمن بحيث عدّه غيره من الفرد النادر الشاذ

إذا عرفت ذلك نقول لو شرط ردّ عين الثمن فلا إشكال في أنّ التصرفات الناقله أو المتلفه فيه موجه لسقوط الخيار لو وقعت في زمان الخيار بل موجه لعدم ثبوته و إطلاق المسقط عليها مسامحه و أمّا لو أطلق كأن قال بشرط أن ترد مالي كما هو مفاد روايه معاويه بن ميسره فمقتضى ما ذكرناه عدم سقوط خيار مطلقا كان الثمن شخصا أو كليا فإنّ الإطلاق و إن انصرف إلى ردّ العين في الشخصى إلا أنه فيما لم يكن بناء البائع نوعا على الانتفاع بالتصرفات المتلفه و أمّا مع بنائه كذلك فيحمل الإطلاق على شرط ردّ الأعم لو كان الاشتراط صحيحا و لو مع بقاء العين أو يحتمل على الأعم في مورد التلف

و بالجملة التصرف من البائع إنما ينافي فسخه أو أنه ظاهر نوعي في إجازته أو مصداق فعلي لها في غير المورد الذي بناؤه على التصرف بل لو قلنا بأنّ التصرف مسقط تعبدي يخرج مورد البيع الخياري عن دليل التعبد إما لانصرافه عنه و إما لكون هذا البناء من البائع بمنزله الاشتراط الضمني بأن لا يكون هذا التصرف مسقطا و هذا شرط سائغ لأنه من حقوق المتبايعين و لو كان ثبوته من جهة النص و التعبد فإنه لا يشترط عدم الحكم الشرعي في هذا المورد بل يشترط على المشتري أن لا يكون تصرف البائع موجبا لمالكيه المشتري التزام نفسه

و على هذا فكلام المحقق الأردبيلي و من وافقه في غايه المتان و إيراد المصنف عليه في الحقيقة تأييد له لأن مرجع كلامه إلى عدم السقوط في غير مورد شرط ردّ شخص العين و هو و من وافقه مورد كلامهم في المتعارف بين الناس و المتعارف عدم شرط ردّ خصوص العين لأنّ بناءهم كمفاد الأخبار اشتراط ردّ المال و هو أعم من العين و المثل بل لا يمكن شرط ردّ خصوص العين مع أنّ غرضهم الانتفاع بالثمن بالتصرف الناقل

كما أن إيراد المصاييح عليهم غير وارد فإنّ حاصل إيراده أنّ التصرف المسقط في المقام من باب السالبة بانتفاء الموضوع لأنّ التصرف مسقط في زمان الخيار و الخيار المشروط بردّ الثمن يحصل للبائع بعد ردّه إلى المشتري لا قبله فلو تصرف بعد الردّ إليه يسقط خياره لتحققه دون ما إذا تصرف فيه قبل الردّ و ذلك لأنّ الخيار و إن علق على الردّ إلا أنه يتصور على وجهين لأنه تاره يتحقق الخيار بانتفاء المدّه كيوم بعد السنه و أخرى جميع المدّه ظرف للخيار ففي أيّ ساعه ردّه له الخيار

و في القسم الأوّل يرد إشكال المصاييح و أمّا في القسم الثاني فلا- كما في سائر الوجوه الأربعه التي تقدّم أنّ الردّ ليس قيّدا للخيار أمّا في سائر الوجوه فواضح و أمّا في القسم الثاني من الوجه الأوّل في كلام المصنف فالأخيار و إن علق على الردّ إلا أنّ التزام البائع حيث إنّه تحت يده و إن علقه على الردّ فله إسقاطه بالتصرف الذي هو مسقط فعلى كما له إسقاطه قولا و مجرد كونه معلقا لا- يوجب خروج الالتزام عن سلطنه لأنه علقه على أمر اختياري كما لو جعل أعمال خياره في مكان خاص أو عند الحاكم الشرعي

و بالجمله كان له الردّ فى طول المده لتحقق خياره فهو مالك له فله إسقاطه قولاً و فعلاً و ليس من إسقاط ما لم يجب لا لإيجاد سببه بل لكونه ملكاً له فعلاً

ثم إن ممّا ذكرنا ظهر أنّ الوجه الأوّل فى كلام المصنف على قسمين و فى أحدهما يلتزم بإمكان إسقاط الخيار لا فى كليهما كما هو صريح

عبارته في قوله نعم لو جعل الخيار و الرد في جزء معين من المدّة كيوم بعد السنه إلى آخره فلا تنافى بين كلاميه فلا يرد على ما أورده بعض المحشين

ثم إن محضيل كلام الجواهر في الرد على المصايح أمور ثلاثه الأول أنه لو قيل بأنه لا خيار قبل الرد يلزم جهاله مبدأ الخيار الثاني أنه خلاف ما يستفاد من فهم العرف فإنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدّة لا بعد الرد و الثالث أنه خلاف ما هو البناء من الأصحاب من ردّ الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض هذه الأخبار المستفاد منه أن غلّه المبيع للمشتري لأن حاصل كلامهم أن مجموع المدّة ظرف للخيار مع أن نماء المبيع للمشتري فلو توقف الملك على انقضاء الخيار لما كانت الغلّه للمشتري فمن ردّ الأصحاب مقاله الشيخ بهذا الخبر يستفاد ثبوت الخيار مطلقا و إلا لما كان وجه لاستدلال الأصحاب به على ردّ الشيخ

و محض ردّ المصنف على الجواهر أن الجهاله الناشئه عن الردّ مع تعيين ظرف الخيار لا تضرّ و أما فهم العرف فلا يتبع فيما لو كان المدار على كيفيّة جعل الخيار و أما استدلال الأصحاب فلعلهم فهموا من مذهب الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار المنفصل أيضا و لا يخفى أن الأخير لا يستقيم لأنّ الشيخ يقول بالتوقف في نحو خيار المجلس و الشرط لا مطلقا فلو لم يكن الخيار في المقام متصلا و كان بعد الردّ لما كان وجه لاستدلالهم بهذه الأخبار على ردّ الشيخ

و ينبغي التنبيه على أمرين الأول أن فائده النزاع في ثبوت الخيار و عدمه قبل الردّ مع قابليته إسقاط الشرط مطلقا لظهر في التصرّف فإنّه لو كان الخيار ثابتا في طول المدّة و كان الفسخ معلقا على الردّ لكان التصرّف التزاما بالملكيه و أما لو لم يكن الخيار ثابتا فليس التصرّف تصرفا في زمان الخيار و أما الشرط فعلى أى تقدير لا يسقط بالتصرّف لأنّ الإسقاط من العناوين التي ليست الأفعال مصداقا لها بل لا بدّ من تحقّقها بالقول

و بالجملة و إن كان الشرط قابلا للإسقاط تحقق الخيار أم لا إلا أن سقوطه منحصر بالقول بخلاف الخيار فإنه يسقط مطلقا لأنّ التصرّف مصداق للالتزام الثاني أنه لا ينبغي الإشكال في أن المشروط بالشرط لا يتحقّق قبل حصول شرطه كان المشروط وضعا أو تكليفا لامتناع الشرط المتأخّر فلا يرد على المصايح بأنه لو كان الخيار في طول المدّة لكان التصرّف مسقطا لأنه تصرف في زمان الخيار مع أن الخيار على كلا الوجهين معلق على الردّ فقبل الردّ لا خيار و ذلك لأن فعلية الخيار و إن كانت متوقّفه على الردّ مطلقا إلّا أنّ ملك التزام العقد بيد ذى الخيار الذى هو البائع في المقام فيما إذا كان الخيار في طول المدّة لأنه قادر على إقدار نفسه في جميع الأوقات فالتصرّف في الثمن ردّ للالتزام العقدى الذى كان زمام أمره بيده إلى المشتري بخلاف ما إذا كان الخيار منفصلا كيوم بعد السنه فإن التزام نفسه فعلا بيد المشتري

و بالجملة لا تنافى بين المشروطيه و كون المشروط بيد المشروط له و إن كان شرطه متأخرا و لذا لو رجع المشترط في باب المسابقه و شكّ في استحقاق السابق السبق مع رجوع طرفه يستصحب بقاء الحكم المشروط و هكذا الشكّ في نسخ الحكم المشروط بل جريان الاستصحاب التعليقى منحصر في أمثال هذه الموارد ففي المقام زمام أمر العقد بيد البائع من زمان العقد إلى سنه مثلا فلو تصرف ببناء مالكي و التزام عقدي فهذا التصرّف مسقط لحقّه و من هذا البيان قلنا إنه يسقط بالإسقاط القولى أيضا

لأنه ليس إسقاطا لما لم يجب

### **[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]**

قوله قدس سره الأمر الخامس لو تلف المبيع إلى آخره

لا يخفى أنّ تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع إلّا بناء على أن يكون الخيار مطلقا

متعلقا بالعين أو اشتراط الردّ والاسترداد الظاهر في ردّ العين بخصوصيتها أو قلنا بأنّ ظاهر الشرط في المقام تعلق الخيار تابعه لخصوصيته فيها بنظر المشتري

و جميع الوجوه ضعيفه أمّا الأوّل فلما سيجىء في أحكام الخيار من تعلق الخيار بالعقد و أمّا الثاني فلأنّ ظاهر الأخبار الوارده في المقام هو جعل الخيار للمشتري معلقا على الردّ لا جعل الردّ له و أمّا الثالث فلأنّ في البيع الخيارى يتعلّق بالنظر بماليه المال غالبا و منشأ جعل الخيار فيه بيعه بأقل من ثمن المثل و لو كان منشأ جعل الخيار فيه الرغبة إلى الخصوصيه العيئيه لباعها بثمن المثل و جعل لنفسه الخيار و البيع بثمن المثل لا- يرغب فيه المشتري مع جعل الخيار للبائع إلّا أن يكون المبيع أمرا يرغب فيه المشتري جدا بحيث كان احتمال صيرورته له داعيا إلى الشراء بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع و لكن هذا نادر فلا وجه لتزليل أخبار الباب على الفرد النادر

و بالجملة تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع كان قبل ردّ الثمن أو بعده و يظهر من صاحب الجواهر التفصيل بين بعد الردّ و قبله قال قدس سره و كما أنّ النماء له أى للمشتري فالتلف منه بلا خلاف للصحيح و الموثق بل هو كذلك و إن كان بعد الردّ إلّا أنّه مضمون عليه لأنه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المثل أو قيمه بخلاف التلف قبل الردّ الذى ليس زمان الخيار كى يستحقّ الرجوع عليه بل المتّجه سقوط الخيار

انتهى و قبل بيان ما يرد على كلامه نقول لا إشكال فى أنّ مقتضى المعاوضه قبل القبض ضمان كلّ من المتعاقدين لما انتقل عنهما بضمان المسمى و لازم ذلك أنّه لو تلف يتعين المسمى للبدليه أى يفسخ العقد و يرجع كلّ مال إلى مالكة الأصلى و لا شبهه أنّ بالقبض ينتقل الضمان أى يصير المالك ضامنا لما انتقل إليه و يتبدّل الضمان المعاوضى أيضا بضمان اليد بمعنى أنّه لو تلف المبيع مثلا- عند المشتري بعد القبض و طرأ عليه الفسخ أو الانفساخ أو الإقاله فالتالف مضمون عليه بالمثل أو قيمه فيسترجع الباقي عند الطرف و يؤخذ منه المثل أو قيمه و لا شبهه أيضا فى أنّ انتقال ضمان التالف إلى القابض إنّما هو لو لم يكن له الخيار و أمّا مع الخيار فالتلف ممّن لا خيار له

نعم فى خصوص قاعده ضمان التالف على من لا- خيار له اختلف العلماء فى أنّ الحكم مطلق فى جميع الخيارات أو مختصّ بخيار الحيوان أو الشرط أو هما مع المجلس و كذلك اختلفوا فى اختصاص الحكم بتلف البيع كتلف الحيوان فى يد المشتري مع ثبوت الخيار له أو يشمل تلف الثمن فى يد البائع إذا كان له الخيار

و على أى حال فمعنى قولهم إنّ بالقبض ينتقل الضمان إلّا أن يكون خيار أنّ القبض وجوده كعدمه إذا كان للقابض خيار فيكون حال المقبوض كحاله قبل القبض فى أن ضمانه على مالكة الأصلى و هو الضمان المعاوضى فإذا تلف الحيوان فى يد المشتري الذى له الخيار يفسخ البيع و يردّ الثمن الموجود عند البائع إذا لم يكن له الخيار إلى المشتري إذا

عرفت هذا نقول يرد عليه أولا أنّ مقتضى كلامه فى ردّ المصاييح هو أنّ مجموع المدّ ظرف الخيار لا بعد الردّ فالتفصيل بين قبل الردّ و بعده فى ثبوت الخيار بعده دون قبله لا- وجه له و ثانيا لا- وجه لقوله إذا تلف المبيع بعد ردّ الثمن يكون تلفه من

المشترى لأنّه وقع فى زمان خيار البائع لأنّ قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له كما عرفت تختصّ بتلف المقبوض عند ذى الخيار

و بعباره أخرى هذه القاعده مفادها أنّ القبض كالعدم فلو كان الخيار للمنتقل إليه فتلفه يحسب من المنتقل عنه و فى المقام التّلف عند القابض كان فى زمان خيار المنتقل عنه و هو البائع و خياره ليس علّه

لكون تلف المبيع على المشتري لأن قبضه مع عدم الخيار له صار سببا لأن يكون تلفه عليه

نعم فائده هذه القاعده تظهر في تلف الثمن عند البائع لو قلنا بالتعدى إليه أيضا كما سنشير إلى وجهه و ثالثا أن هذا التعليل مشترك بين قبل الرد و بعده على ما اختاره هو قدس سره من عدم الفرق في قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بين الخيار المتصل و المنفصل فقبل الرد و إن لم يكن الخيار ثابتا إلا أنه يتحقق بعده فإذا اقتضت القاعده كون تلف المبيع على المشتري بعد رد الثمن لوقوعه في زمان خيار البائع فتقتضى كونه عليه أيضا قبل الرد لتحقق الخيار و لو بعد ذلك و رابعا أن مقتضى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له انفساخ العقد قهرا لأن حال المقبوض كحاله قبل القبض فلا معنى لقوله لأنه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ و خامسا أنه لا وجه لإطلاق كلامه في ثبوت الخيار بعد الرد لو فرض أن للبائع نظرا إلى الخصوصيه العييه

و بالجملة لا إشكال في عدم الفرق بين الرد و قبله فإنه لو كان الغرض متعلقا برد العين فالتلف موجب سقوط الخيار مطلقا و لو كان النظر إلى ماليتها فلا وجه لسقوطه أصلا و لا إشكال في أن مقتضى القواعد كون ضمان المقبوض على مالكة الذي قبضه لو لم يكن له خيار على الطرف كان لطرف خيار أم لا- فتلف المبيع على المشتري ليس لثبوت الخيار للبائع بل لأنه ملك له و قد قبضه و ليس له خيار

و مِمَّا ذكرنا من أن مرجع قاعده كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له إلى أن قبض ذى الخيار كعدم القبض يظهر ما فى عباره المصنف أيضا من قوله و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجى ء من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع لما عرفت من أن مورد هذه القاعده ما إذا تلف المقبوض عند مالكة مع كونه ذا خيار فهذه القاعده على فرض تعميمها للثمن موردها ما إذا تلف الثمن فى يد البائع أى صغرها تلف الثمن قبل الرد لا تلفه عند المشتري فلو قلنا بضمان المشتري بعد قبضه فإنما نقول به لكونه فى حكم المقبوض بالسوم كما سنشير إليه لا لقاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له

قوله قدس سره إلا أن يمنع شمول تلك القاعده للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع إلى آخره

لا إشكال فى أن مورد قاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له هو تلف المبيع عند المشتري مع كونه ذا خيار كما إذا كان المبيع حيوانا فالتعدى عنه إلى تلف الثمن عند البائع إذا كان ذا خيار كالمقام إنما هو للتعليل فى ذيل هذه الأخبار و هو قوله حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فإن هذا الكلام بمنزله أن استقرار الملك يوجب ثبوت التلف على المالك فما دام الملك متزلزلا و للمالك رده لا يستقر ضمانه عليه بل ضمانه على صاحبه الأول الذى ليس له خيار

و من هذا البيان يظهر عدم الفرق فى تلف الشىء على من لا- خيار له لا- على ذى الخيار بين الخيار المتصل أو المنفصل لأن استقرار الملك رافع للضمان لا أصل الملك فعلى هذا تلف الثمن يجب على المشتري إذا كان قبل الرد سواء كان مجموع المده ظرف الخيار لو كان بعد الرد

نعم سيجى ء إن شاء الله فى أحكام الخيار أن هذا يختص بتلف الثمن الشخصى بالتلف السماوى أو ما هو بمنزلته كما إذا وجب عليه الإتلاف شرعا و بإتلاف من عليه الخيار أو الأجنبى و أما إتلاف ذى الخيار أو تلف المقبوض من الثمن الكلى فليس ضمانه على من لا خيار له هذا مع أنه لو قيل باختصاص قاعده التلف فى زمان الخيار بتلف المبيع عند المشتري لو كان ذا خيار و عدم شمولها لتلف الثمن إلما أن تلف الثمن بعد الرد إلى المشتري على أى حال ضمانه على المشتري لأن البائع دفعه إليه ليسترده منه المبيع لا مجانا



و بلا عوض فيصير كالمقبوض بالسوم في أنّ ضمانه على القابض

نعم لو تلف قبل الردّ إليه فتلفه على البائع بناء على الاختصاص و بالجمله مقتضى ذيل الزوايه المتقدمه هو أنّ ضمان تلف الثمن عند البائع على المشتري و العجب من صاحب الجواهر من عدّه التعميم من غرائب الكلام ثم ردّه بخبر معاويه بن ميسره مع أنّ الزوايه غير متعرّضه لتلف الثمن أصلا و ليس مفادها إلّا أنّ نماء الثمن للبائع و تلف المبيع على المشتري إلّا أن ينضمّ إليها قاعده الخراج بالضمان فإنّ كون نماء الثمن للبائع بمقتضى روايه معاويه و كون المنافع بإزاء الضمان بمقتضى تلك القاعده ملازم لكون تلف الثمن على من له نماؤه و هو البائع

و لكنّه لا يخفى أن قاعده الخراج بالضمان على فرض دلالتها على مدّعه قابله للتخصيص بقاعده التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له و بقاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه مع أنّ دلالتها غير تامّه و أوضحنا مفادها في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و ملخصه أنّ هذه القاعده سيقّت لبيان ما ارتكز عند العقلاء و هو أن من تعهّد شيئا و بذل بإزائه الثمن فمنافعه له بسبب بذل العوض في مقابله فالضمان فيها بمعناه المصدرى

و بعبارة أخرى بعد عدم إفاده هذه القاعده ما استظهره أبو حنيفه من أنّ الغنم بإزاء الغرم فلا تشمل ضمان الغاصب يدور الأمر بين المعنى المصدرى أى الضمان الجعلى المالكى و اسم المصدر و هو الحاصل من الجعل الشرعىّ التعيّد كالتضمان فى القاعدتين و الأعمّ منهما بناء على صحّته و الأظهر هو الأوّل فإنّ المرتكز عند العقلاء هو أنّ التضمن صار سببا لاستيفاء المنافع و بالعكس أى من ضمن مالا و بذل بإزائه فخراجه أى منافعه له بإزاء ضمانه

إذا عرفت ذلك فمقتضى هذه القاعده أنّ نماء الثمن للبائع و نماء المثلث للمشتري بسبب تعويضهما و تضمينهما أى حيث بذل البائع المبيع بإزاء الثمن و ضمن الثمن فنماؤه له و حيث بذل المشتري الثمن و عوضه بالمثلث و ضمنه فمنافع ما ضمنه و أدخله فى ماله له فينحصر مورده فى التضمن الجعلى المالكى الذى أمضاه الشارع فعلى هذا لا تشمل القاعده الضمان فى قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لأنّه ليس بجعل مالكيّ بل تعيّد محض و كذلك لا تشمل الضمان فى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه إذا كان تعديا محضا كما ذهب إليه جماعه من العلماء

و أمّا بناء على المختار من عدم كون القاعده تعدييه محضه بل منشأ الحكم بالضمان كونه مقتضى الشرط الضمنىّ الذى يتعهّد به كلّ من المتعاقدين للآخر من التسليم و التسلم و إن أعمل فيه التعيّد فى الجمله و هو جعل التالف آنا ما فى ملك من انتقل عنه قبل التّلف فقد يتوهم تنافيه مع قاعده الخراج بالضمان لأنّ مقتضاها أنّ الضمان على من كانت المنافع له فالمبيع إذا تلف قبل القبض مع أنّ منافعه للمشتري يكون ضمانه عليه مع أنّ قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه تقتضى أن يكون ضمانه على البائع

و لكن يمكن دفعه بأن قاعده الخراج ناظره إلى التضمن الأولى لا التضمن الثانوى المترتب على الأولى

و توضيح ذلك أنّ في كلّ معاوضه يتحقّق ضمانان بالنّسبه إلى كلّ من البائع و المشتري فالبايع مثلاً ضامن للثمن ابتداء و للمبيع ثانياً أى ضمن الثمن بإزاء المثلّم و أدرجه في ملكه و ضمن المثلّم أى التزم بأنّه لو تلف يكون المسمّى بدلا له أى تعهّد بالتسليم إلى المشتري بحيث لو تلف يكون عوضه المسمّى و هو الثمن باقيا على ملك المشتري لانفساخ العقد و لو تعيّد و قاعده الخراج بالضمان ناظره إلى التّضمن الأصلي لا التّبعي و لا تشمل

## الثانوى فلا تخصيص و لا حكمه

هذا مع أنه لا مانع عن التخصيص و الحكومه فلو كانت قاعده التلّف عامّه و شامله لتلف الثمن كما يستفاد ذلك من ذيل بعض الأخبار الواردة فى خيار الحيوان فتقدم على قاعده الخراج بالضمان لأن مفاد قاعده التلّف انفساخ معامله و ردّ التالف إلى ملك من لا خيار له

فالعمده استفاده التعميم من قاعده التلّف و عدمها لا جعل روايه معاويه بن ميسره دليلا على أنّ تلف الثمن بعد الردّ من البائع و لو منضمّا إلى قاعده الخراج بالضمان و الحقّ عدم شمول قاعده التلّف لتلف الثمن و اختصاصها بتلف المبيع فى زمان خيار المشتري بخيار الشرط و الحيوان أو المجلس أيضا على خلاف فيه

نعم لو قلنا بالتعميم فلا فرق بين الخيار المتصل و المنفصل لما عرفت من أنّ مناطه تزلزل البيع و سيجىء تفصيل ذلك إن شاء الله فى محلّه و يظهر أنّ الإشكالات الواردة على كلام المصنف فى استحباب الضمان الثابت قبل القبض إلى زمان القبض فى مدّه الخيار و لو كان الخيار منفصلا غير وارده عليه

و لكن عمده الإشكال أنّ مقتضى القواعد أنّ تلف كلّ مال على مالكة خرج منها تلف المبيع قبل القبض و تلفه بعد القبض فى زمان خيار المشتري فبقى تلف الثمن بعد قبض البائع له على حكم القواعد و قوله ع حتى ينقضى الشرط غايه لثبوت تلف المبيع فى زمان خيار الحيوان أو الشرط على البائع لا- علّه حتى يعتم إلى تلف الثمن فى زمان خيار البائع هذا مضافا إلى أنّ التسالم على ثبوت الخيار لو شرط ردّ مثل الثمن فى صورته تلف الثمن و صحّه هذا الشرط دليل على أنّ قاعده التلّف لا تجرى فى تلف الثمن لأن مقتضى القاعده بعد تعميمها للخيار المنفصل أن يكون تلفه على المشتري فينفسخ البيع و هذا الشرط يقتضى أن يكون تلفه على البائع فيبقى العقد على حاله و يفسخ أو يفسخ برّد المثل و قاعده التلّف لو قلنا بتعميمها فهى حكم تعبدى شرعى ليس قابلا للتغيير بالشرط المخالف لها حتى يقال إنّ شرط الخيار برّد مثل الثمن متضمّن لشرطين أحدهما الخيار و ثانيهما أنّ تلف الثمن مع أنّه فى زمان خيار البائع على البائع فالحقّ ما اختاره صاحب الجواهر لكن لا لظهور خبر معاويه بن ميسره بل لعدم الدليل على أنّ تلف الثمن كتلف المبيع

**[الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري]**

قوله قدس سره الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ إلى آخره

لا- يخفى أنّه لو شرط الردّ إلى خصوص المشتري فلا- يكفى الردّ إلى غيره لو امتنع الردّ إليه لغيبه أو جنون أو موت و لو شرط الردّ على الأعمّ منه و من وكيله أو وليه فيكفى الردّ إلى كلّ واحد منهم و لو أطلق فالمسأله ذات قولين و لا- يخفى أنّ نسبه الحدائق إلى المشهور عدم اعتبار حضور المفسوخ عليه فى الفسخ لا يلزم عدم اعتبارهم الردّ إلى خصوص المشتري فإنّه لا ملازمه بين الفسخ و الردّ و يمكن أن لا يكون حضور الطرف معتبرا فى الفسخ و يعتبر فى الردّ الذى هو الإقباض قبض خصوص

و بالجمله يجب أن يخرج الردّ إلى الوارث عن محلّ الخلاف لأنّ الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حقّ المورث البائع إليه سواء قلنا بأن الخيار و الفسخ يتعلّق بالعقد أم قلنا بأنّه يتعلّق بالعين مطلقاً أم بالتفصيل بين سائر الخيارات و المقام الّذى قلنا بأنّه متعلّق بالعين و لذا لا- يجوز فى المقام لمن عليه الخيار التصرّفات المنافيه لاسترداد العين و ذلك لأنّ المال على أى حال ينتقل إلى الوارث على نحو كان لمورثه فالردّ إليه كالردّ إلى مورثه

نعم فى مورد التخصيص بخصوص شخص المشتري لا- يكفى الردّ إلى الوارث إلّا أنّ فى مورد الإطلاق لا يوجب الموت امتناع الردّ فالعمده هو البحث عن الردّ إلى الوكيل المطلق لو كان أو إلى الحاكم الشرعى

فقد يقال إنّ الأدلّه

الدَّالَّة على ولاية الحاكم و وكالة الوكيل لا تشمل ما ليس للمولى عليه و الموكل مصلحة فيه فقبضهما ليس قبضا من المشتري حتى يكون المدفوع ملكا للمشتري فيجب عليهما حفظه و ردّ المبيع إلى البائع

و فيه أنّه لو فرض إطلاق الوكالة لماله و عليه كما هو المفروض في المقام فقبضه قبض الموكل و لذا لو خاطب أحد المتبايعين الآخر بقوله بعتهك مع كون المشتري وكيلا- لصحّ الخطاب كذلك مع أنّ الكاف لم يوضع للخطاب بالأعمّ و ليس إلّا لأنّ الوكيل هو الموكل تنزيلا ففي المقام إذا كان قبضه قبض الموكل يشمل الإطلاق الردّ إليه فليس إعمال الخيار ممتنعا

و أمّا ولاية الحاكم فلا- تختصّ بما للمولى عليه مصلحة و لذا ينفق على زوجة الغائب من ماله بل لو قيل باعتبار المصلحة في التصرف إلّا أنّ في المقام حيث إنّ الفسخ لا يناط بحضور المفسوخ عليه و قبوله فلذی الخيار إعماله فيبقى مال المشتري بلا وليّ فله ردّه إلى الحاكم لحفظه و اعتبار الحضور للردّ أيضا يكفي فيه حضور من هو قائم مقام المشتري شرعا

ثمّ إنّه لو باع الأب عن ابنه و اشترى الجدّ لطفل آخر فلا إشكال في أنّ الأب يردّ إلى الجدّ لو شرط الخيار و هكذا لو تولّى أحدهما طرفي العقد يجوز أن ينوى بالقبض الردّ إلى المفسوخ عليه أو يردّ إلى الوليّ الآخر الذي لم يكن متولّيًا لطرفي العقد كما أنّه لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع للبايع الردّ إلى الأب و إلى جدّ الطفل لولايه كلّ منهما على الطفل فقبض كلّ منهما قبض الطفل

إنّما الإشكال في أنّه لو اشترى الحاكم للطفل بخيار البائع فهل للبايع الردّ إلى حاكم آخر كما كان له الردّ إلى الأب و الجدّ أو لا بل يجب الردّ إلى خصوص الحاكم المشتري الأقوى أنّه يجب الردّ إليه بخصوصه لأنّ بتصرف الحاكم في مال اليتيم و وضع اليد عليه يخرج ماله عن المال الذي لا وليّ له فليس لحاكم آخر التصرف في هذا المال

### [الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]

قوله قدس سره و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن جاز إلى آخره

قد يقال إنّ هذا الشرط مخالف للسنّة لأنّ السنّة جرت في اشتراط الخيار بردّ الجميع و لا يخفى ما فيه لأنّ جعل المتعاقدين التبعض بالنسبة إلى المبيع أو الثمن ليس محلّلا- للحرام و لا محرّما للحلال و يكفي في صحّته عموم المؤمنون عند شروطهم و توهم أنّ الالتزام العقدي أمر بسيط فإمّا أن يجعل للمشروط له تمام الالتزام و إمّا يبطل فاسد جدا لأنّه لا ينافي بساطة الالتزام جعل التبعض في الملتزم فإنّ التبعض قد ينشأ من جعل مختلفي الحكم متعلّقا لباع واحد كما لو باع الخلّ و الخمر أو مال نفسه و مال غيره صفقه و قد ينشأ من جعل البائع أو المشتري بالنسبة إلى الثمن أو المثل الذي لو لا جعل كان جميع أجزائه متّحد الحكم ففيما لو أطلق اشتراط الفسخ بردّ الثمن لم يكن له الفسخ إلّا بردّ الجميع و أمّا لو شرط الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن فالبايع بالشرط جعل المبيع للمشتري متبعضا و لا مانع عنه

ثم إن هذا على أقسام قسم لا يجعل الخيار إلّا في بعض المبيع برّد ما يقابله من الثمن سواء جعل على وجه كان الرّد فسخا فعليًا أم مقدّمه للفسخ أم الخيار وهذا لا إشكال في صحّته إذ ليس المشتري إلّا كمن اشترى دارا من شريكين جعل أحدهما الخيار لنفسه دون الآخر وقسم يجعل الخيار في المجموع ولكن بحيث إنّه كلّ ما يرّد مقدارا يثبت له الخيار بهذا المقدار أو يكون كلّ مقدار فسخا فعليًا بمقدار ما يقابله من المبيع

و هذا أيضا كالسابق في الصحّح و لا إشكال في القسمين بأقسامهما في أنّه ليس للمشتري خيار تبعض الصّيفه لأنّ أصل ثبوت خيار التبعض إنّما هو لتخلّف شرط ضمنّي في العقد و هو كون مجموع المبيع بوصف

اجتماعه مقابلا لمجموع الثمن فلو صرّحا بانحلال العقد و إمكان تبعضه فلا شرط ضمنا بل الشرط على خلافه

نعم لو شرط فسخ المجموع متدرّجا و فسخ فى البعض و لم يفسخ فى الباقي حتى خرجت المدّة بطل الفسخ فى البعض نظير المكاتب المشروط و قسم يشترط فسخ المجموع برّد جزء من الثمن و هذا أيضا لا مانع منه

### [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ كذا يجوز للمشتري]

قوله قدس سره الأمر الثامن إلى آخره

حكم شرط المشتري برّد المبيع لثبوت الخيار لاسترداد الثمن فى جميع الصور السبع و فى جعل ردّ المثل فى القيميّ و بالعكس و فى جعل ردّ المثل مع بقاء العين حكم شرط البائع و قد تقدم حكمه فراجع

### [مسألة لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبائع]

قوله قدس سره مسألة لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبائع إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أقسام العقود فنقول قد تقدم مرادا أنّ العقود على قسمين إذنيّ و عهديّ و العهديّ على قسمين تعلقيّ و تنجيزيّ فما كان من العقود الإذنيّ كالوكالة و الوديعة و العاريه لا يجرى فيه شرط الخيار لأن الخيار معناه ملك الالتزام و العقود الإذنيّ لا- التزام فيها فهى خارجة عمّا يجب الوفاء به تخصصا بل إطلاق العقد عليها إنّما هو لكونها واقعه بين اثنين و إلما فنفس حقيقتها متقوّمه بالإذن المحض و الرضا الصّيرف و ما كان من العهديّ فلو كان اللزوم أو الجواز فيه حكما لا حقا لا يجرى فيه أيضا شرط الخيار فالأول كالتكاح و الضمان و الثّانى كالمهبة

أمّا الأول فلاّنّ شرط الخيار فيه مناف للسنّيه فلا يصحّ الجعل من العاقد على خلاف مقتضاه الذى ربّته الشارع عليه و لذا لا يصحّ الإقاله فيه و سرّه أنّ الإقاله ردّ الالتزام الذى ملكه كلّ من المتعاقدين إلى صاحبه و إذا لم يدخل الالتزام تحت الملك لا يقبل الردّ كما أنّ الخيار ملك التزام نفسه و هذا لو لم يدخل تحت الملك لا يصحّ جعله بالشرط

و أمّا الثّانى فلاّنّ العقد لو كان جائزا ذاتا فجعل الخيار فيه لغو رأسا و ليس من قبيل جعله فيما هو جائز عرضا كجعله فيما فيه خيار الحيوان أو المجلس لإمكان تأثير الجعل فيه بلحاظ إسقاطه و تقيد المسبّب بأسبابه

و لو كان اللزوم فيه حقا كسائر العقود فسواء كانت تنجيزيّه كالبيع و الصّح و أمثالها أم تعلقيّ كالجعله و السبق و الزمايه يصحّ فيه شرط الخيار و من هذا البيان ظهر عدم جريان خيار الشرط فى مطلق الإيقاعات لأنه ليس فيها التزام و عهد من الموقع و لم يلتزم بمنشئه بالتزام عهديّ و عقديّ و ليس وجه عدم الجريان اعتبار وقوع الشرط بين اثنين كما يظهر من بعض الأعلام حتى يرد

عليه بأن كون الإيقاع من طرف واحد لا يقتضى عدم وقوع الشرط فى ضمنه لإمكان اشتراط الخيار فى ضمنه و قبول الآخر لهذا الشرط بل لأن حقيقة الشرط هو إناطه المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمه لأحد العوضين و فى الإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط إليه

و بعبارة أخرى ليس الشرط مجرد ذكر شىء منضمًا إلى آخر كما لو قيل بعتك الدار و أجزتك البستان بل يجب أن يناط المنشأ به و فى الإيقاعات لو أنيط أصل المنشأ به بطلت للتعليق و لو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائى الذى لا يجب الوفاء به لكونه حينئذ مجانيا و بلا عوض و غير منضم إلى أحد الطرفين

نعم بعض الإيقاعات يمكن تقييده بخصوصيته خاصه كعقود العبد و شرط الخدمه عليه إلا أن هذا النحو من الشرط خارج عما هو محل البحث فإن موضوع البحث هو الالتزام بالشىء فى ضمن الالتزام بشىء آخر لا إنشاء المنشأ بنحو خاص فالمولى لما كان مالكا لرقبه العبد و منافعه



و أمواله فله تخصيص عتقه ببعض الجهات و هذا ليس من قبيل الشرط في ضمن العقود

و حاصل الكلام أن الإيقاع حيث إنه إذا أنشأ يوجد المنشأ بنفس الإنشاء و لا يتوقف على القبول فالشرط الواقع بعده إما يرجع إلى الشرط الابتدائي و إما إلى تعليق المنشأ الذي هو باطل و إما إلى تخصيص المنشأ بخصوصيته خاصه

و على أي تقدير هذا خارج عن الالتزام في الالتزام الذي هو محل الكلام ثم إنه لو رجع الشرط إلى التخصيص لا يتوقف على قبول العبد نعم لو شرط على العبد بعد العتق شيئا يتوقف نفوذه على قبوله كما لو قال أعتقتك و زوجتك ابنتي و شرطت عليك إن تزوجت أو تسرّيت عليها أن تعطيني مائة درهم و احتياجه هنا إلى القبول إنما هو لعدم تملك العبد لمائة درهم حال العتق فيرجع هذا الشرط إما إلى مال الكتابه أي يرجع الإيقاع إلى العقد و يتوقف صحته على القول بصحة المجاز أو الكنايه و إما إلى الشرط في ضمن التزويج الذي وقع بعد العتق

و يؤيد ما ذكرناه بعض الأخبار الواردة في استثناء الخدمه من أنه يجب استثناءها قبل العتق لأنه لو أعتق أولا يصير العبد حراً مالكا لنفسه و منافعه فإنه لو كان العتق قابلا للشرط لم يكن وجه لهذا التعليل كما لا يخفى

و بالجملة جميع الإيقاعات لا يقبل جعل الشرط في ضمنه سواء كان شرط الخيار أم غيره و لا يخرج غير شرط الخيار عن الشرط الابتدائي أو التقييد أو التعليق أو عنوان عقدي فعلي هذا لو أبرأ أو طلق بشرط فيرجع الأول إلى المعاوضه و الصلح عمّا في الذمه بشيء و الثاني إلى الطلاق بالعوض الذي هو محل الكلام صحه و فسادا

و تقدّم أن جميع العقود الإذنيه و العقود التي لزومها و جوازها من الأحكام الشرعيه لا- من حقوق المتعاقدين حكمها حكم الإيقاعات فانحصر صحه الشرط مطلقا أو شرط الخيار في العقود العهديه التي يكون الجواز و اللزوم فيها حكما مترتبا على التزام المتعاقدين الذي هو حق من حقوقهما القابل للإرث و الانتقال و الإسقاط هذا بحسب الثبوت

و أمّا بحسب الإثبات أمّا النكاح فلزومه حكمي لا حقي لتوقف ارتفاعه على الطلاق فينكشف منه أن اللزوم فيه ناش عن حكم الشارع بلزوم نفس عنوان العقد لا عن التزام من المتعاقدين

و بعبارة أخرى كلّ لزوم نشأ من أَوْضُوا بِالْعُقُودِ فهو حقي و كلّ ما نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكمي فكون دفع النكاح موقوفا على الطلاق شرعا كاشف عن أن رفعه ليس بيد المتعاقدين و يدلّ عليه عدم مشروعيه الإقاله فيه فإنها و الخيار توأمان كما عرفته مرارا و الفسخ في مورد العيوب ليس حقا ثابتا للفاسخ و لذا لا- يرثه الوارث بل إنما هو حكم شرعي مستثنى من الحكم بلزوم النكاح فإن اللزوم و إن كان حكما إلا أنه قابل للاستثناء فكأنه حكم الشارع بأن من مقتضيات عنوان النكاح الذي هو المنشأ بالصيغه اللزوم إلا في مورد تخلف الشرط كشرط البكاره و بنت المهيره و نحو ذلك و في العيوب الخاصه

و بالجملة عدم مشروعيه شرط الخيار لعله إجماعي في النكاح كتحققه بالنسبه إلى عدم مشروعيه التقابل فيه بلا إشكال لظهور أن اللزوم مترتب على نفس العنوان لا على عقده و ترتب اللزوم في البيع في بعض الأخبار على نفس العنوان لا على العقد كقوله

ع فإذا افترقا وجب البيع مع كون اللزوم فيه حقيًا بلا إشكال لا يدلّ على أنّ اللزوم في النكاح كذلك أيضًا فإنّ قوله ع إذا افترقا وجب البيع بعد قوله المتبايعان بالخيار معناه وجوب عقد البيع لقرينه مقابلته بالخيار الذي هو ملك الالتزام الذي نشأ من العهد و ممّا ذكرنا ظهر صحّه شرط الخيار في عقد البيع بلا إشكال فإنّ لزومه حقيّ و يدلّ

عليه النصوص بالخصوص و أما الوقف فإن قلنا بأنه إيقاع مطلقا فلا يصح شرط الخيار فيه أصلا و إن قلنا بأنه عقد مطلقا أو عقد في الوقف الخاص فالأظهر من الأدلة عدم دخول شرط الخيار فيه إما لأنه فك ملك لله بغير عوض فيكون كمطلق الصّدقات التي دلّ الدليل على أنه لا يرجع فيما كان لله و إما لاعتبار التأييد فيه الملازم للزوم شرعا

و الخبر العذي استدللّ به في المتن لجواز شرط الخيار فيه لا- يدلّ على المدعى فإن رجوع الموقوفه إلى الميراث لعله لبطلان الوقف بسبب هذا الشرط و لرجوعه إلى الحبس ما دام العمر مع أنه فرض في الرواية رجوع الوقف إلى الملك بمجرد الاحتياج لا بعد الفسخ فليس رجوعه إليه من باب شرط الخيار و إلا لتوقف على أعمال الفسخ فيصير الرواية دالة على صحته حسبما لأن اشتراط العود إليه مع الحاجة في قوه جعل الوقف ما قبل الحاجة

و أما الهبة فغير المعوضه منها جوازه حكمي لترتب إمكان الرجوع للواهب ما دام العين موجوده على نفس العنوان لا على عقدها كما يدلّ عليه أخبار الباب و جعل الخيار في الجواز الحكمي لغو

و أما المعوضه أو ما قصد بها الثواب أو الهبة لدى الرّحم و غير ذلك ممّا طرأ عليه اللزوم كصوره تلف العين فاللزوم فيها حكمي و استثنيت من جواز الرجوع في الهبة شرعا كما يظهر من أدلتها فراجع

و أما الصّلمح فلو كان في مقام المعاوضه يدخل فيه الخيار و أما لو كان في مقام الإبراء فلا يدخل فيه لأنه إيقاع إلا أن يرجع إلى المعاوضه و هكذا لو كان في مقام قطع الخصومه لا لأن مشروعيتها لقطع المنازعه ينافي اشتراط الخيار لأنّ هذا حكمه لتشريعه لا عله بل لأنّ لزومه رتب شرعا على نفس هذا العنوان لا على العقدى منه

و أما الضمان فكالتكاح لزومه حكمي لأنّ من أثره انتقال الدين إلى ذمه الضامن و براءة المديون فأرجاعه إلى ما كان لا يمكن إلما بضمان آخر و التّقابل المتصوّر فيه أيضا و بهذا المعنى و يلحقه الحواله و الكفاله و أمّا الرهن فلا مانع من دخوله فيه غايه الأمر يصير الدين بعد الفسخ كالديون التي لم يجعل وثيقه لها

و أما الجعالة و السّبق و الرّمايه فالظاهر أنّها غير لازمه قبل العمل و بعده لا يمكن شرط الخيار لاستحقاق العامل الأجره و بالجمله كلّ عقد لم يكن لزومه أو جوازه حكميا بل كان من جهة الالتزام العقدى فيدخل فيه الخيار و ما ليس كذلك فلا يدخل فيه و ليس المقام مقام تنقيح المصاديق و إنّما أشرنا إلى بعضها تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ أدام الله تعالى بقاءه

#### [الرابع خيار الغبن]

#### إشارة

قوله قدس سره الرابع خيار الغبن إلى آخره

لا يخفى أنّ ثبوت هذا الخيار فى الجملة لا إشكال فيه و إنّما الكلام فى مدركه و أتمّ المدارك له هو حصوله من جهة تخلف الشرط الضمنى و ذلك أنّه لما كان تعيش بنى آدم موقوفا على تبادل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين فى المائيه فىناط التبدل بالتساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العاده جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما فى المائيه بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض فمدرك ثبوت الخيار تبانى المتعاقدين على تساوى العوضين فى المائيه و هذا بمنزله الصغرى و الكبرى أنّ تخلف البناء يوجب عدم التراضى بالمعامله و لما ثبت فى باب الفضولى و المكره أنّ الرضا اللاحق كالسابق فلم يكن تخلف البناء موجبا لفساد البيع رأسا فله إقرار العقد و اختيار نتيجه و له ردّه

و المصنف قدس سره ناقش فى الصغرى و الكبرى جميعا مع أخذه بهذا المدرك فى باب التسليم و التسلم و فى اعتبار نقد البلد بل فى خيار العيب و خيار الرؤيه و لا يخفى أنّ مع تسليمه فى بعض

الموارد بأنَّ الشرط الضمني كالشرط الصريح يوجب تخلفه الخيار لا وجه لمناقشته في المقام مع أنَّها غير تامَّة أمَّا في الصغرى فلأنَّ قوله الوصف المذكور أى كون العوضين متساويين في المائيه ليس إلَّا من قبيل الداعى

ففيه أنَّ الداعى هو الموجب لإرادته شىء أى الباعث لها كمن دعاه إلى بيع داره تزويج امرأه فإنَّ تخلفه لا يضرَّ بالمعامله و أمَّا إذا كان اشتراط التساوى و البناء عليه نوعيًا فيكون من قيود المراد و يدخل تحت الالتزام و أمَّا فى الكبرى فقوله قدس سره مع أنَّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

فيه أنَّ التقييد لو لم يذكر فى متن العقد أصلا لا إجمالا و لا تفصيلا لا يوجب تخلفه خيارا و أمَّا مع أخذه فيه إجمالا و بالدلاله الالتزاميه فهو بمنزله أخذه صريحا

و بعد ما عرفت أنَّ البناء على التساوى و ليس بناء شخصا حتى يكون من قبيل الداعى بل من المتعارف نوعا فهو بمنزله إنشائه فى متن العقد صريحا

و بالجمله لا اعتبار بالقيود البنائيه التى لم تذكره فى متن العقد أصلا لأنَّ القصد ما لم ينشأ على طبقها لفظ و لا يوجد بفعل لا اعتبار بها و هذا يختص بقيد لا يرجع إلى وصف أحد العوضين كاشتراط الخياطه و أمَّا إذا رجع إليه ككتابه العبد فتوجب البناء عليه صرف المعامله إليه كما أنه إذا كان التقييد لازما عرفيا فيكون كالمنشأ فى العقد غايه الأمر أنه أنشأ به التزاما و لا فرق بين الإنشاء الصريح و الضمنى

نعم الغبن المذى يتسامح فيه عادة لا يوجب الخيار لعدم البناء على التقييد بعدمه كما أنَّ اعتبار معناه اللغوى و هو الخدعه من طرف الغابن لا وجه له أصلا لأنَّ المدار على اشتراط التساوى نوعا سواء كان الغابن جاهلا أو عالما نعم إذا كان المغبون عالما فليس له الخيار و سيجىء وجهه و حاصل الكلام أنه لا فرق فى الشروط ضميتيه كانت أو صريحه فى أنَّ تخلفها يوجب الخيار

إنما الكلام فى تقريب الاستدلال بالأمر و الشريفة مع أنَّ ظاهر المستثنى اعتبار الرضا فى صحه المعامله و أمَّا ثبوت الخيار على تقدير تخلفه فغير ناظر إليه هذا مع أنَّ أصل الرضا حين التجاره و الإنشاء موجود فلو كان هو المعبر صححت المعامله أبدا و لو كان المعبر الرضا التقديرى لا الفعلى إلى الرضا على تقدير التساوى لبطلت المعامله رأسا

ثم إنَّ اختلاف الحالتين و صحه المعامله و لزومها قبل الاطلاع على الغبن و عدم لزومها بعد الاطلاع يحتاج إلى دليل و لكن يمكن تقريب الاستدلال بالآيه الشريفة بمجموع المستثنى و المستثنى منه بناء على كون المستثنى مفرغا و تقريبه أن قوله عزَّ اسمه و لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فِي قُوَّةٍ أَنْ يَقَالَ لَّا تَمْلِكُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بوجه من الوجوه فإنه باطل إلَّا على وجه التكبسب عن رضا فالتملك بدون رضا المغبون تملك بالباطل و مع رضاه تملك صحيح ثم إنَّ رضاه بالتجاره بمعناها الاسم المصدري هو المعبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن و أمَّا مع علمه به فإذا كان حاصل دخل فى عقد المستثنى و إلَّا أى لو لم يمض و ما رضى بالفاقد دخل فى المستثنى منه و لا نعى بالخيار فى المقام إلَّا

نعم لو كان المراد من التّجاره معناها المصدرى و اعتبر الرّضا فيها بهذا المعنى فمع حصوله حين صدور التّجاره لا وجه لاعتباره بعد فلا- يتم الخيار و مع عدم حصوله تبطل رأسا فلا- معنى لصحّتها مع إمضائها و لكن قد عرفت فى باب الفضولى أنّ اسم المصدر فى العقود له اعتبار استمرار و بقاء و من هذه الجهه يقبل العقد الفضوليه و ينسب بالرّضا اللّاحق إلى الراضى فالتّجاره الّتى اعتبر الرّضا فيها هى بمعنى اسم المصدر

و هي قابله لأن يلحقها الرضا بعد العقد فالمعامله فى المقام حيث كانت مقيدة بقيد غير ركنى و هو التساوى بين المالىن فتخلفه لا يوجب بطلانها رأسا بل يوجب إنناطتها بالرضا فإذا لم يرض المغبون بفاقد القيد يدخل ما أخذه الغابن فى أكل المال بالباطل و إذا رضى به يدخل فى التجاره عن تراض فهو راض بالتجاره ما دام جاهلا بالغبن و يصح تصرف الغابن و المغبون فيما انتقل إليهما و إذا علم به فلو رضى بالفاقد فهو و إذا لم يرض يدخل تحت أكل المال بالباطل

نعم يمتاز هذا المعنى من الخيار عن سائر الخيارات التى يحتاج الإمضاء و الفسخ فيها إلى الإنشاء فإن الدليل المثبت لهذا الخيار بالتقريب المذكور لا يدل إلما على أن مجرد الرضا بعد العلم بالغبن يكفى فى الصيحه و عدمه يكفى فى البطلان و الخيار الاصطلاحى ليس كذلك

و بالجمله إثبات الخيار الذى هو عباره عن ملك الإقرار و الإزاله بمقتضى الأدله العامه مشكل

نعم لو صح سند النبوى و هو قوله ص لا يتلقى الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار ثبت الخيار المصطلح لأن ظاهر قوله ص فهو بالخيار هو الخيار المصطلح و لكن الكلام فى أصل ثبوت النبوى مع عدم كونه مرويا بطرق أصحابنا إلّا أن يقال إن أصحاب تلقوه بالقبول و لذا يعدون غبن الركبان من أحد أسباب الخيار

و حاصل الكلام أنه لو كان مدرك الخيار خصوص الشرط الضمنى فإثباته بالمعنى المصطلح فى غايه الإشكال لأن إنناطه العوضين بالشرط أو الوصف صريحا أو ضمى لا يفيد إثبات الخيار لأن غايه التقييد ثبوت حق للمشروط له فله إسقاط حقه و رضاه بالفاقد و له عدم إسقاط حقه و هذا لا يلزم فسخ العقد فله يكون من الحقوق التى تبقى فى ذمه من عليه الحق و لا يمكن استيفاؤه و يكون كسائر الديون

كما أن إثبات الخيار بما قد يقال من أن التقييد بالوصف أو الشرط من قبيل تعدد المطلوب مشكل أما أولا فلأن وحده المطلوب و تعدده إنما يتصور فى الأحكام التكليفية لا الوضعيه التى هى المنشئات بالعقود لأن المنشأ الموصوف أو المشروط أمر واحد لا تعدد فيه و ثانيا هذا الكلام غير مطرد و لا منعكس فإنه قد يكون المطلوب متعددا فى الصور النوعيه التى بها قوام مائيه المال مع أن تخلفها يوجب البطلان قطعا سواء ذكرت و صفا أو شرطا كما لو اشترى عبدا حبشيا فانكشف كونه حمارا و حشيا أو اشترى عبدا و انكشف كونه جاريه و قد يكون المطلوب واحدا فى الشروط و الأوصاف التى لها دخل فى زياده المائيه كالكتابه و أمثالها بحيث لو علم أن العبد ليس كاتباً لم يقدم على شرائه مع أن تخلفها لا يوجب البطلان

و ثالثا كون المقام من قبيل تعدد المطلوب لا يفيد إلّا صحه العقد لا الخيار بفقد أحد المطلوبين فله المطالبه بمطلوبه المفقود لا رد العقد الواقع على المجموع أو إمضائه

قوله قدس سره و أقوى ما استدلل به على ذلك فى التذكرة و غيرها قوله ص لا ضرر و لا ضرار إلى آخره

لا يخفى أنه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضميه فالاستدلال بلا ضرر فى محله لأن مفاده أن الحكم الذى

ينشأ منه الضّرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لأنّه و إن جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضّرر إلّا أنّه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفه التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار

فلا يقاس الإقدام فى المعاملات جهلا بالضّرر على الإقدام فى العبادات جهلا به الذى اخترنا فيه أنّ الحكم لا يرتفع فى مورد الضّرر المجهول لأنّ الحكم



التكليفى المجهول لا يوجب الضرر لأنه كان أو لم يكن فحيث إن المكلف لا يرى الضرر فى الفعل يقدم على الفعل الضررى فالحكم الشرعى يصير من قبيل المعد للضرر و الجزء الأخير من العله لوقوعه فيه هو جهله به مع أنّ رفع الحكم منه فى هذا الحال ليس امتنانا عليه لاستلزامه بطلان العمل و إعادته و ذلك ينافى الامتنان

و أمّا مع العلم به فالجزء الأخير من العله أو تمام العله هو الحكم الشرعى و هذا بخلاف المعاملات فإنّ الأمر فيها بالعكس لأنّ مع العلم بالضرر فالضرر يستند إليه لإقدامه عليه و أمّا مع الجهل فالضرر يستند إلى الحكم الشرعى و هو لزوم العقد المغبون فيه

و أمّا لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيه أو الدواعى التى لا إشاره فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار لما عرفت من أنّ مفاده أنّ الحكم الذى ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويًا له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنوانا للحكم بل يكون عنوانا لنفس فعل المكلف و بإقدام و اختيار صدر الفعل عنه و لو كان جاهلا بالضرر و منشأ تضرره فى المقام ليس وجوب الوفاء بالعقد بل تخيله التساوى بين المالىن إلّا أن يقال إنّ العاقد و إن أقدم على المعامله الغبتيه إلّا أنّ إقدامه عليها و إيجاده لها موجب لتحقق موضوع وجوب الوفاء و إذا كان موضوعه ضرريًا و جب أن يرتفع حكمه بلا ضرر

و بعبارة أخرى و إن لم يكن اعتبار التساوى من الشروط الضمّيه إلّا أنّ حكم الشارع بوجوب الوفاء بالعقد الملى صدر عن المكلف حكم فى موضوع ضررى فيجب أن يكون مرفوعا لأنّ الحكم يصير فعليًا بعد تحقّق موضوعه و موضوعه و إن صدر عن العاقد جهلا- بالغبن و بتخييل التساوى إلّا أنّه بعد تحقّقه ينسب الضرر الوارد على العاقد باعتبار بقاء المعامله إلى حكم الشارع بالبقاء لا إلى إقدام المكلف

إن قلت فعلى هذا لو علم العاقد بالضرر و أقدم عليه لكان اللّازم عدم ثبوت وجوب الوفاء و لا يختصّ رفع الحكم بالجهل قلت فى مورد العلم ليس الضرر مستندا إلى الحكم بل إلى الإقدام لأنه علم بالضرر و أقدم عليه فلا وجه لرفع حكمه فالفرق بين العلم و الجهل إلّا أنّ الكلام فى أصل المدعى لأنّ الحكم و إن لم يكن فعليًا إلّا بعد تحقّق موضوعه و لكنّ الكلام فى أنّ الضرر مستند إلى الإقدام أو إلى الحكم فنقول لو كان الضرر ناشئًا عن الحكم بحيث لو لم يكن الحكم الشرعى لما وقع العاقد فى الضرر لكان هذا الحكم مرفوعا و المفروض فى المقام أنّ العاقد بتخيله التساوى أقدم على المعامله من دون أن يكون ملزما بها

و بعبارة أخرى كلّ حكم تكليفى أو وضعى كان هو تمام العله للضرر أو الجزء الأخير منها فهو مرفوع و أمّا لو كان الحكم معدا كالوضوء المجهول أنه ضررى أو لا دخل للحكم أصلا فى الضرر كالمقام لأنه بداعى النفع أقدم على المعامله فلا معنى لرفعه و مجرد صيروره الفعل ضرريًا باعتبار بقائه على حاله بعد صدوره اختيارا لا يوجب أن يرتفع حكمه و إلّا لزم أن يرتفع حكم الضمانات و الإتلافات إذا صدر الفعل عن المكلف جهلا- بأنّ المال من غيره فإنّ أكل مال الغير بتوهم أنّه ماله قد صدر عنه موضوع إذا حكم الشارع بوجوب خساره عليه يكون حكما فى موضوع ضررى مع أنّه لا يمكن أن يكون هذا الحكم مرفوعا و لا وجه له إلّا أنّ الإقدام صار منشأ للضرر لا الحكم

و بالجمله لو لم يكن اعتبار التساوى من الشروط الضمته بل كان من الدواعى أو الشروط البنائيه فلا وجه لأن يكون تعذرها موجبا للخيار و عليك بالمراجعه إلى ما كتبناه فى قاعده لا ضرر

قوله قدس سره و لكن يمكن

الخدشه في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل لا يستلزم ثبوت الخيار

محصل مرامه قدس سره أن قاعده الضرر لا تثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء بكل الثمن كما عليه بناء الأصحاب لأن تدارك الضرر يحصل بأحد الأمور الثلاثة الأول الخيار و الثاني رد مقدار ما تضرر فيه من عين الثمن أو المثلن فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم حال ورثه ذلك المريض في أن لهم استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض و الثالث رد ما به يتدارك ضرر المغبون و لو من غير جنس الثمن أو المثلن نظير ما احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه في أخباره برأس المال و بذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإذا أمكن تدارك الضرر بأحد الأمور الثلاثة فترجيح بعض منها بلا مرجح لا وجه له

و فيه أنه لا- يمكن تدارك الضرر في المقام بالأمر الثاني و الثالث أما الثاني فلأن المعاوضه وقعت بين مجموع مالي الغابن و المغبون فيجب أن يقال إما بالبطلان في الجميع أو بالصحة كذلك

و بالجمله استرداد جزء من أحد العوضين من دون رد ما يقابله خلاف مقتضى المعاوضه من مقابله المجموع بالمجموع و استرداد ورثه المريض لو قلنا به فهو حكم تعبدى و لذا لا يتعدى إلى ما لو باع بأقل من ثمن المثل

و أمّا الثالث فتدارك ما فات من المغبون لا يخرج عن كونه هبه مستقله و الهبه من الغابن أو غيره لا يخرج المعامله عما وقعت عليه من الغبن و مجرد كون داعي الواهب تدارك خساره المتهب لا- يوجب انقلاب الهبه عن حقيقتها و تسميه هذا الإعطاء غرامه لا تغيير الواقع عما هو عليه لأن الغرامه عباره عن تدارك ما اشتغلت الذمه به و مجرد كون الغابن طرفا للمعامله مع المغبون لا يوجب ضمانه لما تضرر به المغبون لعدم تحقق موجبات الضمان من اليد و الإلتلاف سيما مع جهل الغابن بالغبن

و أمّا ما احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه في أخباره برأس المال و بذلك المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فلا ربط له بالمقام و يمكن تطبيقه على القواعد بأن يقال إن المعامله وقعت حقيقه بين رأس المال واقعا و بين المبيع

غايه الأمر طبق البائع كذبا رأس المال على غير ما هو واقعه فيكون كالخطأ في التطبيق كما لو اشتبه البائع مثلا و أقبض أربعة بدلا عن ثلاثة أمان فإنه لا شبهه أنه يرد المنّ الزائد بدون خيار بين الفسخ و الإمضاء فإن المعامله لم تقع بإزاء المنّ الزائد و لم يجعل جزء من الثمن في مقابله فمسأله كذب البائع كذلك أيضا أى في عالم اللبّ و الواقع يجعل الثمن بإزاء رأس المال الواقعي لا ما أخبر به فإذا انكشف خطأه أو كذبه يرد ما هو الزائد على رأس المال مع ربح الزائد إلا أن يمتنع و هذا بخلاف المقام فإنه قد جعل تمام الثمن بإزاء تمام المثلن فلا- موجب لأخذ المغبون زائدا خارجيا هذا مضافا إلى أنه لا يمكن أن يجعل الخيار بين الفسخ و الإمضاء في عرض الاحتمالين الأخيرين على فرض صحتها لأنه لو كانت المعامله بالنسبه إلى الزيادة باطله و بالنسبه إلى غيرها صحيحه كما هو مقتضى الاحتمال الثاني أو كان الغابن ضامنا للتفاوت و كان وجوب دفع الزائد عليه من باب الغرامه كما هو مقتضى الاحتمال الثالث فلا وجه لثبوت الخيار للمغبون بين الفسخ و الإمضاء في الكلّ لأنه لم يتضرر أصلا حتى يثبت له الخيار فثبوت الخيار له كذلك إنما هو إذا لم يمكن الاحتمالان المذكوران فالخيار بهذا المعنى في طول هذين الاحتمالين لا في

عرضهما كما لا يخفى

و حاصل الكلام أنه لا يمكن الالتزام باسترداد جزء

من العوضين إلّا إذا لم تقع المعاملة على هذا الجزء بالخصوص أو إذا ثبت الخيار في هذا الجزء كما إذا وقع العقد على مختلفي الحكم كالحيوان وغيره و المفروض في المقام لا- هذا و لا- ذاك مع أنّه لو كان الفسخ راجعا إلى خصوص الجزء لوجب ردّ مقابله فيمتنع أن يكون الخيار بالمعنى المشهور مقابلا- لهذا الاحتمال و في عرضه بل لا يمكن جمعهما كما لا يخفى كما أنّ الوجه الثالث أيضا ليس في عرض الخيار فإنّه لو كان الغابن ضامنا لما فات فليس العقد ضروريا على المغبون فتأمل جيّدا

ثم إنّ المحقق الخراساني قدس سره بعد ما اختار في الأصول أن مفاد لا ضرر نفى الحكم بلسان نفى الموضوع قال في حاشيته على المتن في ذيل هذا العنوان هذا إذا كان المرفوع بحديث لا ضرر الحكم الناشئ منه الضّرر

و أمّا إذا كان المرفوع ما كان للضرر من الحكم مع قطع النظر عن هذا الحديث كان المرفوع في المعاملة الغبتيه وجوب الوفاء بها و هو يستلزم جوازها لا الخيار المصطلح الذي هو من الحقوق لأنّ عدم وجوب الوفاء على المغبون لا يقتضى ثبوت حقّ له القابل للإسقاط و الصّح و الإرث انتهى ملخصا

ثم إنّ قدّس سره في باب المعاطاه جعل الفرق بين الجواز الحقّي و الحكمي باعتبار اختلاف متعلّقه و قال لو كان الجواز و اللزوم بمعنى جواز فسخ المعاملة و عدمه كما في باب الخيار فهما من أحكام الأسباب و أما لو كانا بمعنى جواز تراّد العينين بلا توسط فسخ المعاملة كما في الهبة فهما من أحكام الملك فجعل الجواز الحقّي بمعنى الخيار و الحكمي بمعنى الردّ الخارجى الّذى لا يمكن إلّا مع بقاء العينين و لا يخفى ما في كلامه في كلا المقامين أمّا جعل الجواز الحكمي كما في الهبة يارجاع العين من دون فسخ المعاملة فهو لا يستقيم لأنّ ردّ العين من دون الفسخ تصرّف في مال الغير فليس الفرق ما ذكره بل ما ذكرنا في مقامه من أنّه لو كان الجواز أو اللزوم راجعا إلى نفس المنشأ أى إلى المدلول المطابقى للعقد فهو حكمي كالجواز في الهبة و اللزوم في النكاح و لو كان راجعا إلى الالتزام الّذى التزم به كلّ من المتعاقدين الّذى بهذا الاعتبار تسمّى المعاملة عقدا فهو حقّي

و أمّا ما أفاده من عدم استلزام الجواز الخيار المصطلح فقد ظهر ما فيه ممّا ذكر من الفرق بين الجوازين لأنّه لو كان وجوب الوفاء بالعقد راجعا إلى الالتزام الّذى التزم به كلّ من المتعاقدين بما تضمّنه من شرط التّساوى فإذا فقد شرط التّساوى يرتفع ما التزم به لو كان ضروريّا و لازم ذلك أن يكون التزامه تحت سلطنته و هذا ليس إلّا الخيار فإذا كان مفاد لا ضرر عدم لزوم المعاملة الغبتيه لأنّ من لزومه ينشأ الضّرر على المغبون فمعناه عدم كون الغابن مالكا للالتزام الّذى ملّكه المغبون بل أمر الالتزام بيد المغبون و له أن يفوضه ثانيا إلى الغابن أو أن يفسخ

**[مسأله يشترط في هذا الخيار أمران]**

**[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]**

قوله قدّس سره مسأله يشترط في هذا الخيار أمران إلى آخره

لا إشكال في أنّه لو علم المغبون بالقيمه و أقدم على المعاملة فلا خيار له أصلا سواء قلنا بأنّ منشأ ثبوته قاعده لا ضرر أم تخلف

الشَّرطُ الضَّمْنِي لأنَّ مع العلم لا شرط و الضَّرر لم ينشأ من الحكم باللزوم بل نشأ من إقدامه و في حكم العلم الاطمئنان كما أنه لا إشكال في ثبوت الخيار لو كان غافلا عن القيمة بالمره أو كان ملتفتا و لكن كان معتقدا للتساوى أو مطمئنا به إنَّما الإشكال في صورته الشكَّ و ما يلحق به من الظنَّ الغير المعبر فهل هو ملحق بالعلم بالغبن مطلقا أو ملحق بالعلم بعدمه مطلقا أو تفصيل بين صور الشكَّ ثم الشاك إمَّا عالم بالحكم أو جاهل به فلو كان عالما و شكَّ في القيمة و لكنَّه أقدم على المعامله برجاء أن لا يكون ضرر فهذا ليس مقدما على الضَّرر عرفا و لا ينسب الضَّرر إليه

فبناء على كون منشأ الخيار

قاعده لا ضرر فالخيار ثابت له و أما لو كان منشؤه الشرط الضمني ففي ثبوت الخيار له إشكال لأنه مع الشك في قيمه و إقدامه على المعامله من دون اتكاله على طريق أو أصل مثبت للتساوي فكأنه أقدم مع العلم بعدمه

فلا يقاس المقام على مورد الشك في الصحه و العيب في أن الخيار لا يسقط إذا ظهر العيب لأنه في باب العيب كان متكلا على أصاله السيلامه في الأشياء و في المقام لا أصل يثبت أن القيمة الواقعيه كذا و كذا و من هنا ظهر حال سائر أقسام الشك و هو ما إذا أقدم على المعامله كيف ما كان فإنه مع هذه الحاله كيف يشترط التساوي

و هذا من غير فرق بين أن يكون عالما بالحكم أو جاهلا بل لا يجرى قاعده الضرر أيضا لأنه قد أقدم على المعامله من دون رجاء التساوي بل يمكن أن يقال إن الشاك ليس له الخيار في جميع الصور المتصوره لأن مجرد رجاء كون المالين متساويين في قيمه و عدم كونه مغبونا لا يقتضى الإقدام على المعامله الضرريه لأن رجاء العدم لا يخرج الفعل عن الاختيار كمن رجا أن لا يكون السبع في الطريق و لكنّه احتمله احتمالا عقلايا فمشى في هذا الطريق فإذا افترسه السبع ينسب الفعل إليه

نعم لو كان متكلا على بينه أو أصل فالافتراس لا يكون عن الإقدام

قوله قدس سره و لو أقدم عالما على غبن يتسامح به فبان إلى آخره

لا يخفى أن صور الإقدام أربع الأول أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم الثانيه هذه الصوره مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به و في هاتين الصورتين لا إشكال في أن الخيار لا يسقط أمّا في الثانيه فواضح و أمّا في الأولى فلأنّ المجموع من حيث المجموع لم يكن مقدما عليه و الإقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار و إلّا كان راجعا إلى إسقاط خيار الغبن و الثالثه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا

و الأقوى في هذه الصوره سقوط الخيار و لا يقاس على الصوره الأولى لأنّ في الصوره الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لا يكون موجبا للخيار و في المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدم عليه لا يكون موجبا للخيار الرابعه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما لا يتسامح و الأقوى فيها ثبوت الخيار أمّا بناء على قاعده لا ضرر فواضح و أمّا بناء على تخلف الشرط فقد يتوهم أن من أقدم على ما لا يتسامح فكأنه أسقط شرط التساوي فلا موجب آخر للخيار و لكنّه فاسد لأنّ مقدار التفاوت و له مراتب فقد يسقط المغبون جميعها و قد يسقط بعضها فلو أسقط مقدارا خاصا فلا وجه لسقوط الخيار رأسا

قوله قدس سره ثم إنّ المعبر القيمة حال العقد إلى آخره

الكلام في المقام قد يقع بناء على كون مدرك الخيار قاعده لا ضرر أو بناء على كون المدرك تخلف الشرط الضمني

ثم بناء على كونه تخلف الشرط فقد يتكلم بناء على أن يكون مرجع الاشتراط مطلقا صريحا كان أو ضميتا إلى اشتراط كون المبيع حال العقد متصفا بكذا أو بناء على أن يكون الاشتراط راجعا إلى اشتراط تسليم ما هو متصف بكذا فلو كان الشرط في قوه اشتراط كون المبيع حال العقد متصفا بكذا لو قلنا بصحته و عدم رجوعه إلى اشتراط ما لا يدخل في مقدوره فمقتضى

تخلف الشرط حال العقد ثبوت الخيار و لو وجد بعد العقد قبل القبض فضلا عما إذا وجد بعد القبض قبل العلم أو بعد القبض و العلم قبل الرد لأنّ الزيادة الحاصلة بعد العقد إنّما حصلت في ملك المغبون و المعامله وقعت على الغبن

و لو كان الشرط راجعا إلى تسليمه



مع الوصف فالحق سقوط الخيار مطلقا كما عليه العلامة قدس سره في قوله مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط الرد وتوضيح ذلك أنه لو حصل الشرط بعد العقد فتاره يحصل بعد العقد وقبل القبض و أخرى بعد القبض و قبل العلم و ثالثه بعد العلم و قبل الرد

ثم إن حصوله قد يكون بفعل المشروط له و قد يكون بفعل المشروط عليه أو الأجنبي أو بقدره الله سبحانه فلو حصل بفعل المشروط له قبل القبض أو بعده فلا يخرج ذمه المشروط عليه من عهده الشرط لأنه قد حصل في ملك المشروط له بفعله فلا وجه لبراءه ذمه المشروط عليه فالتعليل الذي ذكره المصنف قدس سره من قوله لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه يتم في هذه الصورة و أما لو حصل بفعل المشروط عليه أو بفعل الأجنبي المتبرع أو بقدره الله سبحانه قبل القبض فلا إشكال في عدم الخيار للمشروط له

أما لو كان الأثر من فعل المشروط عليه فلائن فعله محترم شرعا فأثر فعله من أملاكه فليس عليه شيء بعد الوفاء بالشرط و أما لو كان من قدره الله سبحانه أو من أجنبي متبرع للمشروط عليه فسقوط الخيار أو عدم ثبوته يتوقف على مقدمتين الأولى أن لا يكون معنى الاشتراط إيجاد المشروط عليه هذا الشرط بنفسه بل يكون مرجعه إلى تسليم المبيع متصفا به الثانيه أن لا يكون حصوله في ملك المشروط له منافيا لما التزم به المشروط عليه لأن سمن الدابة مثلا و إن كان تابعا لملك الدابة إلا أن تبعيته في الملك إنما هو بعد تحققه لأن الملكيه متأخره رتبه عن التحقق و الشرط يحصل في رتبه التحقق

و بعبارة أخرى الوفاء بالشرط إنما يكون بحصوله فلا- ينافي وقوعه في ملك المشروط له حصوله و أما لو حصل الشرط بعد القبض قبل العلم بتخلّف الشرط فحكمه أيضا سقوط الخيار بضمّ مقدمه ثالثه و هي أنّ الاشتراط ليس معناه تسليم الشرط مع العين المشروط فيها بل معنى الشرط أن يكون المبيع موصوفا بالوصف بحيث لو أمكن إيجاد الوصف بدون وجود الموصوف أصلا برأ ذمه المشروط عليه فالمشروط له يملك على المشروط عليه أمرين المبيع و الشرط فلو سلمهما إليه برأ من عهده ضمانه و لو كان الموجد للشرط هو الله سبحانه لأن حصوله بإيجاده سبحانه في معنى حصوله قهرا

و من هنا ظهر حكم الصورة الثالثه و هي حصول الشرط بعد العلم سواء قلنا بأن العلم سبب للخيار أو كاشف و ذلك لأن الخيار لا يكون حدوثه كافيا في بقاءه دائما بل تابع حدوثا و بقاء لانتفاء الشرط فإذا حصل الشرط ارتفع

ثم إن هذا كله لو كان المدرك تخلّف الشرط و أما لو كان قاعده لا ضرر فحكم الصور الثلاث أظهر كما أشار إليه المصنف بقوله لأن التيدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الخيار المشروع لتدارك الضرر لأنه دائر مدار الضرر فإذا ارتفع قبل الفسخ ارتفع الخيار

قوله قدس سره و أشكل منه ما لو توقّف الملك على القبض إلى آخره

يعنى احتمال عدم الخيار في الصرف و السلم أظهر فيما إذا حصل الشرط بعد العقد و قبل القبض

و لكن قد عرفت أنّ الحقّ في جميع المعاملات ارتفاع الخيار بحصول الشّروط بعد العقد و لو بعد العلم فضلا عمّا قبله و فضلا عمّا قبل القبض و قد عرفت في خيار المجلس أنّه لو لم يكن القبض واجبا في البيع الّذى تتوقّف صحّته أو حصول الملكيه فيه على القبض لا معنى للخيار أصلا و لو التفت إلى فقدان الشّروط ففي المقام إذا كان حال العقد مغبونا و ارتفع الغبن قبل القبض فبناء على عدم وجوب الإقباض لا موقع للخيار و بناء على وجوبه كما هو الحقّ فللخيار وجه

و لكنك قد عرفت أنّه إذا ارتفع الغبن قبل القبض ثمّ أقبض بعد اطلاعه على الغبن يرتفع الخيار و أمّا لو ارتفع

بعد القبض و قبل العلم أو ارتفع بعد العلم و قبل الرّد فحكم هذه المعامله حكم سائر المعاملات لأنّ مدخلية القبض فى الصيحه أو الملكيه و عدم مدخليته لا توجب تفاوتاً فى الحكم بعد تحقّق القبض و نظر المصنّف قدس سره أيضاً إلى ارتفاع الغبن قبل القبض مع حصول الاطلاع عليه أيضاً قبل القبض

و بالجمله الفرق بين هذه المعامله و غيرها يظهر فى ارتفاع الغبن قبل القبض مع علم المغبون به قبله لأنّه إذا اطلع على الغبن قبل القبض فلو لم يكن القبض واجبا عليه لم يتحقّق له داع إلى الإقباض و لا- موضوع للخيار و لو كان واجبا عليه فحيث إنّ وجوب إقباض الزائد فى مقابله التّاقص ضرر عليه فللخيار محلّ فإذا ارتفع الغبن بين العقد و الإقباض فسقوط الخيار فى هذه المعامله أظهر من غيرها لأنّ الملك قد انتقل إليه من دون نقص بخلاف سائر المعاملات لأنّ الملك انتقل فيها إليه مع التّقص و أمّا ارتفاع الغبن بعد القبض أو قبله مع الاطلاع عليه بعد القبض فلا فرق فيه بين هذه المعامله و غيرها

قوله قدس سره و لو ثبت الزيادة أو التّقيصه بعد العقد فلا عبره بهما إجماعاً إلى آخره

يعنى أنّ المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حال العقد فلو كان المال مساوياً للآخر حاله ثم زاد أو نقص بعده فلا اعتبار به فالغبن الحاصل بعد العقد و لو حصل قبل القبض لا يوجب خياراً

إن قلت إذا كان المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حين العقد فليكن سائر الشرائط كذلك و لازمه أنّه إذا كان المبيع صحيحاً حال العقد و صار معيباً بعده قبل القبض لم يكن موجبا للخيار و لازمه أيضاً أن حصول الشّروط بعد العقد مع عدمه حينه غير موجب لسقوط الخيار و إلّا يلزم أن يكون الغبن قبل القبض و لو بعد العقد موجبا للخيار قلت المدار فى ثبوت الخيار فقدان الشّروط من حين العقد مستمراً إلى زمان إعمال الخيار فيجب أن يكون الشّروط مفقوداً من حين العقد و ثبوت الخيار فى العيب الحاصل بعد العقد قبل القبض إنّما هو لقاعده تلف المبيع قبل قبضه فإنّها تشمل أيضاً تلف الأوصاف و لا تشمل ارتفاع قيمه السّوقيه أو نقصانها بعد العقد

و بالجمله العبره فى شرط التساوى الموجب للخيار هو وجوده حال العقد إلى زمان الفسخ فلا عبره بما يحدث بعد العقد و هذا لا ينافى ما ذكرناه من أنّ موجب الخيار إذا زال بعد العقد قبل الفسخ يرتفع الخيار

قوله قدس سره ثم إنّ لا عبره بعلم الوكيل فى مجرّد العقد إلى آخره

لا إشكال فى أنّ الوكيل فى مجرّد العقد لا عبره بإقدامه على الغبن و عدمه فضلاً عن علمه و جهله نعم الوكيل المفوض حتّى فى المعاملات المحاباتيّه لو علم بالغبن فلا خيار له لأنّه لا تشمله أدلّه الضرر و لا الدليل الدالّ على أنّ تخلف الشرط موجب للخيار كما تقدم وجهه و فى هذه الصوره لا خيار للموكل أيضاً و لو كان جاهلاً بالغبن فضلاً عمّا إذا كان عالماً كما أنّه لا إشكال فى أنّ مع جهلهما يثبت الخيار إنّما الكلام فيما لو كان الوكيل جاهلاً و الموكل عالماً و هذا على قسمين فتارة مع علمه بالغبن جاهل بأنّ الوكيل عالم به و أخرى يعلم بأنّه جاهل

و يظهر من المصنف عدم ثبوت الخيار في كلتا الصورتين مع أنّ الأقوى في الصورتين خصوصا في الأولى ثبوت الخيار لأنّ مجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار لأنّ العلم إنّما اعتبر طريقا و أماره على الإقدام و مجرد عدم الردع مع العلم ليس دليلا- على الإقدام بالغبن إذ لعلّه من جهة ثبوت الخيار للوكيل الجاهل بالغبن لا يردعه عن المعاملة لجهه عقلائيّه داعيه له إلى المعاملة فعلا مع إعمال الخيار بعد ذلك

ثم إنّّه إذا ثبت الخيار للوكيل فهل هو

للموكل أيضا أو مخصوص بالوكيل وجهان وقد مرّ في خيار المجلس تفصيل ذلك

قوله قدس سره لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لإجراء أصالة عدم العلم لأنّ العلم بالقيمة و عدمه ليس موضوعا بل الموضوع هو الإقدام و عدمه فلا مانع من إجراء أصالة عدم الإقدام مع أنّ الإقدام بنفسه أمر مسبق بالعدم و ليس نعتا للعقد هذا مع أنّ جعل المغبون مدّعا مع مطابقه قوله لأصالة عدم العلم ينافى ما جعلوه ضابطا للمدّعى و المنكر و على هذا فلا وجه لإدراجه فيمن يتعسّر إقامه البيّنه عليه فإنّه كان كذلك أو لم يكن مع مطابقه قوله للأصل لا يطالب بالبيّنه

