



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

كتاب الإجارة

مصحف

الفقيه المحقق الكبير
الحاج ميرزا نجيب الله الشيرازي

الترقيم سنة ١٣١٢ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجاره

کاتب:

میرزا حبیب اللہ رشتی گیلانی نجفی

نشرت فی الطباعة:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحريات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١٥	كتاب الاجاره
١٥	اشاره
١٦	المقدمه
١٦	أحكام الإجاره
١٦	اشاره
١٦	الفصل الأول : فى العقد
١٦	اشاره
١٨	[القول فى المعاطاه]
١٨	اشاره
١٨	احدها اللزوم
١٨	و ثانيها اللزوم أيضا بشرط ان يكون الكاشف عن التراضى لفظا لا فعلا
١٨	و ثالثها الإباحه المجزده عن الملك
١٨	و رابعها اباحه التصرفات الغير الموقوفه عليه خاصه
١٩	و خامسها عدم الاباحه أيضا
١٩	و سادسها الملك الجائز المتزلزل قبل تصرفهما
٣٣	ان المعاطاه كما تحصل بالتقايض كك يحصل بقبض احدهما
٣٤	[اهل الصيغه الفاسده كافيه فى المعاطاه]
٣٦	ان تلف العوضين سبب للزوم المعاطاه
٣٨	[لو تلف الضفه او اتلفها ففى اللزوم اشكال]
٣٨	[لو فات بعض فوائده و منافعه]
٣٩	تصرف احدهما فيما اخذه من الآخر
٣٩	[تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاه]
٣٩	اشاره

- ٤٠ احدها ان يكون كلّ منهما بايعا و مشتريا
- ٤٠ و الثّانى ان يكون البائع هو الدافع و المشتري هو الآخذ
- ٤٠ و الثّالث ان يكون معاوضه مستقلة
- ٤٠ و الرّابع ان يكون صلحا معاطيا
- ٤٠ [جريان المعاطاه فى الاجاره و ساير العقود]
- ٤٠ اشاره
- ٤٢ [أن المعاطاه يقع على وجوه أربعه]
- ٤٢ اشاره
- ٤٢ [أحدها] ان يقصد من الاعطاء او التعاطى مفاد الصّلىح
- ٤٣ [ثانيها] ان يقصد منه مفاد الهبه المعوضه
- ٤٣ [ثالثها] ان يقصد منه التّسليط على العين على غير جهه التّملك
- ٤٣ [رابعها] ان يقصد اباحه التصرّفات مط
- ٤٥ [افتقار الإجاره إلى الإيجاب و القبول]
- ٤٥ اشاره
- ٤٦ [أن الأقوال فى صيغ العقود]
- ٤٦ اشاره
- ٤٦ الأوّل اعتبار الضّراحه
- ٤٧ الثّانى الاقتصار على خصوص الفاظ الكتاب و السنه فى التّعبير عن العقد
- ٤٧ الثّالث عدم اعتبارها مط بجمع المعانى
- ٤٧ الرّابع مثل الثّالث باستثناء المجازات بالمعنى الاعم الشّامل للكنايه
- ٤٧ الخامس مثل الأوّل أيضا باستثناء المجاز البعيد
- ٤٧ السادس مثل الثّالث أيضا باستثناء التّعويل على القرائن الغير اللفظيه
- ٤٩ [فى أن الإجاره لا تبطل بالبيع]
- ٤٩ اشاره
- ٥١ فروع
- ٥١ الأوّل على القول بفساد الاجاره يجب على الموجر ردّ الاجره الى المستاجر

- ٥١ الثَّانِي لو فسخ البيع فعل القول ببقاء الاجاره
- ٥١ الثالث لو تقارن البيع و الاجاره
- ٥١ الرابع لو باع الموجر سبتان المستاجر
- ٥٢ الخامس لو ظهر فساد الاجاره لم يعد المنفعه الى ملك الموجر
- ٥٢ [اهل تبطل الإجاره بالموت]
- ٥٦ [كل ما صح اعارته صح اجارته]
- ٥٧ [المستأجر امين الا بتعد او تفريط]
- ٥٩ [كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده و بالعكس]
- ٦٣ [حكم شرط الفاسد فى العقود]
- ٦٣ اشاره
- ٦٣ [المقام] الاول فى معنى الشرط
- ٧١ المقام الثانى فى الشرط المنافيه لمقتضى العقد
- ٧٦ المقام الثالث فى ان الشرط الفاسد فى العقد هل يوجب فساده أم لا
- ٨٠ بقى التنبيه على امور
- ٨١ الاول المعروف بين الاصحاب كما فى الحدائق ان الشرط الفاسد فى التكااح لا يوجب فساده
- ٨١ اشاره
- ٨١ منها شرط الخيار فى التكااح
- ٨١ و منها شرط عدم التكااح او الطلاق
- ٨١ و منها شرط عدم الوطاء او عدم الافتضااض
- ٨٢ الثانى فى الاشارة الى بعض ما يقتضى فساد العقد من الشرط الفاسده
- ٨٤ الامر الثالث فى حكم الشرط الفاسد من حيث التكليف
- ٨٤ اشاره
- ٨٥ فروع الاول لو رضى المشروط له بدون الشرط الفاسد
- ٨٦ فى عدم ثبوت خيار المجلس و خيار الحيوان و خيار التأخير فى الإجاره
- ٩٠ الفصل الثانى : فى شرائطها و هى ستة
- ٩٠ الاول ان يكون المتعاقدان كاملين

- و الشرط الثاني ان تكون الاجره موضوعه بالوزن و الكيل فيما يكال او يوزن ٩١
- اشاره ٩١
- لو شرط التاجيل صحّ و لزم ٩٤
- بقي شىء و هو ان التخيير بين الفسخ و المطالبه بالعود ٩٥
- بقي شىء و هو ان الارش فى غير المعاوضات لا بدّ ان يكون معيناً ٩٦
- [لا يجوز ان يوجر المسكن و لا الخان باكثر مما استاجر] ٩٨
- [لو استاجره ليحمل له متاعا الى موضع معين باجره معيّنه فان قصر عنه نقص عن اجرته] ١٠٦
- اشاره ١٠٦
- فرعان من فروع الترديد فى الاجاره ١١٤
- اشاره ١١٤
- الاول لو قال مقاوله و توطنه لانشاء صيغه الاجاره على طبقها ان خطبه فارسياً ١١٤
- الثانى لو قال ان عملت هذا العمل فى اليوم فلک درهمان و فى الغد درهم ١١٦
- [استحقاق الاجير الاجره بنفس العمل] ١١٦
- [اهل التسليم احدهما الى الاخر شرط أم لا] ١١٦
- تنبيهات ١٢١
- الاول ان ظاهر قولهم لا يجب تسليم الاجره الا بعد العمل ١٢١
- الثانى لو كانت الاجره أيضا عملاً فان امن احدهما صاحبه فى البدأ ١٢١
- [اجره المثل مع استيفاء المنفعه] ١٢٢
- [كراهه ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجره] ١٢٦
- الثالث من شروط الاجاره ان تكون المنفعه مملوكه ١٢٧
- اشاره ١٢٧
- [القول فى الفضولى و ما يتعلق بها] ١٣٧
- اشاره ١٣٧
- الاول الصّحه [فى بيع الفضولى] ١٣٨
- اشاره ١٣٨
- [أدله المثبتين] ١٣٨

- ١٤٥ ----- [أدله المانعين من صحه الفضولى]
- ١٤٨ ----- المقام الثانى فى ذكر ما استشكل فى صحته من الفروع بعد الفراغ عن صحه الفضولى فى الجملة و فيه مسائل
- ١٤٩ ----- الاولى لا فرق فى صحته بين سبق المنع و عدمه
- ١٤٩ ----- الثانى لا فرق بين ان يقصد البائع وقوع البيع لنفسه او للمالك
- ١٥١ ----- الثالث لا فرق بين كون البائع غاصبا للمبيع او غيره سواء علم المشتري بالعقد أم لا فهنا مسألتان
- ١٥١ ----- اشاره
- ١٥١ ----- الاولى و هى ان يكون المشتري جاهلا
- ١٥٢ ----- و اما الثانى و هى ان يكون المشتري عالما
- ١٥٣ ----- الزابعه كما يصح العقد الفضولى فى البيع كك يصح فى الثمن
- ١٥٣ ----- اشاره
- ١٥٤ ----- فروع
- ١٥٤ ----- الاول لو اجاز المالك البيع الذى قصد البائع لنفسه
- ١٥٥ ----- الثانى لو باع شيئا فى ذمه غيره او اشترى شيئا فى ذمته وقف على اجازته
- ١٥٦ ----- الثالث لو صرح العاقد بكون العقد لغيره و لم يقيد الثمن او المثلن بدمه الغير
- ١٥٦ ----- [فى جريان الفضولى فى المعاطاه]
- ١٦٣ ----- المقام الثالث فى الاجازه و موضوعها و شرائط تائيرها فهنا مقاصد
- ١٦٣ ----- الاول فى الموضوع و بيان ماهيته و ذكر ما يعتبر فيها و ما لا يعتبر و فيه مسألتان
- ١٦٣ ----- الاولى يعتبر فيها العلم برضاء من له الامر حاصل من فعل او قول او غيرهما
- ١٦٥ ----- الثانى الظاهر عدم اعتبار اللفظ فيها فضلا عن لفظ مخصوص
- ١٦٦ ----- المقصد الثانى فى شروط تائير الاجازه بين ما يتعلق بها او بالعقد المجاز او بالمجيز و هى امور
- ١٦٦ ----- الاول ان لا يسبقها رد
- ١٦٧ ----- الثانى ان يجز فى الكل مع وقوع العقد على البعض
- ١٦٧ ----- الثالث ان يكون العقد مشتملا على شرط فاجازه بدونه ففيه وجوه
- ١٦٧ ----- احدها الصحه مراعى بقبول المشتري
- ١٦٧ ----- ثانيا الصحه منجزه مع ثبوت الخيار له
- ١٦٧ ----- ثالثها الفساد بناء على عدم قابليه العقد للتبعض من حيث الشرط

- ١٦٨ ----- الزابعه ان يزيد فى الاجازه شرطاً على العقد المجاز فيه أيضاً وجوه
- ١٦٨ ----- احدها و هو الأوجه الفساد
- ١٦٨ ----- ثانيها الضحه مع الشرط
- ١٦٨ ----- الثالث من شروطها علم المجيز باصل العقد
- ١٦٩ ----- الرابع استجماع العقد للشروط المقرره له
- ١٧٦ ----- فروع
- ١٧٦ ----- اشاره
- ١٧٦ ----- الاول لو كان باع مال الطفل عامياً عند العقد
- ١٧٦ ----- الثانى لو باع الزاهن ثم فك الزهن
- ١٧٦ ----- الثالث لو باع مال ابيه بظن الحيوه فبان ميتاً
- ١٧٩ ----- المقصد الثالث فى احكامها و فيه مسائل
- ١٧٩ ----- الاولى الاجازه كاشفه عن حصول التقل و الانتقال من حين العقد
- ١٧٩ ----- اشاره
- ١٧٩ ----- [فى أدله القائلين بالكشف]
- ١٧٩ ----- اشاره
- ١٧٩ ----- الاول ما عن جامع المقاصد و الزوضه من ان العقد سبب تام فى الملك
- ١٨٠ ----- الثانى من ان الاجازه انما تتعلق بمضمون العقد
- ١٨٠ ----- و الثالث ما عن الإيضاح من انها لو لم يكن كاشفه لزم تأثير المعلوم فى الموجود
- ١٨١ ----- و الرابع ما قال بعض مشايخنا فى جواهر الكلام من ان العلل الشرعيه ليست كالعلل العقليه
- ١٨١ ----- و الخامس ما عن غير واحد من الاعلام من ان معنى شرطيه الاجازه مع كونها كاشفه شرطيه الوصف المنتزع من وجودها المتأخر
- ١٨١ ----- السادس ما ذكره بعض مشايخنا قدّه فى كتابه من ان الاجازه ليست ناقله محضه و لا كاشفه كك
- ١٨٢ ----- و السابع ما عن المحقق الثانى
- ١٨٢ ----- و الثامن ما نقله شيخنا الاستاد عن بعض تحقيقات شيخه شريف العلماء
- ١٨٥ ----- [بيان الثمره على النقل و الكشف]
- ١٩١ ----- المسأله الثانيه لو قال المالك اجرت من هذا الان قاصدا عدم حصول النقل و الانتقال قبل الاجازه
- ١٩١ ----- [المسأله] الثالثه الاجازه لا تورث

- ١٩٢ [المسأله] الرابعه اذا قبض الفضولى المبيع و قبض الثمن
- ١٩٢ [المسأله] الخامسه ليست الإجازة على الفور
- ١٩٢ [المسأله] السادسه لو وقع عقد ان على مال واحد فضوله
- ١٩٤ [المسأله] السابعه لو ترتب العقود على المبيع او على الثمن او عليهما
- ١٩٤ اشاره
- ١٩٤ [فى تتابع العقود على المبيع]
- ١٩٥ [فى تتابع العقود على الثمن]
- ١٩٥ اشاره
- ١٩٥ الأولى ان يتعدّد العقد على ثمن واحد
- ١٩٦ الثانيه ان يتعدّد على ائمان متعدده
- ١٩٨ المقام الرابع فى الرد
- ١٩٨ اشاره
- ١٩٩ الأولى [فى مواضع الرد من مسائل]
- ١٩٩ الاول انه لا اشكال و لا خلاف فى تحققه بالإنشاء اللفظى
- ٢٠٠ الثانيه الظاهر كفايه الفعل الضريح فى تحققه
- ٢٠٠ الثالثه لو اتلف المالك المبيع كان هذا ردًا لانتفاء الموضوع
- ٢٠٠ الرابعه لو كان التصرف فيه غير مخرج له عن الملك
- ٢٠١ الخامسه لو تصرف فاسدا
- ٢٠١ المقام الثانى فيما يتعلّق بالرد من الاحكام و هنا أيضا مسائل
- ٢٠١ الأولى لو رد البيع فى البعض خاصه نفذ فى المجاز دون المردود
- ٢٠٤ المسأله الثانيه لو قلنا فى كيفية التقسيط مع اجازة الغير
- ٢٠٤ الثالثه لو كان المبيع مشتركا بين مال البائع و مال غيره
- ٢٠٥ الرابعه لو كان المبيع مشتركا بينهما من مال البائع خاصه و بين ما هو مشترك بينه و بين غيره
- ٢٠٨ الشرط الرابع من شروط الإجاره ان تكون المنفعه معلومه
- ٢٠٨ اشاره
- ٢١٣ فهنا مسائل

- الأولى ان يعمل للغير بعد ان عمل للمستأجر شيئا ٢١٣
- الثانيه من يعمل للغير تمام المدّة قبل ان يسلم نفسه الى المستاجر و له اقسام ٢١٣
- الأول ان يكون العمل للغير باجره بعقد اجاره او جعله ٢١٣
- القسم الثاني ان يعمل للغير تبرعا ٢١٥
- القسم الثالث ان يعمل لنفسه لا للغير ٢١٦
- المسأله الثالثه ان يعمل للغير بعض المدّة ٢١٨
- المسأله الرابعه ما لو عمل لغيره الكتابه ٢١٩
- اشاره ٢١٩
- هل يشترط اتصال مدّه الاجاره بالعقد ٢٢٣
- اذا سلم العين المستاجره و مضت مدّه يمكن استيفاء المنفعه لزمته الأجره ٢٢٦
- لو استاجر شيئا معيناً لا شيئا موصوفاً في الذمّه فتلف قبل قبضه بطلت الاجاره ٢٣٠
- و لو اجرها للزراعه فان كان لحرث جريب معلوم فلا بدّ من شاهده الارض او وصفها ٢٣٧
- فروع ٢٤٠
- اشاره ٢٤٠
- بقي هنا امور ينبغى التنبيه عليها ٢٤٢
- الأول انّ ما ذكرنا في الطّبيب أنّما هو في صورته العلاج بالمباشره ٢٤٢
- الثاني انّ ما ذكرناه في اتلاف النّفس في الجنايه عليها يأتي في اتلاف المال أيضا ٢٤٣
- الثالث ما ذكرنا من الضابط في سببته الاتلاف للضمان مختصّ به ٢٤٣
- يجوز استيجار المرأه للرضاع مدّه معيّنه باذن زوجها ٢٤٧
- [ما المراد بندره المنفعه] ٢٤٣
- امور ٢٤٥
- الأول جواز الاستيجار للصلاه عن الاموات ٢٤٥
- الامر الثاني [جواز استيجار خصوص الولي للصلاه عن المولى عليه] ٢٤٩
- و الامر الثالث اشتراط مراعات الترتيب في القضاء مط ٢٧١
- الامر الرابع جواز استيجار اجيرين كلّ واحد منهما على سنه ٢٧٤
- الشّرط الخامس ان تكون المنفعه مباحه ٢٨٤

- ٢٨٥ الشرط السادس ان تكون المنفعة مقدورا على تسليمها
- ٢٨٥ اشارة
- ٢٩١ بقى الكلام فيما يتعلق ببيعه مع الضميمة و فيه أيضا مسائل
- ٢٩١ الأولى ظاهر التصوص و الفتاوى عدم فائده للضميمة مع الياس
- ٢٩١ الثانية ان تكون الضميمة من مال مالك الأبق
- ٢٩١ الثالثة هل يعتبر فى الضميمة المجانسه مع المنضم اليه
- ٢٩٨ فروع
- ٢٩٨ الأول قال فى عد لو كانت الاجاره على عمل مضمون كخياطه ثوب
- ٣٠٠ الثانى لو عرض عذر مانع للمستأجر عن استيفاء المنفعة
- ٣٠٢ الثالث قال فى عد لو استأجر دارا للشكنى فحدث خوف عام يمنع الاقامه بذلك
- ٣٠٢ الفصل الثالث : فى احكامها و فيه مسائل
- ٣٠٢ الأولى اذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ [الأمر] الأول ان هذا الخيار هل هو خيار العيب او خيار تخلف الوصف
- ٣٠٥ الأمر الثانى ان عيب العين قد يكون موجبا لنقصان اجره المنفعة و قد لا يكون كك
- ٣٠٨ المسأله الثانية اذا تعدى المستأجر فى العين المستأجره [و فيه أقوال]
- ٣٠٨ اشارة
- ٣٠٩ احدها قيمه يوم العدوان
- ٣٠٩ ثانياها اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف
- ٣٠٩ ثالثها قيمه يوم التلف
- ٣١٠ رابعها اعلى القيم من حين العدوان الى حين دفع القيمه
- ٣١٠ خامسها اعتبار قيمه يوم البيع الفاسد
- ٣١٠ سادسها ما عن الوسيله فى عدوان المستأجر من التفصيل بين التعدى و التفريط
- ٣٢١ المسأله الثالثه يجب على المستأجر سقى الذابه و علفها و لو اهمل ضمن على ما صرح به الأصحاب فهنا مسألتان
- ٣٢١ الأولى وجوب السقى و العلف على المستأجر
- ٣٢٣ المسأله الثانية ضمانه للذابه لو تلفت بترك السقى و العلف

- المسأله الرابعه اذا افسد الصانع ضمن ٣٢٤
- المسأله الخامسه ان يصف الدواء و لم يباشر العلاج ٣٣٠
- المسأله السادسه من استاجر اجيرا ليفذه فى حوائجه كانت نفقه على المستاجر ٣٣٢
- المسأله السابعه اذا اجر مملوكا فافسد مالا كان او نفسا ٣٣٤
- الثامنه صاحب الحمام لا يضمن ثياب الناس الا ما اودع عنده ٣٣٥
- التاسعه اذا اسقط الموجر الاجره بعد تحققها فى الذمه صح ٣٣٥
- العاشره اذا اجر عبده ثم اعتقه لم يبطل الاجاره ٣٣٦
- الحاديه عشر اذا تسلم اجيرا ليعمل له عملا ٣٣٨
- الثانيه عشر اذا دفع سلعته الى غيره ٣٣٩
- الثالثه عشره كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه ٣٤٢
- الفصل الرابع : فى التنازع الواقع بين اثنين فى المنافع و فيه مسائل ٣٤٥
- الاولى اذا تنازعا فى اصل الاجاره ٣٤٥
- المسأله الثانيه لو ادعى الصانع او الملاح او المكارى هلاك المتاع ٣٤٦
- الثالثه لو قطع الخياط ثوبا قباء ٣٤٨
- تعريف مركز ٣٤٨

سرشناسه: رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله=حبیب الله بن محمدعلی، - ۱۳۱۲ ق

عنوان و نام پدیدآور: کتاب الاجاره [نسخه خطی]

آغاز، انجام، انجامة: آغاز نسخه: "الحمد لله رب العالمين اولو آخرا و الصلوه على محمد و آله.. کتاب الاجاره، بمعنی الاجره كما هو المعروف او بمعنی الايجار كما فی حدیث تحف العقول و محکی المبسوط.."

انجام نسخه: "ولا اجره له ای للغاصب للقطع، لانه عمل لم یاذن فيه المالك. و لله الحمد اولو آخرا و ظاهرا و باطنا"

مشخصات ظاهری: برگه: ۲۶۱، سطر ۲۵، اندازه سطور ۱۷۰×۱۰۰

یادداشت مشخصات ظاهری: نوع کاغذ: فرنگی نخودی

خط: نسخ

زبان: عربی

موضوع: فقه استدلالی

تزیینات جلد: مقوا با روکش کاغذی، با فرسودگی و پارگی، عطف با چرم حنایی، ۲۳۵×۱۷۰

حواشی اوراق نسخه: نسخه در حواشی تصحیح شده

فرسودگی ناقص بودن صفحات: روی عبارات مورد شرح و برخی از کلمات با سیاه خطکشی شده

منابع اثر، نمایه ها، چکیده ها: منابع دیده شده: الذریعه (۱۲۲/۱) و (۳۱۹/۱۳)

شماره بازیابی: ۲۸۷ - ۳۷۳۶، ۴۸۶/ع

شماره بازیابی: ۲۷۸۶-۵

شماره کتابشناسی ملی: ع ۲۷۸۶

دسترسی و محل الکترونیکی: <http://dl.nlai.ir/UI/v4b0vecf4-7842-48fe-bdb5>

۱۷a۹۰۷۴۳۶۹۲d/Catalogue.asp

المقدمه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين اولا و آخرا و الصلاه و السلم على محمد و آله و كك و لعنه الله على أعدائهم اجمعين

أحكام الإجاره

اشاره

كتاب الإجاره بمعنى الأجره كما هو المعروف او بمعنى الايجار كما فى حديث تحف العقول اجاره الانسان نفسه و محكى المبسوط مثله اسما لمصدر آجر كما صرح به بعض او مصدرا للأجر على زنه فعل كما عن نجم الأئمه حيث جعله مصدرا للثلاثى او مصدرا للأجر على زنه فاعل كما عنى الشافيه قلب الواو الفا نظرا الى مجىء فعاله مصدر الفاعل قياسا و عدم مجيئه لا فعل او بمعنى العقد المشتمل على الايجاب و القبول المفيدىن لتمليك المنفعه اصطلاحا من الفقهاء خاصه على حد سائر الفاظ العقود كلاً او جلاً و قد يقال بعدم صلاحية المقام لهذا اما اولا فلان الفصل الأول الآتى فى العقد و لا معنى لجعل نفس الشىء احد مقاصد و اما ثانيا فلأن مباحث الكتاب منها ما لا يرجع الى العقد و مباحث كتاب كل شىء لا بد و من ان يرجع اليها و لو بواسطه و بهذا يظهر عدم صلوح المعنى المصدرى باقسامه الثلاثه أيضا بل المتعين تفسيره بالمعنى الأول فان احكام الكتاب كلها من احوالها حتى ما يتعلّق منها بالعقد و العوضين و العاقد و لو بواسطه و فى المقدمات التث نظر بل الظاهر أنه ابعد التفسير و ممّا يدلّ عليه او يؤيدّه عبارته فى التبايع حيث قال و هى تمليك منفعه معلومه و بعوض معلوم فاراد بها غير المعنى الاسمى فكذا هنا و كيف كان ففیه مقاصد اربعه

الفصل الأول : فى العقد

اشاره

و ثمرته تمليك المنفعه المعلومه يعوض معلوم و لفظ الاجاره مشترك بينها و بين العقد عليها عند الفقهاء نظرا الى الاطلاق الواقع فى الموضوعين بان الفاظ المعاملات كالبيع و الاجاره و الصلح الى اخرها تارة تفسير بالعقود و اخرى بمعانيها او حقيقه فى المعانى و مجاز فى العقد بعلاقه السببيه كما عن الشهد الثانى و اورد عليه بانتفاء تلك العلاقه

لان السببيه الملحوظه فى المقام انما هى بين العقود و بين آثارها و نتائجها اعنى الملكيه و الزوجه و نحو ذلك لا بينها و بين معانيها الحاصل بفعل الموجب خاصه من غير توقف على القبول الذى لا يتم العقد الا به اعنى التمليك و التسليط قلت لم اجده

في المسالك و لا- في التوضيح لكن يمكن تصحيح العلاقة المذكوره بان المراد بالمعاني ليس مجرد الفعل اللغوي الانشائي الصادر الموجب اعنى إنشاء تملك العين او المنفعة او التسليط عليها او على البضع و ما اشبه ذلك بل هي بشرط ترتب الاثر الموقوف على القبول و هذا تبنى على كون الافعال التوليدية حقيقه في المقدمات المقرونة بالنتيجه فلا يصدق الاحراق و التعليم و الاستفهام على ما يباشرها المحرق و المعلم و المفهم من المقدمات لما بعد تحقق الاحترق و العلم و الفهم و هذا اولى من الالتزام بالاشتراك و يحتمل العكس و ان لم نجد مصرحا به فيكون حقايق في نفس العقود و مجازات في معانيها بناء اعلى اختصاص الاصطلاح بنفس العقود و كون التفسير بالتمليك مثلا ضربا من المجاز و يؤيده تغلب الاطلاقات على العقود على الإطلاق على المعاني كما لا- يخفى على المعاني على المعنى الثابت لها في العرف العام لأن المغايره فيها و بين تلك المعاني المبوّه في الفقه انما هي بالاطلاقات و التقديم ان التعريف المذكور منتقض طردا بالصيالح الواقع على المنافع كما في ضه و هبتها المعوضه كما في لك و العاريه المعوضه كما قيل و اجيب عن الاول بان الصيالح ليس من التمليك و ان افاد فائدته احيانا بدليل قيامه مقام البيع و الاجاره و سائر العقود فان ذلك يدل على كونه موضوعا للقدر المشترك بين الكل لان تملك العين غير تملك المنفعه فلو كان معناه التملك لزم الاشتراك الفاسد قطعاً اللهم الا ان يلتزم بما هو اوضح فسادا من جعله مرادفا للتمليك و مع ذلك فحيث يقوم مقام البراء لا بد ان يكون له معنى اخر فالاشتراك بحاله و هذا الجواب جيد لكن لو اجيب بان الصيالح على المنفعه ان قصد به التملك فهو داخل في الحدود بناء اعلى الموسعه في الفاظ العقود كما يأتي و ان قصد به معنى اخر غير التملك كالتسالم فلا نقض لكان اجود لان هذا ينفع في عبارته الكتاب و غيرها بخلاف الاول فانه لا يجدى الا في تعريف النافع و اللّمعه و نحوهما ممّا عرف الاجاره فيه بالتمليك و اما ما جعل ذلك فيه ثمره لعقده فالنقض بحاله كما لا يخفى و من هنا يظهر ان جعل التملك جدا اولى من جعله ثمره خلافا للمسالك فزعم الاولويه معكوسه نظرا الى كون الشىء ثمره شىء ينافى كونه ثمره لغيره أيضا فما جعله المص يسلم عن النقض المذكور بخلاف التحديد بنفس التملك كما في النافع و اللّمعه و يضعف بان ذكر الثمره في المقام يفيد الحصر لكونه بمنزله الحد فلا بد لها من المحافظه على الطرد و العكس و بالاشتراك يحتمل الانعكاس فهما مشتركان في النقص و اما ايراده قده ثانيا على ما في الكتاب بان تملك المنفعه ليس ثمره للعقد بل الايجاب الذي هو جزء العقد في دفع بما عرفت في تصحيح العلاقة السببيه و هو اولى من التفصي عنه بان جعله ثمره لنفس العقد من باب نسبه الشىء الى جزء السبب لما فيه من التعسف و بعد التوجيه و عن الثاني بان الهبه يعتبر في ماهيتها ان لا يكون في مقابل الملك اعنى الموهوب عوض و ان كان في مقابل التملك بخلاف الاجاره اذ المعتبر فيها ان يكون العوض مقابلا للملك اعنى المنفعه فهى كالبيع مبادله مال بمال قلت اصل النقص

ص: ٤

بالهبه المعوضه مبنى على صحه هبه المنافع و ليس ككك و الجواب المذكور المذكور في نقض تعريف البيع بها و لا- مساس بالمقام و عن الثالث بمثل ما اجيب به عن الهبه لان شرط العوض انما هو في مقابل التسليط على المنفعه لا في مقابل المساط عليها اعنى نفس المنفعه قلت ان الهبه اباحه للمنفعه مشروطه او مطلقه و ليس فيها تملك شىء اصلا بقى شىء و هو ان الجعالة بذل للأجره في مقابل المنفعه كالإسلاف في البيع و اخراجها عن الحد اذا كانت الاجره أيضا منفعه يتوقف على كونها من الايقاعات كما هو احد القولين فيها و ظاهر المص حيث ذكرها في الايقاعات بعد الاقرار او على ما سبق من ان ماهية الجعالة اعتم من تملك المنفعه و كون بعض صورها ككك كالصيالح على المنفعه لا يصلح نقضا باعتبار عدم تعيين العوضين مبنى على

كون اسامى المعاملات اسامى للصحیحه عند الفقهاء و هو غير بعيد كما ادّعه الشّهد و ان لم يكن كك في العرف العام و الادله الشرعيه التي هي مناط استنباط الاحكام لكن و يخلت ح جميع حدود المعاملات لما فيها من الاخلال بذكر الشروط كما لا يخفى و أيضا ينقض كما في ضه باصداق المنفعه لكن تفصى عنه بقيد عوض معلوم لان البضع ليس معلوما قلت معلوميه كل شىء بحسبه و معلوميه البضع تحصل بتعين المرأه و تعين كونها بكرًا او ثيبه و نحوهما من الاوصاف المختلفه باختلاف رقبات الناس فالصواب منع كونه عوضا لوضوح كون المراد به المالىات و لذا لا يعد الثواب عوضا في المقام و الا انتقض الحدّ بمثل السيكنى و الرقبى و اعاره المنفعه في وجه لأجل تحصيل الثواب بل لو كان البضع مالا لكان عدّه من المنافع اولى من جعله من الاعيان فينتقض حدّ الاجاره بالنكاح سيما المنقطع و ان امكن التفصى عنه بان المهر ليس من اركانه و كيف كان فيفتقر العقد في تحققه الى ايجاب و قبول دالين على التملك المذكور و يمكن ارجاع المستتر الى معنى العقد فيكون الافتقار اليه في اللزوم خاصه و اما الصّحه ففيها بحث مذكور في كتاب البيع لاتحاد طريق المسألتين و

[القول في المعاطاه]

اشاره

محصوله أنهم اختلفوا في حكم المعاطاه في البيع على اقوال و المراد بها ان يعطى احد الاثنين شيئا الاخر عوضا عمّا يأخذه او اخذه

احدها اللزوم

كما عن المفيد و هو موافق لما عن ابي حنيفه حيث قال بانها تبع صحيح لاین ظاهر كونها كك اللزوم مضافا الى ما عنه من التصريح بانّ التعاطى يكفى و لا يحتاج الى الإيجاب و القبول

و ثانيها اللزوم أيضا بشرط ان يكون الكاشف عن التراضى لفظا لا فعلا

عزى الى بعض معاصرى الشّهد الثانى و بعض المتأخرين من الاخباريين

و ثالثها الإباحه المجزّده عن الملك

و هو المعروف بين من تقدّم على المحقق الثانى و قضيه اطلاق الاباحه في كلامهم اباحه جميع التصرفات حتى الموقوف منها على الملك

و رابعها اباحه التصرفات الغير الموقوفه عليه خاصه

كما عن ظاهر الحواشى المنسوبه الى الشّهد حيث منع عن اخراجه في الخمس و الزكاه و وطى الجاريه و عن ظاهر المبسوط و السرائر و القواعد في اهداء الهدايه بدون الايجاب و القبول أيضا انه يجوز جميع التصرفات سوى الوطء في الجاريه و مقتضى

ذلك القول في به البيع بطريق اولي

و خامسا عدم الاباحه أيضا

كما في المعاوضه الفاسده كما عن العلامه في النّهايّه و ان رجع عنه على ما قيل

و سادسا الملك الجائر المترزل قبل تصرّفهما

او تصرّف احدهما في العوضين كما عليه المحقق الثاني زاعما أنّه مذهب كلّ من قال بالاباحه

و على ما زعمه ينحصر الاقوال في

ص: ٥

الخمسه و نقل بعض مشايخنا قده في جواهر الكلام عن بعض مشايخه أنّه جعل المعاطه الجاريه بين الناس و معاوضه مستقله فيراعى فيها ما هو ثابت لمطلق المعاوضه و يجرى عليها احكامها لا احكام العناوين الخاصه كالبيع و الاجاره و نحوهما و لهذا يصير الاقوال الستّه ثم ان الاباحه يحتمل كونها شرعيه كما هو ظاهر اكثر القائلين بها على ما يأتي و كونها مالكيه انشاها المالك في مقابله اباحه الاخر فيكون اباحه معوضه باباحه كالهبه و العاريه المعوضتين او إنشاء اباحه شىء مقابل شىء و في تعقله في الاباحه نحو خفاء و هذا اعنى الاباحه المالكيه خيره بعض مشايخنا في جواهره فالاحتمالات و الاقوال ح تسعه و قبل التكلم حكم في المسأله ينبغي تحرير محل الخلاف و اعلم ان التعاطي قد يكون على وجه الاباحه و قد يكون على وجه المبايعه و المبادله على سبيل مانعه الخلو فلا- يتصور ثالث او رابع خلافا لبعض مشايخنا قده ففرض ثالثا بان يتعاطيا توصّلا الى مجرد الاخذ و الاستيلاء او رابعا بان يتعاطيا قاصدين للتملك المطلق دون البيع و قد يناقش في الاول بامتناع خلق الدّفْع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحه او العاريه او الاجاره و يمكن دفعه بان الفعل في المقام كاللفظ في العقود و قد يكون مسلوب المعنى نعم لا- بدّ في الفعل الاختياري من غرض فاذا كان هو محض التوصل الى الاخر ثم الفرض الثالث و في الثاني بان حقيقه البيع في الايمان ليست سوى التملك فقصد التملك المطلق عين قصد المبايعه قلت لو قلنا باعتبار لفظ مخصوص في البيع شطرا او شرطا للماهيته لم يكن قصد التملك بمجرد بيعا و الظاهر انه قده مذهب في البيع ذلك فيتم الفرض لكن يردح ان قصد المبايعه في المعاطه لا- يكون قسما اخر مقابلا- لقصد التملك المطلق فلا- نسلم أيضا ترييع الاقسام و كيف كان محل الخلاف هو احد القسمين الاولين بل كلام و لا اشكال فليل أنّه الاول و هو مختار بعض مشايخنا قده جاز ما به مصرا عليه قائلا ان احتمال كون الثاني محل كلام الاصحاب لا يليق باصاغر الطلبة و جعل استاد العلامه قده وفاقا للمحقق الثاني و المحكى عن غير واحد من المتأخرين محل الخلاف الصوره الثانيه نظرا الى ظاهر كلمات الاصحاب بل صريحهم حيث فرعوا على اعتبار اللفظ في البيع فساد المعاطه بين من صرّح بأنّها ليست بيعا و بين من صرّح بانها مع فاسد فلو كان الكلام في المعاطه مع عدم قصد المبايعه و المبادله بل مجرد الاباحه و التسليط على التصرفات كان الفريع من افحش الأغلاط و كيف يتوهم أنّهم جعلوا من ثمرات اعتبار اللفظ فساد ما لم يكن فيه إنشاء تملك اصلا و أيضا الخلاف في المسأله قبل المتأخرين كان بين ابى حنيفه و اصحابه و بعض اخر من العامه و بين الاصحاب و مذهبهم الاكتفاء بالمعاطه بيعا صحيحا و مذهب الاصحاب عدم الاكتفاء بها بيعا بل اباحه

للتصرّفات و هل يعقل قولهم بتحقيق البيع مع قصد المتعاطيين الاباحه او كون الخلاف بينهم و بين الاصحاب لقطيا و أيضا نظرهم الى بيان حكم ما هو المتعارف في الاسواق و الاعصار من المعاملات المجزّه عن الصّيغه و الضروره حاكمه بان غرض الناس فيها ليس الا الاكتساب و المبادله و مع ذلك كلّ فالمدى دعاه الى جعل محلّ الخلاف الصوره الاولى ليس سوى استبعاد قولهم بالاباحه مع فساد المعاوضه مع اتّفاقهم كلاً أو جلا على عدمها في المعاوضات الفاسده و مخالفه قاعده تبعيه العقود للمقصود كما صرّح به المحقق الثّاني نظرا الى كون الحاصل اعنى الاباحه غير مقصود للمتعاطيين و المقصود و هو الملك غير حاصل

ص: ٦

لكن الاستبعاد اذا كان معارضا بابعده يجب المصير اليه و هو امور منها رفع اليد عن ظهور التفريع و منها رفع اليد عن ظهور كون النزاع بينهم و بين العامه معنويًا و منها رفع اليد عن انصراف تمثيلهم للمعاطاه بما يجرى بين الناس من المعاملات الى صوره فصد التّمليك و هو ابعده من الكلّ اذ فيه من التعميه في الكلام و الاغراء و الجهل و الضّلاله مالا يخفى حيث يطلقون الحكم بالاباحه ح في الامثله المذكوره و يريدون منها ما يتبادر منها غيره و في ذكر المطلق لو سلم عدم الانصراف و اراده المفيد من غير دلالة عليه و من هنا يظهر أنّ مجرد تنزيل كلماتهم على الصوره الأولى لا يجدى في محافظه القواعد المذكوره الا بعد الالتزام بمخالفه قواعد اخر اتقن و إلا عاد المحذور لأنّهم ان اراد و الاطلاق لزمهم أيضا الخروج عن القاعدتين و لو في بعض الافراد و هو ما لو قصد التّمليك و المعاوضه فلا بد ان يقولوا فيه بمخالفه القصد للقصد و تأثيرا للإذن الضّمني في حل التصرفات و ان ارادوا خصوص ما لو قصد الاباحه فقد خالفوا ما عليه طباق العقلاء من قبح ذكر ما له ظاهر و اراده خلافه من دون نصب قرينه و لا يرد مثل ذلك لو جعلنا محلّ الكلام صوره قصد التّمليك لان الانصراف المذكور كاف قرينه عليه فضلا عن ظهور كلماتهم في ذلك من الجهات المشار اليها و منها أنّهم ان ارادوا بالاباحه جميع التصرفات حتى ما يتوقّف منها على الملك كالبيع و العتق و التّكاح و امثالها فقد خالفوا القواعد المحكمه المسلمه بينهم في غير المقام و ان ارادوا خصوص غير المحتاج الى الملك كان عليهم نصب القرينه على التخصيص و لو قيل أنّ عموم القواعد المذكوره قرينه على التخصيص قلنا الأمر بالعكس لأنّ كلامهم في المقام يجرى مجرى المخصّص و اطلاق المخصّص حاكم على اطلاق العام و لو سلم عدم كونه اخصّ نظرا الى كون التّسبه بين قولهم لا- بيع ألما في ملك و قولهم المعاطاه يفيد اباحه التصرفات عموما من وجه مع أنّ فيه تأملا فلا ريب ان اطلاق الاباحه اظهر كما لا- يخفى على من راجع كلماتهم و لذا قل من استثنى التصرف الموقوف على الملك بل عن المسالك نسبه عموم التصرفات الى القائلين بالاباحه و ممّا ذكرنا يندفع أيضا ما يقال من أنّ غايه ما في الباب قيام بعض الظواهر في كلماتهم على كون محلّ الكلام الصوره الثانيه و هو لا- يصلح للخروج عن مقتضى القاعدتين المحكمتين فكم من ظواهر الاخبار و الآيات يصار عنها لأجل مراعاة القواعد فلا بدّ من التّأويل و ارتكاب خلاف الظاهر في المقام أيضا وجه الاندفاع ان التأمّل في كلماتهم يفيد القطع بحيث لا يبقى مجال للتّأويل و ان امكن في بعضها فظهر ان الاقوال المذكوره حتّى المشهور منها اعنى الاباحه أنّما هي في الصوره الثانيه خاصّه فالصّوره الأولى خارجه عن المعاطاه المتنازع فيها فلا يأتي فيها كلّ حكم اجمعوا على ثبوته في العوضين في المعاطاه مخالف للقاعده مثل صيروره احدهما ملكا لازما بتلف الاخر سماوى او غيره فلو علم من قصد التعاطيين الاباحه دون المعاوضه فلا- نلتزم فيها بذلك و ان كان مجمعا عليه في المقام كما أنّه لو انعكس فلو جعلنا محلّ النزاع الصوره الاولى خاصّه كان اللازم الحكم بعدم اباحه التصرفات في صوره قصد التّمليك و المعاوضه و لا يلتفت الى كونها مجمعا عليها في المقام أيضا و هذه ثمره تعيين محلّ النزاع ثمّ نقول كما أنّه يعتبر فيه قصد التّمليك كل يعتبر فيه وجود جميع شرائط اللفظ و

و استناد البطلان و عدم صحته كونه بيعا الى خصوص فقدان الصيغه فلو تعاطيا على مبادله مجهول بمثله او على معامله لا تقع بيعا و لو مع الصيغه لم يجز عليه حكم المعاطاه و لازمه عدم اباحه التصرف أيضا اذا تحقق ذلك فقول امتن الاقوال دليلا قولان قول المفيد و هو اللزوم لأنه موافق للأصول و العمومات كتابا و سنه و الثاني قول المحقق الثاني و حيث ان قول المفيد على فرض ثبوته إنما هو بعد الفراغ عن افادتها الملك فلنتكلم أولا في أنها تفيده الاباحه كما هو المشهور بين من تقدم عن المحقق الثاني و عليه جماعه من المتأخرين و كان منهم صاحب الرياض او تفيده الملك كما عليه المحقق الثاني و كثير ممن تأخر عنه و استدلوا عليه بآيات منها قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و طريق الاستدلال به من وجوه احدها ان المراد بحليته حليته ما يترتب عليه من الآثار و هي ملزومه للصيغه لأن آثار المعامله الفاسده حرام و لذا يستدل بتحريمها على فسادها كما تحقق في الاصول و ثانيها ان تحليل المعامله امضاء لما حسبما يجرى عليه بين الناس و لا يغنى بالصحة الا كونها محلًا لامضاء الشارع على ما هي عليه و ثالثها ان المتبادر من تحليل المعامله عرفا هي الصيغه ابتداء و مرجعه الى الثاني و يمكن المناقشه فيه اولا بان الاستدلال بها مبني على احراز كون المعاطاه بيعا و فيه منع اما لكونه اسما للصيغه صحيح شرعا كما عن قواعد الشهيد و يمين المسالك التصريح بان اسامي العقود اسامي للصيغه مستدلا بعلايم الوضع من التبادر العرفي و صحه السلب او لأن حقيقه البيع عرفا لا ينفك عن الصحة فهو من الامور التي لا ينقسم الى صحيح و فاسد كالوطى و الكسر و نحوهما من الافعال الخارجه التي ليس لها فرد فاسد و لو سلم كونه اسما لخصوص الايجاب الصادر من البائع القامل للتأثير و غيره فيأتي فيه ما سبق منا في الافعال التولديه مطلقا او في بعض المواد من عدم صدقها على المقدمات الا بعد ثبوت النتيجة كما في الاستفهام و التعليم و الاحراق و ما اشبهها و الى احد الامرين ينظر ما عن الغنيه من دعوى الاجماع على ان المعاطاه ليست بيعا و ارجاعها الى دعوى عدم كونها بيعا لازما تاويل بلا دليل و لا شاهد له و كذا كل من صرح بانها ليست بيعا من الاصحاب و هم الجل او الكل فان ظاهره أيضا نفى الماهيه و ثانيا بان ظاهرهم الاجماع على اعتبار الصيغه في البيع فهي لو لم تكن شرطا عندهم للصدق فلا أقل من كونها شرطا للصيغه و دعوى أنها شرط للزوم دون الصيغه لا شاهد لها بل استقرار طريقتهم على المحافظه على ضبط صيغ العقود و البحث في كفيته و في شرائطها دليل على اعتبارها في الصيغه و يؤيده تعرضهم لكيفيه الافعال حيثما هي كافيه فيه كالعقود الجائزه و ثالثا بحديث انما يحرم و يحلل الكلام المعمول به بين الطائفه في الجملة و لا يقدح فيه على عدم العمل بعمومه و اطلاقه اذ غايته الاجمال من حيث المورد و من حيث الكلام لو لم نقل بان مورده خصوص العقود اللمازمه فلا يأتي في الإجاره و لم نقل بالمواسعه المطلقه في صيغ العقود فيؤخذ بالقدر المتيقن و يعمل به في خصوص العقود اللمازمه و في اعتبار الالفاظ المخصوصه فهو مطلق مطرد و مقيد بمجمل و دخل فيه البيع بل مطلق العقد اللمازم قطعا و رابعا بان تحليل البيع لا يدل على ازيد من اباحه التصرفات و هي غير مستلزمه لحصول الملك من حين المعاطاه فيجمع بين مفادها و الاصل بالتزام بتحقيقه لنا ما قبل التصرف الموقوف عليها فالثمرات المذكوره بين القول بالاباحه و الملك كالنماء المتجدد و نحوه بحالها

نعم لو خص القائل بالاباحه بغير ما يحتاج الى الملك كمن عرفت كان اطلاق الآيه حجه عليه لكن له الجواب عن ذلك بجعل

دليل التوقيف قرينه على التخصيص و خامسا بان مساق الآيه مساق قوله تعالى أقيموا الصلوة و آتوا الزكاة* من حيث ورودها في مقام تشريع الحكم الالهي فلا اطلاق لها عند الشك فيه شطرا او شرطا هذه قصوى ما يقال في تزييف الاستدلال بها و في الكل نظر اميا الاول فللاصل و عدم دليل ثبوت الحقيقه الشرعيه و قول الشهيدين مع عدم دلالتها عليها اذ من المحتمل بل الظاهر من حيث ذكرهما ما ذكره في فروع بحث اليمين ارادتهما بيان حال اسامي العقود عند المتشرعه دون الشارح ناش من الاخبار غير ناهض حججه على ثبوت الحقيقه الشرعيه و منه يظهر ضعف الاستشهاد عليها بسلبهم اسم البيع عن المعاطه مع ان نفى الجنس في نفسه مجمل مردد بين نفى الماهيه و نفى الصيحه نفى الكمال و نفى الوصف الظاهر هو في المقام اللزوم كما لا يخفى على من سير موارد استعماله و اطلع على ما تحقق في الاصول و اما احتمال كون البيع موضوعا للصيحه في العرف و عدم انقسامه الى الصيحه و الفاسد فهو على فرض تسليمه غير ظاهر لان المتبع أيضا هو الصدق العرفي و لا ينافيه خطاء العرف في الموارد التي ثبت فسادها عند الشارع لان الاصل في الصدق هو الإصابه الا ما ظهر خلافه كما ان الاصل بعد احراز الصدق العرفي هو الصيحه الا ما ثبت فساده لو جعلناه في العرف موضوعا للأعم من الصيحه و الفاسد نعم يتطرق الأشكال في الأصل على التقدير الاول بان الرجوع الى العرف في الموضوعات و احراز وجودها كاحراز كون هذا ماء ان لم يرجع الى الاشتباه في مدلول اللفظ و معناه بل الى الاشتباه في المصدق بعد تبين المفهوم يتوقف على حصول العلم بحكمهم و لا يعول فيه على الظن كما لا يخفى فكيف يكتفى بصدق المنع عرفا على تقدير اتضاح مفهومه و اشتباه مصاديقه لكن يمكن دفعه بان حكم الشارع بحليته بناء على كونه في العرف اسما لخصوص الصيحه لا- محصل له الا بعد الاكتفاء بالصدق عرفا و الا لكان من إيضاح الواضحات حيث يكون معنى أحل الله البيع انه تعالى حلل آثار ما هو في الواقع و نفس الامر بيع صحيح مفيد للأثر المقصود فالترخيص في البيع و تحليله يكشف عن اكتفاء الشارع في احرازه بحكم العرف الى ان يرد منه نهى عنه و الحاصل ان البيع اما اسم عرفا للأعم من الفاسد فيتمسك ح بعموم الآيه على حليه المعاطه و اما اسم لما لا يقبل سوى الصيحه مع الاعتماد على العرف في احرازه و على التقديرين ثم الاستدلال و اما الثاني فبالمنع أيضا صغرى و كبرى لان الاجماع على اعتبار الصيغه في الصحه غير مظنون فضلا عن كونه معلوما و هذا المحقق الثاني يزعم ان مذهب الأصحاب كون المعاطه بيعا صحيحا مفيدا للملك و قد ذهب الى الملكيه اللأزمه من القدماء المفيد قدّه و مال اليه غير واحد من الأعلام كالأردبيلي و غيره على ما عزی اليهم و الى الملكيه المترزله جمع كثير من المتأخرين فكيف يظن او يدعى الاجماع في المقام و لو سلم فأنما هو اجماع بين اكثر من تقدم نشاء من شبهه عرفت لهم لا- نعلمها كاجماعهم على اعتبار نيه الوجه في العبادات و نحوها من المسائل التي اشتهرت بينهم و لا اصل لها و اما الثالث فلان الملك الجائر المترزل يمكن سلب حرمة على ناقله لجواز التصرف له و لو بالفسخ و الرجوع و أنما الممنوع عن التصرف فيه حقيقه هو الملك اللازم الموقوف على الكلام فالحديث لا ينافي القول بالملك الجائر اصلا و اما الرابع فلان اباحه التصرفات من دون حصول الملك ليست تحليلا للبيع حقيقه

ص: ٩

تحليلا لشيء اخر ضروره اقتضاء بالنسبه ماهيه البيع اليه للتمليك كما ان تحليل العسل و التمر مثلا يستلزم تحليل ما فيها من اللذه و الحلاوه سلمنا لكن عموم اباحه التصرفات مع ضم ما دل على انه لا عتق الا في ملك مثلا يدل على حصوله و دعوى انه لا ملازمته بين العتق و الملك الا- بالاجماع المفقود في المقام واصله الضعف كدعوى الجمع بينها و بين الاصل بالتزام الملك عند التصرف خاصه لأن هذا و ان كان ممكنا لما انه يحتاج الى دليل و لا يقبضه قاعده الجمع بين الأدله اذ لا يرتاب في ان

المستفاد من قوله لا- عتق ألما في ملكك وقوله تجوز عتق الساخوذ بالمعاطه كونها سببا للملك بعد فرض عموم الاوّل و عدم تخصيصه بالإجماع و أما الخامس فلاّنه قول عن خراف غير معتمد على شاهد و أنّما نقول في مثل اقيموا الصّلاه بالاجمال من جهة كون الصّلاه مجملا- و هذا اصل مطرّد في كلّ حكم تعلق بموضوع مجمل فانّ اجمال الموضوع دليل على عدم اطلاق الحكم و وروده مورد التشريع مع ان طريقه الاصحاب فيه على وجه بناء على الاستدلال بالآيه في موارد شتى لا- يخفى على الخبير المطّلع و منها قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ و الكلام فيه مثل الكلام في الآيه الاولى حرفا بحرف و منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و وجه الاستدلال به على ما قرره بعض المتباعدين عن الضلال ان العقد هو العهد لغه و عرفا كما عن تفسير على بن ابراهيم في مصحّحه ابن سنان فيشتمل كلّ ما فيه معاهده قولاً او فعلاً و دعوى ان مقتضاه اللزوم المفقود في المقام بالإجماع فلا يأتي في المعاطه مدفوعه بان جواز العقد لا ينافى وجوب الوفاء به ما دام كونه باقيا غير منفسخ لان جواز الرجوع شىء و وجوب العمل بمقتضى العقد قبل الرجوع شىء اخر و لا منافاه بينهما قلت لو لا ذلك لم يدلّ على اللزوم مع الصّيغه أيضا لجواز الفسخ بخيار المجلس فيختصّ مورده ح بمثل النكاح و الصّالح مما ليس فيه خيار المجلس و بناء الاصحاب على خلافه و الى هذا ينظر ما قيل من ان معنى الآيه وجوب الوفاء بالعقد مط ان لازما فلازم و ان جائزا فجائز فيشمل العقود الجائزه أيضا و الّا فلا مفهوم محصل له ان اريد منع دلالتها على اللزوم و حتّى ثبتت من الخارج جواز الفسخ او الرجوع و يمكن المناقشه فيه بعد المساعدة على صدق العقد على المعاطه مع انّ للمنع فيه مجالا نظرا الى ما قيل من انّ معنى العقد هو العهد الموثّق و لا وثوق الّا مع اللفظ بان المتبادر من وجوب الوفاء بالعقد هو القيام عليه و عدم البناء على خلافه دون الالتزام بالآثار و لذا يستهجن استعمال وجوب الوفاء في سائر اسباب الملك كالإرث و نحوه و السّر فيه انّ العقد هو العهد و الوفاء بالعهد مقابل لنكته و الاعراض عن نفسه لا عن آثاره و لذا لا يعد سرقة البائع المبيع نكثا له فهى بالدلاله على عدم جواز الرجوع اولى من دلالتها على وجوب العمل بمقتضاه و توضيح المقال ان تصرف الناقل فيما نقله يتصوّر على وجهين احدهما ان يتصرّف فيه بانيا على العدو ان و الظلم مثل ان يتصرّف في سائر اموال صاحبه و ثانيهما ان يتصرّف فيه بانيا على الرجوع عن عهده مريدا لنكته و خلفه مثل عمل التّادم عن الوعد عملا مخالفا لمقتضاها رجوعا عن وعده و من الواضح ان الاوّل لا يعد خلفا للعهد و لا مناف للوفاء و الثانى عين الرجوع المتنازع فيه فالامر بالوفاء أنّما يدلّ على عدم الرجوع لا على عدم التصرف المنافى لمقتضى العقد لا يقال الرجوع عن العقد ان كان نافذا في الواقع فلا معنى للتّنهى عنه و الّا لم يكن معقولا فكيف ينهى

ص: ١٠

عنه لأننا نقول ان الامر بالوفاء ح يكون ارشاديا كالتّواهي المتعلقة بالمعاملات بناء على ما هو الحق من عدم حرمتها ذا تأمل تشريعا و ممّا ذكرنا يظهر امكان القول بدلاله الآيه على اصاله الجواز عكس ما هو المشهور من دلالتها على اصاله اللزوم نظير ما استدللّ به ابو حنيفه على دلاله التّنهى في المعاملات على الصّححه لكنه ضعيف و كضعف أ ليس عليه ثمّ لو سلم عدم ظهور الوفاء في المعنى الثّانى فلا أقلّ من الاحتمال الكافى في منع الاستدلال فلا دلاله لها على الصّححه الا فيما هو لازم من العقود كما عليه الكلّ او الجمل و هذا أيضا يدلّ على صحّحه المعنى الاخر و فساد المعنى الاوّل لأنّ مقتضاه عدم نهوض الآيه في اثبات اصاله اللزوم في العقود كما لا- يخفى و يأتي تحقيق ذلك ان شاء الله هذا و اورد على الاستدلال بها في الرّياض بانّ المراد بالعقود العقود المتعارفه في زمان صدورها فلا بدّ من احراز تعارف العقد اولا ثمّ الاستدلال بها على وجوب الوفاء به و تبعه فيه غيره و ليس بوجيه لأنّّه خروج عن ظاهر ما يقتضيه الجمع الحلى بلا دليل و قصوى ما يقال ان البناء على عمومه يستلزم تخصيص الاكثر

لخروج العقود الجائزه و الفاسد مط فيحمل على المعهود و فيه أنه لو سلم فليس من المخصص بل من تقييد مادّه العقد لا تقييد بالاكتر غير معيب بل كل تقييد تقييد بالاكتر كما لا يخفى و قد يستدل أيضا على حصول الملك بالمعاطه بالاخبار الوارده فى المعاملات كقوله ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ع لا- يحل مال امرء الا بطيب نفسه و قوله ع الناس مسلطون على اموالهم و تقريب الاستدلال بالاول كتقريب الاستدلال بالآيه الاخيره و الجواب الجواب و تقريب الاستدلال بالثانى ان التمليك تحليل للمال عن طيب فيحمل بمقتضى الروايه و فيه ضعيف واضح لان التمليك ليس فيه من التحليل شىء و لذا لا يفيد العقد الفاسد اباحته اصلا مع ان الاستدلال مبنى على كون الاستثناء من النفى اثباتا و هو و ان كان مشهورا الا أنه على فرض صحته قضيته مهمله لا تنتهض حجّه فى موارد الخلاف و الاشكال و تقريب الاستدلال بالثالث ان التمليك كيف شاء أيضا من وجوه السيلطنه على المال فيجب ثبوته فى المعاطه و يضعف اولا بان مقتضى الجمود على الظاهر التسلط على التصرفات فى موضوع المال و اخراج المال عن الملك و المائيه الثانيه للمالك ليس تصرفا فى المال و ثانيا بان السيلطنه على التصرف لا يقتضى للسيلطنه على جعل السبب له و تشريعه فى ماله سبب من التصرفات و لذا لا ينافى الحديث لما دل على توقف النكاح على الصيغه حتى فى الامام فالاولى الاقتصار فى الاستدلال على الآيه الاولى و فيها كفايه مع الاعتضاد بالسيره القويه الجاربه على التصرفات الموقوفه على الملك الكاشفه عن امضاء الشارع و المناقشه فيها بانها من المسامحه التى نشأت من عدم مبالاة الناس بالمسائل كالسيره الموجوده بين النسوان فى عدم ستر الشعر و البدن خصوصا بعد ملاحظه تصريح الاصحاب باعتبار الصيغه فى العقود اللأزمه موكول دفعها الى الانصاف و اما المناقشه بانها استقرت على التصرفات الموقوفه على الملك و هذا لا يستلزم حصول الملك من حين المعاطه بل من حين التصرف مدفوعه اولا بامكان دعوى بناء الناس على الوجه الاول و ثانيا بان الثانى امر غريب لا يلتفت اليه فقيه اذا دار الامر بينه و بين الوجه الاول و يعضدها أيضا بل يدل عليها امور ذكرها دليلا او مؤيدا للقول بالملك و ابطال القول بالاباحه كاشف الغطاء

ص: ١١

فى محكى شرحه على القواعد منها ان الفريقين اتفقوا على حصول الملك بالتصرف فيكون التصرف او ارادته من المملكات و ان لم يخطر ببال المالك الاول الاذن فى ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك فاجيب بانه لا باس بالتزامه هنا بين الاصل و جواز التصرف و توقف بعض التصرفات على الملك كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطى و البيع و العتق و فيه أنه انما يتجه مع انحصار الامر فيه و ليس ككك لإمكان القول بالملك من اول المعاطه و لا ريب فى ان هذا اولى كما عرفت سابقا و منه يظهر فساد القياس بتصرف الواهب و ذى الخيار مع ان بينها فرق اخر و هو ان سبب الملك فى المقيس عليه هو الرجوع و البناء على حل العقد الاول و ان اشترط بالكاشف و هذا غير كون اراده التصرف مملكا فان من القياس اثبات امكان ذلك فلم يكن محتاجا اليه لأن الأحكام الشرعيه تتبع الدليل و لا استحاله فى ثبوتها مط و ان اريد نفي الغرابه فالمقصود غير حاصل اذ لا غرابه فى كون الرجوع القلبي مطلقا او مع الكاشف مؤثرا فى انحلال العقد و لذا شرع الاقاله للتأدم بخلاف كون اراده التصرف مؤثرا فى حدوث الملك فأنه امر غريب مختص بالمعاطه بل لو قيل أنه قول بالملك بلا سبب لم يكن بعيدا و استراح من جعل محل الكلام فى المعاطه صورته قصد المتعاطيين من مشايخنا عن ذلك بان الاباحه هنا نظير الاباحه فى نثار العرس فى توقف خروج الملك عن المبيح على اخذ الاخذ و تصرفه و هو باب معروف فى الفقه كما فى اباحه الأنفال و اباحه المعرض عنه كما ورد فى تملك البعير الذى تركه صاحبه ان سبيله سبيل المباحات قلت بعد الاغماض عن القول

بان الاعراض سبب لخروج الملك نقول بان تملك الأخذ لا يتوقف على تصرفه بل على قصده عند الاخذ فحصول الملك بالتصرف باق على غرابته فافهم و منها لزوم مخالفه العقد القصد و ان المقصود منه التمليك و فائدته الاباحه و هذا هو الذى ألجأ المحقق الثانى الى تنزيل كلمات القائلين بالاباحه على الملك المترزل فأنه و ان كان بعيدا خصوصا مع صراحه جمله منها لعدم حصول الملك الا بان مراعاة قاعده التبعية ملجئه اليه مضافا الى قربه لأن الملك الجائر من حيث كونه معرضه للزوال قريب من الاباحه و اجيب عن ذلك أيضا اولا بان المعاطاه ليست منها عند القائل بالاباحه فليس فيها مخالفه للقاعده المشار اليها على القول بها لان القول بها مستند الى دليل دل عليها لا على المعاطاه نفسها حتى يكون مستحيا استحاله وجود المعلول بلا عله قلت و يمكن المناقشه فيه بان الاباحه عند القائلين بها مستنده الى نفس المعاطاه كما عن قواعد الشهد التصريح بان منشأها الاذن الصمنى الموجود فيها و كلماتهم كالصريح بل صريحه فى ذلك غير قابله للتأويل كيف و لو كانت مستنده عندهم الى دليل شرعى تعيدا على خلاف القاعده لكان اليه فى كلماتهم كلا- او جلا- او بعضا اشاره فالقول بها مع المتعاطين التملك مخالفه للقاعده بديهيه نعم لقائل ان يقول بما ذكر من تلقاء نفسه فلا عليه بحث من هذا الجبهه و اما حمل كلمات الاصحاب عليه فلا و ثانيا بان مخالفه العقد للقصد ثابتة فى موارد كثيره فلا غرابه فيها عندهم و ذلك مثل ضمان العوضين فى العقود الفاسده بالقيمه او المثل مع كون مقصودهما الضمان بالمسمى و مثل العقد المتضمن للشرط الفاسد بناء اعلى صحته كما هو مذهب اكثر القدماء لأن المقصود منه رأيه التمليك على وجه مخصوص الى منه التمليك على وجه

ص: ١٢

مخصوص و هو غير حاصل بل الحاصل هو التمليك المجرد عن الخصوصيه و كذا بيع ما يملك و بيع ما لا يملك فانه لا يفيد ما هو المقصود و هو ملك الكل بل المعنى الذى البعض هو غير مقصود قلت مخالفه اثر العقد للمقصود قد يكون على نحو التضاد و قد يكون بالزياده و النقصان و مورد استعمال قاعده التبعية ان كان اعم فالمقصود منه فى المقام هو الاول و هو الذى لا يساعده شىء من القواعد بل يستقل العقل باستحاله و اما الثانى فلا استحاله فيه و لا تباها القواعد أيضا لأن الاثر المقصود من العقد و ان كان واحدا بسيطا فى نظر العاقد الا أنه ينحل الى جزئين او اجزاء و لا مضايقه فى تأثيره فى احد الجزئين الذهني او الخارجى دون الاخر و حديث زوال الجنس بزوال الفصل مغالطه فى المسببات الشرعيه غير مسموع لا- فى العقود و لا- فى الايقاعات كالتنذر و الوقف و نحوهما فاندفع النقص بالمثاليين الاخيرين و اما المثال الاول فالجواب فيه اوضح لان ضمان القيمه ليس اثرا حاصلًا من العقد الفاسد اذ الفاسد لا اثر له اصلا بل هو مستند الى اليد و دعوى أنهم يعللون ضمان القيمه بالاقدام على الضمان فى ضمن العقد مدفوعه بان غرضهم رفع المانع عن تأثير اليد فى ضمان القيمه يعنى الاذن و المالك حيث انها توجب عدم الضمان لا- اثبات المقتضى و تمام الكلام فى محله ثم ان من جعل محل الكلام صورته قصد الاباحه يستريح من مخالفه العقد للقصد لكن اشكال الضمان باق لأن الاباحه المطلقة تقتضى عدم الضمان و اعتذر عنه بان ذلك ليس اذنا مجانا بل اذنا فى الاتلاف بعوض كما فى الاذن فى القرض و الاذن فى العمل من دون تعيين الاجره فان المقترض يضمن مثلا او قيمه و العامل يستحق اجره المثل غايه الامر ان المضمون فى المقام هو المسمى دون المثل و القيمه كما فى المقامين و هو غير قاذح بعد قيام الدليل على صحته هذا النحو من الاذن لأن مقتضى الصيحه ضمان خصوص المسمى و الا لم يكن صحيحا قلت المضمن هو الاتلاف دون التلف و منها تعلق الاحماس و الزكوات و الاستطاعه و الديون و التفقات و حق المقامه و الشفعه و المواريث و الربا و الوصايا و نحوها مما لا يتعلق الا بالاملاك بكل من العوضين مع بقاء الاخر و عدم التصرف و كذا ثبوت الفقر و الغناء

بوجودهما وعدمهما و هو محال لان ما ليس بملك كيف يقوم مقام الملك فلم لا يجوز ان يتعلّق بما هو بمنزله الملك فى الانتفاع به و يبده قلة اختصاصها بالملك امّا استفاد من الادله او مبنى على الاصل على فرض اصالتها و مع الانحصار على الاول مدفوع بظواهر تلك الادله و على الثانى بالاصل و مع دوران الامر بين مخالفه و بين القول بحصول الملك بالمعاطاه لا يسع لأحد اختيار الثانى مراعاة لأصالة العدم اذ الاصل لا يعارض الدليل و اصل واحد لا يعارض اصولا كثيره فافهم و اما الخمس و ساير الحقوق فمنع تعلّقها قبل حصول الملك بتصرف او تلف و الاولى ان يجاب بذلك عن الكلّ و دعوى استقرار السيره على تعلّقها قبل الملزم مجازفه كما لا يخفى و منها كون التصرف عن جانب مملكا للجانب الاخر مضافا الى غرابه استناد الملك الى التصرف و اجيب عن ذلك بمثل ما اجيب عن الاول و منها كون التلف السيمائى من جانب مملكا للجانب الاخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع الى القيمه او المثل هى تكون له الرجوع بالتفاوت و اجيب بانّ التلف بعد القبض فى المقام كتلف المبيع قبل القبض يدخل انا ما قبل التلف فى ملك من تلف فى يده

ص: ١٣

مضمونا بالعوض المسمى كالمبيع فى يد البائع بعد ملاحظه امور منشأه الاجماع على عدم الضمان بالقيمه بل بالعوض المسمى و قاعده على اليد ما اخذت و اصاله تاخر حدوث الملك قلت توضيح الجواب انّ ضمان الماخوذ بالمعاطاه عند التلف بالمسمى اما اجماعى اولا و على الثانى لا يرد الاشكال المذكور و على الاول فهو لا يستقيم الا بالتزام احد امرين اما القول بالملك مرجح القبض و رد القول به عند التلف و حيث ان الاخير هو الموافق للأصل تعيين المصير اليه و لقائل ان يقول هنا احتمال ثالث و هو الخروج عن قاعده الضمان بالمثل او القيمه اذ لا مانع من صيروره المسمى هنا بدلا جعليا من الشارع لكنه احتمال لا يضّر القائل بالاباحه الا على وجه الالتزام بان يقال انكم تقولون بالملك عند التلف و لا دليل عليه سوى الاجماع على عدم ضمان القيمه و هو اعم من المدعى اللهم الا ان يلتزموا بذلك كما هو المحتمل فلا يكون من باب تلف المبيع قبل القبض و يرد عليه ان محصله حصول المعاوضه القهريه على القول بالاباحه قبل التلف و اين ذلك من المعاوضه الاختياريه التى يقول بها القائل بالملك بل الظاهر ان هذا مختص بالمقام لان تلف المبيع قبل القبض سبب لانفساخ العقد شرعا قبل التلف و ليس من المعارضه القهريه التى يلتزم القائل بالاباحه هنا و منها الملك ان حصل قبل التلف فهو غريب و ان حصل معه فهو غريب و ان حصل بعده فهو محال و احوال المجيب جوابه الى التامل فى الاجوبه المتقدمه و ليس فيها ما يجدى هنا الا المقاييسه بتلف المبيع قبل القبض و منها انه لو غضب احد العوضين غاصب فمن المطالب على القول بالاباحه و اجيب بان الكل منهما المطالبه و منها انه لو تلف فى يد الغاصب فان حصل الملك فهو غريب و الا فهو بعيد و اجيب باختيار حصول الملك نظرا الى اطلاقهم حصول الملك بالتلف فان كان اجماع فهو و الا كان تلفه من مال مالكة ثم ان الامور المشار اليها لو لم تفد بنفسها او بعد ملاحظه السيره و ساير الادله العلم فلا أقل من افادتها الظنّ و هو من الظنون الحاصله من العمومات و القواعد العامه الشرعيه فلا مندوحة للفقيه عن العمل به بقى الكلام فى انّ الملك الحاصل بالمعاطاه لازم كما عرى الى المفيد و الى الأردبيلى و بعض المتأخرين و الكاشانى و عن لك الميل اليه او جائز كما عليه الجبل او الكل و تحقيق ذلك يتوقف على تنقيح ما اشتهر من اصالة اللزوم فى المعاملات فنقول قد استدللّ عليه بوجوه اولها الاصل لان الملكيه صفة قائمه بالاموال لا بد لها من مزيل فاذا شكّ فيه وجب الحكم بثبوتها استصحابا لها و لأصالة عدم المزيل و لو جعلناها عباره عن الاحكام التكليفية المنتزعه منها تلك الصفة استصحابا لها أيضا من غير فرق و قد يناقش فيه بان الملك ينقسم الى قسمين لازم و جائز ففى مثل المقام ممّا يشكّ فيه عند حدوثه لم يجر الاصل لدوران

المستصحب بين ما هو قابل للبقاء بعد الفسخ او الرجوع و غير قابل و إنما يتجه الاستصحاب لو كان الثابت اولا ملكا لازما و شك في مزليه شىء له و الجواب اولا- ان اللزوم و الجواز حكمان ثابتان للأحكام باختلاف اسبابها و ليسا صفتين ممنوعتين للملك الى نوعين و يضعف بان الجده و هى الملكيه من الاعراض القابليه للشده و الضعف كاليابض و السواد و ساير الكيفيات المختلفه فى الخارج شدّه و ضعفا و منها الطلب المقتسم على الوجوب و التدب و لا- يتعلّق من لزوم الملكيه الا تأكّدا لعلامه الموجوده بين الملك و المالك الحاصله من الميثاق و العهد المختلفين كك و من جوازها إلا عدم التأكّد و ضعفها كيف و اختلاف الاحكام كاختلاف اللوازم كاشف عن اختلاف الحقيقه و اللزوم و دعوى استناد اختلافها فى المقام الى اختلاف

ص: ١٤

الاسباب دون المسبب ضعفه جدّا لان اختلاف السبب لو لم يؤثر فى موضوع الحكم فكيف يؤثر فى نفس الحكم مع تعدد الاسباب دون المسبب كاشف عن استناد التأثير الى القدر الجامع و هو متحد و ان تعدّد او خفى عينا حقيقه فان قلت ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك او بحكم الشارح فان كان الاول كان اللزوم التام فى اقسام التملك بين قصد الرجوع و قصد عدمه او عدم قصده و هو بديهى البطلان اذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه و ان كان الثانى لزم امضاء الشارح العقد على غير ما قصده المنشى و هو باطل فى العقود لما تقدّم ان العقود الصّحّححه عند الشارح تتبع المقصود قلت نختار الثانى و لا يرد مخالفه العقد للمقصود لان الخصوصيه المثمره ليست هى اللزوم و الجواز اللذين هما حكمان متفرعان عليهما بل ما عرفت من اختلاف نفس علاقته الملكيه شدّه و ضعفا كما ان الوجوب و التدب ليسا فصلين للطلب الحتمى و غيره ان اريد بهما استحقاق الذمّ على المخالفه و عدمه لأن الفرق بين الطلب الحتمى و غيره أيضا يرجع الى اختلاف حقيقه الطلب الخارجى اعنى اراده الفعل شدّه و ضعفا مع ان الفرق بين اللزوم و الجواز يرجع الى امر عدمى فان فصل الجواز هو عدم اللزوم و قد عرفت ان مخالفه العقد للمقصد لا- مانع منها اذا كانت بالزياده و النقصان و إنما الممتنع مخالفتها على وجه التباين الكلى فان امضاء العقد كك ليس امضاء له اصلا بخلاف الاول فانه امضاء للعقد فى الجملة اعنى بالنسبه الى بعض مدلوله فظهر ان قصد العاقد اللزوم او الجواز مستدرك لا يجدى شيئا كما ظهر اندفاع ما قيل أيضا ان إنشاء الملك اللزوم و الملك الجائز فى الهبه و البيع و غيرهما ممّا ينقسم الى لازم و جائز على نسق واحد لا نجد فى وجداننا فرقا فى نفس الانشاء الا فى المنشأ توضيح الاندفاع ان اضافته الملك محمولها عند اسبابها او قهرى لا يختلف باختلاف اسبابها و لو كانت اختياريه و اختلاف الاسباب امر واضح شرعا و عرفا فالتحقيق ان علاقته الملكيه تختلف قوه و ضعفا حسب اختلاف الميثاق و من اجله يختلف حكمها لزوما و جواز او ثانيا بامكان استصحاب القدر المشترك بناء على استصحاب الكلى كالحديث المرّد بين الاصغر و الاكبر على ما تحقق فى محلّه و فيه ان استصحاب الكلى و ان كان حقا فى مثل المقام من الشك فى الرفع الا انه امر واقعى مختلف فيه بين الأعلام لا يصلح مدركا لأصالة اللزوم مع شهرتها بين الاعاظم الكرام و ثانيها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لان المراد بالعقد هو مطلق العهد كما مر او ما يسمّى عقدا لغه و عرفا و المراد بوجوب الوفاء العمل بمقتضاه فاذا اقتضى تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك و ترتيب آثار ملك الغير عليه فاخذه من يده نقض له و منافع الوفاء المأمور به ثم باطلاقه يحكم بعدم جواز التصرف بعد الفسخ أيضا قلت بعد المساعدة على صدق العقد على المعاطاه و عدم اعتبار اللفظ فى صدقه عرفا او شرعا يأتى فيه المناقشه المذكوره معا عند تقريب الاستدلال بها على الملكيه من غير لزوم من ان وجوب الوفاء بالعقد انما يقتضى وجوب العمل بمقتضاه على تقدير بقائه و عدم زواله و اذا شك فى زواله

بالفسخ و الاقاله و نحوهما لم يتجه التمسك بالعموم المذكور لإثبات عدم الزوال اذ الشك فيه ناش عن كون شىء مزيلا له فلا بدّ اولا من تين حال ذلك الشىء ثم التمسك بالعام فى ترتيب احكامه لأنّ دليل الحكم لا تعرض له بحال الموضوع الا ترى أنّه لو قال اكرم

ص: ١٥

عادلا لم ينفع فى اكرام عادل شكّ زوال عدالته بشىء بل لا بدّ فيه من الرجوع الى الاصول و الأمور المقرره للموضوعات نعم يمكن الاستدلال به على المعنى الاخر العذى ذكرناه و هو ان الوفاء عباره عن عدم نقض العهد و نكته و البناء على عدمه و يحصل ذلك بالعمل على خلاف ما يقتضيه ناديا به الرجوع و ابطال العقد و اما العمل على خلاف ما يقتضيه لا بعنوان النكث بل بعنوان الظلم فليس هذا نقضا فمطلق اخذ المال من يد الغير بعد تملكه اياه لا يعد خلفا و نكثا للعهد بل اذا كان بعنوان الرجوع عن العقد كرجوع النادم فالايه تدلّ على لزوم كلّ ما يصدق عليه العقد عرفا من غير حاجه الى التمسك بالاطلاق المذكور الذى يمكن معه بدعوى ورود الآيه فى مقام تشريع العقود تاسيسا او امضاء فظهر أنّ فى الآيه ثلاثه اوجه احدها وجوب الوفاء بالعقد ما دام كونه باقيا و ثانيها وجوب العمل بمقتضاه مط و ثالثها وجوب المضى عليه و عدم الرجوع و على الاول لا دلالة لها على لزوم العقد و على الاخيرين تدلّ عليه ان اللزوم على الاول منهما مستفاد من الحكم التكليفى لأنّ وجوب العمل بمقتضى العقد لازم للزومه و على الثانى ينعكس الأمر فيستفاد التكليف من الوضع و قيل أنّه يستفاد منها حكمان تكليفى و وضعى فان اراد استفاده احدهما تبعا و الاخر اصاله فمرجعه الى احد الوجهين و اما فلا- مفهوم محصّل له و كيف كان ففى الاستدلال بها للأصل المذكور اشكال اخر صعب الانحسام قد مضى اليه الإشاره و هو احتمال كون المراد بالعقود المتعارفه فى زمان صدورها كما عليه فى الرياض وفاقا للمحكى عن شيخنا الاستاد البهبهانى قدّه و تبعه بعض من تأخّر فتكون مجملا غير نافع فى مورد الشكّ فى اللزوم نظرا الى كثرة ما طرأ عليه من التخصيص الكاشف عن العهد لكن هذا الاشكال يختصّ اثره بما اذا كان الشكّ فى اللزوم من غير جهته الشّروط و الاجزاء بان يشكّ كون اصل العقد الجامع للشّرائط لازما او جائزا فلو علم كونه من العقود اللازمه فى الجملة و شكّ فى شرطيه شىء له كالفلفظ اتجه التمسك به فتأمل جيدا و ثالثها قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ * دلّ على لزوم كلّ ما يفيد الملك من العقود باطلاقه بالتقريب المذكور فى الآيه السابقيه و منه يظهر وجه الاستدلال أيضا بقوله ع الناس مسلطون على اموالهم اذ لكلّ احد منع الاخر عن التصرف فى ماله و لو قال رجعت عن العقد و قوله ع لا يحلّ مال امرء الا بطيب نفسه و الأنصاف أنّ نهوض اطلاق الحديثين عند الشكّ فى ان العاقد الرجوع بالمنع عن التصرف حتى يدلا على اللزوم و لا- يخلو عن تأويل للشكّ فى موضوع المال بعد الرجوع لا- مكان دعوى انصراف المال الى الأموال المتعارفه الثابته المستقره الحاجه فى انتقالها الى سبب جديد الا أنّ الخروج عن الإطلاق بمجرد مشكل فالبناء عليه متعين و مقتضاه البناء على اللزوم فى كلّ عقد بل فى كلّ مال حتى يثبت خلافه مط او فى بعض الاحوال فاذا ثبت لزوم الرجوع فيما بعد ذلك الى استصحاب الخيار او اصول اخر غير العمومات على الوجهين فى معارضه الاستصحاب للعموم و قوله ص المؤمنون عند شروطهم لان الشّروط هو الالتزام فيشتمل العقد لأنه التزام و هذا مبنى على صدق الشّروط على الالتزام الاصيل الغير التابع لعقد و على جواز البناء على وجوب الوفاء بالشّروط الابتدائيه و فى المقدمتين منع لأنّ الشّروط قد يقال أنّه مختصّ بالالتزام التابع كما عن القاموس الشّروط الزام الشىء و التزامه فى البيع و نفى عنه ابعد شيخنا العلّامة قدّه نظرا الى متبادره فى الاستعمالات عرفا حتى فى مثل

ص: ١٦

قوله ع في دعاء التّوبه و لك يا ربّ شرطيّ أأ اعود في مكروهك و عهدي ان اهجر جميع معاضيك و قوله ع في دعاء التّدبه بعد ان شرطت عليهم الزّهد في درجات هذه الدّنيا و علمت منهم الوفاء و يمكن ان يرجع اليه أيضا بتامل قوله في صحيحه فضل ما الشّرط في الحيوان قال ع البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أمّا المقدمه الثّانيه فلان المشهور عدم وجوب الوفاء بالوعد و نحوه من الالتزامات الابتدائيه و الظّاهر أنّ عدم تأثير الشّروط في العقود الجائزه أيضا من هذه الجبهه نظرا الى عدم زياده الفرع على الاصل فلو كان الوفاء به لازما لكان الوجه فيه هو كونه شرطا كالمبتدأ لا كونه تابعا لما يجب الوفاء به كالعقود اللّازمه و خامسها الاخبار المستفيضه في ان البيعين بالخيار ما لم يفترقا و أنّه اذا افترقا وجب البيع و انه لا خيار لهما بعد الرّضا و منها الصّحيح المشار اليها أمّا أنّها لا- تؤسّس اصاله اللّزوم في العقود مط كما ان الوجه الأوّل اعنى الاصل لا ينهض بذلك في غير التّمليك من العقود أأ بملا-حظته في نفس الاحكام الثّابته لها قبل رجوع احدهما فيكون دونه في التّمليك لان الملكيه قابله للاستصحاب على جميع المذاهب في الاستصحاب بخلاف نفس الا-حكام ففي العقود الإذنيه يأتي الاشكال في إجراء الاصل فيها ان لا اثر لها سوى الاحكام المتفرّع عليها في بعض المواضع و في النكاح اشكال لا-يبعد الحاقه بالتّمليك نظرا الى علاقه الزّوجيه فيلا-حظ الاستصحاب في نفسها لا- في احكامها فظهر أنّ الاصل المذكور في العقود بقول مطلق لا- مستند له سوى الآيه الاولى و فيها الكفايه و أنّ لم تكن سالمه عن الاشكال كما عرفت اذا تحقّق ذلك فنقول قول المفيد قدّه امتن الأقوال لو لا كونه مظنّه الإجماع على خلافه بسيطا و مرّكباً لأنّ خلافه غير ثابت كما عن لف لان كلامه ألمدى ادا ب ما قاله في محكي المقنعه ينعقد البيع على تراض بين اثنين فيما يملكان التّابع له اذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضاه و افترقا بالابدان و هو ليس بصريح في عدم اعتبار الصّيغه في اللّزوم و لا- ظاهر بل قيل أنّه في موافقه المشهور اظهر بقرينه ذكر التقابض بعد التّراضى بالبيع و هو لا يتصوّر أأ اذا كان التّراضى في المعاطاه مدون بالتقابض و يحتمل غير بعيد كما ذكره غير واحد من الاعلام أنّه اراد بيان ما هو شرط في الصّيغه و اللّزوم لا- في بيان ما هو كاف في ذلك فلا ينافى ح كون اللفظ هذه شرطا أيضا في اللّزوم و يؤيّد ما عن كاشف الرّموز من نسبه اشتراط الصّيغه في البيع اليه الى الشيخ فكان قوله به كان من الرّموز فكشف عنه قدّه جزاه الله خيرا ثم بعد المساعده على خلافه او احتمال الخلاف لا مضايقه أيضا في دعوى الاجماع على طريقه الحدس و الكشف كما عليها المتأخرون اذ الاجماع المعتمد عليها في الفقه ليس شىء منها اعظم وفاقا فيما نحن فيه فقول الأردبيلي قدّه و بعض اخر باللزوم محجوج عليه باتفاق من سبق على عدم اللّزوم محصّلا و منقولا فعن الغنيه كما مرّ دعوى الاجماع على ان المعاطاه ليست بيعا و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللّازمه بالإجماع و عن بعض الاساطين في شرح القواعد أيضا دعوى صريحا على عدم لزوم المعاطاه و يعضد جميع ذلك السيره الواضحه الجاربه على الجواز و السّلطنه على الترداد قبل التّلف او التصرّف في احد العوضين و بذلك كلّه يجب الخروج عمّا دلّ على اللّزوم من الادله السّابقه و لا يلتفت الى المناقشه فيه بان العلامه قدّه نسب اعتبار الصّيغه في محكي التّذكره الى الاشهر و في محكي المختلف الى الا-كثر و ان الحلبي في محكي السّرائر قال الاقوى ان المعاطاه غير لازمه اذ ليس في شىء من ذلك اخبار صريح بالخلاف في المسأله على وجه يقدر

ص: ١٧

في تحقّقه على الطّريقه المذكوره فلا يعارض صريح اعتبارا الى الاجماع المؤيد بالتبع و السيره و لا الى أنّ منشأ دعوى الاجماع انحصار اقوال العلماء في امرين الاباحه و الملك المتزلزل و كون اللّزوم احداتا للقول الثّالث اذ الظّاهر انعقاد الاجماع ابتداء على عدم اللّزوم لا مستتبطا من انحصار اقوالهم في القولين حتّى يناقش فيه بما تقرّر في الاصول من أنّ اختلاف الامه على قولين ليس

اتّفاقا على نفى الثالث مط على الأصحّ و قد يستدل على اعتبار اللفظ في اللزوم زياده عمّا ذكرنا المستفيض الوارد في مقامات عديده من حصر المحلل و المحرّم او المحرّم في الكلام منها ما روى عن الكافي عن خالد بن الحجاج او ابن نبتج قال قلت لأبي عبد الله ع الرجل يجيىء يقول اشترى لى هذا الثوب و اربحك كذا و كذا فقال ليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال لا- باس أنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام و منها ما عن ابى الزبيح الشّامى عن ابى عبد الله ع عن الرجل يزرع ارضا فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا قال لا ينبغي له ان يسمّى بذرا و لا بقرا فأنّما يحرم الكلام و أنّما يقول لصاحب الارض ازرع ارضك و لك منها كذا و كذا نصف او ثلث او ما كان من شرط و لا يسمّى بذرا و لا بقرا و مثلها روايات اخر و ردت فى باب المزارعه و فى دلالتها على المدعى خفاء لان حصر المحلل و المحرم فى الكلام له احتمالات احدها توقّف الحلّ و الحرمة مط على اللفظ و عدم الاكتفاء بالقصد مط حتّى فى التصرّف فى الانتفاع فلا يحل مال الا بعد صدور الكلام الدال على الحلّ من صاحب المال و لا- يحرم أيضا الا كذلك فالزّضا و الكراهه الباطنيين الغير المقرونين بالكاشف القولى لا يفيدان حلّا و لا حرمة و ثانيها اختلاف اداء مطلب واحد باختلاف الكلام و العبارة الكاشفه عنه حلّا و لا حرمة فان قلت فى مقام تحليل البضع مثلا أ تحبّ لك بضعها او سلطتك عليها كان باطلا محرما و ان قلت زوّجتها كان صحيحا محللا و هكذا فى مقام البيع و نحوه ممّا يختلف باختلاف الصّيغ صحّه و فسادا و ثالثها دوران الحليه و الحرمة على الكلام وجودا و عدما فوجوده يوجد الحليه و بعده الحرمة و هذه الاحتمالات تاتى فى القول المذكور فى نفسه و يزيد عليها احتمال رابع مختصّ بالحديث الأوّل و هو ان يراد بالكلام المحلل المقاوله و المساومه من دون اجزاء صيغه البيع و من الكلام المحرم نفس الصّيغه فانّ هذا هو المنطبق على حكم المفروض فى الحديث من بيع ما ليس عند البائع فأنّه باطل محرّم بخلاف المقاوله مقدّمه للابتياح بعد الشراء و هذه الاحتمالات ذكرها شيخنا الاستاد العلامة قدّه فى كتابه و قال ان المعنى الأوّل لا يحتمل فى الحديث الأوّل اذ لا دخل لتأثير الكلام فى الحليه و الحرمة فى عدم جواز بيع ما ليس عنده فلا معنى لذكره فى هذا المقام مع أنّ البناء عليه يستلزم تخصيص الاكثر و كذا الاحتمال الثّانى أنّه ليس فى المسأله المفروضه مطلب واحد يكون تاديته بمضمون محللا و بمضمون محرّم فتعين الاخيران و كلّ منهما صالح له لأنّ اجراء صيغه البيع قبل الشراء يناط به وجودا و عدما الحليه و الحرمة فلا- باس بالمعنى الثّانى أيضا و اما روايات المزارعه فالمتعّين فيها هو المعنى الثّانى و محصّيه ان ما اراد الزارع من الحصه ان جعلها فى مقابل البدر و البقر حرم و ان جعلها فى مقابل العمل حلّ و على هذا يسقط عن الاستدلال به فى مسأله المعاطاه الا أنّه لا يخلو عن اشعار او ظهور مؤيّد بما يشعر به قوله ع فى روايه اخرى وارده فى بيع ما ليس عنده و هى روايه يحيى بن الحجاج عن ابى عبد الله ع عن رجل قال لى اشترى لى هذا الثوب او هذه الدّابّه و

ص: ١٨

بعينها و اربحك فيها كذا و كذا قال لا باس اشترها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها فان الظاهر أنّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرّدا عطاء العين للمشتري و روايه العلاء الوارده فى نسبه الزّبيح الى اصل المال قال قلت لأبي عبد الله ع الرجل يريد ان يبيع بيعا فيقول ابيعك بده دوازه فقال لا باس أنّما هذه المراوضه فاذا جمع البيع جعله جمله واحده فان ظاهره على ما فهمه بعض الشّراح له لا أنّه يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد و أنّما يكره حين العقد و فى مصحّحه ابن سنان لا باس بان يبيع الرجل بالمتاع ليس عنده مساومه ثمّ يشتري له نحو المذى طلب ثمّ يوجهه على نفسك ثمّ يبيعه من بعد و غير ذلك ممّا ورد فى المنع ليس عن بيع ما ليس عنده و تجويز المقاوله و المراوضه اذ البيع المنهى فى هذا المقام لا يصلح لغير اجزاء الصّيغه خصوصا

بعد ملاحظه عدم قابليته المقام للمعاطاه نظرا الى عدم كون المبيع فى يد البائع حتى يتحقق التعاطى و الاكتفاء بدفع خصوص الثمن فى صدق البيع لا يخلو من تأمل و نظر فيدل هذه الاخبار على كثرتها على ان للصيغه تأثيرا لكن لما كان المقام غير قابل للمعاطاه لم تكن ظاهره فى ان الاثر مستندا الى المبيع العقدى لاحتمال استناده الى مطلق البيع الا أنها لا تخلو عن استبعاد مع انك ستعرف فى التسيهات حصول فائده المعاطاه ملكا او اباحه باعطاء احد العوضين فدعوى عدم قابليه المقام غير صحيحه لأن التعليق على الكلام دون البيع له ظهور تام فى مدخليه الكلام فلا- وجه لسقوط الاستدلال كما ذكره قده الا ان يقال لما كان المبيع منحصرا فى الكلام بحسب المقام كما عرفت احتمال استناد التأثير الى الكلام المذكور من حيث كونه يباع لا من حيث كونه يباعا كلاميا و هذا الاحتمال قائم فى اناطه الأحكام بموضوعاتها مط لأن تعليق الحكم بالوصف العنوانى الثابت للموضوع ليس له دلالة معتبره مدخليه ذلك العنوان و ان كان مشعرا به لكن لو سلم هذا فانما هو فى غير ما يجرى مجرى التعليق مع ان دعوى انحصار تحقق البيع فى الكلام قد عرفت ضعفها فلا اشكال فى دلالتها على القول بحجيه مفهوم الوصف اذا المراد به كما حقق فى محله كل معنى زائدا على الذات فيشمل الكلام لكونه معنى زائدا على مفهوم البيع بناء على كفايه المعاطاه هذا محصل معناه فى اخبار المزارعه فهو ان الغرض الواحد تختلف حلا و حرمة باختلاف مضمون عقد المزارعه و الاستدلال به أيضا يتوقف على استناد تأثير العقد المحلل من حيث كونه عقد الا من كونه مزارعه جامع للشرائط ثم اقول الاظهر بل الظاهر من الكلام فى الأخبار لأدله البيع و من التحليل و التحريم المنسويين اليهما ما يتفرع عليه من الاثر بالقياس الى البائع و المشتري او بالقياس الى كل منهما فان البيع يحل على كل من البائع و المشتري ما كان محرما قبله و يحرم ما كان سائغا كك فالمعنى ان المقاوله المذكوره لا- تفيد فائده الكلام اى البيع و لا- يترتب عليه اثره من التحليل و التحريم فيتم الاستدلال بعد ملاحظه التعليق على الكلام دون البيع كما عرفت او ان غير الكلام اى صيغه البيع لا يفيد فائده من التحليل و التحريم فيشتمل المعاطاه أيضا لأن الحصر حقيقى كما انه على المعنى الاول اضافى بالقياس الى المقاوله خاصه و هذا هو الاصل فيدل من غير ملاحظه التعليق على الوصف اذ لا- اشكال فى ان المراد من الكلام هو عقد البيع فان كان الحصر اضافيا كان التعاطى مسكوتا عنها فيحتاج الاستدلال الى

ص: ١٩

ملاحظه التعليق و ان كان حقيقيا دل بمفهومه على عدم حصول فائده البيع من غير الصيغه عن المعاطاه فظهر انه لا حاجه الى جعل المحلل شيئا و المحرم شيئا اخر و الالف و اللام فى الكلام ح يكون للعهد كما أنها بناء اعلى المعنى الثانى بل الثالث تكون للجنس فافهم و المراد به فى اخبار المزارعه عقد المزارعه على الوجه المفروض فى السؤال فانه فاسد فيحرم ترتيب الاثر عليه و لا- دلالة له على المطلوب بوجه و حملة على الثانى بعيد و على الثالث ركيك كما لا يخفى مع انه على تقديرهما أيضا لا دلالة ألما انه على جميع التقادير يدل على تعارف الالفاظ فى المعاملات كأنه كان امرا مفروغا عنه حيث عبر عن المزارعه الفاسده بالكلام و نسب التحريم اليه يستأنس من ذلك ما استقرت عليه طريقه الاصحاب من اعتبار الصيغ و الا فليس فى شىء من الاخبار ما يدل عليه فتلخص مما ذكرنا ان اللفظ فى المعاملات اثرا و فائده و هذه الفائده مردده بين الصحة و اللزوم فهذه الاخبار بالنسبه الى ما دل على كفايه المعاطاه صحة و لزوما من الاصول و العمومات تجرى مجرى المخصص و حيث هى مجمله و جب الاقتصار فى الخروج عن مقتضاها على القدر المتيقن و عدم اللزوم لا عدم الصحة و لو قيل ان اجمالها يوجب سقوطها راسا حتى بالنسبه الى الصيغه بعدم كون الشك بين الاقل و الاكثر قلنا بعد المساعدة عليه مع وضوح فساده بالقياس على العمومات التى

تدلّ على الصّححه دون اللّزوم كفانا الاستصحاب فى اثبات الصّححه كما مرّ فتأمّل و ينبغى التّنبه على امور الأوّل تظهر الثّمرة بين القولين فى امور كثيره و المصرّح به منها فى المحكى عن المحقّق الثّانى امران تملك النّماء و جواز الوطاء و نحوه من التصرّفات الموقوفه على الملك و قد عرفت فى كلام بعض الاساطين ان اخراج الأحماس و الزكوات و تعلق الاستطاعه و اخراج النفقات و الدّيون و نحوهما من الحقوق أيضا لا ينطبق على القول بالاباحه لكن عرفت أيضا من شيخنا العلّامه قده المناقشه فى بعضها و قال أيضا فى النماء أنّه يمكن ان يقال حاله حال الأصل عند الفريقيين ملكا او اباحه بل صرّح به بعض مشايخنا القائلين بالاباحه و أمّا الوطاء و نحوه فالمستفاد من كلام الكل عدا ما عرفت سابقا فى نقل الاقوال جوازها من القولين و هو أيضا صريح بعض مشايخنا قده و ح ينتفى الثّمرة بين القولين و ربما يدعى ظهور الثّمرة فى الإرث و فيه أيضا نظر لإمكان القول بأنّ موت احد الطّرفين ملزم كالتلف لامتناع الرّاد الذى هو السّيب فى اللّزوم كما صرّح به المحقّق و الشّهيد الثّانين و غيرهما و دعوى امكان الرّاد فى الموت لقيام الوارث مقام المورث مدفوعه بان مثل هذا يتصوّر فى التّلف أيضا لقيام المثل و القيمه مقام التّألف كما فى التالف فى زمن الخيار فيعدم الثّمرة بالمّرّه لكن الانصاف ان كلّ ذلك احتمالات لا شاهد عليها فى كلمات القائلين بانها لا تفيد الملك أنّما تفيد الإباحه اذا الظّاهر من التزامهم بجميع الثّمرات نعم استثناء خصوص التصرّفات الموقوفه على الملك غير بعيد بشهاده السّيره التى هى العمده فى اثبات صحّحه المعاطاه اباحه او ملكا فيمكن القول بأنّهم تركوا التّصريح به ثقّه لوضوح الحال و اعتمادا على ما هو الشّائع المتعارف بين المتشرّعه و أمّا النّماء و الارث و نحوهما فهى باقيه تحت القاعده على كل من القولين و أمّا الخمس و الحقوق فيمكن إلحاقها بكل من الطّائفتين فى الجمله فتلحق بالوطى و البيع و التصرّفات الموقوفه على الملك جوازا و تلحق بالنّماء و

ص: ٢٠

و الارث و جوبا و حاصل اللاحقين عدم وجوب اخراجها لكن لو اخراجها كان له ذلك و أنّما تظهر الثّمرة فى مراعاة شروط البيع و عدمها فعلى القول بالملك لزم مراعاتها و يحتمل عدم لانصراف البيع فى التّصوص و كلمات الاصحاب الى ما كان لازما و هو الحاصل بالعقد فيرجع فى المعاطاه الى الاطلاقات و العمومات فى غير ما هو اتّفاقي من الشّروط و هذا قريب فلا يشترط فى معاطاه الاثمان التّقاضى و لا غير ذلك من شروط البيع مطلقا او شروط بعض الاقسام من قصد إنشاء التّملك بناء اعلى كون القصد من الشّروط و من هنا امكن القول بكفايه المعاطاه الكاشفه عن الرّضا و لو تجرّدت عن قصد إنشاء التّملك كما هو احد الاحتمالين او القولين الآيتين إن شاء الله تعالى و بما ذكرنا عن عدم اعتبار شروط البيع صرّح الشّهيد فى صرف الحواشى حيث نص على عدم اشتراط القبض و هو و ان كان من القائلين بالاباحه أنّ ان الظّاهر منه عدم ابتناء ذلك على مذهبه و سقوطه فى المعاطاه و على القول بالاباحه لا عبره بشىء منها بل لا بدّ من ملاحظه الدليل الدال فان قلنا انها على القاعده لم يعتبر شىء منها و ان قلنا أنّها تثبت بالإجماع لزوم الاقتصار على القدر المتيقّن فان كان المستند فى حصولها عموم النّاس مسلّطون على اموالهم يسقط اعتبار جميع الشّرائط و كذا اذا قلنا ان المستند هو الاذن الضّمنى الموجود فى ضمن العقد الفاسد كما هو المحتمل قويا و قد تقدّم نقله عن قواعد الشّهيد بخلاف ما لو كان المستند هو الاجماع او السّيره تعبدا فان مراعاة شروط البيع ح يتبع الاصل الجارى فى المسأله فان اقتضاه و جب مراعاته عملا بالقدر المتيقّن و أنّ فلا لكن قد يقال بان الرّجوع الى اصل موقوف على عدم قيامها على السّقوط و هو ممنوع لان بناء النّاس فى المعاطاه على خلاف بنائهم فى العقود من مراعات الشّروط فان كان السّيره فى المقام معتبره فهى معتبره على ما هى عليه و أنّ فلا و قد يستدلّ على الاعتبار بطواهر كلمات القوم لأنّها فى المعاطاه الجامعه

لشروط البيع عدا الصيغه ففي غيرها لا يحكمون بالملك و لا بالاباحه و فيه ان اختصاص المورد لا يقتضى الاتفاق على خروج غيره بل لا بد فيه من الادله او الأصول و قد عرفت ان السيره التي هي العمده في اثبات حكم المعاطاه اباحه او ملكا لا يفرق بين الجامعه للشرائط و الفاقده و قد يستدل أيضا بصدق البيع عليها عرفا فيشملها ما دل على اعتبار القبض في بيع الصّرف او معلوميه العوضين و نحوهما من الشروط و لا ينافيه فسادها و عدم كونها مفيده صحيحه للملك اذا افادت الاباحه فانّ هذا المقدار من الصّحه يكفي في اعتبار الشّروط و هذا كما يقال الصّلاه في المسجد قبض و لو كان فاسده لإطلاق ما دل على كونها كافيه في قبضه و هو أيضا ضعيف لما عرفت من الانصراف بل لا- ينبغي التأمل في ذلك هنا و ان لم نقل بانصرافه الى ما كان لازما و كيف يتوهم تناول ادله الشّروط للبيع الغير المفيد للملك فالاقرب عدم اعتبار الشّروط على القول بالاباحه و فاقا لما عرفت عن الحواشى التفاتا الى السيره و كذا على القول بالملك مضافا الى العمومات السليمه عن معارضه ادله الشّروط من جهة الانصراف هذا كله في صوره قصد التملك و اما في صوره قصد الاباحه فهل يعتبر شروطه أيضا و جهان يأتيان بعد الفراغ عن احكام قصد التملك و تظهر الثمره أيضا في ثبوت احكام البيع و عدمه فعلى القول بالملك يرتب عليها جميع الاحكام التي منها الخيار

ص: ٢١

مط و يحتمل عدم ثبوت الخيارات المختصه بالبيع كخيار المجلس و خيار التأخير و الحيوان نظرا الى انصرافه الى ما كان لازما و ثبوت الخيارات العامه كخيار الغبن و العيب بالنسبه الى الرّد و هو حسن و فائده الخيار يظهر بعد صيرورتها لازمه بتلف او تصرف و هذه الفائده مصححه للصلح على اسقاطها قبل اللزوم و على القول بالاباحه فلا يحتمل الثوب نظرا الى صدق البيع عليها عرفا كما عرفت في الشّروط و لا يمنع عن ذلك عدم افادتها الملك ابتداء بعد افادتها له بالتصرف او التلف و عليه فهل ابتداء خيار الثلاثه في الحيوان لو كان التالف الثمن كلاً او بعضا من حين المعاطاه او من حين اللزوم قال الشهيد في محكي المسالك كلّ محتمل و يشكل الاول بقولهم ليست يبيعا و الثاني بان التصرف ليس معارضه بنفسها اللهم الا ان يجعل المعاطاه جزء السبب و التلف تمامه قلت هذا الاشكال مناف لما ارسله قبل ذلك ارسال المسلمات من صيروره المعاطاه بعد التلف يبيعا او معاوضه مستقله فالاولى الاستناد الاشكال الى ما ذكرنا من انصراف البيع الى ما كان لازما فلا يثبت حكمه للمعاطاه لا خيار الحيوان و لا خيار التأخير و لا- غيرهما ممّا هو مختص بالبيع لا لأنها معاوضه مستقله مط او على القول بالاباحه كما عن حواشى الشهيد بل للانصراف كما عرفت و اما خيار العيب و نحوه من الأحكام الثابته لمطلق المعاوضه فلا مانع منها على القول بالاباحه لكن الخيار يظهر اثره بعد اللزوم و اما غيره من الاحكام القابله للمعاطاه فهي ثابتة من جنسها على القول بالملك و بعده على القول بالاباحه و قال أيضا أنّ خيار الغبن و العيب يثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس يثبت قلت اراد بالتقديرين تقدير صيرورتها يبيعا او معاوضه مستقله و انت خبير بان الاشكال الذي اوردته في خيار الحيوان آت أيضا في جميع خيار العيب و الغبن و غيرهما اذ المعاطاه ليست يبيعا و لا معاوضه مفيده للملك على القول بالاباحه و التصرف او التلف ليسا معاوضه و قوله بانتفاء خيار المجلس على التقديرين أيضا ليس في محلّه اذ لا- مانع منه على تقدير صيرورته يبيعا اذا تلفت احد العوضين او تصرف فيه قبل تفرّق المجلس الثاني

ان المعاطاه كما تحصل بالتقاضي كك يحصل بقبض احدهما

كما عن الدّروس و المحقق الثّاني و وافقهما غير واحد ممّن تأخر اذ ليس المدار في الباب على عنوان المعاطاه بل على مفاد

الدليل من الاجماع و السيرة و غيرهما و لا- اختصاص بشىء منها بالصورة الاولى حتى قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى الْقَوْلِ** بالملك ضروره صدقه على الايجاب المقرون بالقبول او القبول المقرون بالاعطاء فلو دفع الثمن باذاء شىء حصل الملك و الاباحه و لو لم يأخذ الثمن فهو شراء قدم على الايجاب و اخذ البائع بمنزله البيع و لو لم يقبض المبيع و لو دفع شيئا ليأخذ الثمن نقدا او نسيه كان ايجابا مقرونا بالقبول الفعلى من المشتري و ربما يشكل فى حصول الاباحه على القول بعدم الملك بعدم الدليل على تأثيره فيها و هذا جيد لو كان المستند فيها هى السيرة او الإجماع مع اختصاصها بصوره التعاطى و فى المقدمتين منع لإمكان الاستناد الى الاذن الضمنى او الاذن المستفاد من شهاده حال البائع كما تعرف توضيحه فى حصول المعاطاه بالصيغه الفاسده او عموم الناس مسلطون على قياس ما عرفت فى صوره التعاطى و مع اختصاصها بالتعاطى من الطرفين كما لا يخفى

ص: ٢٢

على من راجع الاسواق و رأى معاملات الناس فى المحقرات نقدا و نسيه كما عن المسالك و الزوضه من التأويل فى كفاته القبض من جانب واحد لأن المعاطاه معامله بين اثنين ليس فى محلّه و هل يتحقق بمجرد الايصال من دون عطاء كما اذا شرب من حبّ السيقاء احوال غيبته و وضع ثمنه فى محرزه او استعمال الحمام ككك ظاهر غير واحد و صريح المحكى عن الدروس قدّه و نعم هو حسن للسيرة على استعمال الحمام مع حضور الحمامى و غيبته بمجرد الالتزام بالعوض و دسه فى ماله و شرب الماء من المواضع المعدّه له و هذا ممّا يشهد بما ادّعينا من عدم لزوم مراعاة شروط البيع و انصراف ادلتها الى ما كان لازما ابتداء و فى تحققها بالمقاوله من دون عطاء و لا- ايصال على القول بتحققها بالصيغه الفاسده كما يأتى و جهان اقواهما العدم فليس لأحد التصرف فى المستمى قبل الوصول اليه الا من بعد ايصاله العوض

[هل الصيغه الفاسده كافيّه فى المعاطاه]

الثالث صرح بعض مشايخنا قدّه بان الصيغه الفاسده كافيّه فى المعاطاه و هو من القائلين بالاباحه بل ممن خص النزاع بغير صوره قصد المتعاطيين التملك و هو على مذهبه لا غبار عليه اذ عبره بناء عليه على مطلق الكاشف عن الرضاء فى التصرف و اما بناء على ما اخترنا من الملك و اختصاص محلّ الكلام بما لو قصد التملك فيشكل ذلك بان سبب الملك اما العقد او الفعل و لو من جانب واحد و لم يحصل شىء منهما لكن عن المحقق الثانى فى صيغ العقود الذى هو الاصل فى القول بالملك و الزوضه ما يستظهر منه الكفايه أيضا قال فى الاول بعد ذكر الشروط المعتره فى الصيغه انه لو وقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضى منهما كان معاطاه و قال فى الثانى ان اشاره الاخرس مع القدره على النطق تفيد الاباحه مع الافهام الصريح و ظاهرهما الاكتفاء بنفس الصيغه او الاشاره من دون قبض من جانبيين او من جانب و هذا شىء غريب فلا بدّ من تنزيل اطلاقها على الغالب من حصول القبض و لو فى الجملة او التزاما بتثليث سبب الملك العقد الجامع للشرائط و المعاطاه و مطلق اللفظ الكاشف او التنزيل على ما عن بعض جمعا بين المقامين من فرض حصول التراضى بعد العقد الفاسد مع العلم بالفساد و فى الكلّ نظر اما الاول فلانه خروج عمّا صرح به المصنّف و العلّامه و غيرهما قدّس اسرارهم من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و عدم جواز التصرف و اما الثانى فلانه خروج عن الاجماع المحقق بين الخاصه و العامه بان البيع له سبب قولى او فعلى و كلاهما مفقود ان اما الفعلى فبالفرض و اما القولى فلفساده ثم ان القبض بعد العقد ليس إنشاء التملك و لا إنشاء للإباحه بل هو عمل بما اقتضاه العقد اقدام على الوفاء به و السبب الفعلى الذى قال العامه و بعض الخاصه بقيامه مقام القول ما يكون مثله فى الدلاله على إنشاء التملك لا مط حتى ما

كان بعنوان اخر و منه يظهر وجه اخر للوجه الاوّل و اما الثالث فلان فرض الرضا بعد العلم بفساد العقل ان كان بدون القبض فلا عبره به لأنّ الملك يحتاج الى السبب و هو غير حاصل و ان كان معه رجوع الى الاوّل نعم لو فرض اقتران القبض بالرضاء الاصيل الغير التابع للعقد الواقع على وجه الفساد كان كافيا في حصول المعاطاه لكنّه خارج عن الفرض فالذى يقتضيه القواعد عدم جواز التصرف مع فساد العقد مط مع الرضا و بدونه مع العلم و بدونه عملا بالمتفق عليه الموافق للقاعده من ضمان

ص: ٢٣

المقبوض بالعقد الفاسد نعم يمكن ان يقال بجواز التصرف مع العلم بالرضا الباطنى لكن مع الضمان لان الرضا القلبى انما تؤثر في الحكم التكليفي اعنى الاباحه دون الوضعى اعنى الضمان لكنّه يتوقف على احراز عدم اناطه الرضا بصحّه العقد و وجوده مع العلم بالفساد فعلا او تقديرا بان علم من حالهما التسليط على العين بمقابل العوض و لو علما بالفساد لا يقال هذا أيضا خارج عن محلّ الكلام لأنّ الكلام هو جواز التصرف بمقتضى المعامله الفاسده و فرضنا الرضا و التسليط الغير المرتبطين بصحّه المعامله و استناد التصرف اليه لمس تصرفا بمقتضى المعامله لأننا نقول التملك يعوض يدل بشهاده الحال على الاباحه بالعوض كما ان التملك بلا عوض يدلّ عليها كك و ان صرحوا بخلافه و لذا لا ضمان فى الهبه الفاسده و يمكن ان يكون نظر المحقق و الشهيد الثانى فيما ذكره فى صيغ العقود و الروضه كما هو عرفت على ذلك و ليس فى كلامهما تصريح بالتزام جميع احكام المعاطاه فى الصيغه الفاسده و الاشاره المفهمه التى منها عدم ضمان قيمه و المثل بل الظاهر بعد ملاحظه القواعد كون غرضهما خصوص جواز التصرف الذى يحصل بالمعاطاه بل اليه ينظر أيضا كلام كلّ القائلين بالاباحه فى المعاطاه مع ما عرفت من اختصاص محل النزاع بصوره قصد البيع اذ لا وجه لها الا ذلك بل قد عرفت عن الشهيد التصريح به و تحليل الاباحه فيها بالاذن الضمنى و الحاصل ان اباحه التصرف لا مانع من القول بها فى العقود الفاسده نظرا الى شهاده الحال لكن يتوقف على عدم شهاده الحال بتقييد الاباحه بالملك و لا يحتاج الى قيام شهاده الحال بعدم الارتباط اذ يكفى فى حصولها فحوى التملك كما فى ساير موارد تحصيل الاذن بالفحوى فانه يتوقف على عدم وجود قرينه العدم و يكفى الشك أيضا اذا كان هناك ما يورثه نعم يبقى البحث فى التفكيك بين الحكم التكليفي و الوضعى هنا فانه قد يقال بمنافاته لما تقرّر من ارتفاع الضمان بالاذن و لما اجمعوا عليه ظاهرا فى العقود الفاسده من الضمان و عدم جواز التصرف معا لكن الاوّل يندفع بان الاذن الرافع للضمان ما كان مقرونا بالكاشف لا ما يحصل بشاهد الحال نظير طيب نفس المالك فى تصرف الفضولى فانه لا يكفى فى تنجز العقد على المشهور و الثانى بالمنع من الاجماع لأنّ المسلم منه هو الضمان خاصه دون حرمة التصرف خصوصا بعد ما صرحوا به فى المقام من حصول الاباحه فى المعاطاه دون الملك و به يرتفع الغرابه من قول الاصحاب بالاباحه دون الملك و هذا قوى ما يوجه به جواز التصرف مع فساد الصيغه و يندفع أيضا احجار المحقق الثانى عليهم بانه مخالفا تبعيه العقود للقعود و يظهر أيضا انه اوجه ممّا ذكره فى الحواشى دليلا على الاباحه اى الاذن الضمنى كما لا يخفى بالتأمل و مع ذلك فللمنع من جواز التصرف بالعقد الفاسد من جهه الصيغه مجال صغرى و كبرى لانه التملك بالعوض لا يقتضى الاذن فى التصرف بشهاده الحال كالتملك المجانى على ما صرحوا به من عدم جواز التصرف فى الهبه الفاسده و لو سلم فلازمه الاباحه بعوض معين و يأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى فان طبقناه على القاعده تم الكلام و الا فلا هذا و فى كتاب الاستاد العلّامه رفع الله مقامه تحقيق اخر فى المقام و محصله ان الصيغه الفاسده تكون معاطاه بشروط ثلاثه الاوّل ان يكون الرضا الباطنى

ص: ٢٤

فى التصرف غير مربوط بصحة العقد و حصول الملك و ان كان مقارنا و معه علامه ذلك أنه لو سئل عنه لأجاب بالجوار و الثانى ان نقول بكفايه طيب النفس اجمالا- فى اباحه التصرف كما نقله عن بعض من قارب عصره و الثالث ان لا يشترط فى المعاطاه إنشاء التملك بل يكتفى بكل فعل كاشف عن الاذن فى التصرف قال و هو غير بعيد و ان كان محل كلام الاصحاب خصوص قصد التملك و إنشائه بالفعل فى مقابل الإنشاء بالقول قلت قد عرفت أنه لا بد فى المعاطاه من فعل لا محاله فلا يكفى الصيغه الفاسده و لو اقترنت بالقبض اذا كان بعنوان الوفاء بالعقد مط حتى لو قلنا بعدم اعتبار قصد إنشاء التملك فى المعاطاه ضروره اعتبار عدم قصد عنوان آخر لا محاله و القبض بعنوان الوفاء بالعقد غير القبض بعنوان التسليط الفعلى الكاشف عن الرضا نعم لو كان القبض مقصودا به الكشف عن الرضا من غير النظر الى كونه وفاء حصل المناطاه بناء اعلى عدم اعتبار قصد التملك بالنعل مع حصول الشرطيه الاولين و الظاهر عدم الاشكال فى ثبوتها اما الثانى فواضح لصدق طيب النفس و تصريح الاصحاب بكفايه شاهد الحال الذى مرجعه الى طيب النفس الاصلى و اما الاول فهو غالبا موجود مع فساد الصيغه كما لا يخفى و الكلام انما هو مع فرض وجوده و هو خارج عن محل الكلام من الاصحاب فى الماخوذ بالعقد الفاسد فانه منزل على ما لم يكن هناك طيب نفس بالتصرف سوى الطيب الضمنى الغير الكافى جدا الا ان المبني ضعيف كما مرّ و هو عدم اعتبار إنشاء التملك

[ان تلف العوضين سبب للزوم المعاطاه]

الرابع لا اشكال و لا خلاف ظاهرا بل نقل الاجماع على ان تلف العوضين سبب للزوم المعاطاه على القولين و وجهه على القول بالملك واضح لادن تعريم المثل و القيمه محتاج الى دليل مفقود اذا المفروض تلف كل من العوضين فى ملك صاحبه فلا ضمان للآخر و استصحاب جواز الرجوع و ان اقتضى ذلك كالرجوع فى زمن الخيار بعد التلّف لكنّه غير صحيح للشكّ فى بقاء الموضوع بل قد يقال كما قيل بارتفاع الموضوع جدا لأنّ الثابت قبل التلّف انما هو جواز الراد لا فسخ العقد كما فى الفسخ بالخيار و لا- الرجوع بالعين كما فى الهبه و فيه تأمّل لأنّ التراد فى عباره الاصحاب كناية عن جواز الرجوع و لا معنى للتراد الا ذلك و الا لم يؤثر الصريح بالرجوع قبل الاسترداد و لا اظنّ احدا يقول بذلك و كذا الرجوع بالعين فى الهبه فان اثر الرجوع لا محصّل له الا فكك السبب المملك و يمكن ارجاع ما قبل الى ما ذكرنا من ان فكك السبب مشروط بامكان الراد فلا اشكال لكنك خبير بان الفرق بين جواز الرجوع و جوازه فى الخيار و الهبه لا يلائمه فافهم و قد يستدلّ زياده عمّا ذكرنا باصالة اللزوم الثابته بالأدله المذكوره و فيه ان من ادلتها استصحاب الملكيه الموجوده قبل الفسخ و استصحاب جواز الرجوع لو تمّ لكان حاكما عليه و من ادلتها العمومات و قد تحقق فى محلّه ان استصحاب حكم المخصّص حاكم عليها و دعوى انّ الشكّ فى المقام ليس فى السحاب حكم الخاص بل فى خروج المعاطاه فى حال تلف العين زياده فى حال تلف العين زياده عن حال البقاء عن تحت العمومات الداله على اللزوم مدفوعه بان حال التلّف مسبق بحال البقاء فلا مانع من استصحاب حكمه الى حال التلّف لو اغض عن تغيير الموضوع الا ترى انه لو لم يكن عموم قاض باللزوم فى حال التلّف لم يكن المرجع سوى الاستصحاب المذكور فلو كان مرجع الشكّ الى ما

ذكر لم يجز الاستصحاب ح لادن المدار فى استصحاب حكم المخصّص على ذلك فان التحقيق الذى عليه اهله فى مسأله تعارض استصحاب حكم الخاص مع العام هو ان ينظر فان كان الاستصحاب يجرى على تقدير سلامته عن معارضه العام فهو

مقدّم عليه بمعنى سقوط العام من الدلالة و لو لم يكن استصحاب و ان لم يكن يجرى فالمنع فيه هو العموم لو كان او اصل آخر غير الاستصحاب و توضيح هذا المرام تطلب من غير المقام و ممّا ذكرنا ظهر حال تلف احد العوضين فلا يجوز الرجوع فى الباقي للشكّ فى الموضوع لاحتمال مدخلية امكان الزاد الموقوف على بقائهما فى جواز الرجوع هذا كله على القول بالملك و اما على القول بالاباحه فكك لأصالة براءة الذمه عن دفع المثل او قيمه و فيه انها معارضه بعموم على اليد و دعوى عدم مجيئه فى المقام للإجماع على جواز التصرف قبل التّلف مدفوعه بأنّ القدر المسلم منه الحكم التكليفي و اما الوضع و هو الضمان فلا اذ ليس الاباحه الثابته فى المعاطاه على القول بها موافقه و الا لكان جزئيه فى جميع العقود الفاسده فاذا كان على خلاف القاعده لم يترتب عدم ارتفاع الضمان حتى فى كتاب الاستاد العلامه رفع الله مقامه من خروج الماخوذ بالمعاطاه عن قاعده اليد غير ظاهر المراد اذ ليس حاله الا كحال الماخوذ بالعقد الفاسد من جهه اخرى الا من حيث الاباحه فى التصرف من جهه الضمان فلا فرق اصلا اللهم الا ان يكشف من الاباحه عدم الضمان أيضا و هو على تقدير التسليم اعتراف بان الاصل عدم اللزوم عند التّلف عن جواز رجوع كلّ منها الى الآخر بالمثل او قيمه الا ان الاجماع على خلاف هذا فى صورته تلفهما و اما فى صورته تلف احدهما فاصل البراءه معارض باصالة بقاء سلطنه المالك على اخذ ماله الموجود و هى حاكمه عليها مضافا الى عموم الناس مسلّطون و لازم سلطنته على استرجاع العوض الموجود استقرار مثل التّلف او قيمته فى ذمته يحكم على اليد نعم لو قلنا بأنّ العوض المسمّى فى العقد الفاسد يرفع الضمان عن المثل او قيمه كما عن بعض من لا يبالي بمخالفه الاصحاب لبعض الشكوك و الشبهات لم يكن له سلطنه الاسترجاع لكن لم نجد قائلًا ببقاء السلطنه على الرجوع عن بعض الاساطين ففى الرّيب و الخلاف فى اللزوم و ان احتمال العدم كالمعدوم و اشارته الى ما عن المسالك فانه احتمل ذلك نظرا الى ما ذكرنا من الاصل و العموم ثم قولنا اللزوم فان ثم اجماع و اما فالقول ببقاء السلطنه قوى جدّا بقى شىء و هو ان معارضه اصل البراءه مع الاستصحاب هنا موقوفه على الاجماع المركّب بين جواز رجوع مالك التالف و جواز رجوع مالك الباقي و اما اتجه العمل بكّل منهما فى محلّه و مقتضاه التفصيل بين رجوع مالك التالف فلا يجوز لأصل البراءه و رجوع مالك الباقي بعد الاستصحاب و كذا لو جوزنا خرق الاجماع المركّب بمقتضى الاصل فافهم و فى حكم التّلف النقل اللّازم و اما الجائز ففى المسالك أنّه كاللازم لان العابد بالرجوع ملك جديد على القول بالملك و كذا على القول بالاباحه لو كان النقل معارضه لأنها كاشفه عن حصول الملك للنّاقل قبل النّقل و امّا غير المعاوضه كالهبة ففى كتاب شيخنا الاستاد قده انه ان قلنا بانها ناقلته عن ملك المالك الاوّل دون الواهب لعدم كونها معاوضه موجبه له الى المتهب اتجه الحكم بجواز الرّاد مع بقاء العين الاخرى قلت يشكل الفرق بين المعاوضه و غيرها لان التّمليك و لو لم يكن معاوضه فهو اتلاف و التحقيق ان النقل الجائز داخل تحت تعبير الصّفقه مع بقاء

ص: ٢٦

العين من غير فرق بين كونه معاوضه و غيرها لأنّ الفارق بينهما اعنى الدّخول فى ملك الناقل انا ما قبل النّقل فى الاولى دون الثانيه لا تجدى فان قلنا بجواز الرجوع تغييرها مط او على القول بالاباحه و جب القول به فى المقام نظرا الى وجود العين و ان كان الزاد غايه الامر تغيير صفتها اعنى الملكيه حيث أنّها قبل النقل كانت ثابتة لمن ذالت منه قطعا و انقلبت الى مثلها المصاده لها و هو لا- يخلو عن الرجوع فان قلنا بعدم الرجوع مطلقا او على القول بالاباحه قلنا به هنا الا انّ الوجه الذى اقتضى جواز الرجوع على القول بالاباحه هناك اعنى استصحاب السلطنه و عموم الناس مسلّطون لا يجرى هنا اذ الغرض زوال الملك عن المالك اللّون بسبب النقل و هذا هو الشّر فى الحكم باللزوم هنا بالنقل و عدمه مع تغير الصّفقه لكن لا يتم على القول بالملك اذ المقتضى

للرجوع بناء عليه هو جواز الرجوع و اصاله بقاء السِّلطنه على ذلك دون الملكيه اللهمَّ الا ان يقال ان الرجوع مع تغير الصِّفه انما هو فى العين خاصه دون الصِّفه الزائله و الرجوع بهذا المعنى لا- وجه له فى المقام ضروره عدم تعقل عود العين الى ملك المالك الاوّل بدون صفه الملكيه و لو عادت العين بالرجوع احتمال عود حكم الراد على بعد نظرا الى الاستصحاب لكن فيه ما عرفت من ان العائد ملك جديد و لا حاجه فى رده الى عدم احراز الموضوع و لو باع ثالث فضولا كان لكلّ منهما الاجازه فان اجاز الاوّل فهو بمنزله الرجوع على القولين و ان اجاز الثانى كان بمنزله النقل اللّازم و يملك الثمن على القول بالملك و كذا على القول بالاباحه لان الاجازه كالمجاز تكشف عن سبق الملك انا ما و لو رجع الاوّل و اجاز الثانى لغى الاجازه و احتمال لغويه الرجوع بناء على كون الاجازه كاشفه عن تاثير العقد السابق على الرجوع ضعيف

[لو تلف الصّفه او اتلفها فى اللّزوم اشكال]

الخامس لو تلف الصِّفه او اتلفها كان طحن الحنطه او قطع الثوب فى اللّزوم اشكال و خلاف ينشأ من المسامحه فى موضوع الاستصحاب او الدقّه هذا على القول بالملك و على القول بالاباحه فالاصل بقاء الملكيه المقتضيه للزاد كما صرّح به بعض مشايخنا و على القول بجواز الرجوع لو رجع اخذ العين المسلوب الصِّفه و هل يعزم قيمه الصِّفه كما هو مقتضى قاعده اليد و جهان من ذلك كما عرفت توضيح جريانها فى المقام فى صورته تلف العين و من الاجماع على عدم الرجوع مع التّلف فانّ مقتضاه عدم ضمان المثل و قيمه فى التالف مط عينا كان او منفعه استوفاهها او صفه و هو الاقوى و لو تلف بعض العين فعن المحقق الثانى فى جامع المقاصد و صيغ العقود و تعليق الارشاد الاكتفاء به فى اللّزوم لامتناع التراد لأنه يوجب تبعض الصِّفه و للضرر و مال اليه فى محكى الرّوضه و تأمّل فيه فى محكى المسالك بان تبعض الصِّفه لا- يوجب بطلان اصل المعاوضه بل غايته الخيار فى فسخ المعاوضه فيرجع فيما قابل التالف الى المثل او قيمه و الضرر جاء من قبله بترك التحفّظ على ايجاب البيع باجراء الصِّغه ثم احتمال اللّزوم فى الطرف الاخر بالنسبه الى التالف و بقاء الباقي على اصاله الاباحه و اختاره بعض مشايخنا قلت الاقوى على القول بالملك اللّزوم لعدم الدليل على جواز الرجوع سوى الاستصحاب المذمى عرفت حاله و ما نقل عن المسالك من ان تبعض الصِّفه لا- يقتضى بطلان اصل المعاوضه بل انما توجب الخيار لا- مساس له أيضا بالمقام اذ لا ريب فى كون الصّفقه فى الاولى كانت

ص: ٢٧

تامه و ليس غرض المحقق الثانى لزوم التبعض فيها بل اراد بيان ما استدل به من امتناع التراد و منه يظهر ان الضرر جاء من جواز الرجوع لا من قبله حتى لا يدخل فى الضرر المنفى بحديث لا ضرر فالحديث مخصّص بعموم ما دل على جواز الرجوع لو كان له عموم كما فى ساير المقامات الحاكم فيها قاعده نفى الضرر على عموم ادلتها فاختيار بعض مشايخنا له مبنى على مختاره من الاباحه فلا خلاف بينه و بين المحقق الثانى

[لو فات بعض فوائده و منافعه]

السادس لو فات بعض فوائده و منافعه كركوب الدّابه و سكنى الدّار و ليس الثوب فعن بعض الاساطين انه يتعدّر الرد قال فلو تلف كلّ او بعض منه او من فوائده بتصرّف بعين او منفعه من ركوب او سكنى او حرث او دخول فى عمل و نحوها او بيع او

اجاره او زراعه او مساقاه و نحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعا او باتلاف او تلف سماوى تعذر الرد لكن فى لك من غير اشاره الى خلاف او اشكال التصريح بان التصرف الغير المغير للضرورة كالاستخدام و الانتفاء بالاناء و لبس الثوب غير مؤثر فى اللزوم بل يظهر منه عدم الخلاف فيه راسا حيث ذكر الخلاف بعد ذلك فى التصرف المغير مثل طحن الحنطه و هو الاقرب نظرا الى الاستصحاب مع امكان التراد لكن مقتضى ذلك عدم تأثير الهبه بدون قبض بطريق اولى حتى يظهر منه قده من التأمل فى ذلك حيث قال الظاهر انه غير مؤثر و قد أطلق جماعه كونها تملك بالتصرف ليس فى محلّه ثم لا يخفى عليك ما فى كلاميه من الثانى جرمه بعدم التأثير فى مثل لبس الثوب و عدم جزمه فى به الهبه بلا اقباض مع ان الهبه ليس من التصرف فى شىء ثم ان ما زعمه من اطلاق جماعه التصرف لا يلائم أيضا ما جزم به فى الاستخدام و لبس الثوب ثم على المختار من جواز الرجوع لا يرجع بالمنافع المستوفاه اما على القول بالملك فواضح و اما على القول بالاباحه فقليل لأنه استوفاهها على ان تكون سالمه له عن العوض و هو غير صحيح لأنّ هذا البناء موجود فى جميع العقود الفاسده و كذا الاذن فى الاستيفاء من المالك بل الوجه هو الاجماع على كون التلّف ملزما و مقتضاه عدم الفرق بين كون التالف عينا او منفعه او صفه كما مرّ و معنى كونه ملزما عدم الرجوع الى قيمه التالف او مثله و لوجه بغيره ففى المسالك الفرق بين المزج بالأعلى و المزج بالادنى او المساوى فاشكال من امتناع الرّاد و من اصاله البقاء و ذهب جماعه نقلا و تحصيلا الى سقوط فى الصّور الثلث و هو الحقّ سواء قلنا بان المزج سبب لاستهلاك و الاتلاف او قلنا بانه سبب للشركه امّا على الاول فواضح و اما على الثانى فلأنّ العود الى ملك المالك الاول يتوقّف على التراد الممتنع نعم بناء على القول بالاباحه يأتى فيه الوجهان من امتناع التراد فيكون كالتلف ملزما بيعا او معاوضه مستقلة و من اصاله بقاء الملك و اصاله بقاء السيلطنه على الاسترجاع و الظاهر انه قده ذكر الوجهين بناء عليه لا بناء على القول بالملك ثم على تقدير البقاء فهل يحصل الشركه او يعزم المثل و القيمه فيه وجوه و تفاصيل المذكوره فى محلّه

[تصرف احدهما فيما اخذه من الآخر]

السّابع لو تصرف احدهما فيما اخذه من الآخر ففى كونه اختيار اللزوم نظير التصرف فى زمن الخيار وجهان ذكرهما بعض الاساطين و فيه نظر اذ الظاهر ان جواز الرجوع هنا حكم شرعى لا يسقط باسقاط احدهما و لا يورث و دلاله التصرف على الالتزام فرع السيلطنه عليه و هذا غير ثابت و من هنا يظهر التأمل بل المنع عن افاده التصريح بالالتزام للزوم و كذا التصريح بالاسقاط

[تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاه]

اشاره

الثامن لا اشكال فى تمييز البائع عن المشتري فى العقد و اما فى المعاطاه فقال الاستاد

ص: ٢٨

العلامه رفع الله مقامه ما حاصله ان احد العوضين ان كان من الاثمان المتعارفه فلا اشكال فى كون دافع الثمن هو المشتري و ان

كان كلّ منهما مشاعا فان قوم احدهما بضمن دون الاخر فالمشترى هو دافع المقوم و ان قوم كلاهما او لم يقوم شىء منهم فففيه وجوه

احدها ان يكون كلّ منهما بايعا و مشتريا

لصدق البيع و الشراء عليه اذ البيع هو مبادله مال بمال و الشراء على ما عن بعض اهل اللغه هو ترك شىء و اخذ غيره و يصدق على كلّ منهما كلّ من العنوانين لكن احكام البائع و المشتري لا تثبت لهما لانصراف ادلتها الى ماده الافتراق نعم تظهر الثمره فى مثل النذر فيحصل الحث اذا نذر عدم البيع او عدم الشراء او عدمهما

و الثانى ان يكون البائع هو الدافع و المشتري هو الآخذ

لان البيع هو الايجاب و الشراء هو القبول

و الثالث ان يكون معاوضه مستقلة

و الرابع ان يكون صلحا معاطيا

و يرشد اليه ان القوم حملوا قول احد الشركين لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندي على الصلح

قلت كون احد العوضين ثمننا لا- يستلزم كون دافعه مشتريا كما لا- يخفى نعم المتعارف كون المشتري هو دافع الثمن لكن التعارف حيث لا يفيد العلم ليس بمعتمد عليه فلا بدّ فى صورته الاشتباه من اختيار احد الوجوه المذكوره و التعين منها هو الثانى كما اختاره قدّه و باقى الاحتمالات لا وجه لها لأنّ احد طرفى العقد الايجاب و الاخر هو القول و لا يتوقّف حقيقه البيع الا على الايجاب و القبول و الشراء و ان فسر بما ذكره الا أنّه ليس جزءا للعقد بالتفسير المذكور بل بالمعنى الّذى يفيد قوله قبلت و اطلاق الشراء على القول باعتبار معناه الالتزامى لا- باعتبار معناه المطابقى و الاّ لزم سلب المشتري عن القابل اذا قال قبلت لا اشتريت فان دفع احتمال صدق كلّ من البائع و المشتري على كلّ واحد فظهر أنّه مستحيل كما لا يخفى على المتأمل و احتمال كونها معاوضه مستقلة أيضا لا وجه له فى صورته قصدهما المبادله كما اعترف به قدّه فى بيان اقسام المعاطاه لان البيع ليس سوى مبادله مال بمال و اما احتمال كونها صلحا فهو أيضا غير وجيه فى مفروض المسأله اعنى قصد المبادله اذ الصلح هو التسالم دون المبادله نعم لو فرض قصدهما معنى الصلح دون المبادله كان صحيحا لكن المعاطاه المتعارفه ليس الغرض منها سوى المبادله بين المالين و هو بديهي اذا نظر بعين الانصاف

[جريان المعاطاه فى الاجاره و ساير العقود]

التياسع الظاهر جريان المعاطاه فى الاجاره للأدله المقدمه فى البيع و الكلام فيما يتعلّق بها من الفروع مثل الكلام فى فروع المعاطاه فى البيع و قد صرّح بذلك المحقّق الثانى فى محكى تعليق الارشاد و جامع المقاصد و كذا الشّهد الثانى فى المسالك بل لم اجد من تأمل و كذا بعض اقسام الهبه و هو المختصّ بالمنقولات المسمّى بالعطيه وفاقا للعلّامه فى محكى التحرير و جامع المقاصد و المسالك و خلافا للمحكى عن الشّيخ و الحلى و العلّامه فى محكى القواعد و اما مط حتّى ما يتعلّق منها بغير المنقول كالعقار و نحوه فاطلاق المحكى عن جامع المقاصد أيضا ثبوتها فيه و كذا اطلاق ما فى كتاب الأستاذ العلّامه رفع الله مقامه لكن فيه تأميل اذا الظاهر اتّفاقهم كما صرّح به فى المسالك على اعتبار الصيغه فى الهبه و المراد بها ما يتعلّق بغير المنقول كما صرّح به فى المسالك و بذلك يصعب التميّك بالعمومات فى اثبات شرعيّتها و ليس فى ادلتها ما يقتضى الجواز ازيد عمّا يقتضيه فى البيع و ساير المعاملات من العموم و

ص: ٢٩

الاطلاقات التّى عرفت حالها مضافا الى الاجماع المحكى المعتضد بعدم مصرح بالخلاف على اعتبارها فى الهبه كما مر و هو يكفى فى سقوطها و عدم نهوضها باثبات الصّححه نعم لا مضايقه فى العمل بها عند الشّك فى ساير الشّروط غير ما يرجع الى اللفظ و خصوصيّاته كما ستعرف و أنّما قلنا بالجواز فى خصوص العطيه للسّيره الواضحه من زمن النّبى ص الى يومنا على بعث الهدايا و نقل ان ماريه القبطيه كانت من الهدايا الى رسول الله ص و كانت أم ولد و قد كان يهدى اليه ص الشىء فى هديه الى زوجاته و لم ينقل عنه ص لفظ مرضى عند الفقهاء فى العقود الجائزه و لا غير مرضى و نقل أنّه اهدى اليه ص حله فاهديها لعلّى ع و كانت الهدايا تحمل اليه ص من كسرى و قيصر و ساير الملوك فيقبلها و لا لفظ هناك و استمر الحال من عهده ص الى هذا الوقت فى ساير الأصقاع و لذا تبعت الهدايا على ايدى الاطفال الذين لا يعتدّ بعباراتهم فما عن المبسوط من اعتبار توكيل الرّسول فى عقد الهديه فاذا مضى و اوجب له و قبل المهدي له و قبضه لزمه العقد و ملكه و الّا فلا كما عن الدّروس و ان جعل اعتبار الايجاب و القبول احتمالا ممنوع اشد المنع و يحتمل غير بعيد أنّه اراد بالهديه الصّدقه بقرينه قوله لزمه العقد فيزيده ضعفا لايّن ثبوت المعاطاه فى الصّيدقات كافّه ضرورى نعم فى خصوص الوقف كلام بل الظاهر اعتبار الصّيغه فيه اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن مع سقوط الاطلاقات و العمومات حتى ما دلّ على اللّزوم فى الصّيدقات و مثل قوله ص ما جعلته لله فلا- رجعت فيه لظهور الاجماع على اعتبارها فى العقود اللّازمه و اختصاص المخرج اعنى السّيره بغيره من الصّيدقات و مما ذكرنا ظهر الحال فى ساير المعاملات خصوصا اللّازمه فان الظاهر عدم ثبوت المعاطاه فيها راسا حتى الرّهن الّذى قد يدعى ثبوت السّيره فيه الّا انها غير معلومه على وجه يعتمد عليه فما عن التذكره من مساواته للبيع فى الخلاف غير ثابت لعدم مصرح به و عدم صحّحه التّعويل على بعض الامارات القاضيه بعموم النزاع فى المعاطات كسائر المعاملات بعد العلم القطعى بخروج جلّها كالتّكاح و الطّلاق و الاقاله و الضّمان و الحواله و لذا منع عنها المحقّق الثانى فى الرّهن مع القول بجوازها فى الاجاره فكيف يدعى انّ حال المعاملات مط او حال خصوص العقود مط او ما تعلق منها بالاموال كحال البيع فى الخلاف مع أنّه على فرض ثبوت غير نافع الا- على فرض كونه نقلا- للإجماع المركّب و هو غير ثابت اذ مجرّد خلافهم فى غير البيع مثل الخلاف فيه لا يدلّ على اجماعهم على الملازمه بينهما كما لا يخفى بل مقتضى ذلك الوقوف على مقتضى الاصل فى كلّ باب لما عرفت من ذهاب الجلّ او الكلّ مع فساد المعاطاه فى البيع فيكون مذهب الاكثر فى غيره هو الفساد أيضا و مقتضاه الوهن و الضّعف و السّقوط فى العمومات و العمل بالاصل لو لم يكن سيره مجزوم بها و لا- فرق بين ما ينقسم منها الى جائز و لازم و بين ما لا يقع الّا لازما

فالاعتذار عن المحقق الثاني في خصوص الرهن و كذا في عدم صحتها في خصوص الوقف بأنهما يتصفان بالجواز و لذا لا يأتي فيهما المعاطاه لأنها جائزه اجماعا منظور فيه لما عرفت من عدم الأشكال في معاطاه الصدقه الواجبه كالفطره و المستحبه مع أنها لازمه فلو اعتذر بما ذكرنا

ص: ٣٠

من الاقتصار على السيره في الخروج عن قاعده اعتبار الالفاظ في المعاملات كان اولي و الظاهر ان المزارعه و المساقاه كالإجاره لقربهما موضوعا و اشتراكهما في السيره و امّا العقود الاذنيه كالوكاله فالأحكام الثابته للعنوان الخاص لا تثبت بمعاطاته و امّا جواز التصرف و نحوه ممّا لا يتوقف الأا على الاذن فلا مضايقه في الاكتفاء بها على الفعل الكاشف عن الرضا و يدلّ عليه مضافا الى الاصل ان جواز المعاطاه فيها مط حتّى بالقياس الى الأحكام الخاصّه يوجب لغويه الغرض لصيغها و بذلك صرح في المسالك في باب القرض حيث قال ان جواز المعاطاه فيها مناف لإيقاف حصوله على العقد مع كونه أيضا جائز ثم اجاب بان جواز القرض ليس بجواز ساير العقود في السيلطنه على حل اثر العقد بل معناه السلطنه على العوض و ان كان المقترض مخيرا في دفعه او دفع بدله و احتمال كون الغرض من ذكر الصيغ بيان السبب الصريح الّذى هو اللفظ لا مط كما احتمله بعض مشايخنا ضعيف و على ما ذكرناه من الوقوف على السيره القطعيه ينفي الاكتفاء بها في القرض أيضا وفاقا للمسالك قال ان حكمه حكم البيع بل الحكم فيه اولي منه في البيع خلافا للمحقق الثاني في المحكى عن صيغ العقود ففرق بينهما بانّ معاطاه البيع تفيد الملك متزلزلا- و معاطاه القرض لا- تفيد الأا الاباحه في التصرف فاذا تصرف صار العوض لازما و يظهر الثمره في النماء الحادث قبل التصرف و في السيلطنه على استرجاع العين لكن الانصاف عدم الجزم بالسيره مع التجرد عن اللفظ مط فاصاله بقاء ملكيه العين محكمه نعم ليس في الفاظ عقد القرض مضايقه مثل المضايقه في العقود اللّازمه المحضه بل يكفى كل ما يدلّ على التمليك مضمونا كما ذكره في بابيه و يظهر من المسالك ان جواز المعاطاه فيه مذهب جماعه حيث اکتفوا فيه بالقبول الفعلي قلت يمكن منع الابتناء عليها بناء على اعتبار اللفظ في طرف الايجاب خاصّه فليس القبول بكفايه القبول الفعلي في المقام و لا في غيره كالهبه و الوكاله و الوصيه و نحوهما بناء على كفايه المعاطاه من دون لفظ راسا هذا ما حضرني عند التحرير و لا بدّ من المراجعه في كلّ مسأله الى بابها و الله العالم هذا تمام الكلام في المعاطاه المقصود منها البيع و المبادله بين المالين

[أن المعاطاه يقع على وجوه أربعة]

أشاره

و امّا المقصود منها غيره فليتصوّر أيضا على وجوه منها

[أحدها] ان يقصد من الاعطاء او التّعاطى مفاد الصّالح

و فيه اشكال موضوعا و حكما و ان مال الى صحته الاستاد العلّامه رفع الله مقامه اما موضوعا فلأنّ الصّالح هو التّسالم و التّجاوز عن شىء و حصول هذا المعنى بالفعل لا يخلو عن نظر الأا ان يرجع الى الاغراض الخارج عن المقام و امّا حكما فلعدم الدليل على صحه بعد ما عرفت مرارا من المناقشه في العمومات بملاحظه اتفاق كلمتهم على اعتبار الالفاظ في العقود

و منها

[ثانيها] ان يقصد منه مفاد الهبة المعوضه

و ذلك بان ملاحظه المعوضه بين التملكين لا- بين المالين و الظاهر انه محض تصوير لا- واقعيه له فى الخارج و على فرض تحقق المعاطاه كك لا دليل على صحته و على فرض صحته فالظاهر جريان حكم الهبة المعوضه فيه لا حكم المعوضه فيحصل الملك للقابل بمجرد القبض كما فى الهبة المعوضه و لا يتوقف على إنشاء تملك مقابله بالفعل خلافا لما فى كتاب الاستاد قدّه فاجرى فيه

ص: ٣١

حكم المعوضه و جعل حصول الملك للأخذ موقوفا على دفعه العوض

و منها

[ثالثها] ان يقصد منه التسليط على العين على غير جهة التملك

ليترتب عليه الملك ذكره بعض اهل السداد من المعاصرين و مرجعه الى اباحه التصرفات و الا فيه اجمال و غموض

و منها

[رابعها] ان يقصد اباحه التصرفات مط

حتى الموقوفه على الملك اما مجانا او بازاء اباحه شىء معين او بعوض معين و الكلام فى الاول فى صحته على وجه يفيد المقصود اعنى جواز التصرفات الموقوفه على الملك و الاظهر الفساد لما دلّ على توقفها عليه و لا يعارضها قاعده السلطنه لأنها لا- تدلّ الا على جواز التصرف الممكن دون الممتنع و كذا جميع ادلّه الاحكام فان الامكان معتبر فى موضوعاتها و البيع بلا تملك ممتنع بحكم الشرع فلا يندرج تحت القاعده فان قلت عموم القاعده لجميع التصرفات يقتضى الامكان اذا شكّ يخصّص بها عموم ما دلّ على توقف البيع على الملك قلت اولاً ان شرط الامكان لا يمكن اثباته باطلاق الدليل و ثانياً ان عموم ما دلّ على توقفه على الملك حاكم عليها و لو كانت النسبه العموم من وجه و هذا يطرد بين كلّ دليلين متنافيين يكون مدلول احدهما ناظرا الى موضوع الاخر كما اذا قال اكرم العدول ثمّ قال النظر الى الاجنبى سبب للفسق فاذا اعتبرنا الجواز فى التصرفات التى اصلها قاعده السلطنه كان النسبه بينهما و بين قوله لا يجوز بيع مال الغير من قبيل ذاك و هذا هو الشرّ فى اختصاص مورد الصلح و التندر و الشرط و القسم و اطاعه الوالدين و جميع العناوين الثانويه بالشروع و توهم المعارضه بينها و بين ادلّه المحرمات و ما يجرى مجريها فى الامتناع الشرعى كبيع مال الغير و عتقه و وطيه و نحوها مبنى على تجريد موضوعاتها عن قيد الامكان و الجواز الشرعى و يرد عليه ان الامكان العقلى معتبر قطعاً لاحتمال تجريدها عنه جداً فكذا الامكان الشرعى لان الامتناع الشرعى أيضاً يرجع الى العقلى عند الشارع و تمام الكلام موكول على غير المقام فاندفع احتمال تخصيص عموم ما دلّ على توقفها عليه بالقاعده و يجوز بيع مال الغير هنا من دون الالتزام بالملك الضمنى كما توهم و اما مع الالتزام به فهو أيضاً كلام لا محصل له

بعد ما عرفت من الحكومه و انما يلتجأ اليه اذا ثبت صحه مثل هذه الإباحه بدليل و لا دليل على صحتها الا القاعده التي عرف قصورها و هذا بخلاف ما اذا قال اعتق عبدك عنى فأنه لما قام الاجماع على صحه العتق هنا و احتسابه من الامر دون العتق التجئوا الى حصول الملك الضمني قبل العتق للمعتق من حين قوله اعتق او من حين العتق باؤل جزءه او بآخره على الخلاف فى المسأله محافظه لقاعده توقف العتق باؤل جزءه او بآخره على الخلاف فى المسأله الى محافظه لقاعده توقف العتق على الملك نعم ذكر غير واحد وجهها اخر لصحته ينطبق به على القاعده و هو ان الامر بالعتق يفيد توكيلا ضميتا للمخاطب على ادخال العبد اولاً فى ملك الامر ثم العتق عنه فاذا عتق كشف عن دخوله فى ملك الامر من حين الامر او من حين العتق على الخلاف الا ان الوجه غير وجيه و انما لصح مطرد او جاز اشتر من مالك لى ثوبا او جاريه او بع مالك او نحو ذلك و لا اظن قائلاً به نعم بعض مشايخنا ساق ذلك و قوله اعتق عبدك عنى مساقا واحدا بعد تطبيقه على القاعده و هو كما ترى فلو لا الاجماع لكان الوجه ما اختاره

ص: ٣٢

الحلى من وقوع العتق للمأمور لا للامر ثم على تقدير انطباق قول الاكثر على القاعده و اطراده فى نظائره لا يجدى فى المقام أيضا لأنه من قبيل اشتر من مالى لك طعاما كما لا يخفى و هذا هو الفارق بين المقام و بين قوله اعتق عبدك عنى دون القصد او عدمه اذ لو فرض قصد المبيع ذلك لم يفد أيضا و لو مع النص بان قال أ تحب لك البيع فلو كان الفارق القصد فى حصول الوكاله الضميتيه لزم القول بالصحة و اما ما عن القطب و الشهيد و غيرهما من ان البائع الغاصب لو اشترى بالثمن شيئا وقع الشراء له لا للمالك لا ذمه الغاصب فى الاتلاف فليس خلافا للإجماع المذكور لاحتمال استناده الى خصوصيه فى الغصب فانهم صرحوا بعدم ضمان البائع الثمن مع مخالفته لقاعده ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و كذا ما عن مختلف العلامه من جواز وطى الغاصب الاعمه التي اشترها من مال الغير اذا علم البائع بغصبيه الثمن فأنه يمكن ان يكون البيع مع العلم بغصبيه الثمن بمنزله التحليل و الحاصل ان قاعده دخول الثمن و المثلن فى ملك من خرج عنه الاخر ثابت بالعقل و الثقل و اباحه التصرف فى المبيع مثلا منافع لتلك القاعده و ارجاعه الى التوكيل لا يلتزمون به مطردا فكيف يلتزم به فى المعاطاه كما فعله بعض مشايخنا و مما ذكرنا ظهر اندفاع مقايسه المقام بسائر المقامات التي حكموا فيها بالملك التقديرى مثل شراء من ينعق عليه و دخول ديه القتل فى ملك المقتول مع ان الملك فيها شرعى ثابت بحكم الشرع بعد ملاحظه توقف العتق على الملك و الملك على الحيوه و فى المقام و فى قوله اعتق عبدك عنى مالك حصل من المالك و اما الكلام فى الثانى و الثالث ففى حكمهما من حيث الصيحه و اللزوم و الجواز بعد الفراغ عن صحته الاوّل و هو الاذن فى التصرفات الموقوفه على الملك و فيه وجوه الاوّل اللزوم مط لعموم أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و الجواز كك لعموم الناس مسلطون و ما يفيد مفادها فى انجاز اخبار المالك بعد سقوط اوفوا لإجماله او لحمله على المتعارف من العقود و كذا المؤمنون عند شروطهم بناء على اختصاصه موردا او عملا بالشروط الضمنى التبعي دون الابتدائى و الفساد لخروجها عن المعاملات المتعارفه فيرجع فيها الى اصله الفساد و اوجهها الثانى و عليه فهل يلزم بالتلف او الاتلاف وجهان من استصحاب سلطنه الاسترجاع بالنسبه الى الباقي و استصحاب الملكيه و من الاقدام على كونه عوضا عن التالف فى اباحه التصرفات فاذا فرض كون هذه المعاوضه صحيحه شرعا لزم تعيين ما التزم اذا تعذر رد المعوض و فيه منع اقتضاء هذه المعاوضه صيروره احد العينين بدلا جعليا من الاخرى حتى يتعين عند تلف إحداهما بل اقصاها صيروره جواز التصرف فى كل منهما بدلا عن الاخر و هذا لا يستلزم البدليه بين العينين و الا افاد الملك قبل تلف إحداهما أيضا

و هو خلاف المفروض هذا كله في القسم الثاني و اما القسم الثالث فيزيد عليها احتمال رابع و هو اللزوم من جانب القابل لأصالة بقاء ملكيته ما دفعه الى صاحبه و الجواز في حق الموجب فله الرجوع متى شاء لعدم المانع مع الاصل دون القابل العدى خرج العوض عن ملكه بقبوله و هذا اقرب الوجوه

[افتقار الإجاره إلى الإيجاب و القبول]

إشارة

و كيف كان فالاجاره في صحتها او في لزومها على الخلاف يفتقر الى ايجاب و قبول و ينقسمان الى

ص: ٣٣

صريح و غيره و العبارة الصريحة الكافية في الاجاره من الايجاب اجرتك لأنها تدل على تملك المنفعة بعوض بلا معونه القرينه و غير الصريح ما لا يحتاج في دلالة عليه اليها و ينقسم الى مجاز و مشترك لفظي او معنوي او كناية و المراد بها كل لفظ يفيد المعاملة المقصوده باللامزم مثل ان يقول سلطتك على منفعه الدار بكذا و كذا صالححت اذا لم يقصد باللفظين مفهوم الاجاره مجازا و لا يكفي ملكتك الدار لكونه مجازا و اما لو قال ملكتك مسكنى هذه الدار سنة مثلا صحح و كذا اعرتك لتحقيق القصد الى المنفعة بلا- معونه القرينه بناء على ما في المسالك من ان الاعاره و الاجاره تشتركان في نقل المنفعة و تفرقان بالتبرع و شرط الاجره و اما بناء على ما حققه اخيرا من أنها لا تفيد الا الاباحه بخلاف الاجاره فانها تدل على تملك المنفعة فهي مثل ملكتك مجاز لا يجوز في العقود اللزومه في ظاهر المعزى الى الاكثر و لو قال بعتك هذه الدار و نوى الاجاره لم يصح لكونه مجازا سواء كان البيع مرادفا للتمليك صالحا لا للتعلق بالمنافع كما يرشد اليه قولهم فلان باع الحجاج و الصوم و الصلاه او كان حقيقه في خصوص نقل الاعيان لان الاضافه إليه عين الدار لا- تصحح ألما بتجوز كملكتك و كذا لو قال بعتك سكتها سنة للاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان و فيه تردد ينشأ من استعمال البيع في نقل المنافع احيانا و كون الاستعمال مط او في نظائر المقام علامه للحقيقه و يحتمل استنادا لفسادها و في ملكتك الى كونها من الكنايه دون المجاز كما يرشد اليه تحليل الصريحه في اعرتك بتحقيق العقد على المنفعة فالممنوع عند المص الكنايه خاصه لأنها التي لا يتحقق معها القصد الى المنفعة و ان كان مستلزما لتمليكها و اما المجاز فهو جائز لجوازه اعرتك اذ الظاهر عدم الأشكال في كون الاجاره موضوعه للإباحه دون التملك ألما في مقام الاجاره مع نصب القرينه تفيد القصد الى تملك المنفعة و ح فالمراد بالصريحه في العبارة ان يكون المراد باللفظ خصوص عنوان المعامله المقصوده و يكون هو المنوى منه سواء دل عليه بالوضع او بالقرينه فلو اريد به مفهوم اخر مغاير لمفهوم لفظ الاجاره مثلا و هو المراد بالكنايه لم يجز و لو كان بينهما تلازم عرفي فلو قال فوضت إليك منفعه الدار او سلطتك عليها لم يصح و ان دلا بالكنايه على تملك المنفعة و كان حقيقه و لو اريد بهما عنوان الاجاره مجازا صحح و لو احتاج الى القرينه فليس العبره في صراحه اللفظ استقلاله في الدلاله وضعاً و عدم الاحتياج الى القرينه بل باراده عنوان المعامله او لقصد اليه و لو بالقرينه و هذا هو المطابق لما عن العلامة و غيره بل عزى الى ظاهر الاكثر من عدم انعقاد العقود اللزومه بالكنايات كما ان الاحتمال الاول مطابق لما قيل من أنه المعروف من عدم انعقادها بالمجازات أيضا ألما ان الذي يظهر من المص في غير الكتاب قوله بجواز الكنايه فقد صرح في الوقف بجواز حرمت و تصدقت و سبلت و حبست مع نصب القرينه المفهمه لخصوص الوقف و نقل عن تلميذه الآبي ان نقل عنه جواز ايجاب البيع بكل لفظ كاشف عن المقصود فتعين الاحتمال الاول و يشكل ذلك بان مقتضاه المنع عن

ايجاب الاجاره بأعرت أيضا مع قوله بالجواز خلافا للأكثر و احتمال كون الاعاره عند حقيقه فى تمليك المنفعه او التسليط عليها
او نحو ذلك ممّا يرجع الى الكنايه بعيد

ص: ٣٤

اللهمّ الا ان يرجع ما ذكره فى الوقف الى المجاز أيضا بان اريد بهما عنوان الوقف مجازا لا عناوينها الملازمه للوقف حتى تكون
كنايه فالمعتبر عند المص اراده عنوان المعامله حقيقه او مجازا او اراده عنوان اخر ملازم او غير ملازم لكن مقتضاه صحه
ملكته الدار و بعته سكتها اذا اريد بها عنوان الاجاره لا المنع عنهما بقول مطلق الا ان ينزل على صورته قصد معناه لا معنى
الاجاره او يفرق بين المجاز القريب فيجوز كالإعارة و البعيد الغير المانوس فالمنع كالمثالين فيرجع الى ما عن جامع المقاصد فى
باب السلم و النكاح من الجمع بين قولهم بعدم جواز العقد بالمجازات و تجويزهم عقد البيع بلفظ السلم الذى هو مجاز فى البيع
فظهر ان الصّراحه تحتل معنيين احدهما مقابل الكنايه اعنى ما اريد به عنوان تلك المعامله سواء كان حقيقه او مجازا و ثانيهما
ما دلّ عليه بلا قرينه فالمدار فى الأوّل على ملاحظه المدلول و فى الثانى على ملاحظه الدلاله دون الوضع و لها احتمالان آخران
ناظران الى حال اللفظ بحسب الوضع دون المعنى احدهما ما فى مفتاح الكرامه اعنى الدال بالوضع و الثانى ما فى كتاب الاستاد
قده قائلا أنّه مما يظهر من العامه و الخاصه فى باب الطلاق و هو ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لغه او شرعا فالكنايه ما افاد
لازم ذلك العقد بحسب الوضع و يفيد نفسه بالقرينه و الأوّل اعم لشموله المشترك بقسميه و الكنايه و اختصاص الثانى بغيرهما
و هذان الاحتمالان مرجوحان فى الكتاب لان تجويز الاعاره ظاهر فى كونها من الالفاظ الصّريحه و هذا لا ينطبق عليهما

[أن الأقوال فى صيغ العقود]

اشاره

ثم المحصل من الاحتمالات او الاقوال فى صيغ العقود ستّه

الأول اعتبار الصّراحه

بالمعنى الاخير فلا- ينعقد بالمجازات و لو مع القرائن الصّريحه و لا بالكنايات كك و ذهب اليه العلّامه الطّباطبائى على ما عن
مصايحه و ربما يرجع اليه ما عن الفخر فى الايضاح من ان كلّ عقد مخصوص له صيغ مخصوصه شرعا فلا بدّ من الاقتصار على
القدر المتيقن بناء على أنّ ما عداه ليس من القدر المتيقّن و يمكن ان يرجع اليه أيضا ما قاله فى اجاره المسالك قال و لما كانت
الاجاره من العقود اللّازمه و جب انحصار ايقاعها فى الالفاظ المنقوله شرعا المعهوده لغه و الظاهر أنّ المراد بالمنقول الشرعى
الالفاظ الوارده فى الاخبار فى مقام بيان الاحكام الثّابته للمعامله و الاّ ليس فى الاخبار ما يدلّ على ان عقد كذا صيغته كذا حتّى
النكاح الّذى هو اضيقها عباره و اشدها اهتماما و فى مفتاح الكرامه ان الّذى طفحت به عباراتهم فى ابواب متفرقه كالسّلم و
النكاح و غيرهما ان العقود اللّازمه لا ينعقد بالمجازات فلا ينعقد بشىء من الكنايات كالتسليم و التّصريف و الدّفع و الإعطاء و
الاخذ فى البيع و تفريع عدم انعقاد الكنايه على المجازات يدلّ على ان المجاز و الكنايه عند واحد و قد عرفت ان الكنايه عباره

عن التعبير باللازم حقيقه كان او مجازا و من هنا يشكل تحصيل مذهب الاصحاب فى الكنايه بالمعنى الذى فسرنا اذ يحتمل قويا كون الكنايه و المجاز عندهم واحدا اما رجوع الاول الى الثانى او العكس

الثانى الاقتصار على خصوص الفاظ الكتاب و السنه فى التعبير عن العقد

فى مقام بيان احكام العقود و هو محتمل الايضاح و المسالك فى كلامهما المنقول فى الاول

الثالث عدم اعتبارها مط بجميع المعانى

و لم اجد مصرحا به لكن فى كتاب الاستاد العلامة رفع الله مقامه ان المستفاد من النصوص فى ابواب العقود و قواه جماعه من متأخرى المتأخرين الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى و يمكن استفادته أيضا من القول بجواز الإجاره بأعرتك كما عن الإرشاد و الروض

ص: ٣٥

و مجمع البرهان و جواز البيع بالسلم كما عن الاكثر و بجواز النكاح بالتمتع كما عن جماعه خلافا للمحكى عن الاكثر و من التوسع فى عقد القرض و الرهن و المزارعه كما هو المعروف لأنها عقود لازمه

الرابع مثل الثالث باستثناء المجازات بالمعنى الاعم الشامل للكنايه

بالمعنى الذى فسرناها و هو التعبير باللازم فى المشترك بقيمته و هو ظاهر بعض مشايخنا و يحتمل قويا اتحاده مع القول الاول

الخامس مثل الاول أيضا باستثناء المجاز البعيد

و قد سبق نقله عن المحقق الثانى فى نكاح جامع المقاصد و سلمه

السادس مثل الثالث أيضا باستثناء التعويل على القرائن الغير اللفظيه

حجّه القول الاول الاصل القاضى بالاقتصار على القدر المتيقن مضافا الى ظهور الاجماع على اعتبار الصيراحه فى صيغ العقود اللمازمه و لا- تحصل بالالفاظ الداله على عنوان المعامله المخصوصه بالوضع و لا- ينعقد بالمجازات و لا- بالكنايات و لا بالمشركات معنى او لفظا و منه يظهر وجه الثانى لأن مقتضى الاقتصار على القدر المتيقن الجمود على الألفاظ الماثوره و عدم دليل على كفايه مطلق الصراحه حجّه الثالث العمومات المعمول بها كما يظهر من المراجعه الى كلماتهم فى ابواب العقود كالتى

اشرنا اليها و غيرها و عدم دليل على اعتبار الصّيراحه ان اريد بها غير الظهور العرفى الكافى فى معرفه الاحكام و غيرها من الموضوعات و الاغراض و المقاصد العرفيه و حجّه الرابع دعوى الاجماع على اعتبار الصّراحه مع دعوى تحققها بالدلاله الوضعيه خاصه فالخارج أنّما هو المجاز خاصه و حجّه الخامس هو حجّه الثالث مع دعوى خروج المجازات البعيده عن الظواهر العرفيه بحسب النوع و كذا حجّه السادس الذى هو خيره الاستاد قده مع خروج القرائن الغير اللفظيه بوجوه الأول أنّ غير اللفظ قاصر عن افاده المقاصد كما صرّحوا به فى المعاطاه فلا بدّ فى العقد اللّازم للاقتصار فى افادتها على الالفاظ و لو مجازا الثانى ان الحقيقه و المجاز المقرون بالقرينه اللفظيه مشتركان فى الدلاله اللفظيه و لا- يتعقّل فرقا فى التّعبير عن المقاصد بين اقسام الكاشف بعد التّساوى فى جهه الكشف اذا كان المقصود محض الكشف بخلاف القرائن الغير اللفظيه فان التّعويل عليها فى ساير الاغراض لا يوجب التّعويل عليها فى العقود و إلا سقط اللفظ راسا الثالث أنّ العقد على ما ذكره بعض هو العهد الموثق و لا وثوق بما يفيد قرائن الاحوال الرابع التّواهى الوارده عن الغرر لأنّها تدلّ و لو بتتقيح المناط على عدم إمضاء الشّارع كلّ ما فيه غرر و خطر و الاعتماد على غير اللفظ فى المعاملات محلّ خطر كما لا- يخفى الخامس ان حكمه تشريع العقود هو دفع التشاجر و التّزاع و التّعويل على قرائن الاحوال فيها موجب لهما فكيف يشرع لدفعهما فثبت عدم جواز التّعويل على غير القرائن اللفظيه و اما التّعويل عليها مط حقيقه كان اللفظ او مجازا ما عرفت فى دليل القول الثالث قلت و فى الكلّ نظر اما الاول فلأنّ قصور غير اللفظ عن افاده المقاصد مردود على قائله بما اثبتنا به جواز المعاطاه فكيف عن اللفظ المقرون بقرينه الحال مضافا على كونه مكابره فى العرف من استكشاف المقاصد بالافعال على حدّ استكشافها بالاقوال و اما الثانى فلان وجوه استعمال الحقائق محصوره فتكون اغلظ و اوثق و اوفى فى افاده المقصود من المجازات انه التّى لا ضبط لها و لا حصر و هذا هو الفارق و كفى به وجها للاقتصار على الحقائق فيما هو مبنى على

ص: ٣٦

التّعليظ و التّوثيق فى العهد و اما الثالث فلانه ممنوع صغرى و كبرى اذ عدم حصول الوثوق بقرائن الاحوال ممنوع و تفسير العقد بالعهد الموثق أيضا ككك و اما الرابع فلان الغرر هو الجهاله و لا مساس لها بالمقام و يظهر من الجمع سقوط الخامس راسا و الاقرب هو القول الاول اذ لا- مانع منه سوى العمومات و الاطلاقات و فيها ضعف واضح بعد قيام الاجماع المحقق على اعتبار بعض الخصوصيات فى العقد و لو فى الهيئه من الماضويه و الموالاه و نحوهما ممّا هو ثابت عند الكلّ او الجمل و دعوى انها خرجت بالاجماع فما بال المختلف فيه من الخصوصيات الراجعه الى المواد شطط من الكلام و جمود على الظاهر الذى لا اصل له لأنّ القوم يعتمدون فى اثباتها على ما يأتى فى المواد أيضا و هذا يكشف من اعتبار صيغه خاصه لا نعلم كيفيتها من غير ان يرجع ذلك الى الاقل و الا- كثر لأنّ مقتضى الاطلاقات عدم اعتبار اللفظ راسا ثمّ قام الاجماع على اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين فى الجمله مرددا بين المطلق الصادق على الكلّ و المعهود المذمى هو بعض معين كما لو دار المعرف بلام الجنس بينه و بين العهد فلا مناص من الاخذ بالقدر المتيقّن فى مواضع الخلاف نعم لو كان المقام من اجمال المخصّص المتّصل و دورانه بين الاقلّ و الاكثر لزم العمل بالعام فى المشكوك لك و ليس ككك بل من التقييد بالمجمل الذى يوجب اجمال الاطلاق مط متّصلا كان او منفصلا كما تحقّق فى محلّه اذ الكلام فى خصوصيته العقد لا فى خصوصيات العقود حتّى يكون من التخصيص فافهم ثم بعد ذلك فالاقرب هو القول الثالث لعين ما عرفت و ممّا ذكرنا ظهر الحال فى الصّيح المشار اليها فى الكتاب و الاجاره عقد لازم لا تبطل الا بالتقاييل او باحد الاسباب المقتضيه للفسخ بلا خلاف بل عليه الاجماع مستفيضا و التّصوص به أيضا كك

و كذا لا- لا- تبطل بالبيع من غير المستاجر بلا- خلاف و لا اشكال و هو القدر المتيقن من المستفيضة الوارده فيه ثم ان كان المشتري عالما بالحال و جب عليه الامساك عن التصرف فى الدين مدّه الاجاره و ان كان جاهلا تخير بين الفسخ و الامساك مجانا كذا فى القواعد و غيره و يشكل بانه ان كان من خيار المستاجر كما عن المبسوط و الغنيه التصريح به لزم الارش و ان كان من خيار تخلف الوصف ففيه ان الوصف الغير المذكور فى العقد لا يوجب الخيار و يدفعه ان الاوصاف المواقعه للأصل او الظاهر حكمها حكم العيب فى اقتضاء تخلفها الخيار و لو لم تذكر فى العقد كالرد بالشركه فانها تعد من العيب الحقيقى و هذا هو السرّ فى تصريح بعض الفقهاء بان نقص المنفعه عيب حكمى اراد انه فى حكمه فى اقتضاء الخيار مع عدم اشتراطه فى العقد بخلاف خيار تلف الوصف فانه موقوف على ذكره فى العقد فلا- يرد انه اذا لم يكن عيبا حقيقيا و لم يوجب الارش فالحاقه بالعيب مما لا ميسر له بل ينبغى ان يعد عن خيار تخلف الصفه ضروره امتيازه عن ساير الاوصاف فى الذكر فى العقد فتعين الحاقه بالعيب فافهم و امّا من المستاجر فالمشهور أيضا كك خلافا للمحكى عن ارشاد العلّامه و عن الفخر فى شرح الارشاد نسبتبه الى الشيخ أيضا و فى مفتاح الكرامه انه غير موجود فى كتبه الثلاثه و لم يحكه عنه غير الفخر بل صرح الاكثرون بعدم البطلان حجّه الا- كثر الأصل و عمومات البيع و الاجاره مع عدم المانع نظير شراء الثمره اولا ثم الشجره و حجه الارشاد امور احدها ان اثر الاجاره هو الانتفاع بمال الغير و هذا لا يبقى بعد الشراء و ثانيها ما عن مجمع الفائده من استلزم الصّحه توارد العلّتين على معلول واحد لأنّ عقد

ص: ٣٧

الاجاره و تملك العين كلّ منهما سبب مستقل لتملك المنفعه فلو بقى الاجاره بعد البيع لزم المحذور و ثالثها انّ المنافع ليست مملوكه لمالك العين بمملوكيه مغايره لمملوكيه العين و لذا منافع الحر لا تملك قبل ان توجد كيف و لو كانت مغايره لزم ان يكون لمالك العين مالان و ملكان العين و المنفعه و هو باطل بالضروره و الاجماع نعم يختلف ملكيه العين فى الكمال و النقصان باختلاف منافعها قله و كثره فالعين المستاجر ملكيتها ناقصه باعتبار اقرار بعض منافعها بالاجاره فاذا دخلت فى ملك المستاجر صارت ملكيتها كامله باعتبار عود المنفعه الى ما كانت عليه قبل الاقرار و عود العين الى ما كانت عليه من الكمال فى حق مالکها اعنى المستاجر و امّا بالقياس الى غير مالکها فيمكن ان تكون ملكا مستقلا و به يصحّ الاجاره التى هى تمليك المنفعه و لذا يفسخ نكاح الامه اذا دخلت فى ملك الزوج و كذا تكون مغايره باستيفاء الغير و لو بالقياس الى مالك العين فاذا ملك المستاجر العين المستاجر يبيع وارث و نحوهما لزم انفساخ الاجاره و بطل استحقاق الاجره لصيروره مقابلها معدوما فيكون اخذها اكلا للمال بالبطل كما لو تلف العين بعد الاجاره لان الدخول فى ملك المستاجر يجرى مجرى التلف فى زوال اثر الاجاره و اجيب عن الاول بانه مصادره لان صحّه الاجاره انما يتوقف على كونه متعلقها و هو العين فى حين الاجاره و امّا كونها كك مستند اما فهو عين الدعوى و عن الثانى بان ملك العين انما يكون سببا لملك المنفعه اذا لم يسبق لملكيتها سبب اخر كما هو الشّان فى جميع الاسباب المتعاقبه فان المستاجر لا يؤثر لعدم قابليه المحلّ فلا يلزم من بقاء الاجاره و صحّه البيع

توارد العلتين على معلول واحد كيف و لو كان كك كان البيع باطلا للزوم المحال على تقدير صحه دون الاجاره و عن الثالث بان عدم كون المنفعه مملوكه لمالك العين بمملوكيه مغايره ممنوعه و الا لزم ان لا يكون مملوكه اصلا و هو باطل لان الاجاره هو تملك المنفعه دون العين فلو لم يكن شيئا مملوكا لم يكن قابلا للتمليك و اميا الملازمه فلأن المنفعه معدومه و العين موجوده فكيف يكون مملوكيه المنفعه عين مملوكيه العين و أيضا لو لم مغايره في المملوكيه لزم عدم جواز فسخ الاجاره بعد الشراء لاستحاله عود المنفعه الى الموجر لكونها شيئا غير مملوك و أيضا لزم بطلان الاجاره اذا فسخ البيع لرجوع المنفعه الى الموجر تبعا للعين نعم هي مملوكه تبعا لمملوكيه العين لا انها مملوكه بعين مملوكيه العين و فرق بين عدم كونها مملوكه و بين عدم كونها مستقله في المملوكيه و يضعف بانها لو كانت ملكا مغاير المالك العين لزم ثبوت احكامه و ترتبها عليها فيلزم توريث الزوجه من منافع الارض و العقار اذا استاجرها الزوج اولا ثم اشترى بل مط و يلزم أيضا ان لا ينتقل الى المشتري منفعه ما اشترى بعد الاستيجار لو باعه و غير ذلك مما هو من احكام مغايره الملك و اجيب ان المغايره في المملوكيه باعتبار تعدد السبب لا تستلزم المغايره في الاحكام فالمنفعه مط حتى فيما لو انتقلت بسبب مستقل مغاير تابعه للعين في الاحكام و ان كانت مستقله في صفة المملوكيه و مغايره لها فيها نظير وجوب المقدمه فان وجوبها مغاير لوجوب ذبها الا انها تابعه في الاحكام لوجوب ذبها فليس له من احكام الواجب شىء غير الذى ثبت لذبها و السير في ذلك في المقام ان المنفعه شىء معدوم لا وجود لها فعلا و هذا سبب لصيرورتها

ص: ٣٨

تابعه للعين في الاحكام و اما تبعيتها لها في صفة الملك فهو يدور مدار سبب التملك فان دخلت في ملكه بالسبب المملك للعين كانت تابعه لها في المملكيه و الاحكام في التبعية و الاستقلال من المنع لان المملكيه لا معنى لها سوى الاحكام و مقتضاه مطالبه الدليل على التبعية في الاحكام من اجماع و نحوه و الوقوف عليه مع ان بناء بالعرف و الشرع على التبعية مط مع ان المقابله بالعوض أيضا من احكام الملك فاذا صار العين ملكا للمستأجر لزم خروج المنفعه عن صلاحته هذا الحكم أيضا و هو عين فساد الاجاره و التحقيق ان يقال المنافع في حد ذاتها ليست ملكا لكونها معدومه و اما سلطنه المالك على استيفائها فهو من وجوه ملكيه العين لأن ملكيه العين عباره عن التسلط على الانتفاع بها و ببدله فهو أيضا ليس ملكا مغاير له و اما سلطنته على تسليط الغير على الانتفاع فهو امر مغاير لملكيه العين لكنّها ليست مالا و لا ملكا أيضا و انما تكون منشأ لحصول المال بالاجاره و نحوه كما ان السلطنه على الانتفاع في حق غير مالك العين أيضا محسوبه من الاملاك قابله للتفويض ما دام كونه غير مالك للعين فاذا ملكها خرجت عن كونها مالا في حقه لكن هذا لا يقتضى فساد الاجاره السابقه اذ المعتبر في صحتها امران احدهما وقوعها صحيحه في الابتداء و الثانى عدم خروج المحلل عن قابليه الانتفاع في حق المستاجر و كلاهما حاصل لأنه قبل شراء العين المستاجر كان اهلا للاستيجار بلا مانع و بعد الشراء و ان خرج عن هذه الاهليه الا انه لم يتعدّر له الانتفاع من العين المستاجره أيضا و هذا يكفي ح بقاء صحه الاجاره و في كونه مطالبا بالاجره و لا يلزم في صحتها استدامه بقاء اضافه الانتفاع بمال الغير بحاله بل القدر اللّازم بقاء اهليه العين التى هي متعلق الاجاره للانتفاع المستاجر بحالها و هو حاصل غايه الامر انه يلتزم ان لا يؤثر شراء العين في حقه سلطنته على الانتفاع بها في مده الاجاره لكونها حاصله من قبل و لا ضير فيه فافهم فان فيه بعض الدقه حيث انه راجع الى منع الكبرى اعنى استلزام عدم مملوكيه المنفعه فساد الاجاره كما ان الجواب المذكور يرجع الى منع الصغرى اعنى سلب المملكيه المغايره عن المنفعه

الأول على القول بفساد الاجاره يجب على الموجر رد الاجره الى المستاجر

و له عليه اجره المثل ممّا مضى من المنفعه و به صرح في محكى التحرير لكن من الارشاد الحكم بالبطلان مع عدم ردّ الاجره و هذا كما ترى مخالفا للقاعده و من هنا احتمل ان يكون مختاره في الارشاد موافقا للمشهور بحمل بطلان الاجاره على بطلانها بالقياس الى المستاجر من حيث زوال فائدها اعنى التسلّط على الانتفاع ضروره كفايه انتقال العين في تلك السيلطنه فتكون الإجاره السّابقه ح اقوى في حقّه و امّا في حقّ الموجر البائع فهو صحيح و فائده بقاء استحقاق الاجره بحالها لكن ليس في الارشاد الحكم بعدم ردّ الاجره و لعل الناقل فهم ذلك من عدم الحكم بردها و فيه نظر او وجده في مقام اخر له

الثانى لو فسخ البيع فعل القول ببقاء الاجاره

لم يفسخ الاجاره فيعود العين خاصّه الى ملك الموجر بالفسخ دون المنفعه و على القول بالفساد يبطل اثر الاجاره أيضا

الثالث لو تقارن البيع و الاجاره

ففى فساد

ص: ٣٩

الاجاره و صحتها و جهان من تعارض السّيبين بالنّسبه الى المنفعه و من تحكيم ادلّه الاجاره على ادلّه التبعية لأنّ المقتضى لصحّه الإجاره موجود و المانع مفقود اذ المانع ليس ألما البيع و هو ليس بمانع لأنّ سببته لانتقال المنفعه تبعا يتوقف على ان لا يكون المبيع مسلوته المنفعه فمع مقارنته للإجاره لا يكون لانتقال المنفعه فلا يزاحم الاجاره في تأثيرها و يضعف بالقلب لأنّ المقتضى لتأثير البيع فى انتقال المنفعه موجود و المانع مفقود اما المقتضى فهو بيع العين و اما عدم المانع فلاّنه ليس ألما افراز المنفعه عن العين قبل البيع و هو هنا غير حاصل هذا اذا كان المشتري غير المستاجر و ألما امكن القول بصحّتها كما لو اشترى اثنان فى ان واحد لشخص واحد بثمان واحد و يحتمل الفساد أيضا لاختلاف اثر الاجاره و البيع فى تملك المنفعه

الرابع لو باع الموجر سبتان المستاجر

ثم فسخ الاجاره فالظاهر عود المنفعه الى الموجر لأنّه قضيه الفسخ لكن عن التذكرة احتمال عودها الى المشتري و لعلّ وجهه احتمال صيروره المنفعه بعد الفسخ تابعه للعين كما كان كك قبل الاجاره فى حقّ مالکها و لخروجها عن حقيقه الافراز الحاصله لها بالاجاره الى الاتحاد فى الملكيه مع العين كما اتضح آنفا و يضعف بان الاعتماد بالقياس الى مالک العين لا ينافى المغايره بالنّسبه الى غيره كيف و لهذا يصحّ الاجاره فاذا فسخ الاجاره عادت المنفعه الى الحاله الّتى كانت عليها قبل بيع العين من الدّخول تحت ملكيه الموجر و لا فرق بين كون الفسخ رفعا للعقد من حينه او من اصله فما فى مفتاح الكرامه من الابتناء عليه و الحكم يعودها الى المشتري على الثّانى غير ظاهر الوجه او المراد و لو ذكر هذا لا- ينافى الفرع السّابق كان انسب و ان كان منظورا فيه أيضا و لكن يحتمل غير بعيد كون الامر كك اذ لا اعتماد على ما عندى من النسخه لكثرة غلطها

بل هي للمستأجر تبعاً لملك العين و احتمال عودها الى الموجر نظراً الى انتقال العين الى المشتري مسلوبه المنفعه كما في مفتاح الكرامه ضعيف لأن اعتقاد كونها مسلوبه المنفعه مع كشف الخلاف لبس بشيء و هل له خيار الفسخ في البيع وجهان من ظهور البيع على غير ما زعمه من الصيغه و هي كونها مسلوبه المنفعه و من ان انكشاف الخلاف بمجرد لا يوجب خياراً اذا لم يكن عنواناً في العقد كان اوقع العقد على الكاتب فظهر غير كاتب فالخيار من جهه تخلف الوصف غير ثابت لكن قد يقال ان هذا من خيار العيب لا من خيار تخلف الوصف حتى يتوقف على الذكر في العقد لما عرفت ان كل وصف يقتضيه اصل او ظاهر او قاعده حكمه حكم الصيغه في اقتضاء تخلفه الخيار و لو لم يذكر في العقد و الموجر لما اجر العين قبل البيع اذ الاصل في المبيع نقصان المنفعه لأصالة الصيغه فاذا انكشف الخلاف اوجب الخيار و هل يثبت من جهه الغبن اذا كان مغبوناً الطاهر انه لا مانع منه و كذا لا تبطل بالعدر المانع عن تمام الانتفاع مهما كان الانتفاع في الجملة ممكناً على ما يقتضيه اطلاق الانتفاع و يحتمل كفايه نقصان الانتفاع في البطلان لأن المراد به الانتفاع المعهود لا كل انتفاع كما يأتي تفصيله فيما بعد إن شاء الله تعالى و مع نقصان المنفعه المعهوده المقصوده ا يمتنع أيضاً ذلك الانتفاع و يأتي تحقيق الحال في المقال إن شاء الله تعالى من ثبوت

ص: ٤٠

الخيار للمستأجر مع النقص كما يأتي خلاف الفاضل في محكي المختلف و خلاف الحنفية في اصل المسأله و يحتمل ملاحظه الإمكان بالقياس الى غير المستأجر الواقع في حقه مط كما ستعرف في محله و هذا هو الظاهر

[هل تبطل الإجاره بالموت]

و هل تبطل بالموت كما عن الشّيخين في المقنعه و التّهاييه و الخلاف و سلّار و ابناء حمزه و زهره و براج المشهور بين القدماء نعم بل عن الغنيه و الخلاف الاجماع عليه مع نسبته في الاخير الى اخبار الفرقه و هو ظاهر المحكى عن كره حيث نقل عن الخلاف الاستدلال عليه بالإجماع و اخبار الفرقه ثم قال و لا شك في عدالته و قبول روايته مسنده و كذا مرسله و قد يتأمل في كونه اختياراً للمذهب لان تصديق العدل في روايته المرسل لا يستلزم التصديق في دلالاته و أنّما ذكر ذلك ابداء للعدر في قول الشّيخ بالبطلان مع مخالفته للقواعد و قيل لا تبطل بموت الموجر و تبطل بموت المستأجر كما عن ابن طاوس و ربما نسب الى المبسوط أيضاً على تأمل لأنه قال و أنّ ان اصحابنا على الأوّل من بعد قوله الاظهر عندهم هو التفصيل و عن ابن السراج نسبته الى الاكثر و قيل بعكس التفصيل نسبه في محكى التّذكره الى بعض علمائنا قال الشّهيدي في محكى نكته ان هذا القول غير موجود بين اصحابنا و نصّ المرتضى و ابن الجنيّد على عدم البطلان بموت المستأجر لا يدلّ على قولهما بالبطلان بموت الموجر حتى يكون قولاً بالعكس و قال آخرون لا تبطل بموت احدهما و هو اشبه عند المصنّف و قاطبه المتأخّرين كما عن المسالك عدا يحيى بن سعيد و عند جملة من القدماء أيضاً كالإسكافي و المرتضى و ابي الصّلاح بل عن السّرائر نسبته الى اكثر المحصّلين و المراد بالبطلان هو الفساد على ما يقتضيه ظاهر لفظه و لفظ الانفساخ في المحكى عن كلام بعض و بعض الادله الآتية و يحتمل قويا التّوقف على الاجازة نحو ما صرّحوا في إجاره الوقف من البطلان المراد به التّوقف على اجازة القول اللّاحقه كما يأتي و لورود بعض الادله و يناسبه أيضاً استناد البطلان الى مراعاة حال الوارث و كيف كان فالمتبع هو الدليل و هو مع المتأخّرين للأصل و العمومات و المستفيضة الوارده في لزوم خصوص الإجاره و أنّما البطلان فلا وجه له سوى بعض الوجوه المزيّفه على أنّ

المنفعة تنعدم لانتقال العين الى الغير كما لو تلف و الاجره تتعدّر بموت المستاجر لكونه المطالب به و قيل ان مضى زمان الإجاره جزء من المقتضى او شرط لتأثير العقد و لذا تبطل بتلف العين و لو بعد القبض و يثبت الخيار للمستاجر بتلف الصّيفه بخلاف ساير العقود فاذا مات احدهما بطلت الإجاره و فيها مضافا الى النقص بما اجمعوا على صحّته و عدم بطلانه بموتهما من الصّيلح على المنافع و تزويج الامه الغير المشروط ببقاء المالك انّ المنافع عرفا و شرعا محسوبه من الاموال قابله للتفويض و الاستثناء من العين و مقتضاه بقاء اثر المعاوضه الى اخر المدّه سواء بقى الموجر او المستاجر أم لا- و استقرار الاجره فى ذمّه المستاجر فيخرج من تركته بعد الموت كسائر الديون و يتلقى الوارث العين المسلوبه المنفعه اذا مات الموجر نعم لو اشترط فى الإجاره بمباشره المستاجر بنفسه لاستيفاء المنفعه بطلت بموت المستاجر و كذا لو ملكها الموجر ككك بغير إجاره كان اوصى له بمنفعه عين مدّه حياته فاجرها غيره ثم مات فتبطل بموت المستاجر فى الأوّل و بموت الموجر فى الثّانى و يتوقّف على اجازة المالك فى بقيّه المدّه و من هذا الباب ما صرّحوا به فى الوقف من بطلان اجاره البطن الأوّل اذا عرض الموت للموجر قبل

ص: ٤١

انقضاء المدّه و توقّفها على الاجاره و كذا الحال فى اجاره الاعمال ممّن صار أجيرا للعمل ثمّ مات بطلت الاجاره لتعدّر الاستيفاء و الوجه فى الكلّ واضح و هو اعتبار الاضافه الى خصوص الموجر او المستاجر فى استحقاق المنفعه فانّ مقتضاه تعدّر الاستيفاء او تبين الخلاف اذا حصل الموت لأحدهما و امّا مع الاطلاق و تملكك نفس المنفعه من غير اختصاص و اشتراط فمقتضاه دخولها ككك فى ملك المستاجر من غير اضافه فيندرج بذلك تحت امواله و يكون حالها كحالها و امّا توقّف الصّيفه على انقضاء المده قضيه ففيه ان قبض المنفعه انما يكون بقبض العين فاذا تلفت قبل الاستيفاء كان كتلف العين قبل قبضه لكونها امرا تدريجيا بخلاف العين فان قبضها فى هذا ما يقتضيه القاعده و امّا الاجماع و الاخبار التى استدللّ بها الشّيخ فهما اضعف سندا امّا الاجماع فلذهاب جمهور المتأخّرين و اكثر المحصّين على ما ادّعاه الحلّى الى خلافه فكيف يعتمد عليه او على اجماع الغنيه فى الخروج عن الاصول و العمومات و الاخبار و القواعد و امّا الاخبار فقد اعترف غير واحد من مهرة الفن و اهل الخبره بها لعدم العثور بما يدلّ على البطلان نعم ربما احتجّ عليه بخبر ابراهيم الهمداني ابن محمّد قال كتب الى ابى الحسن ع سألته عن امرأه آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجره فى كلّ سنه عند انقضائها لا تقدم لها اجره ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلث سنين او بعدها يجب على ورثتها انفاذ الاجاره الى الوقت أم تكون الاجاره منقضيه بموت المرأه فكتب ع ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجاره و ان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه او نصف او شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر ما تلف حتّى ذلك الوقت إن شاء الله الخبير و فى دلالتها تأمل لانّ الأعلام قدّس اسرارهم مختلفون فى ظاهره فعن المجلسى فى حواشى الفقيه و الزّياض ظهورها فى البطلان بموت الموجر و به اعترف فى مفتاح الكرامه و بنى عليه و وافقه بعض مشايخنا قده و شيخنا الاستاد العلّامه اعلى الله مقامه فى المحكى عن درسه و عن المحقّق الأردبيلى فى محكى المجمع و العلّامه الطّباطبائى فى مصابيح ظهورها فى الصّيفه بل و بالغ الأوّل و لم يرض بالظهور حتّى ادّعى الصّيراحه و منشأ الخلاف فى المراد بالجواب لما فى الفاظه من الاحتمالات القريبه من الاجمال فما ادّعى بعض الاولين انّ المراد بالوقت فى قوله ع ان كان لها وقت معلوم الانجم المضروب للأجره المفروض فى السّؤال و ان المراد بقوله لم تبلغه أنّه لم تبلغها اجرته فالمعنى ان المرأه ان ماتت بعد ادراك الانجم المضروب قبل اخذ الاجره فلورثتها تلك الاجره فالاجاره بمعنى الاجره و المراد بالشّريطه الثّانيه اعنى قوله و ان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلاثه انها ماتت فى أثناء الاجل المضروب قبل اخذ الاجره و بقوله فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت

ما هو ظاهره اعني استحقاق الورثه اجره الماضى من الزمان دون المستقبل و وجه دلالتها على الفساد على هذا التقدير واضح لأن اختصاص استحقاق الورثه بالماضى دون المستقبل لا يتم الا بفساد الاجاره فى الاثناء بموت المرأه و فى مفتاح الكرامه ان وجه العدول عن جواب سؤال الزاوى بكلمه واحده و هو اما انفاذ الاجاره او بطلانها الى التعرض بحال الاجره هو التقيه عن اصحاب الزاى كما هو الغالب فى المكاتبات و اورد على هذا التفسير بان قوله ع لم تبلغه ظاهر بل صريح فى عدم بلوغ المرأه مدّه الاجاره خصوصا بعد ملاحظه سؤال الزاوى عن انفاذ الاجاره الى

ص: ٤٢

الوقت المراد به وقت الاجاره قطعاً لا نجوم الآخره و تفسيره بعدم بلوغ الآخره اليها يحتاج الى تكلف ركيك باضمار و نحوه مع ابتناؤه على التفكيك بين السؤال و الجواب فى معنى الوقت و على التفكيك بين معنى عدم بلوغ الوقت فى الشرطين لكونه فى الاولى بمعنى عدم اخذ الاجره و فى الثانى بمعنى عدم ادراك اخر الوقت و هذا من الشفاعة ما ترى و ادعى اخر ان المراد بالوقت هو مدّه الاجاره كما هو المفروض فى السؤال من الزاوى و المراد بعدم بلوغ المرأه اياه عدم بلوغها شيئاً منه و ذلك بان كان مدّه الاجاره منفصله عن زمان العقد و المراد بقوله فلورثتها تلك الاجاره ان لهم الامضاء و الردّ الذى هو بمعنى الفساد على احد احتماليه كما مرّ او ان لهم الاجاره ثانياً و عدم الاجاره بناء على الاحتمال الاخر من احتماليه و القرينه عن ذلك الشرطيه الثانيه المعترضه لبيان حكم ما لو بلغت بعض المدّه ثلثاً او نصفاً و هذا هو المرضى فى المغرى الى الاستاد قدّه و اليه يرجع ما اختاره بعض مشايخنا قدّه قلت فيه ان جعل الاجاره للورثه و ان كان فى السنه الفقهاء قابلاً لأحد المعنيين لكن الظاهر منه بحسب الجمود على ما يقتضيه لام الاختصاص الصّححه و كون الورثه مالكين لها مسلّطين على استيفاء الاجره من المستاجر دون الخيار فى الردّ و الإمضاء او فى العقل و التّرك و هذا هو الذى دعى الاخرين الى استفاده الصّححه من الزوايه بتفسير الوقت بمدّه الاجاره كما هو ظاهر التّطابق بين السؤال و و الجواب فان المراد به فى السؤال اخيراً هو وقت الاجاره كما عرفت و ان كان المراد به اولاً فى قول الزاوى ما لم يمض الوقت الانجم المضروب ألماً ان المطابقه بين الجواب و الجزء الثانى من السؤال الذى هو المقصود بفهم حكمه اولى بل مراعاة المطابقه بينه و بين الجزء الاوّل لا وجه لها اصلاً و اما ما اورد عليهم من انّ هذا التفسير يتضمّن امورا شيعه منها اعاده ما فى السؤال من كون الاجاره لها اجل مسمّى فى الجواب من غير فائده و منها انتفاء المقابله بين الشرطين الاّ بالاحتمال و التفصيل لادن المراد بعدم بلوغ الوقت المسمّى فى الموضوعين عدم بلوغها الى اخرها قطعاً فيكون الشرطيه الثانيه كالمستدرکه اذ ليس فى الاولى غموض حتّى يحتاج الى بيان و توضيح و منها ان مدّه الاجاره ليس للمرأه بل عليها بخلاف مدّه الاجره فانّها لها و منها ان مقتضاه حمل قوله ع يعطى بقدر ما بلغت على أنّهم يعطون بنسبه ما بلغت من الوقت فان بلغت ثلث الوقت تعطى الورثه ثلثاه ممّا بقيت من المدّه و هكذا و بعده ممّا اعترف به معظم المستدلين على الصّححه الاّ انه اعتذر عنه بان فى المصير الى التفسير الاوّل الظاهر فى البطلان ما هو ابعد كما مرّ فيمكن الدّب عنها اما الاوّل فلأنّه مشترك بين جميع التفاسير لان تفسير الوقت فى الجواب بالنجم المضروب أيضاً اعاده لما هو مفروض السؤال بلا فائده و اما عن الثانى فمع عدم المقابله و عدم الفائده فى الشرطيه الثانيه لان موت الموجر فى أثناء المدّه له حكمان بقاء الاجاره بحالها بالنسبه الى القدر الباقي و استحقاق الورثه منجر الاجره الماضيه و هذا و ان كان مستفاداً من الحكم بصّحه الاجاره و بقائها بحالها و صيروره اجرها الى ورثه الموجر بالقياس الى المدّه الباقيه ألماً أنّه لبس من اللّوازم السببىه الغير المحتاجه الى التّصريح خصوصاً فى الصّيدر الاوّل من الزوايه و المحدّثين مع ان الإيضاح بمثل ذلك متعارف شايح خصوصاً فى المقامات المهمّه التى من اعظمها بيان الاحكام فالغرض من

اعنى نفوذ الاجاره او انقضائها و المقصود ان الثانيه جواب ما تَضَمَّنَه فمِنها اتماما للإحسان و اسباغا للبيان كما هو عادتهم و سجيتهم صلوات الله عليهم و جعل ارواحنا فداهم فإى ركاهه فى ذلك او اى تكرار بارد هنا لك و اما عن الثالث فلان مبناه رجوع ضميره لها الى المرأه و ليس ككك بل هو راجع الى الاجاره مع ان تفسير الوقت النَّجْم المفروض لا ينحسم به الاشكال على فرض رجوعه الى المرأه لان توقيت الاجره أيضا ليس لها بل عليها و الّذى هو نفس الاجره توقيتها و اما عن الرابع و هو العمده فالمنع لأنّها اذا ماتت فى اثناء الوقت كان لورثتها ما مضى من الاجره أيضا مثل ما بقى لكن على بعض التقادير و هو تقدير عدم وصولها بها كما يتفق كثيرا مسامحه من الموجر أو قصورا او تقصيرا من المستاجر و التّزليل على التقدير المذكور بعد استقامه ساير الفقرات و التيام ظواهرها لا يعد من البعد اصلا و اين ذلك من مخالفه الظواهر اللّازمه على التفسير الأوّل اعنى حمل الوقت على النجم المضروب او اختصاص مورد الحديث بصوره انفصال وقت الاجاره من زمان العقد اللّازم على التفسير الثانى فالانصاف ان الزوايه فى الصّححه اظهر و لو سلم عدم الظهور فالاجمال دون الظهور فى البطلان هذا فى موت الموجر و اما موت المستاجر فلا دليل على البطلان به الا دعوى الاجماع المرّكّب اذ ظهور عدم القول بالفصل و هى كما ترى بعد ما سمعت من التذكرة من حكاية التفصيل عن بعض علمائنا و انكار الشّهيده وجود هذا القول كما مرّ لا يصادمه لان المثبت مقدم على المنافى مع ان عدم القول بالفصل غير القول بعدم الفصل و أنّى للمجادل اثبات ذلك و صاحب مفتاح الكرامه قد اتعب نفسه فى ترجيح القول الأوّل و لم يأت بما ينهض دليلا على الخروج عن مقتضى الأصول عندنا و وافقه بعض مشايخنا قده و ان لم يعضه بضرر قاطع قائلا بان الاحتياط لا ينبغى تركه و خلاصه ما اعتمدا عليه اجماع الخلاف و الغنيه صريحا و المبسوط ظاهرا فى عبارته المتقدّمه المشتمله على بعض التّدافع و فتوى القدماء فى الكتب الّتى تجرى مجرى الاخبار كالمقنعه و النّهايه و الوسيله و المراسم و نفى الخلاف فى السّيرائر فى البطلان بموت المستاجر فيما لو استاجر مرضعه و مات ابو المرتضع مع دعوى التّلازم فى باب المزارعه بين موت الموجر و المستاجر فى الحكم فيكون نافيا للخلاف فى عدم البطلان مط و ان نسب الى الاكثرين المحضّلين القول بالصّححه كما مرّ و الرّوايات المرسله الّتى رواها الشّيخ فى موضعين من الخلاف و خصوص خبر ابراهيم المتقدّم الّذى هو و ابوه كانا من وكلاء ابي الحسن ع و قد وثقه الإمام ع و روى عنه الثّقات مع كون الاصول و العمومات بمرئى منهم لا يحتمل خفائها عليهم فكيف يجوز فتواهم بخلاف مقتضاها بلا سبب و لا دليل مع اعتضاد اجماعهم بالشّهره المحكيه فى الشّرائع و المحققه بالعيان خصوصا بين القدماء بل مط لأنّ المتأخّرين و ان صاروا الى خلاف ما عليهم القدماء ألا انّ مصيرهم مصير ترديد و ارتياب و هذا المحقق قد تردد فى مسأله استيجار المرضعه فى كتاب الوقف و لم يختار هنا الصّححه صريحا بل قال أنّه اشبه يعنى به الاشبهه بالقواعد الّتى لا ينافى الخروج عنها بالرّوايات و فى الارشاد نسبه الى الزّاى و كذا جل المتأخّرين لم ينصو على الصّححه بل اتوا بالاشبهه و الاقرب و نحو ذلك ممّا لا ينافى القول بالفساد للرّوايات و الاعتبار المحكى عن الغنيه و الخلاف و حاصله ان المستاجر رضى على ان يستوفى المنفعه من ملك الموجر و كان ملكه لها تبعا لملك العين فاذا مات انتقل العين

اصاله و المنفعه تبعا الى الوارث فكيف يستوفىها من ملكه هذا فى موت الموجر و امّا موت المستاجر فمضى الخلاف فيه أنّه

يملك المنفعة مدّة الاجاره فعلا و يتوقّف على صلاحيّته للملك و على الثّاني يبطل بموته قلت قد ظهر ممّا ذكر ضعف الجميع لأنّ اجماعات القدماء حالها واضحه في الضّعف و السّقوط و معارضه بعضها مع بعض و الروايات المرسله التي رواها الشّيخ قد حجّه عليه لا عليهما لعدم اطلاعنا على مضامينها و التّعويل على الشّيخ في مضمونها يرجع الى التقليد في الفتوى و ليس هذا مثل نقل المعنى في الرّوايات لأنّ فهم المخاطب مدلول كلام المتكلّم حجّه على نفسه و على غيره اذا كان سمعه حجّه عليه بخلاف غير المخاطب فإنّ فهمه حجّه على نفسه و على من يجوز له تقليده فليس لنا تصديق العدل الاّ فيما احسن به من الرّوايه لا فيما عقله من معانيه و ما مرّ من التّدكره بعد نقل استدلال الشّيخ بالرّوايات من أنّه يجب تصديقه في روايه مسنده و مرسله ان يرجع الى ما ذكرنا و الا فلا كرامه فيه و اما استغراب فتوى القدماء بالفساد في مقابل الاصل و العمومات فهو في محلّه لكنّه غير مجد مع ما ترى منهم مثل ذلك كثيرا و يحتمل قويا استنادها الى الوجه الاعتباري المذكور او الى المقاييسه باجاره الوقف و اما خبر ابراهيم فقد عرفت أنّه بالدلاله على الصّححه اولى و اما الوجه الاعتباري فقد ظهر جوابه في اوّل المسأله من منع تجدد المنفعه في ملك الوارث مط بل أنّما هو اذا لم يملكها المورث و لم يكن العين مسلوبه المنفعه اذ ليس له الاّ ما ترك تاما او ناقصا بقي شي ء و هو بيان الفرق بين المقام و بين اجاره الوقف و هو و ان كان واضحا لكن لا باس بالتنبيه عليه تحفظا من اغترار من لا بصيره له فنقول وجه فساد اجاره الوقف في حقّ البطن الثّاني و توقف نفوذها على اجازتهم هو ان الوقف مشترك بين الظنّ الاوّل و الثّاني فليس ملكيه البطن الاوّل على وجه التمام بل على وجه النّقصان اما باختصاص ملكيتهم للعين بمدّه حياتهم او باختصاص ملكيتهم للمنفعه بمنفعه زمانهم او يكون ملكهم للوقف على نحو الاشتراك المانع عن التصرّف المزاحم لحق الشّريك على الوجوه المقرّره في كتاب الوقف و امّا الملك التّيام السّليم عن شوائب مزاحمه حقّ الغير فلا يتصوّر فيه التخصيص بزمان دون زمان لا في ملك العين و لا في ملك المنفعه الّتي هي تابعه للعين و تمام التّوضيح موكول الى مقام اخر و الله العالم

[كل ما صحّ اعارته صحّ اجارته]

و كل ما صحّ اعارته صحّ اجارته كما عن المبسوط و السّرائر و الغنيه و فقه الراوندى و الثّافع و التّذكره و التحرير و الارشاد و غيرها بل عن الاوّلين نفى الخلاف فيه و كذا عن الثّالث تاره و دعوى الاجماع اخرى و الظّاهر ان الغرض من هذه القاعده المجمع عليها بيان اشتراط صححه اجاره الاعيان المملوكه بما يشترط به العاريه و هو كونها ذات منفعه مقصوده فالمراد بالموصول كلّ عين مملوكه و هذا لا- ينافى اوسعيه دائره الاجاره من حيث ثبوتها في غير الاعيان المملوكه أيضا و لا اشتراطها في الاعيان بشروط زايده لا إعطاء الميزان و بيان الضّابط للاجاره حدا و رسما لانقضاءها اصلا و عكسا جمعا و منعا اذ التّسبه بينهما عموم من وجه بنصّ غير واحد ممّن ذكر هذه الكليه كالشّيخ و الحلّي و غيرهما لعدم صححه اجاره الحائط المرزق للنظر اليه و التفرج عليه و التعلّم عنه و اجاره الذهب للزّينه و اجاره الفحل للضراب و اجاره المنحه و اجاره الدّابه للاستظلال و اجاره العين للزّهن و غير ذلك ممّا ليس لها منفعه ماليه مع جواز اعادتها نظرا الى الانتفاع بها في الجملة و لجواز احاره المرأه المرضعه و اجاره الحر للعمل و عدم جواز اعارتها و منه يظهر فساد الجمع و المنع المراد به الكليه في ظرف النقيض

ص: ٤٥

اعنى كلّ ما لا يصحّ اعارته لا تصحّ اجارته فما عن جامع المقاصد من جعل الكليه المشار اليها أغلبيّه ليس على ما ينبغي لابتنائه على كونها ضابطه لمورد الاجاره و هو فاسد لا- يصلحه ما ذكره لان الضّابط كالحّد لا بدّ ان يكون مطّردا و منعكسا فكيف

يجعل اغليته و أنما يناسب ذلك في العمومات المسوقه لبيان الاحكام اذا كان لها افراد خارجه معلومه من الخارج و منهم من بنى على عموم الاصل اتكالا- على الاجماع و الفتاوى المشار اليها و التزم بصحّه اجاره المنحه للحلب لو لم يكن اجماع على خلافه كما عن المقدّس الأردبيلي فده حكاية عن التذكرة و غيرها و لعلّه يلتزم بصحّه ما عداها أيضا هو مختلف فيه و هذا أيضا غير وجيه لأنّ المعروف عندهم عدم صحّه الاجاره في الموارد المذكوره و هذا يكشف عن عدم كفايه صحه الاجاره بصحّه الاعاره عندهم و توقفها على شروط زائده على الاعاره نعم لو كان لهم دليل على الملازمه قابل للتخصيص امكن جعل هذه الكليّه في كلماتهم اشاره اليه و ليس كك بل لا دليل على خلافها و هو عموم ادلّه الاجاره و خصوص ما دلّ على اعتبار المائيه في المنفعه فان مقتضاها عدم الملازمه و كون النسبه بينهما مورد العموم من وجه و اجاره المشاع جائزه كالمقسوم بالإجماع المحكى عن التذكرة و المسالك من غير فرق بين كون المستاجر و هو الشريك او الاجنبي عندنا كما عن المسالك خلافا لأبي حنيفه في احد قوليّه و بعض العامّه فمنعنا عن الثاني و يحتمل ارادتهما الخيار له على فرض الجهل و لا باس به كما صرح به غير واحد و هو خيار القبض فيما لو استاجر معينا فظهر بعضه مستحقا للغير

[المستأجر امين الا بتعد او تفریط]

و العين المستاجره امانه لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفریط بلا خلاف في ذلك كلّ من غير تقييد كما عن التذكرة او مقدّر بمدّه الاجاره كما عن التنقيح بل عليه الاجماع عن إيضاح النافع اما امانته فلأنها مأخوذه باذن المالك و رضاه و كل ما كان كك فهو امين عند المالك بشرط يأتي ذكره و اما انها غير مضمونه فبالاجماع و الاخبار المستفيضه المتفرقه في ابواب الا امان كالوديعه و العاديه و الوكاله و المضاربه و نحوها ففي بعضها أنّه لا يضمن بعد ان كان امينا و في الاخر انه لا يضمن اذا كان مأمونا و في الثالث الاكتفاء بكونه امينا عن التصريح بعدم الضمان و هذا لا اشكال فيه و أنّما الاشكال و الغموض في الصغرى فانها غير منقحه في كلمات الاصحاب بين ما يستفاد منه دوران صدقها مدار الاذن و تسليط المالك و ما يستفاد منه اشتراط لاستيمان مضافا الى الاذن و ما يستفاد منه كون الاذن ناشيا عن حقّ الماذون و لو لم يكن المالك راضيا به كما في المرتهن و الاجاره و من اجل عدم تنقيح موضوع المسأله و هو الصغرى وقع الخلاف و التشاجر في جملة من موارد وجود الاذن حتى ان بعضهم التجأ الى منع عموم الكبرى و الاقتصار في الخروج عن عموم على اليد على موضع الدليل و منهم صاحب المسالك و بعض من وافقه من مشايخنا و غيره في غير موضع من المواضع فنقول تنقيحا لمعنى الامانه انها تحصل بامور احدها رضاه المالك واقعا لا- ظاهرا ناشيا من البناء على حصول شىء غير واقع جهلا- او تجاهلا- و ثانيها ان يكون مجانا غير ملحوظ فيه العوض عاجلا- او اجلا- و ثالثها ان يكون ناشيا عن اختياره لا- عن حق لازم على الاذن و الدليل على كفايه ذلك ان الامين و المامون و الايتمان و ما ضاها من العناوين المعلق عليها عدم الضمان في تلك الابواب لا يراد بها تلك العناوين عند الناس جميعا و الا اشتراط العداله و هو باطل قطعاً فاسد اجماعا و اورد عليه ظاهر بعض الاخبار المعارض بمثله بل من كان امينا مأمونا عند الاذن

و هو لازم للإذن المجانى الاختيارى الغير الناشى عن حق الماذون و لا يعتبر بعد ذلك ان يكون الاذن مبنيا على الاستيمان و الاستنابه في التصرف كما في الامانه بالمعنى الاخصّ اعنى الوديعه ضروره اطلاق الاخبار و ظهور الاجماع و تجرّد بعض ما هو

من الامانات نصًا و اجماعا كالعاريه و غيرها عن ذلك و اما اعتبار الامرين الاولين فواضح لان الاذن ينعدم بانعدام الاذن حقيقه و ليس نباس عن كون الاخذ مأمونا عند الاذن بانعدام الثاني و لا- ينقض تعميم العوض بالاجل بالمقاربه و الوكاله و العين المسلمه الى الاجير ليعمل فيها لان المقصود هنا ليس عوضا في مقابل العين بل بقاء العين مطلوب لتحصيل النماء او الصّفه و كذا اعتبار عدم كون الاذن عن حق لازم للمأذون فانه أيضا واضح لأن الاذن في مثله ليس ناشيا عن امانه الرّجل عند الاذن حتى يتفرغ عليه عدم الضّمان و زوال حكم اليد المستفاد من الاخبار نعم عدم الضّمان ح سبب عن اذن الشّارع و هذا اقوى من اذن المالك و زيد هذا اقوى من اذن المالك الى فيدلّ عن عدم الضّمان هنا فحوى اخبار الامانات مضافا الى الاجماع و على هذا يكون سبب عدم الضّمان في ابواب الامانات مختلفا ففيما عد الرّهن و الاجاره هو كون الاخذ مأمونا عند الاذن فيها هو كونه مستحقّا للتصرّف عليه من الشّارع لكن بناء الاصحاب على الاكتفاء بالاولين اذ لا شبهه في كون الرّهن و الاجاره عندهم من الامانات المالكه و الامر فيه سهل و ان كان المستفاد من الادله ما ذكرنا نعم يمكن استفاده عدم ضمان العين المستاجر من صحيحه ابي ولاد حيث حكم فيها بضمان الدّابّه المستاجر بعد التعدّي عن الموضوع الّذى عين في الاجاره لا قبله فان عدم الحكم بالضمان قبل الموضوع فيه اشعار او دلالة على عدم الضّمان و يعتبر في اذن الشّارع أيضا كونه واقعيًا فلا يكفي مط جواز التصرّف النّاشى عن الجهل و الغرور فأنه بعد التبيّن و انكشاف النّهى يعمل بموجب اليد ثم انّ كلّا من الاذنين يرفع الضّمان و يخصّص به ادلّته فى قسمى اليد اعنى الاتلاف و التسيب مع مراعاة الشّروط المذكور و يتفرّع على ما ذكر و يتّضح به الحال فى فروع وقع الخلاف فيها منها الماخوذ بالسّوم و المعروف فيه الضّمان خلافا للمحكى عن السّيرائر و المختلف و الايضاح و مجمع البرهان و المسالك و الكفايه للأصل و كون القبض باذن المالك فيكون امانه و ممّا ذكرنا ظهر قوه المشهور اذ مع توقع العوض ليس الاذن مبيّتا على كونه امينا معتمدا عليه عند المالك فربما يقتحم الانسان فى مضار عظيمه مظنونه فكيف عن المحتمل رجاء لتحصيل بعض المنافع و طمعا لتحصيل بعض الاغراض كما هو واضح و يمكن ارجاع استدلال من استدلّ على الضّمان بعموم قاعده على اليد مع وضوح فساده فى مقابل قاعده الامانه المخصّصه للعموم الى ما ذكرنا بنحو من القريب و منها ما لو دفع بايع العبد الموصوف عبيدين للاختيار فأبى احدهما ففى الضّمان هنا بناء على عدم الضّمان فى الأوّل اشكال لكان الاذن الكافى فى صدق الامانه عند من قال بعدم الضّمان فى الأوّل لكن عن جماعه ممّن قال بعدم الضّمان هناك القول بالضّمان هنا و الفرق غير واضح و قيل ان الفارق هو النصّ الوارد فى ضمان النّصف هنا خاصه و فيه اولا ان ظاهر القائلين بالضّمان هو ضمان تمام النالف لا- نصفه و ثانيا انه يحتمل ان يكون من الصّيح القهرى فلا يقاس به غيره و ثالثا ان طريق المسألتين بناء على اسناد الضّمان الى اليد واحد فان اكتفى بالاذن فى صدق الامانه و لا ضمان فى المقامين و الّا أتجه الضّمان ككك و مثله القبض لاختيار المهر او عوض الخلع بل

ص: ٤٧

قبض العين للاستيجار بناء على الاغماض عن النصّ و الّا فهى ملحقة الأوّل و منها حمل المقبوض بالسّوم فعن التّذكره التسويه بينه و بين الحامل فى الضّمان و قد ظهر ان الأصحّ خلافا للمحكى عن غير واحد الفرق بينهما بناء على كون الضّمان فى الحامل ثابتا على خلاف مقتضى القاعده فيقتصر عليه و يرجع فى الحمل الى قاعده الامانه و فيه انه اعترف بانّ القاعده قاضيه بعدم الضّمان فى الحامل فيطالب بالدليل المخرج و انى له بذلك و منها حمل الامه المبتاعه بالعقد الفاسد فعن القواعد و الدّروس و جامع المقاصد و المسالك و التّوضه و غيرها عدم الضّمان لعدم كونه مبيعا حتى يضمّن بقاعده ما يضمّن بصحيحه يضمّن

بفاسده فيكون امانه في يد المشتري مع ان اكثرهم قالوا بالضمان في المقبوض بالسوم فيشكل الفرق مضافا الى الاشكال في اصل الحكم بعدم الضمان و فساد ما استندوا اليه من عدم جريان القاعده لان سبب الضمان في مجريها على ما هو التحقيق كما يأتي إن شاء الله تعالى أيضا هو قاعده اليد و هي بعينها جاريه في الحمل كجريانها في الحامل فمع ان الضمان في المقبوض باليد غير مستند الى القاعده المذكوره أيضا و الاذن في القبض موجود فيه أيضا فلم صاروا فيه الى الضمان فالاقوى وفاقا للمص في كتاب المغصب و غيره أيضا الضمان لما عرفت سواء اشترط الحمل في بيع الحامل أم لا و ما عن الدروس من التفصيل و حمل القول بالضمان على صورته الاشتراط غير لازم الا على مذهبه و منها العين المستاجر بعد مدّه الإجاره فالمعروف فيها؟؟؟ بينه و بينها في عدم الضمان و هو الحق لان العين امانه في يد المستاجر في المدّه فيستصحب لما عرفت من عدم تحقق ملاك الامانه المالكيه في العين المستاجر بل لان عدم مطالبه الموجر مع قدرته عليها يكفي في الاذن الرافع للضمان حسبما قررناه و اوضحناه قبل المدّه امانه شرعيّه و بعدها مالكيه الا مع عدم قدره الموجر على المطالبه لجهل و نحوه فيكون أيضا امانه شرعيّه لا يضمن اللهم الا ان يدعى اعتبار الترخيص و الاذن من المالك في رفع الضمان و عدم كفايه الرضا الباطني في ذلك و ان كفى في الاباحه و رفع الاثم فلا تكون امانه مالكيه لان الامر ينحصر في العلم و عدم المطالبه ليس ترخيصا و ان كانا كاشفين عن الرضا و يندفع اولاً- بان الترخيص السابق كان فيستصحب فتأمل و ثانياً بان الترخيص الرافع للضمان اعمّ من القول و غيره و ترك المطالبه مع العلم يدلّ عرفاً على الترخيص في اليد و هو كاف في رفع الضمان و ان قلنا بعدم كفايه العلم بالرضاء الباطني و كيف كان فلا ضمان و لو لم يكن امانه مالكيه لأنها ح امانه شرعيّه خلافاً للمحكي عن الاسكافي و الطوسي فاطلقت الضمان بعد المده و يمكن حمله على صورته حسب المستاجر مع مطالبه المالك او نحوها مما يرتفع معه الاذن من المالك و الشارع و منها العين المستاجر بالاجاره الفاسده ففي القواعد كما عن التذكرة و جامع المقاصد عدم الضمان و عن مجمع البرهان ان المفهوم من كلمات الاصحاب الضمان مع الجهل و كذا عن الرياض في هذا المقام من غير تقييد بالجهل معللاً له بعموم على اليد مع الأشكال في صورته العلم نظراً الى كون القبض باذن المالك فلا- ينصرف الى هذه الصوره لكن عنهما في موضع اخر عدم الضمان و هو خيريه بعض مشايخنا وفاقاً لشيخه في مفتاح الكرامه قدس سرهما مدعيتين لصراحه كلام الاصحاب و بناء الأشكال على ما عن جامع المقاصد في باب الغصب معارضه قاعده ما لا يضمن بصحيحها لا يضمن بفاسدها مع قاعده اليد قال في الباب المذكور ان

ص: ٤٨

الذي يلوح من كلامهم عدم ضمان العين المستاجر فاسداً باستيفاء المنفعه و الذي ينساق اليه النظر هو الضمان لان التصرف فيه حرام لأنه غصب فيضمنه

[كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و بالعكس]

تم قال الا ان كون الاجاره الفاسد لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك فقال انه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و ان لم يكن متحققاً و الاصل براءة الذمه من الضمان فلا يكون العين مضمومه و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن لان استيلائه بغير حق و هو باطل قلت قد ظهر مما ذكرنا ان مقتضى القاعده هنا الضمان للانتفاء ملاك الاستيمان و هو اذن المالك عن اختيار من دون استحقات الماذون اذ البناء على امر غير صحيح و انتفاء الاستحقاق الواقعي الملزم لا يذن

الشَّارِعُ فَعَدَمُ الضَّمَانِ عَلَى مَا سَمِعْتَ مِنْ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ أَمَّا هُوَ لِأَجْلِ الْقَاعِدَةِ الْمَشَارِ الْيَهَا وَ هِيَ مَشْهُورٌ بِعَيْنِ الشَّيْخِ وَ مِنْ تَاخِرِ فَعَنِ الْمَبْسُوطِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ تَعْلِيلِ الضَّمَانِ فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ بِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ وَ فِيهِ إِشَارَةٌ عَلَى الْمَلَاذِمَةِ بَيْنِ الضَّمَانِ وَ الْإِقْدَامِ وَ جُودٍ أَوْ عَدَمِهِ أَمَّا وَجُودُهُ فَالْبَصْرَاحَةُ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى التَّعْلِيلِ فَيَدُلُّ عَلَى عَكْسِهَا وَ هُوَ قَوْلُنَا كَلِمًا يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يَضْمَنُ بِفَاسِدٍ لَوْجُودِ السَّبَبِ وَ هُوَ الْإِقْدَامُ فِي الصُّورَتَيْنِ وَ أَمَّا عَدَمُهُ فَلِأَنَّهُ قَضِيَّةٌ اقْتِضَاءُ عَدَمِ السَّبَبِ عَدَمُ الْمَسْبُوبِ أَلَّا أَنْ يَقُومَ مَقَامَهُ سَبَبٌ آخَرٌ وَ الضَّمَانُ لِسَبَبٍ آخَرَ غَيْرِ ضَائِرٍ فِيمَا هُوَ مَقْصُودُ الْقَوْمِ مِنَ الْكَلِيَّةِ لِأَنَّ غَرَضَهُمُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الصَّحِيحِ الَّذِي لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ وَ الْفَاسِدِ مِنَ الْجِهَةِ الَّتِي حُكِمَ لِأَجْلِهَا بِعَدَمِ الضَّمَانِ فِي الصَّحِيحِ وَ هُوَ الدَّخُولُ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ الْمَالُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ وَ اصْرَحَ مِنْ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْفَاسِدِ مِنْ أَنَّ صَحِيحَهُ لَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ فَكَيْفَ يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ قَدْ صَرَّحَ فِي مُحْكِيِّ التَّذَكْرَةِ بِالْمَلَاذِمَةِ الْمُتَوَلَّدَةِ مِنْهَا الْكَيْتَانِ حَيْثُ قَالَ إِذَا كَانَتْ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً لَمْ يَضْمَنْ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ إِذَا تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَا يَقْتَضِي صَحِيحَهُ الضَّمَانَ فَلَا يَقْتَضِيهِ فَاسِدُهُ وَ حُكْمُ كُلِّ عَقْدٍ فَاسِدٌ حُكْمُ صَحِيحِهِ فِي وَجُوبِ الضَّمَانِ وَ عَدَمِهِ فَمَا وَجِبَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ وَجِبَ فِي فَاسِدِهِ وَ مَا لَمْ يَجِبْ فِي صَحِيحِهِ لَا يَجِبُ فِي فَاسِدِهِ وَ نَحْوُهُ مِنَ الْقَوَاعِدِ وَ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ فِي الْفَصْلِ الرَّابِعِ كُلِّ مَا لَا يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ بِالْعَكْسِ وَ أَرَادَ بِالْعَكْسِ الْمَلَاذِمَةَ فِي جَانِبِ الْوُجُودِ عَلَى خِلَافِ الْإِصْطِلَاحِ اعْنَى كُلِّ مَا يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ صَرَّحَ بِالْمَلَاذِمَتَيْنِ الشَّهِيدِ الثَّانِي فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ مِنَ الْمَسَالِكِ وَ اسْتَدَلَّ عَلَى الْمَلَاذِمَةِ الْإِجَابِيَّةِ بِإِقْدَامِ الْوَاحِدِ عَلَى الضَّمَانِ وَفَاقًا لِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الْمَبْسُوطِ وَ بَعْمُومٍ عَلَى الْيَدِ وَ عَنِ الْمُحَقِّقِ الْأُرْدُبِيلِيِّ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ يَبْطُلُ الْعَقْدَ وَ لَا ضَمَانَ لِأَنَّهُ قَدْ تَقَرَّرَ فِي مَحَلِّهِ عِنْدَهُمْ أَنَّ لَا يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَ عَنِ الرِّيَاضِ مِثْلَ ذَلِكَ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَ تَمَسَّكَ بِأَيْضًا فِي بَابِ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ فِي مَسْأَلَةِ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعِ وَ عَدَمِ التَّقْدِيرِ وَ نَسَبَهَا إِلَى الْمَعْرُوفِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ وَ إِلَى الْأَشْتِهَارِ مِنْ غَيْرِ انْكَارٍ وَ عَلَيْهَا وَ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ قَدْ طَفَحَتْ عِبَارَاتُهُمْ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ وَ قَدْ ادَّعَى الْإِجْمَاعُ عَلَيْهَا وَ هِيَ مَعْرُوفَةٌ بَيْنَهُمْ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ وَ قَدْ وَافَقَهُ بَعْضُ مَشَايخِنَا قَدَمَهُ فِي كِتَابِهِ فِي الْإِعْتِمَادِ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْفُرُوعِ وَ مَرَادُهُ بِالْقَاعِدَةِ الْمَلَاذِمَةَ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَ الْفَاسِدِ فِي الضَّمَانِ وَ جُودًا وَ عَدَمًا فَيَتِمُّ الْمَلَاذِمَةُ الْإِجَابِيَّةُ وَ السَّلْبِيَّةُ وَ بِالْجُمْلَةِ اشْتِهَارُ الْقَاعِدَتَيْنِ بَيْنَ مَنْ تَأَخَّرَ عَنِ الشَّيْخِ أَمْرًا وَاضِحًا لَا سِتْرَ عَلَيْهِ وَ قَدْ ظَهَرَ مِنْ عِبَارَةِ التَّذَكْرَةِ وَ مِنْ تَعْلِيلِ الْمَبْسُوطِ وَ الْمَسَالِكِ لِلضَّمَانِ بِالْإِقْدَامِ وَ رَدِّهِ بِالْقَاعِدَةِ أَيْضًا وَ حَاصِلُهُ أَنَّ

ص: ٤٩

كُلِّ عَقْدٍ صَحِيحٍ بِتَعْقِبِهِ الضَّمَانَ فَفَاسِدُهُ أَيْضًا كَكَ وَ كُلِّ مَا لَا يَتَعَقَبُهُ ضَمَانٌ فِي صَحِيحِهِ لَا ضَمَانَ فِي فَاسِدِهِ ثُمَّ أَنَّ الضَّمَانَ فِي الصَّحِيحِ وَ الْفَاسِدِ مُسْتَنْدٌ إِلَى الْعَقْدِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِقْدَامِ عَلَيْهِ وَ هُوَ أَمَّا سَبَبُ الضَّمَانِ كَمَا يَقْتَضِيهِ الْجُمُودُ عَلَى ظَاهِرِ التَّعْلِيلِ فِي عِبَارَةِ الْمَبْسُوطِ وَ الْمَسَالِكِ وَ غَيْرِهِمَا مِمَّا اسْتَنْدَ فِيهِ الضَّمَانَ فِي الْإِجَابِ إِلَى الْإِقْدَامِ وَ الدَّخُولِ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ الْمَالُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ أَوْ شَرْطٌ لِتَأْثِيرِ الْقَبْضِ الْمَفْرُوضِ فِي مَجْرَى الْقَاعِدَةِ كَمَا هُوَ الْإِظْهَرُ لِأَنَّ مَجْرَدَ الْقَبْضِ لَا يَكْفِي فِي ضَمَانِ الْمَقْبُوضِ بَلْ لَا يَدُّ مَعَهُ أَنْ لَا يَكُونَ مَجَانِبًا أَوْ بَيْنًا عَلَى نَحْوِ مِنَ الْغُرُورِ مِنْ طَرَفِ الْمَالِكِ وَ هَذَا شَرْطٌ يَتَحَقَّقُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى الضَّمَانَ الْمَتَحَقِّقِ بِالْعَقْدِ فَصَحَّ اسْتِنَادُ الضَّمَانِ إِلَيْهِ كَاسْتِنَادِ الشَّيْءِ إِلَى أَحَدِ أَجْزَاءِ الْعَلَّةِ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ غَيْرِهِ لَكِنِ السَّبَبِيَّةُ فِي الصَّحِيحِ سَبَبِيَّةٌ تَامَّةٌ لِأَنَّ نَفْسَ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ كَافٍ فِي الضَّمَانِ وَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبْضِ وَ أَنْ كَانَ التَّلَفُ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ كَاشَفٌ عَنِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ آتَا مَا وَ الْفَسَاخُ الْعَقْدُ بَعْدَ التَّأْثِيرِ عَمَلٌ بِمُقْتَضَى الضَّمَانِ الْمَوْجُودِ فِي الْعَقْدِ بِحُكْمِ الشَّارِعِ وَ فِي الْفَاسِدِ نَاقِصَةٌ بَيْنَهُ عَلَى سَوَاءٍ أَحَدِ أَجْزَاءِ الْعَلَّةِ مَسَاقِ السَّبَبِ حَسْبَمَا عَرَفْتَ وَ أَمَّا عَدَمُ الضَّمَانِ وَ فِيهِمَا فَلَا مَعْنَى لِاسْتِنَادِهِ إِلَى الْعَقْدِ لِأَنَّ عَدَمَ الضَّمَانِ

مستند الى عدم سببه لا الى العقد الصحيح و لا الى الفاسد و لأجل ذلك لا بدّ من حمل الباء الظاهره فى السببيه فى القاعده السببيه على غيرها اللهم الا ان يوجه ان اليد سبب للضمان و عدم الاذن شرط و مرجع الشرط العدمى الى مانعيه الوجود و المانع سبب لعدم المسبب فيكون الاذن فى القبض مجانا سببا أيضا لعدم الضمان فيصح ان يقال العاربه صحيحها و فاسدها سبب لعدم الضمان لما فى إنشائها من الاذن المجانى الرافع للضمان مع وجود مقتضيه ان عنى اليد و اما الضمان فالمراد به لزوم العوض سواء كان بالمسمى او القيمه و المثل اما كون خسارته عليه كما فى الرياض فى باب تقدير الثمن لان ذهاب كل مال خساره عن المالك و لو لم يجب عليه دفع بدله و مقتضاه ان تكون الهبه مضمونه على المسبب مع أنها مندرجه تحت كليته ما لا يضمن و الضمان بالمعنى المذكور مشترك بين الصحيح و الفاسد و ان كان دفع البدل فى الاول منجزا و فى الثانى معلقا على التلف و اما وجوب ردّ العين قبله فليس مرادا فى هذه القاعده و ان كان واضحا، لازما لوجوب رفع البدل تعليقا و منهم من فسر الضمان بالتعهد و كون المقبوض فى عهده القابض مراعا لوجوب ردّ العين قبل التلف فى العاربه و فيه ما عرفت و لا فرق فى مجراها بين الاعيان و المنافع بنص الاصحاب و فعلهم فى المنافع المستوفاه بالعقود الفاسده نعم فى عمومها لمنافع الحر كلام للمحقق الثانى يأتى إن شاء الله و اما الدليل عليها ففى طرف الايجاب واضح مما قررنا فى بيان سببيه العقد للضمان لان العقد ان كان صحيحا فالدليل عليه صحه دليل على الضمان بعد فرض كون العقد مقتضيا له و ان كان فاسدا فالدليل عليه هو عموم على اليد منضمنا الى ما فيه من الاقدام و ما مر من المسالك و المبسوط و فى غيرهما أيضا كالرياض و غيره من الاستناد الى الاقدام مستقلا فهو اما مسامحه فى التعبير و مردود بعدم الدليل المعتبر على كونه من الاسباب من دون تلف او اتلاف مباشره او تسيب الا حديث المؤمنون عند شروطهم الغير المعمول به فى غير الشروط فى العقود الصحيحه و هذا فى الأعيان و اما المنافع فالدليل على ضمانها مع فساد العقد هو ما دلّ على احترام مال المسلم و انه لا يحلّ مال امرء الا عن طيب نفسه و ان حرمة ماله كحرمة دمه و ان لم نقل بجريان

ص: ٥٠

قاعده اليد فيها أيضا كما ادّعا الاستاد العلّامة رفع الله مقامه فى باب البيع و كذا منافع الحر بدليل احترام عمله نعم دليل الاحترام انما يقتضى ضمان المنافع المستوفاه و اما الفائيه تحت اليد فلا دليل على ضمانها لكن هذا اشكل فى اصل ضمانها فى باب الغصب سواء كان هناك عقد فاسد أم لا فكل ما ينجسم به الاشكال فى بابيه فهو دليل على ضمانها فى العقد الفاسد فظهر ان الكليه الموجهه صحيحه مقبوله مطرده غير منتقضه الا بما مور منها بيع المغصوب مع علم المشتري فان الثمن على فرض صحته مضمون على البائع مع أنه غير مضمون عليه عند الكلّ او الجلّ و منها عقد السبق و الرمايه فان عمل السابق و الرامى غير مضمون هنا على ما عن الشيخ و المص و غيرهما خلافا للآخرين مع أنه مضمون بالمسمى على فرض الصحه و منها التّكاح المجرد من الوطاء و منها الخلع و منها التّديبير بناء على عموم القاعده للإيقاعات أيضا كما يقتضيه عموم الموصول و ان خصّ فى كلام العلّامة فى التّذكيره بالعقد كما مر فان صحيحها مضمن دون الفاسد و منها العاربه المضمونه فان اقتضاء فاسدها الضمان اشكالا للأستاذ قدّه خلافا للمسالك و بعض مشايخنا و محكى الرياض و كذا كل عقد و ايقاع مالى لا بشرط القبض فان صحيحها يضمن دون الفاسد كالضمان و قد ينقض أيضا بيع الصبى و المجنون و السفيه فانها لا توجب الضمان عليهم حتى مع الإتلاف مع أنّ صحيح البيع يوجب الضمان و كذا عقد الكتابه فان صحيحها يوجب الضمان على المولى دون الفاسد و كذا المسابه الفاسده فى الارشاد ان فاسدها لا يوجب الضمان اى ضمان العوض لكن النقض أنّما يرد على من زعم كونها قاعده

مستقله كصاحب المسالك في ظاهر المحكى عنه في مسأله اشتراط كون الرهن بيعا و صاحب الرياض في باب البيع حيث استدلا بها على الضمان مضافا الى قاعده اليد و اما على ما حررنا من تطبيقها على القاعده فلا فقد اشكلت في التفصي عنها بناء على كونها قاعده مستقله اما عن الاول فتاره بمنع اقتضاء صحيحه الضمان مع علم المشتري لأنه يعلمه بالنصب يصير حاله حال من باع بلا ثمن فلا يستحق شيئا و فيه اولا المنع من مساواتهما فان شراء المغصوب ليس كالمبيع بلا ثمن و اخرى بانه مبنى على كون المراد بالعقد الذى هو موضوع القاعده كل عقد جزئى و يكون المراد بالصحة و الفساد الفرضيتين دون الفعلين و فيه منع اذا المقصود كون المراد به العقد الكلى المنقسم الى الصحيح الذى يوجب الضمان و الفساد كالمبيع و الاجاره و الجعالة و نحوها من الانواع التى فيها الصحيح و الفساد فعلا و اخرى بان المبيع بلا ثمن ان قصد به التمليك بلا عوض فهو هبه بلفظ البيع داخل فيما لا يضمن فلا نقض و ان قصد به حقيقه البيع المشتمل على العوض لا محاله كان مقتضيا للضمان على فرض الصحة و يلغوا بشرط عدم الثمن فكذا مع الفساد و اما الثانى فلأن المهر ليس شرطا فليس مما يقتضيه النكاح الصحيح حتى يقتضيه النكاح الفاسد كما فى تفويض البضع فإنه لا يقتضى مهرا و لا متعه الا على بعض التقادير و فيه ان مطلق النكاح و ان لم يكن من مجارى القاعده لكن نوع خاص منه و هو المشتمل على المهر مجرى لها فان تحتها فردين صحيحا و فاسدا صحيحه يقتضى الضمان دون الفساد و امرا الثالث فهو ما بعده اعنى التذر و امثالهما من الايقاعات يمكن دعوى خروجها عن موضوع القاعده بناء على ما حكى عن التذكرة من التخصيص بالعقد كما مرّ و لا يلتفت الى عموم الموصول فى كلام غيره لاحتمال العهد و فيه ان حمل التخصيص فى كلام

ص: ٥١

التذكرة على الفساد او على مراعاة الجانب الذى ذكر فيه القاعده اعنى بالاجاره اولى من تخصيص الموصول بلا قرينه و اضحه فالنقض بحاله هنا و كذا عقد الضمان لا محيص عنه الا بجعل القاعده غالبية كما جعل المحقق الثانى قولهم كل ما صح إعارته صح اجارته كك مع اشتهاها و نقل الاجماع عليها و اما عقد الكتابه فقد ينقص عنه بان المحل فيه غير قابل لأن الانسان لا يضمن لنفسه و هو حسن و ان كان مبنيا أيضا على عدم عموم القاعده و كيفما كان فقد ظهر أنها ليست قاعده مستقله و ان اوهمته جمله من الكلمات لأنهم فرقوا بين الصحيح و الفساد فى عدم الضمان فى كثير من الموارد بل كل فى مورد وجد فيه سبب من اسباب الضمان من يد او اتلاف او تسبب فلو كان الملازمه ثابتة تعبدًا لم يكن الفرق صحيحا وفاقا او خلافا و الفرق بين قاعده ما يضمن و قاعده مالا يضمن باستقلال الاولى دون الثانية مدفوع بالاجماع ظاهرا لأن ظاهرا و صريحهم كونهما بمثابة واحده فمن تلك الموارد العين المستاجر بالاجاره الفاسده و قد عرفت الخلاف فيها و ذهب غير واحد من المصرحين بالقاعده فيها الى الضمان منهم صاحب الرياض و يظهر منه الحال فى الرهن الفاسد فان الاجاره و الرهن لا فرق بينهما فى المقام و ان لم اجد مصرحا بالضمان فى الرهن الفاسد كما وجدنا فى الاجاره الفاسده و منها عاربه المنصوب فان غير واحد صرح فيها بضمان المستعير مط حتى مع الجهل خلافا للمصنف و المحكى عن الفاضل مع انه لا يضمن بصحيحها و منها عاربه الصييد المحرم فحكموا فيها بالضمان من غير اشكال الا من المسالك نظرا الى هذه القاعده قال لان حكم العقد الفاسد حكم العقد الصحيح فى الضمان و عدمه كما اسلفناه فى مواضع قاعده كليته انتهى و ربما يعتذر من الضمان هنا بأنه من جهة الاتلاف دون التلف لان المحرم لما كان واجبا عليه ارسال الصييد فاخذه فى قوه الاتلاف و فيه أنه لو كانت كليته كان حاكمه على جميع ادله الاسباب فهذا اعتراف بأنها غالبية تناط بانتفاء سبب الضمان فى الفساد و منها البيع بلا ثمن الذى حكموا فيه بالضمان من غير اشكال

سوى العلامه فى محكى المختلف فان هذا البيع لا- يضمن لو كان صحيحا و ان قيل بخروجه عن موضوع القاعده لانه العقد الكلى المندرج فيه قسما الصيحيح و الفاسد كالباع كما مر اندفع النقض فى السلب لكن ينقض فى الايجاب بناء على انكار العلامه و كذا الحال فى الاجاره بلا- اجره فالأكثر على الضمان خلافا للمحكى عن الشهيد مط و المحقق الثانى فى خصوص الاعمال لتبرح العامل بها بشرط عدم الاجره فانا ان لاحظنا العقد الجزئى كان نقضا على السلب و ان لاحظنا كلى الاجاره كان نقضا على الايجاب بناء على المحكى عن الشهيد و المحقق الثانى و منها هبه القصار كالصبي و المجنون و السفيه فانها موجب للضمان مع ان صحيح الهبه لاقتضى الضمان و منها الرشوه بناء على كونها راجعه الى الهبه الغير المعوضه و ان قصد بها التوصل الى الحكم و غير ذلك ميا لا- يخفى على المتتبع وفاقا او خلافا و هذا كلها دليل واضح على انطباق القاعدتين على قواعد الضمان الثابته فى محلها لا انها قاعدتان مستقلتان ثابتتان بالإجماع يجب الاخذ بهما و ان خالفتا القواعد و الظاهر ان غرض الاصحاب أيضا ما ذكرنا و نحن أيضا نقول بهما لمطابقتهما غالبا مقتضى القواعد فهما قضيتان غالبتان ايجابهما أقل تخلفا عن سلبهما كما عرفت و الله العالم و فى اشتراط ضمانها اى العين من غير ذلك اى التعدى و التفريط تردّد اظهره عند

ص: ٥٢

المصنّف المنع وفاقا للمحكى عن الاكثر بل عن جامع المقاصد القطع ببطلان الشرط و فى مفتاح الكرامه و قد انفقت كلمه من عدا السيد فى الانتصار ممن تعرض هذا الفرع على بطلان الشرط و اما السيد فقد ذكر فى اثناء كلام له لا يجده الا من نتبع كلامه فى مسأله ضمان الصانع ما يهلك تحت يده ما يظهر منه صحه العقد و الشرط اجماعا حيث حكى قول حسن بن حران من اعطى الاجره لا ضمان عليه و ان شرط رده بانه يخالف بالاماميه لان عندنا ان اشترط كان الضمان عليه بالشرط و من المحقق الأردبيلي و تلميذه صاحب الكفايه انه يمكن ان يقال بالصيحه و الظاهر موافقه صاحب المدارك استاده صاحب الكفايه لها و موافقتها له كما يقتضيه القياس بغير المقام و فى حاشيه التوضيه للمحقق الخونسارى جمال الدين قدّه التصريح بالصيحه و عن الرياض ان فى جواز اشتراط ضمان العين لعموم الامر بالوفاء بالشروط و العدم لمنافاته للعقد فليفسد قولان و الثانى اشهر و الاول اظهر مع ضعف المعارض لمنع المنافاه على اطلاقه بل هو حيث لم يكن هناك شرط انتهى

[حكم شرط الفاسد فى العقود]

اشاره

قلت تحقيق المسأله فيستدعى الكلام فى بيان حكم الشرط الفاسد فى العقود الذى جار فيه ارائهم و طار فيه ارواحهم خصوصا فى موضوعه من الجبهه المشار اليها اعنى الفساد من حيث المخالفه لمقتضى العقد و اعلم ان المنافاه لمقتضاه ليس سببا مستقلا براسه لفساد الشروط بل هو من جزئيات الشرط المحلل للحرام و بالعكس الذى ورد بفساده الاخبار المستفيضه و نطق به الاجماع المستقيم و يعبر عنه الفقهاء بالشرط المخالف للكتاب و لا اشكال فى فساده يعنى عدم وجوب الوفاء به كما لا كلام فى ان المنافاه لمقتضى العقد و فى كونه سببا لفساد العقد فهنا مقامات

[المقام الاول فى معنى الشرط]

و لنبدء او لا بايراد بعض الاخبار تيمنا و تبركا و توسيلا الى الاحتجاج بها فى بعض الفروع فى النبوى المروى عن كتب العامه و الخاصه كالشيخ و العلامه قده فى حكايه بريده لما اشترتها عائشه و شرط مواليتها ولائها ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى منها كان من شرط ليس فى كتاب الله عز و جل فهو باطل قضاء الله احق و شرطه اوثق و الولد لمن اعتق و الظاهر ان المراد بكتاب الله هو الشرع المطاع بعلاقه الكلّ و الجزء او بعلاقه المشابهه من حيث اشتراك الكتاب و كلّ حكم من احكام الشرع فى الكشف مما عند الله او بعلاقه اخرى ظاهره او اظهر لمن تفكر بدليل ثبوت كون الولاء لمن اعتق من السنه لا من الكتاب بمقتضى ظاهره و لو اريد بالكون فيه ما يعمّ الباطن كان المراد به خصوص كتاب الله كما هو احد الاحتمالين فى قوله **لَا رَطْبٌ وَلَا يَأْسٌ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ** و المراد بعدم كونه فيه كونه كك واقعا مط عموما و خصوصا حتى تكون دليلا على بطلانه عند الله قبل الشرط و يتفرّع عليه قوله ص فما كان من شرط ليس فى كتاب الله عزّ و جلّ فهو باطل يعنى فى أنّ نفس الامر المشروط باطل غير مرضىّ عنده تعالى فيكون الشرط عباره من الشىء المشروط و يكون قوله هذا صغرى لكبرى مطويه مستفاده من لسياق و الانكار السابق و هى أنّ شرط كلّ شىء باطل غير مرضىّ عنده تعالى باطل و ان جعلت الشرط بمعنى المصدر كان المراد بالكليه المفرعه تلك الكبرى أيضا لكن نسبه الكون فى كتاب الله نفيا او اثباتا مبتيه على نحو من المسامحه لان الشرط بهذا المعنى عمل الشارط و لا معنى لكونه فى كتابه تعالى الا كون متعلقه اى المشروط فيه و هذه الكليه و ان لم تستلزم اناطه صحه الشرط لكونه فى كتابه بنكته يدلّ عليه عرفا و يدلّ

ص: ٥٣

عليه أيضا المروى موثقا عن أمير المؤمنين ع من شرط لا مؤمنه فكيف بها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او حلّ حراما لان الاستثناء بعد التشريع كأكثر المختصات و يدلّ على ان الشرط الصحيح ما كان فى كتابه تم و الباطل ما لم يكن فليس الاشتراط مقتضيا و مخالفه الكتاب اعنى عدم كونه فيها مانعا و يدلّ على التشريع أيضا النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله ع من شرط شرطا سوى كتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز ذلك له و لا عليه نظرا الى مفهوم الوصف فالمعنى ان ما ليس فى كتاب الله باطل و ما فيه صحيح و أيضا يدلّ عليه صريحا مصححه ابن سنان من شرط شرطا مخالفا لكتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله فما يستفاد من المجموع بعد ضم بعضها الى بعض قاعدتان كليتان كلّ منهما قابل للتخصيص الا ان الظاهر سلامه كليه البطلان عن التخصيص اذ الشرط المخالف للكتاب لم نجد موردا منه محكوما بالصّححه بدليل قطعى او ظنى يمكن الركون اليه و ما يترأى من التخصيص فى بعض الفروع لا بدّ من اخراجه عن الموضوع لإبائه ما دلّ على بطلان الشرط المخالف للكتاب عن التخصيص و كيف يجرى التخصيص بقوله ص فى النبوى ما بال اقوام اه المعتقد بما ثبت مستفيضا من بطلان كل حكم مخالف للكتاب و انه زخرف و اما ميزان الصّححه فربما يظهر من بعض طرق التخصيص عليه بالإجماع على فساد ما هو موافق للكتاب عموما او خصوصا و هو غير بعيد على فرض ثبوته و منها يسهل الامر فى جملة من الفروع الآتية فانهم صرّحوا فيها بالفساد مع موافقتها لظاهر الكتاب خصوصا او عموما لأننا نلتزم التخصيص فى ميزان الصّححه و تبقى ميزان الفساد على عمومه خلافا لغير واحد فرعموا الملازمه بين التخصيص و بذلك اشكل عليهم اتقان موضوع القاعدتين و زعموا ان هذا خرم لميزان الفساد و سبب لإجمال قوله الا ما أقلّ حراما او حرم حلالا و سيأتى إن شاء الله توضيح ذلك كلّ و الغرض هنا التنبية على التشريع و ان كلّ شرط باطل لا يجب ان يندرج تحت ما ليس فى كتاب الله و من جميع ذلك ظهر أنّ ما زعمه المحقّق و الشهيد الثّانين و غيرهما من تخصيص ضابط البطلان ليس على ما ينبغى حيث قال فى

محكى الجامع فى مسأله اشتراط عدم اخراج المرأه عن البلد أنه على القول بالصيحه لا يلحق به شرط عدم اخراجها عن المنزل اقتصارا فيما خالف القاعده عن مورد النص اراد بالقاعده ضابطه البطلان فكذا قال الثانى فى هذه المسأله ألا أنه ذكر الوجهين اعنى اللاحق لاتحاد المناط و العدم للاقتصار عن القدر المتيقن و قال أيضا فى مسأله شرط عدم الوطء فى الحاق شرط عدم التقييل به فى الصيحه وجهان من المساواه فى المقتضى و من اختصاص النص وجه الفساد أن مضامين ما دل على بطلان شرط المخالف و الشرط المحلل و المحرم أب عن التخصيص جدا لكن ما دل على صحه الشروط الموافقه للكتاب ليس كك كما لا يخفى فلم لا يجعل شرط عدم الوطء و عدم الاخراج من الشروط المحلله فان قلت لا فرق بينهما و بين شرط عدم التسرى و عدم التزويج اللذين ورد النصوص على بطلانها معللا بمخالفتهما للكتاب قلت لا فرق بينهما لكن عرفت جواز تخصيص ما دل على صحه شرط الموافق و اميا القائل بكونهما مخالفين للكتاب فيمكن ان يقال أنه خرج مخرج التقيه كما ان معارضها من الاخبار المصرحه بالجواز محموله عند الشيخ فى محكى التهذيبين عليهما و كم له نظير فى الاخبار من حيث كون الحكم حقا و التعليل باطلا من جهه الاتقاء و انطباقه على اصول المخالفين فقد نقل أنهم يصححون الشرطين

ص: ٥٤

و يحكمون بوجوب الوفاء بها فاراد الامام ع الردع عن الباطن و لو بالجدل تقيه لان الضروره مبيحه للمحظور فافهم بقى الكلام فى المراد الباطل الذى ليس فى كتاب الله و الصيحه حيج الذى فيه و وقوعه فيه ان كون الشرط فيه او ليس فيه سواء جعلته عباره عن المشروط او عن المصدر ممّا يكون بكون الشروط كك فالمراد بالشرط الباطل ما لم يكن مشروعا ثابتا فى الدين سواء كان من التكليف او من الوضع و بالصيحه حيج ما كان مشروعا ثابتا فلا بد ان يكون المشروط من الاحكام لا من الافعال و ان كان مقدمتى جعل المشارطه هو الفعل ألا انه لا بد من استلزامه تغير الحكم الشرعى كالولاء لغير المعنى فانه امر غير مشروع ليس فى كتاب الله و كك شرب الماء اذا كان مفاد الشرط ثبوت حكم غير مشروع له فان شرطان لا بشرط فليس من شرط الباطل و ان شرط ان لا يحل فهو من شرط الباطل و بهذا يتضح حال شرط النتائج فى العقود فان شرط شيئا له سبب معين شرعا بلا سبب فهو شرط للباطل مردود على الشارط كشرط كون المرأه زوجه او شىء مبيعا بلا صيغه و ان شرط سببه صح و كذا لو شرط نتيجته لم يكن لها سبب معين كفسخ العقد للآزم فانه امر مشروع له اسباب متعدده فان شرط ان يكون له الفسخ صح لأنه مشروع و ان شرط الانفساخ بطل لان العقد لا يفسخ فى الشرع بلا فسخ و ان شككنا فى المشروعيه بالمعنى المذكور رجعنا الى الاصول و القواعد و سيأتى إن شاء الله تعالى فى اخر المسأله ما هو الحال فى ذلك و اما الحلال و الحرام فلا بد ان يكون المراد الجائز شرعا و غير الجائز دون الحلال و الحرام اللذين هما من التكليف لأن كون الولاء لغير المعنى داخل فى تحليل الحرام قطعا و ليس من التكليف بل الوضع و أيضا ظاهر النبوى بل صريحه بالبيان المتقدم كون المشروط من الاحكام فان رجع اليه ما فى العلوى المتقدم و غيره من التحليل و التحريم اتحد مفاد الكل و اتحد ميزانا الصحه و الفساد و ألا اختلفا فيكون للشرط الباطل ضابطان احدهما ان يكون فعلا محرما استحل بالشرط او فعلا مباحا حرم بالشرط و ليس كك و لم يسلكه أيضا اسالك من الفقهاء فان ظاهر الكل كما هو الظاهر من الاخبار أيضا انحصار سبب البطلان فى شىء واحد فلا بد من احد امرين اما ملاحظه نفس المشروط ثبوتا و سقوطا فلا يكون غير الحكم و اما ملاحظه متعلقه حلا و حرمة فلا فيكون ألا فعل المكلف و بايهما اخذ لا بد من التصرف فيما ظاهره الاخر فان بيننا على الاول كما هو صريح النبوى الاول قلنا المراد بتحليل الحرام اثبات ما هو غير ثابت فى الشرع و تحريم الحلال اسقاط ما هو ثابت و ان بيننا على الثانى كما هو ظاهر قوله ألا ما احل حراما و حرم حلالا كما فى العلوى

و غيره تكلفنا في ارجاع النبوى اليه و ارتكبنا التاويل و الخروج عن الظاهر كان يقال المراد بعدم كون المشروط نفسه في كتاب الله عدم كونه حكمه الّذى جاء من الشرط فيه و انت خبير بان شرط ترك المباح او فعل الحرام ان دخل تحت النبوى بتكلف فشرط الولاة لغير المعنى الذى يكون حكمه الّذى جاء به من الشرط ساقطا فى الشرع و أيضا لا معنى محصل بوجود الوفاء بالشرط سوى الالتزام بما ليس بلازم قبل الشرط فكل شرط سائغ محرم للحلال و لأجل ما ذكرنا استقروا غير واحد من الاعلام على تفسير الشرط المحلل و المحرم بما ذكرنا و جعلوا الشرط المحرم للحلال عبارته عن كون كك شرط يكون شرعا لما ليس بمشروع باسقاط حكم باب فى الشرع من وضع او تكليف لا عما يوجب حرمة فعل مباح فأنه باطل بالضرورة يحتاج تطبيقه على الفروع الاجماعية الى تكلف دونه خرط القتاد كما ستعرف إن شاء الله نعم لا مانع من الاخذ

ص: ٥٥

بظاهر العكس اعنى تحليل الحرام و لا يحتاج الى التفسير الغير المذكور ضروره بطلان اشتراط فعل المحرمات و مع ذلك كله لم يرض استادنا العلماءه رفع الله مقامه حيث نقل التفسير المذكور عن بعض و بعض معاصريه و بين المحقق القمى فى رسالته المعموله فى مسأله الشرط الفاسد فى العقود و اورد عليهم و بالغ فى الايراد حتى تعجب من ذلك و قال بعد نقله عن بعض لا افهم معنى محصيا لا لاشتراط حرمة شىء او حليه شرعا فان هذا امر غير مقدور للمشترط و لا يدخل تحت الجعل فهو داخل فى غير المقدور و لا معنى للاستثناء عميا يجب الوفاء به لان هذا لا يمكن عقلا الوفاء به اذ ليس فعلا خصوصا للمشترط و كك الكلام فى النذر و شبهه فالعجب منه قده حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون المحلل و المحرم نفس الشرط و لم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التى يعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشىء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض و قد مثل للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر و المحرم للحلال بالصلح على ان لا يطاء جاريته و لا تنتفع مما له انتهى كلامه اعلى الله مقامه قلت عدم ملاحظه الاستثناء او عدم الالتفات الى امتناع تعلق الوجوب بما ليس من الافعال لا من المقدور و ان كان من العجائب كما افاد قده الا ان عدم ملاحظه مورد النبوى و ان كون الولاة لغير المعنى ليس من الافعال المقدوره بل من احكام الوضع الغير الداخلى تحت قدره المكلف اعجب و التمثيل للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر و المحرم بالصلح على عدم وطى الجارية و عدم الانتفاع بماله معارض بالتمثيل للشرط المحلل للحرام باشتراط عدم ارث الوارث و المحرم باشتراط ارث الاجنبى و معارض أيضا باشتراط الضمان فى العارية و اشتراط النتائج فيما ليس له سبب مخصوص فان كل ذلك راجع الى اشتراط ما هو ليس من الافعال و لا من المقدور للمكلف او لم يكف النظر فيما ذكرنا و نظائره التى لا تحصى فى توجيه الاستثناء و تفسير المستثنى منه اعنى وجوب الوفاء بالشرط بما ذكرنا مع انه ليس فى شىء من ادله الوفاء الامر به حتى يكون مفاده التكليف مطابقه بل منها قوله المؤمنون عند شروطهم و ما يجرى مجراه نعم فى العلوى كما مر من اشتراط لامرأته شرطا فكيف به ان المسلمين عند شروطهم و الامر بعد التعليل المذكور لا يفيد سوى مفهوم قوله المؤمنون عند شروطهم و دلالتهم على الوضع ابتداء ان لم يكن اظهر من دلالته على التكليف كك فلا أقل من الشاوى فيبقى ظهور ما دل على كون المشروط من الاحكام سليما بل لو سلمنا ظهوره فى التكليف فى الجملة و جب العدول منه بملاحظه ما ذكرنا بل لا ينبغي التأمل نصا و فتوى فى جريان ضابطه الشرط المحلل و المحرم فى اشتراط الاحكام الغير المشروعه التكليفية و الوضعية كاشتراط كونه المرأه مطلقه الّذى بطلانه منصوص فى بعض الاخبار و اشتراط كونها زوجه و نحوها و ان اجريناها فى الالتزام و الالتزام بالافعال أيضا و كل ما يتفصى به عن الاشكال و يوجه به الاستثناء على تقدير الاختصاص مع ان وجوب الوفاء لا يرد به سوى الالتزام بالآثار المشروط

و العمل بمقتضاه على تقدير العموم ثابت على تقدير تعلّقه بالحكم الشرعى كالوفاء بالعقود كما ان الوفاء به على تقدير تعلّقه بالفعل يراد به الاتيان بنفس الشروط دون الاحكام و على الوجهين يستقيم الاستثناء و يندفع الاشكال و ممّا يؤيد ما ذكرنا فى تفسير الحلال و الحرام بل يدلّ عليه ما ورد فى غير واحد من الاخبار المعتبره من تجويز شرط عدم البيع و الهبه فى بيع الامه ما عدا الميراث معلّلا بان كل شرط خالف لكتاب

ص: ٥٦

باطل فانّها و ان لم تكن معمولاً الا ان الاستثناء التعليل فيها معمول بهما و ظاهرهما بعد ملاحظه المستثنى منه اختصاص البطلان بالمشرع من الشروط و يدلّ أيضا ما ورد فى بطلان شرط كون الطلاق و الجماع بيد المرأه معلّلا بمخالفه الكتاب حيث قال الرّجال قوامون على النساء كما فى بعض او قال فانكحوا ما طاب لكم كما فى اخر بل قد يقال انّ ظاهر المحلّ و المحرّم هو ان يكون التحليل و التحريم مدلولاً مطابقاً للشّروط و هذا لا يكون الا اذا كان نفس الشّروط متعلّقا بالحكم فانه ان كان متعلّقا بالفعل يكون التحليل و التحريم مدلولين التزاميين و لذلك اعترف قده بان ظاهره ما ذكرنا الا انه بملاحظه عدم تعلّق الشّروط الا بالفعل لا بدّ من المصير الى خلاف ظاهره ثمّ لو اغمضنا عن ظهور الاخبار بعد ملاحظه المجموع فيما ذكرنا و سلّمنا ظهورها فى كون متعلّق الشّروط نفس الافعال يبقى سؤال الفرق بين ترك شرب العصير المباح الذى جعلوا الخلف عليه من تحريم الحلال و ورد به النصّ و كذا الصّيح على عدم الانتفاع بماله و عدم وطى جاريته الذى جعلوه من الصّيح المحرّم و كذا ترك التزويج و التسرى اللذين جعلوا شرطهما من الشّروط المحرم كما فى النصّ أيضا و بين ترك المبيعات المتفق على جواز شرطها فعلا و تركا و هو فى غايه الغموض و الاشكال و الحاصل انّ فى المقام اشكالين احدهما انّ فائده الشّروط الالتزام بما ليس بواجب و لازمه تحريم الحلال ان تعلق بتركه و تحريم الحلال ان تعلق بفعله حيث يترتب عليه عدم جواز تركه ما كان تركه جائزا و ثانيهما الفرق بين الأمثله المذكوره و امثالها من الفروع الخلافيه و الوفاقه مع عدم المائز بين موارد الخلاف و محلّ الوفاق و قد حسّم قده الاشكال الاول بان الشّروط ان تعلق بترك المباح الذى علم ثبوت الاباحه له من جميع الجهات و جميع العناوين التى تعرضها من الخارج بنذر و حلف و امر من يجب اطاعته كالوالد و السيد كالحرام فان ادلّه المحرمات غالبا من هذا القبيل فلا يعتبر بعروض شىء من العناوين الخارجيه فهذا من الشّروط المحرم الباطل و ان تعلق بما هو مباح فى نفسه مع قطع النّظر عن العناوين الخارجيه الثانويه كشرب الماء و ترك الوطء فى وقت دون وقت فهذا من الشّروط الذى وجب الوفاء به و ليس من الشّروط المحرم و حتم الاشكال الثانى بان الموارد التى ورد النصّ او انعقد اجماع على عدم لزومه بالشّروط فهذا يكشف عن كون ذلك المباح من القسم الاول و الا فلا مانع من دخوله تحت الشّروط فعلا او تركا و الامثله المنقوض بها عن هذا القبيل قلت اما ما افاده فى حسم الاول فهو سديد جدا لكنّه غير مفيد اّمّا اولاً- فلامكان دعوى كون جميع المعاملات من القسم الثانى و ان كلّ مباح مباح فى حدّ ذاته مع قطع النّظر عن العناوين الثانويه التى تعرضها وجوب اطاعه الوالدين و الموالى و الوجوب المقدّمى و نحوهما لا اظنّ اختصاصها بمباح دون مباح و لا- ان قال به احد و الظاهر اتّفاق اهل التّحسين و التّقييح بل على اختلاف ما عدا الوجوب و الحرمة من الاحكام بالوجوه و الاعتبار بل الظاهر الاتّفاق على اختلافهما أيضا بها اذا كانا شرعيّين بل الظاهر انه لا خلاف فى تغيير جواز التسرى و النّكاح و نحوهما ممّا لا- يؤثر فيه الشّروط بسائر الملزمات من الشّروط الا ان يكون اطلاق اباحتها اضافيا بالقياس الى خصوص الشّروط و هو حسن لكن لا ينفع فى فهم معنى الاستثناء و المستثنى منه كما لا يخفى و اما ثانيا فلان تمييز القسمين فى المباحات و استفاده الاباحه المطلقه و عدمها ليس له طريق الا النّظر فى ادلتها و ادلّه المباحات

سأكتة عن هذه الجهة الا- من حيث الاطلاق القاضى بالوجه الاول فان لوحظ اطلاقها لم يبق للمستثنى منه اعنى وجوب الوفاء بالشروط محلّ و ان لم يلاحظ لم يبق للمستثنى محلّ فإى فائده لما استفاض به الاخبار من امضاء الشّروط سوى ما كان محلّلا او محرّما و اما ثالثا فلأنّ مورد التّميّز من غير جهة الاطلاق لو وجد ففى غايه التّدره و التّشدوذ فلا يصحّ بتزيد القاعده المستفيضة نصا و فتوى عليه و قد اعترف قدّه بعين ما ذكرنا و هنا لدفع الاشكال و جعله اشكالا فى لضابط المذكور من جانب تحريم الحلال دون العكس قلت فلم لم يجعله من الشواهد على التفسير المجاز السالم عن الاشكال من راس نعم يرد عليه ان مقتضاه دخول الشّروط المتعلّقه بالمباحات فعلا- او تركا تحت الشروط السائمه مط مع ان بعض صوره ممّا جعلوه من المحرّم للحلال كاشتراط عدم الانتفاع بماله اصلا كما عرفت لكن يمكن توجيهه و نظائره من موارد الشّهرة او الاجماع بان الالتزام بشىء فعلا او تركا بالشّروط قد يكون مفاده عرفا الالتزام بالحكم فلا فرق بين شرط كون ماله حراما عليه لو شرط عدم الانتفاع به اصلا فى المال عرفا و مثل ذلك بشرط عدم التزويج و التسرى فان مفادهما بقريته مقام الاشتراط و ملاحظه غرض المرأه الشارطه حرمة الفعلين على الناكح على وجه يترتب عليه الفساد لو تزوج او تسرى كما يأتى توضيحه إن شاء الله تعالى فى الفروع و مثل له أيضا بشرط الفعل او التّرك فى المباح الّذى كان اباحه من آثار الوضع كجواز بيع المبيع فان شرط خلافه مفاده العرفى التّفكيك بينه و بين الحكم الواقعى و سبب وجوده و سيأتى مزيد توضيح لذلك فى الفروع و عن بعض الاعلام اختيار هذا الوجه الاخير فى رفع اشكال المقام فخص الشروط الصّحيحة مما تعلق المباح الّذى استفيد اباحه من التكليف و الّذى استفيد اباحه الوضع و جعل اشتراط خلافه من الشروط الفاسده و مقتضاه الفرق بين شرط عدم بيع مال من امواله الّتى ثبت جوازه من قاعده السّيلطنه و من احلّ الله البيع و شرط عدم بيع المبيع الّذى ترتب على صحّحه المبيع و كذا الفرق بين المنع عن بعض الانتفاعات و المنع عن الجميع يمنع الثّانى و تجوز الاول فان الفرق بين القسمين فى الموضوعين لا وجه له سوى ما ذكرنا من انّ مفاد الشّروط عرفا فى القسمين الاخير بن تغيير اصل الحكم الشّرعى و بما ذكرنا يظهر النّظر فيما ذكره قدّه فى حسم الاشكال الثّانى فانّ الفرق بين مورد المنع و مورد الجواز بما ذكرناه اولى منه لأنّ كون المباح من جميع الوجوه مباحا فى نفسه مع قطع النّظر عن الامور الخارجيه ليس له شاهد فى النعل و الاثر وجود و منع التنافى اعتم من ذلك بل هو تجشم عليل و اقتراح بلا دليل بل ينبغى ان يكون الثّبوى المذكور مرجعا و يحصل ما يستفاد منه ميزانا و يرجع اليه مداليل غيره من الاخبار و لو بمعونه تاويل فى الجملة لأنه اصّرّح ما فى الكتاب و ادخل فى نصّ الخطاب و ما عداه لا يخلو من اجمال و قد عرفت أنّه نصّ فى ان الشّروط الباطل ما يوجب تغيير الحكم الشّرعى الى ضدّه او حدث و حكم جديد غير ثابت فى كتاب مبين و اما ما تعلق بفعل مباح او تركه فلينظر فان كان مفاده احد الأمرين كان باطلا كبعض الامثله المذكوره و الا كان صحيحا موافقا للكتاب فان ثبت مع ذلك فساد كان تخصيصا الميزان الصّحيحة كما عرفت فى اوائل المسأله و اجهل شىء فى الطريق ما سلكه صاحب الحدائق حيث قال فى الفرع الاول من الفروع الآتية بعد نقل الخلاف و الادلّه و الّذى قدّمناه من التحقيق فى هذا المقام لما كانت الاخبار مختلفه فى ذلك فالواجب الوقوف

على ما دلّت عليه من ميزان يكون قاعده مبنى عليها كما ذكره و ما لم يجد فيه خبر فينبغى التّوقف فى الحكم قلت ظاهره انكار الضابطه راسا و الخروج عما اتفقوا عليه و ان اختلفوا فى بعض فروع و هذا كأحد صنائعه فى الكتاب المذكور من مخالفه

الجمهور في الاصول والقواعد و لا- وجه اسوى استصحاب مقتضى بعض الفروع فلنذكر جملة من فروع الباب المنصوصه و غيرها موافقا للمرام و استكثار التنقيح المقام منها اشراط عدم التسرى و التزويج في النكاح فأنه باطل اتفاقا منا محكيا عن كاشف اللثام و خلافا للمنقول عن العامة و استدلوا عليه بأنه شرط مخالف للمشروع و يشكل ذلك بأنهما فعلا سايفان مع ان في غير واحد من الاخبار التصريح بانه امر مشروع وردت في اشراطهما بالندر و يمكن ان يجاب عن الاول تاره بما ذكرنا من ان اشراط عدم التسرى و التزويج في عقد النكاح ظاهر بشهادة الحال في احد امين كل منهما غير مشروع احدهما تغيير الحكم الشرعى و تبديل اباحتها الى التحريم و الفساد و ثانيهما تعليق بقاء النكاح على الوفاء بالشروطين و يقرب احد الاحتمالين قرابه العلتين في كلمات الفقهاء مبنيين للمفعول و يشهد له ان غرض المرأه في مثل هذا الشرط ان تكون لها يد في عقد النكاح اما في نكاح نفسها كما هو مقتضى الاحتمال الثانى او نكاح ضربتها التى يزوجهها لا مجرد تحريم التزويج التى لا تؤثر في نكاح نفسها و لا في نكاح ضربتها و اخرى بما تقدم من الاستاد قده من ان التسرى و التزويج من المباحات التى علمنا من الروايات عدم تغير حكمها بالعناوين الخارجيه منها روايه زراره عن الصادق ع في حق ضريس الذى عنده بنت اخيه حمران بن اعين حيث نص ع على عدم وجوب الوفاء بنذره و أنه ليس بشىء لكن يمكن المناقشه فيه بان مقتضاه ان لا يعرضه الوجوب المقدمى أيضا و لا وجوب اطاعه الوالدين و هو مشكل بل الظاهر عروضها لها من غير خلاف و يدفعه انه لا مانع من اختصاص عدم التغير بوجه دون وجه فهذان ممّا لا يتغير حكمها بالشرط اعنى الالتزام الجعلى سواء كان في ضمن العقد او في ضمن النذر و عن الثانى بحمل الاخبار المجوزه على التقيه كما عن الاستبصار او على الفرق بين النذر و الشرط في ضمن العقد كما عن التهذيبيين و الاول اولى لما في الثانى من الخروج عن المتفق عليه اعنى بطلان الاشتراط و الاولى من الجوابين الالتزام بالتخصيص فيما دل على صحه الشروط السابقه و اخراج التعليل مخرج التقيه كما مرّ في اول المسأله لا- ينافيه التقيه في نفس الحكم في الاخبار المطروحه على ما عن التهذيبيين لان المقامات مختلفه يجب على المتكلم للحكم خصوصا المبلغ مراعاة مقتضى الحال فان اقتضى التقيه اظهار الباطل في نفس الحكم و جب مراعاتها و ان اقتضى اظهاره في دليه و جب الاقتصار عليه لان الضروره تقدر بقدرها و منها شرط رقيه الولد في تزويج الامه من الحر ففيه قولان مشهور ان نقلنا بين من تقدم عن المص و من تأخر و الاقرب قول المتأخرين و هو الفساد لما في المستفيضه من تبعيته الولد في الحرّيه لأشرف الابوين منها قول الصادق ع في بعض روايات جميل ليس يسترق الولد اذا كان احد ابويه حرّا و هذا اظهر من قوله ص في اخر اذا تزوج العبد حرّه فولده احرار و من ساير ما في الباب من الأخبار اذ لا نظر لها الى عدم تأثير الاسباب في الرقيه التى منها الشرط الا من جهة الاطلاق بخلاف قوله ع ليس يسترق فأنه كالصريح في عدم تأثيرها فافهم فح يكون شرط الرقبه داخلا في الشرط المحلل او المحرم بالمعنى الذى ذكرنا خلافا لبعض مشايخنا فوافق القدماء مع موافقته لنا في تفسير الشرط المحلل و المحرّم و كونه عباره عن كل شرط مشروع و عمد

ص: ٥٩

ما اعتمد عليه بعد الشهرين القدماء حتى قال انه لم يوجد تردّد في الصّححه فضلا عن المخالف قبل المصنّف الى ان الولد ملحق بالوالدين و تابع لهما في الحرّيه و العبدية و يزيد في العبد كونه من نماء ملك المالك و فائده شرط الرقيه أنّما هي منع التبعية من جانب الحر فيبقى كونه نماء محضا و لا مانع من اشتراط نماء الملك و الالم يصح شرط الاختصاص في المتولّد بين العبدين أيضا و حيث ان مقتضى ذلك الحكم بالرقيه في الجملة مع عدم الاشتراط أيضا و هو مخالف للاتفاق من عدا الاسكافى و تفصى عنه بان حرّيه الولد مع الاطلاق من جهة قاعده السيرايه و التغليب في العتق لا من جهة كون الولد مع حرّيه احد الابوين

حرا محضا ليس قابلا- للاسترقاق بل لما اقتضى العقد شرکه الحرّ و العبد في ولدهما نظرا الى اقتضاء عقد النكاح تبعه الولد حكم الشّارع بالحريّه تغليبا من باب السّيرايه و عليه نزل معنى قوله ع ليس يسترق الولد ان كان احد ابويه حرّا فمعناه الحكم بالحريّه لا الحكم بكونه كولد الحرّين حرا ذاتيا لا يجوز استرقاقه و هذا منه قدّه بعد تسليم عدم جواز حدوث صفه المملكه بالشرط و له قبل ذلك كلام اخر في تحويزه قال لان شرط التّناج لا مانع منه و الا لم يصحّ اشتراط الحرّيه أيضا على مذهب الاسكافي القائل برقيه الولد مع عدم الشرط و هو باطل بالنّص و الاجماع و حيث ان مقتضى القول بتاثير الشرط في حدوث صفه المملكه جواز احداثها بالشرط في ولد الحرّين أيضا تفصي عنه بان معنى شرط الرقيه و فائدته مجرّد سلب التبعيه التي اقتضاها عقد النكاح و صحّه الشرط بهذا المعنى لا يوجب حدوث الرقيه في الولد بل لا بدّ لها من سبب و هو مفقود في ولد الحرّين بخلافه في ولد العبدین او عبد و حرّ فان قاعده تبعيه النماء قاضيه فيهما بالرقيه هذه عمدته ما نظر اليه في المسأله و استدللّ على مختاره أيضا على ذلك بالاخبار الوارده في ان الولد يتبع احد الابوين في الرقيه الّذى اعتمد عليه الإسكافي في قبال الكلّ و مقابل اخبار اخر معمول بها ناطقه بخلافها و انه تبع اشرفهما في الحرّيه كما عرفت قال ان الشهره مر حجّه لهذه الاخبار في صوره الاشتراط كما انّ الاخبار الداله على الحرّيه يترجح عليها بالشّهره في صوره عدم الاشتراط و جعل ما استدللّ به المتأخرون على فساد هذا الشرط من كونه مخالفا للكتاب و محلّا للحرام اجتهادات في مقابل النّص قلت العمده في الباب اثبات كون شرط الرقيه مع حرّيه احد الابوين من الشّروط السّائغه المشروعه و اما ساير ما افاد في المقام فلا يشفى العليل و لا يروى التعليل على تقدير كونه من الشّروط المشروعه الباطله و العمده في استفادته النّظر في الرّوايات و التأمّل في مداليلها و كلّ احد اذا تكلم بلسان الانصاف و تنحى عن طريقه الاعتساف عرف ان معنى قوله ع لا يسترق الولد اذا كان احد ابويه حرا ليس الا بيان الحكم الشرعى الاولى دون الذى حملة عليه من الحكم بالرقيه للتغليب فلا مناص عن التزام كون هذا الشرط من الشّروط المشروعه التي يقول بفسادها وفاقا للكلّ و بعد ثبوت ذلك لا ينفع تبعيه النماء للملك و جعل شرط الرقيه راجعا الى اشتراط استحقاق نماء ملك المالك لأنّ مقتضاه خروج الولد عن نماء ملكه اذا كان احد ابويه حرّا فهل هذا ألما المصادره و اما الاستدلال عليه بالرّوايات على الوجه الّذى عرفت فلا يندرج تحت شىء من القواعد الّلهمّ الا ان يكون غرضه الجمع بين الروايات بحمل كل منها على بعض الصّور و انت خبير بانّ مثل هذا الجمع الّذى لا شاهد له ليس بشىء حتّى عنده قدّه بل مقتضى القاعده بعد نعارضها الرّجوع الى اصاله البراءه و اصاله الفساد بعدم احتراز صلاحيه رقيه الولد

ص: ٦٠

مع حرّيه احد الابوين للاشتراط و دعوى ان المرجع بعد الشّك هو عمومات و جوب الوفاء بالشّروط للشّك في خروجه عن العموم ممنوعه بما مرّ من دلالة الاخبار على التّشريع و تاسيس ضابطين للّصيحه و الفساد اعنى كلّ شرط موافق للكتاب صحّ و كلّ شرط مخالف له باطل فاذا شكّ في الموافقه و المخالفه و جب الرّجوع الى الاصول نعم بناء على ما هو ظاهر الجبل او الكلّ من انحصار مداليل الأخبار في ضابطه الفساد يجب الرّجوع الى عموم و جوب الوفاء بالشرط لدوران المخيّص اعنى المخالفه للكتاب بين الاقلّ و الاكثر و قد يقال ان هذه القاعده لا تجرى في المخيّص المتصل كالاستثناء بل الاجمال فيه سبب لإجمال العام اذ يقال ان الشّبّه هنا مصداقيه اذ لا اشكال في مفهوم المخيّص ص هنا اعنى المخالف للمشروع و أنّما الاشكال في صدقه على ما نحن فيه فلا- يرجع الى العام أيضا بل الى الاصول و الاولى ما ذكرنا لما في هذين من التامل بل المنع اما الأوّل فلعدم انحصار عمومات الوفاء بما تعقبه الاستثناء و اما الثّانى فلان الشّبّه المصداقيه التي لا يرجع فيها الى العام على التحقيق عندنا ما

كان سبب الشبهة امرا خارجيا لا اشتباه الحكم الشرعى و تمام الكلم موكول الى غير المقام و كيف كان فالاقرب عندنا ما عليه المتأخرون من الفساد لان الأخبار الظاهره فى رقيه الولد مهجوره متروكه لا عامل بها الا من لا يزيد عمله الا ضعفا فلا ينهض معارضا للمستفيضه الظاهره فى عدم المشروعه حتى يحكم بالتعارض و على فرضه وجب الاخذ بما دل على العدم ترجيحا بالشهره و غيرها مما لا يخفى ثم على القول بالصيحه ليس هذا مبنيا على تخصيص ضابطه الفساد لما عرفت من آباؤها من ذلك بل هو مبنئ على التخصيص بالتقريب الذى عرفت منه قدّه او بغيره مما يخرج به عن كون هذا الشرط عن كونه شرعا لان الاجتهاد فى مقابل النص قبيح كما ذكره قده و منها اشراط التوارث فى عقد المتعه ففیه أيضا قولان مشهوران نقلنا بين القدماء و المتأخرين الجواز و المنع و الاول لصحيحه ابن مسلم و مصححه البيهقي الصريحين فى المدعى و فى مقابلتهما اخبار تدل على ان عقد المتعه لا يقتضى الميراث و اخبار تدل على انه يقتضيه اذا لم يشترط سقوط الميراث و اخبار تدل على عدمه مط شرطا او لم يشترط لكنّها قاصره عن معارضتهما اما الاولان فواضح اذ الاول عام و الثانى شاذ لا يلتفت اليه و ان عمل به ابن ابى عقيل قده و امّا الثالث فلقصوره لانه خبر ان احدهما موثق و الاخر مرسل مضافا الى اعتضاد الاولين بعموم المؤمنون و دعوى دخول هذا الشرط تحت الشروط المشرعه الباطله ممنوعه لانه المنقطعه زوجه و ميراث الزوجه فى الجملة المذكور فى الكتاب غايه الامر خروج المتعه عن عموم آيه الارث بالاخبار التى دلت على خروجها فى حال غير المتنازع فيها فهو من الشروط الموافقه لعموم الكتاب من غير ان يكون هناك دليل يخرج و من هنا يظهر الفرق بين شرط ارث الاجنبى فى عقد النكاح او فى عقد اخر و شرط ارث المتعه فى عقدها لأن شرط الارث فى الاول تشريع للإرث غير وارث ليس فى كتاب الله لا خلاف فى بطلانه ظاهرا بخلاف الثانى فانه مذكور فى كتاب الله فان قلت مقتضى ثبوت الارث بالشرط دون الزوجيه الالتزام بخروج المتعه عن آيه الارث فيلزم ان يكون هذا شرطا مشرعا لما ليس بمشروع حيث ان المراد بالزوجه فى الآيه غير المتمتع بها فتكون هى كالأجنبي فى عدم كونها وارثه و ثبوت ارثها بالشرط قلت هذه شبهه عرفت لبعض مشايخنا قدّه ذهب لأجلها الى خيره المتأخرين عكس

ص: ٦١

المسأله التى سبقه لكنّها مندفعه بما ذكرنا من ان الارث هنا انما يأتى من جهه الزوجيه لا من جهه الشرط و انما فائدته تحقق موضوع الوارث و هو المتمتع بها حال الاشتراط فان قلت مقتضى ما ذكرت ان يصح شرط ارثها فى غير عقدها ضروره كونها زوجه و كون ارثها فى حال الشرط موافق للكتاب المجيد قلت ظاهر الصيحيين و القدر المتيقن منهما صحه اشتراط ارثها فى عقدها فيبقى ارثها فى غير تلك الحاله مخالفا لحكم الكتاب مط و لو اشترط فى ضمن عقده و ممّا ذكرنا ظهر أيضا كما هو المتبادر من شرط التوارث فى الاخبار ان الصيحيح هو شرط التوارث لا ارثه خاصه او ارثها كك و كذا شرط الاقل من النصيب او الاكثر فان الارث على هذه الوجوه و اشباهها ليس من الارث المقرّر للزوجات فى الكتاب بل بشرع جديد لا يؤثر فيه الشرط فما اورده بعض مشايخنا قدس سرّه على المجوزين من ان مقتضى مذهبكم الرجوع فى كيفيه الارث المشروط الى ما اشترط فى العقد لأنه ثبت من الشرط لا من احد اسباب الارث المذكوره فى الكتاب ليس بوارد كما ظهر أيضا اندفاع اشكال الاستاد العلامة رفع الله مقامه فى الفرق بين ارث الاجنبى و ارثها و بين شرط ارثها فى عقدها او فى عقد اخر ضروره خروج ارث الاجنبى و كذا ارثها بالعقد المجرد عن الشرط عن كتاب الله بخلاف ارثها بالعقد المشروط فيه الارث كما عرفت و الله العالم و هنا فروع اخر متشابهه صعبه الفرق بينها داخله فى فروع الشرط المنافيه لمقتضى العقد و الانسب ان نذكرها فى محلّها

و قد عرفت أنه لا اشكال في كونه فاسدا لكونه مخالفا للكتاب محللا للحرام او محرما للحلال بالمعنى المتقدم و ان لم يصرح به جملة من الفقهاء بل اقتصر على المخالف للكتاب او كونه غير سائغ في الشرع منهم المص في الكتاب لكن صرح به غير واحد منهم السيد في محكي الغنيه نافيا للخلاف فيه قال من الشروط الفاسده اشتراط ما ينافي مقتضى العقد مثل ان لا يقبض المبيع او لا- ينتفع به و المقتضون على مخالفه الكتاب أيضا تعرضوا لشرط و لا عيب فيها سوى المنافاه لمقتضى العقد و ان كان غير واضح في كثير و هو على قسمين احدهما ما لا يقدر معه قصد إنشاء مدلول العقد مثل شرط عدم تملك البيع او المنفعه في عقد المبيع او الإجاره و الثاني ما ليس كك لا اشكال في فساد القسمين معا و ان كان الفساد في الاول اوضح لانتفاء العقد الذي هو شرط في صحه العقد فضلا عن شرطه فلا حاجه الى الاستدلال على فساد هذا القسم بكونه مخالفا للكتاب كما لا اشكال ظاهرا في كونه مفسدا للعقد أيضا كما يأتي فأنما الاشكال و الغموض بحيث اعترف به اساتيد الفن كالمحقق الثاني و الشهيد الثاني و غيرهما منهم الأستاذ قده في تمييز المنافى عن غيره من الآثار التي تترتب على العقد فعن جماعه ان ضابط المنافى و كل ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو تعقبه و ترتيبه و المعروف ان كل ما يقتضيه ماهيه العقد فعدمه ينافي مقتضى العقد و كل ما لا يقتضيه الا اطلاقه اى المجرد من الشرط فعدمه غير منافيه المقتضاه لأن مقتضى الشىء و اثره ما كان ثابتا له في ضمن اى نوع او فرد منه فما كان ثابتا لخصوص بعض انواع العقد و هو المطلق فهو ليس من مقتضاه جنسه بل من مقتضيات ذلك النوع المفروض و هذا خيره من عرف من المجوزين لشرط الضمان مستدلين بانه لا ينافي مقتضى العقد و ماهيته و انما ينافي مقتضى العقد المجرد عن الشرط

ص: ٦٢

كالمحقق جمال الدين و من وافقه و تبعه و يظهر من بعض مشايخنا ان مناط المنافاه عود الشرط الى المشترط بالنقض يعنى ما كان مفاده مناقضا لمفاد العقد كالمثال المتقدم و فيما عداه حكم بالصيحه لو لم يكن اجماع و قال المحقق الثاني بعد ايراد جملة من الاشكال في الفرق بين موارد الصحه و موارد الفساد ان المرجع في تمييز منافي الماهيه عن غيره هو نظير الفقيه و قال الاستاد العلامة رفع الله مقامه ان مقتضى العقد ان كان ركنا للعقد عرفا و شرعا بحيث لا يتصور تحقق القصد للعقد عنوان العقد مع شرط خلافه كشرط عدم التملك في البيع و عدم الضمان في عقد و هذا واضح لا ستره عليه و اما ما عداه فلا بد من ملاحظه الدليل الذى دل على ثبوته مط و اما ان يدل على ثبوته في نفسه مع قطع النظر عن العناوين و العوارض الخارجيه فان كان من الاول فعدمه مناف لمقتضى العقد بمقتضى اطلاق دليله و ان كان من الثاني فليس عدمه منافيا لمقتضاه انتهى مهذبا و هذا منه قدس سره نظير الضابط الذى ذكره في المباحات التى لا تؤثر فيها الشرط عما يؤثر فيه و فى الكل اشكال و نظر اما الاول فلأنه منقوض كما اعترف به المحقق الثاني و غيره بمثل شرط عدم البيع و عدم الهبه الذين ذهب الاكثر الى فسادهما لأن الغرض من تشريع البيع ليس البيع و الهبه و ان ترتب عليه ذلك و امثاله و اما الثاني فهو علاج للفساد بالافسد و حل المشكل بالاشكال لان التمييز بين المنافى لمقتضى الماهيه عن مقتضى النوع اى المطلق هو الباعث على التردد و التحير فى الفروع و لذا احاله المحقق الثاني الى نظر الفقيه متعذرا بانه غير مضبوط و لا محدود مع ان فيه شائبه الدور حيث يتوقف صحه الاشتراط ح على تأثير الشرط فافهم و تأمل و اما الثالث فهو جراه على مخالفه الاصحاب لأنهم باعترافه قدس سره لا يجوزون ما جوزوه و لا يقولون بما قال و كيف يمكن القول بصحه شرط المبيع و الهبه و ان ورد بها النص الصيحيح فى قبيل الجبل بل الكل الا بعض موجوزه احتمالا اعتمادا على بعض فتاوى العلامة كما ستعرف إن شاء الله تعالى و مما ذكرنا ظهر ما فى مقاله المحقق الثاني و احالته التمييز الى نظر الفقيه

لأنه ليس شيئاً حاسماً للإشكال بل اعتراف بعدم حسمه و أما الاخير المذى افاده قدس سره ففيه الأشكال المتقدم في الشرط المحرم للحلال و زياده و هي ان المشتري كما أنه مسلط على عتق المبيع فكك مسلط على عدمه و من اين استفيد ان السلطنه على العتق لا تتغير بالشرط لكونه لازماً لماهية العقد و مرتباً عليها سواء اشترط خلافه أم لا و اما سلطنته على عدمه فيتغير به لكونه من آثار العقد المجرد عن القيد فيجوز اشتراط خلافه و التحقيق ان يقال ان منافاه مقتضى العقد ليست من اسباب بطلان الشرط بالاستقلال كما تقدم الاشارة اليه بل من جهة كونه مخالفاً للكتاب لكل حكم من احكام العقد لا يجوز تفسيره بالشرط لذلك الا اذا ثبت الجواز بدليل فيستكشف ح عن كونه من احكام الاطلاق دون الماهية و مرجعه الى الضابط المعروف الذي اعترف به المحقق الثاني و غيره مع ارتفاع الاشتباه و الاشكال في الفروع و لا- يحتاج اصلته الى نظر الفقيه و لا الى النظر الى دليل ذلك الحكم في كونه دالاً على ثبوته له في نفسه او مط بل نحكم مطرداً بالبطلان عكس قول بعض مشايخنا الى ان يرد النص بالصحة فيكشف من عدم كونه لازماً للماهية و الى هذا ينظر ما نقلنا سابقاً عن المحقق و الشهيد الثانيين من تجويز شرط عدم اخراج الزوجه عن البلد كما هو المنصوص و تجويز شرط عدم الوطاء في نكاح

ص: ٦٣

المتعه بخلاف شرط عدم الاخراج عن المنزل او عدم التقييل و نحوه من مقدمات الجماع اقتصاراً على مورد النص فلنذكر موارد الاشكال و الاشتباه اولاً ثم نشير الى رفعه مستعينا بالله منها اشتراط عدم البيع و الهبه و المروى صحيحاً جوازه الا الميراث لأن كل شرط خالف الكتاب باطل لكن المشهور بطلانه بل عن كشف الرموز أنه لم يوجد عامراً بها و عن التذكرة الاشكال في البطلان و عن التافع أيضاً التامل في ذلك و عن إيضاح التافع ان الجواز غير بعيد و عن الرياض الميل الى الصيحه قلت مقتضى ما عرفت من القاعده قول الاكثر لأن مقتضى البيع سلطنه المشتري على التصرف في البيع بما شاء فالاشكال في وجه عدم العمل بهما مع ان مخالفتهما لمقتضى العقد ليس باوضح من مخالفه شرط عدم الوطاء في النكاح خصوصاً في الدائم المذى جوزه الكثير او الاكثر اعتماداً على النص فلو لم يكن اجماع كان المتجه الصيحه للنص لا القاعده كما يقتضيه من ما تقدم عن بعض مشايخنا و تظهر الثمره في اشتراط عدم العتق او الصدقه و نحوهما فعلى طريقتنا لا تجوز و على طريقتهم يجوز و قد صرح في المسالك بعدم جواز شرط عدم العتق مرسلأ له ارسال المسلمات مع عدم النص فليس هذا الا لما ذكرنا من ان كل ما يترتب على العقد شرعاً لا يجوز اشتراط ما ينافيه لكن يبقى اشكال من ان مقتضاه عدم جواز اشتراط سقوط خيار الحيوان و المجلس و نحو ذلك و لا عدم الانتفاع زماناً معيناً مع الاجماع على صحتهما قطعاً ان كان اجماع كما نقل فلا اشكال لعين ما ذكره بعد ذلك من ان كل ما صح اشتراطه فليس منافياً لمقتضى العقد اراد به ان من لم يذكر ضابطه ما ينافى كالمص فهو مستريح من النقض بما ذكر قال بعد النقض و عبارته المصنف لا تنافي ذلك لان كل ما صح اشتراطه فليس منافياً للكتاب قلت كما أنه ليس منافياً للكتاب ليس منافياً لمقتضى العقد أيضاً لأن دليل الصحة يكشف عن عدم كونه من لوازم الماهية بل من لوازم الإطلاق و هذا جيد الا أنه انما ينفع لو كان صحه الشرطين و نحوهما من موارد النقض عن نص كشرط عدم الوطاء و شرط الاخراج عن البلد في النكاح على المشهور و هو غير ظاهر بل الظاهر انطباق الصيحه فيهما على القاعده و بذلك يشكل ما ذكرنا و ما ذكروا من الضابطه او الضوابط اللهم الا ان يمنع عن صحه الثاني اذ لا بعد في بطلانه و اى فرق بين شرط عدم الهبه و شرط عدم الانتفاع زماناً فكيف يمكن دعوى الاجماع على صحته مع ذهاب الجبل او الكل على فساد شرط عدم الهبه اما الاول اعنى شرط سقوط الخيار فلما دل على سقوط الخيار بالاسقاط من الاجماع و النص على سقوطه بالتصرف معللاً- بأنه رضاء من ذى الخيار فلا اشكال كما

عرفت في نظائره و منها شرط المشتري عدم الخياره عليه لو باع ما اشتراه او اذا غصبه عاصب ضمنه البائع او اذا تلف كان عليه عزله فانها باطله بلا خلاف اجده لكن لا يعجبني ذكرها في الشرط المنافي لمقتضى العقد بل هي من اشتراط المخالفه للكتاب لتكون مشرعه لما ليس بمشروع و منها شرط عدم العتق و عدم الوطء في بيع الامه فانهما فاسدان بلا خلاف بين الكل او الجلل لمنافتهما لمقتضى العقد و اما شرط عدم الوطء في النكاح مط او في خصوص المقام ففيها خلاف فذهب المط و الشهيد الثاني و جماعه الصيحه مطلقا في الدائم و المنقطع و يظهر من بعض انه المشهور حيث قال ان ضعف ما دل عليه من الروايه منجبر بالشهره لكن الظاهر عدم الشهره كك بل هي في خصوص المنقطع لأن في المسأله اقوالا اربعة للنصوص الوارده و هذا أيضا

ص: ٦٤

يؤيد ما قلنا في المقام حيث جعلنا الاصل الفساد الى ان يثبت خلافه و الا فالوطى كما انه من مقتضيات البيع كك من مقتضيات النكاح بل هو الغرض الباعث فيه خصوصا الدائم المقصود منه الغسل و الأصح و فاقا للمحكي عن المبسوط و المختلف و الايضاح و جامع المقاصد و غيرها اختصاصها بالمنقطع لأن ما دل عليه من الروايتين ليس بظاهر الشمول الدائم لمكان بعض ما يوهن العموم في بعضها حيث عللت المرأه المشترطه بعدم الاقتضاض بخوف الفضيحه مضافا الى كون هذا الشرط اي شرط عدم الاقتضاض الذي هو ازاله البكاره خلاف ما هو المتعارف في الدائم فالمرجع هو الاصل الذي اصلناه من الفساد لمنافاته مقتضى العقد و تمام الكلام في محله و منها اشتراط عدم التقبيل و نحوه من مقدمات الوطء ففيه اشكال و خلاف من مراعاة القاعده لكونه مخالفا لمقتضى العقد و من اللاحق بالوطى و الأصح هو الاول لما عرفت و منها اشتراط عدم الاخراج عن البلد ففيه خلاف و الأصح الجواز للأخبار الوارده فيه و اعرض عن ظاهرها غير واحد منهم المحقق الثاني فحملوها على الاستحباب لكونه مخالفا لمقتضى العقد و الجواب ما عرفت و منها اشتراط الاخراج عن المنزل ففيه خلاف على القول بصحة شرط عدم الإخراج عن البلد فعن الشهيد الحاقه بالبلد و عن المحقق الثاني عدمه و من الشهيد الثاني التردد و الأصح عدم اللاحق و منها شرط كون الطلاق و الجماع بيد المرأه و الاخبار فيه مختلفه فيدل غير واحد من الاخبار منها روايه محمد بن قيس على نفوذ هذا الشرط و في غير واحد المنع معللا بأنه كيف يكون ذلك و قد قال الله تعالى الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ و في بعض الاخبار المانع على حصول الطلاق بمجرد لتسرى او التزويج و المجوز على سلطنتها على الطلاق عند التسرى و التزويج معترفا ببعده و هو كك لان التعليق على الفعلين انما هو في بعضها و ليس في اكثرها سوى شرط تسلط المرأه على الطلاق و الجماع و الأصح هو المنع عملا بالاصل كما مضى و يأتي إن شاء الله تعالى في اخر المسأله بعد تعارض الاخبار نعم لو شرط الوكاله في الطلاق لها اولا حتى صح الشرط و ان كان من شرط النتيجة لان الوكاله ليس لها عقد توقيفي شرعي و ثمره الشرط هنا عدم الانعزال و الظاهر عدم الخلاف في بطلان شرط الطلاق في النكاح بل عن المسالك انه يتفق عليه و المراد هو ما ذكرنا من شرط النتيجة او شرط سلطنه المرأه دون التوكيل بل الظاهر جواز شرط طلاق الزوج لعدم الفرق بينه و بين شرط العتق و منها شرط العتق فالمعروف الصّحه و كذا شرط الوقف على البائع و ولده فضلا عن غيرهما و عن التذكرة ان هذا شرط مخالف لمقتضى العقد و انما جاز لبناء العتق على التغليب و عنه أيضا في شرط العتق عن البائع انه يجوز عندنا خلافا للشافعي لأنه شرط لا ينافي الكتاب و السّينه و يشكل الجمع بين التعليق الا ان يكون الشرط المنافي لمقتضى العقد عنده غير راجع الى المنافي و أيضا دعواه عدم الخلاف في الصّحه ينافي ما عن ظاهر قواعد من الفساد كما عن الدروس و الروضه و كيف كان فشرط العتق من حيث هو ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا منافيا للكتاب فلا مانع عنه مضافا الى الاجماع الذي لا اشكال معه في الصّحه و لو كان منافيا لمقتضى العقد بناء على

ما عرفت غير مره من ان قيام الدليل على الصيحه دليل على عدم كونه من لوازم الماهيه بل من لوازم الاطلاق كيف و لو صح ما ذكره من المنافاه لمقتضى العقد كما عن جماعه أيضا صريحا او ظاهرا لا شكل

ص: ٦٥

شرط الوقف بل لا شكل شرط كل شىء فى البيع و هو كما ترى نعم يبقى الكلام فى صحه اشتراطه مطلقا او مقيدا بكونه عن المشتري نظرا الى انه لا عتق الا فى ملك و هو مسأله اخرى اجنبية عن المقام تحقيقها فى محلها و منها شرط عدم الخسران على احد الشريكين فى الحيوان و كون الزيح بينهما فعن الحلّى المنع لكونه منافيا لمقتضى العقد الشركه و عن الدروس الجواز للنص قال و لا نسلم ان تبعيه المال لازم لمطلق الشركه بل للشركه المطلقه قلت ان اراد ذلك مع قطع النظر عن النص فيه ما مر غير مره من ان الفرق بين لوازم العقود من دون نقص تحكم و ان اراده بعد النص فهو جيد لكن مقتضى ذلك الاقتصار على الشركه فى الحيوان لاختصاص النص به فما ذكر بعد ذلك من التعدى الى غير الجاربه من الحيوانات ليس فى محلّه و منها شرط ضمان العين المستاجرّه فى الاجاره الذى دخلناه فى هذه المسأله لأجله فقد عرفت الخلاف فيه كما عرفت ان الحق مع المشهور لأن الاجاره تقتضى عدم ضمان العين المستاجرّه فاشتراط الضمان منافى لمقتضى العقد فيخالف الكتاب و دعوى الجماعه كونه من لوازم مطلق الاجاره لا الاجاره المطلقه تحكم من اين ثبت لهم هذا و اى دليل دلّ عليه فى مقابل اطلاق ما دلّ على كونها امانه و التّقص بالجاربه بعد النص و الاجماع قياس مع الفارق لأن دليل صحه هذا الشرط هناك يكشف عن كون عدم الضمان لازما للجاربه المطلقه لا مطلق العاربه و مخصّص للعموم ما دلّ على كونه لازما لها مط كما عرفت فى نظائره و عليك بمراعاة ما قررنا فى ساير الفروع و جميعا يردّ عليك او ترد عليه من احكام العقود فان الاصل فى اشتراط خلافها الفساد لكونه شرطا منافيا لمقتضاه نظرا الى اطلاق دليل ذلك الحكم الى ان يقوم نصّ او اجماع على صحه فيخرجه ح عن مقتضيات الماهيه و يجعله من لوازم النوع و لو شككنا فى مقام فالاصل فى صور الشكّ او الخلاف الفساد هنا و فى الشرط المخالف للكتاب خلافا للأستاد العلامه رفع الله مقامه فقال فى الموضوعين باصالة الصيحه نظرا الى اصاله عدم المخالفه للشرع او لمقتضى العقد فيبقى عموم ادله وجوب الوفاء سليما عن العارض قال و مرجع هذا الاصل الى اصاله عدم مشروعيه الحكم المشترط خلافه على وجه لا يتغير بالشرط قال لكن هذا انما ينفع اذا لم يكن ظاهر دليل ذلك الحكم مشروعيه على وجه الاطلاق مثل قوله ع ولد الحرّ لا يكون رقا فانّ ظاهره العموم و الاطلاق لكن غالب ادله الاحكام لا تدلّ على الا ثبوتها للانشاء فى حدّ انفسها مع قطع النظر عن العناوين و العوارض الخارجيه انتهى ملخصا قلت اولا ان اصاله عدم مشروعيه الحكم المشروط على وجه لا يتغير بالشرط لا يثبت عدم مخالفه الشرط للشرع ألّا بحكم الفرض و الملازمه الفرضيه حيث ان منشأ التناد فى مخالفه الشرع هو الشكّ فى ثبوت الحكم المشروط شرعا على وجه لا يتغير بالشرط فاذا نفيناه بالاصل ثبت المدعى بالملازمه الفرضيه و هذا من الاصول المثبتة التى لا يقول بها قدس سرّه نعم لو تميّك باصالة عدم المانع لهذا الشرط كان وجه لأنه و ان كان اصلا مثبتا ضروره تعلق الفرض باتصاف هذا الشرط بعدم المانع و متفرعه على اصاله عدم المانع الارثى أيضا اصل ثبت كما هو ظاهر لعارف الخبير لكن الواسطه هنا خفيه و نظائره فى الفقه ثابتة بالاتفاق كثيرا و ثانيا أنه قد عرفت فيما سبق ان مجرد عدم لا يكفى بل لا بدّ من احراز الموافقه للكتاب و مشروعيه ذلك الشرط لأنّ ظاهر الاخبار التّشريع كما مرّ و اما الاصحاب و ان اقتصروا على

ص: ٦٦

ضابط الشرط الفاسد اعنى المخالف لكن ارادتهم ما ذكرنا من التنوع غير بعيد لأنهم كما ذكرنا ذلك ذكروا أيضا انه يعتبر ان يكون الشرط سائغا مقدورا والحاصل ان جعل مقتضى الاصل الصيحه يتوقف على عدم التنوع وقد ذكرنا سابقا بعض ما هو ظاهر فيه فان تم و الا كان قضيه الاصل الفساد ولم اجد فى كلمات القوم تعرضا لذلك فالمسأله لا تخلو عن اشكال والله العالم اللهم الا ان تمسك بعموم المؤمنون عند شروطهم لان الشبهه و ان كانت مصداقيه خارجه عن مورد التمسك بالعمومات لكن منشأ الاشتباه هنا لا يرتفع الا من قبل الشارع و كل شبهه تكون كك ينهض برفعها العموم و ان كانت مصداقيه كما تقرّر فى محلّه

المقام الثالث فى ان الشرط الفاسد فى العقد هل يوجب فساده أم لا

قولان فعن الشيخ و ابن فهد و ابن البراج و ابن سعيد و الحلبي عدم الافساد و عن الفاضل و ولده و جلّ من تاخر مثل الشهيدين و المحقق الثاني و العليين و ابى العباس و الأردبيلي و صاحب المدارك و صاحب الكفايه الافساد و عن ابى المكارم التفضيل بين المنافى لمقتضى العقد او السنه و بين الشرط الغير المقذور بعدم الافساد فى الاولين و الافساد فى الثالث مدعىا للإجماع فى الموضوعين و عن ابن المتوج التفضيل بين الشرط العقلاني فلا يفسد و غيره يفسد و اعلم ان فساد الشرط له اسباب كثيره قد يكون سبب الفساد سببا للإفساد أيضا باعتبار كونه سببا لقوات شرط من شروط صحه العقد او مانعا للعقد من التأثير و المقصود بالبحث هنا فساد العقد بمجرد فساد الشرط بان يكون سببا مستقلا بفساده لا ان يكون مجامعا لأمر يقتضى الفساد و لأجل ذلك يمكن ارجاع اقوال المفصلين الى احد الاطلاقين فلنذكر المختار فى نفس المسأله اولا ثم نتنبه على مورد اجتماع جهتى الفساد مما لا فساد بسبب فقدان شرط او وجود مانع فهى كثيره بين واضح و اوضح و مشكل اما المختار فهو القول الاول و يدلّ عليه بعد العمومات و اجماع الغنيه بناء على خروج الشرط الغير المقذور عن محل النزاع و دخوله فى المواضع المشار اليها كما يأتى بيانه إن شاء الله غير واحد من الاخبار منها النبوى المذكور فى اول المسأله المروى عن طرق العامه و الخاصه صحيحا فى قضيه بريده دلّ على صحه البيع و صحه عتق عائشه المتفرّج على صحته مع اشتماله على شرط الولاء لغير المعتق الباديه؟؟؟؟ و بالإجماع لمخالفه الكتاب و منها روايه عبد الملك بن عتبه سال عن الرضاع عن الرجل اتباع منه طعاما او متاعا على انه ليس منه على وضعه هل يستقيم ذلك و ما حد ذلك قال لا ينبغى بناء على ظهور لا ينبغى فى الكراهه يعنى كراهه هذه المعامله دون الفساد و هو قرينه على كون اشتراط عدم الوضعيه فى ضمن العقد دون خارجه و الا كان مواعده يستحبّ الوفاء بها و فى خارج العقد لا تقتضى كراهه المعامله الا على القول بانّ التبانى على الشرط ملزم مط و لو لم يذكر فى العقد لكنّه غير قاذح فى الاستدلال أيضا بعدم القول بالفصل فى الشروط المعتره شرعا بين اقسامه فان افسد افسد مط و لو لم يذكر فى العقد و الا فلا و فيه تأمل الا ان يتمسك بالاطلاق الكافى فى المقام لكن ظهور الكلام فى كون الشرط المذكور فى ضمن العقد غير محتاج الى ظهور ينبغى ضروره كونه موافقا للجمود على ما يقتضيه ترك الكلام من حيث تعلق الجار بالابتياح فيكون اصل الابتياح واقعا على الشرط المذكور و المراد شرط عدم الوضعيه كما هو الظاهر شرط عدم الخساره لو باع المبتاع ثانيا و الاولى حمل لا ينبغى على الارشاد دون الكراهه اذ لا معنى لكراهه العقد بعد

فساد العقد بعد الى فساد الشرط و كونه لغوا فالمراد انه لا ينبغي ارتكاب هذا الشرط الباطل الذى لا يفيد او ارتكاب العقد المشتمل عليه و على الاول لا يدل على صحة العقد و على الثانى يدل فافهم و منها مرسله جميل و مصححه الحلبي عن احدهما ع فى الرجل يشترى الجاريه و يشترط لأهلها ان لا- يبيع و لا يوهب و لا يورث قال بقى بذلك اذا اشترط لهم الآ الميراث وجه الدلاله ان الأمر بالوفاء بالاولين دون الثالث بمقتضى التفصيل القاطع للشركه يدل بالالتزام على عدم فساد البيع المشروط فيه هذه الامور الآ ان الاستدلال بها يتوقف على صحه الشرطين و هو باطل بلا خلاف معتد به كما مرّ و اجاب عنه الاستاد العلامه رفع الله مقامه بان الامر بالوفاء ح يكون للاستيجاب و هو يدل أيضا بالالتزام على صحه البيع اذ مع الفساد لا معنى للوفاء اصلا لا وجوبا و لا استحبابا و اما استثناء الارث فلانه امر قهري لا معنى للوفاء به استحبابا مع ان تحقق الاجماع على بطلان الشرطين ممنوع كما لا يخفى قلت و فيه نظر يعرف فى مصححه الاخرى عن الصادق ع عن الشرط فى الاماء لاتباع و لا توهب قال و يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر دل على بقاء البيع و عدم فسادة بفساد اشتراط عدم الارث فى العقد بل يستفاد منه قاعده كليّه فى جميع الشروط الفاسده نظرا الى التعليل المطرد و ظهوره فى كون الأطراد على نسق واحد من حيث عدم اقتضاءها فساد العقد و ان فسدت بمخالفه الكتاب لكن يرد عليها ما مرّ فى الصّحيحه السابقه من مخالفه مضمونها لعمل الاصحاب كلّما او جلا- و ان لم يبلغ حدّ الاجماع فانها كافيه فى سقوطها من صلاحية الاستدلال و امّا الحمل على الاستحباب كما قال الاستاد قدّس سرّه بعيد عن قول الرّاوى فى السابقه يفي بذلك اذا اشترط لهم و قوله ع فى هذه يجوز ذلك لان صريح الاول لزوم و صريح الثانى الجواز الوضعى اعنى صحه الشرط و يبعده أيضا قوله ع و كل شرط خالف الكتاب فهو ردّ لانه بظاهره عله للمستثنى و المستثنى منه معا و ارجاعه الى الاول خاصه تحكم محض بل منطوقه عله للمستثنى و مفهومه للمستثنى منه و أيضا سؤال الراوى أنّما هو عن صحه هذه الشروط و لا معنى للجواب باستحباب الوفاء من دون القرض لما هو المقصود اعنى الصّحيحه فالاولى الاستناد الى ما عداها من الأدلّه و بها كفايه خصوصا النبوى المستفيض و يؤيده ما ورد فى النكاح من الاخبار الصّريحه فى فساد الشرط و صحه النكاح منها مصححه محمّد بن قيس فى اشتراط المرأه ان يكون بيدها الجماع و الطلاق و منها مصححه الاخرى فى اشتراط الاجل للمهر فابطل ع فيهما الشرط و اجاز النكاح و منها غير ذلك ممّا هو مذکور فى بابه و يمكن جعلها ادلّه بناء على اطلاق كلمات الطرفين و ان صرحوا فى النكاح بعدم الفساد على فساد الشرط فى الجملة كالمص حيث تردّد فى المسأله مع تصريحه فى النكاح بعدم الفساد و على عدم الفرق بينه و بين ساير العقود فيما هو مستند للفساد عند المانعين كما ستعرف و لأجل ما ذكرنا قال السيد فى محكى المدارك بعد ايراد الروايتين بان محمّد بن قيس ان جاز الاعتماد على روايته اقتصرنا على الفساد فى الموضوعين و تجرى فى غيرها هذه القاعده اعنى الفساد فلم نجد فرقا بين النكاح و غيره فى الصّحه و الفساد و فى كثير من الشروط الفاسد فى عقد النكاح بنوا أيضا الصّحه و الفساد على المسأله

ص: ٦٨

و كل ذلك يشهد على عدم الفرق بينه و غيره فاذا ثبت بالنص و الاجماع فى الجملة عدم الافساد فيه ثبت فى غيره اما بالاجماع المركب او باتحاد طريق المسألتين و قد يؤيد أيضا بما هو المتفق عليه فى النكاح من عدم فسادة بفساد المهر نظرا الى عدم اعتباره فى ماهيته لان ارتباط المهر بالنكاح ليس باقلّ من ارتباط الشروط بالعقود و قد يستدل أيضا بلزوم الدور لو كان صحه العقد متوقفه على صحه الشرط ضروره توقّف لزوم الشرط و صحته على صحه العقد و اجاب عنه فى محكى المهذب بان تسويغ الشرط ليس شرطا فى الحقيقه لصحّه البيع حتّى يلزم الدور بل هو من صفات البيع فما كان منها سائعا داخلا تحت القدره لزم

باشتراطه فى العقد كما لو شرط صفه كمال فى المبيع و ان لم يكن سائغا بطل العقد لا من حيث فوات شرطه بل من حيث عدم وقوع الرضا عليه و شروط الصّحه أنّما هى الامور المذكوره فى اوائل الكتاب كمال المتعاقدين و نحو ذلك و عن فخر الدّين ان كون هذه شروطا مجاز لأنها تابعه للعقد و العقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطا له و الا دار قلت و الاولى ان يجاب بانّ المراد بصّحه الشّروط فى المقام أنّما لزومه و وجوب الوفاء به و أنّما عدم مخالفته للكتاب او لمقتضى العقد او نحو ذلك من الامور الّتى توجب فساد الشّروط فان اريد الاوّل لتوقّفها على صحه العقد لكونها سببيه عنه و معلوله له لكن توقفا لعقد عليه ممنوع و ان اريد الثّانى انعكس الامر لأنّ صحه العقد و ان توقفت عليها الا أنّها ليست موقوفه على العقد كما لا يخفى هذا و استدلال عن القول الثّانى بوجوه احدها ان التّراضى أنّما وقع على العقد مع الشّروط فمع انتفائه ينفى فلا يكون تجاره عن تراص استدلال به كلّ القائلين بالبطالان او الجل و اجيب عنه نقضا و حلا و أنّما النقض بصوره تخلف الوصف المذكور فى نفس العقد مثل بعثك هذا العبد الكاتب او على أنّه كاتب و صورته تبعض الصّيه فقه فانّ الفاقد ليس محلا للتّراضى و ما كان محلا فهو مفقود و يمكن النقض أيضا بالشّروط الفاسد فى ضمن النكاح و كذا بالمهر الفاسد لوضوح عدم رضاء المرأه الا بذاك المهر الفاسد او بذاك الشّروط الفاسد فكيف يبقى اثر العقد مع عدم الشّروط و عدم المهر مع أنّ بقاء الجنس بلا- فصل مستحيل فما هو الحل و الجواب فى هذه المواضع فهو الجواب فيما نحن فيه و أنّما حلا فلانّ ارتباط الشّروط بالعقد على وجه يكون ممنوعا و محوجا الى تراص جديد فى الفاقد ممنوع فلم لا- يكون من قبيل ارتباط الصّيه بالموصوف توضيحه انّ مدخلية القيود فى موضوع الحكم كالمبيع مثلا قد يكون مثل مدخلية الشىء فى الشىء فيعدم بانعدامه كمدخلية الفعل فى النوع فلو باع عبدا فظهر حمارا لم يبق محلّ لنفوذ العقد اصلا لانّ الواقع عليه العقد لم يكن مقصودا او قد يكون مثل مدخلية الجزء الغير الركنى كمدخلية ماء الفرات فى الغسل المأمور به اذا امر بالغسل بمائه و مدخلية صفه الصّيه فى المبيع و مثلها الكتابه و ساير الاوصاف المذكوره فى العقد و منه مقارنة بمثله كانضمام احد الجزئين بالآخر فان كان القيد الماخوذ فى العقد من قبيل الاوّل بطل لبطلانه بعدم التّراضى و ان كان من قبيل الثّانى فلا هذا و يشكل ذلك بانّ كون الشىء جزءا غير ركنى او بمنزله امر غير معقول بعد كونه من مقدّمات التّأثير و شرائطه لا- شرائط الكمال و ما ورد فى الشّرع من القسمين فى الخبر خارج عن ذلك لانّ الرّكن هناك اسم لما هو معتبر فى الكلّ مط و غير الرّكن اسم لما هو جزء فى

ص: ٦٩

حال دون حال كحال العمد و الاختيار و اين هذا من انقسام اجزاء المركّب الكلى او الجزئى الى ركن و غيره و أنّما يتصوّر اختلاف اجزاء المركّب زياده و نقصانا وجودا و عدما باختلاف الكلى و الفرد فيمكن ان يكون اجزاء الفرد ازيد من اجزاء الكلى و اما فى نفس المركّب بالواحد الشخصى او الجنسى فلا يتصوّر اختلاف ما هو معتبر فى ماهيته من الاجزاء اعتبارا فى الوجود و العدم و أيضا اختلاف اجزاء المركّب فى الركنيه و عدمها الّذى منشأه قله احتياج المركّب و كثرته اليه أنّما هو فى المركبات الخارجيه دون المركبات الذّهنيه الّتى هى فى الخارج بسيط محض فأنّما تصير ذا اجزاء بعد التحليل و ملاحظه القيودات و اشتمال العقد على الشّروط و نحوه من الخصوصيات أنّما يؤثّر فى شخصه الخارجى لا فى تركيبه الخارجى فالمشروط اخصّ من غيره لا- انه اكثر اجزاء منه و لذا لا- يجرى قاعده الميسور فى الشّروط عند جماعه من المحققين و الاولى ان يقال فى الحلّ انّ المطلوب من العقود فى العرف قد يكون متّحدا و قد يكون متعدّدا و فوات القيد مع تعدد المطلوب سوى الكفايه و مع وحدته فاض بالفساد و تشريع الخيار مبنى على مراعاة تعدّد المطلوب عرفا تحقيقا او تقديرا معلوما او محتملا و الشخص ذلك هو

العرف و هذا باب مطرد في العبادات و المعاملات و الاوقاف و الوصايا و التذرع و ليس شيئا جديدا غير مانوس فالخطب في اثبات كون مدخله الشروط في العقود من قبيل الجزء و الركن دون غيره و الذي يستفاد بهم في غير المقام الاتفاق على انه عن القسم الثاني فقد اتفقوا على ان الشرط الخارج عن غرض العقلاء في العقد فاسد و لكن لا- يوجب فساد و لا فساد المرتبط بالعقد و الشرط معا فلو كان الشرط بمنزله الركن للمشروط لم يتعلّق صحه العقد في المواضع المذكوره لان زوال الجنس بزوال الفصل عقلي لا- يقبل التخصيص و العجب ممن قال ان الاصل في جميعها يعتبر في العقد من القيود بطلان العقد بانتفائه خرج المواضع المذكوره بدليل و بقي الباقي و قد اعترف المحقّق الثاني في محكي جامع المقاصد بان في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا و ثانيها ما عن المبسوط من ان الشرط قسطا من العوض مجهولا فاذا سقط بفساده صار العوض مجهولا و اجيب عنه اولا بالنقض بالشرط الفاسد في النكاح لأن مقتضى التقييد بطلان المهر المسمّى و الرجوع الى مهر المثل و ثانيا بمنع وقوع شىء من الثمن في مقابل الشرط لأنه كالوصف في دخله في زياده الثمن من غير ان يقع شىء في مقابله كما يقع في مقابل الجزء و لذا لم يكن مع فقد الشرط السّائغ سوى الخيار بعد الاخبار او قبله على الخلاف و ثالثا بمنع صيروره العوض مجهولا- و لو قلنا بالتقييد بل هو مثل الصّحّه في كون الفارق المتعارف بين الواجد و الفاقد مضبوطا و لذا حكم العلامة فيما حكى عنه بوجود الارش لو لم يتحقّق العتق المشروط في بيع العبد و لزوم قيمه الثوب في الصّحّه المشروط في بيع الثوب و كذا عن الصّحّه في شرط التدبير و رابعا بمنع كون الجهاله الطّاريه على العوض قاده و أنّما القادح الجهل به عند إنشاء العقد فلو كان ثمن مجموع المبيع معلوما كفى و لو لم يعلم قيمته الاباض بعد التبويض و لذا حكموا بصّحه مع الزكوى بدون الالتزام بالبدل مع جهاله ما يقابل حقّ المالك بعد اخراج حقّ الفقراء قلت و يمكن المناقشه في الأوّل بان الشرط في النكاح لغه غير مربوط بالمهر لاجتماعه مع ذكر المهر و عدمه ففساده لأجل جهاله في المهر نعم لو كان الشرط في نفس المهر كان اشترط تسليمه الى وقت مجهول لكن القول ببطلان المهر أيضا و يرجع الى المسمّى مع انّ المهر اوسع في اعتبار العلم من العوض في البيع و الاجاره و في

ص: ٧٠

الثاني و الثالث بان كلا منهما يدفع الاخر للتناهي حيث انّ مقتضى الثالث التقييد و وقوع شىء من الثمن في مقابل الشرط و مقتضى الأوّل عدم المقابله مع انّ الجهاله الآتله الى العلم بعد التقييد ليس بغرض من الاستدلال بل هو مثل الابهام و نحوه من الجهاله الباقيه كما في بيع الزكوى و في الزايع بان الطّاهر ان فيه منعا عند بعض و الاولى ان يجاب بان الدليل اخصّ من المدعى لأنّ الشرط الفاسد قد لا يكون مشمولا و لا سبب الزياده المال او نقصانه فان شرط عدم الهبه الطّاهر انه ككك اذ لا تفاوت بين قيمه المال الغير الممنوع عن هبته و الممنوع عنه و كك الشرط السّائغ و مع تفاوت قيمه قد يكون ما بازائه معلوما مضبوطا كما اذا اشترط لباس العبد في بيعه او خياطه الثوب او نحو ذلك مما نعلم ما بازائه من الثمن الموجب لمعلوميه مقابل نفس العبد و الثوب فمجرّدا سقوط الشرط شرعا او حسا لا يستلزم جهالته في العوض و اذا لم يكن مالا و كان له دخل في مقدار ماليه المبيع يلاحظ ما به تفاوت القيمتين و يؤخذ بتلك التّسببه من الثمن كما عن العلامة في العتق للشروط المتعدّ و يرتفع الجهاله بذلك عن مقدار الثمن الذي يقع بازاء نفس المبيع أيضا كما عرفت في الجواب الثالث و لو فرض موضع لا يرتفع فيه الجهاله نلتزمه هذا بفساد العقد للجهاله لا لفساد الشرط و يمكن تقرير الجواب الثاني و الثالث على سبيل منع الجمع و الخلوّ فيقال انّ الشرط اما مثل الوصف في عدم وقوع شىء من الثمن في مقابله و اما مثل الجزء في المقابله و على التقديرين لا جهاله في العوض اما على

الأول فواضح و أمّا على الثاني فلوجوب تقسيط الثمن على الشرط و المشروط على نحو ما هو المقرّر في خيار القبض و خيار العيب ثم نقول أيضا أنّه منقوض بالشرط السائغ المتعدّد اذ لا فرق في المقام بين الفاسد و الصّحيح و لا بين الامتناع الشرعى و العقلى الا ان يقال الامتناع العارض لا عبره به بعد ان كان حال العقد ممكنا و لو فرض انكشاف التعدّر في حاله أيضا فهذا داخل في الشرط الفاسد و يأتي الكلام فيه إن شاء الله و فيه ان الجهالة لو كانت لازمه لسقوط الشرط لم يتفاوت بين الامتناع الازلى و العرضى نعم لو قلنا بكفايه العلم بالمجموع أتجه الفرق بينهما و لعلّه اعتراف بعدم قرح هذه الجهالة الطّارئة كما عرفت و ثالثها روايه عبد الملك عن الرّضاع و قد تقدّم في ادلّه القول الأوّل بناء على دلالة لا ينبغي على المنع دون الكراهه و فيه ما لا يخفى كما مرّ و رابعها روايه حسن بن منذر قال قلت لأبي عبد الله ع الرّجل يبيع منى المعيشه و اشترى المتاع من اجله ثم ابيعه اياه ثم اشترى منه مكانى فقال هو اذن كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبيع و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريته و ان شئت لم يشتر فلا باس فقلت ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون أنّه ان جاء بعد اشهر صحّ قال أنّما هذا تقديم و تاخير فلا باس و وجه الدلالة كما عن الحدائق أنّ عدم الخيار في البيع الثاني ايجابا او قبولا لا يتصوّر الا باشتراط البيع او الشراء في البيع الاول فيكون معنى الحديث أنّه مع اشتراط البيع الثاني في البيع الاول يبطل البيع الثاني لأنّه المتبادر من الباس خصوصا بعد ملاحظه ما نقله الراوى عن أهل المسجد من الفساد مط و لا وجه لفساد البيع الثاني الا فساد البيع الاول و مثلها بل اوضح منها دلالة روايه على بن جعفر عن اخيه ع قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم الى الجبل ثم اشترى بخمسه نقدا ا يحلّ قال ع اذا لم يشترط و رضيا فلا باس و الجواب كما في كتاب الاستاد قدّس سرّه اولا بانّ

ص: ٧١

الالتزام بالشراء بعد البيع اعمّ من ان يكون في ضمن العقد الاول او في خارجه فان التواطى و التّباني على الشراء لا يتفاوت في التزام العرف به بين كونه على طريقه الاشتراط في ضمن العقد كما هو محلّ الكلام او في خارجه و ح يكون وجه فساد الشراء عدم كونه عن رضا و طيب لا فساد العقد الاول و ثانيا بان هذا الشرط اعنى شرط البيع من البائع في ضمن المبيع خارج عن محلّ الكلام لأنّ افساده العقد كما هو المتبادر اما للدور المحال عن العلامه او لعدم القصد كما عن الشهيد او للنص كما عن صاحب الحدائق قلت و يأتي في التنبية الثاني من تنبيهات المسأله مناقشات اخر أيضا في دلالة التّوايتين على فساد هذا الشرط منها ان الباس اعمّ من الفساد و ظهوره بملاحظه فتوى اهل المسجد و سؤال الرّاوى عن الحلّ و الحرام في الفساد ضعيف لا يمكن التّعويل عليه في مقابل صراحة الاخبار الماضيه الصّريحه في عدم الافساد و لو سلم التكافؤ فالمرجع العمومات مع ان اسانيدھا غير واضحه فان كانت قضيه قابله للاعتماد فهو و الاحتاج الى جابر المنقود و ان كثر العامل بها من المتأخرين لأنّ عملهم غير مستند اليها بل الى الوجهين الاولين و على فرض الاستناد فهي معارض بعمل جل القدماء بالاخبار المتعارضه المعترضه و عدم العمل بها فلا جبران بعد المعارضه خصوصا و فى جبر السند هو عمل القدماء و لا يقدر فى ما ذكرنا شهره فساد شرط البيع من البائع لان الجبران بالشهره يقدر بقدرها ففى استنباط القاعده منها لو سلم يحتاج الى جابر اخر و الحاصل ان الخروج بهذين الخبرين الغير المعبرين عند العلماء عما يقتضيه المستفيضه الموافقه للعمومات مشكل و ممنوع فالأصحّ هو عدم الافساد و الله العالم

بقي التنبية على امور

و قد صرح به المصنف في النكاح مع تردده في البيع بل حكى بعض الاتفاق عليهم لكنهم خالفوا ذلك في مواضع

منها شرط الخيار في النكاح

فالمشهور فيه فساد العقد

و منها شرط عدم النكاح او الطلاق

بعد التحليل في نكاح المطلقه ثلثا فالمشهور فيهما أيضا فساد العقد كما في الحدائق

و منها شرط عدم الوطاء او عدم الافتراض

نفى فساد العقد فيه خلاف أيضا و المشهور فيما لو شرط بطلان العقد لو لم يسلم المهر في وقت كذا صحه العقد و هذه الشهرة مع الشهرة المحكية في الحدائق على فساد العقد في شرط الطلاق او عدم النكاح متنافيان كما ان الشهرة او الإجماع على عدم فساد النكاح بفساد الشرط مع الشهرة او الاجماع على فساد في شرط الخيار او شرط عدم النكاح او الخلاف في شرط عدم الوطاء أيضا لا يجتمعان

و المذى صرح به بعض و يساعده ظهور كلماتهم ان الشرط المذى لا يوجب فساد النكاح ما كان مخالفا للكتاب و اما ما كان منافيا لمقتضى العقد كشرط عدم الوطاء و ما اشبه ذلك فهو مبني على مسأله فساد العقد بفساد الشرط و يشهد له ان الشهيد في المسالك بنى فساد النكاح و صحته في بعض الشروط على هذه المسأله مع انه ممن ادعى في خصوص شرط عدم التزويج و عدم التسري اتفاقهم على عدم فساد النكاح بفساد الشرط معترفا بعدم الفرق بينه و بين غيره من العقود بحسب القاعده و فيه ان مقتضى ذلك الخلاف في الصيحه في شرط الخيار او شرط عدم النكاح او الطلاق أيضا مع ان الظاهر عدم الخلاف المعتد به فيها و وجه بعض مشايخنا فساد النكاح في شرط الخيار بأنه مانع من قصد النكاح و اورد على من عله بان هذا الشرط

فاسد فينتفى بانتفائه الرضا المعتبر في صحه العقد بأنه جار في جميع الشروط الفاسده و فيه منع واضح ضروره عدم كونه منافيا للعقد كما لا يخفى و الا لانتفى القصد في كل شرط منافى لمقتضى العقد حتى سئل عدم الوطاء خصوصا في الدائم على ان في الجمع بين كلماتهم بما ذكر من التفصيل اشكالا لأن خروج الشرط المنافى لمقتضى العقد بعد قيام الدليل على عدم فساد النكاح

بفساد الشرط يحتاج الى دليل الا ان يقال باختصاص دليل الصيحه بمخالفه الكتاب فيبقى منافي مقتضى العقد تحت القاعده و يعرف حكمه منها صحه و فسادا على القولين و الحاصل ان في النكاح اشكاله احدهما اعظم من الاخر الاول ان ظاهرهم الاتفاق على عدم فساد بفساد الشرط على انهم بنوا الافساد و؟؟؟؟ في كثير من الشروط الفاسده فيه على القولين في الشرط الفاسد و الثاني و هو الاعظم سؤال الفرق بين شرط عدم الخيار و شرط عدم النكاح و الطلاق و بين شرط عدم الوطاء او عدم الاخراج من البلد و نحوها من الشروط التي اختلفوا في جوازها في النكاح حيث يحكمون في الاولى بفساد العقد و يبنون فساده في الثانيه بناء على عدم الجواز على القول ببطلان العقد بفساد الشرط فلا بد من المراجعه الى ناب النكاح و طلب الفرق و حل الاشكاليين لا في ما اقصيت النظر في المقام و انما نهبت عليها حسبما اقتضاه بادي النظر

الثاني في الاشاره الى بعض ما يقتضى فساد العقد من الشروط الفاسده

لخصوصيته فيه او لا يقتضى فساد كك فمن الاول ما اذا كان الشرط مجهولا بناء على ما هو المشهور المنصور من اعتبار التخيير و عدم الجهاله في الشروط فان جهالتها توجب جهاله احد العوضين و منها شرط البيع من البائع و لا اشكال في كونه مفسدا للبيع المشروط فيه بناء على فساد هذا الشرط كما عن المشهور لان فساد مستند الى ما يقتضى فساد اصل البيع و هو وجوه الاول لزوم الدور ذكره في محكي التذكرة لان بيعه له ثانيا يتوقف على ملكيه له المتوقفه على بيعه قال اما لو شرط البيع على غير البائع صح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السينه لا يقال ما التزمه من الدورات هنا لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل او عقد الفضولي بخلاف لو شرط البيع على البائع انتهى و اجاب عنه الشهيد في محكي غايه المراد و تبعه غيره اولا بالنقض باشتراط البيع على غير البائع و ثانيا بالحل بمنع توقف ملكيه المشتري على البيع الثاني لان التوقف عله لزومها لا نفسها و اجيب أيضا بعدم جريانه في بعض صور المسأله و هو ما اذا كان البيع الاول مؤجلا و اشترط بيعه من البائع بعد الاجل فان تلك المشتري يتخلل بين البيعين و اجاب شيخنا الأستاذ قده عن الأ-جوبه الثلاثه بان مراد العلامة انه لا بد من ان يكون الشرط امرا معقولا- قبل العقد المشروط فيه و البيع من البائع ليس معقولا مع عدم البيع الاول سواء كان مؤجلا او حالا و اما البيع على غير البائع فهو امر معقول و كاله او فضوله ثم قال نعم يرد عليه النقض بشرط الزهن على الثمن و بشرط ضمانه و ضمان دركه لأنها أيضا غير معقوله مع عدم البيع كما اعترف به قدس سره حيث استدلل به للشافعيه القائلين بعدم جواز شرط الزهن على الثمن مع انه قدس سره جواز هذا الا-شترط ثم قال الا ان يقال ان اخذ الزهن على الثمن او اخذ الضامن من توابع البيع و مصالحه نظير اشتراط نقد الثمن او عدم تاخيره عن شهر مثلا فيجوز اشتراطها لكن ينتقض ح

ص: ٧٣

بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشتراط وقف المبيع على البائع و ولده انتهى كلامه اعلى الله مقامه قلت اشتراط كون الشرط معقولا- قبل العقد لا- محصل له الا اشتراط كونه مقدورا كك و الا فكل شىء معقول و لو كان ممتعا و لا دليل على اعتبار القدره في الشرط كك بل المسلم منه ما كان ممتعا مط حتى بعد العقد فالجوابان الاولان متجهان الثاني ما استدلل به الشهيد في محكي غايه المراد بعد رد الدور بما عرفت من منافات هذا الشرط لعقد المبيع و اجاب عنه المحقق و الشهيد الثانيان فيما حكي عنهما بان الغرض حصول القصد الى النقل و الا لم يصح اذا قصد ذلك و لم يشترطه مع الاتفاق على الصيحه و الثالث روايه ابن منذر و روايه علي بن جعفر المتقدمين في ادله القول بفساد العقد مع فساد الشرط و اجيب عنهما بوجوه احدها ان الباس ليس

صريحا ولا-ظاهرا في البطلان و ضعفه ظاهر كما مرّ و ثانيها أنّهما متضمّنتان لما لا يقول به احد و هو عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع ورد بان كل من قال بعدم اشتراط البائع المبيع على المشتري قال بعدم اشتراط المشتري ذلك على البائع أيضا بل الشّهد في غايه المراد عنوان المسأله باشتراط الاشتراء و ثالثها ان المستفاد من المفهوم اعنى الباس المنفى فى المنطوق الحرمة دون الفساد فالمراد ان شرط البيع الثّانى فى البيع الأوّل حرام و هو لا ينافى صحّته و لا صحّحه المبيع الأوّل و اجيب بانّ المراد بالبّاس ما يرجع الى الوضع و ليس هو الّا الفساد قلت الباس المنفى أنّما هو فى نفس البيع الثّانى كما هو صريح الرّوايه و لا وجه لحرمة البيع الثّانى لان الشّروط و لو كان محرما فالمبيع لا يكون حراما لو لم يكن فاسدا كما هو مقصود المجيب مع أنّ النّهى عن المعامله بنفسها او بشرطها يقتضى الفساد كما تقرّر فى الاصول رابعها ما اختاره الاستاد قدّس سره بعد نقل الاجوبه المذكوره و جوابها ما محصله أنّ فساد البيع الثّانى يحتمل ان يكون لعدم طيب النّفس بل هو الظّاهر من قوله ان كان هو بالخيار و كنت انت بالخيار لا لأجل فساد هذا الشّروط اذ على تقدير صحّته أيضا يبطل البيع الثّانى اذا فقد طيب النفس و الرّضا و استشهد على ذلك بانّ سياق الرّوايتين فى بيان حكم البيع الثّانى بعد الفراغ عن صحّحه البيع الأوّل لأنّ خلاف اهل المسجد أنّما كان فى صحّحه البيع الثّانى دون الأوّل قلت عدم طيب النفس لا يوجب فساد العقد اذا لم يكن فى ضمن الاكراه و هو خارج عن مفروض الرّوايتين سؤالا و جوابا نعم قد يقال عدم الطيب لعدم القصد و هذا أيضا غير مراد كما عرفت فى الجواب عن استدلال الشّهد نعم يمكن ان يقال بعد تسليم دلالة الباس على الفساد بنفسه او بقرينه فتوى اهل المسجد بالفساد ان سبب فساد البيع الثّانى غير معلوم و لا مظنون و دعوى أنّه من جهة فساد البيع الأوّل غير واضح خصوصا بعد ملاحظه فهم الراوى منافاه حكمه ع لحكم اهل المسجد فإنّهم حكموا على ما نقله الرّاوى بفساد البيع الثّانى لو وقع بعد البيع الأوّل بلا فصل و بصحّته لو وقع بفاصله شهر و من الواضح أنّ وجه الفساد على مذهبهم لا بدّ ان يكون نحو آخر غير فساد البيع الأوّل اذ لا يتفاوت الحال مع فساد بين التّاجيل فى البيع الثّانى او التّعجيل و الامام ع أنّما خالفهم فى البيع الثّانى دون البيع الأوّل فصّحه البيع الأوّل كأنّها كانت مفروغا عنها كما افاده الاستاد قدّس سرّه و لهذا ان يتعيّن ان يكون وجه الفساد غير فساد الشّروط اذ لو كان هو الوجه انخرق ما ظاهرهم التّسالم عليه و بطل تقرير الامام ع

ص: ٧٤

لرّاوى من صحّحه البيع الاول اذ لا تلازم بين فساد البيع الثّانى حال الاشتراط و بين كونه شرطا فاسد الجواز ان يكون سبب الفساد فى هذه الحاله شيئا اخر غير فساد الشّروط و دعوى الظّهور فى ذلك ممنوعه و ان كان فيه اشعار و أيضا لو كان البيع الأوّل فى صوره الاشتراط فاسدا فينبغى التّصريح به دون التّنبيه عليه بدلاله التّزاميه قضيه لا يعرفها الّا اهل النّظر الدقيق فدّلّ من باب لوازم الخطاب على صحّحه البيع الثّانى هذا و يمكن ان يقال أنّ فساد البيع الثّانى سبب عن نفس الشّروط لا عن كونه شيئا فاسدا لا يؤثّر فيه الشّروط فالمراد ان البيع من دون شرط صحيح و مع الشّروط حرام او فاسد نظير شرط زياده فى القرض فإنّها مع الشّروط حرام و بدونه مستحبّ فالحكم يكون من التّعبديّات لا ربط له بفساد الشّروط المبحوث عنه و لا لفساد العقد بسببه على تقدير ظهورهما فى فساد البيع الثّانى مطابقه و فساد البيع الأوّل التّزاما يبقى الخطب فى صحّحه الاعتماد عليهما مع عدم استناد القائلين بالفساد و الافساد اليهما فالمسأله من هذه الجهه من الغوامض و اللّه الهادى و منها الشرط المخالف لمقتضى العقد المانع عن قصد مدلوله و هذا لا اشكال فى كونه مفسدا الا ان الكلام فى تحقّقه و اوضح ما يمثل له البيع بشرط ان لا يملك و فيه نظر لأنّه ليس باشدد منافاه لعقد البيع من البيع بلا- ثمن مع ان ظاهرهم تحقّق العقد فيه حيث حكموا فيه بالصّمان جاعلين له من المقبوض بالعقد

الفاسد و مع عدم قصده البيع كيف يكون من هذا الباب الا ترى ان المقبوض بعقد الهاذل و اللّاعب خارج عنه قطعاً و ان ترتّب عليه الضمان من جهه اليد و عدم الاذن المعتبر في رفع الضمان و منها شرط الحرام كاشتراط جعل الخشب صنماً ذكره شيخنا الاستاد قده في كتابه لان المعامله على هذا الوجه اكل للمال بالباطل فان ما دلّ على ذلك فأنما هو فيما اذا كان العمل المحرم غرضاً كبيع العنب ليعمل خمراً و البابان مختلفان و المناط المنقح القطعي أيضاً غير مسلم و كذا الفحوى فتأمل و منها شرط الغير المقذور كما عن الغنيه مدّعياً للإجماع عليه و استدللّ له بان هذا يوجب صيروره المبيع محذر التسليم و اجيب بالمنع لأنّ مجرد كون الشرط غير مقدور لا يوجب قتل ان شرط الغير المقذور يمنع عن قصد مدلول العقد لان التعليق على المحال يدلّ على كون الكلام سوريا و لذا لا يجرى فيه حكم الاقرار و الحدود و الشهاده و هذا اولى من الاستدلال المذكور فلا باس به مضافاً الى ما ادّعه من الاجماع و امّا الثاني فمنه ما عن ابن المتوج من شرط اللغو الذي لا يتعلق به غرض العقلاء فقال انه لا يوجب فساد العقد بخلاف غيره من الشروط الفاسده بل عن غير واحد انه لا يوجب الخيار أيضاً ككيل المبيع بمكيال مخصوص و يشكل ذلك بان الدليل الاول و هو انتفاء الرضا بانتفاء الشرط يأتي فيه أيضاً من غير فرق و عدم ثبوت الخيار فيه لعدم الضرر لا ينافي كونه مفسدا للعقد باعتبار زوال الجنس بزوال الفصل فان كان اجماع على صحته كما يقتضيه الحكم بعدم الخيار فهو و الا اشكل الفرق بينه و بين غيره مع اطلاق كلام القائلين بالافساد و عدم استثناء ذلك و عموم بعض ادلتهم الا ان يقال ان جريان بعض الادله دون بعض ينكشف عن خروج الفرع عن المدعى اذ الظاهر من الاستدلال وفائه بتمام المدعى و الدليل الثاني المنقول من الشيخ و هو لزوم الجهاله في العوض لا يأتي هنا فيكشف ذلك عن خروجه عن

ص: ٧٥

المدعى فيكون عدم للإفساد به متفقاً عليه و يبقى ادله الصّححه سليمه عن العارض و قال شيخنا قده بعد نقل الصّححه و عدم الخيار عن العلّامة و الشهيد و ذكر الوجه في ذلك من أنّ الوفاء به لما لا يجب شرعاً خرجت عن؟؟؟؟ تفيد العقد به و لم يكن في تخلفه خيار و يشكل بان لغويتها لا ينافي تفيد العقد بها في نظر المتعاقدين فاللّازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما اذا جعل الثمن ممّا لا يعد ما لا عرفاً انتهى كلامه رفع الله مقامه قلت قد عرفت ان فساد المقيّد من جهه التقييد و ان كان اتيانها الا ان الفساد من جهه الجهاله في العوض غير آت فلاشكال انما يتّجه على تقدير الاستناد في الفساد الى الوجه الاول و الا فلا اشكال

الامر الثالث في حكم الشرط الفاسد من حيث التكليف

اشاره

و من حيث اقتضاء الخيار على القول المختار و اعلم ان الوفاء بالشرط الفاسد على القول بصحّه العقد قد يكون مستحباً و قد يكون حراماً اذ بعد صحّه فساد و صحّه العقد يكون من الوعد فان كان امراً مشروعاً استحّب الوفاء به و الا كذا قال الاستاد قده و فيه تأمّل ينشأ من كون الوعد اخباراً بوقوع الفعل في المستقبل و الشرط المبحوث عنه ليس فيه اخبار و لا يأتي فيه مناط استحباب الوفاء بالوعد أيضاً و لو سلم كونه وعداً موضوعاً او حكماً فما دلّ على خروجه عمّا يجب الوفاء به من الشروط يدلّ على خروجه عما يجب الوفاء به من الوعد نعم بشمله نحو قوله ع المؤمنون عند شروطهم و قوله ع من شرط لامرأه شيئاً فكيف به لكن فتح باب الاستحباب في هذه الادله يوجب سدّ باب الاستدلال بها على اللزوم في موارد مع أنّ ما دلّ على خروجه عمّا

يجب الوفاء فيه يدل على تخصيص عموم المؤمنون راسا فافهم و اما الخيار فان كان المشروط عليه عالما فلا خيار بلا اشكال لأن الضرر ورد عليه باختباره و قد ذكروا ان الضرر الناشى من اختيار المتضرر لا ينجر فى المعاملات بالخيار و نحوه و ان كان جاهلا ففى الخيار وجهان من كونه بمنزله تخلف الوصف و تخلف الشرط الشائع فيدل على الخيار فيه ما دل عليه فيهما و الجهل بالفساد هنا مثل الجهل بالخيار او بفوريته من حيث كونه ناشئا عن الجهل بالحكم دون الموضوع و من ان مدرك الخيار هى ادله نفي الضرر المحتاجه الى الجائز المفقود فى المقام لأن ضروره الشرع قاضيه فى اغلب الموارد بان الضرر المترتب على الجهل بفساد معامله لا يتدارك قال الاستاد قدس سره بعد ذكر الوجهين الاقوى فى المقام عدم الخيار و ان كان يسبق خلافه فى بوادى الانظار قلت اما احتياج ادله الضرر الى الجابر فهو كما افاد و حققناه فى مقام اخر و محصله ان بعض العمومات باعتبار اشتمالها على فروع غير المذكوره فى كلمات العلماء يسقط عن الاحتجاج بها قبل انكشاف حال الفرع عندهم لعدم الوثوق بالعموم ح و يكفى فى الكشف تصريح بعض من هو من اهل الاطلاع و الجزء بارائهم و اما عدم الجابر فى المقام فهو اعرف بما قال لما ان فحاوى كلماتهم فى الخيارات و اناطتها بالضرر الناشى عن الجهل مظنه الحكم بالخيار فى الجهل مط و لو كان بالحكم دون الموضوع و كفى به جبرانا بعد كون المقام قابلا للاستدلال و كيف كان فان اطلع الفاحص على مصرح بالخيار ارتفع الاشكال من راس

فروع الاول لورضى المشروط له بدون الشرط الفاسد

او اسقطه بعد العقد ففى صحه العقد على القول بالفساد وجهان من جواز اسقاط الشرط و الرضا بالعقد خاليا عنه و هو المانع عن صحه البيع و من اقتران البيع بالمبطل ذكرهما فى محكى التذكرة فيما لو شرط المشتري على بايع العنب ان يعصره خمرا و انت خبير بان وجه

ص: ٧٤

وجه الصيحه ضعيف جدا فاسد فالاصح عدم انقلاب الفساد بالصيحه بالاسقاط وفاقا للأستاذ قدس سره الثانى لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و اخل به فى متنه ففيه وجهان بل قولان محكيان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد و عدمه فان قلنا بانه لا حكم له كما عن ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد وفاقا للأستاذ قدس سره خلافا لمحكى المسالك فى موضعين فى هذه المسأله و فى باب المربحه فى شرح قول المصنف و لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطه لفظا ففصل بين ما لو علما ان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له و بين ما لو جهلا فالبطالان لأنهما لم يقدموا على الشرط و لم يتم لهما و المراد بالجهل توهم لزوم العمل بالشرط المقدم كما صرح به فى الاخير هذا محصل ما ذكره فى المقامين فالشرط الغير المذكور فى العقد لا اثر له فى نفسه عنده فليس مثل الشرط المذكور من حيث كونه شرطا و الا لزم التأثير مع العلم بانه لا حكم له مع انه صرح بانه لا اثر له ح فالفساد مع توهم اللزوم انما هو لانتفاء القصد و الرضا عن فاقده و اورد عليه شيخنا قدس سره بان علم العالم بالفساد لا يصير منشأ لعدم إنشاء معامله و الا امتنع بيع الغصب و بيع الخمر و نحوه من المعاملات الفاسده و ح يلزم تأثير الشرط السابق علم بالفساد او جهل انتهى ملخصا قلت ايراده قدس سره مبنى على القول بتاثير الشرط المتقدم و تفضيل الشهيد مبنى على القول بعدم تاثيره فانه صرح اولا بان الشرط المتقدم لا عبره به ثم قال نعم لو توهم اللزوم اتجه الفساد من جهه ذلك لا من جهه فساد

العقد بفساد الشرط نعم لو كان التفصيل بين العلم و الجهل من فروع القول بتأثير الشرط المتقدم و تفصيلا في تأثيره كان الايراد المذكور واردا لان العلم بالفساد لا ينافي إنشاء المعامله العرفيه فمع العلم بالفساد أيضا لا بد من التأثير ح اولى منه مع الجهل و هذه قرينه واضحه على عدم مساس الايراد بمراده و انه ليس تفصيلا في المسأله و أيضا العلم و الجهل ملحوظا عنده بالقياس الى تأثير الشرط و عدمه لا بالقياس الى فساد الشرط و عدمه فالايراد عليه بان العلم بالفساد و عدمه لا ينافي إنشاء المعامله عرفا كما في المعاملات الفاسده مع العلم بفسادها ليس في محلّه الا ان يريد عدم تأثير الشرط المتقدم لا فساد شرعا و لو ذكر في العقد نعم يرد على الشّهد قده أنّه بناء على عدم تأثير الشرط المتقدم كما هو مختاره لا وجه لتأثير الجهل بالحكم الشرعي اعنى توهم اللزوم في الفساد و دعوى أنّه مع توهم اللزوم لا يتحقّق تبه القصد الى إنشاء الفاقد كتوهم كون المبيع فرسا مع كونه حمارا غير واضحه و ان كان له وجه قريب الثالث لو نسيا ذكر الشرط في العقد بعد ان كان البناء على الذكر فعن المسالك أيضا عطفه على توهم اللزوم في كونه سببا لفساد العقد و لو قلنا بعدم تأثير الشرط الغير المذكور و وجهه أيضا ما ذكر في التوهم و قال الاستاد قدس سرّه ان النسيان ان كان من جهه الغفله عن اصل الشرط بان كانا عازمين على الاشتراط في العقد فنسياه فعقدا غافلين بما تواطيا عليه فلا حكم له بل العقد صحيح و ان كان طرو النسيان في اثناء العقد في محل ذكر الشرط كان كإهمال ذكر الشرط في العقد اعتمادا على التواطى السابق قلت فيه اشكال لأن نسيان الذكر مع اضممار الشرط و كونه نصب عينهما ينافي تعلق القصد بفاقد الشرط فيكون فاسدا لكونه غير مقصود و مثل ذلك نسيان ذكر الوصف اذ الظاهر

ص: ٧٧

فساده لا صحته منجزا كما في الاوصاف الغير المذكوره نعم نسيان الاشتراط لا ينافي كون المجرد مقصودا بالافشاء كما لو اراد ان يصلّى ظهرا فنسى وصل العصر فأنه صحيح عصرا كما أنّه اراد الظهر و اراد اخطاره فنسى الاخطار لا اصل الداعى لم يقع عصرا بل ظهرا او يقع باطلا على الوجهين و الظاهر انّ مراد الشّهد بالنسيان هو الاول دون الثانى فيكون الفساد قريبا من الصّحه و لا يرد عليه عدم الدّكر عمدا اذ مع العمد لا يكون التّواطى الا محض الدّاعى و لا يوجب تقييدا في المعاملات و لو كان مقرونا بالعقد و لقد راجعت بعد ما ذكرت ذلك الى باب الشرط السّائغ فرأيت الاستاد قدس سرّه معترفا بما ذكرنا لكنه اعتذر عنه بان ظاهر كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور و عدم إجراء حكم الشرط عليه و انّ العقد مبينا عليه و استشهد بكلام العلّامة و المصنّف في بعض الفروع و من جمله ما استظهره منه ما عن المشهور في النكاح من وقوعه دائما اذا اخل بذكر الاجل فان كان اجماع و الا كما هو المظنون و لا الشّهره نظرا الى تصريح الشّهد من غير تردّد و لا اشاره الى اشكال او خلاف فالمتجه الفساد مع النسيان و مثله توهم اللزوم كما ذكر لما ذكر و الله العالم و ممّا ذكرنا في المسأله ظهر ما هو الحقّ فيما تكلمنا فيه لأجله اعنى فساد الاجاره اذا اشترط اضمنان العين كما عليه ظاهر الكل و صريح الجبل خلافا لمن عرفت لكونه منافيا لمقتضى العقد بخلاف شرط الضّمان في العاريه لأنّه مناف لإطلاقها لا لما يقتضيه ماهيتها