و بالجملة من يقبل قوله بيمينه و لو كان مدّعا هو من ادّعى شيئا لا يعلم إلّا من قبله مع كون المدّعى به مخالفا للأصل و أمّا لو كان مطابقا للأصل فليس من مصاديقه

و على أيّ حال يختصّ بمن لا- يعلم إلّا من قبله لا- بمن تعسّر عليه إقامه البيّنه و إلّا يلزم أنّ من تعسّر عليه إقامه البيّنه يقبل قوله بيمينه و لم يلتزم به أحد و محصّل الكلام أنّ ظاهر العنوان أنّ الغابن منكر و المغبون مدّع و لذا قال بأنّ الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبيّنه و واضح أنّ البيّنه هنا بيّنه المدّعى لا بيّنه المنكر لرفع اليمين على القول به و جعل المغبون مدّعا ينافى مطابقه قوله للأصل المعوّل عليه لو لا الدعوى

ثمّ على فرض جعله مدّعا لا معنى لسماع دعواه مع اليمين بمجرد تعسّر إقامه البيّنه عليه لأنّ يمين المدّعى إنّما يعتبر في موارد خاصّه و هو اليمين المردوده و التي تكون جزء البيّنه و يمين الاستظهار و أمّا يمينه مع تعسّر إقامه البيّنه عليه فلا دليل على اعتباره

ثمّ إنّ لا وجه لقبول يمين المدّعى بمجرد عدم إمكان حلف المنكر و هو الغابن لإمكان فصل الخصومه بالصّريح و نحوه هذا مع أنّ بحث القوم و موضوع عنوانهم ما إذا كان الغبن معلوما و الغابن يدّعى علم المغبون و المغبون ينكره

و على هذا فلا معنى لقوله قدس سره و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال لأنّ المدّعى لا بدّ أن يدّعى على خلاف مقتضى الأصل

قوله قدس سره و قد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم إلى آخره

لا- يخفى ما فيه أمّا أولا فلا أنّ مجرد مخالفه قوله للظاهر لا يوجب أن يجعل مدّعا إلّا إذا كان الظاهر حجّجه و أمّا لو لم يكن حجّجه فلا- اعتبار به أصلا و ثانيا أنّه ليس مقصود جامع المقاصد و المسالك من قولهما إنّ المغبون لو كان من أهل الخبره لا يسمع دعواه هو جهه مخالفته للظاهر حتّى يشكل عليهما بما أشكله قدس سره بل مقصودهما أنّه من شرط سماع الدعوى أن يكون الاحتمال الّذى يدّعه المدّعى فى مقابل الأصل عقلا ثانيا و عاديا لا مجرد كونه عقليا مثلا إذا ادّعى المعدم الفقير على غنى فصيّا بقيمه عشره آلاف ليره لا يسمع دعواه و ثالثا لو قلنا إن كلّ ما لا يعلم إلّا من قبل المدّعى يقبل مع اليمين فهذه القاعده تكون حاكمة على جميع الأصول و الظواهر فمن يدّعى ما لا يعلم إلّا من قبله يكون منكرا لأنّ قوله مطابق لما هو الأصل فى المسأله لا

أنه مدع و يقبل قوله

و رابعا على فرض أن يكون هذا مدّعا لأن قوله يخالف الظاهر الذي هو حجّه فلا وجه لقوله إلا أن يقال إنّ معنى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدّعا يجرى عليه جميع أحكام المدعى إلى آخره لأنه لو كان مدّعا يجرى عليه جميع أحكام المدّعى كما أن قول من يوافق الظاهر الذي هو حجّه يجرى عليه جميع آثار المنكر

قوله قدس سره و لو اختلفا فى القيمة وقت العقد إلى آخره

لا يخفى أن عبارته و إن لم تكن وافيه بالمرام إلا أنّ المقصود واضح و محلّ النزاع

ثبوت الغبن و عدمه و لا- شبهه أيضا أن استصحاب اللزوم يجرى فى جميع الصور إنما الكلام فى جريان الأصل الموضوعى الحاكم على أصاله اللزوم

فبقول تاره يقع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما على قيمه الفعلية مثلا البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته فكون قيمته فعلا ثمانيه التى تطابق الثمن الذى وقع العقد عليه لا يخرج عن الغبن و المشتري يدعى أن قيمته حال العقد ثمانيه فلا غبن فأصاله عدم التغيير مضافا إلى أن التغيير ليس بنفسه أمرا مسبوقا بالعدم و مضافا إلى أن الاستصحاب قهقرى لا- تفيد للمغبون لأنها تنتج عدم الغبن فلو جرت فهي مطابقه لأصاله اللزوم و لكن الحق عدم جريانها لما ظهر فى محله أن الاستصحاب القهقرائى ليس بحجه مع أنه مثبت لأن الأثر لم يرتب على هذا الأمر الانتزاعى بل رتب على منشا انتزاعه و هو عدم التساوى حال العقد

و أخرى يقع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا كما لو كان قيمه المبيع قبل العقد عشره و بيع بثمانيه فيدعى من يدعى الغبن بأن قيمته حين العقد كانت كقيمته قبله و منكر الغبن يدعى التنزل و أن المبيع حين العقد قيمته ثمانيه فأصاله عدم التغيير لو جرت كانت مثبتة للخيار و مخالفه لأصاله اللزوم و ثالثه يقع الاختلاف فى القيمه بعد العقد مع اتفاقهما على موافقه قيمته حال العقد و قيمته الفعلية فإذا بيع بثمانيه و يدعى مدع الغبن أن قيمته حال العقد عشره و الآن كذلك أيضا و المنكر يدعى أن قيمته فعلا ثمانيه فتطابق مع قيمته حال العقد فالشك هنا ليس فى التغيير مع الاختلاف فى الغبن و عدمه

إذا عرفت ذلك ظهر ما فى كلام المصنف قدس سره من جعله أصاله عدم التغيير رديفا لأصاله اللزوم لأنها لو جرت ففى صوره واحده تطابق أصاله اللزوم لا مطلقا

### [الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

قوله قدس سره الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا فالواحد إلى آخره

لا- يخفى أن ما يتسامح فيه فى المعامله قد يكون قليلا جدا بحيث لا يصدق عليه الضرر و هذا خارج عن موضوع البحث فى المقام لأن الكلام سيق لما إذا كانت المعامله ضرريه فتاره يكون الضرر مما يتسامح فيه و أخرى ما لا يتسامح

ثم إنه من المعلوم أن المدار فى التسامح و عدمه على اختلاف المعاملات فيختلف الضرر أيضا باختلافها فإذا لم يكن الضرر الخاص مما يتسامح فيه فى المعامله الكذائيه فلا- إشكال فى ثبوت الخيار و إذا كان مما يتسامح فلا خيار سواء كان مدركه تخلف الشرط الضمنى بنفسه من دون جعل تخلفه مقدمه لقاعده الضرر أو لكون تخلفه موجبا للضرر أو لنفس قاعده الضرر لأن مع التسامح لا يتحقق الشرط الضمنى و لا تجرى قاعده نفي الضرر أيضا لكونها وارده فى مقام الامتنان فلا تشمل ما إذا كان بناء المتعاملين على الإقدام على الضرر و إنما الإشكال فى الشك فى أنه مما يتسامح أولا

فإذا كان مدرك الخيار نفس قاعده الضرر فالشك إذا رجع إلى الشك فى المصداق لا يمكن التمسك بقاعده الضرر لأن

التخصيص و إن كان لبيبا لا لفظيا إلا أن الخارج لو كان عنوانا كليًا كخروج يد المحسن عن قاعده على اليد يكون اللبي كاللفظي في عدم جواز التمسك بعموم العام في الشبهه المصادقيه

□

فلا يقاس على جواز لعن المشكوك إيمانه من بنى أميه تمسكا بعموم لعن الله بنى أميه قاطبه لكون التخصيص فيه أفراديا كما بينا وجهه في الأصول و لكن الشك في المقام راجع إلى المفهوم لأن



الشبهه المصداقيه ما كان المقدار المتسامح فيه الخارج عن عموم لا ضرر معلوما كالعشره و الباقي تحت العموم معلوما كالخمسه و شك في أنّ الغبن في هذه المعامله عشره أو خمسه و في المقام نفس القدر المتسامح فيه مشكوك مفهوما لدورانه بين الأقل و الأكثر فالمرجع هو عموم قاعده لا ضرر و أما إذا كان مدرک الخيار تخلف الشرط إما بنفسه أو بضميمه لا ضرر فالمرجع هو قاعده اللزوم المستفاده من العمومات

### [بقي هنا شيء]

قوله قدس سره بقي هنا شيء إلى آخره

لا يخفى أنّ قاعده لا ضرر و لا حرج في مقام حكومتها على أدله الأحكام يراعى فيهما الضرر و الحرج الشخصي لا النوعي نعم إذا كانا حكمه لتشريع الحكم كظهاره الحديد و ثبوت الشفعه فالمدار على النوعي بل على الاتفاقية منهما و لو لم يكن نوعيا كجعل العده لعدم اختلاط المياه و لا فرق في رعايه الشخصي منهما بين الحكم التكليفي و الوضعي

إذا عرفت ذلك فنقول شراء ماء الوضوء لمن لا يضرّ به و عدم شرائه لمن يضرّ به تارة يفرض فيما إذا كان قيمه الماء في محلّ الشراء أضعاف قيمته في غير هذا المحلّ كالماء في المفازة في شدّه الهجير و أخرى فيما إذا لم يكن قيمته إلا كقيمته في سائر الأزمنه و الأمكنه ففي الأول نفس المعامله ليست ضروريه لأنّ ذلك قيمه الماء فيجب شراؤه على من يتمكّن منه لأنّه واجد للماء و متمكّن عن إيجاده و إنّما لم يجب على من لا يتمكّن من شرائه لأنّ إيجاب الوضوء على هذا الشخص ضروري لا لزوم المعامله و لذا لو اشترى هذا المفلس هذا الماء بهذا المقدار لا- خيار له في المعامله و في الثاني لم يعلم من الأصحاب فتوى بوجوب الشراء و لو للتمكّن لأنّ نفس المعامله ضروريه إلّا أن يتمسك بدليل النصّ

و بالجملة في جميع الأبواب المدار على الضرر الشخصي و الغبن في المعامله بمقدار الثلاث ضرر على كلّ شخص و لو كان ذا ثروه و مال و بمقدار نصف العشر ليس ضروريا و لو للمعدم المفلس و شراء ماء الوضوء لو كان قيمه الماء كثيره و لم يقع الغبن في المعامله لا يكون ضروريا حتى يقال شخصي أو نوعي و إذا وقع الغبن فيها فالمدار على أنه ممّا يتسامح أو لا يتسامح

نعم قد يكون شراء الماء للمعدم حرجيا و لو لم تكن المعامله ضروريه كما إذا كان قيمه الماء في المفازة بمقدار ما اشتراه به فإذا كان حرجيا فإيجاب الوضوء عليه حرجي باعتبار مقدّمته

### [مسأله ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي]

قوله قدس سره مسأله ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي إلى آخره

لا يخفى أنّ الخيار حق واقعي سواء قلنا بأنّ مدرکه تخلف الشرط الضمني مطلقا أو من جهة الضرر أم قلنا بأنّ مدرکه قاعده لا ضرر من دون أن يكون التساوي شرطا بل كان داعيا أو شرطا بنائيا غير مذکور في العقد فلا يدور مدار العلم بالغبن بل العلم به

كاشف عقليّ لأن معنى الخيار أنّ ملك الالتزام بيد نفس الملتزم فإذا كان منشأ الخيار اشتراط التساوى فتخلّفه من حين العقد موجب لعدم التزام المغبون بما التزم به فيرجع اشتراط التساوى إلى الخيار الجعليّ من حين تخلّف التساوى وهكذا إذا كان منشأ الخيار قاعده لا ضرر لأنه يرجع مفادها إلى جعل الشارع الخيار للمتضرّر و معلوم أنّه متضرّر حين العقد فلا بدّ أن يكون لزمه مرتفعا من حين وقوعه لا من حين العلم بالضرر لما ذكرناه في قاعده لا ضرر أنّ الضرر الواقعيّ رافع للأحكام الوضعيّة لا المعلوم لأنّ الضرر هنا لا يستند إلى الجهل بل إلى اللزوم لأنّ الجهل به لا يوجب إلّا صدور المعامله من المغبون و نفس صدورها ليس ضروريا بل الضرر يتحقّق بعد تحقّق المعامله إذا كانت لازمه

فلا يقاس المقام على الأحكام التّكليفية

حيث تقدم أنّ العلم بالضرر له دخل في رفع الحكم وهذا بخلاف الوضعيات فإنّ الضرر مستند إلى الجعل الشرعى وهو لزوم العقد ولا دخل للعلم والجهل فيه

نعم يكون العلم كاشفا عقليا وقد يتوقف إعمال الخيار على العلم به كما إذا قيل بأنّ التصرف مسقط للخيار لكشفه عن الرضا الفعلى لا لكونه مسقطا تعبديا ولا لكونه مصداقا للمسقط بالحمل الشائع الصيغى فإن كاشفيتها عن الرضا الفعلى موقوف على العلم بالخيار

ومما ذكرنا ظهر ما فى كلام المصنف من قوله وتوضيح ذلك أنّه إن أريد بالخيار السلطنة إلى آخره فإنّ الخيار كما عرفت هو ملك الالتزام وهو حق واقعى شرعيا كان أو جعليا ومن آثاره السلطنة لا- أنّه نفس السلطنة وتوقف إعمال الحق فى بعض المقامات على العلم به لا يوجب أن يكون الخيار مرددا بين الأمرين

ثم إنّ الآثار المجعولة للخيار بأجمعها تترتب على نفس الحق الواقعى لا أن بعضها مترتب على العلم وبعضها على واقعه وبعضها مردد بين الأمرين لما عرفت من أنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة إذا كان كاشفا عن الرضا ومع عدم العلم بالحق لا يكشف عن الرضا وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنه مسقط تعبدى فإنه يكون مسقطا ولو لم يعلم بالخيار

### [يسقط هذا الخيار بأمور]

### [أحدها إسقاطه بعد العقد]

قوله قدس سره مسأله يسقط هذا الخيار بأمور إلى آخره

لا يخفى أنّ محلّ البحث تارة يقع فى إسقاط الخيار بلا عوض بعد العلم بالغبن وأخرى فى المصالحة عنه بالعوض فلو كان بلا عوض فلو أسقط مرتبه خاصه و ظهر الغبن الواقعى مخالفا لما أسقطه فلا وجه لسقوطه لأنّ ما هو الواقع لم يقصد وما قصد لم يقع وأما لو كان مطابقا لما أسقطه فلا إشكال فى سقوطه كما أنّه لو كان جاهلا بمرتبه ولكن احتمل بلوغه إلى مائه دينار مثلا فأسقطه بالغا ما بلغ و ظهر الغبن بأقلّ من مائه أو بمقدار مائه فلا إشكال فى سقوطه أيضا

وإنّما الإشكال فى موردين آخرين أحدهما ما لو أسقطه بزعم أنّه عشره فتبين كونه مائه والثانى ما لو أسقطه بالغا ما بلغ ولكن لم يحتمل بلوغه إلى مائه بل تخيل أنّ غايته خمسين فظهر كونه مائه فى السقوط وجهان قد يقال إنّ مبنى الوجهين أنّ اعتقاد مرتبه من الغبن أو احتمالها لو كان من قبيل الداعى فتخلّفه لا يضرّ بسقوط خيار الغبن بلغ ما بلغ وأما لو كان من قبيل التقييد فلا

ولا يخفى أنّ المقام ليس من موارد دوران الأمر بين الداعى والتقييد كالوجوب والأداء مثلا فى باب العبادات لأنّ المدار فى المعاملات صحّه وفسادا على تخلف الوصف أو العنوان أى الصوره النوعيّة فتخلّف العنوان يوجب البطلان ولو ذكر بنحو الشرط كقوله بعتك هذا إن كان حمارا وأما تخلف الأوصاف والقيم فلا يوجب الفساد ولو جعلهما عنوانا للمبيع كقوله بعتك

هذا الكاتب أو هذا الذى قيمته كذا نعم لو جعلهما قيذا للموضوع بطل العقد من جهة التعليق لا من جهة تخلف القيد

و بالجمله الأوصاف أو القيم لا- يتردد أمرها بين القيديه و الداعويه بل هى إلى الدواعى أقرب كما أنّ العناوين ليست مردده بينهما بل هى من قبيل القيديه إذا عرفت ذلك فإسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو كان موجبا لتقييد الإسقاط بتلك المرتبه نظير تقييد المبيع بالصوره النوعيه لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زياده الغبن عما احتمله أو اعتقده وجه إلاّ أنّه لا يمكن التقييد فى المقام لأنّ الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب و لا يقبل التأكد و فى المقام لا يقبل التخصيص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيار المجلس و الحيوان مثلا لأنّ التخصيص فرع اختلاف الأسباب و فى المقام للخيار بسبب واحد لأنّ مائه دينار مرتبه واحده من الغبن و ليس إسقاط الخيار كإسقاط الدين باعتقاد أنه عشره

فتبين كونه مائه لأن دوران الدين بين الأقل والأكثر و اشتغال الذمه بديون متفاوتة موجب لسقوط ما أسقطه دون الزائد و هذا بخلاف مرتبه واحده من الغبن فإن في هذه المعامله الخاصه ليس سبب الخيار إلا هذه المرتبه التي هي إحدى مراتب الاختلاف و ليست مرتبه من مراتب طوليه

و بالجملة إذا لم يكن سبب الخيار إلا أمرا واحدا و لم يكن نفس المسبب إلا أمرا بسيطا فليس اعتقاد مرتبه إلا من قبيل الداعي بحيث لو قيد الإسقاط بهذه المرتبه لبطل من جهة التعليق في المنشأ فبدون إرجاعه إلى تقييد المنشأ لا وجه لبطلانه و مقتضاه سقوط الخيار هذا كله فيما لو أسقطه بلا عوض

و أمّا إسقاطه بالعوض أى المصالحة عنه بالعوض فحكم الصيور الثلاث الأول حكم الإسقاط بلا-عوض و أمّا الصيورتين الأخيرتين و هما ما لو صالح عنه بزعم أنه عشره فتبين كونه مائه و ما لو أسقط الغبن بالغا ما بلغ مع اعتقاده بأنه خمسون فتبين كونه مائه فالمحتملات ثلاثه صحه الصلح مع الخيار للغبن في المصالحة و الفساد و الصيحه بلا خيار و قد ذكر المصنف وجه الجميع في المتن و لكنّه لا يخفى أنه لو صالح خيار الغبن بالغا ما بلغ يكون الصلح مبنيًا على المحاباه فلا يجرى فيه خيار الغبن

قوله قدس سره و أمّا إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن إلى آخره

لو قلنا بأن ظهور الغبن كاشف عقلي فلا إشكال في سقوطه على جميع المدارك و أمّا لو قلنا بأنه شرط شرعي فبناء على كون المدرك النص الوارد في تلقى الركبان أو الإجماع فتاره يسقطه على تقدير ظهور الغبن و معلقا فيكون من التعليق في المنشأ إلا أنه لا إشكال فيه لما ظهر في محله من أن الشرط لو كان لفرض وجود الموضوع يخرج عن التعليق و التقييد و أخرى يسقطه فعلا و منجزا فيكون من إسقاط ما لم يجب و الجواب عنه بأن مع تحقق المقتضى يخرج من إسقاط ما لم يجب غير صحيح كما بيناه في خيار المجلس و محصّله أن بطلان إسقاط ما لم يجب حكم عقلي غير قابل للتخصيص لأنه من مصاديق وهب الأمير ما لا يملك و بمجرد حصول المقتضى مع عدم تحقق الجزء الآخر لعله لا يمكن ترتب المقتضى بالفتح عليه و لا يقاس إسقاطه بعد العقد على إسقاطه في متن العقد فإنه يرجع إلى الدفع لا الرفع لأن العقد يقتضى الخيار لو خلى و طبعه أى إطلاق العقد يقتضى التساوى و السلامه عن العيوب أمّا لو التزم بعدم التساوى و بالبراءه عن العيوب فلا مقتضى للخيار أصلا

و أمّا مسأله إبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان فلا ربط له بالمقام لأن الإبراء قبل التفريط يرجع إلى إذن المالك الودعي في وضع المال في غير المخزن فيرجع إلى الإذن في التفريط لا إلى إسقاط الضمان بعد التفريط و إلا لا يسقط كما في المقام و أمّا إسقاطه بعد التفريط كما هو ظاهر العبارة فليس إسقاطا لما لم يجب لأن المال بمجرد التفريط يدخل في ضمان المفرط و اعتبار التلف إنما هو لاعتبار قيمه المال يوم التلف لا لتحقيق الضمان في ذلك الزمان فتأمل كما أنّ البراءه عن العيوب لو تحققت في متن العقد فترجع إلى الدفع و لو تحققت بعد العقد قبل ظهور العيب مع كون ظهوره شرطا للخيار فالكلام الكلام

و بالجملة مجرّد تحقق المقتضى للخيار لا يخرج إسقاط الخيار عن إسقاط ما لم يجب لو كان مدرکه النصّ و الإجماع

نعم لو كان مدرکه تخلف الشرط أو قاعده الضرر يمكن إسقاطه و لو كان الخيار متوقفا على العلم بالغبن لما عرفت في خيار

الشّروط من أنّه لو شرط الخيار بعد سنه بحيث كان مبدؤه رأس السنه فهو قبل تمام السنه و إن لم يكن ذا خيار

إلّا أنّه مالك للشرط فله إسقاط شرطه و يذهب به موضوع الخيار ففي المقام أيضا له الالتزام بغير المساوى أو الإقدام به

نعم فى متن العقد حكم إسقاطه حكم إسقاط خيار المجلس من أنّ إسقاط الحق فى محلّ ثبوته ليس من إسقاط ما لم يجب فيكون الإسقاط راجعا إلى دفع الحقّ لأنّه قد رضى بعدم التّساوى و الضّرر

و بالجملة العقود اللفظيّة متضمّنه للالتزام العقدى و لا شبهه أن محلّ الالتزام نفس العقد فلكلّ من المتعاقدين أن يلتزم بمدلول العقد و يذهب موضوع الخيار فلا فرق بناء على هذا بين إسقاط الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن و إسقاطه فى متن العقد لأنّ فى الأوّل من قبيل إسقاط الشرط و فى الثانى من التّزام العاقد بما أنشأه و لا شبهه أنّه لصاحب الالتزام أن يتصرّف فعلا فيما هو تحت سلطانه

### [الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]

قوله قدّس سرّه نعم هنا وجه آخر للمنع يختصّ بهذا الخيار و خيار الرّؤية إلى آخره

محضيّ ل الإشكال أنّ إسقاط الخيار فى متن العقد يوجب الغرر أمّا فى خيار الرّؤية فلائذّ بيع العين الغائبه لا- يصحّ إلّا بذكر الأوصاف الّتى بها تختلف مائته المال و مرجع إسقاط الخيار إلى اشتراء المال بأى وصف كان و هذا غررى لأنّ الأوصاف لها دخل فى المائيه فمقدار المائيه من هذا المبيع غير معلوم و أمّا فى خيار الغبن فكذلك فإنّ اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس إلّا لأجل العلم بمقدار مائيته فإذا كان الجهل بالمبيع أو بالصّيفه راجعا إلى الجهل بالمائيه فإسقاط خيار الغبن أيضا يرجع إلى الجهل بمقدار مائيه المال فيلزم الغرر و فيه أولا التّفص بالمعامله المحاباتيّه فإنّها تصحّ بلا شبهه و لا فرق فيها بين العلم بمقدار المائيه و المعامله بالنقص منها أو أزيد و بين الشكّ فيه

و بالجملة لا- إشكال فى أنّه يصحّ أن يبيع ما لم يعلم قيمته السوقيه بمقدار معيّن من المال و ثانيا بالحلّ و هو أنّ المعامله مع الجهل بالقيمه السوقيه ليست غرريّه فإنّ الغرر يرجع إلى الجهل بالعوضين أو إلى الجهل بصفاتهما الرّاجعه إلى التفاوت فى المائيه للفرق بين عدم العلم بأنّ المبيع حنطه أو شعير أو أنّ الحنطه متّصفه بكذا أو كذا و بين عدم العلم بأنّ الحنطه الكذائيه بأى مقدار تشتري فى السوق فى الأولين مائيه المال مشكوكه و فى الأخير مائيته معلومه عند المتبايعين و مشكوكه فى أنّ غيرهما يشتره بهذا المقدار أو أزيد أو أنقص

و بالجملة حكم الغبن حكم العيب و لا شبهه فى صحّه البراءه من العيوب و منشأ ذلك أنّ أصاله السّلامه أو اشتراط التّساوى فى المائيه ليس مصحّحا للبيع حتى بإسقاطهما يفسد بل هما من الشّروط الضّمنيه الّتى يوجب تخلفهما الخيار فإذا بنى العاقد على الشراء و لو كان معيبا أو و لو لم يسو بما اشتراه فيسقط شرطه و هذا بخلاف الأوصاف الّتى بها تختلف القيمه فى العين الغائبه فإنّ اعتبارها مصحّح للبيع فلا- يمكن إسقاطها فإنّه يناقض اعتبارها فلا- يصحّ قياس إسقاط خيار الغبن على خيار الرّؤية بل الصواب فيه أن يقاس على خيار العيب فكما أن وصف الصحّه ليس من الأمور الّتى بسبب اعتبارها يصحّ العقد و يخرج البيع عن الغرر لأنّ البيع ليس غرريا كان الأصل فى الأشياء هو السّلامه أو العيب فكذلك البيع بمقدار معيّن من الثمن ليس غرريا كان

بناء المتعاقدين على اشتراط تساوى العوضين فى المائيه اولا

### [الثالث تصرف المغبون]

قوله قدس سره الثالث تصرف المغبون الى آخره

قد ذكرنا فى خيار الحيوان وجه كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه اجازة بما لا مزيد عليه فراجع و ظهر مما قدمناه ان التصرف المالكى مسقط للخيار مع العلم بموضوع الخيار فلو اشتبه عليه الحيوان الذى اشتراه و تصرف



فيه يتخيّل غيره فهذا التصرّف ليس مسقطا ففى المقام لو لم يعلم بالغبن فالتصرّف الواقع منه ليس التزاما بالتأقص مقابل الزائد و هذا واضح

قوله قدّس سرّه فتأمّل

لا- يخفى أنّ ما يتخيّل كونه منشأ للأمر بالتأمّل أحد الوجوه الثلاثة الأولى المناقشه فى الفرق بين الدّفع و الرّفّع فيما كان الدليل الدّال على حكم المستصحب إجماعا أى لا- فرق بين أن يكون الشكّ فى الدّفع أو الرّفّع فلا- يجرى الاستصحاب مطلقا لأنّ الحكم ثبت بالإجماع لا بالدليل حتى يستصحب فى مورد الشكّ و لكن لا يمكن أن يكون ذلك وجه نظر المصنف قدّس سرّه لما أوضحه فى الأ-صول من أنّ الاستصحاب يجرى فى مورد الشكّ فى الرافع و لو كان الدليل المثبت للحكم إجماعا و إنّما يناقش فى خصوص دليل العقل

الثانى كون الشكّ فى المقتضى لا- الرافع و تقريبه أن مقدار استعداد بقاء المستصحب مع التصرّف غير معلوم و لكنّه أيضا كالسابق ليس منشأ للأمر بالتأمّل لأنّ المدار فى الشكّ فى المقتضى على أن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزّمان لا بقاؤه من حيث الزّمانى و بالتّسببه إلى كلّ طار و عارض و إلّا يرجع جميع أقسام الشكّ فى رافعته الموجود إلى الشكّ فى المقتضى مثلا لو شكّ فى استعداد بقاء الطّهارة مع الودى و المذى فلو لم يجر استصحاب الطّهارة لكونه شكّا فى المقتضى فلا مورد لأغلب الاستصحاب كما لا يخفى

و الثالث و هو المتعين أن يكون الشكّ شكّا فى الموضوع لأنّ موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون حتى يستصحب حكمه و هكذا ليس الموضوع الذى تعلق به الخيار العقد الغبى بل يحتمل أن يكون لوصف عدم الرضا و لو نوعا دخل فى الموضوع فمن تصرّف تصرفا يكشف عن رضاه ليس له الخيار كاحتمال دخل عدم التصرّف فى الموضوع الذى تعلق به الخيار

### [الرابع من المسقطات تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]

#### إشارة

قوله قدّس سرّه الرابع من المسقطات تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن إلى آخره

لا- يخفى أنّه لا وجه لسقوط خيار المشتري المغبون قبل العلم بالغبن إلّا إذا ثبت إجماعا تعديدا فيكون كخيار العيب الذى ثبت بالنص سقوط الردّ به لو تصرّف فى العين و لو قبل العلم بالغيب تصرّفا مغيرا للعين كما سيجى ء فى محلّه و ما ذكره وجهها للسقوط ضعيف كما اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدّس سرّه و لا إجماع فى المسألة و القاعدة تقتضى عدم سقوط الخيار إذا كان منشؤه الضرر أو تخلف الشرط إلّا فى مورد الإقدام على الضرر أو إسقاط الشرط و المفروض أنّ مع الجهل بالغبن لا يتحقّق الإقدام أو الإسقاط إلّا معلقا أو إسقاطه فى متن العقد فمجرد التصرّف ليس مسقطا سواء كان تصرّفا ناقلا كالبيع و نحوه أو كان فكا للملك كالوقف و العتق أو رهنا و إجاره و استيلادا أو تلفا حقيقيا أو نقلا جاز للنّاقل الرّد كالهبة و البيع الخيارى

نعم لو ثبت كون التصرف من المغبون مطلقا أو من خصوص المشتري المغبون مسقطا إجماعا يجب أن يفصل بين التصرفات ففي مورد التلف الحقيقي أو الحكمي كالعق و الوقف ينبغي القول بسقوط الخيار و أمّا في مورد النقل فيمتنع الفسخ ما دام العين المغبون فيها خارجه عن ملك المغبون و لو كان النقل جائزا لأن الفسخ يقتضى ردّ العين من ملك الفاسخ إلى ملك المفسوخ عليه و ردّها من ملك المفسوخ عليه إلى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الردّ

نعم له ردّ العين إلى ملكه إلّا أنّه ما لم يردها يمتنع ردّها إلى ملك المفسوخ عليه و أمّا في مورد التدبير و الوصيّه فلا إشكال في إمكان الفسخ لأنّ نفس الفسخ إبطال لهما و في مورد الإجاره أيضا كذلك لأنّ كون العين تحت يد المستأجر لا يمنع عن ردّ رقبه الملك إلى الغابن و الفسخ

لا يقتضى إلّا ردّ الملك و أمّا فى مورد الرهن و الاستيلاء فيمتنع الردّ أمّا الرهن فلاّ حقّ الرهانه يقتضى بقاء العين المرهونه فى ملك الرهن ليستوفى المرتهن حقّه منها فكون الرقبه ملكا للرهن لا يفيد لصحّه الردّ لامتناع إخراج الرهن ما دام رهنا عن ملك الرهن و ليس حقّ الرهانه كحقّ الجنايه يتبع رقبه العبد أينما كان و أمّا الاستيلاء فكذلك أيضا لأنّه لو انعقد الولد فى ملك المستولد بلا تعلق حقّ أحد على الأمه يمتنع إخراجها عن الملك ما دام الولد حيّا

قوله قدّس سرّه و ربما يبينان على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد إلى آخره

قد يورد على المصنف قدّس سرّه بأنّه لا وجه لذكر هذه العبارة المنقوله من الشافعيّه إلّا حسنها و لكنّه لا يخفى أنّ وجه إمكان الردّ و عدمه بعد عود الملك إلى ملك المغبون و ارتفاع المانع ليس إلّا هذين المبنيين فلو قيل بأنّ الزائل العائد كالذى لم يزل فله الردّ و لو قيل بأنّه كالذى لم يعد فلا و الحقّ هو التفصيل بين موارد العود

فلو عاد إلى ملك المغبون على الوجه الذى كان ملكه قبل التصرف بحيث كان قوام ملكه بعد العود هو قوامه قبل التصرف فالزائل العائد كأنّه لم يزل فلو باع بالبيع الخيارى أو وهبه ثم فسخ البيع أو رجع عن الهبه فالفسخ و إن كان حل العقد من حينه لا من حين العقد إلّا أنّ سبب الملك للمغبون بعد الفسخ أو الرجوع عن الهبه هو السبب الذى كان قبل تصرفه و هو اشتراؤه من الغابن فإذا رجع العين إلى حالها قبل التصرف فلا مانع من ردّها إلى الغابن و يلحق بالفسخ الإقاله و فكّ الرهن و موت ولد أمّ الولد و كلّ ما رجع الملك إلى سببه الذى كان بين الغابن و المغبون

و أمّا لو عاد إلى ملكه على غير ما كان له قبل التصرف كما لو رجع إليه بالاشتراء أو بالإرث و نحو ذلك بحيث كان سببه بعد العود غير سببه قبل التصرف فالزائل العائد كالذى لم يعد لأنّ هذه الملكيه الحاصله له فعلا غير الملكيه الحاصله له قبل التصرف فإن سبب ملكه قبل التصرف هو اشتراؤه من الغابن و سبب ملكه فعلا هو الإرث و الاشرء من غير الغابن فيتخلف السببان فيمتنع الفسخ لأنّه عبارته عن ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصل على نحو خرج عن ملكه و العين بعد رجوعها إلى ملك المغبون بسبب جديد لا يمكن ردّها إلى ملك الغابن على نحو خرج عن ملكه و دخل فى ملك المغبون

و بعباره أخرى الفسخ يتعلّق برّد الملك أى مبطل لسببه فالسبب لو كان موجودا أمكن إبطاله و أمّا لو انعدم و تبدّل بسبب آخر فلا معنى لإبطاله

**[و أمّا تصرف الغابن]**

**إشارة**

قوله قدّس سرّه هذا كلّه فى تصرف المغبون و أمّا تصرف الغابن فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به إلى آخره

هذه المسأله من صغريات تصرف من عليه الخيار و الظاهر أنه لا يسقط بتصرفه خيار من له الخيار سواء تصرف بالتقل اللآزم أو ما بحكمه من الإتلاف و الهبه لذى الرّحم أم بالتقل الجائز أم بالتغير أو المزج و الخلط لأنه لا موجب لسقوط الخيار و لو قلنا بنفوذ تصرف من عليه الخيار لعدم الملازمه بين نفوذ تصرفه و سقوط حق ذى الخيار و هذه المسأله و إن كان محل تنقيحها فى أحكام الخيار إلا أنه لا بأس بالتعرض لها إجمالاً تبعاً لما أفاده شيخنا الأستاذ مد ظله و توضيحاً للفروع الآتية فى المتن

فنقول فى نفوذ تصرف من عليه الخيار مطلقاً أو عدم نفوذ تصرفه مطلقاً أو التفصيل بين الموارد أقوال و الظاهر أن محل الخلاف فى غير العين التى اشترط ردها برد الثمن فإن المشتري ليس له التصرفات الناقله فيها إلا أن يكون النظر بماليتها و كيف كان فلو فسخ ذو الخيار و وجد العين خارجه عن ملكك من عليه الخيار فلو قيل بعدم جواز تصرف من عليه الخيار وضعا و تكليفاً فخرجها كالعدم لأن

تصرّفه باطل رأسا

و أما لو قيل بجواز تصرّفه تكليفا فهل ينفذ منه مطلقا أو في خصوص العتق فلذى الخيار المثل أو القيمة أو يبطل من أصله أو من حين الفسخ وجوه بل أقوال منشؤها الاختلاف في متعلّق حق الخيار فقول بأنه العين و قيل بأنه العقد بما هو عقد و قيل بأنه العقد طريقا لاسترجاع العين فعلى الأول و الثالث لا ينفذ تصرّفه لأنّ العين إذا كانت متعلّقه لحق الغير لا ينفذ تصرف مالکها فيها كما فى العين المرهونه و استشهد لهذا القول بما اختاره الفقهاء من أنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقه متعلّقا بالعين لم يكن إذنه موجبا لسقوط حقه و كان له فسخ العقد

و أورد عليه المصنف بأنّ سقوط الخيار بالإذن فى التصرف إنّما هو لدلاله الإذن عرفا على السقوط لا التعلّق الخيار بالعين و فيه أنّه لو كان منشأ السقوط دلالة الإذن عليه عرفا لكان اللّازم سقوطه مطلقا سواء تصرف من عليه الخيار أم لم يتصرف مع أنّ الأقوى أنّ السقوط إنّما هو بالتصرف المأذون فيه لا بمجرد الإذن كما هو الشأن فى بيع الرّاهن بإذن المرتهن فإنّه لا يسقط حقّ المرتهن أيضا بنفس الإذن

هذا مع أنّ دلاله الإذن على الإسقاط ممنوعه لأنه قد أذن لمن عليه الخيار فى التصرف فى ماله الّذى يقتضيه طبع المعامله فلا يدلّ على الإجازة و لذا يفصل فى العرض على البيع بين عرض المنتقل عنه و المنتقل إليه فإنّه بالنسبه إلى المنتقل عنه فسخ و ليس إجازة بالنسبه إلى المنتقل إليه

و بالجملة لا- وجه لسقوط حقه بمجرد إذنه لمن عليه الخيار فى التصرف فى ماله و لا- ينافى ذلك كون إذنه للأجنبى فى بيع المنتقل عنه فسخا و ذلك لاختلاف المقامين فى دلاله الإذن على الإجازة أو الفسخ عرفا كاختلاف العرض على البيع بالنسبه إليهما

نعم الملازمه بين الفسخ و الإجازة إنّما تكون فى التصرف الناقل من نفس ذى الخيار فكل مورد كان تصرفه فى المنتقل إليه إجازة يكون تصرفه فى المنتقل عنه فسخا فالصواب فى الجواب أن يقال إنّهُ يمكن القول بسقوط الخيار بالتصرف المأذون فيه و إن لم يكن الحق متعلّقا بالعين لأنّه بالإذن يرفع موضوع الخيار فإنّ إعماله لا يمكن إلّا إذا أمكن الفسخ و الإمضاء كلاهما و بعد إذنه فى التصرف لو تصرف المأذون لا يمكن أن يكون ضمان العين فى عهده فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

ثم إنّ هذا بناء على سقوط الخيار بالتصرف المأذون فيه لا بنفس الإذن و أما بناء على صحّ ما نسبته شارح الميسيه إلى المشهور من سقوط الخيار سواء تصرف المأذون أم لم يتصرف فيصحّ الاستشهاد به لتعلّق حق الخيار بالعين لأنّه لو لم يكن حقه متعلّقا بها لكان إذنه كإذن الأجنبى

هذا بناء على الوجه الأول و الثالث و أما لو قيل بتعلّق حقّ الخيار بالعقد بما هو هو فقد يقال بنفوذ تصرّفه مطلقا و قد يفصل بين الإتلاف و الإخراج عن الملك و على أىّ حال لا- ينافى ذلك إعمال الخيار فلو فسخ يتعلّق حقه بالبدل مطلقا أو فى مورد الإتلاف و أما فى التصرف الناقل فيرجع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك المتصرف و عن ملكه إلى ملك الفاسخ أما من

حين الفسخ أو من أصله

ثم إنّه استشهد المصنف لنفوذ تصرّفه مطلقا و كون الخيار متعلّقا بالعقد بمقدمتين الأولى أنّه لو كان الخيار متعلّقا بالعين لزم سقوطه بتلفها الثانيه أنّ الفقهاء اتفقوا بأنّ تلف العين لا يوجب سقوط حق من له الخيار فتنج هاتان المقدمتان اللتان إحداهما بمنزله الصغرى و الأخرى بمنزله الكبرى نفوذ تصرّفات من عليه

الخيار مطلقاً و أن الخيار متعلق بالعقد لا بالعين

و فيه منع المقدمه الأولى فَإِنَّ سقوط الحق بتلف متعلقه إِنَّمَا يصحّ لو لم يكن المتعلق في عهده من تلف عنده و العين في المعاملات مضمونه إما بالمسمى أو بالمثل أو القيمه و كيف كان فوجه تعلق حقه بالبدل لو نفذ تصرف من عليه الخيار هو أَنّه لو جاز التصرف فلا موجب لإهمال ما يقتضيه من ترتيب آثار الملك على ملك المشتري الثاني فلو فسخ ذو الخيار يتعلق حقه بالبدل جمعاً بين الدليلين

و أما وجه انفساخ المعامله الثانيه بفسخ المعامله الأولى فهو لحديث الفرعيه و حاصله أَن جواز التصرف و الانتقال إلى المشتري الثاني نشأ من كون المال ملكاً للمشتري الأول فإذا أزال المنشأ بفسخ ذي الخيار يفسخ العقد الثاني إما من حين الفسخ كما هو مقتضى تأثير الفسخ في غير المقام أو من أصله كما هو مقتضى الفرعيه فَإِنَّ العقد الثاني لو كان متفرعاً على الأول فإذا بطل الأول يبطل الثاني من أصله و يصير كأن لم يوجد هذا مع أَن مقتضى الفسخ تلقى كل من المتعاقدين الملك من الآخر فلا بد من انفساخ العقد الثاني من أصله حتى يتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لا من المشتري الثاني

إذا عرفت مدرك الأقوال إجمالاً - فلا - بأس للإشارة إلى ما هو المختار فنقول الأقوى هو تعلق حق الخيار بالعقد طريقيًا فإن المقصود من جعل الخيار لدى الخيار هو تمكنه من استرجاع العين و ردها إلى حالها قبل العقد

و يؤيد ذلك تفصيل المشهور في إرث الزوجه الخيار الذي يستحقه الزوج الميت المتعلق بالأرض بين ما كانت الأرض منتقله عن الزوج فلا - ترث و ما كانت منتقله إليه فترث لأنّ في الانتقال عنه لا - يفيد للزوجه حق الخيار لأنها لا ترث من العقار و في الانتقال إليه ترث الثمن لو فسخت العقد و لو لم يكن العين متعلقه لحق الخيار بل كان الخيار مجرد السيلطنه على حلّ العقد من دون نظر إلى العين لما كان وجه للتفصيل كما لا يخفى

و يؤيده أيضا عدم إرث وارث الأجنبي الخيار المجعول له فإنه لو كان الخيار مجرد السيلطنه على العقد و لم يكن ماله من باب استرجاع العين بل كان هو شيئاً في حيال ذاته لكان اللّازم إرث الوارث له لأنه ممّا تركه الميت و هذا بخلاف ما إذا كان ماله الخيار باسترجاع العين فحيث إنّ الوارث ليس له حظّ من العين و نفس حلّ العقد ليس له ماله فلا يرثه الوارث

و يؤيده أيضا عدم صحه نقل الخيار إلى غير من عليه الخيار فإنه لو لم يكن للخيار مساس بالعين لما كان وجه لعدم الانتقال إلى الأجنبي فعدم الانتقال إليه يكشف عن تعلق الخيار بالعين اللهم إلا أن يقال إن جميع هذه المؤيّدات لا تقاوم ما تقدم في بيان حقيقه الخيار من كونه راجعاً إلى ملك الالتزام و حلّ التبديل و التعهيد فإنه تقتضى كونه راجعاً إلى العقد من دون مساس له بالعين

هذا مضافاً إلى أنّ نفس حقيقته لا تختلف ببقاء العين و تلفها و في كلتا الصورتين يعمل الخيار و يفسخ التعهيد بعنايه واحده لا أنّ مع بقائها يرجع إلى ردّ شخصها و مع تلفها يرجع إلى ماليّتها فإذا كان إعمال الخيار على وجه واحد في المقامين فلا بدّ من أن يكون متعلقاً بنفس العقد و الاختلاف ناشئاً من اختلاف الموارد لأنّ إبطال التبديل بين المالين مع بقاء العين يقتضى قهراً ردّ

العين و مع تلفها حيث إنّها في ضمان الطرف يرجع المثل أو قيمه

و على هذا فالحقّ ما اختاره المصنّف قدّس سرّه و صحيحه ابن سنان حتّى يصير للمشتري غير ناظره إلى تعلّق الخيار بالعين أصلا



فإنها في مقام بيان أن تلف العين في ضمان من ليس له الخيار و في عهده إلا إذا انقضى الخيار و يصير الحيوان ملكا مستقرا للمشتري بحيث لا يقدر أن يخرج عن ملكه إلا بمعامله جديده

و بعبارة واضحة الفسخ ليس تملكا جديدا حتى يتقوم بالعين و يمنع كونه ملكا لذى الخيار عن تصرفات من عليه الخيار بل رد للتبديل السابق و حل للتعقيد و التعهد و رجوع العين أو بدلها إلى حالها السابق من لوازم رد التبديل لا من جهة تعلق الحق بها

ثم إنه لو جاز تصرف من عليه الخيار فلا وجه لبطلان المعاملات الصادرة منه لا من أصلها و لا من حين الفسخ و حديث الفرعية لا- محصل له كما لا يخفى و أما لو لم يجز لتعلق الخيار بالعين فهل يبطل المعاملات رأسا بمعنى أن من شرائط صحه البيع مثلا كون الملك غير متعلق للخيار كما أن من شرائطه عدم الفرد أو أن معنى عدم جواز تصرفاته أن لزوم العقد يتوقف على عدم تعلق الحق بالعين و الحق هو الثاني إلا على القول ببطلان الفضولي فيما لو كان العين متعلقا لحق الغير كبيع الزاهن و حيث إن المختار صحته مع إجازة ذى الحق فيصح في المقام مع إجازة من له الخيار

ثم إن تعلق حقه بالعين هل هو من قبيل تعلق حق الجنايه بالعبد الجانى و تعلق حق الشفعة بالدار المشتركة أو من قبيل حق الرهانه وجهان و الحق هو الثاني لأنه لا يمكن أن يتعلق الحق في المقام بملك الثالث و على هذا فالتصرفات المتلفه لا تجوز أصلا و أما التصرفات الناقله فمراعى بإجازة ذى الخيار و انقضاء مده الخيار و يجرى نزاع الكشف و الثقل في الإجازة كما يجرى نزاع الفسخ من الحين أو من الأصل في الفسخ بالنسبه إلى العقد الأول

و أما بالنسبه إلى العقد الثاني فيفسخ العقد الأول يبطل الثاني من رأسه لأنه كبيع الزاهن مع فسخ المرتهن نعم ليس لذى الخيار إبطال العقد الثاني من دون فسخ العقد الأول لأن حقه لم يتعلق إلا بالعين و ليس له السلطنه على عقد المالك و قد أشرنا إليه في باب الفضولى و أما وطى الأمه فلو كانت الطلقيه من شرائط صيروره الأمه أم الولد شرعا فالاستيلاد غير مانع عن تعلق حق الخيار بالعين فلا مانع من الوطى

و أما لو لم تكن الطلقيه شرطا فلا يجوز لأنه موجب لإتلاف حق ذى الخيار و لكنه لو استولدها و لو معصيه تصير الموطوءه أم الولد فيمتنع ردها بالفسخ و إن كان الخيار مقدما لأن تقدم الحق إنما يؤثر لو كان الحقان في رتبه واحده و أما لو كان أحدهما معدما لموضوع الآخر فلا يلاحظ التقدم و إذا كان رجوع العين مشروطا بإمكانه عقلا أو شرعا يؤثر الاستيلاد لأنه مانع شرعى

ثم إن مما ذكرنا ظهر مدرك الوجوه التي ذكرها المصنف من تسلط المغبون على إبطال تصرفات الغابن من حين الفسخ أو من الأصل و من عدم تسلطه و ظهر أيضا أن بطلان التصرف من حين الفسخ أو من الأصل يمكن على كلا القولين من عدم تعلق حق الخيار بالعين و من تعلقه بها فعلى القول بعدم التعلق فممنشأ البطلان من حينه أو من أصله هو الفرعية و على القول بالتعلق فممنشأ الاحتمالين كون التصرف من قبيل تصرف الراهن فبالفسخ يبطل من أصله أو كونه من قبيل تصرف من عليه حق الشفعة فيمكن للشفيع إبطال العقد الثاني أو الثالث

ثم لا- يخفى أن الحق بناء على جواز التصرف هو عدم الفرق بين العقود الجائزه و اللازمه و لا وجه لما ذكره في المسالك من

كون الغابن ملزماً بالفسخ فيما لو باع بخيار أو وهب بغير ذى الرّحم لما عرفت من أنّ حقيقه الفسخ تقتضى ردّ التبديل بمجرد  
الفسخ و إذا انتقل

بدل العين حين الفسخ إلى ملك الفاسخ فلا موجب لإلزام المفسوخ عليه بالفسخ و ليس البديل فى المقام كبديل الحيلولة فإن العين فى بدل الحيلولة باقيه على ملك مالکها و البديل غرامه فلصاحب العين إلزام الضامن بتحصيل العين بخلاف المقام فإن حق المغبون بمجرد الفسخ يتعلّق بالبديل

ثم بناء على القول بعدم وجوب الفسخ فى العقد الجائز فلو اتفق عود الملك إلى الغابن بالفسخ قبل فسخ المغبون فلا إشكال فى أن فسخه يتعلّق بالعين و لو اتفق عوده إليه بسبب جديد فالعائد كأنه لم يعد

و أما لو اتفق عوده بعد فسخ المغبون فلو عاد بسبب جديد فلا إشكال فى أنه لا يتعلّق حق المغبون به و أما لو اتفق عوده بالفسخ فلا يبعد أن يقال بتعلّق حقّ المغبون به خلافا للمصنف لأنّ البديل فى المقام و إن لم يكن من قبيل بدل الحيلولة إلا أنّ منشأ تعلّق الحق به تعدّر العين فلو ارتفع التعدّر يرجع البديل و لذا لو فرض محالا- عود العين التّالفه فلا إشكال فى تعلّق حقّ المغبون بها فيكون المقام كما لو صار الخلل عند الغاصب خمرأ فأخذ المالك بدله ثم صار بعده خلا فإنه يرتفع البديله

و بعبارة أخرى إذا فسخ الغابن المعامله الواقعه بينه و بين الثالث و رجع العين إليه فلا بدّ أن لا تبقى فى ملكه مع فسخ المغبون لأنّ المفروض أن منشأ ملكيته للعين كانت المبادله بينه و بين المغبون فإذا ارتفعت المبادله و لو قبل رجوعه إلى الثالث ترجع العين إلى ملك المغبون و بدلها إليه حتى بناء على ما اختاره صاحب المقابس من أنّ التّلف و ما بحكمه يوجب المعاوضه القهرية الشرعيه لأنه لا ينافى وقوع المعاوضه قهرا بالتّلف و بطلانها برجوع التالف إلا أن يكون للدليل الدالّ على وقوع المعاوضه إطلاق بحيث يشمل بعد رجوع التالف إلى حاله السابق و حيث إنّه لا دليل على ذلك من أصله فضلا عن إطلاقه فلا فرق بين الفسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده قبل أخذ البديل أو بعده

### [و لو تصرف الغابن تصرفا مغتبرا للعين]

قوله قدّس سرّه و لو تصرف الغابن تصرفا مغتبرا للعين إلى آخره

لا يخفى عدم صحّه ما فصّله فى النقيصه بين أن يكون التّقص موجبا للأرش و بين ما لا يوجبه فإنه مضافا إلى عدم صحّته فى نفسه يكون مخالفا لما اختاره فى الأبواب الأخر من عدم الفرق بين الأوصاف

و بالجملة لو كان وصف الصّحه الذى يوجب فقده الأرش فى باب خيار العيب موجبا لكون الغابن ضامنا له لكان وصف الكمال أيضا كذلك و لو لم يكن فقد وصف الكمال موجبا للضمان فلا يوجب فقد وصف الصّحه أيضا لأنّ التّفريقه بينهما إنّما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصّحه بمنزله الجزء بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه دون وصف الكمال و ذلك ممّا لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به لأنّ الأوصاف و إن كانت موجبه لزياده مائيه المال إلا أنّها لا تقع بإزائها فى عقد المعاوضه شىء من العوض و ثبوت الأرش فى مقابل وصف الصّحه إنّما هو بالتعبّد لا من جهه وقوع الثمن بإزائه و إلا كان اللّازم ردّ بعض من خصوص الثمن و الثّانى أن يكون زوال وصف الصّحه تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بأنّ الضمان

المعاوضى و إن تبدل بضمان اليد بعد القبض إلّا أن تبدله به إنّما هو فى خصوص العين و وصف الصّحه دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن التزام به لأنّه لا فرق بين الأوصاف فى أنّها بأجمعها مضمونه على المفسوخ عليه كما تكون مضمونه على الغاصب لأنّ وجه الضمان فى البابين هو قاعده اليد

و لا يمكن أن يقال بأنّه لا وجه لضمان المفسوخ عليه

التقص الحاصل في ماله فإنه لو تم ذلك اقتضى أن لا يكون ضامنا لوصف الصِّححه بل العين أيضا لأنَّ كلاً منهما ملكه و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا- إشكال بمعنى أنه يجب عليه ردّ المثل أو القيمة و استرداد ما دفعه إلى طرفه لو لم يكن التّلف في زمان خيار الطّرف و إلّا يجب عليه ردّ المثل أو القيمة من دون استرداد ماله أو بدله

و ممّا ذكرنا ظهر حكم الإجاره فإنّها نقص يجب على المفسوخ عليه تداركه و لا يمكن الفرق بين الفسخ و التّفاسخ و لم يبين المصنف وجه الفرق أصلا

ثمّ إنّ مما ذكرنا ظهر ما في حاشيه السيد من قوله و لكنّ الظاهر أنّ الفقهاء لا يلتزمون بما ذكرناه فإن سقوط خيار التّفليس بنقصان وصف الصِّححه و عدم سقوطه بنقصان سائر الأوصاف لو قيل بهما فليس ذلك للفرق بين الأوصاف بل لاعتبار قيام العين على ما كانت عليه حال البيع في ذلك الباب و مع تلف وصف الصِّححه ليس العين قائمه بعينها دون وصف الكمال ففي تلف وصف الصِّححه تكون العين كسائر أمواله ممّا يتعلّق بها حق الغرماء دون تلف وصف الكمال فإنّ البائع يأخذ نفس العين و قولهم في باب الفلس بأنّه لو ردّ البائع العين المعيبه ليس له الأرش للنقصان لا يستقيم و لذا ينتقل هو خلافه عن العلّامه و الشّهيد

و بالجملة معنى الضّمان في المعاوضات كالبيع مثلا هو أنّ البائع ضامن للمبيع قبل القبض أي عهده المبيع عليه فإذا تلف يفسخ البيع و يتعيّن المسمّى للعوضيه أي يرجع نفس الثّمن إلى المشتري و بعد إقباضه ينتقل الضّمان أي عهده المبيع إلى المشتري فإذا تلف و طرأ على العقد فسخ أو إقاله يجب عليه ردّ المثل أو القيمة و يسترد ثمنه من البائع لو كان موجودا أو مثله أو قيمته لو كان تالفا

فعلى هذا يكون كلّ من المتبايعين ضامنا لما انتقل عنه قبل القبض و ضامنا لما انتقل إليه بعد القبض و ضمانه بعده ضمان اليد فإذا كانت يده يد ضمان يجب عليه ردّ قيمه العين بجميع أوصافها التي تتفاوت بها مائته المال و لو كانت مثل وصف الكمال

و على هذا فلا- فرق في التقص الحاصل في مال الفاسخ بين أن يكون من جهه إجاره الطّرف أو غيرها فإنّ إجارته و إن كانت صحيحه بناء على عدم تعلّق حق الخيار بالعين في غير المشروط برّد مثل الثّمن إلّا أنّها توجب نقصان في المال فإنّ مناط مائته المال منافع و المفروض أنّ ضمان النقص على المفسوخ عليه فيجب عليه تدارك النقص بتقويم المال غير مسلوب المنفعه و تقويمه مسلوب المنفعه في مده الإجاره و أخذ التفاوت

و بالجملة كون المنفعه تابعه للملك لا ينافي ضمان الموجب للتقص الحاصل بالإجاره نعم لا وجه لأن يكون ضامنا لأجره المثل لأنه قد تصرف في ملكه من دون تعلّق حق به و أجره المثل إنّما تصحّ في التصرف في مال الغير بدون تعيين العوض كما أنّه لا يكون ضامنا لأجره المسمّى و ذلك واضح فالفرق بين التّفاسخ و الفسخ لا يعقل و كون التّفاسخ من الأصل و الفسخ من الحين غير فارق بعد ما ظهر أنّ المناط في الضّمان كون يده يد ضمان هذا مضافا إلى أنّه لا وجه للفرق بين التّفاسخ و الفسخ فإنّ كلاً منهما من الحين و حكمهما حكم الإقاله و الانفساخ

قوله قدّس سرّه و إن كان التّغيير بالزيادة إلى آخره

الزيادة قد تكون حكميّة محضه أى ليس لها ما بحذاء خارجى كقصاره الثّوب و قد تكون عينيه محضه كالغرس و قد تكون من كلتا الجهتين كالصّيبغ بالنّيل و خياطه الثّوب إذا كان الخيط من الخياط ثمّ إنّ الزّيادة قد تكون موجه لزيادة قيمه العين و قد لا تكون

أمّا ما لا يوجب زيادة قيمه فالحقّ عدم ثبوت شىء لمحدثها

لأنه عمل لنفسه في ماله و لا يمكن أن يكون عمله لنفسه مضمونا على غيره و أمّا ما يوجب الزيادة في القيمة فإذا كانت حكميته فتاره تكون هذه الزيادة بفعل الغابن و أخرى بفعل من الله سبحانه و ما بفعل من الله سبحانه قد يكون عمل الغابن معدا له كتعليف الدابة و سقيها الموجبين للسمن و قد لا يكون فعلا من الغابن أصلا كما لو صار العبد كاملا بصنع الله تبارك و تعالى و معنى كون الزيادة بفعل الغابن أن تكون الزيادة أثرا لفعله بحيث كان فعله عله تامه لحصول الزيادة كقصاره الثوب

ثم إن في المقام مصاديق مشتبهه في أن الأثر مترتب على الفعل بلا واسطه أو مترتب عليه مع الواسطه كتعلم العبد فإنه قد يقال بأن التعليم عله تامه له و قد يقال بأنه معد له كالعلف للدابة فإنه معد للسمن و كيف كان فلو كانت الزيادة بفعل من الله من دون مدخله للغابن في حدوثها أصلا أو كان فعل الغابن معدا لها فإذا فسح المغبون فليس للغابن شىء يازائها لأنها و إن حدثت في ملكه و كان هو مالكةا قبل الفسخ إلا أن منشأ ملكيته لها هو التبعية للعين فإذا انتقلت العين عنه إلى المغبون تصير تابعه لملك المغبون

و أمّا لو كانت الزيادة بفعل من الغابن فيصير شريكا مع المغبون فإن كون الزيادة أثرا لفعله يوجب أن يملكها العامل و لا ينافى تبعية العمل للعين في الملكيه ملكيه الاستقلاله عند خروج العين عن ملكه فإن هذا العمل له جهتان جهه منسوبه إلى الفاعل من حيث صدوره عنه و جهه منسوبه إلى المحل من حيث وقوعه فيه و جهه الوقوع متأخر رتبه عن جهه الصّيدور فيلاحظ في المقام ملكيته من حيث الصّيدور فإذا ملكه مستقلا فانتقال العين عنه لا- يوجب انتقال هذا الملك منه فلو لم ينتقل يصير شريكا مع المغبون في المائيه لا في العين فيقوم الثوب مثلا مع القصاره و بدونها و يكون التفاوت بين القيمتين ملكا للغابن

و من هذا البيان ظهر وجه فرق الأساطين في وجوب تسليم العين الذي عمل فيها المؤجر عملا و عدم وجوبه بين الموارد فإن المورد الذي له حبس العين هو ما كان العمل ملكا له مستقلا فكأن المؤجر يبدل عمله بالأجره فله حبس عمله حتى يأخذ ثمنه و لما لم يمكن حبسه إلا بحبس العين فلا يجب عليه تسليمها و المورد الذي ليس له الحبس ما لم يكن عمله عله تامه لترتب الأثر كسقى الدابة و علفها فليس له الأجره إلا بعد تسليم العين لأن المؤجر لا يستحق الأجره إلا بعد العمل

و المفروض أن عمله ليس موجبا لأن يملك أثره لعدم كونه عله لتحقق الأثر فليس له إلما أجره العمل هذا كله في الزيادة الحكيمه و أمّا الزيادة العينيّه المحضه كالغرس فتنقيح البحث فيه يتوقف على بيان أقسام الغرس إجمالا

فنقول إذا اختلف و تعدد مالك الأرض و مالك الشجر فتاره يكون تعددهما ابتدائيا و أخرى عارضيا فالأول كما إذا غرس من استعار الأرض أو استأجرها إغارها أو إجاره مطلقه أو لخصوص الغرس أو غرس غاصب في أرض الغير أو غرس فيها الجاهل بفساد المغارسه المعموله في بعض البلدان و هى أن يغرس في أرض الغير بأن يشتركا في الغرس و الأرض و الثانى كمن باع الشجر دون الأرض أو بالعكس أو باع الأرض من زيد و الشجر من عمرو أو باع الأرض من زيد فغرس زيد فيها ثم أخذ الأرض منه بالشفعه و هذا على أقسام سنّه غير التعدد بالبيع قسمين منها تعدد المالك نشأ من جهه الحق الثابت قبل الغرس كحق الخيار و حق الفسخ و أربعه منها نشأ الحق بعد الغرس كالتفاسخ و الانفساخ و الإقاله و خيار التفليس

أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُتَعَدِّدًا ابْتِدَاءً فَالْحَقُّ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ أَنَّ



لمالك الأرض قلع الشجر من دون أرش عليه لصاحبه أما في مورد الغصب فلا لأنه ليس لعرق ظالم حقّ و أما في البيع الفاسد فلا لأنّ الغارس و إن لم يقدم على تلف ماله إلا أنه مشترك مع الغاصب في عدم ثبوت حقّ الإبقاء له لأنّ مناط جواز القلع عدم ثبوت حقّ للغارس لا الإثم و الإقدام و منه يظهر جواز القلع في مورد العاريه و الإجاره و لو للغرس فإنّ بعد انقضاء مدّه الإجاره أو بعد رجوع المعير لا حقّ للغارس في بقاء شجره في أرض الغير

و أمّا إذا طرأ التعدّد فلا - شبهه أنه لو تعدّد المالك بالبيع فليس لمالك الأرض القلع و لا الأجره لأنه ملكها مشغوله بالشجر و الشجر مناط مالتيه وصف الشجرية فيستحق مالكه بقاؤه من دون حقّ عليه لمالك الأرض و من هذا القبيل إرث الزوجه للمثبات فإنّها تستحقّ قيمتها بما هي مثبات و أمّا لو تعدّد بالفسخ أو بالشفعه أو بسائر الأسباب من الانفساخ أو التفاسخ أو الإقاله أو خيار التفليس فقد يقال في جميع هذه الأقسام السّته بعدم جواز قلعه لمالك الأرض مطلقا

و قد يقال بجواز قلعه مع الأرش في جميع الصور أو بجوازه بلا أرش و قد يفصل بين الفسخ و الشّفعه و بين سائر الأسباب فيجوز القلع فيهما لا في غيرهما و منشأ التفصيل توهم أنّ الملك في مورد الشّفعه و الخيار مترنزل و حقّ ذى الخيار و الشّريك متعلّق بالأرض قبل الغرس فيجوز لذى الحقّ قلع الشجر إذا رجع إليه الأرض و لكن الحقّ أنّ الملكيه في جميع الموارد غير مترنزل و جواز الرجوع حكم شرعيّ فالأرض لا يتعلّق بها الحقّ في جميع الموارد

و منشأ جواز القلع مطلقا أنّ الفسخ أو الانفساخ و ما بحكمهما يقتضى رجوع العين على ما هو عليه قبل الغرس و الغرس لو كان موجبا لتلف وصف من الأوصاف حقيقه لكان ضمانه على من تلف الوصف عنده كما لو صارت العين معينه لا يمكن زوال عيبها و أمّا لو لم يوجب تلف الوصف حقيقه لإمكان قلعه فلا وجه لأن يكون باقيا حتّى يكون على الغارس أجره المثل

و من هذا البيان ظهر وجه جواز القلع مع الأرش على القالع أمّا جوازه فلما تقدم و أمّا الأرش فللضّرر الوارد على مالك الشجر من دون إقدام منه عليه

و بعبارة أخرى غرسه عمل محترم فلا يمكن إزالته من دون أرش و منشأ عدم جواز القلع مطلقا أنّ الغرس وقع من أهله في محلّه فالغارس مالك للغرس بوصف الشجرية غايه الأمر أنّ غرسه موجب لتفويت منفعه الأرض على مالكها فله أرش نقص هذه المنفعه الفائته

و بالجملة الغارس استوفى منفعه الأرض ما دام غرسه باقيا فيجب عليه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجره المثل أو قيمه النقص و لا يبعد أن يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء و لكنّه يرد عليه أنّ هذا التقريب دور واضح لأنّ استحقاق مالك الغرس للإبقاء يتوقف على استيفائه منفعه الأرش حتّى يكون باستيفائه متلفا منفعه الأرض و كونه مستوفيا متوقف على عدم جواز قلع مالك الأرض و أمّا لو جاز فلم يستوف إلا قبل زمان الفسخ أو الانفساخ و عدم جوازه يتوقف على استحقاق مالك الغرس للإبقاء

و بالجملة كما أنّ مالك الشجر مالك له بوصف الشجرية فكذلك مالك الأرض مالك لجميع منافعها فتقديم حقّ أحدهما من

دون مرجح ممتنع إلمأ أن يقال بالفرق بين الفسخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و هو أن الملك في الأول و إن كان تاما و الحق لم يتعلّق إلمأ بالعقد إلمأ أن كونه في معرض الزوال يوجب الشكّ في بقاء احترامه بعد الفسخ فيجب أن يثبت الاحترام

للغرس بعد الفسخ حتى لا يمكن لمالك الأرض قلعه و إثبات احترامه بعده دورى و هذا بخلافه فى الثانى فلأنه ليس فى معرض الزوال أصلا إلا إذا وقع التفسخ أو الإقاله على خلاف العاده فيبقى فى ثبوت حق الغارس كون ملكه من حيث السبب و المسبب تاما فغرسه محترم لأنه وقع من أهله فى محله فيكون كسائر تصرفاته مثل إجارته و هبته فإذا كان حين الغرس محترما فيوجب أن يكون القلع ممتنعا شرعا فيصير كالتلف الخارجى

نعم على الغارس أجره المثل ما دام شجره باقيا و عليه ضمان النقص فى الملكيه أيضا لو كان الغرس موجبا له و لو مع ثبوت الأجره فإنها قد لا يتدارك بها النقص الحاصل فى المبيع فإن الأرض المستأجره مدّه مديده لا يرغب فى شرائها و لو أعطى الأجره للمشتري لأن نفس كون الأرض فى يد المالك بحيث يتصرف فيها ما يشاء ماله لا يتدارك بأجره الأرض و عدم تعرض الأساطين لأرش النقص و ذكر أجره المثل وحدها إنما هو لإيكال الأمر إلى محله و هو ضمان الصفات التى بها تتفاوت الماله

و بالجملة و لو قلنا باستحقاق مالك الغرس للإبقاء إلا أنه مع ذلك يجب عليه أجره المثل فى ما بعد الانفساخ لأن عدم جواز القلع لمالك الأرض تكلفى لا ينافى ثبوت الأجره له كما فى جواز أكل مال الناس فى المخصصه فإنه لا ينافى الضمان فالضمان يجتمع مع حق البقاء

ثم إنه قد ظهر أن وجه ثبوت حق البقاء له هو حرمة المال لا الضرر الوارد عليه لأن الضرر عليه معارض بضرر المالك و لا يقاس بالضرر الوارد على الجار من جهة تصرف صاحب الدار فى أن ضرر صاحب الدار لا يرتفع بقاعده لا ضرر لأن الضرر عليه نشأ من قاعده لا ضرر فى حق الجار فقصر السيلطنه الناشئه عن لا ضرر إذا كان ضرريا لا يرتفع بلا ضرر لأن الموضوع المتولد من الحكم على موضوع لا يشمل هذا الحكم و هذا بخلاف المقام فإن كل واحد من ضرر مالك الأرض و ضرر صاحب الغرس فى عرض واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما مرفوعا بلا ضرر دون الآخر

ثم إنه بناء على أن يكون جواز القلع دائرا مدار الضرر فوجه فتوى المشهور بأن الزرع ليس حكمه حكم الشجر فى جواز قلعه لمالك الأرض ظاهر لا لما قيل من أن للزرع أمدا ينتظر فإن مجرد ذلك لا يوجب الفرق بل لأن بقاء الزرع إلى زمان الحصاد ليس ضررا على مالك الأرض فإن الأرض معدّه فى طبعها للزراعه و استيفاء منفعتها فإذا أمكن استيفائها بأخذ الأجره من مالك الزرع لم يتوجه ضرر على مالك الأرض حتى يتعارض الضرران و هذا بخلاف بقاء الأرض مشغوله بالشجر مدّه مديده فإنه ضرر على مالكةا و لو استوفى أجره الأرض و لذا لو أعطى غاصب الدار أجرتها أزيد مما يعطيه غيره لكان نفس عدم تسلط المالك على داره ضررا عليه

و بالجملة فرق بين الزرع و الغرس فى ورود الضرر على مالك الأرض نعم غرس شجر التوت لدود القز حكمه حكم الزرع فالأولى التفصيل بين موارد الغرس ثم إنه لا يبعد أن يكون وجه التفصيل بين الغرس و الزرع من أن للزرع أمدا ينتظر راجعا إلى ما ذكرناه من الفرق بينهما فى الضرر و عدمه

قوله قدس سره و لو كان التغيير بالامتزاج إلى آخره

لا يخفى أنّ المزج قد يكون اتّفاقيا و قد يكون بفعل شخص فإذا كان اتّفاقيا فلا ضمان على من كان المال عنده و إن أوجب النقص لو لم تكن يده يد ضمان و أمّا إذا كانت يده يد الضمان فحكمه المزج عمدا

و أمّا لو كان بفعل شخص فالنقص عليه لو كانت يده يد الضمان

كالغاصب و من بحكمه كما فى مورد المعامله الفاسده أو المعامله الصّحيحه بعد القبض لما تقدّم سابقا أنّ كلّ نقص حصل فى يد من عليه الخيار و من بحكمه ممّن يكون ضامنا للمقبوض فضمانه على ذى اليد

ثم إنّ المزج إمّا أن يكون بغير الجنس أو بالجنس و الممزوج بغير الجنس قد يعد تالفا عرفا كمزج ماء الورد بالتّفط و حكمه هو الرّجوع إلى المثل أو القيمه و قد لا- يكون تالفا و هو على أقسام لأنّه إمّا يوجب المزج انقلاب المالكين إلى حقيقه أخرى أى به تبدّل الصّوره النوعيه للممتزجين إلى صوره أخرى كما فى مزج أجزاء التّرياق الفاروق و مزج الخلّ بالأجنبيين على قول و إمّا لا يوجب الانقلاب و هو على قسمين قسم يرتفع الامتياز بينهما كمزج الخلّ بالدّبس و قسم لا يرتفع الامتياز إلّا أنّه يتعدّر أو يتعسّر الإفراز بينهما كمزج الحنطه بالشّعير

و حكم الصّوره الأولى هو الاشتراك فى المائيه كما هو مقتضى القاعده فى كلّ مال اختلط مع الآخر اختلاطا يرفع التّمييز لأنّ الخصوصيه العيئيه الشخصيه لكلّ من المالكين إذا ارتفعت لا يمكن أن يتعلّق بهما حكم تكليفا كان أو وضعا فيتعلّق الوضع بأصل الماله فيشتركان فى العين بحسب المائيه أى يقوم الخلّ منفردا و الأجنبيين منفردا و يؤخذ لكلّ من المالكين قيمه الممزوج بالنسبه من نفس العين فإذا كان قيمه ممّن من الأجنبيين دينارا و قيمه ممّن من الخلّ دينارا أو اختلطا و صارت القيمه ثلاثه دنانير فليس الاشتراك هنا أولا- فى العين بأن يأخذ صاحب الأجنبيين ممّا من المخلوط و صاحب الخلّ ممّن لأنّ بالخلط تصير قيمه الأجنبيين ناقصه و قيمه الخلّ زائده فلا بدّ من أن يشتركا فى المائيه بأن يأخذ صاحب الأجنبيين ممّا و نصفا و صاحب الخلّ أيضا كذلك لأنّ هذا نسبه قيمه مالهما إلى المجموع و لا يتوقّف التّقسيم و الإفراز هنا على البيع كما فى قصاره الثّوب لأنّه لا يمكن فيها تقسيم الثّوب

و أمّا حكم الصوره الثانيه و الثالثه فسيجى ء و على أىّ حال المزج فى الصّور الثلاث لا يوجب سقوط حقّ الخيار و لا الرّجوع إلى المثل أو القيمه نعم لو كان الخيار متوقّفا على بقاء العين بعينها سقط من هذه الجهه كخيار التّفليس و العيب كما أنّه لو كان الجواز الحكمى أيضا متوقّفا على البقاء كما فى الهبه لا يجوز الرّجوع عند الخلط

و أمّا لو امتزج بالجنس فى صوره تساوى الجنسين لا شبهه فى الاشتراك فى المقدار إنّما الكلام فى المزج بغير الجنس فى الصّورتين الأخيرتين و المزج بالجنس فى صوره الخلط بالأردإ و الأجود و تنقيح البحث فى جميع صور الامتزاج يتوقّف على بيان أمرين الأوّل أنّ الامتزاج فى المائعات يوجب الاشتراك بمقتضى القاعده الأولى لما عرفت من أنّ التّالف لا يتعلّق به تكليف أو وضع سواء حصل التّلف قهرا أو بالاختيار عدوانا أو بحقّ و المفروض أنّ الامتزاج موجب لتلف الخصوصيه الشخصيه من كلّ مال فى جميع الصّور فكما لا- يمكن أن يتعلّق تكليف بإفراز المالكين فكذلك الوضع فمع تلف الشخصيه لا- يمكن أن يكون مالك المال قبل الامتزاج مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج فيوجب التّلف الإشاعه قهرا عكس القسمه

الثانى أنّ للاشتراك مراتب ثلاثه لا تصل النوبه إلى المرتبه اللّاحقه إلّا بعد تعدّر السّابقه الأولى الاشتراك فى الممتزج بنسبه المالكين فى المقدار لأنّه لو أمكن أخذ كلّ مالك من عين الممزوج بمقدار حقه قبل المزج فهو المتعّين و هذا فى مزج الجنس بالجنس مع تساويهما فى الصّفات واضح فإنّ الفائت ليس إلّا الخصوصيه الشخصيه دون

أصل المال و وصفه و مالىته فىأخذ كلّ منهما بمقدار حقّه من العين

الثانىة الشّركه فى العين بمقدار المالىه لا بمقدار الوزن و هذا كما فى مزج الخلّ بالعسل لأنّ الفائت هنا شيئان خصوصيّه المالىين و تلف الصّوره و لو عرفا فإنّ الخلّ لم يبق بصورته الأولى و لا العسل فهما شريكان فى قيمه الممزوج و لكن من نفس الممتزج فإنّه لا وجه لشركتهما فى الثّمّن مع أنّ مادّه مالهما موجوده

الثالثه الشّركه فى الثّمّن كما فى قصاره الثّوب و صبغه فإنّه لا يمكن الاشتراك فى الثّوب فبياع و يقسّم الثمن بمقدار المال و العمل أو بمقدار المالىين و العمل إذا عرفت ذلك ظهر أنّ الحقّ فى المزج بالجنس مطلقا هو الشّركه فى المقدار نعم لو امتزجه الغابن أو الغاصب بالأردإ فعليه أرش النقص و لا وجه للشّركه فى المالىه لأنّه إذا أمكن الشّركه فى المقدار لا تصلّ الثّوبه إلى الشّركه فى القيمه فإنّ امتزاج الحنطه الجيّده بالرديثه لا- يوجب إلّا فوت الخصوصيّه الشّخصيّه و تلف وصف الجوده أمّا فوت الخصوصيّه فيوجب الشّركه و أمّا تلف الجوده فيوجب استحقاق الأرش فلا- وجه لأنّ يقوم المجموع و يأخذ كلّ منهما منه بمقدار قيمه ماله مع إمكان أخذ مقدار المال مع الأرش و ليس مزج الجيّد بالردى ء كمزج العسل بالخلّ فى تلف الصّوره حتّى يقاس عليه فإنّ الصّوره باقيه هنا عرفا

و أمّا لو امتزجه بالأ-جود فلا- شى ء له أمّا الغاصب فظاهر و أمّا الغابن فلاّنه لم يعمل عملا حتّى يشترك فى الثّمّن و ليس على أحد ضمان جوده ماله فلا شى ء له و زياده صفه فى مال المغبون رزق رزقه الله تعالى ثمّ لا يخفى ما فى عباره المصنف من اختصاص إشكال الرّبا فى الخلط بالأجود مع أنّه لو لزم الرّبا للزم فى الصّورتين لأنّه لا فرق بين أن يأخذ الغابن أزيد من مقدار ماله أو المغبون و لكنّه لا يلزم فى المقام من أصله و إنّه يجرى فى المعاوضات و توابعها و فى الضّمّانات و فى المقام إذا اقتضى مزج المالىين ذهاب المقدار كما فى تبدل الصّوره بصوره أخرى تصير العين مشتركة بينهما بحسب المالىه و هذا ليس تبديلا حتّى يلزم الرّبا

### [بقي الكلام فى حكم تلف المعوضين]

قوله قدّس سرّه بقى الكلام فى حكم تلف المعوضين إلى آخره

لا يخفى أنّه ينبغى أن يذكر حكم التّلف فى أحكام الخيار و إنّما ذكره فى المقام لمزيد اختصاص به و هو أنّه قد ادّعى الشّهرة بل الإجماع على أنّ تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن مسقط لخياره فقد يتوهم أنّه لو كان التصرّف مسقطا لكان التّلف أولى فذكروا حكم التّلف فى المقام لدفع هذا التوهم و هو أنّه لو قلنا بسقوط الخيار بالتصرّف فلا يلزمنا القول بسقوطه بالتّلف إلّا أن يكون ما علل به فى التذكرة للسّقوط بالتصرّف و هو عدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك هو بنفسه موردا للإجماع أو يكون مفاد دليل معتبر و المفروض أنّه لا هذا و لا ذلك فلا وجه للسّقوط بالتّلف مع أنّه قد عرفت أنّ أصل سقوطه بالتصرّف ليس إجماعيا

ثم إنه لا يخفى عدم الفرق بين تلف مال من عليه الخيار و تلف مال من له الخيار فإنَّ حكم التّلف في جميع الصّور واحد سواء تلف مال الغابن أو المغبون كان قبل الفسخ أو بعده فلا وجه للبحث فيما وصل إلى كلّ منهما مستقلا نعم في خصوص الفسخ قبل التّلف فرّق العلّامة فيما وصل إلى من عليه الخيار و من له الخيار فقال لو فسخ ذو الخيار و تلف ما وصل إلى من عليه الخيار ليس عليه ضمان فإنّ العين في يده أمانه و أمّا لو تلف ما وصل إلى من له الخيار بعد الفسخ فيده يد ضمان

و لكن أورد عليه شراح هذه العبارة و قالوا بعدم الفرق بين الصّورتين و أنّ يد كلّ منهما يد ضمان و مجرد كون الفسخ ناشئا من قبل

من له الخيار لا- يوجب أن يكون يد من عليه الخيار يد أمانه فإذا لم يكن فرق بين الصّور أصلاً فنقول في محلّ البحث و هو التّلف قبل الفسخ أنّ التّلف إمّا أن يكون بآفه سماويّه أو بالإتلاف و المتلف إمّا من كان المال بيده أو طرفه أو الأجنبي فإذا كان التّلف بآفه أو بإتلاف من كان المال بيده فبالفسخ ينحلّ العقد و يرجع كلّ من المالين إلى صاحبه فلو كان الثّمّن موجوداً عند البائع الغابن و تلف المبيع عند المشتري المغبون بآفه أو بإتلافه يرجع المغبون إلى عين ثمنه و يضمن قيمه التّالف للبائع

ثمّ إنّ المدار في القيمة هل على قيمة يوم التّلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء أو أعلى القيم وجوه و الأقوى هو الثالث لأن منشأ القول بأعلى القيم في غير المورد هو أن تفاوت القيمة الشّيوقية كتلف الأوصاف مضمون على القبض و في المقام نفس الأوصاف الحاصلة بين القبض و الفسخ ليس ضمانها على الفاسخ فضلاً عن ارتفاع القيمة فإنّ سمن الدابّه المهزوله حين العقد غير مضمون على الفاسخ فإنّ ما اخترناه من ضمان الأوصاف هو الأوصاف الموجوده حال العقد التالفه حين الفسخ لا كلّ صفه تالفه و لو لم تكن موجوده حال العقد فيدور الأمر بين الأقوال الثلاثة و القول بيوم القبض في غير هذا المورد ينطبق على القول بيوم الفسخ في المقام لأنّه يوم يصير المال في عهده من كان مالكا له قبل الفسخ و حيث قلنا في باب الغصب و العقد الفاسد أنّ صحيحه أبي و لايد لا- تدلّ على اعتبار يوم الغصب و لا تقتضى القواعد العامّه أيضاً الانتقال إلى القيمة يوم الغصب فالقول بيوم الفسخ لا وجه له لأنه و إن كان يوم ردّ كلّ مال إلى صاحبه إلّا أنّ المال لما صار بسبب القبض مضموناً بضمان اليد فمقتضى الضّمان أنّه لو طرأ الفسخ و كان المال تالفاً يجب ردّه بماليته و أمّا ردّ قيمته يوم الفسخ فلا دليل عليه فيدور الأمر بين يوم التّلف أو يوم الأداء و منشأ الوجهين هو ما تقدم في ضمان اليد من أنّ التّلف هل يقتضى أن تتقدر مائيه المال في ذاك اليوم أو لا يقتضى ذلك بل يبقى ماليته في ذمه المتلف أو من تلف عنده إلى يوم الأداء و المختار هو الأخير

و كيف كان فلا يحتمل الضّمان في الفسخ بعد التّلف إلّا قيمه يوم التّلف أو يوم الأداء لا سائر الاحتمالات ثم لا يخفى أنه لو قيل بأنّ المدار على قيمة يوم التّلف فلا وجه لصحّه المصالحه على العين التالفه لأنّه لو لم يكن للعين اعتبار البقاء و لو بحسب المائيه فلا يصحّ الصّالح إلّا على قيمتها فلو صحّ على نفس العين يجب أن يكون المدار على يوم الأداء فالجمع بين جواز الصّالح و القول بيوم التّلف غير ممكن كما أنّه لو قيل بأنّ المدار على يوم التّلف فينبغي عدم الفرق بين الانفساخ و الفسخ

فما يظهر من الدّروس و من تبعه من أنّه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداها دون الأخرى فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض دون الثّاني فيغرم البائع الثّاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض لا وجه له لأنّ غرامه البائع الثّاني الذي هو المشتري قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض ينطبق على القول بأنّ المدار على يوم الفسخ و إلّا لكان على البائع الثّاني قيمه يوم البيع الصّادر منه مع المشتري الثّاني فإنّه يوم تلف المبيع

و بالجمله قد ذكرنا مرارا أن مقتضى الضّمان المعاوضي كون البائع ضامناً للمبيع و المشتري للثّمّن قبل القبض فإذا تلف أحدهما حينئذ يرجع الباقي إلى مالكة الأوّل لانفساخ المعامله بسبب التّلف قبل القبض

ثمّ إذا وقع التّقابض يتبدّل ضمان البائع للمبيع بضمانه للثّمّن و ضمان المشتري للثّمّن بضمانه للمبيع



و ينتقل الضمان المعاوضى بضمان اليد أى إذا تلف المبيع مثلاً ثم طرأ الفسخ أو الانفساخ أو الإقالة يردّ المشتري إلى البائع قيمه المبيع و يأخذ ثمنه العدى كان بدلاً عن المبيع و إذا تلف كل منهما فيأخذ كل منهما قيمه ماله العدى انتقل إلى الآخر ففي هذا المال حيث تلف المبيع أولاً لانتقاله إلى الغير ثم طرأ الانفساخ من جهة تلف الثمن الغير المقبوض فالانفساخ يقتضى رجوع كل مال إلى صاحبه الأصلي و إذا كان كل منهما تالفا أحدهما قبل القبض و الآخر بعده فالقاعده تقتضى فى تلف المقبوض الرجوع إلى قيمه يوم التلف بناء على ما اختاروه و يوم تلف المبيع هو قبل الانفساخ أى يوم البيع و فى تلف الثمن حيث إنّه قبل القبض يقتضى رجوع المبيع إلى مالكة الأصلي و لمّا لم يمكن الرجوع بعينه فيرجع بمالتيه إمّا متقدّره أو غير متقدّره و لا وجه لرجوع قيمته يوم الانفساخ و الفرق بين الفسخ و الانفساخ لا وجه له

هذا كلّ حكم التلف أو الإتلاف من المنتقل إليه و ظهر أنه لا فرق بين تلف ما عند الغابن أو المغبون فحكم تلف ما عند الغابن بتلف سماوى أو بإتلافه حكم التلف عند المغبون

بقى الكلام فى إتلاف كل واحد ما عند الآخر و إتلاف الأجنبي فلو أتلف الغابن ما عند المغبون فلو لم يفسخ يأخذ قيمه ماله يوم الإتلاف و إذا فسخ يأخذ ثمنه ثم يردّ عليه قيمه التالف يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء و يأخذ منه قيمه التالف يوم الإتلاف بناء على أن الإتلاف يقتضى اشتغال ذمه المتلف بقيمه ذلك اليوم فقد يختلف قيمه التي يردّها و التي يأخذها و لو أتلف المغبون ما عند الغابن ثم فسخ يأخذ المغبون قيمه ماله على أحد الوجوه المتقدّمه و لكن يأخذ الغابن من المغبون قيمه يوم الإتلاف زادت على قيمه التي قيل بها فى التلف أو نقصت

و بالجملة كلّ مورد وقع تلف أو إتلاف فى أحد العوضين دون الآخر فالباقى يردّ إلى صاحبه الأصلي بالفسخ أو الانفساخ و إنّما الكلام فى التالف فى أنّه يؤخذ قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء فإذا قلنا بأنّ الإتلاف يقتضى قيمه التالف يوم الإتلاف و الفسخ يقتضى قيمه التالف يوم الفسخ أو الأداء فإذا كان قيمه يوم الإتلاف مغايراً لقيمه يوم الفسخ أو الأداء يختلف ما يأخذه الفاسخ مع ما يأخذه المفسوخ عليه و أمّا لو كان موافقاً فيصير تهاتراً قهرياً

و لو أتلف الأجنبي فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمه التالف يتعيّن رجوع الفاسخ إلى المفسوخ عليه و كذا العكس و أمّا لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعيّن على كلّ منهما الرجوع إلى طرفه بل يتخيّر بين الرجوع إلى الطرف و الرجوع إلى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب

نعم بناء على الاعتبار بيوم الفسخ يتعيّن الرجوع إلى الطرف لأنّ المال و إن كان فى ذمه المتلف أيضاً إلّا أنّه قد أتلف ما ليس للفسخ قبل الفسخ فهو ضامن لمالكة الفعلى و المالك الأصلي يطلب مصداق ماليته يوم الفسخ و من يشتغل ذمته بمصداق هذا اليوم هو الطرف لا المتلف فإنّه إنّما يضمن لعين المال أو قيمته يوم التلف أو يوم الأداء

و على أى حال لا وجه لتعيّن الرجوع إلى المتلف حتى بناء على اشتغال ذمته بالغبن أو بمالتيها الغير المتقدّره لأنّ المال و إن كان قبل الفسخ ملكاً لمن انتقل إليه و بعد الفسخ ملكاً لمن انتقل عنه إلّا أنّ مقتضى ضمان الطرف جواز رجوع من انتقل عنه

التألف إلى الطرف أيضا كما في تعاقب الأيدي ثم إنه لا يخفى أن الإبراء بمنزله القبض كما في إبراء الزوجه قبل الدخول مهرها  
فلو أتلف الغابن مثلا

مال المغبون فأبرأه المغبون ثم فسخ بأخذ ثمنه من الغابن و يرد عليه قيمه ما أبرأه من دون أخذ قيمه التالف و ذلك واضح

### [مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه مائيه]

قوله قدس سره الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه مائيه إلى آخره

لا يخفى أنه لو كان مدرک ثبوت خيار الغبن هو الإجماع لكان اللازم هو الاقتصار على مورده و أما لو كان هو الشرط الضمني أو نفى الضرر فيجری في كل معاوضه كان بناؤها نوعا على الدقه و عدم المغابنه و لما اخترنا أن مدرکه الشرط الضمني فيتعدى إلى المعاوضات التي مبناها على الدقه فينبغي بيان بناء المعاوضات طرا فنقول منها ما يقتضى البناء النوعى فيه على تساوى المالىين و هو البيع و الإجازة و الصلح القائم مقامهما كصلح ما فى ذمه شخص بعوض معين

و منها عكس ذلك كالصلح الواقع فى مقام رفع الخصومه و كالصلح الواقع فى مقام إبراء ما فى ذمه المصالح له فإن بناء هذين العقدين نوعا على التسالم و التجاوز عن الحق كائنا ما كان

و منها ما لا يقتضى هذا و لا ذاك فيتبع اشتراط شخص العاقد فى شخص المعامله كالجعله و نحوها فلو كانت المعاوضه من القسم الأول يجرى فيها خيار الغبن إلا إذا بنى أحد المتعاقدين أو كلاهما على المعاوضه بالغما ما بلغ فإن مع الإقدام يسقط شرط التساوى و يقدم البناء الشخصى على النوعى و لو كانت من القسم الثانى لا يجرى فيها لأنه لا اشتراط و لا فى رفعه منه بل يمكن أن يقال ليس الصلح فى مقام رفع الخصومه و لا فى مقام الإبراء من المعاوضات و لذا لا يعتبر فيهما ثبوت حق أصلا و لو كانت من القسم الثالث فيدور ثبوت الخيار فيه مدار الاشتراط و يتبع حكم كل معاملة شخص تلك المعامله فظهر مميا ذكرنا أن التفصيل الذى ذكره عن بعض هو الحق فإنه لو لم يكن الخصوص معاوضه بناء نوعى يدور ثبوت الخيار فيه مدار الشرط و مع البناء على التسامح لا يجرى الخيار بل قد عرفت أن البناء الشخصى مقدم على البناء النوعى

### [مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

قوله قدس سره مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى إلى آخره

لا يخفى أن هذا الاختلاف يجرى فى كل عقد خيارى لم يكن لمدته الخيار تحديد من الشرع كخيار الرؤيه و العيب و نحو ذلك و منشأ القول بالفوريه هو الرجوع فى زمان الشك إلى عموم أوفوا بالعقود و بالتراخى إلى الاستصحاب و المصنف قدس سره قد ناقش فى كليهما أما الاستصحاب فللشك فى موضوعه و لا يرد عليه أن الموضوع فى باب الاستصحاب يؤخذ من العرف فلا وجه للشك فيه لأن ما يرجع فيه إلى العرف هو حيثيه بقاء المستصحب لا حيثيه ثبوته بمعنى أنه لو أحرز للموضوع أولا ثم شك فى ارتفاع الحكم عنه لاحتمال مدخليه القيد الزائل فى عليه ثبوت الحكم مع حكم العرف باتحاد الموضوع فى زمان الشك مع الموضوع فى زمان المتيقن لعدده التبدلات من حالات الموضوع لا من قيوده يجرى الاستصحاب و أما لو لم يحرز الموضوع أولا

بل ثبت الحكم فى العنب مثلا و شكّ فى مدخلية العنبية فى موضوع الحكم فلا يمكن إجراء الحكم فى الزبيب

و بالجمله إذا أحرز بمناسبه الحكم و الموضوع أنّ الموضوع هو ذات الشئ ء و شكّ فى عليه الوصف للحكم حدوثا أو حدوثا و بقاء فهنا محلّ الاستصحاب و أمّا لو لم يحرز أنّ الموضوع ذات الشئ ء أو أحرز عدمه و أنّ الوصف هو تمام الموضوع كالفقر لاستحقاق الزكاه فلا يمكن إجراء الاستصحاب

و ممّا ذكرنا ظهر ما فى كلام الرياض قدس سرّه من التفصيل بين ما إذا كان مدرک الخيار هو الإجماع فيجرى الاستصحاب و ما كان مدرکه قاعده الضرر فلا يجرى و ذلك لأنه لو سلّم اتحاد الموضوع

في القضية المتيقنه والمشكوكه يجرى الاستصحاب سواء كان دليل المستصحب الإجماع أو قاعده الضرر لأن فائده الاستصحاب إجراء الحكم الثابت سابقا الشياكت عن زمان الشك في مورد الشك ولو ناقش في الموضوع لا يجرى الاستصحاب كان دليل المستصحب هو الإجماع أو قاعده الضرر

فالأولى أن يقال إن الموضوع في المقام غير محرز لا- لما أفاده المصنف قدس سره من أن الموضوع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ بل لوجه امتن و أدق و هو أنه فرق بين أن يدل دليل على أن الخيار ثابت التضرر و بين أن ينفي اللزوم لحكومته لا ضرر على الحكم الذي ينشأ منه الضرر فلو كان من قبيل الأول يمكن أن يقال إن الموضوع هو الشخص المتضرر لا الوصف العنواني و الشخص باق كما في الخيار الثابت للمبيع و لصاحب الحيوان و لذا يستصحب و أما لو كان من قبيل الثاني فلا معنى للاستصحاب لعدم تحقق أركانه أصلا لأنه لم يثبت الخيار لشخص المغبون حتى يستصحب الخيار له بل إنما دل لا ضرر على أن الحكم الضرري منفي ففي مورد لم يكن الحكم ضروريا فلا- حكومه بالقضيه المتيقنه غير المشكوكه بأسرها موضوعا و محمولا- و نسبه لأن من يتمكن من أعمال الخيار و لو آنا ما فاللزوم ليس ضروريا عليه أصلا هذا كله في التمسك بالاستصحاب

و أميا الرجوع إلى العموم في زمان الشك فتفتيح ما فيه يتوقف على ترتيب أمور الأول أن الزمان بحسب طبعه الأصلي ظرف للأمر الواقع فيه و كونه قيذا له يحتاج إلى عناية و مثونه زائده و منشأ جريان الاستصحاب في الزمانيات هو كون الزمان ظرفا و إلا يكون من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر الثاني أن الزمان قد يكون ظرفا لمتعلق الحكم و قد يكون ظرفا لنفس الحكم له قد يقع الزمان تحت دائره الحكم و يرد الحكم على الزمان كما يرد على الأفراد كما إذا كان إكرام كل عالم في كل زمان واجبا و قد يقع الحكم تحت الزمان و يرد الزمان على الحكم فيكون الزمان ظرفا لوجوب الإكرام الثالث أنه لو كان الزمان ظرفا للمتعلق يمكن استفاده العموم الزماني من الدليل الدال على وجوب المتعلق

و أما لو كان الزمان ظرفا للحكم فلا يمكن استفادته من نفس دليل الحكم لأن الحكم لا يمكن أن يتعرض لبقاء نفسه فلا بد في ثبوته من التمسك بدليل الحكمه أو دليل آخر كقوله ع حلال محمّد صلى الله عليه و آله حلال إلى يوم القيامة و حرامه حرام إلى يوم القيامة الرابع أن ما ذكرناه في الأمر الأول من أن الزمان بمقتضى طبعه الأولى يكون ظرفا و كونه قيذا يحتاج إلى مثونه زائده إنما هو بالنسبه إلى الحكم الثابت في الأزمنه المتعدده المتكثره فإن الحكم الثابت في زمان إذا كان الزمان قيذا له لا يمكن استصحابه في زمان آخر

و أميا متعلق الحكم فلا يجرى فيه هذان اللحاظان لأنه أمر و وحداني في جميع الأزمنه و لا يمكن فيه التكثر بلحاظ الأزمنه لأن المتعلق في زمان بنظر العرف عين المتعلق في زمان آخر فإذا وجب الجلوس من الزوال إلى الغروب في كل آن و شك في آن أنه من بعد الغروب أو من قبله لا- يمكن استصحاب الحكم و أميا لو شك في بقاء الجلوس و ارتفاعه أو شك في أنه جلوس نهاري أو ليلي فلا مانع من استصحابه

الخامس أن العموم على قسمين مجموعي و استغراقي و المراد من المجموعي ما كان الحكم الوارد على الأفراد المتعدده و

الأزمته المتكثّره ملحوظا على وجه الارتباطيه بين الأفراد أو الأزمان فيكون كلّ فرد أو كلّ زمان جزءا من الكلّ و المراد من الاستغراقى ما كان كلّ فرد جزئيا و لا فرق بين الزّمان

و غيره في صحته انقسامهما إلى المجموعى والاستغراقى و صحته تخصيص كل منهما و أنّ التخصيص لا يضرّ بالمجموعيه كما لا- يضرّ بالاستغراقيه لأنه كما يوجب خروج فرد من الاستغراقى كذلك يوجب خروج جزء من المجموعى و كما أنه إذا خرج فرد عن العموم الاستغراقى يجب امثال الحكم فى سائر الأفراد فكذلك إذا خرج جزء عن المركب يقع الارتباطيه فى باقى الأجزاء

ثم إنّه كما إذا شكّ فى التخصيص فى الاستغراقى يتمسك بالعموم فكذلك إذا شكّ فى خروج بعض الأجزاء من المجموعى يتمسك بالعموم و كيف كان فلا يخفى أنّه ليس الارتباطى غير المجموعى و لا ينقسم العموم إلى زيد من القسمين

إذا عرفت ذلك ظهر أنّه لو كان الزمان ظرفا للمتعلق لكان استفاده العموم الزمانى من الدليل الدالّ على وجوب المتعلق فى مقام اللفظ بمكان من الإمكان فيصح أن يقال أكرم العلماء دائما أو فى كلّ زمان أو مستمرا و غير ذلك من الألفاظ و أمّا إذا لم يكن ظرفا للمتعلق فلا يمكن استفاده العموم و استمرار الحكم إلّا من دليل خارجيّ من حكمه و غيرها و هذا لا إشكال فيه إنّما الكلام فى تمييز الموارد التى يكون الزمان ظرفا للحكم عن غيرها فنقول جميع الأحكام الوضعيه لا بدّ من أن يكون الزمان فيها ظرفا للحكم كقوله هذا نجس و هذا طاهر و هذا ملك زيد و العقد لازم و هكذا لعدم ثبوت متعلق فيها حتى يردّد بين كون الزمان ظرفا له أو للحكم بل هناك حكم و موضوع فيجب أن يكون الزمان ظرفا للحكم

فإن قلت هذا لو قيل بتأصيله الأحكام الوضعيه و أمّا لو قيل بانتزاعيتها من الأحكام التكليفيه فلا محاله كلّ حكم تكليفى له متعلق فيمكن أن يكون الزمان ظرفا له لا للحكم

قلت أولا- أنّه لا يمكن أن يكون مثل النجاسه و الطهاره و لزوم العقد و الملكيه و الزوجيه و أمثال هذه الوضعيات منتزعه لعدم صحه انتزاع النجاسه المترتبه عليها آثار مختلفه كحرمه شربها و فساد بيعها و عدم جواز الصياله معها من حكم تكليفى يكون منشأ لانتزاع هذه الأحكام و الآثار لأنّ قوله اجتنب عنه أو لا تشربه أو غيرهما لا يشمل جميع الآثار الوضعيه و ثانيا أنّ الحكم التكليفى المنتزعه عنه لزوم العقد ك أو قوا بالعقود ليس له متعلق صادر عن المكلف خارجا لأنّ الوفاء ليس من أفعال المكلف حتى يمكن أن يكون دائميّا بلحاظ كل آن من الآنات و حرمه تصرّف كلّ عاقد فيما انتقل عنه ليس من آثار الوفاء و لكون التصرّف نقضا له بل من جهه أن ما انتقل عنه صار مال الغير فيكون تصرّفا غصبيّا فهذا الحكم التكليفى لا محاله يرجع إلى أنّ العقد لازم و لا ينتقض و ليس أوف بالعقد كأوف بالنذر حتى يكون وجوب الوفاء به هو العمل به كالعمل بالنذر و إلّا وجب العمل بالعقد بأن يتصرّف فى ما انتقل إليه و ثالثا أنّ الحكم التكليفى المجعول لا بدّ من أن يكون مناسبا للحكم الوضعى لأنّ المقصود بالأصالة إذا كان تشريع الوضعى و لم يمكن جعله إلّا بجعل منشأ انتزاعه فيجب أن يجعل منشأ الانتزاع على نحو ينتزعه عنه الحكم الوضعى فإذا قيل يجب الوفاء بالعقد فلا بدّ من إثبات الوجوب فى جميع الآنات و بالنسبه إلى كلّ طار من الفسخ و غيره و إثبات الوجوب فى جميع الآنات لا- محاله إمّا بدليل خارجى و إمّا بدليل الحكمه و هو لغويّه وجوبه فى بعض الآنات فبالآخره يرجع الزمان إلى الحكم لا إلى المتعلق و أمّا إثبات الوفاء بالنسبه إلى كلّ طار فلا يفيد إلّا أنّ العقد بالفسخ لا يفسخ لا أنّ الوفاء ثابت دائما

و بالجمله و إن أمكن أخذ الزمان ظرفاً للمتعلق فيقال إنّ الوفاء في كلّ آن واجب



إلا أنه لو لم يؤخذ في اللفظ كذلك و علم من الخارج لغويته تشريع هذا الحكم في بعض الأزمان يقع الزمان فوق دائره الحكم لا محاله

و أميا التكليفيات فالكلام فيها تاره يقع في النواهي و أخرى في الأوامر أميا النواهي فيمكن ثبوتها كلا القسمين فيها بأن تكون حرمه الخمر مثلا- دائميته في جميع الأزمنه أو يكون الشرب محرما دائما فإذا كان الزمان طرفا للحكم لا يمكن تشريع الاستمرار ثبوتها بتشريع الحكم و لا استفادته إثباتا من دليل الحكم لأن الحكم بمنزله الموضوع للدوام و الاستمرار فلا بد من تشريعه أولا ثم جعله دائميًا و هكذا في مقام الإثبات لا بد من استفاده الاستمرار من غير دليل الحكم كدليل الحكمه و نحوه و إذا كان طرفا للمتعلق فيمكن تشريعه ثبوتها بتشريع الحكم و استفادته إثباتا منه و تقدم أن اعتبار ثبوت المتعلق في جميع الآتات لا يختص بلفظ خاص فينشأ بمثل أبدا أو دائما أو في كل آن أو يستفاد من دليل التخصيص كما إذا خرج الشرب في زمان خاص من لا تشرب الخمر فإنه يستكشف منه أن الشرب في جميع الآتات كان متعلقا للحكم

ثم لا- يخفى أن لفظ الاستمرار و الدوام و الأبد مثل لفظ كل آن في أن الظاهر من الجميع هو العموم الأصولي أي كل آن من الآتات موضوع غير الآن الآخر لا العموم المجموعي فعلى هذا كان الزمان طرفا للحكم أو للمتعلق لو عصى المكلف في آن و أطاع في الآخر كان كل آن تابعا لنفسه و لا يرتبط طاعته إن بان آخر فمحل النزاع في المقام هو العموم الزماني الأصولي كعموم الأفرادي العرضي كما أن النزاع أيضا يختص بالأحكام الشخصية المتعلقة بالموضوعات الخارجيه بعد تحققها

و أما الأحكام الكليه أي المفعوله على سبيل القضييه الحقيقيه و المنشأ على الموضوعات المقدر وجوداتها فالزمان المأخوذ فيها ظرف للحكم و عموم الحكم معناه عدم نسخه فما يقال إن النسخ تخصيص في الأزمان قول صدر على خلاف الاصطلاح لأن عموم الزمان المذى يرفعه النسخ إنما هو للحكم المفعول على كل موضوع على فرض وجوده لا للمتعلق أو الموضوع حتى يقبل التخصيص

ثم إنه إذا كان الزمان طرفا للمتعلق فخرج بعض أفراد المتعلق لا يوجب رفع اليد عن غيره ففي مورد الشك يرجع إلى العام لا إلى استصحاب حكم المخصص و لا يمكن الرجوع إليه و لو لم يكن هناك عام لأنه من إساء حكم موضوع إلى موضوع آخر لما عرفت أن محل البحث إنما هو فيما إذا كان كل آن من الآتات موضوعا مستقلا غير الآن الآخر

و أميا إذا كان الزمان طرفا للحكم فلا- يمكن الرجوع إلى العموم لأن العموم الثابت بدليل الحكمه أو بدليل آخر تابع لوجود موضوعه أي إذا كان شيء حلالا- فحليته تستمر إلى أن يزيلها المزيل و أميا إذا خرج عن الحليه كما لو صارت الشاه جلاله ثم شك بعد خروجها عن الجلل بأنها حلال أو حرام فبقوله ع حلال محمّد ص حلال إلى يوم القيمة لا يمكن التمسك لرفع الشك و إثبات الحليه لأن كل حلال يستمر حليته و أميا أن هذا حلال أو حرام فلا يمكن إثباته بهذا العموم لأنه كما يدل على استمرار حليته الحلال كذلك يدل على استمرار حرمه الحرام و مع الشك في الحليه و الحرمة لا يمكن إثبات الاستمرار المذى هو تابع لإحراز الموضوع و لا يعقل أن يكون عموم الحكم محرزا لموضوعه ففي المقام مرجع الأمر إلى استصحاب حكم المخصص لا إلى عموم العام بل لو لم يجر الاستصحاب لم يمكن الرجوع إلى العام

فتلخص ممّا ذكرنا أنّه لو كان الزّمان ظرفاً للمتعلّق أى أخذ كلّ آن من آتات الشّرب موضوعاً و تعلّق الحكم بجميعها فإذا شكّ  
فى أصل التّخصيص أو فى مقدار المخصّص فالمرجع هو عموم العام لأنّه لا فرق

في صحته التمسك بالعموم بين الأفراد العرضية للشرب و أفراد الطوليه غايه الفرق بينهما أن أفراد العرضية بنفس تعلق النهى بالطبيعه يندرج كل فرد تحتها و لذا يقال إن ترك الطبيعه بترك جميع الأفراد و أما الأفراد الطوليه فلا بد من لحاظها على حده غير تعلق الحكم بالطبيعه لأن ترك الطبيعه بنفسه لا يدل على تركها في جميع الأزمان و لكنّها إذا لوحظت و تعلق الحكم بالطبيعه بهذا اللّحاظ فلا يتوقّف على عنايه زائده لأن طواري المتعلق يمكن لحاظها إطلاقا أو تقييدا في مرتبه الجعل لأن طواريه كطواري الموضوع تكون في المرتبه السابقه على الحكم

و أمّا لو كان الزّمان ظرفا للحكم فبنفس تشريع الحكم لا يمكن لحاظ بقائه في كلّ آن بل لا بدّ من تشريعه أولا ثم لحاظه كذلك لأن بقاء الحكم كالعلم و الجهل به من الطواري المتأخّره عن رتبه الجعل فلا بدّ من ثبوت الموضوع أولا ثم الحكم ببقائه و إذا جعل الزّمان ظرفا له بجعل آخر فلو شكّ في أصل تخصيصه أو في مقدار المخصّص فالمرجع ليس عموم العام بل استصحاب حكم العام إذا شكّ في أصل التّخصيص و استصحاب حكم المخصّص إذا شكّ في مقدار المخصّص

فتبيّن ممّا ذكرنا أنّ مورد الرجوع إلى العام غير مورد الرجوع إلى الاستصحاب و لم يفرض المصنف قدّس سرّه ظرفيه الزّمان في مورد واحد على قسمين حتّى يورد عليه ما أورد و تمام الخلط نشأ من هذا التوهّم و بعد وضوح المقصود فلو كان التعبير منه قدّس سرّه قاصرا و موهما فالإيراد على التعبير لا وقع له

و عمدته الفرق ما ذكرنا من أنّ الزّمان قد يؤخذ تحت الحكم و قد يؤخذ فوقه و الرجوع إلى العموم يصحّ في الأوّل دون الثاني و الرجوع إلى الاستصحاب يصحّ في الثاني دون الأوّل

و إذا تبين أنّ التواهي بأسرها قابله لكلا القسمين فهل الأصل اللفظي يقتضى أن يكون الزّمان ظرفا للحكم أو المتعلق فنقول إنّ مقتضى القواعد اللفظيه هو الأوّل لأنّ كونه ظرفا للمتعلق لا بدّ من التصريح به في اللفظ بأن يقال الشرب في كلّ آن حرام فإذا لم يؤخذ المتعلق في كلّ آن متعلقا للحكم بل ورد النصّ على الطبيعه المرسله أو على التكره فتعلق النهى بهما لا يقتضى إلّا عموم الطبيعه لجميع أفرادها العرضيه دون الطوليه و ذلك لأنّ النهى لم يوضع للدوام و التكرار و لذا يجرى النزاع في دلاله الأمر على الفور و عدمها في النهى و إلحاق النهى بالأمر في هذا النزاع يكشف عن أنّ جهه الفرق بينهما تختصّ بدلاله النهى على ترك الطبيعه بمطلق وجوداتها العرضيه دون الأمر فإنه يدلّ على صرف الوجود و أمّا من غير هذه الجهه فهما سيّان فلا بدّ من إثبات الفوريه و الدوام من دليل خارج فإذا ورد النهى مجردا عن الدوام كأن قيل لا تشرب الخمر فيحتاج في استفاده ترك الطبيعه زائدا عن المقدار المتيقّن و هو أنّ ما إلى مقدمات الحكمه و لا شبهه أنّ الحكمه تقتضى تعلق الطلب بأزيد من مقدار ما لأنّ ترك الشرب أنا ما حاصل فشريعه لغو فإذا استفيد الدوام من مقدمات الحكمه فلا محاله يرجع نتيجة الدوام إلى دوام الحكم لا إلى آفات المتعلق لأنّ المتعلق معنى أفرادى و قرينه الحكمه تجرى في الجمل لأنّه لا معنى لأن يقال إنّ الحكمه تقتضى دوام الخمر أو دوام الشرب بل الحكمه تقتضى دوام النهى و دوام اللزوم و هكذا

و ظهر ممّا ذكرناه سر عدم تمسك العلماء لحرمة الخمر في مورد الشكّ في حليته و حرمة كحال المرض بمثل لا تشرب الخمر بل يتمسكون لإثبات حرمة بالاستصحاب لأنّ التمسك بالخطاب لا يمكن إلّا إذا أخذنا الزّمان ظرفا للشرب و أخذه كذلك

يجب أن يكون بتصريح في اللفظ و إلا فلا محاله يقع الزمان ظرفا للحكم

لما ظهر أنّ الحكمه لا تجرى فى ناحيه المتعلق لأنه من دون تعلق حكم به لا معنى لأن يؤخذ دائما أو لا دائما فدليل الحكمه فى ناحيه المتعلق يكون من السالبه بانتفاء الموضوع

هذا كله فى التواهي و أما الأوامر فما كان من الأمور الاعتقاديّه فأخذ الدوام فى نفس الحكم بمكان من الإمكان و بعده أسسنا الأصل اللفظى ففى مورد الشكّ فى أخذ الزمان فى الحكم أو فى المتعلق فالأصل يقتضى أن يقع الزمان ظرفا للحكم

و ما كان من الأعمال الجوارحيه كالصوم و الصيلاه فما كان للزمان دخل فى مصلحته و ملاكه كالصوم فأخذ الزمان ظرفا للحكم أيضا لا محذور فيه بأن يكون وجوب الصوم من أول الطلوع إلى الغروب مستمرا كما يمكن أن يكون الإمساك المستمر واجبا أى يمكن أن يجعل الاستمرار ظرفا للطلب كما يمكن أن يجعل ظرفا للمطلوب فلو لم يكن الزمان فى مقام الإثبات ظرفا للمطلوب فلا محاله يرجع إلى الطلب

و الثمره بين الوجهين تظهر فى وجوب الإمساك فى بعض الآنات مع العلم بعدم تعقب هذا الجزء بالأجزاء اللاحقه كما إذا علم بأنه يسافر قبل الزوال أو علمت المرأه بأنها تحيض فى أثناء النهار فلو كان الزمان ظرفا للحكم يجب الإمساك لأن الطلب باق بمقدار بقاء الشرط و وجوب الكفاره يستقيم فى هذا الفرض أيضا لأن كل آن تابع لدليل حكمه و لا يتوقف أيضا على تصوير الشرط المتأخر و جعل الأمر الانتزاعى شرطا لأن الشرط لوجوب الإمساك فى كل آن حاصل

و أما لو كان الزمان ظرفا للمتعلق فلازمه أن يكون الطلب بالنسبه إلى هذا الأمر الممتد فعليا من أول الطلوع و لازم فعليته مع كون المطلوب مستمرا أن يكون تعقب سائر الأجزاء مع شرائطها معتبرا فى فعليته فيتوقف فعليته على الشرط المتأخر بنحو التعقب و لازمه أيضا أن يكون وجوب الإمساك و الكفاره مع العلم بعدم تعقب هذا الجزء بسائر الأجزاء من جهه دليل خارجي و إلا فلا بد من القول بصحّه أمر الأمر مع العلم بانتفاء شرطه

و بالجمله قد ذكرنا فى باب الترتب أنه يمكن تصوير الاستمرار فى نفس الطلب و يتبعه المطلوب فى الاستمرار و يرتفع به الإشكالات الوارده فى الصوم مع الالتزام بقبح أمر الأمر مع العلم بانتفاء شرطه هذا إذا كان للزمان دخل فى المصلحه

و أما إذا لم يكن كذلك و إن كان زمانيا لا بدّ و أن يقع فى الزمان كالصيلاه و أمثالها فقد يتوهم أنه لا يمكن أن يجعل الزمان ظرفا للحكم لأن لازم استمراره أن يكون المكلف فى كل آن مشغولا بالصلاه و لكّنه توهم فاسد لأن استمرار الحكم تابع لكيفيته جعل المتعلق فإذا وجب الصيلاه فى أول الظهر ثم بعد العصر ثم بعد الغروب أو جعل الصلاه واجبه فى أول الظهر من اليوم و فى أول الظهر من الغد و هكذا و أخذ الزمان ظرفا للحكم فمعنى استمرار الحكم أنّ الوجوب فى أول الظهر فى جميع الأيام باق و انفصال الامتثال لا يضرّ بالاتصال فيمكن أخذ الزمان ظرفا لنفس الحكم فى مثل الصيلاه و نحوها ممّا لم يكن للزمان دخل فى ملاك الحكم كما يمكن أخذه ظرفا للمتعلق و تظهر الثمره بين الوجهين فيما إذا أخرج المقيم عن بلد الإقامه من دون إنشاء سفر جديد بل كان قاصدا للرجوع إلى محلّ الإقامه أو كان مترددا بناء على أن تكون الإقامه قاطعه للسفر حكما لا موضوعا و أما لو قيل قاطعه موضوعا فلا يترتب على الوجهين ثمره

و توضیح ذلك أنه لو قيل بأن المقيم ليس بمسافر موضوعا كما هو المختار فالحكم واضح و معنى كونه غير مسافر موضوعا أن تكون الإقامة عرفا ضدا للسفر فإن المكث في محلّ يخرج المسافر عن كونه مسافرا

نعم خروجه عن هذا العنوان له مراتب متفاوتة في نظر العرف و لكنّ

الشَّارِع حدّد الموضوع وعيّنه في إقامه عشره أيام كسائر التّحديدات الشّرعيّه كتّحديده أصل السّيفر فإنّه بنظر العرف مختلف و لكن حدّده الشّارع بشمانيه فراسخ و هكذا الكثره في الماء الّذي لا يستقذر حدّدها الشّارع بمقدار خاص فلا يقال إنّ المقيم لو كان حاضرا موضوعا لكان اللّازم عدم الفرق بين عشره أيام و عشره أيام إلّا ساعه لأنّ العرف و إن لم يفرّق بينهما إلّا أنّ بعد تحديد الشّارع هذا الموضوع العرفي لا يبقى مجال لسؤال الفرق فإذا كان المقيم غير مسافر موضوعا فيجب على المقيم الخارج عن محلّ الترخّص العازم على العود أو المتردّد في السّيفر التّمام و ذلك لأنّه يستفاد من الأدلّه على أنّ كلّ مكلف يجب عليه التّمام خرج عنها المسافر فإذا شكّ في أن الخارج عن محلّ الإقامه العازم على العود حكمه حكم حال الإقامه أو حكمه حكم حال السّيفر فمقتضى العموم هو وجوب التّمام عليه سواء كان الزّمان في باب السّيفر مأخوذا في المتعلّق أو في الحكم لأنّه على أيّ حال خارج عن كونه مسافرا

و أمّا لو قيل بأن المقيم مسافر و لكنّه خارج عنه حكما كالعاصي بسفره فإنّه لا إشكال في كونه مسافرا يجب عليه التّمام فتظهر الثّمرة بين جعل الزّمان ظرفا للحكم أو للمتعلّق لأنّه لو كان وجوب القصر على المسافر مستمرا فلو رجع العاصي بسفره عن عزمه و لم ينشأ بعد الرّجوع سفرا جديدا أي بمقدار المسافه و هكذا لو خرج المقيم من دون عزم على السّيفر الجديد فالمرجع هو استصحاب حكم المخصّص و لو كان الزّمان ظرفا للمتعلّق بأن كان مفاد الدّليل على أنّ لكلّ مسافر القصر فخرج بعض أفراد الصّلاه لا يمنع عن الرّجوع إلى العام في البعض الآخر المشكوك فيجب عليه القصر بعد الخروج أو بعد الرّجوع عن المعصيه

فتلخص ممّا ذكرنا أنّ الزّمان في الوضعيات بأسرها مأخوذ في الحكم و أمّا التّكليفيات وجوبيه كانت أو تحريميه و الوجوبيه جوانحيه كانت أو جوارحيه فيمكن بحسب الثّبوت أن يكون الزّمان ظرفا للمتعلّق و أن يكون ظرفا للحكم و إذا لم يصحّح في اللفظ بكونه ظرفا للمتعلّق و علم بأنّ ثبوت التّكليف في الجملة لغو فلا محاله يقع الزّمان ظرفا للحكم و لازمه أن لا يكون المرجع عموم العام بل إمّا استصحاب حكم العام أو استصحاب حكم المخصّص

فتلخص ممّا ذكرنا أنّه لو شكّ في كون الخيار على الفور أو التراخي ليس المرجع عموم أو فوّا بالعقود بل لا بدّ أن يرجع إلى استصحاب حكم المخصّص

إن قلت يمكن أن يكون المرجع عموم العام بتقريب آخر و هو أنّه لا شبهه أنّ أو فوّا بالعقود وضعيه كانت أو تكليفيه حكم على من أنشأ الالتزام العقدي و المنشئ ينشئ الملكيه الدّائمه لا الموقّته فإذا كان وجوب الوفاء بالملكيه الدّائمه لازما فيرجع في غير القدر المتيقن من زمان ثبوت الخيار و هو الفور إلى وجوب الوفاء بالمنشأ

قلت فيه أوّلا- أنّ الدّوام و التّوقيت ليسا من منشئات المتعاقدين بل إنّهما من الأحكام الشّرعيّه و ليس المنشأ بقوله بعث البيع من زمان الإنشاء إلى آخر الدّهر و بعبارة أخرى اللّزوم و الجواز أو التأييد و التّوقيت في البيع من الأحكام الشرعيّه لا من منوعات البيع و لا يختلف حقيقته باختلاف أحكامه و هكذا في النّكاح على المشهور فإنّ حقيقه الانقطاع و الدّوام واحده و لذا لو نسي ذكر الأجل يقع دائما بمقتضى القاعده لأنّ الدّوام لا يحتاج إلى إشاره إليه في العقد بل عدم ذكر المدّه مع إنشاء علقه الرّوجيه يقتضى الدّوام

نعم لو كان الدوام و الانقطاع حقيقتين مختلفتين فنسيان الأجل يقتضى بطلان النكاح رأساً لأن ما قصد لم يقع و ثانياً أن الدوام و إن كان من منشآت المتعاقدين إلا أنه يجب الوفاء به إذا دلّ عليه لفظ أى إذا أنشأ بما



هو آله لإيجاده و مجرد قصد العاقد الدوام مع عدم إيجاده بآلته من قول أو فعل لا اعتبار به فى العقود لأنه يكون كالشروط البنائيه التى لم تذكر فى العقود لا صريحا و لا إشاره

قوله قدس سره و أما استناد القول بالتراخى إلى الاستصحاب فهو حسن على ما اشتهر من المسامحه إلى آخره

قد ذكرنا فى أول العنوان أن المصنف قدس سره ناقش فى أدله الفور و التراخى كليهما

و ظهر أن المدرك للخيار لو كان هو قاعده لا- ضرر لا- يجرى الاستصحاب لوجهين الأول أن الموضوع لو كان اشتقاقيا كالمتضرر يمكن أن يكون بحسب الثبوت تمام الموضوع للحكم هو الوصف العنوانى و يمكن أن يكون الموصوف بالوصف فى مقام الإثبات إذا أحرز بمناسبة الحكم و الموضوع أن الموضوع أيهما فهو و إلا فلا يجرى الاستصحاب للشك فى الموضوع و لو كان جامدا فالموضوع هو ذات الشئ ء بصورته النوعيه لا بالماده الهيولائيه و حيث إن الموضوع فى المقام عنوان اشتقاقى و يشك فى أنه الموصوف أو الوصف فلا يجرى الاستصحاب و الثانى أن مقتضى حكمه أدله لا ضرر و لا حرج على الأحكام الثابته أن يكون الحكم المعنون بالضرر و الحرج مرفوعا فالعقد اللازم إذا كان لزومه الشرعى ضروريا فلزومه منفى و أما لو لم يكن كذلك فلا وجه لنفيه و رفعه فى غير مورد الضرر لا حكمه أصلا

و أما لو كان المدرك للخيار هو الإجماع فهذان الإشكالاتان غير واردين لأن الإجماع يثبت الخيار للمغبون فالموضوع باق حين الشك إلا أنه حيث ثبت فى محله عدم جريان الاستصحاب مع الشك فى بقاء المستصحب بحسب طبعه فى عمود الزمان مع قطع النظر عن طرؤ زمانى عليه فلا يفيد الإجماع أيضا لاستصحاب الخيار

ثم إنه لا- يخفى أن منشأ الإشكالات بحسب كل مدرك غير منشئه بحسب مدرك آخر و عباره الكتاب لا يخلو من اضطراب و الخطب هين هذا تمام الكلام فيما استفدته من شيخنا الأستاذ دام ظلّه فى الخيارات و لما فاتنى ما أفاده فى خيار التأخير و أحكام الشروط فاستنسخته مما كتبه العالم الفاضل ثقه الإسلام المرحوم الشيخ أبى الفضل طاب ثراه نجل المرحوم الآخوند ملا محمد على الواعظ الآبى الأصفهانى النيم آوردى فخير التأخير و أحكام الشروط من تقارير هذا الفاضل المرحوم قال رحمه الله تعالى فى حاشيته على الكتاب

### القول فى خيار التأخير

#### إشارة

القول فى خيار التأخير إلى آخره

من باع شيئا و لم يسلّمه إلى المشتري و لا قبض الثمن لزمه البيع ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن فى الثلاثه فهو أحقّ بالعين و إلا يتخير البائع بين الفسخ و الصبر و المطالبه بالثمن هكذا عند الإماميه كما قال العلامة فى التذكرة و علله بأن الصبر أبدا مضر

بالبائع فينفى بحديث الضرر

و لكنّه لا- يخلو عن المناقشه حيث إنّ مجرد الصبر على الثمن لا يعدّ ضررا و باعتبار كونه في ضمانه و دركه عليه لو تلف قبل قبضه فهو أيضا لا يصلح لكونه موجبا للخيار فعلا حيث إنّ في معرض الضرر هذا مضافا إلى أنّ إناطه الحكم به لا تنطبق على ما بنوا عليه نفيا و إثباتا سعه و ضيقا

و ربّما يعلّل بإطلاق العقد بتقريب أنّ مقتضاه تسليم المبيع و تسلّم الثمن على غير وجه المماطله و المسامحه عرفا و حيث إنّ لم يكن منضبطا عند العرف فرّبما يوجب التّشاح و التّشاجر فحدّده الشّارع بثلاثة أيّام كما في غيره من التحديدات الشرعيّه فمرجعه إلى الشّروط الضّمني و الخيار عند تخلف الشّروط

و هذا و إن يساعده الاعتبار و ربما يشعر به بعض الأخبار لكنّه إنّما يصلح لأن يكون علّة لتشريع الحكم لا أن يناط به الحكم نفيا و إثباتا

و إلاً فلا وجه لاختصاصه بالبائع و لا بصوره عدم قبض الثمن و إقباض المثلن فتأمل جيداً

و كيف كان فالمدرک الصحيح فى المسأله الأخبار الخاصه إلاً أن مقتضاها طراً إبطال البيع و أنه لا بيع بينهما بعد الثلاثه الظاهر فى نفى حقيقته و صحته لا مجرد لزومه و لذا توقّف فيه بعض الأجله و جزم به صاحب الحدائق طاعنا على العلامه فى المختلف حيث إنه قدس سرّه اعترف بظهور الأخبار فى البطلان و مع ذلك اختار نفى اللزوم و ثبوت الخيار مستدلاً بأن الأصل بقاء صحه العقد

هذا و لكن لا يخفى على المتأمل أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار بخصوص البائع دون المشتري إنما هو لأجل الإرفاق على البائع إتمياً لكون المبيع قبل القبض فى ضمانه و إتمياً لتوقيف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أى حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من خياره بل ربّما يكون الحكم بالبطلان منافياً له كما لا يخفى

هذا مضافاً إلى ظهور قوله عليه السّلام فى غير واحد من الأخبار لا- بيع له إلى آخره فى انتفاء البيع من طرف المشتري المنتج لثبوت الخيار فى طرف البائع و بعد اعتضاده بما ذكرنا من الإرفاق و بفهم العلماء منها نفى اللزوم لا الصّحّه بالاتفاق إلاً ما شدّ و بموافقه مع الأصل المقتضى لبقاء الصّحّه عند الشكّ فلا- يعارضه ما فى روايه على بن يقطين من أنه لا بيع بينهما الظاهر فى بطلان البيع و انفساخه من الطرفين رأساً كما لا يخفى

و كيف كان فالقدر المسلم من هذه الأخبار فى قبال عمومات صحه العقود و لزومها ثبوت الخيار بالشرائط المذكوره فى عنوان المسأله منها أن لا يقبض المبيع و الظاهر عدم الخلاف فى اشتراطه كما هو المصرّح به فى بعض الأخبار فيقتيد به سائر مطلقاتها كما هو القاعده فى جميع الأبواب فأصل الاشتراط ممّا لا إشكال فيه و إنّما الإشكال فى أنّ المراد منه القبض الخارجى كما هو مقتضى ظهوره الأوّلى فلو مكّنه من المبيع فلم يقبض كان الخيار باقياً على حاله لصدق أنّه ما قبضه و فى قبالة لو قبضه بدون إذن البائع و اطلاعه كان رافعاً للخيار لصدق أنّه قد قبضه مطلقاً أو مع عدم الاسترداد و المراد منه القبض الرافع لضمان البائع الحاصل بالتمكين و لو لم يقبض الغير المتحقّق بالعدوان فلو لم يسترد فلا- خيار فى الفرع الأوّل لتحقق القبض دون الثانى لعدم تحقّقه وجهان من التعبد بظاهر النصوص و ممّا ذكرنا من القرينه المقاميه المرتكزه من أنّ جعل الخيار هنا للبائع من جهه الإرفاق عليه و كون المبيع قبل قبضه فى ضمانه و دركه على عهدته

فيدور الحكم هنا مدار تلك المسأله فكل قبض كان مسقطاً لضمان البائع هاهنا مسقط لخياره هناك فلو مكّنه من المبيع و لم يقبض لم يكن له خيار حيث لا يكون له ضمان و كذلك لو قبضه ثمّ أودعه عنده

و دعوى إطلاق الأدله حيث إنّ قوله ع ثم يدعه عنده أعمّ من كونه مسبوقاً بالتمكين و عدمه مدفوعه بما استظهرنا من القرينه المقاميه و القاعده الارتكازيه و هى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و بها رفعنا اليد عن ظهور الأخبار فى نفى الصّحّه إذ ليس هذا الظهور بأقوى من ذلك الظهور قطعاً و كذلك ظهور القبض فى القبض الخارجى بل بعد ارتكازيه ذاك الحكم و احتفاف الكلام بتلك القرينه لا ينعقد ظهور على خلافها و على وجه يناهها و يعارضها فتأمل جيداً

و من هنا يظهر الوجه فى الفرع الرابع الذى ذكره فى هذا المقام و هو قبض بعض المبيع دون بعض فعلى البناء على التعبد لا وجه لتبعض الخيار بل اللمازم القول به مطلقا نظرا إلى صدق عدم قبض المبيع الظاهر فى الجميع فقبض البعض كالا- قبض أو القول بعدم الخيار كذلك بدعى

انصراف الأخبار إلى صورته عدم قبض شىء منه و على البناء على أنه إرفاق للبائع من جهة الضمان فاللزام بتبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره و إن قلنا بأنه خارج عن منصرف الأخبار

و بالجمله فهذه الفروع الأربعة المذكوره فى المقام كلها مبنيّه على الوجهين من احتمال التعيّد فيدور الحكم نفيًا و إثباتًا مدار الاستفاده من الأخبار و احتمال كونه إرفاقًا للبائع فيدور مدار هذا المعنى كما لا يخفى

و الإنصاف أنّ الالتزام بالتعيّد المقتضى للجمود على ألفاظ الروايات فى جميع المقامات بعيد جدا و إلّا فاللزام هو القول بنفى الصّححه لا- اللزوم و فهم الأصحاب حينئذ لا اعتماد به بعد احتمال استناده إلى تلك القرينه المرتكزه أى كون الحكم من جهة الإرفاق على البائع بمقتضى الضمان قبل القبض كما أنّ إناطه الحكم بتلك الجهه أيضا موجه للخروج عن مورد الأخبار طرّا لوضوح أنّ قبض الثمن و عدمه غير مرتبط بتلك الجهه مع أنّ اشتراط عدمه مجمع عليه ظاهرا نصّا و فتوى و إن كان الإرفاق من جهه تأخير ثمنه لا من جهه كون المبيع فى ضمانه كما احتملناه سابقا فحينئذ فاشتراط عدم قبض المبيع غير موجه لعدم مدخليته فى تلك الجهه و إن كان كلّ واحد من الجهتين مقتضيه للتشريع الخيار للبائع فلازمه الاكتفاء بأحد الأمرين من عدم قبض الثمن أو إقباض المثلث

و بالجمله فالجهتان كأنهما متدافتان و هذا المطلب يعطى التعبدية و الاقتصار على ما يستظهر من الأخبار من الخصوصيه اللهمّ إلّا أن يقال إنّ كلتا الجهتين كانتا مرعيتين فى تشريع هذا الخيار و الشاهد عليه كما يساعده الاعتبار أنّ مع إقباض المثلث و عدم قبض المثلث يمكن استيفاء حقه بالمقاصه و نحوها و كذلك مع قبضه المثلث فقط يمكن إقباض المثلث إلى الحاكم و غيره رفعا لضمنانه و تخلّصا عن دركه و هذا بخلاف ما إذا لم يقبض المثلث و لم يقبض المثلث فإنّ تخلّصه من درك هذه المعامله إنّما هو بالخيار بعد الثلاثه و جواز الفسخ و استيفاء حقه من نفس المثلث فتأمل جيّدا

و كيف كان فالمعتبر نصا و فتوى اعتبار كلا- الأمرين من عدم إقباض المثلث و عدم قبضه للمثلث كما هو ظاهر النصوص المتقدمه و قد تقدم الكلام فيما يتعلّق بالأوّل و أمّا الثانى فيقع الكلام فيه أيضا فى فرعين الأوّل الظاهر أن قبض بعض المثلث هنا أيضا كلا قبض فلا يضرّ بالخيار كما هو ظاهر الأخبار لصدق أنه ما قبض المثلث و دعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شىء منه فى غايه المنع كما يشهد عليه فهم أبى بكر بن عياش فى روايه ابن الحجاج المتقدمه و إقناع المتنازعين بما حكى عن الإمام مع أنّ الظاهر المحكى عنه عليه السلام عدم قبض تمام المثلث فاستدلال التذكرة بالروايه فى محلّه و إن نظر فيه شيخنا العلامة و لكن لم يعلم وجه النظر فتدبر

الثانى لو قبض المثلث بدون إذن المشتري فهل هو كعدمه لظهور الأخبار و انصرافها إلى القبض الصحيح الأعمّ من أن يكون ياذن المشتري أو قبضه بحق كما إذا كان بعد تمكين المبيع للمشتري و عدم قبضه الموجب لسقوط ضمانه للمبيع و جواز التصرف فى المثلث بأى وجه أو أنه فى حكم القبض موجب لسقوط الخيار نظرا إلى إطلاق بعض الأخبار و ظاهر عنوانهم للمسأله من اشتراط عدم إقباض المبيع و عدم قبض المثلث الظاهر فى معناه الأعمّ و به يفرّق بين المثلث و المثلث و جهان أقواهما الأوّل لما عرفت من أنّ الظاهر المتبادر من إطلاق القبض ما هو المتعارف المتداول فى المعاملات من وقوعه مع الإذن و التعبير فى العنوان بالإقباض

فى طرف المبيع و القبض فى طرف الثمن إنما هو لاختصاص المسأله بالبائع و ثبوت الخيار له لا لأجل

الاكتفاء بقبض الثمن كيف ما اتفق و هذا واضح لا- يكاد ينكر و إلا فما ذكر لا اختصاص له بظاهر العناوين بل هو الظاهر من روايه علي بن يقطين أيضا

و لكن مع ذلك كله لا دلالة لها على الاكتفاء بالقبض مطلقا لما عرفت من انصرافه فى النصوص و الفتاوى إلى القبض الصحيح المتعارف فى المعامله نعم يمكن المناقشه فى ثبوت الخيار حينئذ من جهه أخرى و هى أن قبض الثمن عدوانا كأنه ارتضاء للبيع فيكون مسقطا للخيار من تلك الجهه و لعلّه الوجه لما فى عناوين المسأله من التعبير بإقباض المبيع و قبض الثمن و لعلّ لبعض ما ذكرنا أمر شيخنا العلّامة بالتأمل فتأمل

و كيف كان فعلى اعتبار الإذن كما هو الأقوى و الأظهر فالإجازة اللّاحقه أيضا فى حكم الإذن و هل هى كاشفه أو ناقله و جهان أقوامها الثانى و يتفرّع عليه ما لو قبض قبل الثلاثه فأجاز المشتري عبدها فعلى النّقل لا يمنع من الخيار لعدم قبض الثمن فى الثلاثه و على الكشف لا- خيار حيث إنّه قبض الثمن و ربّما يتخيّل جريان هذا الفرع فى قبض المبيع أيضا فيشكل على الشيخ قدس سرّه من جهه تخصيصه بقبض المثلث و لكنّه توهم فاسد لوضوح أنّ إجازة البائع لقبض المبيع ارتضاء منه للبيع و إسقاط لخياره سواء وقعت قبل الثلاثه أو بعدها فلا يتفاوت بين كونها كاشفه أو ناقله فلا تغفل

و كيف كان هل الإجازة هنا كما فى باب الفضولى فيجرى فيه ما ذكر هناك من الأقوال أو اللّازم هنا القول بالنّقل و إن كان فى الفضولى محلّا للإشكال و جهان أقوامها الثانى كما اختاره شيخنا العلّامة مع أنّه قائل بالكشف الحكيمى فى تلك المسأله فلا يرد عليه أنّ هذا مخالف لمبناه

و توضيح المقام أنّ توقّف العقد على الإجازة تاره لأجل أنّ العقد بنفسه وقع صحيحا جامعا لشرائط الصّحه و لكن حيث إنّه وقع عن غير المالك فلا يستند إليه لا تسببيا و لا مباشرة حتى صار العقد عقده فيعمّه أدلّه لزوم الوفاء بالعقد فيتوقّف على الإجازة ليستند إليه و لو تسببيا حيث إنه قابل للنّيابه و أعمّ من التسبب و المباشره على الفرض فإذا أجاز و استند إليه العقد فعلا يقع الكلام فى أن استناد العقد إلى المالك بالإجازة يوجب صحّته من أوّل الأمر فيتربّ عليه آثار الصّحه كذلك أو يتّصف بالصّحه من حين الإجازة حيث إنّ فى هذا الحين صار العقد عقدا له

و بالجمله فمحلّ الكلام فى أنّ الإجازة كاشفه حقيقه أو حكما أو ناقله من حينها إنّما يختصّ بما إذا كان عدم تماميّة العقد من جهه عدم الاستناد إلى المالك فقط و إلّا فجميع جهات العقد من الإيجاب و القبول و النقل و الانتقال و كون كل واحد من العوضين مضمونا عليه و غير ذلك محفوظه كما لا يخفى

و هذا بخلاف ما إذا كان من قبيل جعل الأجره على الأعمال كما فى جميع العقود العهديّه مثل القراض و المضاربه و الشّيق و الرّمايه و الجعالة و نحو ذلك فإنّ قوام وقوع العمل محترما مضمونا على الغير بأن يكون بأمر الغير و التماس منه

و بعبارة أخرى كان إرادته الفاعل منبعثه عن إرادته الغير و إلّا فلا يقع محترما و مضمونا عليه جدا و حينئذ لو أجاز مالك الجعل أحد هذه العقود المذكوره فبالإجازة و إن استند العقد إليه و صار عقدا له و لكن فائدته أنّ العامل لو لم يأت بالعمل فمن حين

الإجازة يصير عمله محترماً و واقعا بإذن الغير و التماس منه فيقع مضمونا عليه و أمّا الأعمال السابقة فلا يكاد يفيدها الإجازة  
لوضوح أنّ بالإجازة لا يخرج العمل عمّا وقع عليه من كونه متبرّعا غير مضمون على أحد

نعم لو كان جاهلا بالحال و أقدم بتغيير الفصولى يرجع إليه بمقتضى الغرور



يرجع إلى من غره و هذا مطلب آخر

و بالجمله ففى هذا النسخ من العقود لا سبيل إلى القول بالكشف و لو قلنا به فى العقود المعاوضيه كما لا سبيل إليه فى العقود الإذنيه التى قوام تحققها بالإذن و الاستنابه كالكاله و الوديعه و العاريه و اشتباه ذلك فلو و كل شخص أحدا فضولا من الغير فمرجع إجازته الغير إلى إذنه و استنابته فيما و كل له فعلا و لا معنى لكشفها عن صحه ما وقع فضوليا لما عرفت أن حقيقه هذه العقود الإذن و الاستنابه فيما هو وظيفه للمنوب عنه فلا يعقل وقوعها بدون الإذن و إن لحقه و يترتب عليه ضمان الوكيل الفضولى لو تصرف فى مال الغير على وجه يوجب الضمان إلا أن يكون إذنه و إجازته فيما بعد على وجه يستلزم سقوط ضمانه فتأمل جيدا

و أولى بما ذكرنا من عدم قابليته الإجازة للكشف ما إذا كان توقّف المعامله عليها لأجل تعلق حق للمجيز على أحد العوضين على وجه يمنع من تصرف المالك كما فى بيع الزاهن العين المرهونه بلا- إذن من المرتهن و كما فى بيع ما تعلق به حق الخيار بناء على أنه حق متعلق بالعين

و كيف كان ففى هذه المواضع أيضا لا معنى لكاشفيه الإجازة بلا شبهه لأنّ البائع إنمّا باع مال نفسه فلا معنى لتوقفه على إجازة غيره

غايه الأمر حيث إنه مناف لحق المرتهن فلا- بدّ من التخلّص عنه بوجه إمّا بفكّ الرهن أو باستيذان منه و إلا فالبائع ما باع مال غيره حتى يتوقف على الإجازة لا من جهه الاستناد و لا من جهه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله ففى هذه الموارد الثلاثه لا محيص عن القول بأنّ الإجازة مثبتة بمعنى أنّ ما يترتب على الفضولى يثبت بها لا أن يثبت بالعقد و يكون الإجازة كاشفه عنه كما لا- يخفى و ما نحن فيه من قبيل القسم الأ-خير حيث إنّ البائع إنمّا قبض ماله غايته للمشتري حقّ الحبس لعدم أخذه المبيع فقبضه بدون إذن منه مناف لحقه الثابت فيه فيكون من قبيل تصرف المالك فى العين المرهونه فتأمل و لا تغفل

**[ثم إنه يشترط فى هذا الخيار أمور]**

**[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره]**

قوله قدّس سرّه إلا أنّ الظاهر من لفظ الشئىء الموجود الخارجى إلى آخره

و حاصل الاستظهار بنحو أسدّ و أخصر أنّ ظاهر لفظ الشئىء كلفظ المبيع و المتاع أن يكون المبيع معنونا بهذا العنوان قبل البيع و الكلى الثابت فى الدّمّه لا يكون قبل البيع شيئا بل اعتبار يحدث بالعقد فروايه أبى بكر بن عياش أيضا منصرفه عنه كسائر الأدلّه

**[ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار]**

**[منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما]**

قوله قدس سره منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

الوجه المحتمل هاهنا أنّ الخيار تارة في الثلاثة و أخرى بعدها و ثالثه عندها أى رأس الثلاثة و على التقدير إمّا لأحدهما أو لكليهما و الذى يمكن استظهاره من الأدلّة على ما يشير إليه أن يكون خيار فى البين عند الثلاثة الذى هو موقع جعل خيار الشرط إمّا بعدها أو قبلها فلا وجه للاشتراط و على هذا فلا ينافى مع خيار الحيوان على ما يتّضح لك إن شاء الله

قوله قدس سره و كيف كان فلا أعرف وجهها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط إلى آخره

لا- يخفى أنّ ما أفاده أخيراً من أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير و ذو الخيار له حقّ التأخير مبتدئاً على ما أفاده فى التذكرة فى أحكام الخيار من أنّه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمن الخيار وجه وجه لعدم الخيار مناقشته فيه بقوله و فيه بعد تسليم الحكم فى الخيار إلى آخره كما ناقش فيه فى أحكام الخيار أيضاً ممّا لا وجه له مع اعترافه قدس سره به فى باب القبض و عليه يبنى جواز حبس أحد المتبايعين ما انتقل عنه مع امتناع الآخر عن تسليم ما انتقل إليه و به يجب قدس سره فى ذاك الباب من إشكال

الأردبيلي في المسأله من أن ظلم أحد المتبايعين و منع الغير عن حقه لا يوجب جوازه على الآخر

و بالجمله ما أفاده في التذكرة في غايه المتانته و توضيحه أن بعد ما كان بناء المعامله و عقد المعاوضه على التسليم و التسلم و التبدل و التبدل فيصير القبض و الإقباض من الشروط الضمنيه التي التزم بها المتعاقدان في متن العقد و هذا هو المراد من قولهم إن إطلاق العقد يقتضى كذا و كذا و حينئذ فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنيه أو الصريحه غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما في ضمنه من التعهدات الضمنيه و عليه يتفرع أن الشروط الصريحه في ضمن العقد غير واجبه على المشروط عليه إذا كان العقد خياريا أما إذا كان له الخيار فواضح و أما إذا كان عليه الخيار و لم يسلم الآخر ما انتقل عنه فلما عرفت من أن التسليم و التسلم التزام من الطرفين فإذا لم يف أحدهما به و لو حقا فلا يجب على الآخر أيضا الوفاء به

نعم لو سلم ذو الخيار فيجب على من عليه الخيار أيضا أن يسلم ما انتقل عنه بجميع ما اشترط عليه في ضمن العقد صريحا أو ضمنا

و حينئذ ففي المسأله لو فرضنا أن يكون لأحدهما أو كليهما خيار عند الثلاثه التي هي زمان جعل الخيار فلا يجب على المشتري بذل الثمن في هذا الحال أما لو كان له خيار زائد عند الثلاثه التي هي زمان جعل الخيار فلا يجب زائد على المشتري بذل الثمن في هذا الحال أما لو كان إلى هنا خيار فلما عرفت أن ذلك مقتضى عدم وجوب الوفاء بالعقد بجميع ما يتضمنه ضمنا أو صريحا و من جملة تسليم ما انتقل عنه و أما لو كان للبائع خيار فلا أن المفروض أنه لم يسلم المبيع فلا يجب عليه البذل أيضا لما عرفت من أنه التزام من كلا الطرفين فإذا لم يكن أحدهما ملزما به بمقتضى خياره فلا يلزم الآخر أيضا بمقتضى التزامه إلا أن يشترط عليه تعجيل الثمن و هو خارج عن موضوع المسأله

و حينئذ فبضميمه الاستظهار من الأخبار من كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير يتم المطلب كما أن حكمه تشريع هذا الخيار و هو كونه قهرا على المشتري المماطل و جبرا على البائع و ملاظه مناسبه الحكم مع موضوعه أيضا يقتضى أن يكون كذلك

و لكن لا يخفى أن ذلك لا يقتضى أزيد من أن لا يكون التأخير عند الثلاثه بحق و عن مماطله و أما في الثلاثه فلا موجب للالتزام به كما أفاده قدس سره فأشكل عليه لزوم اختصاصه بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه ظاهرا بل ربما يستأنس من التحديد بالثلاثه أن يكون الغرض منه مراعاة خيار الحيوان فجعل الخيار للبائع بعد الثلاثه

و بالجمله فلا وجه و لا موجب للالتزام بكون تأخير الثمن عن مماطله في مجموع الثلاثه بل غايه ما يقتضيه ما تقدم عدم كونه كذلك عند الثلاثه فلا ينافى مع خيار الحيوان بوجه نعم ربما ينافى مع ما يدعى ظهور الأخبار في كونه إمهالا على المشتري في الجمله فتأمل

و كيف كان فلا ينافى هذا الخيار مع خيار المجلس أصلا و العجب أنه قدس سره مع التزامه بذلك و تقويه كون مبدأ هذا

الخيار من حين العقد كما يأتي آنفا المستلزم لعدم كون التأخير في بعض الثلاثة بغير حق فمع ذلك يلتزم بأن لا يكون في مجموع الثلاثة كذلك و على أى حال فلا ينافى مع خيار المجلس بلا إشكال إلا أن يتفق بقاء المجلس و اصطحابهما إلى الثلاثة فمقتضى ما ذكرنا أيضا عدم الخيار و لكنّه فرض نادر جدا و من مطاوى ما ذكرنا ظهر أنّ مبدأه أيضا من حين العقد كما هو المستظهر من مضامين الأدلّه

و أما احتمال كونه من حين التفرّق فلا وجه له عدا ما تقدم من الإشكال

المعروف في خيار الحيوان أو المجلس من دعوى امتناع اجتماعهما في زمان و لكنّها باطله جدّا كما هو المحقّق في محلّه و احتمال كون المبدإ في خصوص المقام بعد التفزق استظهارا من الأخبار فاستظهاره على مدّعيه و إلّا فقد عرفت أن ظاهر الأخبار يعطى خلافه

و أمّا خيار الحيوان الثابت للمشتري فلا يمنع أيضا عن هذا الخيار بناء على ما حَقَّقناه أنّ غايه ما يمكن أن يلتزم به و يستظهر من الأدلّة من مناسبه الحكم و موضوعه أن يكون التّأخير عند انقضاء الثّلاثة بغير حقّ فالواجب أن لا يكون له خيار في هذا الحال و أمّا قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا إشكال فلا ينافي اعتبار ذلك مع ما في المختلف من الاتّفاق على ثبوته في الحيوان بل قد عرفت أنّ الإمهال في الثّلاثة لعلّه لأجل مراعاة خيار الحيوان

نعم بناء على ما أفاده قدّس سرّه و استظهره من الأدلّة من أن لا يكون التّأخير بحقّ في مجموع الثّلاثة فينافي مع خيار الحيوان كما أفاده لكن الاتّفاق المذكور يدفعه مضافا إلى منافاته مع جعله قدّس سرّه المبدأ من حين العقد فتأمل

و أمّا سائر الخيارات مثل خيار العيب و الغبن و الرّؤية المشروطه فعليّتها بالعلم بالعيب و ظهور الغبن و فقد الوصف و إن كان مبدؤها من حين العقد فربما يختلف الحال فيها من حيث حدوث العلم في الثّلاثة أو بعدها كما يتفاوت الحكم أيضا من جهه القول بالفوريّه و عدمها فالضّابط في منعها عن هذا الخيار ما ذكرنا من أن لا يكون عند انقضاء الثّلاثة العدى هو محلّ خيار الشّروط و موقع حلوله خيار بأن علم به و لم يفسخ و قلنا بسقوط خياره بسبب الفوريّه

و أمّا إذا لم يعلم به إلى أن حلّ الثّلاثة فمنعه عن خيار التّأخير و عدمه مبنيّ على أنّ استفادة الحكم يدور مدار واقعه فلم يكن التّأخير بغير حقّ فلا يكون خيار أو مدار فعليّته الخيار فلا يمنع عنه حيث لا خيار بالفعل و لعلّ الثّاني أظهر لصدق المماطلة في تأخير الثمن فتأمل جيّدا

و منه يظهر حال خيار الشّروط و أنّ المعبر في منعه أن يكون ثابتا موجودا عند انقضاء الثّلاثة إمّا بأن يكون مبدؤه عند انقضاء الثّلاثة أو من حين العقد إلى التّالي كما هو الشّائع المتداول في خيار الشّروط و لعلّه الوجه في تخصيص السّرائر الحكم بخيار الشّروط فلا تغفل

**[مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]**

**[أحدها إسقاطه بعد الثّلاثة]**

قوله قدّس سرّه و في سقوطه بالإسقاط في الثّلاثة وجهان إلى آخره

بل لا ينبغي التأمّل في سقوطه به و كذلك في إسقاطه في متن العقد كما في خيار العيب و الغبن فإن فعليّته الخيار و إن كانت عند الثّلاثة و لكن مبدأه و هو استحقاق مطالبه الثمن في كلّ آن موجود من حين العقد فمرجع إسقاطه إلى اجتيازها عن حقّه

الثابت بالعقد كما اعترف به قدس سره في خيار الغبن و نحوه مع أنّ فعليته أيضا مشروطه بالعلم به فلا مجال لنظره قدس سره و التأمل فيه

هذا إذا أسقطه في الثلاثه و أمّا اشتراط إسقاطه في متن العقد فيرد إشكالا تاره من جهه الشك في مشروعيته و منافاته لما هو مقتضى العقد شرعا فلا يصح التمسك بأدله الشروط بعد تخصيصها بما لا يكون منافيا للمشروع فلا دليل على لزوم الوفاء به شرعا و أخرى من جهه كونه إسقاطا لما يتحقق بالعقد بعد تماميته فيكون من قبيل إسقاط ما لم يجب

و قد أجيب عن الأوّل في محلّه بأنّ كلّما كان من قبيل الحقوق فإسقاطه جائز نافذ لوضوح أنّ الحقّ سلطنه و جده مجعوله لصاحبه فمعناه متقوم بجواز رفع اليد عنه و كون زمام اختياره بيده إلّا أن يقوم دليل خاص على أنّه نحو سلطنه لا يصح الاجتياز عنه و إلّا فمقتضى طبعه جواز سلبه عنه و التّقليب و التّقلّب فيه و هذا

هو أحد الوجوه الفارقة بين الحقّ والحكم

نعم إذا كان الحكم الشرعي هو الإباحه فهو أيضا كذلك حيث إنّ معناه ترخيص المكلف بالنسبه إليه فعلا و تركا فيصح التزامه به كذلك بالنذر أو بالاشتراط في ضمن العقد إلّا أن يدلّ دليل على عدم جوازه كشرط عدم التّسرى في عقد المزاوجه كما قيل و أمّا إذا كان الحكم الشرعي من قبيل الوضع أو الوجوب و التّحريم فمعلوم أنّ الالتزام بخلافه في ضمن العقد أو بالنذر و العهد يكون منافيا للمشروع إلّا إذا دلّ دليل خاص على جوازه أيضا كما في نذر الإحرام قبل الميقات أو الصوم في السفر على ما حقّق في محلّه

و عن الثّاني بمنع كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب حيث إنّه يشترط الإسقاط في رتبه حصول الملكيه فيكون إنشأؤه مترتبا على إنشأئهما كما أن تحقّقه أيضا مترتب على تحقّقها فلم يرد الإسقاط لا في مرحله الإنشاء و لا مرحله التّحقّق إلّا على أمر ثابت و احتياجه إلى أزيد من ذلك ممنوع جدّا و لا موجب له عقلا كما لا يخفى و نظائره كثيره في الفقه أيضا كما صرّحوا بصحّه أن يقال بعتك هذا و جعلت ثمنه رهنا عندك أو اشترت هذا و رهينه عندك أو يقال و كلك في نكاح فلانه و طلاقها إلى غير ذلك ممّا يشبه المقام

و العجب من شيخنا العلّامة حيث إنّه ملتزم بما ذكرنا كلّ في محلّه و مع ذلك يقول فإن كان إجماع على السقوط و إلّا فللنظر فيه مجال مع أنّ من جهه الإشكال الأوّل و هو أنّ الخيار إنّما هو مسبّب عن التأخير بعد الثلاثه لا العقد وحده فهو مشترك مع خيار الغبن و العيب بناء على أنّ فعليّه الخيار مسببه عن ظهور العيب و العلم بالغبن و قد تقدّم تفصّيه عنه بما ذكرنا من أنّ الإسقاط راجع إلى ما هو مبدأ الخيار الثّابت في حال العقد و من جهه الإشكاليين الأخيرين مشترك مع خيار المجلس و الحيوان أيضا

و قد أجاب عنهما أيضا بما يرجع إلى ما ذكرنا و كيف كان فليس للنظر فيه مجال بل يسقط الخيار بجميع أنحاء إسقاطه بلا ريب و لا إشكال

### [الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه]

قوله قدّس سرّه و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورته التضرّر فعلا إلى آخره

لا- يخفى أن بعد دعوى هذا الانصراف لا- مجال للتمسّك بإطلاق الأدلّه على فرض إطلاقها و لا باستصحاب الخيار الّذى استحسنه قدّس سرّه أولا على فرض إهمالها إذ انصراف الأدلّه يوجب تخصيصها بخصوص هذه الصّوره و كذلك يوجب تبدل الموضوع المستصحب على ما عرفت في خيار الغبن أيضا فلا- مجال للتمسّك بهما إلّا أن دعوى هذا الانصراف لا تخلو عن التّمحل و الاعتساف مع أنّه ليس في الأدلّه من الضّرر لا عين و لا أثر

و لو سلّم دخله فهو من قبيل علل التشريع الغير المقتضيه لإناطه الجعل بها نفيًا و إثباتًا و حينئذ فمختار التذكرة من القول بالسقوط لا يخلو عن الإشكال فضلا من أن يكون فيه القوّه اللّهمّ إلّا أن يدعى أنّ من ملاحظه مجموع أدلّه الباب و التّفصيل بين ما يتسارع

فيه الفساد و غيره و غير ذلك يشرف الفقيه القطع بإناطه الحكم بالضرر نفيا و إثباتا

و كيف كان فعهدتها على مدعيها فتأمل و لا تغفل

### [الرابع أخذ الثمن من المشتري]

قوله قدس سره فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاربه إلى آخره

لا يخفى أنّ المناط إنّما هو بقصد الدافع فاحتمال الأخذ بعنوان العاربه لا ينفح بعد ما كان دفع المشتري ظاهرا في بذل الثمن فأخذ البائع بلا تصريح بخلافه أيضا يحمل عليه و يكون رضا فعليا و التزاما بالعقد الموجب لسقوط خياره كما أفاده قدس سره

نعم يمكن المناقشه في أصل كون مجرد الأخذ التزاما كما في سائر أبواب الخيارات و لكن الفرق بينها و بين خصوص هذا الخيار المسبب عن تأخير



الثمن واضح فلا تغفل نعم مطالبه الثمن لا تدلّ على الالتزام لإمكان أن يكون لأجل أنه لو رآه مماطلا سيفسخ فيكون استفاداً للضرر المستقبل كما أفاد قدس الله روحه

### [مسألة في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان]

قوله قدس سرّه و قد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكلّ من القولين إلى آخره

إشاره إلى ما أفاده في خيار الغبن من ابتناء الفوريّه و عدمها على التمسك بعموم أو فوّا بالعقود أو الاستصحاب و قد منع في ذاك الباب التمسك بكلا الأمرين أمّا العموم فلجعل الدوام و الاستمرار ظرفاً للحكم لا لمتعلقه بحيث يكون أكثرًا لأفاده بحسب الزمان كتكثره بحسب الأفراد و أمّا الاستصحاب فلعدم إحراز بقاء الموضوع بعد تمكّن المغبون من تدارك الضرر فالمرجع إلى أصاله عدم تأثير الفسخ و عدم ترتب الأثر عليه هذا ملخص ما أفاده هناك أمّا المقام فمن جهة التمسك بالعموم فالكلام فيه هو الكلام

لكن لا يخفى أنّ من جهة الضرر فرقا بين المسألتين كما اعترف به قدس سرّه فإنّ في مسألة الغبن نفس العقد وقع ضررًا فعدم المبادره إلى الفسخ مع علمه بالخيار حكما و موضوعا يمكن القول بأنّه رضا فعلى بالعقد و إقدام على الضرر كما لو علم به من حين العقد فالمسامحه و المماطله مع أنّها خلاف العاده العقلانيه كاشف نوعي عن ارتضاء العقد و اختياره الموجب لسقوط خياره و هذا بخلاف المقام فإنّ الضرر مستند إلى تأخير الثمن المتجدد بدوام التأخير في كلّ آن فعدم المبادره إلى الفسخ غايته الكشف عن الرضا بالضرر الفعلي فلا يوجب سقوط الخيار لسبب الضرر المستقبل فمقتضى حديث نفي الضرر ثبوت الخيار له في كلّ آن من غير حاجه إلى الاستصحاب فلا تغفل

قوله قدس سرّه و كيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوّه إمّا لظهور النصّ و إمّا للاستصحاب إلى آخره

أمّا ظهور النصّ ففي محلّ المنع إذ ليس لنا لفظ نستظهر منه نفي اللزوم رأساً أو في الجملة و دعوى النسيه بنفي الحقيقه غير موجهه إذ ليس في البين عدا الإجماع و بعض القرائن على إرادته نفي اللزوم في الجملة فالالتزام بإهمال النصّ أمسّ بالقواعد اللفظيه