[في عدم ثبوت خيار المجلس و خيار الحيوان و خيار التأخير في الإجاره]

و ليس في الاجاره خيار المجلس اجماعا مستفيضا و لا خيار الحيوان و لا خيار التّأخير الى ثلاثه ايام لاختصاصهما موضوعا و دليلا- بنقل العين و احتمال بعض مشايخنا ثبوت الثّانى هنا و لا وجه له سوى القياس و اما خيار الشرط فالمعروف أنّه ثابت في جميع المعاوضات بل عن ظاهر التّذكره استظهار الاجماع عليه حيث اقتصر على نقل خلاف الجمهور و ان عبر عنه بالاقرب بل

عن الكتاب و الإرشاد و الدروس و تعليق الارشاد و مجمع البرهان و الكفايه دخوله في كل عقد سوى النكاح و الوقف و الايلاء و الطلاق و العتق فلو شرط الخيار لأحدهما او لهما او لأجنبي جاز مع تعيين المده سواء تعلقت الاجاره بعين معينه كان يستأجر هذا العبد او هذه الدار او تعلقت بما في الذمه كان يستأجر احد المبنى له حائطا خلافا للمحكي عن بعض العامه فلم يجوز في الثانيه و لم يعلم وجهه نعم يمكن المناقشه في اصل التعدي عن المبيع بناء على كونه منافيا لمقتضى العقد و لذا لا يثبت في النكاح اجماعا و قد مر سابقا و دعوى منافاته ذلك في خصوص النكاح قصد الانشاء كما نقلناه سابقا عن بعض مشايخنا غير واضح و في كتاب الاستاد قدس سره أنه لتوقف ارتفاع اثر النكاح شرطا على الطلاق و عدم قبوله التقايل بخلاف الاجاره و البيع و نحوهما لان الفسخ فيها في الجمله ثابت بالتقايل و موجبات الخيار و يشكل ذلك بأنه يكتفى في تأثير الشرط قبول النكاح الفسخ من غير طلاق بالعيوب و غيرها و ان لم يفسخ بالتقايل اذ لا خصوصيه له بعد ما علم من الشرع تطرق الفسخ به أيضا و ليس في ذلك التزم بكون الشرط شرطاً للسبب بل هو مثل شرط النتيجة و نحوها من النتائج التي قالوا كلا او جلا فيها بالصيحه فاذا علمنا يتطرق الفسخ الى النكاح باسباب متكرره علمنا ان ازاله علقه النكاح من النتائج التي تحصل بالشرط و ليس هذا بعد من شرط الرقيه في المتولد بين الحرّ و العبد الذي قال فيه جماعه بالصحه و أنا لا نقول بتاثير الشرط اذا دل

ص: ٧٨

الشرع على انحصار السبب في شيء او شيئين كالنكاح فلا وجه لإلحاق الفسخ بالعقد في المقام و يشكل أيضا بعقود اختلفوا في دخول الشرط فيها منها بيع الصيرف فعن المبسوط و الغنيه و السيرائر المنع مدعين للإجماع عليه و هو مذهب الشافعي فيه و في السلم و علقه في محكي التذكرة للشافعي بان المقصود من اعتبار التقابض فيهما ان يفترقا و لم يبق بينهما علقه و لو اثبتا الخيار بقيت العلقه و اجيب منه بمنع الملازمه و عن التذكرة بعد الاستدلال المذكور الجزم بدخوله في الصرف و عن القواعد الاشكال فيه و عن الدروس بعد نقل المنع عن الشيخ أنه لم يعلم وجهه و منها الصلح فعن جماعه منهم العلامة في التذكرة دخوله فيه مط و عن المهذب البارع في باب الصلح دعوى الاجماع عليه و عن الخلاف عدم دخوله فيه مط و عن السيرائر و جامع المقاصد و غايه المرام التفصيل بين الصلح المعاوضي فالدخل و الصلح عما في الذمه مع جهالته او على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها فالعدم لأن مشروعيه القطع المنازعه ينافي اشتراط الخيار المقتضى لعود الخصومه و قال الاستاد قدس سره انه لا يخلو عن قوه و منها الزهن فعن غايه المرام عدم دخوله فيه لأنه ينافي الاستيثاق الذي هو المقصود بالعقد و عن السيرائر الاشكال فيه و كذا عن ظاهر المبسوط و اورد عليه الاستاد قدس سره بان كون وضع الزهن على اللزوم لا ينافي جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين و منها الضمان فعن التذكرة و القواعد و ظاهر المبسوط عدم دخوله فيه و قال الاستاد الاقوى دخوله فيه لو قلنا فيه بالقائل و منها الوقف فالمشهور فيه نقلا- عدم الدخول و عن ظاهر المحكي عن المشايخ الثلاثة في مسأله اشتراط الواقف عود الوقف اليه اذا احتاج الدخول و يؤيده ما عن السيرائر و الدروس من وجود الخلاف في المسأله و لكن عن المسالك دعوى الاتفاق على المشهور و هو المختار للأستاذ قدس سره مستدلا عليه بالموتق من وقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها ثم مات فانها ترجع في الميراث و نحوها غيرها ثم قال و في دلالتها تأميل و لعل وجهه ان ظاهر ما فساد الوقف بالشرط المتأخر من العقد و هو باطل بالإجماع و أيضا قال الشرط الى جرّ النفع الى الواقف و هو فاسد قطعا و اين هذا من فساد شرط الخيار مع ان فساد الوقف ح لا ينطبق على القول بفساد الشرط فكيف يعتمد عليه في بطلان شرط الخيار هنا و منها الصيده فالحكي عن التذكرة في باب الوقف لم يقع كالعق و الصيده و ظاهره ان حكمها حكم الوقف لكن عنها في باب خيار الشرط ما لفظه اما الهبه المقبوضه فان

كانت لأجنبي غير معوض عنها و لا قصد بها القربه و لا تصرف الواهب يجوز للواهب و ان اخل احد القيود لزمتم و هل يدخلها خيار الشرط الاقرب ذلك و قال الاستاد قدس سره الاقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله لظهورها في كون اللزوم حكما لماهيته الصّيدقه نظير الجواز في العقد الجائز و لو شك كفى في عدم سببته الفسخ للخيار و توهم اثبات السبب بآدله الشرط واضح الاندفاع و قال أيضا في أوّل المسأله ان مقتضى الفتاوى و الادله جواز اشتراط الخيار في كل عقد او ايقاع الا اذا ثبت وجود مانع عن ذلك فعدم الجواز في موارد الخلاف انما هو لوجود المانع لا لقصور في ادله الاشتراط قلت قد عرفت في الشروط المنافيه لمقتضى العقد ان التميز بين ما هو مقتضى الماهيه او مقتضى الاطلاق مشكل بل الظاهر ان كل حكم ثابت

ص: ٧٩

للعقد مقصودا كان للمتعاقدين او غير مقصود فاشترط عدمه مناف لمقتضاه و على هذا يكون الاصل في شرط الخيار الفساد حتى يثبت الجواز عكس ما ذكره قدس سره و هذا اوفق لكلماتهم في الموارد المشار اليها مما ذكره لان الوجوه التي سمعتها سند عدم الدخول فيها منظور فيها كما عرفت حتى الوجه الهمدي ذكره قدس سره في الوقف و الصدقه من كون اللزوم حكما لماهيته لعدم الدليل عليه سوى اطلاق ادله لزومها و يرد عليهما ما اورده في الزهن و دعوى ظهورها في اللزوم مطلقا فلا يتغير و لو بسبب خارجي من شرط و نحوه منقوضه بان مثلها يأتي في ادله لزوم الاجاره و البيع و الفرق تحكم اذ لا ينافي العموم الخروج بدليل في بعض الصور فغايه ما يثبت من ادله الخيار في البيع قبوله الفسخ باسباب خاصه ففي ما عداها يكون اللزوم من مقتضيات الماهيه لا يتغير بشرط و دعوى اقتضاء ثبوته في الجملة ثبوته بالشرط أيضا اذ يكشف ذلك عن عدم كون اللزوم حكما للماهيه منقوضه بالنكاح القابل للفسخ باسبابه و ان لم يقبل التقليل لعدم دليل على دوران تأثير الشرط مداره بل مدار قبول الفسخ و عدمه الذي هو موجود في النكاح أيضا مع ان اناطه الجواز بالتقليل أيضا منقوضه بما اعترف قدس سره من عدم قبوله في الصّيلح عن الدعوى قبل ثبوتها و الصّيلح عما في الذمه وفاقا للجماعه لأن الاقاله تجرى حسبما صرح به في المسالك في العقود الملكه من الجانيين بالمال مط فيجرى في الصّيلحين المذكورين خصوصا الأوّل فالاقرب البناء على اصاله عدم لكونه منافيا لمقتضى العقد حتى يثبت الجواز فيهن الامر في المسائل المذكوره لان عدم دخوله هذا الخيار فيها حتى بيع الصّيرف موافق للقاعده و مقتضى ذلك عدم دخوله في الاجاره أيضا الا ان يكون عليه اجماع كما هو المظنون اذ لم اعثر على من تأمل فيه و يمكن استفادته ممّا دل على جوازه في المبيع و كذا كل معارضه لازمه كالصّيلح المعاوضي خصوصا بعد ملاحظه فهم الاصحاب فيبقى ما عداها تحت اصاله المنع و منه الصّيرف لان له خصوصيه زائده على كونه معارضه مانعه عن دخوله تحت المناط المستتبط من تلك الادله و ممّا ذكرنا ظهر الثمره بين طريقنا و طريقه قدس سره في مسائل و الله العالم و اما الايقاعات فقد عرفت تصريح جماعه بعدم دخوله في الطلاق و العتق و البراء بل الظاهر عدم الخلاف في عدم دخوله في الايقاعات مط و علل بعض بان الشرط ما كان بين اثنين كما نبه عليه جمله من الاخبار و الايقاع انما يقوم بواحد و ردّ بجواز شرط خدمه العبد مدّه في عتقه و صحته مط او بشرط القبول من العبد على الخلاف و كون الشرط بين اثنين ان اريد به الاحتياج الى الشارط و المشروط عليه فهو متحقّق في الايقاعات أيضا و ان اريد الاحتياج الى الايجاب و القبول فهو ممنوع بل الوجه في عدم دخوله فيها بعد الاغماض عن تفسير الشرط في القاموس بالالتزام في ضمن البيع المراد به مطلق العقد عدم قبول الايقاعات للفسخ شرعا و الشرط لا يشرع امرا غير مشروع بل يفيد الالتزام بما كان مشروعاً و الطلاق ليس حقا بل حكم تعبدى شرعى قلت لا يخفى انّ

شرط الخيار ليس بين الاثنين حتى بالمعنى الاخير نعم اذا اشتراط في الطلاق شيئاً على المرأه مثلاً فهو بين اثنين لكن اثر الشرط ح ليس سوى التعليق المبطل اذ ليس فيه قول حتى يترتب عليه الالتزام و الازمام و شرط الخدمه فى عتق العبد راجع الى الاستثناء بمعنى ان التعليق فى العتق

ص: ٨٠

ثابت فى الجملة كما فى التديبير مضافا الى كونه مبيئاً على التغليب و الاولى فى عدم قبول شرط الخيار ان يقال انه يصير اثبات السببيه بالشرط لان الطلاق ازاله العقد النكاح و الخيار فى ذلك الى معنى له سوى احداث الزوجه بلا سبب و من ذلك يعلم ان الاقاله أيضا يقيد شرط الخيار و ان كان فى العقود فكيف من البراء و العتق و الحاصل ان شرط الخيار اذا افاد السببيه لم يصح فافهم و منه يظهر عدم الفرق بين الايقاع و الصيحه القائم مقامه كالصيحه عمّا فى الذمه و ان كان عقد او مثله شرط الخيار فى الاقاله او الفسخ فى المعاوضات فان الاظهر عدم الجواز و ان كان مال الشرط ح عود الملكيه التى لا مانع من احداثها بنفس الشرط اذ فرق بين شرط نفس الملكيه و بين شرط الخيار فى اسبابها كالصالح و البراء و الفسخ فان الاول لا مانع من جوازه نظرا الى عموم ادله الشرط بعد ما علم كونها مما يؤثر فيه الشرط بخلاف الثانى فان الرجوع فى الفسخ و البراء ليس شرطاً للملكيه فيكون وجودها بعد الرجوع غير حاصل بسبب شرعى فافهم و كيف كان فالمسأله لا اشكال فيها هذا كله فى شرط الخيار مدّه معينه و لو شرطه بلا- مدّه او بلا- تعيين فيها ففيه اشكال ينشأ من الخلاف فى البيع فان قلنا بفساده فى البيع و لعله المشهور فلا اشكال فى عدم جوازه هنا ان قلنا بجوازه للأخبار كما عليه غير واحد ففيه اشكال من اختصاص النص بالبيع و من الاشتراك فى المقتضى و اجازة بعض مشايخنا فى المبيع و لم يجوزه فى الاجاره و اما خيار الغبن فعن فخر الدين فى حاشيه الارشاد و التنقيح و إيضاح النافع لكل معاوضه ماليه و عن جامع المقاصد التصريح بثبوتة فى الاجاره مستدلاً بانه من توابع المعاوضات لكن فى ثبوتة فى الصيحه خلاف و اشكال فعن المهذب البارع عدم جريانه فيه و وجهه على ما قيل ان الغرض الاصلى فيه قطع المنازعه فلا يشرع فيه الفسخ و عن غايه المرام التفصيل بين الصيحه المعاوضى و الصيحه على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها اذا ظهر حقيقه المدعى به و كان مغبوناً او الصيحه على ما فى الذمه اذا كان مجهولاً ثم ظهر غبن احدهما على تأمل للأقدام فى هذين على رفع اليد عن الواقع كائنا ما كان فقد اقدم فيه على الضرر و عن بعض التفصيل بين العقد الواقع على وجه المسامحه بيعا كان او صلحا كما اذا اشترى دواء مبدولاً لمرض او ماء الطهاره بناء على التوصل الى المبيع من غير نظر الى مقابله من الثمن فى المعاوضه فلا خيار للأقدام على المغابنه من دون التفات الى الزيادة و النقصان فلا يصدق الغبن هنا و عرفاً بين العقد المبني على المماكسه و يرد على الاول بان رفع المنازعه حكمه لا- عله فلا- ينفع فى المعاوضات مع ان منافات الخيار لرفع التشاجر غير واضح و على الثانى ان صحه المعامله مع الغبن الفاحش فى الصيحين المذكورين محلّ منع للنص فكيف لا- يثبت له الخيار ألما ان يحمل البطلان المستفاد من النص المتلقى بالقبول على عدم اللزوم او على البطلان الواقعى الذى لا ينافيه الصّحه و اللزوم ظاهراً او على صورته انكشاف خلاف اعتقاد المصالح فلا بدّ من المراجعته الى المسأله فى باب الصيحه حيث ذكروا انه لو ظهر كون المصالح عليه ازيد من المصالح به كثيرا لم يحل و على الثالث ان هذا الخيار فى غير البيع انما ثبت من قاعده لا ضرر لا ممّا دلّ على خيار المغبون حتى يتبع صدق الغبن عرفاً فانه مختصّ بالبيع و يدفعه ان الضرر المترتب على المعامله مع توطين المتعاقدين او احدهما عليه كالضرر المقدم عليه فى عدم اقتضاء الخيار فالظاهر عدم ثبوت الخيار اذا كانت المعامله مبيئه على المغابنه دون المماكسه مط بيعا كان او صلحا على

اشكال في الأول جمودا على النص لأن البناء على المغابنه بمنزله العلم بالغبن او بمنزله اسقاط الخيار تقديرا اى لو فرض اشتماله على الغبن واقعا فلا يندرج الفرض تحت النص على خيار المغبون و لا ادله نفى الضرر مضافا الى عدم الجابر لعموم نفى الضرر هنا من الشهره او تصريح جمع معتد به و اما اذا كانت مبنيه على المماكسه فلا مانع من ثبوت الخيار للضرر المنفى صلحا او غيره و منه الاجاره الا ان يدعى عدم الجابر فى خصوص الصلح لما عرفت من الخلاف فيرجع الى اصاله اللزوم و يدفعه أنه ان اريد بالجابر الاجماع فالحاجه اليه ممنوعه و كذا الشهره اذ لا ضعف فى سنده و ان اريد به فتوى بعض الاصحاب خروجا عن شبهه مخالفه الاجماع فيكفى تصريح من عرفت بعموم هذا الخيار لكل معاوضه ماليه من غير اخراج الصلح بل الظاهر منه ان كل خيار قابل للثبوت فى غير البيع ثابت بادلته نفى الضرر ثابت فى غيره أيضا و الا- كان عليهم التنبيه على الاختصاص بالبيع مع عموم الدليل كما نبهوا على خيار المجلس مع ثبوته فى البيع بالنص لا بادلته نفى الضرر فكيف فيما لا دليل له سواها و مما ذكرنا ظهر ثبوت خيار العيب فى جميع المعاوزات فضلا عن الاجاره كما يأتى التصريح به فيما لو ظهر عيب فى الاجاره او فى العين المستاجر و كذا خيار الزويه كما صرح به غير واحد من مشايخنا و استدلل عليه الاستاد قدس سره بان لم يثبت الخيار فاما ان يكون العقد لازما او باطلا و الاول فاستدلال دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض و عدم الالتزام بالعقد فى الفاقد للصفه ليس نقضا للعقد الواقع على واجدها و الثانى خلاف طريقه الفقهاء حيث ان الاوصاف عندهم ليست من اركان المعاوضه و ان كان دقيق النظر قاضيا بالفساد لعدم وقوع التراضى على الفاقد فلا يكون مقصودا قلت ما ذكره قدس سره فى فساد الاول اعتراف بالمحكى عن الأردبيلى صريحا وفاقا للمحكى عن ظاهر المقنعه و التهايه و السيرائر و محتمل نهايه الاحكام اعنى الفساد فى العين الغائبه الموصوفه بحسب القاعده و التعميل فى الصيحه على محض الاجماع و فيه تأمل اذ الظاهر عدم الدليل على صحه العقود المشتمله على سبب الخيار سوى ادله الوفاء بالعقد و كيف يجوز الالتزام بعدم دلالتها على الصيحه و التعميل فى اثباتها على الاجماع مع خروجها عن طريقه الفقهاء أيضا كما صرح به قدس سره فى رد الأردبيلى و قد تقدم فى صحه العقد مع فساد الشرط ما يأتى هنا حرنا بحرف فراجع مع ان الاستصحاب أيضا يكفى فى اثباته و لو لم تشمله ادله الوفاء فلا خير فى الالتزام بلزوم العقد مع تخلف الوصف الا أنه مشتمل على الضرر فان علمنا بقاعده الضرر ارتكبنا التخصيص فى ادله اللزوم و الا فلا مانع من جريانها كلاً او بعضا لكن اثبات الخيار بالضرر يحتاج الى الجابر كما عرفت

الفصل الثانى : فى شرائطها و هى ستّه

الأول ان يكون المتعاقدان كاملين

بما يعتبر فيهما فى البيع من البلوغ و العقل جائز التصرف فلو اجر المجنون فى حال جنونه لم ينعقد كما مرّ فى المبيع و كذا الصبى الغير المميز اذن وليه أم لا و كذا المميز الا باذن وليه فيصح وفاقا للمحكى عن مجمع البرهان و فيه تردد كما فى القواعد و عن التحرير و الحواشى و الكفايه وجه لصحّه كما فى جامع المقاصد و عن مجمع البرهان انجبار ضعفه بنظر الولي و قبول وقفه المعروف وجه الفساد دخوله تحت الصبى الممنوع عن التصرف فى النصوص و الاجماع و فيه يظهر وجه التردد و الظاهر ان

الاجاره و البيع من باب واحد جوازا و منعاً فتردّد المصنّف و العلامه هنا يكشف عن تردّدهما في البيع أيضا و ان جزما فيه بالفساد هناك لإمكان تجدد النّظر فلا- غرور و الا عجب نعم لو كان بنائهما على الفرق بينهما كان عجبا اذ لا نصّ في المسأله كما في ساير المقامات المختلف فيها منها الوصيه و كان على المص ذكر شرط الاختيار أيضا اخراجا لإجاره المكره و ادخاله في الكمال كما جعله بعض تكلف منافع للاقتصار في التفرّيع على خصوص البلوغ و العقل و يمكن للاعتذار بأنّه ليس من شروط صحّه العقد بل من شروط تأثيره العقلي و هذا هو العذر أيضا في عدم التعرض لكون العاقد مالكا او مأذونا

و الشرط الثاني ان تكون الاجره موضوعه بالوزن و الكيل فيما يكال او يوزن

اشاره

لتحقّق انتفاء الغرر و كذا العدم فيما يعد و أنّما تركه اعتمادا على الأوّلين و الدليل على اعتبار العلم بالكيل و الوزن هنا هو الدليل على اعتبارهما في البيع لأتّحاد طريق المسألتين كما عن المختلف و غايه المراد و المهذّب و المسالك و عن كشف الرّموز بعد نسبه الى عمل الاصحاب الاستدلال بالخبر عن ارض يريد ان يتقبّلها قال وجه القباله اخذ قال تقبل من اربابها بشي ء معلوم الى اجل معلوم و عن التذكرة الاستدلال على العلم بانه عوض في عقد معاوضه فوجب ان يكون معلوما كثن المبيع و لا نعلم فيه خلافا لان النّبّي ص قال من استاجر اجيرا فليعلمه اجره و العلم يحصل بالمشاهده و الوصف الراجع للجهاهله انتهى و هذا الاستدلال لا يستدعي العلم بالكيل و الوزن بل يقتضي عدمهما و لذا قيل يكفي المشاهده نسبه في محكي المسالك الى الشيخ و المرتضى و جماعه و عن ظاهر جامع الشرائع موافقتهم و عن الفخر اليه و عن حواشي الشّهيد نسبه الى روايه حسنه و هو خيره المحقق الأردبيلي في محكي المجمع و استقرّ به في محكي الكفايه و هو حسن عند المصنّف هنا دون النّافع اذ المحكي عنه ظاهر في موافقه الأوّلين للأصل المستند الى العمومات و اطلاقات أدلّه الاجاره و اشتراط العلم لا ينافي الاكتفاء بالمشاهده لأنها أيضا تفيد مرتبه منه و اعتبار المدافه بالكيل و الوزن عار من الدليل سوى القياس بالبيع و رده في الرّياض بعد نقل الاجماع عن الغنيه و المختلف و شرح المفلح على ان الجهاهله مبطله للإجاره بعدم ارتفاعها بالمشاهده في المكييل و الموزون و احتمال الاكتفاء بارتفاعها في الجمله يوجب الشك في صحّه الاجاره بدون الكيل و الوزن و هو يكفي في اثبات الفساد و سقوط العمومات و اطلاقات اخبار الاجاره بمجرد احتمال اعتبار العلم الحاصل بالكيل او الوزن خاصه او المرتبه الخاصه الحاصله منهما لا وجه له و ان اريد صدق الجهل و الغرر بدونهما فهو راجع الى الأوّل الممنوع وجود الدليل على منافاتها للّصيحه اذ ليس هو الّا النّهى عن الغرر المحض عند القائل بالبيع اولا- و المنصرف الى المعظم ثانيا و من جميع ذلك يعرف؟؟؟؟ التردّد او النّظر او الاشكال المحكي عن الارشاد و التّحرير و غايه المراد و الرّوض كالقواعد و الأصحّ هو الأوّل للنّبوي و الخبر المتقدّمين الدالين على اعتبار العلم في العوض المعتضد بالنّهى عن الغرر المروي في المسالك و الشّهره المحققه و عدم توقّف حصوله في خصوص المكييل و الموزون و المعدود بالكيل و الوزن و العدم كما تحقّق في البيع نعم لو فرض حصوله بالمشاهده كفي كما لو حصل بالوصف على نحو ما ذكروا في البيع اذ المعاوضات على نسق واحد في عدم قبولها الغرر و الجهاهله بالإجماع الّذى ادّعا في الرّياض هنا على اشكال فيه في خصوص البيع مبني على كون اعتبار الوزن

فالظاهر عدم الاشكال لان اعتبار الوزن فى الاجاره لا دليل عليه سوى اعرفت و هى لا تدلّ الا على اعتبار العلم باى شىء حصل و انما يأتى الاشكال من الجبهه المذكوره اذا كان على اعتبار الوزن دليل خاص يتطرّق فيه احتمال الحكمه او العله لا ما كان الدليل فيه منحصرًا فيما دلّ على اشتراط العلم و انتفاء الغرر و من العجب اقتصار المصنّف فى اجره الجعالة على الكيل و الوزن و اختيار قول الشيخ فى الاجره هنا ثم الظاهر أنّ خلاف الشيخ و المرتضى ليس مختصًا بالمقام اذ المحكى عن مبسوطه التسويه بين البيع و الاجاره و تملك الاجره بنفس العقد بلا خلاف محقق او منقول عنّا خلافاً للمحكى عن ابى حنيفه و مالك و غيرهما من اهل الخلاف فقالوا لا- يملكها بنفس العقد بل انما يملكها شيئًا فشيئًا فى مقابل المنفعه التى توجد ككك بين من حدّد زمان المطالبه بلحظه فلحظه و بين من حددها بيوم فيوم و لا- فرق فى حصول الملك بالعقد بين شرط التاجيل و عدمه خلافاً لظاهر القواعد و لا بدّ من تاويل بارجاع الفرق الى ما يتبع المالك من استحقاق المطالبه على اشكال فيه أيضًا لكن لا يستحقّها الموجد الا بعد تسليم العمل بلا خلاف و لا اشكال او بعد تسليم العين بنصّ غير واحد من الاصحاب و لا يتوقّف فى الثانى على استيفاء المنفعه و ان كان قضيه المعاوضه التّقابض معا و الفرق هو ان تسليم العين يجرى مجرى قبض المنفعه و السرّ فيه ان استيفاء المنفعه او راجع الى المستاجر دون الموجد فليس عليه شىء سوى تسليم ما للمستاجر ان يستوفى منه حقّه و ليس الامر فى العمل ككك فان العوض فيه انما هو فى عهده الموجد فعليه ايجاده دون المستاجر بخلاف موجد العين فاذا سلمها فلا يبقى بعد ذلك حقّ الجنس له و امّا العمل فان تسليمه يتوقّف على وجوده و ربما يظهر بل استظهر من ظاهر المحكى عن النّهايه و الخلاف و الوسيله و السّرائر مدعيًا للإجماع خلاف فى المسأله حيث حكموا لوجوب تسليمها فى الحال لكن الظاهر أنّ مرادهم بالحال الدّفعه مقابل التدرّج الذى عرفت أنّه مذهب المخالفين بدليل اجماع السّرائر فان وجوب التّسليم بعد العقد فى الحال ليس باجماعى قطعًا بل فى التّذكره دعوى الاجماع على خلافه من غير نقل خلاف منا مع ان الظهور ضعيف لأنّ المحكى منهم بين استحقاق المطالبه و لزوم الاجره و شىء منهما ليس صريحًا فى وجوب التّسليم بل و لا ظاهرا بعد ملاحظه فتاوى الاصحاب و اطبقها على عدم وجوبه حالا و كيف كان فعن الرّياض من غير اشكال و لا تأمل أنّه ليس للعامل الامتناع من العمل حتّى يقبض كما هو المقرّر فى الثمن و المثمن و لو قيل باشتراك حقّ الجنس الذى يقتضيه المعاوضه بينهما كما فى المبيع لكان اقرب فان كان اجماع و الا فله الامتناع أيضًا على حدّ ساير المعاوضات الا ان يفرق بين الاجره و العمل فى كيفيه القبض عرفا لان قبضها دفعى لا يستحقّ الا بعد قبض عوضه بخلاف العمل فانه تدرّجى لا يتصوّر قبضه فى ان واحد فلو جاز له التّأخير الى ان يقبض الاجره كان ذلك خروجًا عن مقتضى المعاوضه من التّقابض و التّقارن فى التّسليم و التّسليم ضروره عدم تعدّد التّقارن من جانبه فليس له حقّ الحبس و السرّ فيه ان ثبوته انما جاء من جهه عدم ترجيح احد المتعارضين على الاخر فان كان مقدمه للتّقارن نبت من جهه بطلان التّرجيح بلا- مرجح و الا لم يثبت اذ يلزم من ثبوته ح الترجيح بلا مرجح و الحاصل أنّ دليل حقّ الحبس و هو بطلان

ص: ٨٤

الترجيح بلا مرجح لا يأتى فى حق العامل اذ يلزم من ثبوته له ترجيحه على المستاجر بلا مرجح و كلّ دليل او شىء يلزم وجود منه فهو باطل فافهم و لا- يأتى ذلك فى العكس لأنّه فى أنّ تمام العمل يستحقّ التّسليم من غير مهله و لا تاخير بلا خلاف و لا اشكال كما صرح به فى المسالك و غيره حيث قالوا و يجب بعجلها مع الاطلاق و مع اشتراط التّعجيل لأنّ تسليم احد العوضين يوجب السّلبطنه عن على مطالبه الاجر و منه يظهر ان الشرط هنا مؤكّد صرف لا يزيد استحقاقا عما يقتضيه الاطلاق نعم يورث

خيار تخلف الشرط كما في المسالك وغيره وقيل كما في الرّياض بعدم الخيار و ينجبر ضرره بالاجبار و ظاهره التردّد بين القولين هنا و فيما لو شرط التّعجيل قبل تسليم العين او العمل مع الاعتراف بصحّه الشرط و لزومه أيضا و فيه أنّ جبران الضرر بالاجبار يأتي في مخالفه جميع الشروط السّابقة و لا خصوصيّة لهذا الشرط فيها فالخيار ثابت اّمّا ابتداء او بعد تعدّد الاجبار على الخلاف في مخالفه الشروط كما ان الحكم بصحّه الشرط في الثّاني لا يخلو من نظر لان مقتضى المعاوضه ان يكون لكلّ منهما حق الحبس فاشترط خلافه مناف لمقتضى العقد لكن في مفتاح الكرامه دعوى الاتفاق عليه بل نزل عبارته القواعد و المصنّف و ما شابهها عليه حيث قال المراد باشتراط التّعجيل اشتراطه قيل العمل و تسليم العين و هذا موضع وفاق لعموم الخبر انتهى قلت اما انه موضع وفاق فلعله اشتباه ناس عن عموم الخبر يعنى المؤمنون عند شروطهم و اّمّا احتمال كون المراد من شرط التّعجيل ذلك فهو أيضا فاسد كما اعترف به بعد ذلك قائلا بان المتأخرين فهموا غير ذلك يعنى فهموا اشتراطه بعد العمل و التّسليم و هذا الذى نقلناه عن مفتاح الكرامه لا اطمئن به لكثرة غلط النسخه و العجب أنّه قدّس سرّه مع الالتفات الى ما فى العبارة من القرينه المانعه عن ما ابدء من الاحتمال اولا كيف احتمله اولا هذا و يمكن ان يقال شرط التّعجيل قبل التّسليم ليس منافيا لمقتضى العقد لأنّ العقد ساكت عن حكم التّسليم فضلا عن تاجيله او تعجيله و اّمّا هو من مقتضيات اطلاقات المعاوضه فلا يترتب على العقد حق الحبس الا- فى صورته الاطلاق فافهم و لا- فرق فى الشرط المقتضى للخيار بين الاطلاق و تعيّن مده التّسليم خلافا لظاهر المسالك حيث قيد الحكم بثبوت الخيار مع الشرط و لعل نظره الى فساد الشرط مع عدم التّعيين و اّمّا يكون كك اذا اشترطه قبل تسليم العين و العمل و فيه انه لا يكون ح شرطا مؤكّدا لفساده و فى صورته كونه مؤكّدا بان اشترطه بعد التّسليم لا فرق بين ضبط المده و عدمها لان اطلاق التّعجيل فى الشرط ينزل على اوّل اوقات وجوب التّسليم الذى يقتضيه اطلاق العقد فالاول فلا جهاله و قد يوجه بانه مع ضبط المده كان يقول اشترطت عليك تسليم الاجره فى هذا اليوم يكون شرطا مقتضيا للخيار و اما مع عدمها فلا- يكون شرطا بل يكون محض التاكيد و فيه مالا يخفى و يجرى مجرى شرط التّسليم قبل تسليم العين او العمل فى اللزوم و استقرار العاده على ذلك كما صرح به بعض مشايخنا وفاقا للمحكي عن جماعه و لعله يلتزم به فى البيع أيضا و هو حسن لو كانت تجرى مجرى الشرط بان يكون سببا لانصراف العقد اليه و الا فلا عبره بها و لو توقف العمل على اخذ الاجره كالحج فلا اشكال فى ثبوت الخيار للمستأجر مع الجهل لتعدّد التّسليم و هل للأجير أيضا خيار فى المسالك نعم وفاقا للدروس و انكره بعض مشايخنا قدّس سرّه نظرا الى اقدمه عليه قلت قد يقال ببطلان مثل هذه الاجاره كما نقله فى محكى مجمع البرهان عن بعض الاصحاب

ص: ٨٥

لعدم قدره على التّسليم التى هى من شروط الصّحة كما يأتى و هذا الاشكال له مع سبق التوقف على العقد و لو كان طاريا فقد يقال بعدم الانفساخ ح كما اذا حدث عذر مانع عن الانتفاع بعد العقد مثل الغصب و نحوه و الاظهر الانفساخ مط لأنّ منع الغاصب و ما يجرى مجراه من الاعذار المانعه من استيفاء المنفعة لا توجب انعدام المنفعة راسا بل هى موجوده و ان عرض مانع عن استيفائها كالمرض المانع عن السّيفر الذى يعرض لمستأجر الدابه لأجله و عن الحواشى أنّ وجوب تسليم الاجره قبل الحج منقول و ان لم يسلم كان له الفسخ ثمّ لو لم بالانفساخ فالظاهر ما ذكره بعض مشايخنا قدّس سرّه من ان الضرر ورد عليه باقدمه فلا وجه لخياره مع انه لا يتصوّر عليه ضرر هنا الا ان يجرى على هذا حكم الاجير الخاصّ الذى لا يجوز له العمل الغير المستأجر و الا فلا ضرر عليه و

بشرط ان يكون معلوما سليما عن الغرر و الجهاله لعموم ادلّه الشرط بعد كونه سائغا غير مناف لمقتضى العقد لان استحقاق المطالبه لا ينافى عدمها فلا مانع من التزامه الى امد معين بالشرط كشرط العتق فى البيع و قد يتوهم أنّه كشرط عدم البيع و الهبه لا- كشرط العتق او فى البيع من غير البائع و لو لا- الاجماع المحكى عن الغنيه و التذكره المعتضد بنفى الخلاف فى محكى المبسوط و التنقيح لم يكن الوهم بعيدا كما ذكرناه سابقا حيث جعلنا امثال ذلك من منافيات مقتضيات ماهيّة العقد الا ان يتمسك فى اخراج هذا من مقتضيات الماهيّة بما ثبت فى البيع من جواز التاجيل او يقال انّ المطالبه ليست من احكام العقد بل من احكام الملكيه فيتبع سببه فان كان سببه مطلقا كانت من احكامه و الا فلا و لا ريب ان شرط التاجيل يوجب اختصاص الملك الذى أنشأ بالعقد و صار مسيبا عنه بالملك الذى لا يتعقبه المطالبه الى راس الاصل و كيف كان و لا فرق فى صحّه التاجيل بين الاجاره الوارده على عين شخصيّة كهذه الدار او على كلّى فى الدّمه كسكنى دار موصوف او خدمه عبد كك و عن بعض العامه المنع عن الاخير قياسا بالسليم فانه لا يجوز شرط التاجيل فى ثمنه و هو باطل عند الاصحاب لأنّ الاجاره ليست سلما عندهم قال فى محكى التذكره لو قال سلمتك هذا الدينار فى دابه تحملنى الى موضع كذا لم يصح سلما و لا اجاره اجماعا و الظاهر رجوع دعوى الاجماع على عدم صحته سلما اذ لا مانع من انعقاده اجاره بناء على الموسعه فى صيغ العقود كما مر و كذا يصحّ الشرط و يلزم لو شرطها اى الاجره فى نجوم على نحو التقييد كما دلّ عليه خبر ابراهيم بن محمّد الهمداني الوارد فى بطلان الاجاره بموت الموجر و قد مرّ و اذا وقف الموجر على غيب فى الاجره سابق على القبض قبل العقد او بعده كان له الفسخ اذا تعذّر الابدال او المطالبه بالعرض اذا لم يتعذّر ان كانت الاجره كليه مضمومه فى الدّمه بلا خلاف فى شىء من الحكمين اذ الاول اعنى السيلطنه على الفسخ مع تعذّر الابدال فلتعذر التسليم و الانتظار الى امكان الابدال ضرر لفوات المقصود فى زمان الانتظار مضافا الى عدم الخلاف و الاتفاق المحكى و له الامساک بالارش على ما صرح به غير واحد منهم الشهيد فى المسالك و هذا مبنى على ثبوت الارش مطردا فى كلّ معيب فى البيع هو غيره و يأتى الكلام فيه فى الاجره الجزئيه المعيّنه و مع ذلك ففيه اشكال لان التعذر لا يقتضى تعيين الكليّه فى المعيب غايه الامر ثبوت الخيار له فان كان اجماع و الا كما هو المظنون

ص: ٨٦

فالمتمجه انّ له الخيار بين الفسخ و الامساک مجانا و اما ما قيل فى توجيهه من انّ الكلّ يتعين بتعين المالك و قبض المستحق كما فى الاخماس و الزكوات و الديون فاذا تعين ثبت له حكم العيب فى العوض و هو الارض ففيه مضافا الى المنع عن التعيين بمثل هذا القبض لناشئ عن اعتقاد مطابقتها لما فى الدّمه النقض بصوره تمكن الابدال التى صرحوا فيها بعدم الارش بل بعدم الخيار أيضا بل و ان كان له الابدال و اما الثانى و هو الابدال خاصه مع التمكّن فللتضرر أيضا مع عدم الخلاف كما هو الظاهر و ان كان محلا للإشكال لان مقتضى تعيين ما فى الدّمه فيه جريان حكم العوض فيه و هو الخيار بين الفسخ و الامساک دون الابدال و فى ثبوت الارش مع الامساک ما مرّ من ابتناؤه على كونه مطردا فى المعاوزات و ما يشبهها كالخلع و النكاح و بالجمله الفرق بين صورتى تعذر الابدال و التمكّن كما فى القواعد و غيره غير ظاهر الانطباق على القاعده لأنّ تعيين الكلى فى الفرد و ان كان مقتضيا لصيروره الفرد نفس العوض الواقع عليه العقد كان اللازم الالتزام بالارش فى الموضوعين بناء على ثبوته فى المعاوزات مط و الا كان اللازم الاقتصار على الخيار بين الفسخ و الامساک مجانا فيهما فلا وجه للأرش فى الاول و لا للإبدال فى الثانى و

قد يذب عن الاخير اعنى الابدال بان تعين ما فى الذمه يجرى مجرى العقود لأنه معاوضه فى المعنى فيلاحظ الفسخ فى الوفاء و مقتضاه السِّلْطَنه على الابدال بعود الكلى بعد الفسخ الى ما كان عليه قبله فيتعين ما ينافى فرد اخر و لا يلاحظ فى نفس العقد حتى لا- يكون له الابدال و فيه تكلف واضح ثم الظاهر فى الصورتين صيروره المعيب ملكا له بمجرد القبض لأن الابدال او الفسخ او الارش كلها ظاهره فى حصول الملك المتزلزل الجائز و حملها على الملك الظاهرى خروج عن المصطلح و تظهر الثمره فى التَّماء المتخلل بين القبض و الابدال او الفسخ

بقي شيء و هو ان التخيير بين الفسخ و المطالبه بالعوض

اي الابدال فى الاجره المضمومه على اطلاقه كما يقتضيه ظاهر الماتن غير صحيح و لذا حملنا وفاقا للشروح الفسخ على صورته التعذر و العوض على صورته التمكن و عن بعض نسخ الكتاب المصححه الواو بدل او و فيه لا اشكال اذ يحمل ح على صورته التمكن كما هو الغالب و يرد بالفسخ فسخ العين و يجعل قوله و المطالبه بالعوض بيانا و توضيحا للمراد بالفسخ او يحمل على صورته التعذر و يبقى الفسخ على ظاهره و لا- ضير الا ان الابدال ح موقوف على التراضى و الا فليس له الا الارش بناء على ما ذكره فى القواعد نعم يتم ذلك اي الابدال مع التعذر بناء على اختصاص الارش بالاجره المعينه و كيف كان فلا يخفى ما فى عبارته من الاعوجاج هذا كله اذا كانت الاجره كليته فى الذمه و ان كانت جزئيه معينه كان له الرد و الارش بلا خلاف ظاهر اما الرد فهو مقتضى خيار العيب المذى لا- اختصاص له بالبيع كما مر للضرر و اما الامساك مع الارش فلا دليل عليه سوى الاجماع لأنه خالف للقاعده ثبت فى البيع بالنص و الاجماع اذا ارش عبارته عن استرداد جزء من العوض فى مقابل صفه الصيحه و ادله الخيار لا تساعده حتى لو جعلنا صفه الصحه بمنزله الجزء على خلاف ساير الاوصاف لأن مقتضى الجزئيه بطلان المعامله بالنسبه الى ما يقابلها كما فى تبعض الصفقه و مقتضى البطلان بالنسبه الى تعيين الارش و عدم السِّلْطَنه على الامساك مجانا و عدم جواز التدارك من غير

ص: ٨٧

العوض الا- بمعاوضه جديده كما فى التبعض اذ يجب فيه رد عين الثمن بالنسبه و لا يجوز تدارك الجزء المفقود من غيره الا بمعامله جديده و رضا من ذى الخيار بحكم صفه الصيحه حكم تعبدى ثابت فى البيع خارج عن حكم الاوصاف من حيث عدم ثبوت الارش فيها و ثبوته فيه و اقتضاء فواتها الخيار ذكرت فى العقد او لم تذكر بخلاف ساير الاوصاف و خارج عن حكم الجزء أيضا لما عرفت من ان فوت الجزء لا- يجامع امساك الغير الفئات مقام العوض و لا تسلط من عليه الخيار اذا اختار ذو الخيار بالامساك مع التدارك على تداركه من غير عين ما يقابله من العوض فلا بد من التامل و النظر فى تحصيل الاجماع على اطراد الارش فى جميع المعاوزات اذ لا خصوصيه للإجاره من بينها و ان تقاربت من البيع و المذى يظهر من الاصحاب فى غير الباب الاطراد و قد صرح المصنّف بثبوته فى عوض الخلع و العلامه فى محكى القواعد فى عوض الهبه و عوض الخلع و مال الكتابه و كذا فى محكى التذكرة فى عوض الهبه على وجه الاستقراء دون الجزم و صرح فى محكى المسالك أيضا بثبوته فى المهر و فى محكى الروضه بثبوته فى الصيحه على وجه قوى فان حصل الاطمينان من هذه الفتاوى و نحوها مما يظهر للمتتبع فلا اشكال و اما فالمتجه الاقتصار فيه على خصوص البيع و من هنا اورد على بعض مشايخنا حيث قال بالارش فى بعض هذه المواضع و هو الاجاره و الخلع و الكتابه و الهبه و استشكل فى اخر كالمهر و قوى عدمه فى الثالث كالصيحه بان الاجماع على

التعدى ان كان ثابتا عنده فلا وجه للإشكال او تقويه العدم فى بعض الموارد و الّا فلا وجه للقول به فى الاخر قلت و هذا الايراد وارد على الشّهد الثّانى أيضا حيث عرفت أنّ ظاهره فى الصّيح التردّد و بناء الثبوت على وجه قوى و فى المهر و غيره الجزم و يمكن الاعتذار عنهما بعد اختيار الشّق الثّانى اعنى عدم ثبوت الاجماع على الأطراد كليّه على وجه يكون قاعده بان مقتضى قاعده نفى الضّرر ثبوته مط لكن يحتاج العمل بها الى الجابر فيدور القول به جزما او ظنا او ترددا مدار الجزم بالجابر و الظنّ به و التردّد و هذا هو الوجه لأينّ العلم بالإجماع على الكليّه دونه خرط القتاد و مخالفه من عرفت من الاصحاب فى المواضع الّتى صرّح به فيها جلهم أيضا مشكل بطريق الجمع هو القول به للضّرر فى الموضوع الّتى نصوا عليها دون غيرها لكن أنّما يتم هذا الاعتذار لو انتهض نفى الضّرر دليلا على اثبات الارش و فيه ما لا يخفى فإنّ اقتضاه ثبوت الخيار به دون الارش

بقي شيء و هو ان الارش فى غير المعاوضات لا بد ان يكون معنا

فالتخيير بينه و بين اخذ البدل من المثل او قيمه كما صرّحوا به فى تلك المواضع مشكل لأنه خروج عن قاعده الارش بناء على استناد التعدى منهم الى فهم المناط من ادلّه البيع و خروج أيضا عن قاعده نفى الضّرر بناء على ما ذكرنا من الوجه نعم صرّح المصنّف فى الكتابه بالخيار بين قبول المعيب و ابطال العتق المحكوم به قبل ظهور العيب و عن العلّامه الاشكال فى البطلان و كذا عن المحقّق الثّانى فى حاشيه الكتاب مع تقويه عدم البطلان و الظاهر أنّه لكون الكتابه عندهم تجرى مجرى المعاوضه بخلاف الخلع و النّكاح فلا سبيل على الفسخ فيهما و اما الخيار بين الامساك و الارش و البدل مع ما عرفت من الاشكال القاضى بتعيّن الارش فلعلّ وجهه ان المعيب لما لم يكن مقصودا لم يتعيّن عوضا و ان كان مضمونا كما لو خالغ على خل فبان خمرا فان المصنّف حكم فيه بصحّه الخلع و ضمانه بمثله خلا بناء منه

ص: ٨٨

على كون الخلل من المثليات و كذا الكلام فى المهر نعم مقتضى الضمان تدارك المالىه و الامساك بالارش أيضا طريق من طرق التّيدارك فمقتضى القاعده فى المقامات المذكوره ان يكون طريق التّدارك بيد القابض لان المعيب بمنزله التالف فيجب البدل قيمه او مثلا- و اما الارش فهو أيضا طريق التّيدارك مع الصّبر على المعيب فيكون الارش فى غير المعاوضه موافقا لقاعده ضمان اليد بعد ان كان العيب بمنزله تلف الجزء و اما فى مثل الاجاره و الصلح المعاوضى فهو مستفاد من دليله فى البيع كما استفادوا ضمان الثمن مع اختصاص الادلّه بالثمن و ممّا ذكرنا ظهران دعوى مخالفه ثبوت الارش للمهر للقاعده غير واضحه كما ان التردّد فى الصّيح دون الاجاره كما عرفت من الشّهد الثّانى أيضا فى غير محلّه لان الاجاره بيع حقيقه و ان كانت متعلّقه بالمنافع فيأتى فيها ما يأتى فى البيع حرفا بحرف و اما الصّيح و نحوه مما ليس هو من العقود الموضوعه للحيازه و اكتساب المال ففى الحاقه بالبيع نظر واضح من اختصاص الادله بالبيع و من تنقيح المناط فى المعاوضى منه لا مط و لو افلس المستاجر بالاجره او كان متعلّق الاجاره عينا جزئيه فسخ الموجر ان شاء و ان شاء شارك الغرماء و هذا يسمّى بخيار التّدليس و اصله فى البيع و قد دلّ عليه النصّ و الاجماع ففى النّبوى العروف عند الاصحاب اذا افلس الرّجل و وجه سلعته فهو احقّ بها و فى الصّيح عن الرّجل تركبه الدّيون فيوجد متاع رجل اخر عنده بعينه قال لا يخاصمه الغرماء و فى الاخير دلّاله على اختصاص الخيار بما بعد الحجر اذ ليس قبله مخاصمه للغرماء و كذا فى الاوّل بناء على ظهور الافلاس فى الممنوع من التصرف كما عليه اصطلاح الفقهاء و فيه تأمل الا ان الامر بعد الاجماع سهل أنّما الكلام فى التعدى منه الى الاجاره كما عن اساطين الفقهاء التّصريح به بل نفى غير

واحد من مشايخنا الخلاف فيه و لعل ذلك التنقيح المناط و الغاء خصوصيّه العين و يمكن ادخال اجاره العين الجزئيّه المعينه في المتاع و السلعه حقيقه او مسامحه و الحاق اجاره الكليّه كالمكارى يوجر دابته موصوفه بها بالإجماع المركّب و ان كان للنظر في كلّ من الملحق و الملحق به مجال لو لا الاجماع نعم لو افلس الموجر في هذا الفرض قبل تسليم العين و كانت الاجره باقيه دخل تحت الاخبار على قياس افلاس المسلم اليه في السلم مع بقاء الثمن لعدم اختصاصها بالبيع و لا بالبايع لعموم من وجد سلعته فيأتى في حق المشتري و في الموجر و يتمّ في افلاس المستاجر بالإجماع المركّب و لو افلس الموجر و كان متعلّق الاجاره العين الجزئيّه لم يكن للمستأجر خيار لسلامته من غير مزاحمه الديان كما لو باع المفلس قبل الحجر فان المبيع لا يتعلّق حق الديان به فلا وجه لخيار المشتري ح و كذا لو رهن شيئاً فإنّه للمرتهن سليماً عن حق الغرماء الّا فيما يفصل بعد الاداء نعم يتعلّق حق الديان بالعين المستاجر فلهم يبيعها مسلوبه المنفعه و لهم ادخالها في القسمة و لهم الصبر على انقضاء الاجاره قال بعض مشايخنا قدس سرّه هل يبقى الحجر مستمراً عليه الى انقضائها احتمال و الاقوى عدمه قلت ان اراد تمكّنه من التصرف في العين المستاجر على احتمال ضعيف وجه العدم انّ منع المفلس عن التصرف اذا كان لمراعاة حقّ الغرماء دار مدار مزاحمتهم فاذا فرض عدم تعرّضهم للعين فعلا- لا- عينا و لا قيمه كان تصرف المالك سالماً عن المانع و ليس لهم حبس العين بل لهم مجرد استيفاء حقّهم منها فاذا منعوا من الاستيفاء

ص: ٨٩

اختياراً او اضطرار العدم وجود المشتري و عدم قابليتها للقسمة لم يكن مانع عن تصرف المالك و وجه احتمال بقاء الحجر هو الاستصحاب و كون الانتظار الى زمان وجود المشتري أيضاً من مقدّمات الاستيفاء له لا اشكال في سلطنه الغرماء عليها و هذا اظهر و يحتمل قويا بل هو التعيّن ظاهراً ان يكون المراد ببقاء الحجر بقائه بالنسبه الى الاموال التي ستجدها المفلس على ان يكون محجوراً عن الاموال التي يصل اليها بعد الحجر أيضاً الى ان يحصل الاداء ثم يزول الحجر مع حكم الحاكم او بدونه على الخلاف و وجه التردّد ح هو ان احد الغرماء للعين المستأجره و تعيينها لهم بمنزله الاداء و ان تأخر بيعها فبمجرد اخذ العين بزوال الحجر سواء اخذوها و فاء عوض دينهم او اراد و ابيعها و استيفاء الدّين من تمنها و اما وجه بقاء الحجر فهو ان الزوال مشروط بالقسمة و الاداء الغير الحاصل في محلّ الفرض و الاقوى الزوال مع عدم بقاء دين يزيد عن مقابل العين المستاجر او اختصاص الحجر بالاموال الموجوده بناء على شرعيّه الاختصاص الحجر بالاموال الموجوده بناء على شرعيّه الاختصاص و لو بالتصريح و لو افلس المستاجر و كان متعلّق الاجاره عينا كلياً مضموناً قبل القبض ففي المسالك كان للموجر أيضاً الخيار و تبعه بعض مشايخنا قدس سرّه مستدلاً عليه بالاولويّه من اجاره العين الجزئيّه المسلمه و فيه منع الاولويّه كما لا يخفى و اما الضرر ففيه ان حق التحابس ثابت لكلّ من المتعاضين فللموجر الامتناع من تسليم العين حتّى تقبض الاجره فلا وجه لثبوت الخيار نعم لو كان بعد تسليمه العين و تلفها امكن الخيار للموجر كما عن التنقيح و الدروس فيما لو سلّم البيع و تعذر تسليم الثمن و يحتمل العدم كما في المسالك في مسأله خيار الاخير و عن جامع المقاصد لأصالة البراءه و لو كان متعلقها عينا كلياً مضموناً فان كانت الاجره باقيه ثبت للمستأجر خيار التفليس و ان كانت تالفه ففي ثبوت الخيار و عدمه للمستأجر وجهان مبنيان على الوجهين جمل القولين في التسليم و قيل هنا بعدم الخيار و لو قلنا به في السلم لأنّه ليس كالتسليم قلت و هو حسن لان ثبوته في التسليم مع عدم وجود راس المال ليس من جهة خيار التفليس بل لانقطاع المسلم فيه بناء على عدم الفرق بين الانقطاع الحاصل من عدم الوجود او من افلاس المسلم اليه و من منع من ثبوته مبنى على اختصاص دليل الخيار بالقسم الاول فلا وجه لتلبس المقام بالتسليم نعم يمكن

اثبات الخيار هنا لأجل تعذر التسليم بناء على عموم التعذر الناشئ من الحجر و لو كان الافلاس قبل اخذ الاجره فان كانت الاجره جزئيه تجبر المستاجر للضرر و ان كانت كليته مضمونه مثل المنفعه؟؟؟؟

الخيار لما ذكر و احتمال عدمه لمكان حق التحابس المانع عن ضرر لزوم العقد و لو كان على الدابه المستاجر حمل للتفليس قالوا و جب على الموجر بعد الفسخ ابقاء الحمل الى المامن مع الاجره مقدّما لها على حق الغرماء لأنها لمصلحتهم كأجره الكيل و الوزن و كذا لو كان المستاجر راكبا و جب ايصاله الى المامن حفظا له عن الهلكه كما عن ذلك و ربما عدل عن هذا التفليس الى ان هذا داخل في الانفاق الذي هو مقدّم على الغرماء لما في الاوّل من المنع لأنّ حفظ النفس نسبه الى جميع المكلفين على حدّ سواء و فيه نظر لان الانفاق أيضا أنّما هو لأجل حفظ النفس فينبغي ان لا يقدم على حق الغرماء و منه يظهر أنّه لو توقف حفظ المفلس على بدل مال قدم على الغرماء و لا يجب على الناس كنايه

ص: ٩٠

كمن لا مال له و لو كان اجره الوصول الى الما من بقدر الاجره المسّماه في الاجاره فعن التذكرة عدم الخارج للموجر و وجوب امضاء العقد عليه و هو قريب و ان انكره بعض مشايخنا و منها أيضا ما حاصله أنّه لو تعدد المامن و تساوت مصلحه و اجره مخير في السيلوك ايها شاء و ان كان الاولي مسلوك ما هو في متن العقد و ان تساوت مصلحه و اختلفت اجره تعين الاقل اجره و ان اختلفت المصلحه و تعارضت مصلحه المفلس و مصلحه الغرماء روعيت مصلحه المفلس الى غير ذلك من الفروع المذكوره في باب المفلس و من اراد الاطلاع فليراجعه و لا- فرق في الخيار بين وجود الكلّ و البعض كما صرح به غير واحد من غير ذكر خلاف و اشكال كالبيع فلو افلس بعد استيفاء بعض المنفعه او استوفاه بعد التفليس مخير في الباقي فان امضى ضرب بجميع الاجره مع الغرماء و ان فسخ ضرب من الاجره المسّماه بنسبه ما استوفى من المنفعه سواء فسخ في البعض اعمالا لخيار التفليس او فسخ في الكل للتبعض فأنه يقرب بالاجره المسّماه بالنسبه الى ما مضى لا اجره مثله لان فسخ الاجاره بعد استيفاء بعض المنافع يوجب الرجوع الى الاجره بالنسبه و ان كان مقتضى المقايسه الى البيع رجوع المستاجر الى قيمه المنفعه المستوفاه لو فسخ الكل و لعله للامتناع دخول المستوفاه في ملك الفاسخ بعد الفناء و الانعدام بخلاف العين التالفه فأنها يملكها و هي معدومه لكون الزمان ظرفا لوجودها و مقوما لوجود المنفعه فاستحيل فرض الملك في المنفعه دون العين و ان كان للنظر فيه مجال

[لا يجوز ان يوجر المسكن و لا الخان باكثر ممّا استاجر]

و لا يجوز ان يوجر المسكن و لا الخاز و لا الاخير بالفسخ باكثر ممّا استاجر الا ان يوجر بغير جنس الاجره او يحدث ما يقابل اما عدم جواز المسكن فيدلّ عليها روايات منها خبر ابي الزبيح الشّامي عن ابي عبد الله ع قال سألته عن الرّجل يتقبل الارض من الدّهاقين ثم يوجرها باكثر مما استاجرها فقال لا باس هذا ليس كالحانوت و لا مثل الاجير ان فضل الاجير و الحانوت حرام و منها خبر ابراهيم بن ميمون ان ابراهيم بن المثنى سال ابا عبد الله ع و هو يسمع عن الارض يستأجرها الرّجل ثم يؤجرها باكثر من ذلك قال ع ليس به باس ان الارض ليست بمنزله الاجير و البيت انّ فضل البيت حرام و فضل الاجير حرام الخبر و في اخبار الاستثناء الآتيه أيضا دلالة على المدعى و في حسنه الحلبي في الرّجل يستأجر الدّار ثم يوجرها باكثر ممّا استاجرها قال لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئا اوردها في محكى جامع المقاصد بابدال الدّار بالعين قيل البيت جزء من الدّار لأنها اسم لمجموع

البناء و العرصه و هو اسم لخصوص البناء و الحانوت على ما عن القاموس فى ماده حنت و كان الخمار او مطلق الدكان كما ذكره فى مادّه حنوت و الاجير و أنّما عبر المص بالمسكن مع عدم وجوده فى الاخبار بينها على المناط المستنبط من الحانوت و الدّار و كان عليه ان لا يذكر الخان بعد المسكن اذ لا فائده فى ذكر الخاصّ بعد المقام هنا و لعلّه لدفع انصراف المسكن الى الدار و يشكل فى التّعدى اليه فى الحكم المخالف للأصول و ان قيل بانه لا اشكال فيه و عن ظاهر الرّسائل التّعدى الى الرّحى أيضا للخبر فى الاكراه ان استاجر رعى وحدها ثم اوجرها باكثر مما استاجرتها الا ان احدث فيها جدتا و نحوه غيره الحسن او الصّحيح نعم لا باس بالكراهه تسامحا و كذا يشكل التّعدى الى السّفينه و ان دلّ عليه الخبر لا باس ان يستأجر الرّجل الارض و السّفينه ثم يؤاجرها باكثر ما استاجرها به اذا

ص: ٩١

اصح شيئا لان الباس المدلول عليه بالمفهوم ليس له ظهور فى الحرمة و اقتترانه مع الدار معارض باقتترانه مع الارض التى حكمها على المشهور الكراهيه و اما ما عدا الامور المذكوره فان كانت العين المستاجر ارضا فالأخبار فيها متعارضه و طريق الجمع هو الحمل على الكراهه لا الجواز فيدلّ عليه ما مرّ من الاخبار و غيرها و اما الكراهه فللّنهى عنه فى روايات منها روايه إسماعيل بن فضل الهاشمى عن ابى عبد الله ع قال سألت عن الرّجل استاجر من السّيلطان من ارض الخراج بدرهم مسماه او بطعام مسّى ثم اجرها و شرط لمن يزرعها ان يقاسمه التّصف او أقلّ من ذلك او اكثر و له فى الارض بعد ذلك فضل أ يصلح له ذلك قال ع نعم اذا حضر لهم نهرا او عمل لهم شيئا بعينهم بذلك فله ذلك و لا يقدر فى دلالتها المنع مع اختلاف جنس الاجره او مغايره المزارعه للإجاره و هو غير ما نحن فيه اعنى الكراهه مع اتّحاد الجنس لا لأنها عليه بالفحوى و الاجماع ظاهرا على انه اذا كره مع الاختلاف لم كره مع الاتّحاد قال و سألت عن الرّجل استاجر ارضا من ارض الخراج بدرهم مسماه او بطعام معلوم فلو اجرها قطعه قطعه او جريبا جريبا بشىء معلوم فيكون له فضل فيما استاجر من السّيلطان و لا ينفق شيئا او يؤاجر تلك الارض قطعا على ان يعطيهم البذر و المنفعه فيكون له فى ذلك فضل على اجارته و له تره الارض او ليست له فقال ع اذا استاجرت ارضا فانفقت فيها شيئا او رسمت فيها فلا باس و فى خبر الحلبي قلت لأبى عبد الله ع أتقبل الارض بالثلث و الرّبع فاقبلها بالتّصف قال لا باس قلت فاقبلها بالف درهم فاقبلها بالفين قال لا يجوز قلت لم قال لأنّ هذا مضمون و فى خبر اسحاق بن عمار عنه ع اذا تقبلت ارضا بذهب او فضّه فلا تقبلها باكثر مما تقبلها به و ان تقبلتها بالتّصف و التّثلث فلك ان تقبلها باكثر ممّا تقبلها به لأنّ الدّهب و الفضه مضمونان و نحوه المروى عن الفقيه عن ابى بصير مبدّلا فيه مضمونان بمصمتان بالصّياد المهمله كذا قيل و الظاهر انه اشتباه بل فيه بدل مضمونان مضمونان بالضاد المعجمه و لعلّه انكر استعمال سمن فتعين ان يكون بالضاد و فيه نظر و كيف كان فهى واضحه الدلاله على عدم جواز طلب الفضل فى اجاره الارض مع عدم احداث الحدث و قد عرفت أيضا فى روايته الفقيه اشتراط الزّيادة فى اجاره الارض بالاصلاح و فى غيرها أيضا دلالة على المنع كما لا يخفى على المراجع الى الاخبار و اما غير الارض و غير الامور المذكوره فى المتن فقد عرفت فى خصوص الرّحى و السّفينه ما عرفت و اما غيرهما من ساير الاعيان فليس فى الاخبار عموم يشملها الا ان يستنبط منها و مما ورد فى تقبل الاجير مناظ مطرد و هو غير بعيد خصوصا و الحكم الكراهه و سيما بعد صدق الرّبا على مطلق الزّيادة لعه و ان لم يصدق عليها فى لسان الفقهاء بل يأتى تاويل جماعه من الاعيان فى المنع عن طلب الزّيادة على نواهى الرّبا و ان كان ضعيفا مضعفا كما يأتى و اما كلمات الاصحاب فلم اجد فيها على نصّ فى المسأله نعم فى الرّياض أنّ الظاهر عدم الفرق بين الارض و غيرها من الاعيان تحريما و كراهه بين الفريقين و فى جواهر الكلام أيضا

نقل القولين اعنى التحريم و الكراهه فى الارض و غيرها و فى القواعد جعل العنوان فى اجاره العين باكثر مما استاجر و عن الفرقه الثالثه اعنى القائلين بالجواز من غير تصريح بالكراهه أيضا عدم الفرق بينهما و مع ذلك فى وجود القول بالكراهه فى غير الارض بين الاصحاب اشكال لان الظاهر كون مرادهم بالغير خصوص الاعيان الوارده فى النص اعنى المسكن و الحانوت و نحوهما مما تقدم لا مطلق الاعيان فلا وجه للقول بالمنع حرمة او

ص: ٩٢

كراهه فى مثل الثوب و الدابه مع عدم الاطلاق فى شىء من النصوص و استبعاد القول بالحرمة فيهما و نحوهما بحمل كلام المانعين فى؟؟؟؟ المسكن و الخانوت على المثال كما هو مقتضى ما فى الرياض من استظهار عدم فرق الفريقين فى بين الارض و غيرها و الامر فى الكراهه سهل كما لا يخفى و انما الثمره تطهر فى الحرمة اذ الظاهر ان حكم اجاره الدابه مثلا باكثر مما استاجر عند الاصحاب واحد و هو الجواز و لا يأتى فيه النزاع فى الحرمة و الكراهه و دعوى اختصاص الاولى الى الحرمة بغيرها و اما الكراهه فهى ثابتة فيها أيضا عند القائلين بها فمشكله بل فاسده فافهم و تدبر بقى شىء و هو ان مقتضى خبر الحلبي و ما بعده اختصاص النهى بالاجاره و عدم ثبوته فى المزارعه لان تقبيل الارض بالاجره المضمونه هى الاجاره كما ان استجارها بنصف الحاصل او الثلث او غيرهما هى المزارعه فيكون مفاد هذه الاخبار ان طلب الفضل بالمزارعه جائز و بالاجاره غير جائز و الظاهر ان هذا خرق للإجماع المركب لان المقابله بالبيع او الجواز سوى الشيخ فى محكى النهايه و القاضى فى محكى الكامل لم يفرقوا بين المزارعه و الاجاره و تفضى عنه بعض مشايخنا قده بتاكيد الكراهه فى الاجاره و عدمه فى المزارعه لان الخبر الاول اعنى خبر الهاشمى يستفاد منه المنع عن الزيادة فى الارض مط و لو مزارعه كما لا يخفى و هو حسن على القول بجواز طلب الزيادة فى الارض بعد ملاحظه ثلث طوائف من الاخبار يظهر ذلك احديها ما دل على جواز طلب الزيادة فى الارض كالأخبار المتقدمه فى حرمة فضل المسكن و الاجر المصرحه بان الارض ليس مثلها و ثانيها ما دل على المنع عن طلب الزيادة حتى بالمزارعه كخبر الهاشمى و ثالثها ما فرق فيه بين الاجاره و المزارعه بالمنع عن الاول و الجواز فى الثانى فبعد قسم نسبتها الى بعض يظهر الفرق بينهما فى التاكيد لكن فيه ان ظاهر الاصحاب كلاً على خلافه لأن طلب الزيادة فى الارض جواز او منعا حرمة او كراهه لا يتفاوت فيه بين ان يكون الزيادة بعقد الاجاره التى هى تمليك المنفعه بعوض معين مضمون او غير مضمون او بعقد المزارعه التى هى تمليك لها بحصه مشاعه من الحاصل و ثانياً ان الفرق بين الكراهه الشديده و الخفيفه بالرخصه و المنع فى غايه البعد و الاستنكار و ان ارتكبه الاصحاب فى كثير من المكروهات مع ان الفرق بين الاجاره و المزارعه بضمان الاجره و عدمه فى الخبر الذى هو مستند الفرق يقتضى الحاق الصلح بالاجاره اذا كان مال المصالحه شيئاً مضموناً و لا الظن قائلاً به الا ان يجمع اللاحق لان غايه ما يقتضيه العله المنصوصه التعدى من الذهب و الفضة ان كل مضمون دون التعدى من الاجاره الى عقد اخر بل اشكل بعض التعدى من الارض الى غيرها من الاعيان كما يأتى فى ادله المانعين فكيف يجوز الحاق الصلح بالاجاره و لعله لأجل ما ذكرنا كلاً او بعضاً اول سيد شيوخنا فى الرياض خبر الحلبي و ما بعده مما اشتمل على التعليل المذكور و الفرق المزبور الى ما هو فى غايه الركاهه حيث قال ان المراد به الفرق بين قسمي المزارعه فان كانت بالذهب و الفضة اى باجره مضمونه خارجه عن الحصه المشاعه بطلت لان شرط المزارعه ان تكون العوض منها مشاعه و الا- صحت قال و لو لا- هذا الاحتمال لدخلت هذه الزوايات فى الشواذ اذ لم يفترق احد بين الذهب و الفضة و غيرهما قلت اولاً- ان الفرق بينهما و بين غيرهما مذهب المفيد و الشيخ و ابن البراج فى محكى

المقنعه و التّهاييه و الكامل كما يأتى إن شاء الله تعالى و لعلّه لم يعتدّ بها لان الرّوايات الشاذه المطروحه ما منها الّا و به عامل او عاملان من الفقهاء و ثانيا أنّ صريح الاخبار المذكوره الفرق بين المضمون و الحصّه جواز او منعا و اين هذا من الفرق بين قسمتى المزارعه صحّه و فساد او ثالثا أنّ صريح الاخبار جواز التّقبل بالذّهب و الفضة و ان الممنوع هو التّقبل بازيد فلو كان المراد ما ذكر لما جاز التّقبل الاوّل و لا- التّقبل بالمساوى و رابعا انه مبنيّ على اصل زعمه صحيحا و ليس ككك لأنّ بطلان المزارعه اذا كانت الاجره مضمونه لا- محصل له الّا اذا رجع الى بطلان النيه او بطلان الصّيغه لان حقيقه المزارعه عباره عن تملك منفعه الارض زرعاً و اى مانع من ذلك اذا كان العوض مسمّى و لذا لا اشكال فى صحّه اجاره الارض للزرع كان يقول اجرتها للزرع الى مدّه كذا باجره كذا فلو منع عن صحّه زارعتك الارض بكذا درهما مع قصد الاجاره كان مبينا على المضايقه فى صيغه الاجاره كما أنّه لو منع عن الاوّل كان راجعا الى تسميته مزارعه و الّا فلا تعقل بين الاجاره و المزارعه فرقا يرجع الى الحقيقه سوى العموم و الخصوص المطلقين فان كلّ مزارعه اجاره لكنّها ممتازه باغتفار الجهاله و الغرر فى العوض فيها للتّص و الاجماع و ليس كل اجاره مزارعه و اما ما تقرر فى المزارعه من البطلان اذا لم تكن الاجره مشاعه فالمراد به الاحتراز عن غير مشاع فانّ المزارعه على هذا الوجه باطل لخروجه عن محلّ التّص و الاجماع و خصوص بعض الاخبار لا أنّه لو قال اجرتك الارض للزرع كذا درهما كان باطلا نعم لا مضايقه فى عدم تسميه مزارعه فان اراد بالبطلان مع ضمان الاجره بطلان ذلك و فساده راسا فيه ما لا يخفى و ان اراد بطلان التّسميه اذ لا يقال له المزارعه فهو سهل و ان اراد انه لو قال زارعتك بكذا درهما فهو باطل لعدم وقوع الاجاره الّا باجرتك فهو على فرض صحّه امر لا ربط له بما ذكره فى باب المزارعه بل اللّازم بنائه على المضايقه فى صيغه الاجاره و ان ارادوا انه فاسد و لو قلنا بالتّوسعه فى صيغه الاجاره بالتّسبه الى مثل ذلك نظرا الى الاخبار كما هو الظّاهر او الصّريح من كلامه فيه ما عرفت من النظر و المنع فالانصاف ان الفرق بين المضمون و غيره فى الرّوايات على القول بكراهه الفضل فى الارض دون الحرمة لا- معنى محصّل له سوى ما عرفت من بعض مشايخنا و ان كان محلاً لما مرّ من المناقشات الّا أنّ التفصي عنها ليس الّا بذلك الاشكال كما هو ظاهر لمن تأمل و فهم و اما على القول بالحرمة فالفرق بين الاجاره و المزارعه بالتاكيد و عدمه لا- معنى له فان امكن الفرق بينهما بالحرمة فى الاولى و الجواز فى الثّانى كما هو المحكى عن التّهاييه و الكامل حيث نقل منهما ما يقرب من مضمون هذه الاخبار فهو المعين و ان كان خرقاً للاجماع كانت مطروحه فتلخص ممّا ذكرنا فى المسأله ان الاقوى بالنظر الى الادلّه المنع فى المسكن و الحانوت و نحوهما و الكراهه فى الارض شدّه و ضعفا باختلاف التّقييل اجاره او مزارعه و هذا ظاهر المصنّف حيث صرّح فى المزارعه بكراهه اجاره الارض بالاكثر و المحكى عن المقنع و المقنعه و التّهاييه و غايه المراد و الكفايه و الرّياض و مختار بعض مشايخنا و شيخنا الاستاد العلامة رفع الله مقامه بل فى المدارك كما عن المفاتيح نسبتبه الى اكثر الاصحاب لكن الظّاهر رجوع التّسبه الى العقد السّلبى خاصّه اعنى الحرمة فى المسكن و الخان و الاجير لا الى العقد الايجابى أيضا اعنى الكراهه

فى الارض لان المذكور فى الباب ليس الا الحرمة المذكوره و اما الكراهه فى الارض فقد ذكر المصنّف فى المزارعه و اختار فى المسالك هناك فلا وجه لرجوع التّيه الى القول بالتّفصيل كما زعم و اما غير الارض من ساير الاعيان فقد عرفت الحال فيها فتوى و روايه و محصّل ما ذكرنا فيها ان جمله من العلماء صرّحوا بتسويه الارض و غيرها حرمة او كراهه كما عرفت و تعرف الا

ان الظاهر ارادتهم بغير الارض خصوص الاعيان الواردة فى النَّصوص اعنى المسكن و اخواته لا ما يعمها و الدابه و نحوها اذ لو سلّمنا المساواه بينها و بين غيرها فى الكراهه عندهم فلا نسلّمها فى الحرمة و كيف كان فى قبال التفصيل المختار فى اصل المسأله اقوال اخر منها الكراهه مط فى الارض و غيرها الا انك عرفت ما فى عموم غير الارض فى كلماتهم للأخير و هذا خيره العلماءه فى محكى المختلف و الشّهيدين و المحقّق الثّانى بل كل من نصّ على الجواز دون الكراهه كما عن جامع الشرائع و التذكره و القواعد و الايضاح و حاشيه الارشاد للفخر و الحواشى و اللّمعه و التنقيح و المسالك و الرّوضه و مجمع البرهان و المفاتيح أراد هذا القول اذ المراد بالجواز هنا مقابل المنع دون الكراهه لعدم الخلاف فى المرجوحه ظاهرًا حرمة او كراهه و العجب من مفتاح الكراهه حيث عدّ كلًّا من القول بالجواز و الكراهه قولًا براسه و انكر من نسبها الى من اقتصر على الجواز و عن التّذكره نسبة القول المذكور الى الاكثرو فى الرّياض الى الأشهر بين المتأخرين بل لعلّه عليه عامتهم و عن كشف الرّموز التّصريح بالكراهه فى خصوص الارض و ان عليه الفتوى و كذا عن إيضاح النّافع و على تقدير عدم القول بالفصل بين الارض و غيرها كما يأتى أنّه صريح جمع و ظاهر آخرين يكونان من من القائلين بالجواز مط و كذا كل من صرّح بها فى خصوص الارض و سكت عن غيرها و اما من تقدّم عن العلماءه فعن المختلف حكايته عن والده و الدّيلمى فى رسالته و المقيد و قد عرفت ان المحكى عن منفعتة هو القول الاوّل بل فى مفتاح الكراهه انه لم يصرّح بالجواز قبل العلماءه سوى ابن ادريس و يدلّ عليه الاصل و العمومات بعد حمل الاخبار المانع عن الكراهه مراعاة للقاعده مهما امكن كما هو عاده المحقّق الثّانى و غيره من المتأخرين و زاد عليه فى المسالك الاستدلال بالجمع بين الاخبار بناء على تعارضها بل قال و فى بعضها تصريح على الكراهه و لعلّه اراد ما رادوه فى محكى التذكره و المختلف و الايضاح و جامع المقاصد من حسنه ابى المعر المقدّمه الصّريحه فى جواز الزّيادة فى الارض دون الحانوت و الاجير فانها كغيرها من الاخبار الماضيه المفصّله بين الارض و البيت و الاجير صريحه فى جواز اجاره الارض بالاكثر فيحمل ما دلّ من الاخبار السّابقه المانع منه على الكراهه جمعا لكن فيها تصريح بعدم جوازه فى البيت و الاجير و الحانوت فكيف يتمّ كون بها على الجواز المطلق و احتمال الغفله و هذه فى حقّهم بعيد جدّا و الّذى يظهر اعتقادهم عدم القول بالفصل بين الارض و الحانوت و ساير المذكورات كما هو صريح الرّياض استظهارا و ظاهر المسالك فى الباب و باب المزارعه حيث حرر الخلاف فى الارض و غيرها الّذى رجحناه بحسب الاخبار الى من عرفت بل يشكل اختياره أيضا و ان كان ارجح و لذا قال فى الرّياض ان التفصيل اوجه لو لم يكن مخالفا للإجماع و ليس باجماع قلت صريح الشيخين فى محكى المقنعه و النّهايه التفصيل لأنهما منعا

ص: ٩٥

فى المسكن و جوازه فى الارض و هذا المقدار من الفتوى يكفى فى صلاح الزّوايات للعمل و خروجها عن الشّواذ فلا ضروره الى الخروج عن ظاهر لفظ حرام فيها و حمله على الكراهه الشّديده و حمل الجواز فى الارض على ما؟؟؟؟ صحيفا للتفصيل القاطع للشّركه كما يجب بناء على الجواز مط فان القائلين به نظرهم الى ذلك بعد ما زعموا عدم القول بالفصل او استصعبوا الخروج عن الاصول و العمومات مهما كان المخرج قابلا للتأويل فهم على اصولهم و نحن على اصولنا من الخروج بعد وجود الدّليل و قد يستدلّ فى الرّياض بحسنه الحلبي الماضيه و نحوها ممّا منع فيه من تقبيل الارض باكثر ما تقبل اذا كان التقبيل بالذّهب و الفضة لأنهما مضمونان مع جوازه اذا كان بالحصّه بناء على ما فسّره فى الرّياض من ان المراد هو الفرق بين قسمي المزارعه و أنّها اذا كانت بالحصّه و اذا كانت باجره معيّنه غير الحصّه فسدت لأنّ شرط المزارعه ان تكون الاجره هى الحصه

فالفساد أنّما هو لأجل إيقاع المزارعه بغير الحصّه لا- لأجل كونها بالا- كثر و أنّما ذكر الاكثر جريا على العاده لأنّها على طلب الزيادة فى التقبيل بعد القبول فاذا جازت الزيادة فى المزارعه بالحصّه جاز بغيرها لعدم القول بالفصل هذا ملخص ما فى الرياض و يرد عليه اولاً- ما مرّ من المناقشات فى اصل هذا التفسير فراجع التى لو لم توجب احتمال الروايات فلا أقلّ من ايراث الزهن و الضّعف فى الدّلاله و اخراجها عن قابليّه المقاومه للأخبار الصّريحه فى البيت فى المنع و الاجير و الحانوت و الاخبار الظّاهره فى ذلك فى الارض كما مرّ و يأتى و ثانيا ان موردها خصوص الارض فلا تعارض لاخبار المسكن و الخانوت و دعوى الاجماع المركّب قد عرفت فسادها لوجود الفصل كما مرّ و دعوى التعدى من جهه العله المنصوصه حيث دلّت على الجواز يعنى ما كانت الاجره غير مضمونه كما فى الارض و اضحه الفساد لان العله المنصوصه أنّما هى لعدم الجواز اذا كانت الاجره مضمونه لا الجواز اذا كانت مضمونه بغير المزارعه او بها بالحصّه بقى شىء و هو ان المحقّق و الشّهيد الثّانين زعما صراحه لبعض الاخبار فى الكراهه و لم نعثر عليها سوى ما مرّ فى روايه الرّحى انى لا- كره ان استاجر رحا ثم او اجرها باكثر ممّا استاجرتها به الا ان يحدث فيها حدثا و فيه منع دلالة الكراهه على المعنى المصطلح مضافا الى اختصاصها بالرّحى فلا تجدى فى المذكورات الا بعد الاجماع المركّب الممنوع مع عدم تنقيح سندها و سوى محسنه الحلبي المتقدمه فى الرّجل يستاجر الدار ثم يوجرها باكثر ما استاجرها قال لا يصلح الا ان يحدث حدثا بناء على ظهور لا يصلح فى الكراهه و فيه أيضا ما لا يخفى من المنع غايه الامر عدم ظهورها فى الحرمة و هو غير الظهور فى الكراهه و منها عدم الجواز مط فى الارض و غيرها و هو مذهب العلّامه فى محكى التّحرير و الارشاد فصار له ثلاثه اقوال الجواز كما عن التذكره و المنع كما عن الارشاد و التّحرير و التردّد كما فى القواعد و الظّاهر ان هذا القول مشهور بين القدماء و قد نسبه فى جامع المقاصد الى اكثر الاصحاب و ادعى عليه الاجماع السيّد ان فى محكى الانتصار و الغنيه و نسبه فى محكى المختلف و الايضاح و الحواشى الى الشيخين و المرتضى و سلّار و الصّيدوق فى المقنع و ابى الصّيلاح و ابن البراج فى المهذب لكن لا قد عرفت أنّ ظاهر المقنعه فى باب الاجاره و المزارعه هو القول الأوّل و مذهب الشيخ فى التّهايه و ابن البراج فى محكى الكامل

ص: ٩٦

هو مضمون روايات التفصيل فى الارض بين الذهب و الفضة و غيرهما و كيف كان فالمتبع هو الدليل و قد تقدّم قبل الشروع فى نقل الاقوال فصل الاجاره حيث اوردنا ما دلّ على المنع فى المسكن و الاجير و ما دلّ على المنع فى خصوص الارض و تقدّم الجواب عنها أيضا و اتمّ ما يدلّ على المنع فيهما و فى غيرهما أيضا بناء على دخوله فى محلّ التّزاع فلم اظفر به سوى أنّه ربما يستدلّ عليه بحسنه الحلبي و خبر اسحاق و نحوهما ما دلّ على الفرق بين التقبيل بالذهب و الفضة و التقبيل بالفضه سائغ فى الأوّل لكونهما مضمونين فأنّها و ان وردت فى خصوص الارض لكن مقتضى العله المنصوصه التعدى الى غيرها و فيه اولاً الا انها بظواهرها من الشّواذ التى يجب الاعراض عنها كما فى الرياض لعدم القول بالفرق بين الاجره المضمومه و الحصه فى اجاره الارض بالا- كثر و ان قال به الشّيخ فى محكى التّهايه و ابن البراج فى محكى الكامل كما عرفت و ثانيا أنّ مقتضى العله المنصوصه التعدى عن الذهب و الفضة الى كل اجره مضمونه لا التعدى عن الارض الى غيرها ثم بعد تسليم دلالتها على الكليه او تسليم دلالة غيرها من الاخبار عليها يجب الخروج عنها بالمعتبره المصرحه بالجواز فى الارض و أنّها لیت مثل الحانوت و الاخر تخصيصا و لقد اغرب الاصحاب كلا- او بعضا حيث استدّلوا بروايات الارض على المنع مع أنّها معاوضه بالمستفيضه المصرحه بالجواز كما مرّ و لقد اتعب نفسه فى مفتاح الكرامه فى اكنار الادله على هذا القول و لماهيات فيها بشىء فى مقابل

النصوص الجواز و منها قول الشيخ في محكي التهايه و ابن البراج في محكي الكامل بل المفيد على كراهه و هو الفرق في خصوص الارض بين المزارعه و الاجاره بالذهب و الفضه كما مرّ عملاً بالاخبار المذكوره المعلله لفساد الثاني بان الذهب و الفضه مضمومان و في غير الارض بالمنع و هذا القول امتن الاقوال دليلاً- و به يجمع بين جمع الروايات حتى الروايات الاولى الفارقه بين الحانوت و المسكن و الاجير و بين الارض بالمنع في الاولى و الجواز في الارض بحمل الاخير على المزارعه و دعوى انه لو كان المراد ذلك كان المناسب او اللازم بيانه بعد ما عبر في غير الارض بلفظ الاجاره دون الاطلاق الشامل للاجاره الظاهره منها واصله الاندفاع اما اولاً فلان الكلام مسوق للفرق بين المسكن و اخواته و بين الارض في المنع و الجواز لا يناسب تفصيل احوال الارض بعد فرض عدم فرض تعلق الغرض بها و ثانياً ان هذه الاخبار تكون شاهداً على التعبد و به يجمع بين جمع روايات الباب لان بعضها دلّت على عدم جواز الفصل في الارض مطلقاً من غير تعرض لكونه بالاجاره او بالمزارعه كالسؤال الثاني في خبر الهاشمي و خبر السيفيه و بعضها دلّت على الجواز كك هذه الاخبار المفضله بين المسكن و اخواته و بين الارض و نحوهما و بعضها صريح في المنع في خصوص المزارعه كالسؤال الاول في ذلك الخبر و غيرها و بعضها صريح في جوازه بالمزارعه كهذه الاخبار المعلله بان الذهب و الفضه مضمونان و طريق الجمع هو تقييد اطلاق كل من المجوز و المانع بهذه الاخبار المفضله بين الاجاره و المزارعه و حمل الصريح في منع المزارعه أيضاً على الكراهه و على كل حال يبقى اخبار المسكن و الاجير على ظاهرها من الحرمة فان جاز الاكتفاء بالنهايه و الكامل في العمل بالروايه تعين هذا القول و الا فالمعين ما اختاره لأنه اقرب طرق الجمع بعد ذلك و الوجه ما عرفت قبل الدخول في نقل الاقوال

ص: ٩٧

و الثمره بين الطريقتين تظهر في فضل الارض بالاجاره دون المزارعه فعلى هذا الطريق و على طريقنا يجوز اذ بعد سقوط هذه الروايات المفضله بين الاجاره و المزارعه اما لاجمالها لما عرفت من الاختلاف في تفسيرها او شذوذها يتعين الجمع بين اخبار المنع المطلق و الجواز المطلق بالجمع على الكراهه مط اجاره و مزارعه لأنه لا- يحتاج الى شاهد خارجي و حمل المانع عن خصوص المزارعه على شدة الكراهه و قال بعض ان هذا الجمع اولي ممّا ذكرنا و فيه نظر لأنه ان اراد ذلك مع قطع النظر عن عدم القول بالفصل فقد عرفت ما فيه من المنع و ان اراده بعد ملاحظه ذلك فهو متعين لا انه اولي و كذا لو اعتذر عنه بان الجمع الاول و ان كان اولي الا ان في الخروج عن الاصول و العمومات به جرأه عظيمه اذ مخالفه الاصول و العمومات امر سائغ الا في بعض المقامات التي يتعين فيها الاعراض عن المخرج فان كان المقام منها تعين الجمع المذكور لا انه اولي و الا تعين الاول و الامر سهل بعد وضوح المراد و اصابه الحقّ و منها المحكي عن ابن جنيد من المنع اذا كان مال الاجاره ربويًا اما لصدق الوفاء او لفهم خصوص ذلك من اخبار الذهب و الفضه و الفرق بينهما و بين الحصه و الوجه ما نقل عن كثير من المانعين أيضاً الاستناد اليه في المنع المطلق و رماء المتأخرون بقوس واحد لان هذا ليس من الرباء في المعاضه و انما هو رباء لغه و لا عبره به و اما الوجه الثاني فهو اوضح سقوطاً بل الظاهر ان الذهب و الفضه كناية عن مطلق العين المضمونه في مقابل الحصه تشمل الربوي و غيره هذا كله في المسكن و البيت و الحانوت و الارض و اما اجاره الاجير ثانياً باكثر ممّا استاجر فلم اجد للأصحاب عليه نصاً و لا غير نصّ غير المصنّف في الكتاب نعم ذكروا مسأله تقبل عملاً غيره باكثر او مساوي و اختلفوا فيها و ذكرها المصنّف فيما بعد أيضاً فان اراد المصنّف من اجاره الاجير هنا ذلك فيأتى الكلام فيه إن شاء الله و يأتي الخلاف فيه جداً الا انه لا يلائم العبارة من وجوه لا تخفى و ان اراد ما هو من سنخ المسأله كما شرحنا العبارة عليه ففيه اشكال لو كان حكم غير المذكورات مثل الدّابه و

الثوب غير حكمها عند الاصحاب و قد تكلمنا ما عندنا في ذلك اذ اخبار حرمه فضل الاجير المتقدمه ليست صريحه و لا ظاهره بل الظاهر من ملاحظه اخبار تقبيل العمل الآتيه رجوع حرمه الفضل في هذه الاخبار اليها مع ان الظاهر بين الاخبار هنا كونها من باب الاضافه الى الفاعل اى التقبيل المذموم يأخذ الاجير لا كونها بتقدير فى بتكلف اى التقبيل المذموم يأخذ من طرف الاجير و ان كان قرينه ذكره فى سياق تقبيل البيت و الحانوت قاضيه به اللهم الا ان يجعل الاجير كاشفه و الحانوت من ملحقات المسكن بحكم هذا الاخبار هذا كله فى المستثنى منه و اما المستثنى فلا اشكال فى الثانى اعنى الجواز مع احداث الحدث نصا و فتوى كما مرّ و الاخبار الداله عليه و هل يدخل فى الحدث الكنس و التنظيف و الغسل و نحوها عن العامه لا لما سبق على المنع و يشكل ذلك على اصولهم لان وجه المنع عندهم على ما نقله فى التذكرة نهى النبى صلى الله عليه و آله من ربح ما لم يضمن لان الموجر لم يضمن المنفعه فلا يجوز اخذ الربح منها الا بعد العمل فيكون فى مقابله لا فى مقابل المنفعه و الكنس و امثاله مما يصح جعل الربح

ص: ٩٨

الزائد فى مقابله و كذا يشكل بناء على كون الوجه هو الزبأ على ما عزى الى اصحابنا المانعين ضروره كفايه مطلق الشىء المتمم فى الاخراج عن الربا و اما بناء على القيد الثابت من الاخبار الآتيه فالوجه فيه انصراف العمل الى غيرها و فيه أيضا نظر و الانتصار بها غير بعيد و اما الاول اعنى الجواز مع اختلاف المجلس فقد نسبه فى مع صد الى الشيخين و عن لف و ح و غايه المراد نسبه الى القدماء قال فى محكى الايضاح فان الشيخان و المرتضى و سلالر و الصدوق و المقنع و ابو الصلاح و ابن البراج فى ب بالمنع مع اتحاد الجنس و منعه ابن الجنيدي فى الزبوى و نحوه عن لف لكن فى مفتاح لكرامه انه لم يصرح به الا السيد ان قلت عن عدا التصريح بعدم الكراهه مع اختلاف النوعين فى الارض و كيف كان فقد استدلل بان المتبادر الزاوى فى الاخبار الماضيه ثم لم يؤجرها باكثر مما استاجرها اتحاد الاجرتين جنسا اذ لا يق فى المختلفين ان هذا اكثر من الاخر مثل ان يق هذا الثوب اكثر من هذه الدابه الا بعد التقيد فى القيمه و بيان حرمه التفصيل ورد اولا بالمنع طردا و عكسا اذ يصح ان يق هذه الحنطه اكثر من هذه الزبيب و لا- يصح ان يقال ان هذا الحمار اكثر من هذا الحمار و هكذا و فيه ان الا- كثره من الامور الاضافيه المبهمه المحتاجه الى ذكر التميز فى الاستعمالات و الا كان مجملا خارجا عن حد الافاده لا ان يكون حرمه الكثره بقرينه المقام معلومه فيصح استعمالها بدون ذكر التميز و حيث لم يذكر الزاوى تميزا فلا- بد ان يحمل كلامه على صورته يكون حرمه الكثره فيها معلومه و ليست الا- بعض اقسام متحد الجنس و ثانيا بعد التسليم ان الكثره فى المجارات او المعاملات انما تلاحظ بالقيمه فيعم الا- كثر فى الروايات للأجرتين المختلفين اذا كان ثانيهما اكثر مالا- من الاولى و يؤيده او يدل عليه فقره الاولى و من روايه الهاشمى كما لا يخفى و ثالثا ان العبره بعموم الجواب لا بخصوص السؤال فقد قال ع فضل الدار و السيفينه حرام و لا اشكال فى صدق الفضل مع اختلاف الجنس أيضا فالاولى ان يقال ان مجرد الصّحه غير كاف عن الخروج عن مقتضى الاصول و العمومات بل لا- بد من الظهور الممنوع أيضا لان العام لا يدل على الخاص فالقدر المتيقن المستفاد من النصوص هى الاجاره بجنس ما استاجرته و على فرض العموم و الاطلاق لا- عامل به حتى نعمل و الله العالم بقى شىء و هو ان طلب الفضل فى تقبيل الارض باكثر مما تقبل يتصور على وجوه الاربعه الاول ان يكون الاول اجاره و الثانى مزارعه و الثانى العكس و الثالث ان يكون كلاهما اجاره الرابع ان يكونا مزارعه إطلاق كلمات الاصحاب شامل لكل منعا و جوازا و السؤال الاولى فى الخبر الهاشمى المذكور مورده خصوص الاول لكن قيل ان هذا خارج عن محل كلام الاصحاب و هو ما كان كلاهما اجاره و هذا يحتاج الى التأمل

فتأمّل و كذا لو سكن بعض الملك من الاملا-ك المذكوره لم يجز أيضا ان يوجر الباقي بزياده عن الاجره و الجنس واحد لدخوله فى اخبار المنع منطوقا و مفهوما بالفحوى و لكن يجوز ان يؤجرها باكثرها اى منفعه فيها و ان كان قليله و حق العبارة ان يقول بالانقص و أنّما عبر بذلك دفعا لوهم دخول الاجاره بنقيصه قليله تحت المنع بكونه مع ملاحظه سكون بعض المستاجر طلب

ص: ٩٩

طلب للفضل المنهى عنه فى خبر ابي المعرا و غيره فضل الحانوت و البيت حرام و ظاهر العبارة كظاهر المحكى عن التحرير و الارشاد و صريح المحكى عن النهايه و الوسيله عدم جواز الاجاره بالمساوى استنادا الى أنّه رباء و النهى عنه فى مضمّر سماعه فى من اشتر شيئا فاراد ان يبيعه باكثر او المساوى بناء على ما عن الكلينى و غيره من حمل البيع على الاجاره قلت و الاولى الاستدلال عليه باطلاق فضل الحانوت و البيت حرام كما مرّ و لكن مقتضاه المنع عن مفروض المتن من الاجاره باكثر الاجره أيضا كما عرفت بل لا بدّ من ملاحظه اجره البعض المسكون فى الاجاره الثانيه مط و لو اجر باقلها فيمنع عن بعض صور الاقل أيضا كما لا يخفى و عن المسالك نسبة الجواز الى الاكثر استنادا الى خبر ابي الزبيح المحكى عن الفقيه و لو أنّ رجلا استاجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثها و اجر ثلثها بعشره دراهم لم يكن به باس و لكن لا- يؤجرها باكثر ممّا استاجرها نقلها بعض مشايخنا عن الفقيه كك و فى الوسائل رواها عن الكافى فى الحسن بابراهيم عن الحلبي و زاد فى اخرها الا ان يحدث حدثا و رواه أيضا فى محكى المختلف عن الحلبي لكن فيه بيتا مكان الثلثين و الثلث و فى صحيحه محمّد بن مسلم عن احدهما قال سألت عن الرجل يستكرى الارض بمائه دينار فيكرى نصفها بخمسه و تسعين دينارا و بعمر بقيمتها قال لا باس و هذه الروايه تدلّ على جواز مفروض العبارة من اجاره الباقي باكثر الاجره و كذا يدلّ عليه الروايه السابقه بناء على روايه الثلاثين و الثلث كما عن الكافى و الفقيه اما على روايه البيت كما عن المختلف فلا دلالة فيها على ما ذكر كما لا يخفى

[لو استاجر له ليحمل له متاعا الى موضع معين باجره معيّنه فان قصر عنه نقص عن اجرته]

اشاره

و لو استاجر له ليحمل له متاعا الى موضع معين باجره معيّنه فى وقت معين فان قصر عنه نقص عن اجرته شيئا معيّنا جاز و اما لو شرط سقوط الاجره راسا ان لم يوصله لم يحرز و كان له ح اجره المثل اما المسأله الاولى فعن جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان أنّها مذهب الاكثر و كذا عن الروضه و ان لم اجده فيها و عن الكنايه أنّها الاشهر و عن إيضاح النافع هو الذى عليه الفتوى و أنّه المشهور و المخالف الذى عثرنا به نقلا او تحصيلا العلّامه فى المختلف و ولده فى حاشيه الارشاد و المحقق الثّانى فى جامع المقاصد و حاشيه الارشاد و الشّهد الثّانى فى المسالك و الروضه و مستند المشهور روايه الحلبي قال كنت قاعدا عند قاض من القضاة و عنده ابو جعفر جالس فاتاه رجلان فقال احدهما أنّى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل متاعا الى بعض المعادن و اشترطت عليه ان يدخلنى المعدن يوم كذا لأنها سوق اتخوف ان يفوتنى فان احتسبت عن ذلك حططته عن الكرى لكل يوم احتسبته كذا و كذا و انه جنسى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوما فقال القاضى هذا شرط فاسد و له كراه فلما قام الرجل اقبل الى ابو جعفر فقال هذا شرط جائز لم يحط يجمع كراه الخبر و عن التذكرة توصيفه بالصّحة لكن فى طريقه منصور

بن برزخ قال الشهيد الثاني في حاشيه الزوضه انه كان واقفياً الا ان النجاشي وثقه و غيره رد روايته و العلماه قال الوجه عندي التوقف فيما يرويه و على قول النجاشي هو من الموثق و على قول غيره هو من الضعيف خصوصاً مع ما ذكره النجاشي من ان سبب وقفه اموال كانت في يده للكواظم ع فوجد النص على الرضا لذلك و في الزوضه كما عن التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الاستدلال أيضاً بصحيحه محمد بن مسلم قال سمعت ابا جعفر ع يقول اني

ص: ١٠٠

كنت قاض من قضاه المدينه فاتاه رجلان فقال احدهما اني كثرت عن هذا دابه ليلغني عليها من كذا و كذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدابه بلغه الى الموضع قال لا قد اعتبت دابتي فلم تبلغ قال القاضي ليس لك كرى ان لم تبلغه الموضع المذى اكثرى دابتك اليه قال ع فدعوتهما الى فقلت للذى اكثرى ليس لك يا عبد الله ان تذهب بكرا دابته الرّحل كله و قلت يا عبد الله ليس لك ان تاخذ كرى دابتك و لكن انظر قدر ما بقى من الوضع و قدر ما ركبته فاصطالحا عليه و اورد عليه في حاشيه الزوضه بان مقتضى القاعده ما قاله القاضي لان مقتضى تعيين العمل في اليوم المعين و السكوت في غيره ان لا يستحق في غيره اجره كما قاله القاضي الا ان يفرض اطلاعه عليه السليم على ما يوجب بطلان الاجاره فحكم عليهما بالاصطلاح لان الثابت ح اجره المثل كما اشار اليه في كلامه لهما انتهى قلت ما ذكره من عدم استحقاق الاجره مع تعيين اليوم ممنوع بل الظاهر ثبوتها بقدر العمل كما قال ع نعم لو كان مورد الاجاره هو الوصول الى الموضع دون الايصال لم يستحق الاجره ما لم يوصل لكنّه يصير ح جعاله لا- اجاره و ظاهر الروايه او الاجاره مع انه ليس في السؤال تعيين اليوم بل الظاهر منه ان الدابه عجزت عن البلوغ الى المقصد راساً و الحكم في مثله ليس الا- ما قاله الامام ع من الرجوع الى اجره المنفعه المستوفاه بالنسبه فليس في الروايه مخالفه للقواعد الشرعيه كما زعمه قدّه نعم ليس لها دلالة و لا ربط بالمقام اصلاً كما اعترف به فكيف يستدل بها على المسأله نعم هذه الروايه على روايه الفقيه مشتمله على تعيين اليوم و لعلّه قد اعتمد عليها لا على غيرها و مثلها في عدم الارتباط بما نحن فيه مصححه ابي حمزه عن ابي جعفر ع قال سألته عن الرجل يكرى الدابه فيقول اكثريتها منك الى مكان كذا و كذا فان جاوزته فلك كذا و كذا زياده و تسمى ذلك قال ع لا باس به كله اذ ليس فيها دلالة على تعدد الاجاره بتعدد الاجاره بتعدد الاجاره و لا اشتراط شىء في الاجاره بل انما تضمن وعدا على الزيادة لو تجاوز فهو اما وعد خارجي او جهاله لكن هي اقرب بالمقام من الاولى في الجملة كما لا يخفى قابليه للاعتضاد بالدليل منحصر في خبر الحلبي لانه واضح الدلالة على المدعى غير ان المحقق و الشهيد الثانيين و من وافقهما لم يعملوا به لمخالفته للقواعد من جهه الجهاله في الاجره بناء على رجوعه الى اجارتين على وجه التخيير كالبيع بثمانين المذى لا- اشكال عند الا- كثر في فساد و حمله في محكى المسالك على الجعاله كما هو ظاهر الزوضه و اجيب عنه تاره بمنع قدح مثل هذه الجهاله حتى في البيع لان الحكم فيه أيضاً ليس مسلماً بل هو محلّ خلاف و انتهى عن الغرر على فرض عمومه لغير البيع لا يشمل التخيير في العقد بعوضين و لذا ذهب الى الصّحه في البيع بثمانين غير واحد و اخرى بجواز مخالفه القواعد مع الدليل المعبر و اى دليل اولى من النصّ المعبر المعتضد بعمل الاكثر و لعلّ نظر الشهيد في اللّمعه الى هذا الوجه حيث عنوان المسأله في الاجرتين على تقديرين و ثالثاً بعدم رجوعه الى التخيير في الاجاره لانه ظاهر النظر و الفتوى رجوعه الى اشتراط النقص في الاجره و هذا الشرط سائغ كما صرح به الامام ع اذ مرجعه الى اشتراط المستاجر تملك بعض الاجره على تقدير عدم الوفاء بموجب الاجاره و لا اشكال في صحته كما لو اشترط تملك شىء معين من اموال الماجر فانه من شرط

النتيجة التي ليس لها سبب معين شرعا كالزوجه و ليس غرض الاصحاب من المسأله صورته الترديد في الاجاره أآ الشهد في ظاهر اللمعه قلت فيه بعد تسليم رجوعه الى اشتراط النقص في الاجره انه غير سالم عن مخالفه القواعد أيضا من جهه اشتماله على التعليق في الشرط الذي قيل بأنه مبطل للشرط و ان كان محلا للنظر و المنع كما في شرط الخيار في رد الثمن و من جهه جهاله النقيضه و حمل النص على صورته التعيين غير جائز لأنه صريح في تقسيط النقيضه على أيام الحبس و ظاهر المص أيضا الاطلاق حيث لم يشترط التعيين في النقيضه و ظاهر المحكى عن المسالك أيضا حمل المسأله على الترديد في الاجاره حيث اختار الفساد لكونها نظير البيع بثمانين نعم في القواعد قيده بالتعيين و ظاهره التطبيق على القواعد و كذا المحكى عن التذكرة حيث استدلل فيها على الصيحه بادلته و فاء الشرط فلو لا ان المسأله راجعه الى الاشتراط لم يصح الاستدلال بها و أنه لا يقتضى تجهلا و يزيد الظهور ما فرع عليه حيث قال اذا ثبت هذا فالاقرب تعميم الحكم فيه حتى لو شارطه على خياطه ثوب في هذا اليوم فان اخره حط ان حرقه شيئا انتهى و اوضح في الكل كلامه في المختلف فأنه عنون المسأله بنقل عبارته الشيخ المصريحه بكون النقص شرطا في العقد و اما حمل كلمات الاصحاب كآ على الاشتراط فلا يخلو عن صعوبه بعد ما سمعت عن الشهد و لاحظت اطلاق النقيضه في بعض العبارات كالكتاب و ان كان ظاهر قوله و اما لو شرطه رجوع النقص في الاول أيضا الى الاشتراط أآ ان مقتضى ذلك الالتزام بالصيحه في المسأله الثانيه أيضا اذا لا مانع من شرط سقوط الاجره راسا اذا رجع الى اشتراط المستاجر تملك تمام الاجره ضروره عدم الفرق بين الكل و البعض في ذلك و القول بان الفساد مع شرط السقوط مستند الى النص على خلاف القاعده ليس باولى من اجزائه على القاعده و الخروج في الاولى عنها بالنص نعم لا نضايقه في ظهور بعض الكلمات في الاشتراط و اآيا ظهورها كلامى عدا كلام الشهد فلا فالتحقيق ان يفصل فان رجع المسأله الى الاشتراط صح مع مراعاة التعيين النقيضه خروجها عن الجهاله في الشرط و لا يقدر التعليق لان بطلانه من خصائص العقود على الاظهر و مع عدم التعيين فالاقوى بطلان الشرط كما عن الحلبي بناء على اصله من عدم فساد العقد بفساد الشرط خلافا لظاهر بعض مشايخنا قدس سره لا اغتفار مثل هذه الجهاله في الشرط و فيه ان الظاهر عدم الخلاف و الاشكال في عدم اغتفار مثل ذلك بناء على قدح الجهاله في الشروط و ح فلا- مناص عن كون الروايه مخالفه للقواعد اآيا باعتبار تضمينها الجهاله في الاجره او الجهاله في الشرط أآ ان يخصيص الجهاله المبطله بالجهاله الغير الآئله الى التعيين كما هو مذهبه قدس سره فنسلم الروايه عن مخالفه القاعده بعد الحمل على الاشتراط لان النقص المقسط على ايام الحبس كما هو المفروض في السؤال آئل الى العلم كما لا يخفى و ان رجع الى التخيير بين الاجارتين فالأمر دائر بين مراعاة الاصول و القواعد و مراعاة العمل بالنص و انت خبير بان احتمال الاشتراط في النص قوى جدا بل هو صريح فيه في وجه و مع هذا الاحتمال في النص و كلمات القائلين كآ- او جآما يشكل الجراه على مخالفه القواعد و مما ذكرنا ظهر ضعف ما في مفتاح الكرامه حيث استدلل على الصحه بموثقه الحلبي و مصححه

ابى حمزه و ظاهر الاجماع المحكى عن التنقيح بعد الاعتضاد بالشهره و جعلها عذرا في الخروج عن القاعده اذ لم يعلم من الاصحاب الحكم بالصيحه في صورته الترديد بل المناسب لمذاهبهم في نظائر المسأله الآتيه حمل كلماتهم على الاشتراط كما فعله غير واحد من شيوخنا منهم شيخنا الاستاد قدس سره و لكن قضيه الاشتراط عدم الفرق بين شرط اسقاط البعض او الكل و يحتمل حمل النص على اشتراط جعله معينه في ضمن اجاره صحيحه فليس كلاهما جعله كما في المسالك و لا كلاهما اجاره

كما في اللمعه و لا- الاوّل اجاره و الثّاني شرطاً محضاً كما صنعه مشايخنا المتأخرون المعاصرون بل الاوّل اجاره صحيحه قد اشترطت فيها جعله صحيحه جرياً على ظاهر الروايه اذ لا معنى للأكثر للحمل في اليوم المعين مع النّصّ على سقوط شىء من الاجره على تقدير وقوع الحمل في يوم اخر غير اشتراط جعله معينه في ضمن عقد لانّهم و ثمره الاشتراط ح ان المكارى اذا حمل المتاع في غير اليوم المعين لم يتحقق اجره المثل بل اجره المسمّى نقص او زاد و لا فرق في ذلك بين اعتبار خصوصيّته الوقت شرطاً بان كان متعلّق الاجاره الحمل المقيّد بكونه في اليوم المعين او شرطاً بان كان متعلّقها الحمل الى المقصد و قد اشترط عليه الايقاع في ذلك اليوم اذ على التقديرين يرجع النقص المتوقف على التّقصير الى اشتراط جعله على الحمل في غير اليوم المذكور و امّا الفرق بين الصّورتين في المعلق عليه فانه على الاوّل هو مخالفه مقتضى اصل الاجاره و على الثاني هي مخالفه الشرط المذكور في ضمن العقد نعم لو استاجر على الحمل في وقت معلوم و شرط سقوط بعض الاجره على تقدير عدم الوفاء كما عنون المسأله كك في المختلف كان هذا شرطاً و ظاهر الرّوايه اشتراط سقوط الاجره على تقدير الايصال في غير اليوم المشروط فان الاحتباس و عدم الوصول في اليوم المعين و ان لم يكن ظاهراً في اشتراط التّقيصه على تقدير الحمل في غير ذلك اليوم ألما ان قام بعده قرينه على المراد و هو اشتراط سقوط بعض الاجره على ذلك التقدير و توضيح الحال في المقال يتوقّف على استيفاء صور المسأله و بيان احكامها الاولى ان يتعلّق الاجاره بالحمل في اليوم المعين شرطاً و اشترط عليه سقوط بعض الاجره على تقدير عدم الوفاء بها و لا اشكال في صحّه الاجاره و امّا الشرط فان اريد به مجرد السّقوط كان صحيحاً مؤكداً بالقياس الى ما اقتضاه العقد من تعيين الزّمان قيماً و ان اريد به ثبوت بعض الاجره و سقوط الاجر فان اريد به مطلقاً حتّى مع عدم تحقّق شىء من العمل فهو فاسد لأنّه شرط غير مشروع حيث اشترط فيه الاجره من غير تسليم العمل بل الظاهر انه مفسد لكونه مناقضاً لما اقتضاه العقد من اعتبار خصوصيّته الزّمان قيماً و ان قصد بما اذا دفع بعض العمل دون بعض صحّ و ان كان أيضاً شرطاً مؤكداً و لو شرط على الاوّل سقوط تمام الاجره لم يكن به باس لأنّه شرط مؤكّد لما اقتضاه العقد فشرط سقوط الكلّ و البعض هنا على عكس ما اشتهر و لو شرطه على الثّاني فهو مناف لمقتضى العقد لأنّه يقتضى تبعض الاجره ببعض العمل كما اذا عجزت الدّابه في اثناء الطّريق و لم تيسرها الوصول الى المقصد فان الاجره هنا بقدر العمل ثابتة فاذا شرط سقوطها مط حتّى مع وجود بعض العمل كان منافياً لمقتضى العقد نعم لو لم يوجد شىء من العمل في اليوم المعين لم يستحقّ الاجره بايجاده في يوم اخر و الى هذا ينظر ما ذكره الشّهد الثّاني قده

ص: ١٠٣

في حاشيه الرّوضه و عليه حمل روايه محمّد بن مسلم و انت خبير بان الرّوايه مشتمله على أنّ الدّابه اعيبت و معناه أنّه وجد شىء من العمل في اليوم المعين و مقتضاه اجره المثل بقدره كما قاله الامام ع مع انا لو حملناها على ما زعمه لم يستحقّ الاجره مع فساد الاجره أيضاً مع أنّه قال بها ح و جعله محتملاً- لحكم الامام ع في الجملة الثّانيه ان تعلّق بالجمال الى السّوق المقصود و اشترط في ضمن العقد الايصال في اليوم المعين من غير تعرّض الايصال في غيره و أنّه لو خالف الشرط سقط من اجرته كذا و كذا و لا اشكال في صحّه العقد ح و كذا الشرط مع عدم ضمّ الجزء الاخير و فائدته الخيار على تقدير المخالفه حين الرضا بالغاً قد بتمام الاجره و الفسخ و استرداد الاجره لو دفعها و مع ضمّ الجزء الاخير يكون فائدته سقوط بعض الاجره مع الرضا بالفاقد أيضاً و صحّته مع تعيين النقيصه موافقه للقاعده اذ لا- مانع منه بعد ان كان معنى السّقوط رجوع بعض الاجره التي هي ملك للموخر بموجب العقد الى ملك المستاجر مثل ما لو شرط ملكيه شىء من ساير امواله كما ذكرنا مع عدم تعيين النقص اصلاً لا

يصح بناء على بطلان الجهالة في الشروط كالعوضين و مع التعيين في الجملة يؤل الجهالة الى التعيين كما هو المفروض في الزوايه فيصح بناء على مذهب من يفصل في جهاله الشروط بين الآله الى التعيين فلا يبطل و بين غيرها فيبطل و كذا لا مانع لو شرط سقوط تمام الاجره ح كما عرفت لما عرفت هذا اذا لم يكن شرط السقوط راجعا الى اشتراط الارش بين فاقد الشرط و هو الحمل الى المقصد مط و واجده و هو الحمل اليه في الوقت المعين المقرر في العقد و الا فقد يقال كما عن الاستاد قدس سره بطلان شرط السقوط راسا لان الارش المستوعب لا معنى له و ان نقل عن التذكرة انه عقد له بابا و به فرق بين المسألتين بعد ان حمل الزوايه على الاشتراط في نفس العقد دون تعدد الاجره بتعدد التقدير و فرق بعض مشايخنا قدس سره بينهما بان شرط السقوط راسا مناف لمقتضى العقد فيبطل بخلاف النقص و فيه ان شرط السقوط بالمعنى المذكور ليس منافيا لشيء كما عرفت نعم لو شرط على الموجر انه لو قصر عن اليوم المعين لم يكن له اجره في الاجاره المذكوره كان ذلك شرطا لعدم الاجره فيكون منافيا لمقتضى العقد لكن شرط السقوط على هذا الوجه مناف لمقتضى العقد و لو لم يكن مستوعبا لان عدم استحقاق الموجر الاجره في الاجاره الواقعه مناف لمقتضى العقد لا يمكن اشتراطه مط سواء كان الساقط بعض الاجره او كلها و حمل الفقره الاولى في الزوايه على الوجه الصحيح و هو شرط تملك المستاجر بعض الاجره التي استحقها الموجر بنفس العقد و حمل الفقره الثانيه على اشتراط عدم استحقاق الاجره تفكيك بين الفقرتين ركيك جدا و اما الفرق الاول المنقول عن الاستاد العلامة قده ففيه ان تطبيق الزوايه على شرط الارش خلاف الظاهر كما لا يخفى اذ الارش هو التفاوت بين الثمنين ثمن واجد الوصف المقصود و ثمن الفاقد او بين الاجرتين و ليس في المقام ما يصلح لذلك الا بتاويل بعيد بان يقال معنى شرط سقوط الاجره على تقدير الاحتباس هو اخذ تفاوت ما بين الاجرتين اجره الحمل في اليوم المذكور و و اجرتيه في غير ذلك اليوم و المفروض في سؤال الراوى اشتراط المستاجر على الموجر سقوط مقدار معين من الاجره في كل يوم من ايام الاحتباس و اين ذلك من اشتراط اخذ الارش بين الاجرتين هذا كله مضافا الى ما قيل من ان

ص: ١٠٤

عدم تعقل الارش المستوعب ممنوع الا اذا كان الثمن و الاجره مطابقا للقيمه السوقيه فلو فرضنا كونها أقل امكن استيعاب الارش و لا مانع ح عن تملكه بالشرط كما لو وقع انعقد على دينار مثلا في الحمل في اليوم المعين و كان اجره المثل اكثر فان ارش الاجرتين ح يمكن ان يكون مستوعبا لتمام الاجره بل يمكن ان يكون اضعافا كثيره بان يكون اجره الحمل في اليوم المعين او السوق المعين ثلاثه دنانير فيكون اجرتيه في غير اليوم او غير السوق دينارين او ديناراً و على التقديرين يكون الارش مستوعبا بل اكثر في التقدير الاول و فيه ان الارش عبارته عن نسبه ما بين الضميتين لا عن نفس التفاوت و هذا لا يعقل ان يكون مستوعبا في جميع الاحوال بخلاف التفاوت نفسه فانه معقول و لعل هذا غرض العلامة في محكي التذكرة و القواعد من الارش المستوعب الثالثه ان تكون صورته اصل الاجاره مثل الصوره الاولى و يكون الاشتراط راجعا الى معامله اخرى في يوم اخر غير اليوم المعين فان كان على نحو الاجاره دار صحتها مدار تعيين الاجره فان عينت صحت الاجاره و الشرط و الا بطل الشرط و كذا العقد على القول به و ليس هذا من تعدد الاجره بتعدد الاجاره كما فرضها في اللمعه في شيء و ان كان على نحو الجعالة فلا مانع من صحته لان هذا اشتراط جعالة في ضمن اجاره فلا بد فيه من مراعاة شروط الجعالة خلافا للروضه حيث قال ان متعلق الاجاره ان كان هو اليوم المعين خاصه كان شرط ثبوت الاجره على تقدير العمل في غير ذلك اليها اولى بالبطلان و ح قد يقال انه لو حملنا النص على ذلك كان أيضا مخالفا للقاعده لعدم تعيين الاجره و يمكن دفعه بان هذه جعالة آتله الى العلم بعد معرفه ايام

الاحتباس كما فرض في السؤال و لا- باس بها في اجره الجعالة و ليس هذا مثل الاجاره و البيع و ساير المعاوضات في شرط التعيين هذا اذا لم يشترط في الجعالة سقوط الاجره كلا و أآ كان باطلا لكونه منافيا لمقتضى عقد الجعالة فانحصر العمل بالنص على فرض وجوب تطبيقه على القواعد في هذا الوجه لما عرفت من عدم التطبيق على ساير المحامل و معنا اجاره اخرى به ينطبق أيضا على القاعده و هي ان يكون شرط النقص على تقدير الحمل في غير اليوم مقاوله او مواعده متخلله بين الايجاب و القبول فلا- تعدد اصلا فتلخص ممّا ذكرنا الحال في المسأله الثانيه أيضا و ظهر ما قالوا في وجه الفرق بينها و بين الاولى و هي اربعة الاول النص و هو ظاهر اللّمعه و المسالك حيث جعللا- المسأله من باب تعدد الاجره على تقديرين و عملا به للاعتقاد بعمل الاصحاب بزعمهما الثاني هو ان شرط سقوط البعض شرط سائغ ليس مخالفا لمقتضى العقد بخلاف شرط سقوط الكلّ فأنه مناف لمقتضى العقد فيبطل و عليه مشى بعض مشايخنا بعد ان حمل النصّ و الفتاوى على الاجاره المشروط فيها سقوط الاجره و قد عرفت ما فيه مضافا في اثباته على فساد العقد بفساد الشروط و قد مرّ ضعفه سابقا و لعلّه خلاف مختاره في مسأله فساد العقد بفساد الشرط فراجع و قد يوجه بان هذا الشرط مفسد للعقد اجماعا لأنّه مناف لمقتضى العقد و الشرط الذي لا يفسد العقد على القول به ما يكون فساد من جهه اخرى و هذا سهل الثالث هو أنّ شرط سقوط الاجره هنا يرجع الى شرط الارش بين الاجرتين و الارش المستوعب غير معقول فلا معنى لاشراطه و هذا منقول عن الاستاد العلامه

ص: ١٠٥

رفع الله مقامه و فيه مضافا الى ما مر ان اشراط امر غير معقول و ان كان فاسدا أآ أنّه ليس مفسدا على مذهبه و مذهب غير واحد كما نقلناه سابقا و لا- وجه لفساد العقد و الرجوع الى اجره المثل في صوره الاستيعاب الرابع ما ذكرناه بعد حمل النصّ على اشراط الجعالة في ضمن الاجاره من أنّ شرط سقوط البعض بحسب ايام الحبس لا- عيب فيه الا الجهاله الآله الى العلم التي يمكن منع فساد مثلها في الجعالة بخلاف شرط سقوط الكلّ فان الجعالة بلا اجره غير مشروع فيكون فاسدا و انت بعد خبره بما فصيّلنا في المسأله نعرف ما في كلام الشهيد في اللّمعه المذى استحسنة في الرّوضه حيث قال و لو جعل اجرتين على تقديرين كتنقل المتاع في يوم بعينه باجره و في اخر باجره اخرى الى ان قال فالاقرب الصّححه و لو شرط عدم الاجره على التقدير الاخر لم يصحّ في مسأله النقل و في ذلك نظر لان قضيه كل اجاره المنع من نقيضها فيكون قد شرط قضيه العقد فلم تبطل في مسأله التّقل الى غيرها غايه ما في الباب أنّه اذا اخل بالمشروط يكون البطلان منسوبا الى الاجير و لا يكون حاصلا من جهه العقد انتهى و يرد عليه اولاً ان فرض المسأله اجارتين على تقديرين ينافى فرض اشراط عدم الاجره على التقدير الاخر كما عرفت مفصّلا و ثانياً أنّ قضيه كلّ اجاره المنع من نقيضها بمعنى المنع عن الاجره على تقدير النقص المنع منها على تقدير عمل اخر أيضا و فرض كلامه و كلام غيره و كلام السائل بالنصّ هو شرط عدم الاجره على تقدير النقل في يوم اخر و هذا شىء اخر خارج عن مقتضى العقد و لا يثبت الا بالشرط اذ المرتب على العقد و اللّازم لمدلولة عدم الاجره على تقدير نقيضها لا على تقدير مندها و ثالثاً أنّ العقد لا يمنع عن الاجره على تقدير النقص مط بل في بعض الصّور و هو ان لا يتحقق شىء من الحمل و اما مع تحققه في الجملة كما اذا عجزت الدّابه في الطّريق و قعدت عن الايصال الى المقصد مط او في خصوص ذلك اليوم فهذا أيضا داخل تحت نقيض العقد مع ان العقد لا يمنع عن الاجره بقدر العمل ح و اذا قال اجرتك الدّار مثلا كل شهر بنصب كلّ حال لجواز كونه جامدا في الشىء كذا بكذا اى مقابلا بكذا على ما يقتضيه باء المقابله و يحتمل كونه ظرفا فيكون بكذا متعلقا بالفعل كما في قوله اجرتك بكذا سنه و فيه نظر صحّح في شهر و له في الرّائد اجره المثل ان سكن كما عن المقتعه و النّهايّه و مجمع البرهان

و الكفاهيه و صرّحاً في الأوّل بما اذا لم يبين ابتداء المدّة و لا- اخرها و الظاهر ان هذا القيد لمجرّد بيان صورته المسأله و قيل يحتمل كونه للاحتراز عمّياً لو عين الابتداء بناء على صحّته ح مطلقاً حتّى في الشّهر الثّاني و الثّالث كما عن صريح الغنيه و الاسكافي و ظاهر الخلاف و ان لم يصرّح فيها بتعيين الابتداء الّا الثّاني الّا أنّه مراد قطعاً و فيه منع بل المحكى عن الثّاني أيضاً صريح في ذلك بل هو ظاهر فيه قال و لا باس ان يستأجر الدّار كل شهر بكذا و كل يوم بكذا و لا يذكر نهايه الاجاره فانّ التّصريح بعدم ذكر الاخر ظاهر في ذكر الابتداء و ليس بصريح و قيل تبطل لجهل بالاجره بين من قيد بعدم التّعين كالعلّامه في القواعد و محكى التّحرير و الارشاد امّا للقول بالصّحّه في شهر مع التّعين في الجملة كما لو عين الابتداء كما عرفت عن المقنعه و قد يقال أنّه ظاهر كلّ من أطلق الصّحّه في شهر نظراً الى ما هو المقرر عندهم من تنزيل الاطلاق على الاتّصال او لبيان صورته المسأله من غير غرض الاحتراز نظير

ص: ١٠٦

الاحتمالين الماضيين في عبارته المقنعه و من صرّح بالتّميم الى صورته تعيين الابتداء أيضاً فكيف عمّياً لو أطلق كما عن الف و الفخر في الايضاح و حاشيه الارشاد و جامع المقاصد و المسالك فصار الاقوال ثلاثه الصّحّه في الشّهر الأوّل دون الباقي الثّاني الصّحّه فيهما الثّالث قلت و هنا قول رابع نقل عن الحلّي و هو الفرق بين الاطلاق و تعيين الابتداء بالفساد في الأوّل و بالصّحّه في الثّاني نقله في مفتاح الكرامه و لم ينقله غيره بل عن المختلف نسبة البطلان اليه مع تعيين الابتداء أيضاً و الظاهر أنّ ما زعمه الشّيد قدّس سرّه من خطأ العلّامه في التّسببه ليس بواضح لأنّ عبارته المحكيه ظاهره في مسأله اخرى اختار العلّامه في القواعد فيها الصّحّه و هي ما لو عين شهراً واحداً في الاجاره ثمّ قال فما زاد فبحسابه كما قال في محكى السّرائر بعد ان قال بالبطلان في مسأله اجاره كل شهر بدرهم فاما ان قال اجرتك الدّار من هذا الوقت شهراً و ما زاد بحسابه فأنّه يلزمه المسّمى و ما زاد فاجره المثل و هذا بعينه خيره العلّامه في القواعد و يأتي حكمها إن شاء الله تعالى بعد المسأله و القول الأوّل اشبه بالاصول و العمومات عند المصنّف و لم يقدّم دليل يخرج او ناقل سوى ما اشير اليه سنداً للقول الثّالث و هو تجهيل الاجره و فيه منع صغرى و كبرى لأنّ منفعة الدار معلومه كل شهر منها بكذا فلا جهاله في المنفعة و لا في الاجره و لو سلم فلا دليل على لزوم رفع امثال هذه الجهالات مطلقاً او في خصوص الاجاره التي هي و الجعالة متقاربتان و فيه أنّ الجهاله المانعه في المعاضات اللّازمه ليست هي خصوص الابهام كميّاً لو كيفاً كالصّبره المجهوله الوزن او الشّيء المجهول الطّعم مثلاً- بل ما يعمّ ذلك و الكلّي الغير المعين كأخذ هذين او شاه من هذه الشّاه و غير ذلك ممّا لا يرجع الى كلّ موصوف و قد يطلق الابهام على هذا أيضاً بل قد يقال أنّ الجهاله هنا اضّر من الابهام المشار اليه الزاجع الى التّخير بين احد شيئين لأنّ المنفعة شىء معدوم لا يقبل التّمليك الّا بعد التّحديد اولا و آخراً حتى تنزل منزله الموجود فبدونه باق تحت العدم البحت لا يحكم عليه شىء و لا به على شىء و ممّا يرشد الى كون الابهام هذا اقوى من الكلّ المردد أنّه لو مات المستاجر لم ينتقل الى ورثته شىء معين و لا غير معين اذ على القول بصّحّه الاجاره المذكوره مطلقاً كما يقوله ابو على و موافقه لو مات المستاجر فإى شىء ينتقل الى الورثه من منفعة الدّار لا سبيل الى تعيين شهر واحد لعدم المرجح و لا- على جميع الشّهور كما لا يخفى و أيضاً لو قيل بالصّحّه ففي اى وقت يستحق الاجره او اى مقدار منها يملكها و تعيين زمان الاستحقاق بالدّخول في أوّل الشّهر فيستحق اجره ذلك الشّهر دون غيره الى ان يدخل فيه و هكذا فان انقضى الشّهر الأوّل فله الفسخ قبل الدّخول في الشّهر الثّاني كما احتمل او قيل على هذا القول تجشّمات سخيفه لا اصل لها و لا دليل خارج عما يقتضيه الإجاره في غيره فبطل القول الثّاني و هو القول بالصّحّه مط و امّا قول المصنّف

و من تبعه و من الصّححه فى الشّهر الأوّل ففیه أنّ نسبه الاجاره الى الواحد کنسبتها الى الاثنین فتعیین شهر واحد ان جاء من جانب الاجاره فالمفروض خلافه اذ الکلام فیما اذا اجرها من غیر تعین شهر او شهرین و لذا قلنا أنّ تملیک المنفعه کک بل کلّ شیء محال عقلا و ان حاء من الاقتراح فهو تحکم و من هنا یحتمل قویا تنزیل قول المصنّف و کلّ من قال بالصّححه فى شهر على ما لو تعین الشّهر الأوّل اما بالتّصریح

ص: ١٠٧

کان یقول اجرتک هذا الشهر بدرهم و ما زاد کک او بقاعده حمل الاطلاق فى الاجارات المطلقه بحسب الزّمان على الزّمان المتّصل بالعقد فیرجع الى المسأله التى نقلناها عن القواعد و السّیرائر آنفا فان القول بالصّححه ح قویّ جدا لکن الحق ان قاعده تنزیل الاطلاق على الزّمان المتّصل انما ینفع فیما اذا عین شهرا و لم یعین ابتداءه کان یقول اجرتک شهرا من دون تعین الابتداء فینزل ح على الزّمان المتّصل بالعقد على القول به و اما اذا لم یعین شهرا و لا شهرین فلا یتعین لکون متعلّق الاجاره شهرا واحدا حتى ینزل على المتّصل بالعقد نعم اذا قال اجرتک شهرا و ما زاد بحسابه لم یبعد الصّححه لان الاجاره ح تتعلّق بذلك الشّهر و یكون قوله و ما زاد فباله او ما ینزل على اجرتها کان یقول اجرتک هذا الشّهر بدرهم و ما زاد کک مقاوله باطله متخلله بین الايجاب و القبول او شرطا فى ضمن العقد فان قلنا بفساد العقد بفساد الشرط فسد الاجاره أيضا لذلك لا لأجل الجهاله و کان نظر العلّامه فى القواعد حیث اختار فی الصّححه فى الشّهر الأوّل خاصّه كما تقدّم الى الوجه الأوّل اعنى المقاوله دون الشرط لان الشرط الفاسد یفسد عنده فیراد بعض مشایخنا علیه غیر ظاهر و اما الحلی فهو ممّن یقول بعدم الافساد و یدل على الصّححه أيضا مضافا الى ما عرفت من عدم الجهاله فى المنفعه من مصححه ابن حمزه المتقدّمه فى المسأله السّابقه الوارده فى من اکثرى دابه الى مکان معین بشیء معین ثم قال فان جاوزته تلك کذا و کذا قال مورد الزّوايه و ما نحن فیہ من باب واحد و هو ان الشرط فى الاجاره اجره اخرى على تقدیر الزّیاده فان قابلت الاجره الاخیره بازاء منفعه معینه كما فى مصححه ابى حمزه صحّت شرطا كما مرّ و الا- فان کان من اجارتین باجرتین فسد أيضا كما عرفت و ان کان من الشرط فى ضمن الاجاره بنى على فساد العقد عند فساد شرطه او على لزوم الموالاه بین الايجاب و القبول و عدم تخلّل الاجنبى فانه أيضا یفسد لکنّه ضعيف لذا لم یدکره احد فى مسأله شرط المفسد فى العقود و أنّما لم نجعله من الجعاله كما مرّ فى المسأله السّابقه لأنها تحتاج الى عمل و لا عمل فیها و من هنا ینظر ان تصحیح اصل المسأله بارجاعها الى الجعاله دون الاجاره حتى تكون فاسده كما قال بعض مشایخنا قدّه حیث قال بعد اختیار القول بالفساد هذا کله فیما ذکر فى فرض الاجاره و اما لو فرض بوجه یكون كالجعاله بان یقول الساکن جعلت لك على شهر اسکنه درهما لم یبعد الصّححه لعدم احتیاج العلم فیها ارید من ذلك لیس فى محلّه لما عرفت من عدم العمل الا من المستاجر الّذى هو راجع الى الاجره لا اخذ لها و اما ما ذکره بعد ذلك حیث قال كما أنّه لم یبعد الصّححه لو جعل من قبیل الاباحه مدّه باعواض معلومه یلزم بالتّلف كما فى نظائره من الاعیان و المنافع ما ورد علیه اولاً بان اللفظ لا یساعده و ثانياً ان الاباحه بعوض ان صحّت فهى من المعاوضات الّتى لا- تقبل الغرر لعموم دلیله و ثالثاً بان الاباحه مشروطه بشروط المعاوضه كما ذکره فى المعاطاه و رابعاً بان الاباحه لا تتعلّق بالکلی بل بالعین الخارجی و الاجره اعمّ منها و خامساً بعدم دلیل على صحّته لخروجه من المعاوضات المتعارفه و اختصاص أوّفاً بِالْعُقُودِ بالمتعارف قلت توضیح الحال على فرض کونه من الاباحه یطلب مما ذکره و ذکرنا فى المعاطاه و قد فرغنا عنها فى أوّل الكتاب و ذکرنا هنا ان المعاطاه جاریه فى الاجاره أيضا و شروط العقد لیست شرطا فیها اصلاً خلافاً ان

خالف و على هذا يمكن تصحيح المسأله بطريق المعاطاه و لو فى ضمن الصّيغ الفاسده لكن بناء عليه لا اثر لها الأ بعد حصول المعاطاه من جانب او جانبيين على الاحتمالين او القولين فى المعاطاه و الله العالم بقى شىء و هو أنّ فساد الاجاره فى المسأله على القول به مستند الى تجهل المنفعه دون الاجره فأنها و ان كانت مجهوله أيضا الا ان جهالتها ناشيه من جهاله المنفعه فلا وجه للتعليل بتجهل الاجره كما عن المصنّف كذا قيل و يمكن التّوجيه بأنّ ماليه المنفعه أنّما هى بملاحظه ما يبذل بازاؤها من الاجره و أنّما فهى معدومه فلا- تعد من الاموال فيبذلون بملاحظتها الاجره ليست مالا حتى تنقسم الى معلوم او مجهول و ان كان معلوميه الاجره بمعلوميه المنفعه فهما فى صفتى السياسه و التعين متعاكسان توقف ماليه المنفعه على المقابله الاجره و توقّف معلوميه الاجره على معلوميه المنفعه فتأمل

فرعان من فروع التّرديد فى الاجاره

اشاره

كما يقتضيه سياق العبارة و صرّح به غير واحد

الأول لو قال مقاوله و توطئه لانشاء صيغه الاجاره على طبقها ان خطبه فارسيا

اي بدرز واحد فلك درهم و ان خطبه روميا فلك درهمان صحّ وفاقا للمحكى عن المبسوط و الخلاف و التّحرير و التّذكرة و الارشاد و اللّمعه و مجمع البرهان و الكفايه مع الأشكال كما عن التّحرير و الارشاد و بدونه كما عن الباقي خلافا للمحكى عن السّرائر و المختلف و الايضاح و حاشيه الارشاد للفخر و الحواشى و جامع المقاصد و المسالك و الرّوضه و عن التّحرير الميل اليه و ان قال الأوّل لا يخلو عن قوّه و فى القواعد التردّد و احتمال اجره المثل و المسمّى كما عن التذكرة فى أوّل كلامه و غايه المراد و المفاتيح و استدّلوا على الصّحه بالاصل و العمومات مع عدم المانع نظرا الى أنّ كلا من الفعلين معلوم و اجرته معلومه و الواقع لا يخلو منهما و ان الاجاره تحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع كما صرّحوا به فى غير موضع و بالتّصّوص الوارده فى مسأله الحمل المتقدّمه كما عن الخلاف بعد الاستدلال بقولهم عليهم السّلم المؤمنون عند شروطهم قال أنّ فى اخبارنا ما يجرى هذا المجرى اراد به مسأله الحمل و عن غايه المراد تلقيه بالقبول و أنّ المسألتين متوافقتان كما هو ظاهر اللّمعه أيضا بل ظاهر المحكّى عن التّذكرة حيث نقل استدلال الخلاف و سكت و صريح مفتاح الكرامه حيث صرّح بان ما مضى من المسائل و ما يأتى كلّها من باب واحد من حيث التردّد فيه فى الاجاره نعم عن المختلف ردّ الاستدلال المذكوره بالفرق بينهما بارجاع التقدير الثّانى الى الشّروط فى مسأله النّقل دون هذه المسأله و عن مجمع البرهان الاستدلال عليها بمصحّحه ابى حمزه المتقدّمه الوارده فى استيجار الدّابه الى مكان و ما زاد و روايه منصور بن يونس المتقدّمه فى مسأله النّقل و ربما استدلل أيضا بقوله عزّ من قائل باني أريد أنّ أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أنّ تأجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك كما جاءت الاخبار فى تفسيرها و يرشد اليه جواب موسى على نبيّنا و آله و عليه السّلم ذلك بينى و بينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان عليه قيل اى لا تقيد على تطلب الزّيادة و فيه تأمل بل الظاهر أنّه لإظهار المراضاه و طيب النفس فى كلّ من الاجلين و أنّه ليس فى اختيارا طول الاجلين احجاف على و روى أنّه ع او فى اطولهما و ازيدهما عشر سنين و فيه أيضا تايد على الترديد فى الاجل و الظاهر أنّ مبني

على عدم القول بالفصل بين الترديد في احد العوضين و الترديد فيهما معا كما في مسألتنا و نحوها من المسائل الماضيه و ألا فالفرق بين باقى الآيه و ما نحن فيه واضح و فى الكلّ نظر اما الاول فلما عرفت غير مره من حصرها الغرر المنفى للمعاوضات و دعوى اغتفار بعض ما لا يغتفر فى البيع غير مجديه فى المسأله بعد ظهور الدليل على المساوات بينهما فى المحافظه عن الغرر و الجهاله و ان اريد الفرق بينهما فى خصوص المسأله لصارت واضحه و منه يظهر فساد ما تضمّنه الاستدلال من دعوى معلوميه كلّ واحد من الفصلين و كلّ واحد من الاجرتين اذ لا محضّل له بعد الاجماع القطعى على عدم اطراد ذلك فى الاجازات أ ترى لو قال ان اسكنت دارسى الى كذا فعليك كذا و ان سكنت دارى شهرا مثلا فعليك كذا فهل يقول بصحّته فقيه او متفقه و اما الثانى فقد ظهر ضعفه اصلا و فرعا لأنّ المختار فى الاصل هو الفساد على فرض كونها من التخيير فى الاجاره و لو قيل بالصّحّه اقتصر عليها اقتصارا فما خالف الاصل على مورد النصّ و على فرض كونها من الاشتراط فى ضمن العقد كما مرّ فالفرق واضح كما سمعت آنفا عن المختلف فى ردّه و ايراد بعض عليه بامكان ارجاع هذه المسأله الى اشتراط النقيصه فى ضمن العقد لان معنى قوله ان خطّته فارسيا فلك درهم و روميا فلك درهمان هى الاجاره بالاكثر و شرط النقص على التقدير الاخر ضمنا و ان لم يكن صريحا مردود بان الصّحّه و الفساد فى من العقود تابعان للعباده دون المعنى و اما الثالث فلان صحيحه ابى حمزه ظاهرها الصّحّه فى المسأله التى نقلناها عن القواعد فى مسأله كلّ شهر من تعيين بعض الازمان فى الاجاره و اشتراط اجره اخرى فيما بعد ذلك فأنّها و ان وردت فى المكان ألا انّ المكان مثل الزمان فى ذلك و لا ربط له بما نحن فيه و الصّحّه فى تلك المسأله ممّا اخترناها خلافا لمن عرفت و اما موثقه منصور فالعجب من الاستدلال بها فى امثال المسأله و قد سبق فى مسأله التقل استدلال غير واحد بها عليها مع عدم مساسها بها و لا بما يضاهيها كما صرّح به غير واحد و اما الزابع فلان الآيه لوجوه عديده مخالفه للقواعد لا بدّ من حملها على المقاوله لان تعيين الزوجه شرط اتفاقا فكيف يجوز نكاح احدى الابنتين و كيف يحمل قول شعيب على نبينا و آله و عليه السّليم على إنشاء النكاح بذلك سلّمنا فإين إنشاء صيغه الاجاره التى كلامنا فيها لا فى مطلق الايجار الصادق على الجعالة و المعاطاه و نحوهما ممّا تفيد فائده الاجاره و لذا لم يستدل بها احد من الاصحاب و تركوه لمن وافقهم من بعض المتأخرين مع ان لفظ اريد صريح فى المقاوله و الوعد على النكاح المستقبل و ح تعيين او يكون معنى قوله عزّ من قائل تاجرني تخدمنى ليكون من باب جعل الصّيداق الخدمه المذمى لا اشكال فى جوازه مع التّعيين هذا كله اذا قصد بقوله ان خطّته فارسيا الاجاره و ان اريد به الجعالة وفاقا للمحكى عن السّيرائر و التّذكره و الحواشى و غايه المراد و المسالك و جامع المقاصد اذ لا مانع سوى لما عن المختلف فى ردّ الحلى من انّ الجعالة يشترط فيها تعيين الجعل أيضا و فيه منع اذ يمنع فى الجعالة ان قلت ان رددت عبدى من موضع كذا فلك كذا و من كذا فكذا و ربّما حمل العبارة عليهما فى الكتاب و فى كلّ ما هو مثله فى التّعبير نظرا الى عدم صلاحية العبارة المذكوره لصيغه الاجاره قطعاً فكيف يقول مثل المصنّف

بصحّته مع تقديم القبول على الايجاب و ح يرتفع الخلاف فى المسأله اذ الظاهر عدمه على تقدير كونه جعالة قلت هذا الحمل مقطوع بعدمه فى كلمات الاصحاب فأنهم صرّحوا بأنّها تصحّ اجاره او نفسد و يدلّ عليه أيضا سياق التفرّيع كما لا يخفى و اما

عدم صلاحية العبارة المذكورة لعقد الاجاره فيندفع بما ذكرناه من كونها مقاوله للإجاره على طبقها و هذا طريق الجمع بين اختلافهم في صحتها اجاره و بين معلوميه عدم صلاحيتها لذلك

الثاني لو قال ان عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان و في الغد درهم

فيه تردد للإبهام و الجهالة اظهره الجواز كما في السابق لأنهما من باب واحد قولاً و دليلاً و على هذا فلا وجه للجزم في السابق و التردد هنا كما عن المبسوط و التحرير و الكفايه و ربما قيل في وجه الفرق ان هذا الفرع نظير قوله اجرتك كل شهر بدرهم الذي هو فاسد عند الاكثر و هو كما ترى و يحتمل استناد الفرق الى الاختلاف في الزمان الثاني دون الاول لان اختلاف الزمان في الاعمال يوجب الاختلاف في الماهية فيكون كقوله ان اسكنتني دارك سنه فلك دينار و ان حملتني الى مكان كذا فلك دينار بخلاف الاختلاف في كفيته الخياطه مثلاً فان رجوعه الى اشتراط الخصوصية في العقد اقرب و الله العالم

[استحقاق الاجير الاجره بنفس العمل]

و يستحق الاجير الاجره بنفس العمل سواء كان في ملكه او ملك المستاجر كما عن السيراث و الارشاد و الروض حيث قالوا لا يشترط في استحقاق الاجره و المطالبه بها تسليم العمل لأنه ملك الاجره بالعمل فيستحق المطالبه و في الرياض نسبه الى الفاضلين و غيرهما و لعله اراد خصوص الارشاد و الألفي القواعد استتبع التوقف كما ستعرف و هو خيره الرياض و مفتاح الكرامه و جواهر الكلام و منهم من فرق بين الحاليين و هو الشيخ في محكي المبسوط على احد الاحتمالين في كلامه قال في مسأله الوقف ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الاجره حتى يسلم و ان كان في ملك المستاجر استحق الاجره بنفس العمل

[هل التسليم احدهما الى الاخر شرط أم لا]

و لا يتوقف تسليم احدهما الى الاخر فليس المستاجر الامتناع عن دفع الاجره لتسلم العمل و لا للموثر الامتناع عن تسليم العمل يتسلم العين المعمول فيها ليسلم الاجره بل يجب على كل منهما التسليم قبل الاخر اما على الموثر فلان الثوب خارج عن المعاوضه فلا حق له في جنسيه و اما المستاجر فلان الموثر و في بمقتضى العقد و عمل فلا حق له أيضاً في حبس الاجير و الى هذا يرجع قولهم لا يشترط في وجوب تسليم الاجره تسليم العين المعمول فيها او يشترط كما في جامع المقاصد و عن التنقيح و زعم في مفتاح الكرامه انهما مسئلتان لا ملازمه بينهما لأنه يجوز ان يكون لكل منهما المطالبه و لا يجب عليه التسليم الا بالتسلم و نسب تحرير المسأله على الوجه الاول الموافق للمتن الى المسالك و الرياض و مجمع البرهان و قال أنا لم نجد قائلاً بتوقف استحقاق المطالبه على التسليم بعد ان نزل قول العلامة في القواعد و هل بشرط تسليمه الاقرب ذلك على الوجه الاول و انكر على صاحب الرياض حث نسب الخلاف في المسأله الثانيه الى المحقق الثاني و فيه ما عرفت من اتحاد المسألتين و مساواه العبارتين الفرض لأن مقتضى توقف المطالبه اي مطالبه الاجره على تسليم العين المعمول فيها اشتراط وجوب تسليم الاجره الى الاجير بتسليمها فلا فرق بين تحرير جامع المقاصد و تجويز المسالك و ما ذكره من الفرق لا افهم معناه بل الظاهر صدوره من عدم الاصابه بمعنى الخلاف حتى استصعب الامر عليه في كلمات الاصحاب و صدر منه

تحقيقات و ترجيحات كلها اشتباهات في تحرير محل النزاع و تطبيق الادله على الاقوال كما لا يخفى على الملاحظ البصير و الباعث على الاشارة الى ذلك تحفظ من لا- بصيره له من الاغترار عقالاته و نحن نحرر مبنئ الخلاف على وجه مفصح عن غفلاته و نقول ان من القواعد المسلمه بينهم كما حرروه في أم المعاملات البيع اقتضاء المعاوضه الثقارن في الاقباض فيجوز لكل منهما حبس العوض حتى يقبض العوض بطريق الدور المعى و ان شئت قلت يتوقف استحقاق مطالبه كل منهما للمعوض على دفع العوض اذا لكل معناه المعيه و المقارنه في الاقباض فان امتنع احدهما من اصل التسليم اجبره الحاكم على ذلك و ان امتنع من التقديم كان له ذلك سواء في البيع و غيره في الثمن او المثلن خلافا للمحكي عن الشيخ في خصوص المثلن فحكم بوجوب التقديم على البائع و السر في ذلك ان حقيقه المعاوضه يقتضى قيام كل من العوضين مقام الاخر من كل جهه فلو وجب على احدهما الاقباض قبل قبض القابل لزم ارتفاع يده عن ماله بلا عوض في ان التسليم و هو خلف فظهر انه لم يدل على حق الحبس في العوضين لكل من المتعاقدين دليل خارج عن دليل صحه ذلك العقد فان كان الحبس المبحوث عنهما اقتضاه المعاوضه لم يكن محتاجا الى الدليل بل الدليل على من يدعى خلافه و لذلك اعنى حق الحبس ثمرات واضحه تطع على بعضها إن شاء الله تعالى و هذه القاعده في الاجاره أيضا جاريه بلا اشكال و لا خلاف فيما اذا كانت متعلقه بالايان فقد يجب على المستاجر تقديم الاجره قبل اخذ المنفعه باخذ العين المستاجر و لا- على الموجر فتقديم اقباض المنفعه بتسليم العين المستاجر و فيما اذا كانت متعلقه بالابدان أيضا اذا لم يكن العمل متعلقا بعين منقوله سواء لم يكن متعلقا بشىء كالصوم و الصلاه و نحوهما من الاعمال المحضه او كان متعلقا بعين غير منقوله كمزارعه الارض و بناء المسجد و امثالهما و انما الخلاف و الاشكال فيما لو كان العمل المستاجر عليه قائما بشىء منقول كالثوب و الخاتم و نحوهما و مبنئ الخلاف هو انه هل يكفى ايجاد العمل هنا في تحقق التسليم المعتبر في المعاوضه كما في غير ما كان متعلقا بعين منقوله فيسقط حق حبس الاجره للمستاجر و وجب عليه التسليم اولا فيه اقوال ثلاثه ذهب المصنف و من عرفت آنفا الى الاول و ذهب العلامه و المحقق الثانى و غيرهما الى الثانى و فصل الشيخ في كلامه المتقدم عن المبسوط على احد الاحتمالين و يأتى إن شاء الله الاحتمال الاخر و الاول اقرب وفاقا لبعض مشايخنا قدس سره خلافا للمحكي عن درس شيخنا الاستاد قدس سره لما عرفت من بيان منشأ الخلاف من تحقق التسليم المعتبر في الاجاره لأن تسليم العمل ليس كتسليم المنفعه في التوقف على تسليم العين المستاجر لأن تسليم العمل انما هو بالفراغ عنه بخلاف المنفعه فان تسليمها الحقيقى لما كان ممتنعا لكونها معدومه قام تسليم العين مقام تسليمها بل مقتضى المقاييسه بالمنفعه جواز مطالبه الاجره هنا وجود اول جزء من العمل بناء على تنزيل هذا الامر التدرىجي منزله الموجود بوجود اول اجزائه كما يحكم بوجود النهار بمجرد طلوع الشمس الا ان ظاهر الاخبار و الفتاوى و ملاحظه الأضر و نحوها قضت بتوقف استحقاق المطالبه على اتمام العمل و يمكن ان يستدل أيضا بالصحيح لا يجف العمل حتى يعطى اجره لان ترك الاستفصال و اطلاق الكلام كلاهما قاصيان بسقوط شرط تسليم العمل مضافا الى قاعده السلطنه

الناشئه من العقد الذى افاد الملك و مما يؤيد او يدل على كفايه وجود العمل في قبضه مط لغه لو استاجر على خياطه ثوب مغصوب مثلا غير مقدور على تسليمه صح بلا اشكال مع ان امكان الاقباض الذى هو شرط صحه العقد مفقود هنا فعلى مذهب الشيخ لا يصح هذه الاجاره و ليس في مقابل ما ذكرنا شىء سوى دعوى فوقف التسليم عرفا في المتنازع فيه على تسليم العمل و

هى غير واضحه و ربما وجه بان العمل من حيث هو مع قطع النظر عن الاثر المترتب عليه ليس شيئاً متمولاً يبذل فى مقابله المال و ايجاد العمل لو سلم كونه كافياً فى التسليم بالنسبه الى نفس العمل نظراً الى كون تسليم كل شىء بحسبه فلا يعلم كونه كافياً فى تسليم ماليته التى هى الملحوظه فى المعاوضه و قوبل لأجلها بالمال كما لا بدّ من تسليم الاثر أيضاً و تسليمه لا يمكن الا بتسليم العمل و فيه ان الآثار معلوله للمؤثر فهى تابعه لذيها فى التسليم فكيف يتصور التفكيك بين تسليم العين و تسليم الاثر او بين تسليمه و تسليم ماليته القائم به مع كونها من صفاته و بعد الاعتراف بتسليم العمل لا مجال لإنكار تسليم الاثر و لو منع من تسليم العمل أيضاً فهو اضعف اذ لا معنى لتسليم العمل الا- ايجاده كما فى الاعمال الغير المتعلقه بالاعيان و عن الشهيد فى الحواشى بناء المسأله على كون الصّفه كالأعيان و اورد عليه فى جامع المقاصد بانه لا حاجه الى البناء المذكور لأنّ المعاوضه على المنافع امر متفق عليه و لا بدّ فى العوضين من التقابض كالباع قلت مقتضى ظاهر الايراد الالتزام بعدم توقف المطالبه على تسليم الصّفه و هذا ينافى قوله بالتوقف مستدلاً بان مقتضى المعاوضه ان لا يجب على احد المتعاضين التسليم الا مع تسليم الاخر ففى كلامه تهافت بين لأنّ مقتضى الاستدلال توقف تسليم العمل على تسليم العين المعمول فيها و هو لا يتم الا بعد ملاحظه التقابض بين الاجره و الصّفه الحاصله من العمل و مقتضى ردّه على الشهيد ملاحظه بينهما و بين العمل نفسه و كيف كان فكلام الشهيد مبنى على ما عرفت فى التوجيه المذكور بلى الظاهر اتحادهما و قد عرفت ما فيه اما اولاً فلان المعاوضه انما وقعت فى بين الاجر و نفس العمل دون الاثر الحاصل منه فان اراد بالصفه نفس الاجر فالبناء فاسد لان كون الصّفه كالعين فى وجوب التسليم لا ينافى القول بجواز المطالبه هنا من دون تسليم العين المعمول فيها بعد ان كان العوض هو نفس العمل دونها و ان اراد بها الاثر الحاصل فالمبنى فاسد لان العوض هو نفس الصّفه الحاصله منه و ان زعم انه لا بدّ فى تسليم العمل تسليم الصّفه أيضاً كما قال الموجه ففيه ما عرفت و قال فى جامع المقاصد فى سقوط الاجره بتلف العين فى يد الأجير إن الاشكال فى المسأله الذى ذكره المصنّف ينشأ من ان التسليم المعتبر فى المعاوضه لم يحصل فيكون التلف من الاجير و من انّ العوض انما هو لأجل نفس العمل و قد حصل ثم قال و يضعف بان المستاجر عليه و ان كان هو نفس العمل لكن التسليم غير حاصل و انت خير بانّ منشأ الاشكال الذى بينه هو ما ذكره الشهيد ثم ان الضّعف الذى ذكره مصادره واضح كما عرفت ضعيفه و له كلام اخر بعد ذلك مناف لبعض ما ذكره يأتى نقله و كيف كان فقد ذكروا للمسأله ثمرات منها سقوط الاجره لو تلف العين فى يد الاجير على القول بتوقف مطالبتها على التسليم فى القواعد على اشكال

ص: ١١٣

و كذا فى محكى الحواشى لقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه بناء على جريانها فى مطلق المعاوضات كما صرح به فى محكى صلح التذكره و هو الظاهر من بعض ما ذكره فى مسأله البيع قبل القبض و جواز بيع ما انتقل الى البائع بغير البيع قال على ما حكى عنه و المال المضمون فى يد الغير بالقيمه كالعاريه المضمونه او لتفريط و يسمّى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه الى ان قال اما ما هو مضمون فى يد الغير بعوض فى عقد معاوضه فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كحال الصّالح و الاجره المعينه و قال الشافعى لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالباع انتهى و قد صرح المحقق الثانى بذلك فى المقام كما مرّ فى عبارته المتقدمه و اصرح منه ما ذكره بعدها قال بتقلد بما متصلاً سبق و ربما بنى ذلك على سقوط الاجره بتلف العين فى يد الاجير على انّ الاجاره عين او اثر فان قلنا انها عين سقطت الاجره كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض و ان قلنا هى اثر لم يسقط و الى هذا ينظر الحكم بضمان الزوجه المهر و عوض الخلع و ان لم يكن مثل ضمان تلف احد العوضين فى المعاوضه

الحقيقه يوجب انفساخ العقد و معنى الانفساخ هنا رجوع التالف قبل التلّف آنا ما الى ملك من تلف فى يده اما حكما بمعنى
الآآآآ؟

فى عوده الى ملكه بعد الخروج عنه على هذا الحكم اعنى الضمان المسمّى خاصّه دون ساير الاحكام بل الحكم بكونه ملكا
للمشترى فى ساير الجهات فلو مات كان تجهيزه على المشترى و عليه الكلّ او الجمل على ما نسب اليهم الا علامه خاصّه فى
بعض الفتاوى حيث نقل عنه الحكم بكون تجهيزه على البائع او حقيقه بمعنى ترتب جميع احكام ملك البائع و اما فى مثل
النكاح و الخلع ممّا هو يشبه بالمعاوضات فلا يوجب الانفساخ لعدم مقابليه بالعوض حقيقه بل يوجب الضمان بالمثل و قيمه
خاصّه و من هنا احتمال كون ضمان المهر و عوض الخلع راجعا الى ضمان اليد دون المعاوضه و لعلهم استفادوا من قوله ع كلّ
مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع قاعده كليّه مطرده فى كل مضمون بالعقد معاوضه كان اولاً و لذا عملوا بها فى تلف الثمن
أيضا مع اختصاصه بالمبيع لكن صرّح بعض مشايخنا فى الباب باختصاص قاعده الانفساخ بالتلف بالبيع و عدم التعدى الى
الصّلىح و الاجاره و نحوهما من المعاوضات فضلا عن النكاح و الخلع مما يشبهها و لعله لا يتعدى الى الثمن أيضا او يقتصر فى
التعدى عليه خاصّه اذ المرجع فى التعدى عن مورد النص هو نظر الفقيه ثم انّ ما نقلناه هنا عن جامع المقاصد هو الذى ذكرنا أنّه
غير مناف بعض ما ذكره سابقا فأنه صرّح فى رد الشّهد انه لا مدخله لكون المنفعه ملحقه بالاعيان فى مثل اشتراط المطالبه
بتسليم العين فكيف يبنى عليه فى هذه المسأله مع أنّها من فروع تلك المسأله ثم قال و تنقيحه ان الاجاره ان كانت كالأموال فى
أنها تعد مالا فالحكم الأوّل و ان كانت لا تعد مالا و أنّما هى صفه للمال فالحكم الثانى و قد سبق فى الفلّس ان المنافع تعد اموالا
و يشهد له أنّها تقابل المال و يعتبر فى صحّه المقابله و جريان المعاوضه عليها كونها متقومه فى نفسها و لا معنى لماليتها الا هذا و
الظاهر استحقاق الاجره انتهى كلامه رفع مقامه قلت ظاهر قوله و تنقيحه ارتضاء هذا المعنى و مقتضاه سقوط الاجره كما قرره
فقوله و الظاهر استحقاق الاجره فى اخر كلامه مناف لذلك و لا وجه له أيضا بناء على مختاره فى المسأله من

ص: ١١٤

اشتراط التسليم لان مقتضاه بعد ملاحظه قاعده الانفساخ الجارىه فى الاجاره باعترافه بسقوط الاجره سواء قال بصحّه هذا المبنى
او فساده و نقل عنه فى مفتاح الكرامه استظهار عدم الاجره و هذا هو الأصحّ دون النسخه الاولى لكن يبقى البحث على العلامه اذ
لا وجه للإشكال بعد استغراب الاشتراط اللّهم الا ان يكون وجه الاشكال هو الاشكال فى جريان قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه
هنا لا ما ذكره المحقّق الثانى و هو فى محلّه و لذا صرّح بعض مشايخنا هنا باختصاصها بالبيع و عدم ثبوتها فى الصّلىح و الاجاره
اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع النص و ان قال بجريانها فيها فيما بعد مدعىا لنفى الخلاف و منها أنّه على القول بالاشتراط
لو اتلف الموجر العين المعمول فيها غير المستاجر من تضمينه اجره المثل او المسمّى لا- لأجل تعذر التسليم الموجب للخيار
فيكون المستاجر مخيرا بين استرداد الا-جره بالفسخ و بين تقويم الموجر اجره المثل او لاجتماع السببين سبب الانفساخ لكون
التلف الموجب له مط شاملا- لما كان باتلاف الموجر أيضا و سبب الضمان و هو الاتلاف على ما تقرّر فى باب البيع فيما لو
اتلف البائع المبيع فتخير المستاجر بين اعمال السببين و ان كان بين الوجيهين فرق فى احكام الملك فأنّها تجرى على العمل فى
ملك العامل على الثانى بناء على مذهب التّذكره من وجوب تجهيز العبد التالف على البائع و على الأوّل تجرى عليه و هو فى
ملك المستاجر كما لا- يخفى و اما على القول بعدم الا-شتراط فيتعيّن نقص اجره المثل كما ذكره فى القواعد حيث قال و لو
اتلف الصّانع الثوب بعد عمله تخير المالك فى تضمينه اياه غير معمول و لا اجر عليه و فى تضمينه اياه معمولاً و يدفع اليه اجره

لأنه مبنى على مختاره من الاشتراط و هو جيد و ايراد بعض مشايخنا عليه و على المحقق الثاني في بيان وجه التخيير الراجع بالتأمل الى ما ذكرنا مبنى على عدم ثبوت قاعده الانفساخ في غير البيع عنده كما مرّ اقتصارا على مورد النص و هو البيع و اما ما عن المبسوط من تضمينه غير معمول فيه فهو مبنى على عدم التخيير بين اعمال السببين في اتلاف الصانع المبيع و تعيين العمل بقاعده الانفساخ بالتلف لكونها سبب الخروج المورد عن مجرى قاعده الاتلاف فلا يجتمعان في مورد واحد فلا بد من الاخذ باحدهما و رفع اليد من الاخرى و لما كانت قاعده الانفساخ اخصّ تعين العمل بها كما ان يقال او قيل في المسأله أيضا من تعين تضمينه معمولا فهو مبنى على تمكنه عن العمل بقاعده الاتلاف دون قاعده الانفساخ اما لانصراف التلف في النص الى ما كان بغير اتلاف او لعدم ثبوت قاعده الانفساخ في غير البيع و لو قلنا فيه بالتخيير بينها و بين مقتضى الاتلاف و اما احتمال تضمينه معمولا- مع عدم دفع الاجره كما في جواهر الكلام عملا بالقاعدتين معا لان غايه ما يقتضيه قاعده التلف سقوط حق الموجر و امّا سقوط حق المالك الثابت له من جهه الاتلاف فلا و لم اجد له قائلا و لا وجها فظهر ان في المسأله ثلاثه اوجه او اقوال على حد الوجوه في اتلاف البائع و وجه رابع خارج عن تلك الوجوه و هو الاخر و منها جواز حبس العين للموجر على القول بالاشتراط لو كان المستاجر غير باذل الاجره اذ المفروض عدم تحقق تسليم العمل بمجرد الفراغ و توقفه على تسليم العين و مقتضى المعاوضه كما عرفت عدم جواز حبس كل من المتعاضين ما عليه من العوض على فرض امتناع صاحبه و كونه غير باذل فاذا كان المستاجر غير باذل

ص: ١١٥

للاجره جاز للأجير حبس ما عليه من العوض و يلزمه جواز حبس العين مقدّمه و على القول بعدم الاشتراط و تحقق التسليم المعاوض بمجرّد الفراغ فليس له حبس العين من جهه المعاوضه و ان جاز له من جهه التقاص و نحوه لكنّها خارجة من حيث البحث فالثمره تظهر في جواز الحبس من جهه المعاوضه و عدمه و يتفرّع عليه ثمره اخرى في الحكم الوضعي و هو ضمان العين لو تلف من غير تفريط على ما تبّه عليه الشهيد في محكي الحواشي و تلقاه بعض مشايخنا بالقبول لأنّ الضمان و عدمه يدور مدار الاذن في الحبس و عدمه لكن العلامه مع قوله بالاشتراط قال بالضمان و وجهه في جامع المقاصد بانّ جواز حبس العين ليس مما اقتضاه المعاوضه لعدم كونها عوضا و أنّما هو مقدّمه لما اقتضاه و لأنه بعد الفراغ يخرج عن كونه صانعا فلا يكون امينا و ان لم يكن مسلما للعوض فيضمن ضمان اليد و لان حبسه كان لمصلحته لا لمصلحه المالك فلا يكون يده يد امانه و أيده بعض بضمان الملتقط لو تصدق باللقطه مع كونه مأذونا في التصدق و محصّله ان اذن الشارع اذا لم يكن لمصلحه المالك لم يكن رافعا للضمان قلت و في الكلّ نظر اما الاول فلان الاذن الرافع للضمان لا يعتبر فيه ان يكون متعلّقا بنفس العوض و ان لم يكن رافعا له في الاجاره مط و امّا الثاني فلان كونه امينا ناش من كون وضع اليد على العين بحق من حيث توقف الوفاء المأمور به على ذلك و هو بعد باق ضروره عدم كفايه وجود العمل في الوفاء بناء على اشتراط التسليم و اما الثالث فلأنّ التحقيق ان كون التصرف مصلحه للمتصرف لا يمنع عن امانته اذا كان باذن الشارع او المالك و لذا لا يضمن المستعير و لا المستاجر فان قيل ان التصرف في العين المستاجر مصلحه للمالك لا المستاجر لكونه مقدّمه لاستقرار ملك المالك للأجره فان قلنا ان الأمر كك في يد الصانع أيضا لكون وضعه اليد على العين فيه مصلحه للمالك من حيث كونه مقدّمه لإيصال ملكه و هو العمل اليه و لو قيل أنّه مقدّمه لاستقرار ملكه للأجره فيكون مصلحه به الا للمالك قلنا لزم من ذلك ان يكون ضامنا للعين حال العمل أيضا و المشهور خلافه و التحقيق الذي مرّ في بيان قاعده الامانه سابقا بعنوان الامانه المالكيه غير موجوده في الاجاره مطلقا خلافا لظاهر

المشهور بل المستاجر لما كان مستحقاً للمنفعة المتوقّفة استيفائها على التصرف في العين كان امينا بحسب الحكم الشرعى و هو مطرد في الاجاره مط حتى في تصرف الاجير في العين مقدّمه و كونه مصلحه للمالك ان للمتصرف لا دخل له في صدق الامانه الشرعيه و ضمان الملتقط بعد الصيده انما هو ضمان اتلاف لا ضمان تلف و ضمان الاتلاف لا يرتفع بالاذن الشرعى و لا المالكى مط بل بشرط المجانيه و لذا يضمن بالاكل في المخصصه فالظاهر ما اختاره بعض مشايخنا قدس سره وفاقا للمحكى عن ظاهر الحواشى من عدم ضمان العين اذا حبسها لاستيفاء الاجره عن القول باشتراط التسليم ثم ان مقتضى المعاوضه ان يكون لكل من الموجر و المستاجر حقّ الحبس قبل اخذه على الاخر كما في البيع و قد مرت الاشاره اليه فلا يجب على الاجير تسليم العمل اولاً- و به صرح بعض مشايخنا قدس سره مستدلاً عليه بما ذكر و الاصل الى ان قال و لم يشر احد من الاصحاب الى وجوب تقديم العمل اولاً بل الظاهر من كلماتهم جريان حكم

ص: ١١٦

المعاوضه هنا على حدّ البيع قلت ظاهر الرياض كالمحكى عن الأردبيلي و السبزواري وجوب تقديم العمل و تسليم العين المستاجر قال و لا- فرق بينهما يعنى الاجره و المنفعه الا- من حيث ان تسليم الاجره يتوقّف على تمام العمل او دفع العين المستاجر و لا- ككك المنفعه فانه يجب تسليمها مع المطالبه بتسليم العمل و العين التى وقع عليها الاجاره و قد يقال انه ظاهر التذكرة أيضا حيث قال اذا أطلق كانت يعنى الاجره معجله و استحق استيفائها اذا سلم العين الى المستاجر عند علمائنا قلت لا ظهور فى عباره التذكرة و اما عباره الرياض فظاهرها ما عرفت و ظاهرها كونه من المسلمات و لا وجه له سوى دعوى التعارف على سبق العمل و ح فلو فصل بين الموارد كان متجهاً فحيث لا تعارف لا وجه لوجوب تقديم العمل على خلاف ما يقتضيه المعاوضه و دعوى الاجماع عليه تعبداً بعيد جداً بل مقطوع العدم

تنبيهات

الاول ان ظاهر قولهم لا يجب تسليم الاجره الا بعد العمل

عدم استحقاق البعض ببعض العمل أيضا لكن صرح بعض مشايخنا بان الاجير سنه للعباده مثلا يستحق اجره كل شهر او كل يوم و ان المراد بقولهم المذكور الاحتراز عن عدم العمل راسا و هذا بخلاف البيع فان تسليم بعض المبيع لا يوجب استحقاق الثمن بالنسبه قلت لو كان اجماع فهو و الا فمقتضى المعاوضه التبعض لان المقابله واقعه بين اجزاء العوضين فلا بد من مراعاة الاقباض فيما وقف المقابله بينهما مطلقا كلاً او بعضا نعم لو كان قاعده التّقابض ثابتة من دليل خارجى امكن القول بمراعاتها فى اتمام كل واحد منها لكنها لم تثبت بدليل خارجى بل من مطلق العقد بعد ملاحظه مقتضى العقد و قد يفصل أيضا بين ما كان العمل متعددا عرفا او واحد بالتقسيت فى القبض و الاقباض فى الاول دون الثانى لأنّ العقد فى الاول ينحل الى عقود متعدده بحسب اللب نظير التكليف المتعلق بالعام بخلاف الثانى

الثانى لو كانت الاجره أيضا عملا فان امن احدهما صاحبه فى البدأه

وَأَمَّا فَقَدْ صرَّحَ بعض مشايخنا بان رفع التَّشاح في البدأه يحصل بالكفيل و ان لم يوجد فبالقرعه قلت لا اشكال ان الكفاله بالمعنى المصطلح لا معنى لها هنا و غير مفيده للمقصود أيضا و هو الالتزام بالعمل الذى تعلق به الاجاره و ان اريد به الضمان و هو التَّعهد بما على المضمون عليه من العمل فهو على فرض صحته مبنى على التراضى دون الاجبار الزافع للتزاع و اما القرعه فالظاهر انَّ المقام ليس من محلها أيضا فان موردها ما وقع الاشتباه او ترجيح احد الحقين على الاخر فى صورته التَّراحم كالمسابقه الى مباح و التقديم هنا ليس حقا لأحدهما بل مقتضى القاعده هنا اخبارهما على التَّقابض معا ان امكن و لو فرغ احدهما عن العمل قبل الاخر اذ يكفى فى التَّقارن المقارنه فى الشروع فى التَّسليم كما فى الثمن و المثلن اذا كان كل منهما مكيلا او موزونا و ان لم يمكن يخليان على حالهما الى ان رضى احدهما بالتَّقديم الّا ان يقال اذا امتنع التَّقابض و جب احد امرين اما وجوب المسابقه على احدهما و تعيين السابِق بالقرعه لتساويهما و تراحم حَقَّهما او بطلان الاجاره اذ لا فائده فى صحَّتها لو بنى على التَّعطيل فأنه كالدَّور اذ يلزم من وجودها عدمها و الثَّانى باطل بالضروره و الاجماع فتعيَّن الأوَّل و يحتمل ان يقال أيضا بان اخذ الكفيل فى مثل المقام طريق للتَّقابض

ص: ١١٧

الذى اقتضاه العقد فيصح ما ذكره قدس سره من القرعه او الكفيل و يحتمل وجه رابع و هو العمل بالنظر فى الوفاء فيجر ان على الاشتغال معا لان الظن فى الامور المستقبلة معتبر مطلقا فى الموضوعات التى لها دخل فى الحكم الشرعى كالصَّرر فاذا حصل الظن لأحدهما باشتغال صاحبه بالعمل على تقدير اشتغاله و جب عليه الاشتغال الثالث لو كان العمل مؤجلا دون الاجره ففى تعجيلها كما فى البيع لعدم حلول وقته حتى يكون للمستأجر مطالبه بخلاف وقتها او العدم لمنافاته لما دل على عدم وجوب تعجيلها قبل العمل فالاجل انما افاد زياده التاخير فيه فلا يعتبر الحكم الثابت قبل الاشتراط و بذلك يفرق عن البيع وجهان ذكرهما بعض مشايخنا قدس سره و اختار الثانى و الأوَّل اقرب لأن التاجيل فى العوض فى قوه الاسقاط لحق المطالبه الثابت له بمقتضى العقد فاذا اختصَّ باحدهما بقى حق الاخر سليما عن المعارض و حاصله حصول التَّقصان فى احد العوضين بالتاجيل لان المقابله ح واقعه بين الملك فى الحال و الملك فى المستقبل و قد اعترف بذلك لو كانت الاجره معجله قبل انقضاء العمل و الذى دعاه الى الفرق هو النَّظر الى ما دلَّ على عدم استحقاق العامل الاجره الّا بعد العمل و فيه أنه ليس عليه دليل خارج عن مقتضى المعاوضه بل الدليل عليه هو قاعده التَّقابض فانها يقتضى عدم الاستحقاق الّا بالتَّسليم و كما ان الموجر لا يستحق الاجره الّا بعد العمل ككك المستاجر لا يستحق العمل الّا بعد تسليم الاجره و يتفرَّع على هذا التَّقابض معا كما مرَّ نعم لو قلنا بوجوب تقديم العمل اولا كما هو ظاهر الرِّياض و قد سبق آنفا كان لما ذكره قدَّه وجه لأنَّ تقديم وجوب تقديم العمل ح مبنى على تقديم حق المستاجر على الاجير فى التَّقابض على خلاف ما يقتضيه المعاوضه و لذا استشكلنا فيه سابقا لو لم يكن اجماع و التَّاجيل يوجب زياده فى التَّاخير لأنه يحدث حقا له فى مطالبه الاجره لكن مختاره قدَّه كما مرَّ عدم وجوب تقديم العمل اولا فلا وجه ح لسقوط حق الاجير فى المطالبه

[اجره المثل مع استيفاء المنفعه]

و كلَّ موضع يبطل فيه عقد الاجاره يجب فيه اجره المثل مع استيفاء المنفعه او بعضها سواء زادت عن المسمى او نقصت عنه بلا خلاف محكى منا او من غيرها كما هو الاصل الاصيل فى المعاوضات الفاسده فان فساد المعاوضه مع القبض يوجب ضمان

المقبوض على القابض بالمثل و القيمة كضمان المغصوب بحكم اليد او الاتلاف و لا يرفع حكمها التسالم على المسمى او اذن المالك فى القبض لبطلان الاوّل بحكم الفرض و عدم فائده الثّانى بعد ان كان وفاء للمعاوضه لا استيماناً او تسليطاً من المالك على اتلاف مال نفسه بل قد يجب اجره المثل بفوات المنفعه و ان لم يستوفيهما المستاجر على اشكال فيه فى الجملة كما لو حبس الدّابّه المستاجر او عبداً مستأجراً فى مدّه الاجاره حتّى انقضت فان المستاجر ح أيضاً ضامن للمنفعه الفائته تحت يده بالقيمه نعم لو حبس الاجير الحر فلا ضمان لعمله لأنه ليس بمال ما لم يوجد و لا يدخل تحت اليد ما لم يستوفه بخلاف منفعه العبد فانّها كمنفعه الدّار تعدّ مالا قابلاً للضّمان عند بعض اسبابه الّتى منها التّلف تحت اليد فاذا وضع اليد على الدّابّه فكأنّه وضعها على المنفعه المقبوضه فيضمونها و لو لم يستوفها مدّه الاجاره بل و كذا منفعه مثل الدار فانّها مضمونه فى الاجاره الفاسده بالفوات أيضاً اذا فرض اليد عليها من دون جلوس فيها و الّا دخلت فى المنفعه المستوفاه و مع