و أمّا استصحاب الخيار فالإشكال فيه من جهة إرجاع الشكّ إلى المقتضى على حسب الضابط العدى أفاده في محلّه حيث لم يحرز من الأدله بقاء هذا الخيار إلى أن يعرضه العارض فأصل المقتضى له لم يحرز إلّا في الجملة فالمرجع إلى ما ذكرنا من التمسك بنفس أدله الضرر فتدبر

### [مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]

قوله قدس سره لكن النبوى أخص من القاعده الأولى إلى آخره

المراد من القاعده ما يستفاد من الحديث النبوى المعروف المتلقى بالقبول و هو قوله ص الخراج بالضمان و المراد بالخراج ما يستخرج من الشئ من الزيادات و المنافع فيوهم أنّ منافع الشئ و زياداته فى مقابل دركه و خسارته فكلّ من يستوفى المنافع كانت العين مضمونه عليه و لذا حكم الشيخ قدس سره فى المبسوط بأنّ نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبائع بمقتضى ضمانه و لكنّه مبنّى على الأصل الذى هو المختار عنده من عدم حصول النقل و الانتقال التام قبل انقضاء الخيار و أمّا على الأصل الذى هو المشهور بل أرسلوه من المسلمات من حصول الملكيه التامه بالعقد و جميع المنافع و الزيادات لمالكه أى المشتري فربّما يوهّم التعارض بين تلك القاعده و القاعده الأخرى مسلّمه أيضا و هى أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه

و لكن لا يخفى أنّ معنى الحديث الخراج بالضمان أنّ الشئ بعد ما ضمنه الإنسان و تضمّنه و دخل فى ملكه فمع قطع النظر عن عروض العوارض عليه يكون تكفّله عليه من حفظه و إصلاحه و الإنفاق

عليه لو كان حيوانا و لو تلف كان من كيسه بإزاء ما يستوفى منه من منافعه و زياداته و هذا لا ينافى أن يقع في عهده الغير و ضمانه بتلف أو غصب أو عاربه مضمونه و غير ذلك كما لا- ينافى أن يكون العين في عهده مالكة و لكن كان منافعه للغير بسبب آخر فالمراد بالضمان نفس التعهد الحاصل للمشتري بالعقد و دخول المبيع في ملكه بإزاء ثمنه كما يشهد بذلك ما في الخبر الوضيعه بعد الضم منه حرام إلى آخره حيث أطلق الضم منه على نفس العقد بل إطلاق العقد عليه أيضا بتلك الملاحظه حيث إنه لغه العهد أو العهد المؤكد

و بالجمله فهذا الضمان لا ينافى مع ما يحصل من سائر الأسباب الاتفاقيه من اليد أو التلف و نحوهما فلا ينافى مع ضمان البائع قبل القبض تعبدا بل كلها وارد عليه فإن شئت عبر عن هذا الضمان بضمان التكفل و عن تلك الضمانات بضمان الغرامه كما عبر كذلك بعض الساده الأجله كما لا ينافى مع القاعده الأخرى و هي أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بذاك البيان الذي قلنا فإن كل ذلك لأجل جهات خارجه عن المعامله

و كيف كان فالمسأله منقحه خاليه عن الشبهه نعم المذى يوجب التحير في المقام التفصيل الذي نقل عن بعض الأجله من أنه لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع و لو تلف في الثلاثه فمن المشتري فإنه لا- يوجه بوجه من الوجوه بل يوهم أن يكون التفصيل بالعكس بتوهم المعارضه بين قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له و تقديم الثانيه مع أنه أيضا فاسد حيث إن الثانيه مخصوصه ببعض الخيارات أولا و موردها التلف بعد القبض فلا يعارض مع هذه أبدا ثانيا و كيف كان فينبغي التأمل و التتبع لعله وقع اشتباه في النقل فراجع و تأمل

### [القول في الشروط]

### [الكلام في شروط صحه الشرط]

### [أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف]

قوله قدس سره الكلام في شروط صحه الشرط و هي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف إلى آخره

لا يخفى أن اشتراط هذا العنوان يوجب اختصاصه بما إذا كان الشرط من مقوله الأفعال و أما اشتراط الوصف الحالى في المبيع مثلا فلا يتصف بالقدره و عدمها إلّا بإرجاعه إلى التسليم بشرط كذا و كذا و كذلك اشتراط بعض النتائج الغير المتوقفه على سبب خاص المتحقق بنفس الشرط فإنه لا إشكال في صحته كما اعترف به مع أنه لا يتصف بالمقدوريه

نعم لو كان مرجع الشرط إلى إيجاد الأسباب فهو كاشتراط الفعل و حينئذ فالأولى التعبير بكون ما يشترط تحت سلطانه و استيلائه فيعم الأفعال التوليديه و المباشريه و غيرها من الشروط الجائزه ككون العبد كاتبا فإنه يسقط على الوصف بسلطنته على العين و كذلك في الغايات المتوقفه على الأسباب و غيرها غايته مرجعه في الأول إلى اشتراط إيجاد السبب و في الثاني بنفس

و بالجمله فالمعتبر أن يكون الشرط مملوكا للمشروط عليه كما اعتبر فى باب الإجاره كذلك فىعم الأعيان و المنافع و الأوصاف و غيرها و الأفعال بجميع أقسامها و وجه اعتباره أيضا أوضح من اعتبار القدره فإن الشرط أعدّ لنقل ما يصحّ نقله بسائر العقود و ما لا يصحّ نقله بها فلا بدّ كالبيع و الإجاره و غيرهما أن يكون مملوكا للشارط و إلّا فهو من قبيل وهب الأمير ما لا يملك

و على أى حال ما كان فعلا للشارط فلا بدّ أن يكون تحت قدرته إمّا ابتداء كالأفعال المباشريه أو بتوسيط سببه على وجه لم يكن بين السبب و المسبب أمور غير اختياريه الموجهه لحصول الغايه تاره و عدم حصولها أخرى

كاشتراط جعل الزرع سنبلا و البسر رطبا فإن هذه الأمور من أفعال الله تبارك و تعالى بتوسيط أمور خفيه و غير خفيه يكون فعل العبد و هو الزرع و السقى و نحوهما مجرد إعداد لها فلا يصح استناده إلى العبد و عدّه من أفعاله كما لا يخفى

و أما ما كان من قبيل أوصاف المبيع فلا بد أن يكون خاليا بحيث يقدر الشارط على أن يسلمه تبعا للعين فإن لم يكن خاليا مثل الأوصاف التي يمكن تحققها كما يجوز عدمه ككون الزرع سنبلا أيضا بناء على اشتراط اعتباره وصفا للمبيع لا فعلا للشارط إذ يصح اعتباره بكلا الوجهين و اشتراط قدره احتراز عنه بكلا وجهيه فلا يجوز اشتراط لما ذكرنا من عدم كون الوصف الغير الفعلي مملوكا له و تحت سلطنته

و ما كان من قبيل شرط النتائج مثل كون المال المخصوص لزيد مثلا فالقدره عليه حصوله بنفس الاشتراط من غير حاجة لى سبب خاص فاشتراط كون زوجته مطلقه أو أمته حرّة و أمثال ذلك باطل جدا نعم يصح اشتراط إيجاد السبب مثل أن يعتق عبده مثلا فلا مانع منه من تلك الجهة لكونه تحت سلطنته لو لم يكن فيه محذور من جهة أخرى فتأمل جيدا

### [الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه]

قوله قدس سرّه الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه إلى آخره

الظاهر أن ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه إلى اشتراط قدره فإن الممتنع شرعا كالممتنع عقلا و كذلك على ما ذكرنا من اعتبار كونه مملوكا له إذ بالتهي الشرعي يخرج عن تحت سلطنته و مملوكيته مضافا إلى أن مرجع اشتراط المحرّم إلى الاشتراط المخالف للكتاب فيكون من مصاديق المسألة الآتية فتأمل و لا تغفل

### [الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]

قوله قدس سرّه الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء إلى آخره

و لو لم يوجب زياده في المائيه و لم يجعل بإزائه المال أيضا فإن الشرط على أي حال لا يقع بإزائه الثمن و لا يقصد في العقد أصاله فلا يلزم أن يكون له المائيه و هذا بخلاف باب الإجاره فإن تمام الغرض هناك انتقال المنفعه فلا بد أن تكون لها مائيه و تكون عائده إلى المستأجر بإزاء ثمنه و لذا لا يصح إجاره العبادات الغير القابله للثيابه

و كيف كان حيث إن المدار على كون الغرض معتدّا به عند العقلاء فربّما يشكّ في بعض مصاديقه مثل اشتراط كون العبد كافرا أو جاهلا بالعبادات أو أكلا لأشياء مخصوصه و الضابط عدم اللغويّه على وجه يوجب ثبوت حقّ للمشروط له على الشارط فتأمل جيدا

### [الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

قوله قدس سرّه الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب إلى آخره

و هذا هو العمده في باب الشروط و الدليل عليه الأخبار المتضافره بين ما هو مضمونه بطلان الشرط المخالف للكتاب أو بطلان ما ليس في كتاب الله أو ما كان سوى كتاب الله أو ما كان مما حرم حلالاً أو أحلّ حراماً

□  
و في صحيحه ابن سنان من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّ و جل فلا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله إلى غير ذلك من العناوين و في عدّ اشتراط الولاء لغير المعتمق مخالفاً للكتاب كما في بعض هذه الأخبار دلالة على أنّ المراد أعمّ من الكتاب و السنّه كما صرح به في روايه محمّد بن قيس فيمن تزوّج امرأه و اشترطت عليه أنّ يدها الجماع و الطلاق قال ع خالفت السنّه و وليت حقّاً لست أهلاً له إلى آخره

فالضابط أن لا يكون مخالفاً للمشروع و على هذا فلا فرق بين اعتبار الموافقه أو عدم المخالفه إذ لو لم يكن مخالفاً للمشروع فلا محاله يكون موافقاً لأحد العمومات و الإطلاقات الواردة في الكتاب و السنّه فمرجع جميع هذه العناوين إلى ما ذكرنا من عدم المخالفه للمشروع كما

لا فرق بين كون نفس الشرط أى الملتزم به مخالفا للكتاب أو الالتزام به كاشتراط عدم التسرى و التزويج كما مثل به قدس سره بناء على استفادة عدم جوازه من الأخبار و لكنّها لا تخلو عن إشكال فإنّه ورد فى روايتين على ما نقل قدس سره

إحدهما روايه منصور بن يونس و هى و إن دلت على التوبيخ عليه حيث قال ع بئس ما صنع لكنّها مصرّحه بنفوذ الشرط و وجوب الوفاء به مستشهدا بقول رسول الله صلى الله عليه و آله المسلمون عند شروطهم و ثانيتهما روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام و هى و إن كانت ظاهره فى عدم نفوذ الشرط لكن مفروض السائل تعليق الطلاق و أنّه إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فهى طالق فيمكن أن يكون عدم نفوذه لتعليق الطلاق لا لكون الشرط بنفسه مخالفا للمشروع اللهم إلّا أن يقال استشهاد الإمام و تعليقه عليه السلام بمثل فانكحوا ما طاب لكم من النساء و أحلّ لكم ما ملكت أيما نكح و قوله تعالى وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَدَمَ النَّفُوذِ لِأَجْلِ مَخَالَفَةِ الْاِشْتِرَاطِ لِتِلْكَ الْعُمُومَاتِ فِى تَمَدُّعِ الْمَدْعَى وَ لَعَلَّه الْوَجْهُ لِأَمْرِهِ قَدَسَ سِرِّهِ بِالتَّأَمُّلِ بَعْدَ التَّفَاتِهِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاِشْكَالِ فِرَاجِعِ وَ تَأَمَّلْ

و كيف كان العمده فى المقام تشخيص الضابط لمخالف الكتاب و تمييزه عن غيره فإنّه فى غايه الإشكال

و قد أظنّب الكلام قدس سره فى بيان الضابط تاره بما حاصله أنّ الحكم الشرعى لو كان ثابتا على موضوعه لو خلى و طبعه مع قطع النظر عن الطوارى فاشتراط خلافه ليس مخالف للكتاب فإنّه من الطوارى المغيّره له فلا ينافى كونه لو خلى و طبعه مباحا و لكن صار واجبا بعروض الاشتراط أو النذر و العهد أو بأمر الوالدين و غيرهما ممّن يجب إطاعته و إن كان ثابتا لمتعلّقه بجميع حالاته و طواريه فاشتراط الخلاف مخالف للكتاب و أخرى بما حاصله الفرق بين كون ثبوت الحكم المتعلّقه على وجه العليه أو وجه الاقتضاء فلا ينافيه اشتراط الخلاف إلى غير ذلك ممّا يكون من قبيل الإحاله إلى المجهول و المذمى ينبغى أن يقال فى المقام أنّ الشرط أى ما يتعلّق به الشرط تاره من الوضعيات الشرعيّه

و أخرى من التكاليف الخمسه التكليفيه كاشتراط ترك واجب أو مباح أو فعل محرّم أو مكروه و نحو ذلك

أمّا الوضعيات فتاره من الأمور التى جعلها الشارع تحت سلطنه الشارط و أعطاه زمام اختياره كما فى باب الحقوق و الأموال و أخرى ليست من هذه الأمور مثل كون الولاء لمن أعتق و ولد الحرّ حرّ أو الطلاق بيد من أخذ بالساق و غير ذلك من الأمور التى ليست تحت اختيار المكلف بوجه أمّا هذا القسم من الوضع فلا ينبغى الشبهه فى أن اشتراط خلافها مخالف للمشروع جدّا إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشرط أو التذير و نحوهما و من هذا القبيل اشتراط إرث المتمتع بها أو رقيه من كان أحد أبويه حرّا فإنّ الإشكال فيها من جهة تعارض التصوص فمن يدعى جوازه يدّعيه لسبب نصّ خاصّ و إلّا لا يكاد يصحّ تبدّله بالشرط و نحوه كما لا يخفى كما لا ينبغى الشبهه فى التبدّل بالشرط فيما إذا كان من قبيل القسم الأول أى الحقوق و الأموال إذا المفروض سلطنه عليها و كون اختيار بيده هنا فيتصرّف فيها كيف ما شاء و قد أشرنا سابقا أنّ الشرط وضع لتملك ما لا يصحّ تملكه بالبيع و الإجاره و غيرها فيعرض عن حقّ خياره فى المجلس و غيره أو كون مال كذا لزيد أو غير ذلك و هذا أيضا ليس على وجه العليه لإمكان قيام دليل خاصّ

على المنع من التصرف الخاص كبيع المصحف من الكافر و ما يكون من نظائره فتأمل جيدا

و أمّا ما كان من قبيل التكاليف فالظاهر أنّ الالتزام بترك الواجب أو فعل المحرّم نوعا خلاف المشروع بل لا ينبغي الشبهه فيه لمكان إطلاق دليلهما التأمّل لصوره الالتزام بالخلاف و عدمها فيكون مخالفا للكتاب و محلّلا للحرام إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشّروط كسائر العوارض المجوّزه لفعل الحرام و ترك الواجب و دليل وجوب الوفاء بالشّروط لا يصلح لذلك لاشتراطه بعدم كونه مخالفا للكتاب و محلّلا- للحرام فلا يقع التعارض بين دليل التّكليف و أدلّه الشّروط أبدا كما توهم و قيل بالرجوع إلى المرجّحات و كيف كان فهذا وظيفه دليل آخر غير دليل الشّروط أو كان دليل الواجب أو المحرّم مهملا من تلك الجهة أى لم يكن له إطلاق حتّى في صورته اشتراط خلافه و هذا و إن كان مجرد الفرض إلّا أنّ على تقدير تحقّقه فالمرجع إلى الأصل الّذى ينقّح تفصيلا فهذا أحد موارد الشكّ الّتى تحتاج إلى الأصل و كذلك فيما إذا تعارض الأدلّه في جواز تغيير الحكم بالشّروط و الشّبهه و إن كانت مفهومية بل الشكّ من جهه الموضوع في أمثال المسأله قليل جدا و لكن مع ذلك لا مجال للرجوع إلى العالم لكون المخصّص متصلا فيوجب إجماله فراجع و تأمل

و أما المباحات فالالتزام بتركها أو فعلها ليس مخالف للمشروع لعدم منافاه وجوبها بالعرض مع إباحتها كما لا يخفى نعم قد يقال بأنّ نفس الالتزام محرّم للحلال و إن لم يكن الملتزم به مخالف للكتاب لما قيل من عدم المنافاه بل يلزم ذلك في مثل التّذر و العهد و ما يشبههما أيضا حيث إنّ الالتزام بترك المباح محرّم له لا- محاله فيعمّه تلك الأدلّه مع أنّ جميع موارد الالتزامات الصّحيحه إمّا التزم بفعل مباح أو مندوب أو ترك مباح أو مكروه فكيف التّوفيق

و يمكن استفاده ما يذبّ به عن الإشكال ممّا ورد في بعض الأخبار من بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما معلّلا بأنّه ليس لك أن تحرّم ما أحلّ الله فيمكن أن يقال بأنّ الالتزام على ترك المباح تاره التزم بترك مصداق منه أو بتركه مطلقا في برهه من الزّمان و هذا لا- بأس به لعدم مخالفته للكتاب لا من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم و أخرى التزم بترك نوع مباح دائما كالحلف على ترك شرب العصير دائما و حينئذ يكون التزمه محرّما لما أحلّه الله كما في الروايه

و بالجملة يمكن الفرق بين الالتزام على ترك مباح نوعا أو بعض مصاديقه و كذلك بين تركه دائما أو في برهه من الزّمان و يكون ذلك توفيقا بين الأدلّه على حسب ما تقتضيه الروايه الوارده في العصير و الإنصاف أنّه لو لم تكن تلك الروايه كانت المسأله محلّ الشّبهه فتأمل جيّدا

ثمّ إنّ بناء على هذا التفصيل فالقدر المسلّم من صحّه الالتزام ما إذا كان على بعض مصاديق المباح أو نوعه في برهه قليله من الزمان و من عدم صحّه الالتزام ما إذا كان على نوع المباح دائما و أمّا الالتزام على بعض مصاديقه دائما أو على نوعه في مدّه متماديه فيكون من موارد الشكّ فالمرجع إلى الأصل و كيف كان فالمسأله لا يخلو عن التأمّل و الإشكال في بعض الموارد أنحاء الالتزامات فالأولى تأسيس ما يقتضيه الأصل فيها حتى يكون هو المرجع في هذه المقامات

و الّذى أفاده قدّس سرّه هنا أنّ المرجع عند الشكّ في مشروعيه الشرط أصاله عدم مخالفته للكتاب خلافا لما اختاره في أصوله



و عقد تنيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل

فى تنبيهاٲ الاسٲصحاب لأنّ المخالفه لىسٲ مسبوقة بالعدم مع فرض وجود موضوعه ٲٲى ىحكم باسٲمرار العدم اذ الشّرٲ اّما وجد مخالفٲا أو غير مخالف فلا محاله ىكون اسٲصحاب عدم المخالفه بلحاظ العدم السّابق على وجود موضوعها من ٲىٲ كونها بنفسها من الٲواٲٲ المسبوقة بالعدم الأزلى لا محاله و بهذا اللّحاظ أى بلحاظ عدمها النّفسى المٲمولى لم يؤخذ موضوعا بل أخذ بلحاظ عدمها النّعى أى عدم كون الشّرٲ مخالفٲا و بهذا الاعٲبار لىسٲ مسبوقة بالحاله السّابقه

و حاصل الإشكال على هذا الأصل أنّ عنوان المخالفه بوجوده النّفسى المٲمولى و إن كان مسبوقة بالعدم لا محاله لكن إٲباٲه لا ىكاد ىٲٲب الموضوع الشّرعى و لا ىكاد ىلٲٲم به الموضوع المٲقيد و ىحرز بضمّ الوجدان إلى الأصل ٲٲى ىٲرٲب عليه حكمه إلّا بنحو من الملازمه العقلىٲه الٲى لا اعٲبار بها فى الأصول على ما ٲٲق فى محلّه و بوجوده النّعى الزّابى إذا اسٲصحب عدمه ىلٲٲم منه الموضوع و لكنّه غير مسبوق بالعدم الكفائى لوضوح أنّ العدم لا ىكاد ىصير نعتا لموضوعه إلّا ىٲٲقّ الموضوع غير مٲصّف بالوصف فىصير عدم الوصف نعتا له إمّا قبل وجود الموضوع فلىسٲ إلّا العدم المٲمولى

و لقد أجاد قدّس سرّه فى تنبيهاٲ الاسٲصحاب فى بيان الضّابٲ بين العدم النّفسى و النّعى و عدم جريان الأصل فى الٲانى دون الأوّل و كأنّه عدل عنه و بنى على جريان هذا الأصل

و ٲىٲ إنّ أصل ٲائر فى ٲٲىر من المسائل الفقهيّه فلا بأس بشرٲ من الكلام فىه و بيان ما هو الٲٲقٲق فىه فى الجمله فنقول إذا أخذ قىد فى موضوع الحكم الشّرعى وجودا أو عدما فتاره من قبىل العرض و محلّه و أخرى من قبىل الجوهرىن مثل كون زىد و عدم كون عمر و معه مثلا أو عرضىن لموضوعىن أو لموضوع واحد ٲارج عن موضوع الحكم

أمّا ما لم ىكن من قبىل العرض و موضوعه فجرىان الاسٲصحاب فى كلّ واحد من الجزئىن مبنى على مسأله معلومى الٲارىخ و مجهولى الٲارىخ فإن كان أحدهما معلوما كموت المورٲٲ و الآخر مجهولا كإسلام الوارٲٲ مثلا ىسٲصحب عدمه إلى زمان الآخر فىلٲٲم الموضوع بضمّ الوجدان إلى الأصل و ىٲرٲب عليه الحكم الشّرعى أو نقىضه إذا كان المأخوذ فى لسان الدلّىل مجرّد كون الٲاٲٲىن مجٲمعىن فى سلسله الزّمان أو كان أحدهما قبل الآخر أو بعده كذلك من دون اعٲبار عنوان بسىٲ من العناوىن المنٲرعه عن ذلك كالٲٲقارن و الٲقٲم و الٲأٲر ٲٲى عنوان الٲال و شٲبهه و إلّا فجرىان الأصل لا ىكاد ىٲٲب هذا العنوان كما لا ىٲفى

نعم لو كان كلاهما مجهولى الٲارىخ فالأصلان فىهما مٲعارضان مٲساٲٲان كما شرح فى محلّه و أمّا ما كان من قبىل العرض و موضوعه فتاره ىكون العرض نعتا لموضوعه مسبوقة بالوجود أو العدم مثل أنّ زىدا كان عادلا فىشكّ فىسٲصحب عدالٲه أو كان و لم ىكن بفاسق فىسٲصحب عدم فسقه و هذا ممّا لا إشكال فىه و إنّما الإشكال فى اسٲصحاب عدمه المٲمولى أى بلحاظ عدم السّابق على وجود موضوعه فىما إذا لم ىكن بوصفه النّعى مسبوقة بالوجود أو العدم بل موضوعه إمّا وجد مٲصفا به أو غير مٲصّف به من أوّل الأمر و هذا مبنى على إمكان أخذه بهذا اللّحاظ فى موضوع الدلّىل ٲبوتا و إٲباٲا ٲٲى ىلٲٲم الموضوع بىرکه الاسٲصحاب و ضمّ الوجدان إلى الأصل

و الأقوى عدم إمكان أخذه كذلك أى بوجوده النفسى المحمولى أو عدمه كذلك لا ثبوتاً ولا إثباتاً أمّا من حيث الثبوت فلأنّ  
المعروض بالنسبه إلى انقسامه إلى هذا

العرض و نقيضه إمّا أن يكون مطلقاً فتقييده بعدم كون العرض بوجوده المحمولى مقارنا له يدافع مع هذا الإطلاق لبداهه أنّ الملازمه العقلية مرعيه بحسب الواقع و نفس الأمر و إنّما لم يعين بها فى مقام إجراء الأصول و وجود العرض بنفسه و لنفسه عين وجوده لموضوعه فإذا فرضنا أنّ المعروض من حيث انقساماته الأوليه الملحوظه قبل انقساماته من حيث الأمور المقارنه له مطلق غير مقيّد لا- بوجود العرض نعتا له و لا بعدمه فتقييده بعدمه المحمولى يدافع مع هذا الإطلاق لا محاله و إن كان مقيّدا به أو بنقيضه على وجه التّعنيه فتقييده به كذلك أى كونه أمرا مقارنا له لغو صرف لأجل الملازمه الواقعيه بين نحويه من الموجود مثلا فى قولنا أكرم العالم إذا كان العالم من حيث انقسامه إلى الفاسق و نقيضه مطلقا غير مقيّد لا به و لا بنقيضه فتقييده أيضا بعدم وجود فسقه مقارنا لوجوده يدافع مع هذا الإطلاق و يناقضه لا محاله و إن كان مقيّدا بعدم كونه فاسقا فتقييده أيضا بعدم وجود الفسق فى زمانه تقييد لغو مستهجن فيتعيّن أن يكون العرض ملحوظا على وجه التّعنيه فى مقام الإطلاق و التقييد بالنسبه إلى مفروضه و لا تصل التّوبه إلى لحاظه عرضا و محمولا لما أشرنا إليه من أنّ لحاظ الموضوع إطلاقا أو تقييدا بالنسبه إلى عوارضه و انقساماته الطاربه عليه أو لا- مقدّم على لحاظه باعتبار مقارناته فإطلاق الموضوع أو تقييده بالنسبه إلى عوارضه إنّما يلاحظ بوجوداتها التّعنيه و لا يعقل الإطلاق و لا التقييد بلحاظ وجوداتها التّفسيه و بما هى أشياء فى حدّ نفسها مبينه لوجود موضوعاتها فتأمل جيّدا

و أمّا من حيث الإثبات و ملاحظه الأدلّه فلأن أخذ القيد فى موضوع الحكم تاره بنحو المركّب التّوصيفى كقولك أكرم العالم العادل مثلا و اعتباره نعتا لموضوعه بديهيّ فى هذا القسم و استصحاب وجود العداله مقارنا للعالم لا يثبت عنوان العالم العادل كما هو واضح و أخرى بدليل منفصل كقولك لا تكرم الفاسق من العالم بعد الحكم بإكرام العالم مطلقا

و هذا القسم أيضا يكشف الدليل المنفصل عن اعتبار نقيضه العدمى أى من ليس بفاسق فى مصبّ العموم و يخرج العام عن كونه تمام الموضوع فيساق التّوصيف غايته بعنوان عدمى الذى هو نقيض الخارج

و ما أفيد فى المقام من بعض أساتيدنا الأعلام طاب ثراه من عدم معنويّه العام بعنوان التّقيض بل هو معنون بكل عنوان فيعمّ صورته لحقوق العرض عليه بوجوده المحمولى فيستصحب عدمه الأزلى و ببركته يدخل فى موضوع العام و يعمّه حكمه مرجعه إلى عدم التّخصيص المفروض وجوده فيلزم الخلف لبداهه أنّ بعد خروج عنوان الفاسق مثلا عن تحت العام فلا محاله تضيق موضوع الحكم و مصبّ العموم و لا يبقى انقسامه إلى الخارج و نقيضه و لا نعى بالتّقييد إلّا هذا

نعم إطلاقه بالنسبه إلى وجود العرض و عدمه بما هو أمر مقارن له و إن لم ينثلم بالتّقييد اللفظى فإنّ الخارج إنّما هو بعنوانه التّعنى و نقيضه الذى يقع فى مصبّ العموم كذلك لا محاله و لكن قد عرفت أنّ بعد هذا التّقييد لا يكاد يبقى ذلك الإطلاق و إلّا يتدافعان لأجل الملازمه الواقعيه

و توضيح المقام بأزيد من هذا البيان موكول إلى محلّه و كيف كان فهذا القسم أيضا بعد وقوع نقيض الخارج فى مصبّ العموم مرجعه إلى التّقييد بالمتّصل و ثالثه يكون بنحو الاستثناء كقولك أكرم العالم إلّا الفاسق منهم و هذا أيضا كالمفصل فى تضيق مصبّ العموم و تقييده بنقيض الخارج بل هو أولى كما لا يخفى على المتأمل فتأمل و رابعه يكون بدليل منفصل لكن على نحو

يكون التقييد واردا على عنوان الوصف كما هو الشائع المتعارف في ألسنة العلماء و لا يخلو لسان الأدله

عنه أيضا كقولهم يشترط في الإمام العدالة و الذكوريه و الحريره مثلا- و هذا القسم مع قطع النظر عما ذكرنا في مرحله الثبوت يمكن في مقام الإثبات أن يكون اعتبار الوصف في موضوع الحكم بجواز الاقتداء بوجوده النفسى المحمولى بأن يكون الشرط في جواز الاقتداء مثلا كون العدالة و الحريره و نحوهما موجوده في زمان وجود الإمام و مقارنه لوجوده لا نعتا له بأن يكون عادلا أو حرا مثلا و هذا مع قطع النظر عن كونه تقييدا مستهجنا ربما يقطع بعدمه و عدم إرادته لو فرض وقوعه في لسان الأدله غايته أنه يوجب الشك في أحد التحوين و هما كيفيتان متبايتان من التقييد فلا بد من إحراز القيد بكلا الوجهين فلا بد أن يكون الوصف بكلا نحويه مسبوqa بالوجود أو العدم بل إثبات عدمه نعتا يلازم عدمه مقارنا و لا عكس فتأمل جيدا

و بالجمله فقد ظهر أن بحسب لسان الأدله إنما أخذ الأوصاف التي نسبتها إلى موضوع الحكم نسبة العرض إلى محلّه على وجه النعتيه و الصفتيه لا بوجوداتها النفسيه و بما هي ماهيات في حيال ذاتها فلا بد في إحرازها بالاستصحاب أن تكون مسبوقة بالحاله السابقيه بما هي نعوت لموضوعاتها و إحراز عدمها الأزلى بما هي ماهيات في قبال موضوعاتها لا يثبت عنوان نعتيتها إلا بالملازمه العقلية الغير المرعيه في الأصول العمليه على ما حقق في محلّه و حينئذ فاللازم تنقيح أنها بوجوداتها النعتيه مسبوقة بالعدم حتى يستصحب عدمها أو ليست مسبوقة بالعدم كذلك فلم يكن مجال للاستصحاب و صحه الاستصحاب هنا مساوقه لما هو المعروف عند المنطقيين من صدق السالبه بانتفاء الموضوع و عليه بنوا الفرق بين السالبه المحصيه و الموجبه المعدوله المحمول و لكن المرضي عند المحققين أنه من الأغلاط كما صرح به الحكيم الشيزواري في حاشيته على الأسفار و إن تبعهم في منظومه في المنطق و كيف كان توضيح المقام مبنى على بيان إجمالى في حقيقه الربط و النسبه في القضيه و أنه من ناحيه الماهيه بمعنى أن الماهيات العرضيه مع قطع النظر عن وجوداتها لها جهه نفسيه و جهه ربطيه بموضوعاتها فإذا كانت الماهيه بكلتا جهتيها مسبوقة بالعدم فنعتيتها لموضوعها تكون مسبوقة بالعدم الأزلى فيصح استصحاب عدمها بنحو من العنايه و أن الربط و النسبه بأنفسهما ماهيه ثالثه خارجه عن ماهيه الموضوع و المحمول و هي الماده المشتركه التي يرد عليها الإيجاب تاره و السلب أخرى فيكون عنوان الربط بنفسه كسائر الماهيات مسبوqa بالعدم فيستصحب استمرار العدم و عدم طرده بالوجود أو أنه معنى منتزع من ناحيه وجود العرض و الماهيه بنفسها ليست إلما هي تاره يلحقها الوجود المحمولى الطارد لعدمه كذلك و أخرى باقيه على عدمها فالنعتيه و الربطيه و الاتصاف و غيرها كلما شئت فعبّر عناوين منتزعه عن خصوصيه وجود العرض و أنه إذا وجد في الغير لا محاله

و بعبارة أخرى إذا أفيض الوجود إلى العرض و وجد في موضوعه فوجوده اعتباران لا- أن له وجودين فيأنه من الأغلاط اعتبار كونه بنفسه موجودا من الموجودات في عرض موضوعه و اعتبار كونه حالا- فيه و قائما به و فانيا فيه فمن اعتباره الثاني ينتزع الوجود الربطى و النعتى كما أن من اعتباره الأول ينتزع الوجود النفسى المحمولى

و على هذا ليست النعتيه مسبوقة بالعدم بل المسبوق به هو الماهيه العرضيه التي تنقسم إلى الموجوده تاره و إلى المعدومه أخرى و هي التي نسبتها إليهما على حدّ سواء و أما الوجود فلا يعقل أن يعرضه العدم كما هو واضح لا يخفى و ما قيل من أن الوجود مسبوق بالعدم فيه مغالطه فإن معناه

أن وجود الماهية مسبقا بعدمها لا بعدمه بمعنى أن وجودها يطرد عدمها و ينقضه لا أن الوجود كان معدوما ثم لحقه الوجود أو يشك فيهِ فيستصحب عدمه فإن ذلك من الأغلاط الواضحة التي لا يكاد يتفوه به ذو مسكه فإنهما وصفان متقابلان يعرضان الماهيات فلا يعقل اتصاف أحدهما بالآخر تاره و بنقيضه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله الذي يكون مسبقا بالعدم هو الماهية و هي القضية المتيقنة في الاستصحاب التي يصح أن يقال إنها كانت معدومه و الآن كما كانت و لا يصح أن يقال إن الوجود الربطى كان معدوما و الآن كما كان بالضرورة من العقل و البداهه من الوجدان

فقد ظهر من ذلك كله أن الربطيه و النعتيه و غيرهما من العناوين منتزعه عن وجود العرض و تحققه في الخارج قائما بموضوعه و فانيا فيه فلا يعقل أن يكون مسبوقة بالعدم المحمولى فضلا عن النعتى و إنما المسبوق به ذات العرض بما هو عرض لا بما هو عرضى فافهم و اغتنم و قد ظهر أن هذا مساوق لكذب القضية السالبة بانتفاء الموضوع كما قال به أهل التحقيق

نعم بناء على الوجهين الأولين و هو أن يكون الربطيه من قبل ذات الماهية العرضيه أو تكون الماهية ثالثه رابطه بين الموضوع و المحمول فإذا كانت الماهية بخصوصياتها مسبوقة بالعدم فيصح أن يقال خصوصيتها النعتيه كذلك مسبوقة بالعدم و أوضح من ذلك الوجه الثانى لوضوح أن عنوان الربطيه إذا كانت ماهية من الماهيات فمسبوقة بالعدم لا- محاله فيصح الاستصحاب و كذلك يصح قولهم بصدق السالبة بانتفاء الموضوع فإن نفي الربط كما يصدق مع وجود الموضوع كذلك يصدق مع عدمه أيضا و لعله يرجع إلى ما ذكرنا من الوجهين الخلاف المحكى بين القدماء من المنطقيين و الجماعه المتأخره عنهم من أن مفاد السالبة هو سلب الربط الذى فى الموجه بمعنى أن الإيجاب فى الموجه عباره عن نسبه المحمول إلى الموضوع فيرد على مادّه المحمول و فى السالبة يرد السلب على هذه النسبه الإيجابيه و لازمه عدم وجود السلب و الإيجاب على شىء واحد

و هذا خلاف ما يقضى به الوجدان لبداهه أن ما يثبت للموضوع فى الموجه بعينه يسلب و ينفى فى السالبة و كذلك لازم هذا القول خلو القضية السالبة عن الربط و النسبه و هذا أيضا ممّا لا يساعده الضروره من الوجدان و لذا عدل عن ذلك الجماعه المتأخره و قالوا بأن مفادها ربط السلب أى السلب و الإيجاب يردان على النسبه الخبريه على حدو واحد و هى الماده المشتركه فى كلتا القضيتين الخارجيه عن مادتي الموضوع و المحمول و لازمه القول بتربيع أجزاء القضية كما قالوا و هذا الوجه و إن كان أصلح من الوجه الأول إلما أنه أيضا خلاف التحقيق و يصادمه الوجدان الدقيق إذ من البديهي فى استعمالاتنا و محاوراتنا أن النسبه ليست شيئا برأسها و جزءا للقضية بنفسها إذ لازمه أن يكون من سنخ الماهيات مع أنها منحصره فى المعقولات المعروفه مضافا إلى أن بناء عليه تحتاج بنفسها إلى ما يربطها بطرفيها فافهم جيدا

و قد خرجنا عما هو المقصود فى المقام

و كيف كان فعلى هذين الوجهين يتم استصحاب الأعراض بوجوداتها النعتيه كما يصح صدق السالبة بانتفاء الموضوع أيضا و لكن على ما هو تحقيق الحق فى المقام كما قال به المتأخرون من أهل الصيناعه من أن النسبه فى حاق حقيقتها منقسمه إلى ثبوتيه و سلبيه و أنها بكلا- قسميها وارده على مادّه المحمول فالإيجاب عباره عن ثبوت المحمول العرضى لموضوعه كما أن





سلب المحمول عن موضوعه و أنه غير متّصف به و غير معنون بعنوانه و مرجعه إلى ما ذكرناه و اخترناه على ما يساعد عليه الوجدان فى الاستعمالات و المحاورات من أنّ النسبه الثبوتيه أمر منتزع عن نفس وجود العرض فى محلّه و قيامه به و فنائه فيه كما أنّ السلبيه عباره عن عدم قيام العرض بمحلّه فيصير ذلك وصفا أو عنوانا عدميًا للموضوع لا محاله و هذا معنى قولهم النسبه فى حاقّ حقيقتها تنقسم إلى الثبوتيه و السلبيه

و يشهد لذلك ما بنوا عليه و حقّقوه من أنّ كلّ واحد من الوجود و العدم ينقسم إلى النفسى المحمولى و الربطى نعم قد استشكل صدر المتألّهين فى العدم الربطى نظرا إلى أنّ العدم كيف يكون رابطا مع أنّه لا يصلح لأن يكون منشأ لأثر بل الآثار كلّها من قبل الوجود و هو منشؤها و مبدؤها و لذا قد مال فى حقيقه النسبه إلى ما ذهب إليه المتقدّمون من أنّ النسبه السلبيه سلب ما فى القضيّه الإيجابيه غفله عن تواليه الفاسده و محاذيره الّتى أشير إليها فى الجمله مع مصادمته للضروره و الوجدان

□

و قد أجاد شيخنا الأنصارى قدس سرّه و كيف أجاد بل لعلّه ممّا أجرى الله تعالى على قلمه من التعبير عن العدم الربطى بالتعنى و به يحسم مادّه الإشكال لوضوح صلاحية العدم المضاف أن يصير نعتا لمنوعته و عنوانا له و لو سلّم عدم صلاحيته للربط كما توهم

و الحاصل أنّ الدّوات كما تتّصف بالأوصاف الوجوديه كذلك تتّصف بالأوصاف العدميه بمعنى أن يكون عدم القيام مثلا عنوانا و وجها لزيد كما أن وجوده ربما يكون كذلك

و قد ظهر أن كلّا منهما بذاك الاعتبار ليس مسبوقا بالعدم فلا مجال لاستصحابه بل المسبوق به باعتبار وجود الوصف و عدمه المحمولى و استصحابه بذاك الاعتبار لا يثبت وجوده و عدّه نعتا و إن يلازمه واقعا إلّا أنّ بناء الأصول على التفكيك بين اللّوازم و الملزومات و الملازمات كما لا يخفى

و قد ظهر أيضا أن صدق السّالبه بانتفاء الموضوع من الأغلاط الواضحه و ما يتداول فى الألسنه بنحو من العناية لا محاله لو كان من الاستعمالات الصّحيحه فلا يزاحم مع ما ذكرنا من البيان و إقامة البرهان

نعم هناك مغالطه قد استدللّ بها القائلون بالصّيدق و هى أنّه لو لم يصدق السّالبه عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه لا محاله و التّالى باطل بالضروره فالمقدم مثله مثلا لو لم يصدق زيد ليس بقائم عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه و هو زيد قائم لامتناع ارتفاع النّقيضين و حلّه أنّ العوارض اللّماحقه للموضوعات تاره هى نفس الوجود و العدم و أخرى سائر العوارض كالقيام و القعود و نحوهما

أمّا الوجود و العدم فيلحقان ذات الموضوع بماهيته و حقيقته العاريه عن كلا الوصفين و لذا يكون الحمل فى مثل زيد موجود مبنا على العناية و التجريد و حينئذ فيهما وصفان متقابلان تقابل الإيجاب و السّلب بمعنى امتناع ارتفاعهما بالقياس إلى الماهيات كما يمتنع اجتماعهما أيضا و لا يعقل الواسطه بينهما إذ معروضهما ذوات الماهيات كما قلنا

و أمّا سائر العوارض فتلحق الموضوعات المفروضة وجودها فإنّها هي الّتي تصحّ قيام العرض بها أو نقيضه و انقسامها إلى القسمين و أمّا الماهيّة بذاتها مع قطع النّظر عن كونها موجوده لا تكاد تتصف بالقيام و لا بنقيضه و كذلك سائر العوارض فيكون تقابل كلّ عرض و نقيضه تقابل العدم و الملكة لورودهما على موضوع قابل لأن يتّصف بهما و هو الموضوع المفروض الوجود فيصحّ حينئذ ارتفاعهما بانتفاء موضوعه

نعم بعد فرض وجود الموضوع

لا- يعقل ارتفاعهما كما لا- يمكن اجتماعهما و لا يجرى ذلك بالنسبه إلى وصفى الوجود و العدم فإن فرض انتفاء الموضوع مساوق لآتصاف الماهية بالعدم فلا يعقل تصوّر خلّوها عن الوصفين كما لا يخفى و حينئذ نقول السّالبه عند انتفاء الموضوع بنفسها من الأغلاط لعدم صلاحية الموضوع بعد فرض انتفائه للحقوق عدم القيام به كما لا يصلح للحقوق القيام به فتأمل جيدا فإن قلت على هذا فلا فرق بين السّالبه المحصّله و الموجبه المعدوله المحمول من حيث الصّدق مع أنّهم قد فرّقوا بينهما باعتبار ثبوت الموضوع فى الثانيه كما فى سائر الموجبات دون الأولى قلت نعم لا فرق بينهما بحسب الصّيدق و التفرقه المذكوره عين المدعى فمصادره

نعم فرق بينهما من جهه أخرى و هو ما أشرنا إليه من أنّ الموضوع إذا اتّصف بوصف عدمى يصير ذلك العدم المضاف عنوانا له بلحاظ الثانوى فالفرق بينهما هو الفرق بين العناوين الأولى و الثانويه بمعنى أنّ زيدا إذا حكم عليه بعدم القيام فينزح منه عنوان بسيط ثانوى باللحاظ الثانوى فيتّصف بكونه لا قائم و لذا لو كان موضوعا لحكم شرعى بهذا العنوان فاستصحاب عدم اتّصافه السابق بالعرض لا يثبت ذاك العنوان فافهم جيدا

و كيف كان فنتيجته ما ذكرنا من التّفصيل و التّطويل و إن لم يكن خاليا عن الفائده و الإفاده لشيوع هذا الاستصحاب فى الأبواب كثيرا فلا بدّ من تنقيحه أنّ النّعوت العدميه التى نسبتها إلى منوعاتها نسبه العرض إلى موضوعه مثل عدم كون الشرط مخالفا أو عدم كون الدّم حيضا أو عدم كون الماء كرا أو عدم كون الامراه قرشيّه إلى غير ذلك من الموارد العديده التى لا تحصى لا مجال لاستصحابها بلحاظ عدمها السابق على وجود موضوعاتها لعدم كونها بهذا اللّحاظ مسبوقة بالعدم و بلحاظ عدمها المحمولى لم تؤخذ موضوعا لحكم بل قد عرفت امتناعه ثبوتا و عدم وقوعه إثباتا و حينئذ لو شكّ فى هذه الموارد مثل أنّ الشرط مخالف للكتاب أم لا فلا أصل فى تلك المرحله و لكنّه حيث يوجب الشكّ فى نفوذ الشرط فالأصل المسببى أى أصاله عدم نفوذ الشرط و عدم كون المشروط عليه ملزوما به هو المحكم فافهم و اغتنم

### [الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله قدس سرّه الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد إلى آخره

اعلم أنّ مقتضيات العقد تاره ما يقتضيه بذاته بمعنى أنّ سلب ذلك المقتضى عنه يكون مساوقا لثنيه و إبطاله و أخرى ما يقتضيه بإطلاقه سواء كان من آثاره المترتبّه عليه عرفا مثل اقتضائه للتسليم و التسلم و كون الثمن نقدا و كونه نقد البلد و ما يشبه ذلك أو من الأحكام الثابته له شرعا مثل ثبوت خيار الحيوان للمشتري و خيار المجلس للمتعاقدين و نحوهما فإنّ مرجع الجميع إلى الأحكام الثابته له شرعا غاية إماما تأسيسا أو إمضاء و إلّا فالأثر العرفى لو لا الإمضاء الشرعى لا مانع من اشتراط خلافه لعدم منافاته مع ذات العقد و لا يندرج تحت عموم الشرط المخالف للكتاب فلا محذور

و كيف كان فمن المعلوم أنّ ما كان منافيا لإطلاقه لا- مانع عن اشتراطه لوضوح أنّ معنى الإطلاق صلاحيةه للتقييد و صحّه الاشتراط على خلافه فالمنع عنه من جهه أخرى لا محاله فيندرج المسأله من تلك الجهه فى المسأله السابقه من ملاحظه كونه مخالفا للمشروع أو غير مخالف فما أفاده قدس سرّه من الوجهين لعدم الصّحه لا يجريان فى مورد واحد بل الوجه الأوّل لما كان

منافيا لذات العقد و الثاني لما كان منافيا لما جعله الشارع من آثاره فلا بدّ من ملاحظه دليل

ذلك الجعل من أنه جعل أثرا لذات العقد أو لإطلاقه

و على أى حال لا دخل له بما يقتضيه العقد من الالتزامات المنشأه به صريحا أو ضمنا مطابقه أو التزاما بل من الأحكام الثابته له بالتعبد فالمتبع ملاحظه دليله و كيف كان فقد اختلط هذه المسأله بالمسأله السابقيه و لعلّه المنشأ للإشكال و صعوبه الفرق بين الموارد التى يصحّ الاشتراط عمّا لا يصحّ فكان حقّ المقام تخصيص البحث هنا بالآثار المترتبّه بحسب العرف و العاده على ما ينشأ بالعقد و البحث عمّا هو مقتضى ذات العقد بحيث لو لم يكن كان الإنشاء لغوا و كان اشتراط عدمه مناقضا لما أنشأه بالعقد أوّلا و ما هو مقتضى إطلاقه فاشتراط عدمه كان رافعا للإطلاق المقتضى له لا منافيا لما اقتضاه مع حفظ المقتضى كما لا يخفى على المتدبّر فتدبّر

و أما الآثار المجعوله على العقد شرعا التى لا ربط لها بالإنشاء العقدى و ما ينشأ به و يلتزم به المتعاقدان صريحا أو ضمنا فهى خارجه عن هذه المسأله رأسا و مندرجه فى المسأله السابقيه

و قد عرفت أنّ المتبع ملاحظه دليل الجعل و حينئذ فتشخيص القسمين أى ما يقتضيه ذات العقد أو إطلاقه فى غايه الوضوح و كمال السهوله فإن المنشئات العقدية تاره ينشئها العاقد أوّلا و بالذات و يدلّ العقد عليه مطابقه مثل تملك الأعيان فى البيع و المنافع فى الإجاره و أخرى ينشئها تبعا و ضمنا بحيث يعدّ من مداليل العقد التزاما مثل كون العوض نقد البلد أو كون ما انتقل عنه صحيحا أو غير ذلك من الأمور التى يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بالدلاله الالتزاميه

فإن كان مرجع الاشتراط إلى ما ينافى الأوّل مثل أن يكون مرجعه إلى عدم حصول المبادله و التملك و التملك مثلا فهو مناف لمقتضى العقد لا محاله للزوم المناقضه الواضحه و من هنا يظهر وجه بطلان اشتراط كون البيع بلا عوض و الإجاره بلا أجره فإنّ العوض و الأجره فى البيع و الإجاره من مقوماتهما التى يدلّ العقد عليه بمدلوله اللفظى المطابقى لما عرفت من أنّ حقيقه البيع مبادله الأعيان بالأموال و الإجاره مبادله المنافع بها فاشتراط عدمهما مناف لما أنشأ به العاقد ابتداء كما لا يخفى

و هذا بخلاف اشتراط عدم بيعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو بشخص خاصّ فإنّه لا ينافى مع التملك و التملك المنشأ بالعقد بل هو من آثاره و لوازمه المترتبّه عليه بحسب العرف و العاده لو لا الاشتراط على خلافه

نعم إذا كان مرجع الاشتراط إلى منع جميع الآثار المترتبّه على ما ينشأ بالعقد من الزوجيه و الملكيه و نحوهما فلا يبعد إلحاقه إلى ما ينافى لمقتضى العقد لأنّ ما ينشأ به إنّما هو طريق للوصول إلى تلك الآثار فمع اشتراط عدمها كأنه لم ينشأ بالعقد شيئا فيلزم المناقضه و لو بنحو من العناية و المسامحه و كذلك الأثر الظاهر على وجه كان تمام الغرض و الغايه للعقد و كان سائر الآثار بالنسبه إليه من قبيل ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان غير ملحوظه بنظر المتعاقدين و غير مرغوبه من العقد بحسب العرف و العاده بحيث كان انتفاؤه بنظرهم مساوقا لانتفاء العقد و لعلّ نظر المشهور فى عدم صحّحه اشتراط المنع عن البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع إلى ذلك و لكنّه ليس بجيد لأنّ البيع بالنسبه إلى الملكيه ليس بهذه المثابه

نعم ربما يكون كذلك فى بعض الأعيان بالنسبه إلى بعض الأشخاص إلّا أنّ المناط ليس على ملاحظه الأشخاص بل على ما هو

كذلك نوعا بحسب ما يقتضيه العرف و العاده و من هذا القبيل اشتراط عدم الوطى فى عقد المزواجه فلا مانع عنه كما ورد عليه  
الزوايه

نعم لا يبعد أن يكون المنع عن مطلق الاستمتاع فيه منافيا لمقتضى العقد

بذاك المعنى الذى أشرنا إليه و إن كان مرجعه إلى نفي الالتزامات الضمنية التبعيه التى يتضمنها العقد بحسب العرف و العاده فقد عرفت أنها من مقتضيات إطلاقه المنصرف إلى ما هو المعمول فى نوع المعامله عرفا فإذا صرح على خلافه كالبراءه عن العيوب أو كون الثمن مؤجلا و نحو ذلك فلا إطلاق حتى يكون اشتراط الخلاف منافيا لمقتضاه فلا محذور

و بالجمله فرق بين الالتزام المنشأ فى متن العقد صريحا و مطابقه و الالتزامات التبعيه المتفرعه عليه اللاحقه له عند إطلاقه فاشتراط الخلاف مناف لمقتضى العقد فى القسم الأول دون الثانى و يلحق بالقسم الأول اشتراط المنع عن جميع الآثار أو الأثر المطلوب المرغوب من العقد بحيث يكون سائر الآثار فى جنبه وجودها كعدمها غير مرعيه بنظر المتعاقدين كالملكيه فى عقد البيع بناء على كونها من لوازم البيع حيث إن حقيقته مبادله المال بالمال فى الملك و إن قلنا بأنه تمليك بالعوض فالملكيه نفس المنشأ بالعقد

و على أى حال اشتراط عدمها مناف لمقتضى العقد بخلاف مثل الالتزام بوصف الصيحه أو عدم تغابن العوضين أو كون الثمن مؤجلا- و نحو ذلك فإنها التزامات تبعيه يقتضيها العقد بإطلاقه بحسب العرف و العاده فبالإصحاح على خلافه يرتفع موضوع الإطلاق من دون انثلام فى حقيقه العقد كما هو واضح

و أمّا الآثار الشرعيه الثابته للعقد تعديدا فتاره مترتب على المعقود عليه من دون نظر إلى سببه أصلا مثل الناس مسلطون على أموالهم فإن السيلطنه جعلت أثرا للملكيه من أى سبب كانت و لو حصلت من الإيجاب القهريه كالإرث مثلا و هذا لا مساس له بباب منافيات العقد بوجه فيتمحض المنع عنها بكونه مخالفا للكتاب و من هذا القبيل حق الإسكان الثابت للزوج فلا ربط له بالعقد حتى يكون منعه عنه منافيا لمقتضاه بل الكلام فيه ينبغى أن يقع من حيث كونه حقا قابلا للإسقاط أو حكما تعديدا غير قابل له لا من حيث منافاته للعقد و كذلك ما يرجع إلى قصر السلطنه فى الأموال مثل المنع عن البيع و أمثاله

و قد عرفت فى المسأله السابقه أن كلما يرجع إلى باب الحقوق يصح إسقاطه بالاشتراط فى متن العقد أو بعده فإنه مقتضى كمال السلطنه و تماميتها كما لا يخفى و أخرى مترتب على العقد بما هو عقد خاص كخيارى المجلس و الحيوان فى عقد البيع و هذا القسم يمكن إدراجه فى المسأله بأن المنع عن تلك الآثار مخالف لما يقتضيه العقد شرعا و لكن مع ذلك حكمه موكول إلى المسأله السابقه من الفرق بين كونها حقا أو حكما وضعيا أو تكليفا و الرجوع إلى دليله من حيث قابليته للاشتراط على خلافه و عدمها

و حينئذ فاشتراط عدم الخيارين فى البيع مثلا لا محذور فيه إن كان مرجعه إلى إسقاط ما جعله الشارع حقا لهما لما نقحنا فى المباحث السابقه أن حقيقه الحق متقومه بكونه تحت سلطانه و زمامه بيده

نعم لو كان مرجعه إلى عدم كون العقد خياريا فيرجع إلى التصرف فى الحكم الشرعى فلا ينتقل و لا يجوز قطعا فتأمل جيدا و مما ذكرنا ظهر أن بعض المسائل المبحوث عنها فى المقام لا مساس له بالشروط المخالف لمقتضى العقد مثل اشتراط عدم بيعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو من شخص خاص فلا- مانع من الاشتراط من غير فرق بين العتق و غيره كما قيل و إلا فبناء العتق على

التغلب لا يكاد ينفذ كما لا يخفى و كذلك اشتراط عدم إخراج الزوجه عن بلدها لما عرفت من أنه غير مرتبط بالعقد

نعم ينبغي التكلم فى بعض هذه المسائل مثل الفرق بين الإجاره و العاريه و جواز اشتراط الضمان فى الثانى



دون الأول و اشتراط توارث الزوجين في عقد المتعه و اشتراط عدم الخسران في عقد الشركه فإنها لا يخلو عن التأمل و الإشكال

□  
فقول و على الله الاتكال أما الأولى فالمشهور بينهم عدم جواز اشتراط الضمان في عقد الإجاره دون العاريه معللاً بأنه مخالف لمقتضى العقد و ناقش فيه المقدس الأردبيلي و تبعه شارح الروضه في حاشيته عليها بمنع كونه منافياً لذات العقد بل ينافي إطلاقه الغير المنافى مع اشتراط خلافه و عن بعضهم على ما حكى شيخنا المحقق الأستاذ دام ظلّه التفصيل بين الإجاره على الأموال فلا يجوز و على الأعمال فيجوز إذ فرق بينهما ففي إجاره العين يقع مال المؤجر في يد المستأجر و معنى ضمانه ضمان المستأجر و في الإجاره على الأعمال كالخياطه و القصاره و نحوهما يقع مال المستأجر في يد الأجير و المراد بضمانه ضمان الأجير لا المستأجر

ثم إن المتسالم بينهم ظاهراً في القسم الثاني عدم استحقاق الأجير للأجره إلا بمقدار وفائه للعمل فيستحق الأجره تدريجاً بأداء العمل كذلك و هذا ينطبق على ما هو المعروف من أن الإجاره عقد على المنافع التدريجيّه الموجوده جزءاً فجزءاً و لا إشكال فيه من حيث كونها معدومه فلا يصحّ تعلّق العقد بها و تملكها بعد ما كان لها نحو وجود اعتباراً عند العقلاء و يصحّ بذل المال بإزائها عندهم و جرت سيرتهم عليه

و أمّا القسم الأول أى الإجاره على الأعيان فالمتسالم عندهم ظاهراً استحقاق المؤجر للأجره بمجرد تسليم العين و عدم حقّ التّكول للمستأجر بعد وضع يده عليها و أنّ استقرار ملكيته للأجره يتوقف على انقضاء المدّه فلو تلف العين أو سلب عنها المنفعه تحسب عليه و انطبق هذا الفتوى على تملك المنافع لا يخلو عن الإشكال إذ المنافع تدريجيّه فلازمها استحقاق الأجره كذلك

ثم إنه لو استحقّ الأجره بتسليم العين فتوقّف استقرار ملكيته على انقضاء المدّه لا يستقيم بظاهره و من ذلك كله يستكشف أنّ ما يقع عليه الإجاره ليس صرف المنافع المتدرّجه و إلا فقد عرفت أنه لا وجه لاستحقاق الأجره بتسليم العين بل للعين نحو دخل في متعلّق الإجاره و لذا نقل عن بعض أهل النّظر من هؤلاء الأواخر أنّ الإجاره تملك العين موقّناً و لكن فساده واضح لعدم معهوديّة التوقيت في الملكيه في الشّريعه إلا أنّ بناء ذاك القائل مخالفه القوم في هذه المراحل فتأمل

و يظهر من المحقق و العلّامه قدّس سرهما من تعريفهم لها بأنّها عقد ثمرته تملك المنافع أنّ المعقود عليه ليس صرف المنافع بل المحكى عن التذكرة التصريح بذلك و هو كذلك عند التّحقيق و النّظر الدّقيق فإنّ النّقل و الانتقال تارة يقع على نفس الأعيان فيتبعه آثار الملكيه و كلّما يكون من لوازمها عرفاً و شرعاً و منها كون العين تحت يده الانتفاعيّة بمعنى سلطنته عليها على نحو يصحّ له الانتفاع بها بأنحاء منافعتها و إن لم ينتفع بها فعلاً

و أخرى يقع على نفس المنافع المستوفاه تدريجاً فإنها و إن كانت معدومه و لكن لها نحو وجود باعتبار قابليّه العين لها و نحو اعتبار عقلانيّ يصحّ بذل المال بإزائها كما قدمناه فلا إشكال في تملكها من تلك الجبهه و لكن لازمه تقسيط الثمن الذي يقابلها و انتقاله إلى من انتقل إليه جزءاً فجزءاً حيث إن استحقاقه للأخذ مشروط بقبض ما انتقل عنه إلى المنافع و المفروض كون قبضها تدريجياً فيكون استحقاقه لأخذ الثمن كذلك فافهم

و ثالثه يقع على ذاك الأمر المتوسط الذي أشرنا إليه من أنه من توابع الملكيه و لوازمها أى كون

العين تحت يد الانتفاع و هذا المعنى أيضا اعتبار عقلائي يصح بذل المال بإزائه بل هو أقوى من المنافع الفعلية فإنه أمر يتحقق بالعقد و ينشأ بإنشاء تملكه و إن كان بقاؤه منوطا ببقاء العين على قابليته الانتفاع

أمّا القسم الأول فهو مختص بالبيع و ما هو موضوع لنقل الأعيان من العقود و أما القسمان الأخيران فيقع الكلام في أنّ المعقود عليه في عقد الإجارة أيهما هل هو نفس المنافع التدريجية أو ذلك المعنى المتوسط الذي تصوّرناه و على الثاني ينحلّ ذاك الإشكال الذي أشرنا إليه من تسالمهم على استحقاق الأجره بتمامها بتسليم العين إلى المستأجر لما عرفت من أنه أمر متحقق حال العقد و ينشأ به أنا لا تدريجا و قبضه إلى من انتقل إليه أيضا بنفس قبض العين و وضع يده عليها فيستحقّ المؤجر العوض أي الأجره بتمامها بنفس تسليم العين لا أن يكون القبض تدريجا حتى يكون استحقاق العوض أيضا كذلك كما يستقيم أيضا تسالمهم على توقف استقرار العوض في ملكه ببقاء العين على قابليته الانتفاع لما عرفت من أنّ هذا المعنى و إن كان أنّي الحصول بالعقد لكن بقاؤه متقوم ببقاء العين أيضا فبخروج العين عن الانتفاع المقصود بالعقد يخرج عن كونه مقبوضا و يترتب عليه حكم التلف قبل القبض فتأمل جيدا

و كيف كان فلو قلنا بأنّ المعقود عليه في إجاره الأعيان ذاك المعنى المتوسط المستتبع للمنافع التدريجية كما هو التحقيق و الظاهر من كلمات بعض الأجله كالمحقق و العلامة بأنّها عقد ثمرته تملك المنافع فاستحقاق المستأجر لوضع اليد على العين في كمال الوضوح لما عرفت من أنّ حقيقه العقود عليه متقومه بوضع اليد على العين بل هو معنى كما لا يخفى و أمّا على القول بأنّه نفس المنافع فلازم استحقاقها و ملكيتها وضع اليد عليها عقلا

و على أيّ حال فنفس الإنشاء العقدي متضمن لكون العين تحت انتفاعه إما مطابقه على الأول أو التزاما على الوجه الثاني فيكون وضع اليد على العين عن حق مالكي منشأ بالعقد مطابقه أو التزاما فاشترط ضمانها على المستأجر خلاف الكتاب كما هو واضح فكون اليد عن حق مالكي إنّما يثبت بالعقد و من المدلولات الالتزامية لما هو المنشأ به بل نفس المنشأ على تقدير و عدم ضمان اليد الثابت عن حق و استحقاق أمر ثابت في الشرع فلا ينفذ اشتراط الضمان و هذا بخلاف الإجاره على الأعمال فإنّ مال المستأجر هنا يقع عليه يد المؤجر و لا استحقاق له على وضع اليد عليه لجواز استيفاء العمل مع كون العين في يد مالكيها أو بذل المالك للأجره بلا استيفاء العمل فلا يكون يد المؤجر عليها بحق يلزمه العقد بوجه فلا بأس باشتراط كونها مضمونا عليه لعدم منافاته لمقتضى العقد بل هو لا اقتضاء بالنسبه إليه كما في العاربه على ما سنشير إليها إجمالا و لا يكون مخالفا للمشروع أيضا كما هو واضح

و حينئذ فالتحقيق هو التفصيل بين الإجاره على الأعيان و الأموال لما ذكرنا من أنّ الفرق الواضح بينهما و على هذا فما ورد في بعض الأخبار من جواز شرط الضمان على مثل الملاح و المكاري و الجمال خال عن الإشكال و على مقتضى القاعده فإنه في إجاره السيفينه من الملاح لحمل الطعام و اشتراط أنه لو نقص كان عليه فقال ع جائز إلى آخره فيكون من باب الإجاره على العمل فراجع و تأمل و لا تغفل

و كيف كان فقد ظهر أنّ وجه عدم الضمان في الإجاره إنّما هو استحقاق المستأجر لوضع اليد على العين الناشئ من قبل نفس



مطابقه أو التزاما بأحد الوجهين و إذا كان يده بحق مالكي أي يملكه بالعقد لا مجرد كونه برضا المالك و تسليطه عليه فاشترط كون اليد يد ضمان خلاف للمشروع إذ الذي هو محلّ الكلام هو هذا لا مجرد أنه لو تلف العين يتداركه المستأجر من ماله فإنه ربما يكون نافذا جائزا فتأمل جيدا

و من هذا القبيل يد المرتهن على العين المرهونه فإنه أيضا بحق مالكي ناش من قبل العقد فإن كون العين وثيقه عنده بحيث كان له استيفاء ماله عنها في محله لا يكاد ينفك عن وضع اليد على العين و كونها تحت سلطنته فاشترط الضمان فيه أيضا مناف لمقتضى العقد بالمعنى الذي ذكرناه

و أما سائر أبواب الأمانات فما عدا العاربه و هو الوكالة و الوديعه فكذلك أي لا يصح شرط الضمان لكن لا من جهة استحقاقه كون العين في يده بل من جهة كونها استتابه عن المالك فجعل يدهما بمنزله يده ينافي ضمانه فحقيقه الاستتابه منافيه للضمان لإرجاعه إلى ضمان نفسه

و على هذا فلا فرق في الوكالة بين كونها تبرعا أو بجعل فإنّ الجعل لا ينافي الاستتابه نعم لو قيل كما توهم أن عدم الضمان من جهة إرجاعهما إلى مصلحة المالك فيتفاوت صورته التبرع و غيرها و لكن مجرد ذلك لا يكاد يكفي في عدم الضمان إلا بضميمة مثل ما جعل الله على المحسنين سبيلا و أمثال ذلك حتى يتم و ينتج و على أي حال بعد ما عرفت من منافاه الاستتابه مع الضمان و كونهما من هذا الباب فلا نحتاج إلى كبرى أخرى

بقي الكلام من الأمانات الخمس في العاربه و قد ظهر أنه لا مانع من اشتراط الضمان فيها لعدم دخولها في إحدى الكبريات المذكوره من كون تصرف المستعير عن حق مالكي أو استتابه أو كونه مصلحة للمالك و إحسانا عليه بل مجرد تحليل و إباحه و هذا غير مقتض لعدم الضمان بوجه

نعم مقتضى إطلاقها و إرسالها ذلك و عليه يحمل ما في بعض الأخبار ليس على المستعير عاربه ضمان إلى آخره فإنّ عدم الضمان كما يمكن أن يكون مستندا إلى علّه موجب لذلك كذلك يمكن أن يكون لعدم مقتضى للضمان فلا اقتضاء للعقد بحسب ذاته لا له و لا لعدمه فيصح اشتراط الضمان كما يصح اشتراط عدمه و طريق استكشاف ذلك أي كونه من باب عدم العلّه أو العلّه الموجبه لعدمه ما في الأخبار العديده من الضمان عند الاشتراط فراجع

و قد ظهر ممّا تقدّم أنّ حال الإجاره على الأعمال بعينه حال العاربه في عدم دخولها في الكبريات المذكوره المنافيه للاشتراط كما هو واضح الثانيه في اشتراط عدم الخسران في عقد الشركه فإنه أيضا محلّ خلاف و إشكال و على جوازه وردت روايه صحيحه عن رفاعه قال سألت أبا الحسن موسى ع عن رجل شارك رجلا في جاريه له و قال إن ربنا فيها فللك نصف الزبح و إن كانت وضيعه فليس عليك شيء فقال ع لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه إلى آخره و لكن منعه ابن إدريس مطلقا لمنافاته مع الشركه و الروايه خبر واحد ليس حجّه عنده

و عن التنقيح الاقتصار على مورد النصّ تعبدا و عن المحقق في الشرائع جوازه في مطلق الحيوان و لا يعلم له وجه و عن الدروس

كما نقل عنه التعدى إلى مطلق المبيع معللا- بأن تبعيته المال من لوازم الشركه المطلقه لا- مطلق الشركه فلا ينافى فى اشتراط  
خلافها و الروايه على القاعده فيتعدى عن موردها إلى سائر الموارد أيضا

هذا ما أفاده قدس سره فى بيع الحيوان و فى الشركه الابتدائيه استظهر البطلان و فى الصلح تسلّم الصّحه بلا إشكال و لذا أورد  
عليه صاحب الجواهر بالتّهافت بين

كلماته و لكن سيّضح لك عدم التّهافت بينها و أنّ كل واحد وقع في محله

و بالجمله كلمات الأكاربر على ما نقل مختلفه في الأبواب الثلاثه فالظاهر في باب الصّيلح تسالمهم على الصّيحه لمكان غير واحد من الأخبار كما أنّ الظاهر أيضا تسالمهم على البطلان فيما إذا كان الشّروط في ضمن عقد الشركه معلّلا بعدم وقوع الزيادة لأحدهما في مقابل عوض و لا وقع اشتراطها في ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين و لا اقتضى تملكها عقد هبه و الأسباب المقرّره للملك معدوده و ليس هذا منها

هكذا و أفادوا و نعم ما أفادوا فإنّ حقيقه الشّركه إنّما تحصل بامتزاج المالين لا بالعقد و لذا لو عقد أو لم يحصل الامتزاج لا يتحقّق الشّركه كما أنّه لو امتزج المالان يتحقّق الشّركه و إن لم يعقدا فالشّركه من لوازم الامتزاج الواقع في الخارج

و من الواضح كون التّماءات الحادثه أيضا مشتركه بينهما بنسبه أصلها كما أنّ النقص لو ورد على المجموع و ليس لذلك الامتزاج المتحقّق في الخارج قهرا أو اختيارا مساس بباب العقد و اللفظ و الإنشاء و نحو ذلك حتى يبحث أنّ التساوى في الرّبح و الخسران هل مقتضى ذات العقد أو مقتضى إطلاقه كما هو واضح بل هو مقتضى الشّركه الخارجيه الحاصله بالامتزاج و لكن حيث إنّ مقتضى الشّركه عدم جواز التصرّف لكلّ منهما بدون إذن الآخر ففائده العقد هي الإذن في التصرّف في مقام التجاره و الاسترباح من أحدهما أو كليهما و كيفيه العمل على وجه تعاطيا عليه في عقد الشّركه و حينئذ فاشترط التفاضل و النقص في الرّبح و الخسران في ضمنه لا يكاد يفيد شيئا لأنّه بمثابة الشّروط الابتدائيه حيث لا يرجع إلى خصوصيات الإذن و كيفيه العمل لوضوح أن مجرّد اقتترانه بالعقد لا يوجب صيرورته شرطا في ضمن العقد فافهم

و بالجمله إذا لوحظ هذا الاشتراط إلى الشّركه الحاصله بالامتزاج و لو لم يكن مسبقا بالعقد فمخالف للمشروع و ما يقتضيه الشّركه عرفا و شرعا و هو أنّ نماء كل مال لصاحبه لا محاله إلّا بسبب مملّك مفقود في المقام على الفرض و إذا لوحظ إلى عقد الشّركه يكون من قبيل الشّروط الابتدائيه الغير النافذه على ما سيأتى توضيحه لعدم ارتباطه بما هو المنشأ بالعقد من إذن كلّ واحد منها في التصرّف في مال الآخر بإعماله في مقام التكبّس و الاسترباح

نعم لو كان الشّروط راجعا إلى خصوصيات العمل فكونه في ضمن عقد جائز لا يضرّ حيث إنّ مرجعه إلى تقييد الإذن فبدونه يبطل العقد لا- الشّروط و بعبارة أخرى المشروط عليه ملزم بالوفاء بالشّروط مع التزامه بالشّركه نظير الوجوب الشرطى في المستحبات العباديه

و كيف كان فقد تحضّل أنّ المتّجه بطلان اشتراط التّفاوت في الرّبح و الخسران في الشّركه الابتدائيه أى ما يكون بالعقد كما أفاد الدّروس و غيره و لكن لا- يخفى أنّ مقتضى تعليلهم من لزوم انتقال الزيادة في ملك المشروط له بلا عوض و بلا سبب مملّك من هبه أو وقوعه في ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين أنّه لو كان للمشروط له عمل أو كان الاشتراط في ضمن عقد المعاوضه كالبيع مثلا كما هو مورد الروايتين الواردتين في الجاربه كان صحيحا نافذا إذ على الأوّل يكون الزيادة في مقابل العمل كما في باب القراض و لذا قالوا بأنّ الاسترباح إذا كان منوطا بعمل فهو بالقراض أشبه من الشّركه فيصير الشرط هنا

من خصوصيات الإذن و كيفية جعل المنشأ بالعقد

و قد عرفت أنّ مع فرض بقاء الشركه و حفظها يجب الوفاء بالشّروط



إذ بدونه لا إذن كما في سائر العقود الإذنيه كالوكاله ونحوها فيصح الاشتراط سواء كان للآخر أيضا عمل أو اختص بالمشروط له إذ مرجع الاشتراط إلى تبرع الشارط في عمله فلا بأس و أمّا الثاني أى ما كان في ضمن عقد معاوضه نشأت منه الشّروط فمقتضى القاعده و التعليل المذكور أيضا الصّحه لصيرورته ضميمه لأحد العوضين فلا يكون بلا عوض و لوقوعه في ضمن عقد لازم فيلزم

نعم فيه إشكال الغرور الجهاله و كونه متعلّقا على أمر غير حاصل و انحصار الأسباب المملّكه بالعقود الخاصه فإن قلنا بأنّ الملكيه لا- لتوقّف على سبب خاصّ كما يأتى توضيحه إن شاء الله و أنّ القدر المسلّم من التعلّيق الممنوع إنّما هو فى باب العقود و الإيقاعات لأنّ الدليل الوافى به ليس إلّا الإجماع الممكن تخصيصه بالباين دون باب الشّروط كما يأتى تنقيح ذلك أيضا إن شاء الله و أنّ الجهاله حيث يضاف الرّبح و الخسران إلى رأس المال و هو أمر مقدّر لا بأس بها فاشتراط التفاضل لا بأس به كما هو المنصوص فى قضيه الجاربه فيكون الزّوايتان على القاعده الموجهه لجواز التعدّى إلى سائر الموارد كما أفاد الدّروس قدس سرّه و بينه و بين الاشتراط فى ضمن عقد الشّركه بون بعيد لا يقاس أحدهما بالآخر فتدبر

هذا إذا كان مرجع الاشتراط إلى جبر خسارته من ماله الذى ينتقل إليه بالمعامله فمرجهه إلى تمليك مقدار من حصّته على تقدير الخسران فلا محذور فيه عدا الجهاله و التعلّيق و أمّا إذا كان المرجع عدم انتقال مقدار من الثّمن إلى الشّارط رأسا بل ينتقل إلى المشروط له ابتداء فهذا خلاف القاعده و مخالف للكتاب و السّينه بالبدهه لإرجاعه إلى عدم انتقال العوض إلى من له المعوّض بل إلى غيره و هذا فاسد جدا و الزّوايتان و إن أمكن انطباقهما على الوجهين و لكن لا داعى إلى حملهما على الوجه الثانى بعد صلاحيه الحمل على الوجه الأوّل لو لم تكونا ظاهرين فيه لأنّ ما يتعلّق به الغرض غالبا عدم الخسران و جبر النّقصان بأى وجه كان و أمّا كونه بوجه خاصّ فلا- يكون ملحوظا للأنظار كما لا- يخفى كما أنّ صحّه الاشتراط أيضا مبنى على عدم شمول الخسران لصوره تلف المال رأسا كما هو الظاهر المتبادر منه عرفا و أمّا لو قيل بشموله للتلف أيضا حيث إنّه أقوى مصاديق الخسران فلا ينبغى الشّبهه فى بطلان الشّروط لإرجاعه إلى كون المملوك فى عهده غير مالكه و أن خسارته و دركه على غيره هذا مناف للقاعده و الملازمه بين الضّمان و الملكيه و لا يقاس على ضمان ما فى الدّمه لبدهه الفرق بين المقامين كما لا يخفى على أهل البصيره فإنّ مرجع الضّمان انتقال ما فى ذمّه المضمون له إلى ذمّه الضّامن لا كون العين الموجوده مملوكه لأحد و كون ضمانها على الآخر فإنّ حقيقه الملكيه كون الدّرك و الخساره على المالك فافهم و لكنّ الأوصاف أنّ المتبادر من الخسران وقوع النقص على المال عند المعاوضه لا مطلق الدّرك حتى عند التّلف

نعم ظاهر ما ورد فى باب الصّيلح من قوله و عليك التوى إلى آخره شموله لصوره التّلف أيضا و لكن هذه الأخبار كلّها محموله على صوره إرادته فسخ الشّركه و تسالم أحد الشّريكين على أخذ رأس ماله و تجاوزه عن ربحه و خسارته و هذا لا مانع منه بوجه من الوجوه لا من جهه منافاته مع الشّركه لما عرفت من أنّه عند إرادته فسخها أو انقضائها و لا من جهه الرّبح و الخسران لإرجاعه إلى هبه كل واحد منهما ما عنده من الزياده إلى الآخر إن كان عينا و إلى إبراء ما فى ذمّته إن كان دينا

نعم ربما يلزم فى بعض صوره الربا و لكنّه كالغرر و الجهاله مغتفر فى باب الصّيلح و بالجمله فقد ظهر اختلاف الحكم

فى الأبواب الثلاثة كما نقل عن الشَّهيد و تبعه غيره أيضا فلا تناقض بين كلماتهم كما أورد صاحب الجواهر على الشَّهيد قدس سرهما

و قد عرفت كمال الفرق بين الأبواب و العجب منه قدس سره أنه شدّد النكير على الشَّهيد فى صحّحه الاشتراط فى ضمن عقد البيع و فى باب الشَّرْكَه ظاهره الميل إلى الصَّيْحه مع ما عرفت أنّ الأمر بالعكس فراجع و تأمل و أعجب منه حملة مورد الزوايتين فى الجارية على بيع الكلّى فى المعين فى مقام تطبيقهما على القاعده مع أنّ تصويره فى غايه الإشكال و على فرض التّصوير لازمه عدم استحقاق الرِّبح أيضا

نعم فى الأخبار الواردة فى باب الصّالح يمكن تطبيقها عليها كما تقدّم و كيف كان فما أفاد الشَّهيد فى باب الصَّيْح و فى ضمن عقد البيع الموجب للشَّرْكَه من صحّحه الاشتراط بل و كذلك كل عقد لازم كان موجبا للشَّرْكَه و عدم الصَّيْحه فى عقد الشَّرْكَه كلّها على القاعده و منطبق على الأصول الكلّيه كما أشير إليها فى الجمله

بقى الكلام فيما إذا حصل الشَّرْكَه بسبب آخر قهرى كالإرث و نحوه أو اختيارى كالبيع و الحيازه و نحوهما ثم اشتراط التفاوت فى الرِّبح و الخسران فى ضمن عقد لازم آخر و بعبارة أخرى تارة يكون الاشتراط فى ضمن عقد هو منشأ الشَّرْكَه و أخرى فى ضمن عقد بعد فرض تحقّقها بسبب آخر و الفرق أنّ على الأول يمكن القول بأنّ الشَّرْكَه إنّما تحقّقت على هذا الوجه فلا اقتضاء لها حتى ينافيه الاشتراط بخلاف الثانى فإنّ الشَّرْكَه المتحقّقه سابقا مقتضيه لتساويهما فى الرِّبح و الخسران فاشتراط التفاوت مناف لمقتضاها و إن لم يكن فيه محذور من جهه كون التفاضل بلا- عوض أو من جهه عدم السبب المملّك لما عرفت من اندفاعهما إذا كان فى ضمن عقد لازم

و لكن قد عرفت أنّ اشتراط التفاضل يتصوّر بأحد الوجهين تارة يكون مرجعه إلى عدم دخول الزيادة فى ملك الشَّارط و انتقاله إلى المشروط له ابتداء أى عند حصول المعاوضه و ظهور الرِّبح و أخرى إلى انتقالها إلى مالكها على القاعده ثم انتقاله من ملكه إلى المشروط له

و قد عرفت أنّ على الأوّل لا- يجوز الاشتراط فى ضمن العقد المنشأ للشَّرْكَه أيضا لمنافاته مع ما يقتضيه الملكيه و مخالفته للقواعد المستفاده من الكتاب و السنه و على الثانى لا محذور فيه فى كلا المقامين لعدم منافاته مع ما يقتضيه الشَّرْكَه حتّى يفرّق بين كونها متحقّقه سابقا أو حاصله بنفس هذا العقد

نعم فيه إشكال الغرر و الجهاله و انحصار سبب الملك فى العقود المعهوده و تعليق التملّيك على المرابحه و ظهور الرِّبح و قد أشرنا سابقا أنّ الوجوه الثلاثة قابله للمنع كما يأتى توضيحه إن شاء الله