ص: ١١٨

ذلك فلا عذر للمصنّف فى اشتراط الاستيفاء و لقد اجاد فى القواعد حيث لم يشترطه بل صرّح بعدم الاشتراط و ربّما اعتذر او يعتذر للمص بان غرضه ذكر بعض ما يجب فيه اجره المثل او بيان حكم الاجير الحر خاصّه بشهاده الشّياق لأنّ المسأله السّابقه و اللّاحقه من احكامه و هما كما ترى و لك ان تبقى الاشتراط على حاله مراعاة للكليه فالمراد أنّ هذه الكليه فى الاجاره الفاسده تتوقّف على الاستيفاء و الا- ففيه تفصيل بين اجاره الحرّ فلا ضمان لأجره المثل مط و اجاره غيرها فيضمن بشرط دخول العين المستاجر تحت اليد فى المدّه كلا او بعضاً بحبسه و خرج بقيد المسمى بعض اقسام الاجاره الفاسده و هى الاجاره بلا اجره نظير البيع بلا- ثمن او بدون ذكره ففى ضمان اجره المثل هنا اشكال و خلاف بين الشّهيدين فصهرها بالعدم و وافقهما فى محكى الزّياض فى الصّوره الاولى خاصه و غيرهما بين مطلق و هو ظاهر الاكثر و مفصل بين اجاره الحر فالعدم و اجاره غيره فالضّمان كما عن المحقّق الثّانى حجّه الشّهيدين ان الاجره بلا- اجره تجرى مجرى الهبه او العاريه اللّتين لا ضمان فى فاسدهما اجماعاً فضلاً عن صحیحتهما و لا ما له البراءه بعد اختصاص سبب الضّمان يدا كان او اتلافاً بصوره عدم تسليط المالك و اذنه و حجه الاطلاق كما عن ظاهر الكلّ او الجمل ان الاجاره بلا اجره عنوان مغاير للهبه قطعاً و لو كان تملكاً بلا عوض لبا و هو عقد فاسد لا- يقتضى اثره فى نفسه و لا- باعتبار التّسليم و التسليط المتفرع عليه فيجب اعمال حكم اليد او الاتلاف و حجه المفصل هو ان عمل الحر انما يكون مضموناً اذا لم يكن متبرّعاً به و هذا متبرّع لا يستحقّ اجره المثل بخلاف المنافع فانّها بدخولها تحت اليد تكون مضمونه بعد فرض فساد العقد و عدم افاده ما ترتّب عليه من التّسليم و التسليط الوفاى و التّحقيق التّفصيل بين قصد الموجر فان علم ارادته الهبه او العاريه حقيقه اى تملكاً او اباحه مجانيه فلا ضمان لعدم الدّليل بعد اختصاص قاعدتى اليد او الاتلاف بما اذا لم يكن هناك من المالك تسليط مجاني كما مرّ فى تحقيق قاعده ما لا يضمن و الفرق و اجاره الحر و غيره شطط بين اذ لا- فرق فى ارتفاع الضّمان مع التبرّع و التسليط المجانى بين ان يكون المتبرّع به عملاً او منفعه اخرى او عينا فان كانت هذه الاجاره و الدّفع المتأخّرين منها كافيين فى عدم الضّمان كان كك فى الموضوعين و الّا فكك نعم اذا عمل من دون التماس المستاجر و امره أتجه ما ذكره لان شرط ضمان العمل هو الامر فمع عدمه لا ضمان و يحتمل قويّاً ان يكون مراد المحقّق الثّانى عدم الضّمان فى هذه الصّوره خاصّه فلا يردح ما اورده فى المسالك من انه لا يتمّ مع امر المستاجر لكن ينبغي على هذا تعميم عدم الضّمان الى مطلق الاجير و لو كان عبداً لا ضمان عليه أيضاً موقوف على التماس المستاجر الّا مع دخول تحت اليد و لو لم يستوف و لعلّ المحقّق الثّانى لا يتحاشى عن التّعميم الى الصّوره المفروضه و قد يقال ان قبول يفيد فائده الامر فلا فرق بين

الامر و عدمه و اما دعوى أنّ عنوان الاجاره غير الهبه و العاربه و ان قصد منها التملك المجاني فواضحه الاندفاع و ان اريد بها حقيقه الاجاره بان يكون ذكر عدم الاجره او عدم ذكرها بمنزله اشتراط اسقاط استحقاقها المدلول عليها بقوله اجرتك اتجه الضمان لليد او الاتلاف السليمين اما يرفع ما اقتضاه من الضمان و اما ما عن الفاضل

ص: ١١٩

الأردبيلي من التفصيل بين علمهما او علم الموجود الفساد فلا ضمان لان التسليم ح تمحض في التبرع و المجانيه كما في الهبه و العاربه و بين جهلها او جهل الموجد فالضمان لكون التسليم ح تسليمًا و فائيا تعبدًا بعنوان كون المقبوض مالا للقبض فلا يرفع ضمان اليد او الاتلاف كلام اخر يأتي في كل مقبوض بالعقد الفاسد و ظاهر الاصحاب بل صريحهم ان العلم بالفساد لا يؤثر الا في مسأله واحده و هي بيع المغصوب فمع علم المشتري لا يضمن البائع الثمن لأنه سلطه على ان لا يكون عليه ضمان و اما في غيرها حتى فيما يكون فساد العقد فيه ناشيا من عدم تمول المبيع كبيع الخمر و الخنزير و الاعيان التجسه و امثالها فبنائهم على الضمان الا بعض شيوخ مشايخنا في محكي شرح القواعد فحكم في الفساد الناشى عن عدم تمول العوض بعدم الضمان مع العلم و هذا و ان لم يكن بعيد اكله الا ان طريقه الاصحاب على خلافه و الظاهر انها الاصول لأن التسليم و التسليط اذا كان مبنيًا على الوفاء بالمعامله الواقعه و متفرعا عليها كان مسلوب الحكم و الاثر بالمره فيبقى حكم اليد ح سليما عن المعارض فلا كرامه في التفصيل المذكور أيضا و الظاهر ان الشهيد اراد القسم الاول فهذه الاجاره عنده و عند ثاني الشهيدين بمنزله العاربه كما صرح به في المسالك و دعوى بعده نظرا الى أنه لا دخل له بالمقام و لا يكون استثنائه من الكليه المذكوره الا منقطعًا مدفوعه بان الكليه المذكوره قاصره الشمول للاجاره بلا اجره لمكان اشتمالها على المستمي كما عرفت و عباره القواعد قريبه منها في القصور فراجعها فلا داعي الى حمل كلامه على الصوره الثانيه مراعاة لمناسبه المقام كما توهم بقى الكلام في امرين احدهما ان ظاهر اللفظ ما ذا و ثانيهما ان الحكم من حيث الضمان و عدمه مع الشك في مراد الموجد ما ذا اما الاول ففي المسالك حمل على الاول تحكما لصراحه قوله بلا اجره في المجانيه التي هي لب العاربه على ظهور قوله اجرت في قصد العوض في الجمله و قد يستظهر الثاني لاحتمال قوله بلا اجره معنيين احدهما الكشف عن اراده المجاز من اجرت باستعمالها في التملك المجاني الجائر او اللازم جهلا او تجاهلا او متعمدا للمجاز و الثاني اسقاط ما قصده اجرت اجمالا اعني العوض من غير تعيين كما مر فلا يكون دليلا على التبرع و الاعاره و لا مرجح لاحتمال الاول على الثاني فيتعارضان و يبقى ظهور اجرتك في معناه الحقيقي الماخوذ فيه قصد العوض سليما عن القرينه الصارفه و يضعف بان ارجاعه الى اسقاط ما قصد تملكه خيال اصولي لا يلتفت اليه اذهان العرف في الاجارات الخياري بين الناس فما في المسالك من دعوى الصراحه في العاربه و الهبه مما لا ريب فيه و عليه فلا ضمان كما ذكره الشهيد و لا اظن مخالفه الاكثر أيضا لأن منشأ المخالفه دخول المفروض في الكليه المشار اليها و قد عرفت بعضها من حيث اشتمالها على ذكر المسمى و مثله البيع بلا ثمن فما يلوح من المسالك من الفرق ليس في محله لأن التصريح بعدم الثمن كيف يجمع قصد الثمن من غير تعيين فلا جرم يكون هبه صحيحه او فاسده كما ان قوله اجرتك بلا اجره يكون عاربه كك فلا يترتب عليه ضمان و لو رجع الى العاربه الفاسده لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده مع ان الظاهر عدم الاشكال و الخلاف في صحه العاربه اذا قصدها كما صرح به

ص: ١٢٠

المسالك تخريج المسلمات لكن لا- يخفى ان ما ذكره من الظهور في المجاز لا يأتي في الصورة الثانية اذ لا دلاله لعدم ذكر الاجره على المجاز او التبّع فيؤخذ بظاهر اقتضاه لفظ الاجاره و اما الثاني ففيه صور لان الاشتباه في الضمان قد يكون من جهة الشك في كون اليد غاصبه او مأذونه و هذا لا اشكال و لا خلاف فيه لأن اصله عدم الاذن محكمه فيحكم بالضمان كأصالة عدم التذكيه و قد يكون من الشك في كونها ضامنه بعد الفراغ عن كونها مأذونه و فيه اشكال لان اصله عدم الاذن لا تجرى و اصله عدم الوديعه او العاريه او التبّع او نحو ذلك مما يترتب عليه عدم الضمان لا يثبت بها سبب الضمان اعنى اليد العماديه فيرجع الى اصله البراءه و لذلك اختلفوا في بعض فروع المسأله مثل ان اختلفا فقال المالك اجرتك و قال الاخر بل اعرتني او قال زارعتك و قال بل اعرتني في الضمان و عدمه و ان كان الاكثر على الضمان و عليه روايه مصححه في بعض فروع المسأله قال اسحاق بن عمار سالت ابا الحسن ع عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعه و قال الاخر انما كانت لي عليك قرضا فقال ع المال لازم له الا ان يقيم اليه انها كانت وديعه و لا بأس بالعمل بها لاعتبارها سندا و موافقتها لعمل كثيرا و اكثر و يمكن تطبيقه على القاعده أيضا لا لعموم من اتلف بل لأصالة عدم حصول طيب النفس و عدم سبب خروج مال المسلم من الاحترام الثابت لأمواله بالنص و الاجماع بعد تعارض اصله عدم العاريه مع اصله عدم الاجاره مثلا لكن لا يتجه في حيز الاتلاف عينا او منفعه و اما في ضمان اليد المذمى يترتب عليه التلف و عدم الاذن و لو لم تكن غاصبه فلا لعدم مساس لطيب النفس به و عدم منافاه براءه ذمه ذى اليد لاحترام مال المسلم اللهم الا ان يتمسك أيضا باصله عدم ما يرفع معه ضمان اليد و دعوى انها لا تجدى في ثبوت كون الاذن الموجر غير مجاني الا على القول بالاصل المثبت و هذا المشر دون عدم الراجع مدفوعه بان هذا نظير اصله عدم الدين المتفرع عليه و جوب حجه الاسلام مع الاستطاعه و نظير غيره من الاصول التي يعتمدون عليه في اثبات الاسباب و المقتضيات في المعاوضات و باب الاحكام سواء كانت من الاصول المثبتة في نظر التحقيق أم لا فالحكم بالضمان هنا على حد سائر احكامهم اعتمادا على الاصول و لا يبعد استثناء امثال ذلك عن القول بعدم الاصل المثبت و تمام الكلام في غير المقام و كيف كان فان كان فساد الاجاره بغصبيه العين المستاجر تخير المالك بمقتضى قاعده تعاقب الايدي في الرجوع الى من شاء من الموجر او المستاجر فان رجع الى الموجر لم يرجع الى المستاجر مع جهله لقاعده الغرور و مع علمه يرجع لما تقرّر في تعاقب الايدي من رجوع كل سابق بعد ان اغترم للمالك الى لا حقه لصيرورته بمنزله المالك و انما لم ترجع مع العلم لكونه غارا للمستاجر و الغار لا يرجع الى مغروره و ان انعكس و لا فرق مع جهله بين جهل الموجر و ان رجع الى المستاجر فان كان عالما لم يرجع الى الموجر سواء كان عالما او جاهلا لان الضمان يستقرّ عند من تلف عنده الا ان يكون له غارّ فيرجع اليه و ان كان جاهلا رجع الى الموجر للغرور سواء كان عالما او جاهلا لان جهله لا ينافي كونه غارا للمستاجر و ان كان مع علمه

ص: ١٢١

اوضح و عن قواعد الشهيد عدم ضمان المغرور و المكروه لضعفها اذا اجتماعا مع السبب فان اراد نفى الاستقرار كما قلنا فهو و ان اراد عدم سلطنه المالك على الرجوع اليه كما هو ظاهر الجمع بينه و بين المكروه فهو نادر شاذ مدفوع باطلاق ادله الاتلاف و تمام البحث في محلّه هذا كله في ضمان المنفعه اما عين المستاجر ففي ضمانها خلاف مضى في شرط الضمان في الاجاره و المعروف المشهور الضمان بل يحتمل ان القول بعدم الضمان غير معلوم القائل و ان نسبه في الرياض وفاقا للمحكي عن بعض و هذا القائل الأردبيلي على المفهوم من كلامه و قد عرفت ما هو الحق في المسأله و هو الضمان لأن عدمه اما لكون المستاجر امينا

او لقاعده كل مال- يضمن بصحيحه لا- يضمن بفساده او لكون وضع اليد عن حق المواضع و الاول ممنوع حتى في الاجاره المصححه عندنا فضلا عن الاجاره الفاسد و الثاني غير ثابت اذا لم تطابق القاعده كما مر و الثالث أيضا مفقود بحكم الفرض ضروره فساد العقد فلا حق للمستأجر واقعا و ان زعمه مع جهله

[كراهه ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجره]

و يكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجره بلا خلاف محكى لا في الجواز و لا في الكراهه لروايه مسعده بن صدقه عن ابى عبد الله ع من كان يؤمن بالله و اليوم الاخر فلا- يستعمل اجيرا حتى يعلمه ما يوجره و مصححه سليمان بن جعفر الجعفرى ان مولانا الرضاع ضرب غلمانه و غضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل في عمل و ما عينوا له اجرتة فقال له سليمان جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام نهيتم عن مثل هذا غير مره و اعلم انه ما من احد يعمل لك شيئا من غير مقاطعه ثم زدته على ذلك الشئ ء ثلثه اضعاف على اجرتة الا ظن انك قد نقصت اجرتة فاذا قاطعته ثم اعطيت اجرتة حمدك على الوفاء فان زدته حبه عرف ذلك لك و رأى انك قد زدته و ظاهر الاول التحريم و ظاهر الثاني التبرئه فيجمع بينهما بالكراهه و ربما قيل باستحباب ترك ذلك كما عن النافع و اللّمعه وفاقا لظاهر ينبغي المحكى عن النهايه و السرائر و فيه مسامحه او ارادوا الاستحباب الارشادى و ما قيل في توجيهه من ابتائه على استحباب ترك المكروه فغير وجهه لأن ترك المستحب لا يعقل ان يكون مستحبا شرعيا و هو الفعل للأمر التذبي المشتمل على المصلحه الرّاجحه الغير الملزمه كما ان ترك الحرام ليس من الواجب الشرعى نعم لا- باس باستحبابه لغه بمعنى رجحانه على الفعل و اما الكراهه فهى و ان كانت معقوله هنا لكن ظاهر الصّحيحه كون رجحان التّرك ارشاديا فيشكل الحكم بها أيضا بل قد يناقش أيضا في الجواب الذى لا خلاف فيه لأن استعمال الاجير من دون تعيين الاجره اجاره فاسده معاطاتيه فلا يجوز كما هو الشّان في جميع العقود الفاسده لان التصرف بسببها حرام و كذا ترتب سائر آثار العقد الصّحيح عليها فلا بدّ من الحكم بالتحريم و حمل التّهى على محض الإشاره و قال بعض مشايخنا بعد ان نفى الخلاف في الجواز أنّه معامله مستقلّه دلت السّيره على شرعيّتها لانها اجاره فاسده معاطاتيه او غيرها و هو كما ترى لان الغرر التّهى يعم جميع المعاملات فان صلحت السيره للخروج عنه لم يحتج الى اخراج المسأله عن الاجاره و جعلها معامله مستقلّه اللهمّ ألما ان تجاف في خصوص الاجاره من الاجماع على اشتراط العلم بالاجره لا عن نواهى الغرر و ان كان مضمونا بالمثل و القيمه دون المسمّى معا عرفت في المعاطاه من المنع اذا كان الرضا باقيا مستمرا غير مقيد بصحّه العقد

ص: ١٢٢

و ان كان مضمونا بالمثل و القيمه دون المسمّى انه فرق بين هذا العقد الفاسد و غيره في الجواز و الحرمة ضروره صدور الفعل هنا بداعى الاجره و لو لم يكن معلومه فلا مانع من جواز استعماله بخلاف اجاره الاعيان او سائر المعاوضات فان مع فساد العقد لا محلل للتصرف في المقبوض فيها و المراد بالاجير من له الاجره في عمله قبل المتبرّع كما هو صريح الصّحيحه و هذا ليس من المجاز بالاول كما لا- يخفى نعم لو فسّرناه في الفتاوى و الروايه الاولى بالمعنى الاصطلاحى اى من اجر نفسه للغير كان من المجاز بالمشارطه و كيف كان فمورد النصّ غيره مضافا الى قرينه قبل المقاطعه لأن الاجير بالمعنى الاصطلاحى لا يتصور الا بعد المقاطعه فلو استاجر باجره مجهوله ثم استعمله فالحكم فيه الحرمة دون الجواز لأنه من العقود الفاسده التي لا يجوز ترتب الآثار بسببها اجماعا و ربما قيل بدخوله تحت الاخبار و فيه ما عرفت من اختصاص الصّحيحه بالاول و اما روايه مسعده فهى و ان

كانت شامله له في بادی النظر أآ ان تعلق جواز الاستعمال فيها على اعلام الاخر قرينه واضحه على اراده الاوّل أيضا اذ لا فائده في تعيين الاجره مع فساد العقد بجهل الاجره فظهر ممّا ذكرنا كلّا ان كلا من استحباب التّرك و كراهه الفعل خال من الدليل أآ ان نلتزم بالثاني تسامحا فيكون الاستعمال قبل المقاطعه مكروها شرعا مضافا الى كونه معرضه للخصومه و التّشاجر و ما يجرى مجراها من الغايات القبيحه عند الشّارع و لك ان تاخذ بظاهر روايه مسعده القاضي بالمنقصه الذاتيه الواقعيه الموجوده في المكروهات الشرعيه دون الارشاديّه و تبنى على الكراهه الشرعيه بعد الاجماع على عدم التحريم و ان كانت الصّحيحه ظاهره في النهى الارشادي اذ لا منافاه بينه و بين الكراهه تعييدا كما في اكثر المكروهات المعلّله بالمضار البدنيّه او نحوها من المفساد الدنيويّه فانّها تجرى مجرى الحكمه دون العله و تظهر الثمره في صوره الشكّ عمّا علّل به في الصّحيح فيكره كاستحباب غسل الجمعه مطردا على الثاني و لا يكره على الارشادي و الله العالم و كذا يكره ان يضمن الاجير الا مع التّهمه بلا خلاف ظاهر و فسّره في محكي الرّوضه بان يقرعه عوض ما اتلفه بيده بناء على ضمان الصّانع ما يتلف بيده او بقيام البيّنه على تفريطه او مع نكوله عن اليمين حيث تتوجه عليه ان قضينا بالنكول و انت خبير بان التفسير الاوّل لا يجامع الاستثناء و لذا لم يذكر في محكي جامع المقاصد و زاد على الاخيرين تضمينه باليمين المردوده على القول بعدم القضاء بالنكول و زاد في محكي المسالك على الاربعه ثلاثه اخرى تضمينه باشتراط الضّمان في العقد و تضمينه بالشّاهد و اليمين و تضمينه بالاحلاف عند عدم البيّنه ثم اشكل في الشّاهد و اليمين المردوده بان الحلف لا يمكنه أآ مع السّبب و معه لا يكره لمكان التّهمه قلت و الاشكال يأتي في البائع أيضا أنّه في نفسه غير مستقيم لان التّضمين لا يترتب على الاحلاف أآ ان يريد بالتّضمين دعوى سبب الضّمان و كيف كان فالاجاب التي استندوا بها لا دلالة فيها على شىء من التفسيرات لأنّ منها ما يدلّ على عدم التّضمين في التّلف اذا كان امينا او مأمونا و واضح انّ عدم التّضمين فيها كنايه عن عدم الضّمان و لا مساس له بالمسأله و منها ما يدلّ على عدم التّضمين مع انتفاء التّهمه ورد ذلك في

ص: ١٢٣

في دعوى الصّانع التّلف و في صوره الاتلاف أيضا و هذه أيضا لا يفيد لان عدم التّضمن في دعوى التّلف لا معنى لها أيضا عدم الضّمان مع انتفاء التّهمه كالأوّل فيكون أيضا اجنبيا عن المقام و لا يجوز ان يكون المراد به عدم دعوى الضّمان أآ على القول المشهور من امانه الصّانع و عدم خيانتته للتّلف فلعدم فائده لها مع تحقق التّلف فكيف مع اتّهامه و أآ على القول بضمانه و عدم امانته فلا اشتراط الجزم في الدّعوى و عدم جوازها مع التّهمه فكيف يكون مكروها و المعلوم التّضمين مع فرض ثبوت الاتلاف كما في اخرى فلوجوب طرحها او تاويلها لان اتلافات الصّانع مضمون فكيف لا يضمن مع انتفاء التّهمه ثم ما معنى كراهيته مع فرض ثبوت الاتلاف اللهم الا ان يلاحظ التّهمه في المبالاة و عدمها فالمراد أنّه ان كان متّهما في المبالاه فلا باس بالتّضمين و الا فلا يضمن على نحو التنزيه و هذا وجه وجيه و تفسير اوجه من التفسيرات المذكوره مع عدم اشتمالها عليه فالأ و لا سيما مع الاستثناء فالمراد أنّه اذا وجد سبب الضّمان أآ باتلاف الصّانع او بتفريطه و تعديه مع التّلف فان كان صدور السّبب المذكور عن عدم مبالاته و تفريطه فلا باس بالتّضمين و الا- كان مكروها فليس المراد بالتّهمه اتّهامه في دعوى التّلف بل المراد اتّهامه بعد العلم بالسّبب في ترك المبالاه و التقصير و يمكن ارجاع التفسير الاوّل و الثاني الى ذلك بتكلف

الثالث من شروط الاجاره ان تكون المنفعه مملوكه

اشاره

اما تبعا بملك العين او منفردة و احترز بالقييد عن اجاره المباحات و اجاره الاعيان المغصوبه و المراد بالملك هو الولاية على التصرف فيشمل اجاره الاولياء و يندرج في المنفردة اجاره الموجر لمنفعتها و اجاره الاوقاف العامه بناء على كونها أملاكاً لله فان منافعتها ملك للمسلمين ليستوفيتها وليها بالاجاره و نحوها و كان المصنّف رأى كفايه هذا الشرط عن شرط كونها مقومه متموله و هو في محلّه كما ان ذكرها مستقلاً كما في القواعد و محكى التذكرة مفرعا عليها بطلان اجاره التفاح للشم اذا لم يكن لها اجره عادة و ربما يورد على العبارة ان المملوكيه ليست من الشرائط بل الشرط هو كون الموجر مالكا بالمعنى المذكور الا ان ترجع الى كونها مقومه و هو مع بعده في نفسه ينافيه تفريع بطلان الفضولي عليه فيما بعد و الاولى ان يقدر للموجر بعد المملوكه بقرينه المقام و فيه دلالة على اعتبار التقوم أيضا لأن الملك ملزوم مع المال مع مراعاة الاختصار فالمراد ان من شروط الاجاره كون المنفعة مقومه مملوكه للموجر و كيف كان فللمستأجر ان يوجر العين المستاجره من غيره سواء كان هو المالك او غيره الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه بلا- خلاف منّا مط خلافا للمحكي عن بعض الشافعيه في الاول لان الموجر يملك المنفعة بالتبعيه فلا- يفيد تملكه لها بسبب اخر ثم العين المستاجره ان كانت دابّه يراعى في الاجاره الثانيه المماثله بين الاجارتين في المنفعة فلا- توجر الا بمثل ما استوجرت له من الحمل او الركوب او اضعف لخروجه عن ملكه المقتضى لكونه فضوليا و هل يجوز له تسليم العين المستاجره الى المستاجر الثاني فلا يضمونها لو هلك من غير تفريط خلاف و اقوال اشهرها الجواز و عن النّهايّه و الشرائر و جامع المقاصد و القواعد

ص: ١٢٤

المنع و اختاره بعض مشايخنا قدّس سرّه و قيل ان ما نسب الى الاولين لا اصل له لأنّ كلامهما في تسليم الاجير العين التي يعمل فيها الى الاجير الثاني لا في تسليم المستاجر العين المستاجره و هو خارج عن محلّ البحث و يأتي حكمه إن شاء الله و العبارة المحكيه منهما ظاهره فيما قيل و هي ان الصّيانع اذا تقبل عملا لشيء معلوم جاز له ان تقبله لغيره باكثر من ذلك اذا كان قد احدث فيه حدثا و ان لم يكن احدث فيه حدثا لم يجز له ذلك و ان قبل غيره باذن صاحب العمل ثم هلك لم يكن عليه شيء فان قبله بغير اذنه ثم هلك كان المتقبل الاول ضامنا له انتهى و يأتي للمصنّف مثله في اخر الكتاب فالمخالف هو العلّامة في القواعد على خلاف مختاره في المختلف و جامع المقاصد و بعض من وافقهما من المتأخرين و عن ابن الجنيد التفصيل بين امانه المستاجر الثاني فلا ضمان و عدمهما فالضمان و الأصحّ هو الاول حجّه القول الثاني واضحه و هو ان تسليم العين الى المستاجر الثاني غير مأذون فيه فيكون مضمنا و اما القول الاول فاستدلّ عليه بوجوه الاول ان تسليم العين الى المستاجر من ضروريات عقد الاجاره و مقتضياته ضروره توقّف استيفاء المنفعة عليه فاذا جاز للمستأجر ان يوجر جاز له تسليم العين الثاني ان الاجاره الثانيه مأذون فيها من المالك و الاذن في الشيء اذن في لوازمه و اجيب عنهما بالمنع لان استيفاء المنفعة لا يتوقف على استقلال المستوفى في اليد لإمكان التوكيل في الاستيفاء و امكان المباشرة مع كون العين بيد المالك او الموجر الاول فان ركوب الدابه مثلا لا ينافى كونها بيد مالكيها او موجرها و كذا الكون في الدار يجمع أيضا كونها بيدهما فلا ملازمه بين جواز اجاره العين ثانيا و بين جواز تسليمها الى المستاجر الثاني فانّ العام لا يدلّ على الخاصّ و يندفع اولا بالنقض بالاجاره الاولى لأنّ مقتضى الاجوبه عدم استحقاق المستاجر الاول التسليم أيضا و لم يقل به احد و ثانيا بان اطلاق المقدمه او تقييدها يتبع اطلاق ذبيها و تقييده و التصرف في العين اذا كان مقدمه للاستيفاء كان حاله كحاله فاذا ملك المنفعة من دون شرط المباشرة لزم سقوط شرط المباشرة لزم زائد سقوط المباشرة الى في الاستيفاء أيضا فاذا سقط جاز له الاستيفاء من دون مباشره و اذا جاز ذلك جاز له تسليم العين

الى المباشر الثالث أنه لو لم يجر تسليم العين اليه لم تصح الإجاره لان القدره على التسليم من شرائط الصّححه و اجيب تاره بان تسليم المنفعه لا- يتوقف على تسليم العين كما مرّ و اخرى بانّ التسليم مقدور بالاستيذان من المالك و فى الاول ما عرفت و الثانى اعتراف بعدم جواز التسليم بلا اذن و ترتب الضمان عليها و الرابع مصححه على بن جعفر عن اخيه عليه السّلم سألته عن رجل استاجر دابه فاعطاها غيرها فنقضت فما عليه قال عليه السّلم ان كان اشترط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها و ان لم يسم فليس عليه شىء الخبر و اجيب عنه كما فى المسالك فى اخر الكتاب و غيره بان الضمان فيه أنّما هو من جهة ركوب الغير لا من جهة تسليم العين الراكب لإمكان ركوبه و هى فى يد الاول قال بعض و كذا الجواب عمّا يستفاد من اخبار اجاره الارض بمثل ما استوجرا و أقلّ و اخبار تقبيل العمل الذى قبله للغير من جواز التسليم المتفرّع عليه عدم الضمان لأنّها

ص: ١٢٥

مسوقه لبيان جواز الاجاره بالاقبلّ او المثل فلا- ينافى المنع عن تسليم العين مراعاة لقاعده الاحترام و فيه أنّ الركوب و ان لم يستلزم استقلال الزاكب باليد لجواز كون الدابه بيد غيره الاّ أنّه لازم غالبى فيستفاد عدم الضمان من باب لوازم الخطاء و اما ماء عن جامع المقاصد من الجواب عنها بحملها على صورته اذن المالك فبعيد عن مخر الصواب الاّ أنّه ارتكبه مراعاة لديدنه من طرح الروايات المنافيه للأصول و القواعد و عدم ارتكاب التخصيص مهما امكن لما زعم فى المقام من مساعده القاعده للضمان لأجله من التاويل فيما على خلافه من النصّ الصّحيح الصّريح الخامس أنّ مفاد الاجاره تملك المنفعه فهو تملك المنفعه كسائر الاملاك و ملكيه لها تورث له حقا فى العين المستاجر ينقل الى الوارث من غير استيذان جديد من المالك بل لا اشكال على ما اعترف به فى محكى جامع المقاصد فى جواز تسليم العين الى الذى يستوفى المنفعه و كاله عن الاول و ان بعد الفرض و صعب كما فى مفتاح الكرامه الاّ بالاجاره و ليس هذا الاّ لكون العين متعلّقا لحقّ المستاجر بالعرض فاذا جاز له نقل ما كان له بالذات الى غيره تبعه ما كان له بالعرض ينتقل ذلك الحقّ المتعلّق بالعين الى من انتقل اليه المنفعه و فيه منع اقتضاء ملك المنفعه تعلّق حق له بالعين مطلقا اذ لا- ربط بينهما من حيث توقف استيفاء المنفعه على التصرف فى العين و بعد ما عرفت من عدم التوقف كان دعوى تعلّق الحقّ بالعين كسائر الدعاوى السابقه فى المنع و التحقيق فى المقال ان استيفاء المنفعه ان توقف على ان يكون العين فى يد المستاجر فان كان الاول تحت المناقشات المذكوره على الأدلّه و الصّحيحه ح تحمل على غير هذه الصوره لندرته فى اجاره الاعيان غير الدواب و ان كان الثانى لم يتم و لعلّ النزاع بهذا التفصيل يمكن ارتفاعه بينهم لأنّ الدليل يخصّص المدعى كما لا يخفى فينزل مقاله المانعين بملاحظه ادلتهم و اجوبتهم على الثانى الاّ أنّ هذا لا يخلو عن بعد اذ لا وجه لإطلاق المنع مع اراده بعض الصوره خصوصا اذا كان غيرها اغلب و اشيع و التّحويل على اختصاص الدليل خروج عن طريق التّحصيل و مما ذكرنا ظهر الحال فى دليل المانعين صحه و سقما و هو أنّ تسليم العين الى المستاجر الثانى تصرف فى مال الغير بلا اذن و اما حجّه الاسكافى فيمكن ان تكون مصححه صفار قال كتبت الى الفقيه فى رجل دفع ثوبا الى القصار يقصره فيدفعه الى قصار غيره فقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار ان يردّه اذا دفعه الى الغير و ان كان القصار مأمونا فوقع ع هو ضامن الاّ ان يكون ثقة مأمونا الجز و فيه مضافا الى ورودها فى الاجير دون المستاجر و تعرف الكلام فيه إن شاء الله تعالى ان ظاهرها التّفصيل بين وثاقته الاول و عدمها دون الثانى لان المراد بالقصار فى قول الزاوى ان كان القصار مأمونا هو القصار الاول لان الاسم اذا كرر فى الكلام فان كان الثانى مشتملا على لام التّعريف كان المراد به هو الاول و الاّ كان المراد به غيره كما صرح به التّحويون فلو قال اشترت حمارا بدرهم فقال بعده و بعتهما بالدرهم كان الثمن الثانى عين الاول و ان قال بدرهم كان غيره و

يؤيده أيضا فهم الاصحاب حيث استدلوا بها في المسأله السابقه اعني كراهه تضمين الاجير مع الوثاقه و يضعف بان صريح
الروايه ضمان

ص: ١٢٦

القصار المامون و عدم ضمانتيه و اين هذا من التضمين و من الواضح ان هذا التفصيل في الاجير مخالف الاجماع فلا بد من حمل
القصار على الثاني و ما ذكره النحاه مردود عليهم اذا لم يساعده المقام كما في المثال المذكور فان المقام هناك يساعده و اما
مطلقا فلا نعم لا مضايقه في الاجمال المانع من الاستدلال أيضا لكن بعد ما عرفت من مخالفه ظاهره الاجماع يتعين حمله على
الثاني و هذا اولي من جعل عدم الضمان كناية عن عدم التضمين بل يمكن القطع بفساده لأن كراهه التضمين على ما عرفت
سابقا يتوقف على وجود سبب الضمان و صريح الروايه هو عدم الضمان مع الوثاقه فكيف يحمل على الاول و لا يرد هذه لو
حملناه على الثاني لأن الاجير الثاني ضامن عند من عرفت و اما التفصيل بين الوثاقه و عدمها فيمكن ان يكون بشهاده حال مالك
العين اذ الظاهر كون التسليم الى الثقة مأذونا فيه بخلاف غيره بقى الكلام في تسليم الاجير الاول الى الاجير الثاني بدون اذن
المالك فقد صرح المصنف في اخر الكتاب بضمانه و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلبي به في محكي النهايه و السير اثر بل و
الإسكافي لأن ما اختاره من التفصيل بين وثاقه الثاني و عدمه في تسليم الاجير العين دون المستاجر بل لم اجد مصرحا بعدم
الضمان هنا غير ما ربما يتوهم من اطلاق في عبارات الاصحاب في المسأله السابقه فيشمل هذه المسأله أيضا لكنه ضعيف لما
فيها من النقض من المستاجر فلا وجه لتسليم الاجير نعم عن المختلف و المسالك ان عدم الضمان هنا اولي منه في تسليم العين
المستاجره لان العين المستاجره انما تقبض لمصلحه المستاجر بخلاف تسليم العين هنا الى الاجير لان يعمل فيه فانه لمصلحه
المالك فعدم الضمان فيه اولي و اورد عليه بان كون القبض لمصلحه المالك انما يقتضى عدم ضمان القابض لا عدم ضمان
غيره مع عدم تسليم الاولويه بل الاولويه معكوسه لما عرفت من استتباع ملك المنفعه تبعا لمالكها في التعيين كائنا من كان فاذا
صح للمستاجر الاول تملكها لغيره حدث له أيضا حق في العين رافع للضمان مثل الاول و هذا لا يأتي في الاجير لأنه ملك
المنفعه من المستاجر لا أنه ملك المنفعه فليس له حق في العين راسا و لذا ليس له الزام المستاجر على تسليم العين بل له الخيار
ان شاء سلمها اليه و ان لم يشأ لم يسلمها و دفع اليه الاجره قلت بل لو اغضى عن ذلك لكان للمنع الى ما ذكره في المستاجر
مجال لان قبضه للعين انما هو لمصلحه المالك أيضا لا لمصلحه نفسه فيكون مثل تسليمها الى الاجير من غير تفاوت ضروره
كون القبض منه مقدمه لاستمناء المالك اذ لولا له لخسر المالك بتعطيل العين بخلاف المستاجر فانه لو لم يقبض لم يرد عليه
شيء من الخساره بل عدم قبضه سبب لبقاء الاجره في كيسه و عدم خسارته فقد يكون انفع بحاله و اصرف في ماله و ليس عدم
الضمان هناك للأجير لأن قبضه قبض عن حق لازم ثابت له من ملك المنفعه و قد سبق توضيح ذلك في تحقيق كون المستاجر
امينا في مسأله شرط الضمان و يؤيد الضمان في المسأله مصححه صفار المتقدمه بالتقريب المتقدم الواضح بلا تفاوت بين الوثاقه
و عدمها ثم ان التامل في ادله المسأله السابقه و اجوبتها يهدى الى الجواب عمّار بما يتوهم في المقام من

ص: ١٢٧

الاستدلال على عدم الضمان بتلك الادله لان بعضها مختص بالمسأله السابقه لا مساس له بالمقام و بعضها و ان عم المسأله مثل
ان الاذن في شيء اذن في لوازمه و اذا كان تقبيل العمل للغير مأذونا فيه كان تسليم العين أيضا كك الا ان الجواب يظهر ممّا

ذكرنا و هو منع الملازمه لأنّ تقبيل العمل للغير لا يستلزم تصرّفه في العين كما مرّ فليس الاذن في التقبيل اذنا في التسليم و قس على ذلك حال ساير الادله ثم الظاهر على القول بعدم جواز التسليم وقوع الاجاره الثانيه موقوف على اذن المالك في التسليم فان اذن صحت و الا بطلت لانكشاف تعدد و التسليم حال العقد و على هذا ينزل ما عن جامع المقاصد من انه يكفي في صحه الاجاره الثانيه توقع الاذن من المالك و ربما يتوهم ان المراد صحه الاجاره الثانيه منجزه بتوقع الاذن و لازمه انه مع عدم الاذن متخير العامل الثاني في الفسخ و هو كما ترى لأنّ القدره على التسليم حال العقد من شرائط الصّحه واقعا فمتى انكشف عدم القدره واقعا انكشف الفساد اللهمّ الا ان يكون الشرط هي القدره الاعتقاديّه دون الواقعيّه نظير عداله الامام لخروج المعامله بها عن الغرر و الخطر لكن يقتضى ذلك الاقتصار على صورته الجزم او الظنّ بحصول الاذن من المالك لا الاكتفاء بمجرد توقع الاذن و قال في محكيّ المسالك فان امتنع من الاذن رفعه الى الحاكم فان تعذر احتمال استقلال العامل الاوّل في التسليم تقديمًا لحق العامل الثاني على حق المالك و احتمال تسليطه على الفسخ قلت امّا الارجاع الى الحاكم ففيه انه ان وجب الاذن على المالك سقط رضاه في التسليم كتسليم العين المستاجر فلا- وجه للإرجاع الى الحاكم و ان لم يجب فكيف يجر الحاكم فاحتمال استقلال العامل في التسليم عند التّعذر لا معنى له على القول بعدم جواز التسليم بدون اذن المالك و امّا احتمال التسليط على الفسخ فقد ظهر ما فيه من ابتناؤه على صحه العقد مع تعذر التسليم واقعا اذا ظنّ او احتمال القدره عليه هذا كله اذا لم يشترط الموجر على المستاجر استيفاء المنفعه بنفسه و لو شرط ذلك و خالف الشرط فسلم العين الى غيره ضمنها اجماعا و هل تبطل الاجاره الثانيه ح ليس في العبارة دلالة عليه كما لا يخفى لكن في القواعد لم يكن له ان يوجر و ظاهره على تأمل فساد الاجاره الثانيه و ارسله بعض ارسال المسلمات و نقل عن الفقيه و التّقيح الاجماع عليه و استدللّ عليه بعض مشايخنا قدّس سرّه بان مقتضى الشرط فساد الاجاره الثانيه للتنافي بين العمل بالشرط المذكور و صحه الاجاره الثانيه و يشكل ذلك بان هذا من شرط المبادى و ان كان سببا فغاياته افاده التّحريم نعم لو اجر كان للمالك خيار تخلف الشرط و ليس شرط عدم الاجاره الا كندر عدمها الذي نقل عن الصّيمرى عدم اقتضائه فساد العقد الواقع خلافا له و الاستاد قدّه في شرط عدم الفسخ في خيار المجلس حيث قال بعدم التأثير مستدلّ لا بعموم المؤمنون فان مقتضاه وجوب الوفاء حتى بعد قوله فسحت نظير الاستدلال بعموم أوّفوا بالعقود اذا شكّ في تأثير الفسخ بسبب و فيه انه اذا قال فسخت فقد خالف الشرط المتعلّق بعدم فعل الفسخ كما هو المفروض و بعد المخالفه لا معنى للوفاء و لو سلم الشكّ في حصول المخالفه كفى أيضا سقوط

ص: ١٢٨

المؤمنون بخلاف أوّفوا بالعقود فانه يأتي بعد الفسخ أيضا فالمقامان متغايران نعم قد يقتضى الشرط و كذا النذر فساد العقد اذا تعلّق بعين كما لو شرط وقف المبيع على البائع او عتقه فانه يقتضى وقوف بيع المشتري على اجازة البائع كما هو احد الاقوال في المسأله و مختار العلّامة و الشّهيدين و غيرهما تعلّق حق البائع بالمبيع كالزّهن فيمنع عن النفوذ و امّا في غيره فلا وجه لبطلان السبب ففي مثل شرط عدم الفسخ لا وجه لعدم تأثيره الا ان يقال في ما نحن فيه ان المنفعه كالعين فاذا شرط عدم الاجاره من الغير فقد اثبت حقها له في المنفعه التي نقلها الى المستاجر مانعا عن نفوذ الاجاره الثانيه هذا و قد يستدلّ او يستأنس لاقتضاء الشرط حكما وضعيا اعني البطلان بما ورد في مكاتبه تحت رجل اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابه مشروطا عليها ان لا يكون لها خيار فسخ نكاحها بعد ما صارت حرة باءاء مال الكتابه حيث قال عليه السّلم لا خيار لها للنّبوى المؤمنون عند شروطهم لانّ تمسّيك الامام ع به لعدم الخيار دليل على نهوض الشرط بالوضع ثبوتا و سلبا و فيه ان الروايه ظاهرها مخالف لطريقه

الاصحاب لدلالته على وجوب الوفاء بالشرط الابتدائي الغير المذكور في العقد اللازم و حملها على الشرط المذكور في العقد و نحوه بقريته الاجماع ليس باولى من حملها على التدب و نحوه ممّا يسقط به عن الاستدلال اذ الاجماع قريته صارفه فلا بدّ من قريته اخرى مع أنّ شرط عدم الخيار لها مخالف للكتاب و السّنه فكيف يكون صحيحا فلا بدّ عن تاويلها الى ضرب من الاستحباب و اما ادعاء منافات الوفاء بالشرط لصحّه الاجاره الثانيه كما صدر عن بعض مشايخنا غير واضح لان وجوب الوفاء بالشرط لا يقتضى سوى تحريم الفعل المشروط عدمه و التّحريم لا ينافى الصّحه و الاستعانه بالعرف على صدق الدّعوى مصادره و قد يستدلّ على الفساد أيضا كما في مفتاح الكرامه بمصحّحه علىّ بن جعفر المتقدّمه حيث قال ع فيها ان كان الشرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن الخبر بناء على أنّ ضمان المستاجر الاوّل لا يكون الاّ مع فساد الاجاره الثانيه و هذا غريب بعد ما عرفت هناك من عدم المنافاه بين صحّه الاجاره الثانيه و ضمان المستاجر الاوّل العين اذا سلمها الى الثاني من غير اذن و قد يستدلّ أيضا بان شرط الاستيفاء بنفسه يقيد المنفعه المملكه لان الشرط في الكليات تنوع و في الجزئيات اشتراط فلو شرط الكتابه في شراء العبد الكلّي الموصوف لم يملك المشتري في ذمّه البائع الاّ الكاتب و لو شرطها في العبد الجزئي ملكه و لو لم يكن كاتبها فله الخيار بين الامساک و الرّد المستاجر مع شرط المباشرة في الاستيفاء لا يملك سوى المنفعه الخاصه المقيده بمباشرة بنفسه فلا شيء له حتّى يملكه من غيره بالاجاره فيكون الاجاره الثانيه فضوليا لأنّه ملك غيره مالا يملكه و هذا مع وضوحه مصرح به فيما لو مات المستاجر فحكموا بانتقال المنفعه الى وارثه الاّ اذا شرط الاستيفاء بنفسه فانّها ح لا تنتقل و يمكن المناقشه فيه بان هذا في البيع صحيح لكنّه في الاجاره غير مطرّد لأنّهم كثيرا ما يجرون خيار الشرط مع ان قضيه القيد الحكم بالفساد دون الخيار و الفارق هو حكم العرف فان استاجرته على العمل في يوم الجمعه فعلمه في يوم السّبت و لم يستحقّ على المستاجر شيئا و ليس له خيار و لو استآجره و شرط

ص: ١٢٩

التّعجيل مخالف كان له الخيار للشرط كما مرّ في تعجيل الاجره فان ما عرفت من ثبوت الخيار بالاشتراط اختصاص له بالاجره الجزئيه بل مقتضى اطلاقهم ثبوت الخيار في الكلّي المضمون أيضا و سيأتي إن شاء الله تحقيق ما يزيد وضوحا للمقام ثمّ الفرق بين الاستدلالين هو أنّه لو بنى فساد الاجاره الثانيه على الوجه الثاني لم يكن الموجر خيارا الفسخ في الاجاره الاولى له و امضاء الاجاره الثانيه لكونها فضوليه و له الرّد فان امضى استحقّ على المستاجر الثاني الاجره المسّماه و ان ردّ استحقّ عليه مع الاستيفاء اجره المثل هذا اذا امكن الجمع بين الاجاريتين و الا- بطلت الثانيه و ليس له الامضاء كما اذا اجر الدّابة في يوم معين و شرط الاستيفاء بنفسه فاجر المستاجر في ذلك اليوم من غيره فالاجاره الثانيه ح باطله لا تقبل اجازه المالك لأنّه لم يكن مالكا لتلك المنفعه بعد الاجاره الاولى المتضمّنه لشرط المباشرة و أنّما كان مالكا لها قبل الاجاره الاولى على التّخيير بينها و بين المنفعه الاولى فكلّ من المنفعتين بدل عن الاخرى تدخل في ملك المالك اذا خرجت الاخرى و لذا او غصب عبدا و صانع لم يضمن الغاصب للمالك من المنافع الفائته بيده سوى احدى تلك الصّينائع اذا كانت متساويه او اعلاها اذا كان بعضها اعلا من الاخر اذ الملكيه عبارته عن السّيلطنه و لا سلطنه للمالك عليها معا في آن واحد فلا جرم لا يملك في كلّ ان الاّ احديها مخيرا فاذا اختار احدها للإجاره منع عن الاستيفاء بالاخرى عقلا عينا و هو واضح و بدلا أيضا لاستحاله الجمع بين البديلين نعم على المستاجر الثاني بعد الاستيفاء اجره المثل للمستاجر الاوّل لأنّه فوت عليه ما يملكه من المنفعه بالاجاره الثابته و يلاحظ في الاجره حال مباشره الاوّل فعليه اجره مثل ركوب الاوّل لا اجره مثل ركوب نفسه لأنّه غير مملوك للأوّل و اما المالك فهو و ان كان مالكا له

فى نفسه الا انه بعد تملكه ضده للأول لا يحل له اخذ الاجره بازائه نعم لو فسخ العقد الاول بتقابل و نحوه عزم الثانى للمالك اجره مثل ركوب نفسه لان الفسخ ازاله المانع فى حق المالك بالقياس الى المنفعه الثانى فلو كان اجره مثل الثانى ازيد من اجره مثل الاولى فالزائد لا يستحقه المالك و لا المستاجر و يشكل ذلك بان المنفعه الثانى مضمونه على الثانى قطعا كما هو المفروض و قضيه الضمان اشتغال ذمته للزائد اما للمالك او للمستاجر الاول و ح قد يقال انه للمالك لأنه بدل ماله فان المنفعه الثانى لم تخرج عن ملكه و انما حصل له مانع عن استيفائها عينا او بدلا حيث ملك ضدها للمستاجر الاول فامتنع فى حقه استيفائها فاذا استوفاه الثانى و اشتغل ذمته بالبدل فيما يقابل من ذلك البدل الاجره المسمى التى اخذها من الاول يرجع اليه دون المالك و اما الزائد فلا وجه لحرمانه عنه يعد ان كان بدل ما يملكها و قد يقال إنه للمستاجر الاول لان المالك ليس له سوى ما عينه من المنفعه و ملكه بالاجاره فبدل ما عينه لا يرجع اليه ابدا لاستحاله الجمع بين المنفعتين عينا بحكم الفرض فكذا بدلا فليس له اخذ بدل الاولى و بدل الثانى معا و لو بعضا ان انقطع يده عن المنفعه بالاجاره الاولى و اما المستاجر الاول فهو باعتبار دخول المنفعه الاولى فى ملكه صار بمنزله المالك فكما ان المالك كان مالكا للمنفعتين على البدل ملك المستاجر يكون مالكا لهما

ص: ١٣٠

على البدل فى الايدى المعاقبه فانه يصير بمنزله المالك فى الرجوع الى اليد المتأخره بعد الاغترام فالمالك قبل الاجاره كان مخيرا فى استيفاء اى المنفعتين شاء كما ان مالك المغصوب مختار فى الرجوع الى من يريد من الايدى المتعاقبه لكن بعد ان استوفى احديها باجاره قام المستوفى منه مقامه فان استوفاه فهو و الا يرجع الى من تستوفىها باجره المثل لقيامه مقام المالك بعد دفع البدل حكما يرجع الى الثانى فى الايدى المتعاقبه لقيامه مقام المالك بعد دفع البدل فيكون كالمعاوضه القهرىه حيث ملك العين التالفه بالاعتزام فيرجع الى من وضع يده عليه او تلف عنده فكذا فى المقام يقوم المستاجر الاول مقام المالك بعد الاجاره الاولى فله ما كان له فيأخذ بدل المنفعه التى استوفاه الثانى و توضيح المقام هو ان المستاجر الاول ملك المنفعه الاولى بالعقد الصريح على حد ملك المالك لها و المنفعه الاخرى و ان لم تدخل فى ملكه و لو على البدل لكانت بدل عما ملكه قهرا لامتناع اجتماعها فى الوجود نعم مقتضى هذه البدليه استحقاقه لبدلها من الاجره اذا فات عنه المنفعه الاولى لأن لازم ملكيه شىء له بدل قيام بدله مقامه اذا فات ذلك الشىء فاجره المثل بدل عن المنفعه الثانى و هى بدل عن المنفعه الاولى كما انها يدل عن الاجره المسماه فى العقد فاذا فات عن المستاجر الاول المنفعه الاولى و وجدت المنفعه الثانى فى الخارج باستيفاء احد لها على وجه الضمان عادت الى المستاجر الاول لأنه بالعقد و دفع المسماه صار مالكا لمال له بدل عند الفوات و هو ركوب نفسه فان ركوب غيره يقوم مقام ركوب نفسه اذا فات حيث كان كك و هو فى ملك المالك فظهر مميا ذكرنا ان فى المسأله وجوها احدها عدم استحقاق احد على المستاجر الثانى اجره المثل لا المالك و لا المستاجر الاول و ثانيا استحقاق المالك لها لكن لا يأخذها بتمامها بل يأخذ القدر الزائد عما اخذ من المستاجر الاول حذرا من لزوم الجمع بين العوض و المعوض كما يظهر بالتأميل و ثالثها استحقاق المستاجر لها بتمامها و عدم عود الزيادة الى المالك كما هو ظاهر بعض مشايخنا قدس سره و اما احتمال اخذ المالك لها بتمامها و عدم عود شىء منها الى المستاجر الاول فهو ضعيف احتمالا و محتملا و دونه فى الضعف الاحتمال الاول من الثلاثه المذكوره دونه الاحتمال الثالث لان المستاجر الاول لم يستحق سوى مقدار ما يقوم مقام المنفعه التى استحقها فالزيادة راجعه الى المالك لعدم مخرج المنفعه الثانى عن ملكه و انما كان ممنوعا عقلا من الانتفاع بها من جهة الانتفاع

بضدّها فيقتصر في الحرمان على مقدار الضديه فكما أنّ المالك مالك لجميع المنافع الممكنه الاجتماع فكك هو مالك للزائد من اجره المثل في عدم احد الضدين بالنسبه الى اجره الاخر و من هنا يظهر الفرق بين المقام و بين رجوع المغترم الى الثاني في تعاقب الايدي فانه اذا اغترم ملك العين و مقتضى ملكيه العين اخذ بدلها ممّن وضع يده عليها نعم لو بنى على ضمان المغصوب بقيمه يوم الدفع و فرض زياده قيمتها يوم الثاني عن يوم دفع الاول كانت الزيادة أيضا للمالك و وجهه ظاهر ممّا ذكر هذا كله لو بنى فساد الاجاره الثانيه على كون اشتراط المباشره و تنويعا للمنفعه و لو بنى على الوجه الاخير و هو الاشتراط فلو كان المالك له خيار تخلف الشرط فان فسخته

ص: ١٣١

كان مختيرا في الاجاره الثانيه بين الاجاره و الردّ فان اجاز استحق الاجره المسمّاه فيها و ان ردّ استحقّ اجره المثل هذا و يمكن ان يقال بعد البناء على اقتضاء الاشتراط عدم تأثير العقد الثاني و سلب السببيه عنه كما هو مبنى الوجه المذكور لا معنى لثبوت خيار تخلف الشرط للمالك لاستحاله التخلف ح كما لو شرط ان لا يصلّى في مكان مخصوص فان مخالفه الشرط هنا كمخالفه النذر المعلق على ترك الصلاه المكروهه بناء على الصحيحى غير معقوله نعم لو قلنا بصحة الاجاره الثانيه و ان الشرط انما افاد التحريم كالنذر اتجه خيار تخلف الشرط ألّا ان يراد بفساد العقد الثاني فضوليا قابلا للإجاره فيتجه ح خيار تخلف الشرط على الفساد أيضا و ان لم يفسخ اخذ من المستاجر الاول الاجره المسمّاه في العقد الاول و رجع هو على المستاجر الثاني باجره المثل بناء على فساد الاجاره الثانيه و بالمسمّاه بناء على التحريم او اثبات الخيار دون الفساد و احتمال عدم استحقاقه عليه شيئا بناء على الفساد نظرا الى اقدمه على ضرر نفسه حيث اتلف على نفسه ما استحقّه من المنفعه لعدم الاستيفاء و لم يستفد من الاجاره أيضا شيئا نظرا الى فسادها فمدفوع بما مرّ من أنّه اذا ملك بالعقد المنفعه الاولى فقد ملك ضدّها اذا فاتت عنه و وجد الضد و ليس في الاجاره الثانيه على اتلاف ماله المنفعه الاولى عينا و بدلا بل عينا خاصه و هو لا ينافى عدم الاقدام على اتلاف مالها بالبدل بقى الكلام في امور لا بدّ من التنبيه عليها الاول صرّح في المسالك و تبعه غير واحد ممّن تأخّر بأنّه يجوز مع اشتراط المباشره اجارتها من غيره مشروطه على المستاجر الثاني مباشره نفسه في الاستيفاء فان استيفاء المنفعه بنفسه اعمّ من ان يكون نفسه فللمستاجر الاول ان يوجرها و لو مع شرط الاستيفاء بنفسه اذا اشترط هو على المستاجر الثاني ان يباشر في استيفاء المنفعه فالمنفعه المستاجر الثاني ألّا ان مباشره استيفائها هو الاول و لذلك زاد بعض مشايخنا قيد لنفسه بعد قوله بنفسه محافظه للإطلاق اذ مع اشتراط الامرين اعنى بنفسه و لنفسه يتّجه اطلاق المنع في؟؟؟؟؟ يعين لت يرد على ما في المسالك او شرط الاستيفاء بنفسه في مثل الركوب و السّيكنى يستلزم اشتراط كونه لنفسه اذ لا- معنى لكون الركوب و السّيكنى للغير ألّا ان يكون مستعيرا منه او مأذونا و هذا ليس من الاستيفاء للغير في شىء و اما في حمل الدابه فانه و ان امكن فيه ان يكون الاستيفاء بنفسه لنفسه او لغيره بان يكون المحمول لغيره ألّا ان الكلم في اشتراط المباشره في استيفاء المنفعه لا- في وضع اليد على العين المستاجر مقدمه للاستيفاء اذ لا اشكال في أنّ شرط المباشره فيه لا يمنع عن الاجاره و فرق بين اشتراط المباشره في المنفعه و بين اشتراطها في مقدّمات الاستيفاء كوضع اليد على العين المستاجر و الاول يمنع عن الاجاره الثانيه و الثاني يمنع عن تسليم العين الذي كان له لو لم يشترط بناء على المختار من جواز التسليم بغير اذن و ما نحن فيه هو الاول بدليل استثنائه عن جواز اجاره العين من الغير فما ذكره في المسالك من أنّ شرط المباشره بنفسه اعمّ من ان يكون لنفسه فلا- يمنع اشتراطها عن الاجاره من الغير اذا شرط على المستاجر الثاني ان يستوفى المنفعه

له بنفسه غير جيد المحصول نعم لو تشترط على المستاجر الثاني ان يوجرها من المستاجر الاول كان من المفروض في المسالك فيكون نقضا على العبارة الا ان الكلام في صحته هذا الشرط لانه مثل شرط البيع على البائع الذي صرح العلامة وغيره بفساده نعم يتم ما ذكره في المسالك في مثل الزرع فان شرط المباشرة في صحته الاستيفاء هنا لا يمنع من الاجاره الثانيه لا مكان ان يوجر الموجر و يشترط على المستاجر ان يكون هو المباشر في الزرع فليتم النقض و كيف كان فاضافه قيد بنفسه لا يصلح فساد العبارة الذي زعمه في المسالك لان شرط لنفسه معناه عدم سلطنه المستاجر على اجارتها ثانيا و هو مناف لمقتضى العقد لانه يقتضى سلطنته على الاجاره فاذا اشترط عليه ان يكون الاستيفاء بنفسه و لنفسه فكأنه اشترط عليه ان لا يوجرها فيبطل كما لو اشترط ان لا يبيع و دعوى ان قيد لنفسه يوجب تنوع المنفعة فلا يكون من الشرط الفاسد كما لو شرط بنفسه ممنوعه بان خصوصيات المستوفى كخصوصيته ركوب الدابة و سكنى الدار توجب تعدد المنافع و تنوعها بخلاف خصوصيته المستوفى له فانها ليست من مشخصات المنفعة فلا يرجع الى التنوع بل الى شرط عدم الاجاره الذي هو مناف لمقتضى العقد فزياده قيد لنفسه لا يدفع ايراد المسالك على العبارة قلت يمكن منع فساد هذا الشرط على طريقه القوم فانه مناف لإطلاق العقد لا للماهية كشرط ان لا يبيع على زيد مثلا الذي لا اشكال في صحته و اما فساد اشتراط عدم البيع مطلقا فلو سلم مع دلالة الاخبار على الصيحه كما مر في تحقيق ميزان الشرط الفاسد فهو اما تعبد ثابت بالإجماع او منزل على اشتراط عدم السلطنه لا عدم الثقل و شرط لنفسه ليس شرطا لعدم السلطنه بل لعدم الثقل الذي ليس منافيا لمقتضاه الثاني اذا لم يشترط الاستيفاء بنفسه فان جوزنا تسليم العين الى المستاجر الثاني و الا كان له تسليم العين بيد وكيله على ما عن جامع المقاصد مدعيا فيه القطع و فيه نظر سبقنا اليه غيرنا لان التوكيل لا معنى له سوى الاجاره لكون المستعير قائما مقام المعير فيكون يده في حكم يد المستاجر الاول و فيه انه اذا جاز له تسليم العين على المستعير فلم لا يجوز تسليمه اليه مع الاجاره الثالث اذا لم يشترط المباشرة ففي القواعد انه يجوز ان يوجر بمثله او أقل ضررا و فسيره في محكي الجامع بان المراد ان يوجرها لركوب مثله او يوجر لمثل العمل و يشكل ذلك على التفسير الثاني اذ لا وجه لجواز الايجار لمثل العمل بعد ان كان مورد العقد الاول غيره كما انه يشكل فيه على الاول أيضا لانه مع عدم شرط المباشرة في الركوب لا مانع من الايجار لركوب غير مثله ما لم يكن خارجا عن المتعارف فمنع بعض مشايخنا قدس سره عن ذلك وفاقا للقواعد مع تجويز الايجار لغير المثل اذا استاجر الدابة في مده مضبوطة لأي منفعة منها كانت محل نظر لان ضبط المده مع جهاله المنفعة غير نافع نعم لو استاجرها بجميع المنافع فلا اشكال و لعله اراد ذلك لكته خارج عن موضوع المسأله و هو الاستيجار للركوب مع شرط المباشرة لا بدونها و قد يقال انه اذا استاجرها للركوب و لم يشترط المباشرة كان فاسدا الا مع الانصراف الى ركوب المستاجر او من يماثله و لازمه عدم التعدي الى غير المثل و عن موضع

من التذكرة جواز الايجار لغير العمل الذي كان متعلق الاجاره حيث قال اذا سلم العين المستاجره الى مكان معين مده الاجاره و لم يستعملها لزمته الاجره و ان كان معذورا كخوف الطريق او عدم الرفيق لانه متمكن من السفر عليها لبلد اخر و من استعمالها في البلد تلك المده و عن موضع اخر منها في اخر الباب المنع اذا امكن العدول الى المساوى في السهوله و الا من او كان أقل ضررا لجواز ان يكون للموجر غرض في تعيين الجبهه و مقتضاه انه لا يجوز العدول الا مع العلم بعدم الفرق كذا في مفتاح الكرامه قلت ليس في العبارة الاولى دلالة على جواز العدول الى غير العمل الذي استوجرت له و لا في العبارة الثانيه دلالة على

عدم جوازه أمّا الأولى فلأنّ استقرار الأجره يكفي فيه كون العين المستاجر مميّا فينتفع بها في الجملة و عدم خروجها عن صلاحية الانتفاع راسا فغرض العلامة بان الدّابه لا تخرج عن صلاحية الانتفاع بها في غير المسافه المقصوده له فضلا عن غيره و ليس في هذا دلالة على جواز العدول من الجهه المعينه في ضمن العقد الى غيرها و أمّا الثانيه فلأنّ المنع في هذه العبارة مفروض في صوره شرط المالك عدم العدول عما عينه بقرينه استدلاله في اخر المسأله بقوله ع المؤمنون عند شروطهم وجهه نظر المسأله الى اخرها و لا- كلام في عدم الجواز الى الاشرط كما صرح به في موضع اخر نعم في موضع من التذكره تصريح بجواز استعمال العين المستاجر في غير الذي عين في العقد و لذا لم يشترط المالك عدمه بالتنصيب عليه و مع الاشرط اذ يقول أنّ للمالك ح المنع بمقتضى الاشرط و حاصله ان الاشرط ليس منوعا و أنّما غاية اثبات خيار تخلف الوصف قال في مسائل اجاره الارض اذا استاجر الارض على ان يزرعها خطه مثلا لم يجز له ان يزرعها ما هو اضر من الحنطه و يجوز ان يزرع المساوى و الاقلّ ضررا خلافا للشيخ قدس سرّه فيجوز ان يزرع الشعير لأنّه أقلّ ضررا من الحنطه و لا يجوز ان يزرع الارز لكونه اكثر ضرر الى ان قال و قال فريق من الشافعيه لا يجوز العدول الى غير الزرع المعين و من اصحاب الشافعي من قال أنّه قول الشافعي رواه و منهم من قال رأى رأه و قد تقدّم ابطاله هذا في تعيين الجنس و أمّا اذا عين الزرع المعين فقال اجرتك لزرع هذه الحنطه المعيشه فان لم يقل و لا- يزرع غيرها فالاقوى أنّه كما لو عين الجنس او النوع فيجوز التخطى الى المساوى و الاقلّ ضررا و ان قال و لا تزرع غيرها فالاقرب جواز العقد و لزوم الشرط لقوله ع المؤمنون عند شروطهم و للشافعيه قولان الى ان قال و على هذا قياس ساير المنافع و اذا استاجر دابه للركوب في طريق لم يركبها في طريق اخشى و يركبها في مثل تلك الطريق عند الشافعي و كذا يركبها عندهم و اذا استاجر لحمل الحديد لم يحمل القطن و بالعكس و اذا استاجر دكانا لصنعيه فله ان يباشرها و ما دونها في الضرر او يساويها دون ما هو من فوقها انتهى كلامه رفع الله مقامه و في مواضع اخر أيضا صرح بجواز ذلك و عن مجمع البرهان الجواز ألّا اذا علم المنع من المالك و قد عرفت منع الشيخ عنه في محكي التذكره و عنه أيضا نقل قولين في المسأله و كيف كان فالاشكال في الحكم المذكور من وجهين الاول أنّ العدول الى غير المعقود عليه تصرف في مال الغير من غير اذن

ص: ١٣٤

فكيف يجوز و الثاني ان الفرق بين الشرط و عدمه بعد ان كان الشرط مؤكدا ضروره اقتضاء التخصيص التبعين غير ظاهر الوجه و يمكن الذب عن الاول بانّ ذكر الجنس يجرى عرفا مجرى المثال فلا يحصل به التخصيص و التقييد في المنفعه المقصوده المعقود عليها ألّا بالقياس الى ما هو اشدّ ضررا فاذا قال اجرتك لزرع الحنطه فكأنّه قال اجرتك لمتسودع شيئا كالحنطه في الضرر فيجوز له العدول الى المساوى و فيدفع الثاني أيضا لان الشرط ح قرينه على تعلّق الغرض بالخصوصيه فيجوز للمالك منعه نعم مقتضى ما مر سابقا من ان الشرط اذ الحق الكلي نوعه الى نوعين بخلاف الجزئي عدم جواز العدول الى المساوى و لو لم يمنع عنه ضروره كونه تصرفا غير مأذون فيه و هذا من موارد التّقص التي اشرنا اليها اجمالا سابقا الا ان يلتزم بعدم جواز العدول و لو اذن ألّا بمعامله جديده او يرجع الى اجره المثل فظهر أنّ جواز العدول الى المساوى هو الاقرب و كذا الى الاقلّ ضررا بالاولويه هذا مع عدم الشرط و معه لا يجوز ألّا مع الاذن لكن لا يحتاج الى معامله جديده كما يقتضيه التنوع بل المعامله الاولى شامله له و اثر الشرط أنّما هي سلطنه المالك على المنع لو اراد ثبوت خيار تخلف الشرط لو خالف فما عن محكي مجمع البرهان من الجواز مط الامع المنع لا يستقيم ألّا في صوره الشرط و لا في صوره عدمه أمّا في صوره عدمه فلان المستاجر له العدول و لو مع المنع و أمّا في صوره الشرط فيحتاج الى الاذن ألّا ان يقال الشرط لا يفيد سوى جواز منع المالك بناء على عدم

التقييد فما لم يمنع لا- مانع من العدول الى المساوى كما لو شرط المشتري عتق العبد فانه لا يمنع عن بيعه و ان اوجب الخيار للمشرط الا ان هذا انما يتجه على مذهب الشهيد فى فائده الشرط من انه لا يقتضى الا الخيار دون التكليف و كيف كان فالجمع بين دخول العدول اليه فى الاجاره على الشرط و ان حرم على المستاجر استيفائه مع منع المالك و بين فساد الاجاره الثانيه مع شرط الاستيفاء غير مستقيم كما لا- يخفى و لو اجر ذلك غير المالك او من هو قائم مقامه لو كاله او ولايه تبرعا من دون ان يجب عليه على ما يقتضيه تفسير القاموس للتبرع حيث قال فى محكيه تبرع بالعتاء تفضل بما لا- يجب عليه و فعله تبرعا اى متطوعا و ان كان فى اطلاقه بحيث يشتمل فعل الفضولى مطلقا نظر و تأمل قيل بطلت الاجاره اما لعدم صحه عقد الفضولى مط كما هو مذهب غير واحد من الاعلام او لاختصاص الصيحه بالبيع و النكاح على الخلاف او الاشكال فى تلك المسأله و المراد بالبطالن عدم الصيحه راسا كعقد الصبي و قيل لم تبطل كك بل وقف على اجازة المالك فان رد بطل و اخذ اجره المثل مع الاستيفاء و مع تسبب الفضولى تخير بين الرجوع اليه و الى المستاجر فان رجع اليه لم يرجع الى المستاجر مع الغرور و الأ رجوع و ان اجاز فان اجاز قبل الاستيفاء اخذ الاجره المسماه و ان اجاز بعده ففى استحقاقه المسماه او اجره المثل وجهان مبنيان على كون الاجاره كاشفه او ناقله فعلى الاول كان له المسماه أيضا و على الثانى مبنى على تأثير الاجازة ح لكن قيل ان فى تأثيرها اشكالا لأن المنفعة المعدومه كيف تنتقل بعدها اليه و هو اى القول الثانى حسن كتابا و سنه و اجماعا و تنقيح هذه المسأله و ان كان التعرض لها لا يناسب المقام يتم برسم مقامات

[القول فى الفضولى و ما يتعلق بها]

اشاره

الاول فى صحه بيع الفضولى فى الجملة قبالا للسلب الكلى الثانى

ص: ١٣٥

عمومه او اختصاصه بصوره دون اخرى الثالث فى الاجازة التى هى شرط لصحته الرابع فى الرد و احكامه و المراد بالفضولى على ما نقل عن الشهيد هو الكامل الغير المالك للتصرف و عن بعض العايمه انه العاقد بلا اذن من يحتاج اليه و على هذا جرى فى النافع و القواعد و الارشاد و غيرهما ما اشتمل على قول لو باع الفضولى أيضا و لعله مسامحه كما قيل و يحتمل العكس بناء على كون الفضولى عباره عن العاقد كما يساعد استعماله الدائره فى السنه الناس غير كتب العلماء فىكون الفضولى فى نفس العقد الصادر عن الفضول اى المستدرك الذى لا دخل له فيما دخل فيه حقيقه اى الفعل المنسوب الى الفضول كما ان تفسيره بالعاقد مبنى على كون الفضول اسما للعقد حتى يكون المنسوب اليه هو العاقد فلا مسامحه فى شىء من الاطلاقين نعم لو ثبت للفقهاء اصطلاح فى لفظه كان احد الاطلاقين نعم زائد لو ثبت للفقهاء اصطلاح فى لفظه كان احد الاطلاقين الى مسامحه او مجازا و ح لا بعد فى ترجيح الاول لكونه اغلب فى كلماتهم و اما على تقدير عدم الاصطلاح فلا مسامحه و كيف كان فالكلام فى صحته بيع من لم يجعل الله له ذلك مع استجماعه لشرائط العاقد و من هنا اختلف الانظار فمنهم من جعل السيلطنه على التصرف من شروط العاقد و منهم من ارجعها الى شروط العوضين فاشترط المملوكيه بهذا المعنى و ان الاول اولى و كيف كان فى المقام

الاول قولان

إشاره

و هو المعروف بين قدماء الاصحاب و متأخريهم بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا تاره صريحا و اخرى ظاهرا بقوله عندنا الا أنه قال بعد ذلك ان لمنافيه قولاً بالبطلان و في كثر العرفان هو المشهور بينهم و عليه القول و قال جماعه لا يكفي خلافا للمحكي عن الشيخ و الحلّي و ابن زهره في الخلاف و السيرائر و الغنيه و الفخر في بيع الايضاح و السيد الداماد و الأردبيلي و صاحب الحدائق و بعض من وافقهم و من و كالتة الايضاح و ف موافقه المشهور و عن حاشيه الارشاد عدم ترجيح احد القولين و عن كشف الرّموز أنه يلوح من التقى و سلّار قال التقى ابو الصّلاح على ما نقل ان للولايه على التصرف تأثيرا في الصّحه و عدمها في الفساد و لا دلالة فيه على الفساد المبحوث عنه و كذا المحكي عن السيرائر حيث قال ان سكوت المالك لا يدلّ على الاجازة فله اشتراعه بل هو بالدلالة على خلاف ما نسب اليه اولى و اما المحكي عن ف و الغنيه فهما صريحا و لا احتمالان التاويل بل مع دعوى الاجماع عليه و هو لا ممّن لم يحكموا بالصّحه على ما نقل عنهم و من عداهم حكموا بها موقوفه على الاجازة

[أدله المثبتين]

حجه الاولين وجوه الاول عمومات الكتاب و السّينه مثل **أَحْرَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةَ عَنْ تَرَاضٍ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** لأنّ الشك هنا في شرطيه مباشره من له العقد بنفسه او بوكيله و الاصل عدمها و كذا لو كان الشك من جهه مقارنه الرضا للعقد فيدفع أيضا باطلاق التجاره عن تراض مع ان الرضا اعتم من الفعل و التقديري الذي منه الفحوى و شاهد الحال و هو موجود حال العقد و الا لم يجزه بعد الاطلاع مع انا نفرض الرضا الفعلي حاله و تتم في غيره بعدم القول بالفصل بناء على كونه من الفضولي كما ستعرف لكن هذا مبني على كفايه الرضا من دون استكشافه بالاجازة و يأتي الكلام فيه إن شاء الله و قد يستدل أيضا بأنه عقد صدر عن اهله في محلّه اما أنه عقد فبحكم الفرض و اما أنه صدر

ص: ١٣٦

من اهله فلكمال العاقد و اما مصادقته للمحل فلتعلقه بما هو متمول او مملوك لكن عن الشّهد في غايه المراد ان هذا مصادره فان اراد بها ما في اهليته العاقد بالكمال فليس كك و ان اراد ما في الاهليه بمعنى اخر فليس بمقصود و لعلّه اراد و ان المانع يدعى عدم كون الفضولي اهلا و فيه ان المستدل اراد الاهليه بالكمال اذ يكفي ذلك في التمسك بالعمومات فلا مصادره نعم يرد عليه أنه ان اراد بالاهليه الكمال كان الاستدلال بمجرده غلطا و ان اراد الاهليه بالمعنى الثاني كان مصادره و حيث ان المصادره انبب بحال العلماء لم يلتفت الشّهد الى الاول و فيه أنه لم لا يحمله على الذي قررنا و حاصله اراده الاهليه بالكمال مع التمسك بالعمومات فتكون العمومات معتده مطويه تركوها ثقه بوضوحها و اما تقريب الاستدلال باوفوا مع كون الخطاب متوجّها الى المتعاقدين خاصه فهو أنه يكفي في توجه الامراد في الملايسه بالعهد الراجع و لو بالرّضا المتاخر لان الرضا يعمل بحكم ذلك العمل فكما يتوجه الامر بالوفاء في صوره المباشره بالعقد او الاذن فكك مع عدمها اذا تعقبه الرضا به بل ربما يقال او قيل ان الامر بالوفاء غير مختصّ بالمتعاقدين يتوجه الى الاجنبي أيضا فكيف عن المالك و فيه ان الامر بوفاء العهد الصّادر من غير المامور من دون تنزيل او ضرب من المجاز لا يصدر من عاقل بل هو من مضحكات الاقاول نعم في صوره رضاء المالك

بعقد الفضولي قد يقال بعدم استهجان امره بالوفاء على اشكال فيه أيضا و تأمل لا يخفى على اهل الاستقامة و العده فى المسأله بناء الاصحاب مع ما يأتى من الأدله و ألما فى الاستناد الى العمومات اشكال بين لأن كل احد يعلم ان المقصود بها امضاء التجارات و البيوع المتعارفه بين الناس فكيف يندرج الفضولى فى اطلاقات البيع و تجاره و مادّه العقد الذى امر الله بالوفاء بجميع انواع او افراده اللهم الا ان يدعى انصرافها الى غير عقد الفضولى الغير المتعارف بين الناس الا نادرا انصراف بدوى ناش من قلته التعارف و انس الازهان بالغالب كانصراف الانسان الى ذى يدين فى التكاليف المتوجهه الى الناس نحو قوله تعالى يا أَيُّهَا النَّاسُ * و ما اشبهه و يجعل ما يأتى من الأدله شاهدا على ذلك فهى أدله يثبت بها و ما ابعد بين ما ادعينا من الانصراف الى غير الفضولى و ما ادعاه بعض المحصّلين من استقرار السيره على العمل بعقد الفضولى و تعارفه و شيوعه بين الناس نظرا الى ان الآباء يتصرفون فى املاك اولادهم و كذا ساير الاقارب يتصرف بعضهم فى مال بعض اذا رأى المصلحه و هو غائب و الوكلاء و الأمناء فى تجاره أيضا يتخطون عن موارد الاذن اذا اراد المصلحه و لا يتوقفون حتى يستأذنوا من الموكل و المضارب بل يكتفون بالرّضاء المتأخر و عليه داب الناس و عاداتهم من صدر الإسلام الى هذا الا و ان فيه ما ترى من المقدمات التى كلّها قابله للمنع الثانى الاخبار منها حديث عروه المعروف بين العامه و الخاصه حيث دفع النبى صلى الله عليه و آله دينارا ليشتري له شاه فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار و جاء بالآخرى مع الدينار اليه ص فقال له ص بارك الله فى صفقه يمينك و هى صريحه فى نفوذ العقد الفضولى اما بالرّضاء التقديرى على الوجه الذى بينا او بالاجازه المستاخره فان قلنا ان المقرون بالرّضاء مع عدم التوكيل و الاذن داخل فى المتنازع فيه فدلالته ح واضحه و ان قلنا بخروجه دل أيضا بالتقريب المتقدم

ص: ١٣٧

اذ ما من فضولى الا و هو مقرون بالرّضاء التقديرى حتى ما كان مسبوقا بالنهى فيكون صحته على القاعده لا يحتاج الى دليل ضروره كشف الاجازه المتأخره عن الرضاء السابق تقديرا مع عدم الفرق فيما يعتبر فيه الرضاء من التصرفات بين الرضاء المستفاد من الاذن الصريح او من الفحوى او من شاهد الحال و هذا وجه طريف لم يسبقنى اليه احد فيما اعلم و به يندفع ما اورد عليه من ان بيع الشاه بدينار كان مقرونا برضاء النبى ص العلوم عند العرف و كونه من الفضولى المبحوث عنه غير واضح و ذلك لان علم عروه برضاء النبى ص ان كان من شاهد الحال او من الفحوى اذ من الواضح عدم صدور ما يستفاد منه الرضاء السابق فهذا الرضاء كان ثابتا عنده من احد الوجهين فاذا كان مقارنه برضاء المالك كافيه فى صحه العقد و مخرجه له عن الفضولى لزم الالتزام بالصريحه فى جميع الصور حتى فى صورته سبق المنع لأنه بعد الاجاره ينكشف الرضاء السابق و لو لم يكن المالك ملتفتا اليه لاین الرضاء المعلوم بشهادته الحال لا يجب ان يكون مشعورا به للمالك فان قلت لا بد ان يكون الرضاء معلوما للعاقده و فى صورته النهى خلافه معلوم عنده فالقول بصحه العقد مع الرضاء المتعارف لا يستلزم القول بها منها فيها او مع اعتقاد العاقده عدم الاذن او شكه فيه قلت علم العاقده برضاء المالك لا دليل على اعتباره بل الدليل انما هو على اعتبار رضا المالك و المفروض وجوده واقعا و لو لم يكن العاقده عالما به او المالك ملتفتا اليه نعم فى العبادات لا بد من احراز الرضاء فيها باحد الطرق الثلاثه فى حين العمل و اما فى المعاملات فلا و بما ذكرنا فيتبرع من الاحتياج الى كون بيع عروه و شرائه ثانيا مرضيا للنبى ص بتصرفه فى الشاه المبتاعه مع ان تصرف الفضولى فى المال حرام فيدل على علم عروه برضاء النبى ص بالعقد و ترتب الاثر عليه من القبض و الاقباض و ألما لما قرره على عمله و ردعه عميا صدر منه من ارتكاب الحرام وجه الاستراحه ان اجازته النبى ص كاشف عن رضائه بالعقد و لو لم يكن معلوما لعروه و اما ما يورد او اورد على الحديث أيضا بان معامله عروه كانت معاطاه بين النبى

ص و المشتري و كان عروه بمنزله الآله كالصبي المتوسط بين البالغين في القبض و الاقباض فلا مساس له بالفضولي فهو عجيب
اذ بعد المساعدة على انعقاد المعاطاه بوساطه الاجنبي مع تحقق المراضاه بين المتبايعين مع وضوح فساده كما مر في بابه فهو لا
يتم في البيع الثاني لان التراضي انما يكفى في المعاطاه بعد تحقق التعاطي و لو بالوسائط فقبله لا بيع و لو بالمعاطاه فلا مناص من
اجراء حكم الفضولي في البيع و الشراء الصياديين من عروه و ان امضاء المتأخر يصح المتقدم كما ستعرف نعم يرد على
الحديث ما غفلوا عنه و هو واضح و هو انه يحتمل ان يكون عروه قد اشترى الشاه بالذمه لا بعين الدينار المدفوع اليه فخرج عن
الفضولي ح الا ان يكون قد اشترى بدمه الموكل و هو النبي ص و هو غير معلوم و حمله على الشراء بعين الدينار او بدمه النبي
ص حتى يكون الشاه قد دخلت في ملكه ص و الا فقد دخلت في ملك عروه و ان دفع الدينار وفاء عما في الذمه و لو لا هذا
الاشكال لكان الحديث اصرح ما في الباب و لا ينافيه بعض الاحتمالات التي ابدوها مناقشه في دلاله لها لكونها كلها مخالفه
للأصول و الظواهر كما لا يخفى على من اطلع عليها اللهم الا ان يقال يكفى في وقوع الشراء للموكل كون

ص: ١٣٨

الداعي هو امره و لا يحتاج الى قصد كون الشراء له و لا امره في بقاء الداعي حين الشراء و هو حسن و لما ذكرنا اقتصر رؤساء
الفقهاء في اثبات الفضولي بعد العمومات على هذا الحديث الشريف فان ما عداها من الاخبار الآتية لا تدل الا بتكلفات مبيتة
على دقائق الانظار متأخرى المتأخرين الذين ادق من المتأخرين و منها مصححه محمد بن قيس عن ابي جعفر قال قضى أمير
المؤمنين ع في وليده باعها ابن سيدها و ابوها غاب فاستولدها الذي اشتراه فولدت منه ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الثاني
فقال وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال ع الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فنا شده المذى اشتراها فقال له خذ ابنه المذى باعك
الوليدته حتى ينفذ لك البيع فليما رآه ابوه قال له ارسل ابني قال لا و الله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد
الوليدته اجاز بيع ابنه الحديث و هذه أيضا ظاهر الدلالة على المدعى كما اذعن به في محكى الدروس بل هو اظهر من السابق و
اصرح الا انه بعد فقراته ظاهر في الاجازه بعد الرّد و هم لا يقولون به فلا بد من طرحه او تاويله الى ما ينطبق على غير الفضولي
مثل ان يقال قول الامام ع خذ ابنه المذى باعك حتى ينفذ لك البيع مبنئ على علمه ع بكذب سيد الولد في دعوى عدم الاذن او
نحو ذلك و اجيب بما حاصله ان الاستدلال ليس بما هو قضائه ع في القضية الشخصية لان الفعل مجمل لا يمكن التّعويل عليه
اذا كان مخالفا للقاعده فيأتى فيه التاويل بل بظهور موضعين منها في ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه و يصححه
احدهما قوله ع خذ ابنه المذى باعك الوليدته حتى ينفذ لك البيع و ثانيهما قول الباقر ع في مقام الحكايه فلما رأى سيد الوليدته
اجاز البيع فيؤخذ بهذا الظاهر و ينصرف ظهور فقراتها في الرّد فيحمل اطلاق امر الامام ع سيد الوليدته باخذه على الاخذ المقدمى
لتحصيل الثمن لو اجاز نظير حبس الولد لتحصيل قيمه يوم الولادة فيكون مقيدا بعدم الاجازه و يحمل اخذه لها أيضا على ذلك
فلا يكون ردا فعليا كما قيل و يحمل مخصصه المشتري الظاهره في ردّ الشئيد أيضا على التماس تحصيل الاجازه و هكذا ساير
فقراته الظاهره في ردّ المالك او في نفوذ الاجازه مطرد او لم يرد قلت اجمال الفعل لا يمنع من الحجّه اذا كان تكافؤ الظهوران
فاذا نقل عن الامام ع حكمه بتأثير الاجازه بعد الرّد فهذا ممّا لا ينفع بعد الاجماع على خلافه فيدور الامر بين التصرف في الرّد
المحكى اولا- على بعض الوجوه و بين التصرف في الاجازه او حملها على بعض الوجوه و امّا لو نقل صورته الواقعه على كفيته
مفهمه لتأثير الاجازه بعد الرّد لزم ح متابعه اقوى بالظهورين فلو كان ظهورها في الاجازه اقوى و التصرف فيه ابعد فلا مانع من
العمل به بل قد يقال بعدم المنافع و لو مع التكافؤ اذا كان المنقول صورته الواقعه لوجود المقتضى و عدم المانع لأن بطلان احد

مضامين الخبر لا يصير سببا لسقوط الاخر كما لو فرض اشتماله عليهما صريحا بحيث لا يقبل التاويل فان ما دل على قضائه ع بصحة الاجازه لا- يرد بسبب ما دل على كونها بعد الرد لاحتمال كونه ردًا في الواقع و ان زعمه الزاوى بل يمكن اجزاء الكلام الى النقل الإجمالى أيضا لأنه اذا حكى عن الامام ع تصحيح عقد الفضولى بالاجازه بعد الرد فقد حكى عنه ع شيئا احدهما نفوذ الاجازه فى الفضولى و قيامه مقام

ص: ١٣٩

الاذن و الثانى عدم اشتراطه بعدم الرد و الحكايه الاولى تنفع لعدم المانع و اما الثانى فلا تنفع للإجماع فيحمل اخبار الحاكي على الاشتباه حيث زعم الرد و لم يكن كك لو كان الحاكي غير الامام و يؤول لو كان اماما اللهم الا ان يعارض الاشتباه فى الرد بالاشتباه فى الاجازه و كذا احتمال التاويل فى كل منهما قائم فلا أولويه لأحدهما من الاخر من غير فرق بين النقل الإجمالى و التفصيلى لأن حكايه تفصيل الواقعة لا يفيد اذا كان محصيا لها مخالفا للإجماع و ان كان معصوما تعين التاويل فى الكلام اما فى الاجازه او فى الرد و ان كان غيره زيد عليه احتمال الاشتباه و على التقديرين يسقط عن صلاحته الاستدلال بالتحقيق ان مجرد القضاء المحكى عن أمير المؤمنين ع فى قضيه الوليده لا ينفع و اما مع ضم قوله ع خذ ابنه المذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع و قول الباقر ع فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز البيع ففى الاستدلال به أيضا اشكال بعد الاجماع على عدم صحة الاجازه بعد الرد اذ بعد ملاحظته لا يبقى الظهور بحاله كالعام الذى لا يجوز العمل به فى مورده فانه يصير سببا لإجماله و لا يصح الاخذ بعمومه و حمل المورد على بعض الوجوه و اما احتمال علمه ص بكذب سيد الوليده فى دعوى عدم الاذن فهو لا يصحح الظهور المذكور و لا يخرج المورد عن المحذور بل هو ينافيه ضروره عدم كون الاجازه المذكوره فى الزوايه اجازه لا حقه بالفضولى فكيف ينفع الاحتمال المذكور للعمل بالظاهر المسطور و دعوى ان ظاهر الفقرتين جواز اجازه المالك مطلقا للفضولى كك و الاجمال المذكور لا ينافى ذلك و انما ينافى ظهورهما فى كون الصادر من سيد الوليده من قبيل اجازه الفضولى ممنوعه اذ غايه ما يظهر من قوله ع خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع نفوذ اجازه سيد الوليده لا نفوذ الاجازه فى عقد الفضولى مط و توهم ان اتحاد الحكم الشرعى فى جميع الوقائع يستلزم دلالة صحة هذه الاجازه على صحة الاجازات فيدل على قبول الفضولى للإجازه مط مدفوع بان قوله ع يصير بمنزله غير معمول به فى مورده فيكون مجملا و كذا الكلام فى التمسك بظهور قول الباقر ع نعم ينبغي ح ملاحظه اقوى الظهورين كما ذكرنا فان كان ظهور الكلام فى نفوذ اجازه المالك اقوى من ظهور الفقرات المذكوره فى الرد عملنا بظهور الاجازه و نجعله قرينه صارفه لظهور الفقرات المذكوره كما انه لو انعكس و مع التكافؤ خرجت الزوايه عن صلاحته الاستدلال بسبب الاجماع الباعث على الاجماع و لا- علاج له كل ما ذكرنا انما هو على فرض تسليم ظهور الزوايه فى كون الاجازه بعد الرد و فيه اول- المنع اذ لا- منشأ لهذا الظهور اما دلالة مخصصه المالك للمشتري و مناشدته على الرد و فيه ان المخصصه و المناشده لا تنافى ترد المالك فى الاجازه فهل هى مصلحه أم لا فهى اعتم من الرد و لا دلالة للعام على الخاص و ثانيا انه ظهور مستند الى الفعل دون اللفظ و ظهور الافعال لا عبره به خصوصا اذا كان معارضا للظهور اللفظى الدال على نفوذ البيع بالاجازه و ثالثا ان كون بعض فقرات الزوايه مخالفا للإجماع لا- يضرب بالاستدلال بها بفقره اخرى منها فقصى الامر ان الروايه داله على فقرتين إحداهما نفوذ البيع بالاجازه و الاخرى كون الاجازه بعد الرد و انه غير مانع من تأثير

ص: ١٤٠

الاجازة و من المقرّر ان مخالفه بعض فقرات الروايات لا تضرّ بحجيتها في ثبوت غيرها من ساير المقامين و رابعا بعد تسليم كون مضمون الروايه منحصرًا في حكم واحد و هو صحّ الاجازة بعد الرّد فلا بدّ من طرحها للإجماع على كون الرّد مانعا عن تأثيرها ان المقام يرجع الى تعارض الظهورين في كلام واحد فيأتي فيه ما حقّقناه من لزوم متابعه اقوى الظهورين و منها ما ورد في استرباح الودعي من الوديعه ظلما من كون الرّبح للمالك فعن مسمع بن ابي يسار قال قلت لأبي عبد الله انى كنت استودعت رجلا ما لا فجدنيه و حلفته عليه ثمّ جاء بعد ذلك يستين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال هذا مالك فخذ و هو اربعة آلاف درهم ربحها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى خل فاخذت المال منه و ابيت ان اخذ الرّبح و اوقفت المال الذى كنت استودعته و اتيت حتى استطلع رأيك فما ترى قال فقال ع خذ الرّبح و اعطه النّصف و احله ان هذا الرّجل تاب و الله يحبّ التوابين و هى واضحه الدّلاله على وقوع عقد الفضولى للمالك لكن يجب حملها على ما لو اجاز و كان التّجاره بعين الوديعه و هذا و ان كان بعيدا لكن تطبيقها على القاعده قاض بذلك مع ان البعد انما هو اذا كان الوديعه ثمنا و لو كانت سلعه او متاعا تباع فلا اشكال و منها ما صرّحوا فى الاجير الخاصّ الذى لا يجوز له ان يعمل لغير المستاجر من أنّه لو عمل لغيره و حصل شيئا فهو للمستاجر فانه أيضا من فروع الفضولى و لو لم يتم الاجازة اللّاحقه مقام الاذن السّابق لم يستحقّ المستاجر ما حصل بل انما يستحقّ اجره مثل عمله على المستاجر الثّانى لكن الظاهر بناء ما ذكره فى الاجير الخاصّ على صحّ الفضولى و منها ما ورد فى المضاربه من ان العامل لو خالف الشّروط المقرّر فى العقد فسافر الى غير الجهه المعينه فيه مثلا كان الرّبح بينهما نصفين و ان خرج عن الامانه و صار ضامنا لأنّ هذا أيضا لا ينطبق على القاعده الّا اذا قلنا بقيام الاجازة مقام الاذن و لذا اقتصر جماعه على المنصوص فى تلك الاخبار و لم يتعدّوا الى غيره اقتصارا فيما خالف الاصول على مورد النّص لان التّخلف عن شرط المالك يوجب انتفاء الاذن المصحّ للعقد فلو لم يكن رضائه بعد التجاره بمتزله اذنه و توكيله سابقا لم تصحّ المضاربه و لم يستحقّ المالك ربح المال بل كان العقود مثلها باطله فلا ربح حتى يستحقّه المالك لكونه نماء ملكه نعم كون العقد فضوليا يقتضى حرمان العامل من الرّبح راسا فكيف يشارك المالك الرّبح و من هنا قد يتوهم او توهم انطباق النّصوص على القواعد بدعوى عدم استلزام مخالفه الشّروط هنا فضوليّه العقد فان الاشتراط لا لا يقتضى سوى خصوصيه زائده على كلّ الاسترباح الذى هو المقصود للمضارب لا- أنّه يوجب تقييد الاذن فيكون من باب تعدد المطلوب و لا ينافى ذلك خروجه عن الامانه لأنّه بمخالفه المطلوب الثّانى يكون متعدّيا لكن فيه انّ هذا الاحتمال ليس باولى من جعله دليلا على صحّ الفضولى و كون استحقاق العامل الرّبح لإجازة المضاربه الواقعه من العامل لا حكما تعييدا ثابتا من الأخبار مراعاة الاحترام عمل المسلم على خلاف قاعده عدم الاحترام اذا كان عمله غير مأذون فيه بل الاوّل هو الاولى كما هو ظاهر الكلّ او الجمل لأنّهم صرّحوا بانّ هذا الحكم مخالف للقاعده و ان اختلفوا بين من عمّم الى جميع صور مخالفه الشّروط و بين من اقتصر على خصوص

ص: ١٤١

المخالفه فى تعيين السّفير او تعيين المتاع المنصوصين فى الاخبار بل يدلّ عليه أنّه لو كان هذا من باب تعدد المطلوب ليقولون به فى الوكاله أيضا و لم يقل به احد حتّى فيما اذا كان له جعل فظهر ان استحقاق المالك هنا للنوع انما هو لأجل قيام رضائه بعد عمل العامل و تجارته مقام اذنه و توكيله و ان استحقاق العامل للرّبح حكم مخالف للقاعده ثبت بالنّص او لإجازة المضاربه الفضوليّه و قد يورد أيضا بانّ ظاهر الاخبار كون الرّبح للمالك لو لم يجر و به قال فى محكى المسالك قائلا أنّه يخرج عن قاعده الفضولى بالنّص و فيه انّ هذا ليس باولى من حمل الاخبار على الغالب من اجير المالك باستيجاره الرّابعه الواقعه عن

العامل على ماله فضولا- ومنها ما ورد في النكاح من النص على صحه الفضولي مع ما ورد فيه أنه مبنى على الاحتياط فيدلان بالفحوى على صحته في غيره فقد روى في من اراد ان يتزوج امرأه طلقت ثلثا على غير السنه أنه ع قال هو الفرج و منه يكون الولد و نحن نحتاط فلا- تزوجها و عن النبي ص قال لا- تجمعا في النكاح على الشبهه و به استدلال غير واحد منهم صاحب الزياض وفاقا للمحكي عن غايه المراد قائلا- أنه لولاه لا شكل الحكم من جهه الاجماع المحكيه على المنع و اورد عليه بان الفحوى ممنوع بالنص الوارد في صحه نكاح الوكيل مع العزل رداً على العامه القائلين بالفساد فرقا بينه و بين المبيع ورد في امرأه و كلت في النكاح ثم عزلت الوكيل و لم تعلمه قال الصادق ع تعريضا عليهم يعزلون الوكيل عن و كالتها و لم يعلمه بالعزل قال الزاوي و هو علي بن سبابه قلت نعم الى ان قال و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصه و في غيره لا يبطلون الوكاله الا ان يعلم الوكيل بالعزل و يقولون المال فيه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد فقال ع سبحان الله ما اجور هذا الحكم و افسد ان النكاح احري و احري ان يحتاط فيه و هو فرج و منه تكون الولد ان عليا ع اتته امرأه الى اخر قصه المرأه النَّاصبه في معنى الوكاله و حكمه ع بزوجه المرأه للزوج المدعى بعد حلف الوكيل على عدم العلم بالعزل حيث دل على انعكاس الاولويه و ان صحه البيع يستلزم صحه النكاح بالاولويه دون العكس و قد يجاب عنه بان الاحتياط في موردده يرجع الى النكاح الثاني المترتب على فساد النكاح الوكيل لكونه سببا للزنا بذات البعل و هذا لا ينافي كون الاحتياط في اصل النكاح الذي من الاحتياط في البيع بمعنى وجوب الاقتصار على القدر المتيقن من الاسباب قلت في كل من الجواب و الرد و الاستدلال بالفحوى و مضمون الروايه اشكال و نظر اما الجواب فلان ذكر قضاء أمير المؤمنين ع في قضاء المرأه صريح في ان غرض الامام ع انفاذ نكاح الوكيل لأجل الاحتياط مضافا الى قوله ع يعزلون الوكيل عن و كالتها في مقام الانكار عليهم فانه أيضا صريح في الاحتياط هو تصحيح النكاح الاول و اما الرد فلان غرض المستدل بالفحوى الحاق البيع بالنكاح في الاجزاء و شرائط السبب و هو العقد و ان التوسع في سبب النكاح يستلزم التوسع في غيره فاذا ثبت عدم شرطيه شىء في النكاح ثبت عدمها في البيع بالاولويه لا- في ساير الاشياء فان منها ما يناسب البيع و منها ما يناسب النكاح و مورد الروايه خارج عما نحن فيه لأن الكلام فيه في انزال الوكيل بالعزل قبل الاعلام و لا في شرط من شرائط الصيغه و ارجاعه الى ما نحن فيه بان مرجع بطلان الوكاله و عدمه الى سببيه

ص: ١٤٢

العقد الصادر منه و عدمه كسببته العقد الصادر من الفضولي فيكون من قبيل ما نحن فيه مدفوع بان صحه النكاح و فساده من غير جهه راجعه الى نفس العقد أيضا خارج عما ادعى فيه الاولويه كما اذا ثبت صحه نكاح السفيه بدون اذن الولي فانه لا يستلزم صحه بيعه بدون اذنه او ثبت ان نكاح بعد ان يعين من اعيان امواله صحيح مثلا فانه لا يستلزم القول بصحه بيعه و ما نحن فيه من هذا القبيل فلا- مسرح للأولويه في مثله و اما الاستدلال فلمنع الاولويه و لو قلنا مع قطع النظر عن النص أيضا لأن كون النكاح مبنيا على الاحتياط لا ينافي كون عقده أقل شرطا و ان ادعى ممنوعه لان التغليظ في سببه الواقعي لا ربط له بالاحتياط بل المناسب التوسع في سببه حفظا لفروج الناس عن الحرام و لذا زيد على النكاح و ملك اليمين المتعه نعم مقتضى او الاحتياط فيه التغليظ في طرقة موضوعا و حكما فاذا شك في شرطيه شىء في عقد النكاح فمقتضى الاحتياط الاجتناب حتى يعلم الحال و ان لا يعمل فيه بالاصول و الطرق الظنيه كذا اذا شك في سببه الموضوعيه و اين هذا من اثبات الموسعه في اسبابه واقعا لكونه مبنيا على الاحتياط و جميعا مبنيا ورد في النكاح من التصوص التاطقه بلزوم الاحتياط فيه جلها او كلها من هذا القبيل او

قريب منه و من هنا يظهر وجه الاشكال فى النص أيضا لأنّ كون النكاح مبنيًا على الاحتياط كما لا يقتضى الضيق فى سبب النكاح كك لا يقتضى التوسعه فى سببه و الحكم بعدم انزال التوكيل فى المسأله مضافا الى ما فيه من اشكالين آخرين احدهما ان العامه لم يستدلوا على صحه البيع بالاحتياط فما معنى قوله ع و النكاح احرى و احرى بان يحتاط فيه و ثانيهما ان مقتضى الاحتياط فى المسأله الطلاق او الامضاء دون الحكم بصحّه النكاح لأنّ الامر فيه دابر بين المحذورين و ما قيل فى توجيهه من أنّ المراد امضاء المرأه دون الصحه فيه ما عرفت من أنّ صريح الروايه صحّه النكاح الوكيل من دون اجازته لاحقه مع أنّ هذا اعتراف من الامام ع بمقاتلتهم حيث وافقهم فى عدم نفوذ نكاح الوكيل و احتياجه الى الاجازة هذا و يمكن الذب عن الاشكال الاول بان غرض الامام ع من الاستدلال بالاحتياط فى النكاح معارضه دليلهم الذى استدّلوا به على صحّه بيع الوكيل بمثله فى النكاح و ان كان بطريق الجدل و من ذكر قضاء على ع بيان الدليل الصحيح و فائده المعارضه التنبيه على فساد ما جعلوه مستندا فى المبيع فانهم ان اوردوا على الامام ع بان كون البيع مبنيًا على الاحتياط لا يقتضى عدم انزال الوكيل اورد عليهم بان كون البيع مشتملا على العوض لا يقتضى عدم الانزال فان كان لهم دليل اخر مختصّ بالبيع فعليهم البيان و الّا بطل الفرق و ثبت الملازمه بين البيع و النكاح فى مسأله العزل بقاء و ارتفاعا فافهم و عن الثانى بان الاحرى ليس صيغه تفضل بل هو مثل احمر و نحوه من الاوصاف و عن الثالث بان الالتزام بالنكاح خلافا للاحتياط فى حقّها اختيار الموكل لا العدول الى غيره فتأمل و منها مصححه الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم يرده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذ بوضيعة فان قبل متاعه فباعه باكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الاول ما زاد فان ما زاد على الصّاحب الاول بعد الاقاله

ص: ١٤٣

الفاسده لا ينطبق الاعلى صحّه الفضولى بالاجازة و منها روايه ابن اثير فى عبد مأذون دفع اليه رجل مالا ليشتري نسمة و يعتقها و يحجّ عن ابيه فاشترى اياه و اعتقه ثم تنازع مولى الماذون و مولى الاب و ورثه الدافع و ادعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله فقال ابو جعفر ع يرد المملوك رقا لمولاه و ائى الفريقين اقاموا من البيّنه بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان و قاله الخبر فلو لا كفايه الا-اشترى بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته للتضمّن لإجازته البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا اقامه البيّنه عليها كفايه فى تملك المبيع و فيه أنّ المشتري كان مأذونا من المدّعين اما عن الدافع فواضح و اما عن مولى الماذون فلان الاذن فى التجاره لعلّه كان عامّا لشراء العبد فلا مساس الروايه بالفضولى و ان عظم ذاكرها و منها الموثّق عن السمسار يشتري بالاجر فيدفع اليه الورق فيشترط عليه أنّك تاتي بما تشتري فما شئت اخذته و ما شئت تركته فذهب ليشتري المتاع يقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا-باس و تقريب الاستدلال ان السّؤال يحتمل وجوها احدها ان يشترط على السمسار ان يشتري و يشترط على البائع الخيار حتى يسع الدافع الرّد و القبول و ثانيها ان يشترط عليه ان يشتري بماله او بذمته حتى يكون بعد الاتيان بالمتاع مختارا فى الشراء و ثالثها ان يشترط عليه بعين الورق حتى يكون مختارا فى الاجازة و الرّد و لا ينافيه عدم الاحتياج الى الاشتراط لان احتمال ابا السمسار عن ذلك كما هو المعهود من عادات الناس يكفى فى الافتقار الى الاشتراط و التصريح به و لو لان يتوقع الدلال جعلًا لعمله و رابعها ان يأمر بالمساومه على صاحب المتاع من غير ايجاد البيع و مقتضى نفى الباس مع ترك الاستفصال صحّه عقد الفضولى لدخولها فى احتمالات السّؤال اللهمّ الا ان يدعى ظهوره فى الاذن فى الشراء بعين الورق او بذمه و دفعه فيخرج عن الفضولى و فيه منع كما فى كتاب الاستاد قدّه نعم لا بدّ من ضمّ ما ذكرنا فى توجيه اخذ الاجره و الّا لاتجه ان يقال الاشتراط قرينه على اراده غير الفضولى لأنّ المالك مخير فى الفضولى بين الاجازة و الرّد اشترط على الدلال أم لا فلا حاجة الى

اشترطه و مع ذلك ففي الاستدلال او التأييد منع واضح كالسابق لقيام القرينه القطعيه على خروج الفضولي عن احتمالاته لأنه اما اذنه في الشراء بالعين أم لا و على التقدير ليس من الفضولي اما مع الاذن فواضح فيتعين الاحتمال الاول و كذا لو اذنه في الشراء بذمه و اميا مع عدمه فكيف يشترط الخيار فيما لم يأذن فالفضولي خارج عن احتمالات السؤال قطعا نعم لو اجتمع الاذن مع الفضولي بان يصرح و يقول اشتر بعين الورق على وجه يكون فضوليا تم الاستدلال لكنه ترى و منها ما ورد ان عقيلاً قد باع بمكّه دار النبي ص فاخبره فاجاز و غير ذلك ممّا يطلع عليه المتدرب المتتبع في الاخبار و قد يستدلّ او يستأنس له بابواب من الفقه متفرقه منها مبيع المكره اذا رضى بعد العقد فانه دليل على عدم مقارنه الرضا لكنه انما يكون اذا كان البحث في مقارنه الرضا و لو كان في اشتراط مباشره المالك كما عرفت انه احد وجهي الاشكال في المسأله لا ينفع كما لا يخفى و منها ما ذكره في كتاب الزكاه انه لو اتجر غير الولي بمال الطفل او الولي الغير الملى و استربح كان ضامنا و الربح للطفل اما مع اجازة الولي كما عن الشهيد و جماعه او

ص: ١٤٤

بدونها كما عن جماعه ممن تقدّم فانه على الاول دليل واضح على المسأله بعد الغاء الخصوصيه و تنقيح المناط و على الثاني مؤيد لها حيث دلّ على سقوط شرط مباشره من له العقد او رضائه بالعقد في الجملة و منها الشراء ممن لا يخمس و تعليل الخمس للناس بعد تصرفهم فيه و عدم ضمانهم فانه أيضا لا يكون الا من الفضولي الذي اجازة الامام و هو المالك و منها التصدق بمجهول المالك كاللقطه و غيرها على القول بتوقفها على اجازة المالك فلو لم يجز استرجع العين مع بقائها و على القول بعدم التوقف و ان عزم المالك يكون مؤيدا و فيه و في سابقه نظر خصوصا السابق لوقوع الشراء لغير المالك فكيف يكون من الفضولي فليس الا المالك التقديرى الكاشف عنه اباحه الامام ع للمتاجر و المساكن و المناكح و منها صحه نكاح العبد اذا اجاز المولى فانه أيضا من الفضولي بناء على تفسير الشهيد من انه الكامل الغير المالك للتصرف و ربما يستدلّ او يستأنس بما في اخباره من التعليل بانه لم يعص الله و انما عصى سيده اذا علمنا المراد بالمعصيه ارتكاب الغير الماذون فيه كما تقرّر في محلّ اخر فيكون مفاد التعليل انّ عدم اذن من يتوقف صحه العقد على اذنه ان كان دائما لا يزحى زواله وقع العقد باطلا و الا كان مترلزلا مرجو الزوال دار مدار ارتفاعه و حصول الاذن فمتى حصل صحّ العقد هذه ادله الجواز و هي اما مفيده للعلم اولا يكفي من الظن في المسأله الفقهيّه

[أدله المانعين من صحه الفضولي]

و اميا القول بالمنع فاستدلّ له بالادله الاربعه الاول الكتاب و هو قوله تعالى في سوره النساء **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أَيْهِ دَلَّ بِالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَ الْمُسْتَثْنَى عَلَى الْمَنْعِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَانْ عَقْدَ الْفَضُولِيِّ شَيْءٌ بَاطِلٌ وَ قَدْ نَهَى اللَّهُ عَنِ الْأَكْلِ بِسَبَبِ بَاطِلٍ وَ وَجْهٌ كَوْنُهُ بَاطِلًا أَنَّهُ أَمَّا حَرَامٌ كَمَا زَعَمَهُ جَمَاعُهُ حَيْثُ زَعَمُوا أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَالِ الْغَيْرِ أَوْ دَخُولٍ فِيهِ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ الدَّخُولَ فِيهِ وَ أَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى انْحِصَارِ سَبَبِ الْحَلِّ فِي التِّجَارَةِ عَنِ تَرَاضٍ وَ عَقْدَ الْفَضُولِيِّ لَيْسَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ كَمَا لَا يَخْفَى وَ لَا الْإِجَازَةَ الْوَلَّيَّةَ لِأَنَّ التِّجَارَةَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَفْسُورُونَ وَ يَشْهَدُ بِهِ الْعَرَفُ هُوَ الْمَبِيعُ أَوْ كُلُّ مَعَاوِضِهِ وَ أَحْيَبُ أَوْ لَا أَنَّ الْآيَةَ لَا تَدُلُّ عَلَى الْحَصْرِ إِذِ اسْتِثْنَاءُ مَنْقَطَعٍ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ وَ صَرَّحَ بِهِ الْمَفْسُورُونَ فَالْمَعْنَى أَنَّ أَكْلَ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ حَرَامٌ وَ بِالتِّجَارَةِ عَنِ تَرَاضٍ حَلَالٌ وَ لَوْ اسْتَدَّ فِي اثْبَاتِ الْحَصْرِ إِلَى مَفْهُومِ الْقَيْدِ الْوَارِدِ فِي مَقَامِ التَّحْدِيدِ وَ الْبَيَانِ لِسَبَبِ**

الحلّ و الحرام و فيه ان القيد خارج مخرج الغالب كالرّباب في قوله تعالى وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فيكون مستدركا غير مقصود به شيء من الاحتراز فكأنه قال ألا ان تكون تجاره و ثانيا ان الاستدلال به على رفع تجاره فيكون عن تراض قيدا لها كما هو قراءه الكوفيين فعلى قراءه النّصب كما عليه غيرهم لا تدلّ على الحصر ابد الاحتمال ان يكون خبرا بعد خبر فالمعنى ألا ان تكون سبب الاكل تجاره و يكون عن تراض فلا تقييد للتجارة حتى يدلّ على خروج عقد الفضولي لكونه تجاره لا عن تراض بل اقصى ما يدلّ عليه ح انه لا بدّ في السبب المحلّل امران التّجارة و الرّضا و كلاهما موجودان بعد الاجازه لا أنّه لا بدّ من تجاره مخصوصه و هي المقيده بكونها عن تراض كما على تقدير الرّفح و ثالثا أنّه بعد الاجازه يتّصف العقد بالتّراضى فيكون تجاره عن تراض على فرض التقييد

ص: ١٤٥

أيضا قلت هذه الاجوبه كلّها مدخوله اما الأوّل فلان الاستثناء المنقطع خلاف اصل لا يرتكبه المتكلم خصوصا الفصيح الالفائده و ليست هي هنا الا الدّلاله على الحصر فكأنه قال انّ ما عدا التّجارة سبب باطل لا يحلّ اكل المال به نعم لو كان وجه الحل هو مفهوم القيد في مقام التّحديد و السّيكوت في مقام البيان اتّجه عليه المنع لما مر من خروجه مخرج الغالب و اما الثّاني فلان جميع القراءات معتبره حتّى في مقام الاستدلال كما تقرر في الاصول بناء على تواتر القراءات السّبع او كونها بمنزله المتواتر بحكم الاجماع فيستدلّ ح بها على قراءه الرّفح و هي الاشهر مع انّ قراءه النّصب قاضيه بكون الاجازه ناقله و المجيب لا يقول به و اما قراءه الرّفح فهي التي تكلفوا في انطباقها على الكشف فافهم و اما الثّالث فلأنّه شطط لا نعقله لأنّ العقد حال الاجازه شيء معدوم فكيف يصير سبب الاجازه تجاره عن تراض بعد ان كان حال وجوده تجاره لا عن تراض فالاولى ان يجاب مع المساعدة على الحصر كما هو الظاهر و تسليم عدم اتّصاف العقد بعد الاجازه بالتّجارة عن تراض بان نفس الاجازه تجاره عن تراض لان الرّضا بالتّجارة و الالتزام بمفادها تجاره و ان ابيت عن ذلك فلا اشكال في كون القبض و الاقباض المتفرعين عليها تجاره عرفا و تفسيرها بالعقد او بالبيع لا يدلّ على عدم حصولها بالفعل و ألا لم يكن المعاطاه تجاره بل الظاهر أنّها عباره عن كلّ ما يكسب به قولا او فعلا و لذلك استدلّ بالآيه على صحه العقد الفضولي و ان كان فيه تأمل هذا كلّ بناء على الاستدلال بالحصر المستفاد من الاستثناء او من غيره و اما الاستدلال بالمستثنى منه بناء على كون عقد الفضولي باطلا ان الباء بالباطل سبب و المتبادر منها هو السبب الفعلي المترتب عليه الاثر فيكون المنهى عنه هو الاكل بسبب عقد الفضولي حسبما مرّ و نحن نقول به و ندعى أنّه جزء للسبب المحلّ و الجزء الاخير هو الرّضا المتأخّر و لا دلالة في الآيه على لغويّه الصّيغه المجرّده و عدم صلاحيتها لان يكون جزءا للعلّه كما هو مقصود المانعين مع ان كونه باطلا أوّل الكلام سواء اريد به التّام او الفاسد العذى لا يفيد شيئا و الأوّل مبنى على كونه تصرفا في مال الغير و ستعرف أنّه ممنوع و الثّاني مصادره واصله الثّاني السنّه و منها التّبوي المستفيض لا تبع ما ليس عندك قال صلّى الله عليه و آله لحكيم بن حزام حين سأله ان يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه و الجواب ان البيع المنهى عنه هو البيع لنفسه على حدّ ساير املاكه و لا اشكال في فساد مط حتّى مع الاجازه بمعنى عدم ترتّب الاثر المقصود و هو ملك البائع الثمن عليه نعم لو ملكه بعد البيع و اجاز ففى صحته اشكال يأتي في من باع ثم ملك كما هو مورد الرّوايه فيكون دليلا على الفساد كما هو المشهور في تلك المسأله و من قال بالصّحه حمل النّهى على الارشاد او التّنزيه او شيء اخر فعلى القولين لا صحه فيها و احتمال تعلّق النّهى باجزاء الصّيغه و لو للمالك مضافا الى بعده لا يناسب المورد و لذا حملة في الرّياض وفاقا للمحكى و عن التّذكرة على تلك المسأله و التّزما بالموجب و قد يجاب بان المتبادر من البيع هو المنجز المحتاج الى الاجازه

فلا يتوجه النهى الى الفضولى و فيه ان المجيب ممن يدعى السير على جواز الفضولى و مع هذه الدعوى كيف يسلم له دعوى الانصراف الى المنجز و الاولى فيه انه توجه النهى الى بيع ما ليس عند البائع على حد البيع فيما عنده كما يقتضيه المورد و ليس

ص: ١٤٦

هو الاعلى نحو الاستقلال و التتجز و منها نبوى اخر لا- طلاق الا- فيما تملك و لا- عتق الّا فيما يملك و لا بيع فيما يملك و الجواب عنه أيضا مثل ما سبق فان المتبادر من النهى و لو بقريته الاستثناء ضروره مساواه المستثنى و لمستثنى منه و الّا لزم الانقطاع المخالف للأصل هو البيع لنفسه اذ لو كان البيع فى غير ما يملك يباع لغير البائع و فيما يملك له لزم التفكيك الموجب للانقطاع و لا- اشكال فى فساده و عدم ترتب الاثر المقصود عليه و لو بعد الاجازه كما مرو تزيد هنا احتمال كون المراد بما يملك الاحتراز من المباحات و امثالها مما ليس بملوك شرعا او ما ليس بمقدور لتسليم اخر و هو ثمن الاحرار و البضع الغير المملوكه بالنكاح و فيه ضعف و اضعف منه ما فى كثر العرفان من حمله على نفى اللزوم دون الصّحه فانه جيد فى نفسه لكن لا يجامع انسباق البيع لنفسه منه فانه باطل لا انه صحيح غير لازم كما مرّ و اضعف منهما ما فيه من عدم اقتضاء النهى الفساد كما عن التذكرة أيضا بل عن كشف الرموز بناء المسأله على ذلك صحه و فسادا أيضا و فيه ان النهى هنا يقتضى الفساد عند الكل او الجبل لتعلقه بذات المعامله لا بامر مفرق مقارن او مصادف و اضعف من الكل هو القول بان بيع الفضولى بيع فى الملك لأنّ البائع هو المالك بعد الاجازه و منها المروى عن توقيع الهادى صلوات الله عليه الى صفار قال كتبت الى ابى الحسن ع فى رجل باع قريه و انما له فيها قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك و قد اقر له بكلها فوقع ع لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء على ما يملك و اجيب بانّ ظاهره نفى اللزوم بقريته ايجاب المبيع على ما يملك و فيه ما عرفت من منافاته لمصرحه الذى هو البيع لنفسه فانه باطل لا- يترتب عليه الاثر المقصود و لو مع الاجازه و امّا ايجاب البيع فيما يملك فالغرض منه بيان تبعض الصّيه فقه فلا ينافى إبقاء نفى الجواز على ظاهره و يتلوه فى الضّعف حمله على البيع المتعارف المقرون بالقبض فانه غير جائز على جميع المذاهب و وجه الضّعف هو ان ظاهر المورد هو البيع لنفسه كبيع الغاصب بل هو هو بعينه و لا اشكال فى فساده بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود عليه مط و لا دلالة فيه على لغويّه الصيغه و عدم تأثيره مط و لو باع بقصد المالك رجاء الاجازه نعم لو قلنا بدلالته على ذلك أيضا لم يتجه أيضا الحمل المذكور لأنّ ارجاع النهى الى ما هو خارج عن حقيقه النهى عنه على قبحه و ركاكته فى نفسه محتاج الى القرينه المفقوده فى المقام بل القرينه على خلافه اذ بعد تسليم تعلق النهى بالبيع مط و لو للمالك فالتبادر منه نفى اللزوم و الاستقرار دون المتضمن للقبض و الاقباض و منها التوقيع المروى عن الاحتجاج فى السّؤال عن ضيعة السّيلطان أم لا- فاجاب ع لا- يجوز ابتياعها الّا من مالکها او بامر و رضائه و اجيب بانّ مقتضاه بطلان البيع الفاقد لرضاء المالك راسا و هذا لا اشكال فيه اذ الكلام فى صحّه مع الرضا المتأخر و فيه انّ قرينه الاقتران بالامر قاضيه باراده الرضا السابق حتى يكون الابتياح صادرا عن الرضا فيدلّ بمقتضى الحصر على عدم جواز غيره فالاولى ان يجاب بما مرّ عن كثر العرفان من توجه النهى الى اللزوم و هو المتبادر من الجواز اى النفوذ فانّ المترزل ليس بنافذ بل موقوف على عدم تحقّق الموقوف عليه فالمراد انّ الشراء من غير احراز رضاء المالك غير جائز اى غير نافذ و هو مساوق لنفى اللزوم و منها مصحّحه محمّد بن قاسم بن فضيل سالت ابا الحسن الأوّل ع عن رجل

ص: ١٤٧

اشترى امرأه من ان فلان بعض فطايحهم و كتب عليها كتابا بانها قد جفت المال و لم تقبض فيعطيهها المال أم يمنعها قال قل له يمنعها اشد المنع فأنها باعث ما لا- تملك و فيه أنها لا- تدلّ الا- على عدم جواز دفع الثمن و هو ممّا لا كلام فيه بل يمكن الاستدلال او الاستيناس منه على صحّ العقد اما على القول بان البيع اسم للصّحيح فواضح فت و اما على القول بالاعمّ فالتقرير الدال على صحّ البيع و توقّفها على اختيار المالك و منها الاخبار الواردة في المنع عن شراء السرقة و الخيانة و وطى الجارية المسروقة اذا اشترىها من السّارق و نحو ذلك و اجيب بانها ظاهرة او صريحة في صورة اخبار المالك و تنفيذها البيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها كما عن الحدائق فضلا عن المباحات بالعثور عليها حيث خفيت على الاصحاب قلت لا يخفى ما فى الجواب من البعد و الاولى الحمل على الاخبار السابقة اعنى المتضمّن لترتيب الآثار فانه هنا جيّد دونها الثالث الاجماع ادّعاءه فى محكّى الاعتراف بان الصّححه مذهب قوم من اصحابنا و كفى بهذا ردّ او ادّعاءه أيضا فى محكّى الغنيه و عن الحلّى فى باب المضاربه نفى الخلاف فى بطلان شراء الغاصب بعين المغصوب و الجواب بعد الاغضاء عما فى حجّيه الاجماع المنقول خصوصا اجتماعات القدماء و سيّما مع مخالفه المدّعى فى اخر مصنّفاته و هو الشّيخ فى محكّى النّهايّه ان اعتبار الاجماع المنقول لا يزيد عن اعتبار الخبر الصّحيح و مع مخالفته جلّ القدماء و قاطبه المتأخّرين الا الشاذ و لا اعتذار به الرابع حكم العقل بقبّح التصرف فى مال الغير الا باذنه نعم التوقع المروى عن الاحتجاج لا يجوز لأحد ان يتصرف فى مال الغير الا باذنه و بيع مال الغير تصرفات فيه لا شرعا و لا عرفا نعم لو كان سببا لتسليط المشتري على المبيع قهرا كما فى شراء الأمراء من الضّعفاء السفله اموال الناس التى تحت ايديهم قصورا او تقصيرا لم يبعد حرمة البيع ح للتسبّب لا لكونه تصرفا فى مال الغير على اشكال فيه أيضا بل منع ينشأ من انتفاء السبب حقيقه و كذا حرم لو قصد البائع البيع لنفسه مع قصد ترتّب الاثر من القبض و الاقباض كالغاصب بناء على حرمة مقدّمه الحرام المقرونه بالقصد للتجرى او لذاته لكن مثل هذا النّهى لا يقتضى فساد معامله قولاً واحداً و العجب ان السيورى فى كنز العرفان بعد ان نقل النّهى عن بيع مالا يملك اجاب بانّ النّهى لا يقتضى الفساد و كذا غير واحد ممّن تقدّم عليه او تأخّر فان هذا النّهى لا اشكال فى اقتضائه الفساد لكونه متعلّقا بالمعامله لذاتها فيكون ارشاديا كاشفا عن فسادها و الّذى لا يقتضى الفساد هو الّذى ذكرنا بان يثبت حرمة البيع لكون الصّححه تصرفا فى مال الغير او مستلزما للتصرف او لنحو ذلك ممّا يرجع الى عناوين خارجه ثم انّ ما عدا الاخيرين على تقدير تماميته لا يقابل ادّله الصّححه لكون النسبه بينهما عموما و خصوصا مط و قد يستدلّ بالمنع بان القدره على التسليم التى هى شرط صحّ العقد مفقوده فى المقام لعدم تسلّط الفضولى على ارضاء المالك و يضعف بعد الغضّ عمّا فيه من كونه اخصّ من المدّعى اذ يمكن فرض صورته صحيحه يقدر فيها على ارضاء المالك قطعاً بانّها ليست من شروط العاقد بل من شروط المأمور بالوفاء و هو المالك و أيضا لا يتمّ فيما لو كان المبيع بيد المشتري فانّ التسليم المعتبر فى المعاوضه حاصل و هنا اما التسلّط على التصرف

ص: ١٤٨

فيتوقّف على استكمال ساير الشّروط و الاجزاء و مثله فى الضّعف الاستدلال بان الفضولى غير قاصد كما عن المسالك و فيه أنّه ان اريد بالعقد قصد مدلول اللفظ فلا ريب فى أنّه حاصل و الا لم يصحّ النكاح الفضولى للإجماع على اشتراط كلّ نكاح بقصد مضمونه

المقام الثّانى فى ذكر ما استشكل فى صحّته من الفروع بعد الفراغ عن صحّحه الفضولى فى الجملة و فيه مسائل

الأولى لا فرق في صحته بين سبق المنع و عدمه

على المنسوب الى المشهور و حكى عن بعض اشراط عدم سبق النهى و عن نكاح التذكرة بطلان نكاح العبد مع سبق النهى و يأتي مثله في غير النكاح أيضا و عن المحقق الثاني توجيه فساد بيع الغائب ان الغصب قرينه داله على عدم الرضا و مقتضاه البطلان مع النهى بطريق أولى و قد يستدل له باختصاص حديث عروه النبوى العدى عليه اعتماد القوم فى المسأله بصوره عدم النهى و بان المنع يستمر الى بعد العقد فيكون فى الآن المتأخر عنه ردًا له فلا ينع الاجازه بعد ذلك بناء على كفايه عدم الرضا باطنا بالزرد و يدلّ عليه أيضا ان الموكل ان حلف على عدم الاذن المدعى عليه انفسخ العقد لان الحلف اماره على عدم الرضا كما عن بغض و الجواب ان فيما عدا حديث عروه كفايه فانها عامه لا اختصاص لها بغير المنهى عنه خصوصا العمومات بل بعضها ظاهر فى المنع كاخبار المضاربه بل قيل انها صريحه لأنها وردت فى تعدى العامل الى ما نهاه رب المال و فيه نظر نعم دعوى الظهور غير بعيدة لأن تعيين العمل او تعيين الجبهه فى السيفر غالبا لا يكون الا مع الكراهه عن غيره و هى و المنع سواء إلا ذلك اثر للمنع سوى الكشف عن عدم الرضا و يمكن دعوى الظهور أيضا فى روايه الأتجار بالوديعة فانّ شهاده الحال قاضيه بعدم الرضا مع قصد الخيانه كما هو المفروض فى الروايه بل هى صريحه فى الكراهه جدًا و يدلّ على الصّححه ما يأتي من الأدله على صحّحه بيع الغاصب أيضا و اما كون استمرار المنع الى ما بعد العقد ردًا له بناء على كفايه عدم الرضا فى الردّ فيه مع المبنى عليه اذ لا دليل على كون عدم الرضا ردًا كما صرح به الشهيد فيما عرى اليه بل و كذا لا دليل على كون الكراهه أيضا فى حكم الرد بل مقتضى الأدله سببىه العقد المقرون بالرّضا فى احد الازمنه بل مقتضاه الاجازه بعد الرد أيضا كالرّضا فى بيع المكره الا ان الرد له حكم تعيّد ثابت بالإجماع و الا فمقتضى القاعده ان يكون الرد مثل اسقاط حقّ الرجوع فى الهبه فى عدم افادته شيئا بعد ان كان سببىه العقد من الاحكام

الثانيه لا فرق بين ان يقصد البائع وقوع البيع لنفسه او للمالك

بلا- خلاف ظاهر و صرح بعدم العثور على الخلاف بعض المحققين لكن ظاهر الرياض فساد و نسبه الى ظاهر جماعه منهم العلّامه فى التذكرة و قال بعض المحققين فى ردّه انه اشتباه منه لأنّ الذى ذهب الجماعه الى فساد هو ان يبيع لنفسه ثم يذهب و يشتري من المالك فانه فاسد بمعنى عدم كفايه الشراء فى صحّحه هذا البيع و وقوعه للبائع و به ورد خبر حكيم بن حزام عن النبى ص و الظاهر انه مسلم عند الكلّ او الجللّ و هذا غير القول بفساد البيع لنفسه حتى فى غير الصوره المفروضه بان يبيع لنفسه ثم اجازه المالك لنفسه لا للبائع و هو جيّد و يحتمل على بعد موافقه السيد أيضا بارجاع كلامه الى ما ذكرنا و كيف كان فالاقوى هو المشهور لوجود المقتضى و عدم المانع اما الأوّل فلمفهوم ادله الصّحه و اما الثانى فلفساد ما زعموه

ص: ١٤٩

مانعا و يمكن الاستدلال عليه بخصوص عن خبر الوديعة اذ لا- ريب فى انّ الودعى باعه لنفسه ثم ندم و تاب و كذا مصحّحه الحلبي عن الصّيداق ع فى رجل اسلفه طعاما فلما حل طعامه عليه بعث هو إلى دراهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك فقال ع ارى ان يولى ذلك غيرك الحديث و مثله غيره فى صحّحه الشراء و لا ينافى المنع عن مباشره الرجل الدائن مستقلا فانه لدفع التّهمه فى الخيانه كما تقرّر فى محلّه لكن الاصحاب حملوها على ما لو قصد الشراء للدافع و انه لو قصد لنفسه كان باطلا لكنّه لا يضرنا لان البطلان عباره عن عدم وقوعه للمشتري و سيأتى توضيحه فى الدليل الثالث على الفساد و استدلال عليه بوجوه

احدها أنّ هذا هو القدر المتيقّن من الاخبار النّاهيه عن بيع ما ليس عنده النّافيه للبيع في غير الملك و النّاهيه عن شراء السّرقة و الخيانه و غيرها من الاخبار المذكوره فلا- بدّ من الحكم بفساده جمعا بينها و بين ادلّه الجواز خصوصا العمومات و فيه ان غير واحد من الاخبار المجوزه كخبر الوديعه و خبر الوليده على اظهر الاحتمالين ظاهره بل صريحه في صحّه هذا القسم أيضا مضافا الى العمومات فالجمع بينهما لا يتيسّر بالطريق المذكور يكون ذلك خروجا عن الصّريح بالظاهر عكس ما اشتهر بل لا بدّ من حمل الاخبار المانع على نفى اللّزوم او على نفى ترتّب الاثر او على عدم ترتّب الاثر المقصود مطلقا و لو بعد الاجازه على الاحتمالات المذكوره في الجواب عنها و قد مرّ أيضا ان الاوجه هو الاخير و ثانيها ان البائع لنفسه قاصد لخروج المبيع عن نفسه و تملك الثمن و مع الخصوصيّتين او احدهما يخرج البيع عن قابليّه الاجازه لامتناع كلّ من الخصوصيّتين و استحاله نفوذ الاجازه في البيع و اجيب عن الاوّل بانّ تعين المنتقل عنه غير لازم في حقيقه البيع فوجوده و عدمه سيان في صحّته فاذا عين فان طابق الواقع و ألّا كان لغوا مستدركا لا- يضرّ و لا ينفع قاله بعض المحققين و هو وجيه لكن الاوجه هو منع الصّغرى لان البائع غير قاصد للخروج عن ملكه مطلقا و لو كان مالكا فكيف عن غيره نعم قصد البيع قصد لإخراجه عن ملك مالكة ضمنا لا اصاله و هو مطرّد حقّ فيما اذا قصد الفضولى لنفسه لا- لان البيع للنفس لا- يتصور ألّا بعد تنزيل البائع نفسه بمنزله المالك كالحقيقه الادّعائيه كما افاده الاستاد قدّه في بعض الادله الآتية فأنّه غير لازم او غير متضمّن كما يأتي بل لان القصد الى نقل شىء قصد قهرا لنقله عن موضعه بحيث يستحيل خلافه فاذا قصد عن نفسه فقد قصد مالا واقعيّه له فافهم و اجيب عن الثّاني أيضا بالمنع كما قلنا اذ لا يعتبر في مفهوم البيع قصد البائع لتملّك الثّمن فلو باع المالك ذاهلا عن تملك الثّمن فقد حصل البيع لان حقيقه البيع هو مبادله مال بمال و هذا لا يتضمّن القصد الى تملك الثّمن اصاله بل يستلزمه اذا كان مالكا لا مطلقا و فيه ان القصد الى البيع ان لم يستلزم القصد الى تملك الثّمن ألّا ان البيع لنفسه مقرون بذلك القصد قطعاً فاتّجه منع تاثير الاجازه فالاولى ان يجاب بان الاجازه لا مانع من تعلّقها بالبيع مع تلك الخصوصيه غايه الامر عدم تاثيرها الا في صحّته مجردا عنها و لا ضير فيه بعد ان كانت الخصوصيه شيئا مستدركا خارجا عن حقيقه البيع هذا صح ان تملك الثّمن يجرى مجرى الدّاعى لايقاع البيع لا- أنّه من خصوصيات الانشاء او خصوصيات العوضين الا

ص: ١٥٠

ترى أنّ لا يحد فرقا بين ايجاب الوكيل و المالك في المدلول و ان اختلفا في الداعى و بما قررنا يندفع تقرير الاشكال بوجه اخر قريب ممّا ذكر و هو ان المجاز غير واقع و الواقع غير المجاز فلو حصل الثقل بالاجازه لزم القول بأنّها بيع كما عن كاشف الرّموز و يأتي ضعفه و توضيح الاندفاع أنّا نمنع التنافى لأنّ المجاز أنّما هو الواقعي لكن لا يفسد الاجازه بوصف الخصوصيه الزائده عن حقيقه البيع و لا نقول أنّ الاجازه أنّما تتعلّق به مجردا عن الحقيقه لكونها متعاكسه كيف و لا تميز بينهما في الخارج حتّى يفكّك بينهما في تعلّق الاجازه بل نقول أنّه لا تاثير لها ألّا في صحّه حقيقه البيع الّتي هي المبادله و دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عنه الاخر دون ما تضمّنه من الخصوصيه الزائده و عن المحقّق القمى قدّس سرّه الجواب عن الشّبهه بالتقرير الاخير بانّ الاجازه توجب انقلاب رضى البائع برضى المالك و قصده لنفسه بقصده لنفسه فمعنى اجزت بدلت الامرين فتكون في حكم عقد جديد و فيه مضافا الى عدم تعلّقه ان الاجازه ليست بيعا عند الكلّ او الجبل كما يأتي ان شاء الله و ثالثها انّ البائع لنفسه غير قاصد للبيع حقيقه لأنّ مقتضى المعاوضه دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عنه الاخر فاذا قصد خلاف ذلك حيث قصد وقوع البيع لنفسه و دخول الثمن في ملكه لا في ملك من خرج عنه المبيع كان البيع المذكور صوريا عاده للقصد الّذى لا

بد منه في العقود و اجيب بأنه انما بيع لنفسه بعد تنزيل نفسه منزله المالك فيكون قصده لتملك الثمن متفرعا على التنزيل المذكور فلا يكون قاصد الخلاف ما يقتضيه المعاوضه نعم لو فرض البيع لنفسه من غير تنزيل لبطل و لا يصح بالاجازة لعدم القصد و لذا قالوا أنه لو اشترى من ماله شيئا لغيره بطل و الا يقع له و لا لغيره فإنه من جهة عدم التنزيل لا يكون قاصد الحقيقة الشراء و البيع و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين المثال المذكور صحه و فسادا و على سابقه فساد ما زعمه بعض المحققين من التساوى في وجهى الصيحه و الفساد و ان كانا متعاكسين قلت قد عرفت الجواب عن الثاني ان قصد التملك للثمن يجرى مجرى الداعى فليس من خصوصيات الانشاء و لا من خصوصيات العوضين فوجوده و عدمه سيان بالنسبه الى مفاد الصيغه لا تبادل مال بمال و تملك احدهما بالآخر من غير قصد الى تعيين المنتقل عنه او المنتقل اليه و لا تعيين البائع و المشتري فانما هو تميز الموجب و القابل لا لتمييز المنتقل عنه و المنتقل اليه فليس في قصد البيع نفسه منافاه للقصد الى حقيقة المعاوضه و اما الجواب المذكور لا يخلو عن تكلف بل منع ضروره عدم مساعده الوجدان للتنزيل المذكور في معاملات الغاصبين لأموال الناس و اما فساد الشراء بماله لغيره ففيه منع لو اريد به الفساد مط و لو للمالك لأن الذى وجدنا تصريحهم به هو أنه لو دفع انسان الى غيره مالا ليشترى شيئا لنفسه لم يصح و لم يقع للمأمور و اما عدم وقوعه للأمر فلم نجد مصرحا به فيما عثرنا بقى الكلام فى صحته و فساده للمالك الاخر موكولا الى تحقيق مقامنا و لو سلم الاجماع على البطلان راسا فهو ينافى التنزيل المذكور أيضا اذ لا فرق فى ذلك بين بايع مال الغير لنفسه و بين المشتري بماله لغيره و بين ان باع مال نفسه لغيره فان جميع ذلك فاسد بالمعنى المذكور اعنى لا يقع للمأذون و اما انه لا يقع للمالك أيضا فهو عين المتنازع

ص: ١٥١

فيه فلا بد ح من ابداء فارق اخر غير التنزيل المذكور لو سلم بطلانه مط فيما ذكره بعض المحققين و الحاصل ان قصد البيع لا يتوقف على بناء البائع على كونه مالكا جهلا او تجاهلا و الا لم يصح بيع الماذون فى البيع من دون البناء المذكور او قصد النيباه عن المالك مع ان الظاهر عدم الاشكال و الخلاف فى صحه و لو لم يقصد النيباه و رابعها ان العقود تابعه للقصد فلو صح الفضولى انخرمت القاعده حيث يقع على خلاف ما قصده العاقد و الجواب عنه أيضا يظهر مميا من منع لزوم تبعيه العقد لجميع خصوصيات القصد بل اللزم التبعيه فى ما له دخل فى حقيقة المعاوضه و اركانها أليس البيع يأتى فيه تبعض الصفقه و نحوه من فوات بعض الخصوصيات من غير منافاه بينه و بين تلك القاعده لأن معناها ان العقد لا يؤثر فى خلاف ما قصده العاقد لا أنه لا بد من مؤثر فى جميعها قصد العاقد و لو لم يكن قابلا للتأثير فافهم

الثالثه لا فرق بين كون البائع غاصبا للمبيع او غيره سواء علم المشتري بالعقد أم لا فهنا مسألتان

اشاره

و هذا قسم من اقسام البيع لنفسه لأن الغاصب قاصد لنفسه لكنّه عاد على المالك بوضع اليد على المبيع اما

الاولى و هى ان يكون المشتري جاهلا

فالظاهر عدم الخلاف أيضا في صحته و يدل على الفساد هنا جميعها تقدم في سابقه و يزيد بما لوح به في جامع المقاصد و جها للفساد و هو عدم رضاء المالك حين العقد و جوابه مر في المسألة الاولى من ان كراهه المالك بعد مساعده ادله سببته الصيغه على التأثير بعد الاجازه و التنفيذ المتأخر لا دليل على كونها سببا للفساد

و اما الثانيه و هي ان يكون المشتري عالما

فالمقول عن المختلف و الايضاح و حواشى الشهيد و القطب هنا الفساد و يدل عليه جميعها يدل عليه في الاولى و يزيد عليها ظهور الاجماع لأنهم صرحوا بان البائع لا يضمن الثمن و ان المشتري غير مسلط على استرجاعه و لو رد المالك على احد القولين و عن المختلف جواز وطى الامه المشتراه بثمن المغصوب و مرجعه الى ما عن الشهيد و القطب من ان الغاصب لو اشترى بالثمن وقع الشراء له حقيقه و كل ذلك دليل على عدم كونه يباعا حقيقيا و أيضا كيف يجوز للمشتري دفع الثمن اليه مع عدم جوازه في الفضولي بلا خلاف و الجواب عنه أيضا ما عرفت و اما ظهور الاجماع فممنوع لأن الاحكام المذكوره غير متفرعه على عدم قصد البيع بل على تسليط المشتري للبائع على ماله بالتسليم بعد البيع و دعوى كون التسليط المبني على الوفاء بعقد الفاسد لا تفيد اباحه التصرف و لو مع جهل المسلط بالفساد فكيف عما لو علم و الا لزم القول بها في جميع العقود الفاسده مع انه لا يقول به احد حتى الهبه اذ لا خلاف ظاهرا في عدم جواز التصرف بفاسدها و ان لم يترتب ضمان عليها لو تلف في يد المتهم مدفوعه بالفرق بين المقام و الفساد الناشى عن جهه اخرى فان التسليم فيها تسليم و فائى بالمعارضه و مثله غير مفيد لجواز التصرف بخلاف التسليم هنا فانه لما لم يكن من متفرعات عقد الفضولى كان كالمبتدا في افاده التحليل و هذا هو الفارق فافهم و اغتنم و العدى يشبه المقام في تسليم الاصيل الثمن الى وكيل البائع مع فساد العقد و عدم ثبوت الوكاله فانه أيضا لا يستتبع ضمانا و ان لم يفد اباحه التصرف و توضيح المقام ان العقد عند الناس سواء كان صحيحا او فاسدا يستدعى التقابض و لو مع علم المتعاقدين بفساده اذ العلم بالفساد كما لا ينافى قصد البيع عن الاشهر الاظهر

ص: ١٥٢

خلافا لشاذ زعمه المنافاه حتى بنى لأجله على عدم ضمان المفترض بالعقد الفاسد مع علم الدافع بالفساد و ظنى انه الأردبيلى قدّه فكك لا ينافى كون الاقباض المتفرع عليه اقباضا قهريا ناشيا من المعاهده الصادره مثله و لا يفيد حل التصرف لأن التسليط ح ليس على مال الدافع حقيقه و لو بزعمه او بنائه قصورا او تقصيرا بل هو تسليم المال الغير اليه بزعمه فلا يكون رافعا للضمان لكن هذا انما يتم اذا كان العقد الواقع مقتضيا للتقابض ببناء المتعاقدين قصورا او تقصيرا و اما اذا لم يكن مقتضيا له فالاقباض بعده يكون تسليطا محضا على مال الدافع فلا منافاه بين قصدهما البيع حقيقه في صوره العلم بالفساد و بين كون تسليم الثمن الى الغاصب تسليطا له على ماله رافعا للضمان مع التلف و اما عدم سلطنه المشتري على الاسترجاع مع البقاء فهو أيضا ليس دليلا على عدم قصد البيع فانه مخالف للقاعده ثابت بالاجماع لو قلنا به لا ينطبق على القاعده سواء قصد البيع او لم يقصد هذا و في كتاب شيخنا الأستاذ أعلى الله مقامه وفاقا للمحكى عن الفخر ان الاشكال على القول بالنقل و اما على القول بالكشف فلا اشكال بيان الاشكال هو ان عدم سلطنه المشتري على استرجاع المثل مع رد المالك كما غرى الى الاصحاب يدل على عدم قصد البيع و الا فكيف لا يتسلط على الاسترجاع بعد الرد و بطلان البيع المقتضى لرجوع كل من العوضين الى مالكة و مقتضاه عدم تماميه

الاجماع و هذا أنما يرد على القول بالنقل اذ لا وجه ح لعدم الاثر فى الاجاره و اما على الكشف فلا ورود له لان الرد يكشف عن كون التسليط واقعا على ملكه لا على ملك المالك قلت الأشكال فى صورته علم المشتري بالقصد يحزر على وجهين احدهما ما عرفت و الثانى ما قررنا و هو ان عدم التسليط و عدم الضمان و غيرهما مما ذكرنا فى المسأله كاشف عن عدم قصد البيع و التقرير الثانى لا- يتوقف على النقل كما لا- يخفى و الاول أيضا لا يندفع بالكشف لأن غاية ما هنا كون الرد كاشفا عن وقوع التسليط على مال المشتري دون المالك و لكنه لا يوجب سقوط سلطنته على ما سلطه لأن التسليط اذا لم يكن فى ضمن عقد ليس بلازم فعدم السلطنه على الاسترجاع لا يجامع الكشف و لا النقل و لا كونه تسليطا و تمام الكلام يتوقف على التأمل التام

الزابعه كما يصح العقد الفضولى فى البيع كك يصح فى الثمن

اشاره

كما فى المسالك من غير اشكال لو نقل خلاف و عن بعض المنع فى الثمن و هو ضعيف و عن ابى حنيفه أنه لو اشترى بعين مال الغير وقع الشراء للمشتري و يمكن استظهار الاجماع على الصيحه من مسأله تتبع العقود كما يأتى إن شاء الله و جمله من الأدله ناصه عليه كحديث عروه لان الدرهمين اللذين اخذهما ثمنا للشاه التى باعها كان من مال النبى ص او فى عرضه ماله ص و قد اشترى باحدهما شاه اخرى و حديث التجاره بالوديعة أيضا ظاهر فيه بناء على كونها اوراقا لان الغالب فى الاتجار بالاثمان الشراء بها دون البيع بها و كذا اخبار المضاربه أيضا صريحه فى ذلك و اخبار الاتجار بمال الطفل أيضا تشمله كما لا يخفى فالخلاف ليس فى محله لكن هذا اذا قصد المشتري للمالك كروه و لم يقصد لنفسه ففيه اشكال اخر غير الاشكالات التى عرفت فى البيع لنفسه مصار سبب التزلزل بعض المحققين فى الصحه و حاصل الاشكال هو ان البائع أنما يقصد تملك المشتري لان تعيينه فى العقد ركن لازم بخلاف تعيين المنتقل منه فإنه امر اجنبى كما عرفت فمفاد قولك بعتك ملكت

ص: ١٥٣

و هذا غير قابل للإجازة من مالك الثمن على وجه ينفع بحاله و يقع الشراء له ثم اجاب عنه بان تعيين المنتقل اليه أيضا غير لازم و غير معتبر فى حقيقه المعاوضه كتعيين المنتقل عنه بل اللأزم هو تعيين القابل و هو اعم من المنتقل اليه و ليس مفاد العقد سوى المعاوضه و المبادله و مقابله مال بمال و لازمه انتقال كل منهما الى من يخرج عنه الاخر و اما المخاطب فليس بمنتقل اليه بل هو قابل و هو ليس عليه و لا له شىء فيكون قصد تملك المشتري الفضولى أيضا لغوا كقصد تملك البائع لنفسه و اورد عليه شيخنا العلامة ره بان صريح ايجاب البيع هو تملك المخاطب القابل و صريح قبول المشتري هو تملك المبيع فاذا قال بعتك هذا بهذا فقد قال ملكتك هذا فاذا و اذا قال المشتري قبلت فقد قال تملك المبيع بهذا الثمن و هذا المضمون غير قابل للإجازة كما لا يخفى قال و لا ينقض بما لو جهل الاخر و كاله العاقد او ولايته لأنه ح يقصد المخاطب بعنوانه الاعم من كونه اصيلا او نائبا و لذا يجوز اسناد الملك اليه مع العلم بكونه و كيلا فإنه مبنى على تنزيل العاقد بمنزله المالك نظرا الى الوكاله المعلومه و اذا صح ذلك مع العلم صح اعتباره على الوجه الاعم من كونه نائبا او اصيلا مع الجهل و هذا لا يتأتى فى الفضولى لإسناده الملك الى نفسه قال فالانسب فى التفصي عن الاشكال ان يقال و حاصل ما قال ان الفضولى بايعا و مشتريا لا يقصد لنفسه و لا ينسب الملك الى نفسه فى الشراء الا بعد جعل نفسه مالكا ادعاء او البائع أيضا لا ينسب الملك اليه الا بعد تنزيه منزله المالك للعين

فكأنه قال بعثك من حيث كونك مالكا للثمن واقعا او ادعاء و حيث ان الثابت للشيء بحيثه تقييده ثابت لنفس الحثيه كان مفاد قوله بعثك بعث مالك الثمن و مفاد قول المشتري تملكك تملكك مالك الثمن فاذا عقبه الاجازه دخل المبيع فى ملكه مالكه حيث هذه دقيقه لا يساعدها الوجدان فى المعاملات الجاريه بين الناس لأننا نعلم قطعا مساواه مفاد الايجاب و القبول فى جميع الصور علم البائع بوكاله المشتري او جهل كان المشتري مالكا اولاً و ليس هذا أيضا من اللوازم الحقيقه التى لا يضر عدم التفات المتكلم اليها فى ثبوتها بل لا بد ان يكون عين مدلول الايجاب محافظه للقصد المعبر فى العقود و الاشكال غير منحسم لا بد اولاً- بذلك و يمكن ان يقال ان مخاطبه المشتري فى الايجاب و القبول البائع بعثك يجرى مجرى التخاطب بحرف الخطاب مثل كان ذلك و ذلكم فلا يفيد سوى المخاطبه التى لولاها لم يتحقق معنى العقد و المعاهده عرفا و ان كان اسما و به صح له ان يقول قبلت اذ لو كان حرفا لم يصح كما لا يخفى فلا دلالة فى قوله قبلت على دخوله فى ملكه بل على مجرد قبول الإنشاء الصادر من البائع الذى لا يفيد سوى تملكك مال بمال و الكلام بعد يحتاج الى تأمل

فروع

الأول لو اجاز المالك البيع الذى قصد البائع لنفسه

او الشراء الذى قصده المشتري كك على ما هو عليه فهل يصح على النحو الذى اجاز او لا يصح مط او يصح و يقع العقد للمالك و لو كان فى اجازته قاصدا للعدم صرح بعض المحققين متلقيا من شنبه فى شرح القواعد الاول و استدلل عليه بوجهين احدهما ان الاجازه اللأحقه بمنزله الاذن السابق فلو اذن المالك للأجنبى ان يبيع لنفسه او يشتري لنفسه شيئا من باله فباع و اشترى وقع العقد للأجنبى العاقد و يدخل فى ملكه لأنه بمنزله توكيل المالك للأجنبى فى ادخال ملكه قبل العقد فى ملكه محافظه لقاعده المعاوضه

ص: ١٥٤

القاضيه بدخول المعوض فى ملكك من خرج عنه المعوض فيكون الاذن متضمنا توكيلا- مشروطا بوقوع العقد فاذا وقع العقد كشف ذلك عن دخول المبيع او الثمن اولاً- فى ملكه و خروجه من ملكه الى ملك القابل و لازمه تملك العاقد للعوض و قد ينظر لذلك تردد المض فى صحه عتق المرتهن عن نفسه لو اجاز الزاهن فان وجه الصحه مبنى على كون الاجازه اللأحقه كالإذن السابق فى وقوع العقد او الايقاع للمباشر حسبما قصد و اما وجه العدم فليس هو الخدشه فى ذلك بل فى جريان الفضولى فى العتق الذى هو من الايقاعات كما يأتى إن شاء الله و ثانيهما أنه لا- دليل على لزوم دخول المعوض فى ملكك من خرج عنه العوض مط بل إنما هو اذا لم يكن العاقد مأذونا ممن خرج عنه العوض فى ملكه لا فى ملك المالك الذى خرج عنه العوض و ثمره الوجهين تظهر فيما لو حصل فسخ للعقد فعلى الاول رجع المبيع او الثمن فى ملك العاقد بخروجه عن ملكه فاذا فسخ رجع كل من العوضين الى مكانه و على الثانى رجع الى ملك المالك الذى خرج عنه لا عن العاقد و يضعف الاول بمنع الحكم فى المقيس عليه اولاً- كما مرّ فى فروع المعاطاه لانه الاباحه المطلقه او الخاصه على وجه تفيد جواز البيع و نحوه من التصرفات المتوقفه على الملكيه مّا لا يقول بها الكل او الجمل و قد نفى الخلاف بل نقل الاجماع على ان المديون لو دفع الى دائنه شيئا

يشترى به ما عليه من الدين و لم يقل له اقبض لى اولا ثم استوف منه حَقَّكَ حَتَّى يكون وكيلا فى الشراء للمديون كان الشراء باطلا- كما اشرفنا اليه آنفا و لا- يساعده الدليل أيضا بل يقتضى عموم ما دل على توقف البيع مثلا على الملك بطلان البيع او الشراء بل هو امر غير معقول كما مرّ غير مرّه لأن مقتضى المبادله قيام كلّ منهما فى مقام الاخر فلو قصد بالبيع وقوع الثمن للأجنبى كان عريا عن العقد المعترف فى العقد نعم فى بطلانه راسا او قابليته للإجازة اللاحقه حَتَّى يقع الشراء فى الفرض المذكور بعد الوقوع للأمر كلام لنا تقدّم سابقا و قياس المسأله بقولهم اعتق عبدك عنى فى حصول الملك الضمى لكونه عرفا توكيلا فى ادخاله فى ملكه اولا ثم عتقه عن نفسه ليس فى محلّه لأن هذا أنما يلتجأ اليه بعد قيام الدليل على الصّحّه كما فى العتق و اما تطبيقه على القاعده من غير دليل فدونه خرط القتاد و قد تقدّم توضيح الحال فى المقال فى المعاطاه و ثانيا لو سلّمنا ذلك فى الاذن السابق فلا نسلّمه فى الاجازة لامتناع حدوث التوكيل بنفس الاجازة كحدوثه بنفس الاذن فى الحال بناء على كونها نافله او فى الماضى بناء على كونها كاشفه لانتفاء الموضوع اعنى البيع فى حالها فكيف يكون مثل الاذن السابق فى الدلاله على الوكالة الضمينه و دعوى انّ ما دل على كونها مثل الاذن يقتضى ثبوت جميع احكامه لها مدفوعه اولا بانه لا دليل على كونها مثلها حَتَّى يؤخذ بعموم التشبيه بل أنما استفيد من الادله مماثلتها له من حيث تأثير العقد على فرض سلامته من الموانع و استجماعه لشرائط التأثير فاذا فرض وجود بعض الموانع او انتفاء بعض الشرائط كما هو المفروض ضروره اشتراط صحّه البيع بالملك المفقود بحكم الفرض لم يؤثّر فى صحّه العقد الواقع و ثانيا انّ استفاده الوكالة من الاذن السابق ليس حكما شرعيّا له حَتَّى يثبت لما جعله الشارح مثله فى جميع الاحكام بل هو حكم عرفى

ص: ١٥٥

تابع لعنوان نفس الاذن السابق و ربما اجيب عن الثانى بان وقوع المبيع لغير المالك مناف لحقيقه البيع التى هى المبادله و قد صرح فى التذكرة تاره بانه لا يعقل ان يشتري الانسان بمال غيره شيئا و اخرى بانه لا يتصور عن بعض دعوى عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن اشتر به لنفسك طعاما و فيه ان الوجه الثانى مبنى على مساواه الاجازة للإذن بعد الفراغ عن كونه معقولا جائزا واقعا بالاذن السابق فلا مساس للجواب المذكوره بل اللّازم فى الجواب ما ذكرنا

الثانى لو باع شيئا فى ذمّه غيره او اشترى شيئا فى ذمته وقف على اجازته

لعموم ادله الفضولى فكما يصحّ فى عين مال الغير فكذا فى ذمته و الظاهر عدم الخلاف فيه سواء صرح به فى العقد او أطلق و كان فى قصده و ان قال بعض المحققين انّ فى الثانى وجهين مستدلا على الصّحّه بالسيره الجاربه من تجارات عمال المضاربه و الاولياء للمولى عليهم و الوكلاء لموكليهم فانها مع تجرّدها عن ذكر المعقود له يقع لهم لكننا لم نفهم وجه الفساد ثم ان اجازة المعقود له وقع الشراء له و ان ردّ بطل خلافا للمحكى عن ظاهر القواعد و المبسوط و جماعه فى باب المضاربه بل صرح فى محكى التذكرة فى خصوص الشراء بدمه الغير ناقلا- له عن ابى حنيفه و الشافعى و احمد من غير نقل منا و منهم بل نسبه الى علمائنا فان كان اجماع و الا فالحقّ ما عرفت فصار الحقّ كونه فضوليا و على ما اخترنا من البطلان فان صدقه المشتري او البائع مع الاطلاق وقف على الاجازة و ان كذبه فقد حكموا بصحّه العقد ظاهرا فى حق العاقد و يحتمل بعيدا تنزيل كلماتهم الظاهره فى الصّحّه الواقعيه على ذلك فيكون العاقد المطالب بالثمن او المثلّم و استدللّ عليه بوجهين احدهما ظواهر العمومات من الآيات و

الاحبار القاضي بوجوب الوفاء بالعقد وفيه أنها لا تتوجه الى الفضولي بل الى المالك و الشبهه موضوعيه فلا تنفع التمسك في مطالبه العاقد بمقتضى المعاوضه و ثانيهما اطلاق العقد فانه قاض بوقوع العقد للعاقد الى ان يثبت خلافه و هو حسن و معناه ان مع عدم تصريح العاقد بكون الثمن في ذمه غيره و هو المراد باطلاق العاقد اعنى تجرده عن تقييد العوض بدمه غيره فظاهر الحال الناشى من الغلبه و غيرها قاض بكون العقد للعاقد فيطالب بما يقتضيه من القبض و الاقباض

الثالث لو صرح العاقد بكون العقد لغيره و لم يقيد الثمن او المثلن بدمه الغير

كفى ذلك في كونه فضوليا لان كون العقد لغيره قرينه عرفيه على كون الثمن او المثلن في ذمه الغير و لو جمع بين المتضادين فقال بعث او اشترت لنفسى بدرهم في ذمه زيد ففيه وجهان ذكرهما شيخنا قده احدهما اللاحق بما اذا اشترى لنفسه بعين مال الغير فيصح مع الاجازه و يقع العقد لزيد لا لنفسه كما مر و ثانيهما وقوع العقد له نفسه بالغاء قوله بدرهم في ذمه زيد لكونه منافيا لقوله اولا لنفسى قلت و يتلوها ثالث و هو العكس بالتصرف في مفاد قوله لنفسى بقرينه قوله بدرهم في ذمه زيد لكونه نصيا في الفضولى بخلاف الاول فانه ظاهر يحتمل اراده عود النفع اليه ببعض الوجوه و الاوجه هو الاول جمعا بين القيدين ثم الاخير و لو قال اشترت هذا الزيد بدرهم في ذمتى قال قده يحتمل البطلان كما لو اشترى بعين ماله لغيره و يحتمل الغاء احد القيدين فيقع العقد له او للغير قلت قد عرفت بين احتمال

ص: ١٥٦

البطلان في المسأله الثانيه و انه محل منع فراجعها

[في جريان الفضولى في المعاطاه]

تتميم لم نجده حد منهم نصا في جريان الفضولى في المعاطاه سوى شيخنا الاستاد قده فقال بثبوتها فيها كالعقد و هو ظاهر بل صريح بعض مشايخنا قده و فى المحكى عن شرح القواعد لكاشف الغطاء أيضا تصريح بجريانه فى كل فعل قائم مقام العقد و هو حسن بناء على كونها بيعا ثابتا بقوله تعالى أحلّ الله البيع و تجارة عن تراض و نحوهما اذ لا مانع هنا سوى حرمة السبب و هو التعاطى و قد تقرّر فى محلّه انه لا يقتضى الفساد اما عدم مقارنة الرضا فهى مشترك الورود بينها و بين الصيغه و اما بناء على كونها اباحه او بيعا مفيد الاباحه فيشكل لان الدليل عليها ح ليس سوى الاجماع او السيره و لم يثبت ثبوتها فيها و كذا لو جعلناها معامله مستقله غير البيع و الاباحه و يمكن الدب عنه بان البيع و الشراء للغير من غير سبق اذن منه امر شايخ بين الناس خصوصا اذا كان بدمه الغير لا بعين ماله سيما فى تجارات عمال المضاربه و الوكلاء فى غير الجهه الماذونه فيها و قد مرّ فى ادله الفضولى تمسك بعض المحققين بصحّه عقده بالسيره و على هذا لا اشكال فى ثبوتها فيها على جميع الاقوال كما لا يخفى و كذا لو تمسكنا بصحّته بالاحبار الخاصه المذكوره فان ترك الاستفصال فى بعضها كخبر الودعى و اخبار المضاربه لو لم نقل بانصرافها الى المعاطاه لغلبتها فى التجارات للناس بها فى الزمن السابق قاض بصحّته و لو قلنا بانها اباحه او بيع مفيد لها و دعوى ان الاباحه ليست كالملكيه فى امكان انكشافها بالاجازه مدفوعه بملاحظه الانكشاف فيما يترتب عليها من التصرفات الموقوفه

على الملك كالباع والعتق ونحوهما نعم لو قلنا بعدم جواز مثل هذه التصرفات على القول بالاباحه او المعامله المستقله انما هو اذا لم نقل بجريان الفضولى فى جميع العقود و الا فلا اشكال و الظاهر عدم الفرق بين البيع و النكاح و غيرهما من المعاوزات و قد صرح فى محكى الروضه فى باب النكاح بانه لا قائل باختصاصه بهما و اما غير المعارضات فعن كاشف الغطاء فى شرحه للقواعد ما هذا لفظه و فى جرى الفضولى فيما جرت فيه الوكاله من العبادات كالأخماس و الزكوات و اداء النذور و الصدقات و نحوها من مال من وجب عليه او من ماله و فيما قام من الأفعال مقام العقود و نحوه و كذا الإيقاعات مما لم يقم الاجماع على المنع فيها و جهان اقواهما الجواز و يقوى جريانه فى الاجازه و اجازه الاجازه انتهى و قال بعض تلامذته من مشايخنا قدّه بعد نقله ان فى الاخماس و الزكوات مناقشه الاشتراط بيه القربه التى لا يتيسر من الفضولى و كذا فى الاجازه لأنها من الايقاع العذى علم عدم قيام الغير مقامه فيه و لو اجاز بعد ذلك قلت ان كانت صله الذى بيانا له كان مخالفا لشيخه و يحتمل ان تكون احترازا عن العذى لم يعلم عدم قيام الغير مقامه فيه فكان موافقا له و كيف كان فالعذى يظهر منهم جريانه فى كل معاوضه بل كل عقد قابل للتوكيل الا اذا كان منافيا لشروط من شروطه و من ذلك اختلافهم فى الوقف نظرا الى اشتراط بيه القربه و قد يقال ان المدار قبول الفسخ و عدمه فان كان قابلا له بخيار و نحوه فلا مانع من جريانه فيه و الا فلا نظرا الى ظهور دليله ح فى عدم انفكاكه من اللزوم فيشكل ثبوته فى الصدقات كلها من وجهين احدهما ما مر من اشتراط القربه و ثانيهما بنائها على اللزوم و عدم قبولها التزلزل و لو من جهه توقع شرط الرضا و يشكل أيضا فى الزمن من الجهه الاخيريه فالمرجع

ص: ١٥٧

مع الشكّ هو اصاله الفساد و قد يستدلّ على جوازه فى الوقف و غيره من الصدقات بل استدللّ به بعض مشايخنا فى باب الوقف بما ثبت من التصدق بمجهول المالك فانه مبنى على جواز الصيده بدهه بمال الغير عنه و فيه ان الشارع هنا اسقط رضاء المالك و جعل المصدق قائما مقامه و هذا غير تأثير الاجازه فيما لا بدّ فيه من اجازه المالك و الا لكان اخذ الامام ع او الساعى للزكاه قهرا أيضا دليلا فى المسأله و كذا صدقات الولي عن المولى عليه و المشهور فى الكفارات المائيه عدم قبولها التبرع عمن يجب عليه نعم فى زكاه المقترض عن المقرض روايه غير مشهور العمل فلو عملنا بها و جوزنا التبرع بالزكاه بمال المتبرع امكن تجويز الفضولى فيه بطريق اولى و المسأله بعد تحتاج الى التبع و التأمل و الذى ينبغى ان يقال هو ان ادله الفضولى منها ما هو عام لكل عقد معاوضه و هو قوله تعالى **بِجَارَةٍ عَنِ تَرَاضٍ** فلا اشكال فى ثبوته فى جميع المعاوزات كما عن الدروس التصريح به فى خصوص الصيالح و اما ثبوته فى غير المعاوزات من العقود فلا دليل عليه سوى قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** حسبما استدللّ به بعض فى المسأله كما مرّ لكن عرفت ثمه الخدشه فى دلالتها ففى غير المعاوزات لا بدّ من ملاحظه الفتاوى و الادله فان وفّت بالثبوت و الا فالمرجع هو الاصل و اعلم انه لا بدّ فى صحه الفضولى اولا من احراز سقوط شرط المباشره و ذلك يعلم من قبول الوكاله و لو شكّ فى قبولها فالمرجع هو ادله ذلك الباب فان وفّت بسقوطها و الا فالاصل الفساد و بعد ذلك ينحصر البحث فى اعتبار مقارنه الرضا للسبب كما عرفت فى اول المسأله و المرجع فيه أيضا هى الادله عموما او خصوصا فان قامت بعدم اعتبارها جرى الفضولى الا ان يقوم اجماع او دليل على خلافه هذا على طريق الناس و عندى فى ذلك نمط اخر اشيرنا اليه فى اول المسأله و هو ان الاجازه اللماحقه لا بد ان يكشف عن الرضا المقارن الثانى التقديرى الذى لا اشكال فى مساواته للرضاء الفعلى فان قلنا بالمساواه فى الوضع أيضا كان الاصل فى المسأله بعد احراز عدم اشتراط المباشره الصيحه الا ان يقوم اجماع او دليل على خلافه و ان قلنا بالفرق او شككنا فيه فالمرجع أيضا هو اصاله الفساد اذا عرفت فنقول اما الصيديات فقد عرفت ان الوقف منها محلّ

خلاف نظرا الى شرط القربة لكن يظهر منهم في الوقف الاتفاق على أنه لا مانع من تأثير الاجازة فيه الا قصد القربة بناء على عدم امكانه من الفضولى و امّا ما ورد من أنه كالعقاق لا ردّ فيه فهو لا يدلّ على فساد الفضولى فيه امّا اولا فلما عرفت من جريانه فى العتق أيضا و امّا ثانيا فلأنّ وجه الشبه مذکور و هو عدم الردّ فلا يتعدى الى غيره و من قال بالصّحّحه يكتفى بها فى الاجازة و اليه ينظر قول الماتن فى الوقف ان الاجازة كالوقف المستأنف اراد به انّ القربة فى الاجازة يكفى فى الصّحّحه و لا- يلزم ان تكون موجوده فى نفس العقد لأنّ القدر الثابت من دليل اشتراط الوقف بالقربة هو كونها جزءا للسبب لا شرطا لسببيه كالشّرائط الراجعه الى العقد مثل العرييه او الى العاقد مثل البلوغ بل هى نظير القبض فى الهبه فاذا وجدت بعد العقد كفى و دعوى اعتبار قربة العاقد خاصّه غير ثابتة بل المفاد من الادله اعتبار قربة المالك اى مالک العقد سواء كان وكيلا او وليا او مالكا للوقوف فلا يبقى فى المقام بعد ذلك سوى احتمال اشتراط المقارنه و هو مدفوع بالاصل بعد اطلاق ادله مثل ما جعلته لله يف

ص: ١٥٨

به و نحوه و عموم أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و قد يمنع عدم امكان قصدها من الفضولى أيضا فانّ الوقف امر راجح شرعا للمالك فهو مأمور به فلا مانع من قصد النّيابه فيه ثمّ إنشاء صيغه الوقف متوقّعا للإجازة من المالك قربة الى الله هذا اذا نوى المجيز القربة و لو نواها الفضولى دون المجيز فقد يقال أيضا بالصّحّحه بناء على كفايه قصد القربة فى صحّحه الوقف كالعتق و ان لم يحصل به القربة و لذا حكم غير واحد بصّحّحه وقف الكافر مع عدم خلاف معتدّ به فى اعتبار قصد القربة فيه نظرا الى امكانه فى حقّه و ان لم يحصل له التقرب ألّا ان الانصاف عدم خلوّه من الاشكال لأنّ الصّحّحه بمال الغير لا رجحان فيها حتّى يتأتى فيها قصد القربة الا بعنوان النّيابه و جواز هذا العنوان هنا موقوف على قصد القربة فيلزم الدور و لا يرد صورته سبق الاذن فانّ عنوان النّيابه يحصل بنفس الاذن السّابق و لا يتوقّف على قصد القربة فاذا صار نائباً قصد امتثال امر المنوب عنه فتحقق شرط القربة و ان توقّف صحّحتها عليا ألّا انه لا يرجع الى توقّف عنوانها على قصدها و كذا لا يرد القضاء عن الغير فان الصّلاه امر راجح فى نفسه قابل للتقرب و التبرّع عن الغير بعد قصد النّيابه بخلاف التصدق بمال الغير فانّه ليس براجح ذاتا ألّا من المالك او من يقوم مقامه هذا مع أنّ قصد القربة يمنع كونه قابلا للنّيابه و ان عزی الى الفخر دعوى الملازمه بين النّيابه فى القربة و تلقاه غير واحد بالقبول و ارسله بعض ارسال المسلمات لأنّه عباره عن الدّاعى و النّيابه فى الدّاعى لا معنى لها ألّا اذا رجع الى النّيابه فى الامتثال نعم قربة النّائب يقوم مقام قربة المنوب عنه كنفس العمل المنوب فيه فمحل النّيابه أنّما هو العمل خاصّه دونه مع القربة و لعلّ مراد الفخر و كلّ من قال بان الفضولى يقصد القربة من المالك هو قيام قربته لا أنّه ينوى القربة نيابه اذ المانع عقلى مطرّد الى صورته الاذن و التوكيل و الاستنابه أيضا فكيف عن الفضولى فافهم و قال بعض مشايخنا قده فى جواهره فى بعض ما هو مربوط بالمقام ما لفظه و يكفى فى ايجادها يعنى القربة مشروعته الفضولى مثل التوكيل و التبرّع و مرجع الجميع اما الى مشروعته ايجاد صورته العمل العبادى عن الغير على وجه يسقط التّكليف عنه لا أنّ المراد توجه الامر الى الفاعل النّائب يقصد امتثاله كما فى الاصيل ضروره عدمه فى الوكيل مثلا- فضلا عن غيره حتّى الاجاره التى يؤمر بادائها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاء بالعقد لا امر عباده او الى أنّ الغير مأمور بايقاع الصّلاه عن الغير و لو ندبا على نحو امر الولد بالقضاء عن والده فتكون تبه القربة فيه باعتبار كونه مأمورا بذلك بل هو مقتضى معنى المشروعته تبرّعا او وكاله و جواز اخذ الاجره عليه مع أنّه عباده مقضىته للأجير كما فى الدليل الوارد فى الحجّ و غيره و لعلّه باعتبار تضمّنه وصول منفعه الى الغير خصوصا اسقاط ما فى ذمّته و كان هذا اقوى من الأوّل سيما بعد معلومته كون صلاه النّيابه و حجّ النّيابه صنفان من العباده بل هى نوع مقابل للعباده الاصليه نعم قد تفرّق بين

التوكيل وغيره والله العالم انتهى كلامه ره و مما ذكرنا ظهر ما فيه من وجوه الصّححه و الفساد التي لا تخفى على المتأمل و أنّما نقلناه على طوله لما فيه من فوائد اخر و ظهر أيضا الحال في ساير الصّيدقات كالزكوات و الاخماس و الكفارات فان المانع عن جريان الفضولي فيها ليس سوى اشتراطها بالقربه بعد ما عرفت عدم مانعيته على التحقيق كان المتّجه ثبوته في الكلّ فان اجاز المالك اجزاه و ان رد فقيل أنّه يبطل وقفا و يصحّ

ص: ١٥٩

هبه لانه التمييز بين الوقف و الهبه أنّما هو بالقربه و عدمها فاذا بطل وقفا لانتفاء القربه وقع هبه كما في كلّ نوعين مشتركين في جنس يكون فصل احدهما عدم فصل الاخر مثل الوكاله و الاذن فانّ الأوّل مشروط بشروط تجرى مجرى الفصل له و اذا انتفى بعضها بطلت الوكاله و بقيت الاذن قلت هذا في غير الوقف له وجه فلو تجرّد الزكاه عن القربه وقع هبه و اما الوقف فالظاهر انه اذا فسد لم يصر هبه لاختلافهما في ساير الخصوصيات أيضا مثل تعيين الموهوب له و اعتبار كونه جزئيا حقيقيا اذ لا يصحّ تمليك كل الفقير مثلا بطريق الهبه الّذي هو جزء مقوم للوقف نعم السكّنى و العمرى لا باس بانقلاب بعض صورها هبه لو انتفى قصد القربه بناء على اعتباره فيهما كالوقف و كيف كان فالظاهر انّ الاجازه هنا ناقله لا كاشفه كما في البيع اذ قد عرفت ان قصد القربه هنا شرط او جزء للسبب فيكون النقل حاصلًا عنده لا قبله كما هو القاعده و لا دليل على الكشف الّا في شرط الرضا فانّه الّذى قام الدليل على كون وجوده المتأخر كاشفا عن تماميه السبب سابقا كما يأتي و اما غيره من الشّروط فلم يقم دليل على كونها كك بل لو قلنا بان الكشف هناك موافق للقاعده لم يقع أيضا في نحو المقام اذ هو من خصائص الرضا فلا يأتي في غيره نعم لو اجترانا بتيه القربه من الفضولى عن تيه المالك حال الاجازه اتّجه الكشف كما في البيع و يتفرّع على ما قلنا في المقام ان من وجب عليه الخمس لو دفعه بغير اذن المجتهد في زمان الغيبه ثم اجازه براء منه بناء على التحويل في اشتراط اذنه لسهم الامام روى له الفداء على كونه مالا للغائب و كون الفقيه نائبا عنه و لو بنى على كونه مالا للسادات من باب التتمه فقد يقال أيضا بحصول البراءه و لا يكون من الفضولى اذ الظاهر كون اشتراط الاذن محض التعيّد الّذى لا يؤثر فواته سوى الاثم دون الفساد و قد يقال بالعدم قضاء لحق الشّروطيه لعدم كون الاجازه اذنا هذا اذا رفع الفضولى من مال من يجب عليه و لو دفع من ماله فالظاهر عدم تأثير الاجازه لأنّ الامتثال بالواجبات لا يحصل الّا بالمباشره او التسبب فكيف يسقط التّكليف عنه بفعل الغير و ليست هى محض الدّين الّذى يسقط بفعل المتبرّع بل هى مع تعلّقها بالدّمه عبادات لا توجد الا باحد الوجهين اما المباشره او التّسبب و لو بالاذن السابق خلافا للمحكى عن المسالك في زكاه الفطره حيث قال أنّه لو تبرّع الضّميّ باخراجها عن الموسر توقّف الأجزاء على اذنه و يحتمل غير بعيد ارادته الاذن السابق دون الّماحق الّذى هو الاجازه بان يكون المراد اراده الضّميّ التبرّع مثل قوله تعالى فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ نَعْمَ عَنْ كَاشِفِ الْغُطَاءِ التّصريح بالاجزاء و له وجه ستعرف عن قريب ان شاء الله و الحاصل انّ كل موضع ينفع الاذن السابق فالظاهر قيام الاجاره مقامه الّا ما كان مشوبا بالتّكليف فانّ الاجازه فيه لا تفيد فائده الاذن كالعبادات الالهيه مثل الزكاه و الخمس و الكفارات فمع الاذن تصحّ من الاجنبى و لا تصحّ مع الاجازه فقد صرّحوا في الرهن بانّه يصحّ و رهن مال الغير موقوفا على الاجازه و ذكر بعض مشايخنا أنّه يصحّ الوصيه بمال الغير معلّقا على موته و لو علقه على موت نفسه فعن الدّروس احتمال صحّته أيضا و عن بعض متأخري المتأخرين من الشّيوخ تقويته لكن عن المحقّق الثّانى و غيره التّصريح بالعدم و أنّه ليس كالبيع في قبول الإجازة قاله فيما لو اوصى بمال مشترك و هو حسن اذ لا دخل له بالفضولى الّذى كلامنا فيه فانّه يدور مدار فائده الاذن السابق و لا فائده لها في المسأله و لا