و كيف كان فقد تلخّص من مجموع ما ذكرنا أنّ اشتراط التفاضل لأحد الشَّرْيكين بجميع وجوه المتصوّره من كون الرِّبح لأحدهما و الخسران بينهما أو الرِّبح بينهما و الخسران على أحدهما أو تفاضل أحدهما فى الرِّبح من دون أن يكون له عمل موجب لاستحقاقه لذلك تارة فى ضمن عقد الشَّرْكَه ابتداء و أخرى فى ضمن عقد لازم يحصل منه الشَّرْكَه سواء كان العقد

بينهما أو بينهما و بين ثالث يشترط تفاضل أحدهما في الرّبح على الآخر و ثالثه في ضمن عقد لازم مع تحقّق الشّركه سابقا بأسبابها القهريّه أو الاختياريّه ففي القسم الأوّل الوجه بطلان الشّروط لمنافاته مع القواعد الكلّيّه و ما يقتضيه عقد المشاركه أيضا و أمّا في القسمين الأخيرين فالمتّجه النفوذ و الجواز إن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من أحد الوجهين و لم يمنع الغرر و التّعليق و كون الشّروط مملّكا و إلّا ففي صحّته

إشكال بل منع و الله العالم بحقيقه الحال

### [الشَّرْطُ السَّادِسُ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّرْطُ مَجْهُولًا]

قوله قدس سرّه الشَّرْطُ السَّادِسُ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّرْطُ مَجْهُولًا إِلَى آخِرِهِ

و ليعلم أولاً- أن محلّ الكلام في الشَّرْطِ الواقع في ضمن العقد المذموم لم يكن وضعه على التَّغَابُنِ و المَهَابَاهِ كالبيع و الإجاره و نحوهما و أمّا ما بنى لذلك و وضع للتَّمْلِيكِ و التَّمْلِكِ للأشياء المجهوله كالصَّيْلِحِ فالشَّرْطُ المَجْهُولُ في ضمنه لا بأس به إذ لا معنى لأن يعتبر فيه ما لم يعتبر في نفس العوضين و أن لا- يغتفر فيما هو بمنزله الضَّمِيمِ لأحدهما مما اغتفر فيهما من الغرر و الجهاله كما لا- محذور فيه من جهة إطلاق التَّبَوِي النَّهْيِ عن الغرر لخروج الصَّيْلِحِ عنه على الفرض فيكون خارجاً بجميع ما يتضمّنه من الشُّرُوطِ و اللُّوَأْحِ لا محاله

و بالجمله فهذا القسم من الشَّرْطِ خارج عن محلّ الكلام و لا يضرّ به الجهاله بلا شبهه كما لا شبهه ظاهراً في بطلان ما يكون راجعاً إلى أوصاف العوضين فإنّ الظاهر اتّفاقهم على بطلانه كما صرّحوا به في مسأله تعيين الأجل للثمن أو المثلث في التسيئه و بيع السِّلْمِ بأن اشتراط الأجل لو لم يكن مضبوطاً معيّناً يوجب بطلان المعامله لمكان الغرر و الجهاله فضلاً عن الأوصاف الرّاجعه إلى نفس الثمن و المثلث كما هو واضح لا يخفى

فمحطّ الكلام في الشُّرُوطِ الخارجيه الغير المرتبطه بهما لو لا الشَّرْطُ فالكلام في أنّ باشتراطها في ضمن العقد يرتبط بهما بحيث تصير ضميمه لهما و جهالته يوجب جهالتهما أو مجرد التزام تبعي غير مقصود في العقد أصاله فيكون من قبيل توابع الدار مثلاً مثل ممّره و مفتاحه و أمثال ذلك ممّا لا يكون جهالته موجبا لجهالته و هذا هو المراد من الدروس فيما لو جعل الحمل جزءاً للمبيع فقال الأقوى الصّحّه لأنّه بمنزله الاشتراط و لا يضرّ الجهاله لأنّه تابع انتهى

و لكن لا يخفى أنّ مجرد التبعيه ليس من الكبريات التي لا يضرّ فيها الجهاله لعدم مساعده دليل عليه لا عقلاً و لا نقلاً و اغتفارها بعض التوابع لأجل دليل أو إجماع لا- يقتضى استفاده قاعده كليّه في جميع التوابع فلو سلم كون الشَّرْطِ تابعا و وقوعه ضميمه لأحد العوضين فلا دليل على اغتفار الجهاله فيه بمجرد ذلك

نعم تعليله بذلك في العقود التي لا يضرّ الجهاله فيها بنفسها كالصَّيْلِحِ مثلاً لا بأس به و يتمّ به المدعى حيث إنّ تبعيته تقتضى اغتفار الجهاله فيه أيضا كما لا يخفى و أمّا في غير هذا المقام فإثبات التبعيه لا يقتضى عدم المنع من الجهاله

هذا مضافاً إلى إمكان منع التبعيه رأساً مع كون الالتزام العقدي منوطاً بالشَّرْطِ بحيث لو لم يف به كان للمشروط له فكّ التزامه و فسخه و كون عدم الوفاء به موجبا للخيار دون البطلان لا- يقتضى تبعيته كيف و الحكم في الشُّرُوطِ الرّاجعه إلى أوصاف العوضين أيضا كذلك يوجب الخيار دون الفساد هذا مضافاً إلى ما صرّحوا به من أنّ للشَّرْطِ قسطاً من الثمن بمعنى أنّه يوجب زياده المائيه و بذل الثمن بإزاء ما كان في طرفه بحيث لو لم يكن هذا الشَّرْطُ لم يبذل بإزائه هذا المقدار من الثمن أو هذا

المثمن و مع ذلك كيف يصحّ دعوى أنّه غير مقصود في العقد غير ملحوظ في المعاوضه

و بالجمله فقد ظهر أنّ المتّجه هو القول بالبطلان لصيرورته ضميمه لأحد العوضين كالأوصاف فجهالته توجب جهالتهما لا محاله مضافا إلى أنّ إطلاق النبويّ يقتضى بطلانه بنفسه و لا موجب لأن يدعى انصرافه إلى غير الشّروط نعم ما كان مشتملا على لفظ البيع من الأخبار فيمكن دعوى عدم شموله للشّروط المجهول بناء على كون المراد من البيع هو المسبّب لا عقد البيع فتأمل جيّدا

و كيف كان فما أفاده قدّس سرّه من الوجهين

للبطالان في محله و في غايه المتانہ إلا أن استدراكه في آخر كلامه فيما إذا عدّ المشروط تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج لا يخلو عن الإشكال إذ لو لم يكن مقصودا فلا موجب للاشتراط و قد عرفت أن التبعية ليست كبرى كئيه حتى في مثل المقام

### [الشَّرْطُ السَّابِعُ أَنْ لَا يَكُونَ مُسْتَلْزَمَا لِلْمَحَالِ]

قوله قدس سره الشرط السابع أن لا يكون مستلزما للمحال إلى آخره

و قد مثلوا له بقول البائع بعتك بشرط أن تبعه مني أو بعتك بشرط أن يكون مبيعا لي و الأول شرط الفعل و الثاني شرط النتيجة فيملك بنفس الشرط لو كان صحيحا بناءً على عدم اختصاصه بسبب خاص و حصوله بالشرط أيضا و كيف كان فالثاني أولى بالبطالان كما سيوضح عليك إن شاء الله و لكن محط الكلام و النقض و الإبرام هو الأول و الظاهر اتفاقهم على بطلان هذا الشرط و إنما الكلام في وجه البطلان فقد علله العلامة في التذكرة بأنه مستلزم للدور لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور إما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنه انتهى

و قرره في جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بظاهره واضح الفساد كما أورد عليه جماعه ممن تأخر عنه إذ لا يكاد يخفى على فاضل أن حصول الملكيه لا يتوقف على تحقق الشرط في الخارج فكيف يخفى على مثل العلامة مع أن كلماته في التذكرة و غيره مشحونه من أن سبب الملكيه هو العقد و حصول الشرط موجب للزومه فلا وقع إنصافا للإيراد عليه بأن صحه العقد لا يتوقف على حصول الشرط فلا دور و إن صدر ذلك عن بعض الأكابر مثل الشهيد و غيره كما أنه قدس سره متفطن للانتقاضات الواردة عليه من اشتراط بيعه لغيره أو وقفه عليه أو على ولده أو عتقه أو اشتراط كون المبيع رهنا على الثمن و غير ذلك من الأمور المتوقفه على الملك فإن الملكيه لو كانت متوقفه على الشرط أيضا يلزم الدور بالتقريب المتقدم فتخصيصه للمقام بلزوم الدور يكشف عن أن غرضه بيان مطلب آخر

قال في التذكرة بعد كلامه المتقدم لا- يقال ما التزمتموه من الدورات هنا أي في اشتراط بيعه على غيره لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى و منه يعلم أيضا أن جهه الإشكال ليست مجرد توقف صحه الشرط على الملك بل المحذور شيء آخر مختص بالاشتراط على البائع دون غيره

و كيف كان فالظاهر أن ما أورد عليه كله من سواء التعبير الواقع في كلامه في بيان الدور و المدى يمكن أن يقال في تقريب الدور و توجيه الإشكال على وجه يختص بالمقام دون سائر الأمور المتوقفه على الملك كما يلوح من كلامه قدس سره في مقام آخر من التذكرة أن الشرط لا بد و أن يكون مقدورا و مملوكا للشارط كما بيناه سابقا بمعنى أن يكون أمرا طرفاه بيده و تحت سلطنته نفيا و إثباتا و هذا المعنى منتف في المقام حيث إن ظرف الاشتراط ظرف ملكيه البائع و عدم انتقال المبيع بعد إلى المشتري فاشتراط بيعه على نفسه مرجعه إلى اشتراط بيع المال على مالكة و هذا أمر غير معقول و تحصيل أمر حاصل و لذا قد صرح قدس سره أنه لو شرطه بعد فرض خروجه عن ملكه و انتقاله إلى المشتري لا محذور فيه

و قد نقل كلامه شيخنا أستاذ الأساتيد قدس سرهما المشعر بذلك بل المصرح به في باب التقد و التسيئه فراجع و تأمل و بالجملة

فحاصل تقریب الدّور أن صحّحه الشّروط يتوقّف على صحّحه العقد و انتقال المبيع إلى المشتري و خروجه عن ملك الشّارط لئلاّ يكون من قبيل شرط بيع المال على مالكة و صحّحه العقد

و كونه موجبا لذلك يتوقف على صحه الشرط بناء على بطلان العقد المشروط بالشرط الفاسد و حينئذ فالفرق بين اشتراطه على نفسه أو على غيره أو اشتراط وقفه أو عتقه و نحو ذلك في غايه الوضوح لعدم إرجاعه إلى اشتراط أمر غير معقول و هو بيع المال على مالكة و هذا هو المراد من قوله لجواز أن يكون بيعه على غيره جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي و بيانه يوجب تطويل المقال و لا يساعده الحال و الله الموفق و المعين في جميع الأحوال

و لكن يرد عليه أن في جميع هذه الموارد بل في كل شرط يرجع إلى التصرف في المبيع إن كان بعد فرض خروجه عن ملك البائع و انتقاله إلى المشتري فلا محذور في الاشتراط بوجه و إن كان قبل فروض خروجه عن ملكه يعم المحذور في الجميع أيضا فإن مرجعه في اشتراط الوقف أو العتق مثلا إلى اشتراط وقف ماله أو عتق عبده على غيره و جعل ماله رهنا عند نفسه في اشتراط الرهن و قوله من جواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي لا يكاد ينفع فإن الغرض من اشتراط الوقف أو العتق وقف المشتري أو عتقه من ماله و من قبل نفسه لا من قبل البائع مع أنه لا يجرى في اشتراط الرهن فتأمل تفهم

و بالجملة فلزوم المحذور في الجميع على نهج واحد و حلّه ما أشرنا إليه من أن ظرف وقوع الإنشاء ظرف خروج المبيع عن ملك البائع و انتقاله إلى المشتري فيكون الشرط واردا على المال المفروض انتقاله إلى المشروط عليه إنشاء

و بعبارة أخرى إنشاء الشرط مترتب على إنشاء البيع و فرض تحققه إنشاء كما أن تحقق الشروط خارجا بعد تحقق البيع و انتقال المبيع إلى المشتري كذلك فيكون قادرا عليه و مملوكا له و نظائره كثيرة في أبواب الفقه كقوله أنت و كيل في نكاحها و طلاقها أو طلقتك و رجعت إليك أو بعت و ارتهنت بل عليه يحمل ما ورد في الرواية أعتقتها و زوجتها و جعلت عتقها مهرها فإن إسقاط جميع ذلك يصلح و ينطبق على القاعدة بالبيان الذي تقدم بل به يمكن حل الإشكال الوارد على إسقاط الخيار في متن العقد و أنه إسقاط لما لم يجب فإن ظرف إنشاء البيع ظرف تحقق الخيار و إيجابه إنشاء فيكون الإسقاط بعد فرض الإيجاب إنشاء كما أن حصول الإسقاط خارجا بعد تحقق البيع و إيجاب الخيار كذلك فلا إشكال فتأمل جيدا

و كيف كان فقد ظهر أنه لا محذور في الشرط المبحوث عنه من تلك الجهة أي من جهة لزوم الدور و استلزامه للمحال و لذا علل الشهيد البطلان بعدم القصد إلى البيع بعد ما أجاب عن الدور المذكور بما أشرنا إليه و هذا أيضا مضافا إلى الانتقاضات الواردة عليه من اشتراط البائع وقفه عليه و على عقبه و نحو ذلك مما يوهم كون البيع وسيله إليه كإسناد يدل على المنع كليا لإمكان تحقق القصد إليه حقيقه هذا أولا- و ثانيا كون الداعي على البيع رجوع المبيع إليه ثانيا بيعا أو وقفا أو هبه لا ينافي مع القصد الإنشائي لمدلول العقد فتأمل جيدا

و ربما يعلل البطلان و يستدل عليه بأخبار العينه و هي أن يشتري الإنسان شيئا نسيته ثم يبيعه على البائع بأقل من ثمنه نقدا تخلصا عن الربا أو لوجه آخر ففي روايه الحسين بن منذر بعد ما سئل ع عن صحه هذا البيع أنه قال ع إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار و إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري إلى آخره و نحوها روايه علي بن جعفر فإنهما تذلان على صحه المعامله و عدم البأس بها إذا لم يكن كل واحد من المتعاقدين ملزما بالبيع الثاني بل كان لكل واحد خيار إن شاء يبيع و إن شاء لا يبيع فيدل بمفهومه على البأس و البطلان إذا كان المشتري ملزما بالبيع ثانيا لأجل الاشتراط



إذ لا موجب للالتزام به إلا اشتراطه عليه كما هو محلّ الكلام

و الإنصاف أنه لا مساس لهذه الأخبار بما نحن فيه أبدا بل هي في مقام بيان مطلب آخر و هو التفصيل بين كون البيع الثاني عن طيب أو كره مضافا إلى أنّ ظاهرها السؤال عن البيع الثاني و البحث في صحّحه الاشتراط إنّما هو في البيع الأوّل فلا مساس لها بالمقام

و كيف كان فقد ظهر أنّه لو كان إجماع على بطلان هذا الشرط كما لا يبعد بأنّ بطلانه كأنه مفروغ عنه عندهم فهو و إلا فلا موجب للبطلان لعدم مساعده ما ذكر من الوجوه عليه كما عرفت نعم فيما إذا كان مرجع الشرط إلى التّتيجه كأن يقال بشرط أن يكون مبيعا أو مملوكا يمكن القول بالبطلان لإرجاعه إلى خلاف ما يقتضيه العقد فيدخل في تلك المسأله لا لأجل الوجوه المتقدّمه فتأمل جيّدا فإنّ المسأله لا تخلو عن الإشكال

### [الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد]

قوله الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد إلى آخره

و المراد به العقود اللّازمه و إن لم يصرّح به لوضوح أنّ العقد الجائر بنفسه لا يجب الالتزام به فضلا عن الشرط الذي في ضمنه

نعم قد أشرنا في الأبحاث السّابقه المتعلّقه بالشّركه أنّ العقود الإذنيّه إن كان الشرط فيها راجعا إلى اعتبار خصوصيّته في الإذن مثل اشتراط الضّمان في العاريه أو كون المال في حرز خاص مثلا في الوديعة أو كون تصرّف أحد الشريكين أو عمله على وجه خاصّ مثلا يلزم الوفاء به لا من باب وجوب الوفاء بالشرط بل لإناطه الإذن في التصرف به فبدونه لا إذن

و كيف كان فالمراد ذكره في عقد المعاوضه حتى يصير بمنزله الضّميمه لأحد العوضين و يخرج عن كونه مجانا إذ المستأنس من حكم الشّارع بجواز العقود المجانيّه مثل الهبه و العاريه أنّ مطلق التعهّدات المجانيّه لا يجب الوفاء بها و لعلّه المستكشف من الإجماع المحقّق ظاهرا على عدم لزوم الشروط الابتدائيّه و توقّف اللّزوم على صيرورتها بمنزله الجزء لأحد العوضين فالوجه لعدم لزومها مجانيّتها لا مجرد كونها ابتدائيّه و لذا لو التزم بشيء من الأعيان أو المنافع بعوض و قلنا بعدم توقّف ملكيتها على لفظ خاصّ لا يبعد القول بلزومه و إرجاع الأوّل إلى البيع و الثّاني إلى الإجاره أو إلى الصّالح في كليهما فتأمل جيّدا

و كيف كان فتحقيق الكلام في الشّروط بحسب أقسامها أنّها تاره المذكوره في متن عقد المعاوضه فلا شبهه في لزوم الوفاء به على المشروط عليه كوفائه بأصل المعاوضه وضعها و تكليفا على التفصيل الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله و أخرى غير المذكوره في العقد بل مجرد تعهّد و التزام من أحدهما للآخر من غير تعقّب بعقد و معاوضه أصلا و هذا هو المراد من الشروط الابتدائيّه و لا شبهه في عدم إفادتها اللّزوم بوجه

و قد عرفت ثبوت الإجماع على عدم لزومها و به يخصّص عموم المؤمنون عند شروطهم بناء على شموله لمثلها و عدم اختصاصه بالالتزام في البيع كما تقدّم نقله عن القاموس أو في مطلق العقد كما ورد الاستشهاد به في كثير من الأبواب في غير واحد من

الأخبار و ثالثه تواطيا عليه قبل العقد من دون ذكرها في متن العقد و إيقاعه في حيز الإنشاء سواء كان راجعا إلى أوصاف العوضين أو غيرها و هذا هو المصطلح عندهم بشروط التبانى و وقع في الجملة محل الإشكال من جهة لزوم الوفاء به و عدمه و إن كان المشهور على عدم اللزوم أيضا إلا أن ظاهر الخلاف و المختلف يوهم خلافه و غايه ما قيل أو يقال في توجيه اللزوم من وجوه أحدها أنه لا شبهه في أن بعض الأمور مثل التسليم و التسلم و كون الثمن نقد البلد

و نحو ذلك بسبب تعاهده عند العرف و العاده يصير مدلولاً للعقد التزاماً و لو لم يذكر في متن العقد بل لم يكن العاقد ملتفتاً إليه أصلاً و ليس ذلك إلّا من جهة أنّ تعاهده عند العرف و تباينهم عليه و جرى عاداتهم على الإلزام و الالتزام به يوجب وقوع العقد مبتئياً عليه و كون الالتزام منوطاً به على وجه يوجب انتفاؤه الخيار لا البطلان على ما سيأتى توضيحه

و حينئذ يمكن أن يكون تواطؤ المتعاقدين و تباينهما على أمر قبل العقد موجبا لصيرورته كذلك و وقوع العقد مبتئياً عليه إذ لا فرق بين كون ذلك بالتعاهد عند العرف أو بسبب تعاهده عندهما و تباينهما عليه غاية أن اللمازم هنا التفاتهما إليه و عدم نسيانهما حتى يقع العقد مبتئياً عليه بخلاف الشّروط الضّمّية فإنها لكونها بحسب العرف و العاده فلا يلزم الالتفات إليها بل العقد يتضمنها و لو كان العاقد جاهلاً بها أو ناسياً لها

و بالجملة فحال شروط التّباني كحال الشّروط الضّمّية في كون التعاهد في خارج العقد موجبا لتضمّنه عليها و وقوعه مبتئياً عليه فتقع تحت الإلزام و الالتزام العقدي و يدلّ عليه العقد بمدلوله الالتزامى فيجب الوفاء به كما يجب الوفاء بها و يوجب تعذّره الخيار كما يوجب ذلك تعذّرها

و فيه ما لا يخفى من الفرق بين المقامين لوضوح أنّ الشّروط الضّمّية بسبب تعاهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصدها المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ أبداً لبداهه أنّ تباين المتكلّم و المخاطب على معنى لا- يكاد يوجب الدّلالة و صيروره اللفظ دالاً عليه بنحو من الأدلّة بخلاف كون الشّيء مفاهما من اللفظ عرفاً فافهم و تأمل جيّداً ثانيها أنّه إذا كان التّباني على أمور راجعه إلى أوصاف العوضين يوجب انصراف لفظ الثمن أو المثلثن إلى ما هو المعهود عندهما كما هو كذلك في غير المقام

و فيه أنّه لو كان مرجع الاشتراط مطلقاً سواء كان من أوصاف العوضين أو غيرها إلى تقييد الثمن أو المثلثن ببعض الخصوصيات بحيث يوجب انتفاء الخصوصية انتفاءهما كما هو قضيه التّقييد و الانصراف فله وجه إلّا أنّ مقتضاه بطلان العقد بتخلّفه أو تعذّره و ليس البناء في الشّروط على ذلك بل الالتزام بها على نحو ينتج الخيار عند تعذّرها و ارتباطها بالعقد بهذا المقدار من الارتباط لا التّعليق و التّقييد الموجبان لانتهاء المشروط عند انتفائها كما لا يخفى

و هذا المعنى لا يكاد يحصل بالانصراف بل يحتاج إلى التزام على حده و إنشائه عند العقد و لذا قالوا بأنّ مرجع التوصيف في باب العقود إلى الاشتراط و سيأتى مزيد توضيح في ذلك إن شاء الله و ثالثها ما أشار إليه قدّس سرّه أنّ التّباني يوجب إناطه التراضى المعتبر في المعاملة بوجود الشّروط و لو لم يكن كذلك بحسب اللفظ و الإنشاء فيكون العقد بدونه تجاره لا عن تراض الدّاخل في عنوان أكل المال بالباطل

و فيه أنّ التّواطى على الشّروط غاية أن يصير داعياً على إيقاع العقد إنشاء فتخلّفه كتخلّف سائر الدواعى لا يكاد يوجب قصوراً فيما اعتبر في العقد من قصد إنشائه و تحقق مدلوله كما في سائر المقامات كيف و لو كان القصد منوطاً بوجود الشّروط فلازمه البطلان عند فقدانه لا ثبوت لخيار للمشروط له كما هو المدعى فلا بدّ من الالتزام بتحقيق القصد المعتبر في صحّة المعاملة مع

فقد الشّرط أيضا فإن قصد مدلول العقد مطلب و كون الغرض الباعث إليه شيئا ربما يترتب عليه و ربما لا يترتب عليه مطلب آخر  
فتدبر

و كيف كان فالظاهر من كلماتهم و عدم

ترتيبهم أثر اللزوم على الشرط الغير المذكور فى العقد من كون فساده موجبا لفساده و كون التبانى عليه موجبا لبطلان معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه و غير ذلك مما يوجب الفساد لو كان مذكورا فى العقد التسالم على عدم لزوم هذا القسم من الشرط أيضا كما فى الشرط الابتدائى و أنت إذا تأملت فى الفروع التى ذكروها فى أبواب العقود و المعاملات ربما تقطع بصحة هذه الدعوى فراجع و تأمل و الله هو العالم

### [و قد يتوهم هنا شرط ناسع و هو تنجيز الشرط]

قوله و قد يتوهم هنا شرط ناسع إلى آخره

الظاهر أنه من المحقق الثانى قدس سره على ما أفاد أستاذنا المحقق دام ظلّه العالى و حاصله اعتبار التنجيز فى الشروط كاعتباره فى نفس العقود عدا الوصيه و التدبير إجماعا على ما هو الظاهر من كلماتهم

و توضيح المقام أنّ التعليق بمعنى إناطه العقد على تقدير دون تقدير تاره يرجع إلى الإنشاء أى قصد مدلول اللفظ و تحققه به و هذا أمر غير معقول إذ مرجعه إلى عدم القصد الذى يتقوم به الإنشاء و لا يكاد يحصل بدونه و أخرى يرجع إلى المنشأ بمعنى أن يقصد حصول الملكيه على تقدير مجىء زيد مثلا و هذا فى التكوينيّات العييه مثل الضرب و القتل مثلا أيضا غير ممكن بأن يقصد حصول القتل على تقدير كون ما وقع عليه عدوا مثلا و إناطته به على وجه لو كان صديقا لم يقع عليه و هذا واضح لبداهه وقوع القتل على أى حال غايته أنّ الداعى على إيقاعه و هو قتل العدو تاره يصادفه و أخرى يتخلف عنه فإناطه ذات الفعل على تقدير كونه قتل العدو أمر مستحيل غير معقول كما هو واضح و لكن فى الاعتباريات مثل ما ينشأ بالعقود أو الإيجاب و التحريم فى باب التكاليف فحيث إن أصل وجودها باعتبار المعبر و على نحو اعتباره فيمكن أن يكون اعتباره على تقدير خاصّ و إناطه على أمر خارج عن الاختيار من زمان أو زمانىّ و نحو ذلك فيصحّ إيجاب الحجّ على تقدير الاستطاعه أو إنشاء الملكيه على تقدير الموت كما فى الوصيه و نحو ذلك

و بالجملة فالمنشئات بالعقود كالملكيه و الزوجيه و غيرهما و كذلك الإيقاعات و إن أمكن تعليقها على أمر حالى أو استقبالى إلما أنّ ظاهرهم الاتفاق و التسالم على بطلان العقد أو الإيقاع به لا لكونه موجبا للغرر حتّى يختصّ بما إذا كان معلّقا على أمر مشكوك الحصول و يصحّ فيما اغتفر فيه الغرر كما فى باب الصلح بل لاتفاقهم على ذلك تعبدا و إطلاق معاقد إجماعاتهم فيعمّ التعليق على متيقّن الحصول كالزمان و أيضا

نعم فيما إذا كان المعلّق عليه أمرا حاليا حاصلا عند العقد فرمّا يظهر من بعض الكلمات جوازه و كذلك فيما إذا كان التعليق من مقتضيات نفس العقد بمعنى كون العقد متضمّنا له و لو لم يصرّح به كقوله إن كان هذا حمارا فبعته أو إن كان هذا رقّا فأعتقته و أمثال ذلك فيبقى التعليق على أمر حالى مشكوك الحصول و الاستقبالى سواء كان متيقّنا أو مشكوكا حصوله على إشكال فى المتيقّن منه و تمام الكلام فى محلّه

و من هنا ظهر عدم صحّحه مقياسه المقام كقوله بعتك هذا بدرهم على أن تخطى لى إن جاء زيد على قوله أنت و كيلي فى أن

تبيح إذا جاء رأس الشَّهر نظرا إلى أنّ التعلّيق و التقييد راجع إلى متعلّق الشرط و هو الخياطه على تقدير المجيء كما أنّ في الثاني راجع إلى متعلّق الوكاله و هو البيع في زمان خاصّ فلا يلزم التعلّيق في نفس الشرط أو الوكاله فلا محذور

و فيه إمكان تصحيح ذلك في المقيس عليه حيث لا محذور فيه إلّا التعلّيق على أمر متيقّن الحصول الممكن إرجاعه إلى ما أفاده قدّس سرّه و هذا بخلاف المقيس لاستلزامه الجهل بالثمن و الغرر في المعامله بناء على كون الشرط بمنزله جزء من العوضين فيلزم أن

يكون الثمن هو الدرهم على تقدير و مع الضميمة على تقدير آخر و هذا معنى لزوم أدائه إلى البيع بثمانين كما قيل و إرجاع التعليق إلى متعلق الشرط أى الخياطه لا إلى نفس الشرط لا يدفع هذا المحذور و هو اختلاف الثمن على التقديرين

و حينئذ فالمتجه فى الجواب أن يمنع كون الشرط جزءا للثمن حقيقه حتى يختلف الثمن كيف و لازمه تبعض المعامله بتعدّر الشرط كما فى الأجزاء الحقيقيه بل المراد من كونه بمنزله الضميمة أن الإلزام و الالتزام الواقعين بين العوضين منوطان بالوفاء به فمع التعدّر لا إلزام و لا التزام و هذا هو حقيقه الخيار كما قدّمناه مشروحا

و كيف كان فلا إشكال فيه من تلك الجبهه و لا من جهه الإجماع على اعتبار التّجيز فى العقود فإنّ القدر المسلّم منه خصوص بابى العقود و الإيقاعات باستثناء موارد فيهما أيضا و على أى حال ثبوته فى باب الشروط غير معلوم بل الظاهر من غير واحد من الأجله نفوذ الشرط مع التعليق كما صرّحوا به فى الخيار المشروط بردّ الثمن و يدلّ على نفوذه مضافا إلى ذلك كله ما ورد فى امرأه مكاتبه أعانها ولد زوجها على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط و صحته مستشهدا بعموم المؤمنون عند شروطهم فإنّه أقوى دليل على المدعى كما لا يخفى

### [مسألة فى حكم الشرط الصحيح و تفصيله]

#### [القسم الأوّل إذا تعلق الشرط بصفه من صفات المبيع]

قوله قدّس سرّه و لا إشكال فى أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلّا الخيار مع تبيّن فقد الوصف المشترط إذ لا يعقل تحصيله هنا إلى آخره

ينبغى تخصيص ذلك بالأوصاف الّتى لا- يمكن تحصيلها و إحداثها للمشروط عليه قبل تسليم الموصوف إلى مالكة و إلّا كوصف الكتابه للعبد مثلا- أو إزالة العيب عنه إذا كان معييا فاللزام عليه تحصيل الشرط و تسليمه متّصفا بالوصف و لا خيار للمشروط له أيضا فإنّ المدار فى وجود الوصف و عدمه حال التسليم لا حال وقوع العقد عليه و لذا حال فقد الوصف كتجدّد العيب مثلا بعد العقد و قبل القبض حال فقدانه حال العقد فى كونه موجبا للخيار كما تقدم تفصيلا

نعم إذا كان المناط حال العقد و اتّصافه بالوصف حين وقوعه عليه فتبيحه ما أفاده من عدم الفرق لعدم إمكان تحصيل الوصف المعبر وجوده حال العقد إلّا أنّ ذلك يحتاج إلى قرينه أخرى و مثونه زائده على ما يقتضيه الاشتراط و إلّا فما هو المعهود المتعارف من الاشتراط فى ضمن العقود من أوصاف العوضين اتّصافهما بها حال تسليمهما و عليه يتفرّع ما اختاره فى خيار العيب من أنّه لو زال بعد العقد و قبل القبض بل قبل العلم و لو بعد القبض يسقط به الرّد بل نقل عن العلّامة التصريح فى مواضع من التذكرة بأنّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرّد سقط حق الرّد و كذلك لو زادت قيمه السّوقيه فى خيار الغبن قبل العلم به أو بعده و قبل الفسخ أو بعده و قبل الرّد يسقط خياره و إن ناقشناه فى بعض فروضه

و على أى حال لو زادت قيمه أو زال العيب قبل تسليمه إلى من انتقل إليه فلا ينبغى الإشكال فى سقوط الرّد فالمدار على حال

القبض لا- على حال العقد كما لا يخفى ثم إنَّ ما أفاده قدّس سرّه من أنه لا حكم لهذا القسم أى اشتراط الوصف الزاجع إلى العوضين إلا الخيار لعدم أثر آخر له شرعا حتى يترتب عليه بأدله وجوب الوفاء بالشرط مبنى على ما اختاره فى هذا الباب من أنّ مفاد أدله الشرط و وجوب الوفاء به ترتيب ما له من الأثر شرعا فتكون فقط متكفّله لبيان الحكم التّكليفى و أمّا اللزوم الوضعى فهو منتزع من التّكليف كما هو مختاره فى مطلق الوضعيات على ما يظهر من بعض كلماته و إن كان بعضها موهما لخلافه

و كيف كان فما أفاده هنا من أنّه



لا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم مبنى على هذا المسلك أى انتزاع الوضعيات من التكليف و عدم تأصلها بالجعل

و يرد عليه مضافا إلى بطلان هذا المبنى من أصله كما حَقَّقناه فى محلّه أن بناء عليه لا موجب للخيار أيضا و لا دليل على جوازه و نفوذه إذ المفروض عدم شمول الأدلّه للمسأله لانتفاء الأثر الشرعى و لا يصحّ شمولها باعتبار نفس الخيار لأنه متفرع على نفوذ الشرط و لزومه على المشروط عليه حتى يوجب تعدّره أو امتناعه جواز الفسخ للمشروط له فيلزم أن يكون ثبوت الخيار فى المسأله بلا دليل يوجبّه و لا يكاد يصحّ الالتزام به لأنه من أظهر موارد ثبوت الخيار لتعدّر الشرط و أوضح أقسامه كما لا يخفى على المتأمل فتأمل

و حينئذ فلا محيص من القول بأن مفاد الأدلّه بيان اللزوم الوضعى و يترتب عليه ما له من الأثر الشرعى لو كان له أثر كما فى غير المقام و هذا هو الظاهر المتبادر من قوله ع المؤمنون عند شروطهم فإنّ الظاهر من موارد استعمالات هذا الظرف الوقوف عند الشىء و عدم إمكان المضى عنه فيكون المعنى و الله العالم أنّهم واقفون عند شروطهم و ملزمون بها و هذا معنى اللزوم الوضعى كما لا يخفى و كذلك وجوب الوفاء بالشرط لو كان فى أدلّه الشرط ما هو بهذا المضمون كما فى أو فوا بالعقود كناية عن حصول الشرط و تحقّقه و ثبوته على المشروط عليه و فى ذمته و غير ذلك من التعابير التى نتيجتها مطلوبيته لأدائه لا مجرد ترتب الآثار حقّ يختصّ بمورد دون مورد بل معنى يعمّ جميع الموارد و يستتبع وجوب معامله ملك الغير مع المشترط فى ما له من الآثار شرعا فتأمل جيّدا

### [القسم الثالث إذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغايه]

قوله قدس سرّه و أمّا الثالث فإن أريد اشتراط الغايه إلى آخره

و المراد من الغايات النتائج الحاصله بالعقود و الإيقاعات مثل الملكيه و الحرّيه و نحوهما فالكلام فيها فى أنّها كما تحصل بأسبابها المعده لها كذلك تحصل بنفس الاشتراط فى ضمن عقد آخر أم لا بل لا بدّ فى حصولها من إنشائها مستقلا و لا يصحّ جعلها تبعا لأحد العوضين فى عقد آخر و لذا لو كانت بنفسها تبعا لأحد العوضين كالزوائد المتّصله فى الحيوان مثل صوفه و وبره مثلا- فإنه يملكك بتبع العين سواء اشترط أو لم يشترط بل استثناءه يحتاج إلى الاشتراط و كذلك ما لم يكن بنفسه تبعا و لكن باشتراطه يصير تابعا حقيقه

و بعبارة أخرى يصير من لواحق المتبوع و زوائده كبيع الدابّه مع الحمل و العبد مع ماله و نحو ذلك فإنّ الظاهر عدم الإشكال فى صحّه الاشتراط فى أمثال هذه المقامات سواء كانت الغايه متوقفا حصولها على سبب خاصّ أو لم يكن فلو بيع الدابّه مع حملها أو الشجره مع ثمرتها يصحّ و لو قلنا بتوقّف البيع على سبب خاصّ فإنّ المعاوضه هنا بين المتبوع و عوضه حقيقه و إنشاء فلا يرد عليه ما يرد على غير هذا المقام كما يأتى الإشارة إليه إن شاء الله

و حينئذ فدعوى تسويغ هذه الموارد لكونها توابع للمبيع موجّهه و ما أفيد من عدم صلاحية ذلك للفرق غير مفيد لوضوح الفرق

بين اشتراط حمل الدابّه أو ثمره الشجره و اشتراط كون مال آخر ملكا له بلا عوض

و حينئذ ما يوجه على المحقق الثاني هو جعل الحمل تبعا لدابته أخرى فإنّ من المعلوم أنّه لا يصير تبعا لها بالجعل كما لا يخفى  
لا على أصل التبعية و عدم صلاحيتها للفرق

و كيف كان فالذي هو محلّ الإشكال أن لا يكون المشترط بنفسه تبعا لأحد العوضين و لا بالاشتراط يصير كذلك بل كان تبعا  
لأحدهما في العقد إنشاء مع كونه بنفسه شيئا مستقلا في عرضهما يبذل بإزائه المال كالبدل بإزائهما

كأن يقال بعتك هذا الكتاب بدرهم على أن يكون هذا القميص لى أو لزيد أيضا

و على أى حال فقد بناه قدس سره على أن يكون الغايه مما ثبت بالدليل اعتبار تحققها بسبب خاص كما لا يبعد دعواه فى جميع الإيقاعات كالطلاق و العتاق فلا- تكاد تحصل بالشرط بل يكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للكتاب أو كانت مما لا يتوقف تحققه على سبب خاص كالوكالة و الوصايه فيصح الاشتراط و الذى يشك فى أنه من أى القسمين و لم يدل دليل واضح على أحد الوجهين فيبنى على نفوذ الشرط و صحه الاشتراط إلا لأجل التمسك بعمومات الشرط فإن الشبهه مصداقيه بل الأصل الذى أسس فى مسأله الشك فى المخالفه من استصحاب عدم المخالفه للكتاب بالبيان الذى أسلفناه

هذا ملخص ما أفاده قدس سره فى هذه المرحله و حيث أثبتنا سابقا و بينا مشروحا عدم جريان هذا الأصل و نظائره رأسا فلا بد فى المقام من الكلام أولا- فى أن المانع من نفوذ الاشتراط ما أفاده قدس سره من اختصاص الغايه بسبب خاص أو من جهه أخرى غير تلك الجهه و ثانيا فيما هو المعول عند الشك فى النفوذ و عدمه بعد البناء على عدم جريان هذا الأصل فنقول الظاهر أن الشك فى حصول الملكيه لشيء بالشرط كما فى أمثال المذكور الذى هو أحد الموارد المشكوكه ليس من ناحيه السبب و احتمال اختصاصه بلفظ البيع أو الهبه مثلا فإن لازم ذلك عدم جواز وقوع الصيحه عليه أيضا فإن حال الصيحه بعينه حال الشرط من هذه الجهه بناء على كونه عقدا برأسه كما هو التحقيق لا أن يكون تبعا لسائر العقود كما قيل و كذلك لازم ذلك التسليم على عدم إفاده المعاطاه للملكيه مع أنها محل كلام و إشكال

بل قد حقق فى محله أن العمده فى جهه البحث عنها ليس من جهه اختصاص الملكيه بسبب خاص أو عدم اختصاصها به بل من جهه أن ما وقع فى الخارج هل هو مصداق للتملك بحيث يصح حمله عليه بالحمل الشائع أو مصداق لمطلق الإباحه و التسلط الأعم من التملك و غيره

و بالجملة فالظاهر أنه لا ينبغى الإشكال فى عدم اختصاص الملكيه بسبب خاص و لذا يجوز حصولها بالصيحه عليها بلا خلاف فيه ظاهرا و إذا جاز حصولها بالتسالم عليها جاز حصولها بالاشتراط أيضا فإنهما توأمان يرتضعان من ثدى واحد كما حقق فى محله و كذلك لو كان الشرط ملكيه شىء بعوض خاص غير ما جعل عوضا فى عقد المعاوضه مثل أن يقال بعتك هذا الكتاب بدرهم بشرط أن يكون هذا القميص لك أيضا بدرهم فالظاهر عدم الإشكال فى صحته مع أنه لو كان مختصا بسبب خاص ينبغى الإشكال فى تلك الصوره أيضا

و كيف كان فالظاهر أن الإشكال فى اشتراط الملكيه فى ضمن العقد ليس من جهه السبب و احتمال اختصاصه بسبب خاص بل من ناحيه المسبب فإن المعهود من الشريعه فى تملك الأعيان كونها إما بعوض مسمى كما هو مدلول عقد البيع و إما مجانا بلا عوض و أعد له عقد الهبه و إما كونه لا بلا عوض و لا مع العوض على مقتضى ظاهر العقد و أن يقع بإزائه بعض الثمن لا محاله بعد ما فرضنا استقلاله و عدم صيرورته تبعا لأحد العوضين بالاشتراط فكأنه غير معهود من الشريعه فيكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه لا أنه غير مقدور للمشروط عليه كما أفاده قدس سره فى مسأله اشتراط القدره فإن الغايه و هى تملك ماله إلى الغير مقدور له و تحت سلطانه و عدم حصوله بنظر الشارع إلا بأسباب خاصه لا يوجب سلب القدره عنه

وَالْحَاصِلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ الشَّرْعِيَّ

تاره فى ناحيه المسبب كعدم جواز بيع المصحف أو المسلم من الكافر بحيث يكون دليله مخصّصا لعموم السّلطنه و قاصرا لسّلطنته على غير ذلك الوجه فيصير المسبب غير مقدور له و خارجا عن سلطنته و لذا يدلّ النهى عنه على فساد و أخرى يكون فى ناحيه السّبب و أنّ الغايه الفلانيه مثلا لا تحصل إلّا بسبب كذا و كذا و هذا لا يوجب خروجها عن قدرته و قصورا فى سلطنته كما لا يخفى و تمام التحقيق فى ذلك مو كول إلى محلّه فافهم و اغتم

و كيف كان فالمانع فى المقام سواء كان من جهه السّبب و احتمال اعتبار الخصوصيه فيه كما أفاده قدّس سرّه أو من جهه المسبب أى كون المشترط لا مجائيه صرفه و لا مع العوض هو احتمال كون الشرط مخالفا للكتاب كما أفاده فى المقام لا كونه غير مقدورا كما أفاده فى ذاك الباب و حينئذ فلا بدّ من البحث فيه من تلك الجهه و أنّ المعول فى صوره الشك فى أحد الوجهين هو عمومات الشرط أو أصله عدم تحقّق الغايه إلّا بما علم كونه سببا لها بعد ما عرفت من عدم جريان أصله عدم المخالفه

نعم على تقدير جريانها تكون حاكمه على الأصل المتقدّم إلّا أنّ صحّه جريان سنخ هذا الأصل كليّه فى محلّ منع كما حقّقناه فى محلّه مشروحا

و حينئذ فإنّ أمكن الأخذ بعموم المؤمنون عند شروطهم فهو و إلّا فالمرجع هو الأصل المتقدّم أى أصله عدم تحقّق الغايه و الإنصاف أنّ التمسك بالعموم لا محذور فيه و أنّ كون الشبهه مصداقيه ممنوع جدا بل مرجع الشك فى جميع ما شكّ فى المخالفه إلّا ما شدّ إلى الشكّ فى أنّ الحكم الفلانى مجعول فى الشريعه حتّى يكون اشتراط خلافه مخالف للسّنه أم لا كما فى المقام فإنّ الشكّ فى أنّ المستفاد من الأدلّه اختصاص انحصر السّبب المملك للأعيان بالبيع و الهبه أو لا ينحصر بهما كما فى تملك المنافع كالأفعال فإنّها تاره تبرّع محض و أخرى بإزاء العوض كذلك و ثالثه باشتراطها فى ضمن عقد آخر نتيجته و جوب الوفاء بها فلا يكون تبرّعا محضا و كون تعدّره موجبا للخيار فلا يكون بإزاء الأجره كذلك بل واسطه بينهما فهل يكون الأعيان كذلك أو ينحصر تملكها بأحد الوجهين فيكون الشبهه حكميه لا مصداقيه كما لا يخفى و كذلك إذا كان الشكّ من جهه الاختصاص بسبب خاصّ و عدمه فإنّ مرجعه أيضا إلى الاشتباه فى الحكم و أنّ غيره سبب لحصول النقل و الانتقال بنظر الشارع أم لا فلا مساس له بالاشتباه من جهه المصداق و الشكّ فى أنّ الحكم المجعول فى الشريعه كقوله ع من حدود المتعه أن لا ترث و ما يشبه ذلك هل يعمّ صوره الاشتراط أم لا فيكون الشبهه مفهوميه مردّده بين الأقلّ و الأكثر فيؤخذ بالمتيقّن و فى المشكوك عموم أدلّه الشرط هو الحكم و أوضح من ذلك فى التمسك بالعموم ما كان من قبيل القسم الأوّل أى يكون الشبهه حكميه إذ التمسك بالعموم فيها بلا محذور و لا شبهه كما حقّق فى محلّه

نعم ربما يشكل فى التمسك بالعمومات من جهه أخرى و هى كونها مخصّصه بالتخصيص المتصل الموجب لإجمالها و سقوط دلالتها التصديقيه على العموم بالنسبه إلى الموارد المشكوكه كما هو القاعده فى جميع المخصّصات المتصله على ما حقّق فى محلّه و لكن ذلك إنّما يختصّ ببعض العمومات و أمّا ما لا يكون مخصّصا بالتخصيص المتصل كما فى بعض أخبار الباب مثل الزوايه المتقدّمه فى الامراه المكاتبه فدلالته على العموم محفوظه فيخصّص بما علم خروجه عنه بالأدلّه المنفصله و هو ما علم مخالفته و أمّا بالنسبه إلى مشكوك المخالفه سواء كان من جهه الشكّ فى الحكم أو من جهه الشبهه فى المفهوم فعمومه

هو الحكم و إجمال ما هو المجمل لا يكاد يسرى إلى الآخر لو لم يكن الآخر مبتئا و رافعا لإجماله فتدبر

و بالجمله هذه قاعده كليته تجرى فى جميع أبواب المخصّصات و المقيدّات من أنّه لو كان فى المسأله دليلان أحدهما مخصّص بما يوجب إجماله فلا وجه لأن يعامل معاملة المجمل مع الآخر أيضا مع أنّ أصله العموم بالنسبه إليه غير ساقطه و انقسامه إلى ما يحتمل خروجه و نقيضه محفوظ مثلا إذا قيل أكرم العلماء إلّا الفساق منهم و تردّد الفسق بين خصوص ارتكاب الكبيره أو الأعمّ منه و من ارتكاب الصّغيره فشمول هذا العام لمرتكب الصّغيره و إن كان غير معلوم لتخصيصه بما عدا ما هو الفاسق واقعا و لكن لو كان فى البين عام آخر غير مخصّص به كذلك فعمومه بالنسبه إليه محفوظ و لم يعلم خروجه عنه إلّا على تقدير كون الفاسق لغه و عرفا أعمّ منه و من غيره و هذا التقدير ليس من لواحق العام و انقساماته حتّى يكون الشكّ فيه موجبا للشكّ فى عمومه فالانقسام المذى من لواحقه و طواريه و هو انقسامه إلى مرتكب الصّغيره و غيره محفوظ لم يقع انثلام فيه و ما ليس بمحفوظ شموله له على تقدير شمول الفاسق له بمفهومه و هذا ليس من لواحق العام و طواريه كما هو واضح

و الحاصل أنّ التمسك بعمومات الشّروط فى المقام التّى لم تكن مخصّصه بتخصيص متّصل لا مانع فيه و لا محذور فيما إذا كان الاشتباه من جهه الشّبهه فى المفهوم فضلا عن كونه من جهه الشّبهه فى أصل الحكم و أنّ الحكم الفلانى فى الشّريعه مجعول أو ليس بمجعول بل يمكن التمسك بالعمومات المخصّصه به غير عنوان الموافقه و المخالفه أيضا كقوله ع المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطا حرّم حلالا- أو أحلّ حراما و نحو ذلك فيما إذا شكّ من جهه المخالفه و الموافقه لا من جهه الحليّه و الحرمة كما فى أمثال المقام فإنّ إطلاقها من تلك الجهه محفوظ فيعمّ موارد الشكّ فإنّ الشكّ فى تحقّق الملكيه أو الحرّيّه مثلا بالشّروط لا ربط له بالحليّه و الحرمة بل من جهه كونه مخالفا للكتاب و عدمه فتلك العمومات أيضا لا مانع من التمسك بها فتأمل جيّدا

و لعلّ هذا هو الوجه فيما هو المرتكز فى الدّهن من عدم صحّحه البناء على فساد الشّروط بمجرد احتمال مخالفته للكتاب و يأبى عنه الفهم المستقيم و لذا يرى أنّ الشّيخ قدّس سرّه مع إصراره البليغ و منعه الأكيد لجريان استصحاب العدم التّعنى بلحاظ العدم السّابق على وجود الموضوع و عقد تنبيه لذلك فى تنبيهات الاستصحاب يتشبّث بذيل هذا الأصل فى هذا الباب و يتمّ المطلب بذاك المشرب

و لكنّ التّحقيق ما ذكرناه من التمسك بالعمومات و منشأ الخلط تخيل أنّ الشكّ فى هذه الموارد من جهه الشّبهه فى المصداق لتبيّن مفهوم المخالفه فمرجهه إلى أنّه مخالف أم لا- و لكن قد عرفت أنّ مفهوم المخالفه عنوان منترع عن أنواع الالتزامات المنافيه للحكم المجعول فى الشّريعه فلو كان الشكّ فى أصل جعل الحكم أو فى إطلاقه لمورد المشكوك فمستند إلى القصور فى البيان الشّرعى لا إلى الاشتباه من جهه الأمر الخارجى

نعم لو شرط فى ضمن عقد ثمّ شكّ فى كيفيّة شرطه بأنّه كان على وجه يخالف الكتاب أو على وجه لا يخالفه فيكون الشّبهه مصداقيه و لكنّه قليل جدّا بل غالب موارد الشكّ فى المخالفه من إحدى الجهتين اللّتين أشرنا إليهما فلا مساس له بالشّبهات المصداقيه فافهم و اغتنم فإنّ المقام صار مزله لأقدام الأجلّه فضلا عن أمثالنا من الطّلبه و الله الهادى إلى طريق الرّشد و الهدايه

## [الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله و إنما الخلاف و الإشكال فى القسم الثانى و هو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل إلى آخره

اعلم أن البحث

فى المسأله لىس من جهات عدیده كما أفاده قدس سره من جعل الكلام تاره فى الحكم التکلیفى و جعل المخالف فى خصوص الشهید قدس سره و أخرى من حیث جواز الإجار و عدمه عند امتناع المشروط علیه ثم إرجاع ذلك إلى المسألتین تاره فمن حیث الوضع و كون الشرط سببا لثبوت حق لصاحبه على من اشترط علیه كسائر الحقوق من كونه موجبا لاشتغال الذمه و يسقط بإسقاطه و غیر ذلك و أخرى من حیث جواز الإجار و عدمه على كلا الوجهین بل الظاهر أنّ مرجع البحث كله إلى أمر واحد و هو أنّ مقتضى الاشتراط فقط انقلاب العقد للآزم جائزا كما أفاده الشّهید أو يكون متضمنا لوضع آخر و هو استحقاق الشرط لمن له الشرط و اشتغال ذمه المشروط علیه فلازمه جواز الإجار علیه عند امتناعه كما لو آجر نفسه لفعل و عمل و كذلك مقتضاه و جوب أداء الحق لصاحبه فمرجع الكلام إلى ما أفاده قدس سره فى آخر كلامه من أنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط علیه بمقتضى العقد المقرون بالشرط انتهى

و ذلك لوضوح أنّ الحكم التکلیفى السّاذج بحيث لا- يسقط بإسقاط المشروط له و يكون و جوب الوفاء به تكلیفا كسائر التكاليف الوجوبیه فى عرض التکلیف بوجوب أداء مال الغير مع مطالبته ممّا لا ینبغى أن یحتمله أحد لبداهه سقوطه بإسقاط الشرط فلا- يكون من قبیل حرمة الغیبه و الشتم و الضرب و نحوها أيضا بأن يكون فى جهتان جهه متعلقه بالله تعالى من حیث كون هذه الأمور مخالفه و عصيانا له و جهه متعلقه بالمغتتاب و المضروب من حیث كونها إیذاء لهما و لذا لا یکاد يسقط عصيانه تبارك و تعالى بإسقاط المغتتاب حقه كما لا یکاد یجوز بإذنه فى غیبهه أو شتمه و هذا بخلاف المقام فإنه يسقط الشرط بإسقاط المشروط و لا یجب الوفاء به مع إذنه و رضاه بترکه أو بتأخیره

و کیف كان بعد الاتفاق ظاهرا على سقوط الشرط بإسقاطه من صاحبه فیما عدا شرط العتق فالتکلیف المخصّص فى كونه حقا لله تبارك و تعالى ممّا لا یکاد یحتمل و كذلك المشوب منه و من حقّ الناس كما فى موارد الغیبه و الشتم و القذف و نحوها لبداهه عدم تسویغها بإذن المشتوم و المقذوف و قطعاً كما لا یخفى فالتکلیف الّذى یتصوّر فى المقام ما یتبعه ملكیه الشرط للمشروط له و استحقاقه لأن یطالبه فیجب أدائه شرعا أيضا كما فى الدّین و أشباهه

و حیئنذ فالبحت عنه فى قبال الوضع و جعله أمرا مستقلا بنفسه فى غیر محلّه فضلا عن البحث فى ظواهر الأدله من أنّها داله على الوجوب و الاستحباب كما احتتمل فإنه مبنی على حمل ظواهر الأدله على التکلیف السّاذج فیمكن القول بالاستحباب نظرا إلى ترتب الحكم على عنوان المؤمن أو لكون مساقها مساق أدله استحباب الوفاء بالوعد و مکروهیه خلفه و نحو ذلك

و أمّا بعد ما عرفت من عدم احتمال التکلیف المخصّص و دلالة الأدله على ثبوت الوضع كما استظهرناه من قوله ع عند شروطهم أى واقفون عندها و ملزومون بها فلا یبقى مجال الاستحباب بلا ارتیاب بل احتمالاه من مثل شیخنا أستاذ الأساتید بعید غایه البعد كما أنّ مقایسه الشرط بالوعد و أخباره الدّاله على حسن الوفاء به فى غیر محلّها لبداهه أنّ الوعد لیس متضمنا للإلزام و الالتزام بوجه بل إخبار بأمر ممکن الوقوع و عدمه غایته یتحبّ القيام به مع إمكانه و أنّى هذا من الاشتراط و الالتزام و إیجاب شىء على نفسه إنشاء لا إخبارا فتأمل جدا

و کیف كان فالذی ینبغى أن یحرر



في المقام أنّ فائده الشرط صرف جعل العقد عرضه للزوال و إناطه لزومه العقدى أو الشرعى بحصول الشرط فمع عدم حصوله و لو بالاختيار ينتفى اللزوم فلا موجب للقهر و الإيجاب أو ثبوت حق مالكي لصاحب الشرط على الآخر المستتبع لجواز الفسخ عند تعذر تسليمه كتعذر تسليم العوضين لا مجرد تخلفه فلو امتنع يجبر على التسليم و أداء الحق إلى مالكة كما لو امتنع من تسليم العوض المنتقل عنه فإنّ مجرد ذلك لا يوجب الخيار مع إمكان الأخذ منه و لو بالإيجاب بل يتوقف الخيار و انفساخ العقد على تعذر التسليم كما هو واضح لا يخفى

و من هنا يظهر أنّ المخالف في المسألة لا ينحصر بالشهيد قدس سره بل كلّ من قال بعدم جواز إجباره كالعلامة في بعض كتبه و الشيخ على ما نقل عنه في المبسوط و غيرهما مرجع كلامه إلى الوجه الأول لا محالة إذ لا يكاد يستقيم المنع إلّا بذلك أى منع الحق المالكى المشروط له على الشارط رأساً أو ثبوته على وجه ينتج التخيير بين الوفاء بالشرط أو فسخ العقد عرضاً و تصويره لا يخلو عن غموض فتأمل جيداً

و حينئذ فالتفكيك بين المسألتين أى من حيث وجوب الوفاء و عدمه و تخصيص الخلاف فيه إلى الشهيد قدس سره و من حيث جواز الإيجاب و عدمه و نسبة الخلاف فيه إلى جماعه في غير محلّه

نعم ربما يكون الاختلاف بينهم من جهة المبنى حيث لم يوجّه غير الشهيد المانع إلى تعليق العقد و إناطه الالتزام بالشرط فينتفى عند انتفائه فعلاً الوجه عندهم مطلب آخر كما يدلّ عليه تصريح العلامة في مواضع من التذكرة بطلان التعليق في العقد على وجه الإناطة و أمّا الشهيد قدس سره فصريح كلامه في نكت الإرشاد و غيره أنّ الوجه في ذلك هو التعليق و إناطه الالتزام العقدى بحصول الشرط فإذا لم يحصل فيجوز له الرضا بالفاقد من دون التزام و هذا معنى الخيار و قلب العقد اللّازم جائزاً

قال قدس سره في مقام التفصيل بين اشتراط الغايه أو الفعل المعبر عنهما تاره بأمر حالى أو استقبالى و أخرى بما كان العقد كافياً في تحقّقه و ما لم يكن كافياً في تحقّقه و مرجعهما إلى اشتراط الغايات أو المبادئ فلا يكون تفصيلاً فيما هو محلّ الكلام كما توهم أنّ الشرط الواقع في العقد اللّازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكاله و إن احتاج إلى آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل ينقلب العقد اللّازم جائزاً أو جعل السرفيه أنّ اشتراط ما يكون العقد كافياً في تحقّقه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللّازم جائزاً انتهى

و فيه أوّلاً- أنّ ظاهر الاشتراط ليس تعليق الالتزام عليه بل التزام بنفس الشرط كما هو محلّ البحث و إن قيل إنّ مرجعه إلى إناطه الالتزام به و تعليقه عليه فهذا لا- يوجب الفرق بين المقامين ففي كليهما يؤول إليه غايته في اشتراط الغايات إن كانت الغايه ممّا يمكن إيجادها بسبب كالكاله يجب تحصيلاً للشرط و وفاء بالعقد و إن كانت ممّا لا يمكن إيجادها بسبب كاشتراط الخيار أو عدمه يكون فاسداً لتعليق العقد على أمر غير حاصل لا يمكن تحصيله أيضاً بسبب و إن قيل بأنّه لا يؤول إلى التعليق بل التزام به و نفس اشتراطه إنشاؤه كما في اشتراط الخيار فنحن نقول به في شرط الفعل أيضاً

و على أى حال بعد ما كان كلفه العقد و الاشرط بحسب الإنشاء العقدى على نهج واحد فلا وجه للتفصيل و التفرقه بين  
اشرط الفعل و الغايه و ثانيا أن مرجع التعليق إن كان إلى إناطه الإنشاء و إيقاعه على تقدير دون تقدير فهذا أمر مستحيل كما  
حققنا فى محله أن المعانى الإيجاديه

غير قابله لإنطائها بأمر غير حاصل فإنها إما توجد بإنشائها أو لا توجد فلا معنى لإيجادها معلقه على غيرها كما لا يخفى مضافا إلى أنها معان حرفيه غير ملحوظه عند الاستعمال غير ملتفت إليها في هذا الحال فلا يمكن لحاظ الإطلاق أو التقييد فيها و إن كان المرجع إلى تقييد المنشأ أى البيع مثلا بأن ينشأ ملكيه خاصه بإرجاع القيد إلى الماده نظير قيد الواجب و هذا و إن كان فى الأمور الخارجيه كالضرب و القتل مثلا- أيضا غير متصور لامتناع إناطه الفعل الصادر على أمر خارج عن الاختيار مثل إناطه الضرب على وقوعه على المضرب و إن كان عدواً دون ما إذا كان صديقا بل يكون العنوان من قبيل الدواعى على الفعل تاره يتخلف عنه و أخرى يصادفه كما هو واضح إلما أنه فيما إذا كان المنشأ من الاعتباريات كالملكيه و الزوجيه فحيث إن وجودها على نحو اعتبارها فيصح اعتبارها على وجه خاص و إناطتها على تقدير دون تقدير فيكون التعليق فيها بمكان من الإمكان كما فى قيود الواجب فإنها أيضا من هذا الباب

و لكن ذلك مضافا إلى كونه مخالفا للإجماع على بطلان التعليق فى العقود و اعتبار التنجيز فيها بلا إشكال لا يكاد ينتج الجواز بل مقتضاه بطلان العقد رأسا لأن المفروض عدم إنشاء البيع على تقدير انتفاء الشرط و انتفاء المشروط بانتفاء شرطه حكم عقلى غير قابل للتخصيص إلما بإرجاع الاشتراط إلى معنى لا ينافى مع بقاء المشروط كما يأتى تصويره إن شاء الله

نعم الذى يفيد الخيار و انعقاد العقد جائزا إناطه الالتزام الذى يدل عليه العقد التزاما و يتضمنه عرفا على وجود الشرط فعند انتفائه لا التزام للمشروط له حتى يجب الوفاء به بدليل الإمضاء شرعا فينقلب اللزوم جوازا كما هو مدعاه قدس سره و لكنه مبنى على كون الالتزام ملحوظا بنفسه فى حال العقد و منشأ به باستقلاله مثل أن يصرح به بأن يقول مثلا بعت هذا بهذا و التزمت به و ليس كذلك بالبدهاه بل مدلول العقد إنشاء البيع على وجه الالتزام فيكون كيفيه لإنشائه و نحوه من أنحاء يتعبه قهرا على حسب ما هو المفهوم منه عرفا و بهذا الاعتبار يسمى عقدا و لذا نقول بأن المعاطاه بيع لا عقد فتأمل جيدا

و كيف كان فقد ظهر بطلان التعليق بجميع أنحاءه و ما يتصور فيه التعليق منها لا يكاد يفيد الخيار و ينتج الجواز و ما يفيد و ينتجه لا- يكاد يصح التعليق فيه كما قلنا هذا إذا كان المراد تعليق الإنشاء و الالتزام العقدى على وجود الشرط كما هو صريح كلام الشهيد رفع مقامه و إن قيل توجيهها لكلامه و وجهها لمن قال بمقالته من الأجله كما أشرنا إليه من التردد أو الميل إليه من بعض عبارات التذكرة

و نقل عن الشيخ فى مبسوطه أيضا و غيرهما أن المراد إناطه الحكم الشرعى و هو وجوب الوفاء بالعقد بوجود الشرط بعد تسليم أنه بحسب التزامه بالعقد غير منوط بشىء و غير معلق على تقدير دون تقدير و لكن لا شبهه أنه لم يلتزم بالفاقد فلا يعمه دليل وجوب الوفاء بالعقد فيقع جائزا لعدم الدليل على اللزوم

و فيه أن المشروط له و إن لم يلتزم بالفاقد إلما أن المشروط عليه التزام بإعطاء الشرط و صفا كان أو فعلا فيجب عليه الوفاء على حسب التزامه بأن يؤدى الشرط إلى من له الشرط أداء الحق إلى صاحبه فمع امتناعه يجبر عليه كما فى سائر الحقوق و الأموال

و ثانيا أن عدم التزام صاحب الشرط بالفاقد و إن صحح إلما أن فيه مغالطه إذ ليس معناه عدم وجوب وفائه بالعقد بل معناه الأخذ

بالشّروط و الوفاء بالعقد بمعنى أنّه إمّا أن يتجاوز عن حقّه أو يطالبه و مع امتناعه يجبره عليه نظير ما يقال في الشكّ في الأقلّ و الأكثر أنّ الأقلّ على تقدير وجوب الأكثر ليس بواجب

فإنَّ معناه وجوب الإتيان به و بالأكثر لا سقوط التّكليف عنه فتدبّر

و كيف كان فما يظهر من هؤلاء الأجلّه من عدم جواز الإيجابار على الشّروط مع تصرّيحهم بأنّه كالجزء من العوضين بل أنّ له قسطا من الثمن و ثبوت الخيار بمجرّد التخلّف لا وجه له و أضعف من ذلك تفصيلهم في مسأله اشتراط العتق بأنّه إن قلنا إنّ حق لله تعالى يجبر عليه لو امتنع و إن قلنا إنّ حقّ للبائع لم يجبر إذ لا معنى لكونه حقّا له تبارك و تعالى إلّا اعتبار قصد التقرب فيه و لازمه التعدّي إلى كلّ ما يكون كذلك كاشتراط الوقف أو الصدقه أو بناء قنطره و غيرها من الوجوه البريّه فلا وجه للاختصاص بالعتق و لا يقاس بمنذور الصدقه و غيره لبداهه الفرق بينهما فإنّ طرف الالتزام هنا هو الله تعالى دون المشروط له كما لا يخفى

و كيف كان فقد ظهر من مجموع ما ذكرنا أنّ بالشّروط يثبت حق مالكيّ للمشروط له على الشّروط الموجب لاشتغال ذمته به كما في سائر الحقوق و يسقط بالإسقاط كما اتّفقوا عليه و تسالمهم ظاهرا في غير اشتراط العتق و قد عرفت عدم الفرق بينه و بين غيره من الأمور القريّه و غيرها الرّاجع انتفاعها إلى من له الحقّ أو الأجنبي فيستحقّ المطالبه و الإيجابار مع المماطله و مع التعدّر يوجب الخيار لعدم التزامه بفاقد الشّروط

نعم توجيه الخيار مع صحّه البيع دون البطلان كما يسبق في بادي النّظر مطلب آخر يأتي الكلام في تنقيحه آنفا فتدبّر

### [الثالثه في أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإيجابار]

قوله قدّس سرّه الثالثه في أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإيجابار

لا يخفى أنّ المسأله بعينها هي المسأله السّابقه باختلاف يسير و تفاوت في العبارة و لعلّه سهو من قلمه فراجع و تدبّر

نعم زيادتها على السّابقه أنّه لو كان الشّروط من قبيل الإنشاء القابل للنيابه فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعدّر إيجاباره أو عند امتناعه مطلقا نظرا إلى عدم تحقّق الإنشاء عن طيب و رضاه مع اعتباره فيه فيدور بين سقوط أحد الشّروطين من الطيب و الرّضا أو المباشره و قد استدللّ على جواز إيقاعه للحاكم بعموم ولايه السّيّطان على الممتنع و لكن لا يخفى أنّ عموميه مع وجود المولى عليه و حضوره و كمال عقله و بلوغه ممنوع فتأمل جيّدا

### [لو تعدّر الشّروط فليس للمشتري إلّا الخيار لعدم دليل على الأرش]

الرّابعه لو تعدّر الشّروط فليس للمشتري إلّا الخيار إلى آخره

سواء كان الشّروط متعدّرا حال العقد أو طرأ التعدّر عليه من غير فرق بين ما يرجع إلى العوضين كالأوصاف أو غيره من الأمور الخارجيه كالأفعال و الأعمال نعم لو كان الفعل متعدّرا ابتداء فيدخل في مسأله العقد المشروط بالشّروط الفاسد و سيأتي أنّ

الحكم فيه أيضا هو الخيار لا الفساد كما هو مختار جماعه من الأمجاد

و كيف كان تحقيق البحث في المقام يقع في مطالب ثلاثه الأول في صحه العقد و عدم بطلانه بتعدّر الشرط الثاني في جوازه و ثبوت الخيار للمشروط له و كيفيه الجمع بين الصيحه و الجواز على ما يقتضيه القاعده نعم بناء على مسلك شيخنا العلامة قدس سرّه من اقتضاء القاعده البطلان و إثبات الخيار بالتعبّد من الإجماع و قاعده الضرر فالأمر سهل و لكن قد أبطلنا هذا المسلك في خيار الغبن و غيره مشروحا فإنّ الإجماع في أمثال تلك المسائل العرفيه الإمضائيه شرعا تحصيله لا يخلو عن تأمل

و أمّا القاعده فقد حَقّقنا في محلّه أنّه لو ثبت الخيار بوجه آخر من استناده إلى تعدّر الشروط الضمّيه أو الصّريحه فالتمسك بها في محلّه حيث إنّ الوفاء و الرّضا بفاقد الشرط ضرر على المشروط له إلّا أنّه مستغنى عنه في تلك الصّوره و إن لم يثبت الخيار بوجه آخر فلا موقع للتمسك بأدله الضرر و لإقدام المشروط له على المعامله بعلم منه و اختياره و مجرد تخلف الشرط لا يكاد يوجب الخيار

كتخلف سائر الأمور الباعته على الإقدام على المعامله فتأمل جيداً

□  
و بالجمله تتميم المسأله على ما تقتضيه القواعد لا يخلو عن الغموض و تدقيق النظر كما سيوضح عليك إن شاء الله الثالث في جواز أخذ الأرش من التفاوت بين واجد الشرط و فاقده بالنسبه إلى الثمن و المثلن كما في خيار العيب و مبنى المسأله أن ثبوت الأرش فيه على القاعده أو على خلافها ثبت بالنصوص تعديداً فهنا مقامات من الكلام الأول في إثبات الصيحه و عدم بطلان العقد بتعدّر الشرط فنقول إن الخصوصية الفاقده تاره تكون ركناً في المعامله و عنواناً للعوضين كالصّور النوعيه التي للأشياء التي يبذل بإزائها الأموال و تقع في العقد بإزائها الثمن مثل كون المبيع حماراً و غلاماً و نحو ذلك ممّا يوجب تخلفه اختلالاً في أركان العقد على حسب ما قصده المتعاقدان مثل ما إذا باع غلاماً حبشياً و ظهر حماراً و حبشياً و هذا يوجب بطلان المعامله بلا شبهه و لو في البيع الشّخصى فإنّ المبادله فيه و إن وقعت بين الثمن و هذا الموجود الخارجى كيف ما كان لكن لا بمادته الهيلولائيه حتى تكون محفوظه في المثال المفروض بل بصورته النوعيه المفروض انتفاؤها لأنها التي يبذل بإزائها المال و يقع في مقابلها الثمن فما يقال إن العقود تابعه للقصد محل استعماله في تلك الصوره حيث إن ما قصده البائع مثلاً و بذل بإزائه الثمن منتف و ما هو موجود لم يقصده و لم يبذل بإزائه شىء و لا يصح أن يقال إنّه من قبيل تخلف الدّواعى بمعنى أن اعتقاد كونه غلاماً صار داعياً لبذل المال بإزاء الموجود الخارجى لما عرفت من أن المعنى المحفوظ فيه و لو بانسلاخ ذلك العنوان عنه هو المادّه الهيلولائيه الغير القابله للمعاوضه لعدم المائيه لها فإنّ مائيه الأشياء بصورها النوعيه بل بالصّور العرفيه التي ربما تكون أخصّ من الصّور النوعيه العقليه فتأمل جيداً

و بيان أوضح الخصوصية الفاقده تاره توجب أن يعدّ الموجود الخارجى مباناً لما وقع عليه العقد عرفاً فانتفاؤها يوجب بطلان العقد لا محاله سواء جعلت عنواناً للمبيع كقوله بعتك العبد الذى هو هذا أو وصفاً له كقوله بعتك هذا العبد أو عبر عنه بلسان الاشتراط كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون عبداً فإنّ انتفاء العبدية في جميع هذه الصّور يوجب البطلان إذ التوصيف أو الاشتراط هنا لا يفيد أزيد ممّا يعتبر في أصل المعامله بعد ما عرفت عدم صلاحية بذل المال بإزاء المادّه المبهمه الجنسيه

و أخرى تكون الخصوصية فضله بمعنى أن انتفاءها لا يوجب اختلالاً في مبادله المالىين بحيث يعدّ الموجود فعلاً مباناً للمعقود عليه عقلاً و عرفاً و إن كان الالتزام بكون أحدهما عوضاً عن الآخر منوطاً بوجود الخصوصية فانتفاؤها في تلك الصوره يوجب انتفاء الالتزام لا انتفاء أصل المبادله و ذلك كما في اشتراط الأمور الرّاجعه إلى أوصاف العوضين أو الأمور الخارجيه التي بمثونه الشرط تصير بمنزله الوصف و الضّميمه لهما و هذا القسم محلّ الكلام و أنّ تعدّره يوجب الخيار أو لا يوجبه

و أمّا ما كان من قبيل القسم الأول فهو خارج عن محلّ البحث رأساً و لا ينبغي عدّه في عداد الشّروط و الأوصاف لما عرفت من أنّ التعبير عنه وصفاً أو شرطاً لا يفيد أزيد ممّا يعبر في أصل المعاوضه من اعتبار كون العوضين معلوماً و عنوانهما محفوظاً نظير اشتراط بقاء الموضوع في جريان الاستصحاب و ما اعتبروه في جريان قاعده الميسور في كون الفاقده يعدّ ميسوراً للواجد لا مباناً له فإنّ الخصوصية المنتفيه تاره تكون عنواناً للموضوع و متقومه بها حقيقه الواجب بحيث يكون انتفاؤها موجبا لانتفاء

الموضوع و تعذر الواجب رأسا فلا مجال لجريانهما

و أخرى ليست كذلك بل عنوان الموضوع أى ما هو معروض الحكم بحسب المناسبه التى بين الأحكام و موضوعاتها محفوظ بنظر العرف و كذلك الواجب لم تتعدّر بحقيقته بل ببعض أبعاضه فيصح جريان القاعدتين و إن لم يشملهما إطلاق دليلهما لأجل انتفاء الخصوصيه كما حَقَّق في محلّه

و بالجملة صحّه المعامله و نوع المبادله مبتنيه على حفظ عنوان المتعاضين أى ما يبذل بإزاء الأموال في العرف و العاده كالصّور التّوعيه التى للأعيان فإنّ مآليتها تدور مدارها غالبا لا- على المادّه الهيولائيه و لا على الأوصاف الخارجيه و إن كانت موجه لتفاوت القيمه بسببها فإن كانت تلك الصّوره التى وقعت عليها العقد محفوظه إلى حين القبض بل موجوده في هذا الحال و لو فرض انتفاؤها حال العقد فيصحّ المعامله و تقع المبادله لا محاله و لا يعقل إناطتها بوجود الوصف أو الشّروط فإنّهما من قبيل الدّواعى لا يعقل أن يكون وقوع الفعل الخارجى و عدم وقوعه منوطا بهما كما لا يخفى

و إن لم يكن تلك الصّور محفوظه إلى حين التّسليم و إن كانت موجوده حال العقد كما إذا صار الخلل خمرًا مثلا فلا مجال للصّحّه لذهاب المائيه و عدم وقوع المعارضه بين الثّمن و المادّه الهيولائيه الموجوده في حال خمريته نظير ما ذكر في القاعدتين أى قاعده الميسور و الاستصحاب كما أشرنا إليه

نعم ما ذكر كلّه إنّما يتمّ في البيع الشّخصى و مبادله الأعيان الخارجيه بالثّمن كذلك و كذلك في الأوصاف التى لا يكون مائيه الموصوف متقومه بها كوصف الصّحّه في الجوز و أبيض و نحوهما و إلّا فانتفاء الوصف يوجب فساد المعامله بذاك المناط الذى نقّحناه فإنّ الثّمن فى مثل هذه الأشياء يقع بإزاء وصف صحّتها حقيقه فيكون الوصف فيها بمنزله الصّور النوعيه فى غيرها و الموصوف بمنزله المادّه الغير القابله لوقوع المعاوضه عليها كما قلنا

و كذلك الكلام فى البيع الكلى فإنّ اشتراط الوصف فيه يوجب تقييد المبيع الثّابت فى الذّمه ففاقد الوصف ليس فردا لما وقع عليه العقد و لازمه الفساد إلّا أنّ المشهور فيه أيضا الصّحّه و الخيار لكن بتقريب آخر ليس هنا محلّ ذكره فتدبّر و ربما يظهر من بعضهم الحكم بجواز الإبدال أيضا و الفرق بينه و بين الخيار لا يخلو عن التأمّل فتأمل

و كيف كان فقد ظهر أن تعذر الشرط فيما هو محلّ البحث أى الشّروط الزّائده عن عنوانى العوضين الخارجيه عمّا يقع بينهما المبادله لا- يكاد يتشلم به صحّه العقد و وقوعه على نحو أوقعناه فلا موجب للفساد مع تماميه جهات الصّحّه و أمّا اللّزوم فليس كذلك فإنّه ناش عمّا يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بمدلوله الالتزامى العرفى و هو التزام كلّ من المتعاقدين بما عقد عليه و إعطاء القول من كلّ واحد لصاحبه و بهذا الاعتبار يسمّى عقدا و يعمّه عموم أوفّوا بالعقود و لذا قيل إنّ المعاطاه بيع لا عقد و من المعلوم أنّ الالتزام بما وقع عليه العقد منوط بوجوده لا الإناطه على وجه التعليل بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكون الشّروط من قبيل شرط الواجب بمعنى أنّه يجب على المشروط عليه الوفاء بالعقد و تسليم ما انتقل عنه مع الشّروط فيجب على المشروط له الوفاء به كذلك فإذا تعذر الشّروط فلا ملزم للعقد لعدم الالتزام بالفاقد فعلى صاحبه الالتزام به فعلا و الرضا به أو فسخ العقد و



حلّه و هذا معنى الخيار

فقد ظهر أن العقد الذي شرطه كالمعاطاه على قول فيه بيع لا عقد أما الأول فلوقوع المبادله بين العوضين بل قد عرفت عدم صحه إناطتها بوجود الشرط على وجه لا- يرجع إلى تعليق الإنشاء الممتنع وقوعه أو تعليق المنشأ المجمع على بطلانه و أمّا أنه ليس عقدا

فلما عرفت من انتفاء الالتزام بالمبادله مع فقد الشرط وصفا كان أو غيره فلا يعمه عموم أوفوا بالعقود فإنه إمضاء لما التزما به و هو فى المقام على الفرض متعذر مفقود

و بالجمله فقد تلخص مما ذكرنا أن ما أفاده الأصحاب من صحه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له عند التخلف كما هو مقتضى مختار الشهيد و من وافقه أو عند التعذر كما هو مختار المشهور صحيح منطبق على القاعده و ما يقتضيه العقد و الاشتراط فلا وجه للقول بفساد العقد لو لا الشرط و إثبات الخيار بالإجماع و قاعده الضرر كما يظهر من شيخنا العلامه قدس سره فى بعض كلماته نظرا إلى إرجاع الشرط إلى تقييد المنشأ فينتفى بانتفائه لما عرفت من أنه ليس تقييدا للإنشاء و لا للمنشأ بل التزم فى التزم

و لنعم ما عبروا عنه بالشرط فى ضمن العقد فهو غير مرتبط بالعقد على وجه يوجب انتفاؤه فسادا و مرتبط به بوجه يوجب انتفاؤه الخيار بالتقريب الذى ذكرنا من دخله فى الالتزام العقدى لا فيما هو مدلوله المطابقى أى المبادله بين العوضين فتأمل جيدا

أقول و الإنصاف أن تصوير ذلك على وجه لا يرجع إلى التعليق فى الإنشاء و لا إلى تقييد المنشأ الموجب لانتفائه عند انتفائه و لا إلى نظير تعدد المطلوب فى الواجبات و لا إلى نظير الواجب فى الواجب كما قيل و مع ذلك كان النتيجة عند انتفائه صحه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له فى غايه الإشكال و كذلك تصوير ما ذكر من إناطه الالتزام به مع ما عرفت أن الالتزام ليس بنفسه ملحوظا فى العقد بل إنما لوحظ حاله و كيفية للإنشاء أى كون الإنشاء على وجه الالتزام