يجدى شيئاً فلو قال مال زيد لعمر و بعد وفاتي كان لغوا و لو اذن عمر و لأنه ليس آلا هبه معلقه باطله من عمرو و عن المحقق الثاني التصريح بجريان الفضولي لا في المضاربه مستدلاً بالاولويّه من العقد اللازم فلو ضارب المضارب فجاز المالك صحّ و مقتضاه ثبوته في الوكاله أيضاً و في الاولويّه منع واضح و لا دليل غيرها حتى أوفوا بالعقود بناء على كونه من ادله الفضولي اذ لا مفسح له في العقود الجائزه على التحقيق ففي الرهن امكن الركون اليه او الى المؤمنون عند شروطهم و امياً الوصيّه و الهبه و الوكاله و نحوها من العقود الجائزه و لا دليل عليها و التمسك باطلاق او عموم ادله كلّ باب او هن شىء اذ لا عموم فى شىء منها مرضى عند غيرنا فكيف عندنا مع أنّهم يجرون الفضولي فيما يجرون من غير نظر الى عموم دليله فكأنه قاعده مطرده مستقله لا تناط بمساعدته دليل كلّ باب و هذا يكشف عن استقامه ما ملكناه من الطريقيه حيث قلنا ان الاجازه كاشفه عن الاذن السابق الثاني التقديرى و هو كاف فى الحكم الوضعى كالتكليفى و ستعرف ان به يندفع اشكال الكشف المعروف لدى الاعلام هذه حال العقود و امياً الايقاع فقد عرفت عن كاشف الغطاء فى محكى شرح القواعد و عن بعض مشايخنا ما عرفت لكن عن ظاهر قواعد الشهيد قدس سرّه عدم جريانه فى الخلع و الطلاق بل مطلق الايقاعات لعدم قبولها التعليق راداً له بأنه على القول بالكشف لا مانع من ذلك ثم قال انه لا نعلم من الأصحاب قائلاً بالصيحه قال و يمكن ان يستنبط عن ذلك كون الاجازه قلت مراده على ما يفصح عنه المحكى عن حواشيه على القواعد فى باب الرهن فيما لو اعتق الرهن العبد المرهون و المحكى عن شيخه فخر الدين فيما لو عفى الرهن عن الجانى على العبد المرهون ان التعليق الباطل هو ان يكون تاتير السبب من عقد او ايقاع موقوفاً على شىء فى المستقبل بحيث يكون لذلك الشىء دخل فى تاتير السبب و هذا مفقود فى الفضولى على القول بالكشف لأن الاجازه اللآحقه بناء على هذا القول كاشف عن اشكال سابقاً فمقتضى القاعده جريان الفضولى على هذا القول فى الايقاعات أيضاً فيكشف عن عدم جريانه فيها عندهم ان الاجازه ناقله او كاشفه قلت و يرد عليه ان التعليق بالمعنى الذى ابطله لا دليل على بطلانه فى الايقاعات فضلاً عن العقود لأن توقف تاتير العقد او الايقاع على حصول شرط شرعى ليس من التعليق فى شىء و آلا لكان توقف العقود المشروطه بالقبض عليه كالصيرف و السلم و الرهن و الوقف و الهبه من التعليق المبطل فلو قلنا بجريان الفضولى فى الطلاق لم يلزم منه ازيد ممياً يلزم من توقف الوقف على القبض و توقف البيع على الرضا المتأخر مع ان التعليق بالمعنى المذكور موجود فى بيع الفضولى و لا دليل على جوازه سوى القاعده التى لا تعرف مانعاً من جريانها فى الطلاق و ساير الايقاعات اذ الطلاق ممّا ثبت عدم اعتبار المباشره فيه فلا مانع من جريان الفضولى فيه سوى احتمال اعتبار مقارنه الرضا للصيغه فيدفع هذا الاحتمال ما يدفع فى البيع و غيره من العقود و دعوى اختصاص ما دلّ على عدم اعتبارها فى البيع مدفوعه بان عمده الدليل عندهم العمومات العامه و الخاصه بكلّ باب فلا مانع من الركون على أوفوا بالعقود هنا اذ العقد مطلق العهد الصادق على الايقاعات أيضاً و عموم المؤمنون عند شروطهم و خصوص ادله الطلاق من الكتاب و السنيّه اذ القدر الخارج منها ما كان عارياً عن الرضا راساً و امماً

ما كان مرضياً بالرضاء السابق او اللآحق فلا دليل على خروجه هذا مع الغض عن طريقنا المشار اليه غير مرّه من كشف الاجازه عن وجود الرضا سابقاً مكنونا و الا- فلا- اشكال فى صحّه الفضولى فيه اصلاً لحصول المقارنه و ان تأخر العلم بها الى زمان الاجاره ثم انّ ما ادّعه من عدم العلم بالقائل بالصيحه أيضاً منظور فيه اذ المشهور صحّه خلع الاجنبى بشىء من مالها اذا اجازت

و خلع و كيلها باكثر من مهر المثل او و كيله باقل منه مع تعقب الاجازة منها او منه الا ان يقال ان محل البطلان في الخلع الفضولى لزوم الفداء بالمسمى لا اصل زوال علقه النكاح فانه مما لم يقل به احد فالمراد ان الاجازة تصححه خلعا لا انها مصححه طلاقا نعم صحه عتق الراهن متوقعا للفلك او الاجازة على ما ذهب اليه جل الاصحاب نقض عليه اذ العتق ايقاع بل الاشكال فيه اقوى من الطلاق لاشرطه بالقربه فاذا جاز فيه جاز في غيره من الايقاعات بطريق اولى و لا يعارضه فساد عتق المرتهن فان المانع فيه عدم الملك و توقف العتق عليه نعم لو اعتق المرتهن عن الزاهن و لا اظن احدا يفرق بينهما بل صرح بعض مشايخنا قده بالتسويه بعد ان نزل ما ذكره من فساد عتق المرتهن على ما اذا اعتق عن نفسه لا- عن الزاهن نعم الظاهر عدم الخلاف في فساد طلاق الفضولى كما يفصح عنه فساد طلاق المكره و اما غيره من الايقاعات فالمتمتع فيها هو الدليل فالفسخ و الاباحه و الاجازة و ما شبهها لا- مانع من جريان الفضولى فيها الا ان يقال كما انه لا- مانع منه لا مقتضى أيضا لعدم الدليل نعم بناء على طريقتنا المذكوره فالدليل واضح لكن العدى يسهل الخطب ان الاجازة بنفسها كافيها هي في هذه الامور من غير ان تكون مصححه للانشاء السابق لأن اجازة الفسخ فسخ و اجازة البراء ابراء هكذا اذ لا يعتبر فيها صيغه مخصوصه و ان كان تظهر الثمره بين الوجهين على الكشف في الآثار المتوسطه بينها و بين الاجازة كما هو واضح فمن اجل ذلك لا بد من مطالبه الدليل على جريانه فيها و الاقرب لعدم الدليل الا على الوجه العدى ذكرنا فان مقتضاه كون الفضولى على القاعده مط و كونه على نحو الكشف أيضا و حيث ان القول به موقوف على الاطمينان يكون الوضع كالتكليف في الترتب على الرضا الثانى التقديرى و هو مشكل سيما مع عدم التفات احد من الاصحاب اليه فلا جرم من المنع كالطلاق فان وجه المنع فيه أيضا هو عدم الدليل لا انه ايقاع و الايقاع لا يقع موقوفا و معلقا لضعفه و فساده بما مرّ و لذا لا نمنع عن جريانه في العتق وفاقا للجل لعدم المانع بعد ظهور الادله عموما و خصوصا في صحته و كونه مبني على التغليب حتى ان المحقق الثانى قال بجريانه في التدبير حيث قال على ما نقل عنه لو دبر عبدا مشتركا او قدر نصيبه امكن تاثير الاجازة فيها اراد انه لو قال للعبد المشرك انت حرّ بعد موت مواليك اثر فيه الاجازة و ليس مراده التعليق على موت نفسه خاصه كما توهم حتى يرد انه مما لا محصل له لخروجه عن التدبير المصطلح اذ هو تعليق العتق على موت المولى لا على موت الاجنبى و الانصاف انه ان اراد حصول التدبير بالاجازة لكونه من الوصيّه التى لا يعتبر فيها صيغه خاصه اتجه ما قال لكنه ليس من الفضولى المصطلح و ان اراد ان الاجازة تكون سببا لصيروره التدبير من الفضولى صحيحا بطريق الكشف بل النقل ففيه منع الدليل لأنّ الثابت هو التدبير من المولى تسببا بالتوكيل او بالمباشرة و اما تدبير غيره فلا دليل على صحته و هكذا

ص: ١٦٢

الكلام في غيره من الايقاعات فان القدر الثابت منها ما كان صادرا ممن له الولايه عليها باحد الوجهين فما ليس بصادر عنه و لا عن اذنه فلا دليل على كونه سببا لشيء و من هنا يفترق عن العقود فان صيغها اسباب و اذن له من الامر شرط قيد مع احتمال اعتبار مقارنه الاذن بالاصل بعد الاطلاقات نعم ما ليس له صيغه خاصه من الايقاعات كالفسخ و البراء و نحوها فالظاهر تحققها بنفس الاجازة لا- انها تكشف عن حصولها سابقا و هو خارج عما نحن فيه و ح فالاقوى بطلان عتق الزاهن على ما ذهب اليه غير واحد و كذا عتق المفلس و من هو مثلهما في الحجر و ان نقل عن العلّامة صحته أيضا الا ان يدعى سببته صيغه العتق عن المالك للفك و ان كانت مشروطه باذن غير المعنى فيدفع احتمال مقارنه الاذن بالاصل بعد الاطلاق و المسأله محل اشكال و من جميعها ذكرنا ظهر الحال في وفاء الدّين فانه يجرى فيه الفضولى سواء كان من العقود او من الايقاع و من ثمره جريانه رجوع

الموفى الى المديون بعد الاجازة و هل يجرى فى ضمان التّلف او الاتلاف قيل نعم لأنّهم ذكروا فى الدّيّات أنّه لو قال بعض اهل السفينه لصاحبه التى متاعك فى البحر و علىّ او علينا ضمانها صح اطلاقه لمثل ما لو رضى اهل السفينه بعد الالتقاء ففیه منع شمول رفع الدّليل على فرضه لان الفضولى أنّما يجرى فيما لو كان السّبب المجاز قابلا للتأثير بعد الاجازة و اتلاف الانسان مال نفسه ليس قابلا لضمان الغير و كونه سببا للضمان مع سبق السّؤال أنّما هو لصدق الاتلاف بالنسبه الى السائل او للنصّ تعبّد او لا يأتى شىء منهما فى الاجازة كما لا يخفى فلا بدّ فى كون الاجازة سببا لضمان المجيز من دليل اخر مفقود و من هنا يتطرّق الأشكال فى اداء الدّين أيضا لأنّ المؤدّى ان قصد التبرّع فقد اتلف ماله و هو واضح و ان قصد الرجوع الى المديون فهو قصد ليس فى محلّه لأنّه كمن اتلف ماله و قصد الرجوع الى من يرضى به و قد عرفت أنّه لا يجدى فى الضمان اللّهمّ الا ان يكون الوفاء معلقا على اجازته فح لا- باس برجوعه الى المجيز و دعوى بطلان التعلّيق فى مثل المقام غير واضح لكن مقتضاه كون الاجازة ناقله اذ التعلّيق جاء من قبل المؤدّى فى نفس الاداء لا من المتبرّع كتعلّيق النّقل على الرّضا حتّى نطبقه على الكشف و هذا هو الوجه الذى وعدناك فى توجيه المحكى عن كاشف الغطاء من أنّ الاجنبى لو ادى الحقوق لماليّه العباديه من ماله عمّن هى عليه ثمّ اجاز صحّ و رجع اليه و توضيحه ان الوفاء عمّا فى ذمّه الغير او فى عهده اذا كان معلقا على الاجازة كان الوفاء مشروطا و متعلّقا فان حصل الشّروط حصل الوفاء من حينه اذ لا يعتبر فيه ابتداء القبض بل يكفى القصد و التّعيين لا استدامه أيضا و حصل الامتثال أيضا لأنّ الاجازة ح كالاذن المبتدأ فى التّسبيب و ان لم يحصل بقى المال على ملك الموفى و لا فرق بين بقاء عينه او تلفه نعم لو كان التعلّيق باطلا- كما فى العقود لا تجدى الاجازة و لا تصحّحه فلو رهن مال لنفسه على دين الغير فضوله معلقا على الاجازة فاجاز لم يصحّ لأنّ العقد كان باطلا للتعلّيق و الاجازة غير قابله لان تكون صيغه للرّهن و عن كاشف الغطاء التّسويه بين المال المرهون و الحجر عليه مع اجازة من له الولاية فان اراد بالمرهون ما ذكرنا اعنى الرّهن على دين الغير فضوله مراقبا للإجازة ففیه ما عرفت و ان اراد رهن قال الغير على دينه فضوله الذى صرّحوا بصحّحه فلا مساس له باداء الاجنبى الحقوق الماليّه العباديه

ص: ١٦٣

عن الغير و ان اراد تصرّف الرّاهن و المفلس مثلا فى المرهون و الحجر كما هو الظاهر ان التصرّفات مختلفه فى ذلك فيها ما هو صحيح قطعاً موقوفا على الاجازة كالبيع و منها ما هو محلّ اشكال كالعتق فيكون مثل اداء الاجنبى و هل يجرى فى القبض كما عرفت فى كلامه المحكى سابقا ففیه اشكال اذا كان الحكم مترتبا على القبض الصورى اعنى الاقباض دون القبض بمعنى الانقباض فأنّه يحصل بالاجازة أنّه لا فرق بين الابتداء و الاستدامه اذا كان الحكم مترتبا على استيلاء المقبوض عنه و من هنا يقل الجدوى فى اجرائه فى القبض اذ لا- يعتبر فيه حيث يعتبر ذلك المعنى المصدري نعم فى بعض المقامات يتطرق الاشكال فى جريان الفضولى فيه من جهة اخرى لان كان المقبوض عنه غير مستحق له بشخصه فلو قبض عن الفقير زكاه او خمسا ثم اجاز الفقير اشكل الصحّح و الالتزام بآثار القبض من حينه لا من حين الاجازة لعدم الدّليل و ان كان الفقير مالكا للتوكيل فيه فان قبض الوكيل قبض عن الموكل مستند اليه فلا مانع من ترتيب آثار القبض عليه و هو الخروج عن ملك الدّافع لو الدّخول فى ملك الموكل و اما قبض الاجنبى فهو ليس مخرجا له عن ملك الدّافع الا على القول بكفايه العزل فى التّعيين و هو كلام و لا لدخوله فى ملك المقبوض منه قطعاً لعدم وصوله اليه و دخوله فى ملكه بعد الاجازة من حين القبض الذى هو معنى ثبوت الفضولى فيه لا دليل عليه نعم بالاجازة يحدث للقباض و كاله عن المقبوض عنه فيكون يده يده بعد الاجازة لان الاستدامه كالاتداء فيحصل

له الملك من حين الاجازة لا من قبل و كذا الحال لو قبض عن الموقوف عليه فى العام فضوله فانّ تاثير الاجازة أيضا محلّ كلام اذا كان الوقف على الجنس فان المقبوض و ان لم يكن ملكا للدافع قبل القبض الا أنّه ليس ملكا لشخص معيّن من الموقوف عليهم أيضا و لا دليل على دخوله فى ملكه بقبض الفضولى من حينه بعد هذه جملة من الكلام فى مجارى الفضولى من ابواب الفقه اقتضاء للمقام و تمام البحث فى ذلك يحتاج الى سير تامّ و الله الهادى الى سواء الطّريق

المقام الثالث فى الاجازة و موضوعها و شرائط تأثيرها فهنا مقاصد

الاول فى الموضوع و بيان الماهية و ذكر ما يعتبر فيها و ما لا يعتبر و فيه مسألتان

الاولى يعتبر فيها العلم برضاء من له الامر حاصلًا من فعل او قول او غيرهما

و لا- يكفى مجرد العلم به من دون كاشف على الاظهر المنسوب الى الاكثر و يدلّ عليه بعد الاصل و ظهور الاجماع قوله تعالى **تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ** لان مجرد الرضا من غير ان يكون منشأ لتحقيق التجاره او الالتزام بآثارها لا- يناسب و كلمه المجاوزة بل مقتضاها كون التجاره او الالتزام بموجبها ناشيا عن الرضا سابقا او لاحقا حسبما مرّ فى الاستدلال بها على صحه الفضولى و قد يقال او قيل بعدم الاشتراط و استدللّ له بوجوه احدها أنّهم صرّحوا بان السكوت مع العلم لا يكفى فى الاجازة معلّين له بعدم دلالته على الرضا لا بعدم كشفه عنه و هذا يدلّ على أنّهم لا يقصدون من الاجازة ازيد من الرضا فكان اتفاقا و ثانيها أنّه اذا رضى بالعقد توجه اليه قوله تعالى **أَوْفُوا** و ادخل تحت التجاره عن تراض و ثالثها حديث عروه لأنه تصرّف فى الشاه المشتره اعتمادا على العلم برضا النبى ص بالمعامله فلو لا- خروجه عن حكم الفضولى لم يجز له ذلك و لردعه النبى ص عن ذلك و يلزم من خروجه عنه ثبوت كفايه الرضا فى الاجازة لعدم

ص: ١٦٤

القول بالفصل و لاتحاد طريق المسألتين و رابعها أنّهم استدّلوا على صحه الفضولى بانّ العقد جامع للشرائط سوى الرضا فاذا لحقه كان صحيحا فأنه كالصيريح فى ان الشرط هو الرضا ليس الا و خامسها أنّه ذكر بعض أنّه لو حلف الموكّل عدم التوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف يدلّ على كراهه و مقتضاه ان يكون الرضا كافيا فى اللزوم لان الاجازة و الردّ متقابلان و ذكروا ان سكوت البكر يكفى فى الاجازة لأنه دال على الرضا و قد ورد فى من زوجت نفسها فى حال السكوت أنّها لو افاقت كان هذا رضى منها و ورد أيضا فى عدّه اخبار ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج العبد اقرار منه له عليه و ان قول المولى العبد المتزوج بغير اذنه طلق يدلّ على امضاء النكاح و ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضاء منه به و أنّه لو زوجها الاخوان كان لها اختيار من شاءت من الزوجين و لو دخلت على احدهما كان اجازة ثم ان الاكتفاء بالفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجه و نحوهما كما هو خيره الكلّ او الجلل مبنى على اناطه الصحه بالرضا لا على سببىه الفعل تعبدا نظير سببىه اللفظ و ملخص الوجوه الى ظهور كلمات القوم و الادله فى كفايه الرضا و لو لم يكن مستكشفا من فعل او قول و فى الكلّ نظر لان التعليل بعدم دلاله السكوت على الرضا لا ينافى اعتبار الكاشف أيضا مع الرضا كما انّ تعليل بطلان الصيلاه بعدم الطهاره حال الاستدبار لا ينافى شرطيه الاستقبال أيضا فدعوى ان وجود الكاشف لو كان شرطا لكان الاستدلال بعدمه اولى من الاستدلال بعدم دلالة السكوت

على الرضا مدفوعه أولاً- بما ذكر و ثانياً انّ الاولويه معكوسه لان العلم بالرضا يعتبر قطعاً بالاتفاق بخلاف اعتبار الكاشف فأنه ليس بتلك المثابه فكان التعليل بانتفاء المتفق عليه البديهي اولى مع ان السكوت فى مقامات البيان يجرى مجرى البيان شرعاً و عرفاً فى الأدلّه و فى الموضوعات فيكون من الكاشف الفعلى كالتقرير و عدم الردع فى محلّه و لو كان عدمياً اذ المعبر هو الكاشف فى قبال كفايه العلم بالرضا الباطنى من دون قيام اماره عليه من جانب المالك سواء كان وجودياً او عدمياً و منه يظهر الجواب عن الامور المذكوره اخيراً من سكوت البكر و سكوت المولى و قوله طلق و تصرف ذى الخيار فان الكاشف موجود فى هذه الموارد كلّها و اما الاستدلال ب أوفوا بالعقود فقد عرفت فى صدر المسأله لسقوطه عن ادلّه الفضولى راساً و لو سلم دلالتّه عليه فالقدر المسلم منه ما لو حصل من المالك شىء يدلّ على الرضا حتى يكون له أدنى ملايسه بالقضاء الواقع و الا فلا يتفاوت الحال بينه و بين الاجنبى فى عدم المساس لهما بالعقد الصادر من غيرهما و اما قوله تعالى تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارٍ فهو بالدلاله على خلاف المقص اولى و اخرى كما او مانا اليه فى الاستدلال على المختار و اما الاكتفاء بالكاشف الفعلى فعلى القول به فى المقام لا- يدلّ على دوران الصيحه مدار الرضا الباطنى الغير المنكشف بشىء الا ترى انّ العقود الجائزه مثل الهبه و الوكاله و نحوهما يكتفى فيها الفعل ايجاباً و قبولاً مع انه لا يكفى وجود معانيها فى نفس الموجب و القابل من دون إنشاء فعلى او قولى كيف و مدار العقود و الايقاعات على الانشاءات الكاشفه عمّا فى الضميمة فكيف يلتزم بترتب آثارها على المعانى النفسانيه الغير البارزه بوجه و دعوى صحّه بيع المكره اذا رضى بعد العقد على ما عزي اليهم اّول

ص: ١٦٥

الكلام فانه كقولهم بكفايه الرضا لاحقاً فى مقام بيان عدم اعتبار مقارنة الرضا لا فى مقام بيان عدم اعتبار شىء اخر ثم لو سلم ظهور كلمات الاصحاب فى المقامات المشار اليها فى الكفايه فهى معارضه بكلمات اخرى منهم اظهر فى عدم الكفايه فانهم جعلوا من شروط العاقد كونه ولياً اما بالملك او بالاذن و فرعوا عليه بطلان الفضولى و لا ريب ان مجرد رضى المالك بصدور العقد من الاجنبى من دون اشاره منه اليه لا يجعله دالاً لما هو مندرج تحت الفضولى و مقتضاه اعتبار الكاشف فى الاجازة لأنّ مالا يكفى فى الأوّل لا يكفى فى الاخر بطريق اولى و يدلّ عليه أيضاً حديث عروه و هو من اعظم ادلّه الفضولى عندهم مع علم عروه برضاء التّجى ص على عكس ما زعمه المستدلّ ادلّ و دعوى الفرق بين خروج العقد عن الفضولى و بين الاجازة فى الاشعار الى الكاشف شطط واضح و كذا يدلّ على ما مرّ من صحّه الفضولى مع المنع اذ لو كان الرضا كافياً لكانت الكراهه المستفاده من المنع المستمرّه الى بعد الصّيغه ردّاً فلا بدّ من حمل كلماتهم الظاهره فى الكفايه على نحو ما ذكرنا جمعاً و العجب من غير واحد من الاساتيد حيث استحسّنوا كفايه العلم بالرضا لو لا مخالفه الاجماع التفاتاً الى ما عرفت من الوجوه مع أنّها او هن شىء لا- تفيد و هما فكيف عن الظنّ خصوصاً مع ملاحظه سقوط لحالات النفسانيه عن درجه الاعتبار فى العقود و الايقاعات و لواحقها ممّا جعل سبباً او شرطاً او مانعاً او نحوها من الامور الرّاجعه الى الوضع راساً بل الظاهر استقرار طريقه الناس و بناء العقلاء على ذلك نعم لقائل ان يقول كاد ان يكون النزاع بينك و بينهم لفظياً لأنك ان ادّعت خيار الكاشف الوجودى فالوجوه المذكوره نافية له و ان اكتفيت بالعدمى أيضاً كالتسكوت فى المواضع المشار اليها سهل الخطب رهان الامر اذ لا يظهر بعد ذلك ثمره عمليّه بين الاكتفاء بالرضا و بين اعتبار الكاشف راساً اذ من البعيد كون التسكوت مثلاً و نحوه من الكواشف العدميه سبباً تعديداً بل الانصاف الاشكال فى ثبوت التعديده للوجود أيضاً كما عرفت فى طى الاستدلال فلا محيص عن القول بعدم اعتبار الكاشف لو لا الاجماع كما هو الظنون بعد ما عرفت من كلماتهم فأنّها منافية له كمال المنافاه من غير ان يكون عليه

شاهد سوى ما عن التذكرة من نسبه عدم كفايه السيكت الى علمائنا و لا دلاله له الا من باب الإطلاق الشامل لصوره العلم منه بالرضاء الممنوع اشتر المنع نعم الراهن كما نص عليه المحقق الثاني فى محكى باب الوكاله و صرح به بعض مشايخنا قدّه من غير اشاره الى الخلاف ان العقد المعلوم الاقتران برضاء المالك معدوده أيضا عندهم من الفضولى و هو مناف للاكتفاء الى الاجازه بالاولويه القطعيه الا ان يمنع الاولويه بل المساواه أيضا لأنّ الابتداء غير الإمضاء و الاستداه فلا غرو فى توقف الخروج عن كونه فضوليا على الكاشف الوجودى و عدم توقّف نفوذ العقد الصادر من الفضولى على ذلك بل على مجرّد الرضا و طيب النفس كما هو مقتضى الأدله و ممّا ذكرنا يعرف النظر فى قياس الاجازه بالرد؟؟؟؟

هو من اقوى الشواهد على اعتبار الكاشف فيها اذ لا مانع من التفكيك و الفرق بينهما بدعوى عدم كفايه الكراهه فى الردّ فلا يمنع النهى السابق عن لحوق الاجازه لكن يكفى فيها العلم بالرضا خصوصا بعد ما عرفت

ص: ١٦٦

ان مانعيه الردّ للإجازه مخالف للقاعده ثابت على تعدّره من الدليل هذا و يمكن ان يقال ان كان متعلق الرضا نفس البيع فهذا لا يكفى و ان كان متعلقه صدوره من العاقد و مباشرته له فهو كاف فى الموضوعين اعنى الفضوليّه و نفوذ الاجازه لو لم يكن عليه كاشف لاین الثاني يوجب توجه خطاب او فوا الى المالك بخلاف الاول لان الرضا بنفس المعامله من دون الرضا بمباشره من باشرها لا يوجب اسقاطه و مساسه بالمعامله الجزئيه الشخصيّه حتى يتوجه اليه الامر بالوفاء و الفرق هو ان الاول رضاء بالكلى و الثاني بالجزئى الموجود فى الخارج و تعلق الامر بالوفاء إنّما هى الجزئيات الخارجيه من المعاملات الكليه دون الكلى و يمكن ان يقال أيضا بالتفصيل بين المقامات و هو الاقتصار على خصوص سكوت البكر للحرص و سكوت المولى بعد العلم بتزويج العبد للخبر و الرجوع فى البيع و نحوه الى الاصل و دعوى الاولويه قد عرفت ما فيها فى صدر الباب و الحاصل أنّه لا مانع من التفكيك و التفصيل بين المقامات و الوقوف على الدليل فى كلّ مقام فان قام على كفايه مجرّد الرضا اتّبناه و الا فالمعول هو الاصل و دعوى الاجماع المركّب فى امثال المقام لا- تصدر الا- من مجازف او متعسف و هذا نظر حسن و المسأله بعد غير محلولة و الله الهادى

الثانيه الظاهر عدم اعتبار اللفظ فيها فضلا عن لفظ مخصوص

وفاقا لغير واحد من مشايخنا خلافا للمحكى عن صريح التنقيح و ظاهر جمع و مفتاح الكرامه لما عرفت من الوجوه الناهضه لعدم اعتبار الكاشف راسا فكيف عن خصوص اللفظ او لفظ مخصوص و ربما يستفاد الخلاف من الشهيد أيضا حيث قال فى محكى الحواشى باعتبار لفظ فسخت فى الردّ و أنّه لو قال لم اجز كان له الاجازه بناء على مساواه الردّ و الامضاء فى ذلك و هو ضعيف بناء و هو مبنى عليه بل عرفت انّ الاكتفاء بمجرّد الرضا قوى جدّا حتى ذهب اليه بعض مشايخنا قدّه لكنك عرفت تحقيق المسأله و قد استدلل على اعتبار اللفظ بل اللفظ الصريح بقوله ع أنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام و اجيب بأنّه لا يأتى فى الشروط بل فى الاسباب خاصّه و فيه ضعف لأنّ الحديث كما عرفت فى شرائط الصيغه ليس له ظاهر ينفعنا فى الاستدلال فراجع مضافا الى احتياج الاستناد اليه فى المسأله الى الاطمينان بعمل جمله من الاصحاب و ليس فى تصريح من عرفت ما يقوم به الكفايه و قد استدلل أيضا بعد الاصل بان الاجازه امضاء لمضمون البيع السابق و لها يحصل فائدته لا بالعقد السابق فلا بدّ فيها ممّا لا بدّ فى

عقده و بأنها تجرى مجرى العقود اللّازمه و لا- خلاف فى اعتبار اللفظ فيها بل عرفت و تعرف أنّها بيع محقق عنه بعض الدليل القائم على اعتباره فى العقود اللّازمه آت هنا بنفسه او بمناطه قلت لو تمّ ما ذكر فمقتضاه التفصيل بين العقد اللّازم و الجائر مع أنّه مدفوع بما مرّ من الأدله المذكوره فى المسأله الاولى المخصّصه لذلك الدليل على فرض شموله لأنّ منها ما ورد فى الاجازه النّكاح الذى هو اشدّ العقود اللّازمه مذاقه فى الصّيغه فالاقوى الاكتفاء بكلّ كاشف وجودى او عدمى قولى او فعلى

المقصد الثانى فى شروط تأثير الاجازه بين ما يتعلّق بها او بالعقد المجاز او بالمجيز و هى امور

الاول ان لا يسبقها ردّ

ذكره شيخنا قدّه فى كتابه مستظها الاجماع عليه و ادّعه صريحا بعض مشايخنا قدّس سرّه و كذا بعض المحققين فى الايراد على حديث الوليده الذى استدلّ

ص: ١٦٧

به على الفضولى أنّه متضمّن لما لا يقول به احد من الصّححه بعد الردّ و كذا كلّ من استدلّ به او ردّ عليه بذلك و لم يجب عنه الّا بمنع الدلاله عليه و قد عرفت عن المحكى عن الحواشى ما هو كالصريح فيه حيث قال أنّ عبارته الرد فيستحب و لو قال لا اجيز كان له الاجازه فيدلّ على أنّه لا اجازه بعد اذ الصحيح الصّريح بل الظاهر عدم الاعتداد بالامضاء بعد الفسخ و الردّ فى جميع الالتزامات على ما قيل و يدلّ عليه هذا الاصل و الاجماع ان الاجازه بمنزله القبول الايجاب اذ لولاها لما توجه اليه الامر بالوفاء و قد تقرّر فى شرائط الصّححه ان تخلّل الردّ و نحوه ممّا ينافى صدقه العقد الذى هو بمعنى المعاهده بين الايجاب و القبول مبطل لها و أيضا مقتضى السّيلطنه ان يكون الانسان قطع علاقته الغير عن ملكه فله ان يبطل اثر الايجاب بالنّسبه الى المشتري القليل هذا و الانصاف أنّه لو لا الاجماع لم يكن فيما ذكر دلالة على المدعى اذ الاصل لا يعارض الدليل و مقتضى العمومات و الأدله الخاصه كلها خصوصا خبر الوليده جوازها لأنّه نظير الرجوع فى الهبه بعد اسقاط حق الرجوع و ستعرف أنّ نفوذها فى الاحكام من الحقوق القابله للسّيقوط و مقايستها بالقبول ليس فى محلّها بل الاولى مقايستها بالقبض و نحوه من الشروط المعتره فى العقود اذ الرضا ليس هو الا كأحد من الشّروط و لا اظنّ كون تخلّل الردّ بينها و بين المشروط مفسدا عندهم مع أنّ الحكم فى المقيس عليه لا- دليل عليه سوى التّعبد المستفاد من الإجماع كيف و لو كانت مثل القبول كان اللّازم مراعاة الموالاه بينها أيضا و كذا ساير ما هو معتبر فى الصّيغه و اما الاجماع ففى النّفس منه أيضا شىء اذ لا اماره عليه من الفتاوى سوى ما خطر ببال بعض من نظر فى خبر الوليده من السّؤال و الجواب من الاساطين الاعلام و وافقه من وافقه ممّن تأخّر و مثله لا يفيد ظنا اذ النّقل له مقام و النقص و الابرام فى الأدله له مقام اخر فان الثانى يتحمل فيه من المسامحات ما لا يحتمله الاول خصوصا اذا كان مقتضى الأدله خلافه نعم ذكروا أنّه لو لم يجز المالك يرجع المشتري الاصيل الى البائع بما اغترم لو كان جاهلا- و يدلّ بالالتزام على فساد العقد فقد يتوهم شموله بالاطلاق لصوره الاجازه بعد الردّ أيضا و لكنّه توهم فاسد لكونه مسوقا لبيان حكم عدم الاجازه فهو ساكت عن حكمها بل الظاهر كون العكس اولى بمعنى أنّ الرجوع الى البائع معلق على عدم الاجازه مط لا على خصوص عدم الاجازه مطابقتها للعقد كما و كيفا على ما ذكره جملة من الاعلام جازمين فى بعض الصّور متردّدين فى اخر فهنا صور الاولى ان يجز البيع فى البعض مشاعا او معينا و أنّ المخالفه هنا غير ضاره فيتبع الصّيفقه و يكون للأصيل خيار التبعّض مع الجهل لا مط

كما هو ظاهر بعض الاعلام و لا اشكال فيما ذكره بناء على جريان الفصولى فيما لو باع ما يملك و ما لا يملك بصفقه واحده كما هو المشهور المعزى الى الاصحاب كلاً عدا الأردبىلى قدّه فذهب الى الفساد لأنّ التراضى أنّما وقع على الكلّ دون البعض أمّا بناء على ما ذكره فيشكل فى مالك واحد أيضاً لاتّحاد الدليل و كذا فيما لو كان البيع لاثنين فاجاز احدهما دون الاخر نعم ما عن الشافعى من الفساد لا- مساس له بالمقام لأنّ المحكى عنه ظاهر فى البطالين و لو مع الاجازة حيث جعله بمنزله من تزوّج باثنين او باع درهما بدرهمين و كذا ما عن الخلاف و المبسوط من فساد

ص: ١٦٨

البيع اذا كان البائع اثنين مط او مع اختلاف اجزاء المبيع قيمه كما اذا كان عبدين فأنّه أيضاً اجنبى عن المقام و عن بيع ما يملك و ما لا- يملك أيضاً لان نظره الى غير القبض الذى يحصل من الردّ المالك بل الى انّ تعدّد المالك يقتضى تعدّد البيع فيلزم الجهالة فيما يخصّ باحدهما من الثمن ثم على القول بالصّحّه كما هو الاقرب بناء على ما هو الحقّ من كون تبعض الصّيفه فى المحلّ المجمع عليه موافقا للقاعده لو كان البعض المردود و المجاز مختلفين فى قيمه قسّط الثمن فيقوم المجموع ثم يقوم احدهما منفردا و يلاحظ النسبه بينهما فيؤخذ من الثمن بتلك النسبه لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض لو استرد قيمه المردود خاصّه و فى بعض الاحيان و فى طريق التّقويم وجوه و اقوال اخر يأتى فى المقام الرابع إن شاء الله

الثانيه ان يجز فى الكلّ مع وقوع العقد على البعض

و هذا لا اشكال ظاهرا فى عدم تأثيرها و لو قبل المشتري بعد العلم بها لان الاجازة ليست من صيغ البيع فيكون دخول الزائد فى ملك المشتري بمجرّد التراضى من دون صيغته و لا معاطاه

الثالثه ان يكون العقد مشتملا على شرط فاجازه بدونه ففيه وجوه

احدها الصّحه مراعى بقبول المشتري

و

ثانيها الصّحه منجزه مع ثبوت الخيار له

ذكرهما بعض المحققين

و

ثالثها الفساد بناء على عدم قابليه العقد للتبعض من حيث الشرط

و ان كان قابلا له من حيث الجزء ذكره الاستاد قدّه قلت لا اشكال في ضعف الاوّل لان قبول المشتري بعد الاجازة لو جاز كان في الصورة الثانيه أيضا وقد عرفت فساده و الوجه الثالث أيضا ضعيف اذ لا يتوقّف الصّححه على القبض الا وجه له أيضا فان الشّروط السّاقط في العقد اما ان يوجب سقوط العقد أيضا كما عليه القائلون ببطلان العقد بفساد الشّروط او يوجب الخيار كما لو كان صحيحا فالتبعيض غير لازم من سقوط الشّروط قطعاً و لذا قيل انّ الصّححه هنا مبنيّه على القول بعدم فساد العقد بفساد الشّروط و ان لم يكن هذا أيضا في محلّه لأنّ سقوط الشرط هناك جاء من الشّرع و هنا من المالك فالظاهر هو الوجه الثاني الحاقا له بمخالفة المشروط عليه قصورا او تقصيرا

الزّابعه ان يزيد في الاجازة شرطا على العقد المجاز ففيه أيضا وجوه

احدها و هو الأوجه الفساد

لما مرّ من عدم السّبب لاستحقاق المالك على المشتري شيئا سوى العقد المفروض عدم اشتماله عليه

و

ثانيها الصّححه مع الشرط

اذا رضى الاصيل الحاقا للإجازة بالقبول بناء على صحّحه الشّروط الواقع في حيّزه و كأنّه مال اليه او قال به بعض المحقّقين و ثالثها الصّححه بدون الحاقا له بالشّروط السّابق او اللاحق بناء على عدم كفايته وقوعه في حيّز القول او عدم كون الاجازة مثله في ذلك فيكون كالشّروط اللّغو الغير اللّازم الوفاء

الثالث من شروطها علم المجيز باصل العقد

و بنوعه و بخصوصيّاته المعبر علمها في صحّحه العقود فلو اجاز مع الشّكّ على تقدير الوقوع او مع عدم احراز جنسه كان لا يدرى أنّه بيع لامته او نكاح لها او نوعه فلا يدرى أنّه صلح او بيع او مع عدم تشخيص الثّمن او المثلن او نحو ذلك لم تصحّ للغرر المنهّي على العموم لو لم نقل بان اجازة كلّ عقد لاحقه به في عدم تحمّل الغرر و الّا فلا اشكال في الفساد كما لا اشكال في المجاز اعنى البيع و النّكاح و امثالهما و يضعف بمنع العموم على وجه يشمل الاجازة لأنها في قوّه الوكاله التي يدخلها الغرر و الجهاله حيث يجوز التّوكيل في الشّراء من غير تعيين و كذا في النّكاح و لأجل ذلك الضعف ذهب

ص: ١٦٩

بعض المحقّقين او مال الى الصّححه في المقامات المشار اليها كلّها ورد بان الجهاله في الوكاله مجبوره بوجوب مراعاة المصلحه على الوكيل غير رافعه الجهاله اذ المصالح يختلف و لو تساوت في الزّياده و النّقصان فالغرر مغتفر في الوكاله فكذا في الاجازة

لكونه تفويضا للأمر الى الوكيل الا- ان يقال ان اطلاق الوكالة تعيين فلا- جهاله فيه و لا غرر و هو لا يأتي في الاجازه كما لا يخفى فلا وجه المقاييس بينهما فالأصح ما جرح اليه شيخنا الاستاد قدّه من المنع اما لعموم النهى عن الغرر او لنهوض ادله عدمه في المجاز في الاجازه لأنّ المجيز بمنزله الموجب او القابل في كونه هو المأمور بالوفاء بالمعاهده فكيف يكون الغرر مانعا عن صحه البيع مثلا و لا يكون مانعا عن صحه الاجازه مع ان الامر بالوفاء لا يتوجّه الا بعدها

الرابع اجتماع العقد للشروط المقرره له

سواء رجعت الى نفسه او الى العاقد او الى العوضين لعموم ادلتها القاضيه بالاشتراط و توقّف تاثير العقد عليه و هو واضح في الكلّ سوى بعض ما يظهر من دليله اذ ليس من شرائط تاثير الصيغه بل لترتب اثر عليه كالقدره على التسليم فانّ الاكتفاء بوجودها عند الاجازه غير بعيد كما احتج اليه شيخنا الاستاد وفاقا لبعض المحققين و الأصحّ اشتراطها في حق الاصيل و اما الفضولي فلا كما لا يعتبر قدره الوكيل على التسليم و مثلها في الاكتفاء بوجودها حال الاجازه اسلام الاصيل في شراء المصحف او عبد مسلم على ما ذكره لكن فيه أيضا اشكال بل منع لأنّ عدم سبيل الكافر على المؤمن يجرى مجرى الحكمه دون العله فلا ينافى به الحكم التعبدى مع انه لا يجرى في شراء المصحف و دعوى ان الممنوع انما هو دخول المسلم و المصحف في قبض الكافر و سلطنته و هو مفقود في المقام للاتفاق على عدم جواز ترتيب الاثر من القبض و الاقباض على عقد الفضولي مدفوعه بان الممنوع على ما يقتضيه ظواهر الفتاوى بل الادله دخولهما في ملكه و هو هاهنا حاصل بناء على الكشف و اما على النقل فلا بعد في الاكتفاء باسلامه حال الاجازه اقتصارا في تخصيص العمومات على القدر الثابت من اشتراط الاسلام و هو ما اقترن بان دخولهما في ملك المشتري و تحميل الاكتفاء على الكشف أيضا بناء على اختصاص حكمه بزمان الإمكان فلا يكشف عن ملكه في الزمان السابق على اسلامه حتى ينافى ما دلّ على عدم دخول المسلم او المصحف في ملك الكافر فالكشف و النقل هنا بحكم واحد فافهم و هل يشترط بقاء الشروط الى حال الاجازه او لا يشترط مط او مبنى على الكشف فلا و النقل فنعم وجوه اجودها الفرق بين الشروط فما يرجع الى صفات العاقد فلا يشترط فلو جنّ او اغمى عليه او مات لم يقدح و ما يرجع الى العوضين ما لم يدخل الاجازه بسبب زوالها في المعاملات السيفيه فلو زالت الملكيه فان عادت حال الاجازه بان صار حيوانا بعد ان انقلب دما نجسا فلا- باس و اما لم تؤثر لعدم الفائدة فيها و يحتمل التأثير كما احتمله بعض المحققين و له وجه على القول بالكشف دون النقل و تظهر الثمره في كون التلف من المشتري كذا قال و هو مناف لقاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فانّ نفوذ الاجازه على الكشف قاض بكونه من المجيز فكيف يكون من المشتري و الأصحّ عدم الصيحه لعدم الفائدة كما عرفت الا ان يكون المشتري قد قبض المبيع و اجاز القبض أيضا و قلنا بجريان الفضولي فيه كما هو واضح و لو انعكس الفرض بان كانت الملكيه مفقوده حال

ص: ١٧٠

العقد فحدثت لم يؤثر على الكشف و النقل و كذا ساير الشروط ان فقدت حين العقد لم ينفع حدوثها عند الاجازه على الوجهين و اما ما يرجع الى عدم المانع كالاسلام و سلامه العوض عن تعلق حق الغير و امثالهما فالظاهر أيضا بناء على الكشف عدم اعتبار استمرارها الى حال الاجازه و لعلنا نشرح بعض ما يتعلّق بالمقام في ثمرات الفرق بين الكشف و النقل و يأتي أيضا

فى الشَّرط الخامس ماله ربط بالمقام و هو اى الشرط الخامس ان يكون للعقد مجبر قابل للإجازة حال صدوره على ما فى عدو محكى كره فى الثَّانى عن ابن الجنييد و عن بعض العامه خلافا عن ابن المتوجه البحرانى و المحقق و الشَّهيد الثَّانين و كل من عشرت عليه من متأخري المتأخرين المعترضين للمسأله بل فى كتاب الاستاد أنه من خصائص العلامه و استدلل له فى مع صد بان صحه العقد فى هذه الحال ممتنع و اذا امتنع فى زمان امتنع دائما و بلزوم الضرر على المشتري لأنه لا يقدر على التصرف فى المبيع و لا فى الثمن كما يأتى فى ذكر الاحكام و احباب عن الاول بعد النقض بما اذا كان المجيز بعيدا لا يمكن الوصول اليه حال العقد بانه لا دليل على اشتراط كون العقد قابلا للصحه فى جميع الآنات بعد عموم أوفوا و استدلل بعض اهل الذمه من فقهاء عصرنا على الاشتراط بأنه اذا خرج العقد عن تحت اوفوا فى ان احتاج دخوله ثانيا الى دليل قلت فيه ان الخروج إن كان من باب التخصيص كان الامر كما ذكره فإن كان من باب التخصيص و عدم وجود المامور بالوفا و نهض عموم الآيه بالدلاله اذا تحقق الموضوع و هذا ليس من الدخول بعد الخروج كما لا يخفى مع ان دليل الصحه غير منحصر فى اوفوا فلا نسلم خروجها عنها اصلا فالاولى ان يرذ الاستدلال بذلك لا بما ذكره المجيب حيث اعترف بالصغرى و منع الكبرى فنقول ان اريد بالصحه الصحه الفعلية منعنا اعتبار اتصاف العقد بها مط كيف و لو بنى على ذلك لزم فساد اكثر الفضولى ضروره عدم كفايه وجود المجيز بل لا بد من عمله و التفاته و نحوهما يتوقف عليه الصيحه الفعلية و ان اريد بها الصيحه الثانيه بمعنى استجماعه لجميع الشرائط سوى اذن الولي منعنا امتناع صحته فى تلك الحاله و عن الثَّانى بان الضرر يندفع منه فى الصوره المنقوض بها إن كان جاهلا كان له الخيار و ان كان عالما بالحال فقد اقدم على الضرر قلت قد يقال ان الاقدام على العقد فى صورته النقض خارج عن مقاصد العقلاء فيكون فاسدا فاصل النقض كك مع ان الظاهر دخول تلك الصوره فى محل النزاع كما يظهر من المحكى عن العلامه حيث جعل عدم تمكن الولي من التصرف من موارد عدم المجيز حال العقد و الفرق بين المالك و الولي فى ذلك لا محصل له لكن الجواب عن الضرر بما ذكرنا فى محلّه و قد يستدل له أيضا بما يرشد اليه كلام بعض المحققين فى المقام من ان العقد مع عدم وجود ذات المجيز او عدم انصافه بقباليه الاجازه لصغر او جنون قد وقع فى زمان خارج عن سلطانه اما لعدم الوجود او لعدم الاهليه للإجازة و لو بالمباشرة و التوكيل و قصوى ما ثبت للإجازة كونها مثل التوكيل فلو فقدت فلا سلطته له عليه زاد الفرع عن اصله و لا و معناه سلطه المجيز حين الاجازه على الماضى و لمستقبل فكل ما هو مسلط عليه حينها هو مسلطه لو فرض قبلها هذا و قد يستدل أيضا بانّ

ص: ١٧١

الاجازه قائمه مقام الاذن السابق فيدور صحتها و فسادها مداره و مقتضاه الفرق بين عدم ذات المجيز فيصح لأنه لو كان موجود او اذن كان العقد صحيحا و بين فقد ان اهليه الاجازه فلا لعدم كفايه اذنه السابق كالمجنون فكك اللّاحق و هذا اوجه لكن كلّ ذلك اجتهادات فى مقابل النص لان من ادله الفضولى الاخبار الوارده فى تزويج الصيغ غيرين فضولا الناطقه بنفوذ اجازتهما بعد البلوغ و هى صريحه فى الجواز بناء على عمومها اذا لم يكن للصيغ غير ولى فى النكاح بان فقد الاب و الجدّ و منعنا عن ولايه الحاكم على نكاحه لكنّها مختصه بعدم الوصف و اما مع عدم ذات المجيز فلا تصوير له و اعلم ان العلامه قدّه فى القواعد بعد ان استقرب اشتراط كون العقد له مجيزا وفاقا للمحكى عن ابى حنيفه قال فلو باع مال الطفل فبلغ و اجاز لم ينفذ على اشكال و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و اجاز و الظاهر عدم كون الثَّانى مثلا للمسأله خلافا لجامع المقاصد حيث جعله مثلا لما اذا فقد ذات المجيز و هذا مبنى على أنه حمل عبارته المص على ذلك او على ما يعمه و ما اذا فقد الوصف مع وجود ذات المجيز و فيه مع

كونه خلافا لظاهر العبارة في وجه أنّ ذات المجيز غير مفقوده هنا لا شخص المجيز ولا نوعه ضروره كون المالك الأوّل مجيزا موجودا حال العقد متّصفا باهليته الاجازه و المالك الثّاني البائع أيضا ذاته أيضا كانت موجوده فكيف يكون مثلا لفقدان ذات المجيز مع أنّ فقدان ذاته لا محصل له ولا تعقله في البيع اذ كلّ ملك له مالك البتة غايه الامر عدم كونه قابلا للإجازه لحجر و نحوه فالظاهر كما فهمه الكل او الجلل كون المراد انتفاء القابليته مع وجود الدّات كالمثال الأوّل و كيف كان فعن الشّهيد في الحواشي أنّه اعترض على المص و بعض الجمهور و قيل أنّه البيضاوي بانه لا ينطبق على مذهب الاماميّه القائلين بوجود الامام اذ العقد له مجيز على مذهبه و اجاب عنه المص بانه غير متمكّن من التصرف ورد بقيام الحاكم او عدول المؤمنين مقامه ع في التنفيذ و اجيب بإمكان فرض عدم التمكّن في حقهم أيضا و كان فخر الدّين و المحقّق الثّاني ارتضيا الجواب ففرضا عدم اشتمال العقد على المصلحه قلت لو بنى على كون عدم امكان التصرف كافيا في عدم المجيز لم يحتج الى فرض وقوع العقد على مال الطفل لإمكان فرضه في مال الكبير أيضا و اما فرض عدم اشتمال العقد على المصلحه فهو و ان كان مطابقا للمسأله لعدم وجود مجيز لذلك العقد حين وقوعه الا ان هذا راجع الى اختلال شروط العقد لان المصلحه من شرائط تأثيره في مال المولّى عليه و يأتي مثله في جميع الشّروط المفقوده حال العقد و قد عرفت الحال في ذلك و الحاصل ان عدم وجود المجيز حال العقد لا يراد به ما يرجع الى عدم قابليته العقد للإجازه في حاله بل خصوص ما يرجع الى صفات المجيز فالتّمثيل بعدم المصلحه في بيع مال الصّبي ليس على ما ينبغي و كذا التّمثيل بعدم وجود المنتقل اليه او المنتقل عنه حال العقد كما لو بيع من حمل موهوم او محقق فاجاز بعد الوجود و البلوغ فإنّ قابليته التملّك أيضا من شرائط تأثير العقد و اقتضائه و نحوه كلّ ما يرجع الى ما هو من غير صفات المجيز من حيث كونه مجيزا لا من حيث كونه مالكا و كيف كان فاللّازم بيان حكم الصّور المشار اليها طابق عنوان اشتراط كون العقد له مجيزا أم لا فنقول اما العقد الفاقد للشّرائط الرّاجعيه الى نفسه فقد ظهر الحال فيه في المسأله السّابقه و كذا فقدان شروط العوضين و شروط الاجازه مع وجود ذات المجيز و اما قوله و كذا من باع ثم ملك فقد

ص: ١٧٢

اختلفوا في معناه و في حكمه ففسّر تاره بكذا لا اشكال و اخرى بكذا لا ينفدنا لمحقّق الثّاني جعله مثلا لفقدان ذات المجيز لا فقدان القابليته و الامر في ذلك بعد اتّحاد المآل سهل و أنّما الاشكال في حكم المسأله فانه مختلف الانظار و مطرح الافكار فذهب العلّامة وفاقا للمحكي عن ابي حنيفه و ابن جنيد من اصحابنا الى الفساد و هو ظاهر جواهر الكلم كما عن المحقّق الثّاني في تعليق الارشاد و ظاهره في جامع المقاصد التردّد او الميل الى الصّححه و عن الحلبي اطلاق صحّحه بيع ما ليس عنده و حملة في الدّروس على بيع الكلى الّذى ليس عنده بل عند الغير و اختار هو فيه الصّححه مع الاجازه و نسبه الفساد اليه فيه في جواهر الكلام ليس في محلّه و عن ابن متوج و الصّيمري أيضا الصّححه و هذا مبنيّ من كون مسأله من باع ثم ملك من فروع اشتراط كون العقد له مجيزا اذ المحكي عنهما عدم اشتراط ذلك و فيه تأمل مضى و يأتي فنسبه الصّححه اليهما محلّ تأمل و عن النّهاييه و الإيضاح و تعليق الارشاد التردّد ثم أنّ ظاهر بعض القائلين بالصّححه عدم التوقف على اجازة المالك كما تعرف في اخر المسأله و اختار شيخنا قدّه قول الدّروس في بعض صور المسأله و هو ما لو باع الفضول رجاء لإجازه المالك ثم اجاز بعد الانتقال اليه و رجح الفساد في غيره لظاهر الاخبار لا للقاعده كما ستعرف و استدللّ القائل بالصّححه بما حاصله عموم الادلّه القاضيه لصّحه الفضولي و عدم وضوح ما زعم دليلا على الفساد مخصّصا له و قد يستدلّ له باخبار تحليل الجنس بعد التّفقات و التصرفات حتّى انه ع اباح لابن ما ورثه من ابيه الّذى كان من عمّال بنى اميه فانه من قبيل من باع ثم ملك بل ظاهره عدم الاقتصار الى الاجازه على القول

بالصحة في هذه المسألة و أمّا القائلون بالفساد فاستدلوا عليه بطريق العقل و التّقل و الأقرب عندي هو الفساد و يدلّ عليه من طريق العقل و هو المعتمد وجوه منها ما اشار اليه في جامع المقاصد و محكّي الايضاح من استلزام الصّحة كون الملك لشخصين في زمان واحد الاصيل لان البائع الفضولي المجيز أنّما تلقى الملك منه ثم اجاز و المشتري لأنّه مقتضى الكشف من حين العقد و هو محال و منها ما اشار اليه أيضا في الكتابين و تعليق الإرشاد من أنّه يلزم من ثبوتها نفسها اذ لو كان العقد صحيحا كان مقتضى صحّته خروج الملك عن ملك المالك الى ملك المشتري و هذا يقتضى فساد الاجازة ضرورة توقّف صحّتها على بقائه في ملك الاصيل فيستقلّ بالشّراء منه الى المجيز بانّه ورد و اورد على مطلق الفضولي بناء على الكشف لأنّ صحّحه العقد بالاجازة معناها خروج الملك الى المشتري حين صدوره مع أنّ الاجازة يتوقّف على عدم الخروج ضرورة اعتبار مالكيه المجيز و عدم تأثير اجازة الاجنبي و اجيب تاره بمنع توقّفها على ملك المجيز حال الاجازة بل قبلها و اخرى بكفايه الملك الظاهري الثابت للمجيز قبل الاجازة في صحّحه الاجازة و عدم توقّفها على الملك الواقعي ورد بان الملكيه من الشّرائط الواقعيه لنفوذ الاجازة لأنّ المجيز هو المأمور بالوفاء واقعا فلو لم يكن في الواقع مالكا فكيف يتوجّه اليه الاجر بالوفاء قلت بناء على الكشف لا معنى لكون الملكيه من الشّرائط الواقعيه و الثّاني واضح فلا وقع للإيراد من اصله و لا وجه لمقايسه ما في المقام من الاشكال بالإشكال الوارد على القول بالكشف اذ المحال هنا جاء من غير الجبهه المذكوره في الكشف و ان كان نظيرها و منها ما ذكره أيضا في جامع المقاصد أيضا بعد الاستدلال على الصّحة بعموم أوّفوا و بانّ تقدّم العقد على الرّضا ان كان لا يقدر

ص: ١٧٣

تقدّمه على الملك لا يقدر حيث قال و يرد عليه ان الثّمن الثّاني ان ملكه المالك الاصيل لم يجز ان يتخلّف عن ملك المشتري المتصرف فضولا و ان لم يملكه كانت المعاوضه يعنى الثّانيه فاسده و لا سبيل الى القول به انتهى و هذا يحتمل الرجوع الى كلّ من الوجهين المذكورين و الى الوجوه الآتيه أيضا لأنّها من لوازم تمليك الفضولي للمبيع بالشّراء و منها استلزام صحّتها توقّف اجازة كلّ من المشتري الأوّل و الثّاني على اجازة الاخر لأنّ مقتضى الكشف كون المبيع ملكا للمشتري فلا بدّ من اجازته للبيع الثّاني حيث تعلّق واقعا بملكه مع أنّ تملكه للمبيع يتوقّف على اجازة الثّاني فيتوقّف اجازة كلّ منهما على الاخر و هذا من العجائب مضافا الى كونه مبيتا على اعتبار اجازة المشتري الأوّل الّذى ليس فضوليا على أنّه دور مستحيل لان صحّحه العقد الأوّل موقوفه على اجازة الفضولي و اجازته موقوفه على صحّحه العقد و منها استلزامها خروج المبيع عن ملك مالكة الاصيل بلا عوض و دخوله في ملك المشتري الأوّل كك لأنّ مقتضى الكشف كون مالكة واقعا هو المشتري الأوّل فيرجع اليه الثّمن الثّاني فان كان بقدر الثّمن الأوّل فقد تملك المبيع بلا عوض و مع الزّيادة ان كان ازيد منه و باقل من المسمّى الأوّل ان كان انقص و هذا أيضا غريب بل مستحيل خارج عن قاعده المعاوضه و منها أنّ مقتضى الكشف خروج المبيع عن ملك العاقد الفضولي قبل دخوله في ملكه حيث دخل فيه بالشّراء المتأخّر عن العقد و هذه تنفيذ ما اوردوه في المقام من الاشكالات العقليه و اجاب عنها باسرها شيخنا قدّه في كتابه بأنّها مبيتة على الكشف من حين العقد و هو باطل على القول بالكشف و لا يقولون به لأنّ مقتضاه تأثير اجازة المالك في العقد في زمان ممكن و هو زمان ملكه لا قبله و دعوى أنّه لا بدّ ان تكون كاشفه عن خروج المال عن ملك المجيز من حين العقد غير ثابتة شرعا و لا عقلا بل مقتضى سببته العقد للنقل المستفاده من العمومات و اشتراط رضاء المالك سابقا اولّا- حقا تأثيره في التّقل من زمان ملكه لا- فيما قبله هذا تخلص ما افاده في المقام ورد عليه أنّ مقتضى العمومات و مقتضى شرطيه الرّضا تأثيره في التّقل من حيث الاجازة فتكون ناقله كما ستعرف إن شاء الله لكن ادلّه القول بالكشف قضت

بالتأثير من حين العقد فالكشف من حين الملك المتأخر عن زمان العقد لا يقتضيه العمومات و لا الأدلة القائمة على تصحيح القول بالكشف فيكون باطلا- عطلا- غير منطبق على شىء من القواعد و أمّا أنّ أصل الكشف لا يقولون به فهو حقّ و أمّا أنّهم يقولون به من زمان الامكان فلا هو يبين و لا مبين بل مقتضى عمده ما اعتمده في اثبات الكشف هو الكشف عن زمان العقد حيث قالوا ان الاجازه رضاء بمضمون العقد فلا بدّ من حصول النقل من حينه لأنّ هذا هو مضمونه و أمّا حصول النقل من حين الاجازه فليس هو ممّا اقتضاه العقد حتّى يتعلّق به الرضا و هذا لا- يأتي في المقام فيدلّ على عدم قولهم بالكشف من زمان الكشف فالنقل الرضا بمضمون العقد لا ينافى تاخر حصول النقل من العقد بحكم الشرع اذا كان بعض شروط العقد غير الرضا متأخرا عنه في الوجود كالقبض في الصيرف و السلم و الهبه و الوقف و نحوها فمرادهم من كشف الاجازه عن تاثير العقد تاثيره مع استكمال ساير الشروط او تاثيره الثانى الغير المنافى لعدم الفعليه من فقدان شرط اخر و لا خفاء في أنّ الملكيه شرط اخر غير الرضا فيكون حالها كحال القبض في أنّ

ص: ١٧٤

النقل يحصل عنده لا قبلها قلت ان اردت بالملكه ملكيه المجيز للمبيع فليست شرطا اتفاقا لأنّ المجيز قد يكون و كيلا او وليا او ذى حق اخر غير ذلك و ان اردت بها ولايه المجيز على العقد و سلطنه عليه فهى و إن كانت شرطا حين الاجازه لكنها غير شرط حين العقد على التحقيق كما عرفت في المسأله السابقه و هذا معنى قول المحقق الثانى فى المقام اذا كان تقديم العقد على الرضا لا يقتضى تقدمه على الملك أيضا لا يقدر اراد بالملك سلطان المجيز على العقد لا ملكيه العوضين و من هنا لم يحسن جعل هذه المسأله من فروع اشتراط كون العقد له مجيزا و تعين تفسير قول العلّامه و كذا بالتفسير الثانى المتقدم اى و كذا لا ينفذ كما مرّ و الحاصل ان قياس مالكيه المجيز بالقبض غير صحيح فبطل ما سنح لبعض اهل الدقه من فقهاء العصر انتصارا للجواب المذكور عن الاشكالات العقلية المذكوره و كذا قياسه بالرضاء كما فى مع صد اراد بها مالكيته للمبيع و ان اراد سلطنته على العقد فهو فى محلّه لكن يرد عليه ان هنا شرطا اخر لا بد منه فى صحته شرط اخر للعقد و هو كون المنتقل اليه بالاجاره قابلا للتملك حال العقد فلو كان غير قابل له حين العقد كالمعدوم فسد أيضا و لم يؤثر شيئا لو ان وجدنا جاز و هذا شرط اخر غير وجود المجيز و غير كونه قابلا للإجازه جاء من العقل لا من الشرع فإن قلت لا دليل على اعتبار هذا الشرط فانه ليس من الشروط المقرره للمبيع بل مقتضى عموم سببته العقد عدمه قلت اى دليل اقوى من المحاذير العقلية و رفعها بالتزام تاثير العقد عند الامكان يحتاج الى دليل مفقود بخلاف من تاخر تاثيره على حصول شرط شرعى كالقبض فان دليل اعتباره فاض بتاثيره بعد وجوده توضيح ذلك ان العقد الجامع للشرائط الشرعيه لا يعقل تاخر تاثيره عن وجوده كما لا يعقل تاخر المعلول عن العله فاذا انحصر الامر فى تصحيح عقد على الالتزام بذلك من دون خلل فيه من حيث الشروط المقرره له شرعا لم يعقل الحكم بصحة اذ لو حكم بصحة ترتب عليه النقل و الانتقال من عينه و المفروض انه محال عقلا- فيكون خارجا عن تحت الأدله و تاثيره فى بعض الازمنه المتأخره إن كان نقصان فيه من حيث الشروط و الموانع الشرعيه نهض العمومات بالصّحه و أمّا إن كان ككك لذلك بل لأجل عدم امكان التأثير فلا ينفذ لعدم الدليل على صحته بعد خروجه عن تحت الأدله الموجوده عقلا من العمومات بالصّحه هذا كله بناء على الكشف الحقيقى و أمّا بناء على النقل فلا يرد شىء من الاشكالات العقلية كما لا يخفى و كذا بناء على الكشف الحكمى فانه يحكم النقل فى المنسودحه عنها كما يظهر بالتأمل و أمّا الدليل النقلى فمن وجوه أيضا احدها ان قدره المالك على التسليم شرط و لو لم يشترط قدره العاقد الفضولى و المالك الاصيل هنا غير قادر عليه لخروج المال عن ملكه بعد العقد و ردّ

بان المدار على قدره المميز لأنه المأمور بالوفاء و هي حاصله حين الاجازة و فيه ان حصولها عندها لا يجدى بل لا بد عن حصولها حال العقد ليكون واجدا للشرط و المميز غير قادر عليها حاله اللهم الا ان يمنع اعتبارها عند العقد كما مر في ادله الفضولي لأنها عن الشروط التي يكفى وجودها حين تعلق الامر بالوفاء و قد يجاب أيضا بمنع عدم وجودها عند العقد لان قدره المالك مستمره الى زمان الاجازة و بعدها يقوم قدره المميز مقامه هذا مبني على النقل او الكشف الحكمي اذ الاكتفاء بالقدره الظاهر الغير المنكشف خلافها و ثانيها ان بيع المالك بمنزله الرد للعقد الاول اذ لا يعتبر فيه اللفظ كالفسخ في زمان الخيار

ص: ١٧٥

و الرجوع في الهبة و نحو ذلك من العقود الجائزه فان تصرف من له الخيار و الواهب في الموهوب بالتصرف الناقل كالبيع فسخ و رجوع فكذا تصرف المالك في المبيع بالمبيع فيكون ردًا بل هو اولى و رد بان التصرف ليس رجوعا في نفسه و انما يفيد فائده الرجوع لكونه سببا لخروج العقد عن قابليه الاجازة كما لو اعتق او وقف او تزوج فانه يفيد فائده الرد لامتناع لحق الاجازة للعقد بعد ذلك و امّا لو باع من الفضولي فغايت ما يترتب عليه خروجه عن قابليه الاجازة في حق نفسه و اما في حق الفضولي المذموم انتقل المال اليه فلا و تصرف من له الخيار او الواهب بالمبيع انما يكون فسخا و رجوعا من طريق قاعده دلاله الاقتضاء حيث يتوقف صحه التصرف على الرجوع و هنا لا يتوقف صحه التصرف على الرجوع و هنا لا يتوقف البيع من الفضولي على الرد فلا وجه لدلالته بنفسه عليه نعم لو كان المالك عالما بوقوع العقد فضوله على ماله و ملتفتا اليه حين البيع لم يبعد دلالته على الرد لكنه خارج عن البحث المتنازع فيه و هو كون المبيع سببا لبطلان العقد و اجيب بان البيع الثاني مفاد للبيع الاول و مريد الشىء كاره لأضداده جدا و لا يعتبر في الرد سوى الكراهه المقرونه بالكاشف كالاجازة فنفس البيع رد من غير علم و التفات و هذا هو السر في كون التصرف من له الخيار و الواهب فسخا و رجوعا و الا توقف صحه التصرف عليها لا يقتضى بالرجوع السابق مقدمه للصحة لا مكان منع ذى المقدمه اعنى الصّحة و فيه منع واضح اذ ربما يكون المالك ارضى بالبيع الاول و اراده احد الضدين لا تنفك من كراهه الاخر اذا كان ملتفتا الى التضادّ و امكان الضدّ الاخر اما مع الجهل فلا لاحتمال كون الاراده ح اراده تعليقه مشروط بعدم امكان الضدّ الاخر او عدم وجوده و اما كون تصرف من له الخيار و الواهب فسخا او رجوعا نهى من جهه ظهور الحال و اتصاله حمل الفعل على الصّحة الكاشفه عن الرجوع قبل البيع لا لاستلزام اراده الشىء كراهه ضده و لذا لو عرض مانع قهري من البيع بعد ارادته لم يكن فسخا او رجوعا و كذا لو ظهر فساد و منها الاخبار المانعه عن بيع ما ليس عندك او مالا يملك و قد مضت في اول المسأله ترجمتها فانها صريحه الدلاله على عدم وقوع البائع الفضولي المشتري من الاصيل و انما منفيها دلالته على لغويه الصيغه في حق الاصيل حق لا ينفعه الاجازة و المقصود هنا اثبات الفساد في حق العاقد الفضولي بعد الشراء و الاجازة و هي باطلاقها ناهضه بذلك و منع الاطلاق لا وجه له خصوصا مع ملاحظه قضيه حكيم بن حزام الذى قال له النبى ص لا بيع ما ليس عندك لأنها متضمنه على انه اراد ان يبيع ما عند غيره قبل الشراء ثم يمضى و يشتري و يسلمه الى المشتري فان من هذا شأنه مجيز للبيع بعد الشراء دائما او غالبا لأننا لا نعنى بالاجازة سوى طيب النفس بمضمون العقد المقرون بشىء من الكواشف قولاً او فعلاً كما مر فممنع الاطلاق بالنسبه الى البائع الفضولي بعد الشراء و انها لا تدل على لغويه الصيغه في حقه بعد الاجازة كما لا يدل عليها في حق الاصيل ليس على ما ينبغي و بمضمون قضيه حكيم بن حزام وردت كثير من الاخبار و الروايات كلها ناطقه بمنع البيع قبل الشراء و قد يناقش فيها أيضا بان منها ما ورد في منع بيع الكلى الذى ليس عند البائع حالا مع ان جوازه اجماعى و هذا يكشف عن كون النهى عن بيع ما ليس عندك و مالا يملك سراها سوى تعلق بالغير

بالعين المذمومة ليس عنده كما هو مورد طائفه من هذه الاخبار او تعلق بالذمه كما هو مورد اخرى او عن ورودها مورد لان المنع عن بيع الكلي المذموم ليس عند البائع محكي عن جماعه من العامه و يضعف بان شرط الحمل على التقيته في غير المتعارضين مخالفه الروايه للمذهب لا موافقه للعامه و الظاهر على ما نقله في محكي التذكرة عدم الخلاف بين الخاصه و العامه في فساد بيع العين المذمومة ليس عنده و مجرد موافقه العامه لا- تكفي في التقيته كما لا- تكفي مخالفه المذهب في مسأله اخرى مغايره لها فالاحتمال ان اعنى الحمل على التقيته او الكراهه لا يسريان الى ما ورد منها في العين نعم يمكن الخدشه فيها بان النهي في نفسه لا يدل في المعاملات على الفساد و كذا ثبوت الباس المدلول عليه بالاخبار الخاصه و انما يدل عليه من جهة الارشاد حسب ما يقتضيه حال المعامله و هذا انما يستقيم لو لم يكن في مورد النهي ارشاد اخر انسب من الفساد المطلق و الا صار مجملا و لا ريب ان بيع ما عند غير البائع على النحو المتعارف بين الناس في التجارات المنزل عليه الروايات و هو ما اقترن بترتيب الاثر تسليما و تسليما و غيرهما ليس مصلحه للعامه و لو قلنا بصحته بعد الشراء مع الاجازه او بدونها لفساده و عدم ترتيب الاثر المقصود عليه بل لحرمة و مخالفته للمشروع يحتمل ان يكون النهي هنا و كذا الباس في روايات الخاصه للتحريم او للإرشاد الى ذلك و ح لا يدل على عدم قابليته للإجازة على تقدير ارتكاب خلاف المصلحه و تحقق الشراء فيرجع فيه الى ما يقتضيه القواعد كما يرجع اليها فيما هو خارج عن منصرف الروايات من الفروض فانها مختصه بما لو باع لنفسه فلو باع للمالك رجاء الاجازه ثم اتفق انتقال المال اليه بشراء او ارث او نحوهما فاجاز او باع لثالث جهلا او تجاهلا رجاء لإجازته ثم اتفق تملكه للبيع بعد ذلك كان هذا و نظائره كلها خارجه عن تحتها فيرجع فيها الى القاعدة فغايه ما تدل عليه الاخبار الخاصه فساد قسم خاص من اقسام المسأله و هو ما لو باع نفسه و هذا لا ينفع لأن الكلام في كون انتقال المال الى الفضولي سببا مستقلا للفساد و قصد البائع لنفسه سبب اخر مختلف فيه حسبما تقدم الكلام فيه مفصلا خلافا لما استظهره شيخنا قدّه فيما لو باع لثالث و جاء لإجازته من الدخول تحت المسأله المتنازع فيها استدلال عليها بالروايات و لو باع رجاء لانتقال المال الى نفسه قاصد التنجيز البيع بمجرد الانتقال فعن الدروس فساده لدخوله في بيع ما ليس عنده المنهية عنه و مقتضاه الفساد فيما حملناه عليه الروايات أيضا و ان لم يصرح به فعنده يفسد صورتان من صور المسأله تعديدا بالنهي عن بيع ما ليس عنده أحدهما ما لو باع لنفسه ملتزما بلوازم البيع قبل الانتقال اليه و هي التي نزلنا عليه الروايات المذكوره و ثانيهما ما لو اراد لزوم البيع بمجرد الانتقال اليه لكن الظاهر ارادته الفساد لو لم يجز فلو اجاز صح عنده مط حتى في الصورتين كما يقتضيه اطلاق حكمه بالصحة مع الإجازة قبل ذلك و هذا هو الأصح لو اعتمدنا في مسأله من باع ثم ملك على الروايات خلافا للمحكي عن فخر الدين في الإيضاح حيث قال بالصحة بمجرد الانتقال اليه من دون اجازة بناء على صحه الفضولي و ثاني الشهيدين في المحكي عن ظاهر هبه المسالك و ربما يرجع ما عن الشيخ في الزكاه انه لو باع المال الزكوي او رهنه ثم اغترم حصه الفقراء صح البيع و الرهن فان بيع الزكوي ثم الاغترام من مسأله من باع ثم ملك نظرا الى ولايه المالك على ابدال الزكاه المقتضى لدخول سهم الفقراء في ملكه فحكم بالصحة من دون

اجازة اللهم الا ان ينزل اطلاقه على الغالب من انسحاب الرضا بضمون البيع او الرهن الى زمان التملك و يدعى كفايه ذلك في الاجازة كما قلنا و ليس ببعيد و كيف كان فالصواب ما ذكرنا لو فرض عدم رضائه بضمون العقد سابقا او عروض البداء له في ذلك حال الانتقال كما لو باع الوارث مال مورثه تورثه قبل الاجازة لعدم الدليل على الصحة ح سوى عموم أو فوا بناء على توجه

الامر الى البائع فى كل ان فيجب عليه الامتثال عند الامكان و فيه منع توجهه الى البائع بل انما يتوجه الى المالك مع الرضا بمضمون العقد كما عرفت توضيحه فى ادله الفضولى و المفروض عدم كونه راضيا به فى زمان الملك و رضائه فى زمان العقد لو فرض لا يجدى لانه كرضاء الاجنبى الذى لا يتوجه اليه الامر بالوفاء لعدم الفرق بين الفضولى و الاجنبى الا فى مباشره الصيغه و هى غير مجديه و ربما اجيب بان المقام من باب تعارض الاستصحاب و العموم و تقديم الاستصحاب و الصواب ما ذكرنا لان عموم اوفوا لا- يشمل قطعا من لم يطب نفسه بنقل ماله فى شىء من الازمنه فكيف يكون المقام من الباب المذكور و مثله فى الضعف جواب اخر عنه أيضا و هو تعارضه مع ان الناس مساطون لان الآيه التراضى هى المخصيه لعموم اوفوا من غير حاجه الى حديث السلطنه بل ربما يتأمل فى دلالتها على اشتراط الرضا كما لا يخفى

فروع

اشاره

يناسب المقام التنبيه عليها

الاول لو كان باع مال الطفل عاميا عند العقد

ثم صار فقيها عند الاجازه ففى نفوذ الاجازه ح أيضا ما مر من الكلام و قال بعض الاعاظم قده انه لا اشكال فى الصيغه هنا لان الولايه ثابتة لعنوان الفقيه فاجازته بمنزله اجازته من كان فقيها عند العقد و لذا لو اجاز فقيه اخر لم يكن فقيها عند العقد او وكيل عن المالك لم يكن و كيلا عند العقد لأن سلطنه الوكيل عين سلطنه الموكل فاجازته بمنزله اجازته المالك قلت اما اجازته الوكيل الحادث ففى الفرق بينها و بين اجازته الصبى بعد البلوغ المختلف فيها كما مر ففيه نظر

الثانى لو باع الزاهن ثم فك الزهن

فقد اختلف فى صحه البيع من الجمود على ظاهر النهى عن التصرف القاضى بالفساد و من زوال المانع و هو حق المرتهن مع وجود المقتضى فلا وجه للبطلان منجزا و هذا أيضا داخل تحت عموم عنوان من باع ثم ملك بناء على ما استظهرنا سابقا من ان المراد بالملك هو السلطنه على العقد لا- ملكك العوضين لكن ادله البطلان هناك لا- يأتى شىء منها فى المسأله فلا وجه للاشكال هنا من هذه الجهه بل من الجهه التى اشرنا اليها و لا يخلو الصحه عن القوه

الثالث لو باع مال ابيه بظن الحيوه فبان ميتا

ففى صحه البيع ح منجزا او مراعى بالاجازه و عدمها وجوه اشهرها حكاية و امكنها دليلا اولها لوجود المقتضى و عدم المانع بعد ما تعرف من ضعف سند المنع لكنه اذا قصد البيع لنفسه كالغاصب فلو قصده عن ابيه فضوله فالأصح اوسطها مراعاة لشرط طيب

النفس الذى يتوقف عليه تنجيز العقد وفاقا للمحقق و الشهيد الثانين فى هبه المسالك خلافا لإطلاق القائلين بالصحة منهم المص فى باب الهبه و العلماه حتى عزى الى هبه ارشاده و قواعد ظهور دعوى الاجماع فان اراد الصّحّه بدون الاجازة مط حتى مع قصد الفضوليه كما استظهر من القواعد و النهايه و غيره و صريح المصنّف فيه ما عرفت من منافاته شرط طيب النفس المفقود فى الصّوره المفروضه اذ لا ملازمه بين إنشاء النّقل و طيب النفس كما فى المكره و ما قيل ان مباشرة المالك تغنى عن الاجازة لأنه ان

ص: ١٧٨

قصد الى نقل ماله فهو اولى من الاذن الذى هو اولى من الاجازة و ان قصد فسد العقد و لا ينفعه الاجازة فيه منع المساواه فضلا عن الاولويه لأنّ طيب النفس يحصل بالاذن و لا يحصل بقصد النّقل بعد عدم الملازمه بينهما و ان ارادها مع الاجازة فهو حسن كما ان اشتراط الاجازة فى الصّوره الاولى اعنى ما لو قصد عن نفسه كالغاصب أيضا لا وجه له ضروره معارضه الرضا و الطيب للعقد ح فإطلاق شرطيتها أيضا ليس فى محلّه و اولى منه فى الضّعف و الفساد اجرها المغرى الى محتمل النهايه و الايضاح و القواعد لوجوه ثلاثه احدها أنه انما قصد النّقل عن ابيه لا عن نفسه فلا يقع له ثانيها أنه فى المعنى و التقدير بمنزله ان يقول ان مات مورثى فقد بعتهك فىكون باطلا للتعليق ثالثها أنه كالعابث العادم للقصد للبيع حقيقه فى ظنّه لحياه ابيه و كون المبيع مالا له قلت و ضعفت الكلّ واضح لأنّ تعيين النّقل منه بل المنتقل اليه ليس بلازم فى صحّه البيع و لا هو من مقوماته التى لها دخل فى الصّحّه فلا عبره مع اليقين بمطابقتها للواقع او مخالفه له كما مرّ توضيحه و دليله فى بعض اقسام الفضولى اعنى البيع الغاصب فبطل الوجه الاول مع أنه لو تمّ فأنما يدل على الفساد فى الصّوره الاولى خاصّه فلا يصلح دليلا للبطلان مطلقا كما احتملوه و اما الوجهان الاخيران فهما اوضح سقوطا لما فيهما بعد المنع الواضح النقض بمطلق الفضولى كما لا يخفى مع أنّهما لو تما فأنما يقتضيان الفساد فى الصّوره الثانيه خاصّه عكس الاولى فهذه الوجوه مضافا الى فساد انفسها من وجوه متدافعات يدفع بعضها بعضا لأنّ مقتضى الاولين أنه ليس قاصدا للأصل النّقل و مقتضى الاخر عدمه و يمكن اصلاحها عن محذورى الاخصيه عن المدعى و التدافع بحملها على التوسع على صوره المدعى و الترتيب فى الاستدلال مماشا فيدعى اولا عدم القصد و مع التنزّل يستدلّ على الصّوره الاولى بالوجه الثانى و على الصّوره الثانيه بالوجه الاول فالأصحّ الصّحّه عليه الكلّ او الجمل بل فى كتاب الاستاد قدّه ان القول بالفساد غير معلوم الا من محتملات الكتب المذكوره كما انّ الأصحّ التوقف على اجازة الوارث بعد العلم لما ذكرنا من انتفاء طيب النفس لا لما عوّل عليه المحقق الثانى فى تعليقه على هبه الكتاب و صاحب المسالك من ان العقود تابعه للمقصود فانّ قصد اصل البيع كاف فى الصّحّه و اللزوم و اما قصد كون البيع له او لغيره او قصد كونه جائزا موقوفا او لازما غير موقوف كما صرح به فى المسالك فغير معتبر صحّه و فسادا و يمكن ارجاع دليلهما الى ما ذكرنا بسهولة كما لا يخفى و ربما احتمل فى المسأله وجه رابع و هو الصّحّه منجزه مع ثبوت الخيار للوارث بعد الاطلاع و هو ضعيف احتمالا و محتملا اذ لم اجده الا فى كتاب بعض مشايخنا معترفا بأنه لم يجد به مصرّحا و لا وجه له أيضا اذ لا ضرر هنا حتى يقتضى الخيار الا عدم طيب نفس المالك و هو لا يقتضى الا الفساد فهذا اما فاسد او موقوف على الاجازة بقى شىء و هو انّ صاحب المسالك مع استقرايه الصّحّه فى المسأله قال أنه لو اوصى لعبده الذى كان اعتقه بزعمه سابقا بطلت الوصيه و لا يخلو عن التدافع و استند فى الفرق بما حاصله انّ من باع مال غيره فأنه قاصد الى بيع صحيح شرعى جائز من طرف المالك لازم من طرف المشتري بخلاف الوصيه بالعق فانها يجعل الظاهر باطله فلم يتحقق منه القصد الى وصيه شرعيه اصلا لعدم علمه بالفساد فالقول هنا يتوقفها على تجديد

لفظ يدل على امضاءها متعين قلت يرد عليه ان العلم بالفساد لا ينافي قصد النقل عرفا

ص: ١٧٩

كما في بيع الخمر و الخنزير و نحوه من البيوع المعلومه الفساد عند البائع فلا- وجه للفرق بين المسألتين وفاقا للمص و المحقق الثاني بل وفاقا له أيضا حيث امتنع بلفظ جديد يدل على امضاء الوصيّه فانا أيضا لا نقول لا به لأن الاجازة التي اعتبرناها لا بد فيها أيضا من ذلك فالنزاع بيننا كاد ان يكون لفظيا و لو باع الواهب الموهوب بالهبة الفاسده واقعا فالحال ما عرفت في المسأله وفاقا للمص و العلامه و المحقق و الشهيد الثانيين خلافا للمحكي عن الدروس حيث فرق بينهما بالصحة في بيع المال الموروث و الفساد في بيع الموهوب و يرد عليه ما في المسالك من ان القصد الى اصل البيع الاعم من الجائر و اللّازم موجود في المسألتين و القصد الى خصوص اللّازم الغير الموقوف على الاجازة يتوقف على العلم بالحال المفقود في المقامين فالفرق تحكم الا ان ينزل الفساد في الثاني على عدم اللّزوم فلا ينافي قوله بالصّحّه في الاولى و لو قال غاصب عند لمولاه هذا عبدى اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فالحكم فيه أيضا يعرف ممّا قلنا من الفساد وفاقا للمحكي عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع المقاصد لأنه لم يقصد عتق عبده بعنوان أنه عبده و ان قصد عتق ذات عبده لكنه لا ينفع هنا و ان نفع في البيع باعتبار لحوق الاجازة كما عرفت اذ العتق لا- يقبل التعليق كذا علّوه و هذا مبنى على عدم قبول الايقاعات مطلقا او خصوص العتق منها للإيقان و قد عرفت الحال فيها سابقا عند التعرض لموارد جريان الفضولى و قد عرفت أيضا ان عتق الرّاهن العبد بدون اذن المرتهن صحيح موقوف على الفك عند كثير و اكثر و لو قيل هنا أيضا بالصّحّه مع الاجازة لم يكن بعيدا و تحصيل جميع المسائل المشار اليها هو ان قصد العناوين له مدخلية في الحكم الوضعى و التّكليفى فان تعلق شىء بعنوان غير ما هو عليه في الواقع لم يفد في حصوله فان كان قصد اللفظ و المعنى سببا و الرضا شرطا كفى الرضا اللّاحق بعد العلم بالحال و الا فلا و الى هذا اشار ما نقلنا عن المحقق من ان العقود تابعه للقصد و من هذا الباب ما ذكره من ان اذن الجاهل بالعنوان الواقعى فى التصرف ليس مبيحا فى حقّ العالم فلو اذن فى اكل طعام اعتقد أنه لغيره لم يجز لمن يعتقد أنه للإذن اكله و كذا لو اذن فى دخول دار باعتقاد صداقه الدّاخل لم يجز له الدّخول اذا كان عدو اولا الصّلاه فيه بناء على عدم جواز اجتماع الامر و التّهى و من هذا الباب ما لو اعتق عبدا عن غيره باعتقاد أنه للغير و كان عبده واقعا او طلق زوجه زيد باعتقاد أنّها زوجته و كانت فى الواقع زوجته فلا يصحّ العتق و لا الطلاق لتوقفهما على الرضا المتوقف على علمه بحقيقته الحال و ربما يتخيل ان من هذا الباب ما لو باع باعتقاد كونه فضوليا و هو فى الواقع وكيل عن المالك فتوقف نفوذه على اجازة البائع الوكيل بعد الاطلاع لأنه انما قصد البيع بعنوان كون المبيع خارجا عن ولايته فلا بد من لحوق الاجازة بعد الاطلاع على كونه وكيلا- و اليه ينظر ما عن القاضى حيث حكم ببطلان معاملات العبد الماذون فى التّجاره واقعا مع جهله بالاذن و اكتفى فى علمه به باخبار الوليّ من يعامله بأنه مأذون فى التّجاره و ان لم يطّلع هو عليه قال فان عامل ح جماعه اخر غير الذى اخبره صحّ و جرى الاخبار المذكور مجرى الاذن الطّاهر انتهى ملخصا و هذا بظاهره لا ينطبق على شىء من القواعد و حقيق فى حقتها اورده العلامه فى يحكى المختلف بعد الحكم بصحة معامله الماذون واقعا و ان لم يعلم بانّ اعلام المولى بعض المعاملين غير مؤثّر هذا و لو باع ولى الطّفل مثلا ماله لنفسه بزعم ان المبيع من ماله ففى دخوله تحت القاعده

ص: ١٨٠

اشكال من كونه جاهلا- لعنوان المبيع فيكون مثل ما لو باع مال نفسه لغيره عكس المسأله فى فقدان طيب النفس فيتوقف على

الاجازة و من ان قصد النفس غير مضر في بيع مال الغير كما مرّ فيصحّ من غير توقّف عليها و يحتمل التفصيل بين ما لو كان الولي راضيا بالبيع المذكور على تقدير علمه بكونه وليا و غيره فيصحّ على الاول لصدور العقد من اهله مع اقترانه بالرضاء فعلا و لو بعنوان اخر او تقديرا بناء على كفايه الرضا التقديري كما عرفت سابقا في تصحيح عقد الفضولي و بين ما لو كان غير راض فيتوقّف على الاجازة بعد الاطلاع و هذا هو الأصحّ و ما قيل في توقّفه على الاجازة من غير ان يقيد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه الماذون فيكون فضوليا محتاجا الى الاجازة ففيه اولا منع عدم الاذن مع كون المبيع مصلحه المولى عليه و اى فرق بينه و بين ما لو باع مال اجنبي بزعمه لنفسه و كان واقعا ماله و لا اظنّ احدا يقول بالاحتياج الى الاجازة بعد الاطلاع و لذا قال بالصّحّ هنا من لم يقل به في المسأله السابقه اعنى بيع الوارث و ثانيا ان النهى الناشى عن عدم الاذن لا يوجب فساد اولا تزلزلا في العقد حتى يتوقّف على اجازة نفسه ثانيا بل هو من قبيل النهى العارضى الناشى من امر خارج من المعامله و لعلّه لأحد الوجهين امر القائل بالتأمّل وفقنا الله للتأمّل و التعقل و التفكّر في الامور كلّها

المقصد الثالث في احكامها و فيه مسائل

الاولى الاجازة كاشفه عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد

اشاره

على الأشهر المحكى عن الأ-كثر و قيل بانها ناقله كما عن محكى كشف الرّموز و الايضاح و نكاح كشف اللثام و قواه فى محكى مجمع البرهان و فى القواعد الاشكال و التردّد حيث قال فى وقت الانتقال اشكال و كذا المحقّق الثّانى فى محكى حاشيه الإرشاد و ظاهر الرّوضه أيضا التردّد

[فى أدله القائلين بالكشف]

اشاره

و للأوّل وجوه

الاول ما عن جامع المقاصد و الرّوضه من انّ العقد سبب تامّ فى الملك

لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فى الفضولى أنّما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تامّا موجب لترتب المالك عليه و الّا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد وحده سببا تامّا بل هو مع شىء اخر ورد بان العقد ليس سببا تامّا بل مشروط برضاء المالك و الإجازة لا- يكشف عن الرضا السابق خصوصا مع العلم بكراهه المالك او تردده قلت و يمكن توجيه الدليل بما لا- يرد عليه إلا-يراد المذكور و يأتى الاشاره اليه فى ذكر الوجه المختار

الثانى من ان الاجازه انما تتعلق بمضمون العقد

و ليس هو اّ حصول النّقل و الانتقال من حينه و اجيب اولاً بان مضمون العقد ليس هو حصول النّقل من حينه بل هو نفس النقل مجرداً عن الزّمان و أنّما الزّمان من ضروريات إنشائه و لذا يؤثّر الفسخ فى انحلال العقد من حينه لا من حين العقد فكذا الاجازه الّتى تقابله لا- تنفيذ سوى الرّضا باصل النّقل مع قطع النّظر عن زمان دون زمان فحالها كحال القبول فكما أنّه لا يقتضى حصول النّقل من حين الايجاب فكذا الاجازه لا يقتضيه من حين العقد و دعوى ان الشّارع لم يجعل الإيجاب سبباً و أنّما جعل العقد سبباً و هو لا- يتمّ اّما بالقبول فيتوقّف على حصوله مدفوعه و معارضه بمثله امّياً الاوّل فلان تماميه العقد بالقبول و توقّف النقل على تحقق العقد لا ينافى حصول النّقل من حين الايجاب عند الاستكمال اذا كان مضمون الايجاب حصول النّقل فى زمانه مقيّداً به بل اللّازم من ضمّ القبول ح حصول مضمون الإيجاب لا مطلق النّقل و لا النّقل المقيّد بزمان

ص: ١٨١

القبول و اّلا لكان العقد سبباً لغير ما أنشأه الموجب و ارتضاه القابل و اما الثّانى فلان الشّارع كما لم يجعل الايجاب وحده سبباً بل جعله مشروطاً بالرّضاء فكّل من القبول و الرّضا جزء العله للنقل شرعاً و ان اختلفا فى كيفيه الجزئيه من حيث كون احدهما جزءاً للمقتضى و الاخر شرطاً للاقتضاء فان صحّ لك القول بان حصول النّقل يتوقّف على استكمال المقتضى جزءاً و لو كان الحاصل مخالفاً لمقتضاه صحّ لنا القول بالتوقف على استكماله و جل الشّبهه و رفع المغالطه بعد المساعدة على كون مضمون العقد حصول النقل مقيّداً بزمان العقد هو ان العقد و ان كان إنشاءً للنّقل من زمانه اّلا أنّ مقتضى تاخر الشّروط و القبض فى الصّيرف فى عدم امضاءه الشّارع اّلا عند تحقق الشّروط الشرعى و ثانياً بأن مقتضى محصل هذا الوجه كون الاجازه سبباً لصيروره العقد مؤثراً من حينه على خلاف قاعده لحوق الشّروط بالمقتضى و بالاسباب و هذا و ان كان امراً معقولاً على بعض الوجوه قابلاً- لجعل الشّارع لكن يحتاج الى دليل مفقود لأنّ غايه ما ثبت من الادله عدم اعتبار مقارنه الرّضا و كفايه وجوده لاحقاً كالقبض فى ما يشترط به و اين هذا من كونها سبباً لحدوث اثر العقد بعدها من حينه على خلاف ما يقتضيه الشرطيه و سبباً لانقلاب شرطيتها الى سببيه المستقلّه اذ لا فرق بين كونها بنفسها سبباً للنّقل و الانتقال او سبباً لصيروره لا سبباً و لو قيل أنّ هذا قضيه الجمع بين القاعده العقليه القاضيه بعدم تقدّم المعلول على العله و بين ما هو ظاهر جمله من الاخبار اعنى الكشف قلنا ان هذا ان كان على الكشف الحقيقى فهو غير معقول لأنّ المعدوم كيف يصير سبباً فهو فرار عن محذور عقلى مثله بل اوضح استحاله و ان كان على الكشف الحكمى فهو وجه اخر يأتى بيانه إن شاء الله على كلام هنا فى تصحيح الكشف الحقيقى الّذى يقولون به

و الثالث ما عن الإيضاح من أنّها لو لم يكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود

لان العقد حال الاجازه غير موجود و فيه بعد النّقص بالقبض و القبولى و نحوهما من الاجزاء او الشّروط المترتبه فى العلل المركبه التّدرجيّه كما لا يخفى ان وضع الاسباب الشرعيّه كك فانّ الاثر أنّما يترتب عليها عند وجود الجزء الاخير مع انعدام الجزء الاوّل فأمّا ان نلتم بأنّها معرّفات عن الأسباب الواقعيّه كما هو المعروف او يلتزم بان الاجزاء و الشّروط السابقه كلّها معدّات

واقعيه لتأثير الجزء او الشرط الاخير و ان كانت السببيه في ظاهر ادلتها قائمه بالمجموع او بالمشروط

و الرابع ما قال بعض مشايخنا في جواهر الكلام من ان العلل الشرعيه ليست كالعلل العقليه

في استحصاله تاخر العله عن المعلول او تاخر الشرط من الشروط بل هي مدار جعل الشارع فقد يجعل المعلول قبل العله كما جعل استحباب الغسل قبل الجمعه و وجوب الزكاه المائيه بل البدنيه على القول به قبل وقتها و قد يجعل المشروط قبل الشرط كما جعل غسل الفجر لصوم المستحاضه و غسل العشاءين لصوم اليوم الماضي مع تقدمهما عليهما و هكذا الى ساير المواضع التي منها اشتراط صحه الآجال كلها ببقاء مشروطها الشرعيه و العقليه الى اخرها و منها تأثير العدول في اثناء الصلاه في صيروره الاجزاء السابقه من المعدول اليه و منها ارث الحمل بشرط انفصاله حيا و منها انتقال المال عند موت الموصى بشرط قبول الوصي و اجيب عنه بأنه لا فرق بين العلل العقليه و الشرعيه في المقام اذ الاستحاله عقليه و ان كانت العله او الشرط شرعيتين كوجوب المقدمه

ص: ١٨٢

و ان كانت شرعيه و تكثر الامثله لا يسوغ المحذور العقلي و ان هذا الاكتجوز اجتماع النقيضين اذا كانا شرعيتين فلا بد فيه من تمحيل يندفع به المحذور كما تقرر في محله قلت كان القائل اراد ان العلل الشرعيه معرفات فلا مانع فيما تجده مخالفا للحكم العقلي من الالتزام يكون السبب شيئا سابقا لا نعلمه و ح لم يرد عليه الجواب المذكور بل الجواب ح انه خروج عن صريح الادله و المعلوم من الشرع اذ لا ريب في كون سبب النقل و الانتقال هو العقد و العهد المامور بالوفاء به و ليس هو امرا غيبيا كالموت و الخساره و نحوهما من الاسباب القهريه يكون وجود العقد في الخارج مع الرضا اللاحق من آثاره و لوازمه حتى يكون فرقا

و الخامس ما عن غير واحد من الاعلام من ان معنى شرطيه الاجازه مع كونها كاشفه شرطيه الوصف المنتزع من وجودها المتأخر

فالشرطيه عارضه لأمر متأخر عن المشروط لا ان التأخر عرض للشرط و المستحيل انما هو كون الشرط متأخرا لا كون المتأخر شرطا و توضيحه ان الشرط اذا كان نفس ماهيته الشئ من غير ملاحظه وجوده في زمان دون زمان و جب عقلا-مقارنته للمشروط و اميا اذا كان الشرط هو خصوص وجوده المتأخر من زمان المشروط لم يكن للمقارنه معنى و هذا امر سائغ عقلا و شرعا و بهذا صححنا وفاقا للمحققين اشتراط بقاء الشروط الى اخر العمل و ساير مواضع الاشكال المشار اليها و مرجعه الى ما عرفت من اشتراط الوصف المنتزع المقارن للعقد و فيه ان هذا أيضا خروج عن صريح الادله لأنها قائمه على اشتراط نفس الرضا و اين هذا من الوصف المنتزع من وجودها اللاحق مع ان مقتضاه جواز التصرف في المبيع اذا علم المشتري بلحوق الاجازه و ستعرف خلافه و عدم التزامهم بذلك و ان نقل عن بعض التزامه به

السادس ما ذكره بعض مشايخنا قده في كتابه من ان الاجازه ليست ناقله محضه و لا كاشفه كك

بل متوسّطه بين الامرين و به يمكن الجمع بين كلام الفريقين فان الملك و آثاره قبلها غير حاصل و بعد ما يحصل من حين العقد لا من حينها كما يقتضيه ظاهر القول بالنقل و فيه أنّه ان رجع الى الوجه الثاني كما هو الظاهر من كلامه فقد ظهر ما فيه و ان رجع الى الوجه الثالث فكك

و السابع ما عن المحقق الثاني

فى جواب مسائله من عدم كون الاجازة شرطاً بل الرّد مانع من استقرار الملك بعد حصوله كما فى زمن الخيار فالرّد بمنزله الفسخ و هذا الوجه لا ضير فيه سوى مخالفه صريح الكتاب النّاطق بشرطيّه الرضا و مخالفه الاجماع ظاهراً كما ادّعا بعض بعد الالتفات الى لوازمه

و الثامن ما نقله شيخنا الاستاد عن بعض تحقيقات شيخه شريف العلماء

قدّس نفسهما و نقله بعض اهل التّدقيق ممّن عاصرناه عن بعض مشايخ عصره طاب مضجعهما من الكشف الحكيمى و حاصله ان الاجازة بعد ما حصلت تعامل معها معامله الكشف و ان كان الملك يحصل عندها فيحكم بترتب جميع احكامه من حين العقد و لازمه دخول تمام العوضين فى ملك من انتقل اليه و كذا ساير آثار الملك السابق فيحكم بترتبها على العقد بعد الاجازة فهى سبب لهذا الحكم الشرعى التّعبدى لكن المسبّب هى الآثار السابقة فهى بمنزله الكاشف من حيث كون سببها سابقاً عليها و اعلم انّ المسبّب هو دخول النماء فى ملك المنتقل اليه عند حصوله فى الزّمان السابق حقيقه فأنّه مستلزم لخرق قاعده تبعيّة النماء للملك و خرق امثاله من القواعد المتقنه اللميّه ممّا لا يسع لطلبه الالتزام به فكيف عن المحققين اللذين لا ثالث لهما

ص: ١٨٣

فى التّحقيق بل المسبّب هو دخول النماء مثلاً فى ملكه عدا الاجازة لكونها بمنزله الكاشف حكماً لا حقيقه مخالفه ذلك للنقل الحقيقى ضروره اقتضائه عدم دخول الغاء فى ملك المنتقل اليه راساً لحدوثه فى ملك من انتقل عنه فحيث صار سبباً لانتقال الاصل و الفرع الى المنتقل عنه كانت بمنزله الكشف و بما ذكرنا اندفع ما ربما يتوهم او توهم من اقتضاء هذا الوجه الخروج عن كثير من القواعد الّتى هى امتن اساساً من ادلّه اشتراط فقد الرضا و ادلّه كاشفيّه الاجازة و مثل النماء توارث الزوجين اذا بلغ احدهما و اجاز بعد موت الاخر فيحكم بعد الاجازة بانتقال المال من ملك وارثه الى المجيز عندها و تبعيّة النماء فلو كانت ناقله مضته لزم الاقتصار فى الالتزام باحكام الزّوجه على مثل العده من الأحكام المستقبله و لم يكن لازمه من الميّت وجه لانتقال المال الى وارثه عند الموت فما ورد فى الصّي غيرين من الوارث بعد الاجازة لا ينافى الكشف الحكيمى و هذا مثل اسلام الوارث الكافر قبل القسمه بناء على مشاركته للورثه فى نماء التّركه أيضاً و لو تصرّف المالك قبل الاجازة و قلنا بعدم كونه ردّاً فعلى التّقل لا يؤثّر لفوات المحلّ و على الكشف الحقيقى يظهر بطلانه و على الكشف الحكيمى يحتمل كونه مثل التّقل لفوات المحل كحرمان الوارث الكافر مع الاسلام قبل القسمه ممّا وهبه الورثه قبل اسلامه كما استقره فى القواعد و يحتمل كونه مثل الحقيقى فى الجملة اى فى الاحكام كتغريم المبيع و دفع قيمه و استحقاق المشتري للنماء و الاصل نظير مشاركته الوارث الكافر فى نماء

التركه كما استقر به أيضا في القواعد فإن الجمع بين الاستقرايين لا ينطبق إلا على الكشف الحكمي اذ مقتضى الكشف الحقيقي فساد هبة الوارث و ارثه من الموهوب لا عدمه كما ان مقتضى النقل عدم ارثه من النماء لحدوثه في ملك ساير الورثه فالحكمان مبيّيان على الكشف الحكمي و اما احتمال كونه مثل الكشف الحقيقي في فساد التصرف السابق و نازلا منزلته كما نزلت منزلته في انتقال النماء الى المنتقل اليه فتوجيهه أنه بعد البناء على أنه يجب ان يعامل مع الاجازة معامله الكشف شرعا و ان لم تكن كاشفه حقيقه لا بد من الحكم بفساد التصرف السابق و الحكم بوقوعه في قال الغير بعد ان كان في زمان وجوده واقعا في ملك المتصرف امر ممتنع عقلا- لا- يتعقل الامر به و الالتزام به شرعا و انما يعقل الالتزام الشرعي فيما يعقل كالنماء او ارث احد الزوجين من الاخر حسبما بيناه نعم كو حكمنا في الفسخ بفساد التصرف السابق كما هو احد الوجهين او القولين امكن تصويره في المقام أيضا فيقال ان المالك بعد الاجازة مأمور بترتيب آثار العقد الصحيح التي منها العمل مع التصرف السابق معامله الفاسد و امّا احتمال كونها مثل الفسخ في تغريم المالك عوض المبيع فلا مانع منه عقلا إلا ان في مساعده الاخبار الداله على الكشف على ذلك نوع تأمل اللهم إلا ان يتمسك بعموم أو فوا بالعقود فإنه بعد الاجازة يتعلق عليه الامر بالوفاء بالعقد السابق مط في جميع الازمنه المتأخره عن العقد و مقتضاه تسليم المبيع و تسليم نمائه عينا او قيمه على تقدير التلف حقيقه او شرعا كما ان الفسخ بعد استحالته على وجه الحقيقه يرجع الى الالتزام بآثار انحلال العقد التي منها تدارك التالف و فيه تأمل لأن الوفاء بالعقد السابق ليس كانه حلاله و ان كان الفرق لا- يخلو عن دقه او منع هذا بعض الكلام فيما يترتب على الكشف الحكمي توضيحا للمراد به في الجملة و يأتي عن قريب إن شاء الله تمام التوضيح عند التعرض

ص: ١٨٤

للثمره بين الكشفيين و هاهنا وجوه اخر لتصحيح الكشف سخت لبعض احبينا ذكرها احدها الالتزام بتاثير العقد مستقلا و عدم توقفه على الرضا اذا صدر من الفضولي اذ لا فرق في الخروج عن ظاهر الادله اشتراط الرضا بين جعله كاشفا و بين الالتزام بعدم اشتراط هذا النوع من العقد بالرضا و ثانيها ادعاء كون عقد الفضولي كعقد الوكيل في قيامه مقام عقد من له الولاية عرفا بعد العلم بتحقيق الاجازة يوجب القول بان الاجازة شرط للعلم باستكمال العقد سببا حين صدوره لا لنفس التأثير على حتى توجيه القول بان الاشتراط هو الوصف المنتزع و ان نقلهما و زيفهما في تحقيقاته و ثالثها الالتزام بحدوث الملكيه بنفس العقد اذ ليس سوى العلقه الجعليه بايجاد سببيه و إنشائها إلا أنها مسلوبه الآثار نظرا الى ادله اشتراط الرضا فهو شرط لترتيب احكام النقل و الانتقال لا لنفسهما و مرجعه على ما افهم من كلامه على طوله ما عن جامع المقاصد من أن الاجازة شرط للعلم باستكمال السبب سابقا لا لتأثيره و ان نقله و زيفه قبل ذلك فالمراد ان الملكيه و جميع آثارها الوضعيه حاصله بنفس العقد لكن لا ندرى ان الشارح امضاها أم لا- و طريق العلم به اجازة المالك فلو علمنا بتحققها قبل وجودها فقد علمنا بامضاء الشارع أيضا و مقتضاه الالتزام بجواز التصرف قبل اذا علم بتحققها و ليس فيه سوى الخروج عن ظاهر الأدله القاضيه باشتراط نفس العقد بالرضا لا العلم و هو قد لا يتحاشى من القول به جمعا بين جميع الادله و القواعد العقلية هذه ما سخت للأفاضل الكرام و المحققين العظام في تحقيق المقام و المذى بدا للقاصر هو ما لمحنا اليه سابقا من الالتزام بكفايه الرضا التقديرى في صحه العقد نظير الاذن المستفاد من شاهد الحال فإن الاجازة كاشفه عن عن ذلك جدا و لو بعد الرد اذ لا ظهور مصلحه الامضاء و كون العقد مطابقا للرضا بعد الخفاء لاعتقاد خلافه و كراهته من حيث خفاء الجبهه الراجحه الباعث على المسارعه الى الرد و ليس فيه سوى امور احدها ظهور كلمات الاصحاب كلا او جلا في ابتناء العقد على الرضا الفعلي على خلاف الرضا المعبر في الامور المتوقف عليها

العبادات و غيرها من التكاليف فالرضاء التقديرى الثانى الموقوف على الالتفات الى الجبهه الباعثه على الرضا غير كاف فوجوده كعدمه و كأنه ينظر اليه ما فى كتاب استنادنا للعلمه رفع مقامه حيث قال ان الاجازه كاشفه عن الرضا بل هى مقارنه له تحدث بحدوثها اذ الحادث بحدوثها أنما هو الرضا الفعلى دون الثانى التقديرى فكأنه قد لا يرى الرضا المعترف فى العقود سوى ما كان فعليا صريحا فممنوع كشف الاجازه عن وجوده سابقا و ثانيا ان مقتضاه تأثير الاجازه و لو بعد الرد لما عرفت من عدم المنافاه بينه و بين الكشف عن الرضا التقديرى فيكون العقد حين وجوده واجدا لما يعتبر فى صحته من الرضا و لازمه وقوع الرد لاغيا كما لو كان الرضا موجودا حين العقد و ثالثها ظهور الادله فى اعتبار الرضا الفعلى كما لا يخفى و رابعها ان مقتضاه جواز التصرف قبل الاجازه اذا علم ان المالك يجيز و الكل هين فى جنب المحاذير الوارده على ساير التوجيهات اما الاول فلأن الظهور المدعى ممنوع و لو سلم فالخروج عنه لا ضير فيه مع مساعده الدليل و معارضته بما هو اظهر من كلماتهم لأن ابقاء هذا الظهور بحاله يستلزم ارتكاب ما هو خلاف صريح كلماتهم من الامور المتقدمه فى ذيل كل واحد من التوجيهات و اما الثانى

ص: ١٨٥

فاؤلا بالنقض لان الرد على تقدير اعتبار الرضاء الفعلى أيضا لا ينبغى ان يكون مانعا عن تأثير الاجازه بقصد لعموم ادله الفضولى بل خبر الوليده صريح فى ذلك كما مرّ توضيح ذلك فى شروط الاجازه و ثانيا بالحل فهو ان الرد يوجب زوال ارتباط العقد بالمالك المجيز كما يوجب تخلل جمله من الموانع بين الايجاب و القبول فيكون الاجازه بعده كالرضاء الابتدائى من غير عقد فتأمل و أميا الثالث فممنوع الظهور أيضا اذ لا نجد فرق بين قوله ص لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه و بين قوله تعالى إلا أن تكون بـجـارَةً عَنْ تَرَضٍ فكما ان الرضا التقديرى كاف فى حل اكل مال الناس حتى لو علم الرجل الواقع فى حاجه شديده الى اكل مال اخيه بأنه راض باكله على تقدير العلم بالحال كفاه فى الحل كك هنا يكفى فى صحه العقد و تأثيره و ان توقّف وجوب الوفاء على العلم به و امضائه و يؤيده روايه عروه لان النبى ص اقره على البيع و امضاه و هذا يدل على ان الشراء الاول لم يكن فضوليا و ان كان خارجا عن صريح اذنه من حيث اختصاصه بشراء شاه واحده فشراء الاثنتين كان عن علمه برضاء النبى ص بالفحوى و دعوى الاجماع على خلافه مجازفه و اضحه اذ لم يصرح احد بعدم كفايه العلم بالرضاء فى خروجه عن الفضولى نعم صرحوا بان حضور المالك حال العقد و سكوته لا يكفى و هذا غير صريح فى المدعى بل و لا ظاهرا اذ الغرض منه عدم احراز الصغرى اعنى الجزم بالرضاء بمجرد الحضور و السكوت و لا أقل من احتمال ذلك فى منع الاجماع مع ان المصرح بما ذكره هو العلمه و بعض من وافقه قولاً او فعلاً من حيث السكوت و تحصيل الاجماع بمثله كما ترى و لو سلم كونه مخالفه للظ فى الجملة فليس بمشابه ما فى ساير التوجيهات من الخروج عن صريح الادله المستدل بها فى جامع المقاصد و التوضيه و غيرهما من ان العقد بنفسه سبب و الاجازه كاشفه عن تماميه السبب سابقا و أنها شرط للعلم بتماميته لا تأثيره و ان حقيقه الاجازه آبيه عن القول بالنقل لأنها التزام بمضمونه فكيف يتخلف عنه النقل و الانتقال و تحصيلان بعد الاجازه و ظهر أيضا زياده ضعف الباقي التوجيهات فانها تخريجات خارجة عن صريح الادله التجنوا اليها غصبا عليهم بعد ما رأوا دلاله اخبار المسأله على الكشف فان خبر الوليده ظاهر فى ان المشتري اخذ ولده و لم يغرّم شيئا مع ان مقتضى النقل كون الولد لمالك المجاريه لكونه نماء لملكه او غرامه له قيمه الولد لو كان الوطاء عن شبهه و كذا خبر عروه لأنه ص اقره على صحه البيع المترتب على شرائه الاول و قال بارك الله فى صفقتك مع وضوح فساده على النقل و عدم جواز التصرف فى الثمن لكونه باقيا على ملك المشتري قبل صدور الاجازه من البائع الاول الذى باع الشاتين بدرهم و كذا مصححه عبيده فى ارث الزوجه بعد البلوغ و الحلف من الزوج الميت صريحه فى

الكشف اذ على تقدير النقل لم يكن ذلك من الارث فى شىء بل حكما قهريًا على ورثه الميِّت باخذ المال من يدهم بعد الانتقال اليهم و أيضا حكمه ع بعزل ميراثها من تركته حتى تبلغ و تجيز فلو لا- أنها كاشفه كان العزل منافيا لتسلط الورثه على مالهم الواقعي اذ غايه ما هنا تحقق اجازة الزوجه بعد البلوغ و حصول النقل اليها عند الاجازة فقبلها يكون العزل من قبيل القصاص قبل الجنايه و قد يقال ان العزل ينافى اصاله عدم تحقق الاجازة ففيه مخالفه للقاعده من جهة عدم مراعاة الاصل و فيه ان العلم بتحقق الاجازة

ص: ١٨٦

لا يجعلها مطابقا لها على النقل كما عرفت فلا وجه لجعله مخالفا لقاعده السلطنه بحسب ظاهر الشرع و كذا اخبار تحليل الخمس أيضا كالصيرريه فى الكشف نظرا الى كون التحليل الصادر عنهم ع لآحاد الزواه بعد التصرفات بل فى بعضها تحليل الابن عمًا اكتسبه ابوه فى عهد كونه من ولاة بنى اميه و عمالهم فان ظاهر التحليل الحكم بصحة تلك التصرفات لا إنشاء عطيه جديده لما فى ايديهم او ابراء جديده لما فى ذمتهم من الغرامات و الحاصل انه لا اشكال فى دلالة الاخبار على الاشكال فى تطبيقه على القواعد

[بيان الثمره على النقل و الكشف]

ثم انهم ذكروا للنقل و الكشف ثمرات و كذا للكشف بوجوه المذكوره فهنا مقامات تنشأ من بيان الثمره بين النقل و بين كل واحد من وجوه الكشف المتقدمه و بين تلك الوجوه بعضها مع بعض و هى تسعه يحصل بين ضرب بعضها فى بعض لان الوجوه الكشف الحقيقى ثلاثه احدها كون الاجازة شرطا للعلم دون العقد ثانيها كون الشرط هو الوصف المنتزع منها دونها ثالثها كون الرضا المتأخر بوصف متأخره شرطا و وجوه الكشف الحكيمى أيضا ثلاثه احدها حدوث الملك فى السابق بعد الاجازة ثانيها حدوث الملك حكم الشارع بترتب احكام الملك السابق و ان لم يكن سابقا ملكا للمشتري مثلا و ثالثها عدم حدوث صفه الملك المجرد عن الأحكام سابقا و حدوث الامر بترتيب آثاره عليه حال الاجازة فاذا لوحظ بعضها مع بعض حدث تسعه و يزيد عليها سته اخرى من ملاحظه الثمره بين كل واحد منها و بين النقل لكن توضيح الحال فى تلك المقامات فى تلو كل ثمره تختطفها من الثمرات مستمدا من حلال المشكلات و هى كثيره بين تكليفي و وضعي منها اباحه تصرف الأصيل فيما انتقل عنه فالمعروف الجواز على النقل لعدم المانع و لو علم بلحوق الاجازة و يتفرع عليه نفوذ كل تصرف مستتب الاثر وضعي كحريه الولد و اعتاق العبد و يحتمل المنع لأنه جعله عرضه للانتقال الى الغير و كل ما هو كك فهو ممنوع عن التصرف فيه بناء على ثبوت هذه الكليه كما يستفاد من المواضع التى نشير الى بعضها و اميا على الكشف الحقيقى فان كان شاكا فى لحوق الاجازة فعزى الى ظاهرهم المنع لأن العقد اللازم من طرفه فيجب عليه الوفاء و التصرف ينافيه كما فى النذر المعلق على شىء المتعلق بالمال فقد صرحوا بعدم جواز التصرف فيه مراعاة للوفاء المأمور به فلو تصرف تصرفا مخرجا له عن ملكه كان حثا بل فرعوا عليه فساد التصرف لاستتباع وجوب الوفاء حقا متعلقا بذلك المال للمنذور له و هذا منهم الغاء لأصالة العدم بالنسبه الى مجيء الاجازة او الشرط المعلق عليه و كذا نقل عنهم التصريح بعدم جواز التصرف فى حصه الحمل اتكالا على عدم انفصاله حيا و بعدم جواز تسليم المال الى الوارث المعلوم ما لم يثبت انحصاره فيه بل عرفت فى صحيحه عبيده الامر بعزل

نصيب الزوجه من تركه زوجها حتى تبلغ و تجيز الى غير ذلك ممّا يشبه المقام فإنّ الاصل لا- يعمل به فيها بل يجب انتظار توضيح الامر و علل ذلك بأنّ العمل به يستلزم الضرر و اتلاف المال على صاحبه عينا او قيمه و بأنّ هذه قاعده تعبدية مستفاده من له الاستقراء و ملاحظه الموارد المشار اليها و غيرها و بان قضيه الوفاء المأمور به الالتزام بكلّ ما هو من لوازمه و الاجتناب من كلّ ما ينافيه و كيف يعاهد على المعاوضه و نقل المال عن ملكه ثم يتصرّف فيه بل مقتضاه عدم الفرق في المنع بين التصرف المنافي للوفا و غيره و الا كان مخالفه و حثا عرفا و يرد على الاول مع عدم جريانه في غير الاتلاف انّ الضرر يندفع في

ص: ١٨٧

المقام بعدم الاجازه و إلا ضرر في ذلك و يرد على الثاني خروج المقامات المشار اليها عما نحن فيه لأنّ استحقاق الوارث للزائد غير معلوم و منافع للاستصحاب كما في صورته الشكّ في الوقف بين الترتيب و التشريك بخلاف المقام فإنّ الاصل فيه قاض بعدم الثقل مضافا الى المنع في بعضها كمسأله التذّر فإنّ المحكى عن جماعه جواز التصرف في المال المتعلّق به التذّر و لذا تصدى الاستاد العلّامه رفع مقامه للفرق بينها و بين المقام ردّا على من سوى بينهما منعا و جواز بحسب القاعده و اختار الجواز فيها و قال ما حاصله انّ الثقل في مسأله التذّر معلّق على الشرط فقيل حصوله لم يوجد السبب بخلاف المقام فان العقد غير معلّق على شىء من طرف العاقد الاصيل فانه قد التزم بالثقل منجزا على نفسه فيجب عليه القيام بما التزم و توقّف تأثيره شرعا على رضاء المالك غير مربوط به فليس له ان يتصرّف فيما نقله عن ملكه و الا كان ناقضا للعهد الّذى عهد به و من هنا اندفع ما يقال أيضا ان العقد لا يبعض صحّه و فسادا فان كان صحيحا جاز له التصرف فيما انتقل اليه و لا يقول به احد لوضوح فساده و الا جاز التصرف فيما انتقل عنه أيضا لعدم المانع بحسب الاصل و ان احتمل وجوده واقعا وجه الاندفاع أنّه يختار الثاني و يمنع الملازمه لأنّ عدم جواز التصرف لا يستدعى حصول النقل اليه فعلا بل يكفي فيه كون المال في معرض الثقل بجعله و التزامه قلت و على هذا يحرم التصرف على النقل أيضا فتنفى الثمره اذ لا تنافى عدم تماميه السبب حرمة التصرف بعد ان جعله في معرض الثقل بالايجاب المقرون بقبول الفضولى بل مقتضاه الالتزام بعدم الجواز و لو لم يتحقّق شرط القبض و نحوه فيما يعتبر فيه نعم فرق بين النقل و الكشف لكنّه غير فارق و هو ان السبب غير تامّ على النقل واقعا و ظاهرا و على الكشف ظاهرا لا واقعا فلا بدّ من التكلّم في اعتبار الاصل في مثل المقام و عدمه و لم يقيموا على سقوطه و عدم اعتباره دليلا سوى التمسك بوجود الوفاء و انت خبير بأنّه لا يجدى شيئا لأنّ الشبهه موضوعيه على تقدير توقّف الوفاء مع تماميه السبب و حكميه على تقدير كفايه جزء السبب في ذلك فان قيل بالأوّل لزم القول بجواز التصرف على الكشف أيضا عملا- بالاصل و ان قيل بالثاني لزم القول بحرمة على الثقل أيضا فالفرق ليس على ما يقتضيه التحقيق و مما ذكرنا ظهر الحال في الوجه الثالث ثمّ الاول من عدم التصرف فيما انتقل عنه على الكشف و ان عزى الى ظاهر القوم لكنّه ممّا لم نجد به مصرّحا نعم في كتاب الاستاد قده نسبتة الى ظاهر العلّامه و السيّد عميد الدّين و المحقّق الثاني و جماعه اخرى قد هم و لم ادر من اين استفيد ذلك و اظنّ ان منشأ النسبه قولهم في النكاح ان الاصيل يجب عليه الالتزام باحكام المصاهره كحرمة تزويج الخامسة و تزويج الام و الاخت و غير ذلك حتى انّ في كشف اللثام نفى الاشكال في ذلك بناء على انّ الالتزام باحكام المصاهره لا وجه له سوى كون العقد من طرفه لازما و أيضا مقتضى كون العقد لازما الى و أيضا مقتضى كون العقد لازما من طرف المباشر الاصيل كما هو مصرّح به في جامع المقاصد في باب النكاح حرمة التصرف فيما انتقل عنه ضروره كونها من مقتضياه و في الأمرين نظر اما الاول فلأنّ الالتزام باحكام المصاهره ليس لأجل كون العقد واجب الوفاء على الاصيل بل لإطلاق ما دلّ على ترتبها على العقد المجرد عن الوطاء و لذا احتمل في القواعد ترتبها

و فسخه و ما هذا الا من جهه الجمود على اطلاق ادله المصاهره نظرا الى صدق النكاح على الايجاب المقرون بالقبول و اين هذا من وجوب الالتزام بآثار مفاد العقد المؤثر على الاصيل مع ان وجوب الالتزام باحكام المصاهره ليس مسلما عندهم لان العلامه و ان صرح به أولا فى اخر مسأله تزويج الأولياء لكنه اشكل فيه فى باب المصاهره فى خصوص الاحكام المترتب عليه مجرد العقد من دون وطى و قال فيه وجوه و اشكال ترتبها مط و عدمه كك و التفصيل بين الاصيل فيجب عليه الالتزام بها دون غيره و شرحه المحقق الثانى مقتصر على بيان الوجوه من غير ترجيح و اختيار شىء منها و كاشف اللثام ذكر وجوها للنظر ثم اختار الوجه الذى اخترنا قال فى قول الماتن و هل يشترط اللزوم مط او عدمه مط او من طرفه نظر من كون الشك فى كون الاجازة متممه للعقد او كاشفه و فى ان الصيحه هل تبعض بتبعض الاجازة و فى ان اللزوم من طرف يوجب ترتيب آثاره عليه و فى صدق نسائكم بدون اللزوم و هو الوجه الوجيه فى التردد و الاحتياط ترجيح الاخير كالأصيل الاوّل انتهى فقد صرح بما قلنا من ان حكم المصاهره ليس من جهه اللزوم بل من صدق العنوان بمجرد العقد و اما الثانى فلان اللزوم من طرف الاصيل معناه عدم سلطنته على الفسخ و هذا لا يدل على وجوب الالتزام بآثار النقل فيما انتقل عنه عليه و دعوى دلالة اللزوم على ذلك مصادرته واضحه و مباهه هينه ثم اقول لم يفرق العلامه و لا غيره فى باب النكاح بين القول بالنقل و الكشف مع انه من المتوقعين فيهما و لم يرجح شيئا من القولين فى البيع حيث قال و فى وقت الانتقال اشكال و النكاح مؤخر عن البيع كشفا فلو كان الالتزام باحكام المصاهره متوقفا على القول بالكشف لم يجز له القول مع توقفه فى المبنى و كان عليه ان يقول على وجه او رأى او نحو ذلك كما هو عادته نعم صرح كاشف اللثام وفاقا لما يستفاد من تحقيق جامع المقاصد فى شرح العبارة الاولى بان حرمه المصاهره فى حق المباشر الاصيل حكم ظاهرى منوط بمجىء الاجازة و هذا يدل على ابتنائها على الكشف كما لا يخفى لكن يرد عليهما التناقض فى الكلام فانهما نصا فى شرح العبارة الثانيه بما عرفت و مقتضاه عدم الابتناء عليه كما لا يخفى و الحاصل ان الثمره المذكوره غير جيده فاما ان يقال بالمنع على الوجهين كشفا و نقلا او بالجواز كك و قد ظهر وجه المنع و الجواز كما ظهر رجحان الثانى وفاقا لبعض المحققين بعد ان احتمل المنع احتمالا ثم اعلم ان الكشف الحكيم باقسامه الثلاثه حكمه حكم النقل و هو واضح و لا فرق بين اقسام الكشف الحقيقى لما فى جواز التصرف فى الوصف الانتزاعى فقد يقال بل قيل انه أيضا مثل النقل ضروره عدم تحقق ذلك الوصف و فيه مالا يخفى اذ مع الشك فى لحوق الاجازة لا وجه للحكم بعدم تحققه سوى الاصل الذى قد ظهر حاله فكيف يكون حكمه حكم النقل نعم مع العلم بعدم لحوقها لا اشكال فى كونه مثل النقل هذا كله مع شك الاصيل فى لحوق الاجازة و اما مع العلم بالحكم واضح لانه ان علم بعدم اللّحوق جاز له التصرف على القول بالكشف و النقل فلا ثمره و احتمال اطلاق كلامهم فى المنع ضعيف و ان علم باللّحوق فالثمره المذكوره جيده بتزويل كلامهم فيها على هذه الصوره ملخط وجيه لو لا تعليل المنع فى كلام بعضهم باحتمال وقوع الاجازة فانه لا يأتى الا فى صورته الشك فعلى النقل يجوز التصرف لعدم المانع فعلا و احتمال المنع كما صدر عن بعض لا وجه

له لما ان يقال انه جعل ماله فى معرض الانتقال الى الغير فيجب عليه الكف عن التصرف فيه امتثالا لا للوفاء المأمور به و هذا لو

صحّ لجرى مع الشكّ فى لحوق الإجازة أيضا و لا يحتاج الى العلم باللحوق و قد يقال و على الكشف الحقيقى لا يجوز و هو واضح من غير ان يتطرق اليه الاشكال المتقدم فى صورته الشكّ فى لحوقها كما لا يخفى الا على تقدير كون الشرط هو نفس الاجازة المتأخره فان العلم بلحوقها لا- يوجب استكمال سبب النقل قبلها فمقتضى القاعدة أيضا جواز التصرفّ و الكشف الحكمى مثل النقل فى ذلك كما مرّ و ممّا ذكرنا امكن استنباط حكم تصرفه فيما انتقل اليه فى صورتى الشكّ و العلم فمع الشكّ لا يجوز له التصرفّ فيه مط سواء فيه النقل و الكشف باقسامه و مع العلم بعدم الاجازة فكك و مع العلم بلحوقها لا يجوز على النقل و كذا مع الكشف الحكمى و يجوز على الكشف الحقيقى على الوصف الانتزاعى ضروره حصول الانتزاع بمجرد العلم بالغصب فكيف يكون مثل النقل و كذا على احتمال كون الاجازة شرطا للعلم باستكمال السبب لا نفس السبب و اما و على تقدير كون الاجازة المتأخره شرطا فلا يجوز لان السبب بعد غير كامل و ان علم أنّه سيكمل لكنّه لا يجدى فى جواز التصرفّ قبله كما فى النقل و منهم من استشكل عدم الجواز على الكشف و النقل و هو حسن لو لم نقل بان المتأخر شرط و الا فلا وجه له فافهم هذا كله فى الحكم التكميلى و تفصيله ان التصرفّ اما ان لا يكون مستتبعا لأثر وضعى كبعض التصرفات التى لا اجره لها او يكون مستتبعا له و على الثانى فاما ان لا يكون مخرجا للعقد عن قابليته الاجازة او يكون و على الاول فاما ان يكون ذلك الاثر تابعا للحلّ و الحرمة فى اعتقاد المتصرفّ و لو لم يكن مصادفا للواقع كالتغريب و التفسيق على القول بترتبه على التجزى او مع اشتراط المصادفه كالحدّ و نحوه او يكون للملكيه الواقعيه من غير مدخلية للجواز و المنع الظاهرتين و على النقل لا اشكال فى فساد التصرفّ و عدم ترتب الحكم الوضعى عليه فى النقل اليه مط كما لا اشكال فى الصحه و ترتب الوضع فى النقل عليه الا اذا قلنا بعدم جواز التصرفّ فيه على النقل أيضا بناء على جعله ماله فى معرض النقل الى غيره فيجب الكف و فاء للعقد و ح نفي الاثر الوضعى أيضا و اما على الكشف فيختلف الحال فى الصور حقيقه او حكما كما يظهر للبصير بالقواعد بعد التأمل فى الوضع المترتب عليهما بشرط المصادفه كالمدعيين أيضا على ما تقدّم فان قلنا بجواز التصرفّ فى المنتقل عنه ظاهرا لم يثبت الحدّ عليه و ان قلنا بالكشف الحقيقى لأدّ غايه ما هنا أنّه و طى امه الغير واقعا و هو لا يوجب الحدّ مع الجواز ظاهرا و اما الولد فيلحق به للشبهه و ان كان نماء الملك الغير واقعا ورقا له اذا كان الوطء حراما و ان قلنا بالمنع تعلق الحدّ و كان الولد رقا للمالك بناء على الكشف الحقيقى و على الكشف الحكمى احتمال ذلك لأنّه مقتضى الحكم بوقوع الوطء فى ملك الغير بعد الاجازة و احتمال الحره لأنها مقتضى وقوع الوطء فى ملك نفسه حين الوطء فلا ينقلب رقا للمالك بناء على انحصار اسبابها و عدم كون المقام منها كما مرّ و لو تصرفّ بالوطى فى المنتقل اليه كما لو طى الامه المسترابه فلا اشكال فى خصوص الاستيلاء على الكشف الحقيقى و ان قلنا بالكشف الحكمى فلا يختلف الحال فى الحدّ و اما الوليد ففيه و جهان احدهما الحكم بصيرورته رقا للمالك بعد الاجازة من حين الولاده بعد ان كان حرّا لأنّه مقتضى الكشف الحكمى اعنى اجراء احكام الملك على المنتقل عنه فى حقّ المالك و ثانيهما العدم و الحكم ببقاء الولد على الحرّيه السابقه بناء على افتقار الاسترقاق الى اسباب معينه ليس هذا المقام منها و هذا هو الحقّ دون الأول لعدم كون

ص: ١٩٠

الرقيه متفرعه على الملك بل عليه مع عدم كون الوطء عن شبهه و ان كان متجريا فى الوطء قبل استيحاء الحال و امّا على الكشف الحكمى ففيه أيضا الوجهان الماضيان عدم تحقق الاستيلاء كما على القول بالنقل نظرا الى وقوع الوطء فى ملك الغير و تحققه نظرا الى لزوم الحكم و البناء على احكام الملكيه السابقه التى منها صيروره الامه أم ولده و هكذا الكلام فى غير

الاستيلاء و من الوضع المترتب على الواقع بشرط الجواز مع بقاء العقد قابلا للإجازة و لو تصرف في المنتقل عنه بالاتلاف حقيقه او حكما كالبيع و العتق و نحوهما من التصرفات المخرجه له عن الملكيه و حصل الاجازة فعلى النقل لا اشكال في نفوذه و على الكشف الحقيقي لا اشكال في عدم نفوذه و على الحكمي فقيل فيه وجوه احدها عدم النفوذ مط نظرا الى كونه قضيه الكشف الحكمي و البناء على الانتقال سابقا بعد الاجازة و ثانيها النفوذ كك لانتفاء الموضوع بعد ملاحظه ادله صحه التصرفات و عدم وجود المانع عندها فلا يبقى مورد للإجازة فيبطل العقد الاول و ثالثها التفصيل بين ما يمكن الحكم بزوال اثره بعد الاجازة من التصرفات كالبيع و ما لم يكن كالعتق ففي الاول يحكم بالزوال و يبنى على فسادة بعد الاجازة كما هو احد الاحتمالين او القولين في تصرف من عليه الخيار بعد فسخ من له الخيار و في الثاني يحكم ببطلان العقد لخروجه عن قابليه الاجازة او يحكم بالمثل و القيمه جمعا بين ادله صحه ذلك التصرف و ادله الكشف الحكمي نظير القول المشهور في تصرف من عليه الخيار و رابعها النفوذ قبل الاجازة و عدم النفوذ بعدها لأن مقتضى الكشف الحكمي البناء على صحه العقد في الزمان الممكن دون الممتنع نعم لو ترتب على البناء على صحه العقد قبل الاجازة فائده في المستقبل كالتدارك و النماء الغائب و نحوهما استحقها المالك و ألّا فلا- بل يقتصر على الالتزام بآثار العقد المستقل و خامسها النفوذ مع التدارك مط سواء كان قابلا للزوال اولا و الفرق بينه و بين الثاني هو فساد العقد على الثاني و الصيحه على هذا الوجه و هذا هو ال- وفق بالادله جمعا بين ادله الكشف الحكمي و بين صحه التصرف السابق و دعوى فساد التصرف دون العقد بناء على ان الكشف الحقيقي يقتضى البطلان كما لا يخفى فيكون الكشف الحكمي مثله مدفوعه بأنه يستلزم الحال لان التصرف حين وقوعه وقع صحيحا فكيف ينقلب فاسدا و كيف يعقل حكم الشارع بفساده بعد الاجازة و قد تقدم الاشاره اليه في تصرفات المالك التي ليست ردا و قلنا بان التصرف ليس من الرد كما يأتي توضيح الحال فيه كما تقدم حكم تصرف المالك أيضا بناء على عدم كونه ردا و ذكرنا هنا أيضا بعض الاحتمالات التي ذكرناها في تصرف الاصيل فيما انتقل منه و عليك باجراء ما لم نذكره من الاحتمالات اذ المسألتان من باب واحد فيأتي في تصرف المالك ما ذكرنا في تصرف الاصيل حرفا بحرف و الله العالم و منها اي من الثمرات جواز فسخ الاصيل قبل الاجازة على النقل بناء على جواز فسخ الموجب قبل القبول او قبل سائر الشروط كالقبض و عدم جوازه على الكشف لكون العقد تاما من جانبه و ان كان المالك مسلطا على الرد و فيه ان جواز فسخ الموجب قبل القبول ان لم يكن اجماعيا فمحل كلام لان مقتضى الوفاء المأمور به عدم الفسخ و وقوعه لاغيا و لو سلم ذلك قبل القبول منعناه قبل الاجازة أيضا كالقبض فيما يشترط به و لو قلنا بعدم وجوبه على الموجب خاصه لكون الايجاب بمجرد لغه او عقدا مأمورا به شرعا اذ الشروط لا مدخلية لها في صدق العقد فلا وجه لتوقف الوفاء به عليها و لو سلم كل ذلك امكن القول بجوازه على الكشف أيضا و ان كان السبب تاما لان السبب التام اذا لم يترتب عليه

ص: ١٩١

ال- اثر الفعلي لا دليل على لزومه سوى صدق البيع او العقد و هو منقوض بنفس الايجاب وحده او بالايجاب و القبول الفاعدين للشروط لصدق العقد او البيع على مجرد الايجاب او عليه مع القبول قبل حصول الشروط و كل دليل على عدم الرد او جواز الفسخ مع صدق العقد قبل تحقق شرط الصحه و التأثير امكن اجزائه على عدمه مع تحقق الشرط أيضا اذا كان الاثر المقصود من العقد غير حاصل ثم أنهم في غير مقام يصرحون بان العقد تام من ظرف الاصيل كما مضى و يأتي من غير تفصيل بين النقل و الكشف و فيه بعض شهاده على نفى الثمره و كيف كان فالكشف الحكمي حكمه حكم النقل كما لا يخفى و ان احتمل الحاقه

بالكشف الحقيقي على ضعف يحتاج الى التأمل و منها نماء ملك المالك فعلى النقل فهو له و على الكشف فهو للأصيل و أما نماء ملك الاصيل ففي الرّوضه انه على التقديرين يكون للمالك و قال بعض من المعبرين المحشين في توجيهه من ان السبب من جانب الاصيل غير موقوف على شىء فيكون النماء للمالك و هذا من الواضع التي وعدناك فيدل على انقطاع علقه الاصيل عن ملكه كشفا و نقلا و فيه ما ترى ضروره عدم تحقّق الناقل بالنسبه الى اصل الثمن مثلا فكيف عن بمائه و منهم من وجهه بان المراد أنّ نماء كلّ من المبيع و الثمن لصاحبه على النقل و هو حسن لكنّه خروج عن صريح العبارة كما لا يخفى لمن راجعها الا أنّه لا بدّ منه او من توجيه اخر تحصينا لكلامه ممّا لا ينبغي من مثله و الكشف الحكمي هنا مثل الكشف الحقيقي اذ لا مانع من صيروره النماء ملكا للأصيل و منها ما لو اشترى عبدا مسلما او مصحفا ثم كفر قبل الاجازة فعلى الكشف يصحّ دون النقل ورد بإمكان القول باشتراط بقاء قابليه المالكه لكلّ من المتعاقدين الى زمان الاجازة على القول بالكشف أيضا نظرا الى ظهور ادلّه الفضولي في ذلك أنّه اذ هو القدر المتيقّن في الخروج عن القاعده و هو حسن لو كان الدليل عليه غير العمومات و الأ فلا و كذا الحال في سائر انحاء زوال القابليّه فلا بدّ من ملاحظه الموارد و ليست على نسق واحد كما يقتضيه كلام ذاكر الثمره حيث جعلها زوال قابليّه المالكه عن احد المتعاقدين و مبنى صحّه العقد على الكشف مط من غير تفصيل و الأصحّ ما قلنا فلو زال القابليّه بالموت فان كان هو المالك بنى على انتقال حقّ الاجازة الى الوارث فان قلنا بالانتقال صحّ على الكشف و النقل كما لا يخفى فلا ثمره و ان قلنا بعدم الانتقال كما هو الاقوى فسد العقد على الوجهين لعدم المجيز فلا ثمره أيضا و ان كان هو الاصيل صحّ على الكشف بلا اشكال و على النقل قد يقال أيضا بالصّحّه لعدم المانع مع عموم الادلّه و دعوى مانعيه انتقال المال الى الوارث و تبدل المالك الأوّل العاقد الى غيره لأنّ المأمور بالوفاء به و هو الأوّل قد مات و المالك الثاني ليس بعاقده حتّى يكون مأمورا بالوفاء مدفوعه بان الامر بالوفاء المتوجه الى الأوّل المورث كاف في انتقال المال من وارثه الى الاخر لأنه أنما ورث ملكا متعلّقا لحق الغير لا ملكا خالصا عن الحقوق كما يرشد اليه ما صرحوا به من تماميه العقد من طرف الاصيل و ان توقف من طرف الاخر على اجازته فاذا اجاز اخذ الثمن بمقتضى العقد الصّادر من المورث اليهم الا ان يمنع عن تعلّق الحق و مجرد تماميه العقد من طرفه لا يقتضيه و لا أقلّ من الشكّ القاضى بفساد العقد و عدم نفوذ الاجازة و روايه تزويج الصّغيرين موردها موت احد الزّوجين فتدلّ على القول بالكشف اذ لا يتصوّر الصّحّه على النقل في النكاح بالنسبه الى الميراث الذي هو منصوص في الزّوايه و لو انعكس الفرض بان كان كافرا فاسلم قبل الاجازة

ص: ١٩٢

فلا اشكال في الفساد على الكشف الحقيقي و على النقل احتمال الصّحّه اذ لا دليل على اشتراط الاسلام في شراء المسلم سوى ما دلّ على عدم سبيل الكافر و نحوه ممّا يستفاد منه ففي التّسلطنه و المالكه و هو غير آت قبل الاجازة و ليس من شرائط تاتير الصّبيغه و احتمال الفساد بناء على التّجديد بظاهر الادلّه على اشتراطه القاضى بدرجه في ملك غيره من الشروط و على الكشف الحكمي و جهان يظهران بالتأمل و لو زالت قدره على التّسليم فقد ذكرنا حكمه في شروط الاجازة و ذكرنا أنّ الاقوى الصّحّه على الكشف أيضا و لو انعكس بان كان معدوما فوجد قبل الاجازة انعكس الحكم أيضا فيصحّ على النقل دون الكشف الحقيقي و على الحكمي و جهان يظهران بالتأمل و على ما ذكرنا نفس سائر الشّروط و منها خروج احد العوضين او كليهما عن التّمول بعروض نجاسه او موت او نحوهما فعلى الكشف يصحّ و على النقل يبطل و لا ينفع الاجازة بعده و ربما يستأنس له بروايه التزويج لأنّ موت احد الزّوجين للمذنب هما بمنزله المالكين في البيع اذا لم يكن موجبا لفساد العقد فموت احد العوضين او

خروجه عن قابليه التملك يكون كك بطريق اولى و اطلاق روايه عروه أيضا قاضيه بالصيحه حيث اجاز النبي ص من غير نظر الى بقاء الدرهم فى يد البائع او بقاء الشاه فى يد المشتري و الحاصل ان خروج العوض عن الملكيه على القول بالكشف غير قادح من حيث القاعده و لا من حيث الاخبار لكن هنا كلام لنا سبق فى رد بعض المحققين فى الشرط الرابع من شروط نفوذ الاجازه و هو ان الحكم بالصيحه موجب للانفساخ بقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه لان الموت قبل الاجازه تلف قبل القبض و كذا استحالته أيضا و دما و نحو ذلك ضروره صدق التلف مع زوال المائيه فيلزم من وجود العقد انحلاله نعم لو فرض حصول القبض و قلنا بجريان الفضولى فيه أيضا كان الحكم بالصيحه على الكشف صحيحا لكن حيث لا يكون الاجازه سفهيا كما اذا لم يكن للتالف بماء باق او اجره قابله للاستدراك و الا اشكل الصيحه على الكشف أيضا لان الاجازه ح بعد ملاحظه القاعده المذكوره سفه خارج عن مقاصد العقلاء لا يقبل الامضاء و قد لا يحتاج الى القبض الفضولى ح لأن فائده الصيحه مع الانفساخ أيضا تظهر فى النماء و الاجره و الحاصل انه متى فرض فائده الاجازه مع القبض او بدونه صح على الكشف و الا و قد تظهر الثمره فى تعلق حق الخيار و حق الشفعه و الزكاه و الخمس و الاستطاعه و نحوها من الامور المتعلقة بالاموال فلو كان المبيع معينا فى زمان العقد صحيحا فى زمان الاجازه ثبت الخيار على الكشف دون النقل و لو تبدل الشريك فى حال العقد بآخر فى حال الاجازه فحق الشفعه للأول على الكشف و للثانى على النقل و لو باع زكوايا قبل الحول فحال قبل الاجازه سقط الزكاه عن المالك على الكشف و ثبت على النقل و الثمن الزكوى أيضا كك فعلى الكشف سقط عنه الزكاه و اما على النقل فان قلنا بجواز تصرف المشتري بعدها فعلى الكشف يحسب من المئونه فى الخمس و على النقل يجب اخراج خمس و هكذا الى غيرها من الفروض التى يظهر فيها ثمره القولين و من ثمراتها أيضا جواز تتبع العقود فانه مبنى على الكشف دون النقل و يأتى توضيحه إن شاء الله

المسأله الثانيه لو قال المالك اجرت من هذا الان قاصدا عدم حصول النقل و الانتقال قبل الاجازه

لم يكن له ذلك على القول بالكشف كما انه لو عكس لم يفد على النقل لأن فائده

ص: ١٩٣

الاجازه انما هو حصول شرط الرضا و اما ترتب الاثر فهو من الاحكام الثابته للعقد فلا يتغير بقصد المجيز فان فعل ذلك اشكل صحه العقد لأنه فى الحقيقه غير راض لموجب العقد فلا يكون اجازه و يحتمل الصّحه لأن الرضا بالسبب يكفى فى ترتب الاثر و لو لم يرض بالمسبب فهو كما لو اجاز النكاح و لم يرض بما يترتب عليه من الانفاق و حل النظر و ساير الاحكام و الاول لا يخلو عن قوه

[المسأله] الثالثه الاجازه لا تورث

لعدم الدليل على كونها من الحقوق القابله للانتقال فهو كجواز الرجوع فى الهبه لا كجواز الفسخ فى الخيار فلو مات المالك بطل العقد لامتناع لحق الاجازه و ليس للورثه اجازه العقد السابق لأنه لم يقع على ماله بل وقع على مال الغير فيدخل فى مسأله

من باع ثم ملك التي عرفت الخلاف و الصواب فيها فان قلنا هناك بالصحة قلنا بها هنا

[المسألة] الزابعة اذا قبض الفضولى المبيع و قبض الثمن

فان اجاز العقد خاصه و وقع الاقباض و القبض السابقين باطلين و ان اجازهما أيضا فلا اشكال فى حصولهما لا لان القبض مما يقبل الاجازه فانك قد عرفت الاشكال فى ذلك سابقا بل لان الاجازه رضا باستمرار القبض فيكون كالاتداء و نقل فى محكى لف عن الشيخ ان المالك لو اجاز بيع الغاصب لم يكن له مطالبه الثمن من المشتري ثم ضعفه بان اجازته البيع ليست اجازته للقبض و كلامهما يوهمان جريان الفضولى فى القبض أيضا و يحتمل قويا حملهما على ما ذكرنا من حصول القبض بالاجازة من حينها لا من حين العقد و مما ذكرنا ظهر انه لا يختلف الحال بين الثمن الكلى و الجزئى خلافا لشيخنا قده حيث فرق بينهما بان الاجازة فى الجزئى يرجع الى اسقاط الضمان من المشتري فيصح و اما فى الكلى فمرجه الى جريان الفضولى فى التعيين و هو محل اشكال و يدفعه ان مرجعها فى الموضوعين على حصول القبض و التعيين من حينها لعدم الفرق بين الابتداء و الاستداه فى الامرين نعم يورد الاشكال فى ما لو كان القبض فى المجلس شرطا لصحة العقد فانه مبنى على جريان الفضولى فى القبض فان قلنا به نفذت الاجازة فيه أيضا فان اجازة فهو و ان اجاز العقد خاصه فقد ذكروا انه يكون اجازة للقبض أيضا تحصينا لفعل المسلم عن الفساد و هو حسن مع علمه بشرطيه القبض لا مع الجهل بالاشترط و ان قلنا بعدم جريانه كما هو الأقرب لم يجز عقد الفضولى فى الصرف و نحوهما بعد انقضاء المجلس

[المسألة] الخامسة ليست الإجازة على الفور

فله التوانى و التأمل فى الصيلاح و الفساد لعموم الأدله فان طال الزمان و تضرر الاصيل بالصبر فان قلنا ان له الفسخ قبل الاجازة مط كشفا و نقلا على احد الوجهين الماضيين فهو و الا لم يبعد الحكم بجواز الفسخ له دفعا هنا للضرر و لو كان العقد نكاحا أيضا لجواز الفسخ هنا و ان كان النكاح لا يقبل الفسخ بغير اسبابه المحصوره لعموم لا ضرر مع اختصاص؟؟؟؟

على عدم قبوله الخيار بغير المقام و هو غير بعيد و لو كان الزوج غائبا رفعت امرها الى الحاكم فان قلنا بجواز الفسخ للأصيل رخصه فيه ان لم نقل به مط او فى خصوص النكاح فليل انه يرسل الى المالك و يخيره بين الامضاء و الرد و ان تعذر عليه الارسال لجهل مكانه او نحوه باشر هو بنفسه الرد دفعا للضرر عليها و هو غير بعيد و هذا ليس من الطلاق فلو لم نقل باجبار الحاكم عليه او بجواز مباشرته الطلاق فى مثل المقام مما يوجب الاضرار عليها امكن هنا اثبات جواز الفسخ للضرر ثم لو كان فى فسخ البيع ضرر على المالك لم يبعد مباشره الحاكم للإمضاء أيضا حفظا

ص: ١٩٤

لمال الغائب عن الضرر بناء على الكشف فت

[المسألة] السادسة لو وقع عقد ان على مال واحد فضوله

فأما ان يتحد المحلّ او يتعدّد فان اتحد المحلّ و تنافى مفادهما كما باع اثنان مال رجل فضوله من رجلين على التعاقب فان اجاز احدهما ورد الاخر و لا- كلام و كذا لو اجازهما على الترتيب فانّ الاجازه الاخيره لاغيه كما لا يخفى و احتمال كشف الاجازه اللماحقه عن لغويه الاولى سخيّف لا- يلتفت اليه و ان اجازهما دفعه احتمال تعارض الاجازتين و بقاء العقدين على حالهما و يحتمل فساد العقدين كما عن وقف كاشف الغطاء و هذا على التقلّ صحيح و اما على الكشف ففيه نظر لأنّ الاجازه الاولى توجب خروج اللماحق عن اهليه الاجازه كما لا يخفى و اما اجازه اللماحق فهي على تقدير صحتها كاشفه عن فساد الاول لا عن عدم قابليه للإجازه فيجب الاحد بمقتضى الاول لوجود المقتضى و عدم المانع كذا محصل ما قيل هنا في تضعيف احتمال فساد العقدين و التحقيق أنّا لو قلنا بان الاجازه كاشفه عن الرضاء المقام و لو تقديرا كما هو المختار في تصحيح الكشف لزم الحكم بصحّه العقد الاول اذ لا منافاه بين مفاد الاجازتين الا ان مفاد اجازه العقد الثاني غير مفيد بشىء بخلاف مفاد اجازه العقد الاول فان لازمه حصول التقلّ و الانتقال من حينه توضيحه انّ غايه ما يستكشف من الاجازتين رضاء المالك بكلّ من العقدين فى الواقع و نفس الامر و هو يقتضى صحّه الاول و فساد الثاني لأنّ العقد السابق لما كان سابقا مع اقترانه بالرضاء التقديرى كان سببا لخروج المبيع عن ملك المالك و اما العقد اللماحق فهو و ان كان مقارنا للرضاء تقديرا أيضا الا ان الرضاء متعلّق بمال الغير فلا يفيد شيئا و اما لو قلنا بان الاجازه تحدث الرضاء من حينها و ان الكاشف عن صحّه العقد الفضولى سابقا هو هذا الرضاء اللماحق المنكشف بالاجازه فلا وجه لتصحيح الاول بعد مشاركته للثاني فى شرط الصّحّه اعنى الاجازه و دعوى سلامته اوفوا فى الاول من المعارض لأنّ صحته توجب خروج الثاني عن قابليه الاجازه بخلاف صحّه الثاني فانها منافية و مضادّه الصحّه الاول لا انها مخرجه له عن القابليه كلام ظاهرى لا روح له فى بادى الراى فكيف عمّا بعد الامعان ضروره خروج كلّ منهما عن قابليه الاجازه مع صحّه الاخر و ليس خروج الاول تخصيصا و خروج الثاني تخصّصا حتّى يرجح بقاعده ترجيح التخصيص على التخصيص متى دار الامر بينهما فلا- مناص على طريقه الناس من حدوث الرضاء بحدوث الاجازه من الحكم بتساقط الاجازتين و بطلانها بعدم المرجح ثم بعد ذلك بقى الكلام فى بقاء العقدين على حالهما او بطلانها كما عزى الى وقف كاشف الغطاء و لعلّه قاسه بالعقدين الصّادرين من الوكيلين لأنّ العبره فى التقارن بالجزء الاخير من السبب لا بالجزء الاول و الاجازه شرط فى صحه كلّ من العقدين السابقين المترتبين كشفا و نقلا بلا خلاف و المفروض حصول شرط كلّ منهما فى زمان حصول الاخر فيكون العقد ان المشروطان عند استكمال الشروط مضادّين معارضين فاسدين لعدم الترجيح كالعقدين الصّادرين من الوكيلين و فيه نظر لأنّه قياس مع الفارق حيث انّ عقدي الوكيلين تقارنا و هما جامعان للشّرائط فلا جرم يتعارضان و يبطلان و اما عقد الفضوليين فليس بينهما تقارن حتّى يبطلان بل التقارن انما هو فى شرطهما فغايه ما هنا بطلان الشّطين و سقوطهما عن الاعتبار فيبقى العقدان على حالهما من التوقّف على الاجازه فايهما اجاز ثانيا صحّ و فيه ان الاجازتين لا تنافى بينهما الا بملاحظه تنافى

ص: ١٩٥

المجازين فيكونان بحكم العقدين الجامعين للشّرائط فيتساقطان و هذا هو الأصحّ فظهر انّ اوجه الوجوه الثلاثه هو الثاني و ممّا ذكرنا يظهر حكم ما لو كان العقدان متقارنين هذا كله مع اتحاد المحلّ و لو تغاير المحلان مثل ان كان احدهما متعلّقا بالعين و الاخر بالمنفعه كالبيع و الاجازه فان كانت الاجازه سابقه صحّ العقدان كانت الاجازتان متقارنتان او كانت اجازه سابقه لعدم المنافاه بينهما لكن يثبت الخيار للمشتري مع جهله و لو كانت اجازه البيع سابقه بطل الاجازه فى حقّ المجيز و بقى موقوفه على اجازه المشتري و يعرف حال النكاح المجامع للبيع ممّا ذكر فى الاجازه فلو كان اجازته سابقه على اجازه البيع صحّ و يثبت

الخيار للمشتري و لو كان رهنا فاجازه قبل البيع بنى على صحته بيع الزاهن و ألغى اجازته البيع فلو اجازهما دفعه فالظاهر صحتهما غايه الامر كون المبيع متعلقا لحق الغير نظير كونه مسلوب المنفعه لو تقدم اجازته الاجاره و ليس هو من قبيل بيع الرهن المختلف فى بطلانه او توقفه على اجازته المرتهن كما يظهر بالتأويل و لو باعا من واحد فاجازهما دفعه واحده فهو كما لو باع الوكيلان دفعه فلو اتفقا فى البناء فلا- كلام و ان اختلفا بالزيادة و النقصان فى الثمن صحح الزائد لعدم المانع و كذا لو اختلفا بالزيادة و النقصان فى الثمن صحح الزائد لعدم المانع و كذا لو اختلفا فى الإطلاق و الاشتراط و احتمل بعض فساد العقدين لتضادهما فى الخصوصيه اعنى الإطلاق و التقييد فيكون كما لو باعا شيئين مختلفين و هو ضعيف لعدم التضاد و الثانى بينهما كما لا يخفى و احتمل أيضا صحه المطلق دون المشروط لخروج الشرط عن اركان العقود و سقوطه باعتبار التعارض و صحه ما فيه اثر زائد سواء كان مطلقا او مشروطا فلو كان احدهما مع الخيار و الاخر بدون صحح اللازم لأن اثره ازيد من اثر الاخر فيجب الاخذ به كما يجب الاخذ بالمشتب مع معارضه النافى و فى الاحتمالين ضعف واضح و الأصح ما قلنا و الله العالم

[المسأله] السابعه لو ترتب العقود على المبيع او على الثمن او عليهما

اشاره

فاجاز مالك المبيع او الثمن فالاجازه تارة تتعلق بالأول و اخرى بالوسط و ثالثه بالاخير و يختلف تأثيرها فى صحه العقود فى الحكم فقد يترتب على اجازته الواحد صحه غير واحد سابقا او لاحقا او هما معا و قد لا يؤثر الا فى صحه موردها و توضيح الحال فى ضمن صور يعرف حكم ما عداها من المقاييسه بها الأولى ان يتعدّد العقود على المبيع و فيها مسألتان الأولى ان يتحد البائع بان يبيعه الفضولى مرارا فباع لو لا من زيد ثم من عمرو ثم من بكر و هكذا فاجازه كل واحد لا تؤثر الا فى صحه نفسه و ليس له اجازته غيره على الكشف و للمشتري اجازته على النقل اذ لا- مانع منه سوى انه اشترى ثم ملكه فله ان يجيز العقد السابق على ملكه من غير اشكال لأنّ الإشكال المتقدم فى اشتراط مالكيه المجيز حين العقد كان مبيّنا على الكشف دون النقل فعليه لا يشترط مالكيته حين العقد بلا اشكال خصوصا اذا لم يكن البائع قصد البيع لخصوص المالك بل قصد المبادله بين المالكين الذين لا- خلاف ظاهرا فى صحته لكنّه اذا لم يكن اجازته احدهما رداً للآخر بان لم يكن عالما بغير المجاز او كان لكن لنا بعدم كون التصرف فى المبيع بالنقل رداً على احد الاحتمالين فى احكام الرد و الا لم ينفع اجازته المشتري لانحلال العقد برد مالكة حين العقد و صيرورته باطلا و ذكر فى جامع المقاصد فى نحو المسأله وجوها ثلاثه احدها ما قلنا و ثانيها الصّحه بدون اجازته و ثالثها البطلان بدون اجازته لتعدّد الإجازة من مالك المبيع الاصل

ص: ١٩٦

و لا- يخفى ضعف الوجهين خصوصا الأخير و يأتى نظير هذا الكلام فى نظير المسأله أيضا و على الكشف بنى جواز اجازته المشتري على صحه من باع ثم ملك و لا فرق فيما ذكرنا بين اجازته الاول و اجازته الثانى و الثالث

[فى تنابع العقود على المبيع]

الثانيه ان يتعدّد البيع مع تعدّد البائع بان باعه من زيد ثم باعه زيد من عمرو ثم باعه عمرو من بكر وهكذا فان اجاز الاول صحّ و صحّت العقود اللاحقه على الكشف من غير حاجه الى اجازته المشتري اذا كان جاهلا بكون البيع فضوليا و الاّ بنى على تقدّم فى مسأله ما لو باع مال ابيه بظنّ الحيوه فبان ميتا من التوقّف على الاجازة على احد القولين و أقواهما و ان اجاز الثانى صحّ و صح ما بعده لا ما قبله و هذا مورد ما يقال ان الاجازة فى العقود الواقعه على المبيع تفيد صحّه المجاز و ما بعده دون ما قبله على عكس الاجازة فى العقود الواقعه على الثمن كما يأتى دون الصورة الاولى و الميزان هو استلزام صحّه الاول لصحّه الثانى و ترتيبه على الاول دون وحده البائع و تعدّده كما قيل اذ يمكن فرض تعدّد البائع فى الصوره الاولى و وحدته فى الصوره الثانيه مع عدم بقاء الحكم المذكور على حاله اللهم الاّ ان يراد بالتعدّد و الوحده ما يعمّ الحقيقى و الحكيمى فيصحّ الميزان المذكور أيضا لان البائع الثانى فى الصوره الاولى يبيع فضوله عن المالك الاصلى أيضا فكأنّه صار المبيع الثانى من الفضولى الاول لاندراجهما تحت جامع الفضولى من غير مدخلية لخصوصيته كلّ منهما و كذا البائع فى الصوره الثانيه اذا فرض اتّحاد ثانيه مع اوله فان ذلك أنّما يكون مع قصد البيع للمشتري و كونه فضوليا عنه لا- عن المالك فكأنّما صدر البيع من المشتري لا من البائع فيتعدّد حكما هنا كما يتحد كك فى الاولى و كيف كان فلا اشكال فى فساد العقود السابقه لان صحّه بعضها تقضى بانتقال المبيع الى المشتري فى ذلك العقد فكيف ينتقل من طرف المالك الى المشتري فى العقد المجاز المتأخّر عنه لكن فى جامع المقاصد احتمال صحّتها بالاجازة على القول بالصّحّه فى من باع مال غيره فضولا ثم اشترى و هو حسن فى حق المشتري فله ان يخير بعد الشراء و اجازة المالك بعض العقود السابقه بناء على الصّحّه فى تلك المسأله اما فى حق المالك فيبطل كلها كما لا يخفى و لا اشكال أيضا فى صحّه العقود اللاحقه بامضاء سابقها فى الصوره الثانيه لكن يحتاج الى اجازة المشتري البائع لو كان عالما بفضوليه العقد الاول بناء على ما سبق من توقف طيب النفس على اجازة البائع لو كان مالكا فى الواقع غير مالك فى الظاهر و أنّما لم يسرحوا بذلك هنا اعتمادا على تلك المسأله او اختيارا للقول بعدم التوقّف فى تلك المسأله و قد حققناه فيما لو باع مال ابيه فبان ميتا عند العقد و اما على النقل فلا اشكال فى كون العقود الاخيريه فضوله محتاجه الى اجازة جديده لأنّ ملك البائع متأخّر عن زمان العقد ظاهر يجبر كما عرفت فى الصوره الاولى و احتمال فى جامع المقاصد الصّحّه بدون اجازة المشتري مترتب و لا ارى له وجهها على التّقل و اضعف منه احتمال الفساد لامتناع الاجازة من المالك المغضوب منه لان امتناعها منه لا يقدر بعد امكانها ممّن انتقل اليه و خصوصيته الغصب أيضا لا مدخلية لها فى لمقام كما لا يخفى

[فى تابع العقود على الثمن]

اشاره

الثالثه ان يتعدّد العقود على الثمن و فيها أيضا صورتان

الأولى ان يتعدّد العقد على ثمن واحد

بان باعه بفرس ثم باع الفضولى الفرس بدرهم ثم باع المشتري الفرس بدينار ثم باع من المشتري الثانى بكتاب و هكذا فان اجاز المالك البيع الاول احتاج الى اجازة بيع الفرس و ان اجاز ابتداء لمبيع الفرس كفى ذلك فى صحّه البيع الاول

من غير اجازته لتوقف وقوع البيع الثاني له على صحه الاول فاذا اجاز بيع الفرس صحت العقود اللاحقه على التفصيل المذكور فى الصوره الثانيه لاندرج العقود المتأخره عن بيع الفرس بعد الاجازة فى تلك الصوره

الثانيه ان يتعدّد على اثمان متعدده

بان باعه بفرس ثم الفرس بثوب ثم الثوب بدرهم ثم الدرهم بكتاب و هكذا و هذا عكس الصوره الاولى فان اجاز الاول اقتصر عليه و لا يصح ما بعده و ان اجاز الاخير صحّ و صحّ جميعها سبق و ان اجاز الوسط صحّ السابق دون اللاحق و هذا ما يقال ان اجازة العقد الواقع على الثمن تفيد صحه المجاز و ما قبله دون ما بعده فانه يحتاج الى اجازة جديده من المشتري فعلى القول بالكشف يتوقف صحته على مسأله من باع ثم اشترى فان هذه عكسها و على النقل له ان يجيز بلا اشكال و مما سمعته من المحقق الثاني من الوجوه الثلاثه تجرى هنا أيضا و لو اجتمعت هذه الصوره مع سابقها بان تعدّد العقود على الثمن الاول و على اتمامه المترتب فاذا اجاز بعض العقود الواقعه على ثمن الثمن لزمه صحه المجاز و صحّ جميع العقود السابقه لان اجازته تستلزم صحه الواقع على ماله و صحه العقود الواقعه على ثمنه و صحّ جميعها سبق من العقود الواقعه على اثمان الثمن الاول دون ما لحق فيكون ردا بالنسبه اليه و لو اجاز شيئا من عقود الثمن صحّ و صحّ ما بعده من العقود الواقعه عليه و اما العقود الواقعه على ثمنه فيحتاج الى اجازة ثانيا فلا يكون بالنسبه اليه ردّ اولا إمضاء فلو باع مال المالك بفرس ثم باع الفرس بثوب فباعه المشتري بكتاب و باع المشتري الثاني بدرهم و باع الثوب بدينار و باع الدينار بحنطه و باع الحنطه بارز و هكذا فان اجاز شيئا من العقود الواقعه على ثمن الثمن و هو الثوب و ما بعده صحّ المجاز و جميعها تقدّم دون فالحق فانه يصير مردودا فلو اجاز بيع الدينار بحنطه صحّ و صحّ جميع ما تقدّمه من العقود لأن صحته تتوقف على مضى بيع الثوب بدينار و هو يتوقف على صحه بيع الفرس بالثوب و هو يتوقف على صحه بيع ماله بالفرس و يستلزم صحه بيع الفرس بنفوذ جميع العقود الواقعه عليه و اما ما بعده و هو بيع الحنطه بارز فيبطل بالردّ و ان اجاز بعض العقود الواقعه على الثمن الاول اغنى الفرس صحّ هو ما بعده و يبطل ما سبقه من العقود الواقعه عليه و اما العقود الواقعه على ثمن هذا العقد المجاز او ثمن ثمنه فيبقى موقوفا على الاجازة فلو اجاز بيع الفرس بالثوب بقى بيع الثوب بالدّينار موقوفا فله ان يخبره أيضا و لا ينافيه اجازة بيع الفرس فظهر ممّا ذكرنا ان الاجازة هنا عند ترتب العقود بين خمس اقسام احدها ما يفيد صحه المجاز و ما سبق و ثانيها ما يفيد صحه و ما تأخر و ثالثها ما يفيد صحته و صحه ما تقدّم للتوقف و صحه ما تاخر للاستلزام ثم ما يفيد صحه ما سبق خاصه قد يكون ردا بالنسبه الى ما تأخر و قد يكون المتأخر موقوفا على الاجازة و امثله الكلّ صارت معلومه و عليك باستخراج حكم ما لم يذكر من الصور بالنظر و التامل فيما ذكر كما لو اجتمعت احدى العقود الواقعه على المبيع مع احدى الصور الواقعه على الثمن او مع صورتين منها فالمدار فى الكل على ملاحظه ما ذكرنا من التوقف او الاستلزام او الردّ او الوقوف فان توقّف صحه المجاز على صحه غيره صحّ كلاهما باجازه واحده ثم ما يتفرّع على صحه المجاز من العقود يلزم أيضا من غير اجازة لو كان البائع جاهلا بالفضوليه و الا توقف على اجازته بناء على ما سبق فى مسأله ما لو باع مال ابيه بظنّ حياته ثم بان وفاته و ما هو فاقد للتوقف و الاستلزام قد يكون مردودا

و قد يكون موقوفا على الإجازة على التفصيل المذكور قال العلامة في القواعد بعد الحكم بأن للمالك تتبع العقود المترتبة و رعايه مصلحه نفسه اذا لتصرف البائع الغاصب في الثمن و مع علم المشتري اشكال و هذا الاشكال قرر بوجوه عن قطب الدين و هو الرجوع الى تتبع العقود دون صحه البيع و وجهه ان ثمن المغصوب مباح للغاصب اتلافه و لذا لا يضمنه اتفاقا و لا يجب عليه رده الى المشتري بالمطالبه على احد القولين و اشترهما و بيع الغاصب للثمن بمنزله اتلافه كالباع الواقع على الماخوذ بالمعاطاه على القول بالاباحه لدخوله في ملكه قبل البيع زمانا فكيف يكون المغصوب به بعد تلف الثمن اجازة البيع الواقع على المبيع و انت خبير ان هذا الكلام سوق لبيان فساد اصل البيع الواقع على المبيع و لا دلالة فيه على كون الاشكال راجعا الى تتبع العقد اعني اجازة البيع الواقع على الثمن كما عزي اليه نعم هو مستلزم للإشكال في اجازة عقد الثمن أيضا كما صرح به المحقق الثاني حيث قال اي الاشكالين كان المراد يسرى في الاخر أيضا و ثانيها ما عن حواشي الشهيد بعد ان ذكر الأول أيضا من الرجوع الى اصل صحه البيع حيث ان مقتضى تسليط المشتري للغاصب على الثمن عدم دخوله في ملك مالك المبيع بالاجازة كما مر مفضيلا في خصوص بيع الغاصب و عن المحقق الثاني حمل العبارة على هذا خاصه و ليس كك بل ظاهره موافقه الشهيد في ذكر الوجهين بل لعله صريحه حيث قال و يمكن ان يكون الاشكال فيهما معا فيكون الفرق بينه و بين الشهيد على انه مبني على مانعيه الجمع و المحقق على مانعه الخلو و هذا هو الاظهر بعد التلازم بين الاشكالين الناشيين من كون الثمن مباحا للغاصب مسلطا على اتلافه و ثالثها ما عن الفخر في الايضاح و هو الرجوع الى التتبع على القول بالفعل دون الكشف اذ على الكشف لا اشكال في امكان اجازة المغصوب لعقد الثمن فانها تكشف عن سبق استحقاق المالك على تسليط الغاصب لكون سبب التسليط و هو الاقباض بعد العقد مؤخرا عن سبب الانتقال الى المغصوب منه فاذا اجاز العقد الواقع كشف ذلك عن انتقال الثمن اليه قبل الإقباض فنفذ اجازته لعقد مالا ثمان أيضا و اما على النقل فعدم نفوذ اجازته لعقد الثمن واضح بناء على ما عرفت من دخول الثمن في ملك الغاصب قبل بيعه انا ما فكيف يكون للمغصوب منه تملك ما اشتراه به بالاجازة فلاشكال ح يرجع الى التتبع اعني اجازة بيع الثمن الا ان منشأ الاشكال في كون الاجازة كاشفه او ناقله و عباره الايضاح و ان لم تكن صريحه في هذا الا انها ظاهره و فيها أيضا احتمال صحه التتبع على النقل أيضا نظرا الى احداث بيع الغاصب حقا للمغصوب منه في الثمن على النقل أيضا و هذا الحق سابق عن حق الغاصب الحاصل له بالتسليط عليه فاذا اجاز قدم حقه على حق الغاصب و كيف كان فلاشكال المذكور على جميع هذه التقادير هين جدا اما على تقدير رجوعه الى صحه اصل بيع الغاصب فلما عرفت سابقا مفضلا حيث بينا وجوه الأشكال فيها واجبنا عنها و محصلها منع منافاه علم المشتري بغصبيته المبيع لانشاء الشراء فان كان الاشكال في صحه المبيع من جهة عدم قصد البيع و الشراء حقيقه فهو باطل و امّا التسليط و الاباحه للثمن بالاقباض فهو و ان كان أيضا محل المنع لأنه ليس الا كالأقباض في جميع العقود الفاسده التي لا يترتب عليه الاذن و التسليط الرافعين للضمن لكن لو سلمناه نظرا الى الوجه الماضي سابقا و محصله ان هذا الاقباض ليس مبتيا على الوفاء بالعقد الواقع حتى يكون مثل الاقباض في العقود الفاسده في عدم افاده الاذن و التسليط بل المشتري

ص: ١٩٩

مع العلم بالغصب يكون مسلطا للغاصب على الثمن مع عدم الاجازة فيكون مقيد الاذن و التسليط لم يترتب عليه خروج الثمن عن ملك المشتري اذ التسليط ليس من التواقف الشرعية غايه الامر كونه مفيدا للإباحه في التصرف فالثمن باق على ملك المشتري على كونه مقابلا للمبيع فاذا اجاز المالك البيع فلا مانع من صحته و صيروره الثمن ملكا له و اما على تقدير رجوعه الى

المبيع على الكشف فلما عرفت هنا من انكشاف عدم التسلط باجازه المالك لعقد الثمن لوضوح كون التسليط معلقا على عدم اجازته المالك فاذا اجاز كشف عن سبق حق المالك لكن مقتضاه ضمان الغاصب للثمن للمالك لو اتلفه و قلنا بان التلف في العقد الفضولي لا يمنع عن لحوق الاجازة كما مر سابقا و اما على تقدير النقل فلعدم المانع من الالتزام بتعلق التسليط على عدم الاجازة فلا وجه لقبول الاشكال او الجزم بعدم التبع على النقل كما صدر عن الاعلام من أنه لا وجه للفرق بين الكشف و النقل في دعوى التعليق ضروره كون المتعلق مستفادا من شهاده حال المشتري المسلط فانها قاضيه بعدم تسليطه للغاصب على الثمن لو رضى المالك بالمبيع و اجاز و هذه الاستفاده حاصله سواء قلنا في الاجازة بالكشف او النقل و الحاصل ان اختيار المالك بعض العقود الواقعه على ماله او على ثمنه يكشف عن عدم دخول الثمن في ملك الغاصب عند الشراء حتى يكون اتلافا لأنه انما يكون كك و يكون نظير التصرف في المعاطاه على القول بالاباحه لو كان تسليطه له عليه و الاذن في الاتلاف فلا يكون الشراء اتلافا للثمن على الكشف و النقل

المقام الرابع في الرد

اشاره

و قد تقدم في شروط الاجازة اشتراطها بعدم الرد بطل العقد و لم ينفع بعده الاجازة على اشكال من سبق هناك لكنه على فرض تماميه لا يجعل الفضولي من العقود الجائزه لان جواز العقد عباره عن سلطنه العاقد على حله و فسخه فمتى ثبت جواز عقد من العقود لم يحتج في انحلاله بالرد الى دليل اخر و كذا لو ثبت تأثير الرد في هذا العقد لم يحتج جوازه الى دليل اخر فمتى اردنا اثبات الجواز في عقد فلا بد لنا من اقامه الدليل على احد امرين اما جوازه ابتداء و اما تأثير الرد في حله و في الفضولي ليس كك اذ لم يثبت من الادله خروج العقد الفضولي عن تحت البيع اللمازم مثلا حتى نقول ان رد المالك يوجب انحلاله و فسخه كما في العقود الجائزه بالذات كالهبة او بالعرض كالمشتمل على الخيار و لا يؤثر الرد في انحلاله حتى نقول انه دليل على جوازه بل بطلانه بالرد على وجه لا ينفع بعده الاجازة حكم تعبدى ثبت بالاجماع و ما سمعت سابقا من استدلالهم عليه بان الرد يوجب صيروره المالك اجنبيا عن عقد الفضولي فلا يتوجه اليه الامر بالوفاء بخلاف ما لو اجاز فانه يصير ح كالعاقد فيتوجه اليه الامر بالوفاء او هن شىء في المقام اما اولاً فلان توجه الامر بالوفاء لا يتوقف على صيرورته بمنزله العاقد ضروره عدم اختصاصه بالمتعاقدين بل يعم كل من له مساس و علاقه بالعقد و يكفي في مساس المالك و علقته بذلك كونه واقعا على ملكه حتى مرضى به توجه اليه الامر بالوفاء و اما ثانيا فلانه على تقدير تسليمه لا يقتضى لغويته الرضا بعد الرد و انما يكون كك لو كان الرد سببا لانحلال العقد كما في العقود الجائزه فان عدم الامر بالوفاء بمضمون العقد بعد الرد هنا عقلى فلا يحتاج الى دليل و لم يثبت من الادله انحلال العقد الفضولى و انقلاب ماهيته من اللزوم الى الجواز بالرد بل الثابت انما هو الاشتراك في فعلية التأثير بشرط الرضا كالقبض و ساير الشروط المتأخره في العقود فان لحقه الشرط اثره و الا بقى على لزومه

ص: ٢٠٠

ابدا و ان لم يكن مقيدا و هذا معنى بطلانه بالرد و الحاصل انه فرق بين انحلال العقد و بين فساده من عدم الشروط و الرد في الفضولى انما هو من الثانى دون الاول و مقتضاه انه متى تحقق الرضا توجه الامر بالوفاء و حصل النقل سواء كان مسبوqa بالتردد