و كيف كان فتصوير المطلب أى الجمع بين الصحه و الجواز فى غايه الدقه و يحتاج إلى إمعان الفكر و تدقيق النظر و قد أتعب نفسه شيخنا المحقق و أستاذنا الماجد فى تصوير ذلك و قد أجاد فيما أفاد و لكن ما قررناه غير واف بمراده و قاصر عن بيانه و لعلك إذا تأملت فيما ذكرنا فى الواجب المشروط من إرجاع الشرط إلى المادة حال الإسناد لا إليها قبل الإسناد و النسبه كما فى سائر قيود الواجب المطلق و لا إلى الهيئه بل عقد جملة بجملة كما هو مفاد أداء الشرط يتضح لك حال المقام و تصوير ما بنى عليه علماءنا الأعلام فتأمل جدا فإن المسأله من مزله الأقدام

قوله قدس سره الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري إلا الخيار لعدم دليل على الأرش إلخ

هذا هو المطلب الثالث من المطالب التى أردنا تنقيحها و حاصل الكلام فيه بعد إثبات أن تعذر الشرط لا يوجب فساد العقد بل ينقلب العقد جائزا فللمشروط له الفسخ و الرجوع إلى ما انتقل عنه فهل يجوز له أخذ الأرش كما فى العيب أو لا يجوز له سوى الفسخ و الرد و مبناه ما ذكرنا فى مسأله خيار العيب من أن الأرش فيه هل ثبت على القاعده و حسب ما يقتضيه المعاضه أو ثبت بالتعبيد فيقتصر على مورده و قد أثبتنا هناك عدم إمكان تطبيقه على القواعد لأنه إن كان تميميا للنقص و غرامه للعيب فلازمه أخذ قيمته الواقعيه دون ما يخصه بالنسبه إلى الثمن و إن كان تنقيصا للثمن فلازمه رجوع ما يخصه من عين الثمن دون غيره

و كيف كان فالمتعدى عن مورد العيب يحتاج إلى الدليل المفقود فى المقام بل فى سائر الخيارات أيضا خلافا لما هو ظاهر التذكرة من التعدى إلى المقام بل إلى غيره مثل خيار الغبن أيضا على ما يخطر بالبال بل الظاهر منه فى المسأله التفصيل بين

أقسام الشُّروط على وجه لا يكاد أن يستقيم و يوجّه

و حاصله أنّ الشُّرط تاره من الأوصاف التي لا توجب إلّا زياده الرّغبه في موصوفها من غير

أن يوجب وجوده أو عدمه زياده في قيمه الموصوف بوجه فقد قال قدس سره بتعيين الخيار عند تعذره

و أخرى من الأوصاف التي توجب زياده المالىه في الموصوف فقال إذا تعذر يتخير المشروط له بين الفسخ و الرجوع بالتفاوت و بين قيمته مطلقا و قيمته مع الشرط و تبعه الصيمرى فيما لو شرط تدبير العبد ثم امتنع فيرجع إلى جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبه التفاوت إلى القيمة لا قيمته الواقعيه كما صرح به في التذكرة و هو المصطلح في الأرش عند إطلاقه و ثالثه من الأفعال التي يقابل بإزائها المال كخياطه الثوب و صبافته فيتخير المشروط له بين الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته و ظاهر العوض قيمته الواقعيه كما هو واضح هكذا يستفاد من كلماته على ما نقلها شيخنا العلامة قدس سرهما

و فيه أولا أن التفصيل بين الأوصاف ممنوع لعدم وقوع شىء منها في مقابل الثمن بل المقابله عرفا و شرعا بين العوضين و إن كانت مالىه المال ربما تزيد و تنقص بوجود الوصف و عدمه و إلا فاللزام بطلان العقد بالنسبه إلى ما يقابله كما في الجزء و ثانيا الفرق بين شرط الوصف و غيره أشكال من الأول لأنه إن كان مضمونا في عقد المعاوضه و يصير ضميمه لأحد العوضين و يقابله شىء من الثمن فلا وجه للرجوع إلى القيمة مع وجود العوض المسمى فإن الضمان إنما يكون بمالىه الشىء واقعا إذا لم يلتزم المتعاقدان على الأزيد أو الأنقص منه أو التزما و لم يمضه الشارع كما في المقبوض بالعقد الفاسد و إن كان مضمونا بضمان اليد فمع وضوح بطلانه لازمه الرجوع إلى القيمة في شرط الوصف أيضا لبداهه أن دخل الشرط في العقد على نهج واحد لا يكاد يختلف باختلاف المشترط وصفا أو عملا خارجيا

و بالجمله ما أفاده قدس سره غير قابل للتوجيه بوجه هذا مضافا إلى أن الجمع بين الخيار و الأرش مطلقا غير متصور لأن مالىه الشىء دائما محفوظه في العهده و لا تكاد تتعذر حتى يوجب الخيار فإن كان المال مطلقا مضمونا بخصوصيته و بشخصه فتعذره يوجب الخيار و لا موجب للرجوع إلى عوضه لا بما سمي في العقد و لا بقيمته الواقعيه و إن كان مضمونا بمالىته المحفوظه في حال التلف و عدمه و حال تعذر أدائه بشخصه و عدم تعذره فلا موجب للخيار فلو سلم أن الشرط أيضا يبذل بإزائه المال و يقابله شىء من الثمن فحاله كذلك لا محاله فافهم

و كيف كان فالتحقيق في المقام كما أفاده شيخنا أستاذ الأساتيد قدس سره عدم جواز الرجوع إلى الأرش مطلقا لعدم وقوع شىء من الثمن بإزاء الشرط كان له مالىه لنفسه أو لم يكن من غير فرق بين الأوصاف و لا بينها و بين غيرها من الشروط الخارجيه مثل شرط الخياطه و الصباغه لما عرفت من أن دخلها بالعقد على نهج واحد و لا ينافى ذلك مع وقوعها تحت الضمان و لكن بمعنى أن تعذر أدائها يوجب الخيار في المبادله الواقعه بين العوضين فيكون ضمانها بهذا المعنى لا بمعنى ثبوتها في ذمه المشروط عليه على نهج سائر الأموال فإنه فرع قابليه المضمون لذلك و وجود المالىه له بنفسه مع لحاظ تلك المالىه أيضا في عقد المعاوضه و هذه كلها في الشروط مفقوده كما بين بما لا مزيد عليه فتأمل

□

أقول هكذا أفاد أستاذنا الماجد أدام الله أيام إفاضاته تبعا لشيخنا العلامة قدس سره و لكن فيما إذا كان الشرط بنفسه له مالىه يبذل بإزائه المال كشرط الخياطه و لم يكن تبعا لأحد العوضين لا بنفسه كالتماءات المتصله و لا بالشرط كمال العبد و حمل الدابته و نحوها فما أفاده لا يخلو عن التأمل و للإشكال فيه مجال

لوقوع شىء من الثمن بإذنه واقعا و صيرورته ضميمه لأحد العوضين لا محاله و إن لم يقع بإذائه شىء فى متن العقد و كان الالتزام به شرطا لا جزءا اللهم إلا أن يقال بأن الصّمان و اشتغال الذمّه يدور مدار كيفية العقد و اعتبار المضمون و تعهده فى العهده على حسب ما يقتضيه المعاوضه و لا يدور مدار واقعه فتأمل جيّدا

### [الخامسه لو تعذّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه]

قوله قدّس سرّه الخامسه لو تعذّر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه إلخ

لا يخفى أنّ ظاهره فرض التعذّر بعد خروج العين بالتلف أو بالتصرّف فيكون من قبيل الخيارات المنفصله كالتأخير و التّفليس و نحوهما و حينئذ يشكّل عليه بأن بعض الوجوه المذكوره مثل فسخ العقد المترتب من حينه أو من أصله إنّما يجرى فى الخيار المتّصل بحيث يقع التصرّف الناقل فى زمان الخيار فعلى القول بتعلّق حقّ الخيار بالعين أو بوجه آخر يوجّه القول بفسخ العقد المترتب

و أمّا فى الخيار المنفصل و كون العين طلقا فى حال التصرّف الناقل فلا موجب لبطلانه مطلقا أو جواز فسخه كذلك لعدم المانع من التصرّف الناقل كغيره من التصرفات بل يتعيّن الرجوع إلى المثل أو القيمه كما هو المحقّق فى محلّه و لكنّه مندفع بما حقّقناه فى بحث الخيار أنّ الخيار المنفصل تاره يحدث بعد العقد بمبدئه و فعليته كما فى خيار التّفليس و التأخير على وجه و خيار الرّويه و العيب على القول بكونهما صرف التعبد

و أخرى يكون مبدؤه موجودا حال العقد و إن كان فعليته منوطا بزمان متأخّر كما فى الخيار المشروط بالزّمان أو بزمانى كذلك كما فى خيار العيب و الرّويه على ما هو التّحقيق فيها من كون الخيار مستندا إلى ما يتضمّنه العقد ضمنا من عدم التّغابن و كون المبيع صحيحا أو على وفق ما شاهده فتخلّف هذه الأمور يوجب الخيار و حينئذ تكون الخيارات الثلاثه من صغريات مسائلنا هذه أى خيار تخلّف الشرط غايه الأمر محلّ البحث هنا فى الشرط الصريح و فيها يكون الشرط ضمنيا و لا فرق بينهما من تلك الجبهه فتأمل جيّدا

و كيف كان فالتّحقيق فى هذا القسم من الخيار المنفصل ترتّب آثار الخيار على العقد من حينه لتحقّق مبدئه حال العقد الموجب لتزلزله كنفس الخيار فلو منعنا عن التصرفات الناقله فى زمان الخيار أو قلنا بتوقّفها على الإجازة لقلنا بهما فى هذا القسم من المنفصل أيضا لما عرفت من تزلزل العقد من أوّل الأمر و كون العين متعلّقا لحقّ الغير على القول به و غير ذلك من الأحكام المترتبه على الخيار فما أفاده قدّس سرّه فى غايه المتانّه إلا أنّه لم يؤدّ ما هو حقّ المسأله من التّوضيح و التّفصيل بل اكتفى بمجرّد عنوان البحث و نقل الأقوال و وجوه الاحتمال من غير تعرّض لمداركها فينبغى تداركه تميميا لمرامه و توضيحا لكلامه رفع مقامه فنقول إنّ التصرفات الناقله تاره تنافى مع نفس الاشرط مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعه من زيد فباعه منه أو أن يبيعه من عمرو فباعه من غيره و نحو ذلك

و أخرى لا- منافاه لها مع ما اشترط عليه مثل أن يشترط عليه عملا فتعذر على المشروط عليه بعد ما خرج العين عن ملكه بأحد أسبابه الموجبه لذلك أما الثاني فالحكم فيه كما أفاده قدس سره من عدم منع التصرف عن الفسخ و الرجوع إلى المثل أو قيمه أو فسخ العقود المترتبه من حينه أو من أصله و استرجاع العين بنفسها على الخلاف المتقدم في أحكام الخيار

و قد عرفت أن الشرط بنفسه موجب لثبوت حق للمشروط له على ذمه الشارط فلا- يقال إن الخيار إنما يحدث بعد التعذر فالتصرف إنما وقع في حال ملكيه العين طلقا للمشروط عليه

فلا موجب للانفساخ لما عرفت أن مبدأ الخيار و هو الشرط موجود في حال العقد فيكون حاله كالخيار المتصل في تزلزل العقد و عدم استقراره إما لتعلق حق للمشروط له في العين أو في العقد على الخلاف المتقدم

و كيف كان فلا إشكال في هذا القسم و إنما الكلام في القسم الأول و هو أن يكون التصرف بنفسه منافيا للشرط كما مثلناه و قد ذكر فيه وجوه ثلاثه من القول بالصحة مطلقا أو الفساد كذلك أو التوقف على إجازته من له الشرط فلو أجاز ينفذ التصرف و يسقط خياره لأن إجازته مساوقه لإسقاطه كما قلنا في محله و لو لم يجوز فيفسخ العقود المترتبة و لا خيار له أيضا لعدم تعدد الشرط بل يجبره على الوفاء به حسب ماله من الحق الثابت بالاشتراط فانحصر الخيار بالتعدّد في الوجه الأول و هو نفوذ التصرفات مطلقا من غير توقف على إجازته بناء على ما تقدّم من الشهيد ره و من تبعه من أنّ الشرط لا يوجب حقا للمشروط له بل فائدته انعقاد العقد جائزا فله الفسخ عند تخلف المشروط عليه ابتداء من غير توقف على التعدّد أو أحد الأمرين من ثبوت حق للمشروط له و سلطنته على الفسخ عرضا كما وجّهنا به القول بعدم جواز الإيجاب ممن تبع الشهيد قدس سره في ذلك

و كيف كان فالتعدّد الموجب للخيار مبنّى على صحّة العقد المترتب بوجه و إلا فلا تعدّد لفساد العقد بنفسه أو بفسخ المشروط له فيجب على المشروط عليه الوفاء بشرطه و إيقاع العقد ثانيا في محله على وفق ما اشترط عليه كما يجوز إجباره عليه عند امتناعه حسب ما تقدم تفصيله و الغرض من الإشارة إليه هنا أيضا التنبية على انحصار وجه القول بالصحة بعدم إفاده الشرط حقا للمشروط له مطلقا كما هو مقاله الشهيد أو إفاده أحد الأمرين من حق الشرط أو الفسخ المتحد مع سابقه في عدم جواز الإيجاب و ثبوت الخيار بمجرد التخلف و لو مع الاختيار

نعم يمكن توجيه الصحة على وجه لا ينافي مع القول بالإيجاب و هو إرجاع شرط التصرف على وجه خاص إلى ناحيه السبب لا المسبب أي إلى شرط الفعل لا- النتيجة كما أفاده أستاذنا المرحوم طاب ثراه في تعليقه المختصره فراجعها هذا كله في وجه القول بالصحة و أمّا الفساد فربما يوجّه بأن مقتضى اشتراط البيع على وجه خاص مثلا- و وجوب الوفاء به النهى عن ضده الموجب لقصر سلطنه المالك أي المشروط عليه عن سائر أنحاء التصرفات بناء على رجوع النهى إلى المسبب فإنه الذي يتعلّق به الغرض العقلاني أحيانا و يصح جعله ضميمه لأحد العوضين كما هو واضح

و حينئذ فحال المسألة مثل التصرف في مندور الصدقة و المعاملات المنهيه كبيع المسلم أو المصحف من الكافر و نحو ذلك فيقع المعاملة باطله و لو مع إجازته من له الشرط لتوقف نفوذ التصرف على سلطنه المالك عليه و عدم أخذ الشارع إياها بسبب النهى عنه كما في الأمثلة المذكوره و أشباهها و يكون العين بنفسها متعلّقه لحق الغير و محجورا عليها عن سائر أنحاء التصرفات لا- متى يتوقف أداء واجب آخر على صرفه في مصرف خاص حتى يقال بعدم اقتضاء النهى هنا للفساد كما لو توقف الحج الواجب على صرف مال بالخصوص فتخلف المستطيع و صرفه في وجه آخر كبيعه و نحوه فإن النهى هنا لا يوجب فساد معاملته كما حَقّق في محله و لذا فزقوا في مسألة اشتراط تمكّن المالك من التصرف في النصاب في تمام الحول بين ما لو نذر أن يتصدّق ببعض النصاب و لو مشروطا بأمر غير حاصل فإنه يوجب انتفاء الشرط في أثناء الحول لتخلّل حجره عن التصرف في المندور كيف ما شاء و بين ما لو توقف و انحصر أداء واجب كالحج مثلا على صرفه في

طريق خاص فلو عصي و تخلف حتى حلّ الحول يجب عليه الزّكاه لبقاء تمكّنه إلى هذا الحال

و السرّ فيه ما أشرنا إليه من أنّ في القسم الأوّل تعلق النّهي برقبه العين فيصير محجورا عن التصرف فيها شرعا الموجب لقصر سلطنته و خروجه عن عموم الناس مسلطون على أموالهم بسبب المنع الشرعيّ الذي هو كالاتناع العقلي المنافي مع بقاء تمكّنه من التصرف في تمام السّينه و هذا بخلاف ما إذا كان النّهي لأجل مقدميته لواجب آخر فإنّ التوقّف و المقدميه لا يقتضى أزيد من إيجاب الفعل على المكلف و أمّا قصر سلطنه المالك عن ماله و حصرها في مصرف خاصّ فهو أمر زائد يحتاج إلى مثنونه زائده و لا يكفي فيه النّهي الناشئ عن المقدميه كما لا يخفى

و بالجملة بهذا الوجه يمكن توجيه الفساد و لكن أصل المطلب و إن كان في غايه المتانّه إلّا أنّ جعل المسأله من صغريات مبنئى على كون وجوب الوفاء بالشّروط كالوفاء بالنّذر حقّا إلهيا و حكما تكليفيا محضا في عرض ما يقتضيه الشّروط من الوضع كما يظهر من شيخنا العلّامة قدّس سرّه في بعض كلماته السّابقه

و لكن قد ظهر أنّه ليس كذلك و إلّا لا يكاد يسقط بإسقاط المشروط له شرطه و تجاوزه عن حقّه مع أنّ الظاهر تسالمهم على سقوطه بالإسقاط في غير العتق فلا- يكون التّكليف فيه كالتّكليف بوجوب الوفاء بالنّذر بل تكليف تبعيّ يتبع الوضع و يبدور مداره كما في الدّين و نحوه نظير تصرّف العبد في ماله أو في نفسه المتوقّف صحّته على إجازة مولاه معلّلا بأنّه لم يعص الله و إنّما عصي سيّده

و من المعلوم أنّ هذا النّحو من التّكليف لا- يكاد يصلح لتخصيص أدله السّيلطنه بل إنّما يتبع الوضع فإن كان الحقّ الثّابت للمشروط له مانعا عن نفوذ التصرف في العين فهو و إلّا فلا موجب للبطلان و حينئذ الصّحّه و الفساد مبنيان على الخلاف المتقدّم بين الشّهيد و من تبعه و بين المشهور من أنّ الاشتراط يوجب إحداث حقّ مالي مالكي في ذمّه المشروط عليه كسائر الحقوق الماليه أو لا- يوجب إلّا جواز العقد و بناء على ما حقّقناه من إفادته الحق لا محاله و لذا يجوز له إسقاطه فليس من قبيل حقّ الجنايه بمعنى كونه حقّا ثابتا على رقبه العين كل ما كان حتى لا ينافي استينافه مع نفوذ التصرفات الناقله و لو بالعقود المتعدده بل ثابت في رقبه العين ملكا لمالكها فينافي مع نفوذ التصرفات كما في باب حقّ الرّهانه

و بالجملة فالمسأله من صغريات ذلك الباب فيجرى فيها الخلاف الذي فيه بين الأصحاب من توقّف الصّحّه على إجازة المرتهن أي صاحب الحق كما هو المشهور ظاهرا و المعروف من جماعه من الأجلّاء أو الفساد مطلقا كما حكى عن بعض المتأخرين مثل صاحب المقابس و غيره مدّعي عدم جريان حكم الفضولي في المسأله و نظائرها

و كيف كان فالقول بالفساد مطلقا مبنئى على هذا الوجه كما أنّ القول بتوقّفه على الإجازة مبنئى على إجراء حكم الفضوليّ عليه كما هو المحقّق المختار في محلّه و حينئذ فالمتّجه ما أفاده قدّس سرّه من أنّ خير الأقوال أوسطها و حينئذ لو أجاز صحّت العقود المترتبه و يسقط حقّه الثّابت بالاشتراط لما ذكرنا من إرجاعها إلى إسقاط الشّروط و الرضا بالعقد بدونه و لو ردّ العقود اللّاحقه تنفسخ كلّها و يجب على المشروط عليه الوفاء بالشّروط لعدم تعدّره بعد انفساخ العقود المترتبه فلا موجب للخيار كما لا يخفى



و حينئذ فقله قدس سره فاذا فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من أصله أو من حينه أو الرجوع بالقيمه وجوه رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمه و بين غيره فيبطل انتهى مبنى على الاستدراك الذى فى كلامه من صحه العقد الثانى بناء على عدم جواز الإجبار لا أنه متفرع على ما اختاره أولا لما عرفت من أن حدوث الخيار

بالتعذر مبنى على صحه العقود المترتبة و إلا فلا تعذر للشروط أصلا أما على القول بالفساد فواضح و كذلك على القول الأوسط مع ردّ العقود المترتبة حيث إنّ العين باقية فى ملك المشروط عليه و أمّا مع الإجازة فالعقود المترتبة و إن صحّت بها و يتعذر الشرط لا محاله إلا أنّ مرجعها إلى إسقاط حقّه رأسا كما قلنا

و بالجمله فالعبارة لا يخلو عن التعقيد و على أىّ حال فالتفصيل بين العتق و غيره للمنع عنه مجال و لازمه القول به بالنسبة إلى جميع الخيارات بل فى العين المرهونه أيضا مع أنه لم يلتزم به أحد نعم من بعض كلمات شيخنا العلامة فى أحكام الخيار يلوح أنّ التصرف بالعتق محلّ الإشكال فى جميع أبواب الخيار لكنّه لم يلتزم به فى الرهن بلا إشكال

و قد عرفت أنّ المسألة من هذا الباب فلا موقع للتفصيل و كون بناء العتق على التغليب لا يكاد يثبت المدعى فإنّ معناه أنّه لو اعتق بعض العبد بوجه يلحقه الباقي بالتفصيل [الذى ذكر فى محله و هذا لا- دخل له بما هو محلّ البحث فى المسألة كما أن احتياجه إلى القربة لا- يوجب كونه من حقوق الله تعالى و إلا يلزم القول به فى سائر الشروط التى من الوجوه القرينة كالوقف و الصدقة و تسهيل المنفعة على الوجوه العامّة و نحوها فلا- وجه للاختصاص بالعتق مضافا إلى ما أشرنا إليه سابقا من أنّ طرف الالتزام فى اشتراط العتق و نحوه هو المشروط له و الشارط يلتزم له و يشتغل ذمته له لا- لله تعالى حتى يكون حقا له تبارك و تعالى كما فى النذر فإنّه التزام له تعالى كما لا يخفى فالقياس على النذر و شبهه فى غير محله بل يكون حقا ممحضا للمشروط له كاشتراط الوقف و الصدقة و نحوهما فيسقط بإسقاطه لا محاله

و من هنا ظهر ما هو التحقيق فى المسألة الآتية فلا نعيده لضيق المجال و عدم مساعدته الحال و أسأل الله التوفيق و حسن المآل

### [السابعة قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسط عليه الثمن]

قوله السابعة قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسط عليه الثمن إلى آخره

لا- يخفى أنّ المسألة مع إطناب الكلام فيها لم تنقح كما هو حقّها مع أنّها من أهمّ المسائل فينبغى جعلها خاتمة لباب الشروط و بيان أقسامها كما هو حقّها و تميز ما يتقسطه بإزائه الثمن عمّا لا يتقسط بإزائه شىء منه و بيان الضابط فى ذلك فنقول إنّ الشرط أى ما يقع فى عقد المعاوضة بصوره الاشتراط تاره يكون من الأمور الخارجيّة الغير الرّاجعه إلى العوضين بوجه كاشتراط عمل أو ضميمه شىء خارجيّ إلى الثمن أو المثل على وجه الاشتراط من غير أن يوجب حدوث خصوصيّة فيهما

و أخرى من الأمور الرّاجعه إلى العوضين و هذا أيضا تاره من قبيل الصور الجوهرية التى بها شئى الأشياء و ماله الأموال و تقع متعلّقه للأغراض أولا و بالذات و يبذل بإزائها الأعواض كحماريه الحمار و ما يشبه ذلك و أخرى من الأوصاف العرضية لأحد العوضين مثل كون العبد كاتباً و الثمن نقدا غالبا و نحو ذلك

و ثالثه من قبيل كميّة الأشياء و مقاديرها كقولك بعتك هذه الصّبره بشرط أن تكون عشره أصواع أو هذه الأرض بشرط أن

تكون عشره أجرب و غير ذلك و إنما جعل ذلك قسما ثالثا مع أنه أيضا من الأعراض اللاحقه لأحد العوضين من الثمن أو المثلث لأن فيه جهتين و حيثيتين جهه الوصفية من حيث إفادته لوصف الاجتماع و كون العين الشخصية متصفه بوصف كونها كذا جزءا و جهه ذاتية جوهرية باعتبار إفادته لتعيين مقدار العوضين الذي به يزيد و ينقص و يختلف باختلافه قلّه و كثره

و بيان أوصاف الأوصاف ممخضة لاعتبار خصوصية في الموصوف من غير أن يوجب تغييرا في الموصوف من حيث القلّه و الكثره و الزيادة و النقصه

غايته أنّ الموصوف الخارجى تاره واجد للوصف و أخرى فاقد له

و بعباره أخرى اختلاف فيه من حيث النقص و الكمال لا من حيث الزيادة و النقصان فى الصوره الجوهرية التى أخذت عنوانا فى المعامله و هذا بخلاف المقدار فإنه يوجب اختلاف تلك الصوره الجوهرية زياده و نقيصه فيشبهه من تلك الجبهه باشتراط نفس الصوره الجوهرية أى القسم الأول فتأمل جيدا

و بالجملة هذه أقسام الشروط و من الواضح أنّ القسم الأول أى اشتراط ما هو الخارج عن حقيقه العوضين تعذره أو تخلفه لا يوجب إلّا الخيار فإما أن يفسخ العقد و يردّ العوض و إما أن يمضيه بتمام العوض من الثمن أو المثلن لما حققناه أنه التزام بشىء و راء الالتزام الذى بين العوضين

و بعباره أخرى التزم فى ضمن الالتزام الأول بعد تماميته بتمام جهاته غايته حيث إنه مرتبط به و محقق فى ضمنه فانتفاؤه يوجب الخيار بالبيان الذى تقدّم و على أى حال لا يوجب انتفاؤه تبعضا فى الصفقه و لا تقسيطا فى الثمن بلا شبهه لعدم وقوع شىء من الثمن بإزائه على حسب التزام المتعاقدين و ما أنشئ عقد المعاوضه و ما يقال إنّ للشرط قسطا من الثمن أى عند التحليل لا بحسب ما يقتضيه العقد فتأمل

و من هذا القبيل القسم الثالث أى ما كان راجعا إلى اعتبار وصف فى العوضين فإن انتفاءه أيضا يوجب الخيار فى فسخ العقد بكله أو إمضائه كذلك لما عرفت من أنّ المبادله بين العوضين و لا يقع شىء بإزاء الوصف و إنما يوجب زياده فى الموصوف من حيث المالىه فانتفاؤه لا يوجب انثلام فى الالتزام الأول أى فى أصل المعامله و إنما يوجب جوازه لعدم التزامه بالفاقد و إناطته بوجود الوصف بالتقريب الذى تقدّم

و من هنا يظهر الكلام فى القسم الثانى أى ما كان الشرط من الصور الجوهرية فإنه لا ينبغى الشبهه فى أنّ تخلفه يوجب بطلان العقد رأسا عكس ما ذكرنا فى الأوصاف فإن حقيقه المعامله متقومه بها فمع انتفائها لا معامله أصلا و ذلك لما أشرنا إليه مرارا أنّ المواد الهيولائيه ليست لها مالىه و لا يقع بإزائها شىء من الأموال بل يقع العوض بإزاء الصوره النوعيه العرفيه التى ربما تكون أضيقت من الصوره العقليه فإن فى مثل العبد الزنجى و الرؤمى يكون الصوره النوعيه محفوظه و لكن العرف يرى كل واحد مبينا للآخر فتأمل

و كيف كان فانتفاء ما هو من قبيل الصور النوعيه للعوضين يوجب بطلان المعامله و فساد العقد سواء كان العقد على الكلى و على الموضوع الخارجى غايه الأمر فى القسم الأول أى فى الكلى فرض انتفائه بتعذر الكلى بجميع أفراده فلا عبره بتخلف عنوان المقبوض و سواء جعل العنوان مقدّما على الإشاره كقولك بعث الحمار المذى هو هذا و مؤخرا عنها كما فى قولك بعث هذا الحمار أو جعل شرطا كقولك بعث هذا على أن يكون حمارا و غير ذلك من التّعبيرات لما عرفت من أنّ البحث ليس فى مرحله اللفظ حتى يمكن الاختلاف باختلاف التعبير بل ما هو المناط فى الشرط و هو أن يكون التزاما فى ضمن الالتزام المنشأ بالعقد مفقود فى مثل تلك الأمثله أى فى الصور النوعيه فإنها قوام العقد و حقيقه ما ينشأ به لا أن تكون أمرا زائدا عليه كما هو

واضح كما أنّ ملاك العنوائيه هو هذا فلو جعل الوصف عنوانا كقولك بعتك هذا الكاتب لا يكاد يوجب انتفاؤه بطلان العقد لأنه بأى لفظ عبّر لا يخرج عن كونه التزاما زائدا على العقد متحققا في ضمنه فلا موجب لبطلانه بانتفائه

و بالجمله فاللّازم ملاحظه ما هو المناط في القسمين

أى الشرطيّه و العنوايته لا- ملاحظه اختلاف الألفاظ و التعابير فإنّ هذه قاعده جاريه ساريه فى غير واحد من أبواب الفقه كما أشرنا إلى بعضها فيما تقدم و أمّا القسم الأخير الذى هو محلّ البحث و هو أن يكون الشرط من قبيل المقادير فحيثما عرفت أنّ فيه جهتين و حيثيتين فقد وقع محلّ الخلاف و الإشكال فى أنّه يعامل معه معامله العنوايته فلو تخلف المقدر المشترط يبطل معامله بالنسبه إلى المقدار الفائت و يقسّط الثمن بنسبته كما إذا أخذ المقدار عنوانا لا شرطا كقولك بعتك هذه العشره أمنان من الحنطه فإنّه لا- إشكال و لا- خلاف ظاهرا فى أنّ عند التخلف يقسّط الثمن بحصّيته مع ثبوت الخيار للمشتري أيضا لتبعّض صفقته فكذلك إذا أخذ شرطا كقولك بعتك هذه بشرط أن تكون عشره أمنان فظهر أنّها خمسه أمنان من غير فرق بين متساوى و الأ-جزء أى ما كان مثليًا كما فى المثال و غير متساوى الأجزاء كقولك بعتك هذه الأرض على أن تكون عشره أجرب فظهر أنّها خمسه أجرب ففى كلتا الصورتين يرجع المشتري إلى نصف الثمن و له الخيار بالنسبه إلى الباقي أيضا كما إذا باع ما يملك مع غيره أو مال نفسه مع مال غيره و عدم إجازة مالكة فإنّه يرجع من الثمن بحصّته و للمشتري الخيار لتبعّض صفقته أو يعامل معه معامله الأوصاف فله الفسخ بكّله أو الإمضاء كذلك نظرا إلى أنّ المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان و هو محفوظ على حاله

غايه الأمر أنّه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابه المفقوده هكذا أفاد القائلون بهذه المقاله كصريح القواعد و محكى الإيضاح و قوّاه فى محكى حواشى الشّهيد و الميسّيه و الكفيايه و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لو فرق بين متساوى الأجزاء و غيره

### [القول فى حكم الشرط الفاسد]

#### [الأوّل أنّ الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد]

قوله الأوّل أنّ الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد فإنّ الخ

اعلم أنّ فساد الشرط لا محاله بانتفاء أحد الأمور المذكوره المعتبره بعضها فى أصل كونه شرطا مصطلحا و بعضها فى صحّته من كونه مذكورا فى متن العقد و غير مناف لمقتضاه و غير مخالف للمشروع و كونه مقدورا و غير مستلزم للحال و لا مجهولا و لا لغوا أى عدم تعلق الغرض المعتدّ به عند العقلاء به نوعا إلى غير ذلك و لا إشكال فى عدم وجوب الوفاء به و أمّا استحبابه فى غير ما كان مخالفا للمشروع فقد أفاد قدّس سرّه أنّه لا تأمل فيه لدخوله فى الوفاء بالوعد و فيه تأمل بل منع لأنّ الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشّروط التى هى من مقوله الإنشاء كما لا يخفى فلا دليل على استحباب الوفاء به كوجوبه

و على أىّ حال الكلام فى الشرط الفاسد تاره يقع فى تحرير محلّ النزاع و تعيين ما هو محلّ الخلاف منه و أخرى فى أنّه هل يوجب فساد العقد أو لا يوجب الفساد بلا خيار أو مع الخيار فالأقوال فى المسأله ثلاثه و أمّا سائر التفاصيل فى الحقيقة راجعه إلى الجبهه الأولى لا أن يكون أقوالا فى أصل المسأله و

ملخص الكلام فيها أنّ فساد الشرط إن كان موجبا لاختلال أصل العقد كالشروط المنافية لمقتضاه أو التافيه لجميع آثاره المترتبة عليه أو آثاره المرغوبه منه عرفا كشرطان لا يملك في عقد البيع أو لا يستمتع مطلقا في عقد النكاح إلى غير ذلك فلا شبهه في أنّه فاسد و مفسد للعقد لا محاله لإرجاعه إلى نقض العقد و إنشائه السابق إما صريحا كما في القسم الأول أو ضمنا و التزاما كما في الثاني فهذا القسم خارج عن محلّ البحث بلا كلام و كذلك إذا كان فساده موجبا لاختلال شىء من

الأمر المعتره فى العوضين من كونهما لا معلوما مقدورا لكل واحد من المتعاقدين من تسليم ما انتقل عنه إلى من انتقل إليه كبيع الخشبه بشرط أن يجعله صنما أو العنب بشرط أن يعمله خمرا فإن مرجع هذا الشرط إلى سلب المنافع المحلله وحصرها فى المحرم فيوجب خروج العين عن المائيه و صيرورتها مسلوبه المنفعه أما المنافع المحلله فلعدم جواز استيفائها بمقتضى الاشتراط و أمّا المنفعه المحرّمه فلسلبها عنه شرعا فيخرج المال عن كونه مالا و صالحا لأن يقابل بالعوض و هذا هو المراد من قوله قدس سره إنّه أكل المال بالباطل فلا تغفل و من هذا القبيل الشرط المجهول لكن لا مطلقا بل إذا كان مرجعه إلى اشتراط إحداث وصف مجهول فى أحد العوضين فإنّه يوجب الجهاله فيهما فيوجب البطلان لا محاله

و عليه ينزل كلامه قدس سره و لا تأمل أيضا فى أنّ الشرط الفاسد لأجل الجهاله يفسد العقد لرجوع الجهاله فيه إلى جهاله أحد العوضين انتهى و إلّا إذا كان الشرط أجنبيًا مجهولا بنفسه فلا موجب لإفساده و كون التراضى منوطا به هو عين دعوى القائلين بالإفساد فى محلّ النزاع فلا يصلح للتمسك به على الخروج عنه كما لا يخفى فلا محاله مراده الجهاله الرّاجعه إلى أوصاف العوضين كما يظهر من تعليقه و مطاوى كلامه فراجع

و من هذا القبيل الشرط الغير المقدور فإنّه تاره يكون كذلك بنفسه و أخرى يوجب تعذر تسليم ما اشترط فيه فتاره يقال بعتك هذا الزرع بشرط أن تجعله سنبلًا ففساد الشرط يوجب فساد العقد أيضا لتعذر تسليمه سنبلًا حيث إنّه ليس بفعله و تحت قدرته

و أخرى بعتك هذا الثوب بشرط أن تجعل زرعى سنبلًا بحيث يكون الشرط بنفسه متعذر التسليم و حينئذ لا موجب لكونه مفسدا إلّا من جهه إناطه التراضى و هى فى محلّ المنع كما يأتى

و بالجمله الموارد الخارجه عن محلّ النزاع صحه و فسادا لا بدّ و أن يكون فساد الشرط من جهه أخرى غير إناطه التراضى به أو كونه ضميمه لأحد العوضين فإنّهما عين الدعوى فى محلّ البحث كما لا يخفى

و حينئذ فكلمًا كان مرجع البحث فى إفساده و عدمه إلى هاتين الجهتين فهو محلّ الخلاف و محطّ الأقوال و ما كان جهه البحث فيه إلى جهه أخرى مثل كونه محلًا بالعقد أو بشرائط العوضين كالموارد المشار إليها فهو خارج عن محلّ البحث و مفسد للعقد بلا إشكال

و من هنا يظهر أنّ فساد الشرط لو كان من جهه لغويته و عدم تعلّق غرض العقلاء به فخروجه عن البحث و عدمه مبنى على كون نظر القائل بالإفساد إلى أنّ الشرط ضميمه لأحد العوضين و له قسط من الثمن كما هو الوجه الأول الذى استدّلوا به فلا يوجب فساد العقد لعدم مائيته و جريان الدليل المذكور بالنسبه إليه و إن كان نظرهم إلى الوجه الثانى و هو إناطه التراضى به فلا وجه لإخراجه عن محلّ النزاع و التسالم على صحه العقد كما قيل فإنّ إناطه الرضاء لا تدور مدار المائيه و عدمها كما لا يخفى

نعم إذا كان فساد الشرط لعدم ذكره فى متن العقد كشروط التّباني فلا ينبغى التأمّل فى عدم فساد العقد به بل هنا من قبيل السالبه بانتفاء الموضوع حيث لا شرط اصطلاحا لا أنّه شرط فاسد غير مفسد



هذا ملخص ما أفاده أدام الله أيام إفاضاته في تحرير الضابط فيما هو محلّ البحث و ما هو خارج عنه صحّه و فساده  
و حاصله أنّ جهه البحث إن كانت راجعه إلى إناطه الرضاء بالشّروط و عدمها فهو محلّ البحث و الخلاف و إلّا فإن كانت راجعه  
إلى لزوم اختلال في العقد أو شرائط العقود

عليه فهو موجب للفساد بلا- إشكال و إن كان مفاد الشرط من جهة أخرى غير راجعه إلى شىء منهما فهو خارج عن محلّ البحث أيضا من طرف الفساد

و لقد أجاد دام ظلّه فيما أفاد و أتى بالتحقيق حقّه و بتوضيح المراد من كلمات الأصحاب غايته إلّا أنّه يختلج ببالى القاصر إشكال فى هذا الباب و هو أنّ معنى الصحّة فى الشّروط بل فى الوضع و الإنشاءات من العقود و الإيقاعات و غيرهما أنّ ما أنشأه المنشئ و أوجده بأسبابه وجد و تحقّق عند الشّارع الذى بيده اعتباره فيإنشاء المنشئ و إمضاء الشّارع صحّ اعتبار و وجد فى ظرف الاعتبار شىء لم يكن بموجود قبل الإنشاء أو بدون الإمضاء هذا معنى الصحّة و معنى الفساد ما يقابل هذا أى لم يتحقّق بالإنشاء شىء فى موطنه و ظرف وجوده بل كان مجرد لفظ و لقلقه لسان و حينئذ فلو قلنا بفساد الشّروط فمعناه أنّه و لو التزم به إنشاء إلّا أنّه لم يتحقّق التزم و لم يعتبر اعتبار و حينئذ فكيف يمكن أن يؤثّر فى فساد العقد لبداهه أنّ مجرد اللفظ و الإنشاء غير صالح لذلك بل ما ينشأ ربما يكون منافيا لمقتضى العقد أو مخالفا للكتاب و نحو ذلك

□  
اللهمّ إلّا أن يقال إنّ مجرد إنشائه نقض لإنشائه السابق □ أو محرّم شرعا فيفسد و لكن هذا لا ينحلّ به الإشكال و لعله لقصور فهمى و عدم إدراك ما هو حقيقة الوضع و الإنشاء و أسأل الله البصيره فى دينه و فقها فى حكمه فإنّه الموفق

و كيف كان إذا عرفت محلّ الخلاف و ميزت ما هو قابل للتّزاع عن غيره بالضّابط الذى أفاده الأستاذ دام ظلّه العالى فلنشرع فى ذكر الأقوال و بيان الاستدلال فنقول و على الله الاتّكال إنّه قد حكى عن الشّيخ و الإسكافى و ابن البراج و ابن سعيد القول بأنّ فساد الشّروط يوجب فساد العقد

و عن جماعه من الأجلّه المتأخّره مثل الشّهيدى و العلّامة و المحقّق الثّانى و جماعه أنّ العقد يبقى على الصحّة و هذا أيضا يرجع إلى قولين الصحّة مع الخيار و بلا خيار على التّفصيل الذى يأتى الكلام فيه أمّا القول بالصحّة فيدل عليه العمومات و الإطلاقات الدالّة على مشروعيّة المعامله تأسيسا أو إمضاء كما هو الغالب فى العقود فلا يحتاج إلى دليل آخر و مثونه أخرى فى إثباتها كما لا يخفى بل القول بالفساد يحتاج إلى إقامة الدليل المخرج للعقد عن هذا الأصل و هو من وجوه

الأوّل دعوى أنّ فساد الشّروط يوجب جهاله العوض لأنّ له قسطا من الثّمن و جهاله العوض يوجب الغرر المبطل للمعامله كما إذا كان من أوّل الأمر و فساده واضح حلا و نقضا كما أفاده قدّس سره لمنع وقوع الثّمن بإزاء الشّروط و الأوصاف بل إنّما توجب زياده المالىّه فى المثلث الذى يقع العوض بتمامه بإزائه و على فرض تسليم وقوع الثّمن بإزائها أيضا لا يكاد يوجب الفساد كما فى صور فساد الجزء مثل العقد على ما يملك مع ما لا يملك كالعبد و الخنزير و ما يملك مع ما لا يملك كما فى الفضولى فهذه الجهاله غير مضرّه بصحّة المعامله لمعلوميه كلّ من العوضين حال العقد و إمكان رفعها بتقويم الجزء الصّحيح منفردا و منضمّا غايته يوجب الخيار لمكان تبعض الصّيفه و تعدّد شرط الانضمام المعتبر ضمنا و نحن نقول به فى المقام على ما يأتى الكلام فيه إن شاء الله

و الثّانى و هو العمده دعوى إناطه التّراضى الحاصل عند العقد على وجود الشّروط فإذا انتفى لفساده ينتفى الرّضا المعتبر فى صحّة

و أجيب عنه بالنقض و الحلّ أيضا أمّا النّقض فبوجوه منها النّقض بالشّروط الفاسده فى النّكاح فإنّه لا خلاف نضا و فتوى فى عدم فساد النّكاح بمجرّد فساد شرطه المأخوذ فيه هكذا أفاد قدّس سرّه و ليكن المراد كما يظهر من كلامه فيما تقدم الشّروط المرتبطه بالمهر

أى التى بمنزله الضميمة له ففسادها لا يوجب فساد عقد المهر الذى يتضمّنه عقد النكاح فإنه ينحلّ إلى عقدين عقد المزاوجه و هو إنشاء العلقه الزوجيه بين الزوجين من غير توقّفه على ذكر المهر مقدارا أو تعيينا غايته حيث إنه يتضمّن التسليط على البضع فلا بدّ من كونه بعوض و بإزائه شىء من المال و لذا يصحّ النكاح بلا ذكر المهر فيجب مهر المثل مع الدخول و الامتناع على الموسع قدره و على المقتر قدره مع عدمه و كذلك نكاح المفوضه فيجب ما يعينه الزوج و لو بعد العقد و تمام الكلام خارج عن المرام و عقد المهر و هو تعيين ذاك الأمر الكلى الثابت على الزوج بإزاء تسليطه على البضع فى مقدار معلوم أو فى عين معلومه فما يكون مرتبّا بهذه المرحله و بمنزله الضميمة للمهر فساده لا يوجب فساد عقد المهر فيرجع إلى مهر المسمى

و أقما ما يكون مرتبّا بأصل النكاح مثل اشتراط الخيار فيه أو عدم الاستمتاع بالكلية ففساده لمنافاته مع مقتضى العقد عرفا أو شرعا يوجب فساد النكاح كما لا يخفى فراجع و تأمل

ثم إنّ عدم رجوعهم إلى مهر المثل عند فساد الشرط كما أفاده قدس سرّه بمجرد لا يصير دليلا على المطلب و لا يثبت المدعى فإنّ بناءهم فى صور فساد المهر تاره الرجوع إلى مهر المثل كما إذا عقد على عبد فبان حرّا و أخرى بالرجوع إلى مهر المسمى أو قيمته كما إذا عقد على مال فظهر مال الغير و بعض المقامات صار محلّ الإشكال كالعقد على الخمر و الخنزير و نحوهما فى بطلان أصل المهر و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان تعيينه فى ما لا يملك فيرجع إلى قيمته عند مستحليه و الضابط فى ذلك أنّ الفساد تاره يرجع إلى تقديره كما إذا عقد على شىء لا قيمه له أصلا كالعقد على الحرّ مثلا و أخرى يرجع إلى بطلان تعيينه كما فى مال الغير فيرجع إلى قيمته و منه يظهر وجه الإشكال فى مثل الخمر و الخنزير من حيث إنه لا مال له لهما فى الشرع فيرجع الفساد إلى بطلان التّقدير و من حيث إنّ لهما تقدير عند مستحليه فيرجع إلى قيمه

و كيف كان المسأله من قبيل القسم الثانى فإنّ فساد الشرط لا يوجب بطلان أصل التّقدير بل غايته بطلان تعيين ما هو بمنزله الضميمة للمهر فيقوم ما جعل مهرا مع الشرط تاره و مع عدمه أخرى و يرجع إلى التفاوت و حينئذ فلو ثبت تسالمهم على عدم الرجوع إلى شىء مطلقا و الاقتصار على ما هو المسمى كما هو الظاهر فيدلّ على المدعى و إلّا فلا دلالة بمجرد عدم الرجوع إلى مهر المثل فاحفظ ما ذكر من الضابط

و منها النقض بالجزء الفاسد فإنه لا يكاد يوجب فساد العقد قطعا بل يقسّط الثمن بنسبته و يصحّ فى الباقي و للمشتري الخيار لتبعض الصّيهه الفقه الراجع إلى انتفاء شرط الانضمام و منه يظهر أنّ مرجعه أيضا إلى انتفاء الشرط لا أن يكون الفرق بينه و بين الشرط عسرا كما أفاده فى جامع المقاصد بل هو عينه فإنّ فساد الجزء يوجب انتفاء شرط الانضمام المعتبر فى العقد ضمنا فيكون التراضى أيضا منوطا به كما فى الشرط الفاسد

و كيف كان فالتفصيل بين الجزء الفاسد و الشرط الفاسد و أنّ الثانى يوجب فساد العقد دون الأوّل تحكّم صرف كما هو واضح و منها التّفصّل بصوره تعدّر الشرط فإنّ التراضى لو كان منوطا به على وجه يوجب انتفائه فاللزام القول بالفساد فى صورته التعدّر أيضا غايته أنّ التعدّر تاره يكون عقليا و أخرى شرعيا كما فى صور فساد الشرط و هذا ليس بفارق لأنّ التعدّر الشرعى كالتعدّر العقلى كما أنّ الفرق بأنّ فى صورته التعدّر وقع العقد صحيحا على وجه المرضاه ثم طرأ عليه التعدّر الموجب لخياره

إمّا برضائه بالفاقد و إمّا بفسخه للعقد و هذا بخلاف فساد الشّروط فإنّ الرّضا من أوّل الأمر منوط بأمر فاسد فلا يقع العقد من أوّل الأمر صحيحا أيضا ليس بفارق لما يأتى الإشارة إليه من أنّ الرّضا غير منوط بالشّروط مطلقا على وجه ينتفى بانتفائه بالتعدّر الطّارى و غيره

و كيف كان فمن عدم التزامهم بالفساد هنا يكشف أنّ الإناطه ليس على وجه يوجب انتفاء الشّروط انتفاء التّراضى المعتبر فى صحّحه العقد و حلّ ذلك ما أشرنا إليه سابقا فى توجيه الخيار عند تعدّر الشّروط و نعيده هنا أيضا توضيحا للمقام و تبعاً له قدس سرّه حيث حمل كلامه على خلاف مقصوده فلا بأس بالتّنبيه عليه

و حاصله أوّلا أنّ المراد من التّراضى المعتبر فى العقود ليس ذلك المعنى القلبى المعبر عنه بطيب النّفس فإنّه من قبيل الدّواعى غالبا و تخلفه لا- يوجب بطلان المعامله و إلّا يلزم بطلان كثير من المعاملات الواقعه لأجل الفقر و الحاجه أو لأجل بعض الأغراض التى لو علم عدم حصولها لم يقدم على المعامله أصلا و غير ذلك من الدّواعى التى قد تحصل و قد تتخلف بل المراد الرّضا المعاملى أى فى مقام العقد و الإنشاء الخارجى إيجابا أو قبولا لا يكون بمكره و لا مجبور كما هو واضح

ثم إنّ العناوين التى يقع عليها العقد أو القيود المأخوذه فيه و صفا أو شرطا تاره تكون من الصّور النوعيّة لم يقع عليه العقد و أخرى تكون من العوارض الخارجيّة بالتّسببه إليه

و الذى يقع عليه المبادله و يبذل بإزائه العوض هو القسم الأوّل أى الصوره الجوهريّة التى للشىء و بها يكون الشىء شيئا و بها يكون ماله الأشياء لوضوح أنّ المادّه الهيولائيّه غير صالحه لأن يبذل بإزائها المال و لا يعدّ من الأموال كما أنّ العوارض أيضا لا يبذل بإزائها شىء من العوض بل توجب زياده فى المائيه و كثره الرّغبه فى معروضها

و على أىّ حال فالمبادله تقع بين الشىء بصورته التّوعيّة و عوضه كما أنّ الرّضا المعتبر فى المعامله منوط بها فإذا تخلف الصّوره التّوعيّة مثل أنّه باع حمارا فبان بغله أو بقره فلا شبهه فى بطلان العقد رأسا لأنّ البغله أو البقره لم يقع عليها العقد و لم يكن المواطاه و المراضاه عليها فيحتاج إلى مبادله جديده و رضاه جديده سواء أخذت الصوره النوعيّة عنوانا للمبيع فى لسان العقد كقوله بعتك هذا الحمار أو وصفا كقوله بعتك هذا الذى هو حمار أو الحمار الذى هو هذا أو شرطا كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون حمارا إلى غير ذلك من التّعبيرات فى جميع هذه الصّور يفسد المعامله عند التّخلف لما ذكر من أنّ ما وقع عليه العقد و المراضاه غير الموجود لم يقع عليه العقد و المراضاه

و أمّا العوارض فحيث عرفت عدم وقوع شىء من العوض بإزائها فانتفاؤها لا يوجب خلل فى العقد و فيما وقع عليه العقد و لا يكون التّراضى بالمعنى الذى قلنا أيضا منوطا به و إلّا فانتفاؤها يوجب البطلان لا الصحّحه و الخيار بل من قبيل قيود الواجب بمعنى أنّ المبيع وقع عليه العقد بهذا الوصف فيجب على البائع تسليمه كذلك لا من قبيل قيد الوجوب بمعنى التّعليق فى الإنشاء و لا التّعليق فى المنشأ فإنّ جميع ذلك يوجب الفساد عند عدمه بل التزام زائد فى ضمن الالتزام الأوّل نتيجته وجوب الوفاء به و مع عدمه عدم لزوم الوفاء به من غير أن يوجب اختلالا- فى الالتزام الأوّل و أركانه و المراضاه المعتبره فيه نظير وجوب الأكثر فى

ضمن الكلّ فى العبادات فإن انتفاءه لا يوجب اثلام وجوب الأقلّ كما هو الوجه فى جريان البراءة فى هذه المسألة إلّا

من حيث دخله فى الغرض و هذا ساقط فى باب المعاملات لما عرفت أنّ صحّتها و فسادها لا يدوران مدار الدّواعى و الأغراض و كيف كان فقد ظهر أنّ التّراضى المعتبر فى المعامله غير منوط بوجود الشّروط و عدمه و هذا هو مراده قدّس سرّه من كون المفقود فى المعامله ركنا أو غير ركن و ضابطه ما ذكرنا من كونه من الصّور النّوعيه أو من الأوصاف و الأغراض بالنّسبه إلى المتعاضين لا أن يكون مراده التّفصيل بين ما يكون على نحو وحده المطلوب أو تعدّد المطلوب

فلا- يصحّ توجيه الخيار بأنّ باب العقود من قبيل الثّانى كما قيل و حمل كلام المصنف عليه فإنّ ذلك أوّلا ليس أمرا كليّا مضبوطا حتّى يمكن دعواه فى جميع العقود بل يختلف باختلاف الموارد و الأغراض و ثانيا لا يكاد يوجب التّفاوت بين ما هو الرّكن و غيره فإنّ غير الرّكن أيضا بما يكون له دخل فى أصل المطلوب

و ثالثا ليس بناؤهم فى الخيار و عدمه على ذلك لوضوح أنّه لو أحرزنا فى القسم الأوّل أى فى مثل بعثك هذا الحمار أنّ غرض المشتري و مطلوبه مطلق دابّه تحملها و تحمل أثقاله من دون مدخلية للحماريّة فيما هو مطلوبه من المعامله مع ذلك لو بان أنّه بقره أو بغله يفسد البيع بلا خلاف و لا إشكال كما أنّه لو أحرز أنّ تمام غرضه من شراء العبد أن يكون كاتبا بحيث لو علم بعدم كتابته لا يقدم على المعامله و شرائه بفلس و مع ذلك لو اشترى الكاتب ثم تخلف الوصف ليس له إلّا الخيار أيضا بلا خلاف و لا إشكال

و السّر فيه ما ذكرنا أنّ باب العقود و المعاملات صحّ و فسادا لا يدور مدار الأغراض الباطنيه و الدّواعى الشخصيه

و كيف كان فقد ظهر أن ثبوت الخيار ليس مبتيا على وحده المطلوب و تعدّده بل بمعزل عن هذا الباب غير مرتبط به بلا شكّ و لا ارتياب بل مبنّى على الضّابط الذى ذكرناه فاحفظه فإنّه من دقائق الأفكار النّفسيه التى استفدناها من شيخنا المحقّق و أستاذنا المدقّق أدام الله أيام إفاضاته

و بالجملة فقد تحصّل من مجموع ما ذكر أنّ مقتضى القواعد فى الشّروط الفاسد هو الخيار مع صحّحه العقد كما عن جماعه من الأجلّه و اختاره المصنف قدّس سرّه بالأخره أيضا مع اضطراب فى قلمه لمخالفه مثل المحقّق و العلّامه و الشّهيدين و غيرهم من الأجلّاء المذنبين ليست مخالفتهم بأمر سهل فى أمثال هذه المسائل مع تفصيله قدّس سرّه بين صورته علم المشروط له بالفساد و جهله

و الوجه فيه أنّ بناء قدّس سرّه فى خيار تخلف الشّروط مطلقا أنّه على خلاف القاعده و ثبوته فى مواردّه إنّما هو بمثل قاعده الضّرر و نحوها كما لا يخفى على المتتبع فى كلامه قدّس سرّه فيختلف الحال من حيث شمول القاعده و عدمه باختلاف العلم و الجهل

و أمّا على ما اخترناه فى جميع الأبواب من أنّه على القواعد من غير حاجه إلى دليل آخر فلا يكاد يفرق بين صورتى العلم و الجهل أيضا نعم الذى يشكل الأمر فى المسأله و يصعب المشى على طبق ما ذكرنا من القاعده أنّه ليس من الخيار لا فى كلمات

القائلين بالفساد أو الصحه و لا فى لسان الأخبار و الأدله عين و لا أثر و لذا صارت المسأله فى غايه الإشكال أقول و يؤيد ذلك  
أى عدم ذكر من الخيار فى الأقوال و الآثار ما تقدم من الإشكال فى أصل المسأله و أنّ الشرط بعد فرض فساده كيف يؤثر فى  
العقد مع أنّ تأثيره فيه نحو ترتيب أثر عليه المنافى مع فساده و قد أجاب الأستاذ عنه بأن معنى الفساد عدم ترتيب الأثر عليه شرعا  
و أمّا الأثر اللازم لوجوده تكويننا الحاصل بإنشائه لا محاله فلا ينافى مع فساده مثلا البيع المشترط فيه بما يخالف الكتاب مثل بيع  
العنب



على أن يصنعه خمرا معنى فساده عدم ترتب آثار الصحه عليه و إلغائه عند الشارح

و أما كونه التزاما فى ضمن العقد عرفا بحيث لو لم يكن المنع الشرعى يصح فهو أمر حاصل بالتزام المتعاقدين و تأثيره فى فساد العقد من تلك الجبهه و لكن لا يخفى أن هذا مبنى على كون المجعول الشرعى فى العقود هو ترتيب الآثار لا نفس المسببات مثل الملكيه و الزوجيه بل كانت هى منتزعه عن الآثار و هو خلاف التحقيق

قوله قدس سره الثالث روايه عبد الملك إلى آخره

هذا هو الوجه الثالث الذى استدلل به القائلون بالفساد و هو عدّه أخبار غير واضحه الدلاله على المدعى منها روايه عبد الملك عن الرضاع عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على و ضيعه هل يستقيم ذلك و يأخذ ذلك قال ع لا ينبغى إلى آخره بناء على أن المراد لا ينبغى البيع لاشتماله على شرط عدم الوضيعه المخالف للسنة فيفسد و إلا فلا موجب للكراهه و فيه ما لا يخفى لاحتمال أن يكون المراد كراهه الأخذ بالوضيعه فلا يدل على فساد الشرط فضلا عن فساد العقد كما يحتمل إرجاعه إلى الشرط أى لا ينبغى مثل هذا الشرط و على أى حال غايته الكراهه لا الفساد مع ما فيه من الإجمال و الإبهام كما لا يخفى

□

و منها ما رواه الحسين بن منذر عن أبى عبد الله ع فى بيع العينه و المشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين الناس تخلصا عن الربا و هو أن يشتري السيلعه بثمان مؤجل ثم يبيعها من بائعها بأقل من هذا الثمن نقدا متباينا على ذلك قبل العقد فقد سأله عن ذلك فقال ع إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبيع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتت فلا بأس إلى آخره بحمل الخيار على ما يقابل التزامهما بالبيع الثانى و هو لا يكون إلا باشرط البيع على بائعه و قد قلنا بفساد هذا الشرط فيدل على أن مع الاشرط فيه بأس و لا موجب له إلا فساد الشرط

و فيه تكلف واضح بل الظاهر أن مراده ع من قوله إن كان بالخيار و كنت بالخيار وقوع المعامله الأولى جدّا و حقيقه بحيث لو لم يشأ أحدهما للبيع الثانى كان عليه ذلك فى مقابل وقوعها صوريا و وسيله للعقد الثانى كما لا يخفى على المتأمل

و منها روايه على بن جعفر ع فى بيع العينه أيضا عن أخيه ع قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه نقدا أ يحلّ قال ع إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس إلى آخره قال قدس سره و دلالتها أوضح من الأولى و هو كما أفاد من حيث التصريح بعدم الاشرط إلا أن تفسيره بقوله ع و رضيا شاهد على ما ذكرنا أى وقوع البيع الأول عن مرضاه و عن طيب لا صوريا للتوصل إلى الثانى

و كيف كان فالإنصاف عدم دلاله شىء منها على المدعى خصوصا فى قبال ما ذكر من الأخبار العديده الواضحه الدلاله فى أن الشرط الفاسد كاشترط كون ولاء العتق على غير المعتق كما فى قضيه بريده و اشترط عدم الإرث فى الروايتين الأخيرتين لا يوجب فساد أصل البيع و دلالتها على ذلك فى غايه الظهور و لم نذكرها لوضوحها فراجع هذا مع أن عمومات مشروعيه العقود و المعاملات يكفى للقول بالصحّه كما لا يخفى

نعم قد استدللّ عليها أيضا بأن صحّة الشرط فرع صحّة البيع فلو كان صحّته أيضا موقوفا على صحّة الشرط يدور و لكنّه مدفوع بأنّ المراد من صحّة الشرط إن كان صلاحيّه لأن يقع صحيحا و واجب الوفاء فهو لا يتوقّف على صحّة البيع بل على الشّروط المتقدّمه و إن كان المراد وجوب الوفاء به فعلا- فهو و إن توقّف على صحّة البيع و وجوب الوفاء به أيضا إلّا أنّ التوقّف من الطرفين في مرتبه واحده كتوقف صحّة الإيجاب على القبول و القبول على الإيجاب

و هنا لا محذور فيه و لا يكون مستحيلا كما حَقَّق في محلّه

قوله ثم على تقدير صحّحه العقد إلى آخره

كان التحقيق هنا عقد فروع و جعل ذلك أولها مقابل قوله الثاني و لعلّه غلط من النسخه أو سهو من قلمه و كيف كان قد حَقَّقنا سابقا أن خيار تخلف الشرط على القاعده و فساد الشرط أيضا أحد مصاديقه فإنّ التعذر الشرعي كالتعذر العقلي في كونه موجبا لتخلف ما التزم عليه المتعاقدان بمعنى أن صاحب الشرط لم يلتزم بالفاقد فلا ملزم للعقد بالنسبه إليه شرعا فإنّ دليل اللزوم مفاده وجوب الوفاء في ما التزما به و المفروض تعذره و حينئذ فلا فرق بين علم المشروط له أو جهله به

و أما بناء على مختاره قدس سرّه من أنّه على خلاف القاعده قد ثبت في بعض الموارد بالإجماع و دليل الضرر و نحوه فالتفصيل في محلّه لأنّ مع علمه بالحال قد أقدم على ضرره فلا يعمّه القاعده و الإجماع أيضا منتف في المقام

بل قد عرفت أنّ في كلماتهم ليس من الخيار عين و لا- أثر فاللمازم الأخذ بالمتيقّن هذا آخر ما استفدنا منه دام ظلّه في باب الشروط و أسأل الله أن يجزيه عنّا خير الجزاء و وفّقنا و إياه لما يحب و يرضى هذا آخر ما استنسخته من تقارير العالم الفاضل المرحوم الميرزا أبي الفضل الأصفهاني طاب ثراه فلنرجع إلى ما استفدناه منه دام ظلّه في أحكام الخيار

### [الكلام في أحكام الخيار]

### [الخيار موروث بأنواعه]

### إشارة

قوله قدس سرّه الكلام في أحكام الخيار موروث بأنواعه إلى آخره

لا يخفى أنّ توضيح ما أفاده في هذا العنوان يتوقّف على التنبية على أمور قد تقدّم الإشارة إليها في هذا الكتاب إجمالا

الأوّل أنّ المجعول الشرعي الأعمّ من التأسيسي و الإمضائي على قسمين تكليف و وضع و إنكار الأخير و جعله منتزعا من الأوّل لا وجه له فإنّ بعض أقسامه كالسبيبه و الجزئية و الشرطية و المانعیه و إن لم يكن قابلا للجعل متأصلا إلّا أنّ ما عداه قابل لذلك لأنّ المجعول الشرعي التّأصيلي عبارته عمّا كان وجوده التكويني عين تشريعه فإذا تحقّق شيء في عالم الاعتبار بنفس إنشائه فهو قابل للجعل و لا- شبهه أنّ الملكيه و الولايه و الحرّيه و نحو ذلك تتحقّق في عالم الاعتبار خارجا بنفس إنشائه من بيده ذلك فكما أنّ التّكليفات سنخ من الاعتباريات إذا أضيفت إلى الجاعل تكون من أفعاله و إذا أضيفت إلى الأفعال تشبه الكيفيات الخارجيه و إذا أضيفت إلى المكلف تكون من سنخ الانفعال و لها آثار و أحكام من وجوب الطّاعة و قبح المعصيه فكذلك الوضعيات و منها الملكيه التي تسمّى بالجده الاعتباريه و الإضافة الخاصه بين المالك و المملوك الحاصله من أسباب خاصه.

اختياريه أو قهريه كالبيع و الإرث و نحوهما

ثم إن لهذه الإضافة مرتبتين مرتبه قويه تسمى بالملك و ضعيفه تسمى بالحق أى لو كانت تامه من حيث نفسها و من حيث متعلقها تسمى ملكا و لازمه سلطنه المالك عليه المستتبعه لنفوذ أنحاء التصرفات فيه إلا ما خرج و لو كانت ناقصه من حيث نفسها كالإضافه الحاصله بين المرتهن و العين المرهونه أو من حيث متعلقها كالحاصله بين ذى الخيار و ما تعلق الخيار به أو الحاصله بين المالك و الشئ الغير المتمول كحبه الحنطه تسمى حقا

الثانى أن انتقال هذه الإضافه إلى الغير بمعناها الجامع بين الملك و الحق تاره بمبادله المملوك الذى هو أحد طرفى الإضافتين و أخرى بتبدل المالك الذى هو الطرف الآخر و ثالثه بإعطاء نفس الإضافه و السبب لحصول الأول هو العقود المملكه للعين أو المنفعه مجانا أو بالعوض التى تجمعها العناوين الأربعة الهبه و العاريه و البيع و الإجاره و ما يحدو حدوها و للثانى هو الإرث الذى قد بينا فى أول الكتاب أنه عباره عن تبدل المالك مع بقاء الملك و الإضافه التى بينه

و بين مالكة على حاله و للثالث هو الهبة المعوضه فإنها على ما احتملناه فى المعاطاه عباره عن إعطاء المالك نفس الإضافه لغيره بل لا يبعد أن يكون الهبة الغير المعوضه أيضا كذلك فإنهما لا تختلفان من هذه الجبهه

و كيف كان فلا- إشكال فى أن الإرث سبب للانتقال إلى الوارث بالتبدل المالكى و الانتقال الحاصل بالوراثه مباين سنخا مع الانتقال الحاصل بالعقود المملكه الثالث أن إرث الخيار يتوقف على أمرين أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا كالأجازة للعقد الفضولى و جواز الرجوع فى الهبة الثانى أن لا يكون من الأمور القائمه بشخص مخصوص كحق الحضانه و المضاجعه لأن تبدل ذى الحق و قيام شخص مقام آخر بمقتضى أدله الإرث يتوقف على أن يكون الحق ممّا تركه الميت فلو لم يكن كذلك إمّا بأن لا- يكون حقا بل يكون حكما أو لا يكون بعد الميت باقيا لكون القائم به هو شخص الميت بحيث يذهب بذهابه فلا معنى للانتقال إلى الغير و حيث قد تقدم فى بحثى المعاطاه و الخيار كون الخيار حقا مالكيا لا حكما تعديدا و بينا الفرق بين الجواز الحقى و الحكمى فإثبات الأمر الأول لا- يتوقف على قيام الإجماع عليه و لكن إثبات كونه قابلا للانتقال إلى الغير بغير الإجماع مشكل فإنّ الحقوق بأجمعها و إن كانت قابله للإسقاط و هذا هو الضابط التام بين الحقّ و الحكم و قد أوضحنا فى صدر مبحث البيع أنه لا- وجه لتقسيم بعض المحشين الحقوق بما يقبل الإسقاط و ما لا- يقبله كحق الولايه و الأيوه و حق الاستمتاع للزوج و نحو ذلك لأنّ هذه من الأحكام و تسميتها حقا إنّما هو بعنايه و مناسبه إلا أن إثبات كونها قابله للانتقال إلى الغير مشكل لإمكان كونها حقا و إضافه خاصه و لكنّها قائمه بشخص خاص و قد يتوهم إمكان إثبات ذلك من نفس أدله الخيار فإنّ الظاهر منها أن الميت المالك لحق الخيار مورد للحق لا مقوم له فإذا كان موردا له ينتقل إلى وارثه

و فيه أنه لو كان موردا له أنتج عكس المقصود فإنّ كون الشخص موردا لحق أو مال إنّما هو لانطباق عنوان عليه من دون نظر إلى خصوصيته الشخصيه كأعلم البلد و الفقراء و نحوهما و هذا العنوان لو انطبق على شخص يكون مصرفا للمال أو الحقّ و لو لم ينطبق عليه لا- يستحقّه و كون أبيه متصفا بهذا العنوان لا يوجب انتقال ما كان له إلى وارثه فأصل مورد الإرث مبنى على أن لا يكون المورث موردا بل كان ذا حق لخصوصيته الشخصيه فيقع النزاع فى أنه هل ينتقل هذا الحق إلى وارثه أو لا

و قد يقال إنّ الحقّ لو كان ممّا يستجلب به المال كحق الخيار و الشفعه و التحجير و السبق فى المباحات الأصليه أو يستجلب به أمر آخر كالقصاص و حدّ القذف فهو ممّا تركه الميت و ينتقل إلى وارثه و أمّا لو لم يكن كذلك كحقّ السبق فى المشتركات العامه من المدارس و المساجد و الخانات فليس ممّا تركه الميت حتّى ينتقل إلى وارثه و هذا منشأ التفصيل بين جعل الخيار لأحد المتعاقدين فيرثه وارثه و جعله للأجنبي فلا- يرثه لأنّ الأجنبي لا يستجلب المال لنفسه بإعمال الخيار و لا شيئا آخر فحقّ الخيار ليس ممّا تركه حتى يقوم الوارث مقامه

و السرّ فى ذلك أنه لو كان الحقّ متعلقا بشىء كالمال أو القصاص فحيث إنّ غير نفس الإضافه يكون هناك أمر باق فلا بدّ أن ينتقل إلى الوارث و أمّا لو لم يكن للمورث إلّا نفس السيلطنه من دون تعلّقه بأمر آخر كالجوس فى المدرسه و المسجد أو التوليه و القيومه من قبل الحاكم فليس غير الاستيلاء شىء باقيا حتى ينتقل إلى الوارث هذا

و لكنك خبير بأن إثبات هذا التفصيل أيضا بغير الإجماع مشكل فإنّ

تعلق الخيار المَجْعُول لأحد المتعاقدين بالمال و عدم تعلقه به لو كان مَجْعُولاً للأجنبيّ دعوى بلا برهان و هكذا الفرق بين حقّ التّحجير مثلاً و حقّ الجلوس في المسجد

نعم لو ثبت التّفصيل فلا- فرق بين أن يكون متعلق الحقّ مالا- فعلياً كحقّ السّيق في المباحات الأصليّه و أن لا- يكون كذلك كالصّيد الذي يقع في الشّبكه المنصوبه من الميّت بل لا يبعد أن يقال إنّ إرث الصّيد من إرث الأموال لا الحقوق لأنّه لا فرق في نظر العرف و العقلاء بين الأموال الفعليّه و ما يؤول إليها

و كيف كان فما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الاستدلال على إرث الخيار بالكتاب و السنّه الواردين في إرث ما ترك الميّت يتوقّف على كون الخيار حقاً لا حكماً و أن يكون قابلاً للانتقال ممّا لا شبهه فيه

و قد عرفت أن إثبات الجزء الثّاني بغير الإجماع مشكل و أمّا إثبات الجزء الأوّل فلا يتوقّف على الإجماع على نفس الحكم و لا على الإجماع على سقوطه بالإسقاط و لا على الخبر الوارد في خيار الحيوان من سقوطه بالتصرّف معللاً بأنّه رضى منه لما عرفت من أنّ الخيار حقّ مالكيّ لا حكم تعبدى فهو قابل في نفسه لأن ينتقل إلى الوارث

و نحن و إن استوفينا البحث عن ذلك سابقاً إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إليه توضيحاً لما سبق و تنبيهاً لما سيأتى فنقول إنّ اللّزوم و الجواز تارة يلحقان المنشأ بالعقد بمعنى أنّ ذات المعقود عليه قد يقتضى اللّزوم مع قطع النظر عن وقوعه في حين العقد كالنّكاح و الضّمان و الوقف و نحو ذلك بحيث إنّه لو صحّ وقوعه بالمعاطاه لكان لازماً أيضاً و قد يقتضى الجواز كما في الهبه الغير المعوّضه و هذا القسم من اللّزوم أو الجواز يكون حكماً تعبدياً صرفاً و لذا لا يتغيّر النّكاح و نحوه بالشّروط على خلافه و لا يقبل الإقاله و لا يتغيّر الهبه أيضاً عن مقتضى ذاتها بالشّروط على خلافها و لا يؤثّر وقوعها تحت الالتزام العقديّ في لزومها فهي خارجه عن عموم أوّفوا بالعقود بالتخصيص

و أخرى يلحقان نفس العقد بمعنى أنّ المنشأ كالبيع مثل في حدّ ذاته لا يقتضى الجواز أو اللّزوم و لكنّه حيث أنشئ بالعقد الذي هو العهد المؤكّد فبمدلوله الالتزامى العرفى يدلّ على التزام كلّ من المتعاقدين بالمدلول المطابقى و هو المبادله بين المالين و مرجع قوله عزّ من قائل أوّفوا بالعقود إلى تحقّق تلك الالتزام و أنّ البائع لالتزامه بالتبديل ملزم على أن يكون المبيع عوضاً عن الثّمّن و هذا الالتزام يملكه المشتريّ و المشتريّ أيضاً ملزم على أن يكون الثّمّن عوضاً عن المبيع و التزامه بذلك يملكه البائع فكلّ واحد مالك لالتزام طرفه و حلّ هذا الالتزام العقديّ إمّا بالإقاله أى ردّ كلّ منهما إلى طرفه الالتزام الذى ملكه أو بفسخ أحدهما إذا كان مالكاً لكلا الالتزامين الذى يعبر عنه بالخيار فحقيقه الإقاله هى الفسخ لا البيع ثانياً

غايه الأمر لا يتحقّق حلّ العقد إلّا بتجاوز كلّ منهما عن حقّه لأنّ كلّ واحد لا يملك إلّا أحد طرفى العقد و حقيقه الخيار هى ملك كلا الالتزامين أحدهما السّيلطنه على التزام صاحبه الذى ملكه بالعقد الذى به جاز له الإقاله الثّانى السّيلطنه على التزام نفسه الذى ثبت له شرعاً كخيار المجلس و الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّروط أو بتخلّف الشّروط الصّمنيه كخيار الغبن و العيب و نحو ذلك

إذا عرفت ذلك ظهر الفرق بين الخيار و الجواز الحكمی و اللزوم العقدي و الحكمی فإنّ الجواز الحكمی مقابل للزوم الحكمی و أمّا الخيار هو مقابل للزوم العقدي الّذي هو حقّ من الحقوق فإنّه عبارته عن سلطنه كلّ من المتعاقدين على التزام الآخر فكّل منهما مسلّط و مسلّط عليه

و على هذا فلا شبهه أن الخيار قابل للإسقاط و الانتقال إلى غيره بعد ما ثبت إجماعاً أنه ليس لنفس ذى الخيار خصوصية بها يقوم به حتى ينتفى بموته أو جنونه

### [بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]

قوله قدس سره بقى الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال إلى آخره

لا يخفى أن المسلم من عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال إنما هو بالنسبة إلى الدين المستغرق لتركه الميت فإنه لو قيل بعدم انتقال التركة إلى الوارث فلا تلازم بينه و بين عدم انتقال الخيار إليه

و أمّا بالنسبة إلى الزوجه المحرومة من العقار و غير الأ-كبر من الأولاد المحروم من الحبوّه فظاهر المشهور هو التلازم و كيف كان ففي إرث الوارث للخيار المتعلق بالمال الّذى لا- يرث منه وجوه ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول دون الثاني

و رابعها عدم الجواز في هذه الصوره و الإشكال في غيرها و قبل بيان مدرك الوجوه ينبغي التنبيه على أمر و هو أن النزاع في إرث الزوجه الخيار المتعلق بما تحرم عنه و هكذا إرث غير الولد الأكبر الخيار المتعلق بالحبوه إنّما هو بعد الفراغ عن أن إرث الخيار ليس كإرث حق الشّفعة فإنّ أصل ثبوت خيار الشّفعة للشريك إنّما هو بمعنى ثبوت حقّ إبطال المعامله و إرجاعها إلى نفسه بالثمن الّذى اشترى المشتري به فإنّ عبارته عن انتقال هذا الحقّ إلى الوارث بأن يرجع المعامله إلى نفسه بالثمن من ماله و أمّا إرث الخيار فليس عبارته عن حقّ إرجاع المعامله إلى نفسه بل عبارته عن حقّ حلّ المعامله و إرجاع ما انتقل عن الميت إليه ثم إرث الوارث منه فلا تلازم بين ثبوت حقّ الشّفعة للوارث و ثبوت حق الخيار له

و بعبارته أخرى الأقوال الأربعة في إرث الزوجه الخيار مبتنيه على أن يكون الفسخ حلاً للعقد و أن يكون كالأقاله على مذهب الخاصّه لا أن يكون كالأخذ بالشّفعة و كالتملك الجديد

ثم إنّه لا تلازم أيضا بين إرث حقّ الإقاله و حقّ الخيار لما عرفت أنّ الخيار ملك كلا الالتزامين و أمّا ما به يقدر على الإقاله فهو ملك الترام الطرف و هو ليس تابعا لإرث المال و إلّا لزم أن يكون الطرف مالكا للفسخ دون الوارث لأنّ الطرف مالك لالتزام الميت من دون أن يملك الوارث الترام الطرف فمن عدم قدرته على الفسخ نستكشف أنّ الالتزام الّذى كان الميت مالكا له يملكه الوارث و هذا البرهان لا يجرى في الخيار لأنّ من عليه الخيار لا يملك الترام طرفه

و كيف كان فالأقوال في المسأله مبتنيه على أن يكون الخيار حلاً للعقد إذا عرفت ذلك فنقول الوجه لعدم إرث الخيار مطلقا هو أنّ الخيار على ما تقدّم ملك كلا- الالتزامين و لا- يمكن أن تملك الزوجه مثلا كليهما لأنّ الأرض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة لالتزام نفسها و لو انتقلت إليه فهي ليست مالكة لالتزام الطرف لأنّ الأرض لغيرها من الورثه فلو أراد البائع أن يفسخ



البيع و يردّ الأرض إلى نفسه ليس للزّوجه منعه عنه

و وجهه المصنف قدّس سرّه بوجه آخر فقال و الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلّطه على ما وصل بإزائه و لا يخفى أنّ هذا نظير ما أفاده في خيار المجلس من عدم ثبوته للوكيل الغير المفوض و هذا الوجه بظاهره لا يستقيم في كلا المقامين لوضوح أنّ الخيار حق متعلّق بالعقد لا بما انتقل عنه و لا يتوقّف على السلطنه على المنتقل إليه أيضا و إلّا لم يثبت للأجنبيّ و لا للورثه مع استغراق الدين

و لكنّه يمكن أن يكون مقصوده أنّ الخيار و إن كان متعلّقا بالعقد إلّا أنّه لا بما هو في حيال نفسه بل لكونه طريقا لاسترجاع ما انتقل عنه و ردّ ما انتقل إليه فإذا كان الوارث محروما عن أحدهما فلا معنى لفسخه

و أمّا وجه ثبوت الخيار لها مطلقا كما قوّاه

صاحب الجواهر فهو أنّ الخيار ليس إلّا السِّلْطَنه على الفسخ و الإمْضاء و هو متعلّق بالعقد على ما عرفت من تعريفه فى بحث الخيار من أنّه ملك فسخ العقد و إقراره و لا ربط له بالمنتقل عنه أو إليه حتّى تحرم الزّوجه عنه و لذا صحّ جعله للأجنبي و لا ينافى ذلك ما قيل من أنّه ملك كلا الالتزامين فإنّ مالكيه الالتزامين لها معنيان أحدهما صحيح و ثابت فى المقام و هو التسلّط على الفسخ و الإمْضاء فإنّ هذا اعتبار عقلائي كان للمورث فيرثه وارثه و ذلك ليس تابعا للملك و بهذا المعنى يصحّ جعله للأجنبي

و الثّانى هو الملك المطلق بحيث يكون له السِّلْطَنه على طرد غير ذى الخيار و منعه عن الفسخ و هذا لا دليل على اعتباره

و أمّا وجه ثبوت الخيار لها إذا انتقلت الأرض إلى الميّت كما اختاره فخر المحقّقين و فسّر به عبارته والده فى القواعد فلاّ أنّ به تستجلب الثّمن فإنّ ملك بائع الأرض للثّمن لما كان مترلزلا حين حياه المورث اقتضى بقاء هذا التّزلزل بعد موته ثبوت حقّ للزّوجه و إن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض و هذا القول هو الظّاهر من القواعد قال قدّس سرّه الخيار موروث بالحصص كالمال فى أىّ أنواعه كان إلّا الزّوجه غير ذات الولد على أشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثّمن انتهى فإنّ الظّاهر أنّ المشار إليه فى قوله أقربه ذلك هو الإرث كما فسّر به الفخر و السيّد عميد الدّين و الشّهيد