او الكراهه او لا فلا بدّ في القول بعدم تأثير الاجازة بعد الردّ من التمسك بالإجماع على اشكال فيه سبق من أنّ كلامهم في بطلان العقد بالردّ ليس صريحا في عدم تأثير الاجازة بعده فراجع ما تقدم؟؟؟؟

و مما ذكرنا ظهر ان مقياسه الردّ في المقام بالردّ في العقود الجائزه هو فسخه و حله و بينهما بون بعيد و ان كان الثاني كاشفا عن الأوّل أيضا بخلاف الأوّل فأنّه ليس كاشفا عن الثاني و لا مستلزما له كما ستعرف و لعل الثمره يظهر في بعض المسائل الآتية اذا تحقّق ذلك فالكلام تاره في مواضع الردّ و شرائط تحقّقه و اخرى فيما يترتب عليه فهنا مقامان في كلّ مقام مسائل

الأولى [في مواضع الرد من مسائل]

الأول أنه لا اشكال و لا خلاف في تحقّقه بالإنشاء اللفظي

كقوله فسخت أو رددت أو نحو ذلك ممّا هو صريح في إن شاء الردّ و لو كان ظاهرا بمقتضى اللفظ فالظاهر أنّه كالصريح فاحتمال المجاز كاحتمال السيهو و النسيان لا يلتفت اليه و لو كان الظهور غير لفظي ففي الاكتفاء به اشكال بل منع قال الشهيد في محكي الحواشي و الردّ ان يقول فسخت و لو قال الأجير كان له الاجازة قلت و يشهد له خبر الوليده بل قيل أنّه المستفاد من ظاهر الاخبار و كلمات الاصحاب و عدم كفايته يمكن ان يكون لعدم صراحته او لعدم كونه ظهورا لفظيا او لافتقار الردّ الى إنشاء حل العقد و لا يتحقّق ذلك بمجرد الكراهه او عدم الرضا و الا كان عقد المكره غير قابل للإجازة و كان تقدّم النهي عن المالك أيضا و قد سبق ان الاقوى خلافه و في مقابل قوله ما عزي اليهم في باب الوكالة ان الموكل لو انكر الوكالة و حلف كان هذا ابطلا لعقد الوكيل و لا يفيد الاجازة اذا لحلف يدلّ على عدم رضائه بالعقد فيكون ردّا و التحقيق ما عرفت من ان الردّ هنا ليس كالردّ في العقود الجائزه في كونه إنشاء لحل العقد بل هو عبارة عن اظهار الكراهه و عدم الرضا و لا شكّ في دلاله قوله لا اجير على ذلك اللهمّ ألما ان يمنع دلالاته عليها ضروره اعميه عدم الاجازة عن ذلك لاجتماعه مع التردّد او انتظار وقت اخر نعم بناء على كون الردّ هنا مثله في العقود الجائزه أتجه ما قال اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر الثابت بالإجماع اذ الأخبار الواردة في بطلان عقد الفضولي بالردّ مثل ما ورد في النكاح لا يدلّ على كون الردّ سببا لانحلاله العقود الجائزه بعد مطابقه مضامينها للقاعده اعنى توقف الصّححه على رضاء المعقود له و كيف يدلّ عليه مع مخالفه للأصل و مع كفايه عدم الرضا في تعطيل العقد و عدم تأثيره و من الواضح عدم كون قوله لا اجير إنشاء للفسخ و ان دلّ على عدم طيب النفس لكنك عرفت ضعف المبني فالأصحّ كفايه قوله لا- اجير و امثاله في الردّ و ما استدّلوا به على عدم نفوذ الاجازة بعد الردّ من انقطاع علاقه المالك عن العقد بالردّ ان تمّ آت هنا أيضا لأنّه اذا اظهر الكراهه فقد انقطعت الرابطة و العلقه التي كانت بينه و بين العقد فتأثير الاجازة بعد ذلك يحتاج الى عقد جديد او دليل شرعيّ و ان لم يتمّ لم يتمّ و لو انشأ الفسخ لعدم الدليل على انحلال العقد به و مقتضاه ان لا يكون الاجازة مشروطه بعدم الردّ مط و يضعّفه أنّ مقتضى القاعده حسبما اشرنا اليه تأثير الاجازة متى وقعت اذ ليس الردّ هنا فسحا للعقد حتى يلغو بعده و دعوى انقطاع العلقه بعدم الرضا قد عرفت ضعفها فلو لا الاجماع قلنا بتأثيرها و لو

ص: ٢٠١

بعد إنشاء الردّ بقوله فسخت لكنّه خرج بالإجماع لو كان فيرجع فيما عداه الى تلك القاعده سواء اخبر بعدم الرضا أم لا لأنّ تأثير

الاجازة من الاحكام لا من الحقوق و لا دليل على زوال حكمها بغير المتفق عليه فلو قبل بعدم كفايه قوله لا اجيز لم يكن بعيدا

الثانيه الظاهر كفايه الفعل الصريح في تحققة

كما لو جعله المالك عالما بالعقد الفضولي قاصدا به رده في معرض البيع و قد مر في مسأله تتبع العقود ما يمكن منه تحصيل الاجماع على ذلك حيث قالوا ان اجازة عقد البيع تصحح المجاز ما بعده دون ما قبله و يدل عليه دخوله في قوله ع في النكاح الفضولي ان شاء اخذ و ان شاء تركه و أنه بعد اظهار الكراهه و الرد ينقطع علاقه بينه و بين العقد و يدل عليه أيضا فحوى ما تسالموا عليه من كفايه الفعل في فسخ العقود كالبيع و العتق و نحوهما و دعوى ان ذلك من حيث توقف صحتها عليه اذ لا بد من دخول المبيع في ملكه قبل البيع و هذا المعنى غير موجود في المقام مدفوعه بان توقف صحتها عليه لا يقضى بانحلال العقد السابق بل بفساد التصرف المذكور حيث وقع في مال الغير فليس هو الا لدلالته على الفسخ و كفايه الفسخ الفعلي فاذا ثبت ذلك في العقود الجائزه ثبت في المقام بطريق اولي لانه المدفع اهون من الرفع و هذا مبني على كون الرد في المقام فسحا لعقد الفضولي و الا فلا اولويه و لا تنقيح مناط لا مكان ان يقال ان عقد البيع لا ينحل برد الفضولي كالعقد الجائز و انما يفيد بطلان العقد من حصول شرط الرضا و هذا لا يقتضى سوى عدم صحه العقد السابق حال الكراهه و عدم الرضا فلا مانع من تأثير الاجازة بعد ذلك مع عموم قوله تعالى تَجَارَةً عَنْ تَرَاتُفٍ و نحوه من العمومات مضافا الى خصوص خبر الوليده الصريح في ذلك كما مر و عموم قوله ع في نكاح الفضولي ان شاء اخذ و ان شاء ترك و عموم و قوله في نكاح العبد بدون اذن سيده فاذا اجاز كان جائزا و لعل هذا هو ظاهر الشهيد أيضا لأنه اذا لم يقل بكفايه قوله لا اخبر في لغويته الاجازة فكيف يقول به في تعريف المبيع للبيع بل يدل عليه ما مر من صحه عقد المكره و صحه عقد الفضولي مع سبق المنهى فانه ان لم يكن الكراهه المقارنه مانعه عن تأثير الاجازة لم يكن عدم الرضا المنكشف من القرائن أيضا مانعا لعدم الفرق نعم لو أنشأ الفسخ صريحا التجانا الى عدم تأثيرها بعده للإجماع لو كان لا لانقطاع العلاقه لضعفها كما مر و في كتاب الاستاد قده نسبة دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في الرد الى بعض معاصريه و ان لم اجده في كتابه بل الوجود فيه اجمال قيام الاجماع على اعتبار كاشف من قول او فعل فالقول بعدم كفايه الفعل في الفضولي على وجه لا ينفع الاجازة بعده قوى جدا

الثالثه لو ائلف المالك المبيع كان هذا ردًا لانتفاء الموضوع

فلا يبقى للإجازة محل كذا ذكره غير واحد و هذا لا ينافي ما مر سابقا في ثمرات الكشف و النقل من ظهور الثمره بينهما في صورته تلف المبيع او خروجه عن المائيه بعروض النجاسه فيصح على الكشف دون النقل فلا وجه لإرسال كونه ردًا ارسال المسلمات كما في كتاب الأستاذ و التحقيق ان يفصل بين صورته علم المالك بعقد الفضولي و جهله فعلى الاول يكون ردًا على القول بكفايه الرد الفعلي و في الثاني بنى على الكشف و النقل و لو كان التصرف يباعا بقى موقوفًا على اجازة المشتري لو اجاز المالك بعد البيع للبيع الاول

الرابعه لو كان التصرف فيه غير مخرج له عن الملك

كالإجاره و الاستيلاء و التزويج ففي كتاب الاستاد قدّه كونه ردًا أيضا كالمخرج عن الملك لان صحّه ذلك التصرف مناف لصحّه الاجازه فاذا فرض صحته لزم الحكم بفساده سواء علم المالك بالعقد الفضولي أم لا و هذا على النّقل و جيه لان التصرف اللّاحق لا مانع

ص: ٢٠٢

منه لا مانع منه لا ظاهر اولا واقعا فلا بدّ من الحكم بصحّته فاذا صحّ امتنع شرعا و عقلا صحّه الاجازه على وجه يدخل المنفعه فى ملك المشتري و اما لا على هذا الوجه صحت فيكون بيعا للمبيع مسلوب المنفعه فى مدّه الاجازه و اما على الكشف فالتحقيق ما عرفت و فى كلام الاستاد قدّه تشويش و اضطراب لان أوّل كلامه ظاهر او صريح فى كونه ردًا على الكشف أيضا و اخره يصرح بصحّه الاجازه على الكشف و فساد التصرف اللّاحق و هذا هو الأصحّ

الخامسه لو تصرف فاسدا

ففى كونه ردًا مع الجهل بفساده على القول بكفايه الرّد الفعلى و عدمه وجهان مبنيان على ان إنشاء هذا العقد الجائر هل هو كإنشاء فسخره و حلّه أم لا و لذا استشكل العلّامة فى محكى القواعد فى بطلان الوكاله لو تصرف الموكّل فاسدا كالبيع الفاسد مع الجهل بفساد البيع و نقل عن جامع المقاصد و الايضاح توجيه الأشكال بما ذكر و اما كون انكار الطّلاق رجوعا فهو اجنبى عن المقام لان الطّلاق ليس من العقد الجائر و أنّما هو مشروط بعدم رجوع الزوج او ما هو بمنزله كإنكار الطّلاق لدلالته على اراده الزوجيه فيكون رجوعا اى مبطلا لأثر الطّلاق لا فسحا له هذا على طريق القوم و اما على ما اخترنا فالامر هين لأنّ إنشاء الضدّ لا يدلّ على كراهه ضدّه و أنّما يدلّ عليها على تقدير العلم بها فلا وجه لكونه ردًا

المقام الثّانى فيما يتعلّق بالرّد من الاحكام و هنا أيضا مسائل

الأولى لو رد البيع فى البعض خاصه نفذ فى المجاز دون المردود

بناء على ثبوت التبعض فى الصّفقه و استرد المشتري بمقدار ما يحض المردود من الثّمن لو كان دفعه الى الفضولى او البائع و الا دفع من الثمن ما يحض المجاز و طريقه معرفه مقدار ما يخصه فى ذوات القيم ان يقوم كلّ منهما منفردا ثم ينسب فيه المجاز الى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثّمن بتلك النسبه و لا يؤخذ منه تمام قيمته للزوم الجمع بين الثمن و المثلث فى بعض الاحيان كما لو كان قيمه كلّ منهما منفردا خمسه و كان الثمن أيضا ككك فلو اخذ المالك من الثمن تمام قيمه المجاز لزم المحذور فلا بدّ من ملاحظه النسبه و الاخذ من الثّمن بحسبها فى المفروض يأخذ اثنين و نصفاً لأنّ مجموع القيمتين عشره و نسبه الخمسه الّتى هى قيمه ماله منفردا اليها نصف فيأخذ نصف الثّمن و للأصحاب عبارات شتى فى بيان التقسيط مفادها جميعا ما ذكرنا و لو بغايه فى بعضها هذا اذا لم يكن للهيئه الاجتماعيه قيمه كمصراعى الباب و زوجى الخف و الّا فى ملاحظه مجموع القيمتين او قيمه المجموع و جوه او اقوال اشتهرها الأوّل فلو كان قيمه المجموع عشره و مجموع القيمتين فى حال الانفراد اربعة اخذ المالك نصف الثّمن لأنّ نسبه قيمه كلّ واحد و هو اثنان الى مجموع القيمتين هو النّصف و لو لوحظ قيمه المجموع اخذ خمس الثمن

لان نسبة قيمه ماله منفردا الى قيمه المجموع هو الخمس و الاول هو الأصح لأن الهيئه كسائر الاوصاف لا يقع بازائه شىء من الثمن فى المعاوضات و ان كانت مضمونه فى الغرامات فالثمن أنما وقع فى قبال ذات المالىن و مقتضاه استحقاق المالك نصف القيمتين لو كانتا متساويتين او كسرا اخر لو كانتا مختلفتين و دعوى كونه ظلما على المشتري لأنه بذل بعض الثمن بازاء الهيئه فاخذ نصف تمام الثمن منه ظلم عليه بل لا بد من تثليثه و اخذ الثلث منه ورد الثلثين عليه اذ لم يسلم له الا ثلث ما بذل عليه الثمن فلو كان الثمن فى الفرض المذكور سته اخذ منه اثنان لأنه الذى بذله فى مقابل المجاز و اما الثلثان الاخر ان فأنما بذلها فى مقابل الهيئه و المردود مدفوعه بان المشتري أنما بذل الثمن بازائهما منفردين و لم يبذل فى مقابل الهيئه شيئا و ان كان لها دخل فى البذل فان

ص: ٢٠٣

كان عالما بكون البيع فضوليا فقد اقدم هو على ضرره حيث اشترى بازيد من القيمة نظرا الى الهيئه التى لم تسلم له فلا باس و ان كان جاهلا- بخبر ضرره بالخيار مع أنه معارض بلزوم الظلم على البائع لو لا حظنا فى النسبة قيمه المجموع فإنه لا يأخذ ح الا خمس الثمن و هو واحد و خمس مع كون قيمه ماله اثنان فى المثال المفروض و دعوى جبر ضرره بالخيار أيضا لا وجه لها بفسادها و ان قال به بعض فى من باع ملكه و ملك غيره فضوله فرد الغير و تبعض الصيغه لذلك و الحاصل ان طرق التقسيط ملاحظه قيمه كل منهما منفردا و نسبة قيمه احدهما الى مجموع القيمتين لتالى قيمه المجموع سواء كان لواحد او لاثنين و اما الوجوه الاخر فمنها ما يوهمه عبائر الشرائع و القواعد و اللعمه من ملاحظه قيمه المجموع مط حيث قالوا أنهما يقومان جميعا ثم يقوم احدهما فان ظاهر قولهم جميعا حالا للضمير ملاحظه الهيئه الاجتماعيه اذ لو كان المراد تقويمها جميعا ملاحظه قيمه كل منهما منفردا لم يحتج الى قولهم جميعا حالا- و لا الى قولهم ثم يقوم كل منهما منفردا و تنسب قيمته الى قيمه المجموع او ان يقولوا ثم ينسب قيمه احدهما الى قيمه المجموع بل فيه تكرار بلا- طائل لأن ملاحظه قيمه كل منهما منفردا يعلم منها قيمه احدهما فلا معنى تقويمها ثانيا و مما يدل على ظهور كلامهم فى ملاحظه المجموع ايراد المحقق الثانى و غير واحد ممن تأخر عليهم بان هذا لا يتم فيما لو كان للاجتماع و دخلا فى زياده القيمة اذ يلزم ح الظلم على المشتري بناء على ما ذكرنا من عدم وقوع شىء من الثمن فى مقابل الهيئه و زاد بعضهم ايرادا اخر و هو لزوم الجمع بين الثمن و المثل فى بعض الاحيان كما لو كان الاجتماع سببا لنقصان القيمة و مثل بما لو اشترى جاريه مع بنتها و كان قيمه كل منهما منفردا اكثر من قيمتهما مجتمعا ففى مثله يلزم الجمع بينهما اذا كان قيمه المجموع بقدر قيمه كل واحد او قيمه المجاز لان النسبة بينهما ح التساوى و مقتضاه اخذ تمام الثمن من المشتري بخلاف ما لو لوحظ مجموع القيمتين فإنه يأخذ ح نصف الثمن كما لا يخفى و لعس اقتصارهم فى المؤاخذة على ظاهر عباراتهم على الايراد الاول ندره فرض تساوى قيمه كل واحد مع قيمه المجموع و ان نقل عن رهن جامع المقاصد التصريح بذلك الفرد النادر و التمثيل بالمثال المذكور و الحاصل ان كلامهم ظاهر فى خلاف الوجه الاول حتى ركن اليه غير واحد ممن يأتى فاحتملوا التقسيط على الوجه الثانى فلا بد من التاويل و ارجاعها الى الوجه الاول المصرح به فى محكى السيرائر و الارشاد و غيرهما اما بحمل قولهم جميعا على انه يؤخذ قيمتها جميعا لا أنه يؤخذ قيمه جميعها و حمل قولهم ثم يقوم احدهما على أنه ينسب قيمه احدهما او يحمل اطلاقهم على صورته عدم مدخليه الاجتماع فى القيمة او يحمل قولهم ثم يقوم احدهما على تقويمه فى حال الاجتماع فإنه يؤل أيضا الى الوجه الاول اذ لا فرق بين ابقاء الهيئه الاجتماعيه راسا فى تقويمهما مع ملاحظه نسبة قيمه احدهما الى مجموع القيمتين و بين مراعاتها فى تقويمهما مع مراعاتها فى تقويم احدهما أيضا فان العائد الى

المالك في مقابل المجاز شىء واحد كما لا يخفى و القرينه على لزوم التاويل امران احدهما ما عرفت من كون الهيئه كسائر الاوصاف فى عدم وقوع شىء من الثمن فى مقابلها فى المعاوضات و ثانيها ما فى كلامهم من القرينه لأن بعضهم كالشاهد فى اللّمعه قال يأخذ المالك من الثمن بالنسبه و بعضهم كالمصنّف قال يسترجع المشتري فيه كك مع وضوح الاختلاف بين الوجهين كما اذا فرضنا قيمه المجموع عشره و قيمه كل واحد اثنان و الثمن خمسّه فان اخذ المالك بالنسبه اخذ واحد لأنّ نسبه قيمه احدهما و هو الاثنان الى العشره هو الخمس و يرد الاربعه

ص: ٢٠٤

المشتري و ان استرد المشتري بالنسبه عكس فيأخذ واحد او يدفع الى المالك الاربعه و هذا اختلاف فاحش لا بدّ من التعرّض له مع أنّه لم يتعرّضه احد فيه شهاده على ارادتهم التّقسيت على الوجه الأوّل فإنّ الحال لا يختلف بناء عليه كما لا يخفى و منها ما فى الرّوضه و المسالك من التّفصيل بين ما لو كانا لمالكين فقيّد فيه اطلاقهم بملاحظه المجموع بما اذا لم يرد قيمه بسببها و بين ما لو كان للمالك واحد فاحتمل فيه بقاء كلامهم بحاله قال فى المسالك و لو كان للمالك واحد ففى تقويمهما مجتمعين كالغاصب او منفردين كما لو كانا للمالك واحد نظر قلت وجه التّظر غير ظاهر الا- ما ربما يقال انّ كلّ مالك لا يستحقّ الّا قيمه ماله منفردا فلا وجه لملاحظه قيمته الهيئه أيضا عند التّقسيت اذا كانا لمالكين بخلاف ما لو كانا للمالك واحد فإنّ الهيئه من توابع ملكه فيكون أيضا مملوكه له أيضا و ضعفه ظاهر لأنّ وحده المالك لا- مدخله لها فى مملوكيه الهيئه و كونها من توابع الملك أيضا مشترك بين الصّورتين و أنّما الفرق هو الاختصاص و الاشتراك و منها ما فى حاشيتها الديلماج قال هذا يعنى تقويم كلّ منهما منفردين اذا زاد القيمه بالإجماع اذا رضى المالك ببقائها مجتمعين كما كان لثلا ينقص ماله بالانفراد و الّا فالعمل باطلاقهم ليس ببعيد الى اخر ما قال فى توضيحه فراجعه و محصله على ما فهمت ان المالك اذا اراد تفريق ماله يدخل الضّرر على المشتري لورد اليه قيمه المردود خاصّه بدون ملاحظه حال الاجتماع فلا- بدّ من ملاحظه قيمه الهيئه أيضا ورد ما بازائها اليه و يضعّف بما مرّ من جبران الضّرر بالخيار و منها ما عن الكفايه و محصّله من العبارة المحكيه أيضا ملاحظه الهيئه الاجتماعيه اذا كان لها دخل فى زياده القيمه و تقويم المملوك المجاز تمّ نسبه قيمتها الى قيمه المجموع و فرض المسأله فيما لو باع ملك غيره مع ملكه فيرجع حاصله الى اختيار ما احتمله فى المسالك من التّفصيل بين تعدّد المالك و وحدته و قد اخذ الاخير اعنى تقويم المملوك من اللّمعه و قد عرفت ان المص عكس و لاحظ فيه غير المملوك و ان الفرق بينهما فاحش لو قوما مجتمعين و هذا هو الحقّ لأنّ الهيئه لم تسلم للمشتري فله استرداد ما قابلها من من الثمن و لو قوم غير المملوك لم يرد اليه سوى قيمه المردود منفردا و يبقى للمالك قيمه ماله منفردا و قيمه الهيئه و هو ظلم و ان كان ملاحظه قيمه المملوك أيضا ظلما عليه الّا أنّه دونه كما عرفت لكن المبنى و هو ملاحظه القيمه فاسد كما مرّ و منها ما نقله بعض مشايخنا عن بعض مشايخه من تحقيق اطلاق الاصحاب اذا ردّ الغير و اختار اختيار المحقق و الشّهاد الثانيين اذا اجاز و لعلّ وجهه أنّ مع ردّ الغير لا يستحقّ المالك سوى ما يقع بازاء ماله منفردا فلا يعزل شىء من الثمن بإزاء الاجتماع بل يرد الى المشتري لعدم سلامته له و مع الاجازه يستحقّ ذلك مع الزّياده لسلامه الاجتماع للمشتري فيلزم عليه دفع تمام الثمن فيأخذ كلّ منهما حصته و قد ظهر ضعف الشقّ الأوّل ممّا مرّ و اما الشقّ الثّانى ففى اطلاقه نظر لما يأتى من أنّ الأقوى ملاحظه الاجتماع فى التّقسيت مع اجازة الغير اذا اختلف الما لان فى القيمه لثلا يرد الظلم على احدهما اذ مع اختلافهما فى القيمه حال الانضمام يختلف كيفيه القيمه باختلاف القيمه باختلاف الوجهين كما يظهر بالتّفصيل بالعكس اولى و منها ما

اختاره بعض المحققين فيما كتبه فى الفصولى فأنه مع النص على كون الاجماع كسائر الاوصاف فى انه لا- يقابل بالثمن فى المعاوضات ردًا على من قال بتثليث الثمن هنا و ان ضرر المشتري مع الجهل ينجبر

ص: ٢٠٥

و قد تقدّم الاصحاب ينزل عليه و ان مرجعه أيضا الى مقاله المتأخرين لكنه اجاب عن ذلك بابداء الثمره فى صورته كثيره منها ما لو اختلف قيمه كل منهما فى حال الانضمام كما لو كان المجموع قيمته تسعه و قيمه كل واحد منفردا ثلاثة و قيمه احدهما فى حال الانضمام اربعة و قيمه الاخر خمسة فهنا يظهر الثمره بين مختاره و مختار المتأخرين لان مقتضى مختارهم ان لا يستحق المالك من الثمن الا نصفه و مقتضى مختاره استحقاق الأزيد اما الأول فلان نسبه قيمته كل واحد الى مجموع القيمتين هو النصف فيأخذ المالك نصف الثمن و هو الثلاثة و اما الثانى فلأن المالك اذا اخذ نسبه قيمه ماله منضمما الى قيمه المجموع اخذ أقل من الثلاثة اذا كان قيمه ماله فى حال الانضمام اربعة و اخذ اكثر من نصف الثمن اذا كان قيمه خمسة و هكذا اذا نقص المجموع بالاجتماع و اختلف النقصان و لم تكن فى المالىن على تسق واحد و ان استحقاق المالك على طريقتهم بقاء استحقاقه على طريقتهم كما يظهر بالتأمل هذا ملخص ما استفدنا من العبارة المغلوطة و بقى خصوصيات اخر غير مستفاده لغلط النسخه و فيه ان المشتري لم يبذل الثمن بازاء الاجتماع و ان كان له دخل فى زمان القيمه حسبما اعترف به فليس له استرداد شىء من الثمن لفوات صفه الاجتماع فان استقر بنصف الثمن فى مقابل المجاز له الخيار مع الجهل و الا فلا و عليك بالتأمل و لو كان المبيع مشتركا بين البائع و غيره فباع الكل لوحظ فى تقسيط الثمن نفس المجتمعين لا قيمتها فان كان بينهما بالنصف نصف الثمن و ان كان بالثلث فكك و لا يلاحظ القيمه الا اذا كانت النسبه بين القيمتين مغايره للنسبه بينهما كما اذا كان للبائع الثلث و الاخر لثلثان او بالعكس و كان قيمه الثلث منفردا أقل منه منضمما الى الثلث الاخر فيلاحظه النسبه بين القيمتين المالىن و لو كان المالىن مثلين فان كانا من جنس واحد متساوى الاجزاء فى القيمه لوحظ النسبه بين المالىن فيؤخذ بتلك النسبه من الثمن و ان كانا من جنسين فطريق التقسيط حينئذ ملاحظه القيمتين كما فى القيمتين و الله الهادى الى سبيل الرشاد

المسأله الثانيه لو قلنا فى كيفيه التقسيط مع اجازة الغير

بطريق المتأخرين من ملاحظه قيمه المالىن منفردا لا- مجتمعين فهل تقول به مع الاجازة أيضا وجهان بل قولان محكيان من ان حصه الاجتماع لا تقابل لشىء من الثمن فلا يلاحظ فى تقسيط الثمن بينهما و من أنها صارب سبيلا لزياده القيمه و قد سلمت للمشتري و هى مشتركه بينهما فلوا عمل لزم الظلم و الإجحاف احيانا على احدهما كما لو تساوى المالىن قيمه فى حال الانفراد و اختلفا مع الانضمام فاذا اهملت الصيغه فى التقويم لزم الغرر على من زاد قيمه ماله بسبب الانضمام و هذا هو الأصح كما لو باع الوكيلان او الوليان او اصيل او وكيل صفقه فيقوم المجموع ثم يقوم كل منهما فى حال الانضمام ثم ينسب كل منهما الى قيمه المجموع و يأخذ كل منهما بنسبه ماله عن الثمن وفاقا لبعض المحققين

الثالثه لو كان المبيع مشترك بين مال البائع و مال غيره

كما لو باع غنما و كان مشتركا بين عبده و عبد غيره فظاهرهم البناء على تنجر العقد و نفوذه في ملكه فلا يكون فضوليا بحسب ظاهر الحال و عن فخر الدين دعوى الاجماع عليه و لعله لحمل فعل المسلم على الصّحة فانه يصلح قرينه لتعين المشترك كما لو اوصى بعق عبد كان مشتركا بين كافر و مسلم و ان لم تصرف

ص: ٢٠٦

و ان لم يصلح قرينه للصرّف كما لو اوصى بعق حمار فلا يحمل على عبد مراعاة لصّحه الوصيّه و الفرق بين التعيين و الصّرف و ان كان لا يخلو عن دغدغه الا أنّها مدفوعه بالتأمّل و الانصاف و لو بعد ملاحظه بناء الاصحاب او لأنّ اطلاق التّمليك يقتضى الاصاله و التّنجيز او لأنّ الفضوليّه بينه على قصد البيع للغير او جعل البائع نفسه بمنزله الغير و كلاهما مخالفتان للأصل او لان الفضولي غير قاصد لمدلول البيع فيدفع بمقتضى ظهور اللفظ في العقد كما عن المسالك و فيه نظر كما لا يخفى بل المتّجه غيره من الوجوه

الزايه لو كان المبيع مشتركا بينهما من مال البائع خاصه و بين ما هو مشترك بينه و بين غيره

كما لو باع من له نصف الدّار نصفها من غير تقييد و اضافه الى نفسه فالمعروف فيه هو الحمل على التّنجيز و عن فخر الدين التّسويه بينه و بين القسم الأوّل و يدلّ عليه جميع ما مرّ في سابقه و لكن يعارضها اصاله الإطلاق في لفظ البيع فان مقتضى الاطلاق هو النّصف المشاع دون النّصف المختصّ بالبائع ضروره احتياجه الى القيد المنافي للإطلاق و ظهوره مقدّم و حاكم على ما مرّ في السّابق من الأصول كما في كتاب الأستاذ و ان كان فيه تأمل نظرا الى منع التحكيم الا اذا كان اقوى من ظهور العقد في الأصاله الا ان يمنع الإطلاق و يدعى انصراف المبيع الى ما هو مختصّ بالبائع كما هو اعتمد عليه غير واحد و لا يخلو عن قوّه و ظاهر الأستاذ قدّه في كتابه التوقّف من التوقّف فيما ادّعوه من الانصراف كان مقتضى القاعده عند الحمل على المشاع فيكون فضوليا في ربع الدّار و كيف كان فمقتضى القاعده الحمل على الاشاعه اذا كان البائع متصرّفا في تمام الدّار تصرّف الملاك ثم ظهر بعد البيع نصفها مستحقا للغير لان شيئا من الوجوه المذكوره القاضيّه على الحمل على النّصف المختصّ لا يأتي هنا كما صرّح به بعض المحققين من التّسويه بين الصّورتين و ان البيع يرجع الى النّصف المختصّ بالبائع في هذه الصّوره خال عن الوجه اذ لا اشكال و لا خلاف ظاهرا في ظهور الكسور في المشاع الا ان يكون هناك قرينه صارفه او معينه من دعوى الانصراف او التّمليك في الأصاله او نحوهما و شىء من ذلك لا يأتي مع زعم البائع استحقاق تمام الدّار و لأجل ما ذكرنا لو اقرّ احد الشّريكين فيها لآخر بمثل نصيهما او اكثر حمل على المشاع فلو اقرّ مثلها ينزل على الاشاعه و مقتضاه ان يكون النّصف الذى بيده بينه و بين المقر له نصفين و لا ينزل على الثلث ممّا في يده و ثلث ما في يد شريكه حتّى يكون الشّركه فيما بيده على التّثلث بان يكون الاقرار نافذا في ثلثه خاصه لأنّ ظاهر لفظ الثلث الاشاعه و مقتضى استحقاق الغير له ثلث الدّار على نحو الاشاعه ان يكون كلّ جزء منها بينه و بين شريكه و بين المقر له اثلاثا فيكون ما في يده أيضا بينهما اثلاثا و اما الشّريك فهو باعتبار استيلائه على ازيد من حقه ظلما على المقرّ و المقرّ له لا يزاحمهما فيما بيده فيقسمانه حسبما يعتقده المقرّ و هو النّصف لتساويهما في الاستحقاق و مقتضاه التنصيف في كل جزء منها و هكذا لو اقر له بالنّصف فيكون أيضا بالاشاعه فيكون للمقرّ له ثلثا نصفه و له الثلث لأنّ مقتضى الاقرار المذكور ان يكون للمقر له جزءان و له جزء واحد في كلّ جزء من الدّار حيث أنّه

يستحق الرّبع و المقرّ له يستحق الرّبعين فيكون كلّ جزء له واحد و للمقرّ له اثنان لا- التّثلث و ممّا ذكرنا ظهر الفرق بين ما لو صرّح المقرّ بعدم الاشاعه بان يقول لك ثلث ما تحت يدي و ثلث ما تحت يد شريكى او كان يده على نصف الدار المعين كيد الشريك فاعترف بثلث كلّ التّصنيفين و بين ما نحن فيه فان المقرّ له لا يستحقّ فى الصّورتين سوى ثلث ما فى

ص: ٢٠٧

يد المقرّ بخلاف ما لو اقر بالثلث مع عدم التّقييد بثلث نصفه و عدم التّمييز الخارجى و كان يده و يد شريكه على لا مجموع الدّار فانّ المقرّ له ح يستحق على الغير نصف ما فى يده لا ثلثه و بهذا يمكن التّفصيلى عما اورده من الاشكال فى المقام من مخالفه هذه القاعده لما ذكره فى باب الاقرار و الارث من انّ احد الاخوين لو اقر بثالث و انكره الاخر شارك المقرّ له للمقرّ فيما بيده بقدر ما زاد من حقه و هو السدس و لا يشاركه بالتّصف كما تقتضيه القاعده المشار اليها فى المقام و وجه التّفصيلى انّ الاقرار بالمسبب فانّ الثّانى لا- معنى له سوى الاشاعه القاضيه بالتّصف فى نصفه بخلاف الأوّل فأنه ليس اقرارا بالثلث المشاع صريحا حتى يكون مثل الأوّل و أنّما يدلّ عليه بالالتزام و هو ممنوع بعد ما عرفت من اختلاف الحكم باختلاف صوره الاقرار فينزل على الواقع اما لظهوره عرفا فى ذلك بدعوى كون الاقرار بالاخوه بمنزله الاقرار باستحقاقه سدسا عليه و سدسا على اخيه المنكر عرفا او لكونه اعم و عدم ظهوره فى شىء من الوجهين فيؤخذ بالقدر المتيقن و هذا التّفصيلى اولى من الالتزام بمخالفه مسأله اقرار الشريك لها عكس الأوّل للإجماع كما احتمله بعض مشايخنا قدّه هذا كله بناء على الالتزام بالتّفكيك بين المسألتين و هو غير واضح لما فى النّص الدال على التوزيع فى الاقرار بالاخره من الضّعف دلالة و سنداً و لذا استشكل فيه غير واحد اعراضا عن النّص مراعاة للقاعده المشار اليها فى بابى الاقرار و الارث من اراد تحقيق الحال فيها نعم فى كتاب الاستاد قدّه التّفصيلى فى المقام من ظهور التّصف فى المشاع لو حلّى و طبعه بما ذكره جماعه كالشّهيدين و الفاضلين و غيرهما أنّه لو كان صداق المرأه عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطّلاق استحق الزوج بالطلاق تمام التّصف الباقي لا نصف الباقي و قيمه نصف الوجوب و ان احتملوا ذلك أيضا مع انّ قضيه الاشاعه استحقاق الزوج نصف الباقي و قيمه نصف التّألف ثم اجاب بامكان منع اقتضاء الاشاعه صيروره العقد فضوليا فى الرّبع فى المقامين نظرا الى ان كون النصف مشاعا بمجرد لا يقتضى تعلق العقد بحق الغير بل يتوقّف على ملاحظه مجموع الحقين و الا فليس مقتضاها سوى قابليه صدق التّصف على كل واحد من التّصنيفين نصفا لعاقده و نصف الغير فيبقى ظهور التّمليك فى الاصله سليما عن المعارض اعنى ظهور لفظ العقود عليه فى التعلّق بحقه و حق الغير و استشهاد عليه بما ذكره فى وكيل السلف من أنّه لو باع كلا موصوفا مط من غير تقييده بذمّه الموكل انصرف الى نفسه و وقع العقد له لأنه باع مملوكا له فصرفه الى الغير لا وجه له قلت توضيح الجواب انّ التّصف و غيره من الكسور امر كلّى له ثلثه افراد احدها ماله الناقل خاصه و ثانيها مال شريكه و ثالثها المركب من المالىن فان اريد بالاشاعه هذا المعنى فهو لا يقتضى كون العقد فضوليا كبائع السلف لأنه نقل شيئا مملوكا له فلا وجه لصرفه الى الغير منضمما او منفردا و ان اريد بها كونه مركبا من المالىن فهو ممنوع ضروره خروجه عن حاق معنى النّقل الكلّى المطلق و على هذا قد يتمّ توهم المعارضه بين الشهورين الاطلاقى او الانصرافى الّذى قرّرها فى المسأله و بين ظهور لفظ النصف فى المشاع بل الوجه هو حمل العقد على التّخيير مط فى البيع و الهبه قلت يردّ عليه أنّه مبنى على كون الكسور معناها ما ذكر حتى يكون مفاده كمفاد النكره فى العين الخارجى كالصّاع من الصّبره و هو مذهب بعض مشايخنا قدّه حيث ذهب الى انّ النصف المشاع مثلا عباره عن كلّى منطبق على افراد غير محصوره كلها فى الغير الخارجى و لكن الحقّ الّذى اختاره الاستاد قدّه فى مبنى النّصف

او غيره من الكسور هو غير ذلك و قد حققناه فى القسمة فى باب القضاء حيث قلنا انّ معناه انقسام كل جزء بجزءين او ثلث او اكثر فالنصف المشاع سار فى كلّ جزء من اجزاء العين الخارجيه حتّى لا يمكن فرض جزء منها الا و له نصف و على هذا بتعين حمل النصف على ما يقتضى صيروره العقد فضوليا لانه اذا باع او وهب شيئا سار فى جميع اجزاء العين فلا جرم يكون المنقول مركبا من ماله و مال شريكه فيكون فضوليا فالنقص بما ذكره فى هبه المرأه نصف الصّيداق وارد الا ان يقتضى عنه بانّ حق الزوج فى الصّداق كلّى خارجى مضمون على المرأه كالصّاع من الصّبره و ليس مشاعا كحق الشريك و مقتضاه اختصاص الزوج بالباقي فى مسأله الهبه حسبما ذكره كما هو مقتضى ضمان الكلّى الخارجى فى كلّ مقام لكن هذا انما يتمّ لو التزموا بجميع لوازم الكلّى الخارجى التى منها سلطنه المرأه على التصرف فى الصّيداق بكلّ ما شاءت بعد الطلاق ما دام مقدار حق الزوج من العين باقيا فلا بدّ من المراجعه الى بابه حتّى يعرف الحال و قد يوجه أيضا بما فى كتاب الاستاد قده بان مقتضى القاعده و ان كان هى الاشاعه القاضيه بعدم استحقاق الزوج من النصف الباقي الا النصف الا انّ حكمهم باستحقاقه تمام النصف مبنى على كون نصف هذا النصف تداركا و غرامه عن الرّبع الذى اتلفه بالهبه و لو كان الصّيداق قيميا لان الاصل فى الغرامه هو المثل و انما يعدل فى القيمي الى القيمه للتعسير او التّعذر و هو لا يأتى فى محلّ الفرض و قد يقتضى عمّا فى المقام من صرف النصف الى نصف الناقل بما ذكره فى باب الصّيلح أيضا فى انه لو اقر من بيده المال لأحد من المدّعين على وجه الشّركه بالنصف ثم صالحه المقر له نفذ الصّيلح فى الرّبع خاصّه و بقى فى الرّبع الاخير موقوفا على الاجازة الشّريك فان مقتضى حمل النصف فى مسئلتنا على نصف البائع للانصراف او لظهور التّمليك فى الاصله نفوذ الصّيلح فى مسأله الاقرار فى تمام النصف المقرّ به و لذا مال اليه صاحب المناهل على ما نقل عنه حمل النصف على نصف المقر و ربما يقال بعد تنزيل الصّيلح على النصف المقرّ به بما عن المسالك من انّ الاقرار متعلّق بالمشاع كما قرّنا و فيه مالا يخفى لان الاقرار و ان حمل على الاشاعه الا انه سبب لاستحقاق المقرّ له نصفا مشاعا فيكون الصّيلح بعد الإقرار مثله بعد شراء النصف المشاع فالأولى المنع فى مسأله الصّيلح او فى مسئلتنا تسويه بينهما فقد تلخّص مما ذكرنا ان الإشاعه هو الاصل فى كلّ باب الا لخصوصيه قاضيه بخلافها فى البيع و نحوه و انّ الاقرار بالوارث انما هو لخصوصيه فيه اما من جهه رجوعه الى الإقرار بحق الغير كما قرّنا او من جهه الاخبار تعبدا هذا شطر من الكلام فيما يتعلّق بالفضولى و هنا فروع اخر طوينا الكلام عنها كشحا و اعرضنا عنها صفحا الكلام فيما يغرمه المشتري للمالك على تقدير الرّد و قبض المبيع و ما يرجع به الى البائع الفضولى من الغرامات و مالا- يرجع و هنا مسائل كثيره يطلب من مظانها لكنا نذكرها اجمالا- امّا الاوّل فهو قيمته المبيع لو تلف فى يده و قيمه منافعه المستوفاه و غيرها على الاشهر و للمالك تغريم البائع الفضولى لقاعده تعاقب الايدى و مثل العين اجزائه الفائته و صفاتها و المرعى فى القيمه قيمه يوم التلف او اعلى القيم من حين وضع اليد عليه على الخلاف و امّا الثّانى فهو على اقسام الأوّل الخيارات التى تحملها المشتري اصلاحا للمبيع او دفعا للضرر او نحو ذلك ممّا ليس فى مقابل العين او المنفعه و منها خراج السّيلطان و نحوه هذا يرجع به الى البائع الفضولى على ما هو المعروف بينهم لقاعده الغرور مع جهل المشتري لأنّ البائع اوقعه فى الخياره بالتّغيير

الثانى اجره المنفعه المستوفاه و هذا أيضا به عليه على الاشهر بقاعده الغرور أيضا كما لو اكل مال الغير باذن ذى اليد مغرورا فالمنفعه التى استوفاهها بناء على كونها ماله مغرورا من طرف ذى اليد البائع فاذا عزم للمالك كان كمن اتلف مال الغير باذن ذى

اليد المدعى للملكية و اشكل فيه او خالف صاحب الرّياض بناء على انكاره قاعده الغرر و الاقتصار فيها على الموارد المنصوصه كغريم شاهد الزّور اذا رجع عن الشهاده و عن بعض تسليم تلك القاعده و منع الغرور هنا و الثالث زياده قيمه عن الثمن فانها أيضا مسبيه عن تغرير البائع و ان كان لازم المعاوضه كون تلف كل من العوضين عن كبس؟؟؟؟ المتقل اليه اذ لا منافاه بين ذلك و بين الرجوع فى الزائد عن العوض المضمون به على الغار لو كان هناك غرور و اما ما لا يرجع فهو نفس الثمن لانه ملتزم به على اى حال سواء كان البائع صادقا فى دعوى الملكيه او كاذبا فليس مغرورا فى الثمن الذى وقع عليه العقد و منه يظهر انه لو كان العقد فاسدا ما لم يرجع بالزياده أيضا لانه غير مغرور بالنسبه اليه اذ الفرض ان خساره الغرامه جاءت من جهه فساد العقد لا من جهه الفضوليّه اذ لو كان غير فضولى لزمه أيضا فى الفرض دفع قيمه سواء زاد على الثمن أم لا- نظرا الى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد و لو كان المشتري قد دفع الثمن الى البائع قبل الغرامه فان كان جاهلا استرجعه بعد ما غرمه للمالك اذ ليس عليه ثمان ثمن للمالك و ثمن للبائع و ان كان عالما لم يسترجع مع التلّف و الفرق بين الثمن هنا و ثمن غيره من اقسام المقبوض بالعقد الفاسد قد سبق منا فى المسائل الماضيه و حاصله ان المشتري مع علمه بالحال يكون مسلطا للبائع على ماله لأن تسليم العوض الى غير من له العوض ليس تسليمًا وفائيا حتى لا يكون تسليطا مجانيا بخلاف تسليمه الى من لم العوض فانه تسليم من جهه الوفاء بالعقد و مع فساد العقد واقعا لا يؤثر التسليط فى رفع الضمان فلا فرق بين تسليم الثمن الى البائع الفضولى و بين تسليمه الى اجنبى اخر غير البائع فى كونه رافعا للضمان و مع بقاء العين فالمحكى عن ظاهر الفتاوى و صريح جمله عدم الاسترجاع أيضا و لكنّه لا ينطبق على شىء من القواعد بل الأصحّ وفاقا للشّهد الثانى و كثير ممّن تأخّر الرجوع و تمام التحقيق فى هذه المسائل مطلوب من بابہ فلنرجع بحول الله و قوّته الى المتن

الشّروط الزايغ من شروط الإجاره ان تكون المنفعه معلومه

اشاره

بلا خلاف محكىّ منا او من العامه فان كانت واحده كفى الإطلاق لعدم احتمالها غيرها و كذا لو كانت متعدده و كان بعضها أقلّ فيحمل عليه للانصراف و لو كانت متساويه و جب تسميه بعضها و تشخيصها بالطرق الآتيه و يجوز الإجاره بجميع المنافع ح كما صرح به بعض بل عن التذكره حمل الإطلاق على الجمع و هو مشكل للإيهام اذا تجرد عن قرينه التعميم بل قد يتطرق الاشكال الى التصريح بالتعميم أيضا مع عدم التصريح بكل واحد و احد لأن مجموع المنافع مع عدم تعدادها او مفهوديتها بينهما بحيث يكون بمنزله التفصيل غرر و جهاله واضحه منهيه عنها بالإجماع نعم لو ذكر منافعها الظاهره ثم اجرها المنافع امكن القول بالصّحّه و ان كان هناك منافع اخر غير المذكوره لاندفاع معظم الغرر بذلك كما عزى الى شيخنا قده فى بعض الدروس و هذا نظير بيع العين الموصوفه فى الاكتفاء بذكر الاوصاف الظاهره و فيه أولا ان الاكتفاء بذلك فى البيع أيضا اول الكلام لان مقتضى كلماتهم لزوم المبالغه فى توصيف العين و وجوب ذكر جميع ماله مدخلية فى قيمه من الصفات سواء كانت ظاهره او خفيه و ما عزى اليهم من الاكتفاء بالاوصاف الظاهره لم نجد منهم لو لم نجد خلافه و ثانيا ان البيع انما تعلق العين

ص: ٢١٠

و الاجاره تتعلق بالمنفعه فلا يلزم من اعتقاد هذه الجهاله فى البيع اعتقارها فى المقام و ان كان طريق المسألتين واحد فت اللهم الا ان يقال استقصاء الاوصاف النادره الخفيه ممّا يتعدّر او يتعسير و كذا المنافع المنفيه التى لا يعرفها صاحب العين أيضا فكيف

يمكن اشتراط الاستيفاء فى المقامين دفعا للضرر و هل البناء عليه الا الالتزام بفساد بيع العين الجزئى ضروره توقّف رفع الجهاله و الغرر فيها على ذكر الاوصاف جميعا الذى هو ممتنع و الاكتفاء بالمشاهده اعظم غررا لأن بعض الصّيفات الماليه كامن و الخلق فى الحيوان ممّا لا يدرك بها مع الاجماع على كفايتها فكذا التّوصيف القائم مقامها مضافا الى قيام السّيره على الاكتفاء بالاوصاف و المنافع الظّاهره فى المقامين هذا و يمكن التفصلى عن الاشكال فى الموضوعين من باب التبعية فان ضمّ المجهول بالمعلوم اذا كان تابعا مغتفر لا يوجب الغرر المفسد فنقول اذا ذكر المنافع الظّاهره المعلومه بين الطرفين جاز ادخال المنفعه الغير المعلومه الخفيّه فى عموم لفظ الجمع تبعا و لكنه لا يأتى فى البيع بل لا بدّ له من الاكتفاء بارتفاع معظم الغرر دفعا للحرّج ثمّ لو قلنا بالصّححه فظهر للعين منفعه لها دخل فى زياده الاجره كان للموجر الخيار بناء على غير طريق التبعية و هل هو خيار الغبن او خيار تخلف الوصف و جهان مبيان على ما هو التحقيق فيما لو باع ثوبا مثلا على أنّه خمس اذرع فبان عشره فانّ فيه الوجهين و ان كان الاوجه فيه هو الثانى كما انّ الاوجه فى المقام هو الأوّل لان الاجاره بمجموع المنافع ليست تمليكا لها بازاء الاجره موزعه لادن المجموع مفهوم كلّى متحد و ان اختلف مصاديقه قلّه و كثره كمفهوم الدّار فلو ظهر على خلاف ما زعم الموجر كان له الغبن بناء على أنّه كما يأتى لجهاله القيمه فكذا الجهاله حال المبيع او المنفعه كما لو باع سيفا مثلا زاعما أنّه من عمل شخص معيّن فظهر كونه من عمل شخص اخر احس منه فى العمل بقاعده نفى الضرر الّتى هى العمده فى ثبوت خيار الغبن و ان كان المنساق من الغبن المنتظم فى اسباب الخيار هو القسم الأوّل اعنى ما كان بجهاله القيمه مع العلم بخصوصيات المبيع و تمام الكلام فى باب و طريق العلم بالمنفعه تقدر بالزمان خاصّه كسكنى شهرا و بالمحلّ كك كخياطه هذا الثّوب او بهما معا كخياطته فى هذا اليوم او فى هذا الأسبوع و هكذا و قد ذكروا فى مقام الضّابط انّ المنفعه اذا كان عملا صحّ تقديره بالمحلّ او بالزمان او بهما معا و اورد على هذه الكليه للإرضاع فأنّه عمل مع عدم امكان تقديره ألا بالزمان و بضراب الفحل مع عدم جواز تقديره بالزمان ألا فى ضراب الماشيه بل لا بدّ من تقديره بالعدد و الحاصل انّ الميزان المذكور ليس كميزان التّقدير بالزمان خاصّه بما اذا كانت المنفعه غير العمل كالسّكنى و نحوه فى كونه مطّردا و كيف كان فحيث يقدر بهما لا بدّ من الإطلاق و ترك اشتراط التّطبيق بينهما بحيث لا- لا- يزيد و لا- ينقص مثل ان يستأجره على ان يخيّط هذا الثّوب فى يوم او يومين بحيث يكون المال المذكور مستوعبا فى المدّه او على ان يحمله او يحمل متاعه من مكان الى مكان فى يوم او يومين على وجه الاستيعاب و ألا بطل عند الاكثر للغرر لأنّه ربما يفرغ من العمل قبل مضى المدّه فيبقى بعضه بلا عمل او لا يفرغ منه فى تلك المدّه و يحتاج الى ضمّ مدّه اخرى و قد استند اليه جماعه منهم المص و الظّاهر انّ مرجعهما واحد لأنّ القدره على التّسليم دليل اعتبار التحرز عن الغرر فيكون هو الدليل فى المسأله كذا قيل و مرادهم بالغرر هو الجهاله و هذا لا يأتى فى تعذر التّسليم نعم يأتى فيه الغرر بمعنى الخطر و بهذا الاعتبار يتمسك به لاشتراط القدره على التّسليم و المناسب للمقام هو الأوّل لان وجه البطلان على

ص: ٢١١

ما عرفت هو الشّك فى حصول التطبيق و عدمه فيكون وجه الفساد هو الغرر بالمعنى الأوّل كما عن المالك لا تعذر التّسليم و كيف كان فقد صرّحوا نافرين للإشكال بل الخلاف بالصّححه فى صورته الاطلاق دون شرط التّطبيق فانه لا غرر فيه اصلا و على هذا فما فى الكتاب من التردّد فى المسأله حيث قال و لو قدر المدّه و العمل مثل ان يستأجره ليخيّط هذا الثّوب فى هذا اليوم قيل يبطل لأنّ استيفاء العمل فى المدّه قد لا يتفق و فيه و تردّد و ليس فى محلّه لأنّ المراد بالعباره هو الاطلاق من دون شرط التطبيق كما هو الظاهر فلا وجه للاحتمال الفساد بل لا وجه لنقل القول به ضروره عدم الخلاف فى الصّححه مع الاطلاق و ان كان المراد

هو الاشتراط فلا- وجه لاحتمال الصّححه و لا- لنقل القول بها أيضا اذ الظاهر عدم الاشكال فى الفساد ح و لأجل عدم استقامه العبارة حملها بعض مشايخنا قدّه تاره على التردّد فى مفاد الاجاره على الوجه المذكور فهل هو ظاهر فى الاطلاق حتّى يصحّ او فى الاشتراط حتى يفيد قلت لا وجه للحمل المذكور نظرا الى خلو العبارة عن الشرط المذكور اللهم الا ان يمنع عمّا زعموه فى صورته الاطلاق و الاشتراط من الفرق اذ لا محصل له بعد بطلان دعوى كليه القدره و الامكان على التسليم فى صورته الإطلاق و دعوى كليه عدم القدره عليها فى صورته الاشتراط اذ مع الاطلاق لا بدّ من خصوصيه العمل و خصوصيه المدّه فقد يكون اصل استيفاء العمل المذكور فى الاجازة فى المده غير مقدور التسليم و كذا مع الاشتراط لا بدّ من ملاحظه الخصوصيين فقد يكون التطبيق ممّا يقضى به الجرى على عادته الحال فلا وجه للبطلان حتّى يصحّ التردّد فى اطلاق الحكم بالصّححه و الفساد فى صورته الإطلاق فلا- بحث على المص على كلّ تقدير سواء كان مراده صورته الاطلاق او صورته الاشتراط كما لا بحث على العلامه و الشّهيد فى محكى التحرير و الحواشى من تجويز الصّححه على أىّ تقدير أيضا نعم يمكن دعوى غلبه القدره على التسليم مع الاطلاق و غلبه عدمها مع الاشتراط الا أنّها لا ترفع المؤاخذة على اطلاق الحكمين فى الصّورتين نعم استدللّ بعض على البطلان فى صورته الاشتراط بان التطبيق شرط سفهى لا- يتعلق به غرض صحيح فيكون فاسدا و هو حس لو ابقى على فساد الشرط و ظاهرهم فساد العقد خصوصا مع التعليل بالغرر و أنّه قد لا يتفق التطبيق و قد يوجه التردّد بعد تنزيل العبارة على الإطلاق كما هو الظاهر بانّ مفروض المسأله ما لو شكّ فى حصول العمل فى المده المذكوره المشروطه لا مع العلم بإمكان حصولها بقرينه تعليل البطلان باحتمال عدم اتفاق استيفاء العمل فيها ذكره أيضا بعض مشايخنا قدّه و هو اولى و علل التردّد بانه لا دليل على الفساد مع احتمال القدره على التسليم اذ القدر الخارج من ادلّه الصّححه ما لو علم تعدّر التسليم فبقى صورته الشكّ تحتها و فيه أيضا ما لا يخفى لأنّ ظاهرهم كون القدره على التسليم شرطا و مقتضاه الفساد مع الشكّ فيها و التمسك بالعمومات مع الاعتراف بذلك راجع الى التمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه و دعوى عدم كونها شرطا بل التّعذر مانع ففى صورته الشكّ يرجع الى اصاله عدم المانع مدفوعه بما تقرّر فى محله من عدم جريان اصاله عدم المانع مع عدم الحاله السابقيه و معها لا حاجه الى منع شرطيه القدره كما لا- يخفى فهذا الوجه للتردّد أضعف من الأوّل معنى و ان كان احسن منه لفظا و قد يوجه بعد حمل العبارة على خلاف ظاهرها اعنى التطبيق كما عن المسالك بما عن التحرير او المختلف على اختلاف فى النقل بان شرط التطبيق شرطا مؤكّدا للتّعجيل بمعنى عدم التأخير عن المدّه المذكوره نظرا الى عدم تعلق الغرض به فلو صرّح

ص: ٢١٢

به المستاجر لم يفد سوى المبالغه فى عدم التأخير و هذا لا ضير فيه بل العقد ح صحيح و يترتب عليه خبار الفسخ له دون الموجر لو تأخر بناء على كونه شرطا لا شطرا للعمل فانّ فسخ استرد الاجره و كان للموجر اجره المثل لما مضى و الا لزمه على الاتمام بعد المدّه و فيه اول- أنّه لا- قرينه فى العبارة على ذلك بل ظاهرها الإطلاق فكيف تحمل على مالا شاهد عليه و دعوى معروفه هذا الفرع من بين القوم فترك التصريح بالاشتراط ثقّه بالعهد بها مدفوعه بما قيل أنّه لم يكن معروفا و لا مذكورا فى كتبهم قبل العلامه فى التذكره و ثانيا أنّ بين التطبيق و بين التاكيد فى عدم التأخير بون بعيد بحيث لا يلتفت من احدهما الى الاخر فكيف ينزل عليه لو بنى على الصّححه و الاظهر فى هذه التوجيهات هو الوسط كما يقتضيه ظاهر العبارة و يسند فى التردّد الى ما عرفت من احتمال كون القدره على التسليم شرطا علميا غير متوقف على احرازها صحّه العقد و ان كان على خلاف التّحقيق كما عرفت هذا و الانصاف و وضوح الفرق بين الصّورتين لأنّ التطبيق على فرض امكانه فنادر الحصول غير موثوق التّحقيق فى الخارج و هذا

يكفى فى عدم القدره على التسليم الذى هو شرط فى الصّحه و لذا اشترطوا فى السلم كون السلم فيه غير نادر الوجود بان لا يبلغ فى التّوصيف و ذكر الخصوصيات بحيث يّودى الى ندره الوجود بخلاف التقدير لهما من دون اشتراطه فان فيه لا بدّ من ملاحظه المقدمات و مراعات شرط القدره بحسبها و غرضهم من الفرق ليس هو الاطلاق فى الموضوعين بل التنبيه على ان شرط التطبيق مفيد لخلاف التقدير لهما مجردا عنه فانه على حدّ ساير الشّروط و الخصوصيات السّائغه على فرض سلامتها عن المحاذير و اعلم انه لو استاجر له جميع المنافع لم يجز له استيفاء المنفعه على الوجه المحرم كان يحمله على ما لا يطبق عاده او استعمله وقت النّوم الضّرورى او لحفر البئر فى ارض مغصوبه او نحو ذلك كما لا يجوز للأجير ذلك و لا لمولاه لكن لو فعل ذلك ففى ضمانه له القيمه و جهان من انه ملك جميع المنافع التى منها المحرّم اذ لا منافاه بين الملكيه و الاثم فى التصرّف و لا ضمان و من ان العقد انما يّؤثر فيما كان للأجير من المنافع فيما لم يجعل الله له لا ينتقل الى المستاجر بل هو باق تحت ملكه فيضمن قيمتها له كلّ من استوفاه كما عن الأستاذ العلّامه رفع الله مقامه و يشكل ذلك بانّ الحرمة فى المنافع تخرجها عن المالىه و تدخلها فى المكّلب المحرّمه التى اجرها سحت فلا- معنى للحكم بالضمان هنا ثم اعلم انّ تضاد المنافع و عدم امكان اجتماعها و استيفائها معا لا يقتضى الحكم بفساد الاجاره بدعوى الجهاله الحاصله بالابهام كتمليك احد العبدین او الشّاتین او غيرهما اذ فرق بين تمليك احدی المنفعتین المتضادتين او المنافع المتضاده و بين تمليك جميعها فانّ الأوّل يتضمّن جهالته الابهام فيفسد كما فى نقل الاعيان و الثّانى يصحّ لعدم الإبهام بعد كون الملحوظ فى التّمليك الجمع و ان استحال وجودها جمعا فيفيد دخولها فى ملك المستاجر فيصير بمنزله نفس الأجير او بمنزله مالك العبد فى السّيطنه على مجموع المنفعتین المتضادتين غايه الامر امتناع استيفائها جميعا و هو لا ينافى صحّه الاجاره لأنّها تتوقّف على امكان استيفاء المنفعه التى وقع عليه العقد فى الجملة و لو منفردا فلا- اشكال بل لا- خلاف ظاهرا فى الصّححه و فى تسلّط المستاجر ح على استيفاء ايهما شاء و اذا تحقّق ذلك فاعلم انّ الاجير عندهم منقسم الى الخاصّ و العام و الخاصّ هو الذى يستأجر مدّه معينه يسمّى خاصّا لاختصاصه فى تلك المدّه بالمستاجر شرعا لا يشاركه فى جواز استيفاء منفعه

ص: ٢١٣

غيره و قد سمى بالمتفرّد أيضا و فى المسالك ان تسميته بالمقيد اولى لأنّه فى مقابله المشترك لا العام و المراد بالمشارك هنا المطلق انتهى و العام و هو الذى يستأجر من غير تعيين المدّه مط لا اولا و لا آخرا فان عين ابتداء العمل فهو أيضا خاصّ موضوعا كما عن جامع المقاصد و المسالك و مثله ما لو قلنا فى صورته الإطلاق بوجود البدار على الاجر و قد تفرّق بين الخاصّ و العام بانّ الأوّل من يدخل عمله فى ملك المستاجر من غير تيه بل و مع تيه الخلاف و الثّانى من لا- يدخل عمله فيه الا مع التيه و ستعرف توضيحه ثم الاجير فى مصطلحهم على ما قيل اسم لخصوص الادمى الحرّ لكن حكم العبد يعلم بالمقاييسه فى التّكليف دون الوضع فانه يشارك فيه الحيوان و يأتى الكلام فيه إن شاء الله كما يأتى فى المقام الثّالث و هو ان يكون المحلّ من الاعيان غير الحيوان و جميع احكام الباب تدور بين الاقسام الثلاثه و وجه الحصر انّ المحلّ اما انسان او حيوان او عين و لا يجوز له اى الاجير الخاصّ العمل لغير المستاجر الا باذنه الا الوقت الذى لم تجر العاده على العمل فيه كالليل فى حق الاجير للبناء و نحوه كما صرح به غير واحد نافيا بعضهم فيه الخلاف و هو حسن لكن الاستثناء منقطع لانّ الليل ان كان داخلا فى الاطلاق و لو بالتصريح كان كالنهار و الا كان كالزّمن الخارج عن زمان الاجاره ثم الأجير الخاصّ اقسام احدها ان يكون جميع منفعه للمستأجر و ثانيها ان يكون المختص به بعضها كالخياطه مع تعيين المدّه و تحديدها اولا و آخرا كهذا اليوم او هذا الاسبوع و ثالثها تعيين اول

المدّة كان استاجره لخياطه ثوب معين و اشترط عليه الاشتغال بعد العقد الى ان يتمّ و لا خلاف في الحكم المذكور في الأقسام كلّها اذا كان العمل منافيا لحق المستاجر اذ الوفاء بالعقد قاض بحرمه ضدّه و اما ما لا ينافي كإجراء صيغته العقد حين الانتقال بحيث لا ينافي شيئا من العمل المستاجر عليه ذاتا و وصفا فلا يحرم بلا اشكال فيما عدا القسم الاوّل لعدم المقتضى للتحريم كما لا يخفى و ان احتمله في المسالك لكنّه غير ظاهر الوجه الا ان يدعى تضمّن الإجاره شرطا ضمّنيّا على الاجير و هو ان لا يشتغل بغير الخياطه و هو كما ترى و في القسم الاوّل و هو الذي دخل جميع منافعه في ملك المستاجر اشكل من كونه تصرفا في ملك الغير بغير اذنه و من قيام شهاده الحال و السّيره على عدم الاستيذان فيما لا ضرر عليه كذا في المسالك و غيره و يشكل بمنع حصول العلم من شهاده الحال على وجه يرفع قبح التصرف في مال الغير و دعوى كفايه الطّن غير ثابتة و ان احتمل كما في الصّلاه في الاراضى المتّسعه نعم يمكن ان يستدلّ له بعدم جريان العاده على دخول مثله في اطلاق الإجاره فلا مانع من العمل للغير بل لو اخذ الاجره كان له لا للمستاجر كما انّ قضيه الجواز المستند الى الوجه الاوّل المذكور في المسالك عود الأجره الى المستاجر اذ لا منافاه بين جوازه بشهاده الحال و دخول عوضه في ملك المستاجر مراعاة لاحترام مال المسلم فلو اجاز اخذ المسمّى ان كان و الا اخذ اجره المثل و على الوجهين لا بدّ من تقييد العمل الغير المنافي بما اذا لم يكن خطيرا معتدّا به عرفا كالاستغزال و نحوه من الصّنائع المتعارفه و ان لم اجد مصرحا به اذ لا عاده في مثله على خروجه عن اطلاق الاجاره و لا اذن من طريق شهاده الحال بجوازه ثمّ لو قلنا بحرمه التصرف فالعقد صحيح لا مقتضى لفساده لأنّ الحرمة الثابتة من التصرف في مال الغير لا يقتضى فساد ذلك التصرف اذا كان من العقود فصّح البيع الذي اوجده للغير من غير اشكال و مثل الاجير الخاص العبد ففى جواز توكيله لغير اذن مولاه

ص: ٢١٤

اذا لم يمنع شيئا من حقوقه اشكال و خلاف فعن وكاله التذكرة الجواز و اختاره في وكاله المسالك مستندا الى شهاده الحال و قبل بالمنع في جواهر الكلام بناء على منعها او على منع كفايتها في الترخيص و قد يقى كما في كتاب الاستاد قدّه في مسأله اشتراط اذن السّيد في بيع العبد أنّه لا دليل على حرمة هذه التصرفات الجزئية للسّيره المستمره على مكالمه العبد و نحوهما من المشاغل الجزئية و معناه على ما نقل عنه قدّه في الاجير الخاصّ منع سلطنه المولى على المنع من التفكّر و الذكر و الكلام و اشباهها من الامور العاديه و هو مشكل نعم لا يبعد الالتزام بعدم السلطنه في الاجير الخاص لعدم دلالة الاطلاق على دخول هذه الامور تحت الاجاره و لذا قال في المسالك ان الجواز فيه اولى من الجواز في استعمال العبد الا أنّه يردّ عليه أنّه اعتمد في الموضوعين على شهاده الحال و دعوى الاولويه ح غير واضحه و ان كانت غير بعيدة و التحقيق في استعمال العبد أنّه مع العلم برضا المالك كما هو الغالب يجوز و الا ففيه اشكال و دعوى خروجها عن سلطنه المولى يستلزم القول بصيروره عوضها على فرض ثبوت الجعل لها بلا مالك او ملكا للعبد و القول بعدم نفوذ نهى الموالى و التزامهما على الفقيه صعبا و لعباره التي نقلناها عن كتاب الاستاد لا ظهور لها في نفى السلطنه بل هو بالاستاد الى الاذن المستفاد من شهاده الحال اقرب ثمّ أنّه لا ينبغي الاشكال في فساد عقده و ان قلنا بالجواز المستفاد من قوله تعالى عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ شَيْءٌ بِضَمِيمِهِ ما روى من استدلال الامام عليه السّلم به على فساد طلاقه بغير اذن مولا توقف صححه تصرفاته على الاذن مط على خلاف الاجير الخاص فان تصرفه صحيح و لو قلنا بالتحريم كما عرفت خلافا بعض مشايخنا حيث قال بصحّحه عقده مع استمرار اذن المالك و ان بطلت و كالتة بعدم كونه مسلوب العباده و فيه ان اراد بالمالك الموكل فقد عرفت ان مقتضى كونه مملوكا لا يقدر على شىء اشتراط سببیه عقوده و

إنشاءاته باذن المولى فكيف يكون صحيحا مع عدم اذنه و ان اراد به المولى ففيه ان هذا خروج عن المفروض اذ الكلام فيما لو باشر عقدا للأجنبي من دون اذن مولاه و أيضا كيف يبطل الوكاله و ما الوجه فيه مع اقترابه باذن المولى هذا كله فيما لو عمل الأجير مالا- ينافى العمل المستأجر عليه فان عمل ما ينافى فاما ان يكون مملوكا للمستأجر عموما او خصوصا او منافيا محضا من غير ان يكون مملوكا فامّا يعمل للغير قبل ان يعمل للمستأجر شيئا او بعده و على الاوّل فامّا ان يكون بعد تسليم نفسه الى المستأجر او قبله و على الثاني فاما ان يكون بعد الفراغ او فى الأثناء

فهنا مسائل

الأولى ان يعمل للغير بعد ان عمل للمستأجر شيئا

ففى مفتاح الكرامه أنّه لا خيار للمستأجر شيئا ففى مفتاح الكرامه انه لا خيار للمستأجر ح فى عقد نفسه لأن التسليم المعتبر فى المعاوضه قد حصل و ذلك كما لو غضب الموجر العين للمستأجره بعد التسليم فانه لا خيار للمستأجر ح على ما صرحوا به و ان كان فيه خلاف فى الجملة و كذا لو سلّم نفسه الى المستأجر و لم يعمل له شيئا قلت و هو مشكل لان تسليم العين مقدّمه لتسليم المنافع و بعد الغضب كيف بعد تسليمها و لا يقاس ذلك بالتسليم فى الاعيان و لعلّه لذا صرح فى المسالك كما عن حواشى الشّهد و الرّياض بالخيار أيضا مع العمل للمستأجر الأوّل بعض العمل كما عن التذكرة أنّه لو سكن المالك الدّار التى اجرها فى اثناء المده كان للمستأجر الخيار و كد عن جامع المقاصد فى اخر مباحث اجاره الارض مصرّحا بانه لا فرق بين ان يكون قبل

ص: ٢١٥

القبض او بعده و لا- فرق فيما ذكرنا بين الحرّ و العبد خلافا لبعض مشايخنا قدّه حيث اورد عليه بما قلنا فى خصوص الحرّ دون العبد الدار و نحوهما من الاعيان المملوكه و فيه انّ الوجه المذكور جار فيهما نعم لو حال بين المستأجر و استيفاء المنفعه غير الموجر كالعاصب و نحوه لم يكن له الخيار ح لحصول القبض و اما منع المستأجر فهو مناف للقبض مط و لو فى العبد و الدّار وفاقا للتذكرة و جامع المقاصد و سيأتى له مزيد بيان فيما سيأتى بعد و اشكل من ذلك ما فى مفتاح الكرامه أيضا ناسبا له الى اطلاق الاصحاب بل صريحهم من أنّه لا خيار له فى العقد الثّانى أيضا ضروره كونه فضوليا واقعا على ملك المستأجر فكيف لا يكون مخيرا اللّهمّ الا ان يريد ما لو عمل لغيره غير العمل الذى استحق عليه فان عدم الخيار ح واضح كما يأتى هذا كلّه بالقياس الى القدر الباقي من المدّه و اما بالنسبه الى الماضى الذى عمل فيه للمستأجر فان اختار الفسخ فى الباقي ثبت له ح خيار التبعض فى الماضى فله الفسخ بالنسبه اليه أيضا فيسترد من المسمى بالنسبه فيرجع المسمى كلّه الى المستأجر باعمال خيارين فى الباقي خيار التّلف و الاتلاف و فى الماضى خيار التبعض و له الامضاء فيكون الثمن بعضه للمستأجر و بعضه للأجير فيما يقابل منه للقدر الباقي يكون للمستأجر و ما يكون مقابل الماضى يكون للأجير كما هو واضح

الثّانية من يعمل للغير تمام المدّه قبل ان يسلم نفسه الى المستأجر و له اقسام

الأوّل ان يكون العمل للغير باجره بعقد اجاره او جعاله

و نحوها و حكمه على ما هو المشهور تخير المستاجر في عقد نفسه بناء على اعمال السبين فيما لو اتلف البائع المبيع قبل القبض فيأتي فيه خلاف الشيخ و من يوافقه في القول بتعيين البطلان و الانفساخ كما لو تلف بآفه سماويّه و قد مرّ بعض التّوضيح لذكر المبني و ذكر دليله و تمام التّوضيح موكول الى بابه فان اختار الفسخ سقط عنه الاجره خاصّه و ليس له على الاخير شىء سواها و في صحّه العقد الثاني وجهان مبنيان على من باع شيئاً ثم ملكه و ان اختار الامضاء فله الخيار في العقد الثاني فان اجازته الحقّه الأجر ان كانت جزئيه معيّنه طالب كلّ من هي عنده من الاجير او المستاجر الثاني و له ان يطالب المستاجر خاصّه و لو كانت عند الاجير لان القبض حقّ عليه و هو المأمور بالوفاء في القيام بلوازم المعاوضه و ما عن الرّوضه من مطالبه من في يده ترخيص لا تعيين و لو لم يقبضها الاجير لم يطالبه اصلاً لكونه فضولياً غير مأمور بالوفاء و ما في القواعد من اطلاق جواز مطالبه كلّ منهما محمول على صورته القبض و احتمال الاطلاق نظراً الى ضمان الاجير و عدم خروجه بمجرد اجازته العقد الثاني ضعيف اذ لا وجه لضمّانه بعد خروج المضمون عن ملك المضمون له باجاره العقد الواقع عليه مع أنّ مقتضاه ضمان اجره المثل دون المسماه و ان كانت الاجره كليّه غير مقبوضه طالب المستاجر خاصّه و كذا لو قبضها الاجير و لم يجز القبض و ان رد العقد الثاني فقد صرح في عدو كذا في المسالك بأنّ له مطالبه كلّ منهما و علل في المسالك مطالبه الاجير بأنّه مباشر الاتلاف فيجب عليه الغرامه باجره المثل و اما مطالبه المستاجر الثاني فلانه استوفى المنفعه و كلّ من استوفى منفعه فعليه الاجره لملكها و اورد على الأوّل بأنّ الاجير بمنزله البائع و العمل المستحقّ عليه بمنزله المبيع و لو سلّم البائع المبيع الى غير المشتري لم يكن متلفاً عليه شيئاً بل يثبت له ح خيار تعذر التسليم ان لم يتمكن من اخذه و لو بالاخبار كيف و لو كان متلفاً كان قرار الضمان عليه كما هو القاعده في الغرامات

ص: ٢١٦

مع أنّه لو عزم للمستأجر الأوّل الاجره رجع بها الى المستاجر الثاني بلا خلاف و لا اشكال فلا وجه لمطالبه الاجير و لا لضمّانه بل للمستأجر الأوّل ح الخيار فاذا شاء فسخ العقد اعمالاً لقاعده التّلف قبل القبض و ان امضاء دفع له سلطان على المستاجر الثاني خاصّه فيجب به بنفسه او بالرّجوع الى الحاكم من غير خيار و ممّا ذكر ظهر أنّه لا وجه لضمّانه بسبب اليد أيضاً كما لا وجه لضمّان البائع به اذا سلم المبيع الى غيره لأنّ يده ليست يد ضمان و ان كان عليه ضمان المعاوضه و اجيب تاره بان الضمان هنا مستند الى التسليم بنحو ادله الضمان باليد فان سلّم المال الى غير مالكة بغير اذنه اشدّ ظلماً من وضع اليد عليه مضافاً الى كونه منافياً للتّليطنه المطلقه الثابته للنّاس على اموالهم و ردّ بان مجرد التسليم ليس من اسباب الضمان كما لا يضمن البائع بالتسليم الى غيره الا- من كونه اتلافاً و الّا فاستقر الضمان عليه و اجيب بالفرق بين التسليمين لأنّ التسليم هنا تفويت للمنفعه على المستاجر احد اضداد العمل الّذى اوجده للغير و المستاجر الثاني اتلف عليه ذلك العمل الّذى استوفاه فكلاً منهما صار بالاتلاف الا ان اتلاف الاجير يلاحظ بالنسبه الى احد الاضداد و اتلاف المستاجر بالنسبه الى نفس العمل و لا يلزم من ذلك استحقاق المستاجر الأوّل عليها اجرتين جميعاً لأنّ البدل يتبع المبدل فكما ان استحقاقه لجميع المنافع على الاجير كان على سبيل البدليه فكك استحقاقها لابدالها و لا- فرق في ذلك بين ان يكون جميع منافع الاجيرين في المدّه المذكوره مملوكه للمستأجر او بعض منفعه المعينه كالخياطه لان خياطه اليوم أيضاً كلّى باعتبار افراده الخارجيه المتشخصه بخصوصيات الوجود الّتي منها خصوصيه المعمول له فاذا خالط لغير المستاجر في تلك المدّه فقد اتلف عليه الخياطه له و ان لم يكن متلفاً عليه الخياطه للغير قلت ضعف هذا الاجوبه لا يخفى خصوصاً الاخير لان اتلاف المنفعه منحصر في الاستيفاء فالمنفعه الموهوبه الغير المستوفاه ليست متلفه على المستاجر مع

انّ حال اتلاف الاضداد حال ملكيتها فكما انّ الملكيه ثابتة لأحدها على سبيل البدل فكذلك اذا تلفها عليه فانه انما اتلف عليه منفعه واحده على سبيل البدل و لا فرق بين كون المتلف بالكسر شخصا واحدا او شخصين فالإيراد على مطالبه الاجير وارد الّا ان يقال انه يضمن بسبب الاتلاف و لا ينافي ذلك كونه مسلما للعمل الى الغير و لا لرجوعه اليه لو اغترم للمستأجر الأوّل لان إيصال العمل الى احد انما يكون بإيصال فائدته اليه و هو هنا موجود فالاتلاف هنا عين الإيصال الى الغير و اما لزوم كون اقرار الضمان على من تلف عنده فلا يسلم شموله لمثل المقام لأنّه ناش من القاعده و ليس امرا تعبديا و اقتضائها للقرار هنا ممنوع لان قراره على من تلف عنده انما هو لأجل أنّه لا ضمان له بالنسبه الى التالف حتى يرجع اليه فاذا عزم للمالك لم يرجع الى احد و ليس الامر هنا ككك لأنّ ماليه العمل انما هو باثره و فائدته و هي موجوده بعد تلفه عند المستأجر الثاني و مقتضاه رجوع المتلف بعد الغرامه الى من و فعل اليه الفائده و الماليه و ان شئت قلت انّ الاجير انما اتلف ذات العمل و اما ماليه فهي باقيه موجوده عند لغير الّا- أنّها ممتنعه الإيصال الى المالك فهو غير حائل بين المالك و بين الفائده فيكون كمن حال بين المالك و بين عين ماله اذ لا فرق بين الحيلولتين في اقتضاء الضمان فالظاهر وفاقا للأكثر سلطنه على الرجوع باجره المثل على من شاء منهما لكن لنا عليهم سؤال و هو ان من غضب العين المستأجره فالظاهر أنّه لا اشكال في ضمانه على المنافع سواء كان

ص: ٢١٧

آدميا او غيره و سواء استوفى منفعه اول أم لا و مقتضى ذلك سلطنه المستأجر الأوّل هنا على اجره مثل اعلى المنافع من الاجير لا اجره مثل العمل المستوفى اللهم الا ان يكون غرضهم بيان حكم المسأله مع قطع النظر عن مقدار استحقاق المستأجر فيكون اجره مثل العمل المستوفى في كلامهم من باب المثال فافهم و كيف كان فلو رجع على الاجير رجوع هو بها على المستأجر الثاني لكون التالف عنده فيستقر الضمان عليه و ربما احتمل أنّه يرجع بالمستأجر في الاجاره الثانيه دون اجره المثل التي دفعها الى المستأجر لأنّه بعد الغرامه يصير مالكا للمنفعه فيكون من باب من باع شيئا ثم ملكه و هو فاسده لأنّ المنفعه تالفه لا معنى لدخولها في ملك الاجير بعد الغرامه نعم يدخل في ملكه عوضها في ذمه المستأجر الثاني و هكذا في تعاقب الايدي على عين فان المعزم يملك عوض ما دفعه الى المالك في ذمه من استقرّ عنده التالف و مع عدم التالف لا يجب على احدى الايدي سوى رد العين مع الامكان و مع التّعذر يدفع بدل الحيلوله و هو ليس بدلا عن العين عند الاكثر

القسم الثاني ان يعمل للغير تبرعا

و حكمه كالسابق في الخيار و في جواز الرجوع على من شاء منهما مع عدم الفسخ كما في المسالك و محكى الرّوضه و اورد عليه بعض مشايخنا قده فيما لو كان المعمول له جاهلا بالحال بانه لا وجه لضمان المعمول له حتى يرجع اليه الامر المتبرّع فانه لا يزيد على العبد المذموم لغير مولاه من دون اذنه و استدعائه و هذا جيد لكن الفرض لبعده لا يلتفت اليه في فهم كلمات الاصحاب خصوصا مع ملاحظه قربنه عطف التبرّع على قصد الاجره و سياقهما مساقا واحدا و كيف كان فالمراد واضح و هو ما انا عمل للغير تبرعا باستدعائه او اذنه لا ما اذا عمل له من دونهما سواء كان راضيا او كارها فانه لا رجوع له عليه لعدم السبب كما لا يخفى ثم المسأله لا بد من فرضها في من كان جميع منافعه مملوكه للمستأجر كما هو ككك في كلامنا و يفترق هذا من سابقه بأنّه لو رجع المستأجر الى الاجير أم يرجع هو الى المعمول له مع الغرر للجهل و مع العلم يرجع اليه لاستقرار التالف عنده و لا- ينفعه تبرعيه السابق بعد ان كان المتبرّع به مملوكا للغير كما لو اباح الغاصب للطعام المغصوب للاكلين مع علمهم بالغصب

فأنهم يضمنون كما هو واضح و لو رجع الى الغير فان كان مغرورا راجع به الى الاجير المتبرع و ألا فلا رجوع لاستقرار التلّف عنده

القسم الثالث ان يعمل لنفسه لا للغير

كما لو احتطب او اختشش او حاز شيئا من المباحات لنفسه فعن المسالك كالمحكى عن الرّوضه ان حكمه حكم التبرع في ضمان العمل المستاجر عليه و اما المجوّز فهو ملك للأجير و في التّسببه مسامحه لأنّ المتبرع به أنّما هو عين العمل المستاجر عليه و الحيازه هنا مغايره له ألا ان يفرض الكلام في من صار اجيرا بجميع منافعه او لخصوص الحيازه و عن الاستاد قدس سرّه دروسه في تحقيق المقام ان الحيازه اما ان نقول باشتراطها بقصد التملّك او نقول بدخول المحاز في ملك الحائز قهرا من غير نيّه له على الخلاف المذكور في ابواب متفرّقه كاللقطه و احياء الموات و الشّركه و غيرها فعلى الأوّل يدخل المجاز في ملك من قصده له فلو قصد للمستأجر دخل في ملكه و لازمه جواز الاستيجار لخصوص الحيازه و لو قصد لنفسه في ملك الاجير لا المستأجر فأنّه قضيه الاشتراط و على الثاني لا يدخل في ملك المستأجر مط و ان استاجره لخصوص الحيازه لأنّه استيجار لغير مشروع و لازمه عدم جواز التوكيل أيضا لأنه مشروط بعدم اعتبار المباشرة و مقتضى دخول المحاز

ص: ٢١٨

في ملك الحائز قهرا مدخليتها في التاثير فكيف يدخل فيه الوكاله لكن عن المص التفصيل بالمنع عن التوكيل و الصّححه في الاستيجار و هو غير واضح و ربما وجه بأن حصول الملك مع عدم القصد أنّما هو اذا جار لنفسه و اما اذا جاز لغيره فيتبع القصد كسائر اعماله فانّ الخياطه تدخل في ملك الخياط بمجرد وجودها اذا لم يخطط لغيره و ألا توقّف على قصد كونها للغير و هو ضعيف و الاقرب ما عرفت من ابتناء المسأله على مسأله اشتراط نيّه التملّك في الحيازه اذا نوى الحيازه للمستأجر فعلى القول بالاشتراط وقعت الحيازه للمستأجر حيث ان وقوعها للحائز كان متوقفا على قصد التملّك المفقود في الفرض فلا يدخل المجاز في ملكه قهرا بل في ملك المستأجر اذا كان نائبا عنه او اجيرا في خصوص الحيازه او في جميع المنافع التي منها الحيازه و على عدم الامرين لم يدخل في ملك احد اما الاجير الحائز فلعدم قصد التملّك الى المستأجر فلعدم كونه اجيرا فيه عموما او خصوصا و لا نائبا عنه فيبقى على حكم الاباحه الاوليّه على و القول بعدم الاشتراط دخل في ملك الاجير في جميع الصّور قضاء لحق لسببيه المطلقه و عليه اجره المثل للمستأجر و له مراعاة مصلحته في اختيار اعلى المنافع التي منها الحيازه و ليس له اجره المثل للمستأجر و لو نوى الحيازه لنفسه كان ملكا له و لا يدخل في ملك المستأجر مط سواء قلنا بالاشتراط أم لا و سواء كان اجيرا في خصوص الحيازه او في جميع المنافع او في عمل معين اخر غير الحيازه كالكتابه و سواء كان قصده النيايه أم لا لأنّه قضيه السببيه المطلقه فعليه اجره المثل للمستأجر كما عرفت هذه خلاصه التحقيق و في القواعد استشكل في صحّه الاجازة على خصوص الحيازه نظرا الى الاشكال في صيروره المحاز ملكا للمستأجر او الاجير و يأتي الاشكال في غير صوره الاستيجار على خصوص الحيازه بطريق اولي و منشأ الأشكال هو الاشكال في اشتراط قصد التملّك في الحيازه اذ بناء على عدم الاشتراط ملك الحائز للمجاز قهرا فلا يدخل في ملك المستأجر مط كما عرفت قلت و يمكن تقرير الاشكال على القول بعدم الاشتراط أيضا فلا يكون منشأ الاشكال في الاشتراط كما هو مقتضى التحقيق المذكور لإمكان ان يقال انّ الحيازه كالاحتطاب و الاحتشاش احد المكاسب المتعارفه بين الناس و لو بعد ملاحظه جعل الشّارع لها بنفسها سببا للملك فأنّه محقق موضوع الكسب و لازم كونها

من المكاسب صحّ الاستيجار على الكتابه و ساير الاعمال المتعارفه لأنها أيضا سبب لدخول اثرها فى ملك الخياط مط من غير حاجه الى قصد التملك فكما ان الاستيجار على الخياطه خصوصا او عموما لصيرورتها و صيروره فائدتها ملكا للمستأجر فكك الاستيجار على الحيازه بعد جعل الشارح لها من اسباب الملك اذ لا فرق بينهما الا فى ان فائده الخياطه اثر و فائده الحيازه عين و هو ليس بفارق لأن ملكيه كل شىء بحسبه و هذا هو المطابق لبعض تفاسير الاجير الخاص بتفسيره بأنه من لا يتوقف دخول عمله فى ملك المستأجر الى القصد و التيه بل لو قصد الخلاف أيضا لم يؤثر كما مر و لعله لأجل ما ذكرنا قال بعض مشايخنا قدّه موردا على الشهيد الثانى بوقوع الحيازه للمستأجر مع أنّ مذهبه فى الحيازه اشتراطها بقصد التملك نعم ظاهر كلامه يوهّم التعويل فيه على شىء اخر حيث استدللّ عليه بان حيازه الاجير الخاص للمستأجر كما أنّ حيازه العبد حيازه للمولى فكان الحائز هو المستأجر و المولى لكن بيد الاجير و العبد فاورد عليه انتصارا للشهيد بانّ حيازه الاجير أنّما تكون بمنزله حيازه المستأجر بقصد التياه فلو جاز لنفسه كما هو محلّ البحث و مورد كلام الشهيد

ص: ٢١٩

لم يكن وجه لصيروره جازته بمنزله جنازه المستأجر و كيف يكون كك مع توقّفه على قصد التياه المفروض انتفائه فما ذكره الشهيد هو المتعين سواء قلنا بتوقف سبب الحيازه الى قصد التملك أم لا- لأنّ الفرق بين القولين أنّما يظهر لو نوى الحيازه للمستأجر و اما لو نوبها لنفسه كان المجاز له بلا اشكال كما ظهر فى التحقيق المذكور قلت ليس فى كلامه قدّه ازيد من كون حيازه الاجير حيازه للمستأجر و هذا لا يتوقف على التياه بل لو ملكها المستأجر كان الامر أيضا كك كما ان حيازه العبد حيازه للمولى من غير حاجه الى قصد التياه عنه بل الظاهر ان التياه لا اثر لها فيها سواء قلنا بالاشتراط اولا فلو جاز تبرعا عن الغير شيئا دخل فى ملكه لا فى ملك الغير الا ان يكون اصل الحيازه مملوكا له و ح تملكه لذلك لا للتياه و الحاصل ان الحيازه اذا كانت مملوكه للمستأجر كان فائدتها أيضا ملكا له و هذا هو المراد من كون حيازته بمنزله حيازته اللهم الا ان يمنع الملازمه بين ملكيه العمل و ملكيه فائدته كما هو مبنى ايراده قال ان فائده العمل تدخل فى ملك من عمل له و ان كان نفس العمل مملوكا لغيره و لذا قلنا بضمان المستأجر الثانى الغاصب فى المسأله السابقيه لأجره المثل للمستأجر الاوّل حيث ان الاجير لما عمل العمل المستأجر عليه للمستأجر الثانى الغاصب ملك فائدته و لزمه الاجره و هنا أيضا كك فانّ الاجير اذا حاز لنفسه ملك الفائده و ان كان غاصبا للعمل المملوك للمستأجر قلت لا يخفى أنّ هذا كلام لا محصل له اذ لا معنى لكون العمل مملوكا لشخص و دخول فائدته فى ملك غيره فاذا فرضنا الحيازه ملكا لغير الحائز لم يكن بدّ من التزام كون المحاز أيضا ملكا له و ان كان لا بدّ من المنع عن ذلك فامتنع كونها ملكا للمستأجر اذا اوجدها لنفسه حتى يمكن منع دخول المجوز فى ملكه و امّا بعد الاعتراف بأنّها مملوكه للمستأجر مط بائى قصد اوجدها فلا سبيل الى منع دخول فائدتها فى ملكه و الاستشهاد بضمان المستأجر الثانى فى المسأله السابقيه على دعواه ممّا لا نفهم وجهه اذ ليس فى ضمانه دلالة على تملكه لفائده العمل لأنّه ضامن على كلّ حال ملك الفائده أم لا حيث اتلفها بالاستيفاء و ليس كلّ من يضمن مالا بالاتلاف يملكه قبل الغرامه و الحاصل أنّا نقول بان الحيازه سبب للملك من غير حاجه الى قصد التملك و مع ذلك نقول ان كان اجيرا فى خصوص الحيازه او فى جميع منافعه الشامله لها وقعت الحيازه للمستأجر مط قصدتها له او لنفسه كما لو اوجد الاجير على الخياطه لنفسه و ملاحظه حيازه العبد و عدم اختلاف الحال باختلاف قصده اقوى شاهد على المدعى و ليس ذلك من جهه أنّه لا يقدر على شىء حيث يدلّ على أنّ قصده ملغى فى الشرع لا يؤثر فى شىء لأنّ عدم قدرته أنّما هو فى ايجاد الاسباب لا فى ايجاد الموضوعات الخارجيه فاذا قلنا ان قصد العمل

غير المالك يوجب دخول الفائده في ملك المعمول له نظرا الى كونه بمنزله تسليم مال شخص في غيره لزم القول به أيضا فيما لو عمل العبد لغير المولى فان قلت اذا جعل الشارع الحيازه بنفسها سببا لتملك الحائز فكيف يعقل كونها سببا لملك المستاجر و كيف الاستيجار لها مع كونه غير مشروع قلت انما جعلها الشارع سببا لتملك الحائز من حيث كونه مالكا للحيازه لا من حيث شخصه فكأنه جعلها سببا لتملك مالك الحيازه كائنا من كان و بعد ما صار الحيازه ملكا للغير كان مقتضى سببيتها للتملك صيروره المحاز ملكا لذلك الغير و الحاصل انه اذا كان اجير الحيازه دخل المحوز في ملك المستاجر مط و لو قصد لنفسه هذا كله على القول بعدم توقف سبب الحيازه للملك على القصد و اما على القول بالتوقف فلا

ص: ٢٢٠

كلام في صحه الاستيجار للحيازه و انما الكلام في دخول المحوز في ملك المستاجر بمجرد وجوده مط و لو نوى الخلاف و قد عرفت في التحقيق المنسوب الى الاستاد انه اذا جاز لنفسه دخول المجوز في ملكه لا في ملك المستاجر على القولين اما على القول بعدم الاشتراط فواضح و اما على القول بالاشتراط فواضح اذ معناه تبعيه ملك المجوز للقصد فاذا قصد لنفسه لا للمستاجر دخل في ملكه لا ملك المستاجر و صرح بعض مشايخنا قده في كلامه المتقدم بأنه يصير ملكا للمستاجر و ان نوى الخلاف و ما ابعده ما بين القولين قلت قد عرفت الجواب عن السبب المطلقه و انها لا تنافى وقوع الحيازه لملكها المستاجر و اما تبعيته لقصد الحائز على القول بالاشتراط ففيه أيضا تأمل بعد ما عرفت من اعتبار الحيشه لان مقتضاها اعتبار قصد المالك اى ملك الحيازه لا قصد الحائز فيكتفى بقصد المستاجر اذا ملك الحيازه بالاجاره عليها و لا يلتفت ح الى تيه الحائز و لو على القول بالاشتراط كما لا يلتفت الى تيه العبد فظهر من جميع ما ذكرناه ان الاجير الخاص الذى صار حيازته مملوكه للمستاجر اذا جاز دخول المحوز في ملك المستاجر مط قصدها له او لنفسه قلنا في سبب الحيازه بالافتقار الى تيه التملك اولا على خلاف ما صرح به في المسالك و محكى الروضه و ربما عزى الى المحققين نعم الظاهر انها لا تقبل التياه فلا مساس لها بالمقام فالتفصيل المعزى الى المص من جواز الاستيجار عليها دون التوكيل حسن و ان لم نعره به

المسأله الثالثه ان يعمل للغير بعض المده

و يأتى فيها أيضا الأقسام الثلاثه المذكوره في المسأله الثانيه في ما يأتى فيها جميع احكامها فللمستاجر الخيار في فسخ عقد نفسه كلاً او امضائه كلاً و حكم الفسخ و الامضاء ما عرفت حرفا بحرف و هل له فسخ عقد نفسه في الماضى خاصه وجهان أقواهما العدم كما في التبعض في البيع كذا في جواهر الكلام و فيه ان تلف العقود عليه سواء كان التالف كله او بعضه سبب للانفساخ لعموم الأدله و الفتاوى و لم نجد من فصل بينهما بل نفى بعض الاشكال في عدم الفرق نعم في القواعد و عن الايضاح و الحواشى النظر و الاشكال في خيار المستاجر في الماضى خاصه اذا غضب الاجنبى العين المستاجر ثم ردها في اثناء المده و عن المحقق الثاني انه ليس له ذلك لأنه يقتضى تبعض الصفقه على الموجر و هو خلاف مقتضى العقد فاما يفسخ في الكل او يمضى في الكل لكن المحكى عن المحقق الثاني ثبوت الخيار له اذا كان الغاصب هو الاجير دون الاجنبى نظرا الى ان التبعض المذى يلزم للموجر جاء من قبله لأنه عاد غاصب فعليه تحمّل ضرر التبعض و عنه أيضا و عن العلامة في اواخر مباحث الارض انه لو سكن المالك الموجر للدار بعض المده ثم ردها الى المستاجر تخبر في فسخ الكل او في الماضى او امضاء الكل و انت خبير

بان الفرق بين غصب الموجر و غصب الاجنبى فى الخيار فى الماضى غير واضح و ما استند اليه فى غصب الموجر من أنه غاصب عاد فعليه تحمل ضرر التبعض لا ينهض دليلا على خيار المستاجر للفسخ فى خصوص الماضى بل لا بد له من دليل يقتضيه و ليس هو الا قاعده كون التلّف سببا للانفساخ بناء على جريانها فى صورته الاتلاف كما مرّ فأنه اذا انفسخ العقد فى البعض التالف ثبت للمستاجر خيار التبعض فى القدر الباقي الذى تسلم العين فيه و هذا بعينه جار اذا كان الغاصب غير الموجر و لو قيل ان تلف بعض العين ليس سببا للانفساخ بل لا بد من تلف الكلّ لزم ان لا يكون له خيار اصلا حتى فى فسخ الكلّ اذ لا وجه للخيار الا التبعض العدى كان موقوفا على انفساخه فى البعض فاذا قلنا بعدم انفساخه فى البعض لم يكن له على الموجر سوى اجره المثل و يكون العقد لازما فما زعموه

ص: ٢٢١

من الاشكال فى تسلّطه على الفسخ فى البعض لا يظهر له وجه و كأنهم جعلوا المحذور فى ثبوت الخيار هنا على غير ما ذكرنا كقاعده الضرر و نحوها فاقترضوا فيه على القدر الذى يندفع به ضرر المستاجر و هو اما فسخ الكل او إمضاء الكل و هو حسن على هذا التقدير لكن الخيار فى نحو المقام ممّا يتحقق فيه التلّف بسبب الاتلاف من الموجر او الاجنبى مستندا الى اجتماع السببين سبب تضمين التلّف الاجره و سبب انفساخ العقد و هو التلّف الموجود فى ضمن الاتلاف كما لو اتلف الكلّ بان استوفى العمل المعقود عليه تمام المدّه لا الى قاعده الضرر و مقتضى استناد الخيار الى اجتماع السببين اعنى تسلّط الموجر على اعمال ايّهما شاء أنه اذا اختار اعمال قاعده التلّف انفسخ العقد فى البعض الماضى خاصه لاختصاص التلّف به و مقتضى انفساخه فى البعض تبعض الصفقه على المستاجر و الموجر كما لا يخفى

المسأله الرابعه ما لو عمل لغيره الكتابه

اشاره

و حكمه أنّ له الخيار فى فسخ عقد نفسه كما مرّ و له الإمضاء و الرجوع الى الاجير باجره مثل العمل الفاتت دون العمل العدى استوفاه الغير لأنه ليس مملوكا له و ليس له سلطنه على المعمول له و حكم رجوع الاجير اليه يعرف مما مرّ من غير فرق و هل يصح الاجاره الثانيه و جهان ينشئان من منافاه صحتّها لصحّه الاجاره الاولى لاستحاله التجمع بينهما فتبطل لسبق الاولى و من أنّ غايه ما يترتب على المنافاه تحريم الاجاره الثانيه و هو لا يقتضى الفساد كما يأتى تحقيقه فى الاجير المشترك اذا صار اجير الاخر فى ضيق الوقت او مع مطالبه المستاجر الاول فورا بقى شيئا احدهما أنه اذا كان جميع منافعه مملوكه بالاجاره فعمل لغيره عملا كان للمستاجر تتبع مصلحته فى مطالبه اجره مثل اعلى منافعه فلو كان الذى استوفاه الغير اوفاهها كان له تضمين ما عداها و له أيضا تضمينهما معا اذا كانتا ممكنه الاجتماع فان اراد تضمين غير لم يرجع الاعلى الاجير كما عرفت آنفا اذ ليس له الا احدى المنافع المتضاده الثاني ان حكم العبد حكم الحرّ فيما ذكرنا كلا لكن المولى هو المطالب بالاجاره دون العبد كذا عن المحقق الثاني و هو مع مباشره المولى لإجاره العبد ثانيا له وجه و اما مع عدمها ففيه اشكال لعدم المقتضى لضمان المولى بل المتجه ضمان العبد يتبع بعد العتق بل قد يناقش فيه مع مباشره أيضا لأنه فى ذلك كالأجنبى بعد انقطاع سلطنه على العبد بالاجاره الاولى فيكون مباشرته للإجاره ثانيا كمباشره الاصيل التى لا يترتب عليها ضمان بلا اشكال نعم لو اكرهه او الجاه اتجه الرجوع

اليه تقديمًا للسبب على المباشر للقوه من غير فرق بين المولى و الاجنبى هذا كله فى الاجير الخاص و ممّا ذكرنا تعرف الحال فى ساير الفروع و لو كان الاجير مشتركًا جاز عمله لغيره بلا خلاف الا مع ضيق الوقت او مع مطالبه و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المدّة خاصه دون المباشرة كما عن المبسوط و غيره او عن المباشرة كذلك او عنهما كما عن جامع المقاصد و المسالك و غيرهما او الذى يستأجر لعمل مطلق معين او لزمان مطلق مضبوط مجرد عن المباشرة كما عن التّنقيح او الذى يستأجر على الذمّه كما عن الانتصار و الغنيه و التذكرة او الذى يعمل عملاً معلوماً فى زمن معين كلىّ اما مع تعيين المباشرة او مط كما عن مجمع البرهان او غير ذلك ممّا يرجع الى بعضها معنى و محصّل الكلّ ان البائع الموصوف الكلىّ و الخاص كبائع المعين الجزئى و اشار فى التعريف الاخير بالجمع بين الكلىّ و المعين فى وصفيه الزّمان على صورته زيادته عن العمل كما لو اجره على خياطه هذا الثّوب فى هذه السّينه و فى بعض الاخبار تفسيره بانّه الذى يعمل لى و لك و لذا و هو اوفق لفظا و ان كان بمنزله الرّسم دون الحدّ و يستفاد منه أنّ

ص: ٢٢٢

انقسام الاجير الى القسمين كان معهودا فى السابق و لو ضاق الوقت لم يجز له العمل اذا لم يكن بعقد اجاره و نحوها من العقود اللّاعازمه تبرعا كان او مع الاجره بلا- خلاف و لا اشكال و فى حكمه ما لو طالب المستأجر و ربما ناقش فيه بعض مشايخنا بان اطلاق العقد منزل على حبّ التعارف و هو عدم التعجيل و هو ليس كالدين فى وجوب تعجيله عند الامكان و المطالبه و هل يجب عليه المبادره مع عدم المطالبه قال الشّهيد نعم ثمّ فرع عليه بطلان الاجاره الثانيه اذا كانت منافيه للإجاره الاولى و استشهد له بما فى الحج من عدم صحّحه الاجاره الثانيه مع اتّحاد زمان الايقاع حقيقه او حكما كما لو أطلق فيهما او عين فى احدهما بالسّنه الاولى كذا نقله فى ضمه ثمّ خالفه و هو الحق لعدم الدليل عليها و لو قلنا بانّ الامر يقتضى الفور لأنّ المأمور به هنا الوفاء بالعقد و الوفاء به عباره عن الالتزام بمضمونه و دخول منفعه كليه فى ملك المستأجر على ذمّه الاجير كالدين الثّابت فى الذم و امّا وجوب ايصاله فورا و لو لم يطالب فليس ممّا يترتّب على الوفاء به الا على القول بوجوب اداء الدين قبل المطالبه و ضعفه واضح قولاً- و قائلًا- و منه يظهر أنّ منع الفوريّه هنا ليس متوقّفاً على منع دلاله الامر عليها كما يوهمه عباره الرّوضه ثمّ على تقدير وجوب الفوريّه يتطرّق المنع الى ما ذكره من الحكم بفساد الاجاره الثانيه فى صورته المنافاه اذ لا دليل عليه أيضا سوى وجوه كلّها ساقطه احدها أنّ الأمر بالشّئ يقتضى النهى عن الضد و هو يقتضى الفساد و الاولى الاقتصار على الأوّل و الا كان العمل للغير محرما على الاجير عرفا بل لإيجار نفسه عليه و ثانيها ان الاجاره الثانيه منافيه للأوّل فكيف يَمْضِيها الشّارع و يأمر بالوفاء بها مع ايجاب الوفاء بالاولى فورا و يدفعه ان المانع من ايجاب الوفاء بالثّانيه و هى فوريّه وجوب الوفاء بالاولى تزول بوجود الاجاره الثانيه لتراحم حقّ المستأجر الأوّل حقّ المستأجر الثّانى فيرجع ح الى ما يقتضيه القواعد من التّخيير او القرعه لان صحّحه الاجاره الثانيه بثبوت حقّ للمستأجر الثّانى أيضا فى ذمّه الاجير و بعد ثبوته لزمه المزاحمه مع حقّ المستأجر الأوّل و ما يتوهم من لزوم الدور هنا لتوقّف صحّحه الاجاره الثانيه على زوال الفوريّه المتوقّف على الصّححه مدفوع بمنع التوقّف فى جانب الصّححه لأنّها مستلزمه لزوالها لا- أنّها متوقّفه عليه غايه الامر كون الاجاره الثانيه محرمة لكونها مفوته لحقّ الأوّل و هو لا ينافى الصّححه كحرمه البيع وقت التّداء و تحقيقه أنّ فوريّه الوفاء بالاولى مشروطه بالقدرة و بعد وقوع الاجاره الثانيه يمتنع الوفاء بها فور المكان المزاحمه و هذا نظير ما لو باع المديون ما يملكه مع مطالبه الدّائن فان البيع و ان كان حراما لتفويت حقّ الدّائن الاّ أنّه موجب لسقوط مطالبه الدّائن فورا و الارجاع الى الميسره و الاصل فى ذلك ان التكليف بالنّسبه الى القدرة واجب مشروط يدور

مداره وجودا و عدما و ان كان الاعلام بعد الوجود محرما الا أنه يوجب سقوط التكليف المشروط به في الاجاره الثانيه لا مانع من صحتها و امضاء الشارع لها اذا لمانع استلزام الصيحه تكليف الاجير بالصددين في ان واحد و هو غير لازم بل مقتضى صحتها ليس الا لتعلق حق الاجير مثل حق الاول و لا استحاله في اجتماع الحقين لان الحكم فيه عند المزاحمه التخيير او القرعه و ان كان احدهما قبل وجود الاخر متعيّنا للانحصار نعم لو كان العقد الثاني مقتضيا للأمر بالصد مع بقاء الامر العيني بالاخر بعد العقد كان امضائه قبيحا ممتنعا على الشارع من غير فرق بين ان يكون مقتضى الثاني أيضا امرا عيتيا او تخييريا لأن

ص: ٢٢٣

الامر باحد الصدين سواء كان عينا او تخييرا يمتنع مع الامر بالاخر عينا و اما لو كان وجوده سببا لزوال الوجوب العيني الثابت الاول قبل العقد الثاني لم يلزم في امضائه قبح و لو كان محرما كما لا قبح في امضاء البيع وقت النداء و ان كان محرما و ثالثا ان الاجاره الاولى احدثت حقا للمستأجر الاول على الاجير و مقتضاه عدم تأثير الاسباب في تعلق حق اخر يوجب بطلان الاول على الاجير كما لو نذر ان يتصدق بعين من اعيان ماله فانه يمنع عن تأثير ساير الاسباب فيه كالبيع و نحوه عند المحصّلين و جوابه ما عرفت في قولنا انفا بل يقتضى صحتها و محصّله انه لا امتناع في اجتماع الحقيق او الحقوق لأشخاص في ذمه شخص واحد بل هو امر سائغ سواء وقع في الاداء بينهما مزاحمه أم لا و انما الممتنع اجتماعهما في عين مشخّص كما في مثال التذّر المذكور بل قد يجتمع في العين الخارجى أيضا اذا كان تعلقها عليه لا من حيث عنوان مشترك قابل للصدق عليها و على غيرها كحال المفلس فانه متعلق لحق الديان لكن له اشتغال ذمته أيضا قبل الحجر و ما ذاك الا لأن ماله انما تعلق به حقوقهم من حيث عنوان المائيه القابله للصدق عليه و على غيره و له أيضا البيع و لا ينافيه تعلق حقوقهم به كما ظهر لك في الوجه الثاني و رابعها ان عمله لغير المستأجر الاول مع المطالبه حرام فيكون الاجاره الثانيه باطله لان شرط المنفعه ان تكون محلله و فيه ما مرّ في الوجه الاول من المنع لان الامر بالشىء يقتضى النهى عن الصد العام دون الخاص و هذه من ثمرات تلك المسأله مع ان نهى الغيرى لا يقتضى فساد المعامله فافهم نعم لا مضايقه في حرمة السبب اى الاجاره الثانيه لتفويتها حقّ المستأجر الاول و اما حرمة العمل فلا و ممّا ذكرنا ظهر فساد ما في الرياض حيث قال انه يجوز للأجير المشترك ان يصير اجيرا للاخر الا في صوره المنافاه و مثل لها بما لو استأجر ما دام عمره فانه ان اراد بعدم الجواز الفساد كما عن الشهيد في كلامه المذكور فقد ظهر ضعفه و ان اراد مجرد الاثم على البيان الذى قرّرنا فان اراد حرمة العمل فقد عرفت أيضا ضعفه و ان اراد حرمة الاجاره فهو حسن لكن لبعض مشايخنا مناقشه في صحه الاجاره ما دام العمر للغرر و خامسها انه غير متمكن من العمل للثاني شرعا و شرط العمل ان يكون مقدورا و هذا أيضا مبنى على مسأله الصد و قد ظهر جوابه كما مرّ و هو في محله الا انه يرجع الى المثال و الا فاصل الحكم و هو عدم تحريم الاجاره في صوره المنافاه ممّا لا اشكال فيه و ظهر أيضا ممّا ذكرنا حكم اجاره الاجير الخاص اذا كان اجيرا في منفعه خاصه و اجر نفسها غير المستأجر الاول في غيرها فانه صحيحه و ان كانت محرّمه و كذا حكم اجاره المشترك في ضيق الوقت و حكم غيرها من صور المنافاه فان الحكم في الجميع واحد و عن بعض الفرق بين ضيق الوقت و غيره نظرا الى تعيين الكلى الذى كان في ذمه الاجير حال الضيق في الفرد الصادف له فيكون كعمل الاجير الخاص في كونه ملكا للغير و كون العقد الواقع عليه فضوليا و هذا نظير قول من قال بان العبره في القضاء بحال الفوات سفرا و حضرا بناء على تشخيص القدر المشترك بين اجزاء الوقت الموسّع في خصوص الفرد المصادف لآخر الوقت فيجب في القضاء ملاحظه لا ملاحظه القدر المشترك بين التمام و القصر و يدفعه انه لا دليل على تشخيص الكلى باعتبار الضيق في خصوص الفرد الشخصى الا بحكم العقل المؤثر في فضوليه

الاجاره و لا- فى مسأله القضاء لأنّ انحصار الكلّى فى الفرد لا يوجب انتقال الحكم المعلق به الى فرده بل هو باق عليه و يحكم العقل بايجاد الفرد المنحصر مقدمه فمقتضى القاعده اختيار المكلف فى القضاء بين القصر و الاتمام

ص: ٢٢٤

الا ان يقوم دليل على خلافه هذا كله فيما يرد على الاجير و اما ما يرجع الى الاجاره فقد عرفت انّ الاقسام ثلاثه لأنها اما مجردة عن المباشرة خاصه او عن المدّه خاصه او عنهما و على التقادير فالاجاره الثانيه أيضا لا تخلوا عن الثلاثه فهذه تسع صور و يتلوها ما لو صار اجيرا خاصيا لغير المستاجر الاوّل فهنا صور الأوّلى ان تكون الاولى و الثانيه مجردتين عن المباشرة خاصه و هنا لا يسقط حق مطالبه احدهما لعدم المزاحمه فعلى الاجير العمل لكل منهما فورا بنفسه او بغيره فلو لم يفعل اجيره عليه و لو مضت المدّه فان كانت المذكوره على جهه الشرطيه تسلط المستاجر على الفسخ فان فسخ و الا طالبه بالعمل و ليس عليه اجره المثل و ان كانت قيّدا و جزء مقوما للعمل كان أيضا مخيرا و ربما قيل هنا بالانفساخ لأنّ العوض قبل القبض مضمون و فيه انّ هذا اتلاف لا تلف فيأتى فيه خيار اعمال فان فسخ فهو و الا- الزمه بالا-جره دون العمل الثانيه ان تكون الاولى مجردة عن المباشرة و الثانيه مجردة عن المده و هنا أيضا لا- مزاحمه فلكل منهما مطالبه حقه فورا فيعمل للأوّل بغيره و للثاني بنفسه فان لم يفعل حتى فان المده فالحكم ما عرفت من التفصيل بين الشرطيه و الجزئيه لكنّه مختصّ بالمستاجر الأوّل و اما الثاني فليس له الاخبار لعدم المده و لو تعدّر الاخبار ثبت له خيار تعدّر التسليم بناء على جريانه بالتعدّر الناشى عن عصيان العاقد و فيه كلام و ان كان الاوفق بالقواعد ثبوت الخيار دفعا للضرر الثالثه ان تكون الثانيه مجردة عنهما و يعرف حكمها ممّا ذكرنا الرابعه ان تكون الاولى مجردة عن المدّه و الثانيه مجردة عن المباشرة و هنا أيضا لا مزاحمه فلكل منهما مطالبه عمله فورا و لو لم يفعل للثاني حتى مضت مدّه الاجاره كان حكمه كما عرفت الخامسه ان تكون الثانيه أيضا مجردة عن المدّه و هنا يتزاحم الحقان فان تراضيا فى التقديم و التأخير فلا اشكال و ان تشاحا تخيرا للأجير فى تقديم ايّهما شاء و يحتمل قويا القرعه و الأصحّ هو الأوّل لأنّ التّعيين فى جهات وفاء الدّين بيد المديون و ليس التّخير هنا كالتّخير فى تزاحم الحقوق على المنافع المشتركة و نحوها ممّا ينشأ من التّخير فيه الفساد فيجب القرعه و اذا اختار احدهما كان للاخر الخيار دفعا لضرر الصّبر على التّخير و ليس التّخير هنا كالتّأخير عصيانا حتى يندفع بالاخبار لأنه حكم شرعى ملزوم للضرر فيندفع بالخيار فافهم و هكذا الى بقيه الصّور تراعى فيها المزاحمه و يعرف حكمه ممّا ذكرنا و تلاحظ أيضا فوات العمل فى المدّه المشخصه و يعرف حكمه أيضا ممّا ذكر هذا كله اذا صار اجيرا مشتركا للثاني فلو صار اجيرا خاصيا بان اجر نفسه غير المستاجر الاوّل مدّه معينه لعمل معين مستغرق لها او لجميع المنافع وقع المزاحمه بين الحقّين فى مقدار يسع العمل للأوّل من المدّه و ح رجح حق المستاجر الثاني لأنه بالاجاره فوت العمل على المستاجر الأوّل حيث ملك جميع منافعه للثاني كما لو باع المديون ما يملكه من غير الدّائن فان حق المشتري ح مقدم على حق الدّائن المتعلّقه بالعين فلو عمل للأوّل و الحال هذه كان فضوليا محتاجا الى اجازة الثاني نعم للأوّل الرجوع الى الاجير بالمسمّى او اجره المثل كما فى ساير صور التّفويت و الاتلاف و الله العالم و تملك المنفعه بنفس العقد كما تملك الاجره به بلا خلاف و لا اشكال كما تقدّم سابقا و استدللّ عليه باوفوا و بان مقتضى العقد دخول كلّ من العوضين فى ملك المتعاقدين و فيه انّ هذا يتوقف على قابليه العوض للتملك ففى ظرف الاجره لا اشكال و

ص: ٢٢٥

أمّا المنفعة فقد يقال كما عن أبي حنيفة و بعض من يماثله أنّها غير قابلة لعدم وجودها فيستحيل عروض صفة الملك لها قبل الوجود و بعد الوجود يدخل في ملك الموجر شيئاً فشيئاً و ينتقل منه الى المستاجر و لازمه عدم دخول الاجره أيضاً في ملك الموجر الا حال دخول المنفعة في ملك المستاجر لأنّه قضيه المبادله و حيث ان وجود المنفعة تدريجي لزم ان يكون تملك كلّ منهما أيضاً تدريجياً فيدخل من الاجره في ملك الموجر مقدار ما يدخل من المنفعة في ملك المستاجر كذا عن أبي حنيفة و يمكن ان يقال بعد المساعدة على المبني عدم قابليته المنفعة التملك قبل وجودها الا ان الاجاره توجب حقاً مالياً للمستاجر في العين و ان لم يكن تملكاً فلا- مانع من كون مفاد الاجاره مقابله الاجره بذلك الحق اذ الحقوق قابله للنقل و الانتقال مجاناً او بعوض فينتقل الاجره في ملك الموجر فعلاً بازاء الحق الذي استحقّه المستاجر و هو صيرورته مسلطاً اعلى استيفاء المنفعة عند وجودها و محصله أنّه ملك ان يملك لا أنّه ملك شيئاً بالفعل لكن مقتضاه دخول الاجره في ملك الموجر فعلاً فماعة من عدم دخولها أيضاً في ملكه الا بعد وجود المنفعة تدريجياً و انتقالها من ملك الموجر الى ملك المستاجر لأنّه مقتضى المقابله جهل او تجاهل هذا على تقدير قبول المبني و رده الاصحاب بالنقض و الحل أمّا الاوّل فانّ المنفعة لو لم تكن قابله للتملك كيف ينقلها الموجر و كيف يعقل صحّه الاجاره التي مفادها تملك المنفعة بعوض و أمّا الثاني فبوجهين احدهما انّ الملكيه و ان كانت من الاعراض المفارقة الى محال موجوده الا- أنّها امر اعتباري انتزاعي من الأسباب العرفيه و الشرعيه فيمكن عروضها للمعدوم اذا كان له تاهل الوجود تنزيلاً له منزله الموجود و الثاني انّ الملكيه عباره عن سلطنه الانتفاع بشيء او ببدله و هذا المعنى ثابت للنماء نحو ثبوته للأعيان فان اراد بالملكيه الممنوع ثبوتها للمنافع غير هذا المعنى فنحن نقول به و ان اراد بها تلك السيلطنه فما استدللّ به على المنع من امتناع عروضها للمعدوم ممنوع و ان اراد ان هذا لا يسمّى ملكاً فمع وضوح فساده لا نحاشي عن الالتزام به فيكون النزاع حلفظياً ثم أنّه لا ثمره للنزاع عملاً الا اذا قلنا بان الاجره أيضاً لا تدخل في ملك الموجر تبعاً لعدم دخول المنفعة في ملك المستاجر فيظهر الثمره ح في نماء الاجره كما لا- يخفى و قد عرفت انه لا- ملازمه بينهما لا- مكان التفكيك بدعوى دخولها في ملك الموجر على كلّ حال و لو لم نقل بصيروره المنفعة ملكاً للمستاجر بعد العقد اذ يكفي في استحقاق الموجر لها مقابلتها لحق مالي يحدث له بسبب العقد و

هل يشترط اتصال مدّه الاجاره بالعقد

قيل نعم كما عن الخلاف و المبسوط و التقى في محكي الكافي و قيل لا كما عن الكلّ او الجلب بل في محكي التذكرة نسبة الصيحه مع الانفصال الى علمائنا و سبقه الحلّي في محكي السيرائر حيث صرح بان قول الشيخ ليس لأحد من اصحابنا و استدللّ للشيخ بالاصل و ابو الصيلاح بعدم القدره على التسليم و بان العقود و الإنشاءات علل للأحكام فيلزم الاتّصال لثلاً يلزم تخلف المعلول عن العله و الجواب عن الاولين واضح و عن الثالث ان الزمان في المنفعة يصحّ اعتباره جزء فكلّ زمان ذكر في الاجاره دخل في ملك المستاجر فعلاً بعد العقد و ان تأخر زمان المملوك فالمعلول و هي الملكيه الحادّته بحدوث العقد لم يتخلف عن العله و قد يستدلّ له أيضاً باقتضاء الانفصال التعليق في الاجاره و هو أيضاً كما ترى و قد استدللّ بما عن التنقيح و المسالك من ان العقد يقتضى استحقاق التسليم بعده فيكون الانفصال

و اما على طريقتنا من عدم الفرق بين منافى مقتضى الاطلاق و مقتضى الماهية فى الفساد كما سبق فى اوائل الكتاب فالجواب ان الزمان مأخوذ جزءا للمنفعة و اذا اشترط الانفعال كان الذى يدخل فى ملك المستاجر هو العمل فى الزمان المذكور دون غيره و استدلل للشهور بعد العمومات بفحوى الاخبار الواردة فى المتعه الداله على الصّحه مع شرط الا انفصال المجبر ضعف اسانيدھا او سند بعضها بالعمل و المتمتع بها مستأجرات و بانّ شرط الاتصال يقتضى عدمه لأنّ كلّ واحد من الازمنه التى اشتمل عليها مدّه الاجاره ليس متّصلا و استدلل به فى محكى المختلف و المسالك ورد بانّ الجزء المنفصل متّصل بالمتّصل فكان متّصلا بحسب الامكان و فيه ان عدم امكان الشرط لا يوجب سقوطه بل يبقى فساد الشرط فلو قلنا باشرط الاتّصال لزم فساد تحديد المنفعه بالزمان مطّ متّصلا كان او منفصلا ان دققنا النظر لاستحاله الجزء الذى لا يتجزى و ان احلناه الى العرف و جعلنا اليوم او الاسبوع او الشهر او السنه و نحوھا شيئا واحدا بسيطا غير مركّب من الاجزاء عرفا لزم الاقتصار فى الصّحه على المدّه المستقله فيلزم تبعض الصّيه فقه كما لو قبض بعض البيع او الثمن فيما يتوقّف صحّته على القبض قضاء للشرطيه و على القول بالاشترط لو اطلق و قال اجرتك شهرا قيل بطلت كما عن المختلف و المسالك و المفاتيح و مجمع البرهان و الكفايه الا ان يكون هناك عرف يقتضى الاتّصال و الا فالعقد بنفسه لا يدلّ عليه و قيل الاطلاق يقتضى الاتّصال و هو اشبه عند المص بل عند الجل و استدّلوا عليه بالتبادر العرفى و بانّ عدم تعيين المدّه دليل على اراده الاتّصال و بان اراده الانفصال توجب فساد العقد فيحمل على الاتّصال لأصالة الصّيه و بفحوى ما دلّ على الصّيهه مع الاطلاق فى المتعه و فى الكلّ نظر لمنع التبادر الا فى بعض المقامات الذى لا كلام فيه لدخوله فى المستثنى و منه يظهر منع الثانى أيضا و اصالة الصّيهه لا نظر لها بمرادات المتكلم حتى تنهض قرينه صارفه او معينه لها بل حكم تعبدى شرعى نعم لو دار الامر بين الغلط و الصّحيح لم يبعد الاعتماد على اصل الصّحه ح فى استكشاف المراد نظرا الى ظهور حال المتكلم فى الاحتراز عن الغلط كما قيل و ان كان فيه أيضا تاامل و ما يترأى من الفقهاء فى بعض المقامات من الاعتماد عليها فى تعيين المراد كما لو اوصى بعود مشترك بين آله اللهو و غيره فحملوه على الوجه المحلّل و منه ما لو قالت وقفت الى سنه لدورانه بين اراده الوقف الفاسد و الحبس الصّحيح على ما زعمه بعض حيث حملة على الحبس لأصالة الصّيهه اما داخل فى المستثنى او فى قاعده اخرى و تحقيق المرام فى مقام اخر و اما فحوى اخبار المتعه ففيه أيضا نظر ينشأ من الفرق بين المقامين فى صورته النصّ على الانفصال فانه يجوز فى المتعه كما عرفت و المفروض فى المقام عدم الجواز فكيف يقاس محلّ الاطلاق فى المقام بحاله فى المتعه بعد اختلافهما فى المقيد صحّحه و فساد او الحاصل انه فرض صحّحه التصريح بالانفصال لا- مانع من صحّحه الاطلاق بل لا وجه لفساده كما لا يخفى و اما بعد فرض الفساد مع التصريح بالقاعده قاضيه بفساد الإطلاق أيضا فظهر ممّا ذكرنا انّ الأقرب بناء على اعتبار الاتصال هو الأوّل فيحكم بالفساد الا مع قيام العرف على الاتّصال كما لا يبعد دعواه فى اجير الحج نظرا الى فوريتها شرعا فيستفاد بشهاده حال المستاجر السّينه الاولى بعد الاجاره و اما اجير الصّلاه و الصّوم فان قلنا انه يجب على الولي التّعجيل و الفوريه نظرا الى شهاده حال الميّت فكك

ص: ٢٢٧

و الا فلا ثم لا يخفى انّ قول الماتن و لو عين شهرا متأخرا عن العقد قيل يبطل و الوجه الجواز بعد المتن المذكور تكرر بلا طائل و من هنا احتمال بعض كون المراد بالاتّصال فى العبارة الاولى هو تعيين المدّه فى الاتّصال فمعنى قوله هل يشترط الاتصال انه هل يجب تعيين المدّه بذكر الاتّصال و نحوه فلو قال اجرتك شهرا من غير تعيين الشّهر بطل للإبهام و الجهاله لا لعدم الاتّصال او يكفى الاطلاق لانصرافه الى المتصل فلا جهاله و يؤيده ان الشّيخ مخالف فى المسألتين حيث قال بالفساد مع التصريح بالانفصال

و مع الاطلاق فيكون كل واحد من العبارتين اشارة الى الخلاف في كل واحد من المسألتين و يؤيده أيضا ما عن قبيح من الاستدلال للشيخ في المسألة الثانية بعدم التعيين فإنه بنى على ان الوجه في بطلان الاطلاق هو الغرر و الجهالة لا فوات شرط الاتصال العدى بنى الشيخ عليه للأصل فان قيل أنه لا وجه للإشكال في تعيين المدّة و ارتفاع الجهالة فكيف يحمل عليه قوله و هل يشترط قلنا وجه الاشكال هو التأمل في الصغرى و ان في اطلاق شهر مثلا جهالة أم لا الاشكال في اصل اعتبار تعيين المدّة لكن يضعفه مضافا الى خروجه عن صريح العبارة القاضى باشتراط الاتصال لا اشتراط التعيين ان ظاهر الشيخ كون المسألة الثانية اعنى بطلان الاجاره مع الاطلاق متفرعه على المسألة الاولى الا على ما فهمه صاحب التنقيح اعنى الجهالة و الحاصل ان شرط الاتصال له فائدتان إحداهما تعيين الكلى و ارتفاع الغرر و الجهالة بناء على كون شهر مثلا مبهما غير معين و الأخرى الاحتراز عن الانفصال العدى هو مبطل عند الشيخ و حمل العبارة الاولى على الفائدة الاولى و ان كان يندفع به ركاكه التكرار لكنّه علاج للفساد بالافسد لفظا و معنى من وجوه شتى لا يخفى على التأمل أيضا و كيف كان فالامر في العبارة سهل و انما المهمّ تحقيق حال تلك المسألة اعنى صحّة الاطلاق فنقول قد عرفت ان الكلّ او الجبل عدا الشيخ قد صرحوا بالصحة و عرفت ادلتهم و ربما استفيدت أيضا من اقوالهم فى تقدير العمل بان مالان و تجوز ان يستأجر الدّابة شهرا من غير تعيين و كذا من يستأجر الدّابة شهرا من غير تعيين الى و كذا من يستأجره للخياطة كك او يوما و يشكل ذلك بان فيه الغرر و الجهالة لو اريد بشهره المفهوم الكلى او الابهام و التّرديد لو اريد به شهرا من شهور هذه السّنة مثلا كما لو باع عبدا من هؤلاء العبيد او صاعا من هذه الصّياح المتفرقة فمقتضى القاعدة الفساد و يمكن حمل كلماتهم فى المقام على ردّ الشيخ القابل بعدم الصّحة على القول باعتبار الاتصال فغرضهم ان الاطلاق يغنى عن التصريح بالاتصال على القول باعتباره لا أنّه يجوز من غير ارتفاع الجهالة و يؤيده ان من خالف و قال بعدم الكفاية ممّن عرفت استند الى ان الاطلاق لا يدلّ الا بمساعده العرف فى خصوص المقام فالخلاف المذكور ناظر الى حيث كفاية الإطلاق فى احراز شرط الاتصال لا مط فان قلت لو قال اجرتك شهر او اراد به الكلى فهو كبيع الكلى ممّا لا جهالة فيه و لا- غرر نعم لو قال شهرا من شهور هذه السّنة فهو كما لو باع عبدا من هؤلاء العبيد قلت الكلى لا يجوز تملكه الا بعد توصيفه بما يرفع الجهالة فلو قال بعث رطلا من الحنطة او الدّهن بطلّ الا مع التوصيف الرفع للجهالة فكك تملكك سكنى الدار او الخياطة شهرا متضمّن للغرر و الجهالة نظرا الى اختلاف مائيه سكنى شهرا و خياطة شهر باختلاف الشهور و ربما يفصل كما فى جواهر الكلام بين اجاره الدّار و نحوها من الأعيان و بين الاجاره الأعمال كالخياطة فيعتبر التعيين فى الاولى لما ذكر و عن

لما

ص: ٢٢٨

التّذكرة من نفى الخلاف فى اعتبار التعيين فيهما دون الثانية لأنّ مرجع التّحديد بالزمان فيهما الى تعيين العمل بالزمان و فيه ان التعيين بالزمان ان كان رافعا للجهالة فلا فرق بين الموضوعين و الا فكك و ربما بانّ العمل له مشخصات اخرى غير الزّمان و ذكر الزّمان معها يرجع الى اشتراط ادائه فى ضمن الافراد كما لو باع صاعا كليا موصوفا بصفات رافعه للجهالة و اشترط ادائها من هذه الصّبره المجتمعه او المتفرقة و اما منفعة الاعيان فلا مشخص لها سوى الزّمان و فيه ان الجهالة الشّروط أيضا مبطله على الاشهر الاقوى الا اذا فرض عدم التفاوت فى ماله الخياطة باختلاف الشهور و ح يجوز الاطلاق فى الاعيان أيضا فاذا فرض عدم اختلاف مائيه سكنى الدّار باختلاف الشهور جاز الاطلاق فيها أيضا و الحاصل ان العبره باختلاف ماله المنفعة باختلاف الساعات او الايام او الاسبوع او الشهور او السّنين و عدما فان اختلف لم يجز الاطلاق فى الاعمال أيضا سواء لوحظ المدّة المسماة كليه او

اشترطت ادائها في ضمن افراد محصوره لكان الغرر و الجهاله و ما تقرر في مسأله بيع الصّاع من الصّبره او الصّيعان من جواز بيعه اذا لوحظ كلياً و اشترط ادائه في ضمن الصّيعان الخارجيه فانّما هو اذا لم يختلف ماليه الصّيعان المشروط اداء الكلي في ضمن احدها و ان لم يختلف الماليه جاز في الاعيان أيضا على الوجهين نعم لا يجوز الاستيجار على خياطه يوم او شهر مبهم مردّد بين ايام الاسبوع او شهور السنه كما لا يجوز بيع صاع مبهم من الصّيعان المتفرقه اذ فرق بين صاع كلي اشترط تعيينه في ضمن احد الصّيعان المتفرقه الخارجيه و بين بيع جزئي من جزئيات خارجيه فان الاول يصحّ دون الثاني على الاشهر في الموضوعين و هنا أيضا ينبغي ان يكون كك فلا بدّ اولا من ملاحظه اختلاف ماليه المنفعه باختلاف الاوقات و عدمه فان اختلفت لم يجز مط سواء لوحظت المدّه كليّه او جزئيه و مع عدم الاختلاف يجوز الاطلاق اذا لم يرجع الوقت المسمّى الى الغرر المبهم المرّد بين افراد محصوره و تمام التحقيق في موضعه

و

اذا سلم العين المستاجر و مضت مدّه يمكن استيفاء المنفعه لزمته الأجره

بلا اشكال و لا خلاف سواء استوفى المنفعه أم لا لان العقد سبب لاستقرارها و القبض شرط و قد حصل فلا يتوقّف بعده على الاستيفاء كما في ضمان اليد و يتحقق التسليم بالتفويض و رفع موانع الاستيلاء و ايجاد شروطه و التخليه كما هو محقق في محلّه ففي مثل العبد و الدّابه يتحقق بعرضهما على المستاجر و تسليطه عليهما فاذا فعل ذلك استقر الاجره عليه و لا يشترط تسليمه و قبضه نعم يشترط مضى المدّه لأنه من شروط الاستيلاء في الواقع فلو تلف في اثناء المدّه لم تضمن فيما بقي لعدم استكمال علّه ضمانها بالقياس الى القدر الباقي هذا مع صحّه عقد الاجاره الصّحيحه و اما الفاسده ففيه تفصيل لأنّه اما ان قبض العين أم لا فان لم يكن قد قبض فلا ضمان لعدم المقتضى من العقد او اليد و ان كان قد قبض فالمعروف مع عدم الاستيفاء أيضا الضمان خلافا للمحكى عن مختار التحرير و محتمل التذكره و به قال ابو حنيفه خلافا للشافعي و هو ملحظ وجيه لأنّ سبب الضمان اما عقد او يد او اتلاف و شىء منها غير موجود هنا اما الاول فواضح و اما الثاني فلا لأنّ يد المستاجر غير ضامنه و لو كانت الاجاره فاسده على المشهور فكيف يضمن المستاجر المنفعه دون العين و اما الاتلاف فهو في المنافع منحصر في الاستيفاء المفقود في المقام و اجيب بان المنفعه مضمونه باليد عليها لا على العين و فيه أنّها معدومه غير قابله للدّخول تحت اليد و انما يحكم بضمانها في العقد تبعا لليد على العين فاذا كانت اليد

ص: ٢٢٩

عليها غير خائنه كما في المقام لم يكن وجه لضمان المنفعه اللهم لا ان يتمسك بقاعده كلّ ما يضمن فان صحيح الاجازه مع قبض العين قاض الضمان فكذا فاسدها و فيه ما عرفت سابقا في تحقيق القاعده من أنّها غالبيه لا دائمه بمعنى توقّف الضمان على وجود شىء فيه من اسبابه غير الاقدام الحاصل بالعقد الفاسد فلا اشكال هنا في ضمان المنفعه كما في الغصب على المشهور و يحتمل قويا بل هو المتعين ان يكون التفصيل اشاره الى ما عن المبسوط حسبما يقتضيه عادة المص من الاشارات الى خلافات الشّيخ في الكتاب و هو الفرق بين الاجاره المطلقه الواقعه على عين كليّه كذابه موصوفه او عبيد كك فلا يستقرّ الاجره لعدم كون الفرد المدفوع منها عين المعقود عليه فلا يكون فقيها مجدا في استقرار الضمان على المستاجر و المعينه الواقعيه على ذات جزئيه فيستقر ما ذكره في المسالك احتمالا اخذا عن الشّهيد في حاشيه شرائعه و ربما نسب الى نسخه مقروءه على المص و فيه

ان قبض العين من دون استيفاء المنفعة ان كان كافيا في الجزئي لزم الاكتفاء به في الكلي أيضا فان قبض الكلي لا يتصور الا بقبض فرده كما في البيع الكلي و ان كان حصول القبض في خصوص الاجاره موقوفا على استيفاء المنفعة التي هي مورد الاجاره لزم عدم الاكتفاء به في الجزئي أيضا فالفرق تحكم و اما احتمال كون التفصيل اشاره الى الفرق بين المعينه المدّه فيستقرّ و غير ما عين مدتها فلا بمجرّد مضي زمان صالح لاستيفاء المنفعة لان جميع الازمنه صالحه للاستيفاء فيكون كما لو لم ينقض المدّه اصلا كما احتمله أيضا في المسالك و نقل عن المهذب البارع و إيضاح النافع فهو أيضا ضعيف لأن استقرار الضمان لا يتوقف على الازيد من حصول القبض و امكان الاستيفاء و كلاهما حاصل في القسمين مضافا الى بعد هذا الاحتمال في العبارة بل امتناعه مع قوله و كذا لو استاجر دارا و سلمها و مضت المدّه و لم يسكن فانه بقريته تعريف المدّه و شهاده ما هو المتعارف في اجاره الدار من تعيين المدّه ظاهر او صريح في معينه الوقت كما ان العبارة الاولى ظاهره بشهاده تنكير المدّه و قريته المقابله في غير معيّناتها و كلّ من العبارتين مطلقه من حيث كون العين كليّه او جزئيه ثم وجه التشبيه يحتمل ان يكون هو استقرار الاجره فقط و ان يكون مجموع ما ذكره في المشبه به حتّى التفصيل و هذا هو الظاهر و ح يتعيّن ان يكون المراد بالتفصيل غير ما عن المبسوط اذ لا فرق في معينه الوقت بين كون العين كليّه او جزئيه لوضوح استقرارها بمضى الوقت المسمّى على التقديرين فيبطل الاحتمالان معا احدهما بظاهر التشبيه و هو الاحتمال الاول و الثاني بقريته المقابله و تعريف لفظ المدّه الظاهرين في معينه الوقت كما عرفت بقي احتمال هو ثالث ما في المسالك من الاحتمالات و مختار المحقق الثاني في حاشيه الكتاب المنسوبه اليه و هو الاشاره الى الفرق بين الحرّ و العبد فيستقرّ في الثاني كما في اجاره الدابة دون الاول نظرا الى عدم كون منافع الحرّ مملوكه بدون الاستيفاء و عدم دخوله تحت اليد حتّى يكون تسليمه لنفسه بمنزله الإقباض و هذا أيضا ضعيف احتمالا و محتملا اما احتمالا فلقوله او استاجره لقلع ضرسه فمضى المدّه التي يكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت الاجره فانه شامل للحرّ و العبد مع ان العبارة الاولى غير شامله للحرّ فكيف يأتي فيها التفصيل المذكور و اما محتملا فلان غايه ما يستدلّ به عليه ما قاله في محكي إيضاح النافع قال و التحقيق انّ هذا هل هو تمليك للمنافع فاذا اهمل باستعمالهما حتّى تلف لم يضمن او هو كالدّين في ذمه الحرّ فلا يسقط الا بالاستيفاء او البراء و الاشبه الثاني لأن الحرّ يستحقّ عليه

ص: ٢٣٠

و لا- يملك عينه و لا- منافعه انتهى و فيه انه لا- اشكال في ان منافعها تملك بالعقد كالعبد و انما الفرق بينهما في غير صوره الاجاره فانّ العبد ملك عينه و منفعه و يضمن باليد كك استوفيت منفعه او لا بخلاف الحرّ فانه ليس كك فلا يضمن منافعه بدون الاستيفاء و عزى الى شيخنا الاستاد قده الفرق بين كون الاجير اجير العمل جزئي معين او لعمل كلي فيستقر في الاول دون الثاني لأن العمل اذا كان جزئيا يكون تسليمه بتسليم نفسه و اما اذا كان كليًا فتسليمه يتوقف على وجوده في الخارج فليل العمل لم يحتمل القبض المعتبر في استقرار الاجاره و وجه الفرق ان الكلي يصير ملكا للمستأجر بنفس العقد و لا معنى لقبض العمل المملوك الا تسليم العامل نفسه و تمكينه للعمل بخلاف الكلي فانه لا يكون ملكا الا في ضمن الفرد فقبل وجوده يتمتع اقباضه بتسليم نفسه و الحاصل ان تسليم العامل نفسه للعمل انما يقوم مقام الاقباض الموجب لاستقرار الضمان على المستاجر اذا كان العمل الذي اراد تسليمه ملكا للمستأجر و اما اذا كان فردا من العمل الذي هو ملك له فلا و فيه نظر لان العمل الجزئي أيضا في ذمه الاجير فان كان يمكنه للعمل كافيا في قبض ما في ذمته كان كافيا مط و لو كان ما في الذمه كليًا و الا لم يكف مط و يضعف بان العمل اذا كان جزئيا كان امتناع المستاجر و الاستيفاء بمنزله التلف فيكون كإتلاف المبيع قائما مقام الاقباض لان

المنفعة التآلفه هي عين ملك المستاجر و هي التي وقع العقد عليها و اما اذا كان كلّها فالامتناع عن استيفاء العمل المبذول ليس اتلافا له لأنه غير مملوك للمستاجر بل باق على حالته قبل الاجاره لأنه فرد للكلّي الّذى ليس هو ملكا لأحد و أنّما يصير ملكا للحزّ او المستاجر بعد الوجود فالامتناع عن قبضه و استيفائه ليس اتلافا فالشىء مملوك للمستاجر حتى يكون اتلافا اتلافا للمعقود عليه و يكون بمنزله القبض و لو سلم ان الامتناع عن استيفاء الفرد يعد عرفا اتلافا له فغايه ما يترتب عليه انه اتلاف المال الحر فيكون المستاجر ضامنا لقيمتيه لان الاعمال من القيميّات لا من المثليات و هذا لا يقتضى استقرار الاجره المسماه عليه لان شرط استقرارها دخول عوضها و هي المنفعة المقابله بها في قبض المستاجر او فيما هو بمنزله قبضه كاتلافا نعم او قلنا بان القيمي أيضا يضمن بالمثل و يستقر في ذمه الضامن كالمثلي و ان دفع القيمه لتعذر تسليمه كما لو عرض التعذر و المثليات فانه سبب فيه لتعين المتدارك بالقيمه أيضا كالقيمي ان يقال ح بالتهاتر لان ذمّه المستاجر ح تشغل بشىء ذمّه الموجر مشغوله به للمستاجر فتهاتران فيلزمه أيضا استقرار الاجره لكن المبنى فاسد كما حقق في محلّه و هذا التفصيل غير بعيد بل الظاهر أنّه المشهور بل المجمع عليه في الشق الاوّل اعنى ما لو كان العمل جزئيا بناء على ما ادّعاه بعض مشايخنا في باب الغصب فيما لو استاجر حرا و لم يستعمله حيث قال انّ الاجره تستقر على المستاجر اذا كان لعمل جزئى في زمان معين قولاً واحداً و انما التردد او الخلاف فيما لو كان المستاجر عليه كلياً فعن كره و د و عد و غايه المراد التردد و في الكتاب كما عن ير و جامع المقاصد و تعليق الارشاد و لك و ضه و الرياض و غيرها استقرار عدم الاستقرار و به يحصل الجمع بين اطلاق قول المص هنا باستقرار الاجره على المستاجر لقلع الضرس و قوله بعدم الاستقرار له في مثله الاعتقال في باب الغصب لان قلع الغرس عمل جزئى و ربما جمع بينهما بحمل ما هنا على تسليم الحزّ نفسه للعمل و حمل مثل الاعتقال على ما لو حبسه قبل التسليم و يمكن الجواب الجمع أيضا بحمل ما هنا على كلامهم

ص: ٢٣١

هنا و عمومه للكلّي و الجزئى محل منع خصوصا في مثل عباره الكتاب لكون قلع الضرس عملا جزئيا فكيف يكون مطلقا شاملا للعمل الكلّي و امّا عباره الاولى فقد عرفت أنّها من اصلها غير شامله للأجير لكن التحقيق استقرار الاجره في الكلّي أيضا امّا لصدق الاتلاف عرفا بالامتناع عن الاستيفاء كما قيل لأنّ عمل الحر اذا وقع في حين الاجاره يصير مالا كعمل العبد من غير فرق سواء كان العمل جزئيا او كلياً و سواء صار موجودا في الخارج أم لا- حتى انه يتعلّق به احكام الاموال كلّها من الكفارات و الاخماس و الاستطاعه فان كان الامتناع عن الاستيفاء مع التمكن بمنزله الاتلاف كان ككك في الصّورتين و الا لم يكن في الجزئى أيضا او لأنّ استقرار الاجره شرطه اوسع من ذلك فكما يكفى فيه التخليه في الاعيان و لو لم يقبض المستاجر كما مرّ فكك يكفى فيه التمكين للاستيفاء لقاعده الضّرر و لروايه عقبه بن خالد التي فهم منها الاصحاب كفايه التخليه في رفع الضمان عن البائع حيث حكم فيها بضمان البائع الى ان يقبض المبيع و يخرج من بيته اذ لا خصوصيّة للمسأله في الاعيان سوى كونها مقدّمه لسלטنه المشترى او المستاجر على الاستيفاء فالمناطق في استقرار العوض و ارتفاع الضمان هو تسليطها على العوض سواء تحقق الاقباض أم لا او لأنّ تمكين الحر للاستيفاء في الكلّي يجرى مجرى تعيين ما في الذمّه في الفرد الّذى لا خلاف بينهم في صيرورته معينا اما مع المراجعة او بدونها على الخلاف و توضيحه انّ من القواعد المسلمه بينهم سلطنه المديون على تعيين ما في ذمته و ان ابي الدّائن و دليله قاعده نفى الضّرر لان الصّبر على استعمال الذمه ضرر و حرج على الناس فلهم تفرغ ذمهم و لو امتنع من له الحقّ و هذا كما ترى لا- اختصاص له بالاعيان فيجرى في المنافع حرفا بحرف فكما يتعيّن المبيع الكلّي او الثمن

الكلى او نحوهما من الدّيون فى الفرد و يجرى عليه بعد التّعيين حكم العوض الجزئى من ارتفاع الضّمان بتسليمه فكك المنفعه الكليّه ينبغى ان يتعيّن أيضا فى الفرد باختيار المديون و ان امتنع الدّائن و لا ريب ان فرد كلّ شىء بحسبه و تعيين العمل الكلىّ فى الفرد معناه تعيين المحلّ و الزّمان و المكان و غيرهما من الخصوصيات الموجبه لخروج ذلك العمل الكلىّ عن الابهام الى التشخيص و بعد ما صار الكلىّ جزئيا جرى عليه حكم العمل الجزئى كما يجرى على فرد المبيع الكلىّ بعد التّعيين حكم المبيع الجزئى فالفرق بين العمل الكلىّ و العمل الجزئى فى مسأله استقرار الاجره تحكم واضح فلا بدّ ان يكون نظر المص و من هو مسأله فى تنافى ما ذكره هنا لما ذكره فى باب الغصب احد الوجهين الاخرين او غيرهما ممّا يظهر بالتأمّل ثم انّ فى المقام امورا ينبغى التّنبه عليها منها أنّه لو استاجر لحمل متاع فدفعت الموجد دابه للحمل فامتنع المستاجر عن الاستيفاء فربما يتوهم او توهم دخوله فى المسأله الأولى اعنى اجاره الأعيان فيكون كافيا فى استقرار الاجره و ليس كك بل هو داخل فى اجاره الاعمال لأنّه صار اجير العمل فدفعت الدّابه مقدّمه لإيجاده كما لو بذل نفسه لان يحمله على كتفه لا- أنّه اجر دابه كليّه فيأتى فيه الخلاف المتقدّم فى تمكين الحر للعمل و منها أنّ من القواعد المقرّره المسلمه عندهم سلطنه المديون على تفرغ ذمّته و ان ابى الدائن بلا اشكال و لا خلاف و أنّما الاشكال او الخلاف فى أنّه يحتاج الى المراجعه الى الحاكم مع الامكان اولا و الّذى يقتضيه القاعده هو الأوّل لأنّ تفرغ الذمّه يتوقّف على تسليم الحقّ الى من هو له فان امتنع سقط المباشره و قام الحاكم مقامه فيكون التّسليم اليه بمنزله التّسليم الى من له الحقّ فقبل المراجعه الى الحاكم لا دليل على براءه ذمّته و الضّرر يندفع بذلك فيجب جمعا بين القواعد نعم لو تعذر الرجوع اليه كان تعيين المديون مبرءا للذمّه للضرر هذا فى غير ثمن

ص: ٢٣٢

المبيع و اما فيه فعن ما عدا المبسوط و السّيرائر عدم لزوم الرجوع اليه بل يعزله المشتري و يجعله امانه عنده و وجه الفرق غير ظاهر و ربّما اعتذر بأنهم أنّما لم يصرّحوا بعدم الرجوع اليه فى المسأله لوضوح الحال فى غيرها او احاله الى ما يقتضيه القواعد و فرق بين التّصريح بعدم الرجوع اليه و بين عدم التّصريح بالرجوع و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى أنّه مع عدم الحاكم من يقوم مقامه من العدول يبرء ذمّه المديون بالتّعيين و هل يجب عليه الحفظ ح فيه وجوه فعن المسالك انه يخلى بينه و بين من له الحقّ و لو تلف لم يكن ضامنا و عن المحقّق الثّانى التّفصيل بينما لو طرحه عنده فلا يجب الحفظ و بين ما لو عرضه عليه او اعلمه بالحال فيجب و يحتمل غير بعيد اختصاص ما عن لك أيضا بصوره الطّرح عنده و هذا هو الحقّ لأصاله البراءه بل الظّاهر عدم الوجوب فى صورته العرض فيجزى الاعلام أيضا كما هو الحال فى مطلق الامانات الشرعيّه فإنّ الواجب فيها ليس سوى الاعلام و هو يكفى فى دفع الضّمان و بعد سلطنه المديون على التّعيين و العزل يكون المعزول بمنزله الامانه الشرعيه فعليه الاعلام و العرض فان ابى ذو الحقّ عن الاخذ و التسلم كان هو السالب للاحترام عن ماله و ربما احتتمل ظهور كلماتهم فى عدم الضّمان مط و لو فرط فى حفظه لأنّ الغرض من تشريع العزل دفع الضّرر عن العازل فلو وجب عليه الحفظ و ضمن بالتّفريط لزم نقض الغرض لكونه اشدّ ضررا و ضيق تكليفا من الصّبر على ما فى الذمّه و فيه ما عرفت من أنّه بعد العزل يصير كالأمانه الشرعيّه فان امكن الاعلام و اعلم سقط عنه وجوب الحفظ و ارتفع عنه الضّمان و ان لم يمكن جرى عليه حكم الامانات الشرعيّه و عن شيخنا طاب ثراه الجزم بعدم الضّمان لما ذكر مع الميل الى وجوب الحفظ لاحترام مال المسلم و كأنّه ينظر الى صورته عدم امكان الا-علام لان عدم الاحترام مع الاعلام أنّما جاء من قبل المالك هذا كلّ مع اليد فلو عزل من غير ان يكون المعزول فى يده فالضّمان مرتفع جدّا و فى وجوب الحفظ مع عدم التّمكّن من الاعلام وجه يجرى فى الأموال الضائعه مط فقد صرّح بعض

بوجوب حفظها و فيه اشكال او منع و انما قلنا انه كالأمانه الشرعيه لما قيل من بقاء المعزول في ملك العازل و ان براء ذمته لعدم الدليل على خروجه عن ملكه بالعزل و لا منافاه بينه و بين براءه الذمه لأنه مقتضى الجمع بين قاعده نفي الضرر و بين اصاله عدم خروجه عن ملك العازل فيكون تعلقا لحق السدائن على كونه ملكا للمديون كتعلق حق المجنى عليه بالعبد الجاني و يظهر الثمره في النماء المنفصل و نقل عن الشهيد التصريح بذلك في عزل زكاه المال قبل الوصول الى يد المستحق فيكون في الدين اولى و ربما يظهر في تسالمهم على عزلك في عزل زكاه الفطره حيث اختلفوا في سقوط التكليف بعد خروج الوقت فلو كان العزل بمنزله الدفع في صيرورته ملكا للمدفع اليه لم يتجه الخلاف في السقوط او في كونه قضاء او اداء فافهم و اذا عرفت ما ذكرنا في تشخيص الدين الكلي عرفت حكم المنفعه الكليه لأنها أيضا مال كلي في الذمه يتوقف تعيينها على قبض المستحق او من يقوم مقامه من الحاكم مع الامكان لكن اطلاقهم في المقام يأبى عن ذلك اذ لم يكف قائلًا بمراجعته الحاكم و لذا قيل ان الفارق بين الاجاره و غيرها هو اطلاق ادلتها و فيه ان دليل المراجعته الى الحاكم في العين بعينه آت في المنفعه و ادله الاجاره بمعزل عن منافاته فكان عليهم أيضا؟؟؟؟ استقرار الاجره عند تسليم العين للاستيفاء و امتناع المستاجر على المراجعته الى الحاكم ان امكن اللهم

ص: ٢٣٣

الما ان يقال فرق بين استقرار الاجره و براءه الذمه فان الاول لا يتوقف على تعيين الكلي فضلا عن قبض صاحب الحق بخلاف الثاني فانه يتوقف على التعيين على مراجعته الحاكم مع الامكان و بذلك يندفع أيضا ما تقدم من النافي بين كلامهم في تعيين الدين و كلامهم في تعيين الثمن حيث يقولون في الاول بلزوم المراجعته الى الحاكم دون الثاني لأن شرط تسليم المبيع ليس سوى تمكين المشتري لتسليم الثمن و هو لا يتوقف على الرجوع الى الحاكم بخلاف براءه الذمه فانها موقوفه على فعلية التسليم الى من له الحق او الى الحاكم مع الامكان و توضيح المقام هو ان قضيه المعاوضه التقارن في التسليم فلا يجب على كل من المتعاقدين التسليم الما بعد قبض العوض او بعد التمكين للقبض كالتخليه فيما لو كان عينا فكما ان التخليه في العين تكفي في حصول ما اقتضته المعاوضه من الاقباض فكك التمكين للقبض في الكلي يكفي أيضا في القبض المعاوض و ان لم يكف في حصول براءه الذمه فاذا سلم الاجير نفسه للعمل او للحمل كفي ذلك في استقرار الاجاره و ان لم يكن تعيين الدابه و كذا المشتري اذا اعترض على البائع قبض الثمن الكلي كفي ذلك في وجوب دفع المبيع عليه و خرج عن ضمان المعاوضه و ان لم يخرج عن ضمان نفس الثمن الما بعد التعيين و الرجوع الى الحاكم و منها ان المراد بامكان الايقاع في مسأله قلع الضرر المتقدمه و امكان الانتفاع الذي هو سبب لاستقرار الاجره ما يعم الشرعي فلو امكن عقلا و امتنع شرعا لم يكف في استقرارها و اليه يشير قولهم بعد الحكم بالاستقرار في الاستيجار بقلع الضرر بمضى مدته يمكن فيها ايقاع العمل اما لو زال عقيب العقد سقطت الاجره ارادوا به ان اباحه شرعا كما انه يصحح الاجاره في الابتداء فهي شرط في الاستدامه فاذا حرم العمل المستاجر عليه بعد العقد قبل مضي زمان يمكن فيه الاستيفاء كزوال الوجود في الضرر انفسخت الاجاره من اصلها

و

لو استاجر شيئاً معيناً لا شيئاً موصوفاً في الذمه فتلف قبل قبضه بطلت الاجاره

بلا خلاف كما في جواهر الكلام ناسبا له الى التذكرة و استدلل عليه بعموم النبوي و الخبر الواردين في تلف المبيع قبل القبض

ثم قال و ظاهر الاصحاب اتحاد الحكم فى المقامين و ان المنفعة بمنزله المبيع و الاجره بمنزله الثمن فيأتى فى المقام جميع احكام تلف العوض فى المبيع قبل القبض حرفا بحرف كالبحت عن تلف الثمن و اتلاف البائع و الاجنبى و كون اتلاف المشتري بمنزله القبض و غير ذلك ممّا هو مذكور هناك و تحقيقه ان حقيقه المعاوضه تبديل سلطنه بسلطنه فقبل القبض لا يتحقق حقيقه المعاوضه و لذا تعدى الاصحاب من مورد النص الى المقام و نظائره فلو كان مجرد العقد كافيا فى حصولها و حصول النقل و الانتقال كان الانفساخ بالتلف قبل القبض مخالفا للقاعده يشكل التعدى حتى من البيع الى الثمن فكيف عن البيع الى الاجاره و ساير المعاوضات و على ما ذكره كأنه نظر العلامة حيث جعل التلف كاشفا عن الانفساخ فى من اصله باعتبار عدم ابطال حقيقه المعاوضه بدون القبض لا من حينه كما عليه الاصحاب و اما اثبات الخيار باتلاف الاجنبى او البائع فهو و ان كان منافيا لفساد المعاوضه من اصلها بناء على عموم التلف السّماوى و غيره الا أنه قد يقال أنه من خيار فوات الوصف بعد ملاحظه كون الاتلاف من اسباب الضمان و صيروره القيمه و المثل مقام التالف لان قوام المعاوضه بماليه المعوضين لا بعينها و المالىه باقيه فى الحالتين و ان كان تقومها قبل التلف بعين المبيع و بعده ببدله الثابت فى ذمه التلف و انما الفات هو الخصوصيه المتعلقه بعين المبيع و لا بعده ببدله الثابت

ص: ٢٣٤

اثر لفوتها سوى خيار الوصف الثابت فى جميع الاوصاف هذه خلاصه ما افاد و اجاد مهذبًا الا أنه مع ذلك محلّ للنظر من وجوه الاول ان دعوى فى نفي الخلاف فى جريان قاعده التلف قبل القبض فى الاجاره هنا مناف لما تقدّم منه قدّه فى مسأله اشتراط استحقاق مطالبه الاجره قبل تسليم العمل من منع جريانها فيها و فى امثالها اقتصارا فيما خالف القاعده على مورد النص اللهم الا ان يكون ما افاده فى المقام من التحقيق و السير من سوانحه الجديد عدولا عما بنى عليه سابقا الثانى انّ نسبه الانفساخ من الاصل بمعنى البطلان الى العلامة توهم فاسد ناش من عدم التامل فى كلام له فى الباب الاول من الفصل الثانى فى الاجاره موهم لذلك قال و لو تلفت العين قبل القبض او عقيب القبض بطلت مع التّعيين و الا بطلت فى الباقي و يرجع من الاجره بما قابل التخلّف و كذا لو ظهر استحقاقها حيث انّ ظهور العطف فى تساوى المعطوف و المعطوف عليه يدلّ على كون التلف قبل القبض مثل ظهور الاستحقاق فى الكشف عن البطلان من اصله و ضعفه ظاهر اذ الغرض من التشبيه كما تبّه عليه بعض فى حاشيه القواعد المشاركه فى مجرد الانفساخ لا فى كفيته و ساير خصوصياته لوضوح انّ ظهور الاستحقاق لا يتفاوت فيه بين قبل القبض و بعده مع ان حق العبارة ح التّعاكس فى المعطوف و المعطوف عليه لاین الغرض من التشبيه لا بدّ ان يكون فى المشبه به اجلى فكان عليه ان يعطف التلف قبل القبض على ظهور الاستحقاق و ان كان منشأ النسبه غير تلك العبارة فهو اعرف بما نسب الثالث ان التحقيق المذكور بمكان من الضعف و السّقوط و ان سبقه العلامة فى بعض تحقیقاته على ما عزی اليه حيث استدلل للخيار بان الاجنبى انما اتلف شخص المبيع لا ماليتة و المعاوضه لما كانت متعلقه بشخصه باعتبار ماليتة كان اتلافه بمنزله اتلاف الوصف حيث تبدل شخص المبيع بشخص اخر مع كون الملحوظ فى العقد القدر المشترك و به قال بعض فقهاء عصرنا قدّه و ليس بشىء لأنّ ضمان القيمه و المثل يتوقّف على اتلاف المالىه فلو كان التالف العين دون المالىه لم يتحقق الضمان فلا مناص فى توجيه ثبوت الخيار مع اتلاف المبيع او الاجنبى عن مقاله القوم فانهم يقولون ان المشتري يتخير بين ان يطالب البائع بالثمن لان كلّ تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و ان يطالب المتلف بالمثل او القيمه لأنه اتلف مال غيره فيضمنه له و محصّيه ما مرّ فى مسأله توقّف مطالبه الاجره على تسليم العين المستاجرته من أنه من باب اعمال السّيبين لكن تقدّم لنا اشكال لأنّ التلف اذا كان سببا

لانفساخ العقد صار المضمون له هو البائع دون المشتري فالجمع بين القاعدتين كالجمع بين المتناقضين فكيف يجمع بينها و يحكم بثبوتها شرعا فالأصحّ تعليل الخيار تعذر التسليم كما مرّ الاشارة اليه سابقا و اورد عليه اولا بان قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه تعم صورته الاتلاف أيضا و مع جريانها لا معنى لخيار تعذر التسليم ضروره توقّفه على صحّه العقد و عدم انفساخه حتّى يتصوّر خيار للمشتري و ثانيا بانّ خيار التعذر مختص بصوره رجاء التسليم فلا يأتي مع الباس فضلا عن التعذر العقلي و يضعفه ان دليل خيار تعذر التسليم هو الجمع بين سببتيه العقد و قاعده نفى الضرر الجارى مع الياس و التعذر العقلي أيضا فلا وجه لدعوى الاختصاص بصوره الرجاء و كيف كان فهل يلحق التلف بيد الاجنبي باتلافه نقل عن المسالك في باب البيع فى شرح قول المص لو باع شيئا فغصب من يد البائع الحكم بالانفساخ و معناه عدم اللاحق فى ثبوت الخيار

ص: ٢٣٥

للمشتري و عن بعض مشايخنا قدّه موردا عليه أنّه قد يقال بعدم الانفساخ اقتصارا فيما خالف القاعده على القدر المتيقن و هو ما اذا لم يكن مضمونا للمشتري كما فى صورته الاتلاف و يمكن تنزيل مقالته الاخير عليه بقريته تشبيه التلف بالا تلاف و الا كان مطالبا بالفرق بينهما و كما تبطل الاجاره قبل القبض فكك لو تلف عقب قبضه قبل مضى شىء من المدّه لأنّ قبض المنفعه انما هو بالاستيلاء على العين فى زمن يمكن فيه الاستيفاء لا بمجرد الاستيلاء عليه و ان كفى فى استحقاق مطالبه الاجره و تحقيقه انّ القبض الّمدى يقتضيه المعاوضه غير القبض الذى يخرج به البائع من الضمان فانّ الاوّل موافق للقاعده و الثّانى مخالف لها ثابت بالنص و الاجماع فيقتصر فى الاوّل على مقدار ما يقتضيه المعاوضه و ليس هو فى الاجاره سوى تسليم العمل للاستيفاء و قد مضى ما يتعلّق بهذا المقام فى مسأله توقّف مطالبه الاجره على تسليم العين فاذا فعل ذلك استحق مطالبه الاجره ثم انقضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرّ ملكه للأجره لحصول القبض الّمدى يوجب خروجه عن الضمان و الا كشف ذلك عن عدم القبض راسا فيجرى فيه قاعده التلف قبل القبض القاضيه بالانفساخ و اما لو انقضى بعض المدّه ثم تلف او تجدد فسخ الاجاره بسبب من الأسباب صحّ فيما مضى و بطل فى الباقي كما لو تلف بعض المبيع فيرجع من الاجره المدفوعه الى الموجر بما قابل المتخلف من المدّه فان تساوت اجره المدّه الباقيه لأجره الماضيه و الاقوت اجره تمام المدّه ثم قوت اجره الماضيه و نسب الى قيمته المجموع و نفذت بتلك النسبه من الاجره المسماه و من فروع الشّرط المذكور اعنى مطلوبيه المنفعه انه لا بدّ من تعيين ما يحمل على الدابه اذا استاجرها بلا خلاف محقق او منقول فى ذلك فى الجمله للغرر المنهى عنه و اختلافهم فى بعض الفروع الآتيه اما راجع الى الخلاف فى وجود الغرر هناك او فى كونه قادحا امّا لعدم كونه ممّا يختلف به قيمه و ان اختلف به الاغراض او لكونه ممّا يتسامح فيه الناس و قيل أن مقتضى الاصل مع شبهه الغرر الصّححه عملا بالعمومات و فيه منع ان اريد المقام الاوّل لسقوط العمومات فى الشّبهه المصدقيه توضيح المقام أنّه لا شكّ فى وجوب المحافظه من الغرر و هو كما عن الشّهد اجمال يجتنب عنه عاده و يوبّخ على تركه و قيل أنّه الجهاله و الخطر و لعدم مساعده العرف و اللغه على اعتبار التوبيخ فى مفهومه و كيف كان فلا اشكال فى عمومه لما يختلف به اغراض الناس و ان لم يختلف به قيمه و دعوى اختصاصه بالثانى و ان احتمل الا ان الاظهر خلافه للعموم بل الظاهر عدم الخلاف فيه حيث يحكمون بفساد العقود للغرر مع عدم اختلاف المائيه و ح فاختلافهم فى بعض الفروع الآتيه لا بدّ ان يرجع الى الخلاف فى وجود الغرر او فى اغتفاره من حيث تسامح الناس بمثله لحقارته لا من جهه عدم كونه موجبا لاختلاف القيمه و الاصل فى الاوّل الفساد بعد سقوط العمومات اى عمومات الصّححه و عموم نهى الغرر و فى الثّانى الصّححه امّا لضعف النهى و اختصاص الجائر بغير المقام فيرجع الى عمومات الاجاره او لانصراف

الغرر بما لا يتسامح فيه عرفا و الاولى العدول فى موارد الشبهه الى الصلح لانه مبنى على المسامحه و اغتفر فيه ما لم يغتفر فى غيره و فيه ان النهى عن الغرر عام و لا- دليل على خروج الصلح عنه و كونه مبنيا على المسامحه ممنوع و ان قام مقام الابراء و الهيه و دعوى قيام الدليل على اغتفار الجهاله فيه أيضا كك فانه مختص بصوره تعذر العلم فلا فائده فى العدول من الاجاره الى الصلح بل لا بد من المبالغه فى رفع الجهاله حملا و

ص: ٢٣٤

محمولا- و حاملا- لأن كل ذلك مما يؤثر فى تفاوت الاجره فلا بد فيها من رفع الابهام و ازاله الاشتباه و سد باب التخاصم اما بالمشاهده و اما بتقديره اى ما يحمل بالكيل ان علم به الوزن كما هو شان المكيال غالبا و لا فرق فيه بين كونه مما يكال عادة او من غيره او بالوزن مط سواء كان مما يكال او مما يوزن او من غيرهما على خلاف البيع فان الوزن فيه لا يقوم مقام الدرع مثلا و التير فى الفرق ان الاجره تبذل فى مقابل ثقل المحمول لا فى مقابل عينه بخلاف الثمن فانه يبذل فى مقابل عين المبيع لا فى مقابل ثقله و لذا لم يذكر المص و لا- غيره هنا الدرع لكن المناسب ح اسقاط الكيل أيضا اذ لا فائده فيه سوى معرفه الوزن بطريق التعيين اما الوزن او المشاهده او ما يرفع الجهاله من الوصف الكاشف عن الثقاله و لا يكفى ذكر الحمل مجردا عن الصفه و لا- راكبا غير معين لتحقق الاختلاف فى الحقه و الثقل بل لا- بد مع ذكر الحمل من ذكر طوله و عرضه و علوه و هل هو مكشوف او مغطى و جنس غطائه و جنس الوطاء و نحوه مما يفتقر اليه اما الاول و هو الوزن فلا اشكال فى الاعتماد عليه لإفاده العلم بما هو المناط فى بذل الاجره اعنى الثقل فلا- يحتاج معه الى شىء اخر الا اذا كان يختلف الاجره باختلاف الجنس مع اتحاد الجنس كالقطن و الحديد فلا- بد ح مع الوزن من ذكر الجنس كما صرح به فى المسالك و غيره و اميا الثانى اعنى المشاهده فهى طريق تخمينى لا تحقيقى فالاعتماد عليها يحتاج الى الدليل و لعله التير الناشيه من الضروره و مساس الحاجه اذا البناء على الوزن خاصه فى امر الاجارات حرج عظيم و عسر جسيم و عن التذكره ان المشاهده من اقوى طرق العلم و انه اذا كان فى ظرف و جب امتحانه باليد تخمينا لوزنه اراد انه لا خصوصيه للمشاهده فى المقام بل التخمين باليد مع عدمها يقوم مقامها و كذا غير التخمين باليد و قد لوح بلفظ التخمين الى عدم اشتراط العلم فلا بد ح من حمل العلم فى الاول على الظن القائم مقامه و به يندفع ما ربما يورد عليه من ان المشاهده غير مفيده للعلم فكيف يكون من اعلى طرقه و فى المسالك تعليل التخمين باليد اذا كان فى ظرف باختلاف الاعيان بالخفه و الثقل فلا- بد من التخمين لمعرفة الجنس و استحسنة بعض مشايخنا و جعله من احتمالات عبارته التذكره قلت اما عبارته التذكره فبمعزل عن ذلك و اما استحسانه فليس فى محله لأن الغرض من التخمين باليد معرفه الثقل فتوسيط معرفه الجنس مستدرك و ان اراد ان معرفه الثقل موقوفه على معرفه الجنس فهذا لو سلم فأنما هو فى بعض الاجناس لا مط فلا وجه لحمله عبارته التذكره عليه نعم قد يكون اختلاف الجنس موجبا لاختلاف الاجره مع المساواه فى الخفه و الثقل لاختلافها فى الضرر قلّه و كثره فلا بد من معرفته و التخمين باليد اذا افاد ذلك و جب لكّنه ليس مراد العلامه قطعاً لتعليه له بمعرفه الوزن و لا مراد صاحب المسالك كما لا يخفى ثم ان الراكب يختلف ثقلا و خفه حركه و سكونا راحه للدابه و مشقه عليها فلا بد من معرفه اما بالمشاهده او بالوصف و المشهور ظاهرا كفايه الوصف و عن بعض اعتبار المشاهده و الاكتفاء بها و عن اخر اعتبار ذكر الحركات و السكّنات التى يختلف بها صلاح الدابه معها أيضا و هذا هو مقتضى الاصل اقتصارا فى الخروج عما يوجب الغرر على موضع الضروره و لأن الظاهر قيام السير على الاكتفاء بالمشاهده أيضا بل لا يبعد الاكتفاء بالوصف أيضا كما عن جامع المقاصد و المسالك و الايضاح هذا كله فى الاستيجار للركوب و كذا لو استاجر دابه للحمل فلا بد من تعيينه اى

الحمل او المحمول بالمشاهده او ذكر جنسه و صفته و قدره و الفرق بين هذه العبارة و سابقها أنّها كانت فى

ص: ٢٣٧

الاستيجار للركوب خاصّه و يشهد له التعبير فى الطريق بما يحمل على الدّابه دون الحمل ثم الاقتصار فى التّفريع على ذكر الحمل و الرّاكب و هذه فى الاستيجار لخصوص الحمل و ان كان كلّها مستفاد أيضا من السّابق الّا ان دأبهم خصوصا المص ذكر الفروع المتقاربه دفعا لتوهم الفرق كما صنعه قبل ذلك فى مسأله استقرار الأجره بتسليم العين المستاجر حيث ذكر اولا كلّى العين المستاجر ثم قال و كذا لو استاجر دار او يحتمل ان يكون الاولى الدّابه الكليه و هذه فى الجزئيه و يحتمل كون الاولى فيما لو استاجرها لمطلق الحمل آدميّاً كان او متاعا و هذا فى خصوص الاستيجار للمتاع و قيل أن الاولى فى الدابه المقدره بالزمان و هذه فى المقدره بالعمل و فى الاخيرين تعسف و الاوجه الأوّل ثم الثّانى و مع ذلك كان ترك الثّانيه اولى و لو كان فى المقامات المشار اليها و غيرها تعارف حمل عليه و لو كان غير مضبوط ضبطا تاما كما أنّ حكم السّفينه حكم الدّابه فى تعيين الحمل و تعيين خصوصياته و عدده و ما هو المتعارف بين الناس من الاهمال فى اجاره الدّواب و السّفن حملا و حاملا و محمولا لا- عبره به كسائر المسامحات الجائيه فى العاده فلا امتداد بها فانّ تعيين كيفيه الركوب غير معهوده ابدا مع ان الجهاله فيها اشدّ ضررا و اكثر اثاره للتخاصم لكن هذه كلّها فى العقد و اما المعاطاه فالامر هين لا يعنى سقوط شرط التّعيين فيها لوضوح فساده كما تقدّم فى المعاطاه لعموم التّهى عن الغرر بل لأنّها آتله الى التّعيين من جميع الجهات حين الشّروع فى العمل و ان كان خصوصيات المحمول او خصوصيات الراكب مجهولا عند المقاوله و اما الزّاد فلا بد من اشتراطه فلو لم يشترطه لم يستحقّه على الموجر الّا ان يكون تعارف يجرى مجرى الشّروط و يختلف حال الاجارات فى ذلك من حيث قربه و بعده و لا يكفى اشتراط حمل الزّاد مطلقا حيث يحتاج الى الشّروط ما لم يعينه و اذا فنى ليس له حمل بدله و اطلاقه يقتضى عدم الفرق بين ان يفنى بالاكل المعتاد او بغيره او بافه اخرى غير الاكل كسرقه و نحوها و فى حاشيه الكتاب للمحقّق الثّانى الفرق بعدم جواز الابدال فى الأوّل و جوازه فى الثّانى و الثّالث و وجهه ان القدر المشروط مستحقّ عليه سواء كان فى ضمن الفرد الأوّل او فى غيره و هذا مبنى على حمل عبارة المصنّف على ما لو اشترط مقدارا معينا من الزّاد كمن او نصف من و لا يرد ان مع التّعيين يجوز الابدال للاشتراط و لو فنى بالمعتاد لأنّ الشّروط ينزل على المتعارف و مقتضاه الفناء شيئا فشيئا حتّى أنّه لو صار ضيفا فى الطّريق كان للموجر مطالبه التخفيف بمقدار الضّيفه و هنا تفصيل اخر صرح به فى الحاشيه أيضا و هو الفرق بين زياده المحمول عن الحاجه فيجوز الابدال ح و بين عدمها فلا يجوز و هذا لا محضّل له الّا اذا فرض حمله على أقلّ ممّا اشترط و الظّاهر أنّه المراد فلو شرط متين مثلا- و كان المحتاج اليه ممّا واحدا و اقتصر عند الحمل على المحتاج اليه فاذا فنى بالاكل استحقّ حمل بدله سواء كان بالمعتاد او بغيره و لو اشترط حمل الزّاد من غير تعيين اتّجه عكس التفصيل الأوّل فان فنى بالاكل المعتاد جاز له الابدال و الّا فلا لكنّه خارج عن مفروض الكلام لأنّ المتبادر من التّعيين تعيينه قدرا لا من جهه اخرى بل مع جهاله القدر يبطل الشّروط الّا ان مقتضى العاده تعيين القدر فيرجع أيضا الى الأوّل و الحاصل ان مع جهاله المقدار يبطل الشّروط و مع تعيينه و لو بحكم العاده لا يجوز المتجاوز عنه الى الزّياده و لا الى غير الزّياده فان كان المعين أقلّ من الحاجه لم يجز له حمل البدل فى بقيه الطّريق لعدم استحقاقه سوى القدر الفانى لو كان الإفناء بالاكل المعتاد لا بغيره و ان كان بقدر الحاجه لم يتصور الفناء بالاكل المعتاد فان فنى بغير المعتاد او بافه اخرى جاز له

ص: ٢٣٨

الابدال اذ القدر المشروط مستحق على الاجير سواء كان فى ضمن الفرد الاوّل او غيره و ان كان اكثر من قدر الحاجه فى صوره انعدامه بالاكل الغير المعتاد حكمه أيضا حكم ما لو كان بقدر الحاجه فليس قسما اخر و فى صوره الفناء بالمعتاد يفترق عن الاوّلين لكن كيف يتصوّر الفناء بالمعتاد مع كونه زائدا عن قدر الحاجه اللهمّ الا ان يكون المراد ما وصفناه و هو ان يشترط اكثرن قدر الحاجه لكن اقتصر عند الحمل على مقدارها فان الابدال ح يجوز و لو فى بالمعتاد و ممّا شرحنا المقام ظهر التشويش فى كلماتهم كما ظهر ان الفرق بين الاكل المعتاد و غيره لا يتصوّر الاّ فى بعض الصور كالمقابله بين الزائد عن قدر الحاجه و بين غير الزائد و الحاصل انّ للمسأله ثمانيه عشر صوره فى بعضها يتّجه قول الشيخ و ابن ادريس من جواز الابدال و فى بعضها قول المص و من قال بالعدم حاصله من ضرب ثلاثه فى نفسها ثمّ ضرب الحاصل و هى السنه فى ثلث لأنّ مقدار الزاد المعين بالشّرط او بحكم العاده اما ان يكون بقدر الحاجه او أقلّ او اكثر و على التقادير فالمحمول اما ان يكون بقدر المشروط او أقلّ او اكثر و على التقادير فامّا ان يفنى بالاكل المعتاد او غيره و بالتأميل فيما ذكرنا يعرف حكم جميع الصور و ربما نزل خلاف الشيخ و الاصحاب فيما لو استحق حمل الزاد للعاده لا للشّرط فيدعى الشيخ انه يستحقّ ح حمل العوض كسائر ما يستحقّه عليه و غيره يقول ان العاده لا تقضى الا بحمله على هذه الحال و ربما رجح مختار الشيخ لما ذكر و حمل عباره المص و نحوها على حمل غير الزاد و انت خبير بفساد الحمل و امّا مختار الشيخ فغير متّجه أيضا اذا كان مقتضى العاده حمل الزاد بقدر الحاجه او أقلّ لا بتناؤه فى العاده على عدم الفناء فاذا فنى بالمعتاد الّذى هو محلّ النزاع ظاهرا فكيف يكون له الابدال بقى شىء و هو انّ فى محكى كره جعل محلّ النزاع ما لو تيسّر شراء الزاد فى المنازل بالسعر الأوّل و الا جاز له الابدال لا متّجه و فيه نظر لا يخفى و اذا استاجر دابّه اقتصر على مشاهدتها ان اختلف الغرض باختلافها لأنّ الجهاله فى الحامل كالجهاله فى الحمل لعدم الدليل و انما أطلق المص و لم يقيده باختلاف الغرض ثقه بوضوح الحال فان لم تكن مشاهده فلا بدّ من ذكر الجنس بل النوع و هكذا مع اختلاف الاغراض و كذا الذكوره و الانوثه اذا كانت للركوب و يسقط اعتبار ذلك اذا كانت للحمل لعدم اختلاف الغرض باختلافهما ح كما يسقط اعتبار ذكر الجنس و الوصف أيضا لعدم اختلاف الغرض باختلافهما اذا كان للحمل كما لا يخفى فلا وجه للفرق بين ذكر الجنس و عدمه لا- فى المقصود للحمل و لا- فى المقصود للركوب لسقوطها كلّما فى الاوّل دون الثانى و يحتمل غير بعيد ان يكون قوله اذا كانت اه شرطا لمجموع ما ذكره فيندفع الإيراد و ان كان فيه خروج عن الظاهر فى الجملة و قد يقال بسقوط ذكر الجنس و غير الذكوريه و الانوثه من الاوصاف مط لكثرة اختلاف الافراد و عدم افادتها شيئا بل قد يقال بعدم فائده للمشاهده فى الاجاره و ان نفعت فى البيع لأنّها لا تفيد الاطلاع بكيفيه مشى الدّابه المشاهده مع كون اختلاف الاغراض بل الاجره فى الجملة باختلاف انحاء المشى اشدّ و اولى نعم تفيد المشاهده الظنّ بها كالأوصاف فان قام الدليل على اعتباره فى المقام و هو الظاهر للسّيره المستمرّه و تعطيل اجاره الدّواب لو بنى على اعتبار العلم صحّ التّعويل عليها و الاّ فلا فائده فيها ثمّ الظاهر من تنكير لفظ الدّابه كون الكلام فى ما لو استاجر دابه جزئيه فلو استاجر الكليه فالظاهر كما تشهد به استقرار السّيره قطعاً على عدم لزوم ذكر شىء من ذلك لأنّ المنفعه فى الكليه هى عمل المكارى و فى الجزئيه هى منفعه الدّابه فى الكليه ترجع الاجاره

ص: ٢٣٩

الى اجاره الادمى و فى الجزئيه الى اجاره الاعيان لا- يقال لا ريب فى اختلاف الاغراض باختلاف الاوصاف سواء كان متعلّق الاجاره الحمل او منفعه الحيوان فلا بدّ فى الاستيجار للحمل أيضا من تعيين الحامل لأنّ جهالته تسرى الى الحمل الّذى هو متعلّق

الاجاره فيبطل لأننا نقول يغتفر في التوابع مالا- يفتقر في غيرها و انه فرق بين استيجار الحيوان و بين الاستيجار للحمل عليه و الايصال الى المكان الكذائي فان متعلق الاجاره في الاول أنما هو عين منفعه الحيوان فلا بد من تعيينه رفعا للجهاله و في الثاني هو فعل المكاري اعنى الحمل على الدابه الى المكان الكذائي و ان دخلت منفعه الدابه في ملك المستاجر لكن صرح غير واحد منهم صاحب المسالك تبعا لكن صرح غير واحد منهم صاحب المسالك الى لا- فرق بين استيجار دابه معينه او دابه كلييه و يحتمل خروجه عما فرضنا من الاستيجار للحمل اذ الصور ثلث استيجار دابه جزئيه معينه او دابه موصوفه كلييه او استيجاره للحمل الذي يقتضى دخول منفعه الحيوان في ملك المستاجر تبعا ففى الصورة الاولى و الثانيه لا بد من المشاهده او الوصف بلا اشكال و في الثالثه لم يحتج الى ذكر الدابه فضلا عن وصفها و قد صرح به بعض مشايخنا و لقد اجاد ان كان مراده بالحمل هو الحمل على الدابه و ان كان المراد الحمل المطلق دون الحمل على الدابه ففيه تاويل لإمكان منع الاحتياج فيها الى الوصف أيضا بناء على اغتفار الجهاله في التوابع فلا بد من الرجوع الى باب التوابع و ملاحظه كلماتهم هناك و يلزم موجر الدابه كلما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرجل و القتب و آلته و الحزام و الزمام و اللجام و السيرج و الاكاز و الزامله و الحداجه و غيرها من الالات و الضابط لزوم كلما جرت العاده بالتوطئه له للركوب بالنسبه الى نوع الدابه المعينه فيجب السيرج لذات السرج و البردعه لما اعتاها و نحو ذلك و كذا يعتبر السابق و القائده مع اقتضاء العاده لهما او لأحدهما و الاولى في ذكرهما في سياق الافعال التي يجب على الموجر بمقتضى الشرط او العاده كالإعانه على الركوب و النزول اذا كان المستاجر عاجزا او قادرا لكن لا تقضى العاده له بذلك كالمراه و الشيخ و لو كان قادرا متمكنا من ذلك بنفسه لم يجب اعانته كذا في المسالك و فيه ان لزوم الاعانه انما جاء من جهة الشرط او العاده التي هي بحكمه فلا تفاوت ح بين القادر و العاجز اذا العجز لا يوجب الاستحقاق زائدا عما يقتضيه العقد على المستاجر و فيه أيضا كما عن القواعد و التحرير ان لزوم الاعانه انما هو اذا اشترط المستاجر على الموجر مصاحبه او كانت الاجاره في الذمه اما لو كانت مخصوصه بدابه معينه ليذهب بها و لم تقض العاده بذلك بجميع الافعال على الزاكب و فيه أيضا مالا- يخفى بعد دوران لزوم الاستعمال مدار الشرط و العاده اذ لا- وجه ح للفرق بين لونها في الذمه او مخصوصه بدابه معينه و في رفع المحمل و شده تردد ناش من التردد في جريان العاده بهما اظهر ما للزوم عند المص و الفاضل و الكركي و ثاني الشهيدين على ما نقل عن بعضهم و استدلل عليه في المسالك بجريان العاده و بأنهما من اسباب التهيؤ و التحميل الواجب على الموجر فيجب الا ان يشترط خلافه قلت اما الاستدلال عليه بالعاده فهو حسن على فرض تسليم الصغرى لكنها على الإطلاق محل تامل اذ العاده في ذلك مختلفه بحسب الزمان و المكان و الاشخاص و اما الاستدلال الثاني فيه ان الكلام في اجاره الدواب و فائدتها تملك منافعتها و اما التحميل فالاستيجار له يرجع الى اجاره الادمي و هو خارج عن مفروض العبارة و الا لم يتوقف وجوبهما و لا وجوب غيرهما من ساير وجوه الإعانه و الا ليتوقف وجوبهما و لا وجوب غيرهما من ساير

ص: ٢٤٠

وجوه الاعانه على الشرط او العاده اذ لا ريب في ان من يوجر نفسه لعمل كحفر بئر و خياطه ثوب و نحوهما يجب عليه مقدمات العمل و منه ان يصير اجيرا للتحميل فعليه الاعانه للركوب على فرض الاحتياج اليها و عداد جميع الاسباب و الالات المحتاج اليها و هذا اولي من حمل العبارة و نحوها مما أطلق فيها لزوم الالات و وجوه الاعانه على صورته الاشتراط او جريان العاده و كيف كان قد ظهر الحال في جميع الصور المشار اليها آنفا و حاصلها انه لو كانت الاجاره متعلقه بمنفعه الدابه الكلييه او الجزئيه لم يجب على الاجير شىء من الالات و لا الافعال الا على تقدير الشرط او جريان العاده و ان كانت متعلقه بالتحميل وجبت عليه

الالات و الافعال اشترط أم لا- جرت العاده بها أم لا- ثم الظاهر ان الامتناع عن الات في صورته لزومها يوجب خيار تخلف الوصف و عن الافعال يوجب خيار تخلف الشرط فمن حيث ايجاب الخيار لا- فرق بينهما اما من حيث الاخبار فيقتربان فان تخلف الوصف في الجزئي لا- يتصور فيه الاجبار بخلاف تخلف الشرط و ربما احتل رجوع الخيار هنا الى خيار التبعض و هو غريب و اغرب منه احتمال وجوبها على الاجير تبعاً كتوابع المبيع لا لأجل الاشتراط و لا لأجل كونها جزءاً من المنفعة و لو اجرها اى الدابة للدوران للدولاب افتقر الى شاهدهته الى الدولاب لاختلاف حاله في الثقل و لو امكن الوصف الزافع للجهاله كفى و انما اقتصر على المشاهده لقصور الوصف غالباً عن رفع الجهاله و كذا يشترط معرفه عمق البئر باحد الامرين و لا بد أيضاً من تقدير العمل اما بالزمان كاليوم لكن لا بدح من معرفه الدابه لاختلاف الدواب قوه و ضعفا فيختلف مقدار السقى العدى هو المقصود بالإجاره او يملأ- بركه معينه بالمشاهده او بالوصف او بالمساحه و فى المسالك و لا- يسقى البستان و ان شوهده للاختلاف بقرب عهدته بالماء و عدمه و حراره الهواء و برودته و فيه ان اختلاف الهواء فى زمن السقى يسير لا يلتفت اليه و اما الاختلاف فى قرب العهد بالماء و بعده فهو و ان كان ممّا يوجب الاختلاف و الجهاله فى مقدار السقى الا أنه يندفع بالوصف أيضاً مع ان اهل الخبره اذا شاهد البستان عرف مقدار ما يحتاج اليه من السقى و مسامحه الناس فى الاجارات فى الاختلافات اليسيره الناشيه من الاختلاف من نحو قرب العهد بالماء و بعده امر غير خفى و كذا بناء الشرع على الاكتفاء بارتفاع معظم الغرر و قد اعترف به بعيد ذلك

و لو اجرها للزراعه فان كان لحرث جريب معلوم فلا بد من شاهده الارض او وصفها

و عن التذكرة اعتبار المشاهده خاصه لأن ابعاض الارض تختلف صلابه و رخاوه و حرث الصلب صعب مستصعب على البقر و على المستعمل بخلاف الرخوه و فى بعضها حجاره يتعلّق بها السكه و مثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهده دون الوصف و رده فى المسالك بالمعارضه بان المشاهده لا تحيط بباطن الارض و اما الوصف فقد يكون صاحبها عارفا بما فى الباطن فالتعويل على الوصف اولى و ارتفاع الجهاله به ابلغ و بان الغرض رفع الجهاله العاديه لا الضبط الكلى و يمكن التوصل الى ذلك بالحفر فى عدّه مواضع منها على وجه يرفع الغرر قلت الاطلاع على باطن الارض هنا نظير الاطلاع على صفات العبيد و الاماء الباطنيه فى البيع التى لا- اشكال ظاهرا فى اغتفار جهالتها فيه اذ المعتبر هو ارتفاع معظم الغرر كما اشار اليه بقوله و لأن الغرض اه و ح لا ريب فى كون المشاهده ابلغ من الوصف بل الظاهر كون الظاهر عنوان الباطن كما هو الغالب فيحصل بالمشاهده معرفه حال باطنها من حيث الاشتمال على الاحجار المانعه عن الحرث و عدمه نعم لو كان الأمر كما ذكره من المداقه فى رفع الجهاله لزم الجمع

ص: ٢٤١

بينهما دون الاكتفاء باحدهما و هو احوط و ربما احتل ان مراد الأصحاب بالمشاهده ما يتعلّق بالارض ظهرا و بطنا و لو قبل العقد بحرث سابق و نحوه و هو ضعيف احتمالا- و محتملا- و لا يحتاج الى معرفه السكه اذا كان لها معتاد متعارف بل و ان لم يكن للتسامح و اميا الدابه فمع تعيين الجريب و معرفه الارض باحد الامرين كما هو المفروض فى المتن لا يحتاج الى تعيينها و الضابط هو ان الاجاره ان وقعت على حرث الارض فاما انّ تعيين الارض قدر او صفه بالمشاهده او الوصف كما هو مفروض الكتاب فلا حاجه ح الى تعيين الدابه و لا الى تعيين المده لانتفاء الغرر بمعرفه مقدار مساحه الارض و معرفه نفسها فى الصلابه و

الرّخاوه و الاشتمال على الاحجار و عدمه و اما ان يقدر بالمدّه فيقول اجرتك دابه للحرث شهرا فح لا بد من معرفه الدابه تحفظا من غرر المستاجر لاختلافها فى القوّه و الضّعف و لا بدّ أيضا من معرفه الارض بالوصف او المشاهده تحفظا عن غرر الموجر و قيل بعدم لزوم تعيين الارض مع ضبط المدّه لأنّ بناء العرف على الاكتفاء بضبط المدّه عن معرفتها و الاوّل احوط و اولى و فاقا لمحكى المبسوط و القواعد هذا هو الحال فى الاجاره للحرث و فى اجاره الدّابه للسّففر مسافه معينه لا بدّ أيضا من تعيين وقت السّير ليلا- او نهارا الا أنّ يكون هناك عاده فيستغنى بها عن التّعيين و يرجع اليها عند الاختلاف و التّزاع و لو لم يمكن التّعيين كطريق الحجّ فى المسالك يشكّل الحكم ح و مقتضى القاعده الفساد و عن التذكرة و القواعد و جامع المقاصد عدم لزوم التّعيين ح بل يتّبع القافله و كذا لا يلزم تعيين أوّل السّير و أنّما يشترط التّعيين اذا كان اختيار السّير بيد بما قلت معنى ذلك أنّه لا غرر و لا جهاله ح اذ المرجع ح يكون رحال النّاس لا أنّ الجهاله مغتفره للضروره اذ الضروره لا توجب تغّير حكم الوضع و لا بدّ أيضا من تنزيل اطلاق تعيين الوقت فى كلماتهم على صوره اختلاف الاجره او الاغراض باختلاف اللّيل و النّهار و هى فرض بعيد عن مجارى العادات فمن أطلق من الأصحاب او صرّح بعدم اعتبار تعيين الوقت كما عن ظاهر الوسيله و الكافى و غيرهم من القدماء لعلّه ناظر اليه لا الى اعتبار الجهاله الناشئه من عدم تعيين الوقت للسّيره كما قواه بعض مشايخنا و عن التذكرة و القواعد و جامع المقاصد أنّه لا بدّ أيضا من تعيين قدر السّير فى كلّ يوم او ليله ألما ان تكون المنازل معروفه معتاده فالتّحقيق أنّ هذه المداقات مبنيه على مداقه النّاس و عدم مسامحتهم فيها و الا فلا حجه الى تعيين شىء منها لأنّ ارتفاع معظم الغرر يكفى و لا دليل على وجوب الانتهاء و كمال التّعيين و يجوز ان يستأجر اثنان جملا او غيره للعقبه بضمّ العين و هى التّوبه كما فى المسالك و هما يتعاقبان على الرّاحله فى الرّكوب هذا تاره و هذا اخرى و يرجع فى المناوبه الى العاده فان كان هناك عاده مضبوته اما بالزمان او المسافه حمل الاطلاق عليها و الّا و جب التّعيين كما ذكره غير واحد و فيه أنّه لا معنى لضبط التناوب بالعاده و لا لتعيينه فى العقد الا يتعيّن مقدار حصّته نعم فى اعتبار تعيين من يركب منهما اولا وجه حتى قيل كما عن التذكرة ببطلان العقد مع عدمه و قيل بالصّحه و يرجع فى تعيين المبتدأ الى القرعه التى هى لكل امر مشكّل و هو الأصحّ و دعوى ان الاشكال ينافى صحّه العقد لأنّه موجب للجهاله كما عن الجامع و لك مدفوعه بمنع الأشكال و الجهاله فى مفاد العقد اذا استأجره على وجه الاشاعه و أنّما هو اشكال خارجى جار فى كلّ شركه نعم لو استأجره على ان يكون لكلّ منهما توبه معينه زمانا او مكانا بحيث يكون مفاد العقد استحقاق كلّ منهما ركوب يوم مثلا او ركوب فرسخ

ص: ٢٤٢

على وجه التّعاقب فصرّح بعض مشايخنا قدّه بلزوم تعيين أوّل من يركب ح و فيه أيضا منع لأنّ مفاد العقد ح استحقاق كلّ منها اياما او فراسخ متعاقبه و هذا أيضا لا يوجب الجهاله فى مقتضى العقد و ان اقتضت قاعده التّراجيح استعمال القرعه على تقدير التّشاجر فالأصحّ صحّه العقد مط كانت عاده فى التناوب اولا تعين أوّل من يركب أم لا نعم لا بدّ من تعيين مقدار حصّته كلّ منهما زمانا او مسافه فلو لم يعين حمل الاطلاق على المساواه تقسيم الركوب ح نصفا او ثلثا حب عدد المستاجر الّا ان يصرّح بعدم الاشاعه فلا بدّ ح من تعيين حصّته كلّ واحد باحد الوجهين و الّا بطل للجهاله و هو واضح و اذا اكرت دابه فسار عليها زياده عن العاده او ضربها كك او كبجها اى جذب لجامها الى نفسه كى تقف و لا تجرى كما عن الجوهري ضمن بلا خلاف كما عن التذكرة بل عن الغنيه الاجماع عليه و وجهه واضح لوجود المقتضى و هو الإلتاف و عدم المانع و اما مع التعدى عن العاده فظاهر العبارة و صريح المحكى عن المبسوط و الخلاف و القواعد و موضع عن التذكرة و جامع المقاصد و المسالك عدم

الضمان و لو اتلفت للأصل و لاقتضاء العقد جواز الافعال المذكوره و توقّف استيفاء المنفعه عليها فلا ضمان كما لا ضمان فيما يتلف باستيفاء المنفعه من جلوس الدار و لبس الثوب و ركوب الدابه الموجب لهزلها و نقصان قيمتها و للسيره الجاربه بين الناس و لأنّ النّبى ص تحسن بغير جائز و ضربه خلافا للمحكى عن التذكره من الضمان بجنايه الضرب لان الاذن مشروط بالسّلامه و يجاب عن الاصل بقاعده الإلتلاف و عن اقتضاء العقد بالمنع لأنّه أنّما يقتضى الضرب الغير المترتب عليه التّلف و عن الثالث بالتّقص بضرر الرّجل ذوقا للاستمتاع فمات فأنّه مأذون فيه بنصّ القرآن فاضربوهنّ و يتوقّف عليه عند الامتناع مع حكمهم فيه بالضمان نافيا فيه للإلتلاف و عن مع الاستدلال على الضمان بانها كالمأذون فيها صريحا و فيه منع صغرى كما عرفت من عدم اقتضاء العقد جواز مثل ذلك فمن اين جاء الاذن و كبرى لان الاذن الصّريح أيضا لأنّ الاذن الصّريح أيضا لا يرفع الضمان الا ترى أنّهم يحكمون بضمنان الوليّ لجنايه الضرب للتأديب و بضمنان المعلّم و هذا معنى تعليل التذكره بأنّ الاذن مشروط بالسّلامه اراد ان ترتّب التّلف على الفعل المأذون فيه من الشّارع او من المالك يكشف عن خروجه عن العنوان المأذون فيه و ان كان قصد الفاعل ايجاد ذلك العنوان نعم يرتفع الضمان بالاذن اذا تعلق بالإلتلاف كالأذن فى القصاص او الحدّ و كذا عليه التّلف كما لو قلع الضّرس المستاجر عليه فيترتّب عليه الموت و نحوه فإنّ التحقيق فيه وفاقا لغير واحد عدم الضمان و الدليل على عدم الضمان فى الموضوعين مضافا الى ظهور الاجماع الاصل بعد منع عموم ادلّه الإلتلاف اذ الظاهر منها و لو بملاحظه فهم الاصحاب أنّ سبب الضمان احترام مال المسلم فاذا اذن ارتفع الاحترام و ربما يريد عليه قوله تعالى ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ كَمَا لَوْ كَانَ الْفِعْلُ الْمُرْتَبَّ عَلَيْهِ التَّلْفُ إِحْسَانًا فِي الْوَأَقَعِ مِثْلَ مَا لَوْ أَدَبَ الْمَعْلَمُ فَرْتَبَّ عَلَيْهِ تَأْدِيبُهُ جُنَايَهُ غَيْرَ جُنَايَةِ النَّفْسِ لِأَنَّ الْآيَةَ حَاكِمَةً عَلَى دَلِيلِ الضَّمَانِ أَلَا إِنَّ يَدْعَى الْحَيْثِيَّةَ وَيُقَالُ إِنَّ نَفْيَ السَّبِيلِ مِنْ جِهَةِ عُنْوَانِ الْإِحْسَانِ لَا يَنَافِي السَّبِيلِ عَلَيْهِ مِنْ عُنْوَانِ أُخْرٍ مَجَامِعَ مَعَهُ فَلَوْ حَصَلَ مِنْ فِعْلِ الْمَعْلَمِ تَأْدِيبٌ وَ ضَرْبٌ مُتْلَفٌ فَعَدَمَ السَّبِيلِ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ الْإِحْسَانِ اعْنَى التَّأْدِيبِ لَا يَنَافِي السَّبِيلِ الثَّابِتِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِهَةِ الْإِحْسَانِ اعْنَى الضَّرْبِ وَ إِلَى هَذَا

ص: ٢٤٣

ينظر ما عن الفخر خلافا لغيره من ضمان حافر البئر فى طريق المسلمين و لو كان من جهه الاحسان اليهم و فيه مضافا الى خروجه عما هو المفهوم من امثال الآيه كما يشهد به ما عن المفتّرين فى قوله تعالى وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ من عموم التّفى لكلّ خلايق مع أنّ الضّمير البارز راجع الى خصوص عمل السّحر أنّه تخصيص من غير دليل لأنّ اعتبار الحيثيه المشار اليها قاض بعدم دخول نحو المثل المذكور فى الآيه بل يلزم تخصيص الاكثر بل الظاهر أنّه لا محصل له و ان صدر عن بعض اهاالى التحقيق لوضوح أنّ عنوان الاحسان لم يثبت له فى الشّريعه سبيل حتّى يكون الآيه ناظره الى نفيه و لو فرض ثبوته له لم يكن معنى لرفعه سوى التناقض فلا بدّ من تعميم نفي السبيل من كلّ حيثيه حتّى يكون و زاد ان الآيه وزان ساير العمومات الحاكمه على ادلّه الأحكام فمعنى الآيه أنّ كلّ عنوان مقتضى للسبيل شرعا اذا صار مجامعا لعنوان الإحسان اى لبعض مصاديقه كالتأديب فى المثل المذكور فهو مرفوع عن المحسن فان ارادوا بضمنان الوليّ و المعلّم ما لو ترتّب على التأديب تلف النفس فلا اشكال لعدم كونه احسانا راسا و ان صدر عنهما بزعمه و ان ارادوا الاعم من ذلك فان ارادوا خصوص ما لو أخطوا فى التأديب كما اذا كان التأديب بضرر رجله فاخطا و وقع الضّرب على راس الطفل فلا كلام أيضا لما ذكر ضروره عدم كون الموجود الخارجى من مصاديق التأديب الّذى هو الإحسان و ان ارادوا الأعم من ذلك حتّى الصوره الّتى اجتمع فيها عنوان التأديب عنوان الجنايه فهو ممنوع اشدّ المنع و الحاصل أنّ رافع الضمان احد امرين اما اذن المجنّى عليه من غير اثم او اذن الشّارع سواء تعلق به

على نحو التخصيص كالإذن في الحدّ و القصاص او نحو العموم كما في صور الإحسان هذا و يمكن ان يقال بضمان المعلم و المولى مط و لو كانت الجنايه الصادره منهما تاديبا نظرا الى أنّ التّاديب الذي ترتّب عليه الجنايه على الطّفل ليس احسانا في حقّه فبمجرّد ترتّب الجنايه يخرج فعلهما عن عنوان الاحسان الواقعيّ الّذي هو المنفى عنه السّبيل و ح يختصّ فائده الآيه في خصوص نحو الحدّ و القصاص و التّعزيرات الّتي امر بها شرعا فإنّها احسان لا يترتّب عليها ضمان الاتلاف و هذا وجه غير بعيد و فيه محافظه لظاهر الحلّ او الكلّ من الاطلاق في ضمان المعلم و الولي اللّهمّ أنّ السّبيل المنفى عن المحسن في الكتاب العزيز يبقى بلا مورد لما عرفت في تقريب الاستدلال هنا على عدم ضمان المحسنين عن عدم صلاحيتها نفى السّبيل عن عنوان الاحسان لزوم التناقض و كيف كان فيتفرّع على ما ذكرنا

فروع

اشاره

منها ضمان المعلم و الولي في بعض الصّور و منها عدم ضمانهما في الاخر حسبما عرفت من التفصيل الّا ان يبنى على الوجه الاخر الّذي نفينا عنه العبد و منها ضمان الطّبيب اذا اخطا في العلاج مع المباشره سواء ترتب عليه تلف النّفس او جنايه غيره و يأتي الكلام فيه عند تعرّض الماتن ره إن شاء الله و المراد بالخطأ في الثّاني ان لا يحصل الغرض المقص من العلاج الّذي باشر الطّبيب كما اذا اشرب المريض دواء لدفع ما به من الاسهال فاضر بعينه من غير رفع الاسهال و منها عدم ضمانه فيما دون النّفس اذا حصل العلاج المقصود و ان ترتّب عليه جنايه و حكم القوم بضمان الطّبيب محمول على احدى الصّورتين السّابقتين و الّا فمردود عليهم لما عرفت من نفى السّبيل و ربما يقال بل قيل بعدم ضمانه في الصّوره الأخيره أيضا نظرا الى السّيره الجاربه و فيه أنّها في المباشره ممنوعه و في

ص: ٢٤٤

التّسبب غير بعيده لكن البحث هنا في الأوّل و قد يقال أنّ علاج الطّبيب الحاذق من مصاديق الاحسان مط و لو اخطا و لم يترتّب عليه الغرض المقصود اصلا لأنّ الفعل اذا قصد به الاحسان الى الغير صدق عليه عرفا عنوان الاحسان سواء عادت منه فائده اليه أم لا نظير صدق البيع على الايجاب و ان لم يترتّب عليه النقل المقصود لفقد شرط او وجود مانع بناء على كونه موضوعا للأعم من الصّحيح و الفاسد و مثله القيام للغير تواضعا له فأنّه اكرام و تواضع عرفا بالنّسبه اليه و ان لم يفد في حقّ المتواضع له شيئا و هو كما ترى في غايه الضّعف و السّقوط لا- لأنّ الالفاظ موضوعه للمعانى النفس الامرّيه دون الاعتقاديّه بل لأنّ ماده الاحسان آبيه عن الصّيدق على مالا- يكون فيه نفع او فائده للغير فكيف يصدق على العلاج الغير النافع عنوان الاحسان كيف و لو كان ككك لزم القول بصدقه عليه و لو كان مضرا او مهلكا و هو كما ترى نعم بناء على تغيير الاحسان في الآيه بما لا حرج فيه في مقابل الحقوق الشرعي او العرفي كما قيل و كافي به في تمهيد القواعد للشّهد الثّاني كان العلاج الغير النافع احسانا لأنّه لا حرج فيه شرعا و لا اثم لكن الظاهر المتبادر من الاحسان هو الاحسان الى الغير دون فعل المباح كما هو احد اطلاقاته في مسأله الحسن و القبح مضافا الى ظهور الاجماع على أنّ عدم الحرج بل الاباحه لا يرفع اثر الاتلاف نعم يرتفع به اثر السّبب الّذي هو أيضا من اسباب الضّمان كما يشير اليه فمقتضى القاعده في علاج الطّبيب عند المباشره ضمانه الّا في صورته الاصابه في العلاج المقصود

فأنه ح محسن و لا سبيل عليه و ان ترتب عليه تلف دون النفس فالدليل على الضمان عند الخطأ عن قاعده الاتلاف و ربما زعم انّ الدليل هو الاخبار و الاجماع على ضمان الأجير و الصانع كما يأتي و فيه اولا أنه اخص من المدعى فانه لا يأتي في صوره التبّع من الطبيب في العلاج مع أنّ ظاهرهم كما يأتي عدم الفرق في ضمانه بين المتبرّع و غيره و ثانيا ان ضمان الاجير و الصانع المذنب طفحت به الاخبار و كلمات الابرار ليس مبينا على كونه مخالفا للقاعده ثابتا بالدليل بل على تطبيقه عليها بل هي من جمله ادله الضمان بالاتلاف و كأنّ الزاعم عجز عن تطبيقه عليها و لذا عن تطبيق ضمان الطبيب نظرا الى عموم نفي السبيل في القران او وجود الاذن الراجع للضمان فلا يكون مدرکه ح سوى النص و الإجماع و فيه ما عرفت من خروج خطائه عن عنوان الاحسان و عنوان ضروره تعلقهما بما هو علاج و اصلاح و احسان في الواقع لا- بما هو كك في زعمه و ان كان اساءه في الواقع و لعلّ الاحسان عنده محمول على فعل مالا حرج فيه فبني على اقتضاء نفي السبيل عدم ترتبه على علاج الطبيب بالتقريب المذكور و فيه ما عرفت و منها ضمان الحاكم اذا اخطأ في الحدّ كما اذا قلنا بجواز اجرائه بعلمه فاخطا او نحو ذلك اذ فرق بين خطائه و بين خطأ الطبيب في العلاج لكن الظاهر أنه لا خلاف في عدم ضمانه كما عن المبسوط فالفارق ح هو الاجماع و يمكن ان يقال انّ الحاكم مأمور باجراء الحدّ حسبما مساعده ما يثبت به موجه فيكون فعله مأذونا فيه واقعا عند الشارع لقضاء الضروره بذلك و الا لم يرغب في القضاء احد بخلاف الطبيب فان ما يصدر عنه ليس مأذونا فيه في الواقع و ان كان معذورا غيرا ثم و مثل الحاكم تصرف الا- منافي الامور العامه الحسينيه من القبض و البسط فانهم مكلفون على ما يقتضيه انظارهم صادف الواقع او خالف و مثلهم الوكيل في بعض الامور كقبض الصدقات و تعريفها على احد الوجهين فلو ظهر اخذ الزكاه

ص: ٢٤٥

من الحاكم غير مستحقّ لها فلا ضمان على الحاكم وفاقا للجل او الكلّ بخلاف الوكيل فانّ فيه وجهين بل قولين مذكورين في محلّه و منها عدم الضمان فيما نحن فيه لأنّ الاذن مشروط بالسّلامه كما عرفت عن العلّامة فان ترتب على ضرب الدّابه تلفها كشف ذلك عن عدم كونه مأذونا فيه و ان كان معذورا فيه غيرا ثم كما في خطأ الطبيب و مجرّد كون الضرب مستحقّا على الموجر لا- يجدى كما في ضرب الرّجل زوجته المرخص فيه في القران و مستحقّا عليها بنصّه و الاجماع لكن دقيق النّظر قاض فيما نحن فيه بموافقه الاكثر لان المستاجر مالك للمنفعه و لو ترتب على استيفائها تلف العين حيث بذل الاجره في مقابلها فكان العقد وقع بين الاستيفاء و التّلف و بين الاجره فكما انّ الاجره تقابل المنفعه فكذا تقابل العين تبعا اذا استلزم استيفائها تلف العين و في المثل السائر الحمار يموت بكرهه و هذا في التّلف المترتب على استيفاء المنفعه على الوجه المتعارف واضح لا اشكال فيه فلو مات الدّابه بالركوب المتعارف فلا ضمان على المستاجر قطعاً و لا يأتي فيه ما ذكره العلّامة من انّ الاذن مشروط بالسّلامه لان شرط السّلامه في الاستيفاء مناف لمقتضى العقد كما لا يخفى و اما في الضّرب الموقوف عليه الاستيفاء فقد يتوهم أنه امر خارج عن متعلّق عقد الاجاره و أنّما صار المستاجر مأذونا فيه باعتبار كونه متعارفا و وجوب تنزيل العقد على المتعارف و هذا لا يفيد ازيد من الاذن المشروط فاذا تبين ترتب التّلف عليه امكن منع دخوله في الاذن المدلول عليه بالعقد و لكنّه توهم فاسد لأنّنا لا نقول بعدم الضّمان الا في صورته توقّف استيفاء المنفعه عليه و اشتراط الاذن بالسّلامه فيه كاشتراطه بها في استيفاء المنفعه اتّجه فيه كلام العلّامة أيضا و نحن أيضا نقول فيه بالضّمان لما عرفت و يمكن تنزيل فتوى الاصحاب بعدم الضّمان على الصّوره الموقوف عليها الاستيفاء بذا يتصلح بين العلّامة و غيره بتنزيل كلامه على الصّوره الغير الموقوف عليها الاستيفاء خلافا لبعض حيث صرح بعدم الفرق بين الموقوف عليه و غيره اذا كان متعارفا و فيه ما عرفت بل الظاهر عدم الجواز الا باذن المكارى صريحا

او نحوه فليس للراكب ان يسير بالدّابه الى بئر او عين مائل عن الطّريق الّا للضروره فيجوز ح مع الضّمان نظير الاكل فى المخصصه و ربما استدللّ للمشهور بوجهين آخرين عليين احدهما انّ اطلاق اذن المكارى شامل للضرب المترتب عليه التّلف أيضا فلا ضمان و فيه منع صغرى و كبرى و الثّانى انّ المستاجر امين و لا ضمان عليه و فيه ان المقام من الاتلاف دون التّلف و كيف كان فالتحقيق قاض فى المسأله بالتفصيل و به يظهر أيضا الفرق بين المقام و ما ذكره من ضمان الرّجل بضرب زوجته اذا ماتت بضربه لأنّ المرخص فيه بنصّ القران و الإجماع ما كان مقدّمه للاستمتاع فاذا ترتب عليه الموت كشف ذلك عن عدم كونه محلّما للترخيص و هذا محلّ القول بانّ الاذن مشروط بالسّلامه بل التّحقيق ان ساير الجنائيات فى حكم الموت اذ لم يثبت شرعا جواز الضّرب الذى يكون سببا للجنايه فامكن القول بضمان الرّوج مط ليكون أسوأ حالا من العلم اذ عرفت انّ الضّرب المترتب عليه التاديب ليس سببا لضمان دون النفس نعم لو قلنا فيه بالضمان مط نظرا الى الوجه الذى مرّ قبل الفروع كانا متساويين أنّه لو قلنا فى ضرب الرّوج أيضا بعدم الضّمان فيما دون الموت جمودا على اطلاق النصّ و الإجماع و اقتصارا فى المخرج على مقعد الإجماع و هو الموت خاصه كانا أيضا متساويين و الحاصل ان ضرب الرّوج مثل ضرب المعلم فى صورته ترتب الموت لا اشكال بل لا خلاف ظاهرا

ص: ٢٤٦

فى ضمانها و تردّد المض و المحقّق الثّانى و غيرهما فى ذلك لا- ينافى دعوى عدم الخلاف كما انّ المحكى عن المض من تعليل التردّد بان الضّرب تغيير سائغ فلا يترتب عليه الضّمان عليل فما عن لك من أنّه منقوض بضرب المعلم لكونه أيضا تغيرا سائغا و ان امكن الجواب عنه بما ذكرنا من امكان دعوى عموم نفي السبيل فى الآيه بضرب المعلم و دعوى اختصاص جواز ضرب الرّجل بغير ما يترتب عليه التّلف و فى صورته ترتب جنايه ما دون النفس ففيه وجوه الضّمان مط و عدمه كك ضمان الرّوج دون المعلم و ضمان المعلم دون الرّوج و وجه الكلّ قد ذكرناه و بيناه لمن تدرب و تأمل و كيف كان فلا ربط لضرب الرّوج بضرب المستاجر بل هو بجنايه الولى و المعلم اربط فما توهم من انتقاض الاستدلال على عدم الضّمان فيما نحن فيه بانّ الضّرب مستحقّ على الموجر فلا يكون مضمونا له بضرب الرّجل امرئته ليس على ما ينبغى لان الاستحقاق الناشى من المعاوضه غير الاستحقاق الناشى من عقد النّكاح اذ الاوّل لا يجوز استثنائه للزوم التناقض حيث يتوقّف عليه استيفاء العوض بخلاف الثّانى فانه يتبع فيه دليله فان لم يكن له اطلاق او عموم يشمل صورته الاتلاف و الجنايه كان مقتضى القاعده فيه الضّمان هذا بعض الكلام فيما يتعلّق بالمقام و يأتى بعض اخر فى اخر الباب عند تعرّض المص بعض الفروع

بقى هنا امور ينبغى التنبه عليها

الاوّل انّ ما ذكرنا فى الطّيب أنّما هو فى صورته العلاج بالمباشره

و امّا اذا كان بالتسبب كان وصف دواء للمريض و قال انّ مرضك كذا و دوائك كذا فقد صرح غير واحد منهم العلّامه فى محكى كره بالضّمان أيضا و فيه منع لأنّه من التسبب الذى مناط ترتب الضّمان عليه بالعدوان الشّرعى او العرفى فلا وجه لضمانه مع كونه باذن المريض او اذن وليه اذا كان حاذقا اذ المباشر اقوى هنا من السبب و الرّوايات و الفتاوى بضمان الطّيب غير معلوم

الشَّمول للَسببِ بل الظَّاهر منها صورته المباشرة كعالمه الكَحال و البيطار المذكورين فى الفتاوى أيضا خصوصا مع ما قيل من تعارف ذلك فى السِّلَف و حدوث كتابه النَّسخه فى الأزمنة المتأخّره فلا داعى للخروج عن الأصل فى ذلك بل المرجع فيه ما هو المقرّر فى الضّمان بالتسبب و هذا هو القدر المسلم من السّيره الّتى ادعاها بعض فى عدم ضمان الطّيب مط فى قبال النَّصوص و الإجماع و الحاصل أنّ هذه السّيره مطابقه للقاعده بالقياس الى ما هو المتعارف فى هذه الأزمنة من عدم مباشره الطّيب و اما مع المباشرة ممنوعه جدّا كما أنّ عموم ادلّه ضمان الطّيب للتسبب أيضا كك هذا اذا كان مأذونا فى التّوصيف و كتابه النَّسخه الواصفه للدّواء و اما عدم الاذن فظاهرهم انه لا اشكال فى الضّمان ح خصوصا مع عدم الخداقه و الأقرب الفرق بين المقامات لأنّ وصف الدّواء ليس من المباشرة قطعاً بل من باب السّبب فقد يكون التّوصيف هو السّبب عرفاً كما اذا كان المريض قاصراً و قد لا يكون كك حتّى مع عدم الخداقه كما اذا كان المريض او وليه بصيراً عالماً بعدم خداقه الطّيب فاقدم على العمل بقوله فالهلاك ح مستند الى نفسه لضعف السّبب فلا وجه لضمان الطّيب ح بمجرد قوله و ذكره للدّواء

الثانى أنّ ما ذكرناه فى اتلاف النَّفس فى الجنايه عليها يأتى فى اتلاف المال أيضا

و أنّما الفرق بينه و بين النَّفس ان الاذن فيه رافع للضّمان مط و فى النَّفس يتوقّف على جواز الاذن و اباحته شرعاً فلو اذن فى قطع يده مثلاً

ص: ٢٤٧

من غير عله لم يجر للمأذون و لو قطع ضمن و ان امكن ان يقال بارتفاع الحكم الوضعى و هو الضّمان و بقاء الاثم للاذن و المأذون لكنّه ضعيف لعموم ادلّه الاتلاف و لا- يحضرنى نصّ من الاصحاب فى ذلك و اما اكل مال الغير فى المخصصه فهو ضامن للقيمه بلا- اشكال لأنه أنّما اذن فى اتلاف العين و لم يؤذن فى اتلاف القيمه فيبقى ما دلّ على احترام مال المسلم عينا و قيمه سليماً عن المعارض فى خصوص القيمه بل مقتضى القاعده كون المرجع فى مقدارها رضاء صاحب المال لا القيمه السّوقيه لأنّ الناس مسلّطون على اموالهم و لا مخرج عنه فى المقام بالنّسبه الى القيمه كذا قيل و الاولى ان يقال لا اذن له فى اتلاف العين أيضا لعدم الدّليل عليه سوى وجوب حفظ النَّفس من باب المقدّمه و كما يتحقق وجوبها بالمباح عند دوران الامر بينه و بين الحرام فكذا يتحقّق باقلّ ما يندفع به الضّروره اذا توقّف على الحرام كأكل مال الغير مثلاً و مقتضاه الالتزام بما يرتضيه المالك من القيمه على تقدير عدم اذنه فى اكل ماله و الحاصل ان حفظ النَّفس اذا توقّف على الاضرار بالغير كرها و جب الاقتصار على أقلّ الضررين نظراً الى الوجه المذكور فمقتضى القاعده اولا وجوب ارضاء المالك و لو بدفع اضعاف القيمه فان تعدّر بامتناعه ألماً بعبيّته سقط احترام عين ماله مقدّمه لمحافظة النَّفس المحترمه و امّا احترام ماليته فهى باقيه اذ لا ضروره الى اتلافها اصلاً فاتلافها محرم عليه مط سواء كان بعدم دفع البدل اصلاً او بدفع مالا يرضى به صاحبها فالاقرب وجوب ارضاء المالك و لو باضعاف من القيمه السّوقيه ما لم يكن فيه احجاف بالاكل بل و لو كان على احد الوجهين او اقربهما

الثالث ما ذكرنا من الضابط فى سبب اتلاف الضّمان مختصّ به

لا يأتي في التلف المترتب على السبب اذ التحقيق فيه كما حققناه في باب الغصب عدم ترتب الضمان عليه الا بالعدوان الشرعي او العرفي فلو كان السبب ممّا لا حرمه له شرعا ولا فيه ملامه و تويخ عرفا لم يترتب عليه الضمان و هذا هو المستفاد من روايات التسيب و فتاوى الأصحاب كما رجحناه في محلّه و لو لم يكن سوى الزوايه الوارده في ضمان اتلاف الدابه من التفصيل بين اتلافه ليلا فيضمن صاحبها و نهارا فلا يضمن كفى بها دليلا على المدعى اذ لا منشأ للفرق الا ان بناء الناس على ربط الدواب ليلا دون النهار فان اكل الزرع في النهار لم يكن على صاحبها شىء لان التفريط هنا منسوب عرفا الى صاحب الزرع فلا شىء على صاحبها و ان اكلت في الليل كان التفريط ح من صاحبها بحكم جريان العادات و تمام الكلام موكول الى بابه و اعلم ان هذه المسأله اعنى ضمان الراكب بسبب ضرب الدابه وقعت في خلال فروع شرط معلومته المنفعه استطرادا و كان المناسب ذكرها في الفصل الثالث الآتى في سياق نظائرها من مسائل الضمان فلنعد الى ما كنا فيه فنقول و لا يصح اجاره العقار اى الأرض الما بالمشاهده او بالاشاره الى موضع معين موصوف بما يرفع الجهاله و لا يصح اجارته في الذمه و لو مع الوصف على ما هو ظاهر العبارة كان يقول اجرتك جريا او جريين من ارض العراق او من ارض هذه القرية كما لا يجوز بيعها كك لما يتضمن من الغرر لاختلاف منفعتها قيمه او رغبه و قيل ان منشأ الغرر هو اقتضاء المبالغه في التوصيف عزه الوجود و الاول اولى و ربما يتوهم او توهم الخلاف من القواعد حيث قال و يجب وصفها او مشاهدتها لأن اطلاق الاكتفاء باحد الامرين قاض بخلاف ما ذكره و حمل العبارة على مورد المشاهده و هو الجزئى الخارجى و يؤيده المحكى عن كره من النص على عدم كفايه الوصف

ص: ٢٤٨

في مقام اخر و على الكفايه هنا فانّ الجمع بينهما بما ذكر اولى من الحمل على اختلاف الزاى و اوفق بما صرحوا في البيع من عدم الكفايه و بما مرّ في اجاره الدابه للحرث و ما ذكره في الاستيجار لحفر البئر او النهر من لزوم تعيين الارض بالمشاهده او الوصف المتعلق بمال الجزئى بل عرفت اشكال التذكرة في كفايه الوصف في مسأله استيجار الدابه للجزئى نظرا الى اختلاف ابعاض الارض رخاوه و صلابه و عدم ارتفاع هذه الجهاله الا بالمشاهده فكيف يقول بجواز اجارته في الذمه و الحاصل ان الاجاره متى ما تعلقت بالارض سواء كان تعلّقها بالأصالة كما اذا اجر نفسه للزرع مثلا او بالبيع كما اذا تعلقت بالبقر او بالآدمى لعمل من حرث او حفر و جب تعيينه في موضع و توصيف ذلك الموضع او مشاهدته فما صرح به المص من فساد اجارته موصوفا في الذمه هو الأصح كانت المسأله خلافيه كما هو ظاهر بعض او وفاقه كما هو صريح اخر نعم كو رجع وصف الكلى الى نظير كر مشاع من الصبره او صاعا كليا منه بناء على صحه بيعه كما لو كانت القرية مساويه الاجزاء فى الصلابه و الرخاوه و فى المنفعه المقصوده من الزرع او البناء او الغرس و نحوها فاجر ثلثها او جريا منها لم يبعد الصّحه فان اراد ثانى الشّهيدين من الحكم بكفايه الوصف فى الكلى و ان الفرق بينه و بين الجزئى غير واضح نحو الفرض المذكور فما لا غرر فيه فحقّ و الاّ فمردود عليه و الحاصل انّ اجاره الأرض المطلق من بيع الكلى الخارجى فيراعى فيها ما يراعى فيه من الشّروط و من هنا يظهر ان التّعبير عنه بالذمه كما فى الكتاب و من خصائصه فيما اعلم ليس على ما ينبغى لأنّ الذمه انما تتصوّر فى الكلى المنطقى دون الخارجى و فى هذا بعض الشّهاده على كون مراد من أطلق بكفايه الوصف خصوص العين الجزئيه اذ لا يتصوّر الكليه فى العقار بمعنى الارض الاّ فى الخارجى و هو بعيد عن موارد استعمال الوصف فانّها بين الكلى الذهنى و الجزئى الخارجى هذا اذا كان المراد بالعقار خصوص الارض و ان كان المراد ما يعمّ البيوت و الشّجر كما فى المسالك فيتصور فيه الكلى الذهنى كما لا يخفى و هذا الذى ذكرنا فى العقار بخلاف الاستيجار للأعمال كالخياطه للنساجه و النساج للنساجه و الكاتب للكتابة لأنّها اعمال

يمكن جعلها في ذمه الموجر سواء اشترطت المباشرة أم لا- بعد مراعاة رفع الغرر و الجباله بالوصف التام الغير الأيل الى ندره الوجود ثم لو كانت مقدره بالعمل لم يجب تعيين الصانع و اذا استاجر مدّه معيّنه كيوم او شهر للخياطة و نحوه ممّا تكون الاجاره فيه مقدره بالزمان خاصه فلا بدّ من تعيين الصانع رفعا للضرر الناشى من تفاوتهم فى المنفعه قله و كثره و اما مع العين او العمل كخياطه هذا الثوب و كتابه هذا الكتاب فلا يختلف المقدار باختلافهم لكن يختلف فى الجوده و الزدءاء و الغرر الناشى منهما اكثر خصوصا فى الكتابه فلا بدّ أيضا من تعيين الخياطه و النّساج و الكاتب و هذا مطرّد فى اجاره الاعمال كلّها فيأتى فى الاستيجار للبناء و التجاره أيضا ما ذكرنا مضافا الى ما فى كل عمل من الجهاله المختصّه به الباعثه على التوصيف و مراد المص قده بالتفاوت هو التفاوت فى المقدار حيث دلّ بمفهوم العبارة على عدم لزوم تعيينه اذا استاجر له عمل معيّن فى محل معيّن غيره من التقدير بالمدّه و ان كان المراد مطلق التفاوت حتّى فى الجوده و ساير الصفات كانت العبارة محللا للمؤاخذة كما تبّه عليه فى المسالك و مع ذلك فغير سالمه حيث اهمل اعتبار تعيينه فى المقدر بالعمل أيضا من حيث التفاوت فى الاوصاف اللهمّ الا ان يكون معتمدا على المسائل السابقه لأنّ لزوم التعيّن من هذه الجهه مستفاد

ص: ٢٤٩

منها و فيه مالا يخفى اما اولاً- فلأنّ المنطوق لم يكن اخفى من مفهومه حتى يكون ممتازا عنه بالبيان و اما ثانيا فللزوم التعبير ح بغير الشّرط الدّال على خلاف المقصود و اذا استاجر له حفر بئر لم يكن بد من تعيين الارض اما بالمشاهده او بالوصف على نحو ما عرفت فى استيجار الدّابة للحرث و يأتى هنا الخلاف فى الاكتفاء بالوصف هناك فعن التذكره و القواعد عدم كفايه الوصف هنا كما استشكل فيه فى ارض الحرث فى محكى التّذكره و عن الارشاد اطلاق باعتبار التّعيين كالمتمن مع التّصريح بعدم كفايه فى ارض الحرث و يمكن الفرق بين المقامين بكفايه المشاهده فى ارض الحرث دون البئر لان الظّاهر غالبا كاشف عن حال الباطن القريب من الظّاهر دون البعيد و كذا لا بدّ من تعيين قدر نزولها وسعتها كلّ ذلك للغرر المنهى عنه و لو حفرها فانهارت اى انهدمت جميع جوابها او بعضها لم يلزم الاجير ازالته و كان ذلك الى المالك المستاجر لامثال الاجير ما عليه من الحفر فلا يستحقّ عليه شىء الا بعقد جديد و لو سقط من التراب المرفوع شىء فان كان بتقصيره فى الاجاد المستحقّ عليه عرفا و جب عليه الازاله و الا فلا- كما لو وقع حجر عظيم من خارج و المراد بالاستحقاق عليه عرفا ان يكون العاده جاريه على تبعيد التراب عن البئر بمقدار من البعد فلو لم يكن عاده اصلا لم يجب عليه أيضا الازاله و لو حفر بعض ما قوطع عليه من البئر ثم تعدّ الباقي اما لصعوبه الارض او مرض الاجير او غير ذلك قوم حفرها جميعا و قوم ما حفر منها و رجع المستاجر عليه ان كان قد رفع تمام الاجره بنسبه اى بنسبه تفاوت ما بين القيمتين من الاجره المسماة و يحتمل رجوع الضّمير المستتر فى رجع الى الاجير و هو بعيد لان الانسب ح ان يقول استحق عليه كذا لا ان يقول رجع اذ الرجوع هو العود الغير اللائق بالمقام و مثله فى البعد تفسير الاجره باجره المثل لما فيه من ارتكاب التقدير اذا المعنى أنّه يرجع من المسمّى بنسبه ما عمل الى اجره المثل لتام العمل لأنّ المتبادر من الاجره هى المثل مع ان الاستعمال من فى الى على ما يقتضيه تعلّقه بالنسبه أيضا مخالف للظّاهر و ربما يتوهم لزوم التقدير على الاوّل أيضا لان المعنى ح أنّه يأخذ من المسمّى بنسبه ما عمل الى المجموع و يدفعه ان ضمير بنسبته راجع الى التفاوت المدلول عليه بالمقام كما فسّرنا فلا- تقدير و طريق معرفه النسبه فى مختلف الاجزاء و متّفقهها ان ينسب اجره مثل المجموع فيستحقّ الاجير من المسماة بتلك النسبه و يرجع المستاجر بالباقي و فى خصوص متّفقه الاجزاء فى الاجره طريق اخر و هو ان ينسب ما عمل الى ما بقى و يؤخذ من الاجره بتلك النسبه فلو استاجر على حفر بئر عشره اذرع فى الابعاد الثلاثه فحفر خمسا

عمقا و عشرا حوط و عشرا عرضا كان له نصف الاجره لأن نسبه عمله الى المجموع النصف و لو حفر هنا خمسة اذرع في الابعاد الثلاثة كان له منها الثمن لان النسبه بين المحفور و بين الباقي الثمن لأنه لم يحفر من النصف الاسفل شيئا و هو اربعة اثمان و لا نصف من النصف الاعلى و هو ثمان شيئا لأنه عشره و المفروض أنه لم يحفر الا خمسة و لا من النصف الاخر الا نصفه و هو الثمن فلم يبق له سوى الثمن لأن نصف النصف خمسة في عشره فاذا كان المحفور خمسة في خمسة كان نصفا من النصف هذا بحسب الاعتبار و اما ما يقتضيه قواعد الحساب في معرفه مقدار الكسور في المساحه فهو ان يلاحظ النسبه بين مضروب تمام العمل و مضرب و ما فعل فمضروب العشره في الابعاد الثلاثة الف و مضروب الخمسه في الابعاد كك مائه و خمسه و عشرون و هو ثمن الالف و هذا هو المعروف بين الاصحاب و في المسأله قول اخر مستند الى روايه مهجوره عزى الى الشيخ أنه عمل بها في النهايه و هي روايه ابى شعيب المحاملى عن الرفاعى

ص: ٢٥٠

قال سالت ابا عبد الله ع عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشره دراهم فحفر له قامه ثم عجز قال يقسم عشره على خمسة و خمسين جزء فما اصاب واحدا فهو للقامه الاولى و اثنين لاثنين و الثلث للثلث و هكذا في العاشره و وجه هجرها أنها مبنيه على تقسيم الاجره على المحفور و الباقي بالسويه و هو مخالفه لمقتضى العقد لأن المعارضه تقتضى المقابله بين العوضين بحسب مائتيهما ففي صورته التبعض لزم مراعاة المائيه فى الصّحيح و الفاسد و مائيه العمل تختلف باختلاف المشقه و اختلاف الاجره و لذا حملوها على ما اذا تناسب القامات على وجه يكون القامه الاولى نصف قيمه الثانيه فى الاجره و المشقه و مع ذلك أيضا لا منطبق على القاعده لأن مقتضاها فى متفقه الأجزاء كما عرفت ملاحظه النسبه بين القدر المعمول و القدر الباقي يؤخذ من الاجره بتلك النسبه و مع تناسب القامات على وجه تكون من متفقه الاجزاء و لزم ان يعطى المقامه الاولى عشر الاجره حسبما يقتضيه تلك القاعده و هو درهم فى مورد الروايه دون الاقل كما هو مقتضاها فهى وارده فى واقعه خاصه لا تصلح تاسيسا لقاعده جديده مع عدم ظهور عامل بها راسا لان الشيخ نسب القدر المذكور الى الروايه فى محكى النهايه و وافق الأصحاب فى ط ثم لو علمنا بها اقتصرنا على موردها و لا يتعدى فلو كان المستاجر عليه خمسه عملنا فيه بالقاعده لا بالروايه و لو بنينا على القدر فالمقدّر يرجع الى قاعده تعديده حاصلها ان يقسط الاجره على المستاجر عليه بتقسيت العدد على الاعداد المتداخله دون المتمايزه و له طرق ثلث الأوّل يجمع الاعداد المقسوم عليها العدد المقسوم و الثانى ان يضاف أقلّ العدد و هو الواحد الى الاعداد المقسوم عليها ثم يضرب نصف المجموع فى تمام تلك الأعداد فتوزع عليه الاجره الثالث ان يضرب تلك الأعداد فى نفسها ثم تزداد على الحاصل جذره و هو الاصل المضروب ثم ينصف المجموع فينقسم عليها الاعداد المقسومه فاذا اردنا ان نقسم عشره دراهم على عشر قامات جمعنا اعداد العشره و هى خمس و خمسون فيقسم عليها الأجره عشره دراهم و هذا مقتضى الطريق الأوّل الذى هو اخصر او نزيد على عشر قامات واحدا ثم يضرب نصفها فى العشره فيبلغ الحاصل الى خمس و خمسين أيضا او يضرب العشره فى نفسها فيصير مائه ثم نزيد عليها جذرها اعنى العدد المضروب و هى لعشره ثم يقسمها نصفين فيبلغ أيضا و الحاصل ان محصل الروايه تقسيط الاجره على العمل اذا كان اعداده متداخله و هذا اصل مطّرد فى تقسيم كلّ عدد على كلّ متداخل دون المتباين لأن تقسيم العشره على العشره هو جمع عدم التداخل هو ان يعطى كلّ واحد واحد و مع التداخل هو ان يعطى الأوّل أقلّ من واحد و يعطى الثانى ضعفه و هكذا فلو كانت الأجره عشره دراهم و العمل خمس تامات قسمت الدرّاهم خمسه عشر جزء فيوزع على القامات للواحد واحد و للاثنين ضعفه و هكذا لو كان اربع قامات اعطى القامه الاولى

يجوز استيجار المرأه للرضاع مدّه معينه باذن زوجها

و هذا فى الجملة اجماعى و قد ادّعا فى محكى الخلاف و التذكره و غيرهما و أنّما الخلاف فى أنّها موافقه للقاعده او مخالفه لها ثابتة بالدليل و يظهر الثمره فى التعدى الى نظائر المسأله ممّا يكون فائده الاجاره نقل العين و المنفعه فعلى الاول يتعدى و على الثانى يتبع نظر الفقيه فى فهم المناط و فى مقدار ما فهم و نظائرها كثيره كاستيجار الفحل

ص: ٢٥١

للضراب و استيجار الصّيباغ للصّيبغ بصيغه و استيجار الكاتب للكتابة من مداده لا من مداد المستاجر و استيجار الكحال للاكتحال بكحله لا يكحل المستاجر و استيجار الحمام للاستحمام و البئر للاستقاء و استيجار الشّاه او البقر او الحمار او البعير للانتفاع بلبنها و الضّابط ما ذكرنا من ان تضمن الاجاره لإتلاف العين او لانتقاله الى المستاجر كاستيجار الخياط للخياطه بخيطه و توضيح المقام يستدعى نقل الكلام الى بيان الاقسام لأنّ استيجارها قد يكون للخصانه خاصه و ما يجرى مجراها من الافعال الرّاجعه الى منفعتها و قد يكون للرضاع خاصه مجردا عن المقدمات و قد يكون لهما معا اماّ الأول فلا اشكال و لا خلاف فى صحتها و قد ادعى الاجماع صريحا على جوازها فى محكى كره الّا انّ هذا ليس من الاستيجار للرضاع المبحوث عنه و لا- يترتب عليه المقصود و هو ارتفاع الصّيبى الّا ان يضمّ اليها وضع الشدى فى فمه فى اوقات ميله للبن حال كونه سالما من جميع موانع الاقتصاص مراعىا فيه ضبط الاوقاف على وجه سالم عن الغرر و هذا ليس مراد الأصحاب قطعا لما فيه من الضيق المنافى للعقود و هو تسهيل الامر على النسوان فى امر الصبيان و خروجه عن المتعارف بين الناس فى استيجار النظر كيف و انطباقه على القاعده ليس ممّا يخفى على مثل العلّامه و الشهيد و المحقق الثانيين و امثالهم قد هم مع أنّهم اختلفوا فيه اشدّ اختلاف حتّى انّ كلام كلّ واحد منهم مضطرب بين ما يدل على الأول و ما يدل على الثانى كما نشير الى بعضها و الحاصل انّ هذه الصوره لا ينبغى الأشكال فى انطباقها على القاعده و أنّها لا يتصوّر فى النظائر المشار اليها الّا فى مثل الصّيبغ و الاكتحال و الكتابه و بالجملة فى فعل الادمى دون الحيوان و البئر و امثالها مع انّ غير واحد صرّح بالتعدى اليها و اماّ الثانى ففى القواعد كما عن ط و كره و يروى الحواشى و الإيضاح و مع هذا لا- قرب و قيل أنّه ظاهر الكتاب و ظاهر كل من أطلق كالخلاف و ثر و مع و يع و غيرها و قيل بالمنع و وجه المنع ما اشار اليه فى محكى مع صد من ان الاجاره مشروعته انقل المنافع دون الأعيان و اللّبن من الاعيان مع أنّه مجهول لا يجوز نقله للغرر و ربما يستفاد المنع من بعض مواضع المحكى عن كره حيث قال انّ اختلاف الشّافعيّه فى صحّه هذا العقد أنّما هو اذا قصر الاجاره على صرف اللّبن الى الصّيبى و قطع عنه وضعه فى الحجر و هو أنّما يحى على قول العامّه المجوزين نقل الاعيان بالاجاره و اماّ عندنا فيجب ان لا يختلف الحال بين ادخال ذلك لان هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللّبن بل المقصود أنّما هو اللّبن انتهى فانّ ظاهرها أنّ الحكم عندنا هو الفساد و سواء قصر الاجاره على صرف اللّبن او ادخل معه الوضع فى الحجر و نحوه من الأفعال و ظاهر لك أيضا عدم الجواز بدون ضمّ الافعال كما يأتى ثمّ القائلون بالصّيبغ اختلفوا فى كونه على القاعده او على خلافها فالذى صرّح به فى موضع من محكى كره و محكى موضع من الإيضاح و مع صد هو الاول حيث قال فى الاول فى الاستدلال على صحّه العقد على الرضاع دون الحضانه الذى تناوله عقد الاجاره بالاصاله الاقرب أنّه فعل المرأه

و اللبّن مستحق بالتبعيّة و زاد فى الثّانى بعد ان نسب ذلك الى تحقيق والده ان هذا هو الذى تدلّ عليه الآيه لأنّها دالّه على الفعل و اللبّن لأنّ الارضاع هو الفعل و قيل أنّه مخالف للقاعده لان اللبّن مقصود بالاصاله و شرط التابع ان يكون مقصودا بالتبع و هو صريح ما نقلناه عن كره آنفا فى قبال الشافعيّه و عن مع صد أيضا الاعتراف بذلك فلا يخفى عليك ما فى كلامه و كلام العلامه من التّهافت و الاضطراب حيث أنّهما تاره يوجهان الجواز بان مورد العقد هو الفعل و اللبّن مقصود

ص: ٢٥٢

تبعاً و تاره يعترفون بانه مقصود بالاصاله لا يصلح دخوله فى الاجاره تبعاً ثم القائلون بمخالفته لقاعده الإجاره تبعاً ثم القائلون بمخالفته لقاعده الإجاره استدلّوا على جوازها بالآيه و بالمأثور من فعل التّبئى لأنّه سترضع لولده ابراهيم ع و ككك الاثمه ع استرضعوا لأولادهم وجه الاستدلال بالآيه و هو قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتْرُكُوا أَوْلَادَهُمْ إِنَّهُ تَعَالَى أَطْلَقَ اسْمَ الْاِجْرِ عَلَى حَلِيهِ قَابِلَ الرِّضَاعِ فوجب ان يكون الاستيجار عليه جائز و فيه منع الملازمه لان الاجر هو العوض و كون الرضاع ممّا له اعوض لا يقضى بجواز الاستيجار له بل لا بدّ فيه من ملاحظه شروطها فاذا فرضنا انتفائها كلا او بعضا فكيف يحكم بصحّتها و اى دلالة للآيه على سقوط الاشرط فى خصوص المقام فغايه ما يستفاد منها كون الرضاع امرا سائغا شرعا و أنّ له اجره و هذا اعتم من جواز الاستيجار عليه لجواز عدم قابليته للإجاره لما فيه من اتلاف العين و لزوم التوضيل بسبب اخر كالصّيح او الاباحه و لو بعوض او غيرهما و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عن فعل التّبئى ص و الاثمه ع اذ لم يعلم انهم ع استاجروا بل الثابت أنّهم استرضعوا لا- كلام فى جوازه بل فى جواز الاستيجار و قد يستدلّ على الجواز كما عن عد و كره و الايضاح و غيرها و ربما عزى الى الشّهيد أيضا بمساس الحاجه و العسر و الحرج المنفيين بالآيه و الاخبار و ربما ذكرنا ظهر الجواب عنه أيضا لأنّ الحاجه لا تشرع خصوص عقد من العقود بعد امكان الصّيح و الاباحه بعوض و نحوهما و امّا الثالث اعنى ما لو قصد الفعل و اللبّن معا فعن الايضاح و الحواشى و مع صد استحسانه و فى لك الأجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبّن و جوازه ح مع أنّ بعض متعلّقها عين ذاهبه للنصّ و هو الآيه و فعل التّبئى ص قلت النظر الى ما فى كلماتهم من التّهافت و الاضطراب حتّى بلغ الى الشك فتاره يجعلون المقص بالذات هو الفعل و اخرى هو اللبّن و ثالثا هو المجموع و ممّا ذكرنا ظهر فساد الثالث أيضا بل هو أسوأ حالا- لأنّ الإجاره غير صالحه نقل العين الا تبعاً فكيف يكون اجود الاشتمالات ثم الآيه و فعل التّبئى ص كيف يدلّان على هذا المذى هو خارج عن حقيقه الاجاره معما عرفت من عدم دلالتها على جواز الاستيجار للرضاع راسا فضلا عن جوازه على هذا الوجه الغير العقول و احتمال كون هذا اجاره و بيعا بصيغه واحده فيرتفع الأشكال اذ لا خلاف فى جواز انعقاد الأتاره و البيع بعقد واحد كما لو قال اجرتك هذه الدار و بعثتك هذا الثوب بعشره دراهم مدفوع اولا بمنافاته لقولهم مع ان بعض تعلّقها عين ذاهبه اذ هو صريح فى أنّ هنا ليس الا عقد واحد و هو الاجاره و ان تعلقت بنقل العين و قامت مقام البيع فى ذلك و ثانيا ان جواز على هذا الوجه للقاعده لا للنصّ و فعل التّبئى ص و ثالثا أنّ اللبّن مجهول لا يجوز بيعه بصيغه منفردة و كذا بصيغه جامعه بينه و بين الاجاره اذ لا يختلف شروط البيع و لا شروط غيره من العقود باختلاف الصّيح نعم اوجه الاحتمالات على تقدير كون المقص مجموع الافعال و اللبّن جعله عقدا مستقلا لا- اجاره و لا بيعا و لا هما معا و الاستدلال على جوازه بالعمومات نحو قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نظير ما عن بعض فى مسأله تقبل احد الشريكين فى الزرع حصّه الاخر بشىء من كون التقبل عقدا مستقلا لا بيعا و لا اجاره حتّى يكون فاسدا مستدلا عليه بظاهر بعض اخبار التقبل كقوله ع لا باس فى جواب من سال عن تقبل احدهما و الحاصل ان الاستيجار للرضاع لا- يجب ان يكون اجاره حقيقه و لا- بيعا كك و لا هما معا لجواز ان يكون عنوانا مستقلا ثابتا

بالعمومات و خصوص الأدله المشار اليها نظير التقبل على ما ذهب اليه بعض لكن الانصاف بل المقطوع فساده أيضا اما اولا
فلأن و استقلال

ص: ٢٥٣

العنوان فرع مغايره مفهومه لمفهوم الاجاره و نحن لا نتعلّق في المقام سوى الاجاره او البيع او هما معا توضيحه انّ حقيقه الاجاره
هى نقل المنفعه و حقيقه البيع هى نقل العين فاذا كان المقص من الاستيجار للرضاع خصوص الأفعال كانت اجاره و ان كان
خصوص اللّبن كان بيعا و ان كان هما معا كان اجاره بالقياس الى المنافع و يباع بالقياس الى العين فلا بدّ من مراعاة شروطهما و
ح مجرّد اجتماع نقل المنفعه و نقل العين فى عبارته العقد حقيقه او مجازا لا يخرجهما من حقيقتهما مع انّ البيع لا يصحّ بلفظ
الاجاره و لا- الاجاره بلفظ البيع فلا بدّ من ذكر اللفظين فيخرج عن المبحوث عنه و هو الاستيجار خاصّه نعم لو اعتبر فى معنى
الاجاره نقل المنفعه بشرط لا و فى معنى البيع نقل العين كك كان هذا حقيقه ثالثه لكن وضوح فساده يغنى عن بيانه و الّا لزم
فساد جميع الاجاره و البيع بعقد واحد و اما ثانيا فلأنّ النهى عن الغرر على ما تقرّر غير مرّه يعمّ جميع المعاوزات فكيف يجوز
مع جهاله اللّبن و لو جعل الآيه و التاسّى دليلين على اغتفار الجهاله هنا للضروره نظرا الى كونهما اخصّ من ادلّه الغرر ففيه أنّه لو
قلنا بأنّه بيع محض او بيع و اجاره امكن ذلك كما خرجنا عنه فى غير موضع لا دلالة خاصّه فلا فائده فى جعله عقدا مستقلاّ مع
عدم تعقل عنوان مغاير لعنوانهما و امّا ثالثا فلمخالفه ذلك طريقه الاصحاب و خرج و عمّا ظاهرهم الاتفاق عليه من انحصار
العقود فى العقود المعهوده المتعارفه كما لا- يخفى على من تأمّل فى كلماتهم فى حدود العقود مضافا الى ما هو المعلوم من
محافظةهم فى الكتب الفقهيّه و التصانيف المبسوطه على الحصر المذكور الا ترى أنّهم لا يجوزون البيع بالفاظ تدلّ عليه بالكنايه
كقوله اعطيت و جعلتك فى حلّ من التصرّف فيه و ما اشبهه و لا- يقولون بانعقاده عقدا اخر بل يحكمون بفساده فلو لا أنّهم
فارغون عن انحصار العقود فى العقود المتعارفه لم يكن لحكمهم بالفساد وجه اذ غايه ما هناك قيام الاجماع على لزوم الصّراحه
فى العقود اللّازمه و هذا لا يقتضى سوى فساد كونه بيعا و اما فساده معارضه اخرى فلا معارضه اخرى فلا ضروره صراحه تلك
الصّيغه بالقياس الى مدلولها المطابقى الّذى اريد بها و اما الاستشهاد بقول البعض فى مسأله التقبل فهو مردود على قائله لأنّ
الرّوايه وارده فى شرعيّه اصل التقبل لا- فى بيان كفيّه ما يتحقق به التقبل فلا بدّ فى السبب من الرجوع الى ادلّه الأسباب فان
ساعده بعضها عمل به و ليست فى مقام بيان سبب التقبل حتى تدلّ على كونه عقدا مستقلاّ و سببا مغايرا من الاسباب المعهوده و
على فرض دلالتها عليه فهى مخالفه لأصول المذهب بعد ما عرفت من الاتفاق على الانحصار فلا يمكن الركون اليها ثم فى
قياس المقام به ما ترى لعدم الدليل على كون الاستيجار للرضاع عقدا مستقلاّ لما عرفت من وجوه الخدشه فى الأدله المذكوره
فظهر انّ هذا الوجه أيضا لا- كرايه فيه و الانصاف فى تحقيق المقام هو ما افاده الأعلام العلامه و المحقّق و الشهيد الثّانين و
غيرهم من كون متعلّق عقد الاجاره هو الفعل و استحقات اللّبن على المرأه تبعا اما الايراد عليه بانّ اللّبن مقصود بالأصالة فليس
بشئىء لا لما فى لك من ان قيمته أقلّ من قيمه الافعال و ان كان مقصودا من وجه اخر لأنّ ظاهره غير مستقيم و لا نفهمه بل لأنّ
التابع ما كان مستحقا عليه و مقدّمه تسليم العمل او بشرط ضمنى و المرجع فى الثّانى هو العرف لكن هذا مبنى على كون متعلّق
العقد غير الافعال التى زعموها اعنى الحصانه و وضع الثّدى فى فم الصّبي و غسل الخرقه و امثالها بل هو الارضاع الّذى هو
مفهوم مغاير مقدور للمرأه فتستأجر له و يستحقّ عليها اتلاف اللّبن الّذى فى ثديها تبعا من باب المقدمه و هو غير الاستيجار
للأفعال المذكوره و ان

توقف عليها و بمثل هذا يقال كما قيل في ضرباب الفحل فإنّ المستاجر عليه فيه هو ادخال ماء الفحل في رحم الانثى و لازمه تلف عين الماء كما لو استاجر احد على سقى الزرع من ماء مملوك له فان متعلق العقد هو الشقى و ان استلزم ايجاده اعدام الماء و يمكن المناقشه فيه بان استيجار الفحل للضراب ليس مقصورا على ما لو وقع العقد على مباشره صاحب الفحل يكون متعلق العقد هو الإدخال الذى هو فعله و يرجع الى استيجار الادمى للعمل بخلاف الاستيجار للرّضاع فأنّه مقصود على صوره مباشره المرأه فلو اشترط عدم مباشره و كان المقصص صرف اللبن كان فاسدا فما ذكره بعض مشايخنا قدّه من أنّ هذا هو محلّ البحث و أنّه لا- اشكال فى صحته بعد النص و الإجماع ممنوع عليه اشدّ المنع و يمكن الجواب عنها بأنّ الفحل له منفعه عرفا و هو نزوه على الانثى و هذا لا- ينافى كون الموصل هو المستاجر نظير الدّار فإنّ لها منفعه هى السّكنى و ان كان الساكن هو المستاجر فيستأجر الفحل و يملك المستاجر منفعه و هو جريان مائه على رحم الانثى و كذا يقال فى اجاره الحمام فإنّ متعلق العقد فيه هو منفعه كما فى اجاره الدّار الّا ان منفعتها هى السّكنى و منفعه الحمام هى الاستحمام و التنظيف و الغسل و نحوهما و اما استعمال مائه فيستحق على الحمامى تبعا اى مقدّمه لتسليم المنفعه كما يستحق تنقيه البئر و البالوعه فى اجاره الدّار على صاحبها مثل استحقاق اتلاف اللبن و التّطفه و الماء على المرأه و صاحب الفحل و الشّقاء من غير فرق الّا ان القاضى بالاستحقاق فى الرّضاع و ضرباب الفحل عقل ناش من حكم العقل بوجوب المقدّمه و استحقاق الماء فى الاستحمام عادى ناش عن جريان العاده و فى السّقى جعلى ناش من الشّروط فى العقد و الحاصل أنّه لا شبهه فى جواز تملك المنافع و الاعمال بعقد الاجاره بل أنّما شرعت الاجاره لذلك و لا فى اشتراط كونها مقدوره التسليم فاذا كان العمل مقدورا شمولاً و لو كان قليل الاجره كفى ذلك فى صحه الاجاره و لا يلتفت بعد ذلك الى كون المقصص الاصلى الباعث على اصل الاجاره فهو نفس ذلك العمل اذ الشىء الذى يترتب عليه من القواعد فقد يكون نفس العمل هو المقصود الاصلى كالاتيجار للصّوم و الصّلاه و تلاوه القران و السّير للنزّه و التّفريح و نحو ذلك من الاعمال و المنافع التى هى بنفسها اغراض للمستأجر و قد يكون المقصص بالأصالة ما يترتب عليها من الآثار و القواعد و يكون مطلوبيّه العمل الذى هو متعلق للعقد القياس الى الفائده المترتبه عليه بمطوبيّه المقدّمه و هذا هو الغالب فى الاستيجار للأعمال كالحياطه و الحفر و البناء و الكتابه و امثالها لان الأفعال التى تتعلّق بها الاجاره فى هذه المواضع و امثالها غير مقصوده بالذات بل لكونها اسبابا لوصول التّيات و الاغراض المتفرّعه عليها و قد يكون الغرض هما معا كما لو استاجر دابّه الى مكان و كان الغرض منه السّير و الوصول الى ذلك المكان معا و الاشتباه فى المسأله أنّما جاء من هذا التوهّم أنّ كون وصول اللّين الى معدّه الصّبى مقصودا ينافى استحقاقه على المرأه تبعا و توضيح المقام أنّ تسليم العمل اذا توقّف على امر خارج عن مفهومه لوحظ حاله فان كان استيفاء العمل متوقفاً عليه عقلا كان عقد الاجاره كافيا فى استحقاقه على الموجر و الّا تبع الشّروط فان شرط على الموجر كان عليه و مثل الاشتراط جريان العادات على كونه بعهده الموجر و ان لم يشترط و لا اقتضته العاده كان ذلك على المستاجر و ليس على الاجير سوى التمكين و تسليم نفسه مثال الاوّل ما نحن فيه فالعمل المستاجر عليه هو الارضاع اى ايصال اللبن من باطن الثدي الى معدّه الصّبى و اللبن امر خارج عن مفهومه لكن يتوقف

تسليم العمل اى الارضاع على اتلاف اللبن فهو مستحقّ على المرأه تبعا بمعنى خروجه عن متعلق العقد الذى هو الارضاع و توقّف تسليمه على اتلافه و مثله استيجار الفحل للضراب فإنّ المملوك بالعقد هو منفعه الفحل و هو جماعه مع الانثى و نزده

عليها و جريان مائه فى رحم الأثنى لكن استيفاء هذه المنفعة يستلزم اتلاف النطفه هذا اذا قلنا بعدم تمؤل النطفه و لو انتقلت الى رحم الاثنى و الا كان من القسم الثالث الآتى و مثال الثانى اجاره الحمام فان له منفعه كمنفعه الدار و هو الدخول و الجلوس فيه او الغسل الارتماسى من مائه و ساير فوائده و استيفاء هذه المنفعة يتوقف على اتلاف الماء او يستلزمه و قد يتوقف على شىء من اعمال الدلال و استعمال الظلى و نحوه من بعض الالات لكن تسليمها الا ليس كتسليم الدار للسكنى فلا يجب على الحمامى الماء و لا ساير الالات الا بالشروط و لو ضمنا مستفادا من قضاء التعارف و العاده فليس اجاره الحمام الا كاجاره الدار و ليس توقف استيفاء منفعه على تلف الماء او استلزامه له الا كتوقف استيفاء منفعه الدار على تلفه و لا عدم وجوب الماء و لا ساير الالات على الحمامى الا بالشروط او بقضاء العاده الا كعدم وجوب الماء و اخراج الزباله على صاحب الدار الا بالشروط او قضاء العاده فليس فى اجاره الحمام اشكال و منافاه لحقيقه الاجاره حتى يتعلق فى اثبات شرعيتها بالاجماع او الضروره كما عن الإيضاح و الحواشى و ربما يشكل فيه من جهه جهاله المده و كأنه يشير اليه ما عن المحقق الثانى حيث قال اذا استاجرها مع شىء اخر و شرط دخول الماء مدّه جاز انتهى حيث اعتبر تعيين المدّه تحفظا عن الجهاله و هو حسن فانا انما نجوزه مع محافظه الشرائط و دعوى منافاته لسيره الناس لأنها على عدم تعيين زمان الجلوس و الدخول فى الماء مدفوعه بأنها نظير سيرتهم على معاطاه البيع من دون مراعاة المشروط مع الاتفاق على فسادها كك كما فى مفتاح الكرامه من الإيراد على العلامة بجهاله المدّه ليس بشىء مثل ايراديه الاخرين احدهما ان شرط التابع ان يكون مقصودا بالعرض و استعمال الماء فى الحمام ليس ككك اذ عرفت ما فيه من الالتباس و الخلط بين ما هو مقصود بالذات و متعلق العقد و ما هو كك فى الغرض الباعث عليها و ثانيهما انا لا ندرى كيف يوقع عقد الاجاره فانه اذا اجر لأول داخل كيف يتصور اجارته لآخر داخل قلت اراد ان المستاجر الأول داخل مثلا ليس هو بعض الحمام و اما بطل اجماعا للجهاله بل هو تمامه و مجموعها فاذا اجره لأول داخل كيف يوجره ثانيا لغيره و هذا الاشكال اقوى من اخويه و الجواب ان غرضنا رفع الاشكال من جهه كون بعض متعلق الاجاره عينا ذاهبه و هذا يرتفع بالتبعيه التى صرح بها فى القواعد كما اوضحناه و اما الأشكال من الجهه المذكوره فلا بد أيضا من دفعه اما بالالتزام بالموجب و هو خروج ما هو المتعارف بين الناس فى الحمام عن الاجاره و كونه من الاباحه بالعوض كما قيل او بدعوى اغتفار الغرر و الجهاله مع اعتبار كون متعلق الاجاره هو بعض الحمام للضرورة و مساس الحاجه كما اغتفر فى غير موضع و قد عدّ الشهيد فى محكى عد امور كثيره منها بيع البيض و البطيخ و نحوهما فى قشورها من موارد اغتفار الغرر لقاعده نفى العسر و الحرج و ان كان فيما ذكره تأمل نظرا الى ان المصحح للبيع فى الامور المذكوره انما هو اصاله الصحه ثم ان ما ذكرنا فى الحمام هو أصح ما فى الباب و اليه يشير بعض كلماتهم منها ما فى عدو منها ما حكيناها عن مع عد و حاصله ان الاجاره متعلقه بمنفعه الحمام و هى الجلوس و الغسل و التنظيف و عين الماء مستحق عليه تبعا اى بالشروط الضمنى و الجهاله فى متعلق العقد مغتفره للضرورة و هنا وجوه اخر لا تخلو عن صحه

ص: ٢٥٦

و فساد منها ان الاجاره تعلقه بعين الماء على خلاف القاعده شرعت للسيره و الضروره و الحاجه و قد عرفت نقله عن الايضاح و الحواشى و عرفت ما فيه من الفساد و منها أنها تعلقت بالظلى و الالات و حفظ الحمامى للثياب و غبن الماء تطوع من الحمامى و تفصل و منها أنها تعلقت بعين الماء فتكون معاطاه فى البيع و منافع الالات و حفظ الثياب تطوع من الحمامى و هذان الاحتمالان ذكرهما فى المحكى عن موضع من كرهه حيث قال فى موضع منه مثل ما عرفت عن الايضاح الحواشى من ان بعض الاعيان قد

يتناولها عقد الإجاره للحاجه و الضروره كاستيجار الحمام المشتمل على استعمال الماء و اتلافه ثم قال فى موضع اخر بعد ذلك على المدفوع الى الحمامى ثمن الماء و يتطوع بحفظ الثياب و اعاره السطل او المدفوع اجره الحمام و السطل و اما الماء فانه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض انتهى و منها ان متعلقها الحمام و عين الماء و منفعه الحمام معلومه و اما منفعه الماء فهى الاغتسال بالا و تماس فيه و لا يقدح فيه تلف بعضه الذى بلزوم بيدن المغتسل لانه كتلف الدار و الثياب استعمالهما فالاغتسال من الماء يجرى مجرى اللبس من الثياب و السكنى فى الدار و هذا واضح و اما تلفه باستعماله فى التنظيف فهو أيضا بمنزله النداهه اللاصقه بيدن المغتسل بعد ان كان العين المستاجر و هى عين الخزانه باقيه و هذا تخريج منى من كلام بعض مشايخنا فى المقام فراجع و تأمل و ليس فيه كل البعد مثال الثالث استيجار الخياط للخياطه و استيجار الساقى لسقى الزرع و البستان و هذا يتبع فيه الشرط فى العقد اذ لا توقف عقلى و لا تعارف عادى يقضى باستحقاق الخيط و الماء على الموجر فان شرط على الموجر استحقاق عليه و الا فعلى المستاجر و ان لم يشترط فهل العقد يبطل للجهاله او يكون على الموجر بوجوب المقدمه او على المستاجر لخروجه عن متعلق العقد فيكون حاله كحال محل العمل من الثوب و غيره وجوه اجريها اخرها وفاقا للمحكى عن التذكره قال لو استاجر وراقا احتمل الرجوع الى العاده فى ان الجبر على من هو فان قضت به على الوراق و جب عليه و ان قضت به على المستاجر و جب عليه و ان اضطربت العاده و جب البيان و الا بطل العقد و انه يجب على المستاجر لأن الأعيان لا تستحق بالاجاره و اقر اللبن للضروره على خلاف القياس فانه لا ينفرد بالبيع قبل الحلب لبطلانه و لا بعده لعدم انتفاع الطفل به انتهى و هذا أيضا من المواضع التى جعل فيها اللبن على خلاف العاده قوله و انه لا يجب على المستاجر مجمل و يحتمل قويا ان يكون او مكان و او فيدل على الاحتمال الثانى و قال بعد ذلك ما نص فيه قال على ما حكى عنه اذا استاجر الوراق و الصيغ و ملقح النخل و الكحال فالقول فى الخيط و الصيغ و طلع النخل و الذرور كما قلنا فى الجبر و الاقرب البناء على العاده فان اختلف او لم تكن عاده فعلى المستاجر دون الصيغ انتهى و عن شيخنا العلامة رفع مقامه فى بعض تحقيقاته اختيار الاحتمال الثانى من باب وجوب المقدمه و كأنه لسقوطه و ضعفه عند العلامة اقتصر على احتمال البطلان او كونه على المستاجر و لم يلتفت الى احتمال كونه على الأجير اذ لا فرق بين الخيط و المخيط اعنى الثوب فى خروجها عن متعلق العقد و كونها مقدمه لتسليمه فكما ليس على الأجير نفس الثوب فكذا ليس عليه الخيط و دعوى استناد خروج الثوب الى العاده و الا لقلنا بكونه على الاجير أيضا كالخيط و اضحه الفساد و اما الحل فهو ان وجوب العمل مشروط بوجود المقدمات فليس على الاجير سوى تسليم نفسه للعمل فان ابى المستاجر عن استيفاءه و لو بالامتناع عن بعض مقدماته حصل التسليم المعتبر فى المعاوضه و استحق

ص: ٢٥٧

مطالبه الاجير على المستاجر كما مرّ فى مثل ما لو استاجر لحلق الرأس و قلع الصّرس و امتنع المستاجر عن الاستيفاء و انقضت المدّه فان قلت مقتضى اطلاق العقد عدم الاشتراط و كون وجوب تسليم العمل مط غير مشروط بايجاد المستاجر المقدمه الى وقوف عليها قلنا اولاً ان اطلاق الموضوع و هو العمل المعقود عليه قاض بالاشتراط و هو مقدم على اطلاق العقد كما لا يخفى لأن الخياطه مطلقه لها فردان احدهما ان تكون بخيط الخياط و الثانى ان تكون بخيط المخيط له فاذا اراد الخياط تسليم فرد منها له ذلك و ليس للمستاجر الامتناع عن القبول بمعنى كفايه ذلك فى استقرار الاجره و ثانياً ان اطلاق عبارته عن عدم التعيين لا تعيين كون العمل بعين الموجر و عدم التعيين يوجب واصل الصّحه قاض بالاشتراك لكن هذا مبنى على صلاحية اصاله الصّحه للحكومته على اصاله الاطلاق او العموم فان لم نقل به فالمتعين هو الاحتمال الاول اعنى البطلان ثم لو قلنا بان اطلاق العقد

يقتضى وجوب مقدمات العمل على الموجر التي منها استعمال عين من اعيان ماله فهل ينتقل تلك العين الى المستاجر بنفس العقد او هي باقيه على ملك الموجر وجهان اظهرهما الثاني لأصالة عدم الانتقال مع انتفاء سببه الا ان يشترط ذلك في العقد او يقضى به للعاده فالاجير للبناء اذا استعمل الحص و اللبن و ساير الالات من ماله كان ملكيه الالات باقيا فلو انهدم البناء لم يكن للمستاجر سلطنه عليها بقى الكلام في بيان جمله من الفروع الخلافه المناسبه للمقام منها استيجار الشاه للحلب و هي المسماه بالمنحه و قد اختلف فيها بعد الاتفاق على جواز عاريتها و المشهور العدم و قيل بالجواز لمصحه عبد الله بن سنان عن رجل دفع الى رجل قيمه سمن و دراهم معلومه لكل شاه كذا و كذا في كل شهر قال لا باس بالدرهم اما السمن فلا احب ذلك الا ان يكون حوالب فلا باس و نحوها محسنه الحلبي وجه الاستدلال بها انها صريحه في جواز اخذ الغنم للحلب بالعوض و هو دابر بين البيع و الاجاره و البيع باطل بالاجماع فيتعين الاجاره و اما الصلح فلا تعرض له فيها ان جوزناه و لأنها تصح اعارتها نصا و فتوى و كلما يصح اعادته يصح اجارته بالاجماع المستفيض المنقول في كلام جماعه من المتأخرين و الجواب عن الزوايه انها مخالفه للأصول و القواعد من وجوه منها عدم تعيين المده مع عدم ظهور قائل بها و ان حكي عن التحرير الاشكال فيه و التردد و مع ذلك لا دلالة لها على كيفيه الدفع و أنه كان بالاجاره او بالبيع او بالصلح او بالاباحه بالعوض او بالعاريه المعوضه و عن الثاني بان المراد بالكلية المشار اليها الاحتراز عن اجاره مالا تصح اعارته و أنه يشترط في متعلق الاجاره ما يشترط في متعلق العاريه فلا ينافى خروج بعض ما تصح عاريته لفقدان بعض شروط الاجاره التي منها عدم تضمينها التلف العين و هذا المعنى لو سلم كونه مخالفا للظاهر فالقرينه القطعيه عليه موجوده في كلامهم حيث صرحوا بان المعقود عليه في الاجاره لا بد ان يكون من المنافع دون الاعيان و فرعوا عليه بطلان اجاره الكرم للثمره و اجاره الطعام للأكل هذا مضافا الى تصريح الكل او الجل الذاكرين للكلية المذكوره بعدم جواز اجاره خصوص الشاه التي هي مورد النص و العجب من الاعتماد على امثال هذه الظواهر غفله عما يعارضها من القرائن القطعيه ثم الظاهر عدم الخلاف في بطلان غير الشاه من الحيوانات حتى من القائل المذكور لأنه انما استند في جواز اجارتها بالنص و الاجماع الغير الشاملين لغير المنحه فاجاره غيرها ممتا اتفق على بطلانها حتى الحمار الذي شاع استيجاره للبيه و منها اجاره الشاه لإرضاع السخله و هذا اضعف من سابقه

ص: ٢٥٨

قولا و اقوى منه قائلان لان القاعده قاضيه بفسادها كما عرفت و النص و الاجماع المذكوران ظاهران فيما هو المتعارف بين الناس من اخذ الغنم بالضرريه مدّه من الزمان لأجل الشرب و نحوه لا لإرضاع السخله و على فرض اطلاقها لترك الاستفصال فاما يعمل باطلاقها او لا- فان عملنا باطلاقها كان الاستيجار لإرضاع السخله و لغيره من الاغراض سواء و الأ فكك فالتفصيل بين ارضاع السخله و غيره لا يمكن استناده اليهما فما في عد من التفصيل لا بد ان يستند الى وجه اخر مختص به و هو الذي اشار اليه في محكي الايضاح بعد ان استقر به كوالده و هو الحاجه و هذا وجه كونه اقوى من سابقه قائلان لان القول بجواز استيجار الغنم و نحوه للحلب لم نجده لأحد بخلاف استيجاره لإرضاع السخله فإنه مختار عد و الايضاح على ما نقل عنه و كيف كان فقد ظهر ضعفه بما لا- مزيد عليه و منها استيجار البئر وحدها للاستشفاء منها فعن عدو موضع من كثره و مع بعد الأشكال ان الاولى و الاقوى المنع و عن الايضاح و موضع اخر من كثره الجواز كالحمام وجه الاوّل واضح و هو تعليق الاجاره بالعين و هو الماء و وجه الثاني ارجاع العقد الى منفعة البئر و ان توقف على اتلاف العين و يشكل ذلك بأنه ليس للبئر منفعه قابله للمقابله بالاجره كالحمام فليست المقابله الا بينها و بين الماء فيكون باطلا و قد يقال أنه منقوض بضراب الفحل اذ ليس له منفعه سوى الماء الذي

هو فى صلبه فان قيل متعلق العقد هو الضراب و هو غير الماء و ان استلزم تلفه قلنا ان منفعه البئر هو الاستسقاء و ان استتبع تلف الماء و فيه ان بين المقامين فرقا و ان دق يظهر بالتأمل فيما حررناه سابقا لتطبيق الضراب على القاعده و حاصله ان للفحل منفعه و هو نزوه على الانثى و مفهوم النز و كمفهوم الارضاع شىء مغاير لعين النطفه و ان كان وجوده و استيفائه فى الخارج غير متحقق ألما بتلف النطفه التى لا- مالىه لها كالإرضاع ألما ان العين التالفه فيه متموله و فى الضراب غير متموله بخلاف البئر فانها مسلوبه المنفعه جدا لا قابله للسكنى و الجلوس و نحوهما مما يتصور فى الحمام و من المفاهيم المذكوره المغايره لمفهوم الماء و لا شىء اخر فليس فى قبال الاجره فيها ألما نفس الماء فالأصح بطلان استيجارها منفرده نعم يمكن دخولها فى الدار تبعا بيعا و اجاره كما صرح به العلّامه بعد المنع عن استيجارها منفرده لان التبعيه هنا راجعه الى شرط ضمنى تقضيه العاده كما لو استاجر دارا و شرط على الموجر شيئا من اعيان ماله غير الماء فانه جائز على المشهور و من صحه شرط النتيجة فى الاملاك اذ لا فرق فيه بين الشرط الصريح و الشرط الضمى المدلول عليه بالعرف و العاده و منها استيجار القناه فعن كره بعد المنع عن استيجار البئر منفرده و لو استاجر قناه فان قصد موضع جريان الماء جاز و ان كان الماء تابعا يجوز الانتفاع به كما نقول فى الرضاع اللبن تابع و جوز بعض الشافعيه استيجار القناه للزراعه بمائها للحاجه و القياس لا يدلّ عليه عندهم ألّا على قول من يرى الماء مملوكا فيكون القناه كالشبكة و الماء كالصيد و جوزوا استيجار بئر الماء للاستسقاء و قال بعضهم اذا استاجر القناه ليكون احق بمائها جاز و المشهور بينهم منعه انتهى قلت الكلام فى استيجار القناه اذا قصد الماء كالكلام فى استيجار البئر و اما اذا قصد المجرى فله صورتان إحداهما ان يكون المجرى لصاحب القناه و الظاهر انه المراد فهذه يمكن تصحيح استيجاره لأن المجرى عين لها منفعه و هى جريان الماء فيه فيقصد بالاجاره نفس المجرى

ص: ٢٥٩

و ينتفع من الماء تبعا بالشرط صريحا او ضمنا كاستيجار الحمام المستحق فيه استعمال الماء تبعا و ثانيهما ان يكون المجرى للمستأجر و هذه لا- يجوز استيجاره لأن الماء لا يستحق بالاجره التى وضعت لاستحقاق المنافع دون الاعيان و المجرى ملك للمستأجر دون الموجر و منها استيجار المرعى للرعى و عن الشهيد جوازه و قيل بالمنع لما فيه من وقوع الأجره مقابل العين قلت اجاره المرعى المتعارفه فى بعض الاصقاع على ضربين احدهما ما كان المقصود منه العلف كإجاره الارض المشتمله على الزرع لزرعه و هذا لا اشكال فى عدم جوازه و ثانيهما ما كان الغرض منه وعى الماشيه و هذا يمكن تصحيحه لأن المرعى عين لها منفعه و هى دخول المائيه و سعيه فيه فيستأجر لذلك و يشترط فيه انتفاع الماشيه بعلفه و هذا مراد الشهيد قدّه فلا باس به و يجرى مجرى الشرط المتعارف كما عرفت غير مرّه و منها استيجار الكرم لعينه و استيجار الشجر لفرعه و اوراقه و استيجار المملحه لملحها و ما اشبهها و هذه لا اشكال فى فسادها و لا خلاف ظاهرا و ان كانت متعارفه فى الاعصار و الأمصار خصوصا بلاد العجم و ليس لها حيله مصححه و لهذا لا تعتمد وفاقا للمعتدين على كثير ما هو المتعارف من سير الناس فى الشرعيات و قد يتصور بعض الوجوه المصححه فى بعض المعادن و لا على من يلاحظه و يراعيه فى الصيغرى و العمل الا ان الناس فى سعه من هذه الدقائق من عدم مبالاتهم بالحرام و الله الموفق للصواب و الحافظ عن استجلاب الحطام هذا كله اذا اذن الزوج لها فى الارضاع فان لم يأذن ففيه تردد كما عن ير و لو لم يمنع من حقوقه شيئا بل عن ظ و ف و ثر و اطلاق موضع من كره وعد عدم الجواز و استدل عليه فى جامع الشرائع بعد ان واقفهم على المنع مط بعدم الدليل على الصّحه و بانّ الزوج مالك لمنافعها و ربما

استدلّ بعد الاعراض عن الدليلين لضعفهما بأنّه يجب على الزّوجه ان تكون مهياه للزّوج فى كل وقت اراد الاستمتاع و هذا من حقوقه عليها فيكون مانعا من ان يتعلّق بمنافعها حقا منافيا له و الجواز اشبه عند المص و الفاضل فى محكى كره وعد و المحقّق و الشّهيد الثّانين لان المعتاد عدم استغراق الاستمتاع للأوقات كلّها بل العاده تستحيله فلا مانع عن تملكك منافعها غير الزّوج بعد ان كانت منافعها مملوكه لها غايه الامر أنّه يجب عليها اختيار غير الوقت الّذى يريد الزّوج للعمل المستاجر عليه و هذا الدليل يقتضى التّفصيل بين المنافى و غيره فصار الاقوال فى المسأله ثلاثه و بالتفصيل صرّح فى عدو فى حكم غير المنافى ما لو كان الزّوج غائبا او مريضا و ما لو كان زمان العمل معيّنا بعد بناء الاستمتاع عاده على عدم الاستيعاب كما قيل و فيه نظر بل المنافاه ح اوضح كما لو استاجرت للإرضاع فى ساعه او ساعات معينه فهذا الاستيجار مناف لحق الزّوج و لو لم يكن وقتا لاستمتاعه بحسب عادته و لم يطالبها أيضا اذا المنافى من صحّه الاجاره استحقيقه لها لا المطالبه الفعليه بقى فى المقام اشكال اورده بعض على القوم و محصّيه انّ مجرد منافاه حقّ المستاجر لحقّ الزّوج لا يقتضى فساد الاجاره كما ان منافاه بيع المديون ماله لحقّ الديان لا تقتضى فساد البيع فلا وجه لفساد الإجاره بل لا بدّ من العمل بقاعده تراحم الحقيين و التّرجيح بالاهميّه و الّا فالتخيير كما حرّزناه فى الاجير المشترك ثمّ قال المورد بان الظاهر تقديم حقّ الزّوج او يقال بانّ الاجاره تنصرف الى غير الوقت الّذى يريد الزّوج قلت فلا وجه الفساد و يمكن ان يجاب عنها بأنّ وجوب التمكين على الزّوجه و الاستعداد للاستمتاع فى كلّ ان ليس تكليفا محضا كالتكليف باداء الدّين بل هو حقّ للزّوج نظير

ص: ٢٦٠

حقّ المستاجر فى عمل الاجير الخاصّ كما تقدّم سابقا لأنّ هذا التّكليف انّما جاء بسبب العقد و كلّ تكليف يقتضيه العقد محسوب عندهم من الحقوق على ما يساعده الاستقراء فليس وجوب التّهيؤ من التّكليفات الصّيرفه حتى تكون منافعها سليمه عن المنافع قابله لتأثير الاسباب فيه كأعيان مال المديون و كأنّه يشير اليه الدّليل الثّانى على المنع مط و هو كون منافعها مملوكه للزّوج اراد ان منافعها الاخر صارت متعلّق لحقّ الزّوج باعتبار توقّف الاستمتاع على عدمها و فيه ان هذه مجرد دعوى لا يساعدها الدّليل و لا الاعتبار اذا الثّابت بعقد النّكاح استحقيقه و هذا لا يقتضى تعلّق له بسائر منافعها و لو كانت منافيه له نعم محرّمه عليها بناء على مسأله الضدّ كحرمه بيع المال على المديون و ح لزم القول بالصّححه و لو مع تعيين الزّمان و لذا أطلق الطّرفان القائلون بالجواز و القائلون بالمنع و لم يفرّقوا بين تعيين زمان الاجاره بالزّمان و عدمه اللهم ان يستند البطلان ح الى عدم القدوه على التّسليم لا الى كون العمل محرّمه كما قد يتوهّم ضروره توقّف حرّمته على مسأله الضدّ فعلى القول بعدم حرّمه الاضداد الخاصّه لا- مانع من صحّه الإجاره حتى فى الزّمان الّذى يريد الزّوج و ينهى عنه نعم هى غير قادره على تسليم العمل مع تعيين الزّمان لوجوب التمكين عليها عينا فى ذلك الزّمان الّذى عين فى ضمن العقد و مع وجوبه العيني لا يقدر شرعا على فعل ما ينافيه فيكون باطلا من هذه الجبهه لا من جهه كون متعلّقه ممّا تعلّق به حقّ الزّوج و لا من جهه حرّمه العمل و اما مع عدم تعيين الزّمان فالقدره على التّسليم شرعا أيضا حاصله سواء قلنا بتقديم حقّ الزّوج مع المعارضه او قلنا بالتخيير و عدم التّعيين اذ يكفى فى القدره على الكلى القدره على بعض الافراد فالتحقيق فى المسأله ان يقال انّ العمل الذى يتعلّق به الاجاره اما ان لا يكون من اضداد الاستمتاع و منافياته بحيث تمنع اجتماعهما فى زمان واحد كتلاوه القران و إجراء صيغه البيع و نحوهما او يكون ففى الاوّل لا- مانع من استيجارها و لا يتوقّف على اذن الزّوج و كلام المانعين يبعد شموله لذلك و ان كان مطلقا و مؤيّدا بدليلي المنع المحكيين عن جامع الشّرائع كما مرّ الّا انّ الضروره قاضيه بعدم دخول مثل هذه المنفعه فى ملك الزّوج و عدم صيرورته

متعلّقاً لحقه بعد عدم دلاله النكاح عليه بشىء من الدلالات واما الثانى ففيه تفصيل بين المقدّر بالزمان و المقدّر بالعمل فان كان الاوّل بطلت الاجاره الا باذن الزوج سابقا واولا حقا لعدم قدره على التسليم لا لكون المنافى لحق الاستمتاع متعلّقاً لحق الزوج و لا- لكونه محرّماً عليها حسبما عرفت آنفاً و يبعد دخوله فى كلام من أطلق الجواز كالمص و بعض من تأخّر عنه مع احتمال الصّححه مط حتّى فى المقدّر بالزمان بناء على عدم حرمة الضدّ لان عدم قدره على التسليم مبنى على حرمة الضدّ فعلى القول بعدمها لا- مانع من التسليم شرعا و هو الا- وجه و ان كان الثانى صحّ الاجاره حتّى مع نهى الزوج اذ المانع كما عرفت منحصر فى عدم قدره على التسليم و المفروض قدرتها عقلا و شرعا بناء على عدم حرمة الضدّ الخاصّ فما فى القواعد من التفصيل بين منافاه العمل لحق الزوج فيفسد و غيره غير ظاهر الوجه الا ان يكون مراده بالمنافى خصوص المقدّر بالزمان كما بيّناه لكن الظاهر عدم الخلاف فى فساد الاجاره فى صوره المنافاه و ان كان مقتضى القاعده الصّححه كما سبق توضيحه فى الاجير الخاصّ اذا اجر نفسه ثانياً لغير العمل الذى استوجره له اذ المسألتان من واد واحد فراجع ما حرّرهنا هناك ان استكثرت توضيح الحال ثمّ على القول بالصّححه مط

ص: ٢٤١

حتّى مع المنافاه كما هو المختار فى غير المقدّر بالزمان ان كانت المرأه مختاره فى التقديم و التأخير و لو بالشّروط فى ضمن عقد الاجاره و جب عليها التمكن للزوج و تاخير العمل المستاجر عليه متى اراد الزوج الاستمتاع و ان كانت يجب عليها المسارعه بمطالبه المستاجر وقع المزاحمه ح بين حقّه و حق الزوج و قد صرح بعضهم مرسله له ارسال المسلمات بوجوب تقديم الزوج و يشكل ذلك بعدم عليه مجرّد سبق عقد النكاح على الاجاره غير قاض بالتقديم و احتمال انصراف الاجاره الى غير الوقت الّذى يريده الزوج كما عرفت من بعض على فرض صحّته يوجب فساد الاجاره للغرر و الجهاله فما ذكره من تقديم الزوج لو اقترح بالاستمتاع فى موضع يصحّ له الإجاره أيضا غير واضح هذا كلّه اذا كانت حرّه و كان الاجاره بعد النكاح و لو كانت امه فهى أيضا كالحرّه فى اكثر ما ذكر و لها حكم اخر يأتى إن شاء الله فى مقام مناسب لها و ان كانت الإجاره قبل النكاح للإشكال و لا- خلاف لى صحّحه الاجاره و ان كانت منافيه لحق الزوج لأنّ الاجاره حين وقوعها كانت سليمه عن المانع فافادت استحقاق المستاجر للمنفعه للمستاجر عليها و النكاح الطارى لا يصلح مزيلا لها بل يفيد استحقاق الزوج للاستمتاع بها و هل يقدم يكن المستاجر على حقه ظاهرهم ذلك و يشكل فى المطلقه بل مقتضى القاعده احراز حكم تراحم الحقين أيضا فعلى القول باهميه احقّ الزوج الى المسأله السابقيه يجب القول بها هنا أيضا لان سبق الاجاره ليس سببا لتقديم حق المستاجر كما لا يكون فى ساير مقامات التراحم و هل للزوج فسخ النكاح لو كان جاهلا- بالحال لم اجد نصا فى ذلك و لا بدّ فى صحّحه الاستيجار للإرضاع من مشاهدته الصّبي او الصّبيه كما ذكره غير واحد لاختلاف الأطفال فى الصّغر و الكبر و القناعه و الحرص و غير ذلك ممّا يوجب اختلاف الاجره فيجب المحافظه عن الجهاله فى ذلك دفعا للغرر و عن الأردبيلى الاكتفاء بالوصف كما فى الراكب قلت لا ريب فى أنّ الوصف بالنسبه الى القناعه و الحرص اقوى من المشاهده بل الظاهر انها لا تفيد؟؟؟؟ اصيلا فلا بدّ من حمل الاقتصار على خصوص المشاهده فى هذه العبارة و غيرها على التمثيل فالغرض رفع الجهاله باى شىء حصل هذا اذا قلنا بعدم اغتفار الجهاله من جهتهما و للمنع فيه مجال اما لارتفاع معظم الغرر بعد معرفه الصّغر و الكبر و عدم الدليل على ارتفاع الازيد من المعظم كما مرّ اليه الاشاره غير مرّه او لأنّ اللبّ غير متموّل و مع ذلك فهو مستحق عليها من باب المقدّمه كما مرّ فلا- ضير فى الجهاله من طرفه العا ان يكون كثرته و قلته سببا لاختلاف اجره الإرضاع و فيه أيضا تاويل لأنّها انما تختلف

باختلاف كَيْفِيَةِ الارضاع من حيث الصَّيِّعوبه و السَّهوله و المشقَّه و الرَّاحه و كثره الشهر فى اللَّيْل و قلته و امثال ذلك من الثانى و
امَّا كثره اللَّبن و قلته فليس ممَّا له تاثير فى الاجره من طرف المرضعه و ان كان لهما دخل فيها من طرف المسترضع فالظاهر عدم
لزوم رفع الجهاله من حيث قله الاكل و كثرته كما ذكره بعض مشايخنا قدَّه ثم المراد بالصَّيِّع و الكبر ان كان هو كبر جثه الصَّيِّبى
و صغره فالظاهر انه ايضا ليس بلازم لعدم العبره به فى باب الارضاع و ان كان المراد هو السن فهو حسن لاختلاف الأجره
باختلاف اسنان الأطفال لكن المعرفه به لا تفيدھا المشاهده غالبا بل التوصيف هنا اكد فظهر ان الوصف لو لم يكن اقوى من
المشاهده مط فلا أقل من مساواته لها و هل يشترط ذكر الموضوع العذى ترضعه فيه قيل نعم و هو مذهب العلَّامه و من تأخر عنه
من المعظم لاختلاف الارضاع سهوله و صعوبه باختلاف

ص: ٢٤٢

المواضع اذ الارضاع فى بيت الرُّضِيع اشقَّ عليها من الارضاع فى بيتها و هكذا غيرهما من المحالَّ فيجب على المرأه المحافظه عن
الجهاله من هذه الجبهه لئلا تكون مغروره و كذا يختلف الوثاقه لمحافظه الصَّيِّبى شدَّه و ضعفا باختلافها فعلى المسترضع معرفه
الموضع لئلا يقع فى الغرر و فيه مع ذلك تردَّد للمص و قواه بعض مشايخنا قدَّه نظرا الى انه من تفاوت الاغراض لا مما يتوقف
عليه ارتفاع الجهاله و لذلك لا يعتبر التعرُّض له فى باقى الأعمال المتفاوته بالنسبه الى ذلك فلا يشترط فى الاستيجار للخياطه و
الصَّيِّب باغه معرفه موضعهما و فيه ان اختلاف الاغراض يكفى فى الغرر كما حققناه سابقا فى مسأله لزوم التَّعيين المركوب جنسا و
صنفا ذكورا و اناثا و اما مع عدم التعرُّض له فى ساير الأعمال فانما هو لعدم اختلاف الاغراض فيها فلا يدلُّ على عدم توقُّف رفع
الجهاله على معرفته مع اختلاف الاغراض مع ان كونه من اختلاف الاغراض لا من يوجب اختلاف الاجره ايضا واضح المنع كما
يظهر بالمراجعه الى المرضعات فان مداقتها فى الموضوع اكثر منها فى معرفه شخص الصَّيِّبى فلم صار معرفته معتبره و معرفه
الموضع غير معتبره و ان مات الصَّيِّبى او المرضعه بطل العقد مع تعيينهما لتعذُّر المستاجر عليه كما لو مات الراكب او المركوب و
اما مع عدم التَّعيين فلا يبطل بموت المرضعه وفاقا للمحكى عن صريح عد و مع صد و لك و ظر و الحواشى بل يخرج الأجره
من تركتها و تستاجر مرضعه مع الامكان و مع التَّعذر تسلم الى اب الصَّيِّبى و ربما احتمل انفساخ الإجاره هنا و هو قول للشافعيه
فى نظير المقام و هو ما لو تعذَّر المسلم فيه عند الاجل بناء منهم على كونه كتلف المبيع قبل التَّسليم و ان كان طاريا بعده فلا
يوجب سوى الخيار لأنَّ دليل الانفساخ و هو النَّص و الإجماع لا يأتى فى تعذُّر التَّسليم مط فللمستأجر الخيار فان فسخ رجع
بالمسمَّاه لان الزامه على الصَّيِّب الى ان توجد المرضعه ضرر عليه و لو أطلق العقد فهو ينزل على المباشره او المضمون و جهان قيل
لا- يخلو الاوَّل عن القوَّه للتبادر و فيه انه يختلف باختلاف الفاظ العقد كما لا يخفى فلا اصل يرجع اليه مع التَّشاجر بل حكمه
حكم الاختلاف فى جنس الاجره او العمل و الا- كان الوجه الثانى اولى بالقوَّه كما لا يخفى و يتفرَّع على ذلك انها لو دفعت
الصَّيِّبى الى خادماتها او امرأه اخرى لم يستحقَّ الاجره كما فى عد و محكى كره و ير و مع يع و الايضاح و مع صد فعلى ما اخترنا
لا بدَّ من ملاحظه عباره العقد فان كان لها ظهور فى المباشره كان الامر كما ذكروا و الابن على اعتبار تعيين المرضعه فان قلنا
به بطل العقد مع عدم التَّعيين و مقتضاه استحقاق اجره المثل لفساد العقد و عدم قصدها التَّبرع حتى يستحقَّ شيئا و ان قلنا بالصَّححه
استحقَّت المسمَّاه و ظاهر المص و كلَّ من أطلق بطلان العقد بموت المرضعه اعتبار تعيينها و يؤيِّده او يدلُّ عليه قوله فى عد
بعدم استحقاقها الاجره لو دفعته الى خادماتها بقول مطلق من غير تقييده بما لو غيبت المرضعه و لكن بعض من وافقه فى ذلك
يقول بعدم لزوم تعيينها و صحَّحه الاستيجار للإرضاع فى الدَّمَّه سواء كان الموجر رجلا- او امرأه فيتعيَّن ان يكون وجه عدم

استحقاقها الاجره ما زعموه من التبادر و قد عرفت ضعفه كضعف اعتبار التعيين و ان كان هو ظاهر المص و محكى ط و الوسيله و كره و يرو مع يع و كل من أطلق بطلان الاجاره بموتها و لو اختلفا فى حصول الارضاع قيل كما فى عد أيضا يقبل قولها لكونها امنيه و مقتضاه التقديم مع اليمين و لو استند الى أنه لا يعلم الا من قبلها كان اولى كما عن مع صد و الظاهر أنه المراد اذ لا معنى للأمانه

ص: ٢٤٣

هنا و هذا يجرى فى كل عمل نفى مثل العموم و الصيلاه و تلاوه القران و نحوها مما يتوقف شطرا او شرطا على التيه بل و لو لم يتوقف عليها اذا كان ممّا لا يعلم الا من قبله فان الاشهاد عليه متعسر او متعذر فلو لم يصدق لزم تعطيل الحق و للمولى اجاره امته للإرضاع كالحره لأن منافعتها ملك له و لو كانت أم ولد دون المكاتبه بقسميها لكن عن ط و ثر جواز اجاره المشروطه و يشترط فى صحه الاجاره فضل الكفايه لولدها كما عن عدّه و كره و ير و مع عد لأن السيد انما يملك فاضل مؤنه مملوكه و قيل ان الحره أيضا كك مع الانحصار و فيه نظر اذ الحره لها الامتناع من ارضاع ولدها بل يجب عليه الإنفاق اما من لبن امه او من لبن اخر و هذا لا ينافى ما ذكره من عدم الجواز لأن غرضهم ليس ازيد من الوجوب التخييري نعم لو كان ولدها حرا جاز اجارتها مط الا ان يكون من السيد فحكمه حكم ما كان الولد عبدا له كما لا يخفى و اما بطلانها بموت الصبي فهو المشهور الذى لم نجد فيه خلافا و مقتضاه الاتفاق على اعتبار تعيينه و بطلان العقد لإرضاع يبق كلى موصوف و الاظهر جواز الاستيجار مع عدم التعيين أيضا بل هو اولى من عدم تعيين المرضعه و ما مرّ من التعليل لاعتبار تعيينه و هو اختلاف الصبيان فى الصغر و الكبر و القناعه و التهمه فى غايه العله و الضعف كما تبهنها عليه و على فرض التسليم فهو اهون من اختلاف المرضعه بمراتب الا ترى جريان العرف و العاده على عدم استفسار حال الصبيان راسا عكس حال المرضعات فكيف نحكم بعدم اعتبار تعيينها و باعتبار تعيينه فالأصحّ انهما يحكم واحد منعاً و جوازا كما ان الأصحّ جوازه فيهما و لو مات ابوه هل يبطل الاجاره بينى على القولين المتقدمين فى بطلانها بموت المستاجر و قال ابن ادريس بها فى محكى السرائر اذا استاجر مرضعه امرأه لترضع ولده فمات واحد من الثلاثة أنها تبطل بموت الأب لأنه المستاجر و لا خلاف فى ان موت المستاجر يبطل الاجاره قال فى لك فى ان العبارة اشاره لطيفه الى ردّ ابن ادريس لأنه فى مسأله بطلان الاجاره بالموت قال بعدم البطلان فكيف يقول هنا أنه لا خلاف فى بطلانها بموت المستاجر و هل هو الا التناقض قلت و فيه تناقض اخر لأنه نسب القول بعدم البطلان لو لم يخلف ابو الطفل شيئا كان لها الخيار كما فى لك و قيل بشرط عدم علمها باعساره حال حياته قلت و فيه نظر لأن علمها باعساره انما يمنع من الفسخ حال حياته و اما بعد الموت مع عدم الوفاء فى التركة فلها الفسخ للضرر ثم لو قلنا بعدم الخيار لها فلا ريب فى استحقاقها الارضاع لأنّ الدين مقدّم على الارث و هو فى حكم الفسخ أيضا لما فى ملاحظه اجره المثل فلها احتساب ما تطلبه على ابيه من الارضاع و تردد عليه الزائد هذا كله اذا كان ابوه اصلا فى الاستيجار بان استاجرهما بمال فى ذمته و لو استاجرهما ولايه عن ابنه لم تبطل بموته على القول ببطلان الاجاره بموت المستاجر كما فى لك و لو كان الطفل معسرا و كان الاجره على ذمته فهنا صحّ اشتراط خيارها فى الفسخ لعدم علمها باعساره لا فيما اذا كان بدنه الأب كما لا يخفى و لو استاجر شيئا مدّه معينه لم يجب تقسيط الاجره فى متن العقد على اجزائها اى المدّه سواء كانت قصيره أقلّ من سنتين او متطاولة بقدرهما او ازيد عند علمائنا كما عن كره و نفى عنه ف فى محكى لك و لا- ينافيه قول الشيخ فى محكى ط أنه الأصحّ لأنه فى قبال الشافعيه فأنه نقل عن احد قوليهم وجوب التّقسيط اذا كانت سنتين حذرا من الاحتياج الى تقسيط الاجره على المدّه على تقدير تطرق الانفساخ بتلف العين او غيره و ذلك

ان يوجه بالجهالة و الغرر بالقياس الى ما يقابل الباقي من المدّة فالاولى ان يرد بعد التّقص بالسيّنه و ما دون و ما زاد على أقلّ من سنتين ان المعتبر هو تعيين ما يقابل المجموع لا- ما يقابل الابعاض كما فى البيع اذ لا خلاف فى جواز بيع المختلفين فى القيمة بصفته واحده مع جهاله ما يقابل كلامهما عند العقل و السرّ فيه أنّه ان لم يتبعص الصفقه فلا جهاله و على تقدير التبعض ما يقابل اليها الى المعرفه بعد ملاحظه نسبة قيمه كل واحد منهما منفرد الى الاخر و يقسط الثمن عليها بتلك النسبه و فائده تقسيط الاجره فى متن العقد هو سقوط خصوص المسمّى على تقدير التّقسيط و سقوط اجره المثل على تقدير عدمه فلو جعل فى متن العقد نصف الاجره لنصف المدّة يسقط منها النّصف لو انفسخت فى وسطها بخلاف ما لو لم يقسط كذلك فانّ الساقط اجره مثل النّصف الغايه فقد يكون أقلّ من نصف المسمّى و قد يكون اكثر و يجوز استيجار الارض لتعمل مسجدا بلا خلاف منّا و عن ابى حنيفه المنع نظرا الى أنّ الصّلاه لا تستحق بالاجاره و هذا مبنى على اصلهم من بطلان الاستيجار للتّيباه فيها و لو من الاموات خلافا للإماميه و مع ذلك فيغلطه غير واحد بأنّ المعقود عليه هنا هى الارض دون الصّلاه و فرق واضح بين الاستيجار على الصّلاه و الاستيجار لها فهو كاستيجار الثوب للانتفاع به فى الصّلاه لكن لا يثبت لها حرمة المسجد و لا شىء من احكامه كما عن كره و مع صد و لك لأنّ المسجد لا يكون ألّا وقفا و بقاء الاجاره على بقاء العين فى ملك الماجر فاطلق لفظ المسجد هنا مجازا و المراد اعدادها للصّلاه فيها و لو قيل أنّ المراد به المعنى اللّغوى كان احسن خلافا للمحكى عن الأردبيلى فاثبت لها احكام المسجد لمنع اشتراط الوقفيه فى صيروره الارض مسجدا خصوصا فيما لو استاجرت لها مدّه مديده كمائه سنه و نحوها و يؤيّده ظاهر اطلاق الاصحاب عليه اسم المسجد قلت و قد يؤيد أيضا بصدق الاسم عليه فى عرف المتشرعه فيكون مدعى الاشتراط مطالبا بالدليل نعم لو قيل باعتبار الوقفيه فى المسمّى كان الدليل على مدعى العدم لأصالة عدم ترتب احكامه عليها سواء اقيم الدليل على الاشتراط لا لأنّ الشك يرجع الى الشك فى الاسم فلا دليل على ثبوت احكامها ما لم يثبت الحقيقه و ربّما ادعى على اشتراط الوقفيه اجماع الاصحاب فى باب الصّلاه و فيه تأميل فالمسأله غير صافيه عن كدوره الخفا و يجوز استيجار الدرهم و الدنانير بان حقيقتهما منفعتهم حكيمه مع بقاء عينهما كما عن ط و كره و يرود و لف و الحواشى و مع صد و ض و لك و مجمع البرهان و س و اشتراط تعيين جهه الانتفاع و الا بطلت الاجاره و كان قرضا و نحوه عن ط و عن ثر بعد نقل ذلك و لو قلنا أنّه تصحّ سواء عين جهه الانتفاع او لم يعين كان قويا و لا يكون قرضا الى ان قال و الّذى يقوى فى نفسى بعد هذا جميعه أنّ ما لا- يجوز اجارتهما و هو صريح فى المنع و لا ينافيه قوله كان قويا كما توهم لأنّه اراد به التّسويه بين تعيين الجهه و عدمه ردا على ط و ف و فى عد كما عن الايضاح ان اشكال و التامل و هو الّذى استشعره فى لك عن المص لتعليقه الجواز على تحقيق المنفعه مع أنّها مشهوره فما ذاك ألّا ليشك فى الاكتفاء بها و هذا الاحتمال يتطرق فى كلام كثير ممّن عزى اليه القول بالجواز حتّى الأردبيلى الّذى ادعى القطع بالجواز لأنّهم أيضا علقوه وجود منفعه مقصوده و قيل أنّ الغرض من التّعليق احراز المنفعه و أنّه يجوز اذا تحقق و لا- مط دون ما استشعر صا و لك و مثله ما قيل أنّه الاحتراز من استيجارهما من غير غرض من الاغراض لكونه سفها باطلا من جهه السفاهه فلو احتاج الى زينه او نثار او نحوهما

من فوائدهما التي منها الضرب عن سكتتهما او الوزن لهما كما في لك جاز الاستيجار و الما فلا و يشكل ذلك بان صحه الاستيجار دائما متوقف على ان يكون للعين منفعه معدوده من الاموال عرفا سواء كان المستاجر محتاجا الى تلك المنفعه أم لا و الا لزم بطلان اجاره الدار اذا لم يكن المستاجر محتاجا الى الجلوس فيها حتى كان للعين منفعه مائيه جاز اجارتها و لا ينظر حال المستاجر ثم ان بعض من حمل التعليق على ما ذكر لم يقنع بذلك حتى نزل وجه نظر العلّامه في عد على ذلك حيث قال و معناه انا لا نعلم ان هذه المنافع مقصوده للمستاجر حتى يكون الاجاره صحيحه او انه استاجرها عبثا فيكون باطلا للسعيه و انت خير بما فيه اما اولا فلما عرفت من دوران صحه الاجاره مدار كون العين مّا لها منفعه عرفا سواء قصدها المستاجر أم لا و اما ثانيا فلانه لا- معنى لتردد الفقيه في المسأله من جهه اختلاف المستاجر في مراعاة غرض من الاغراض الصّحيحه و تحصيل فائده من الفوائد المترتبه على العين و عدم مراعاتها بل معناه ما اشار اليه ابن ادريس القائل بالمنع و صرح به في محكي كره و لك و مع صد و هو التأمل في كون الامور المذكوره منفعه متقومه عند العرف فمن قال بجواز اجارتها ادعى انها منافع مختلفه يبذل في مقابلها المال في العرف و من قال بالعدم منع ذلك كما عن السرائر حيث استدلل على المنع بعد العبارة المحكيه آنفا بأنهما في العرف لا منفعه فيهما الا باذباب اعيانهما و بأنه لا خلاف في أنّهما لا يصح وقفهما و لو صحّت اجارتها صح وقفهما فمبنى المسأله تحقيق أنّ هذه الفوائد تعد منافع مائيه صالحه للاستيجار لها أم لا و يأتي هذا المبنى في كثير من الفروع التي ذكرها في عدو غيرها كاستيجار الرّيحان او او التفاحه للشّم و استيجار الطّعام لترنين الجنس و استيجار الشّجر للاستظلال باغصانه و استيجار الحائط المزرق للتزّه بالنظر اليه ثم قال و اما استيجار الشّجر ليحفظ عليه الثياب او يبسطها عليه ليستظل بها فالوجه الجواز و ذهب ثله ممّن عاصرناه من المشايخ منهم شيخنا الاستاد قدّه على ما عزي اليه اليه انه متى كان للعين منفعه عقلائيّه صحّ الاستيجار لها سواء كانت متقومه عند العرف أم لا و هذا هو الأصحّ للعمومات و خصوص ادله الاجاره و دعوى أنّ المنفعه اذا لم تكن متقومه عند العرف فكيف يقابل بالمال لأنّ المال لا يقابل الا بالمال و اضحه الاندفاع لما فيها من المنع صغرى و كبرى لأنّنا لا- نسلم توقّف ماليه المنفعه على كونها مالا- عند العرف بل على كونها مّا يبذل في مقابلها المال و المفروض ان الحاجه قد مست الى بذل المستاجر مالا في مقابلها و هذا المقدار يكفي في صحه المعارضه و ان اريد انه لا بدّ في صحتها كون العوضين ما لا قبل العقد ففيه المنع و الا بطل استيجار الحر ثم لو سلّمنا عدم كونها مالا فلا دليل على أنّ المال لا يبذل الا في مقابل المال بل الدليل على خلافه كعوض البضع و الخلع و مّا ذكرنا ظهر فساد الدليل الاوّل على الفساد و هو انه لا منفعه فيهما الا باذباب عينهما لأنه ان اريد انه لا منفعه لهما راسا فهو خلاف المفروض اذ الكلام فيما لو استاجر لمنفعه من المنافع كالترتين و ان اريد أنّها فائده من الفوائد و ليست من المنافع الكافيه في الاجاره عزي عن الشّاهد في قبال الادله و يشبه بالمصادره اذ الفائده و المنفعه واحده فمتى كان للعين فائده يبذل في مقابلها المال احيانا صحّ الاستيجار لها في ذلك الحين و لا نعني بالمنفعه الا هذا كما عرفت و امّا الوجه الثّاني و هو القياس بالوقف فاجيب عنه يمنع الحكم في المقيس عليه اولا لعدم الدليل على عدم جواز وقفهما للترتين و نحوه من الفوائد العظيمه و بعدم الملازمه

ص: ٢٦٦

ثانيا اذ لا- يسلم أنّ كل ما لا يجوز وقفه لا يجوز اجارته اذ الحر و أمّ الولد لا يجوز وقفهما مع جواز اجارتها فالكليه منتفضه و فيه نظر لانّ الاستيجار لا يستدعى سوى كون العين ذات منفعه و هذا ملازم لجواز الوقف في الاعيان القابله للنقل و التملك و عدم جواز وقف الحرّ و أمّ الولد أنّما هو لعدم قبولهما للنقل بناء على ما هو الحق المحقّق في محلّه من كون الوقف تملكيا و

كون الموقوف ملكا للموقوف عليهم فالاولى الاقتصار على الجواب الاول و هو منع الحكم فى المقيس عليه و اما ما استشهد به فى عد على عدم الجواز من ان هذه الفوائد لا تضمن بالغصب و هذا يكشف عن عدم تمويلها عرفا ففيه منع الملازمه كما فى منافع الحر فانها لا تضمن بالفوات تحت يد الغاصب مع جواز استيجاره و ستعرف سر ذلك و ان مناط الضمان بالغصب فى المنافع غير مناط المعاوضه عليها بقى الكلام فى امور ينبغى التنبيه عليها الاول انهم صرحوا فى باب البيع بعدم جواز بيع الاعيان التى لها منافع نادر كالحشرات و الكسافات نظرا الى عدم ماليتها فان مالىة العين انما هى باعتبار المنفعة و المنفعة النادره كالمعدومه و العين التى لا-منفعه لها اصلا ليست بمال قطاعا فلا يجوز بيعها فكيف قلتم بجواز الاستيجار للمنفعة النادره و اجيب بان المنفعة النادره و ان لم تكف فى مالىة العين لكنها مال فى نفسها و ان كانت نادره و لا ملازمه بين ماليتها فقد تكون العين مالا- و ليس لها منفعه تبذل فى مقابلها مال كبعض الجواهر و قد ينعكس كما فى منافع الحر فانها مال و ان يكن عين الحر مالا فاذا كانت منفعه العين نادره خرجت العين عن الاموال التى يدخلها البيع و نحوه و ان كانت هى بنفسها مالا و كونها نادره نظير كون العين التى لها منافع كثيره نادره اذ المنفعه فى الاجاره كالعين فى البيع و ليست صحه المعاوضه و فسادها فى احدهما تابعين لهما فى الاخر و فيه ان المراد بندره المنفعه ندره بذل القيمه بازائها لا ندره وجودها كشم و ريحانه او تفاحه فان كان بذل القيمه احيانا يكفى فى مالىة الشىء كفى فى المقامين و الا فلا و لذا اكتفى بعض من قال بصحة الاجاره للمنفعة النادره اذا احتج اليها قال بصحة البيع عند الحاجة الى العين التى لها منفعه نادره و هذا هو الاصح فان قلنا ان صحة الاستيجار يتوقف على ان يكون المنفعه مالا يبذل فى مقابلها المال غالبا بان تكون المعاوضه عليها من المكاسب العاديه و لا يكفى فى ذلك بذل بعض الناس بازائها اجره احيانا لمسيس الحاجة قلنا به فى البيع أيضا فلا يكفى كون العين مالا يبذل فى ازائها المال لأجل منفعه نادره و الا كفى فى الموضوعين لكن قد عرفت ان الملحظ الوجيه يساعد الثانى اذ لا معنى لمالىة الشىء الا كونه بحيث يبذل فى مقابله المال و اما كون ذلك متعارفا بين الناس قبل البذل فلا و ان شئت قلت ان المالىة على قسمين مالىة جعليه لتحقق باقتراح من يبذل فى مقابله مالا لحاجه عقلاييه و مالىة فجعله متحققه متعارفه بين الناس قبل اقتراح المقترح و صحه المعامله يبيعا او اجاره او نحوه انما تتوقف على احدهما من غير فرق نعم فرق بينهما فى الضمان فان الاول لا يضمن بخلاف الثانى كما ستعرف الثانى ان مقتضى قواعدهم التلازم بين ضمان الغاصب و جواز المعاوضه عينا و منفعه فكل عين او منفعه يجوز المعاوضه عليها تكون مضمونه على الغاصب و قد صرحوا بذلك فى باب الغصب و لانزم ذلك ان يكون غاصب الدرهم و الدينار ضمانا لمنفعتهما الفرضيه المصححه للاجاره على القول به قال فى محكى ط كل عين لها منفعه تستاجر بتلك المنفعه فان منفعتنا بالاتلاف تحت اليد العاديه اذا بقيت فى يده مدّه اجره حتى لو غصب كتابا و امسكه

ص: ٢٦٧

مدّه بطالعه او لم يطالعه يلزمه اجرته و عن ف و ظاهر ير الاجماع على ان المنافع بالغصب مثل منافع الدار و الدابه و الكتاب لكن عن شيخنا الاستاد قدّه فى بعض تحقيقاته عدم الضمان فى مثل الثوب اذا لم يلبسه لأن الثوب للبس ليس ممّا له اجره عاده نعم اذا لبسه ضمن اجره اللبس لكنها بازاء اختلاف نفس الثوب و ذهاب عينه و نقص قيمته لا بازاء اللبس و هذا هو الاصح لعدم الدليل على الملازمه كما لا- يخفى بل المتبع فى كل من الامرين هو الدليل و مقتضاه التفصيل فى الضمان بين المنافع التى اعدت العين للاستيجار لها فيضمن و بين ما عداها فلا لان الضمان عباره عن الالتزام بالبدل فاذا كانت المنفعه ممّا لم تجر العاده على بذل العاده بازائها لم يكن لها بدل فيستحيل ضمانها مع ان فى ضمان المنافع الفائته مط اشكالا معروفا مذكورا فى محلّه

نظرا الى عدم دخولها تحت اليد و عدم كونها اموالا- فعليّه و لذا لا- تضمن منافع الحرّ و امّا الاستيجار فينبى على القولين المذكورين فان اكتفينا فى صحته بالمنفعه النّادره الغير المعتاده صحّ و الّا فلا و لازم ما ذكرنا عدم الضمان فى صوره الاستيفاء أيضا مع عدم نقصان العين فلا- شىء فى لبس الثوب المغصوب أيضا اذا لم يكن سببا لاختلافه و نقصان قيمته و لا صيرفى الالتزام به و ما سمعت من الإجماعات ظاهرها القسم الاوّل اعنى الاعيان التى كان لمنافعها اجره عاده و لا ينافيه التمثيل بالكتب لاحتمال كونها كك فى عصر العلامه و مصره و كذا الحال فى الثوب مع احتمال كون التمثيل به من الناقل لا جزءا من الإجماع المنقول فليراجع الى دوائر استيضاحا للحال و قد يتوهم او توهم أنّ المنافع النّادره نظير منافع الحر فى عدم ضمانها بالفوات تحت اليد لعدم كونها اموالا- فعليّه مع صحّ الاستيجار لها اجماعا و فيه أنّ منافع الحر ممّا جرت العاده على مقابلتها بالمال بخلاف المنفعه النّادره المبحوث عنها فإنها مما لم يستقر لها الاجره و لذلك لا تضمن بالفوات و لا بالاستيفاء على ما هو الحقّ فان قلت مقتضى كون منافع الحر اموالا فعليّه ضمانها بالفوات تحت اليد أيضا مع أنّه ليس كك قلنا التحقيق أنّ عدم ضمان منافع الحرّ مستند الى عدم سبب الضمان لانحصار سببه فى اليد و الإتلاف و معلوم أنّ اتلاف المنفعه لا يكون الّا بالاستيفاء فلا سبب لضمان المنفعه الفائته مط حتى فى مثل الدار و الدّابة و العبد من الأعيان المملوكه الّا اليد و حيث كان استقرار اليد على المنفعه تبعا لاستقراره على العين افترق العبد و الحرّ فى ذلك فصار فوت منفعه العبد تحت اليد سببا للضمان دون الحرّ لعدم دخوله تحت اليد و العمده فى الفرق هو الاجماع لإمكان ان يقال ان الدّخول تحت اليد امر عرفى لا شرعى و لا فرق فى العرف بين الاستيلاء من الحرّ و العبد و تمام الكلام موكول الى باب الغصب و كيف كان فى المسأله انحسم الاشكال و ظهر وجه عدم ضمان المنافع النّادره مع الاستيفاء و عدمه و ان لم ينحسم فيما اتفقوا عليه من عدم ضمان منفعه الحر الفائته الثالث ان استوجرت للمنفعه النّادره التى قلنا بعدم ضمانها ثم تلفت العين حتى فأت المنفعه فى ضمانها ح اشكال من الذى ذكرنا اعنى عدم كونها مالا فى العرف و العاده و من صيرورتها مالا بعد الاستيجار كمنفعه الحر الفائته فإنها بعد الاستيجار تضمن و ان لم تضمن قبله و الأقرب بمذاق القوم و الأشبه بقواعدهم هو الأخير الّا ان الاظهر هو الاوّل كما عزي الى شيخنا قدّه لما ذكرنا و مجرد صيرورتها مقابله بالمال لا يصيرها مالا كالبضع و الطلاق و ضمان منفعه الحرّ المستاجر لا يرد نقضا لان منفعته تصير مالا فعلا بعد وجوده فى الخارج لكونها متقومه عند العرف و المعاوضه

ص: ٢٤٨

عليها فى حكم وجودها عرفا نظير الحقّ الذى يحدث لواضع الشبكه فاذا غصبه الغاصب و حبسه و فأت المنفعه فقد اتلف و مات على المستاجر مالا- فعليا فيضمن له بخلافها قبل الاستيجار فإنها و ان كانت مقبوضه لكنّها غير موجوده و لا فى حكم الموجوده فلا- يكون فوتها اتلafa على الحر شيئا لأنّ الاتلاف اعدام للموجود حقيقه او حكما و اما المنع عن الوجود فهو و ان كان ظلما لكنّه ليس تفويتا و اتلafa على الحر و فرق بين الضّرر و بين عدم المنفعه و الحبس بعد الاستيجار اضرار على المستاجر و قبله عدم المنفعه فى حق الحر فافهم و الحاصل ان التامل الصّادق قاض بان المنافع النّادره التى لم تضرّ فى العرف و العاده لها اجره لا تضمن بالفوات تحت اليد و لا بالتفويت مط سواء استوجرت العين لأجلها أم لا لو لم يكن اجماع و هذا ما وعدناك من عدم التلازم بين ضمان المنفعه لغصب و بين جواز الاستيجار لها خلافا فالظاهر العلامه كما يأتى الرّابع قال فى عد الثالث ان تكون متقومه فلو استاجر تفاحه للشّم او طعاما لتربيين المجلس او الدّراهم و الدّنانير او الشمع لذلك او الاستيجار للوقوف فى ظلّها فى الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب و كذا لو استاجر حائطا للتزّه بالنظر اليه

أما لو استاجر شجرا ليحفف عليه الثياب و يبسطها عليه ليستظل بها فالوجه الجواز انتهى قلت قد يورد عليه اشكالات الأول أنه فرض الاستيجار لهذه المنافع فما معنى قوله من انتفاء قصد هذه المنافع قيل ان مراده أنه لو استاجر هذه الأعيان احد ففي الحكم بصحة استيجاره اشكال ينشأ من عدم احراز ما قصد المستاجر هذه المنافع من الأشجار يخرج الاجاره عن كونها معامله سفيته و معناه أنه لا اشكال لو علم بقصده و انت خبير بفساده كما عرفت سابقا من ان كلامه في الشبهات الحكميه و هذه شبهه موضوعيه مع ان اصل الاشكال ح مميا لا- ينبغي من متفقه لان العين متى كان لها منفعة قابله للاستيجار لها و استوجرت فلا محيص من الحمل على الصيحه ثم هذا المعنى كيف يناسب التعليل بقوله و لذا لا تضمن بالغصب فالظاهر ان المراد بالغصب قصد الناس في العرف و العاده فيرجع مفاد الأشكال الى ما ذكره غير واحد من ان المنفعة النادره التي لا قيمه لها عرفا لا تكفي في الاجاره على اشكال و هذا هو المناسب للتعليل و ان كان الاحسن غير هذا التعبير كما عرفت عن مع صد و غيره الثاني ان ظاهره في كره كما مر آنفا الإجماع على ان كل منفعة تستاجر العين لها مضمونه بالغصب و هذه العبارة تدل على التفكيك المخالف للإجماع بزعمه و يمكن دفعه بما مر من حمل المنفعة في عبارة كره على ما تستاجر لها في العرف و العاده لا كل ما تستاجر لها و لو كان الاستيجار نادرا و الثالث ان انتفاء القصد و عدم الضمان بالغصب لا يصلح منشأ للإشكال لأنه قاض بالفساد دون الاشكال فكان عليه بيان منشأ الصيحه و هذا هو الباعث بتفسير العبارة بما ذكره البعض بما ذكره البعض كما مر و مر فساد و لا حاسم لهذا الاشكال الا احيار الذي سلكناه في المقام و هو التفكيك بين الضمان و الاجاره فنقول ان هذه المنافع غير متقومه عرفا و ليس لها اجره المثل لعدم استقرار العادات على بذل الاموال بازائها حتى تكون لها قيمه عرفيه و لهذا لا تضمن بالغصب كما اتضح آنفا لكن الا استيجارها صحيح اذ يكفي في صحه كونها اغراضا عقلاييه صالحه لبذل العقلاء اموالهم بازائها و توهم ان منشأ الاشكال هو التأمل في الصغرى اعنى كونها متقومه أم لا مناف لصريح التعليل كما لا يخفى الرابع انا لا نجد فرقا في المقام

ص: ٢٦٩

بين استيجار الشجر لتخفيف الثياب او وضعها عليه و بين استيجار الاعيان المشار اليها للمنافع المذكوره بل لا فرق بينه و بين استيجاره للاستظلال باوراقه مضمونه فانه ان اكتفى في جوازه يكون المنفعه متعلقا بها اغراض العقلاء لزمه القول بالصيحه في الكل و ان اعتبر فيه كونها متقومه بان كانت الاستيجار لها امرا متعارفا كما هو المعزى الى الجماعه المتقدم ذكرهم لزمه القول بالفساد كك اذ العاده لم تجر على استيجار الشجر لنشر الثياب عليه كما لم تجر على استيجاره للاستظلال باوراقه اللهم الا ان يكون عاده زمانه على ذلك في الاول دون الثاني و هو كما ترى

[ما المراد بندره المنفعه]

بقي شىء و هو ان المراد بندره المنفعه في المقام كما مر فيه بعض الكلام هو عدم تعارف بذل الاجره في مقابلها و عدم شيوعه بين الناس لا ندره وجودها بمعنى ندره انتفاع الناس بها و لذا جعلوا لشم الزيحان من المنافع النادره و تكلموا في صحه الاستيجار لأجلها و كذا الاستظلال بالشجره و الثمره بالنظر الى حائط او كاغد ممزق مع انهما من المنافع الشائعه المتعارفه وجودا بين الناس فاعلم أنه يمكن اللاحاق بندرتها بالمعنى المذكور عدم اعداد العين للاجاره و ان كان نوعها منفعه متقومه عرفا كالخيل التي يتخذها السلاطين و الامراء و الاعاظم لركوبهم فانها غير معدّه للاستيجار و ان كانت قابله له حملا و ركوبا الا ان فائدتها العظمى هي التجلل و التجمل فلو غصبت و حبست امكن القول بعدم ضمان الغاصب منفعه الفائته كما قلنا و في حبس الكتاب و ان كان

الجمود على ظواهر كلماتهم ربما يقضى بالإجماع على خلافه لكن بعد التأمل في مدرك الضمان في المسألتين و ظهور اتحاد طريقهما يهون امر الإجماع المستظهر من الظواهر لأنّ ضمان المنفعة الفائته ان كان منوطا بكون المنفعة قابله للمقابل بالمال لزم القول بضمنان منفعة الدرهم و الدينار و نحوهما من المنافع المذكور أيضا بناء على جواز استيجارهما للترتين و نحوه و ان كان منوطا بكونها مالا- فعليًا فهو يتوقف على اكون شخص العين المغصوبه معده لاكتساب المال بمنفعتها الفائته و لا يكفي اعداد نوعها لذلك و ممّا ذكرنا ظهر أنّ غضب الساعه أيضا لا يوجب شيئًا على الغاصب سوى ردّ العين و ان كان منفعتها و هي معرفه الاوقات جليله اذا لم يجر العاده باستيجارها لها كما في هذه الاعصار و الامصار و الخامس ذكر في عد فروعًا كثيره مربوطه بالمقام و نحن نتعرض اثنين منها لغموضهما و اضطراب كلماتهم في رفع الشبهات الكائنه فيهما قال قده و لو اجر نفسه للصلوات الواجبه عليه فأنها لا تقع عن المستاجر هل يقع عن الاجير الاقوى العدم انتهى كلامه رفع الله مقامه و مراده بالصلاه الواجبه عليه ما كان وجوبها كفايًا و ان كان الفساد فيما كان واجبا عليه عينا اوضح للإجماع و في مفتاح الكرامه عن مع عد في شرح العبارة ما هذا لفظه لو اجر نفسه للصلاه الواجبه على الاجير لم يصحّ الاجاره قطعًا لعدم امكان ترتب احكام الاجاره عليه لأنه لا يمكن فيه الابراء و الإقاله و التاجيل و لا يقدر الأجير على التسليم و لا تسلط للمستأجر على الاجير في ايجاد و لا عدم و ان المملوك المستحق لا يملك مرّه ثانيه و لا يستحقّ له لأنه يشبه ان يكون من باب تحصيل الحاصل و من باب اجتماع لواحد انتهى قلت لا يخفى ضعف هذه الوجوه الأ بعضها و بعد صدورها عن مصدر التحقيق دعاني الى مراجعه مع عد في المقام فلم اجدها فيها و قال في نسختين منها في شرح العبارة ما لفظه اي لو اجر من وجب عليه صلاه نفسه لغيره ليصلّى الصلاه الواجبه على الاجير حيث أنّه صلاها عن نفسه الاقوى عند المص العدم و وجه القوه أنّه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه

ص: ٢٧٠

بالاصاله بل بالاجاره ليأخذ العوض في مقابلها فلا- يكون مطابقا لما في ذمته لان الذمى في ذمته هي الواجبه عليه بالأصاله و لمنافاته الاخلاص ح لان العبارة مفعوله لغايه حصول الاجره و الاخلاص أنّما يتحقق بقصد القره خاصه لقوله تعالى و ما أمروا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ و يحتمل الصّححه لأنّ ذلك باعث و عله في حصول الداعي كالأمر بالصلاه و غيرها ممّن يطاع كما في الاستيجار للصلاه عن الميت و الحجّ و غيرهما من العبادات و يجاب بأنّ الباعث متى كان غايه اقتضى الفساد اذا نافي الاخلاص و الصلاه و نحوها في الاستيجار عن الميت و الحيّ متى لوحظ فيها فعلها لحصول الاجره أيضا اقتضى الفساد و ليس من لوازم حصول الاجره بالفعل قصدتها عنده او يقال أنّ هذه خرجت بالإجماع و كيف كان فعدم الصّححه اظهر انتهى كلامه قده و الغرض من نقله التنبيه على عدم مطابقه النقل للمنقول محافظه لترجيح على الاثر مهما امكن نعم نقل عن الشيخ الافقه كاشف الغطاء في شرح عد جميع الوجوه المذكوره لفساد الاجاره ثم التحقيق في الفرع المذكور فساد الاجاره في العيني للإجماع و لعدم وصول المنفعه الى المستاجر و اما في الكفائي فهو مبني على احد امرين اما عدم جواز اخذ الاجره على الواجبات مط حتّى الكفائي و التخييري او منافاه اخذها للإخلاص المعبر في الصلاه و للكلام في كلّ منهما مقام قد زل فيه الأقدام فليراجع الى كتاب المتاجر او باب القضاء في مسأله جواز اخذ الاجر عليه من شاء و اما فساد الصلاه و عدم احتسابها من الفاعل الموجر فالذمى يقتضيه النظر خلافه اذا فرض تحقق الاخلاص المعبر فيها فليس الأقرب العدم لأن فساد الاجاره لا يقتضى فساد الصلاه لو لم يقتضى الصّححه بل المفسد فقدان الاخلاص من الاجاره او فسدت و ربما يكون العلم بالفساد مانعا عن صيروره اخذ الاجره داعيا الى فعلها و سببا لتمحض الداعي في القره فهي مع الفساد اقرب بالاخلاص منها مع الصّححه فظهر فساد الوجه الثاني الذي

استدلّ به المحقّق على فسادها و أنّها الوجه الاوّل فهو اوضح فسادا اذ ليس في ذمّه الفاعل الاّ صلاه واحده و المفروض وقوع الاستيجار لأجلها لا على الصّلاه الواجبه على المستاجر فما معنى قوله فلا يكون مطابقا لما في ذمته لان الذي في ذمته هي التي وجبت عليه بالاصاله و ان اراد ان عليه بعد صيرورته اجيرا صلاتين إحداهما ما هي واجبه عليه بالاصاله و ثانيتهما ما هي واجبه عليه الاجاره ففيه ان المفروض تعلق الاجاره بالصّلاه التي كانت واجبه عليه بالاصاله فليس هناك الاّ صلاه واحده تعلق بها امران بالذّات و بالعرض و ما ذكرنا أنّما يناسب لو صار اجيرا للصلاه الواجبه على المستاجر فاذا فرض الإخلاص فالمانع عن صحه الصّلاه و احتسابها عن نفسه و صيرورتها سببا لسقوطها عن الكلّ حسبما يقتضيه كونها كفائيه اللّهمّ الاّ يقال ان الصلاه الواجبه عليه بعد تعلق الاجاره بها تصير ذات جهتين كالمنذوره فاذا قصدتها من حيث العنوان الطارى الفرضى لم تكن مجزيه عن نفسه نظرا الى عدم كونها مقصوده من الجهه المامور بها و هو حسن لكن فيه انه اذا فرض قصد العنوان الاوّل الذّاتى و فرض الإخلاص أيضا لزم القول بصحّتها فلا وجه للحكم بفسادها مص ثمّ الفرق الذى ابداه بين المقام و بين الصلاه عن الميّت و الحج عن الحيّ و الميّت بالاجاره ما نفع شيئا لان الوجه الأوّل غير مفيد و ان كان صحيحا لجريانه في محلّ البحث حرفا بحرف حسبما بيناه آنفا و محصّيه ان الإخلاص ليس ممتنع الحصول مع الاجاره فلو ان الفاعل اخلص قصده لله تعالى في الصّلاه المستاجر عليها و لم يلحظ فيها ما استحقّه من الاجره و لو كان مستحقا

ص: ٢٧١

له في الواقع او بزعمه لم يكن مانع عن صحّتها و قد اعترف به حيث قال و ليس من لوازم حصول الاجره اه فأنّه مشترك الورود بين الموضوعين و اما الوجه الثّانى فهو غير سديد و ان كان مفيد الان صحّه الصلاه و الحج بالاجاره عن الحيّ و الميّت ليست على خلاف القاعده ثابتة بالإجماع بل الاجماع على فساد القول بخروجها بالإجماع اذ المتعلّق به الزام بصحّتها بدون الاخلاص و هو مخالف للإجماع و الصّوروه كما يتّضح فى الفرع الثّانى قال قده بعد الفرع المذكور و لو استاجر ولى الميّت عنه لصلاته الفائته و جب الاتيان بها على التّرتيب فى الفوات فان استاجر اجيرين كلّ واحد منهما على سنه جاز لكن بشرط التّرتيب بين فعليهما فان اوقعاه دفعه فان علم كل منهما بفعل الاخر و جب على كلّ منهما قضاء نصف سنه و ان جهلا فكك و فى ضمان الولى اشكال انتهى كلامه رفع مقامه تضمن كلامه الشّريف و الفرع اللّطيف الذى لا يدركه الابصار الا بغايه ربانيه فائضه من محاسن الأقدار بالمطابقه و الالتزام

امور

الأوّل جواز الاستيجار للصلاه عن الاموات

و هذا هو المشهور بين الاصحاب و يظهر من المحكى عن الذكرى مخالفة بعض اهل الخلاف و عن المحقّق السيّبزوارى و العزّيف الكاشانى فى تيح من اصحابنا المنع أيضا و هو الذى صرّح الفاضل الدّيلمج فى حاشيه الرّوضه عند قول الشّهيد و منها صلاه النّيايه باجاره عن الميّت تبرّعا او بوصيه النافذه قال ما لفظه استدل عليها ابن طاوس فى البشرى باخبار نقلها فى كرى و اضاف اليها روايات اخر ليس فيها التّصريح بجواز فعل الاجنبى و الاستيجار بل وردت على وجه الاطلاق مع أنّ بعضها مقّيده بالولىّ و الموافق للأصول حمل المطلق منها لو اريد ما فاته الميّت على المقّيّد و ايجابه على الولىّ و المص بعد نقل الرّوايات قال

هذه المسأله اعنى الاستيجار على فعل المطلق الواجبه بعد الوفاء مبنيه على مقدمتين إحداهما جواز الصلاه للميت و هذه اجماعيه و الاخبار الصيحيه ناطقه بها كما تلوناه و الثانيه كلما جازت الصلاه عن الميت جاز الاستيجار عنه و هذه المقدمه داخله فى عموم الاستيجار على الأعمال المباحه التى يمكن ان يقع للمستأجر عنه و لا- يخالف فيها احد من الإماميه و لا- غيرهم لأن المخالف من العامه أنما منع لزعمه أنه لا- يمكن وقوعها للمستأجر عنه أميا من يقول بإمكان وقوعها له و هم جميع الإماميه فلا يمكنه القول بمنع الاستيجار إلا ان يخرق الإجماع فى احدى المقدمتين انتهى قال المحشى بعد نقل ذلك لا يخفى ان ما ذكره من الاجماع على جواز الصلاه عن الميت ان اراد به ما يفعل الولي فمسلم بل تجب عليه ان كان ممافاته و ان اراد غيره فلا الأ مع التبرع تطوعا و ما قال من دخولها فى عموم الاستيجار على الاعمال المباحه التى يمكن وقوعها للمستأجر عنه فامكانها ممنوع مع ان الإباحه فى العبادات غير متصوره بل أنما هى راجحه الفعل و لا سيما مع توجه التكليف بها فى حياته و الى الولي بعد مماته و يكون ح نيابه و هى ممتنع كما صرحوا به و منه يعلم حال الاجماع بل المفهوم من الروايات التبرع على وجه التطوع و بعضهم جوزوا الاجاره فيه كالأجير فى الذبح و هو فى محل النظر أيضا نعم كل راجح اذا خوطب به مع الأذن فى الاستنايه يمكن الاجره فيه اذا لم يجد التبرع لكن المخاطب هنا ليس هو الميت حتى يجوز الاستنايه للعدر و التبرع عند التحقيق لا- يرد على وجه الخطاب و أنما هو كالإهداء اليه كما لا- يخفى على من تأمل فى تلك الروايات فالقول بالاستيجار مط لا يخلو عن ضعف و العمل بالوصيه أنما يتصور فى المشروع مشروعيه الاستيجار ممنوعه كما علمت انتهى كلامه رفع مقامه قلت اما منعه الاجماع فله ذلك و هو اعرف بما منع و اما منع امكان وقوع الصلاه للمستأجر عنه فلم يذكر سنده مع خفائه بعد تسليم جواز التبرع بها عن

ص: ٢٧٢

الميت ضروره وضوح الملازمه بين للأمرين ح و لعله حوله على ما زعمه فى اخر الحاشيه من ان حقيقه التبرع هى الاهداء الثواب للصلاه الى الميت و هى غير الوقوع عنه حتى يكون من الاعمال القابله للإجاره و تحقيق ذلك ان الأعمال الحسنه يمكن اهداء ثوابها للأموات على ما يستفاد من الروايات سواء كانت من الواجبات على العامل او من المستحبات هذا غير ايجاد ما فى ذمه الميت من العمل و المقص بالاجاره حصول ذلك و اما اهداء الثواب فهو غير مقصود و لو قصد فالاستيجار له غير صحيح لعدم كونه عملا قابلا- للمقابله بمال و أما جاز ان يكون ثمن للمبيع أيضا هذا فوق ما يمكن ان يقال فى توجيه ما قال من منع امكان وقوع الصلاه للميت المستأجر عنه و يضعف بان التبرع بها تفرغ لذمه الميت عنها مجانا و هو الذى ادعى الشهيد عليه اجماع الاماميه و نطقت به الأخبار المستفيضه و لازمه جواز مقابله ذلك التفرغ بالمال باجاره و نحوها من المعاوذات و لا يتوقف على توجه الخطاب الى الحي بل مجرد اشتغال الذمه من الميت بها مع امكان تفرغها كاف فى جواز اخذ الاجره عليه نعم مقتضى اشتراط المباشره بالصلاه عدم حصول التفرغ بفعل التبرع و تكليف الولي بها بمجرد لا يدل على التفرغ لجواز كونه تكليفا ابتدائيا مناقضا مع بقاء الميت على اشتغال ذمته و ثبوت ما عليه من العقاب او فوت الثواب بحاله لكن بعد ما ثبت بحكم التعديده الاجماعيه امكان خلوصه عن ذلك بفعل المتبرع فممنوع امكان وقوعها منه ممّا لا نفهمه فان كان لا بد من الأشكال فليورد ما ذكره غير واحد من الاعلام منهم المحقق الثانى فى كلامه المتقدم فى الفرع السابق و هو منافاه اخذ الأجره للإخلاص المعبر فى العباده فافترق الاستيجار عن التبرع لذلك و لهم فى حله الأول التمسك بالإجماع بعد الاعتراف بالأشكال المذكور حسب ما عرفت و هو صريح مع صدق فى كلامه المتقدم و سبقه اليه الفخر قدده فى محكى الايضاح حيث قال ان الإجماع فرق بين هذه الصوره يعنى استيجار الفساد للصلاه الواجبه عليه و بين استيجاره للصلاه عن الميت و وافقهم فى ذلك المحقق القمى قدده فى

محكى جواب مسائله حيث قال ان الاعتماد فى صحه الاستيجار للعباده على الاجماع المنقوله دون ما ذكره الشهيد فى كرى من الاستدلال عليه بمقدمتين اجماعيتين و انت خير بان التمسك بالاجماع فى حل الاشكال المذكور يرجع الى القول بعدم اعتبار القربه فى صحه العباده و هو كالمقطوع بفساده و قد مرّ عليه التنبيه عليه آنفا الثانى ما فى مفتاح الكرامه و مستند الفاضل النراقى من عدم منافاه الاستيجار لتيه القربه لامكان الاخلاص بعد ايقاع عقد الاجاره فانّ العمل يصير بعده واجبا و يصير من قبيل ما لو وجب بنذر و شبهه فيفعلها امتثالا للأمر الحاصل من عقد الاجاره و اورد عليه شيخنا الاستاد قدّه فى الرساله المعموله فى القضاء عن الميّت بلزوم الدور لان صحه الاستيجار التى يتوقّف عليها الوجوب موقوفه على فعل الصلاه عن الميّت متقربا الى الله فكيف يكون فعله متقربا الى الله تعالى موقوفه على حصول الوجوب ثم قال الا ان يقال فعل الصلاه عن الميّت متقربا الى الله شىء ممكن قبل الاجاره باعتبار رجحان النيبه عن الغير فى العبادات عقلا و نقلا فاذا وقع فى حيز الاجاره تبدلت صفه الندب بصفه الوجوب كما فى صلاه التحية التى تقع فى حيز النذر ثم قال و فيه نظر و لعل وجه النظر انه اذا كان فعلها قبل الاجاره راجحا قابلا للقربه فلا يحتاج فى قصدها الى الوجوب الحاصل من عقد الاجاره مع ان وضع الجواب على كون منشأها هو الوجوب الحاصل من الاجاره ثم اقول اصل ايراد الدور ليس فى محله كما ان اصل الجواب أيضا ككك اما الدور فلمنع المقدمه الاولى

ص: ٢٧٣

اذ لا يتوقف صحه الاستيجار على كون الصلاه قابله للقربه قبل الاجاره بل يكفى كونها ككك بعدها لأنّ صحه الاجاره لا تتوقف الا على كون العمل مقدورا نافعا بحال المستاجر و لو بعد الاجاره و لا يلزم كونه نافعا قبلها و انما يفتقر الى قصد القربه مقدمه لصحه الصلاه حتى تكون نافعه للمستاجر بتفريغ ذمه الميّت و آلا فليس هى من شروط الاجاره و من الواضح انه لا نقاوه بين كونه نافعا قبل الاجاره او بعدها و اما الجواب ففيه أولا ما اورده أيضا شيخنا قدّه من انه لا يتم فى الجعالة و الاذن الكافيين فى صحه الصلاه عن الميّت مع انه لا وجوب فى الموضوعين حتى يجىء بقصد القربه من جهته و ثانيا ان صحه العباده تتوقف على قصد القربه بالقياس الى الامر المتعلق بها من حيث كونها صلاه او صوما لا من حيث كونها نيابه او وفاء للعمل المستاجر عليه و دعوى كفايه القربه مط و لو من جهه العناوين الخارجيه كما فى المستند واضحه الضعف بل الظاهر انه ممّا لا يقول به احد غيره الثالث ما فى المستند أيضا بعد الجواب الثانى من منع كون الصلاه المستاجر عليها من الميّت من العبادات لعدم الدليل عليه فى كونها عباده فى حق المنوب عنه و انما هو لكونه مأمورا بها و اما النائب الاجير فليس مأمورا بها الا لكونها وفاء بعقد الاجاره فالصلاه فى حقه من حيث وصفها العنوانى عمل عار عن الامر و من حيث عروض وصف النيبه عليه او كونها وفاء العقد الاجاره لها و ان كانت واجده له الامر المتعلق بها من الجهات الخارجيه لا يجعلها من العبادات الا ترى ان الوكيل فى قبول النكاح ليس القبول فى حقه عباده حتى يقصد فيه القربه من حيث كونه قبولا- و ان امكن فى حقه قصدها من حيث كونه وفاء للاجاره فلا فرق بعد شرعيه الصلاه عن الغير بينها و بين اجراء الصيغه عنه و كاله او نيابه و الحاصل ان الصلاه عمل من الاعمال قابل للتوكيل و الاستنابه قصد القربه بها يتوقف على كونها مأمورا بها من حيث كونها صلاه لا من حيث كونها نيابه عن الغير او وفاء العقد الاجاره و الأمر بها من هذه الحيثيه مفقود فى حق النائب فاللزام اما منع قبولها التوكيل او منع اشتراطها بالقربه فى حق النائب او الاكتفاء بالقربه التى تاتى من جهه قصد الأمر المتعلق بالنيبه لا سبيل الى الاول للاجماع و لا الى الثالث لما مرّ فتعين الثانى هذا توجيه ما لما فى المستند من منع كونها عباره فى حق الاجير و هو ملحوظ وجيه لو لم يكن مخالفا للاجماع اذ الظاهر اتفقهم على كون الصلاه عباده موقوفه صحتها على القربه و الاخلاص كالحج مط فى حق النائب و الاصيل الرابع ما افاده شيخنا الأستاذ قدّه

فى المكاسب و فى الرساله المعموله فى قضاء الصلاه و فى بعض تحقيقاته فى مقام اخر و محصل الجميع ان الشبهه انما نشأت من منافاه قصد الاجره لقصد القربه المعتبره فى الصلاه كما مرّ التصريح به فى كلام الجماعه فى الفرع السابق و ليست بشىء لأن الأجره انما وقعت فى مقابل النياه لا فى مقابل الصلاه فهنا فعلاّن لكلّ منهما داع غير الداعى الى الاخر فعل الصلاه المقصود به وجه الله خالصه و ايقاعها عن الغير اعنى النياه المقصود بها الأجره و هذا مثل ما لو اوجد صلاه لنفسه فى مكان بارد للتبريد او مكان حار للتسخين او فى لباس او فى وقت او فى نحو ذلك قاصدا بالخصوصيه غرضا نفسائيا فانّ التحقيق صحته الصلاه ح نظرا الى قصد القربه بالطبيعه و مغايرتها للخصوصيه نعم بناء على عدم جواز اجتماع الامر و النهى لا بد ان يكون داعى الخصوصيه غرضا محرما كالزىاء و نحوه و اما الدواعى النفسائيه الغير المحرّمه فالتحقيق وفاقا للكلى او الجلى انه لا مانع من

ص: ٢٧٤

من كونها داعيه الى الخصوصيه و لا ريب ان ايقاع الصلاه عن الغير نظير ايقاعها فى مكان او زمان اجابه للغير خصوصيه زائده على اصل الصلاه فلا يشترط فيها الخلوص حتى ينافيه قصد اخذ الاجره و هذا الجواب مكين متين غير ان الاشكال المشار اليه آنفا من جهه توقف قصد القربه الموقوف على الأمر المفقود فى حقّ النائب لا بدّ من دفعه توضيح ورد و الاشكال ان الصلاه الفائتة عن الميّت كانت مطلوبه منه لا- من غيره لكونها من الواجبات العينيه العينيه دون الكفائيه فكيف يتقرّب بها النائب مع توقف القربه على الامر المفقود فى حقه فان قلت النياه تجعله بمنزله الميّت و تجعل صلاته بمنزله صلاته فيتعلّق عليه الامر الذى كان متوجّها الى الميّت قلت النياه عباره عن ايقاع الصلاه عن الغير فهى عمل من اعمال النائب و لذا صحّ الاستيجار له و جعله مقابلا بالاجره فلو توقّف الامر الذى يتوقف عليه قصد القربه عليها لزم الدور كما لا يخفى و دفعه ان النياه و ان كانت عباره عن ايقاع الصلاه نيابه عن الغير الا ان قصد النياه كاف فى صيروره النائب بمنزله المنوب عنه فقبل الاشتغال بها تصير بمنزله المنوب عنه بمجرد قصد النياه فبعد ما صار بمنزلته يتوجّه اليه الامر المذى كان متوجّها الى المنوب عنه و هذا لا يتوقف الا على شرعيه النياه فكلّ عبادته شرع فيها النياه تصير مطلوبه من النائب بعد قصد النياه على حدّ مطلوبيته من المنوب عنه و قد يناقش فيه بانّ مقتضاه وجوب الصلاه على المتبرّع أيضا لأنّه اذا قصد النياه عن الميّت صار بمنزلته فيتوجّه اليه الامر الذى كان متوجّها الى الميّت و بطلان التالى واضح ضروره توقف الوجوب على الاستيجار و لا وجوب فى حقّ المتبرّع و يمكن دفعه بمنع بطلان التالى لا- مكان القول بان قاصد النياه المشروعه حاله كحال المنوب عنه وجوبا و استحبابا ما دام كونه على قصده سواء كانت النياه واجبه عليه او مستحبّه او مباحه و انما الفرق بين الصورتين وجوب البقاء على النياه على تقدير الوجوب دون الجواز و ما اشبهه المقام بالمتابعه الواجبه فى الجماعه مع جواز قصد الانفراد فافهم و ممّا يرشد الى ما ذكرنا جواز النياه فى الصدقات عن الحىّ و الميّت من غير استيجار و لا علم باستحباب النياه شرعا فان مشروعيتها من ضروريات الدين و كذا انتفاع الميّت بها مع ان الصدقه عبادته تحتاج الى القربه فلو لا- كفايه قصد النياه فى توجّه امر المنوب عنه الى النائب امتنع القربه المعتبره فى صحّتها و ثوابها اللهمّ الا ان يرجع النياه فيها و فى العبادات المستحبّه كالحجّ و الزياره و تلاوه القران الى اهداء الثواب و هو غير النياه و فيه ان الثابت من السيره و تصريح غير واحد من الاعاظم شرعيه الاستنابه فى الصدقات و العبادات المستحبّه بالاجره و بغيرها فقد نقل عن على بن يقطين فى محكى س انه كان له فى سنه واحده او فى كلّ سنه سبعمائه نائبا فى الحجّ كلهم باجره معينه فلا وجه للاقتصار على الاهداء الغير القابل للاستيجار على اظهر الوجهين بل صرح بعض الأعاظم بانّ الاصل فى كلّ عبادته قبول الاستنابه

وعمومه يشمل لمثل غسل الجمعة و يساعده أيضا عموم الاخبار كما لا يخفى على من راجع مظانها من كتب الاخبار و كتب الأصحاب كالوسائل و كرى و المستند و ممّا ذكرنا انقدح وجه اخر للتفصلي عن الاشكال الناشئ من منافاه قصد الأجره لقصد القربه و هو ان تجعل الأجره فى مقابل قصد النّيايه الخارجيه عن الصّلاه المتقدّمه عليها لأنّها تنزيل نفساني لا باس مقابلته بالمال فيكون العمل الخارجى الذى هو الصّلاه خالصه لوجه الله غير ملحوظ فيها الاجره اصلا لا- من حيث الطّبيعه و لا- من حيث الخصوصيه لكن الأوفق بقاعده

ص: ٢٧٥

المعاوضه ما سمعت من الاستاد قده لان المقابل للمال لا بدّ ان يكون من الاعمال و قصد النّيايه لا يعد عرفا عملا قابلا للتعويض عليه فالمقابل للأجره أنّما هى الخصوصيه اللاحقه للصّلاه بعد قصد النّيايه و هى ايقاعها عن المنوب عنه الخامس ما ذكره المحقّق الثّانى فى الفرع السّابق فى مقام الفرق بين الاستيجار للصّلاه عن الميّت و بين الاستيجار لصلاه نفسه غير الاجماع و هو ان استحقات الاجره لا ينافى تخلص التّيه و فعل الصّلاه خالصا لوجه الله فانه امر ممكن و الامتنع قصد القربه بالعبادات الموعود فيها بعض الآثار فى الدّنيا كسعه الرزق فى صلاه اللّيل ضروره مساواه المقامين اشكالا و فان ترتّب الاجره ان يمنع عن قصد القربه مع ترتّب غيرها من الآثار أيضا و الّا فلا و حلّه ان الأجره او الاثر مترتبه على العمل المقرون بالاخلاص لأنّ الفاسد ليس بشىء فلا بدّ لقاصد الفائده فعل الصّلاه خالصا لوجه الله حتّى يستحقّ بها الفائده و هذا امر ممكن فليجتهد فى تحصيله و يكفى فى صحّحه الاجاره مجرّد الامكان فافهم و الّا لزم نقض الغرض كما لا يخفى و هذا أيضا وجيه لكنّه غير مفيد فيما هو بصدده من الفرق بين الاجارتين لأنه يأتى فى الاستيجار لصلاه نفسه حرفا بحرف و الاولى ان يفرق بينهما بان فساد الاستيجار لصلاه النّفس أنّما هو لفقدان شرط اخر من شرائط الإجاره و هو كون العمل ذا منفعه عائده الى المستاجر فانّ صلاه كلّ انسان لا تنفع فى حقّ غيره لكنه لا يتمّ فى الكفائيات فانّها توجب سقوط التّكليف عن ذمّه المستاجر و هو غرض عقلائي و قد صرّح به شيخنا قده فى المكاسب حيث حصر المانع عن صحّحه الاستيجار للواجبات فى الواجب العينى مط و فى الكفائى العبادى لان الأول لا يعود نفعه الى المستاجر و الثّانى غير مقدور نظرا الى امتناع قصد القربه اذا الفعل الواحد لا- يصدر عن داعيين مستقلين فوجب كون الدّاعى امتثال امر الشّارع ينافى كون الدّاعى استحقات الأجره و امّا غيرهما فلا مانع من جواز الإجاره لها سوى الاجماع المدّعى فى المقام خصوصا اذا كان متعلّق الإجاره الخصوصيه كحفر هذا المكان و تكفين هذا الثّوب دون الطّبيعه قلت قد ظهر ممّا ذكرنا امكان تخلص التّيه مع استحقات الاجره و عرفت تصريح المحقّق الثّانى بذلك كغيره فلا يبقى من المانع سوى كونه غير نافع فى حقّ المستاجر فاذا فرض كون سقوط التّكليف من المنافع الصّالحه للاستيجار لزم القول بجواز الاستيجار للكفائى العبادى أيضا فالمانع عن الاستيجار للصّلاه على الميّت ليس سوى للإجماع بناء على ما صرّح به من امكان تخلص التّيه فنحن أيضا نقول أنّ الفارق بين المسألتين هو الاجماع لكن على خلاف ما يقولون فانّهم يقولون أنّ مقتضى القاعده فساد استيجار الصّلاه للميّت أيضا لكن ثبت الصّححه هنا بالاجماع بخلاف الاستيجار للصّلاه على الميّت و نحن نقول أنّ الامر بالعكس فانّ مقتضى القاعده صحّحه الاستيجار للصّلاه على الميّت أيضا لكن ثبت الفساد هنا بالاجماع

الامر الثّانى [جواز استيجار خصوص الولي للصّلاه عن المولّى عليه]

من الأمور المشتمل عليها الفرع المذكور جواز استيجار خصوص الولي للصلاه عن المولى عليه مع وجوبها عليه عينا وفيه خلاف وهو متفرع على الامر الاول اعني جواز الاستيجار عن الأموات فان قلنا بعدم جوازه لم يجز للولي بلا اشكال ولا خلاف وان قلنا بجوازه ففي المسأله قولان ناشئان من منافاه الاستيجار لوجوبها العيني على الولي فان مقتضاه اشتراط المباشرة و من ان متعلق الوجوب هو القدر المشترك بين التسيب و المباشرة بدليل سقوطها عنه بالتبرع ففي الحقيقه يرجع النزاع الى ذلك فمن اعترف بسقوطها عنه بالتبرع اجاز الاستيجار أيضا و من منع عنه اخذ بظاهر الخطاب الوارد