و أمّا وجه عدم ثبوت الخيار لها فى هذه الصّوره كما اختاره جامع المقاصد و فسّر به عبارته القواعد و قال إنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث المذى سيقت لأجله العبارة فلاّ أنّه إذا انتقلت الأرض إلى الميّت لا تراث الزّوجه منها بل هى حقّ لباقي الورثه استحقّوها بالموت فكيف تملك الزّوجه إبطال استحقاقهم إلى أن قال و أيضا فإنّها إذا ورثت فى هذه الصّوره و جب أن تراث فيما إذا باع الميّت أرضا بطريق أولى لأنّها تراث حينئذ من الثّمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقّها من الثّمن و هو أولى من إرثها حق غيرها الذى اختصوا بملكها انتهى

و الأقوى من هذه الوجوه هو ما اختاره فخر المحقّقين و توضيحه يتوقف على الإشاره إلى أمور تقدم التّنبيه عليها الأوّل أنّ العقد بمدلوله الالتزامى يدلّ على التّزام كلّ من المتعاقدين بمالكيه صاحبه لما انتقل عنه إليه و هذا معنى لزوم العقد و حلّه إمّا برد كلّ منهما التّزام صاحبه المذى هو مقوم مالكيته لما انتقل إليه و إمّا بالسِّلْطَنه على كلا الالتزامين و الأوّل هو الإقاله و الثّانى هو الخيار الثّانى أنّ اعتبار الحقوق التى هى من الأمور الاعتباريه النفس الأمريّه تاره على وجه الموضوعيه سواء كانت من الحقوق المتقوّمه لشخص خاصّ كحق المضاجعه و الحضانه أم لا كحقّ القصاص و حدّ القذف و أخرى على وجه الطّريقيّه لاكتساب المال و جلب منافع الأموال كحقّ الخيار الثالث أنّ ثبوت الخيار للوارث ليس من جهه تبعيته للملك فإنّ هذا لا يختصّ بالحقّ بل الحكم أيضا يثبت للوارث إذا انتقل المال إليه كحقّ إجازة العقد الواقع فضولا فى ملك المورث

إذا عرفت ذلك ظهر بطلان القول بإرث الخيار لها مطلقا لأنّ هذا الحقّ حيث اعتبر لجلب المال لا يمكن أن ترثه الزّوجه إذا انتقلت الأرض عن الميّت و لا- ينافى ذلك كون الخيار عبارته عن التسلّط على الفسخ و الإمْضاء و عدم كونه تابعا لإرث المال لأنّ انتقاله إلى الوارث يتوقّف على كون الحقّ متروكا بحيث لو لم يملكه الوارث لبقى الحقّ بلا مستحقّ و كونه متروكا يتوقّف على إثبات كونه ممّا يستجلب به شىء إمّا لنفس ذى الحقّ

أو لغيره كالأجنبي و لا ندعى امتناع ثبوت الخيار لمن ليس مالكا للمال شرعا أو عقلا حتى ينتقض بثبوته للأجنبي

إن قلت لا إشكال في بقاء هذا الحق بعد الميِّت و لذا يرثه سائر الورثة فلو كان باقيا و لم يكن تابعا للمال بل كان مجرد السِّلْطَنه على الفسخ و الإمضاء ترثه الزَّوجَه أيضا قلت بقاؤه لسائر الورثة لا يلازم إرث الزَّوجَه منه سواء قيل بأنَّ الوارث يستحقَّ الخيار بالحصَّه أو قيل بكونه قائما بالمجموع أو قيل بأنَّ لكلِّ وارث خيارا مستقلاَّ أما على الأوَّل فواضح لأنَّ الزَّوجَه ليست لها حصَّه و أما على الأخيرين فلا تُعتبر اجتماعها معهم أو ثبوتها لها بالاستقلال أوَّل الكلام لإمكان كونها كالوارث القاتل أو الكافر فإثباته لها لبقائه لسائر الورثة لا وجه له

و ظهر بطلان القول بعدم الإرث مطلقا لأنَّ مبناه على أن يكون أدلُّه الخيار مسوقه لبيان تسلُّط ذى الخيار على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن تسلُّطه على ما انتقل إليه و لذا لا يثبت للوكيل في إجراء الصِّيغَه و المبنى ممنوع لأنَّها مسوقه لبيان تسلُّط ذى الخيار على الفسخ و الإمضاء و هذا التسلُّط ليس تابعا للتسلُّط على المال المنتقل عنه و إليه و عدم تسلُّط مجرى الصِّيغَه على الفسخ و الإمضاء إنَّما هو لاعتبار قيد في الموضوع و هو كونه بيِّعا للذى هو فاقد له لا لعدم تسلُّطه على المالكين هذا مع أنَّ المورث في المقام كان مسلِّطا على ما انتقل إليه و كان الخيار ثابتا له فإذا كان لأدلُّه الإرث إطلاقا فمقتضاه ثبوتها للوارث و لو لم يكن مسلِّطا على ما انتقل إلى الميِّت لما عرفت في الأمر الثالث من أنَّ إثبات الحقِّ للوارث ليس من جهه تبعيَّته للملك فإنَّ ذلك لا يختصُّ بالحقِّ بل الحكم أيضا كذلك

و ظهر بطلان القول بالإرث إذا انتقلت الأرض عن الميِّت لأنها بالفسخ لا تستجلب شيئا و هذا بخلاف ما إذا انتقلت إليه فإنَّها تستجلب الثمن فلا مانع من سلطنتها على التزام الميِّت بكون الثمن باقيا في ملك الطرف فإنَّه بعد أن ثبت أنَّ هذا الالتزام بيد الميِّت و كونه مالكا له كملكه لا يلتزم الطرف بكون الأرض باقيه في ملك الميِّت و ثبت بأدلُّه الإرث أنَّ ما كان للميِّت فهو لوارثه فيثبت لها ملكيه هذا الالتزام و إن حرمت عن التزام صاحب الميِّت لعدم إمكان توصيلها به إلى الأرض المنقله إلى الميِّت لأنَّ أثر الحرمان عن الأرض الموجب لحرمانها عن مالكيه التزام طرف الميِّت ليس إلَّا عدم إمكان الإقاله لها و أمَّا من حيث دخل ذلك الالتزام في حلِّ العقد فيدخل في عموم أدلُّه الإرث

و بعبارة واضحة لا شبهه أنَّ التزام الميِّت فيما انتقل عنه ترثه الزَّوجَه لأنَّ سلطنتها عليه طريق لاسترجاع الثمن و أمَّا التزام الطرف بكون الأرض باقيه في ملك الميِّت فله حيثتان حيثيه كون الأرض متقومه به فهي لسائر الورثة و لهم الإقاله و رد هذا الالتزام دون الزَّوجَه و حيثيه مدخليته في الفسخ و قدره ذى الخيار عليه و من تلك الجهه من لوازم الخيار الذى هو حقٌّ مالى تتوصَّل الزَّوجَه به إلى الثمن فتأمل

ثمَّ إنَّه قد يجعل مبنى الأقوال الأربعة الاختلاف في حقيقه الخيار فلو قيل بأنَّه ملك إقرار العقد و إزالته فترثه مطلقا و لو قيل بأنَّه السِّلْطَنه على الرَّد و الاسترداد فى عرض واحد فلا ترثه مطلقا لأنَّ الأرض لو كانت منتقلة عن الميِّت ليس لها السلطنة على الاسترداد و لو كانت منتقلة إليه ليس لها السِّلْطَنه على الرَّد و لو قيل بأنَّه السِّلْطَنه على الرَّد و يتبعه الاسترداد قهرا لا ترثه لو كانت الأرض منتقلة إلى الميِّت و أمَّا لو كانت منتقلة عنه فترثه لأنَّ لها

السلطنة على ردّ الثمن و لو قيل بأنّه السلطنة على الاسترداد و يتبعه الرد قهرا فالأمر بالعكس

و فيه أنّ الخيار عبارته عن التسلط على الحلّ و الإمضاء و الردّ أو الاسترداد خارج عن حقيقته و منشأ الأقوال الأربعة مع الاعتراف بأن حقيقته الخيار ذلك إنّما هو للتزاع في اعتبار قيد في دليل الإرث و عدمه و هو كون هذا الحقّ طريقا لاسترجاع العين أو أنّه لو حظ بحيال نفسه

و على أيّ حال كون الخيار عبارته عن الردّ وحده لا معنى له فإنّ ذلك هبه و كذلك الاسترداد استيهاب و الردّ و الاسترداد إمّا هبتان أو تبادل مال بمال هذا كلّ لو أريد من الردّ و الاسترداد الردّ إلى الشخص و أمّا لو أريد منه الردّ إلى الملك فالردّ إليه لا يمكن إلّا بحلّ العقد و إبطاله فمن دون حلّه كيف يمكن أن يرّد العوضان إلى ما كانا قبل العقد مع أنّه لو أمكن ذلك فلا محالة يملك الردّ و الاسترداد في عرض واحد لأنّ الردّ إلى الملك عبارته عن إبطال التبدل الواقع أولا و التبدل ليس تبديلا مكائيا حتّى يلاحظ الردّ أحد العوضين أولا و الآخر ثانيا بل اعتباري و يحصل في كلّ منهما في رتبة واحدة و في زمان واحد

**[مسألة في كيفية استحقاق كلّ من الورثة الخيار مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزئه]**

#### إشارة

قوله قدس سرّه مسألة في كيفية استحقاق كلّ من الورثة الخيار مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزئه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل و هو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلاّ كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكلّ و إن أجاز الباقون بمعنى تقديم الفاسخ على المجيز و إنّ تأخر فسخه ممتنع ثبوتا فإنّ الملك و الحقّ و الاستيلاء و كلّ ما يتصوّر من الإضافات و الاعتبار التي وجوداتها العينية هي عين جعلها ممّن بيده جعلها و إيجادها لا يعقل أن تكون مع وحدتها مملوكة أو مضافة إلى اثنين بتمام الملكية و الإضافة بحيث كان لكل منهما منع الآخر عن التصرف فيها إذ كما لا يمكن تواردها على مستقتلين على معلول واحد كذلك لا يمكن أن يكون ملك واحد بتمامه لمالكين و حقّ واحد بتمامه لمستحقين

و ما يقال من أنّ الملك حيث كان من الاعتباريات فلا مانع من اعتبار مالكين لملك واحد فقد ظهر جوابه في عقد الصبّي من أنّ الاعتبار الصّحيح هو المدار في الاعتباريات لا التخييلات و الفرضيات و يمتنع أن تكون إضافه واحد قائمه باثنين و ما يمكن ثبوته لهما مع فرض وحدته هو حقّ المطالبة أو حقّ الاستيفاء فثبوت حقّ الخيار للأب و الجدّ إذا جنّ العاقد أو ثبوته لحاكمين مستقلاّ ليس من باب قيام إضافه واحد بشخصين فإنّ الحقّ قائم بنفس المجنون و إنّما يكون للوليّ أعماله فلا يصحّ قياس إرث حقّ الخيار على إرث حقّ حدّ القذف لأنّ الحقّ الذي ثبت للمورث في القذف هو حقّ مطالبه الحدّ لا أنّ له إضافه إلى الحدّ فإنّ الحدّ جزاء شرع للتشفيّ فله المطالبة به و له العفو

و بالجمله المذى يمتنع ثبوته لشخصين مستقلاّ و في عرض واحد هو ما يكون من قبيل الملك لا ما يكون من قبيل الولاية و حقّ

الاستيفاء أو المطالبه و حقّ حدّ القذف و إن جاز لكلّ من الورثه إعماله من دون المراجعة إلى غيره إلّا أنه نظير حقّ حدّ السرقة و الزنا لكل فقيه فلو دلّ الدليل على أنّ حدّ القذف لا يسقط بعفو بعض المستحقّين فلا يستكشف عنه أن ملك الخيار أو المال يمكن أن يكون بتمامه لاثنين مستقلا و في عرض واحد لإمكان أن يكون هذا الدليل في مقام إثبات السّلطنه لهما على المطالبه بحيث لو لم يكن هذا الدليل لقلنا بمقتضى أدلّه الإرث أنّ حقّ الحدّ بمقدار حقّهم من إرث المال و لا يقاس إرث الخيار أيضا على إرث الشّفعه لقيام الدليل

على أنّ الشريك المتعدّد الطّارى أو الابتدائي كالشريك الواحد إمّا مطلقاً أو إذا كان شريكه الآخر غائباً فإذا انتقل المال إلى الورثة يصير كلّ واحد منهم شريكاً لانطباق عنوان الشراكه عليه فلو أراد كلّ منهم إعمال الحقّ يتّزاحم و إذا أسقط أحدهم حقّه فلآخر إعماله و هذا الحكم فى ابتداء العقد خلافىّ إلّا أنّ الظاهر هو الاتفاق فى ثبوته للورثة المتعدّده فلا محاله يكون كيفيه ثبوته لهم نظير كيفيه ثبوته للمتعدّد حين العقد لو قيل به و هذا لا ربط له بإرث الخيار مستقلاً لأنّ كيفيه ثبوته للمتعدّد هى الشراكه بينهم لو أخذ الكل بالشفعه و إلّا يقع بينهم التّزاحم و أمّا لو أخذ واحد منهم دون غيره فهذا بمنزله تفويض المسقط حقّه إلى غيره

ثمّ لا يخفى أنّ حقّ القصاص أيضاً ليس ممّا يستقلّ به كلّ وارث لأنّه لو كان كذلك لم يكن وجه لردّ الدّيه بمقدار حقّ غير الآخذ بالحقّ إلى أولياء المقتصّ منه فإمكان استيفاء الحقّ من كلّ واحد كما كان الآخذ بالشفعه لكلّ واحد مع رجوع المال المأخوذ إلى الجميع و هذا ليس عبارته عن استقلال كلّ واحد على الآخذ بالحقّ

و حاصل الكلام أنّ استحقاق كلّ واحد من الورثة خياراً مستقلاً فى عرض الآخر بحيث ينتج تقديم الفاسخ على المجيز كما فى خيار المجلس للمتعاقدين ممّا لا يمكن ثبوتاً و استحقاق كلّ واحد منهم على نحو استقلال الوكيل المفوض و موكله بحيث ينتج تقديم السابق مجيزاً كان أو فاسخاً و إن أمكن ثبوتاً إلّا أنه لا دليل عليه إثباتاً لأنّ ظاهر أدلّه الوراثه أنّ الحقّ كالمال يتخصّص و ليس هنا دليل آخر يدلّ على استحقاق كلّ منهم مستقلاً و لم يقدّم برهان على أنّ الشارع جعل لكلّ منهم ذلك و لا على أنّ المورث اشترط على صاحبه أن يكون لكل من ورثته الخيار فالوجه الأوّل لا أساس له سواء قيل بأنّ الحقّ الواحد الفعلى قائم بالمتعدّد أو قيل بأنّ حقّ الاستيفاء قائم بهم إلّا أن يقال إن مقتضى ورود الحكم على العام أو المطلق هو استقلال كلّ فرد من الأفراد و هذا المعنى حيث يمتنع بالنسبه إلى المال أو الحقّ على نحو اجتماع الملاك المتعدّده على ملك واحد فيلتزم بتقسيم المال و الحقّ بالحصص

و أمّا استقلال كلّ منهم على نحو الوكلاء المتعدّد أو المولى و العبد بالنسبه إلى مال العبد و نحو ذلك فيجب الآخذ بظهور العام أو المطلق لأنّه لا دليل على امتناع ثبوت حقّ واحد فى سائر الحقوق للمتعدّد كحقّ القصاص و حدّ القذف و الشفعه فإنّ الأولين عبارتان عن حقّ الاستيفاء و الثالث عبارته عن حقّ أن يملك كحقّ الإحياء و هكذا ثبت حقّ السّيق للمتعدّد و إنّما الممتنع إعمال هذا الحقّ للمتعدّد للتّزاحم بينهم فإذا أسقط بعضهم حقّه فللباقى إعماله و على هذا فلو دلّ دليل الإرث على أنّ ما تركه الميّت فلكلّ واحد من ورثته فالأخذ بظهوره و هو ثبوت هذا الحقّ للمتعدّد مستقلاً لا مانع منه هذا تمام الكلام فى الوجه الأوّل

و أمّا الثانى أى استحقاق كلّ منهم خياراً مستقلاً فى نصيبه فهو أصحّ الوجوه كما اختاره العلّامه فى القواعد و قال الخيار موروث بالحصص كالمال لأنّ ظاهر قوله ص ما ترك الميّت من حقّ فلوراثته أن يكون إرث الحقّ كإرث المال و أن يكون جنس الوارث واحداً كان أو متعدّداً قائماً مقام المورث و أن تكون الإضافه الخاصّه به قائمه بهذه الطّبيعه بمطلق وجودها و لازم ذلك استحقاق الفسخ و الإجازة لكلّ واحد فى مقدار نصيبه إلّا أنّه ينافى ذلك تبعض الصّيه فقه على طرف الميّت و مقتضى الشرط الصّمنى الذى التزم به الميّت من عدم تبعض الصّيه فقه عليه عدم نفوذ إعمال الخيار لكلّ واحد مستقلاً بل لا بدّ من اتّفاقهم على الفسخ و الإجازة إلّا أن يرضى الطرف

بالتبعض أو اشترط عليه المورث أى جعل لنفسه خيار الفسخ فى البعض و إنما فالورثه ملزمون بعدم التشقيص قضيه للشرط الصمى المقتضى للتفوذ وضعا و ما أفاده المصنف قدس سره من جواز الفسخ لبعض الورثه غايته ثبوت خيار التبعض لمن عليه الخيار مبنى على عدم اقتضاء الشرط الوضع و التفوذ و هو خلاف التحقيق و مناف لمختاره أيضا إلا أن يقال إن العقد باعتبار تعدد الورثه ينحل إلى عقود و التعدد الطارى كالتعدد الابتدائى و لكن سيجى ء فى آخر البحث فساده

و أميا الثالث و هو استحقاق مجموع الورثه لجميع الخيار بأن لا يتعدّد الحقّ و لا المستحقّ الذى لازمه عدم جواز الفسخ و لا إجازته من البعض فمبنى على ما أفاده قدس سره من الفرق بين إرث الحقّ و المال و إن كان دليلهما واحد و هو أن المال قابل للتجزيه فيقسم على حسب السهام و الحقّ أمر بسيط غير قابل للتجزيه فيشتركون فيه

و فيه أن عدم قابليته للتجزيه مبنى على أن يكون من الحقوق الموضوعيه التى مطلوبيتها عند العقلاء باعتبار أنفسها لا باعتبار كونها طريقا للتوصل إلى المال و قد تقدم أنه طريق لاستجلاب المال و استرداد المنتقل عنه بالفسخ و إبقاء المنتقل إليه بالإجازة فلا مانع من تجزيته بتجزيه الأموال بل لا محيص عن ذلك لما عرفت من أن حقيقته هى سلطنه أحد المتعاقدين أو كليهما على التزام نفسه بكون المنتقل عنه فى ملكك صاحبه و التزام صاحبه بكون المنتقل إليه فى ملكه و أحد الالتزامين يملكه بالعقد و الآخر بالجعل الشرعى أو المالكى بحيث لو لم يكن هذا الجعل كان كلّ واحد من الورثه ملزما بما التزم به المورث و لا شبهه أن لزوم التزامه بما التزم به المورث إنما هو بمقدار حصّته من المال و لا- وجه لأن يلتزم بما فى يد سائر الورثه فإذا كان وجوب التزامه بمقدار نصيبه من المال فكذلك سلطنته على الالتزام أيضا بمقدار نصيبه من المال و هذا ينتج الوجه الثانى

و أميا الوجه الرابع و هو قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه فمبنى على أن يكون إرث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود و حيث إنّ صرف الوجود قائم بكلّ واحد من الورثه فكلّ من بادر إلى أعمال الحقّ فسحا كان أو إجازته ينفذ فى حقّ الجميع و لا عبره بما يقع متأخرا

و فيه أن المتبادر من أدلّه الإرث كون الحكم شموليا لأنّ البدليّه و قيام الطبيعه بفرد ما و بصرف الوجود يتوقّف على مثونه زائده فى مقام الثبوت و الإثبات فلو جى ء بتنوين التنكير كما فى قوله جئنى برجل أو تعلق الأمر بالطبيعه كقوله صلّ فلازمه كفايه الفرد فى مقام الامتثال أميا التنوين فلأنّها وضعت لإفاده الفرد المنتشر و أمّا الأمر فلأنّ المادّه و إن كانت مجردة عن الطبيعه و الفرد إلّا أنّ الهيئه حيث دلّت على طلب الطبيعه و طرد العدم فبمجرد وجود الطبيعه و بأول وجودها و أميا لو جعلت الطبيعه موضوعا للحكم كما فى قوله لا- تشرب الخمر و ما تركه الميت فلوارثه فظاهر الخطاب يقتضى أن يكون كلّ فرد من أفراد الطبيعه موضوعا للحكم مستقلا

و بالجملة ما أفاده قدس سره من قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا و إن كان تحقيقا دقيقا و لازمه وحده الحقّ و المستحقّ بقيام الحقّ الواحد بصرف الوجود من الوارث و ينتج نفوذ أعمال الحقّ من كلّ من بادر إليه و صحّح قيامه بالمجموع فسحا أو إجازته من حيث كونه مصداقا للقدر الجامع لا بما هم هم و كونه كالفسخ و الإمضاء من ذى الخيار بتصرّف واحد لو اختلفوا فى الفسخ

و الإمضاء مقارنا إلمّا أنّه يرد عليه أولا- أنّ عنوان الوارث ليس عنوانا واقعيّا ثابتا لهم حتّى يمكن أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود منه بل عنوان انتزاعيّ من نفس دليل الإرث فموضوع الحكم ليس إلّا الأشخاص و إطلاق الوارث عليهم إنّما هو من قبيل من قتل قتيلا فله سلبه

و ثانيا لو كان مراده قدّس سرّه من الطّبيعه الجامعه هي الإضافه الخاصّه الّتي بينهم و بين المورث الّتي بها ينتقل ماله إليهم لا إلى غيرهم لا ما هو ظاهر كلامه من كونها عنوان الوراثة فظاهر الأدلّه لا يساعد على ذلك لوضوح أن كيفيه الاستحقاق بالنسبه إلى الأموال و الحقوق على نهج واحد و لا شبهه أنّ المال يرثه الأشخاص على سبيل العام الاستغراقي لا المجموعى بكلا معنيه

فالوجه الثالث و الرابع ممّا لا دليل عليه و إن لم يمتنع ثبوتا كما اعترف به قدّس سرّه بالنسبه إلى الوجه الرابع و أمّا الوجه الأوّل فقد عرفت امتناعه ثبوتا فانحصر الوجه الصّحيح في الوجه الثاني و قد عرفت أنّه يشترك مع الوجه الثالث في أنّ نفوذ الفسخ و الإمضاء يتوقّف على اتّفاقهم غايه الفرق بينهما أنّ عدم نفوذ الفسخ أو الإجازة من البعض في الوجه الثالث إنّما هو لعدم المقتضى و أمّا في الوجه الثاني فلوجود المانع و هو تبعض الصّفقه على طرف الميّت

نعم لو قلنا بأنّ التعدّد الطّارى من قبل الوراثة كالتعدد الابتدائي فلا مانع من إعمال كلّ منهم حقّه مستقلا فالصّواب تنقيح هذا المعنى الّذى دار في ألسنه الأعلام و تنقيحه يتوقّف على بيان الفرق بين قولهم في بعض الموارد إنّ العقد واحد لا- يتبعض و قولهم إنّ العقد ينحلّ إلى عقود متعدده

فنقول مورد الأوّل هو العقد الصّادر من واحد المتعلّق بشىء واحد كما لو بيع حيوان أو المتعلّق بشيئين متّفقى الحكم كما لو بيع حيوانان فإنّه لا- يجوز للمشتري الفسخ في البعض و الإمضاء في غيره لأنّ الالتزام الواحد لا يقبل التبعض و التفرقه بين أجزاء المنشأ من النصف و الثلث و الربع تنافى الشّروط الضّمنى الّذى بناء المتعاقدين عليه و هو مقابله مجموع المبيع لمجموع الثمن و لذا لو كان المبيع مشتركا بين مالكين و لم يعلم به المشتري لو فسخ أحدهما يثبت خيار تبعض الصّفقه للمشتري

و مورد الثاني هو الجمع بين مختلفى الحكم في عقد واحد سواء كان منشأ الاختلاف الاختلاف في المالين كما لو جمع بين ملك نفسه و ملك غيره في المبيع أو في اللزوم و الجواز كما لو جمع بين الحيوان و غيره أو في الصّححه و الفساد كالجمع بين الشّاه و الخنزير فإنّ الإنشاء و إن كان واحدا في هذه الموارد إلّا أنّه حيث جمع بين المختلفات فينحل منشؤه و التزامه إلى متعدّد فيتبع كلّ واحد حكمه إذا كان المشتري عالما بذلك و ذلك واضح لأنّه إذا كان المالك متعدّدا مثلا فلا معنى لالتزام كلّ منهم بكون المبيع بتمامه باقيا في ملك المشتري لأنّه لا معنى لالتزامه بما هو من وظيفه شريكه إلّا إذا كان وكيلا مفوضا عنه

إذا عرفت ذلك فنقول أصل تعدّد الحق بموت المورث لا ينبغى الشّبهه فيه فإنّه لا ينافى ذلك كون الحقّ واحدا في ابتداء العقد فإنّ مناط انحلال العقد إلى العقود المتعدّده موجود في المقام و هو عدم إمكان التزم كلّ واحد من الورثه بالنسبه إلى نصيب الآخر

و طرو التعدّد على العقد الواحد ليس بعزيز كما لو تلف بعض المبيع قبل القبض أو في زمان الخيار أو خرج بعضه عن الماليه



كما إذا صار الخل خمرا إلّا أنّ مجرد تعدّد العقد و انحلاله إلى العقود لا يؤثّر في جواز الفسخ بالنسبة إلى كلّ واحد من الورثة لأنّ مالكيه الطرف للالتزام المورث تقتضى عدم تسلّط كلّ منهم بمقدار

نصيبه بل يتوقف فسخهم وإجازتهم على اتفاقهم مثل الوجه الثالث إلا أن الفرق بينهما أنه على الوجه الثاني يجوز لكل واحد من الورثة الإجازة دون الثالث لأنها تدور مدار رضا الطرف فلو رضى بها فقد أسقط حقه وهكذا لو رضى بالتشقيص يجوز لكل واحد فسخ البيع بالنسبة إلى حقه دون الوجه الثالث لأنه لو كان الحق قائما بالمجموع فرضا الطرف لا يفيد جواز إعمال الخيار لكل واحد و أما لو كان الحق لكل واحد منهم مستقلاً بمقدار نصيبه فرضا الطرف يؤثر في صحته إعمال الحق لكل واحد

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ التعدد الطارى ليس كالتعدد الابتدائى و هذا النزاع يجرى فى مثل الزهن و الشفعة و نحوهما و أنّه فرق بين ما كان الزاهن متعددا ابتداء و بين ما إذا عرض التعدد كما لو تعدد ورثه الزاهن أو المرتهن فإنّ تعدد الوارث و إن أوجب تعدد الحق بمقدار نصيبه من المال إلا أنّ إعماله يتوقف على اتفاقهم هذا تمام الكلام فى أصل المسألة و أما كلمات الأساطين فقابله للحمل على المختار و على ما اختاره المصنف من الوجه الثالث بل ظاهر عبارة القواعد و الدروس و المسالك أنّ المانع من إعمال الخيار هو تبعض الصفقة على المشتري لا قيام الخيار بالمجموع

نعم عبارة الإيضاح موهمة لذلك فإنّ قوله قدس سره فى توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورثهم إلا خيار واحد ظاهر فى أنّ الخيار الثابت للورثة خيار واحد قائم بالمجموع و لكنّه بعد التأمل فى كلامه يظهر أنّ مقصوده أنّ التعدد الطارى ليس كالتعدد الابتدائى

و ما ذكره قدس سره فى توجيه كلام العلامة فى اعتبار توافق الورثة فى إعمال خيار العيب من

قوله قدس سره إنّ المراد بوجود التوافق وجوبه الشرطى و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب أنّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهم مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته و هو المطلوب

لا يخفى ما فيه فإن عدم نفوذ فسخ صاحبه مع عدم إجازة الشريك الآخر هذا الفسخ مرجعه إلى عدم نفوذ إجازة بعضهم مع فسخ الآخر لأن مقتضى اعتبار التوافق أن يكون الفسخ والإمضاء كلاهما بالاتفاق فلا يمكن أن تكون الإجازة من أحدهم نافذة دون فسخه فمراد العلامة من اعتبار التوافق أنّه لولا لزم التقرير و كذا ما استظهره من عبارة العلامة لترث من الثمن و هو

قوله إنّ هذا الكلام قد يدلّ على أنّ فسخ الزوجه فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن إلى آخره

لا- يخفى ما فيه فإنّ قول العلامة لترث من الثمن حيث وقع بعد قوله الخيار موروث بالحصص ظاهر فى استقلال كل واحد من الورثة فى مقدار حصته من المال لا فى استقلال كل واحد فى استرجاع تمام الثمن

### [فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم]

قوله قدس سره فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم إلى آخره

لا يخفى أنّ ما ذكره من التفصيل بين ما كان للميت مال و ما لم يكن و ما أفاده من التقابل بين ثبوت حق انحلال العقد للورثة و

قيامهم مقام الميِّت ممَّا ينافى ما اختاره في غير المقام

و توضيح ذلك أنه قد تقدّم أنّ حقيقه الإرث هي تبدّل المالك أو المستحقّ لا تبدّل الملك أو الحقّ ففي إرث الحقّ تنحلّ الإضافة التي أحد طرفها قائمه بالحق طرفها الآخر بالمستحق من طرف المستحقّ و تقوم بشخص آخر مع بقاء الحقّ على ماله و هكذا في إرث المال و هذا بخلاف البيع فإنّ فيه يتبدّل الملك لا المالك فإذا كان ذلك حقيقه الإرث فيتفرّع عليه أمور

الأوّل أنه لا بدّ أن ينتقل إلى الوارث حقّ حلّ العقد

و إقراره لا- التملك و التملك فإن حق الخيار المنتقل إلى الوارث بأدله الإرث لا يمكن أن يتغير عما هو عليه بسبب الإرث و المفروض أن ما كان للمورث هو حق حل العقد و إقراره لا التملك و التملك و لذا صار إرث الزوجه الخيار المتعلق بما تحرم عنه محلها للخلاف و لو كان الخيار عباره عن التملك و التملك لم يكن وجه للإشكال بانتقاله إلى الزوجه فإن تملك الزوجه الأرض و إعطاء الثمن من مالها غير قابل للمناقشه فيه

الثاني أنه لا بد أن لا يكون حق الخيار للورثه كحق الشفعه لهم بأن يعطوا الثمن من مالهم و يتملكوا المثلث بل لا بد أن ينتقل المثلث بفسخهم إلى المورث و يرد الثمن إلى المفسوخ عليه لو كان باقيا و بدله لو كان تالفا و كان للميت مال و لو لم يكن له مال يبقى في ذمته و هذا التفصيل إنما يتفرع على كون الخيار ملك إقرار العقد و حله و أميا إن كان عباره عن التملك و التملك فلا- وجه للفرق بين كون الثمن باقيا في ملك الميت أو تالفا و لا فرق في صورته التلف بين أن يكون على الميت دين مستغرق أو لا- و بين أن يكون للميت مال أو لا لأن في جميع الصور للورثه أن يعطوا الثمن من مالهم و يتملكوا المثلث كما في الشفعه

الثالث أنه لا يمكن أن يكون حق الفسخ مقابلا لقيام الورثه مقام الميت لأن قيامهم مقامه بأدله الإرث هو الذي اقتضى ثبوت حق الفسخ لهم و أدله الإرث لا- تجعل طرف الإضافه للورثه إلا على نحو كان المورث عليه و لا ثبت لهم حقا آخر من غير فسخ الحق الثابت للمورث

و بالجملة و إن كان بين الورثه و الأولياء و الوكلاء فرق فإنهما من قبيل النائب عن ذى الحق في الاستيفاء و لا- يرجع أثر الاستيفاء إليهما و أما الورثه فهم نفس الميت إلا أن هذا الفرق لا يقتضى جعل ملك الفسخ و الإقرار مقابلا لقيام الوارث مقام الميت فإذا كان ملك الفسخ و الإقرار ثابتا للوارث فلو فسخ يرجع كل عوض إلى محله الذي خرج عنه فيرجع المنتقل عن الميت إليه و لو لم يكن له مال تشتغل ذمته ببذل ما انتقل إليه

نعم للطرف أن يحبس المال المنتقل إليه حتى يستوفى دينه من الميت و لو كان عليه دين مستغرق فللطرف حق الأولويه بالنسبه إلى المال المردود من سائر الغرماء و لو كانت قيمته أزيد عما يستحقه الطرف بعد الفسخ يرد الزائد إلى الغرماء و لو كانت أنقص يضرب مع الغرماء و لا وجه لرجوع المال إلى الوارث و اشتغال ذمته بعوضه لو لم يكن له مال

و حاصل الكلام أن الفسخ ضد البيع الواقع أولا و ليس يباعا جديدا و تملكا و تملكا و لذا وقع النزاع في الإقاله بأنها بيع أو فسخ فإذا كان ضدا للبيع الواقع أولا فلو ارتفع البيع بالفسخ فلا محاله يرجع كل مال إلى مالكة الأصلي و منه إلى الورثه و لا وجه لأن يرجع إلى مالكة الفعلى إلا من حيث كونه قائما مقام المالك الأصلي لا من حيث إنه مالك له فعلا و لذا لو وقع العقد ثانيا على أحد العوضين أو كليهما ثم طرأ فسخ أو انفساخ لا يرجع العوضان إلى مالكهما الفعلى بل يرجعان إلى مالكهما الأصلي و يرجع المالك الأصلي إلى الناقل بالمثل أو قيمه و هكذا لو رجعت الأرض المنتقله عن الميت بالفسخ لا ترث منها الزوجه و لو كانت راجعه إلى المالك الفعلى للثمن لكانت الزوجه مثل سائر الورثه لأن الرجوع إليها كذلك مثل شرائها الأرض فهو يملكها

الرابع لا وجه لانتقال ما يرجع بالفسخ إلى الفاسخ وحده و لو قلنا بجواز إعمال حقّ القياس لكلّ واحد منهم مستقلاً لما

عرفت من أنّ إرث الخيار ليس كإرث حقّ الشّفعة و التملّك الجديد فلا بدّ أن يرجع المال إلى جميع الورثة لأن بفسخ أحدهم يبطل العقد و يرجع من حين الفسخ كل مال إلى مالكة الأصلي

و ما أفاده قدّس سرّه في

قوله و من هنا جرت السّيره بأن ورثه البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم إلى آخره

لا شهاده فيه على أنّ بالفسخ ينتقل تمام المال إلى الفاسخ و أن حقّ حلّ العقد و إقراره مقابل لقيام الوارث مقام المورث و أنّ الفسخ يقتضى رجوع المال إلى المالك الفعلي لا الأصلي لأن وجه جريان السّيره كذلك غير معلوم فيحتمل أن يكون ردّهم مثل الثمن من أموالهم لا- لكونهم مالكيين فعلا- بل لأنّ الفسخ يقتضى رجوع المبيع إلى ملك المورث فتشتغل ذمته بالثمن المنتقل إليه فللورثه بل لكلّ أحد أداء دينه

نعم لو جرت السّيره بعدم أداء سائر ديون الميّت من المبيع و عدم كونهم ملزمين بذلك لكشف عن عدم انتقال المبيع إلى ملك الميّت بل ينتقل إليهم بما هم مالكون فعلا فيكون نظير حقّ الشّفعة و قيام السيره كذلك ممنوع بل الظاهر عدم التزام أحد بذلك مع أنّه لو ثبت ذلك أيضا بالسيره فغايه الأمر أن إرث الخيار المشروط برّد مثل الثمن يخرج عن إرث سائر الخيارات و يكون هو بالخصوص عباره عن ملك أن يملك كالشّفعة و لازم ذلك أنّه لو اشترى أحد الورثه سهم البقيّه ثم طرأ فسخ أو انفساخ أن يرجع جميع ما انتقل عن الميّت إلى الوارث المشتري و الظاهر عدم التزام الفقهاء به أيضا

و كيف كان فقد تقدّم من المصنّف قدّس سرّه في أوّل الخيار أنّه عباره عن ملك حلّ العقد و عدمه و ليس عباره عن ملك أن يملك كحقّ الشّفعة نعم يمكن أن يكون خصوص الخيار المشروط برّد مثل الثمن واسطه بين حقّ الشّفعة و ملك الفسخ و إقراره بأن يكون بالنسبه إلى الرّد مثل الشّفعة فلا يعتبر فيه إخراج الثمن أو مثله عن ملك الميّت بحيث لو كان الثمن موجودا لا يجب على الورثه ردّ عينيه بل لهم أن يردوا مثله من أموالهم و أن يكون بالنسبه إلى رجوع ما انتقل عن الميّت مثل سائر الخيارات فيرجع إلى ملك الميّت و يرثه الورثه أو يؤدّي منه ديونه لو كان عليه دين و منشأ هذا الاحتمال هو ما عرفت أنّ بناء هذه المعامله على إتلاف الثمن فلا يشترط ردّ نفس الثمن و ليس نظر المشتري أيضا إلى الثمن المنتقل عنه بخصوصيته بل غرضه أن لا يتلف ماله فإذا أخذ منه المبيع بفسخ أحد الورثه فله مثل الثمن و لو من ملك الفاسخ نهايه الأمر حيث إنّ الفاسخ دفعه من ماله فله حبس المثلن ليستوفى ماله من الورثه و أمّا انتقال المبيع إلى خصوص الفاسخ فلا وجه له

### [مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات]

قوله قدّس سرّه مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات إلى آخره

لا- يخفى أنّ مقتضى ما ذكرناه من الضّابط بين الحقوق التي يرثها الوارث و التي لا يرثها أن لا يكون الخيار المجعول للأجنبيّ ممّا يرثه وارثه لأنّه ليس له غير نفس الإضايفه و هي السّيلطنه على الفسخ و الإمضاء من دون أن يستجلب بها نفعا من مال أو حقّ

فبموته يسقط هذا الحقّ ولا وجه أيضا لأن ينتقل بالوراثه إلى جاعل هذا الحقّ له لأنّه ليس وارثا للأجنبي وارث المال أو الحقّ لأولى الأرحام لا لغيرهم

نعم من غير عنوان الإرث يمكن أن يكون له كما إذا كان الحقّ لكلّ منهما مستقلا و إنّما فوض أمر إعماله إلى الأجنبي فإذا مات يبقى أصل الحقّ له و قد تقدّم في خيار المجلس توجيه ما أفاده العلّامة من انتقال حقّ الخيار من الوكيل إلى الموكل

### [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]

قوله قدّس سرّه و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف إلى آخره

قد تقدّم مرارا أنّ كلّ فعل خارجي يكون مصداقا لعنوان من عناوين العقود و الإيقاعات بحيث يحمل

عليه بالحمل الشائع الصناعي يوجد به هذا العنوان كما يوجد بالقول إلا أن يدل دليل تعبدى على اعتبار اللفظ و قد تقدم في باب المعاطاة أن قوله ع إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام ليس ناظرا إلى ذلك و لم ينعقد إجماع عليه أيضا

نعم أصل الصيغرى و أن أى عنوان يكون الفعل مصداقا له و أى عنوان لا يكون مصداقا له مطلب آخر لا بد من إجازته و قد تقدم أن النكاح و الضمان و الصلح فى العقود و الطلاق و العتق فى الإيقاعات لا يكون الفعل مصداقا لها و أما الإجازة و الفسخ فلا شبهة فى وقوعهما بالفعل و لذا اشتهر بين الفقهاء أن كل تصرف ورد فى المنتقل إليه إجازته و كل تصرف ورد فى المنتقل عنه فسخ بقيود ثلاثه الأول كونه تصرفا مالكيًا الثانى أن لا يكون للامتحان و الاختبار الثالث أن يكون المتصرف ملتفتا إلى كون المتصرف فيه محلا للخيار و وجه اعتبار هذه القيود واضح لأنه لو انتفى واحد منها لا يكون التصرف مصداقا للفسخ أو الإجازة

و قد تقدم أيضا أنه لو كان الفعل مصداقا لعنوان فقصد الفعل كاف فى تحقق العنوان به و إن لم يقصد بإيجاده ذاك العنوان بل بعض العناوين يتحقق بنفس قصد الفعل و إن قصد عنوان الخلاف كالتصرفات المالكية فى المنتقل إليه فإنه لو قصد عنوان الغصب بها تقع إجازته و إن أبيت عن ذلك فلا شبهة أن وطى المطلقة الرجعية رجوع و إن قصد الزنا و على أى حال لو قصد الفعل و لم يقصد الخلاف يقع العنوان به و لا وجه لاعتبار قصد العنوان حتى يحرز تحققه من حمل فعل المسلم على الصحة مع أن إجازته بهذه القاعده فى غايه الإشكال لأنها ليست أماره على ما هو الحق تبعا لما اختاره المصنف فى الأصول

### [مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله]

#### إشاره

قوله قدس سره مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله إلى آخره

لا يخفى أنه لا بد أولا من بيان المحذور الذى يرد فى تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ثم الدفع عنه فنقول إن المحذور تاره يقرر فى الوضعيات و أخرى فى التكاليفيات أما الوضعيات فحاصله أنه لو باع ذو الخيار ما انتقل عنه فتوقف صحه بيعه على كونه ملكا له قبل البيع و كونه ملكا له قبل البيع و كونه مالكا له يتوقف على أن يكون قوله للمشتري بعتك فسخا و كونه فسخا متوقف على كونه بيعا فالبيع يتوقف على الملك و الملك على الفسخ و الفسخ على البيع و يلزم أيضا اجتماع العله و المعلول فى رتبه واحده لأن البيع معلول للملك و الملك معلول للتصرف فمن التصرف يحصل تملك الفاسخ و تملك المشتري المترتب على ملكيه الفاسخ و أميا التكاليفيات فلائذ البيع و الوطى و نحوه محرم على غير المالك فبالوطى مثلا يتحقق الملك و الحليه المترتبه عليه فى رتبه واحده

و أميا الدفع فمن وجوه أربعه الأول أن تكون إرادته التصرف مملكه و هذا الوجه إن صح يرتفع به جميع الإشكالات حتى فى الوطى لأنه يقع بعد تحقق الملك إلا أنه قد تقدم مرارا أن الفسخ و الإجازة من الإيقاعات و هى لا تحصل بمجرد الكراهه الباطنيه و الرضا القلبي الثانى أن الفسخ يحصل بأول جزء من الفعل أو القول و نفوذ التصرف يحصل بباقي الأجزاء و هذا يتم فى



البيع لا- الوطى فإنّ الجزء الأوّل يقع محرّماً الثالث أنّ الفسخ و البيع يحصلان معا بنفس التصرف إلّا أنّ الأوّل مقدم رتبه على الثاني و هذا الوجه و إن اختاره جملة من الأساطين إلّا أنّه لا يخلو من إشكال كما سنشير إليه الرّابع أنّ التصرف تاره بالعقد الناقل و أخرى بالمعاطاه فإذا كان بالعقد فالفسخ يحصل بالإنشاء و البيع بالمنشأ و إن كان بالمعاطاه

فالفسخ يحصل بالأخذ من المنتقل إليه و البيع بالإعطاء للمشتري

نعم لا يجرى هذا فى التّعاطى من طرف واحد و على أى حال فأصحّ الوجوه فى الجواب عن الإشكال فى الوضعيات هو الأخير و تقريبه يظهر ممّا تقدّم فى المعاطاه من تقدير الملك آنا ما فيما يقتضى الجمع بين الأدلّه ذلك فى المقام يقدر الملك آنا ما للفاسخ ثمّ ينتقل إلى المشتري و تقدير الملك و إن توقّف على الدليل إلّا أنّ دليله فى المقام كون الفعل بنفسه مصداقا للفسخ بالحمل الشّائع الصّناعى و حيث إنّ إنشاء القولى فعل من أفعاله فبقوله بعث يفسخ العقد و يملك ما انتقل عنه من حيث الإنشاء و ينتقل إلى المشتري من حيث أثر القول و مرتبه الأثر متأخره عن مرتبه أصل القول

نعم لو اعتبر فى الانتقال إلى الغير كون العقد واقعا فى ملك النّاقل لزم المحذور لأنّ الملكيه تحصل بنفس العقد و أمّا لو اعتبرت الملكيه فى السّبب الذى مرتبه متأخره عن السّبب فلا محذور

و بالجمله بناء على ما هو الحقّ من اعتبار وقوع المنشأ فى الملك لا الإنشاء و لذا لا تعدّ الملكيه من شروط العقد بل تعدّ من شروط العوضين فالفسخ يحصل بذات الإنشاء و الانتقال إلى المشتري يحصل بأثره و لذا لو عقد فاسدا يتحقّق به الفسخ أيضا لأنّه يحصل بالإنشاء لا بالمنشأ و أمّا فى التكاليفيات فالإشكال أصلا غير وارد لأنّ حلّيه الوطى مثلا لا تتوقّف على ملك الرقبه بل على سلطنه الواطى و لذا يجوز بالتّحليل و التّرويح فلو كان لدى الخيار السّيلطنه عليه بالوطى حلال له و به يفسخ المعامله من حيث كونه مصداقا للفسخ

نعم لقائل المنع عن ثبوت هذه السّيلطنه له فى ملك غيره و أمّا لو سلم عموم معقد الإجماع بجواز تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه لكلّ تصرف حتّى الوطى و الأكل و الشّرب و البيع و نحو ذلك من الإتلاف الحقيقى و الحكمى فلا وجه لتفصيله بين نفوذه وضعا و حرمة تكليفه لا امتناع كون طرفى الفعل تحت سلطنه الفاعل وضعا و خروج أحد طرفيه عن تحت سلطنته تكليفا و قد ذكرنا فى الإجاره على الواجبات بيان الملازمه و أوضحنا أنّ الملازمه ثابتة فى العكس أيضا أى إذا كان الشّىء واجبا أو حراما تكليفا لا يمكن أن يكون التصرف فيه نافذا وضعا

و يمكن أن يكون نظر صاحب الجواهر قدّس سرّه فى قوله إنّ الرجوع من حقوق المطلق إلى ما ذكرناه أى لا- يعتبر فى حلّيه الوطى أن تكون الموطوءه زوجه قبل الوطى لأنّه يكفى فى سلطنته على الوطى كونه من حقوق الرّوجيه و هذا التّوجيه و إن لم يكن له محلّ فى الرجوع فى زمان العدّه لعدم خروج المطلّقه الرّجعيه عن الرّوجيه إلّا أنّه وجيه بنفسه

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ التّفصيل بين رهن ذى الخيار و عقد الواهب لا وجه له فإنّه إن تحقّق الفسخ بنفس عقد الرهن يتحقّق له رجوع الواهب بالعقد على العين الموهوبه أيضا فإن الحكم فى الهبه و الخيار واحد

قوله قدّس سرّه و أجاب الشّهيد عن الثّانى بمنع الدّور التّوقفى و أنّ الدّور معى

لا يخفى أنّ الدّور المعى فى المقام لا يرجع إلى محضّل لأنّه عبارته عمّا كان الأثر الحاصل مستندا إلى مجموع الشّيين من دون

توقّف أحدهما على الآخر كالهئته الحاصله من اعتماد لینه على أخرى و فى المقام لو كان الفسخ بالفعل متوقفاً على الملك قبله مع أنّ الملك متوقّف عليه فالدور توقّفى لتوقّف الشىء فى الوجود على ما يتوقّف عليه فالصواب فى الجواب منع توقّف الفسخ على الملك قبله لا بمعنى

حصولهما معا و فرض الأوّل مقديما على الثاني رتبه فإنّ التقدّم الرّتبى إنّما يتصوّر فى الشّيين المجتمعين زمانا مع كون أحدهما علّه للآخر و الإشكال فى المقام إنّما هو فى صحّه علّه الملك و هى الفسخ بل لما عرفت من أنّ الفسخ يحصل بالإنشاء فى التصرف القولى فىملك الفاسخ أنا ما و ينتقل عن ملكه إلى الثالث بأثر الإنشاء و هو متأخر رتبه عن الإنشاء و أما فى التصرف الفعلى كالوطى و نحوه فالإشكال غير وارد أصلا

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى

قوله و توهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به قولاً كان أو فعلا فاسد إلى آخره

لا يستقيم لما عرفت من الملازمه بين الحليه الوضعيه و التكليفيه فإذا جاز الفسخ بأدله الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلا لما ظهر أنّه لا تدلّ أدلّه توقّف الوطى و البيع على الملك على اعتبار ملك الرّقه بل الملك لغه و عرفا هو السّيلطنه كما فى قوله عزّ من قائل بملكنا و لو سلّم فقوله ص لا بيع إلّا فى ملك قابل للتخصيص فلا يقتضى الجمع بين أدلّه نفوذ التصرف و هذا الدليل الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرف

نعم لو قيل بأنّ الجواز الوضعى لا ينافى الحرمة التكليفيه تعين الالتزام بحصول الفسخ و الإجازة بالكراهة و الرضا

### [فرع لو اشترى عبداً بجاريه مع الخيار]

قوله قدّس سرّه فرع لو اشترى عبداً بجاريه مع الخيار له فقال أعتقتهما إلى آخره

لا- يخفى أن عتق المشتري العبد و الجاريه بصيغته واحده تارة يقع فيما كان الخيار له و أخرى فيما كان للبائع و ثالثه فيما كان لهما

أما الصّوره الأولى فالأقوال فيها ثلاثه نفوذ عتق الجاريه لتقديم الفسخ على الإجازة فيما وقع التزاحم بينهما و نفوذ عتق العبد لأنّه ملكه دون الجاريه لأنّها ملك البائع و عتقها من المشتري يتوقّف على الملك المتوقف على الفسخ و فى رتبه تحقّق ملك الجاريه ينعتق العبد فلا- يبقى مجال لانعتاق الجاريه و عدم نفوذهما أصلا و الأقوى هو الأخير لأنّ تقديم الفسخ على الإجازة الذى هو مدرّك القول الأوّل مورده ما كان الحقّ لمتعدّد فيؤثر الفسخ و إن كان متأخرا عن الإجازة لأنّ أثر الإجازة سقوط الحقّ من طرف المجيز لا مطلقا فلآخر أعمال حقّه بالفسخ

و أما مدرّك القول الثانى فيه أنّ مقابل عتق الجاريه هو عتق العبد لا إجازة ذى الخيار فإنّ الإجازة تقابل الفسخ و كما أنّ عتق الجاريه متوقّف على الفسخ فكذلك عتق العبد يتوقّف على الإجازة فإنّه و إن كان مملوكا له فعلا إلّا أنّ نفوذ عتقه يتوقّف على إمضاء العقد و إمضاؤه يتوقّف على عدم كون عتق الجاريه فسحا كما فى العكس فإذا كان التوقّف من الطرفين فلا ينفذ كلاهما

و أما الثانيه فعتقه العبد يتوقف على نفوذ تصرف من عليه الخيار فى متعلق الخيار و أما عتقه الجاربه فلا ينفذ بلا إشكال لا من قبل نفسه لعدم كونه مالكا لها و لا من قبل ذى الخيار لبطلان الفضولى فى الإيقاعات و أما الثالثه فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار فحكمها حكم الصوره الأولى فلا ينعق كلاهما و أما بناء على عدم نفوذه فيصح عتق الجاربه لكونه فسخا من ذى الخيار و لا يصح عتق العبد لأنه يوجب إبطال خيار البائع

### [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]

#### اشاره

قوله قدس سره مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار إلى آخره

قد تقدم فى خيار الغبن فى ذيل عنوان تصرف الغابن الأقوال فى المسأله و مدرکها إجمالا و لكنّه لا بأس بإعادتها تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ مدّ ظله و توضيحا لما تقدم فنقول أمّهات الأقوال ثلاثه عدم جواز تصرفه وضعا و تكليفا فلا ينفذ معاملاته و يحرم عليه إتلافه و جوازه مطلقا بحيث لو فسخ ذو الخيار يرجع إلى المثل أو القيمه و جوازه مطلقا إلا أنّه لو فسخ يبطل إمّا من حين الفسخ

أو من أصله و لازم القول الأخير التفصيل بين التصرفات المتلفة و الناقله فلا تجوز الأولى و تجوز الثانيه و لازمه أيضا التفصيل في التصرفات الناقله بين العتق و غيره فلا- ينفذ العتق و ينفذ غيره لأدّن بطلان تصرفه بفسخ ذى الخيار لا يتصور فى الإتلاف الخارجى و الإتلاف الشرعى لأدّن التالف لا يمكن استرجاعه و الحرّ لا يمكن عوده رقّا فلو صحّ العتق نفذ مطلقا و لو لم ينفذ يجب أن لا يصحّ رأسا

ثم إنّه ربما يتوهم ابتناء المسأله على حصول الملك بنفس العقد أو بانقضاء الخيار كما أنّه ربّما يتوهم ابتناؤها على تعلّق الخيار بالعقد أو بالعين فعلى الأول من كلّ منهما يجوز تصرفاته مطلقا و على الأخير لا يجوز مطلقا

و لكنك خبير بفساد كلا- التوهمين أمّا الأول فلأنّه لو قيل بما ينسب إلى الشّيخ و جماعه من توقّف الملك على انقضاء الخيار فلا- بدّ من القول بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار مطلقا سواء كان منافيا للاسترداد أم لا و أن يكون تصرفه منوطا بإذن ذى الخيار كما فى تصرف الرّاهن فى العين المرهونه و لا بدّ أن يعلّل المنع بقوله ع لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه لا بما علّل به أكثر المانعين من أنّ تصرفه ينافى استرداد العين و أمّا الثانى فلأنّه و إن جعله مبنى القولين أو الأقوال جملة من الأساطين إلّا أنّه لا يمكن الالتزام به فإن تعلّق الخيار بالعين ابتداء لا وجه له لما ظهر سابقا أنّ الخيار سلطنه لذى الخيار على التزامه العقدى الذى لو لم يكن له الخيار كان ملزما بالتزامه

و بعبارة أخرى الخيار ملك فسخ العقد و إقراره و لا يتعلّق بالعين رأسا و لذا يصحّ إعماله فى صورته بقاء العين و تلفها فالأولى أن يقال إنّ الخيار و إن كان سلطنه على حلّ العقد و إبقائه إلّا أنّه يمكن أن يكون هذا المعنى طريقيّا أو موضوعيّا و على الطريقيّه يمكن أن يكون الغرض منه استرجاع المال بالأعم من العين أو المثل أو القيمة و أن يكون الغرض منه استرجاع نفس العين فلو كان موضوعيا صرفا يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع أنحاء التصرفات كما لا يخفى إلّا أنّ ذلك باطل جدّا لأنّه لو كان هذا بنفسه من الاعبارات العقلانيه و جبّ إمّا أن ترثه الزّوجه مطلقا و أن يرثه وارث الأجنبيّ و إمّا أن لا يرثه الوارث أيضا لأنّ الاعتبار العقلانى تاره من قبيل الولايه أو القيمومه التى هى عبارة عن نفس السّيلطنه فهذا لا ينتقل إلى الغير و لو كان وارثا للمال

و أخرى اعتباره باعتبار متعلّقه فلا- بدّ أن ينتقل إلى وارث ذى الحقّ و لو لم يكن وارثا للمال و بالجمله كون الخيار موضوعيّا صرفا لا- وجه له فانحصر فى الوجهين على الطريقيّه و مبنى الوجهين أنّه لو قلنا فى باب الضّمان بأنّ المدار فيه على قيمه يوم الأداء إمّا لبقاء العين التالفه بخصوصيّتها الشّخصيّه فى عهده الضّامن أو بماليتها الغير المتقدّره بالمقدار فلازمه أن يجب عليه حفظها ليتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز له التصرفات المتلفة و الناقله و يكون حفظها من قبيل المقدمات الوجوديّه للواجب المطلق

و أمّا لو قلنا بأنّ المدار على قيمه يوم التّلف فلازمه أن يكون ماليتها المتقدّره فى عهده الضّامن فيجوز له إتلافها و نقلها إلى الغير لأدّن ما فى ذمه الضّامن هو القدر المشترك بين العين و المثل أو القيمة و يكون حفظا للعين من المقدمات الوجوبيّه للواجب و حيث اخترنا فى مسأله الضّمان أنّ المدار على قيمه يوم الأداء فلا- يجوز له التصرفات المانع عن الاسترداد بل فى الخيار

المشروط برّد مثل الثمن لا شبهه في عدم جواز التصرف المانع و إن قلنا بتعلّق الضمان بالأعم لأن الغرض من جعل

## الخيار نوعا هو ردّ نفس المبيع

لا يقال غايه ما يقتضيه الخيار مطلقا هو طريقته لجلب المال الّذى هو القدر الجامع بين العين و بدلها و لذا لا سقط بتلف العين بل ينتقل إلى البدل لأنّ نقول الّذى يمكن أن يكون الخيار وسيله إلى استرداده هو ما انتقل عن ذى الخيار إلى من لا خيار له و هو نفس العين و لذا لو طرأ الفسخ أو الانفساخ و كانت العين باقيه لا يصحّ ردّ المثل أو قيمه و ردهما عند التّلف إنّما هو لتعدّد ردّ العين و عدم موجب لسقوط الخيار فلا ملازمه بين الرّجوع إلى البدل مع التّلف و جواز الإلتلاف

ثم بناء على ذلك هل يبطل التصرفات النّاقله أصلا و لا تصحّ بالإجازة أو أن حكمها حكم الفضولى و جهان تقدّم مدركهما فى عقد الرّاهن و قلنا إنّ لا فرق فى الفضولى بين أن يكون العقد قاصرا من حيث المقتضى أو لوجود المانع و إذا صح عقد الرّاهن بإجازة المرتهن صحّ عقد من عليه الخيار بإجازة ذى الخيار لأنّ مرجع إجازته إلى إسقاط حقّه

ثمّ إنّ لو وقع عقود مترتبه على المال فليس له استرداد العين إلّا بعد فسخ العقد الأوّل إلّا أن يكون الاسترداد فسخا فعليا للأوّل و بالجملة فرق بين الإجازة و الفسخ فإنّ الإجازة مرجعها إلى إسقاط الحقّ فينفذ الجميع و أمّا فسخ العقد الثّانى مع عدم الفسخ الأوّل فلا معنى له

ثمّ إنّ قد ظهر فى خيار الغبن وجه حرمة الوطى إذا كان الاستيلاد مانعا عن إعمال الخيار و لو كان سبب الخيار مقدّما و قد ظهر أيضا حكم العقود الجائزه الواقعه من غير ذى الخيار و تقدّم أيضا أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جواز تصرفات من عليه الخيار مطلقا أقوى من المنع و لكن المسأله مشكله جدّا حيث إنّ المشهور على المنع و إن كان حقيقه الخيار لا تقتضى ذلك لما عرفت أنه فى صورته تلف العين و بقائها لا تختلف حقيقته فلا بدّ من أن يكون طريقا لاستجلاب المال الّذى هو القدر المشترك بين العين و المثل أو قيمه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المتيقّن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقّق الخيار فعلا إلى آخره

توضيح ذلك أن الخيار على أقسام ثلاثه لأنّه تاره فعلى منجز بلا توقّفه على شىء أى متّصل بالعقد بلا شرط متأخّر شرعيا كان كخيارى المجلس و الحيوان أو جعليا من المتعاقدين كشرط الخيار فى متن العقد مطلقا لهما أو لأحدهما

و أخرى متأخر بنفسه و بمنشئه كخيار التّفليس و خيار التأخير بناء على كونه تعديدا و إمّا بناء على كونه ناشئا عن تخلف الشّروط الضّمنى و هو التّسليم و التّسلم الّذى بناء المعامله عليه نوعا و إن أعمل فيه التّعبد من حيث تعيين الحد بالثلاثه فحاله حال الغبن و العيب و الرّؤيه و سيجىء حكمها و ثالثه واسطه بين الأوّلين كالخيار المشروط بردّ الثمن بعد سنه فإنّ شرط الخيار حاصل حين العقد و لكن زمان إعماله متأخّر ثمّ إنّ يظهر من جملة من الأساطين أن خيار العيب و الغبن و الرّؤيه كخيار التّفليس متأخر عن العقد بنفسها و بمنشئها لتوهمهم ثبوتها بالتّعبد و اشتراط تحقّق أصل الخيار شرعا بظهور العيب و الغبن و تخلف الوصف فى مقابل القول بأنّ العلم بها كاشف عقلى



و لكنك خبير بأن منشأ ثبوتها هو الشرط الضمني خصوصا في خيار الرؤية المسبب عن فقد الوصف المشترك في العقد اعتمادا على الوصف أو المشاهده السابقه فإن فقد الوصف الموجب للخيار حاصل حين العقد و العلم به و عدمه ليس له مدخلية في ذلك فقياس خيار الرؤية على خيار التأخير لا وجه له بل المصنف قدس سره صرح في خيار الغبن بأن ثبوت الحق للمغبون قبل العلم

لا شبهه فيه و إن كان إعماله فعلا مشروطا به و مع هذا فكيف ينفي الخلاف ظاهرا في جواز تصرف من عليه الخيار في الثلاثة لتوقف الخيار على أمر متأخر من ظهور العيب أو الغبن أو تخلف الوصف

إذا عرفت ذلك فنقول أمّا الخيار المتأخر بنفسه و بسببه فلا ينبغي الإشكال في جواز تصرف من عليه الخيار فيما يتعلّق به و ضعا و تكليفا قبل تحقّق سببه لكونه مالكا له ملكا طلقا و مجرد تعلّق الحق به بعد ذلك لا يمنع عن تصرفات مالكة و ذلك واضح كما أفاده قدّس سرّه لاستلزام المنع عنه المنع عن التصرف في أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض

كما لا ينبغي الإشكال في المنع عن جواز التصرف بناء على القول به في زمان تحقّق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة في الحيوان أو الزمان المشروط فيه الخيار و إمّا التصرف في زمان الخيار المشروط بأمر متأخر سواء كان وقتا كيوم الجمعة أو أمرا آخر كردّ مثل الثمن ففيه إشكال و خلاف و الأقوى إلحاقه بالخيار المنجز فإنّ المنع عن التصرف على القول به هو تزلزل العقد و فعليّه حق ذى الخيار و هما حاصلان لأنّ نفس الشرط الموجود حال العقد حق مالكي يجوز إسقاطه و إبقاؤه و التصرف المتلف مناف له

و أمّا الخيارات الثلاثة المسببه عن الشرط الضمني فحيث إنّ الخيار حاصل حين العقد على ما هو الأقوى و لا مدخلية لظهور الغبن و العيب و تخلف الوصف فإلحاقها بالخيارات الثلاثة أى المجلس و الحيوان و الشرط في غاية الوضوح لو لا الإجماع على خلافه و الظاهر عدم تحقّقه و إن ادّعى المصنف قدّس سرّه أنّ هذا النحو من الخيار غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

لأنّ عدم الخلاف لا يكشف عن الإجماع أمّا أولا- فلذهاب جملة من الفقهاء جواز التصرف في متعلّق الخيار و لو في خيار المجلس و نحوه و أمّا ثانيا فلذهاب جملة منهم إلى عدم تحقّق الخيار إلّا بعد العلم به و كون العلم شرطا شرعيا له فلم يبق إلّا قليل ممن يعترف بشبوت الخيار و كون العلم كاشفا عقليا و يلتزم بعدم جواز التصرف في زمان المجلس و نحوه و مع ذلك يختار جواز تصرف الغابن و نفوذه قبل ظهور الغبن و بهذا المقدار لا يتحقّق الإجماع

و على هذا فإلحاقه بالخيار المنجز فعلا أقوى ثمّ إنّ جماعه من المانعين من جواز التصرف جوزوا و طى الأمه المتعلّقه لحقّ الخيار مع التزامهم بتقديم حقّ الاستيلاد و تفويته لحقّ الخيار و إن كان متأخرا عن سبب الخيار و ما يمكن أن يكون وجها لذلك أمران الأوّل أن المتيقّن من المنع هو التصرف المتلف فعلا- لحقّ ذى الخيار و أمّا مجرد كونه معرضا للفوات فلا دليل على المنع عنه الثّاني التمسّك باستصحاب عدم العلوق و عدم صيروره الموطوءه حبلى و لكن الأقوى هو المنع كما هو ظاهر المحكى عن التّيدكره و الدّروس لأنّ متعلّق التّكليف فيما كان حصول الأثر متوقّفا على أمر خارج عن اختيار المكلف هو نفس فعل المكلف فيما يحرم عليه في المقام هو الوطى لا حصول العلوق لكون فعل المكلف بالنسبه إليه معدّا فلا يصحّ إناطه التّكليف به فعلى هذا نفس الوطى تفويت لحقّ ذى الخيار إلا أنّه في معرض ذلك و لا يقاس بالعرض على البيع فإنّه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع و هو أمر اختياريّ يمكن تركه بعد العرض على البيع و أمّا الاستصحاب فمضافا إلى كونه استقباليا ليس له حاله سابقه إلّا بالعدم المحمولي و الجواز مترتب على عدم كون هذا الوطى موجبا للحمل و هذا غير مسبوق بالعدم

[فرعان]

[الثانى أنه هل يجوز إجازه العين فى زمان الخيار]

قوله قدّس سرّه الثانى

أنه هل يجوز إجازة العين في زمان الخيار إلى آخره

لا- إشكال في أنه لو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم تبطل الإجازة بل يمكن أن يقال إن استيجار ذى الخيار و إذنه في الإجازة مسقطان لخياره فلا يبقى محلّ للفسخ

و كيف كان فلو لم نقل بذلك إلا أنه لا شبهة أن بعد إجارته منه أو من غيره بإذنه إذا فسخ لا تبطل الإجازة و تردّ العين إليه مسلوب المنفعة و بلا غرامه لأن الإذن في تفويت المنفعة كالإذن في إتلاف الأوصاف لا تكون عهدتها على المتلف

و بالجمله بعد الإذن في الإجازة لا وجه لبطلانها بفسخ ذى الخيار و لا يقاس على إجاره البطن الأول من الموقوف عليه للفرق بينهما فإن البطن الثانى يتلقى الملك من الواقف فلا محاله ملكه البطن الأول موقته إذ لا يعقل أن يملك الواقف كل واحد من البطون ملكه تامه مطلقه قابله للدوام فإجاره البطن الأول تبطل بموته إلا أن يكون متوليا أيضا و هو أمر آخر و أما من عليه الخيار فيملك العين ملكه تامه صالحه للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة

غايه الأمر أنه مترزل من حيث تعلق حق ذى الخيار به فإذا أذن في الإجازة فإذنه و إن لم يناف فسخه بالنسبة إلى العين إلا أنه ينافى فسخ بالنسبة إلى الإجازة و أما لو آجره بلا إذن منه فالظاهر عدم الإشكال أيضا في صحه الإجازة إلى زمان الفسخ حتى على القول ببطلان التصرف من حينه بالفسخ لأنه مختص بالتصرف المنافى لاسترداد العين

و أما بالنسبة إلى ما بعد الفسخ فقولان بطلان الإجازة و صحتها مع غرامه المؤجر المنفعة التالفه في مدّه الإجازة و احتمال عود العين مسلوب المنفعة باطل جدا لأن المنافع المستوفاه في الضمان المعاضى مضمونه على المستوفى أما وجه الصيحه فهو ما أفاده في المتن من أنه يكفى في ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المتعدده للدوام لو لا الرافع آنا ما هذا مضافا إلى قياسه على التفاسخ بعد الإجازة فإنه لا يلتزم أحد ببطلان الإجازة

و أما وجه البطلان فلتبعيه ملك المنفعة لملك العين لا بالمعنى الذى علله به المحقق القمى من أنه علم بالفسخ أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجازة كانت مترزله و مراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع فإن هذا يستلزم التوقيت في الملك الذى لم يعهد في الشرع عدا باب الوقف على البطون بل بمعنى أنه بناء على عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع عن الرد فتصرفه بالإجازة نظير تصرفه بالنقل إلى الغير حيث إنه لا يمكن مع بقاء العين الحيلولة بينها و بين المالك فمجرد عود الإضافة المالكه من دون رجوع آثار الملك من قدره المالك على القلب و الانقلاب لا أثر له

و بناء على جواز تصرفه يمكن المنع في المقام أيضا لمنافاته لتبعيه المنافع للعين فإذا رجعت العين لا بد أن ترجع منافعها أيضا و منافاته لحقيقه الفسخ أيضا لأنه يقتضى عود الملك إلى ما كان حين العقد و المفروض أنه كان مع المنفعة و لمنافاته للتسليم و التسلم المشترط ضمنا في متن العقد لأن العقد كما يقتضى التسليم و التسلم بعد العقد فكذلك يقتضيه بعد الفسخ بعكس ما يقتضيه حين العقد و صحه الإجازة تستلزم عدم لزوم تسليم العين إلى الفاسخ لاستحقاق المستأجر أن تكون العين تحت استيلائه فيقتضى أن يستحق المؤجر أخذ ماله دون الفاسخ و قياس الفسخ على الإقالة إما مع الفارق و إما أن الحكم في المقيس عليه

حكم المقيس لأنهما لو أقالا- مع علمهما بالإجاره فالتزما بكون العين في يد المستأجر و أمّا لو آجر أحدهما ما انتقل إليه ثم  
استقل الآخر مع جهله فلا وجه لصحة الإقاله و صبر المقييل إلى انقضاء مدّه الإجاره

بل لا بدّ إمّا من بطلان الإجاره أو الإقاله أو ثبوت الخيار للمقبل الجاهل فما أفاده المصنف في أوّل العنوان وجها لبطلان الإجاره من كونها إبطالا لتسلّط الفاسخ على أخذ العين هو الصّواب سواء قلنا بنفوذ التصرفات الناقله من غير ذى الخيار أو لم نقل لأنّ العين في المقام باقيه في ملك المؤجر فيؤثر فسخ ذى الخيار بالنسبه إليها و إذا عادت إليه فلا بدّ أن يكون مسلّطا عليها و هذا لا يجتمع مع صحّحه الإجاره المقتضيه لاستحقاق المستأجر وضع اليد عليها

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّّه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنّه يسقط خياره بهذا التصرف إلى آخره

لا يخفى أنّ نفوذ تصرفه بإذن ذى الخيار واضح جدّا لأنّه مالك للمال فعلا و المنع كان لتعلّق حقّ ذى الخيار به فإذا جاز ارتفع المنع إنّما الكلام في سقوط خياره به مع أنّه لا منافاه بين الإذن في التصرف الناقل بل الإتلاف و إرادته الفسخ و أخذ البدل و المصنف جعل منشأ السقوط أمرين الأوّل دلالة الإذن عرفا على الالتزام بالعقد و الثّاني أنّ التصرف المأذون فيه تفويت لمحل هذا الحقّ

و لكنّك خبير بأن الوجه الأوّل لا يمكن الالتزام به كما أشرنا إليه في خيار الغبن لأنّ الإذن لو كان دالا على إسقاط الحقّ لزم سقوطه و لو لم يتصرف المأذون مع أنّه لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به فإنّه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن من أنّه لا يؤثر في السقوط ما لم يقع البيع من الرّاهن و يجوز رجوعه عن إذنه

نعم التفصيل بين إذنه في التصرف للثالث و لمن عليه الخيار في محله فإنّ إذنه للثالث كاشف عن الفسخ لأنّه لا معنى لأنّ يأذن غير المالك في التصرف في المال فيجب حمله على الفسخ و أمّا إذنه لمن عليه الخيار في التصرف فيما انتقل عنه إليه فلا يدلّ عليه أنّه إمضاء للعقد لأنّه إذن فيما يقتضيه طبع المعامله

و بالجمله كون الإذن بنفسه إسقاطا مستلزما لأنّ يكون إذن المرتهن أيضا كذلك مع أنّ كونه ملحوظا بلحاظ نفسه عرفا ممنوع جدّا بل المتبادر عند العرف كونه ملحوظا باعتبار متعلّقه و أنّه إذن في المسقط و لذا أنكر القواعد و جامع المقاصد و المسالك على الميسيه الذي رتب على المشهور ذلك

و كيف كان فدلاله الإذن بنفسه على إسقاط الخيار ممنوع و أمّا الوجه الثّاني فهو الصّوب المذى لا محيص عنه و إن كان تعليقه بقوله لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحقّ فيه لا مع سقوطه عنه قابلا للمناقشه لأنّ الانتقال بالبدل ليس فرع كون العين متعلّقا للحقّ فإنّ الانتقال إليه في مورد تلف العين مسلّم حتى في العقود اللازمه إذا طرأ عليها الفسخ أو الانفساخ كما لو أقالا و كانت العين تالفه فالأولى أن يعلّل بما أشرنا إليه في خيار الغبن و هو أنّ التصرف المأذون فيه مفوّت لمحلّ الحقّ حيث إنّ الغرض من الفسخ استرجاع الملك السّابق إمّا بعينه أو ببدله و كل منهما متعذّر أمّا العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالإتلاف و أمّا البدل فلأنّه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه فلا موضوع لانتقال الضمان إلى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

قوله قدس سره مسأله المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا العنوان مقدّم طبعا على العنوان السابق فإنّ جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه متفرّع على تحقّق الملك له قبل انقضاء الخيار فكان الأنسب تقديمه

و كيف كان فالأقوى ما عليه المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار مطلقا للأدله العامه و الخاصه

أمّا العامّة فلأنّ قوله عزّ من قائل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** ظاهر في أنّ البيع علّه تامّه لجواز التصرف الّذى هو من لوازم الملك و كذلك قوله **تِجَارَةً** عَنْ تَرَاضٍ الدّال على أنّ التّجاره عن تراض خارجه عن أكل المال بالباطل و إطلاقهما يشمل البيع الخيارى و غيره

و أمّا الخاصّه فمنها صحيحه يسار بن يسار عن الرّجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الّذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به قلت أشتري متاعى فقال ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمک و الاستدلال إنّما هو بقوله ع ليس متاعك لا بجواز البيع من البائع حتّى يقال بأنّ البيع منه جائز و لو لم نقل بحصول الملك قبل انقضاء الخيار و منها ما دلّ على جواز النّظر فى الجارىه فى زمان الخيار إلى ما لا- يحلّ له قبل ذلك و الإشكال عليه بأنّه نظير حلّ و طى المطلّقه الرجعيّه الّذى يحصل به الرّجوع غير وارد لأنّ التّصرّف فى و طى المطلّقه الرجعيه وقع من ذى الحقّ فيتحقّق به الرّجوع و فى المقام وقع من غير من له الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خياريا حرم النّظر إليه

و بالجملة لو قيل بأنّ تصرّف من لا خيار له يوجب سقوط خيار ذى الخيار لم يكن جواز تصرّفه كاشفا عن كونه مالكا لإمكان حصول الملكيه بنفس التصرف إلّا أنّ هذا لا دليل عليه

و أمّا لو كان تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه موجبا لسقوط خياره فتحقّق الرّجوع بالوطى فى المطلّقه الرجعيّه لا ربط له بالمقام و منها ما دلّ على أنّ نماء المبيع للمشتري و تلفه منه فى الخيار المشروط بردّ الثمن و لا شبهه أن تملك المنافع فرع تملك العين و المناقشه فيه بأنّه من قبيل اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن لا اشتراط الخيار حتّى يكون دليلا للمقام لا وجه لها فإنّه خلاف ظاهر الأدلّه كما اعترف به المصنف قدّس سرّه بل قد تقدم فى تلك المسأله أنّ اشتراط الانفساخ بلا سبب باطل و كون نفس هذا الشرط سببا له يلزم من وجوده عدمه

و بالجملة دلالة هذه الأخبار على حصول الملك فى زمان الخيار فى غايه الوضوح بل جميع الأخبار الوارده فى العينه يدلّ على حصول الملك فى زمان الخيار فإن بيع المشتري المبيع فى المجلس من البائع لا يمكن أن يصحّ إلّا أن يكون مالكا له مع ثبوت خيار المجلس له و للبائع و ما عن المصنف قدّس سرّه من الإشكال فيه بأن تواطؤهما على البيع ثانيا موجب لسقوط خيارهما مستشهدا بتصريح الشيخ بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس غير وارد لأنّ مجرد التّبانى و التواطؤ على البيع ثانيا لا يوجب أن يكون العقد لازما و كما أنّ التّبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد جائزا فكذلك التّبانى على البيع لا يقتضى أن يصير الجائز لازما

و ما صرّح به الشيخ لا يدل على أن إسقاط الخيار لا يتوقف على الإنشاء بل يكفى التّبانى عليه لاحتمال كون المنع عن بيعه على غير صاحبه لأجل ما بنى عليه من عدم حصول الملك فى زمان الخيار و جواز البيع على صاحبه لأجل الخيار العينه الدالّه عليه بالخصوص تعبدا

و كيف كان فمجرد التّبانى لا أثر له و إسقاط الخيار كسائر الإيقاعات يحتاج إلى الإنشاء هذا كلّ مع أنّ كلمات القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار مضطربه غايه الاضطراب و لا ينطبق دليلهم على مدّعاهم فبعضهم يجعل الانقضاء كاشفا و منهم من



يجعله ناقلا و بعض محطّ كلامه الخيار المتّصل و بعض يدّعى عدم حصول الملك حتى فى الخيار المنفصل و قد يتفق لشخص واحد قولان مختلفان فقد يظهر من الشيخ موافقه المشهور و قد يظهر منه على ما حكاه المحقّق توقّف الملك على انقضاء الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما و عبارته المحكيه عنه

فى الشَّفْعَه صرِيحَه فى التَّفْصِيل بَيْن مَا إِذَا اخْتَصَّ الخِيَارَ بِالمَشْتَرَى فَيَمْلِكُ بِنَفْسِ العَقْدِ وَ بَيْن مَا إِذَا كَانَ للبَّاعِ أَوْ لهُمَا فَيَتَوَقَّفُ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ

وَ الظَّاهِرُ عَدَمُ الخِصُوصِيَّةِ لِلْمَشْتَرَى بَلْ كُونِ أَحَدَهُمَا ذَا خِيَارٍ بِحَيْثُ يَقْدَرُ عَلَى إِبْطَالِ العَقْدِ يَوْجِبُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الآخَرَ إِلَّا بَعْدَ انقِضَاءِ الخِيَارِ فَإِذَا كَانَ الخِيَارُ للبَّاعِ لَا يَمْلِكُ المَشْتَرَى كالعَكْسِ وَ إِذَا كَانَ لَهُمَا لَا يَمْلِكُ كُلُّ مِنْهُمَا وَ الإِشْكَالُ عَلَيْهِ بِأَنَّ حِصُولَ المَلِكِ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرَ يَقْتَضِي إِمْرًا بِالجَمْعِ بَيْنِ العُوضِ وَ المَعْوُضِ أَوْ بَقَاءِ المَلِكِ بِلَا مَالِكٍ وَ إِنْ كَانَ قَابِلًا لِلدَّفْعِ بِجَعْلِ الانقِضَاءِ كاشِفًا لَا نَاقِلًا إِلَّا أَنْ أَصَلَ المدَّعَى لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ

لَأَنَّ غَايَةَ مَا اسْتَدَلَّ لَهُ أُمُورُ الأَوَّلِ أَنَّ الغَرَضَ مِنَ المَلِكِ هُوَ التَّصَرُّفُ المَمْتَنِعُ فِي زَمَانِ الخِيَارِ وَ فِيهِ أَوَّلًا أَنَّهُ مَبْنَى عَلَى عَدَمِ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ وَ ثَانِيًا أَنَّ التَّصَرُّفَ المَمْتَنِعَ مَا كَانَ مُتَلَفًا أَوْ نَاقِلًا لَا كُلَّ تَصَرُّفٍ وَ ثَالِثًا لَا مَلَازِمَهُ بَيْنِ امْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ وَ عَدَمِ حِصُولِ المَلِكِ

الثَّانِي صَحِيحُهُ ابْنُ سَنَانٍ عَنِ الرُّجْلِ يَشْتَرِي العَبْدَ أَوْ الدَّابَّةَ بِشَرْطِ إِلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَيَمُوتُ العَبْدُ أَوْ الدَّابَّةُ أَوْ يَحْدُثُ فِيهِ حَدِثٌ عَلَى مَنْ يَكُونُ ضَمَانًا ذَلِكَ فَقَالَ عَلَى البَّاعِ حَتَّى يَنْقُضَى الشَّرْطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى شَرْطُ لَهُ البَّاعِ أَوْ لَمْ يَشْرُطْ قَالَ وَ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرْطٌ أَيَّامًا مَعْدُودَةً فَهَلْكَ فِي يَدِ المَشْتَرَى فَهُوَ مِنْ مَالِ البَّاعِ فَإِنَّ قَوْلَهُ حَتَّى يَنْقُضَى الشَّرْطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى ظَاهِرٌ فِي تَوَقُّفِ المَلِكِ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ وَ أَمَّا قَبْلَهُ فَلَا يَصِيرُ لِلْمَشْتَرَى وَ فِيهِ أَنَّ ظُهُورَهُ لَا يَقَاوِمُ صَرِيحَ قَوْلِهِ لَيْسَ مُتَاعَكَ لِقَابِلِيَّتِهِ حَمَلَهُ عَلَى الاسْتِقْرَارِ أَوْ الطَّلَاقِيَّةِ وَ فِي المَقَامِ وَ إِنْ كَانَ المَلِكُ لِلْمَشْتَرَى طَلَقًا إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ مُسْتَقْرًا عَلَيْهِ بِحَيْثُ لَا يَقْدَرُ عَلَى سَلْبِهِ عَنِ نَفْسِهِ إِلَّا بِأَسْبَابٍ خَاصَّةٍ وَ بِالجَمَلِ فِي قَوْلِهِ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى إِحْتِمَالَاتٌ ثَلَاثَةٌ الأَوَّلُ حِصُولُ المَلِكِ لَهُ الثَّانِي صَيُورَتُهُ طَلَقًا الثَّلَاثُ صَيُورَتُهُ مُسْتَقْرًا وَ لَا يَنْتَزِلُ إِلَى الثَّانِي إِلَّا بَعْدَ تَعَدُّرِ الأَوَّلِ وَ لَا إِلَى الثَّلَاثِ إِلَّا بَعْدَ تَعَدُّرِ الثَّانِي إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَدَّرُ الحَمْلَ عَلَى أَصْلِ المَلِكِيَّةِ وَ كَذَلِكَ عَلَى الطَّلَاقِيَّةِ فَيَتَعَيَّنُ الحَمْلُ عَلَى الاسْتِقْرَارِ

الثَّلَاثُ النَّبِيُّ المَشْهُورُ الخِرَاجُ بِالضَّمَانِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ المَنَافِعَ بِإِزَاءِ الضَّمَانِ وَ يَنْعَكْسُ بِعَكْسِ النَّقِيضِ إِلَى أَنَّ مَنْ لَيْسَ ضَامِنًا لَيْسَ الخِرَاجُ لَهُ وَ بِضَمِيمِهِ قَاعِدَةُ التَّلْفِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ مَمَّنْ لَا- خِيَارٌ لَهُ يَنْتَجِ عَدَمَ حِصُولِ المَلِكِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ لِأَنَّ كُونِ التَّلْفِ عَلَى البَّاعِ فِي زَمَانِ خِيَارِ المَشْتَرَى يَقْتَضِي أَنَّ يَكُونُ مَنَافِعُ المَبِيعِ للبَّاعِ لِأَنَّ كُونِ المَبِيعِ فِي زَمَانِ خِيَارِ المَشْتَرَى فِي ضَمَانِ البَّاعِ يَقْتَضِي أَنَّ يَكُونُ المَنَافِعُ لَهُ فَإِذَا كَانَتِ المَنَافِعُ لَهُ لَمْ يَحْصُلِ المَلِكُ لِلْمَشْتَرَى وَ إِلَّا كَانَتِ المَنَافِعُ لَهُ لِتَبَعِيَّتِهَا لِلْعَيْنِ

وَ لَا يَخْفَى أَنَّهُ قَدْ اسْتَدَلَّ بِالنَّبِيِّ لِقَوْلِ المَشْهُورِ أَيْضًا بِتَقْرِيْبِ أَنَّ المَبِيعَ فِي زَمَانِ الخِيَارِ المَشْتَرَكِ أَوْ المَخْتَصِّ بالبَّاعِ فِي ضَمَانِ المَشْتَرَى وَ خِرَاجِهِ لَهُ وَ بَقَاعِدُهُ التَّلَازِمُ بَيْنَ مَلِكِ المَنفَعَةِ وَ مَلِكِ العَيْنِ يَثْبُتُ حِصُولُ المَلِكِ بِنَفْسِ العَقْدِ

وَ لَكِنَّكَ خَبِيرٌ بِعَدَمِ دَلَالَتِهِ عَلَى كَلَا- القَوْلَيْنِ أَمَّا قَوْلُ المَشْهُورِ فَلَمَّا فِيهِ أَوَّلًا أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ مِنَ القَائِلِينَ بِتَوَقُّفِ المَلِكِ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ التَّزَامَهُمْ بِكُونِ ضَمَانِهِ عَلَى المَشْتَرَى حَتَّى يَكُونُ مَنَافِعُهُ لَهُ فَيَسْتَكْشِفُ مِنْهُ حِصُولَ المَلِكِ بِنَفْسِ العَقْدِ وَ ثَانِيًا أَنَّ دَلَالَةَ النَّبِيِّ عَلَى التَّلَازِمِ بَيْنَ ضَمَانِ العَيْنِ وَ مَلِكِ المَنَافِعِ هُوَ الّهْدَى أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فِي المَدَابِئِ المَسْتَأْجَرَةِ وَ قَدْ أَوْضَحْنَا مَا فِيهِ فِي

المقبوض بالعقد الفاسد و يبين أن مفاده هو أن الضمان العقدي يقتضى أن يكون المنافع بإزائه فلا ينافى تملكه لمنفعيه كونه فى

عهده

الغير بأحد موجبات الضمان مثل الغصب و الإلتلاف كما لا ينافى كون ضمانه على مالكة أن يكون منفعتة لغيره بسبب آخر كالإجاره و العاريه

و أما قول الشيخ و من تبعه فلائ انضمام النبوى إلى قاعده التلّف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لا ينتج ما نسب إلى الشيخ من التفصيل بل يدلّ على خلافه فإنّ الشيخ يعترف بحصول الملك للمشتري مع اختصاص الخيار به بل انضمامه إليها لا ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار مطلقا لما ذكرنا من عدم التلازم بين الملك و الضمان لعدم دلالة النبوى على ذلك بل النبوى لا يدلّ إلا على ما هو مقتضى المعاوضه من أنّ التّضمين العقدى بإزاء المنافع لا أنّ كون الشّخص ضامنا بإزاء الخراج

و بالجمله لو كان النبوى دالا- على أنّ كلّ من هو ضامن لشيء فمنافعه له حتّى الغاصب لتّم الاستدلال به على عدم حصول الملك فى زمان الخيار و أمّا لو كان ناظرا إلى الضّمان المعاوضى فلا ربط له بالمقام و على أى حال الاستدلال به منضمّا إلى قاعده التلّف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك لذى الخيار و هذا قول بعض المخالفين للمشهور و مضادّ للمحكى عن الشيخ فى الخلاف كما أن الاستدلال بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار كصحيحه ابن سنان المتقدّمه و نحوها منضمّا إلى قاعده الضّمان بالخراج لا يجدى لما نسب إلى الشيخ

نعم للاستدلال بنفس هذه الأخبار وجه القول بالتوقّف مطلقا إلا أنّه قد ظهر ممّا تقدّم أنّه لا ملازمه بين الملك و الضّمان على سبيل الإطلاق بل إنّما يكون التلازم بينهما فيما لم يكن موجب لضمان غير المالك و هذه الأخبار تدلّ على أنّ البائع ضامن لما انتقل إلى المشتري ما لم ينقض خياره كما أن مقتضى المعاوضه أن يكون كلّ من المتعاقدين ضامنا لما انتقل إلى الآخر ما لم يسلمه إليه فهذه الأخبار مخصّصه لما يدلّ على أنّ بالتسليم يرتفع الضّمان فتدلّ على أنّ القبض فى زمان خيار القبض كلابس و لنعم ما عبّر به الشّهد قدّس سرّه عن مفاد قاعده المعاوضه و هذه الأخبار بقوله و بالقبض ينتقل الضّمان إذا لم يكن خيار

و على هذا فما أفاده المصنف قدّس سرّه فى

قوله فهذه الأخبار إمّا أن يجعل مخصّصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله إلى آخره

تبعيد للمسافه لما عرفت أنّ مفاد هذه الأخبار أنّ قبض ذى الخيار كالعدم و أنّ الضّمان الثّابت قبل القبض باق بعد القبض أيضا إلى أن يرتفع الخيار هذا مع أنّ العلم الإجمالى بتخصيص أحد العامين يسقط كليهما عن الحجّيه و الشّهره لا تنفع فى مقام الدّلاله

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّ مقتضى ما تقدّم من عبارتى المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المتقيّد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قيل بتوقّف الملك على انقضاء الخيار لما علّل به بعضهم من أنّ فائده الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار

فالتعدى إلى الخيار المنفصل مبنى على المسأله السابقه و هى منع تصرف من عليه الخيار حتى فى الخيار المنفصل أو اختصاص المنع بالخيار المتصل و حيث قد عرفت أن عدم الجواز كان مختصا بالخيار الفعلى لعدم حصول الملك أيضا مختص به

نعم كان هناك نزاع آخر فى الصيغرى و هو أن خيار العيب و الغبن و الرؤيه كخيار التأخير و التفليس أو أنها كخيار المجلس و الحيوان و ظهر أن الأقوى كونها من الخيارات الحاصله حين العقد و أن توقف أعمال الخيار على العلم بالعيب و الغبن و فقد الوصف

و كيف كان فالتخصيص أو التعميم فى المقام مبنى على التخصيص

أو التعميم في المسألة السابقة وقد ظهر أنّ القدر المسلم هو خيار المجلس و الحيوان و الشرط المطلق و أمّا لو قيل بالتوقف للأخبار المتقدمه الدّاله على أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له فالتّعدى إلى الخيار المنفصل مبنى على المسألة الآتية و هي أنّ قاعده التلف ممّن لا خيار له ساربه في غير خيار الحيوان و الشرط اللّذين هما مورد الرّوايات

و أمّا لو اختصت بهما و خيار المجلس على إشكال فيه فلا- يمكن التّعدى إليه و كيف كان فالتّعدى و عدمه إمّا مبنى على المسألة المتقدمه أو الآتية نعم بناء على ما اختاره المصنف في كلتا المسألتين من اختصاص كلا الحكمين بخيار الحيوان و الشرط و المجلس فلا فرق بين أن يكون مدرك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار عدم جواز التّصرف في زمان الخيار أو الأخبار المتقدمه

### [مسألة من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار]

قوله قدّس سرّه مسأله من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار إلى آخره

لا- يخفى أنّ هذه القاعده أى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في الجملة من القواعد المسلّمه بين الفقهاء كقاعده كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و لا إشكال في أنّها لا تشمل ما إذا كان الخيار للطرفين لأنّه ليس هناك من لا خيار له حتّى يكون التلف منه و إنّما الإشكال من جهات أخرى

الأولى في شمولها للخيار الثابت للبائع أو اختصاصها بالمشتري بأن يكون تلف المبيع في زمان خيار المشتري على البائع لا تلف الثمن في مدّه خيار البائع على المشتري

الثانية في شمولها لجميع الخيارات أو اختصاصها بالخيار الزماني كالحیوان و الشرط أو تعمه و ما كان متوسطا بين الزماني و غيره كالمجلس فإنّه ليس زمانيًا و مضروبا في الزمان حتّى يكون كخيار الحيوان و الشرط بل هو معنون بعنوان الاجتماع المنطبق على الزمان

الثالثة في كونها تعبدية صرفه مستفاده من الأخبار المتقدمه في المسألة السابقة أو أنّها مقتضى قواعد باب المعاوضه أيضا

الرابعة أنّ الضمان فيها هل ضمان المعاوضه أى بتلف المبيع يردّ الثمن إلى المشتري أو ضمان اليد فيرجع المشتري إلى البائع بالمثل أو القيمه و كلّ هذه الجهات محلّ الخلاف بين الأعلام و ليس إجماع على إحداها

و المشهور بينهم في الجهه الأولى و الثانية هو الاختصاص فاختروا اختصاص القاعده بخيار المشتري في خصوص الحيوان و الشرط و صرّحوا بأنّه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع و إن مات بعد العلم بالعيب و قيد المحقّق الثاني كون الضمان على البائع في الاقتصاص من العبد الجاني بما إذا كان في الخيار المخصوص بالمشتري أى خيار الحيوان فيظهر من تقييده أنّ العبد من جهه العيب ليس في ضمان البائع مع أنّ العبد الجاني فيه جهتان من الخيار كونه معيبا و كونه حيوانا

و لكن يظهر من جماعه من المحققين التعميم بالنسبه إلى الجهتين فمنهم الشهيد قدس سره حيث قال و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار و منهم المحقق جمال الدين فى حاشيه الروضه و منهم صاحب الرياض و مفتاح الكرامه و حيث إن المسأله خلافیه فلا بدّ أولاً من تنقيح الجهه الثالثه

فنقول العقد المعاوضى متضمّن لالتزام كلّ من المتعاقدين بتسليم ما انتقل عنه إلى طرفه بحيث إنّ لكلّ واحد منهما حقّ حبسه حتّى يسلمه الآخر و لو سلّم أحدهما و امتنع الآخر فله إجباره و الترافع عند الحاكم و مع تعذّره فله المقاصه منه بإذن الحاكم أو مطلقاً و إن تلف مال كلّ منهما قبل التسليم على الآخر و لكن هذا إذا لم يكن العقد خيارياً و أمّا إذا كان خيارياً فهو بجميع ما يتضمّنه من المدلول المطابقى و الالتزامى

خيارى لأنه لا يمكن أن يكون لذى الخيار حل العقد و كان ملزما بما التزم به صريحا أو ضمنا فلا يجب عليه التسليم إلى أن ينقضى خياره و لو سلم تبرعا فله استرداده و هذا بخلاف من ليس له الخيار فإنه ليس له الامتناع من التسليم لو طولب به بمقتضى التزامه فى ضمن العقد

نعم لو امتنع ذو الخيار من التسليم فله المنع أيضا و له الاسترداد أيضا و لكن كل ذلك لا يقتضى أن يكون تسليم غير ذى الخيار كالعدم و يبقى ضمانه الثابت قبل القبض إلى ما بعد القبض قبل انقضاء خيار الطرف فلا بد من قيام دليل تعبدى على بقاء الضمان بعد خروجه عما هو وظيفته من القبض

و على هذا فانحصر المدرك فى الأخبار المتقدمه و هى مختصه بخيار الحيوان و الشرط و لا تعم المجلس فضلا عن غيره من الخيارات فالمرجع هو القواعد العامه و هى تقتضى أن يكون ضمان المال بعد القبض على مالكة الفعلى و لا يقال إن كون التلف ممن لا خيار له ليس منافيا للقواعد لأن مرجعه إلى انفساخ العقد و رجوع كل مال إلى مالكة الأصلى قبل التلف آنا ما ثم التلف منه كما يظهر منه قدس سره فى المتن

لأننا نقول و إن اقتضى الانفساخ ذلك إلا أنه بنفسه مخالف للقاعده فإن مثل قوله عز من قائل أوفوا بالعقود يدل على لزوم العقد و عدم انفساخه بلا موجب و بدون الانفساخ يمتنع أن يكون تلف المقبوض على غير قابضه و هكذا الأدله الداله على أن تلف المبيع فى العقد الخيارى المشروط برد الثمن على المشتري تدل على أن القبض موجب لأن يكون تلف المال على مالكة و كذلك الأدله الداله على التفصيل بين صوره القبض و عدمه فلا نحتاج إلى استصحاب عدم الانفساخ حتى يقال إن أصاله الضمان الثابت قبل القبض حاكم عليه لأن الشك فى الانفساخ مسبب عن الشك فى الضمان

هذا مضافا إلى أن الأدله الاجتهاديه على خلاف الاستصحاب لأن الضمان لو كان جعليا و كان مقتضى الشرط الضمنى فالجعل مقيد بعدم التسليم و أما لو كان شرعيا فقولته حتى يخرج من بيته يدل على انتهاء الضمان بالإخراج الذى هو كناية عن التسليم

نعم لو قلنا بكون الضمان قبل القبض تعديدا مع عدم تعرض دليل التعبد لحكم الضمان بعد القبض كان للاستصحاب مجال و بالجملة لو كان الضمان شرعيا صح الاستصحاب لو شك فى بقاءه بعد القبض و أما لو كان للشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده إنما هو بسبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكللى إلا أن يقال بحجته فيما كان المرتفع و المشكوك من سنخ واحد و التفاوت بينهما إما بالشده و الضعف أو بحسب الدقه العقلية دون المسامحه العرفيه كالحركه المتحصله من أمور متباينه

و بالجملة مقتضى العمومات و روايه عقبه بن خالد فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه إن المال بعد القبض فى عهده مالكة و لا يضمه غيره حتى يقال بالانفساخ فلو نوقش فى دلالة الأخبار الوارده فى خيار المشروط برد الثمن على كون الضمان بعد القبض على



المالك و لو كان ذا خيار بأن يقال هذه الأخبار تدلّ على ضمان المشتري الذي لا خيار له المبيع المنتقل إليه و لا تعرّض فيها  
لضمان البائع الذي هو ذو الخيار الثمن الذي انتقل إليه

فلا تنافى قاعده التّلف فى زمان مّمن لا خيار له لكفى العمومات و روايه عقبه و القدر المسلّم من قاعده التّلف فى زمان الخيار هو خيار الحيوان و الشّروط الثّابتان للمشتري

و لا وجه للتّعدى إلى سائر الخيارات و لا إلى الخيار الثّابت للبائع إلّا توهم استفادتها بالعليه من قوله حتّى ينقضى الشّروط و يصير المبيع للمشتري بأن يقال كلّ من لم يستقرّ عليه المال لكونه ذا خيار يقدر أن يسلب ملكيته عن نفسه فتلف ماله على غيره أى بالتّلف يفسخ المعامله و يصير التّالف قبل التّلف آنا ما فى ملك من لا خيار له ثمّ تلف من ماله و على هذا فلا فرق بين الخيار الثّابت للبائع أو المشتري و لا بين خيار الحيوان و الشّروط و غيرهما من خيار المجلس و خيار تخلف الشّروط الضّمّيه

و لكنّه فاسد لأنّ كلمه حتّى قلما تستعمل فى العليه و معناها غالبا هى الغايه مع أنّ استفاده العليه منها تؤثر لو أحرز كونها علّه للمجعول لا الجعل و التّشريع

هذا مضافا إلى أنّ الظاهر من قوله ع إن كان بينهما شرطا أيّاما معدوده أن يكون الشّروط أمرا مضبوطا له أمد محدود و أن يكون نفس الخيار مجعولا- بينهما بجعل شرعى كخيار الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّروط لا أن يكون الشّروط أمرا آخر يوجب تخلفه الخيار كاشتراط التّساوى و الصّحه و الوصف

و على هذا فلا يشمل الدّليل خيار المجلس و إن كان مجعولا شرعيّا فضلا عن الخيارات الثّلاثه لا سيّما لو قلنا بحدوثها بعد العلم بالعيب و الغيب و نقد الوصف

أمّا خيار المجلس فلعدم كونه مضبوطا و ليس له أمد محدود فإنّ الأيام فى قوله ع أيّاما معدوده و إن لم تكن لها خصوصيه بل تشمل شرط الخيار السّاعه و السّاعات إلّا أنّها لا بدّ أن تكون معدوده محدوده

و أمّا الخيارات الثّلاثه فلائها ليست شرطا مجعولا ابتداء و إلغاء جميع الخصوصيات و جعل المناط كون العقد فى معرض الزّوال ليس قطعيا بل هو أشبه شىء بالقياس سيّما إذا قلنا بما ينسب إلى المشهور من كون ظهورها موجبا للخيار فإنّه يلزم تبدّل الضمان و انتقاله من المغبون مثلا إلى الغابن و هذا بعيد كما أفاده المصنّف قدّس سرّه من عدم شمول الرّوايه التّزلزل المسبوق بالزّوم

نعم لو قيل بالتّعدى إلى خيار المجلس فله وجه لأنّ منتهاه و إن لم يكن مضبوطا إلّا أنّ كونه محدودا بزمان الافتراق مضبوط فكما يتعدى من الأيام إلى السّاعات قطعا يتعدى إلى عدم الافتراق و بقاء المجلس مع أنّه فى السيّخ متّحد مع الخيارين فى كونه مجعولا هذا بالنّسبه إلى سائر الخيارات الثّابته للمشتري

و أمّا التّعدى من حيث الثّمن إلى الثّمن فدعوى القطع باتّحادهما مناطا ليست جزافيه كما أفاده المصنّف قدّس سرّه بل دعوى القطع بعدم الخصوصيه للمشتري و كون التّالف مبيعا مسموعه إذ لا منافاه بين ذلك و قاعده كون ضمان المال على مالكة فإنّها ليست تعبدية حتّى تصلح للمعارضه مع قاعده تلف المال مّمن لا خيار له بل هى من الأمور الارتكازيه المرتفعه بكلّ ما دلّ على

أنَّ ضمانة المال على غير مالكة حتَّى استصحاب الضمان الثابت قبل القبض بل و لو قيل بأنّها قاعده تعبدية إلّا أنّه لا شبهه في كونها مخصّيه بقاعده التّلف قبل القبض فلو شكّ بعد القبض في بقاء الضمان فالمرجع هو استصحاب حكم الخاص لا عموم القاعده كما ظهر وجهه في خيار الغبن

فالعمده في دفع المنافاه بين القاعدتين ما ذكرناه من تخصيص قاعده كون تلف المال على مالكة بقاعده التّلف لا ما أفاده قدّس سرّه من أنّ المراد من الضمان انفساخ العقد فلا منافاه لما عرفت من أنّ الانفساخ بلا موجب هو بنفسه مخالف

للقاعده و الانفساخ قبل القبض إتما هو الشرط الضمني أو لدليل تعبدى و هو قوله ع كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال تابعه و حاصل الكلام أنه يمكن دعوى القطع باتحاد المناط و أنه لا- خصوصيه لتلف المبيع عند المشتري و لو أنكرنا ذلك فاستصحاب الضمان الثابت قبل القبض كاف فى حكومته على قاعده كون تلف المال على مالكه و ليس تقديريا و لا شكافى المقتضى كما لا يخفى

و لا يعارضه استصحاب عدم الانفساخ فإن الشك فيه مسبب عن الشك فى الضمان و الأصل السببى حاكم على المسببى

قوله قدس سره نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مده خيار البيع الخيارى من المشتري إلى آخره

لا يخفى أن الالتزام بالتعميم لا محذور فيه فإذا تلف الثمن عند البائع يفسخ البيع و يرد المبيع إليه إلا بعد رد الثمن فكأنه اشترط أن لا- يكون ضمان الثمن على المشتري فاسدا لأنه بعد الالتزام بالتعدى من مورد النص إلى تلف الثمن فى زمان خيار البائع لتتقيح المناط أو لاستفادته من العله المنصوصه فى الأخبار و هى حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فشرط عدم كون تلف الثمن فى زمان خيار البائع من المشتري مخالف للكتاب فيكون كما لو اشترط عدم ضمان كل منهما لما انتقل عنه قبل القبض بل لو قلنا بأن القاعده ليست تعديده و إنما هى من مقتضيات الضمان المعاضى فشرط عدم كون تلف الثمن من المشتري فى زمان خيار البائع فاسد أيضا لكونه منافيا لمقتضى العقد

و بالجمله بناء على التعدى إلى الثمن و عدم الفرق بين الخيار المتصل و المنفصل فلا- محيص عن الالتزام باطراد القاعده و شمولها لخيار البائع المشروط برد الثمن كما أفاده قدس سره فى

قوله فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعده إذا كان الثمن شخصا إلى آخره

ثم لا يخفى أنه لا فرق فى الثمن و المضمن من حيث الكليه و الشخصيه أيضا و القاعده تختص بالشخصى دون الكلى

و توضيح ذلك أنه لو كان أحد العوضين أو كل واحد منهما كليا فمقتضى المعاضه بقاء الكلى فى ذمه من انتقل عنه إلى أن يسلم الفرد المنطبق عليه الكلى إلى المنتقل إليه فلو سلم غير المنطبق عليه عنوانا كالشعير بدلا عن الحنطه فهذا التسليم كالعدم لعدم وقوع العقد على ما ينطبق على المقبوض فيجب عليه الإبدال و لا خيار للمنتقل إليه بلا إشكال

و أما لو سلم غير المنطبق عليه وصفا كالمعيب بدلا عن الصحيح و غير الكاتب بدلا عن الكاتب فمقتضى القاعده أيضا الإبدال لعين ما ذكرناه فى تخلف العنوان إلا أن الظاهر من بعض الفقهاء هو التخيير بين الإبدال و الخيار بين الفسخ و الإمضاء بل إذا كان معيوباً فالتخيير بين الرد و الأرش و الإبدال و الظاهر أن ذلك جمع بين المتناقضين إذ لو تعين الكلى فى الفرد المقبوض فتخلف الوصف لا يقتضى إلا الخيار دون الإبدال و إن لم يتعين فيه فالمتعين هو الإبدال لا التخيير بينه و بين الخيار إلا أن يقال إن الجمع بينهما إنما هو للجمع بين القاعده و أدله الخيار فإن القاعده تقتضى الإبدال لعدم كون المقبوض ممّا ينطبق عليه ما وقع العقد عليه و أدله الخيار مثل قوله ع فإن خرج السيلعه معيبا و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد عليه

بالقيمه أورش العيب تقتضى التّخيير بين الرّد أى فسخ المعامله و الإمضاء بلا أورش أو معه فتأمل

و كيف كان فالخروج عن عهده الكلّى ثمنا كان أو مثمنا إنّما هو بأداء الفرد المنطبق عليه عنوانا و وصفا فإذا أذاه كذلك فلا ضمان عليه لو لا قاعده الضّمان فى زمان الخيار و لكن حيث قد عرفت أنّ معنى القاعده هو انفساخ العقد بالتلف و أنّ

الضمان المعاوضى الثابت قبل القبض باق بعد القبض فلا وجه لشمول القاعده لتلف الفرد المقبوض من الكلى لأن تلف الفرد لا يقتضى إلما صيروره الكلى كغير المقبوض فلا- وجه لانفساخ العقد به و لا- جامع بين صيروره العقد كالعدم كما فى تلف الشخصى و القبض كالعدم و المفروض شمول القاعده لتلف الشخصى فلا تشمل الكلى

نعم لو قيل بأن معناها ثبوت الضمان الواقعى لا- اسمى فلا- مانع من شمولها للكلى لأن العقد بناء عليه لا يفسخ حتى يكون الشخصى مبيانا مع تلف الفرد المقبوض من الكلى

و بالجملة إذا قلنا بأن معنى القاعده أن الضمان الثابت قبل القبض لا يرتفع بالقبض فى زمان الخيار و أن الضمان المعاوضى باق فالفرق بين تلف الشخصى و الفرد من الكلى واضح فإن تلف المبيع الشخصى إذا كان فى زمان خيار المشتري على البائع بمقتضى النصوص يقتضى انفساخ العقد لا محاله و رجوع المبيع إلى ملك البائع آنا ما حتى يكون التلف من ماله و هذا بخلاف الفرد من الكلى فإنه يمكن أن يكون من البائع بلا انفساخ المعامله

و ممّا ذكرنا ظهر وجه الأمر بالتأمل فى قول المصنف و هو أن انفساخ العقد لا عين له و لا أثر فى الأخبار حتى يكون لزومه فى الشخصى و عدم لزومه فى الكلى منشأ للفرق بينهما بل كون التلف من ملك البائع بناء على ظهور الخبر فى ذلك هو الموجب للفرق بينهما فإنه فى الشخصى لا يستقيم إلا بالانفساخ و هذا بخلافه فى الكلى و لذا لو قلنا بأنه ليس معنى قوله من البائع كون التالف ملكا له بل معناه أن خسارته عليه فلا حاجه إلى فرض الانفساخ فلا فرق بينهما

قوله قدس سره ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعه منهم كالمحقق و الشهيد الثانى أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه إلى آخره

هذه هى الجبهه الرابعه التى أردنا تنقيحها فنقول الاحتمالات فى المراد من الضمان ثلاثه الأول هو الضمان المعاوضى كالضمان فى قاعده تلف المبيع قبل قبضه فمفاد النصوص فى المقام أن الضمان الثابت قبل القبض باق بعده إذا كان للمشتري خيار فالقبض فى زمان الخيار كالعدم و هذا هو الظاهر من الشهيد فى الدروس حيث قال و بالقبض ينتقل الضمان إلا إذا كان خيار فمعنى كون تلف المبيع فى زمان خيار المشتري من مال البائع هو انفساخ المعامله و انتقال المبيع إلى البائع آنا ما قبل التلف

و على هذا لا يمكن أن يقيّد الانتقال إليه بما إذا فسخ المشتري لأن العقد بمجرد التلف يفسخ قهرا فيرتفع موضوع حق الفسخ لأن بقاء العقد الثانى هو الضمان الواقعى أى المثل و قيمه المعبر عنه بضمان اليد فمفاد الروايات أنه لو تلف المبيع فى زمان خيار المشتري فغرامته على البائع سواء فسخ المشتري أم لم يفسخ

غايه الأمر أنه لو فسخ يسترجع الثمن و لا- شىء عليه للبائع و لو لم يفسخ يأخذ المثل أو قيمه فالفرق بين هذا الاحتمال و الاحتمال الأول يظهر فى صوره عدم الفسخ و أما فى صوره الفسخ فلا فرق بينه و بين الانفساخ فى أنه يسترجع الثمن الثالث هذا الاحتمال مع تقييد الضمان على البائع بما إذا فسخ المشتري و أما لو لم يفسخ فلا شىء له

ثم لا يخفى أنه بناء على التقييد لا وجه للاحتتمالات الثلاثة فى قوله قدس سره فىحتمل أنه يتخبر بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمه و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن و يحتمل أن لا يرجع بشىء إلى آخره

لأنه إذا قيد التلّف على البائع بصورة فسخ المشتري فلا وجه للرجوع إليه في صورته عدم الفسخ

هذا مضافاً إلى أنه لا يعقل التخيير بين الرجوع إلى الثمن وإلى المثل والقيمة لأن الرجوع إلى الثمن أى المسمى إنما هو لانفساخ المعامله فلا يجتمع مع بقائها

و كيف كان فأقوى الاحتمالات هو الوجه الأول لأن الظاهر من التّصوص أنّ الضمان السابق باق بعد القبض في زمان الخيار نعم قد يرد عليه إشكالان الأول أنّ في صحيحه ابن سنان فرض الأعمّ من تلف الوصف أو تلف العين فقال فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك إلى آخره ولا معنى لأن تكون والأوصاف مضمونه بالمسمى لعدم وقوع شيء من الثمن بإزائها في عقد المعاوضه ولا يمكن الجمع بين الضمانين في قوله على من يكون ضمان ذلك فيتعين إرادته الضمان بالمثل أو القيمة في تلف العين أو الوصف

و فيه أنّ الضمان الواقعي وإن كان هو الظاهر من لفظ الضمان أو منصرفه ولكنه إنما يراد منه لو لم تكن قرينه على خلافه ومع تعهد الضامن ضمان المسمى وإمضاء الشارع له لا معنى لأن يراد الضمان الواقعي فينحصر إرادته ذلك فيما إذا لم يكن في البين تسميه كما لو قيل ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه أو لم يمض الشارع المسمى كما في المقبوض بالعقد الفاسد فإذا فرض أنّ الروايات دلّت على أنّ القبض كعدمه وأنّ الضمان السابق باق فلا معنى لأن يراد منها الضمان الواقعي

نعم لو دلّت على ارتفاع الضمان السابق بالقبض وجعل ضمان على حده بعد القبض كان الظاهر منه أو منصرفه هو الضمان الواقعي وهذا خلاف ظاهر السؤال أيضاً فإن قوله على من يكون ضمان ذلك لا يمكن أن يكون سؤالاً عن ضمان اليد لوضوح أنه على من تلف العين في يده وأما اتحاد معنى الضمان في تلف الوصف وتلف العين فهو وإن كان كذلك إلّا أن نتیجه كون الوصف في ضمان من ليس له الخيار أنّ عهده الوصف عليه أيضاً بعد القبض كما يكون عليه عهده الموصوف وتلف الموصوف يقتضى الانفساخ

وأما تلف الوصف فلا يقتضى الإبقاء خيار تخلفه دون الغرامه لا بالضمان الواقعي ولا بالمسمى وبالجملة الضمان في كليهما بمعنى واحد وهو أنّ عهده الوصف والموصوف على من لا خيار له فلو أسقط المشتري خيار الشرط أو انقضى مدته فله إعمال الخيار بالنسبه إلى فقد الوصف وعلى أي حال لا يقع بإزائه شيء من الثمن فلا يوجب تخلفه الغرامه

نعم قد ثبت في تخلف وصف الصيحه التخيير بين الأرش والخيار تعبدًا لا لكونه مقتضى المعاوضه الثاني أنّ الضمان بالمسمى قد ارتفع بالقبض لخروج كلّ واحد من المتعاقدين عن عهده ما ضمنه وبالقبض انتقل الضمان بالمثل أو القيمة وانعكس الأمر به أيضاً فصار كلّ منهما ضامناً لما انتقل إليه فلو دلّ دليل على ضمان كلّ منهما لما انتقل عنه بعد القبض أيضاً يؤخذ بظاهرة هو الضمان الواقعي وفيه أنّ مفاد الدليل لو كان عدم تأثير القبض في رفع الضمان لا- تشريع ضمان على حده فلازمه بقاء الضمان السابق وهو المسمى وهذا هو الظاهر من قوله على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري لأنّ معناه أنّ القبض ليس غايه للضمان بل الغايه انقضاء شرطه واستقرار الملك عليه بحيث لا يقدر أن يسلب الجده الاعتباريه عن



و على هذا فتأمل المصنف في عباره الدّروس بقوله و العبارة محتاجه إلى التأمل من وجوه عديده في محلّه و إشكاله تاره يرجع إلى المبني و أخرى إلى المعنى

أما الأول فوارد على ما هو ظاهر كلامه في قوله وبعده لا يبطل الخيار من أن القبض يرفع الضمان المعاوضى و أن الضمان فى مدّه الخيار ضمان واقعى و هو مناف لقوله فى مقام آخر و بالقبض ينتقل الضمان إلما أن يكون خيار فإنّ ظاهره أنّ القبض كالعدم و الضمان المعاوضى باق

و أما الثانى فوارد على جملتين من كلامه الأولى قوله فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صورته عدم ضمانه فإنّ هذا الكلام تفرّيع على قوله وبعده لا يبطل الخيار أى لو قلنا بأنّ التّلف فى زمان الخيار لا يوجب سقوط الخيار كما هو مسلّم فى الجملة فلو كان ذو الخيار هو البائع و تلف المبيع عند المشتري كما هو مورد البحث و فسخ البائع يرجع إلى المشتري ببطل المبيع إذا لم يكن البائع ضامنا و هذا القيد الأخير لا يستقيم أصلا لأنه لا يمكن رجوعه إلى المشتري إلّا إذا كان الخيار مختصا به و لا يكون مشتركا و لا مختصا للمشتري

أمّا فى الخيار المختصّ بالمشتري فلما عرفت أنّ المشتري يرجع إلى البائع و أمّا فى الخيار المشترك فلا لأنّ ضمان كل منهما لا يمنع أن يرجع كلّ منهما إلى الآخر فلو تلف المبيع عند المشتري و فسخ البائع يرجع إلى بدل المبيع مع كونه بصوره عدم ضمانه هذا مع أنّ الضمير فى قوله عدم ضمانه يرجع إلى المبيع لا إلى الثمن كما هو واضح

و بالجملة لو كان الخيار مختصا بالبائع فلا يتصور كونه ضامنا حتّى يقتيد رجوعه بالبدل بصوره عدم ضمانه و لا يمكن فرض المسأله فى تلف الثمن عند البائع مع كونه ذا خيار أمّا أولا- فلا لأنّ ظاهر قوله لا يبطل الخيار و إن كان التّلف من البائع كما إذا اختصّ الخيار بالمشتري هو اختصاص القاعدة بتلف المثل و إلّا كان حقّ التعبير أن يقال و إن كان التّلف ممّن تلف عنده كما لو كان الخيار لطرفه حتّى يشمل الثمن أيضا و أمّا ثانيا فلا أنّه لو فرض تلف الثمن عند البائع و قلنا بأنّ التّلف لا يسقط الخيار فمقتضاه أنّه لو فسخ يسترّج المبيع و لو لم يفسخ يسترّج بدل الثمن

و على أىّ حال ليس هو ضامنا مع اختصاص الخيار به فلا وجه للتقييد و لا يمكن فرضها فى إتلاف البائع المبيع عند المشتري حتى يتصور ضمانه مع كونه ذا خيار أمّا أولا فلا لأنّ الإتلاف موجب لسقوط خياره و أمّا ثانيا فلا لأنّ القاعدة لا تشمل الإتلاف و أمّا ثالثا فلا لأنّ مفروض الشّهاد قدس سرّه هو التّلف

الثانيه قوله قدس سرّه و لو أوجبته المشتري فى صورته التّلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع المثل أو قيمه فإنّ إيجاب المشتري إمّا بعد التّلف أو قبله فإذا كان بعده فلا محلّ له لأن خياره سقط بانتفاء الموضوع لارتفاع العقد و انفساخه بالتّلف قبل القبض فلا موقع لقوله لم يؤثر فى تضمين البائع لأنه لم يكن إيجابه قابلا لأنّ يؤثر حتى يقال لم يؤثر و إذا كان قبله فإيجابه غايه الأمر يجعل العقد غير خيار و لا أثر لكون العقد لازما لإبطال أثر التّلف قبل القبض فإنّ العقد سواء كان خياريا ثم لم يكن يبطل بالتّلف الطّارى قبل القبض فإذا تلف المبيع يرجع الثمن إلى المشتري قهرا و لا وجه لأن يكون بدل المبيع من المثل أو قيمه راجعا إليه

و بعبارة أخرى انفساخ العقد بالتّلف قبل القبض لا يختصّ بالبيع الخيارى فسقوط الخيار لا يوجب بقاء العقد حتى يضمّن البائع

بدل المبيع فعلى أى تقدير قوله قدّس سرّه لم يؤثّر إلى آخره توضيح الواضح

نعم يمكن توجيهه بأن تكون هذه الجملة توطئه للجملة الأخيره و هى قوله و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر فىكون حاصل الجملتين هو الترديد بين الوجه الثانى و الثالث من الوجوه المتقدمه بأن يكون الضمان واقعيًا مطلقًا أو مقيدًا بصوره الفسخ فلو لم يفسخ المشتري بل أوجب

العقد فى زمان الخيار فهل يؤثر فى تضمين البائع المثل أو القيمه أو لا يؤثر وجهان فلو كان مقتيدا لا يؤثر أى لا يوجب تضمينا و لو كان مطلقا يؤثر

قوله قدس سره ثم إن الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل إلى آخره

لا- يخفى أن تلف البعض موجب لانفساخ المعاوضه بالنسبه إليه كتلف الكل لأن الأبعاض يقسط عليها الثمن فتلف البعض فى زمان الخيار فى ضمان من لا خيار له و أما تلف الوصف فهو و إن كان فى ضمانه بمعنى أنه يوجب الخيار سواء كان قبل القبض أو بعده إلا أنه لا وجه لانفساخ المعامله به من غير فرق بين وصف الصّحه و غيره لعدم وقوع شىء من الثمن بإزائه

نعم بين وصف الصّحه و غيره فرق من جهه أخرى و هو أن فى تلف وصف الصّحه يتخير المالك بين الردّ و الأرش دون غيره و على أى حال لا فرق بينهما من جهه الانفساخ و قد تقدّم فى خيار الغبن فى ذيل عنوان التغيير ما يوضح ذلك فراجع

قوله قدس سره و أما إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره إلى آخره

لا يخفى أن مورد القاعده مثل مورد قاعده التّلف قبل القبض هو التّلف السّماوى و لقوله ع فهلك فى يد المشتري و أما الإتلاف فله أحكام أخر و تقدم الإشاره إليها إجمالا فى خيار الغبن

ف نقول توضيحا لما تقدّم و تنبيها على عبارته المتن إن صور الإتلاف كثيره لأنه تاره يكون بفعل البائع و أخرى بفعل المشتري و ثالثه بفعل الأجنبى و على التقادير تاره يكون الثمن تالفا و أخرى المضمن و على التقادير تاره يكون قبل القبض و أخرى بعده و على التقادير تاره يكون الخيار لأحدهما أو كليهما و أخرى لا- يكون خيار مطلقا و هذه الصّور تجرى فى إتلاف البعض أو الوصف و الوصف تاره يكون وصف الصّحه و أخرى غيره من الأوصاف

و كيف كان فلا شبهه فى أنه لو أتلّف ذو الخيار ما انتقل إليه سقط به خياره و لو أتلّف ما انتقل عنه فإتلافه فسخ للمعامله لأنّ كلّما من الإتلاف فيما انتقل إليه و فيما انتقل عنه تصرف منه و تصرفه فيما انتقل إليه إجازة و فيما انتقل عنه فسخ بالشّرائط المتقدمه بأن لا يكون للاختبار أو الغفله و نحو ذلك

و أمّا لو كان للاختبار أو الغفله أو الجهل بسبب الخيار كإتلاف المغبون ما انتقل إليه قبل اطلاعه على الغبن فليس إجازة كما تقدّم فى خيار الغبن و على هذا فلو أتلّف ذو الخيار ما انتقل عنه غفله قبل إقباضه إلى من انتقل إليه لا يكون إتلافه فسخا بل يكون موجبا للخيار لمن انتقل إليه لتعدّر التسليم كما لو أتلّفه الأجنبى قبل القبض

و بالجمله إتلاف ذى الخيار ما انتقل إليه سواء وقع قبل القبض أو بعده استيفاء لماله و إسقاط لخياره بالشّرائط المتقدمه و إتلافه ما انتقل عنه مطلقا فسخ للمعامله بالشّرائط المتقدمه و مع فقد الشّرائط يختلف حكم قبل القبض و بعده فإنه لو وقع قبله يوجب الخيار للمنتقل إليه و أما لو وقع بعده فلا يوجب الخيار هذا حكم إتلاف ذى الخيار

و أمّا إتلاف غير ذى الخيار و الأجنبي فلا- يبطل خيار ذى الخيار و تقدّم حكمهما فى خيار الغبن فلنرجع إلى العبارة فنقول مفروض كلامه قدّس سرّه هو تلف المبيع فى يد المشتري المذى له الخيار و ينطبق ما أفاده على الفروض إلى قوله و إن كان بإتلاف أجنبيّ

و أمّا من قوله و إن كان بإتلاف أجنبيّ تختير أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتختير وجوه إلخ فكأنه ينعكس الفرض و هو إتلاف الأجنبي ما انتقل عن ذى الخيار و هو الثمن كما هو ظاهر غير موضع من كلامه منها قوله و هل يرجع حينئذ فإنّ الظاهر أنّ ضمير يرجع راجع إلى ذى الخيار

و لو كان المبيع تالفا لا يستقيم سواء أمضى العقد أو فسخ لأنه لو أمضاه فليس له الرجوع إلى صاحبه لاستقرار الثمن في ملك البائع بامضاء المشتري و لو فسخه ليس له الرجوع إلى الغاصب لأن المبيع بمجرد الفسخ ينتقل إلى البائع فله الرجوع إلى الغاصب أو إلى ذى الخيار لا أن ذى الخيار مخير

نعم لو كان ضمير يرجع راجعا إلى المفسوخ عليه ينطبق على فرض المقام و هو تلف المبيع عند المشتري إلا أنه خلاف الظاهر و أميا لو فرض كون الإتلاف واقعا على الثمن المنتقل إلى البائع ففسخ المشتري فللترديد بين رجوعه إلى المتلف أو إلى صاحبه وجه و منها قوله و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ إلى آخره لأن رجوع المبيع التالف في ملك الفاسخ أى المشتري لا معنى له بل فسخ المعامله يقتضى رجوع الثمن إليه و منها قوله أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ إلى آخره و منها قوله الفاسخ فى الشطر الأخير من هذا العنوان و منها قوله بعد ذلك و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان

نعم ينطبق العبارة على المقام إذا قلنا بأنها غلط من قلم الناسخ و أن الصحيح هو المفسوخ عليه بدل الفاسخ فى المواضع الثلاثة و الفاسخ بدل المفسوخ عليه فى قوله و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان كما لا يخفى و هكذا لا بد من التصرف فى لفظى الثمن و المثلثان فإن انطباقها على المقام يصح بأن تكون العبارة هكذا و من أنه إذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلثان فى ملكه

و كيف كان فانطبق العبارة على المقام يحتاج إلى التصرف فيها و أما لو جعلنا قوله و إن كان بإتلاف أجنبى إلى آخره إعراضا عنه و بيانا للقاعده الكليه فإذا أتلث الثمن و لم يفسخ المشتري يرجع البائع إلى المتلف بلا شبهه

و أما لو فسخ فتاره يفسخ بعد رجوعه إلى المتلف و أخرى قبله فإذا فسخ بعد رجوعه إليه فلا إشكال أيضا لأن الثمن كان ملكا للبائع و رجع مالكة إلى المتلف و برئ ذمه المتلف و فسخ المشتري لا يوجب إلا تعلق حقه ببدل الثمن الذى هو فى عهده البائع لا المتلف و أما لو فسخ قبل رجوع البائع إلى المتلف فهنا محل الوجوه الثلاثة من تعيين الرجوع إلى البائع أو المتلف أو التخيير و مبنى الوجوه قد تقدم فى خيار الغبن و قلنا إن الأقوى هو التخيير كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد كما فى تعاقب الأيدى

و ما أفاده المصنف فى المقام من أنه أضعف الوجوه لا وجه له بل تعيين الرجوع إلى البائع أضعف الوجوه لأنه متفرع على أن يكون المتلف ضامنا للمالك الفعلى للمال و هو متفرع على الانتقال إلى قيمه يوم التلف و قد تقدم فى ضمان القيمي أنه أضعف الأقوال سندا

### [مسألة و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم العوضين فى زمان الخيار]

قوله قدس سره و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار إلى آخره

قد عرفت في خيار المجلس أنّ من أعظم الشّروط التي يتضمّنّها العقد هو التّسليم و التّسلم بل هو الغرض الأصلي من المعاوضه فإذا لم يكن العقد خياريا يجب التّسليم على الطّرفين و يثبت لكلّ واحد منهما حقّ حبس ما انتقل عنه إذا امتنع الآخر من التّسليم لأنّ ذلك أثر التّزام كلّ منهما على التّسليم فيكون حاكما على قاعده السّلطنه و حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذن مالكه و أمّا لو كان خياريا فحيث إنّ العقد بجميع مداليه المطابقيّه و الالتزاميّه تحت يد ذي الخيار لا يجب عليه التّسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يقال هذا مخالف لقاعده السّلطنه لأنّ من لا خيار له لو انتقل إليه المال على نحو كان لمالكه الأصلي التسلّط

على عدم التسليم لم يثبت له السلطنة المطلقة و بالجمله قاعده السلطنة قابله للتضييق

فما أفاده قدس سره من أنه لم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا فيه ما لا يخفى مع أنه قدس سره في فروع بيع الصرف و أحكام القبض ملتزم بذلك و كيف كان فما أفاده العلامة غير قابل للمناقشه و إن قلنا بتعلق الخيار بالعقد لأن عدم وجوب التسليم على ذى الخيار ليس لتعلق حقه بالعين كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونه حتى يكون قابلا- للمنع بل لما عرفت من أنه لو لم يجب الوفاء بالعقد عليه لا يجب عليه الوفاء بما التزم به فى ضمنه فيجوز له حبس العين و إن جاز للآخر أيضا حبس ما انتقل عنه و لو لم يكن له الخيار لأن التزامه بالتسليم كان منوطا بتسليم صاحبه

نعم يصح المناقشه فيما أفاده فى قوله و لم يتبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده فإن المتبرع لو كان من عليه الخيار فلمنع ذى الخيار عن التسليم وجه و هو كونه ذا خيار و أميا لو تبرع ذو الخيار فلا وجه لمنع الآخر عن التسليم مع كونه ملتزما به

غايه الأمر أن التزامه كان منوطا بتسليم ذى الخيار و المفروض تبرعه به و هكذا فى قوله و له استرداد المدفوع قضيه للخيار لأن الدافع و إن كان من له الخيار إلا أن مقتضى خياره هو الامتناع عن التسليم ابتداء و أما بعده فلا دليل على جواز استرداده إلا إذا كان اتفاقيا كما هو الظاهر حيث جعل المخالف بعض الشافعيه

### [مسألة قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين]

قوله قدس سره قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين إلى آخره

لا يخفى أن هذه القاعده مسلّمه فى الجمله و لا تعارضها قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف فى زمان الخيار فإن التلف فى الموردین و إن أوجب سقوط الخيار إلا أن إيجابه له إنما هو لانفساخ العقد به و مورد هذه القاعده إنما هو مع بقاء العقد فلا تراحم بينهما ثم إن موردها إنما هو فى الخيار الشرعى لا- الجعلى فإنه تابع لكيفيه الجعلى فقد يتعلق الخيار بنفس العين بخصوصيتها الشخصيه و قد يتعلق بماليتها فمن اختلافهما لا يمكن الاستظهار لإثبات القاعده أو نفيها كما أنه لا يمكن إحراز الثبوت أو السقوط من كلمات الأعلام فإنه قد يظهر منهم التأمل فى بقاءه مع التلف فى جملة من الموارد

منها فى المربحه لو ظهر كذب البائع فى رأس المال فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار للمشتري إما للإجماع أو لإرجاعه إلى تخلف الشرط الضمنى حيث إن بيعه برأس المال يتضمن اشتراط صدقه فى أخباره و مع ذلك لو تلف المتاع فى يد المشتري فقد تردّد العلامة فى ثبوت الخيار بل حكى عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم و علل ذلك بأن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته

و منها فى الغبن فإن المحقق الثانى تردّد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه بل ظاهر العلامة سقوطه فى التلف الحكى كما إذا نقل المغبون العين عن ملكه معللا بعدم إمكان الاستدراك حينئذ



و منها خيار الرّؤيه فإنّ المحقّق الثّاني ألحقه بخيار الغبن في سقوطه بتلف العين

و على هذا فالصواب تحقيق المسأله على مقتضى القواعد العامه فنقول بعد ما تقدم مرارا أنّ الخيار عباره عن ملك فسخ العقد و إقراره فتلف العين لا- يقتضى سقوطه و لو كان طريقا لاسترجاع العين لأنّه ليس طريقا لاسترجاعها بخصوصيتها الشخصيه بل طريق لاسترجاعها بماليتها و هى محفوظه فى كلتا صورتى بقاء العين و تلفها بل لو لم يرد فى الأدله لفظ الخيار و إنّما ورد الردّ و الاسترداد فتلف العين لا يقتضى امتناعهما لأنّهما ليسا ظاهرين فى الردّ و الاسترداد الخارجيين بل المقصود منهما الردّ و الاسترداد فى الملك مع أنّه لم يرد فى الأدله لفظ الردّ

إلّا في خصوص خيار العيب و التّزاع في سقوطه بالتلف أو بقاءه لغو لأنّ إعمال الخيار فيه يتوقّف على بقاء العين بحالها فلو تغيّرت عمّا وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمه بعينها سقط الخيار فضلا عمّا إذا تلف

هذا مع أنّه لو دلّ الدليل على ثبوت حقّ الردّ فنقول إنّ إمّا أمر أجنبيّ عن الخيار و إنّما هو حكم شرعيّ تعبدى و لا يترتّب عليه آثار الخيار من سقوطه و نقله إلى الغير كجواز الرجوع إلى العين الموهوبه أو جواز الرجوع في المعاطاء فإنّه لا يصلح للإسقاط و لا المصالحة عليه و لا أن يرثه الوارث و إمّا مرجعه إلى ذاك المعنى المتعلّق بالعقد الغير المرتبط بشىء من العوضين

و بالجمله لو استفيد من جواز الردّ هذا المعنى القابل للتّقل و الإسقاط فهو متعلّق بالعقد و لا يدور مدار بقاء العين و لو لم يستفد ذلك فهو حكم شرعيّ في مقابل الخيار فليس في المقام معنيان قابلان لأن ينطبق عليهما الخيار و كان أحدهما متوقّفا على بقاء العين دون الآخر فلا وقع للتّرديد

و ما أفاده قدّس سرّه من أنّ إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه في كلمات الشّارع فيه ما لا يخفى فإنّ حاصل ما أفاده هو أنّ الردّ و إن كان مقابلا للخيار و لزوم بقاء العين فيما إذا ورد في الأدلّه لفظ الردّ لا يقتضى لزوم بقائها إذا ورد فيها لفظ الخيار إلّا أنّ لفظ الخيار أيضا مردّد بين معنيين و لم يعلم ما أريد منه في الأدلّه فيحتمل إرادته معنى منه يتوقّف على بقاء العين

و لا يخفى أنّه ليس معنى الخيار في الأدلّه إلّا ما هو اصطلاح المتأخّرين فيه فإنّهم استفادوا هذا المعنى من الأخبار و من كلمات القدماء و هذا المعنى لا يتوقّف على بقاء العين فإنّه في مقابل لزوم العقد سواء كان ثابتا بجعل شرعيّ أم ناشيا من تخلف الشّروط الضّمنى

نعم الخيار الجعليّ المالكى يمكن تقييده بصوره بقاء العين و أمّا مع الإطلاق فحكمه حكم القسمين الأوّلين

أمّا الخيارات المبعوله شرعا كما في خيار الحيوان و المجلس و التّأخير على وجه فالظاهر من أدلّتها كقوله ع لو افترقا و جب البيع و قوله ع فإذا مضت ثلاثه أيام فقد و جب الشّراء و قوله ع و إلّا أى لو لم يأت بالثمن فلا بيع بينهما كون الخيار في مقابل اللزوم العقدى الذى لا ربط له بالعوضين مع أنّه لو منعنا الظهور في ذلك إلّا أنّه لا شبهه في أنّ إطلاق الأدلّه يقتضى بقاء الخيار مع التلف أيضا هذا مع أنّ الاستصحاب يقتضى بقاءه أيضا و ليس من الشكّ في المقتضى لأنّه لو لم يحدث الأمر الزمانى و هو التلف قطع ببقائه في عمود الزّمان

و أمّا ما كان مستندا إلى تخلف الشّروط كخيار الغبن و العيب و الرّؤية فتعلّقه بالعقد أوضح فإنّه ليس متعلّقا به و مجعولا في ضمنه ابتداء بل المبعول هو الشّروط فإذا تخلف فلا التّزام حقيقه و نتيجة صحّه العقد و عدم الالتزام بالفاقد ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و عدم توقّفه على بقاء العين واضح و حاصل الكلام أنّه لا وجه لسقوط الخيار بتلف العين بعد كون يد المتعاقدين يد ضمان

غايه الأمر أنّ كلّا منهما يضمن مال صاحبه قبل القبض و يضمن ما انتقل إليه بعده و كون الشخص ضامنا لمال نفسه معناه أنّه لو

تلف ثم طرأ فسخ و انفساخ أو إقاله يجب عليه ردّ المثل أو القيمة و لا ينتقل إليه بدل التالف مجاناً فزمانه يقتضى عدم سقوط حق الخيار بتلف متعلقه و إنما المانع عن إعماله عدم كون ذى اليد ضامناً كما فى الهبه و لذا يمتنع الرجوع إذا تلف العين الموهوبه

### [مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

قوله قدس سره مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه إلى آخره

لا يخفى

أنه لا فرق بين يد الفاسخ و المفسوخ عليه فإن يد كل منهما يد ضمان و مجرد عدم أخذ الفاسخ ماله من المفسوخ عليه و إبقائه عنده لا يقتضى أن تصير يده يد أمانه إلا أن يجعله وكيلا في الحفظ و إقدام الفاسخ على الفسخ ليس تسليطا للمفسوخ عليه على ماله فلا وجه لخروجه عن الضمان

نعم قد يتوهم الإشكال على أصل الضمان مطلقا و حاصله أن الضمان بعد الفسخ إن كان هو الضمان الثابت عليهما قبله أى الضمان المعاوضى فالمفروض انتفاء موضوعه هذا مع أنه كان بالعوض المسمى و هو ارتفع يقينا فبطل أصل الضمان لامتناع بقاء الجنس مع ذهاب فصله و إن كان ضمان اليد فشمول دليل اليد للمقام مشكل لعدم تجدد اليد و الاستيلاء على مال الغير

و لكنك خير بفساد التوهم فإن الاستفادة من دليل اليد أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه إلا أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال إنه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله ص على اليد ما أخذت بل اعتبر بالقربه العقليته فى موضوع الحكم بوجوب الأداء و لا شبهه أنه حين الحكم بوجوب الأداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير و إن لم يكن حين الأخذ كذلك

و بالجملة المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان ثم إنه لا ينافى ضمان كل منهما لما فى يده مع جواز حبسه حتى يسلم الآخر ما فى يده لما تقدم أنه من مقتضيات عقد المعاوضه كاقضاءه التسليم على كل منهما ابتداء

### [القول فى القبض]

### [مسألة اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول]

قوله قدس سره اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول إلى آخره

لا يخفى أن معنى القبض متحد فى جميع الموارد و هو الاستقلال و الاستيلاء على الشئ و إنما الاختلاف نشأ مما يتحقق به القبض ففى غير المنقول هو التخليه و فى المنقول هو حصوله تحت اليد و لا فرق بين أفراد المنقول من المكيل و الموزون و المعدود و غيرها و اعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود ليس لعدم تحقق القبض إلا بها بل لدليل خارجي كما أن مجرد الكيل و الوزن و العد من دون التسليم إلى من انتقلت هذه الأشياء إليه لا يتحقق بها القبض

فمما ذكرنا ظهر أنه لا وجه لعد الاختلاف فى الآثار بين الإقباض و القبض من اختلاف معنى القبض لما عرفت من أن معناه فى جميع الموارد واحد فالأولى صرف الكلام إلى الأحكام المترتبة على القبض فنقول الإقباض و القبض الذى بمعنى الإقباض ليسا كالكسر و الانكسار بحيث لا يمكن التفكيك بينهما خارجا بل هما من قبيل الإيجاب و الوجوب فإن الكسر و الانكسار ليس لهما مرتبه إنشائية بل هما أمران خارجيان لا يتحقق كل منهما بدون الآخر بخلاف الإيجاب و الوجوب فإن لهما مرتبه إنشائية و

مرتبته خارجيّه و الإنشائي من الإيجاب و إن لم ينفكّ من منشئه في هذه المرتبه و لو صدر ممّن ليس له حقّ الإيجاب إلّا أنّ الخارجيّ منه و الذي يترتب عليه الأثر ينفكّ عن الإنشائي لأنّ السافل و إن أنشأ جدّاً و حقيقه إلّا أنه لا يصير إيجابه منشأً لتحقيق الوجوب خارجاً

و هذا حال جميع العقود و الإيقاعات فإنّ تأثيرها خارجاً ينفكّ عن إيجادها أي إنشائها لفظاً و ذلك واضح و حال القبض و الإقباض كحال الوجوب و الإيجاب لو قلنا بأنّ الإقباض هو التخليه و الانقباض دخوله تحت اليد و الاستيلاء فإنّه

قد يتحقق التخليه و لا- يتحقق تحت الاستيلاء كما أنه قد يقع دخوله تحت الاستيلاء من دون تسليط من له حق الإقباض فإذا اختلفا خارجا فلا بدّ من البحث عن أحكام القبض في أنّها هل مترتبة على فعل المقبض أو على فعل القابض

فقول الحكم لو كان تكليفيًا كوجوب الإقباض على الغاصب و على المتبايعين فيما يجب عليهما فلا محاله يترتب على فعل المقبض لأنّ التكليف يتعلّق بالمقدور فوجوب الإقباض على الغاصب هو رفع موانع استيلاء المغصوب منه على ماله لا وصوله تحت يده و لو كان وضعيًا فتارة ينشأ من قبل اشتراط أحدهما و أخرى من التعيّد فلو نشأ من الاشتراط فيصير الأمر كالتكليف لأنّ الشرط راجع إلى ما هو تحت قدره المشروط عليه فلو شرط البائع على المشتري أن يبيع المبيع من زيد فمرجع الشرط إلى وجوب عرض المشتري المبيع على زيد و إنشاء البيع من المشتري و أمّا شراء زيد و قبوله له فهو خارج عن الشرط فلو قلنا بأنّ كون تلف المبيع قبل القبض من باب الشرط الضمني فإذا رفع البائع موانع قبض المشتري و خلّى بينه و بين المبيع فهو برىء من الضمان و إن لم يتسلمه المشتري

و لو نشأ من دليل التعيّد يراعى كيفيّة الجعل و ظاهر النبوى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه أن رفع الضمان بقبض المشتري و ظاهر روايه عقبه بن خالد حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته هو أن رفعه بتخليه البائع فإنّ ظاهر قوله ع حتى يقبضه و إن كان موافقا لظاهر النبوى لأنّ الإقباض خارجا بدون القبض لا يتحقق إلّا أنّ عطف قوله ع و يخرج من بيته على قوله يقبض المتاع يوجب صرف ظهور الإقباض عمّا هو ظاهر فيه و يجعله بمعنى التخليه الصّرفه لأنّه ظاهر في كونه تفسيراً له فلا بدّ من حمل أحد الخبرين على كونه وارداً مورد الغالب و إذا لم يتحقق ترجيح و أمكن حمل كلّ منهما على الغالب بأن يحمل روايه عقبه على الغالب من ملازمه الإخراج مع الوصول إلى المشتري فالمدار على الوصول إليه أو يحمل النبوى على وروده مورد الغالب من ملازمه حصول القبض مع إقباض البائع فالمدار على فعل البائع فيتساقطان و المرجع هو الأصول و الاستصحاب يقتضى الضمان إلّا إذا حصل القبض خارجا من إقباض البائع لو كان منشأ الضمان التعبد و أمّا لو كان منشأ الشرط الضمني فلا يجرى الاستصحاب لأنّ الاشتراط يرجع إلى ما هو فعل المشروط عليه

### [الكلام في أحكام القبض]

#### إشاره

قوله قدّس سرّه الكلام في أحكام القبض إلى آخره

لا يخفى أنّه من القواعد المجمع عليها أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و مع الغرض عن الإجماع يدلّ عليه النبوى و روايه عقبه بن خالد فأصل الحكم في الجملة مسلّم و إنّما الكلام في أنّه تعبدت صرف أو من باب اشتراط المتعاقدين و قبل تنقيح البحث عنه يجب ذكر معانى الألفاظ الواردة في هذا العنوان التي أشير إليها إجمالاً في بحث الخيار و أحكامه

□

أمّا المبيع فلا- يشمل بحسب اللفظ الثمن و لو قيل بشموله له مناطاً كما سيّجىء إن شاء الله و أمّا التّلف فهو ظاهر في التّلف

السِّمَوى أو ما يلحق به كما لو كان الإِتلاف واجبا شرعا كمورد القصاص و الارتداد و صيروره العبد حرًا لا بفعل من مالكة كالمزمن و المعقد فمثل التنكيل خارج عن هذا الباب لأنّه إِتلاف و إن ترتّب العتق عليه كترتّب المعلول على علّته و كما إذا سرق المتاع و لا يعرف السّارق أو غضبه سلطان لا يرجى عوده و أمّا الإِتلاف

من البائع أو المشتري أو الأجنبي فهو خارج عن هذه القاعده و لا يشملها النص سواء قلنا بالتعديده أو من باب اشتراط التسليم لأنه على أي حال لا موجب لانفساخ العقد بالإتلاف كما أشير إليه أيضا في قاعده التلف في زمان الخيار و أما القبض فقد عرفت معناه و هو الاستيلاء على الشئ ء

و أميا قوله فهو من مال بائعه فظاهره أن التلف يقع في ملك البائع و التالف يصير من أمواله سواء جعل الطرف لغوا متعلقا بتالف أو مستقرا متعلقا بثابت و على أي حال ليس معناه أن خسارته عليه كما في الغصب و إلا لكان اللأزم التعبير بعلى البائع و نحوه فلا يمكن جعل الروايه دليلا على ثبوت الضمان الواقعي من المثل أو القيمه

إذا عرفت ذلك فنقول أميا أصل الضمان فمما لا- إشكال فيه لأد المشتري لم يعط الثمن مجانا للبائع و لا البائع المثلن مجانا للمشتري بل جعل كل منهما ماله بإزاء مال الآخر و هذا هو معنى الضمان في قاعده الخراج بالضمان و في قاعده كل ما يضمن بصحيحه فمعناه التعويض و إنما الكلام في أنه كيف يقتضى التلف انفساخ العقد لأن كون الثمن عوضا عن المبيع و عدم كونه مجانا معناه عدم هبه المشتري لا- وقوع التلف من البائع لأن المثلن ملك للمشتري و تلف في يد غيره من دون تفريط فنقول معنى عدم المجانيه و إن لم يقتض ذلك إلا أن المعاوضه تتضمن التزامات مطابقيه و التزامات ضميمته

و من الالتزامات الضميميه تسليم البائع المثلن إلى المشتري خارجا فإذا لم يمكنه التسليم يبطل العوضيه فإن قلت تعذر التسليم لا يقتضى البطلان غايته ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري قلت لو بقى المال على قابليه التسليم غايه الأمر تعذر العارض كالإباق أو الشرقة المرجو عوده أو امتنع البائع عنه فتلزم بالخيار

و أما لو لم يبق على قابليه التسليم كالتلف و ما في حكمه فلا معنى لخيار تخلف الشرط لأنه بطل العوضيه و امتنع الوفاء بالالتزام الضمني إن قلت امتناعه لا يقتضى أيضا بطلان المعاوضه غايه الأمر أنه يجب على البائع رد المثل أو القيمه قلت لو كان الالتزام الضمني هو البدليه على تقدير البقاء فالأمر كما ذكر و أما لو اقتضى البدليه على كل تقدير أى البدليه المطلقه فحيث خرج المثلن عن كونه قابلا للبدليه فلا بد من رجوع الثمن إلى ملك المشتري لاقتضاء المعاوضه ذلك

و بالجمله كل من المتعاقدين يجعل المبادله بين المالين اعتبارا و كذلك بينهما خارجا أى يعطى ماله و يأخذ عوضه و هذا معنى اشتراط التسليم فمرجع اشتراطه إلى أخذ ما سمّاه في عقد المعاوضه عوضا لا إلى أخذ البدل الواقعي فإذا بطل ما سمّاه في عقد المعاوضه عن العوضيه و خرج عن صلاحيه البدليه يخرج الآخر عن البدليه فيرجع قهرا إلى مالكة و هذا معنى الانفساخ

ثم إذا رجع الثمن إلى المشتري فلا- بد أن يرجع المبيع إلى البائع و لا- يمكن قياسه على الغصب في أنه مع بقاء المغصوب على ملك المغصوب منه يرجع بدله إليه لأد الغصب لم يكن فيه معاوضه حتى لا يمكن الجمع بين العوض و المعوض بل وجوب البدل على الغاصب من باب الغرامه و بدل المائيه لا بدل العين

و في المقام حيث إن بدليه المثلن للثمن كانت بالمعاوضه و المعاوضه إذا اقتضت خروج المعوض عن ملك من دخل في ملكه العوض و بالعكس فبطلانها مقتض للعكس فإذا دخل الثمن في ملك المشتري فلا بد أن يخرج المثلن عن ملكه بل قيل بذلك



فى الغصب أفضا

و كىف كان ففى المقام لا إشكال أن الانفساخ

كالفسخ فكما أنّ بالفسخ يرجع كلّ من العوضين إلى ملك مالكة الأصلي فكذلك في الانفساخ و هذا ممّا لا إشكال فيه إنّما الكلام في أنّ رجوع المبيع إلى ملك البائع قبل التّلف آنا ما أيضا على مقتضى القواعد أو تعبد صرف و إلّا فمقتضى القواعد هو انفساخ المعامله و رجوع المبيع إلى البائع من جهة التّلف فهو معلول للتّلف فكيف يتقدّم عليه فنقول هذا أيضا على طبق القواعد و حقيقه المعاوضه تقتضى ذلك و يصير التّلف كاشفا لا علّه

و توضيح ذلك أنّه لو سلّم أن عقد المعاوضه اقتضى ضمان المسمّى لا المثل أو القيمه و لازمه انفساخ المعاوضه و أنّه اقتضى رجوع المثلن إلى البائع يجب أن يقال برجوعه إليه آنا ما قبل التّلف لأنّه بعد التّلف لا يصلح للرجوع و لا قابليه له للعوضيه و المفروض أنّ بطلان المعاوضه يقتضى دخول ما خرج فإذا لم يبق ما خرج على صلاحته الدّخول اقتضى خلاف ما يقتضيه الانفساخ و مجرّد فرض التّلف موجودا لا يخرجّه عن المعدوميه فلا بدّ أن يلتزم بما هو صالح للرجوع و الصّالح إنّما هو قبل التّلف فتحصل ممّا ذكرنا أنّ المحتملات أو الأقوال ثلاثه

الأوّل كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع تعبدًا صرفًا مطلقًا الثّاني كونه مطابقًا للقاعده مطلقًا أى و إن لم يكن نصّ في المقام فجميع ما ذكرنا من الانفساخ و رجوع المثلن إلى ملك البائع و رجوعه إليه قبل التّلف هو مقتضى قواعد المعاوضات الثّالث التّفصيل بين الجهات بأن يكون أصل الانفساخ على طبق القاعده و أمّا تحقّقه قبل التّلف فبالنّص الخاص و هو الرّوايه و النبوى

ثمّ إنّ يتفرع على الأوّل أنّه لا يمكن التعدّى من تلف المبيع إلى الثّمن و لا من البيع إلى غيره إلّا إذا استظهر كون الخصوصيه ملغاه كما في خيار العيب فإنّه يتعدى عن البيع إلى سائر المعاوضات بل إلى شبهه المعاوضات من الخلع و مثله و أمّا لو علم دخل الخصوصيه أو احتمل كما في خيار المجلس فلا يمكن التعدّى

و على الثّاني و الثّالث يتعدّى إلى الثمن في البيع و إلى المثلن في جميع المعاوضات لأنّ أصل الانفساخ على القولين على طبق القواعد و كونه قبل التّلف أو بعده من جهة السّريان إلى غير البيع و فيه إلى الثمن لا أثر له بل على الظّاهر لا أثر له أصلا بل هو نزاع علميّ فتدبر

### [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

قوله قدس سره مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين إلى آخره

لا يخفى أنّه حيث ثبت أنّ مقتضى المعاوضه مع إمضاء الشارع لها هو انفساخها بتلف كلّ واحد من العوضين قبل التسليم فلا فرق بين تلف المثلن أو الثمن و لا بين البيع و غيره من الصّالح و الإجاره بل لو قلنا بالتعبدية فلا فرق أيضا بين تلف المبيع أو الثمن فإنّ النبوى و إن اختصّ بتلف المبيع إلّا أن روايه عقبه بن خالد صريح أو ظاهر في سرايه هذا الحكم إلى الثمن أيضا فإنّ قوله ع فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ إليه ماله صريح في أنّ المبتاع هو المشتري و الضمان الثابت عليه هو الضمان المعاوضى الثابت على البائع و الضمير في قوله لحقه راجع إلى البائع فيصير مفاده أنّ المشتري لو قبض المبيع فهو ضامن

لحقّ البائع حتى يرد إليه الثمن فإذا تلف الثمن قبل أن يرده إليه يفسخ المعاوضه و يرجع المبيع إلى البائع و احتمال كون المبتاع هو البائع مساوق لأن لا يكون للشّروط جزاء كما أن احتمال رجوع الضّمير إلى المشتري أو كون الضّمان عليه هو ضمان اليد لا المعاوضى احتمال

لا يعتنى به مع أنّ الزّوايه لو لم تكن صريحه فلا أقلّ من ظهورها في سرايه الحكم إلى الثّمن فيكفى للمدعى

نعم بناء على التّعديديه لا يتعدى من البيع إلى غيره من المعاوضات لأنّ إلغاء الخصوصيه و استظهار أنّ المناط هو المعاوضه يتوقّف على شَمّ الفقيهه خصوصا في تسريه الحكم إلى شبه المعاوضات كعوض الخلع و المهر

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أمور أحدها ثبوت أصل الضّمان و ثانيها كون الضّمان ضمّانا معاوضيا لا ضمّانا واقعا فمقتضاه الانفساخ و ثالثها أنّ الانفساخ قبل التّلف آنا ما على طبق مقتضى المعاوضه فعلى هذا يجرى هذه الأحكام في سائر المعاوضات و رابعها أنّ الضّمان يرتفع بتخليه البائع و إن لم يقبضه المشتري

و بقى هنا أمر آخر يجب التعرّض له و هو أنّه هل هذا الضّمان قابل للإسقاط أم لا و الحق عدم سقوطه بالإسقاط لا لأنّه إسقاط لما لم يجب لأنّ الضّمان فعلى بمقتضى المعاوضه و لا لأنّه مجعول شرعى تعبدى لا يقبل الإسقاط لأنّ التعبدى على قسمين قسم راجع إلى حقّ خلقى كخيار الحيوان أو قسم ممخّص فى كونه حكما شرعيا كلزوم النّكاح و جواز الهبه فلو كان من قبيل الثّانى فلا يقبل الإسقاط مطلقا لأنّه من آثار الحكم و هو المائز بينه و بين الحقّ و أمّا لو كان من قبيل الأوّل فلو رجع الإسقاط إلى أصل الجعل كما لو جعل العقد غير خيارى فهذا راجع إلى الشّروط المخالف للكتاب أو لمقتضى العقد و أمّا لو رجع إلى إسقاط حقّه فلا محذور كما قدّمناه فى خيار المجلس بل لأنّ حكم الضّمان المعاوضى حكم ضمان الأعيان فكما أنّه ليس للمغضوب منه إسقاط الضّمان عن الغاصب مع بقاء يده على حالها من كونها يد ضمان فكذلك فى المقام لأنّ المعاوضه إن اقتضت الضّمان قبل القبض فقبل رفعها بالإقاله و قبل رفع عدم القبض بهبه أو إباحه لا يمكن أن يرفع مقتضاها

و بالجملة لا بدّ فى رفع الضّمان من رفع موضوعه فمع بقاء الموضوع على حاله لا يمكن رفع أثره إمّا لأنّه مخالف لأصل الجعل أو مخالف لمقتضى العقد فليس رفعه تحت استيلائه و سلطنته

### [مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله قدّس سرّه لو تلف بعض المبيع قبل قبضه إلى آخره

لا شبهه فى أنّ تلف بعض المبيع كتلف كلّ لو كان البعض ممّا يقسّط عليه الثّمن فى عقد المعاوضه كتلف أحد العبدین اللّذين باعهما صفقه و تلف منّ من الحنطه من عشره أمان سواء قلنا بأنّ القاعده على القاعده أو على التّعبد

أمّا بناء على الأوّل لأنّ التّلف إذا اقتضى انفساخ المعاوضه بالنّسبه إلى التّالف فيرجع التّالف آنا ما إلى ملك البائع

و أمّا على الثّانى فلأنّ المبيع و إن كان منصرفا عن بعض المبيع و ظاهره هو المنتقل إلى المشتري بعقد مستقلّ لا فى ضمن العقد الواقع على المجموع إلّا أنّ هذا الانصراف بدوى لصدق المبيع على كلّ جزء ممّا وقع عليه العقد و لذا لو لم يكن هذا الجزء موجودا أو مملوكا فى حال العقد يبطل البيع بالنّسبه إليه و يصحّ فى الباقي

و أمّا لو لم يكن البعض ممّا يقسّد عليه الثمن كيد العبد و رجله فحكمه حكم تلف الوصف و الحقّ فيه أنّ تلفه لا- يوجب إلّا تحقّق الخيار للمشتري سواء كان الوصف ممّا ثبت فيه الأرش لو كان في أوّل العقد مفقودا أو لم يكن

و بالجمله لا فرق بين تلف وصف الصّحّه و سائر الأوصاف و تعذّر الشّروط فإن كلّها لو حدث بعد العقد و قبل القبض يكون موجبا للخيار لا الأرش لأنّ تعهّد البائع بالتسليم موصوفا لا يقتضى انفساخ المعاوضه بالنّسبه إليه بعد كونه موصوفا حال العقد و سرّه أنّ في عقود المعاوضه لا يجعل مقدار من الثمن مقابلا للوصف مطلقا فإنّ

الوصف و إن أوجب تفاوت المبيع فى القيمه إلمأ أنّ القيمه تجعل بإزاء المبيع و لا تجعل مقدار منها مقابلا للموصوف و مقدار منها إذ الوصف فالانفساخ بلا موجب

غايه الأمر أنّ الملزم لقبول المشتري لم يتحقق فله الردّ أو الإمضاء <sup>□</sup> مجّانا لأنّ الالتزام فعلا بالفاقد و قد ظهر سابقا أنّ الأرش على خلاف القاعده فلا يتعدى إلى غير مورده هذا آخر ما وفّقنى الله تعالى لضبطه <sup>□</sup> ممّا استفدت من تحقيقاته دام ظلّه فيما يتعلّق بالمكاسب المحرّمه و كتاب البيع و الخيارات و الحمد لله أولاً و آخرأ و صلّى الله على محمّد و آله الطيّبين الطاهرين

ثمّ لِمَا لَبّى شيخنا المعظم قدّس الله تعالى سرّه داعى الحقّ و جاور ربّه الكريم طلب منّى جماعه من العلماء و الأعاضم من إخوانى المؤمنين بل أمرونى بطبعه و نشره ليكون تذكره لاسمه و ينتفع به أولو العلم من بعده فامتثلت أمرهم و أحببت أن ألحق به ما استفدته منه فى قاعده الضّرر و زينتته تيمّنا بثالث و هو ما صنّفه قدّس سرّه فى حكم اللباس المشكوك فيه فإنّه رساله شريفه تحتوى على جملة من القواعد الفقهيّه و المسائل الأصوليّه و الدقائق الحكميّه و تأليف لطيف لم يكتب مثله فى الإماميّه فأقول و بالله سبحانه و تعالى أستعين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة



نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان  
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**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