ص: ٢٧٦

في القضاء الظاهر في المباشرة و العجب انه عكس في ضه حيث فرع جواز التبرع و عدمه على جواز الاستيجار و عدمه و الصيواب ما عرفت و قد يقال بجواز التبرع و سقوطها عن الميت مع عدم سقوطها عن الولي و ستعرف ضعفه مع ظهوره ثم المعروف المشهور بينهم جواز الاستيجار و المخالف في الجملة مضافا الى من خالف في المسأله الاولى كالسبزواري و القاشاني في محكي و افيه الحل و الفاضل في محكي المن و الشهيد في محكي كرى و صاحب ثق و الفاضل التراقي في المستند و عن الحل الاستدلال عليه باصالة عدم السقوط بعد كون الولي هو المخاطب و زاد في محكي كرى ان صلاه الحي لا تتحمل و هذا في قوه دعوى الاجماع على الكليه و يظهر الجواب عن الاول بما مر في المسأله الاولى بعد الفراغ عن براهه ذمه الميت بفعل المتبرع اعني العمومات القاضيه بصحة الاجاره لكل منفعه محلله مضافا الى الاجماع عليه كما مر سابقا و اما الثاني فالجواب عنه ان الغير هنا ليس متحتملا- عن الولي بل انما يبرئ ذمه الميت فيرتفع الوجوب عن الولي اللهم الا ان يمنع براهه ذمه الميت بفعل الغير هنا و هو مناف لما صرح به في المسأله الاولى و انعقد عليه الاجماع من الاماميه من شرعيه قضائها على الاموات من الصلاه اذ لا خصوصيه لمن كان له ولي في ذلك الا دعوى ظهور خطاب الولي في المباشرة فلا يسقط بفعل غيره و فيه بعد المساعده على ظهوره في الشرطيه انه معارض بقوله ع في روايه عمير لا- يقضيه الا رجل مسلم و باخبار اخر صريحه في حصول البراءه للميت بفعل غيره مط كما يأتي و قد يقال بسقوطها عن الميت بالتبرع مع عدم سقوطها عن الحي كما صرح به في المستند عملا بادله و وجوبها عليه بناء على كونها واجبه عليه بالاصاله و ان كان مسببا عن فعل الميت و استدلل عليه بانها لو سقطت عنه بفعل غيره لكان وجوبها كفاثيه على جميع المكلفين فيلزم تعينها على غيره لو لم يفعل مضافا الى ان عدم الدليل على السقوط يكفي في ثبوتها عليه و لو تبرع الغير و لا- دليل عليه سوى ما يقال من انها دين على الميت فاذا فعلها الغير برئت ذمته و اذا برئت ذمته لارتفع الوجوب عن الولي و سوى الزوايه الخثعميه الداله عليه المعلله بان دين الله احق ان يقضى و يجاب عن الاول بانه لا دليل على ان كل دين يسقط بفعل الغير و ادائه الا ترى ان ما يفوت من الحي دين عليه مع عدم سقوطه بفعل غيره و ثانيا ان براهه ذمه الميت لا تنافي بقاء الوجوب على الولي نظرا الى ظاهر الأدله اذ لا مانع من سببيه تفریط الميت لوجوب صلاه مثلها على الحي و لا أقل من الاستصحاب بعد الشك في السقوط من الحي و عن الثاني بالضعف المحتاج الى الانجبار بعمل الاصحاب المفقود في المقام انتهى محصل ما ذكره في المقام و في كل ما ذكره نظر واضح اما الاول فلان فعل الغير فسقط عن الولي لا انه احد فردى الواجب المخير حتى يتعين عند تعذر الاخر و بين المسقط و الواجب التخييري فرق واضح لا يخفى ان يخفى على مثله و اما في الثاني فلان ما في الذمه اذا كان دينا محضا لزم عقلا سقوطه باداء الغير مضافا الى كونه اجماعيا و انما لا يسقط باداء الغير اذا كان مشوبا بشرط متعذر في حق غير المديون فمقتضى الاصل في الدين مع قطع النظر عن الاجماع السقوط فمن يدعى عدمه فعليه اثبات شرطيه المباشرة و من ذلك يظهر فساد القياس بما في ذمه الحي فان ما في ذمه دين مخصوص بخصوصيه زايده عن

حقيقه الدِّيْتِيَه و هي المباشره فلا يسقط بفعل الغير لعدم كونه مطابقا لما على الحَيِّ بخلاف دين الميِّت فأنه سليم عن شرطها للتعذر فيسقط بفعل كلِّ احد سواء كان هو المكلف بالاداء او غيره نظرا الى المطابقه و دعوى ظهور خطاب الوليِّ في اشتراط المباشره مدفوعه بما مر و بعموم كلِّ ما دلَّ على انتفاع الميِّت بصلاه

ص: ٢٧٧

غيره و سقوطها عنه اذ لا- يقتضى وجوب قضائها على خصوص الوليِّ تخصيصا في تلك الادله كما انَّ وجوب اداء ساير ديونه عليه بالخصوص من تركه الميِّت لا ينافى سقوطها باداء المتبرِّع فيجمع بين مفاد الدليلين من غير منافاه بينهما و لو سلم فهنا اخبار ظاهره في سقوطها منه بفعل غيره منها موثقه عمار المتقدمه و منها مرسله الفقيه عن الصادق ع اذا مات الرجل و عليه صوم شهر رمضان فليقض عنه من شاء من اهل بيته دل على جواز قضائها لمن شاء من اهل بيته و مصححه ابي بصير قال سالت الصادق ع عن رجل سافر في رمضان فادركه الموت قال يقضيه افضل اهل بيته بل فيه دلالة على استحباب تفويضه الى غير الوليِّ اذا كان افضل و حمل الأفضل على الوليِّ غلط و لو كان مع القرينه فكيف مع عدمها كما لا يخفى و بهذه الأخبار يظهر الجواب أيضا عما استدللَّ به على المنع من بعض الاخبار لمكاتبه الصِّفار الى ابي محمّد العسكري ع رجل مات و عليه قضاء من شهر رمضان عشره ايام و له وليان هل يجوز ان يقضيا عنه جميعا عشره ايام خمسة ايام احد الوليين و خمسة ايام الاخر فوقع ع يقضى عنه اكبر ولييه ولاء إن شاء الله تعالى فان منع الوليين عن القضاء بالتوزيع يدلُّ على عدم جواز قضاء الاصغر تبرعا خمسة ايام خصوصا مع ملاحظه كون السؤال عن اصل الجواز و استحباب تعجيل ابراء ذمّه الميِّت الحاصل بالتوزيع وجه ظهور الجواب ان امر خصوص الوليِّ بالقضاء هنا محمول على الاستحباب بقرينه ما مضى و بقرينه تقييده بالولاء الغير الواجب اجماعا و لا ينافيه استحباب تعجيل تفريغ ذمّه الميِّت لجواز ان يكون مباشره الوليِّ مع مراعاة الولاء افضل من مباشره غيره و لو حصل بها المسارعه الى الابراء نعم بناء على ما عن الأصحاب من الاستدلال بالمكاتبه على لزوم تقديم الاكبر عند تعدد الوليِّ يكون الامر فيها للوجوب فيدل على عدم جواز مباشره الغير لكنّه يضعف بما ذكرنا مع امكان توجيه الاستدلال مع حمل الامر على الاستحباب أيضا و اما ما ذكره من الجمع بين براءة ذمّه الميِّت و عدم براءة ذمّه الحى ففيه مضافا الى منافاته لصريح الادله الداله على كونها تحملا عن الميِّت لا- واجبا مستقلا على الحَيِّ مدفوع بامكان دعوى الاجماع على فسادة لأدب كلِّ من قال براءة ذمّه الميِّت بالتبرِّع قال بسقوطها عن الحَيِّ كيف و قد عرفت انَّ مبنى الخلاف في المسأله هو هذا و ايا في الثالث فلان اشتهاها و ثبتها في كتب الاصحاب و استدلالهم بها في غير المقام يغنى عن سندها على تقدير ضعفه مضافا الى ما عرفت من الاشتها الكافي للجبر هنا اذ القائلون بسقوطها بالتبرِّع اكثر من المانعين فظهر ان القول بجواز الاستيجار هو المتعين بعد ما مرَّ في المسأله الاولى من المقدمتين اللتين استدللَّ بهما الشَّهيد على جواز الاستيجار للعبادات الفائته عن الاموات

و الامر الثالث اشتراط مراعات الترتيب في القضاء مط

او مع علم الميِّت بالترتيب فلا يبرء ذمته مع المخالفه كما لو فعله هو حال حياته و فيه اشكال و خلاف يأتي إن شاء الله تعالى و اعلم انه يعتبر في القضاء جميعا كان معتبرا في فعل الميِّت الا ما كان اعتباره من جهه خصوصيه في المباشر كالشَّير و الجهر و الإخفات و قصر ما فات منه سفرا و لو في الحضر و يتم ما فات منه حضرا و لو في السفر و لا يجوز للقاضي الرّجل الإخفات في

موضع الجهر لو كانت الميِّت امرأه و يجب لو انعكس و الفرق هو أنّ القصر و الاتمام مأخوذ ان في ماهيته الصّلاه و كذا الحمد و السّوره و نحوهما من اجزاء الماهيّة و شرائطها بخلاف الجهر و الإخفات و السّر و نحوها ممّا هو من عوارض خصوص المباشر لا من الأجزاء و الشّرائط للماهيه و في حكم الجهر و الإخفات الاحكام الثابته للفاعل باعتبار العجز و القدره فإنّ المعيار فيها أيضا هو حال المباشر فيصليّ

ص: ٢٧٨

القادر قائما ما فات عنه قاعدا و العاجز عن القيام قاعدا ما فات عنه قائما هذا اذا كان الولي المباشر عاجزا عن الاستنابه و لو كان قادرا عليها ففي وجوب الاستنابه و لو كان قادرا عليها ففي وجوب الاستنابه اشكال ينشأ من كونها مسقطه او يدلا عن فعله و لا يبعد الاوّل كما هو خيره الأستاذ قدده في الرّسالة المعموله للقضاء جمودا على ظاهر ادلّه و وجوب القضاء على الولي و يحتمل الثّاني نظرا الى ان المستفاد منها و وجوب تفريغ ذمّه الميِّت على الولي او خصوص المباشرة فمبني المسأله على ذلك فهل الواجب على الولي خصوص القضاء فلا يجب الاستنابه و ان برئت ذمّه الميِّت بفعل الغير تبرّعا او اجاره او الواجب عليه تفريغ ذمّه الميِّت سواء كان بالمباشرة او بالتسبيب كما لو كان على الولي دين مالي لا يقدر على ادائه مباشره فأنّه يجب عليه الاستنابه في الايصال مع الممكنه في الحال و ربما يرشد اليه كون الولي متحمّلا عن الميِّت لان التّحمل معناه انتقال الدّين من ذمه المديون الى ذمّه الولي و يؤيّدده ما في اخبار الجبوه من أنّها يدل عما فات عن الميِّت فيجب على خصوص الولي قضائه عوضا عنها ثمّ لو قلنا بأنّ الاستنابه مسقطه لزم القول بعدم وجوبها عليه و لو كان عاجزا عن الصّلاه مط كفاقد الطّهورين و قادرا على الاستيجار و الالتزام به بعيد و أيضا مقتضى كونها مسقطه ان لا يعود اليه ثواب الامتثال بامر القضاء مع الاستيجار و هو أيضا بعيد و ابعد منه ارجاع الثّواب الى الفرار عن مخالفه امر القضاء دون الامتثال و كيف كان فالأحوط الاستنابه لذوى الاعذار مط اذا كان ما فات عن الميِّت صلاه المختار و يتأكّد الاحتياط مع رجاء زوال العذر فلا يكتفى بالصّلاه العذريّه بل يستتبع ان أراد البدار الى تفريغ ذمه او يترقّب زوال العذر بل يجب احد الامرين بناء على وجوب التّياخير على ذوى الاعذار مع رجاء الزوال و في حكم العجز و القدره العلم و الجهل المعذور فيه موضوعا او حكما كمن جهل القبلة فصلّى الى الجبهه المظنونه او صلّى الى اربع جهات مع التّحير او في طاهر كان نجسا بزعم الميِّت فان العيره في جميع ذلك و اشباهها بحال الفاعل المباشر فأنّها تلحق الفعل بملاحظه حال مباشره لا بملاحظه ذاته و من هذا القبيل مسائل الصّلاه و الصّوم فالمدار فيها أيضا تكليف الفاعل النّائب تقليدا او اجتهادا لا على تكليف المنوب عنه فلو كان تكليف الميِّت القصر في اربعة فراسخ لغير مريد الرّجوع ليومه و تكليف الولي الاتمام يصليّ تماما و لو انعكس عكس و هل يجب قضاء ما صلاه الميِّت اذا كان فاسدا في نظره الظاهر العدم لان ما فعله بدل عن الواقع و تدارك له فليس في ذمته شيء حتّى يقضيه الولي و هذا بخلاف ما لو لم يفعل و مات كذا قال شيخنا قدده في الرّسالة و قد يناقش فيه بأنّ قضيه البدليه القول باقتضاء الامر الاجزاء و ليس هذا مختاره في الاصول و الاولى انّ يعلل بقصور ادلّه القضاء عن وجوب مثل ذلك على الولي فإنّ الظاهر منها القريب من القطع و وجوب قضاء ما فان عن الميِّت قصورا او تقصيرا و لم يفعل راسا فمات فات عنه لا عن عدم تعرّض للامتثال بمقتضى تكليفه بل عن مخالفه اعتقاده للواقع لا يشملته الأدلّه قطعا و لو فات ما لا يعتقده الولي و هو على الميِّت لم يجب القضاء لو كان واجبا باعتقاده بل لا يشرع فلا يتأتّى قصد القربه نعم لو كان مستحبّا باعتقاد الولي جاز له القضاء و ربّما احتمل الوجوب ح لأنّ الميِّت كان مشغول الذّمه باعتقاده و تفريغ ذمته مقدور للولي فيجب و ضعفه واضح نعم لو اوصى بالقضاء وجب كسائر الوصايا الغير الواجبه و في اخراجه عن الاصل على القول به في العبادات

الوصية او بدونها نظرا صحه الاخراج من الثلث نظرا الى الواقع لا الى اعتقاد الموصى اذا عرفت ذلك فاعلم ان ما تضمن كلام العلامة من لزوم مراعاة الترتيب في براءة ذمه الميت مختلف فيه حيث نسب الى كاشف الغطاء عدم اللزوم و به قال في المستند و استظهره شيخنا قده في رساله القضاء بعد ان جعل مبنى المسأله على ان فعل الولي اداء عمات عن الميت باعتبار الأمر الادائي او أنه تدارك له باعتبار الامر القضائي و وجه الابتداء هو انك قد عرفت ان جميع شروط العباده لا بد من مراعاتها في فعل النائب القاضى عن الميت الا ما كان من جهه خصوصيه المباشر كالجهر و الاخفات و معلوم ان الترتيب حين الصلاه ليس من شروط ماهيتها بل هو امر منجعل قهرا من ترتب اوقاتها و كون بعضها عقيب بعض فان صلاه المغرب ليس من شروط صحتها ان تكون بعد العصر بل لما كان وقتها بعد العصر وجبت بعده و كذا العصر بالنسبه الى الظهر فانها أيضا غير مشروطه بان تكون بعدها بل لما كان الامر الادائي بالظهر مقدما على الامر بها و جب تاخيرها عنها فاذا سقط الامر الادائي بالظهر بالامثال او بخروج وقته و ثبت وجوب قضائهما بدليله و جب الاقتصار على مفاد ذلك الدليل فان دل على اشتراط القضاء بالترتيب عمل به و الا فالاصل عدمه فليس الترتيب من شروط الماهية الثابته للصلاه مع قطع النظر عن كونه اداء او قضاء بل من الشروط الملحوظ فيها خصوص احدى الحاليتين و هى حال كونها قضاء فكما لا يتخلف القصر و الاتمام شطرا او شرطا فكك لا يتخلف الأداء و القضاء فان كان فعل الولي تداركا للصلاه الادائيه لم يجب عليه و لا على من يستأجره مراعاة الترتيب و ان كان تداركا للصلاه القضائيه و جب هذا تلخيص ما افاد و لقد اجاد الى ان قال فالعمده في وجوب الترتيب بين الفوائت الاجماع المنقول و بعض الأخبار و هى مختصه بقضاء الشخص عن نفسه و المفروض ان الولي نائب عن الميت في تدارك الأداء لا في تدارك القضاء حتى يقتضى ذلك وجوب مراعاة ما و جب على الميت في قضائه عن نفسه كون مطلق القضاء كك سواء كان عن نفسه او عن الغير اقول الظاهر من الأدله انه يجب على الولي جميعا كان واجبا على الميت شرطا او شطرا الا ما كان من جهه خصوصيه في المباشره كالجهر و الاخفات و معلوم ان الترتيب ليس من ذلك بل مميا اعتبر لصفه راجعه الى الزمان فاذا فرض وجوبه على الميت فلا معنى لعدم وجوبه على الولي و دعوى أنه لا دليل على أنه يجب على الولي جميعا كان واجبا على الميت واضحه الضعف و فتح هذا الباب قاض بالتأمل في وجوب غير ما هو من لوازم ماهية الصلاه مثل السوره و نحوها و الاحتياج في اثبات وجوبها على الولي الى التعلق بالاجماع على وجوبها في غير النافله و ليس كك بل لو فرض أنه لم يكن اجماع على هذا كان ادله الباب كافيه في وجوبها عليه و ح فلا يجدى احتمال كون الولي نائبا عن الميت في تدارك الاداء لا القضاء و لو سلم فلا ريب أيضا في ان ظاهر الادله كون الولي نائبا عنه في اداء دينه حين موته لا ما كان واجبا عليه في السابق الا ترى أنه لو مات في الحضر بعد دخول الوقت عليه في الشيفر و جب على الولي ان يقضى عنه تماما لا قصرا على القول المنصور المشهور من كون العبره في الاداء بحال الفعل لا بحال التكليف و هاهنا أيضا كك لان الفوائت كانت واجبه على الميت في وقت بدون الترتيب الشرعى الجعلى ثم صارت واجبه عليه مع مراعاة الترتيب و الحاصل أنه يجب على الولي تفريغ ذمه الميت سواء كان نائبا عنه في تدارك الاداء او تدارك القضاء و لا يفرغ ذمته الا بمراعاة الترتيب نعم لو بنى على كون التكليف متوجها الى الولي اصاله لا نيابه أتجه مع مراعات الترتيب

عليه و ان كانت واجبه على الميت لكنّه خلاف التحقيق الّذى عليه الأستاذ قدّه فالاصح وفاقا للعلّامه وجوب الترتيب فى القضاء سواء كان القاضى وليا او غيره

الامر الرابع جواز استيجار اجيرين كل واحد منهما على سنه

و أنّه لا- بدّ من اشتراط الترتيب عليهما فى ضمن الاجاره و أنّه لو اقترنا فى العمل وجب على كلّ منهما قضاء نصف سنه فلا يستحقّ كلّ منهما الا- نصف السنه سواء علم كلّ منهما بفقد الأحرار لا لكن مع الجهل يضمن الولي اجره نصف السنه على اشكال بخلاف صورته العمده و لندكر اولا ما أورده فى محكى جامع المقاصد من الاشكالات على العبارة ثم نشرحها بما ينجم كلّا او بعضا قال قدّه هنا اشكالات الاوّل ان الفعلين اذا وقعا دفعه فالأحوال اربعة اجزائهما معا و هو معلوم البطلان اذا أنّما هو يفعل احدهما فلا يعقل اجزاء الفعلين مع أنّ الأجزاء مطابقه الفعل للأمر و اجزاء احدهما معينا فترجيح بلا مرجح و لا بعينه أيضا باطل لأنّ ما لا- تعين له فى حدّ ذاته لا- وجود له فكيف يوصف بالا-جزء فلم يبق الا- بطلا لهما الثّانى أنّ ما ذكره يقتضى اجزاء فعل احدهما تاره و فعل الا-خر تاره اجرى و هو قول بمجرّد التشهى الثّالث أنّهما اذا كان كلّ منهما عالما بالاخر فحال ايقاع النيه لا يكون احدهما جازما بان فعله هو الواجب و الجزم بالتّيه حيث يمكن شرط و فيه اشكال اخر و هو أنّهما اذا كانا عالمين كانا منهيين عن الاقتران فى الفعلين و النّهى فى العباده يقتضى الفساد الرابع أنّهما اذا كانا جاهلين يجب الحكم بصحّه فعلهما و لا يقدر فوات الترتيب لأنّه شرط مع العلم لا مطّ الأ ان يقال أنّ عدم العلم بالترتيب أنّما يقتضى سقوطه مع جهل المكلف به دون القاضى عن غير و يشكّل بان القاضى عن غيره لو نسي و صلّى العصر قبل الظّهر صحّت و صلّى الظّهر كالمصلّى عن نفسه الا ان يقال ان اشتراط الترتيب فى عقد الإجاره اقتضى عدم الصّحّه من دونه و بالجمله فالحكم فى ذلك مشكّل و ليس له الا وجه واحد و هو أنّ الاتيان بالواجب مرتين امر جائز لا مانع منه فكلهما عند الله عزّ و جلّ يقع فرض المكلف و الاخر نقل فح تسقط الإشكالات كلّها الا أنّ ثبوت هذا الجواز يحتاج الى دليل انتهى قال السيّد فى مفتاح الكرامه بعد نقل العبارة ما لفظه و نحن نقول لا- يجوز الاتيان بالواجب من العباده مرتين الاّ فى مواقع خاصّه لقيام الدليل عليها و على تقدير الجواز فى سقوط جميع الإشكالات اشكالات اما الاوّل فلا مناص عن ترجيح احدهما لا بعينه او القول بالتشهى اذا قصى ما عندك ان الواجب قد اتى به مرتين و كلاهما صالح لإسقاط ما فى الذّمه فنقول لك بايّهما سقط زيد أم عمرو و لا تعيين فان قلت سقط نصفه بفعل هذا لا بعينه و نصفه يفعل هذا لا- بعينه فهو الّذى فررت من مثله و ان قصدت بذلك الجمع بين الحقين الاّ ان تقول لا يضرّ الجهل لمكان الجمع كما هو الشّان فى نظائره و هو مراد المصّ لكنّه لم يندفع به الأشكال ثمّ أنّهما قد يكونان متساويين فلا اكمل عند الله عزّ و جلّ الى غير ذلك ما يمكن ان يقال فى معنى قوله اكملهما عند الله عزّ و جلّ يقع فرض المكلف و الاخر نقل أنّما يستقيم اذا كان المصلّى هو المكلف و اما اذا كان نائبا اجيرا فلا يستقيم لأنّه لا يسقط غير ذّمه الأجير لا يفعل ما استوجر عليه فغير الأكمل لا يسقط بالاكمل مع ان سقوط ما فى ذّمه الميت بفعل احدهما يستلزم امتناع المستاجر عليه فى حق الاخر فكيف يكون فعله صحيحا حتى تكون نقلا- و جوابه ان المحقق لم يقل بكفايه الاكمل عن غير الاكمل بل قال بوقوعه فرضا و وقوع الا-خر نقلا- و لا- ينافيه أيضا براه ذّمه الميت بالاكمل بعد تسليم الملازمه المذكوره و هو جواز اتيان الواجب مرتين اذ بعد مشروعته ذلك فى حقّ المكلف مباشره يثبت مشروعيتها تسببيا و استنابه بادلّته قال و اما الثّانى فان كان مراد المصّ بالتنصيف عليهما الجمع بين الحقين كما استظهرناه

فلا يراد به اصلا و الا فلا يندفع بكون الواجب يجوز الإتيان به مرتين لأنه لا مناص عن احد امرين اما التشهي او السيقوط بغير معين و اما الثالث فلان الواجب المذمى يجوز الإتيان به مرتين و ينوى به الوجوب هو الذى لم يطر احتمال بطلانه او كونه نفلا فما ظننت بما اذا تيقن ان احد الفعلين او نصفه يكون نفلا- او باطلا- فحين ايقاع التيه لا- يكون احدهما جاز ما بان فعله الواجب و الاخر نفل و الجزم بها ممكن بان يتأخر عنه و يرتب و المفروض انهما عالمان و الجزم بها شرط حيث يمكن و ليس ما نحن فيه من باب المقدمه نعم يندفع بذلك الاشكال الاخر بل لا يندفع به الا ان يفرض بانهما اقتربنا فى جميع صلاتهما فى كل صلاه مخصوصه و ان كل واحد منهما نوى الظهر المذمى نواها الاخر لا غيرها و انما هى صوره واحده و هى الرابعه مع التأمل فى تيه الوجوب منهما ح و من صور الاقتران الصوره الثانيه و لم يبين حالها و لا تعرض لها فى جميعا ذكر فتدبر انتهى و اراد بالصوره الثانيه ان يبدأ زيد بالظهر مثلا ثم يبدأ عمرو بالعصر قبل اتمام الظهر قلت يتوقف توضيح الحال فيما افاد العلامة و افاده الشارحان على استيفاء الصور الاولى ان يستأجر الاجيرين لسنتين مع عدم اشتغال ذمه الميت الابسه واحده و هذا جوازه مبنى على الوجه المذمى ذكره المحقق الثانى من جواز اتيان الواجب مرتين و اما فكيف يجوز ذلك اللهم الا- ان يكون ذلك لأجل الاحتياط و احراز الواقع نظرا الى تطرق احتمال الفساد فى الصلاه و لو اوتى بها الف مره و هو حق دون الوجه الاول لضعفه قولا و قائلنا لكن لا بد ان يعلم ان التصنيف الذى ذكره العلامة لا يأتى ح اذا لا وجه له بعد عدم اشتراط الترتيب بين صلاتيهما كما لو استأجر على قضاء ظهر واحد احتياطا او بناء على جواز اتيان الواجب مرتين فلا يشترط الترتيب بينهما قطعا فلا وجه للتصنيف و عدم استحقاق كل منهما تمام الاجره بل اللأزم ح صحه الصي لاتين اقتربنا او تعاقبنا نعم لو اشترط فى هذه الصيلاه كان للمستأجر خيار تخلف الشرط لائن الشرط ليس لاعتباره شرعا حتى يكون مقوما فلا يفيد سوى الخيار و مما ذكرنا ظهر ان الوجه المذمى من المحقق الثانى رفع الاشكالات عليه غير وجيه اذا عظم الاشكالات و ان لم يشر اليه فى كلامه توجيه التبعض و الحكم لكل واحد بصحه بعض السنه دون تمامها و الوجه المذكور ينافيه و يؤيد الأشكال كما لا يخفى فكيف يكون رافعا له نعم هو يرفع جمله من الإشكالات المذكوره فى كلامه لا هذا الأشكال الثانيه ان تكون ذمه مشغوله بسنتين و اشترط الترتيب فى عقد الإجاره فان اقتربنا بطل صلاه من اشترط عليه التأثير و اما صلاه الاخير فلا وجه لبطلانها ضروره عدم مخالفه للشرط اذ التقديم غير قابل للاشتراط لعدم القدره و انما المقدور القابل له التأخير بان يشترط على زيد ان يصلّى بعد فراغ عمرو نعم لو كان اشتراط الترتيب بالتوقيت بان يجعل وقت صلاه احدهما قبل الظهر و وقت صلاه الاخر بعده مثلا كان نسبه الاشتراط اليهما صحه و فسادا على حد سواء فتبطل الصي لاتان بمعنى عدم استحقاقهما الاجره دون الفساد كما لو فعلا من دون استيجار فيبره ذمه الميت عن سنه واحده بناء على التحقيق الآتى الثالثه مثل الثانيه مع اشتراط الترتيب و الكلام هنا تاره فى حكم المقارنه و اخرى فيما يتحقق به اما الأول فالذى يقتضيه النظر ما ذكره العلامة قده من اجزاء السنتين من واحده فسنه كل واحد منهما تحسب له نصفها سنه اشهر و عليه مثل ذلك حتى يستحق اجره تمام السنه و ذلك لان المكلف به اذا كان امرا كليتا فالواجب هو ايجاد ذلك الكلى من غير فرق بين ايجاده فى ضمن فرد واحد او ازيد لعدم ما يقتضى مراعاة الوحده و الانفراد فان اتى فى ضمن فرد فهو و ان اتى به مره بعد اخرى سقط التكليف فالاول

و كان الثانى لغوا او مستحبا كما هو ظاهر المعالم فى بحث المره و التكرار و ان اتى بالفردين دفعه واحده فالمأمور بالعتق مثلا لو

اعتق اثنين بصيغه واحده حصل الامتثال بهما معا و هو واضح و كذا المامور بالصّ دقه و اشباهها ممّا يمكن وجوده فى ضمن فردين دفعه و من هنا يعلم ان الواجب الكفائى لو قام باثنين فى ان واحد كان نسبه الامتثال اليهما على حدّ سواء فكلّ منهما آت بالواجب ممثّل للأمر لا أنّ هنا امتثال واحد قائم باثنين فتأمل بخلاف ما لو اقدم احد بعد اخر فان الموصوف بالوجوب ح هو فعل الأوّل و الأجيران فيما نحن فيه اذا اقترنا فى العمل كما لو اقتديا بالواحد أيضا ككك اذ لا سبيل الى الحكم ببطلانهما لدخول كلّ منهما فى العباده على الوجه المامور به حيث لم يشترط الولّى عليهما الترتيب و الأمر يقتضى الاجزاء و لا الى صحّه احدهما المعين لعدم التّرجيح و لا الغير المعين لعدم وجوده فتعيّن الحكم بصحّتهما جميعا لكن لا يحسب للميت و لا لهما الاّ صلاه واحده فاذا نوى كلّ منهما ظهرا لم يبرء الميت الاّ من ظهر واحد و لا يحسب لهما أيضا الاظهر واحد فيستحقّ كلّ منهما نصف الاجره و عليهما ان يصليا ظهريّن آخرين متعاقبين او متقاربين بقاء المحلّ و قدرتهما على الوفاء و تسليم العمل و هو ظهر مستقلّ و هذه الكلفه الزائده أنّما جاءت من قبلها قصور او تقصيرا و هذا مبنى على عدم اشتراط الصّلاه المامور بها بالوحده و الانفراد بان يكون الواجب على المكلف كلّ الظّهر طبيعه او فردا لا الظّهر المقيّد بوجودها فى ضمن فرد واحد او الفرد المقيّد بالوحده و الاّ اتّجه ما ذكره المحقّق الثّانى من البطلان ضروره عدم فراغ ذمّه الميت ح بالظّهرين المتقاربين عن شىء لما ذكره من عدم مطابقه الماتى به للمأمور به نصا و تحقّق ما ذكره العلّامه قدّه من صحّه الصّلاتين مبينا على هذه المقدمه اعنى عدم تقييد الصّلاه المامور بها فى كلّ وقت بالوحده و اطلاقها فان بنى على الإطلاق كما هو الظّاهر حصل الامتثال فى ضمن فرد واحد و يكون الثّانيه لغوا او تشريعا فى صوره المباشره لعدم تعقل وجود ظهريّن دفعه بفعل واحد بخلاف صوره الثّيايه مع تعدّد الثّائب و تقارب الظّهرين و اما استحقاق كلّ منهما نصف الاجره فلاّ أنّ فراغ ذمّه الميت عن ظهر واحد حصل بفعلهما لعدم التّرجيح فان كلّا منهما كان اجيرا لتفريغ ذمّه الميت عن ظهر مستقلّ فاذا اشتركا فى التفريغ عن واحده استحقا معا اجره ظهر واحد فكلّ منهما نصف الاجره و عليهما تفريغها عن نصف الظّهر الاخر فعلى كلّ منهما ظهر اخر مقدّمه لتسليم النّصف فلو بادر احدهما بالاخرى فلو لم تكن ذمّه الميت مشغوله الاّ بالتعيين برئت ذمّته و لم يبق لفعل الاخر بعد محلّ و للمبادر اجره ظهر كامله لا ازيد لعدم استحقاقه و لو فعل مرّتين و لا- انقص لحصول غرض المستاجر اعنى تفريغ ذمّه الميت عن ظهر واحد و لو كانت مشغوله كان على الاخر ظهر اخرى مقدّمه لتسليم ما عليه من النّصف و بما ذكرنا يظهر الحال فى عباده تمام السنه و الحاصل أنّ ما ذكره العلّامه قدّه من صحّه فعل كلّ منهما مع وجوب قضاء النّصف من سنه مبنى على ما عرفت من اطلاق ما فى الذمّه و عدم تقييده بالوحده و اشكال المحقّق الثّانى و حكمه بانفسنا أنّما يتمّ لو كان مقيّدا بالوحده و الانفراد ثم اعلم أنّ ما حققناه لا يكفى فى توجيه ما افاده العلّامه الا- بعد امرين احدهما ان يكون متعلّق العقده فى استيجار كلّ منهما تفريغ ذمّه الميت من عباده سنه لا نصفها و الاّ لم يجب عليهما قضاء نصف السنه لحصول التّسليم التّام و ان لم يحصل غرض المستاجر فعليه ضمان اجره السنه لتفريطه بعدم الاعلام نعم لو كان المقارنه سببا

ص: ٢٨٣

لبطلان الصّلاتين لم يحصل التّسليم لكن المفروض الصّحه دون البطلان و على فرض البطلان و جب على كلّ منهما قضاء سنه لا نصفها كما هو واضح و انت خبير بان تنزيل مصب العقده على غرض التفريغ دون العباده اعتمادا على شهاده الحال فى غايه الصّعف و السّقوط فمقتضى القاعده مع عدم اشتراط الترتيب استحقاق كل منهما تمام الاجره من دون قضاء و تدارك و الثّانى ان يكون المغايره بين عباده سنتين راجعه الى التشخّص الفردى مع اتحادهما بحسب الحقيقه و الماهيه و هذا على القول بوجوب

الترتيب مشكل لا دليل عليه بل الظاهر مغايرتهما ذاتا كالظَّهر و العصر و قضيه ذلك الفساد مع المقارنه بل مقتضاها فساد الاجاره مع عدم التعيين و توقّف صحتها على تعيين متعلّق العقد فى كلّ من الاجارتين بان يستأجر زيدا لعباده السنه الاولى و عمروا لثانيه فلو أطلق و لم يعين كان مثل ما استاجرهما لظهر و عصر و لم يعين فان قلت أنّ الظَّهر و العصر ماهيتان مختلفتان فلا بدّ فيهما من التعيين بخلاف ظهر اليوم و ظهر الغد فأنهما فردان من كلّى واحد لا ما ترتيبهما اصلا فيكفى ان يقول لزيد استاجرتك لظهر من دون تعيين و لعمرو ككك قلت من اين علم ان الظَّهر و العصر ماهيتان مختلفتان دون الظَّهرين مع الاشتراك فى السبب لأنّ تعدد الماهيه ان علم من تعدّد الامر او اختلاف الوقتين او اشتراط الترتيب فهذه كلّها مشتركه بين المقامين لأنّ الظَّهرين أيضا مختلفان وقتا و مشروطتان بالترتيب فلم صار الظَّهر و العصر ماهيتان مختلفتان دون الظَّهرين فان قلت ان اختلاف التسميه كاشف عن اختلاف المسمّى و هذا مختصّ بالظَّهر و العصر و لا يأتى فى الظَّهرين قلت لا ريب فى المغايره الفرديه و هى كافيه فى مغايره الاسم و موجوده فى المقامين و انفراد احدهما فى التمايز الاسمى عن الاخر لا يقتضى باتحاد الماهيه فى احدهما و اختلافها فى الاخر اللهمّ ألما ان يتعلّق بالسَّيره و الإجماع لأنّ اخذ الثواب لقضاء العبادات عن الاموات عليه سيره المسلمين و لم يعهد منهم تعيين السنه عند تعدد النَّائب فيعلم من ذلك عدم اختلاف صلوات يومين او شهرين او سنتين ألما فى المشخصات الفرديه بخلاف الظَّهر و العصر فانّ الاجماع على كونهما ماهيتين متغايرتين و محصّل الكلام فى توضيح المقام هو أنّ ما ذكره الفاضل فى هذا الفرع لا يتم الا بمقدّمات ثلث الاولى ان يكون المكلف به فى صلاه كلّ وقت و كلّ يوم امرا كليًا غير مقيد بالوحده و الانفراد حتّى لا يكون اجتماع ظهريين مثلا- مانعا عن احتسابهما عن ظهر واحد و الثانيه ان لا يكون اختلاف الوقت او اشترط الترتيب او تعدّد الامر كاشفا عن اختلافهما من حيث الماهيه كالظَّهر و العصر و ألما لفسدنا لعدم التعيين و الثالثه ان يكون متعلّق الاجاره مع كونها العباده نفسها منزلا على تفرغ الذمه اذ لو لم يكن الاولى و الثانيه لزم الفساد و عدم براءه الذمه عن شىء كما مرّ فاشكال المحقّق الثانى مبنى على عدم ثبوت احدهما و لو لم تكن الثالثه لزم استحقاق الأجيرين تمام الأجرتين غير قضاء كما اوضحناه و اثبات المقدّمات بالدليل دونه خرط القتاد نعم لا يبعد المقدّمه الاولى جمودا على اطلاق الاوامر و عدم دليل على شرط الوحده هكذا ينبغى توضيح المقام بقى الكلام فى ضمان الولى للأجيرين اجره السنه التى يتداركها و فى وجه الأشكال الذى ذكره و عن الايضاح أنّه ينشأ من كون المستاجر غارا بعدم اعلام كلّ منهما باستيجار الاخر حتّى اوقعهما فى هذه الكلفه و الخساره فيضمن لها للغررى و من أنّهما مباشران بسبب الخساره و هى المقارنه لمقدرتهما على الاستعلام فصار التفريط منهما و لأنّهما اجيران للفعل الصحيح و لم يفعلاه ثمّ قال الأصحّ الأوّل و هو الذى قواه فى محكى الحواشى و مع صد و ربما توهم أنّ الجهل هنا كالجهد بالغبن

ص: ٢٨٤

و العيب عذر مانع عن التحفظ و ليس بشىء بل الجهل هنا كالجهد بمغصوبيه الطعام الذى يعرضه الغاصب على الجاهل فلا يترتب عليه سوى ضمان التّغيير و لا يوجب الخيار ثمّ ان ما سمعت من احتساب السنين سنه أنّما هو اذا كان الأقران فى جميع الصّيلوات حتى يكون ما اقترنا فيه من جنس واحد فلو اشتغلا دفعه بجنسين و مع اختلاف صلاتيهما بطلتا و لم يفرغ ذمه الميت من شىء و عليهما قضاء ما اجتمعا عليه من الصّيلوات كما لو صليا دفعه جماعه او فرادى هذا ظهر او هذا عصرا فان التفرغ لا يحصل بكلّ منهما لكونهما على خلاف الترتيب المقرّر شرعا و لا باحدهما لا بعينه لعدم وجوده و لا احدهما المعين لبطلان التّرجيح بلا- مرجح و لا- بهما معا كما كان ككك مع اتّحاد الجنس لعدم مطابقتهما للمأمور بها اذا لم يكن على الميت صلاه

مركبه من ظهر و عصر و ما ذكره المحقق الثاني من الفساد لعدم المطابقيه انما ينطبق على هذه الصورة لا مط و منه يظهر ان اطلاق العلامه الصيحه و احتساب السنين سنه واحده غير وجيه انه و انما يتجه لو اقتربنا في جميع الصلوات الى اخر السنه بان اقتربنا في الظهر و العصر و المغرب و العشاء و الصبح الى اخر السنه و لا فرق في الحكمين بين احتساب الصيحتين صلاه واحده مع اتحاد الجنس و عدم الاحتساب مع اختلافه بين وجوب الترتيب على الميت شرعا و عدمه فلو لم نقل بوجوب الترتيب في القضاء اميا مط او مع الجهل و كان الميت جاهلا فان الحكم في صورته الاقتران ايضا ما ذكرنا فلا يحسب للميت و لا لهما الا صلاه واحده مع الاتخاذ و مع الاختلاف لا يحسب شىء اما مع وجوب الترتيب فلما مر و اما مع عدمه فلعدم جواز المخالفه القطعيه ح لأن معنى عدم وجوب الترتيب عدم وجوب الاحتياط بالتكرار المذكور في بابه لا جواز المخالفه القطعيه اللازمه للاقتران و من هنا يظهر ان ما ذكره الفاضل غير مبني على وجوب مراعاة الترتيب في القضاء و ليس من فروعها لأن احتساب السنين سنه لا يتوقف على وجوب مراعاته بل لو فرض سقوط الترتيب عن الميت للجهل و استاجر الولي اجيرين بسنتين فصليا جماعه او فرادى متقارنين في جميع صلوات السنه لم تحسب للميت و لا لهما الا سنه واحده و عليهما قضاء سنه اخرى كما انه لا عيب له و لا لهما شىء لو اقتربنا في الصيحتين المختلفتين و انما يظهر الفرق بين وجوب الترتيب و عدمه في شىء اخر و هو الفساد بتقديم ما حقه التاخير على تقدير الوجوب فيفسدان معا فلو فرض علم الميت بالترتيب و علم الولي و علم الاجيرين بعلمهما فلا يجوز لهما اذا مخالفته بل يجب مراعاته عليهما و دعوى جواز المخالفه القطعيه في صورته الجهل بالترتيب غير ثابتة بل الظاهر ان مراد القوم بعدم وجوبه سقوط الاحتياط بالتكرار لا سقوط الترتيب راسا لأن دليل السقوط لا يساعده كما لا يخفى على من راجعه و تلخيص المقام و توضيح المرام هو ان الاقتران غير جائز سواء كان الترتيب واجبا على الميت أم لا لما فيه من المخالفه القطعيه فلو اقتربنا نوظر فيما اقتربنا فيه فان كانت من جنس واحد كما لو اجتمعا في ظهر او عصر احتسب للميت و لهما صلاه واحده من ذلك الجنس و ان كانت من جنسين بطلتا فالترتيب بهذا المعنى اعنى التحفظ عن الاقتران غير مبني على الترتيب المعتبر في قضاء الفوائت بل هو ثابت مط و جب الترتيب او سقط و انما المبني عليه الترتيب بمعنى اخر و هو الاشتغال بالاسبق فالاسبق اذا عرفت ذلك فاعلم ان مراعاة الترتيب في القضاء من الميت انما هو مع علمه بالترتيب و علم الولي فلو جهل فان كان مع العلم بعلم الميت فقد صرح بعض مشايخنا قده بوجوب التكرار لتحصيل الترتيب من باب المقدمه بعد كونه مكلفا بتفريغ ذمه الميت عما اشتغلت به و هو لا يعلم به من دون مراعاته و فيه تأمل اذ الظاهر كون الترتيب من قبيل

ص: ٢٨٥

الشروط التي يلاحظ فيها حال الفاعل لا المثوب عنه كالظهاره و التيمم و قد عرفت في المسأله السابقه ان ما كان كك لا يجب على المولى مراعاته بل العبره فيه بحال التائب لا الميت كالجهل و الاخفات و لا أقل من الشك فيرجع بعد عدم اطلاق ما دل على الترتيب في القضاء بحيث يتناول المقام الى الاصل مضافا الى ما في وجوب رعايه الترتيب عليه ح من العسر و الحرج الشديدين غالبا و ان كان بدون العلم بعلمه ففي وجوب الترتيب عليه ح من باب المقدمه نظرا الى كون الشك ايضا في المكلف و هو فوات الميت نذوراتها بين ما يحصل مط و ما يتوقف على الترتيب او عدم لأصالة البراءه وجهان أفواهما الثاني وفاقا لبعض مشايخنا قده و استظهره من العلماء من العبارة المتقدمه و الفخر و الشهيد و كل من قال بمثل ما قال الفاضل من وجوب قضاء نصف السنه على الاجيرين و اورد عليه بان هذا الفرع في عد انما هو في صورته علم الولي بالترتيب دون الجهل لأنه جعله من فروع الترتيب في الفوائت و من المعلوم ان الترتيب المعهود في الفوائت انما هو بالمعنى الاخير المذمى يتوقف على العلم

به فلا- وجه لتنزيل كلماتهم على ما نحن فيه و هو وجود الترتيب عليه مع الجهل بحال الميِّت و كيفيه فوائده قلت اشترط الترتيب بعلم النائب وليا كان او اجيرا اوّل الكلام و المسلم من الاشتراط أنّما هو علم الميِّت نفسه بالترتيب و اما علم القاضي عنه فقد عرفت أنّه محلّ نظر فلا- ظهور لعباره الفاضل في أنّ غرضه من الترتيب هو الترتيب بالمعنى الثاني فمن الجائز ان يكون مذهبه وجوب مراعاة الترتيب على القاضي من باب المقدمه مط علم بالترتيب أم لا بل لو سلّمنا أنّه لا يقول بوجوده عليه مع الجهل منعنا دلالة العبارة أيضا على فرضه المسأله في صورته علم الولي و الأ-جير بالترتيب لأنك عرفت أنّ الترتيب بالمعنى الاول اعنى المحافظه على عدم المقارنه واجب على القاضي و لو كان الميِّت المنوب عنه جاهلا بترتيب فوائده فرارا من المخالفه القطعيه كما مرّ و لم يذكر من فروع مراعاة الترتيب على الولي و الا-جير الا- فرع المقارنه و هذا مشترك الورود بين العلم و الجهل فمن اين علم أنّ مفروض كلام الفاضل أنّما هو صورته العلم بالترتيب دون الجهل بل ظاهر الاقتصار على هذا الفرع من بين الفروع و عدم التعرّض لسائر الصور مثل ما اذا اقترنا في مختلفى الجنس يشعر بان غرضه من الترتيب انما هو مجرد عدم التّقارن الذي لا يشترط بالعلم كما عرفت نعم ظاهر لفظ ترتب الفوائت في قوله وجب على الاجير الاثنيان على ترتب الفوائت هو الترتيب بالمعنى الثاني المعبر في القضاء لكن هذا الظهور قد يقال أنّه ليس باقوى من ظهور الاقتصار من صور مخالفه الترتيب على التّقارن الذي لا يشترط بالمعنى الاول و كيف كان فالأقوى في المسأله ما عرفت بقى الكلام في المقام الثاني اعنى به ما يتحقق المقارنه فنقول صرّح الشّهيد و غيره بأنّها تحصل بالاقتران في التّيه و لعلّ وجهه أنّ بدخول السابق لا يبقى امر بالصّلاه حتى ينوبها اللّاحق فتعيّن بطلان صلاحته و صحّه الاولى و فيه اولا- أنّ التّحقيق كون التّيه شرطا لا- جزءا بدليل جواز الأبطال قبل الاحراء و الاقتران لا يتحقق الا بالجزء الاول على هذا الوجه و ثانيا ان الاقتران في التّيه لا يعلم الا بالاقتران في الاحرام و لو كانت جزءا فيكون المدار عليه لا عليها و ثالثا أنّ الأمر بالصّلاه لا- يحصل الامتثال به قبل الفراغ فما لم يحصل الفراغ منها الامر بحاله دخل فيها أم لا فهى بعد دخول السابق كحال قبل الدّخول و ح يجوز للاخر الدّخول فيها و مقتضاه حصول التّقارن بالجزء الاخير خاصه دور الاول و دون جميع الاجزاء كما قد يتوهّم من أنّ الاجير في العبارة ان لم يعلم بوجود اجير اخر جاز له الاشتغال متى شاء و احتمال وجود اجير اخر و احتمال اتيانه و اشتغاله بمثل ما اشتغل به

ص: ٢٨٦

سابقا او مقارنا مدفوع بالاصل و اما لو علم بوجود اجير اخر فهل يجوز له الاشتغال مع الشّك في اشتغال الاخر بما اشتغل به عملا باصالتى الصّيحه و العدم او يجب عليه القطع بعدم الاشتغال قضاء الحقّ الشرطيه الترتيب و عدم نهوض الاصلين باثباته الا على القول بالاصل المثبت و جهان اقربهما الجواز لعدم وجوب تحصيل الترتيب على الاجير بعد اطلاق عقد الاجاره كما هو المفروض غايه الامر توقّف صحّه العباده في حقّه على عدم حمل الاخر سابقا او مقارنا و هو مقتضى الاصل و اما اصل الصّيحه فالتمسك به في المقام خطأ لان الكلام في صحّه العمل الّذى يريد الأجير أن يعمله لا في العمل الذي فعله الاخر و منه يظهر ان ردّها ببطلان الاصل المثبت كما صدر عن بعض أيضا ليس في محلّه فلا كراهه في الاستدلال بها و لا في الجواب عنها و اما المخالفه القطعيه الحاصله من اجراء كلّ منهما اصاله العدم فهو غير قاذح كما لا يقدر مخالفه العلم الإجمالى في واجدى المنى في الثوب المشترك كما لا يخفى نعم قد يقال باستصعاب الامر على الولي لأنّه مكلف بتفريغ ذمه الميِّت و مع المخالفه القطعيه لا- يحصل العلم بالفراغ و الفرق أنّ مخالفه العلم الإجمالى هنا في حقّ شخص واحد و في الاخيرين في حقّ شخصين فلا بدّ له من العلم بحصول الترتيب او من التفويض الى العدلين او العدول ثمّ اخبارهما بحصول الترتيب و لا يكفى التفويض الى العدل

لجواز اعتماده عند العمل على الاصل الغير الكافي في اثبات الترتيب في حق الولي اللهم الا ان يضم اليه اصاله الصيحه بناء على نهوضها باثبات الصيحه الواقعيه و هذا البحث يأتي في الوصي و الوكيل و غيرهما ممن يباشر امر الاموات فيجب عليهم أيضا تحصيل العلم او التفويض الى العدل و ربما يترتب لأجل ذلك فرد عليهم مالي فان ضمان الخطاء مع التفريط عليهم كما عرفت في ضمان الولي لكن لهم طريق الى الفرار عن ذلك بان لا يقبلوا الوصايه او الوكاله في الاستيجار تفريغ الذمه بل لنفس العباده و ليس للولي هذه المندوحه لأنه مكلف بتفريغ الذمه مباشره او تسيبا لو لم نقل بكون التسيب مسقطا لا فردا من الواجب المخير كما مر هذا فلنعد الى فروع الكتاب فنقول لو استاجر له حمل عشره أقفزه من صبره مثلا- فاعتبرها من حملها و كانت الافقره المحموله اكثر من عشره فاما ان يكون المعبر الوزان هو المستاجر او الموجر او الاجنبي بامر احدهما او بغير امر و على التقادير فباشر الحمل اما المعبر او غيره مع العلم بالزيادة او بدونه و صور المسأله اثنان و سبعون كما في لك و الكلام في الكل تاره في ضمان اجره الزيادة و اخرى في ضمان الدابه لو تلفت فان كان المعبر و المباشر كلاهما هو المستاجر لزمه اجره مثل الزيادة على المسمى لا اجره مثل المجموع على الاشهر خلافا للمحكى عن الأردبيلي قده فاستوجه ضمان اجره مثل المجموع و ربما تكون اضعاف المسمى من اجره الزيادة لأن المسمى انما كان العشره بشرط لا فاذا زيد عليها صارت غير المستاجر عليه فيستحق اجره المثل في المجموع فلو كان المسمى عشره دراهم و كانت الزيادة فقيرين و كان اجرتهما منفردين درهمن او منضمين و هي اربعه و استوضح ذلك في اجره الحبه وحدها و الخفه كك فأنه للأجره لكل حبه حبه في التغير و لجميع الحبوب اجره كثيره و حمل الاخبار الداله على اجره الزيادة خاصه كخبر ابي ولاد و خبر الصيقل و غيرهما و كلام الأصحاب على الغالب الذي هو ما لا يكون للاجتماع دخل في زياده الاجره ورد بعد مخالفته لظاهر النصوص و الأصحاب بان مفروض البحث ما لو كان الاستيجار للعشره لا- بشرط فلا تخرج عن استحقاق المستاجر لها ضم غيرها معها عصيانا او خطاء فلا وجه لاستحقاق الموجر اجره مثل المجموع و

ص: ٢٨٧

هي اربعه و عشرون في المثل المذكور بل له العشره المسماه و اجره الفقيرين منضمين و هي اربعه دون الاثني قلت و يمكن الفرق بين المقامات فان كان العدد المشروط في العقد منصرفا الى مالا يكون معه زائد أتجه مقاله الأردبيلي لكون الحمل ح مغايرا مبينا لما وقع عليه الاجاره و الا أتجه مقاله الاصحاب و لا يبعد تنزيل كلامهم على الغالب الذي لا انصراف فيه لكن قد يقال في صورته مغايره اجره المجموع لأجره الآحاد بالانصراف نظرا الى شهاده الحال و حمل كلام الاصحاب على غير تلك الصوره ليس ببعيد و اما الروايات فموردها التعدي في السير عن المكان الذي استوجرت الدابه اليه و بينه و بين بالحق به ينقذ احتمال الفرق نظرا الى مدخليه الاجتماع في الحمل غالبا دون السير و دعوى الاطلاق و عدم الانصراف مط حتى في الصوره المذكوره ضعيفه و بالجملة فالمدار على ما ذكرنا من الانصراف الى اعتبار عدم الزيادة قيда للحمل و عدمه و مدار الانصراف على مدخليه صفه الاجتماع و عدمها على احتمال قوي و لا فرق في الضمان بين تعمد المستاجر في الزيادة و خطائه لعدم الفرق في اسباب الضمان خصوصا الاتلاف بين العمد و الخطأ و في المسأله احتمال ثالث منقول عن المقنعه و الغنيه مدعي للإجماع عليه و هو استحقاق اجره الزائد بحساب ما استاجرها و حاصله اجره مثله منفردا لا منضمنا و حمل لضعفه و مخالفته للقاعده على صورته توافق المسمى و اجره المثل للغلبه هذا اذا كان مباشرا للحمل هو المستاجر أيضا و لو امر اجنيا بالحمل فان كان عالما بالزيادة الغير المستحقه كانت الخساره و الضمان عليه دون المستاجر تقديما للمباشر على السبب و ان كان جاهلا فعنه وجوه

احدها عدم ضمانه للغرر و هو المعروف المصرح به فى لك و غيره و ثانيها ضمانهما معا عملا بكل من السبب و المباشرة و ثالثها ضمانه خاصه و هو الاوفق بقاعده تقديم المباشر على السبب اذ اجتماعا و الغرور هنا غير مؤثر لعدم استناد الى عذر شرعى كما لو اقدم طعاما الى غيره بل نظير ما لو مر من لا يسمع دعواه الا بالبينه بذبح شاه مدعى لمليتها فان الضمان هنا على الذابح المغرور بقول الامر المدعى للملكيه فالاجنبى ليس له الاعتماد على قول المستاجر فى دعوى استحقاق الحمل كما ان لذابح الشاه لا يجوز الاعتماد على قول الامر مع عدم اليد نعم لو حصل له العلم من قوله كان معذورا فى الاثم خاصه دون الضمان و مثله الكلام لو امر الموجر الجاهل الا ان ضمان المستاجر هنا اقرب من ضمانه او امر الاجنبى لامكان القول باعتبار قول المستاجر و امره القائلون بعدم الضمان مع الجهل للغرور ترقى بعضهم هنا فاحتمل او قال بعدم الضمان لو دلس المستاجر على الموجر و لو لم يأمر بان هيا و جعله فى معرض الحمل حتى حملة الموجر و هو اشكل من الاصل الذى بنوا عليه كما لا يخفى و اشكل منه ما فى جواهر بعض مشايخنا فى صوره علم الموجر بالزيادة من ضمان المستاجر الاجره مط و لو لم يأمره بالحمل اجراء له مجرى المعاطات لأصالة احترام مال المسلم الا مع التبرع بعد عدم كون علمه بالزيادة دليلا على التبرع اذ فيه انا لا نقول بالتبرع بل لا نقول ان مجردا لتبرع غير كاف فى الضمان بل لا بد من اذن المستاجر فاذا لم باذن لم يكن عليه شىء نهى عن الحمل او سكت و ان اذن ضمن اجره الزيادة لان اذنه استيفاء منه للمنفعة فيجب عليه عوضها للموجر و لو كان جاهلا لعدم كونه تبرعا قطعيا و اما قيمه الدابة لو تلفت ففيها ما عرفت فى الاجنبى من الوجهين اذ لا فرق فى ضمانها بين كون المباشرة هو المباشرة او الاجنبى فان رجحنا المباشرة على السبب و هو اذن المستاجر فى الحمل ثبت الضمان فى الموضعين و الا فلا فظهر الفرق فى مباشر الحمل بين الموجر

ص: ٢٨٨

و الاجنبى فى ضمان خصوص اجره الزيادة فان المستاجر هن حالها اذا امر الموجر بالحمل و اما اذا امر الاجنبى ففى تسلط الموجر على الاجنبى المباشرة او المستاجر الوجهان فليتدبر فى المقام و لو كان المستاجر جاهلا بالزيادة بان اخطأ فى الكيل ثم امر الموجر او اجنبيا بالحمل فحمل جهلا فعلى ما اخترنا من ضمان المباشرة مع الغرور فهنا اولى و على قولهم بعدم الضمان للغرور يحتمل ضمانهما معا عمالا للسببين لمساواتهما فى الحمل الذى كان هو الوجه فى ضعف المباشرة ثمه و ضمان خصوص المباشرة ترجيحاً للمباشرة على التسبب للقوة و الاوّل اقرب و حيثما يضمن المستاجر اجره الزيادة ضمن أيضا الدابة ان تلفت نصا و فتوى و هل يضمن تمام القيمة كما هو المعروف المشهور او نصفها كما عن الارشاد وجهان أقواهما الاوّل و وجه الثانى ان الحمل بعضه مأذون فيه و بعضه غير مأذون فيه فيكون بمنزلة الجنائيتين المترتب عليهما التلف فى استناد التلف الى المجموع و اختصاص كل منهما بالنصف فاذا كان إحداهما مأذونا فيها لم يضمن الجانى الا نصف الدية و يضعف بان الحمل فعل واحد و هو غير مأذون فيه و ان كان بعض المحمول مستحقا عليه و ليس هنا حملان احدهما متعلق بالمستحق و الاخر متعلق بغيره حتى يكون نظير الجنائيتين اللتين هما فعلا مستقلان فى الوجود و التأثير مضافا الى الاجماع المحكى عن ف و الغنيه و التحرير و كره و ظواهر الاخبار الدالة على الضمان بالتعدى اذ المنساق منها ضمان تمام القيمة لا نصفها و لا القسط المتعلق بالزيادة بعد توزيع القيمة على المجموع كما احتمله فى لك نظرا الى استناد التلف الى حمل المجموع فلا ترجيح و لاستزام التضييف مساواه الزائد للناقص لأن هذا أيضا مبنى على تعدد الحمل و قد ظهر فسادة كيف و البناء على ملاحظه المحمول فى ذلك قاض بعد حمل واحد حمولا متعدده حسب عدد اجزاء المحمول و هو كما ترى فالمشهور هو المنصور هذا اذا اعتبرها المستاجر و ان اعتبرها

الموجر و حملها هو عالما بغير امر من المستاجر او امر اجنبيا بالحمل لم يضمن المستاجر اجره و لا قيمه كما هو واضح و ان كان الحامل هو المستاجر ففيه صور لأنّه اما عالم بالزيادة او جاهل و على التقديرين اما يحمل باذن الموجر او بدونه و على الثاني اما يصدر من الموجر ما يوجب غروره من الاعداد للحمل و جعله في معرضه اولا فان حمل جاهلا مع اذن الموجر فليس عليه شىء لان الاذن في الحمل اذن في الاتلاف و هو رافع لضمان الدّابه و اما الاجره فهو مبنى على كون امر الموجر ظاهرا في التبرّع و فيه تأمل و في كون الاعداد و التهيؤ للحمل حتى حمله المستاجر جهلا بمنزله الامر كما احتمله بعض مشايخنا اقلاله عن كره و لك على احتمال اشكال بل الظاهر العدم لان الغرور هنا ليس عذرا شرعيّا فلا وجه لعدم ضمانه خصوصا للأجره لعدم ما يقتضى بالتبرّع و ان حملها بلا اذن من الموجر و لا تهيؤ بل اعتمادا على استحقاق الحمل المشروط في العقد على الموجر فالمتجه ضمان الاجره لاحترام مال المسلم لأنّ حملها منفعه استوفاهما فيجب عليه اجرتها بل و ضمان الدابه لاستناد التّلف الى جهل حمل غير مرخص فيه و كونه جاهلا انما يرفع الاثم دون الضمان و مقتضى ما بنوا عليه من التعزير مع التهيؤ عدم ضمانه هنا لكونه مغرورا من الموجر المعبر اذ لو لم يثبت الغرور بتعمد الموجر بالزيادة سببا لغروره لعدوانه في الحمل ح و ان حمله عالما بالزيادة فان كان بامر من الموجر و اذنه فلا- اشكال في عدم ضمانه لما مرّ لكن عن مع صد أنّ في لزوم الاجره نظر و لعل وجهه قاعده الاحترام مع عدم صدور ما يقتضى سقوط الاحترام عن المالك الموجر سوى الامر المذمى هو اعتم من التبرّع مع امكان دعوى ظهوره في مثل المقام و لو بمساعده شهاده احوال المكارى في حمل الزيادة باجرتها غايه الامر جريانه مجرى المعاطاه

ص: ٢٨٩

بالقياس اليها و ان لم يكن بامرّه ضمن قولاً واحداً و كيف كان فحيث بحمل الموجر بغير اذن المستاجر لزمه ردّ الزيادة الى المكان الاوّل اذا اراده المستاجر و لو ردّها بغير اذنه لزمه الردّ الى المكان الثاني كما صرح به غير واحد من غير اشكال و لو كان المعبر اجنبياً لزمه اجره الزيادة و قيمه الدابه بلا- اشكال و لا- خلاف في بعض الاحوال و هو ان يكون اعتباره من دون اذن و توكيل من المتعاقدين مع مباشره الحمل من دون اذن أيضاً من غير فرق بين تعميده بالزيادة او خطائه في الكيل الا في الاثم و بانتفاء احد القيود يختلف الحال فان انتفى مباشره الحمل فان كان الحامل عالماً بالزيادة فليس على الاجنبى شىء لأنّ المباشر اقوى من السبب فان كان هو الموجر فلا يستحق شيئاً الا مع علم المستاجر أيضاً و امره له بالحمل او سكوته الكاشف عن الرضا الكافى في جريان حكم المعاطاه بالقياس الى اجره الزيادة على احد الوجهين او أقواهما كما مرّ و ان كان هو المستاجر فان كان عالماً فعليه اجره الزيادة للموجر مط و قيمه الدابه اذا حمل بغير اذنه للاتلاف و ليس له على الاجنبى شىء لقوّه المباشر و ربما احتمل ضمانهما معا لاجتماع السبب و المباشر و هو ضعيف و ان كان جاهلاً قال بعض مشايخنا قدّه وفاقا لمفتاح الكرامه فان اخبره الاجنبى كاذباً فهو كما لو تولاه الاجنبى بنفسه و الا فان عددنا الكيل للحمل غرورا ضمن و الا فلا قلت ليس كما تولاه الاجنبى اذ الظاهر سلطنه الموجر على المستاجر هنا اجره و قيمه لا على الاجنبى فكيف يكون كما لو تولاه الاجنبى بنفسه نعم في رجوع المستاجر بعد ما عزم للموجر الى الاجنبى لصيرورته مغرورا باخباره كذبا و جهان معلومان ممّا مضى أقواهما العدم لأنّ اخبار الاجنبى ليس حجه حتى يكون مفيداً في تحقق الغرور نعم لو كان مأذوناً في الكيل ثم اخبر امكن القول بالغرور هنا بناء على اعتبار قول الوكيل فيما و كل فيه و ممّا ذكرنا بظهور الحال فيما اذا حمله بغير امر و اخبار بل اغترارا بتدليس الاجنبى و تهيؤه نعم ما ذكره من عدم ضمان الاجنبى عند عدم الأمر و التّدليس متّجه و احتمال ضمانه أيضاً لغرور المستاجر كما قيل ضعيف لكن على مذاقه قدّه في التّدليس يجب الامتزام بما قيل من الغرور أيضاً و لو لم يدلّس كلّ ما ذكرنا اذا كان الاجنبى

عامدا عالما بالزّياده فلو كان مخطئا جاهلا فإن كان مباشرا للحمل عالما فالضمان عليه دون الاجنبى و ان كان جاهلا ففيه وجوه ضمانهما لاجتماع السبب و المباشر و ضمان المباشر خاصه لكونه اقوى و ضمان الاجنبى ككك لضعف المباشر بجهله اوسطها احسنها و لو كان الاجنبى مأذونا فى الكيل دون الحمل فيحمل بغير اذن منهما من اجره و قيمه و ان كان مأذونا فيهما منهما من دون علمهما بالزّياده فعن مجمع البرهان احتمالات احدها الضمان أيضا و ثانيها ضمان الاذن دونه فان كان الاذن منهما معا احتمل ضمانهما معا كما لو كانا هما المعترين و ضمان صاحب الدابه للأصل و ضمان صاحب الحمل اى المستاجر و اعترض عليه بعض مشايخنا قدّه بانه لا مدخلته للإذن فى الضمان لأنها معلقه بالمقدار المخصوص لا بالزّياده قلت اذا كان الاذن فى الكيل دون الحمل فالامر كما ذكره لكنه ليس داخلا فى مفروض كلام مجمع البرهان و اذا كان فيهما معا كان نظير خطأ الطيب و الاجير و الوكيل و نحوهم من المأذونين المخطئين و قد مرّ الكلام فيه فيما سبق و يأتى إن شاء الله فيما يأتى و لو اعتبر الموجر و المستاجر و معا حملا ككك ففى ضمان المستاجر الدابه و اجره المثل نظر كما فى جواهر الكلام قلت مقتضى القاعده ضمانه لتمام الاجره و نصف قيمه اما ضمانها فلاّ أنّ السبب فصل صادر منهما فهما شريكان فى السبب و هو الحمل كما اذا اشترك اثنان فى جنايه فانّ الضمان عليهما فعلى المستاجر نصف قيمه الدابه

ص: ٢٩٠

و اما ضمان الاجره فلا احترام مال المسلم مع عدم ما يقتضى بالتبرّع و لو كان بامر الموجر كما مرّ هذا اذا كانا جاهلين فلو كانا عالمين بالزّياده ففى الجواهر لا ضمان للقيمه و فى ضمان الاجره وجه قلت وجهه عندنا قاعده الاحترام كما مرّ و عنده كونه بمنزله المعاطاه بالنسبه الى الزّياده و اما ضمان القيمه ففيه تفصيل بين الاذن و عدمه فان شاركه المستاجر فى الحمل باذنه فالامر كما قال و ألّا ضمن نصف القيمه و الوجه ما عرفت و لو اعتبرنا معا و حمل المستاجر وحده ففى الجواهر أنّه كما لو اعتبر المستاجر وحده و حمل ككك و فيه انه ليس ككك لأنه لو استقل بالكيل و الحمل ضمن الاجره و القيمه مط بلا اشكال و اما اذا استقل بالحمل بغير اذن الموجر دون الكيل احتمل الفرق بين علمه فيضمن و بين جهله فلا يضمن لضعفه و غروره بجهله كما لو استقلّ الموجر بالاختيار و حمل المستاجر جاهلا فانّه وفاقا لغيره احتمل او قال فيه بعدم الضمان لغروره كما مرّ اذا الاشتراك فى الكيل كالاستقلال فيه فان كان جهل المستاجر سببا لغروره مع الاستقلال احتمل ان يكون ككك مع الاشتراك أيضا و الأقوى ما عرفت من الضمان فى الصورتين و لو اعتبرناها و حمل الموجر وحده ففى الجواهر أيضا أنّه ليس له شىء من اجره الزّياده و قيمه الدابه لا الاجره المسّماه و هو باطلاقه أيضا غير جيّد لأنه لو حمل باذن المستاجر استحق الاجره لقاعده الاحترام او لأنه بمنزله المعاطاه فى الزّياده بل و لو لم يأذن اذا كان الموجر جاهلا و هو عالم لما عرفت من قاعده الاحترام و اما القيمه فمع علم الموجر فلا اشكال فى عدم الضمان و اما مع الجهل و علم المستاجر احتمل الضمان لقوّه السبب بالنسبه الى المباشر على مذاقهم من الغرور فى نظائره و ان كان الصواب عدم الضمان لعدم تأثير الجهل و الاغترار فى رفع اثر مباشره باطلاقه كما مرّ غير مرّه ثم ان الحمل له معنيان احدهما وضع الطعام على ظهر الدابه من دون سوقها الى المقصد و الثانى الوضع مع السوق و المراد بالحمل فى المسائل المشار اليها هو الثانى لأنّ مجرد الوضع على ظهرها ليس من اسباب الضمان قطعاً لكن فى عد بعد ما قال مثل الماتن قال و لا فرق ان يتولّى الوضع من تولى الكيل او غيره فظاهره اراده المعنى الاول من الحمل فلا ينافى ما عرفت من الفرق مع المغايره فى الفروع المذكوره و لو اعتبر واحد و حمل اخر و ساق ثالث استخرج حكمه مما ذكرنا و ذكروا فى الفروع المذكوره و الله العالم

فلو اجره مسكنا ليحرز فيه او دكانا لبيح فيه آله محرمة او اخذ أجيرا ليحمل اليه مسكرا او جاريه للغناء او كاتباً لكتابه كلمه الكفر و كتب الضلال و نحوها لم يتفقد الاجاره لأنّ المحرم غير مملوك للموجر و من شرائط الإجاره مملكيه المنفعه و وجودها فكان على المص ذكرهما اولاً و لعلّه تركهما ثقّه بوضوح الحال او اعتماداً في هذا الشرط على الاجماع و الروايات و لو كان مقتضى القاعده الصّححه فعن الصادق ع في محكى يب بسند صحيح مجبور ضعفه لو كان بالعمل عن الرّجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال ع حرام اجره الخبر و من فقرات روايه تحف العقول فأمّا وجوه الحرام من وجوه الإجاره نظير ان يوجر نفسه على حمل ما يحرم اكله او شربه او يؤاجر نفسه في ضعفه ذلك الشىء او حفظه الى ان قال ع و كلّ امر نهى عنه من جهه من الجهات فمحرم على الإنسان اجاره نفسه فيه اوله او شىء منه اوله اه مضافاً الى فحوى اخبار حرمه بيع العنب لعمل الخمر لان متعلق العقد فى البيع هو العين و أنّما المحرم غايته و متعلق الإجاره نفس العمل او المنفعه المحرمين و لذا جعلنا الفساد هنا مقتضى القاعده الاولى نظراً الى عدم كون المحرم ملك الموجر فيدلّ الاخبار الوارده هناك على الفساد هنا و قد يستدلّ بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل* و فيه ضعف و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما فى

ص: ٢٩١

مفتاح الكرامه حيث قال بعد استظهار دعوى الاجماع من جماعه و لا اجد ذلك يعنى الاستيجار للعمل المحرم فى اخبارنا نعم يستفاد ذلك من خبر جابر اراد به الروايه المذكوره ضروره كونه مصرحاً به فى روايه تحف العقول و لعلّه لم يعتبر بها و ربما قيل كما عن ابى حنيفه و الشافعى و عن الشّهديد نسبته الى ابن المتوّج و لم ينقل موافق من اصحابنا بالتّحريم و انعقاد الاجاره لإمكان الانتفاع فى غير المحرم استنباط الى عدم التنافى بين حرمه المنفعه و صحّحه الاجاره و هذا القول مخصوص باجاره نحو الدار فى الاجير لا- خلافاً منقول من العامه او الخاصه و الأدلّه المذكوره حجّه على ابن المتوّج و امّا ابو حنيفه و الشافعى فيردهما الوجه الأوّل من عدم كون المحرم داخلاً- فى ملك الموجر فكيف يملكه غيره و هنا سؤال و هو ان القوم ذكروا أنّه يجوز استعمال الدابه فى مكان اخر مغاير لما استوجرت له مع المماثله و استعمال الارض ككك و اى فرق بينه و بين المقام قيل يمكن الفرق بان التعين هناك من قبيل الداعى و هنا من قبيل الشّروط و فيه مع كونه مصادره ان العرف يشهد بعكسه مع أنّ بعضهم حكم بالفساد و لو أطلق و لم يشترط اذا علم ان المستاجر يستعمله فى المحرم و التحقيق أنّ التّعويل فى المسأله على الاجماع و الاخبار فهى الفارق دون القاعده القاضيه بالصّححه فى المقامين و الاستدلال على الفساد بالوجه الأوّل على ما قرّرنا لا تخلو عن شىء خصوصاً عند من يقول بالفساد و ان لم يشترط اذا علم بان المستاجر يستعمله فى المعصيه اذ لا وجه للفساد سوى الادلّه المشار اليها و يتفرع على الوجهين ما لو غصبه غاصب فاستعمله فى المحرم فعلى الوجه الأوّل لا يضمن قيمه المنفعه المستوفاه لعدم كونها ملكاً لصاحبه و على الثّانى يضمنها و تظهر الثّمرة فيما لو كانت اعلى القيم و كيف كان فلا اشكال فى الفساد مع اشتراط المنفعه المحرمه او على الثّانى عليه و لو لم يشترط فى ضمن العقد و اذا اتفقت الأمر أنّ الموجر باستعماله فى المحرمه فمقتضى القاعده الصّححه سواء قصد الاعانه بان يكون الداعى هو الاستعمال فى المحرم أم لا- خلافاً للمحكى عن الأردبيلى و صاحب الرّياض فمنعنا لاستلزام الجواز الاعانه على الاثم المحرم كتاباً و سنّه و اجماعاً و اختصاص المجوزه على تقدير سلامتها عن الطّعن بالبيع صارفه و لا وجه للتعدّى غير القياس المحرم و اجيب بأنّه إنّما يتم مع قصد الإعانه و الّا فالادلّه قاضيه بالصّححه و لا حاجه الى التّصوص المجوّزه الوارده فى البيع مع وضوح تنقيح المناط بناء منهم على كون الإجاره كالبيع و

الاجره كالثمن كما صرح به العلامة وغيره في مسأله اشتراط التّعين في الاجره و في مقامات عديده اخر و قد استقرب السّيره على بيع المطاعم و المشارب للكفار و العصاه في شهر رمضان مع العلم بأنّهم يأكلون و على بيعهم بساتين العنب و التّمثيل مع العلم العادى بجعل بعضه خمرا و على معامله الملوک فيما يعلمون صرفه في الظلم و الاشر و البطر و الباطل و تقويه الجند على انا قد ندعى عدم حصول العلم اليقيني الا نادرا بل على تقدير حصوله لا يكون باعثا على التّحريم في غير الدماء و الأعراض و ان وجب النّهي عن المنكر مع شرائطه و نعم ما قال في مكاسب مع صد من أنّه لو تمّ هذا القول لنفي اكثر معاملات النّاس انتهى قلت و في بعض ما ذكره نظر الا انّ الحكم بالصّححه مع عدم قصد المعاونه اقرب من غير حاجه الى التعلّق بما جاء في خصوص البيع حتّى يرد أنّه قياس كما ذكره الأردبيلي و صاحب الرّياض على ما نقل عنهما لعموم الأدلّه و عدم ما يوجب تخصيصها مضافا الى اعتضاها بجوازها في البيع على ما اعترف به و الله العالم و هل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه قيل نعم و القائل ابن ادريس على ما في لك و فيه تردّد للمص و عن الشّيخ و جماعه المنع منه معلّين ذلك بان ذلك يمكن استفادته

ص: ٢٩٢

بدون اذن المالك كالاستظلال بحائطه بدون اذنه و اختار في لك قول ابن ادريس الا اذا توقّف الاستفاده على الدّخول في ملكه او التصرّف فيه فيجوزح لعدم المانع و تحقيق الحال في هذه المسأله و نظائرها يطلب ممّا اسلفنا في استيجار الدّرهم و الدّينار فراجع

الشّروط السادسة ان تكون المنفعه مقدورا على تسليمها

اشاره

فلو اجر عبدا آبقا لم تصحّ و لو ضمّ اليه شىء و فيه تردّد و اعلم انّ من شروط صحّحه البيع و الإجاره و نحوهما من المعاوضات القدره على تسليم العوضين اتّفاقا من العامه و الخاصه الا الفاضل القطيفي قدّم معاصر المحقق الثّاني فمنع عن ذلك و عبارته المحكيه عن إيضاح النّافع ليس صريحا في الخروج عن الجمع عليه لإمكان حملها على ما قال بصحّحه غير واحد من صور المسأله مثل ما يحتمل فيه امكان التّسليم و زوال التّعذر او ما ينتفع به او ما ينتفع به مع عدم القدره و توضيح المقام انّ المراد بالقدره المجمع عليها ليس هو القدره في زمان العقد او بعده متّصلا او غير متّصل بل ما لا يقدر على تسليمه و لو بعد حين بدليل صحّحه بيع الغائب حالا و سلما و بيع الثّمرة اجماعا ثم المتعذّر التّسليم كك اما ان يترتّب على ملكه عرض كعتق و صدقه و نحوهما اولا كالطّير في الهواء و السّيمك في الماء المملوكين و نحوهما ممّا لا يرجى عوده ابد من اقسام الضّال و الضّاله و المغصوب و المجحود و المحال بينه و بين مالكة بعرق و دفن و المسروق و نحوهما فان كان الثّاني فلا اشكال في فساده لا للنّهي عن الغرر بل لكونه سفها خارجا عن مقاصد العقلاء و اما الأوّل فالمعروف أيضا الفساد للإجماعات المستفيضة و النّبوى النّاهى عن الغرر المقبول بين الفريقين و فحوى ما جاء في الآبق من الفساد و في الكلّ نظر للمنع عن دخوله تحت الإجماعات بعد اشمال بعضها و جل الفتاوى على التّمثيل بالطّير في الهواء و السّيمك في الماء مضافا الى ما في الاعتماد على الإجماع المنقول وحده اذا لم يساعده الدّليل من النّظر و كذا دخوله تحت الغرر المنهى لادن الغرر امّا بمعنى الخطر او بمعنى سببه اى الجهاله و مع علم المشتري بالحال و قصده التوسّيل الى الغرض الغير الموقوف على التّسليم كالتعتق و الصّيدقه لا خطر و لا جهاله خصوصا مع قلّه الثّمن فلم يبق سوى القياس بالآبق و دعوى سلت المال عرفا عن غير المقدور و لو انتفع به انتفاعا كالتعتق و نحوه ممنوعه و لو

سلم امكن منع توقّف صحّه العقد على كونه مالا- عرفا اذا كان باقيا في ملك المالك و تضمين قيمه الحيلولة لا- يدلّ على الدّعى المذكوره كما يظهر بالتأمل فالأقرب الصّححه لو لم يكن مخالفا للإجماع نعم يمكن ان يستدلّ على اشتراط القدره بما فى بعض الصّحاح عن الصادق ع قال لا- باس ان يشتري الطّعام و ليس عند حاجه صاحبه حالا و الى اجل الا ان يكون مبيعا لا يوجد مثل البطيخ و العنب فى غير زمانه فانه لا ينبغى شراء ذلك حالا بناء على انحصار وجه عدم جواز بيعه فى عدم القدره و فيه بعد الغضّ عن ظهور لا ينبغى فى الجواز لأنّ بيعه حالا لا فائده فيه فيكون من القسم الاوّل لا من القسم الثّانى الذى فيه فائده هذا كلّه مع العلم بعدم القدره و لو جهلت فان وثق بحصولها كالطّائر الذى يعود عاده فلا اشكال فى صحّته بل لا خلاف الا من الفاضل فى محكى نهايه الأحكام فاحتمل الفساد لا تنفاه القدره على التسليم فعلا و ان عود الطّائر غير موثوق به اذ ليس له عقل باعث و ضعفه ظاهر لو اراد البحث الكبروى دون الصّغرى و عن ابن الجنيد أيضا المنع الا مع شرط الضّمان على البائع و ان لم يكن وثوق بحصولها ففى صحّته خلاف و اشكال عن الادلّه الثلاثه المذكوره و من الاجوبه المشار اليها فانها آتية هنا حرفا بحرف الثّانى و هو النّهى عن الغرر ضروره شموله لما نحن فيه بكلّ من المعنيين لأنّ الاقدام على مثل هذا المعامله خطر و المبيع مجهول حصوله و دخوله تحت يد المشتري فيكون غررا اذ لا فرق فى الجهاله

ص: ٢٩٣

بين تعلقها بصفات العوضين او بحصولهما كما صرح به الشّهدى فى محكى قواعده و غيره بل الجهل بالحصول اولى بالمنع و ما قيل من اختصاص الضّرر بمجهول الصّفه كصبره لا يعلم وزنها او ثوب لا يعلم مزرعه فقول بلا دليل فى مقابل ما جاء فى تفسيره فى الاثر و الجبر مضافا الى تصريح مثل الشّهدى و غيره بخلاف و ان حكى عنه فى شرح الإرشاد ما يقضى بعدم تحقّق الغرر فى مجهول الحصول حيث نقل فى مسأله تعيين الأثمان بالتعيين عن اتصافه المنع استنادا الى الغرر المخل اذ قد لا يتعقّب التعيين و قد يظهر المعين مستحقا للغير فيكون غررا ثم اجاب عنه بان الغرر ما وبخ عليه عند العقلاء و الاحتمال المذكور لا يخطر ببال احد فكيف يكون غررا لكن لا- بدّ من توجيهه و حملة على ما لا ينافى ما عليه جلّ الفقهاء من الاستناد فى فساد العقد على مجهول الصّفه الى الغرر النّهى بل عن قواعد الشّهدى انحصار الغرر فى مجهول الحصول و سلب الغرر عن مجهول الصّفه و هذا مثل ما فى شرح الارشاد له من الضّعف و الخروج عن مذاق العامّه و الخاصّه فى المعاوضات فمقتضى النّهى عن الغرر فساد العقد على غير موثوق الحصول من غير المقدور فعلا و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من انّ الاقدام على شراء شىء ثمين غير معلوم الحصول بضمن بخس قليل رجاء للظفر به ممّا عليه قاطبه العقلاء فكيف يكون خطرا او غررا منهتيا عنه وجه الظهور بعد النقض بشراء مجهول الصّفه كما او كيفا الممنوع اتفاقا فى العوضين و ما فى حكمهما كالمحل و الشروط على الاشهر انّ المخاطره حكمه فى النّهى عن الغرر و هى سدّ باب التّشاجر و التّنازع بين المتعاقدين و ليست بعلة و هذه الدّعى و ان كانت بنفسها منافية للوصف العيونى الملحوظ فى النّهى عن الغرر الا انّ بناء العامّه و الخاصّه على فهم الحكمه حيث اتفقوا على اشتراط التعيين بالرّؤيه او بالوصف او بغيرهما من وجوه التّمييز و المعرفه شاهد عليها مضافا الى اطلاقات الاجماع و اخبار بيع الآبق وحده و اجاب بعض مشايخنا قده عن الإجماعات بانّ الظاهر او القدر المتيقّن منها كون العجز مانعا لا كون القدره شرطا بدليل اختلاف مشرطى القدره فى جواز بيع مجهول الحصول من الضّال و الضّاله و المغصوب و نحوها و فيه اولا انّ القدره و العجز ليسا من المتضادين المتقابلين بل من المتناقضين اذ العجز عدم القدره و ثانيا انّ عباراتهم صريحه فى اشتراط القدره بحيث لا يقبل التاويل فكيف يحمل على كون المعجز مانعا و اما اختلافهم فى صحّحه بيع الضّال فانّما هو لعدم العلم بفقدان الشّرط اذا القدره عباره عن القدره

الواقعيه و مع احتمالها لا- يمكن الحكم بالفساد بتا الّا بدليل اخر كعموم النهى عن الغرر كما لا يمكن بالصّحّه أيضا نظرا الى العمومات اذ الشّبّهه موضوعيّة لا بدّ فيها من الرجوع الى غيرها فمن حكم بصّحّه بيع الضّال و الضّاله و نحوهما فأنّما حكم بمنع اشتراط القدره مط حتى فيما لا- يرجع الى السّيّفه لا- لأنّ العجز مانع و من قال بفساده فأنّما اعتمد على النهى عن الغرر بعد المساعده على عدم اشتراط القدره و ثالثا ان مقتضى الاصل العجز عند الشّك لأنّه امر عدمى اعنى عدم القدره كما عرفت فمقتضى القاعدة على هذا المبني أيضا الفساد دون الصّحّه فكيف يستند اليه فكلّ من المبني و البناء اضعف و اوهن من الاخر فالاقرب وفاقا للجل فساد العقد على مجهول الحصول كمتعدّره لكن هذا للسّيّفه و ذاك للغرر و قد يستدلّ للصّحّه بما عن العلّامه و الشّهيد القائلين بالصّحّه في عد و كره و اللمعه قال الاوّل أنّه ان اسقط المشتري حقّ الانفساخ بالتلف قبل القبض كان العقد لازما و لو تعدّر و ان لم يسقطه الفسخ العقد لو تعدّر و الّا فلا و قال الثّاني ان الغرر محبور بخيار تعدّر التسليم لو تعدّر و الّا فلا حرز وجه الاستدلال بعد المساعده على كون مجهول الصّفه غررا

ص: ٢٩٤

فى نفسه أنّ مع ملاحظه قاعده التّلف قبل القبض كما هو مبني الاوّل او قاعده خيار تعدّر التسليم كما هو مبني الثّاني ينتفى موضوع الغرر و اجيب بان المدار فى صدقه على العرف مع قطع النّظر عن الحكم الشرعى فلا وجه لمنع صدق الغرر بملاحظه القاعدتين قال شيخنا الاستاد قدّه و هو مبنيّ على كون الغرر علّه النهى لا حكمه و عليه لا يصفو الجواب عن كدوره الاشكال كما لا يخفى و الصّواب ما عرفت من كونه علّه فبعد اسراء الحكم الى مالا يعد غررا بدون ملاحظه الحكم فكيف عمّا يتوقّف خروجه عن الغرر على ملاحظته و لا- يخفى ان ما عن كره من لزوم العقد مع تعدّر التسليم اذا اسقط المشتري حقّ الانفساخ الطّاهر أنّه من متفرداته و لم نجده لغيره بل الطّاهر ان الانفساخ بالتلف قبل القبض عندهم معدود من الأحكام لا من الحقوق القابله للإسقاط كالخيار ثمّ على تقدير جواز العقد على مجهول الحصول استثنى منه بيع الآبق و الآبقه بلا خلاف الا من بعض مشايخنا قدّه للأخبار فيهما خاصّه ففى مصحّحه الخامس الوارده فى الثّاني لا يصلح شرائها الّا ان يشتري منهم ثوبا او متاعا فتقول اشترى منكم جاريتكم فلانه بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز و فى موثقه سماعه الوارده فى الاوّل لا يصلح الّا ان يشتري معه شيئا فتقول اشترى منك هذا الشىء و عبدك بكذا و كذا فان لم تقدر على العبد كان الذى نفذه فيما اشترى معه و ظاهرهما و لو بملاحظه الغالب الاختصاص بصوره رجاء الظّفر به فالمايوس منه عاده خارج عنهما كما أنّ ظاهرهما الفساد منجزا و قال بعض مشايخنا قدّه بالصّحّه مترزلا مراعى بامكان التسليم نظرا الى ما عرفت من الادلّه بعد منع ظهور كلام الأصحاب فى الفساد الفعلى و انت خبير بضعفه فى النّص و لو سلم عدم ظهور الفتاوى خصوصا الثّاني فأنّه صريح فى صورته الرّجاء الّا ان يمنع عدم ظهور نفى الصّحّه لاح فى الفساد و اضعف منه احتمال صحّته على وجه اللّزوم اذا اشترط سقوط الخيار مع تعدّر التسليم نعم لو قلنا باشتراط القدره واقعا و منعنا كونه غررا امكن القول بالتزلزل فى اصل الصّحّه كتزلزل عقد الفضولى فيكون انتقال العبد الى المشتري فى الواقع مراعى بامكان التسليم كما عن الابى فى صورته الصّميمه لأنّ غايه ما يستفاد من النّص عدم الصّحّه لا فى الطّاهر و لا فى الواقع و كيف كان فالمايوس منه عاده غير واضح الدّخول فى النصين فهل يرجع فيه ح الى القاعدة او يلحق فى الفساد بالمرجو أظهرهما اللاحق فلا يصحّ بيعه وحده لغرض العتق للنّص لا للقاعده ثمّ أنّ وقوع تمام الثّمن بازاء الصّميمه على تقدير عدم القدره على التسليم يحتمل وجوها ثلاثه احدها ان يكون العقد بالقياس الى الآبق مترزلا كتزلزل عقد الفضولى قبل الإجازة على الكشف فيكون انتقال العبد الى المشتري غير معلوم الّا بالتسليم فان حصل و الّا بطل راسا و هذا محكى عن الابى

خاصه و مقتضاه تقسيط الثمن عقلا- لأنه قضيه المعاوضه فوقع الثمن بازاء الضميمة على تقدير العجز جمع بين العوض و المعوض و هو دليل على فساد اذ الحكم العقلي لا يقبل التخصيص الا ان الابي ره كأنه يقول اذا تعدر التسليم كشف ذلك عن كون مقابل الثمن هي الضميمة فلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ح و هو حسن لكنه خلاف ما قصده المتبايعان فلا بد ان يكون حكما تعديدا شرعيا مرجعه الى جعل هذا العقد سببا شرعيا من دون تطبيقه على قاعده المعاوضه بيعا او غيره فيكون كالصلح القهري داخلا في باب الاحكام دون العقود و هو كما ترى مضافا الى ما في كون هذا العقد على تقدير التسليم معاوضه حقيقيه و على فرض تعدره معاوضه حكميه من البعيد الذي لا يرضى به الفقيه الا بعد عدم محمل اخر للحكم المذكور او يقول بالابهام في مقابل الثمن لدورانه بين الآبق مع الضميمة

ص: ٢٩٥

شظرا او شرطاً و بين نفس الضميمة و هو اقرب بالمعاوضه من الاول اذ لا ضير فيه سوى الالتزام بالابهام و عدم تعيين المثلن نظير الابهام في العمل في مسأله الدرز و الدرزين في الاستيجار في الخياطه لكنه أيضا على ما قصد البائع و المشتري و يظهر الثمره بين الوجهين في اعتبار المجانسه اذا باعه او اجره منضمما الى شىء اخر كما ستعرف إن شاء الله و ثانيها ان يكون تعدر سببا للانفساخ بعد انعقاده صحيحا من باب التلف قبل القبض و هذا مثل الاول في اقتضاء التقسيط و أما الفرق بينهما في كون التعدر سبب الانفساخ من رأسه بعد انعقاده صحيحا في الواقع من غير تزلزل في الثاني و كاشفا عن لغويته و عدم تأثيره في الاول و يظهر الثمره في التصرفات الملكيه قبل الياس كالعتق و البيع مع الضميمة و نحوهما فيجوز على الثاني دون الاول و هذا الوجه خيره شيخنا الاستاد قدّه و مرجعه الى ارتكاب التخصيص في قاعده التلف قبل القبض في المقام بالخبرين و هو مبنى على كون التعدر بمنزله التلف و ثالثها ان يكون التعدر سببا للخيار بالنسبه الى العبد دون الانفساخ لعدم كونه تلفا حقيقيا فلو لا الخيار كان المشتري مخيرا بين الفسخ و الامضاء لكن لما اقدم على شرائه و هو آبق رفع الشارح خياره و هو خيره بعض مشايخنا قدّه و عزاه الى المحقق الثاني و غيره حيث حكموا بانتقال العبد الى المشتري بحضه من الثمن و يحتمل ارجاعه الى الوجه الثاني فلا بد من المراجعته الى كلامهم و يظهر الفرق و الثمره بينه و بين الوجه الاول بما ظهرا بينه و بين الوجه الثاني و اما الفرق بينه و بين الثاني فهو كما عرفت في الفسخ و الانفساخ و الثمره تظهر فيما لو تعدر الضميمة بعد الياس فعلى هذا الوجه يفسخ العقد في الضميمة و يبقى له خيار التبعض و خيار تعدر التسليم في الآبق و على الوجه الثاني يفسخ مط فيه و في الضميمة لا بتناؤه على كون التعدر كالتلف هذا اذا تعدرت الضميمة بعد الياس عن تسليم الآبق و لو تعدرت قبله ففي كتاب شيخنا الأستاذ قدّه ان في انفساخ العقد تبعا للضميمة او بقاءه على ما يقابله من الثمن وجهان من ان العقد على الضميمة اذا جاز كان لم يكن تبعه العقد على الآبق لأنه كان سببا لصحته و من انه كان تابعا له في الحدوث فاذا حدث تحقق تملك المشتري اللابق و اللآزم من صيروره العقد بالنسبه الى الضميمة كان لم يكن انحلال العقد بالقياس اليه لا- بالقياس الى الآبق ثم قال لكن ظاهر النص ان الآبق لا يقابل بجزء من الثمن و لا- يوزع له شىء منه ابدا و تبعه في ذلك غيره قلت الوجه الثاني لا محصل له اذ ليس الكلام في زوال ملك المشتري عن الآبق بتلف الضميمة فأنه مبنى على كون الياس سببا للفسخ او الانفساخ كما عرفت بل في رجوع المشتري الى البائع بحصته من الثمن و هذا مقطوع بفساده لا يحتمل الوجهين لأنه اذا لم يرجع اليه شىء مع الياس فكيف يرجع اليه به قبله فليس في المقام الا وجه واحد بالنسبه الى الرجوع الى مقابله من الثمن و هو في العدم و اما زوال الملك من الآبق فلا دخل لتلف الضميمة فيه ابدا بل هو مبنى على الفسخ و الانفساخ كما عرفت من ان تعدر التسليم من اسباب الخيار لا من اسباب الانفساخ فالياس عن

الآبق بمقتضى القاعده خارج عن مجرى قاعده التلّف قبل القبض و الّا لم يبق لخيار التعدّر محلّ و التعدّر السابق على العقد او المقارن لو لم يكن اولى لعدم كونه بمنزله التلّف قبل القبض فلا- أقلّ من التساوى فالأظهر ارتكاب التخصيص فى خيار تعدّر التسليم لا فى قاعده الانفساخ بالتلّف قبل القبض فظهر أنّ وقوع الثمن فى مقابل الضميمة لو تعدّر تسليم الآبق المرجو الحصول حكم مخالف للأصول و القواعد لا يأتى فى غيره و لا فى غير المبيع كالإجاره و نحوها و اما الحكم بصحّه المبيع و معها فساده بدونها فيحتمل ان يكون تخصيصا فى

ص: ٢٩٦

اشترط القدره بناء على استناد فساد بيعه متفرّدا الى انتفائها فيكون حكما مخالفا للقاعده مقصورا على مورده فلا يأتى فى بيع الضال مع الضميمة و لا فى اجاره الآبق او الصّليح عليه ككك الا بتنقيح المناط و يحتمل ان يكون وجود الضميمة سببا لخروجه عن الغرر كما ادّعا بعض بناء على كون فساد بيعه منفردا مسندا اليه لا الى انتفاء القدره و قضيه ذلك التّعدى الى غير الآبق و الى غير البيع الّا ان يمنع ذلك و يدعى التّخصيص أيضا بدعوى عدم ارتفاع الغرر بسببها كما ادّعا اخر فاللّازم أيضا عدم التّعدى عن مورده اذا عرفت ذلك فاعلم ان الشّهد و جماعه منهم المصنف و العلّامه فى جمله من كتبه حكموا بفساد اجاره الآبق منفردا لا- منضمّا بين قائل بالصّحّه كالشّهد و الأردبيلى و متردّد كالمص و العلّامه و هو مبنى على الوجه الثانى كما لا يخفى اذ على الوجه الاول لزم القول بالفساد و كذا على الاحتمال الاخير فى الوجه الثانى اللّهمّ الّا ان يكون نظرهم الى فهم المناط جزما او تردّدا او نحن اوضحنا الحال و شرحنا المقال و استدللّ الشّهد على صحّه اجارته مع الضميمة بالاولويه لأنّ لأنّ الاجاره تتحمّل من الغرر ما لا- يتحمّل البيع و منعه فى مفتاح الكرامه وفاقا للمتردّدين و الانصاف أنّ الحاقها بالبيع قريب لما عرفت و اما فى الحاق الصّليح به منفردا و منضمّا و جهان بل قولان من عمومات الصّليح و التوسّع فيه و احتمالها للجهاله عند تعدّر العلم بالمصالح عنه او مط بخلاف البيع مع اختصاص نهى الغرر بالبيع و من أنّ الدائر على السنه الفقهاء نفى الغرر فى مطلق المعاوضات كالإجاره و المزارعه و المساقات بل فى غير المعاوضات كالوكاله و المهر معما روى مرسلا فى كتب الاصحاب من النّهى عن الغرر مط و عن بعض الاساطين اللاحق بالبيع فيما هو مبنى على المسامحه و هو على تقدير صحّته لا يصحّ فى المستثنى و الظاهر أنّه اراد خصوص المستثنى منه اعنى اشترط القدره فى صحّه العقد ففسد الصّليح و اما المستثنى فلا يلحق به مع الضميمة بل يبقى على اصله من الفساد و عن ذلك فى رهن ما لا يقدر على تسليمه جواز الصّليح عليه على القول بعدم اشترط القبض فى فى الرهن و قيل ان القدره شرط فى كلّ عقد مقصود منه التكبّ لا مط و فرع عليه خروجه عوض الخلع و المهر و النّكاح و الصّليح و فيه بعد التّفصيص بالوكاله و المهر ان الصّليح القائم مقام البيع و الإجاره و نحوهما من المعاوضات مقصود منه التكبّ فيرجع فيه الى التّفصيل عن بعض الاساطين و التحقيق أنّ اللابق حكما مخالفا للأصول من جهتين إحداهما الصّحّه مع الضميمة و الاخرى عدم التقييد لو لم يقدر عليه و التّعدى فى الاولى ليس مثله فى الثانيه و التّفكيك بينهما ركيك جدّا و اثبات للمطابقه بدون الالتزام تحكما فالأصحّ المنع و الرجوع الى القاعده بقى الكلام فى الإشاره الإجماليه الى بعض المسائل و الفروع المفصّله المذكوره فى بابها منها لو تلف الآبق قبل الياس ففى ذهابه على المشتري اشكال من اختصاص النصّ بصوره الياس عن التسليم مع وجوده فيرجع فى غيرها الى قاعده التلّف قبل القبض للقاضييه بذهابه على البائع و و من أنّ المناط هو عدم وصوله الى المشتري و هو موجود فى صورته التلّف و لا- خصوصيه لاستناده الى العجز عن الظفر به مع الوجود و هو الاظهر و يضعف الاول بانّ التمسّيك بالعمومات و القواعد فى الشّبّهات المصدقيه غير صحيح على الأصحّ فاذا علمنا من النصّ أنّ مخالفه قاعده التلّف قبل القبض

موقفه على ان يكون غير مقدور التسليم في علم الله فقبل تحقق العجز والياس لا- يمكن مخالفتها ولا موافقتها بل لا بد من الرجوع الى استصحاب بقاء ملك البائع للثمن فيكون ذهابه أيضا على المشتري ومنها ما لو اتلفت الضميمة قبل القبض فان كان بعد وصول الآبق بيد المشتري فالعقد بالنسبة اليه بحاله فليس

ص: ٢٩٧

للمشتري الرجوع بما قبله من الثمن الا بعد الفسخ بتبعض الصفقه وكذا لو وصل بيد البائع او قبله المشتري وما هو في حكم وصوله اليه وان كان قبل الوصول وقبل الياس ففي بقاء العقد بحاله بالنسبة اليه او انفساخه كالضميمة وجهان من ان الضميمة كانت مصححة للعقد عليه فاذا بطلت بطلت و من انها كانت عله محدثه لا مبقية فاذا وجد العقد صحيحا وجب الاخذ بمقتضاه ولا أقل من استصحاب حكم العقد بالقياس اليه الا ان الظاهر من النص والفتوى عدم صلاحية الآبق للمقابل بالمال وان صح العقد عليه مع الضميمة ولازمه الانفساخ فيه بعد تلفها كذا في كتاب الاستاد قدّه وفيه ان الاستفادة من النص عدم مقابلته بشيء من الثمن على تقدير الياس من التسليم لا مط قبله يبقى العقد مترزلا فان قدر على تسليمه نفذ فيه العقد بحصته من الثمن فلا رجوع للمشتري على البائع لها بل بحصه الضميمة خاصه نعم له خيار التبعض كما لو تلف بعد وصوله الى المشتري هذا معما عرفت من عدم كون تعذر التسليم سببا للانفساخ بل الفسخ فله الاخذ بخياره لكن تفاوت بينهما في المسأله بل على مذهب الآبي أيضا يبقى العقد بالنسبة الى الآبق مترزلا ومنها لو ظهر في الآبق عيب قيل للمشتري الاخذ بارشه وهو حق على قول الاكثر ولا ينافيه الانفساخ او الفسخ على تقدير تحقق الياس عن التسليم لأنهما غير منافيين لصحة العقد ونفوذ بالنسبة اليه قبله فليترتب عليه احكامه ما لم يتبين الحال نعم على قول الآبي ليس له الأخذ بالارش لان صحته غير معلومه في حال الجهل بالحصول فكيف يأخذ الارش الذي هو من احكام العقد الصحيح نعم يمكن اخذه بعنوان مردد بين الارش واسترداد الثمن لفساد العقد لأنه جزء منه كما ثبت في محله ومنها لو زوج امته الآبقه فان اكتفينا في صحه العقد الاغراض الغير الموقوفه على التسلم كالعتق والصدقه ونحوهما كما مر انه الاقرب لو لا النص صح التزويج لبعض الاغراض المترتبة على الزوجيه والا ففيه وجهان لا يخلو الجواز عن قوه ومنها كل عقد يكون القبض من شرائط صحته كالصرف والسلم والهبة والوقف ونحوها لا يشترط فيه القدره على التسليم على ما صرح به شيخنا قدّه وغيره اذ العقد في مثله جزء للسبب كالإيجاب وحده والأقدام على جزئه رجاء الحصول الاخر ليس غررا فلا يعتبر في تأثيره احراز القدره على الاخر لا بطريق العله ولا بطريق الحكمه اذ ليس الاقدام على جزء السبب مظنه للتنازع والتشاجر احيانا حتى يقتضى الحكمه سد بابها باشتراط القدره على الاخر وانت خبير بان هذا التعليل لا- يأتي في ما يوس الحصول اذا لفساد فيه ليس لأجل الغرر بل للتيفه وهو كما ينافى تأثير السبب التام كك ينافى تأثير الناقص فلو لم يقدر على تسليم ثمن السلم فسد العقد خلافا للأستاذ قدّه فصرح بصحته تفرعا على عدم اشتراطها فيما كان القبض فيه شرطا للصحة وقال انه مثل الايجاب مع عدم العلم بالقبول فانه صحيح لو اتفق تعقيب القبول بعده لان احراز الشروط المتأخره غير لازم في صحه العقود ولذا يصح الفضولي مع عدم احراز الاجازه وفيه منع الحكم في المقيس عليه لأن قضيه ما عرفت عدم الصحة في الجميع الا الفضولي فان عجز الفضولي عن التسليم غير قاذح اذا كان المالك قادرا لعدم كون العقد سفها ولا غررا وربما اشكل فيه اذا كان الفضولي من جانب واحد في طرف الاصيل بدعوى كونه غررا في حقه وهو ضعيف ومن فروع ما ذكرنا أيضا جواز رهن متعذر التسليم على قول المشهور من اشتراط صحته بالقبض ويأتي فيه أيضا التفصيل بين رجاء التفصيل وعدمه على الاظهر ومنها لا يشترط القدره على التسليم اذا كان الآبق بيد المشتري اذ الغرض من

التسليم و هو حاصل و مثله ما لو كان معتقاً على المشتري بمجرد الشراء فيصح عن غير اشكال و ان كان ممتنع التسليم و منها لا يشترط القدره على التسليم أيضا إلا في زمان استحقاقه ففي المؤجل تعتبر عند الاجل و مثله الاجاره المتعلقه بالشهر القابل او العام القابل و هو واضح ثم ان المحكى عن الإسكافي و العلامه في لف و ميل الشهد في حاشيه عد جواز بيع الآبق اذا ضمنه البائع و هذا بظاهره يرجع الى مقاله القطيفي من انكار اشتراط القدره راسا لان البائع ضامن اشترط في ضمن العقد او لم يشترط فان كان ضممانه مخرجا له عن الغرر لزم انكار اعتبارها اللهم إلا ان يوجه بان الضمان في صورته عدم التصريح به في العقد حكم شرعى توقيفى لا يرفع به الغرر عرفا بخلاف ما لو اشترط في عتق العقد فأنه يخرج عن الغرر عرفا و فيه بعد الغض عما في الفرق من الحكم أنه ينافى اطلاق النص و الفتوى نعم لو صحح اتجه في غير الآبق كالضال و المجهود و نحوهما و منها ما لو باع او اجر ما يتعدر تسليمه الا بعد مدّه صحح و ان تردّد فيه المص و غيره وفاقا لغير واحد لوجود المقتضى و عدم كونه غررا و الا لم يجز بيع الوديعه و العاريه و العين المستاجر و العين الغائبه و نحوها مما يتعدر تسليمه حالا كالدين قبل اجله مع عدم الأشكال و الخلاف في شىء منها خلافا للمحكى عن الشيخ في ف فممنع عن بيع السيمك في الماء لو توقّف اصطياده الى مؤنه او تعب إلا بعد ضمّ شىء من القصب اليه و قد يستدلّ عليه بقوله ص في الصّحيح السابق إلا ان يكون بيعا لا يوجد مثل البطيخ و شبهه في غير اوانه و فيه ان مورد الزوايه بيع الكلى الموصوف الغير المقدور و هو خارج عن العين التي يتعدر تسليمها الا بعد مدّه

بقي الكلام فيما يتعلّق ببيعه مع الضميمة و فيه أيضا مسائل

الأولى ظاهر النصوص و الفتاوى عدم فائده للضميمة مع الياس

و فيه تفصيل مضى لكن في كتاب شيخنا الأستاذ أنه يصح تبعا للضميمة بان كانت مما يصح بيعه قلت و هذا خارج عن الآبق مع الضميمة المذكور في النص و الفتوى بل هو بيع الضميمة خاصه فلو قال بعثك الآبق و هذا الثوب لم يصح و لو قال بعث هذا الثوب مع الآبق صح لأنه يدخل في ملك المشتري تبعا من غير ان يكون شىء من الثمن بازائه كما هو القاعده في التوابع و انت خبير بان حصول الملك تبعا يحتاج الى علاقه بين التابع و المتبوع في الخارج او يجعل العاقد كما في صورته الاشتراط في متن العقد فلو اراد تملك الآبق تبعا في حال الياس و لا بدّ من ذكره في العقد شرطا لا جزءا و هو المراد بالتبعيه ظاهرا و إلا فلا مفهوم محض له

الثانيه ان تكون الضميمة من مال مالك الآبق

و الا وقع بازاء الآبق شىء من الثمن و المستفاد من النص عدم صلاحيته لذلك كذا قيل و فساده غير خفى لأنه لا يصلح له على تقدير تعدر التسليم لا مط فقبل الياس لا مانع من توزيع الثمن عليه و على الضميمة كما مرّ تحقيقه

الثالثه هل يعتبر في الضميمة المجانسه مع المنضم اليه

وجهان من حصول المعنى و من ظهور المجانسه كما عن ضه و عن الشَّهيد ترجيح اعتبار المجانسه و المحكى عن القائلين بصحَّه اجازته الآبق اعتبار ضمّ شىء من غير تعيين و المراد بحصول المعنى أنّ الغرض من اعتبار الضّميمه حصول شىء في مقابل الثمن اذا لم يظفر بالآبق لئلا يكون بلا- عوض بالمره و هو يحصل بكونها حالا قابلا للمقابلته بالمال و ربما استدلل على اعتبار المجانسه بان ضمّ المنفعه فى البيع او العين فى الإجاره لا محصل له سوى إنشاء البيع و الاجاره بصيغته واحده و هو ممتنع او بصيغتين متقارنتين فى الإيجاب كان يقول بعتك الآبق و اجرتك الدار بكذا درهما و هو باطل لعدم تعيين فى الثمن و الاجره قلت و تحقق المسأله يعرف مما قدّمنا منافى تصوير كون الثمن فى مقابل الضّميمه من الاحتمالات الثلاثه و نعيدها توضيحا للمقام و نقول ان ذلك

ص: ٢٩٩

اما لتزلزل العقد بالنسبه الى الآبق كتزلزل الفضولى كما عزى الى الابى و اما لتخصيص قاعده التّلف قبل القبض فينفسخ فى الآبق كما عليه شيخنا قدّه او لتخصيص خيار تعدّر التسليم كما عليه بعض مشايخنا و ظاهر المحكى عن المحقق الثّانى و غيره و قد مرّ فان كان الأوّل امكن الاكتفاء فى كلّ من القصدىين بكلّ ما يكون مالا عينا او منفعه لأنّ وقوع الثمن فى مقابل الضّميمه على تقدير عدم الظفر بالآبق على مذهب الابى مبنى على ما ذكرنا هناك من كونه تعبدا محضا خارجا عن قانون المعاوضه كالصّيلح القهرى فلا- مانع من مخالفتها معه جنسا نعم لو رجع مذهبه الى الابهام فى الثمن على ما عرفت سابقا كان الحكم كما فى الاحتمالين الأخيرين و هو اعتبار المجانسه قطعيا بلا اشكال لان الضّميمه عليها جزء للمبيع او المنفعه فكيف يعقل صحّه العقد مع المخالفه فى الجنس و الى هذا يشير التعليل الذى حكيناه عن بعض فظهر أنّ منشأ التردّد لا- يمكن ان يكون هو التردّد فى الاستفادة من اخبار الضّميمه و أنّه مطلق المال بحكم العله المستنبطه او خصوصا ما كان قابلا ان يكون يباع منفردا بل المنشأ هو ان الضّميمه هل هو جزء للمبيع او امر خارج تابع فان كان الأوّل و جب ان يكون ممّا يصحّ انفرادها فى البيع فى بيع الآبق او بالإجاره فى اجارته و ان كان الثّانى لم يجب و حيث بانّ ظاهر النصين كونهما جزءا تعين اشتراط المجانسه و يؤيّد ما ورد فى بيع اللبن فى الثدى حيث حكم ع بحلب بعضه و شرائه معما فى الثدى و ما ورد فى بيع السيمك فى الاجام من ضمّ الاجام مع السيمك ليكون الثمن فى مقابلهما معا و ممّا يناسب ذكره فى شرط القدره أنّه لو استاجر شيئا فمنعه مانع عن استيفاء المنفعه فالمانع اما هو الموجر او غيره فان منعه الموجر فامّا ان يكون المنع قبل قباض العين المستاجر او بعده فان كان الأوّل و لم يمكن الأجار حتّى مضت المدّه باسرها سقطت الاجره اى انفسخ العقد قهرا كما عن الشيخ و الفاضل فى كره تنزيلا له منزله التّلف قبل القبض و هل له اى للمستأجر ان يلتزم بالعقد و يطالب الموجر المستوفى للمنفعه بتفاوت ما بين المسّمى و اجره المثل تردّد ممّا عرفت و من أنّ الاصل عدم الانفساخ خرجنا عنه فى التّلف السيمماوى فيبقى الاتلاف تحت اصاله الصّيح و اللزوم لكن خرجنا عن الاخير لتعدّر التسليم الموجب للخيار و الاظهر نعم وفاقا للمحكى عن لك و مع صد و حقّ العبارة ان يقول هل يسقط الاجره او يثبت له الخيار اذ بعد الحكم بالسقوط لا- يبقى للسؤال عن جواز الالتزام بالعقد معنى و كأنّه يشير الى ما ذكره غير واحد فى اتلاف المبيع و قد مضى سابقا من أنّه اجتمع فيه امران احدهما التّلف قبل القبض و الاخر مباشره الإتلاف فالمشترى او المستاجر بالخيار بين اعمال الامرين فان اخذ بقاعده التّلف سقطت الاجره لانفساخ العقد ح و ان اخذ بالثّانى كان له تغريم المتلف و اخذ القيمه و هذا الوجه لا- يخلو عن نظر كما مرّ فيما سبق لأنّ فرض دخول الاتلاف تحت قاعده التّلف قبل القبض مانع عن اخذ القيمه و لأنّ التّلف حكم مخالف للقاعده مختصّ بالتّلف السيمماوى ففى صورته الإتلاف يبنى على عدم الانفساخ و

لأجل ذلك علل غير واحد الخيار في الاتلاف بتعذر التسليم و اتلاف المتلف فان شاء اخذ الأول و فسخ العقد و ان شاء اخذ الثاني و رجع الى التلف بالقيمة و في هذا الوجه أيضا نظر لان تعذر التسليم ليس من اسباب الخيار المنصوصه بل من قاعده نفى الضرر و هي انما تجرى اذا لم يكن هناك مغرم و أما فلا- ضرر و لأجل ذلك علل الخيار في الاتلاف بعض اهل النظر من المعاصرين قدّه بوجه اخر و هو ان وجود المعزم انما ينفع في جبران ضرر المائيه و اما الغرض المتعلق بالخصوصيه في المعوض التلف فلا ينجبر به و هي صفة مقصوده فونها سبب

ص: ٣٠٠

للخيار لفوات ساير الاوصاف المقصوده في العوضين و فيه نظر لأن خصوصيه العين ليست من الصّيفات الرّائده عن عنوان ان المبيع مثلا فلا معنى لإجراء قاعده تخلف الوصف عند الإلتلاف بل لا بدّ من اجراء قاعده التّلف قبل القبض و ان عمّ دليله و الا تعذر التسليم و لأجل ما ذكرنا لم يبعد ما احتمله او قواه بعض مشايخنا قدّه من البناء على لزوم العقد و تعيين الرجوع على المتلف بالغرامه لكنّه مخافه مخالفته للإجماع وافق الجماعه في تعليل الخيار عند الاتلاف فقال في البيع بالوجه الثاني و قد استراح الشيخ قدّه على ما نقل عنه حيث منى على عموم قاعده التّلف للإلتلاف في البابين البيع و الاجاره و حكم بالانفساخ و وافقه في الثاني جماعه منهم العلّامه في كره و يرد المسأله غير صافيه عن الاشكال لما فيها من الاقوال و الوجوه في الانفساخ مط كما عن المقنعه و يه و ط و سم و له و كا و فع و ثانيها الانفساخ اذا كان قبل الاقباض كما عن كره و يرو ثالثها الخيار للمستأجر بين الفسخ و الامضاء كما استظهره المص و وافقه في محكى الايضاح و غايه المراد و قيح و إيضاح و فع و مع صد و ض و ضه و الكفايه و يتح و مجمع البرهان و د و شرحه للفخر و اللّمعه و لك و الطاهر انه المشهور اما للتخيير بين اعمال قاعدتي التلف و الإلتلاف او الخيار تعذر التسليم او لخيار تخلف الوصف حسبما فصّلنا و رابعها اللزوم و تعين تعريم المتلف كما جنح اليه بعض مشايخنا قدّه و هو الاوفق لو لم يكن مخالفا للإجماع و الّا فالوجه هو الثالث للوجه الثاني هذا اذا استوفى الموجر تمام المنفعه و لو استوفى بعضها فسلم العين المستاجر في اثناء المدّه بالنسبه الى الماضي يأتي الوجوه و على الانفساخ يثبت له خيار تبعض الصّيفه في الباقي و على الخيار اما ان يفسخ العقد كلّا او يلتزم به كك و هل له الفسخ في خصوص الماضي احتمله في محكى مع عد و لك بل اختاره في عد في اخر باب اجاره الارض و وافقه هناك في محكى مع و ان اقتضى تبعض العقد على الموجر لأنّه ضرر لحقه بفعله و عد و انه و لأجل ذلك اختاره في مفتاح الكرامه لكن قال بعض مشايخنا قدّه انه بمكان من الغصب قلت و لعلّ وجهه ان عد و ان الموجر و ظلمه على المستاجر لا يغيّر الحكم الوضعي الثابت للعقد للأصل و لان الظالم لا يظلم فالاصل لزوم العقد خرجنا عنه فيما لو اراد المستاجر فسخ العقد كلّا لخيار تعذر التسليم او لتخلف الوصف كما مرّ و به ينجبر الضرر الوارد عليه من فوت بعض المعقود عليه و امّا في غيره فلا- مخرج عنه نعم لو علقنا الخيار في الاتلاف بالوجه الاوّل و هو الجمع بين قاعده التّلف و الاتلاف كان لما ذكره وجه بل لا وجه سواه ضروره اختصاص قاعده السّيطنه ببعض المبيع او المنفعه فان اراد المستاجر اعمالها فليس له اعمالها الا في مجراها و هو البعض المتلف و اما في البعض الباقي فليس له سوى الاخذ بقاعده الاتلاف فعلى هذا الوجه امكن اثبات جواز التبعض للمستأجر لكنّه قاض بتعيينه و هم لا يرضون به بل يقولون بجواز فسخ العقد راسا بلا- اشكال و لا- خلاف اللهم الا ان يجمع بين قاعده الاتلاف في الفائيه و خيار التبعض في الباقي اذ مقتضاه سلطنته على فسخ الكلّ و لو على الوجه الاوّل و هو جيد لكن الخطب في صحّه ذلك الوجه و امكان استناد الخيار الذي ذكره في الاتلاف اليه معما عرفت فيه من الضّعف و السّيقوط فالأصحّ انه ليس له فسخ العقد في الماضي خاصّه بل له ان يلتزم به مط او يفسخه

كك هذا فيما اذا استوفى الموجر المنفعه و لو حبس العين المستاجر حتى فلتت المنفعه فاما ان تفوت تحت يده اولا ظاهر عباره الكتاب و عد و غيرهما عدم الفرق بين الصور و بالتعميم فى الاوليين صرح فى محكى مع عد و مفتاح الكرامه و هو ظاهر الكتاب و ما يماثله و التحقيق ان الحكم فى الصورة

ص: ٣٠١

الاخيره الانفساخ لقاعده التلّف كما اذا اجر دابه مرسله خارجه عن يد الموجر ثم حبس المستاجر و منعه عن استيفاء المنفعه الى اخر المدّه او فى اثنائها و امّا الصورة الثانيه و هى التى فاتت المنفعه تحت يد الموجر من غير تصرف و استيفاء ففى الخيار هنا اشكال لعدم صدق الإتلاف حتّى يأتى فيه حكمه فتعيّن الانفساخ لقاعده التلّف كسابقه كذا قيل و لعلّه الوجه فيما حكى عن الشيخ و كره من اختصاص الخيار بما اذا استوفى المنفعه باسرها فلو فاتت من دون استيفاء المنفعه انفسخ العقد شيئا فشيئا كما فى كره و فيه ان يد الموجر تقوم مقام اتلافه و هو احد اسباب الضمان فيأتى جميع الوجوه المتقدمه القاضيه بالخيار فى صوره الإتلاف بالاستيفاء و هذا مبنيّ على عدم مجيئ قاعده التلّف فيما لو تلفت تحت اليد العاريه كما عن ابن فهد فى حاشيه الارشاد حيث نصها بما اذا كان التلّف بافه سماويّه من غير ان يكون فى يد ضامنه للقيمه و قد يمنع نظرا الى عموم دليلها بحيث يشمل الاتلاف عند الاكثر فما ظنك بالتلف تحت يد عدوان و قد يفصل بين البيع و الاجاره كما عن بعض ففى الاول يلتزم بالعموم لعدم المخرج و فى الثانى يبنى على مجيئ القاعده اقتصارا على مورد النصّ و قد يفرق بينهما أيضا بوجه اخر كما عن بعض و هو العمل بعموم القاعده فى البيع و فى الاجاره لا يعمل بها اذا تلفت تحت اليد العاديه لأنّ المنفعه مضمونه عليه بالقيمه فليست تالفه حكما و اذا تلفت بغير يد كما فى الصورة الاخيره يعمل بها و أمّا لا يفصل هذا التفصيل فى البيع لأنّ تلف المبيع لا يتصور الا تحت يد البائع او غيره فلو خصصناها بما اذا لم يكن التلّف تحت اليد بقيت بلا مورد و فيه انه انما يلزم ذلك لو اخرجنا مطلق اليد و امّا اليد العاديه فلا و المسأله من الغوامض لا بدّ من التأمل و ان كان الثانى اى منع الموجر بعد اقباض العين المستاجر فعن مع عد و لك لزوم العقد و عدم ثبوت الخيار للمستأجر إلحاقا له بمنع الاجنبى و غصبه بعد القبض كما يأتى و ربما قيل انه قضيه اطلاق الكتاب كما يأتى و عد و مجمع البرهان و الكنايه و كلّ من أطلق لزوم العقد و فيه ان تفصيل المص و عد فى منع الاجنبى بين ما قبل القبض و ما بعده دون منع الموجر كالصيريرح فى انه لا فرق بين الحالتين فكيف يتوهم منهما القول بلزوم العقد مع منع الموجر قبل القبض و ما بعده دون منع الموجر كالصيريرح فى انه لا فرق بين الحالتين فكيف يتوهم منهما القول بلزوم العقد مع منع الموجر بعد القبض فالخلاف فى المسأله منحصر فى المحقق و الشهيد الثانين فيما عثرنا و عن المحقق الثانى موافقه المص و الاكثر فيما لو استوفى الموجر زمن المنع فاثبت الخيار لعدم حصول القبض و ان عدم الخيار انما هو فيما اذا فاتت المنفعه تحت يده و هو تفصيل عجيب على تقدير صحّه النسبه لأنّ الاقباض مع المنع بعده ان كفى فى خروجه عن الضمان لم يتفاوت بين الفوات و الاستيفاء و الا فكك اذا كان المنع بعد القبض و وجهه استقرار العقد بالاقباض المعتر فى المعاوضه و حصول براءه الذمّه للموجر لكن عن كره فيما لو سكن المالك الدار المستاجر فى اثناء السنه و عن مع صد فى اواخر مباحث الارض ثبوت الخيار أيضا للمستأجر و هو خيره بعض مشايخنا قدّه نظرا الى انّ المنافع تدريجه لا يكفى اقباض العين فى اقباضها الا مع ابقائها تحت يده فى زمن الاستيفاء فاذا غصبها بعد الاقباض كان كما لو لم يقبض راسا و كذا لو غصبها فى الأثناء بالقياس الى المدّه الباقيه و هو حسن و اذا فسح رجع الى الموجر بالمسمّى و له عليه اجره مثل ما استوفى لو كان فى الأثناء و ليس الفسخ مثل الانفساخ بهلاك العين المستاجر فى الأثناء فانه يقسط بالمسمّى على ما مضى و ما بقى و لو منعه اى

المستاجر ظالم غير الموجر فإما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان قبله كان المستاجر أيضا بالخيار بين الفسخ و مطالبه الظالم دون الموجر على الاظهر باجره المثل لأحد الوجوه المتقدمه و احتمال في مفتاح الكرامه وفاقا للمسالك جواز رجوعه بها على الموجر لكونه ضامنا للمنفعه او المبيع حتى يسلم بعد ان نقل عدم الجواز عن صريح الايضاح و ظاهر مع صد و هو مضعف بما في لك من ان ضمان الموجر ضمان معاوضه لا ضمان يد و ضمان المعاوضه انما ينفع في الرجوع الى المسمى بعد الانفساخ او الفسخ دون الرجوع الى القيمة و لو رد العين المستاجر في الاثناء بالحكم أيضا كما مضى في منع الموجر و رده في الاثناء من ثبوت الخيار بين فسخ العقد كلاً او امضائه كك لكن القائلين بجواز التبعض في الفسخ هناك كأنهم لا يقولون به هنا و تنظر فيه في عد على احد الاحتمالين في كلامه حيث قال و لوردت العين في الأثناء استوفى المنافع الباقية و طالب الغاصب باجره مثل الماضي و هل له الفسخ و مطالبه الموجر نظر انتهى و عن مع صد و الحواشى ان محل النظر هو الفسخ فيما مضى خاصه و انه ليس له ذلك مع أنك عرفت في رد الموجر جزمه وفاقا للفاضل بالجواز و عن الايضاح ان محل النظر امران جواز الفسخ فيما مضى خاصه و الرجوع الى الموجر بالاجر على فرض عدم الفسخ و بعده كما ترى و قال في محكى يرو لوردت العين في الاثناء و لم يكن قد فسخ كان له استيفاء الباقي و كان الخيار فيما مضى ثابتا و ظاهره مخالف للإجماع اذ الظاهر عدم الأشكال بل الخلاف في ان فسخ العقد مط فيما مضى و ما بقى لتبعض الصفقه و لأجل ذلك جعلوا محل النظر في عباره عد خصوص الفسخ فيما مضى و الا فظاهر العباره تعلق النظر باصل الفسخ و ان المطلوب هو المسمى فتزليل العباره على الفسخ في خصوص ما مضى خلاف ظاهر التجنوا اليه بقريته ما ذكرنا فوجه الفرق بين المقامين ان الظالم لما كان هو الموجر جاز توجه ضرر تبعض العقد اليه كما علوه به لأنه هو السبب في تضرره بخلافه هنا فان الظالم هو الاجنبى دون الموجر فبم يجب عليه تحمل ضرر التبعض و هو حسن لكن الاحسن عدم الفرق و عدم الجواز في المسألتين لما عرفت هناك من الخلاف في المسأله محكى عن جامع الشرائع لأنه قال المدرك على الظالم يعنى ظاهرا انه ليس له الفسخ و التاويل فيه و فى نظائره ممكن كما لا يخفى و لو كان بعد القبض لم تبطل الاجاره اى لم تنفسخ و كان له الرجوع على الظالم باجره المثل بلا خلاف فى الحكم الاول لحصول القبض و الاقباض المعبرين فى المعاوضه و ما تقدم فى منع الموجر بعد القبض من عدم كفايته قبض العين فى قبض المنافع لكونها تدريجيه لا يأتى فى المقام لأنه انما لا يكتفى اذا انتزع العين هو من يد المستاجر فان انتزاعه ينافى القبض المعبر فى المنفعه المستقبليه لأن القبض هو التخليه التامه و هى لا تحصل مع الغصب مع بعد القبض و اما اذا كان الغاصب غير الموجر فمن جانبه حصل التخليه التامه و الاقباض الكامل فيلزم العقد و اورد عليه تاره بان تخليه الموجر و تسليط التام انما يكفى فى القبض بالنسبه الى المنافع المستقبليه بعد وجود ساير المقدمات الخارجيه التى لا دخل لاختيارهما فيها كحلول الاجل و نحوه لا بدونها و الا لزم الاكتفاء بقبض الموجر قبل زمان الاجاره لحصول ما هو راجع اليه من المقدمات مع انه ليس كك و لا ريب ان قهر الظالم مانع عن الاستيفاء و عدمه من المقدمات التى خارج عن قدرتهما و ثانيا بانه لا فرق بين منع الغاصب و تلف العين المستاجر بعد الاقباض فان ما هو راجع الى الموجر حصل فى الموضوعين فان كان كافيا فى الاقباض لزم عدم الانفساخ او الخيار فى الثانى أيضا مع انه باطل بالاتفاق قلت يندفع الايرادان بان عدم بعض المقدمات

يكشف عن عدم تأثير العقد راسا فالانفساخ مع تلف العين او انكشاف عدم اهليتها للانتفاع كاشف عن فساد الاجاره فان تلفت

فى الاثناء كشف عنه بالنسبه و لىس هنا خيار للمستأجر حتى بالقياس الى ما استوفى و منع الظالم لا يكشف عن عدم تاثير العقد لعدم المقتضى بل له اعمال قاعده التلّف لو قلنا بعمومها مع وجود الضامن المغرم او اعمال خيار تعدّر التسليم حسبما فصّلناه فالإيرادان ساقطان و ان انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الاجاره ألّا ان يعيده صاحبه و يمكنه منه على المعروف المشهور بل المجمع عليه فى الجمله فى المستثنى منه و على قول جماعه بل الظاهر أنّه الاشهر فى المستثنى و لكن فيه تردّد للمص و السبزوارى فى محكى الكفايه و منع لآخرين هذا مع المسارعه الى الاعاده بحيث لا يفوت شىء من المنفعه و لو تهادى الموجر فى اعادته وفات بعضها ما ثبت الخيار بلا اشكال و لا خلاف فان فسخ المستأجر ح يرجع بنسبه المتخلف من الاجره لو كان سلّم الىه الاجره لو كان الانهدام فى اثناء المدّه و لو كان فى الابتداء رجع بتمامها و نشرح المقام بيان امور الاوّل ثبوت الخيار للمستأجر قبل اعاده الموجر و فى مفتاح الكرامه الظاهر انه اجماعى كما يظهر من الغنيه نعم عن عه و يه و سم و له التعبير من الحكم بسقوط الاجره الا ان يعيد المالك و ظاهره الانفساخ لكن المراد هو الخيار و ألّا لم ينفع اعاده المالك و أيضا قد جمع فى محكى الغنيه بين الامرين خيار المستأجر و سقوط الاجره و هو يكشف عن اراده الخيار بالسقوط فى ساير كلماتهم فتردّد المص ح راجع الى الفرع الذى يأتى الكلام فيه و ان كان خلاف ظاهر العبارة اذا عرفت ذلك ففى الخيار هنا اشكال من وجهين احدهما انه داخل فى التلّف قبل القبض و قد اطبقوا فيه على الانفساخ كما مضى فى اوائل الكتاب فبين كلماتهم فى المقامين تناقض و ثانيهما أنّه بنفسه مع قطع النظر عن المناقضه مناف لقاعده التلّف القاضيه بالانفساخ و دفع الاوّل بحمل كلامهم هنا على ما بعد القبض فلا تناقض مدفوع مضافا الى تصريح غير واحد هنا بعدم الفرق بين الصورتين ألّا فى اختصاص الخيار بالباقى من زمن الاجاره لو كان التلّف فى الأثناء بما عرفت فى المسأله السّابقيه من توقف حصول القبض فى الاجاره على انقضاء المدّه فمتى انهدم المسكن بعد القبض كان من التلّف قبل القبض سواء كان فى الابتداء و فى الاثناء و يندفع بان المراد بالتلّف المجمع على كونه سببا للانفساخ ما لم يمكن معه الاعاده كموت الدّابّه او العبد و موت المرضعه و امثالها فلو امكن اعاده العين المستأجره على الحاله الاولى فهو غير هذه المسأله و يندفع الثانى بانّ ممكن الاعاده حكم غير التالف فلا يأتى فيه قاعده التلّف قبل القبض و يشكل بانّه لو كان كك لم يكن للخيار وجه لعدم التلّف مع وجود العين المستأجره حكما نعم لو مضى زمان فات فيه المنفعه ثبت الخيار و هو لىس محلا للكلام قال فى محكى الايضاح و اعلم أنّه اما يفوت شىء من المنافع على المستأجر او لا فان كان الاوّل فله الفسخ و ان لم يفت فهى المسأله اى المسأله المفروضه فى عد التى هى بعينها مسئلتنا هذه و يندفع بان انهدم المسكن عندهم يجرى مجرى تخلف الوصف بناء على كون متعلّق الاجاره هى العرضه المقرونه بالبناء او الالات و المواد المقرونه بالتركيب و التّاليف الموجودين حال العقد فيأتى خيار تخلف الوصف و من ذلك ظهر ضعف ما عن الرياض وفاقا للمحكى عن شرح العميدى على عد من عدم الخيار و لزوم العقد اذا لم يفت شىء من المنافع و بادر المالك الى الاعاده كما ظهر أنّه لىس للمستأجر الزام المالك بالاعاده كما عن الإرشاد و مجمع البرهان لأنّ ضرره ينجبر بالخيار فان فسخ اخذ المسمى و ان لم يفسخ كان له التعمير و الانتفاع خلافا للمحكى عن سم و فع فقالا بالالزام الثانى اذا بادر المالك الى الاعاده قبل فوت شىء

ء

ص: ٣٠٤

من المنفعه ففى بقاء الخيار و سقوطه و جهان بل قولان قال فى محكى الايضاح ان الانهدام سبب للخيار و الشّارع اذا علق حكما على وصف لم يعتبر حصول الحكمة التى نطقها بالفعل فمن تمّ جاز الفسخ و من حيث أنّه لم يفت شىء من المنافع التى وقع

عليها العقد فلا خيار والأصح الأول انتهى وهو الذي استقر به في عد وقواه في محكي ضه وقيل أنه يلوح من ثر وفع و مجمع البرهان و عن مع صد و لكك العدم و عن الرياض أنه اذا ثبت ان الانهدام بنفسه من حيث هو سبب للخيار اتجه العمل بالاستصحاب و لكنّه غير غير معلوم لأنه لا دليل ان نفى الضرر و قد زال او الاجماع و ضعفه اظهر لمكان الخلاف و اورد عليه في مفتاح الكرامه اولاً- بانّ الإجماع معلوم كما هو ظاهر الغنيه و ثانياً بان الاستصحاب ممنوع هنا كما منعه في خيار الغبن و الرؤيه قلت مراد الرياض الاجماع بعد الاعاده و الّذى هو معلوم له هو الإجماع على الخيار قبلها لا بعدها كيف و قد عرفت خلاف الجماعه الّذى نقل هو خلافهم في المسأله و اما منع الاستصحاب كما ذكره في خيار الغبن و الرؤيه فواضح خطأ لأنّ البحث هنا ليس في فوريّه الخيار حتى يقاس بخيار الغبن و الرؤيه فما في الرياض لا يخلو عن قوه و عن شيخنا العلامه ره تحقيق و شيق في المقام و محصّيه بعد التّهديب ان الخصوصيه اما ان تكون داخله في متعلّق الإجاره دخول الجزء المقوم في الكلّ و اما ان تكون خارجه و ان كانت مقصوده كالكتابه في العبد الكاتب و اما ان تكون داخله باعتبار كونها احدى الخصوصيات مخيراً بينها او مقدّماً بعضها على بعض كما في صورته تعدّد المطلوب فان كان الأوّل تعيّن الانفساخ و ان كان الثّاني تعيّن الخيار و ان كان الثّالث تعيّن اللّزوم على السّويه بين الخصوصيات و الخيار على التّرتيب هذا حكم الصّور لكن الواقع في الخارج المتعارف بين الثّياس في اجارات الدّور و المساكن ليس من الأوّل و الّا لزم البناء على الانفساخ بمجرد سقوط حجر من الحائط او خراب بعض ما لا يضرّ بالمنفعه المقصوده و هو كما ترى و لا من القسم الثّاني لخروجه عن ظاهر العقد الثّاني بدخول الخصوصيه في متعلّقه فتعيّن ان يكون من الثّالث فمقتضى القاعده ح عدم الخيار على الفوريّه و ثبوته على التّرتيب و يمكن توجيه الخيار على الوجه الأوّل أيضاً بدعوى اتّحاد الخصوصيه المعاده مع الاولى في نظر العرف و ان كانتا متغايرتين بالدّقه فلا منافاه بين الاخذ بظاهر العقد القاضى بكون الخصوصيه الاولى داخله في العقد و بين عدم البطلان و الانفساخ مع امكان الاعاده و ان ثبت الخيار من جهه تبدّل الخصوصيه هذا ملخّص ما افاد مع الامر بالتأمّل قلت و هو تحقيق جيّد لكن اشكال صاحب الرياض غير منحسم به لأنّ الخصوصيه الاولى و ان كانت معتبره في العقد على وجه الرّكنيه فاللّازم انفساخ العقد بمجرد الانهدام و لا ينفع الاعاده ح كما لا- يخفى و ان لم يكن معتبره كك فان فات شىء من المنافع اتجه الخيار لنفى الضرر و الّا فلا مقتضى له و مجرد كونها بمنزله الوصف الخارج لا- يجدى اذ لا دليل على الخيار مع تخلف الوصف سوى قاعده نفى الضرر الغير الجاربه في المقام او الإجماع الممنوع و الحاصل انّ خيار تخلف الوصف او الرؤيه ليس تعييداً صرفاً بل لأجل نفى الضرر فحيث لا ضرر فلا خيار و دعوى ان نفى الضرر حكمه لا- علّه راجعه الى دعوى الإجماع الّتى منعها الى الظّاهر عدم الاجماع على خيار تخلف الوصف كك بدليل خلافهم في الخيار هنا و نظائره فالوجه بحسب القواعد ما عزي الى العبيدى؟؟؟؟ من التفصيل بين فوت شىء من المنافع فالخيار باق و الّا فلا- خيار سواء طال زمان الإعادة أم لا و مختار الرياض راجع اليه بالمال و هو حسن و دعوى الإجماع على ثبوت الخيار مط و لو لم يفت شىء من المنافع كما سمعت من

ص: ٣٠٥

مفتاح الكرامه ممنوعه اشدّ المنع و كيف يمكن دعواه مع عدم مصرّح به سوى اطلاقهم المنزل على الغالب اذ من المستحيل عاده امكان اعاده المسكن قبل مضى زمان يفوت فيه المنفعه الثّالث اذا امتنع من الاعاده فاما ان يبقى شىء من المنفعه الّتى استوجر لها اولاً فان كان الأوّل فلا اشكال بل لا خلاف ظاهراً في عدم الانفساخ و ثبوت الخيار للمستأجر و هو واضح اما عدم الانفساخ فلبقاء العين المستأجره و امكان الانتفاع بها في الجملة و اما الخيار فللنقص الحاصل بالانهدام ثمّ النقص الحاصل ان

كان فى الكم كان انهدم بعض بيوت المسكن فالخيار خيار التبعض و ان رجع الى النقص الكيفى كما لو انهدم ساده السطح او بعض الحيطان فهو خيار تخلف الوصف و ان كان الثانى فاما ان لا يمكن الانتفاع منها بوجه اخر مثل ان يجعله حرزا و نحوه او يمكن فعلى الاول لا اشكال فى الانفساخ بقاعده التلف و على الثانى ففى بقاء العقد و ثبوت الخيار او الانفساخ و جهان ينشئان من دخول ساير المنافع تحت العقد ترتيبا على نحو تعدد المطلوب او على السويه و عدمه و الذى يقتضيه ظاهر العقد هو الثانى و دخول غير المنفعه المذكوره فى متن العقد متجه لا- و جه له نعم على فرض الدخول قريه لا- اشكال فى ثبوت الخيار لفوت المطلوب الاولى كذا قيل و فيه ان دخول جميع المنافع فى ملكك المستاجر على هذا الوجه الراجع الى تعدد المطلوب ينافى تعين المنفعه اللازم نعم لا- مانع من دخولها فى ملكه على السويه و مقتضاه عدم الخيار كما لا يخفى و يمكن ارجاع تعدد المطلوب الى تخلف الوصف فلا- جهاله كما يظهر بالتأمل و قيد المحقق و الشهيد الثانيين خيار المستاجر فى مفروض العبارة فى محكى الجامع و لك بما اذا بقى اصل الانتفاع و هذا يدل على اختيارهما للوجه الثانى بناء على كون اضافته الاصل الى الانتفاع من باب اضافته الصيغه الى الموصوف اى بقى الانتفاع الاصل كما قيل كما ان المحكى عن ضه ظاهر فى الاول حيث قيده بما اذا امكن الانتفاع و ان قل و الأصح الثانى جمودا على ظاهر اللفظ لكن هنا شىء و هو انه لو استاجر ارضا لزرع الحنطه مثلا ففى جواز العدول له الى المساوى او أقل ضررا كما يشعر خلاف و العامه كلاً او جلاً على الجواز و المعروف المعزى الى المشهور بين الخاصه المنع و المخالف هو العلامه فى كتبه التى منها عد على اشكال و المحقق الثانى و ان خالفه و زيف ما تعلق به من الوجوه للجواز لكنّه فى بعض الفروع وافقه فى محكى مع و هو ما لو اجرها للغرس فله البناء بناء على كونه أقل ضررا فعلى القول بالجواز اختيارا يتعين بقاء العقد لو فانت المنفعه المعقود عليها كلاً و الاخر الانتفاع فى غيرها و قد سبق بعدم الملازمه بين المقامين بناء على كون العدول عن المنفعه المذكوره فى العقد الى غيرها راجعا الى ملك الانتفاع دون المنفعه لدلاله العقد عليه بالتحوى و هذا حسن لو لم نقل بجواز الاجاره للمستاجر للمنفعه التى جوزناها له و الظاهر انهم لا يرضون به على القول بالجواز و المقام يحتاج الى التأمل

فروع

الاول قال فى عد لو كانت الاجاره على عمل مضمون كخياطه ثوب

او حمل شىء فغصب العبد الخياط و الدابه الحامله فللمستاجر مطالبه المالك بعوض المغصوب كما عن ير و مع صد و هو مشتمل على حكمين احدهما بقاء العقد و عدم الانفساخ لما مرّ فى منع الظالم بعد القبض من تحقق التسليم المعتبر فى المعاوضه المخرج للموجر عن الضمان الثانى رجوع المستاجر على المالك بعوض المغصوب لا على الغاصب باجره المثل كما هو كك لو كانت الاجاره على عين شخصيه فغصبت بعد القبض و هو محل تأمل اذ لا فرق بين العقد على كلى موصوف او على جزء محسوس فى ذلك فانّ التخليه و القبض تام من جانب الموجر فى الوصفين و الضرر متوجه الى

ص: ٣٠٦

المستاجر من الخارج فلا- على الموجر و انما يستحقّ اجره المثل على الظالم و التحقيق انّ فى المسأله صورتين إحداها العقد على كلى موصوف كما لو اجر عبدا خياطا فسلم الى المستاجر عبدا خياطا و هذا مثل العقد على عبد جزئى محسوس على

الأقرب و ان احتمل الفرق بان القبض فى العبد الجزئى يتحقق بتسليمه فيخرج الموجر عن الضمان بخلاف العقد الكلى فان قبضه يتوقف على استيفاء المنفعة فى الخارج و لا يكفى فى استحقاق مطالبه الاجره لا فى الخروج عن الضمان و لا ملازمه بينهما كما هو كك فى الجزئى أيضا و يضعف بانّ التعيين الى الموجر فاذا عين بعض المصاديق جرى عليه حكم التعيين الجزئيه المستاجر و هذا الفرع كثير الابتلاء فى الاعصار و الامصار لان الظلام كثيرا ما يسخرون الدواب بعد اجارتها و ثانيهما وقوع الاجاره على عمل مضمون كخياطه الثوب مثلا و كون تسليم العبد مقدّمه لإيفاء العمل و هذا من الاجارات المتعلقة بالاعمال بخلاف الاولى فانها داخله فى اجاره الاعيان و ان كانت العين كليّه و حكمها ما ذكره فى عد من مطالبه المالك للعين المغصوب لأنّ قبض العمل لا يتصور الا بوجوده فى الخارج بخلاف قبض المنفعة فانه يتحقق بقبض العين المفروض فى الكلى و الجزئى و الظاهر ان هذا هو مراد العلماء كما لا يخفى و بما ذكرنا يحصل الجمع بين قوله فى محكى كره فانه قال تاره لو كانت الاجاره فى الذمه فعلى الموجر الابدال و قال اخرى بعد ذلك انه يتخير بين الفسخ و الرجوع على الغاصب فالمراد بالاولى الصوره الثانيه و بالثانيه الصوره الاولى و ان كان المحكى من عبارتهما فى الثانيه اظهر فى الصوره الثانيه منها فى الصوره الاولى لأنها عين عباره عد التى نقلناها و حملناها على الصوره الاولى و قد جمع بينهما فى مفتاح الكرامه بانّ المراد بالثانيه ما لو استاجر عينا شخصيه تعمل فى الذمه فغصبت قبل القبض فانه يخير ح بين الفسخ و الرجوع الى الغاصب مثاله ان يقول اجرتك عبدى هذا على ان اخيط لك به شهرا او اجرتك نفسى على ان اخيط لك بعبدى هذا شهرا و المراد بالعباره الاولى ما اذا اجر دابه فى الذمه بعمل شخصى او كلى فى الذمه و هذه اذا غصبت قبل القبض طالب بالبدل قطعا انتهى قلت لا معنى لاستيجار العين الشخصيه تعمل فى الذمه الا الاستيجار لإيجاد العمل تسيبيا بفعل عبد جزئى و هو فى قوه استيجار ذلك العبد بل هو هو فلا- وجه لتفسير العباره الثانيه المفروضه فى كون الاجاره فى الذمه فلا محيص الا عن تفسيرها بما ذكرنا الذى يرجع الى الاجاره للعمل و تسليم العين مقدّمه للاستيفاء و كذا- مفهوم محصّل لاستيجار دابه كليه لعمل شخصى او كلى سوى استيجار عين كليه فى الذمه و قد عرفت الأشكال فى جواز مطالبه البدل ح ثم انه حمل عبارتى كره على ما قبل القبض و هو كما ترى اذا الغصب قبل القبض الكلى سواء كان عملا او عينا لا يوجب شيئا و تبعه بعض مشايخنا قدّه فى عباره عد المتقدمه فحملها على ما قبل القبض و الذى دعاه اليه ذكر الفاضل فى عد هذه المسأله فى تلو غصب العين الجزئيه قبل القبض فظنّ أنّها أيضا مفروضه قبله و هو خطأ مبنى على عدم الالتفات الى ما ذكرنا مضافا الى امكان دعوى ظهور قوله فغصب فى فى كونه بعد القبض هذا كله اذا امكن الابدال و ان تعذر ففى عد أنّ المستاجر يتخير بين الفسخ و الإمضاء و الصبر حتى يوجد البدل و وافقه فى محكى الجامع و قال بعض مشايخنا انه لا يخلو من بحث قلت هو على ما بنى عليه من حمل العباره على ما قبل القبض لا وجه له نظرا الى تعذر التسليم الموجب للخيار و لو كان مورد الاجاره كليّا مضمونا اذ لا فرق ظاهرا

ص: ٣٠٧

عندهم بين المضمون و الجزئى و اما على ما بنينا من حمل كلام الفاضل فى المضمون على ما بعد القبض فله وجه عرفت ممّا مرّ من أنّ الكلى بعد التعيين يصير كالجزئى و غصبه بعد القبض قد يقال انه يقتضى الانفاساخ لقاعده التالف السليمه عن مزاحمه قاعده الاتلاف لكّنه مبنى على الفرق بين استيفاء الغاصب منفعة المغصوب و قواتها تحت يده من دون استيفاء و قد تقدّم نقل الخلاف فيه و أنّ الأصحّ عدم الفرق و لازمه ثبوت الخيار هنا نظير ثبوته لو كان متعلّق الاجاره عينا جزئيه فلا فرق فى ثبوت الخيار بين الفسخ و الصبر الى وجود البدل او ردّ المغصوب ما بين قبل القبض و بعده ثم قال الفاضل و لو كان الغصب بعد القبض تخير

بين الفسخ و مطالبه الغاصب باجره المثل و وافقه فى محكى الجامع و قال بعض مشايخنا قدّه فيه أيضا بحث و لم يذكر وجه البحث و لعلّ وجهه أنّ الإجاره كانت على كلى مضمون و قبض العين ح كعدمه فللمستأجر مطالبه البدل من الموجر مع الامكان دون الرجوع الى الظالم باجره المثل و ليس هو كاستيجار العين الشخصيّة و هو حسن كما ظهر وجهه فى أوّل الفرع مع الإشاره الى الجواب لكن الظاهر أنّ كلام الفاضل هذا ناظر الى المسأله الأولى و هى ما لو كان متعلقها عينا جزئيه لا ما كان كليًا مضمونا و ان يتوهم فى بادى النظر رجوعه اليه لكنّه ليس بشىء كما يظهر لمن راجع عد و تأمّل فإنّه لا يرتاب فى أنّ هذا الكلام هو الشقّ الثانى من شقى البحث عن غضب العين المستاجر و أنّ الاجاره لعمل مضمون جمله معترضه بين الشقّ الأوّل و هو الغضب قبل القبض و الشقّ الثانى اى الغضب بعده

الثانى لو عرض عذر مانع للمستأجر عن استيفاء المنفعه

فان كان شرعيًا كما لو استأجر لقلع ضرر فزال الالم او لكنس المسجد فاجنب الموجر او حاضت انفسخ الاجاره على ما صرح به المص فى اوائل الكتاب و العلامه و غيرهما نظرا الى كون المنع الشرعى بمنزله التلّف او تخيير المستأجر بين الفسخ و الصبر الى زوال العذر بناء على كون المقام و نحوه خارجا عن قاعده التلّف لاختصاصها بالتلّف الحقيقى و اندراجه تحت تعذر التسليم و انتفاء القدره عليه الموجب للخيار و كيف كان فلا على المستأجر الا التزام بالعقد و الا على الموجر لحرمة المعاونه على الاثم و ان كان غير شرعى كاقطاع السبيل فى اجاره الحمل الى الحجّ و حدوث الخوف العام عن سكنى البلد فى اجاره الدار او لمرض المستاجر المانع عن الركوب او السّفرف و اشباهها ففى كونه سببا للفسخ او الانفساخ او العدم مط او اذا كان خاصًا بالمستأجر وجوه او اقوال و الأصحّ وفاقا للقواعد و الشّهد فى محكى حواشى التّحرير و بعض مشايخنا قدّه هو الفسخ او الانفساخ مط خلافا للمتحقّق الثّانى فى العذر الخاصّ بالمستأجر فقال فى محكى صد ان فيه اشكالا ينشأ من وجود المانع الشرعى و من تخيل عدم تأثيره اذ لا- منع من طرف الموجر و فيه أنّ حدوث العذر المانع شرعا او عاده يكشف عن عدم تأثير العقد اولا و لا مدخلية لتقصير الموجر و عدمه فى ذلك ثمّ أنّه يتعرض بمسأله الضرر التى اعترف بالخيار فيها و قد تفتن للنقض و اعترف بوروده على ما نقل عنه فى مع صد و ذهب فى مفتاح الكرامه الى عدمه مع اختصاص العذر بالمستأجر مدّعا للإجماع فارقا بينه و بين مسأله الضرر و نحوها من الموانع الشرعيّه كجنابه المستأجر او حيضه قال فى طى اعتراضاته على الشّهد و المحقّق الثّانى ما لفظه ان العذر عندهم على ثلاثه اقسام عذر فى نفس الموجر او المستأجر خاصّه و عدم البطلان فى ذلك محلّ وفاق و دليله بعد الاجماع الاصل بمعنى العموم و عذر فيهما معا كما لو شملهما الخوف و عمّهما و وجه الفسخ

ص: ٣٠٨

و الانفساخ فيهما ظاهر كما عرفت لأنّه يجرى مجرى تعذر استيفاء المنفعه من العقود عليه لتلف العين و هذا العذر يرجع بالآخره الى كونه عاما لهما و لغيرهما و عذر فى المعقود عليه كما لو استأجر عبدا فأبى او استأجره لقلع ضرره فسكن الممه او استأجرها لكنس المسجد فحاضت و الحيض عذر شرعى فى المعقود عليه و حكم ذلك الفسخ او يفسخ هو بنفسه كما يظهر ذلك لمن امعن النّظر فى كلامهم و لحظ كرهه فأتضح الفرق و اندفع الاشكال الى اخر ما قال قلت هو ابصر بكلمات القوم و اعرف لكن قد يشبه الامر على الخبير التعريف و الذى دعاه اليه عباره الفاضل فى محكى يرو اشباهها من عبارات الاصحاب قال فيه و لا يفسخ

بالعذر فلو اُكترى جملاً للحج ثم بدا له او فرض لم يكن له فسوخ الإجاره اذ العذر المفروض فيه خاص بالمستاجر و قال فيه أيضا و لو كان الخوف مختصاً بالمستاجر لقرب عدوّه من ذلك المكان او خشى مرضا او ضاعت نفقه او تلف متاعه لم يملك الفسخ و هذه اصْرَحَ من الاولى فى عدم الخيار للمستاجر اذا اختصّ العذر به و نقل عن الغنيه و ف و كره مثل ذلك مع صراحه الاول و ظهور الاخيرين فى دعوى الاجماع و يمكن استظهار عدم الانفساخ من اللّمعه أيضا حيث قال و لو عمّ العذر كالتلج المانع عن قطع الطّريق فالاقرب جواز الفسخ نظرا الى مفهوم الشّروط القاضى بعدم الجواز مع عدم العموم لكن مع ذلك فالحق ما عرفت اذا الحكم فى امثال المقام يتبع القاعده للقطع بعدم نصّ مخالف لها و من الواضح عدم الفرق بين عموم العذر و اختصاصه بالمستاجر من حيث القاعده بل مسأله الضّرس من العذر الخاص الى و دعوى كونه عاما للموجر أيضا لعدم مشروعيّته الاقدام على قلعه يسهل الخطب و يرجع الخلع الى اللفظ لان المستاجر اذا استحال فى حقّه شرعا او عقلا- استيفاء المنفعة استحال الايفاء فى حقّ الموجر أيضا و اى فرق بين زوال الالم عن الضّرس و بين التلج المانع و بما ذا ندفع اشكال النقض و ظهر الفرق و قصوى ما يقال أنّ زوال الالم عذر فى المعقود عليه و هو يوجب الانفساخ كالتلف قبل القبض بخلاف التلج و انقطاع القافله فى استيجار الحمل مثلا- و هو كما ترى غير مجد بعد اشتراكهما فى الاصل صحّه و فسادا بقى الكلام فى الإجماع الّذى زعمه و هو ممنوع و كيف يمكن دعواه مع مخالفه الشّهيد و العلّامه اما الشّهيد فقال فى محكى حاشيه ير ما حاصله أنّ اطلاقه عدم الخيار مقيد بما اذا امكن للمستاجر استيفاء المنفعة مريضا او امتنع و لكن لم يشترط فى العقد المباشرة فلو انتفى الامر ان فالاقرب الاخيار و الظاهر انه تفسير لمراده الفاضل لا مخالفه له فى الفتوى و هذا التفسير كما يأتى فى عبارته ير الاولى يأتى فى عبارته الثانيه أيضا بل يأتى فى جميعها يشبهها من عبارات الأصحاب و ما اغفله عن ذلك حتّى اورد على الشّهيد فيما ادّعه من تقييد العبارة الاولى بصوره امكان الركوب و قال انه لا يأتى فى العبارة الأخرى المستعمله على مثال قرب العدوّ و تلف متاعه ضروره صراحتهما فى عدم الإمكان و وجه الغفله ان الشّهيد لم يقل بالتقييد معينا بل مخيرا بينه و بين عدم المباشرة و قد غفل عن ذلك فزعم انه حكم بتأ بتقييد العبارة بالإمكان فقال أنّ العبارة الثانيه لا تتحمّل هذا التقييد و الحاصل أنّ عدم الخيار مع اختصاص العذر بالمستاجر مشروط باحد امرين اما امكان الانتفاع به مع وجود العذر كالمرض او مع عدم اشتراط المباشرة لو تعدّر فى حقّه خاصّه الانتفاع فلو انتفيا فالاقرب عنده الخيار و اما العلّامه فقد قرب الخيار لو انقطع القافله فى عد فراجع و ممّا ذكرنا ظهر حال كره و ان لم الحظها و كذا حال ساير كلمات الاصحاب

ص: ٣٠٩

ما صرّح فيها بعدم الخيار للمستاجر مع اختصاص العذر فاذا محموله على الغالب من عدم شرط المباشرة له فان قلت فان عدم اعتبار عموم العذر فى الخيار فى اللّمعه و مع صدق و ما معناه هل هو ما كان عاما للموجر خاصّه او لغيره أيضا قلت الظاهر ان عموم العذر ملحوظ فى غير ما هو مشروط المباشرة كما هو الغالب و ح يكون المراد بالعموم ما يعمّ الموجر و غيره حتى يتحقق تعدّر استيفاء المنفعة فى حقّ المستاجر اذ لو كان خاصا به لم يكن له عذر و لا خيار و هذا هو المراد لو قال فقيه بعدم الخيار مع اختصاص العذر اذ لا يعقل الفرق بين الإعدار الثلاثة اعنى المختص بالمستاجر و العذر العام و العذر الرّاجع الى المعقود عليه فى هذا الباب لا اشتراك الجميع فى انتفاء احد ركنى المعامله سواء كان فى المسكن او فى السّاكن او فى المركوب او فى الزّاكب و اى فرق بين سقوط الدّابه و خروجها عن قابليّته الركوب و بين سقوط الراكب مع اشتراط المباشرة و مجرد كون الاول عذرا فى العقود عليه فيجرى مجرى التلّف قبل القبض دون الثاني قول بالتشهى نعم يبقى الأشكال فى أنّهم يقربون الخيار و لا يقولون به

جزما مع أنّ قضيه القاعده الانفساخ او الفسخ قطعاً أنّ ان يوجه بانّ العذر المانع من الإيفاء او الاستيفاء بعد القبض كما هو المفروض في هذا الفرع قد يقال أنّه ضرر خارجي كالغصب متوجه الى المستاجر بعد حصول القبض لمعتبر في المعاوضه فيكون كتلف المبيع بعد القبض فلا يوجب فسحا و لا انفساخا وهذا وجه غير الأقرب لا ما قيل من أنّه لم يتعذر عقلا استيفاء المنفعه فلا يكون بمنزله التلف و أنّه لا- مانع من طرف الموجر و العين بل من جانب المستاجر و هو لا يقتضى البطلان و ان حكم الإجاره معلوم و الخوف مظنون فلا- يعارضه لما فيها من وجوه البحث و النظر كما لا يخفى خصوصا الأخير بعد كفايه الظن بالضرر في الحرمة و المنع الشرعي و يمكن ارجاع بعضها الى ما قلنا و جوابه ما اشرنا اليه غير مرّه من أنّ القبض في المنفعه يتوقف على التيام مقدمات الاستيفاء العقلية و الشرعيه بعد تسليم العين و لا يكفي فيه مجرد تخليه الموجر و اقباضه العين الّا في خصوص الغصب بناء على ما هو المعروف المنصور من عدم الخيار معه بعد القبض على اشكال من شيخنا الاستاد قدّه مضى في مسأله منع الظالم فظهر من جميع ما ذكرنا ان الحكم في الاعذار الثلاثه واحد و هو الفسخ ان الحقناه بتعذر التسليم او الانفساخ ان الحقناه بالتلف قبل القبض و ان العذر الخاصّ بالمستاجر ليس بشيء مع الإطلاق و عدم اشتراط المباشره كما هو الغالب في اجاره الدواب و الدّور و الاراضى ثم أنّ العذر الخاصّ بالموجر يوجب له الخيار خاصه فلو عرض خوف للدابه دون الراكب كان هو بالخيار دون المستاجر و يمكن المناقشه فيه بانّ الدابه مرهونه بكريها فلو علم الموجر بموتها او بسرقتها في الطريق وجب عليه الوفاء بالعقد فكيف مع الخوف عليها نعم لو خاف على نفسه فيما لو شرط لا حاجه كان له الخيار لا ما لو خاف على دابته كما قالوا حيث يعللون خياره في العذر المشترك بأنّه ممنوع من التغيرير بماله فيكون معذورا مخيراً بين الفسخ و الوفاء

الثالث قال في عد لو استاجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع الاقامه بذلك

ففي تخير المستاجر نظر انتهى و ظاهره عدم الخيار مع اختصاص الخوف بالمستاجر و قد عرفت ما هو التحقيق فيه و أنّه محمول على الغالب الغير المشروط فيه المباشره و الّا ثبت له الخيار مع الخوف مط وفاقا لمحكي مع صد خلافا لمفتاح الكرامه فاشترط عموم الخوف ثم أنّ وجه النظر على ما عن الايضاح و الحواشى و مع صد هو امكان الانتفاع و عروض المانع و في مفتاح الكرامه أنّه الشكّ في كونه من العذر الخاصّ بالمستاجر حتى لا يثبت له الخيار او من العذر في المعقود عليه

ص: ٣١٠

و هو مبني على اصله من تثليث الاعذار و فيه مضافا الى فساد اصله كما مرّ ان العذر هنا غير راجع الى العقود عليه قطعاً فكيف يكون سبباً لنظر العلّامه و امّا الوجه الاوّل فهو أيضاً مضعف بانّ الوجهين جاريان في مسأله الانقطاع التي ذكر قبلها و عن صد الفرق بينهما بان العذر هنا خاصّ بالمستاجر و هناك مع الموجر باعتبار الخوف على دابته و أيضاً عروض الخوف في الطريق اكثرى بخلاف البلد فانّ عروضه فيه نادر و لا- يخفى ما فيها من الضعف و الظاهر أنّ وجه الفرق و وجه النظر واحد و هو ان الخوف على السكنى يشبه الغصب بعد القبض فلا يكون موجبا للخيار بخلاف انقطاع القافله فانّه آفه سماوى و عن الايضاح عن القطب عن العلّامه ما يرجع محضه الى هذا و الله العالم

الفصل الثالث : في احكامها و فيه مسائل

الأولى اذا وجد المستاجر بالعين المستاجره عيبا

كان له الفسخ أو الرضا بالأجره من غير نقصان و لو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة أما الحكم الأول و هو الخيار بين الفسخ و الامضاء فلا اشكال فيه فى الجملة و لا خلاف كما عن العلامة فى كره و ابن المنذر بل عن الغنيه الاجماع عليه و إنما الاشكال أو الخلاف فى امور

[الامر] الأول ان هذا الخيار هل هو خيار العيب أو خيار تخلف الوصف

و الشرط أو خيار مستقل مدركه حديث لا ضرر المستفيض المنجبر ضعفه بالعمل ذهب الى كل فريق و يظهر الثمره فيما تعرفه من الفروع و فى الحكم الثانى الذى هو الامضاء بدون استحقاق الارش و الذى يقتضيه ظاهر العبارة و ما ضاهاها فى التعبير عنه بالعيب هو الأول لكن يضعفه وجوه احدها أنه لو كان من خيار العيب لكان العيب ثابتاً مع ان الكلل أو الجلل قالوا هنا بعدمه و الاعتذار عنه بان الارش مخالف للأصل ثبت بدليل خاص بالمبيع مدفوع اولا بما تقدم و تقرر عندهم من ثبوته فى كل معاوضه و شبهها كالمهر عوضاً للخلع و ثانياً بما تقدم فى مخصوص الأجره من عزم الخلاف فى ثبوته فيها ثانيها أنهم صرحوا من غير ظهور خلاف بل ادعى اتفاقهم ثبوت هذا الخيار للمستأجر و لو علم بالعيب بعد التصرف فى العين المستأجره مع ان خيار العيب يسقط بالتصرف اتفاقاً و الاعتذار عنه بان سقوط خيار العيب حكم تعبدى على خلاف الاصل ثابت فى البيع بالدليل فلا يتعدى فى هذا الحكم منه الى غيره كالأجره مدفوع بان التفكيك بين اللأزم و الملزوم من غير دليل غلط مستحيل فالتعدى عن خيار العيب من البيع الى الأجره يستلزم التعدى فى لازمه الثابت بالدليل فمرجع الاعتذار الى الاعتراف بالمدعى و هو عدم كون هذا الخيار خيار العيب من حيث لا يشعر و اضعف منه الاعتذار بابداء الفارق بين البيع و الأجره بان ضرر المشتري ينجر فى البيع بالارش بعد سقوط خياره بالتصرف بخلاف المستأجر فإنه لا ارش له اتفاقاً فلو سقط خياره بالتصرف كان ضرراً عليه و وجه الأضعفیه ان سقوط الارش هنا أيضاً يحتاج الى الدليل و هذا الدليل اجماعاً كان او غيره يدلّ ح على عدم كون هذا الخيار من خيار العيب و أمّا الاعتذار المحكى عن كره بان الخيار هنا إنما هو بالقياس الى المدّه الباقيه فيكون من قبيل ظهور العيب قبل التصرف ففيه ان التصرف فى بعض المعقود عليه يكفى فى سقوط خيار العيب اتفاقاً على ما ادعاه بعض فلو كان هذا من خيار العيب كان تصرفه فى المنفعه فى الجملة كافياً فى سقوط خياره بالقياس الى المنافع المستقبله و بالجملة لم نجد وجهاً وجيهاً لثبوت الخيار هنا مع التصرف لو كان من خيار العيب الا ان يقال ان التصرف إنما يسقط الخيار ان كان فى المعقود عليه لا فى غيره و هذا غير متصور فى المنافع

ص: ٣١١

لأنها عبارة عن التصرف فى العين فكيف يكون متصرفاً فيها بل التصرف فيها هو العين فسقوط خيار العيب بالتصرف مختص بالبيع لا لعدم الدليل فى غيره بل لعدم تصور الموضوع فيه و ثالثها ان العيب فى المنفعه غير معقول لأنه على ما صرحوا به فى باب البيع هو الزيادة او النقصه عن الخلقه الاصلية و هذا من خصائص الاعيان التى لها بحسب خلقتها الاصلية اقتضاءات قد يختلف عنها فى الوجودات الخارجيه و أمّا المنافع فليس لها مرتبه حتى يتصور فيها الزيادة و النقصه بل هى مختلفه باختلاف ذواتها من غير ان يكون لكل مرتبه خلقه اصلية يلاحظ الزيادة و النقصان بالقياس اليها تقول هذه الدابه الاعمى مثلاً معيوبه

لنقصانها اي المنفعة عن خلقتها الاصلية و لا تقول انّ منفعتها معيوبه لنقصانها عن خلقتها الاصلية و دعوى ان نقصان العين يكفى فى تحقق العيب فى المنفعة عرفا أنّما تتجه لو كان بين نقصان العين و نقصان المنفعة ملازمه و ليس ككك اذ قد يكون منفعة العين المعيوبه احسن و اجود من منفعة العين الصحيحة التامة الأجزاء كالمشاهد بالعيان فى سير الدواب اذ لكلّ دابه كفيته خاصه فى السير من الجوده و الزداه و من هنا ظهر منع خيار العيب فى البيع أيضا اذا كان الثمن منفعة كما يثبت فى الاجاره اذا كان العيب فى الاجره فعدم الارش هنا ليس لاختصاص دليله بالبيع كما زعم بل لعدم تصوّر العيب فى المنافع مط سواء كان فى البيع او فى غيره فلو ثبت فيها خيار لكان من ساير الخيارات لا من خيار العيب و الاصل ان خيار العيب لا يجريه؟؟؟؟ فى المنافع بعيب العين لانتفاء موضوع العيب فيها لا لقصور الدليل فلا بد ان يحمل كلمات الأصحاب هنا على خيار اخر و لا تاتى عن ذلك بل فيها قرائن تشهد به و انّ مرادهم بالعيب هنا النقص دون العيب المصطلح منها التعبير عن المسأله بظهور العيب فى العين المستاجر لا- فى لمنفعه و منها اتفقهم على الأرش فى عيب الاجره و منها ذهاب جميع المتقدمين على الشهيد الثانى على ما عزى اليهم بعدم الارش هنا و منها تقييد عنوان المسأله فى معقد نفى الخلاف المحكى عن كره و ابن منذر بما اذا اوجب عيب الغصب نقصا فى المنفعة فقال انّ العيب فى العين المستاجر ان اوجب نقصا فى المنفعة كان المستاجر بالخيار فلم يفسد عيبا فى المنفعة فلو كان صحه حال المنفعة كحال العين فى قبول العيب المصطلح لكان عليه التعبير فى المنفعة بالعيب أيضا كالعين فمرادهم كلّا النقص يعنون به أنّه لو وجد المستاجر نقصا فى العين ثبت له الخيار و ممّا يؤيده أيضا انّ خيار العيب الثابت فى باب البيع لا يتفاوت فيه بين كونه منقصا للقيمة اولا كالخصى مع انك عرفت ظهور كلام العلامة و ابن منذر فى اختصاص الخيار بما لو كان عيب العين سببا لنقصان ماله المنفعة فتعين ان يكون هذا الخيار من خيار تخلف الشرط او خيار اخر مستقل مستند الى نفى الضرر كخيار التذليس و ساير الخيارات المذكوره فى اللّمعه و ضه الزائده على الخيارات السبعه المعروفة المنصوصه عليها بمثلها لكن الاوّل مشكل لأنّ غايه ما يستدلّ له كما فى لك و غيره امران احدهما انصراف العقد الى الصّحيح و ثانيهما انّ مقصود المستاجر هو الصّحيح فكان كما لو شرط وصف الصّحّحه فى العقد و يرد على الاوّل ان قضيه الانصراف فساد العقد لكون العيب غير معقود عليه كما لو عقد على الحمار فبان فرسا و دعوى تعدّد المطلوب هنا فاسده لأنّه لا تتصوّر فى الجزئى بل مختصه بالكلّى فان الجزئى الشّخصى عنوان واحد لا يعقل ان يكون مطلوبا على تقدير اخر بخلاف الكلّى فانه مع القيد مفهوم مغاير له بدونه مع انّ تعدّد

ص: ٣١٢

المطلوب انما هو فى الحكم التّكليفى دون الوضعى و يرد على الثانى أنّه خلاف ما هو المسلم عندهم من عدم تأثير لغرض العاقد الغير المذكور فى العقد فكيف يكون وصف الصّحّحه بمنزله الشرط المذكور و ربما فرق بينه و بين ساير الأغراض و الدّواعى التّى لا يوجب فقدانها خيارا قلت و لو جعل من خيار الرّؤية لم يرد ما ذكر لأنّ اصل الصّحّحه بمنزله الرّؤية السّابقه و الأولى تبديل خيار الشرط بخيار الرّؤية و لا- ينافيه تمسك الاصحاب فى خيار العيب بالخصوص بما فيه من الارش العذى لا يتم الا بها و قد استدللّ على اصل الخيار فى بابها بما ذكرنا أيضا حيث جعلوه هو الفارق بين الصّحّحه و ساير الأوصاف الغير المرثيه و لا المذكور فى العقد ثمّ انّ كلام صاحب لك فى المقام لا يخلو عن تشويش و اضطراب لأنّه مع الاستدلال على الخيار بالانصراف فى ترجيح الارش و كذا فى محكى ضه انّ ظاهر الاستدلال بالانصراف و مراعاة عرض العاقد كون هذا الخيار عنده غير خيار العيب فكيف قال بالارش مع عدم ثبوته عندهم كلّا او جلا فى غيره

الأمر الثاني أنّ عيب العين قد يكون موجبا لنقصان أجره المنفعة و قد لا يكون كك

و القدر المتيقّن من الخيار هنا أنّما هو الأوّل لا الثاني فظاهر المحكى عن كره و ابن منذر كما عرفت حيث اشترطا نقصان المنفعة مؤيدا بالأمثله التي مثلوها عدم الخيار لكن اطلاق الكتاب و نحوه من كلماتهم و صريح غير واحد ثبوته أيضا و استدّلوا عليه بأنّ الصّبر على العيب ضرر سواء اوجب نقصا في المائيه أم لا و فيه أنّ الصّبر على العيب اذا لم يكن سببا لنقصان قيمه و لا لنقصان الانتفاع بان يكون غير لائق بحال المستاجر او منافيا لغرضه كسرعه اللّحوق بالمنزل في استيجار الدّواب او نحو ذلك ليس ضررا مثل ما اذا كان العبد المستاجر خصيا و الاولى ابتناء الاطلاق على ما مرّ من وجوه الخيار هنا فلو كان من خيار العيب او الشّروط او الرّؤيه ثبت مط و الا- اختصّ بما اذا اوجب نقصا ماليا او حاليا و الأوّل هو نقصان المنفعة و الثاني هو نقصان الانتفاع و منه فوت غرض المستاجر مع عدم التّفاوت عند النّاس أجره و لا رغبه بين منفعه المعينه و غيرها الثالث أنّ العيب في المبيع ان كان سابقا على المبيع فلا اشكال في ثبوت الخيار و كذا لو كان حادثا بعد العقد في يد البائع قبل القبض على ما صرّح به غير واحد في بابه بل لم نعثر و لا نقل خلاف في جواز الرّد و ان اختلفوا في الإمساك مع الارش بين قولين و المشهور بين المتأخّرين بل عن لك دعوى الشّهرة بقول مطلق من غير تقييد بالتأخّرين استحقاق الارش أيضا و الدّليل عليه اما ردّ قاعده نفى الضّرر و اطلاقات اخبار الرّد بالعيب و خصوص قاعده التّلف قبل القبض و في الكلّ نظر لان الضّرر المنفى أنّما هو الضّرر الناشى من العقد عليه و حدوث العيب بعده في ملك المشتري فلا وجه لكونه مضمونا على البائع و اطلاقات اخبار الردّ بالعيب غير ظاهر الشّمول للعيب الحادث بعده و اما قاعده التّلف فاورد عليها أنّ مقتضاها الانفساخ دون الخيار و اجيب بالمنع لأنّ مقتضاه كون التالف من مال البائع دون الانفساخ اذا كان التّالف نفس المبيع اذ لا- معنى لكونه من مال البائع ح سواء و اما اذا كان التالف جزءا و وصفا فمقتضاه الخيار فيما بقى دون الانفساخ لان معنى كون التّلف من ماله فرض سبقه على العقد و أنّه وقع حالكون المبيع او جزئه او وصفه تالفا في ملك البائع قبله و المفروض بحكم النّص و الاجماع اقتضاء العيب السّابق على العقد الخيار و من هنا حكموا بجواز الإمساك مع الأرش أيضا نظرا الى كونه من احكام العيب السّابق حقيقه فكذا ما كان بمنزله حكما لقاعده التّلف و ان كان فيه خلاف و اشكال الا أنّ اصل الخيار في الردّ و الإمساك

ص: ٣١٣

مجانا لا خلاف فيه و لا اشكال هذا حكم العيب في المبيع و اما ما نحن فيه فان كان خياره خيار العيب فسيأتى فيه ما عرفت الا انك عرفت ان المنفعة مط في البيع و الاجاره لا يتصوّر فيها العيب و ان كان خياره مستقلا مستندا الى قاعده لا ضرر فقد ظهر ما فيه من الاشكال بل المنع لأنّ الضّرر الحادث بعد العقد سواء كان قبل القبض او بعده ضرر خارجيّ طرأ في ملك المتّصل اليه فلا وجه لجبره بالخيار و ان كان خيار تخلف الشّروط او الرويه ففيه اشكال ينشأ من قاعده التّلف قبل القبض بالتقرير المشار اليه و من أنّ الوصف غير داخل في المعقود عليه لأنّه امر خارج و ان اقتضى فواته الخيار و لم اجد نصّا من الاصحاب فيه و أنّما صرّحوا بان فقدان وصف الصّيه اعنى العيب الحادث قبل القبض بمنزله فقد انه قبل العقد و اما الكتابه و نحوها من الاوصاف التي يوجب تخلفها الخيار اما للشّروط و اما للرّؤيه فهل هي مثل الصّيه في عدم الفرق فيه من قبيل القبض و قبل العقد فلا يحضرني تصريح منهم فيها و قد عرفت ما فيه من الأشكال هذا و لو حدث العيب بعد القبض فلا اشكال و لا خلاف في باب البيع أنّه يمنع من الردّ لكن في المقام صرّح العلّامه و غيره بالخيار و لو تصرّف المستاجر فظهر العيب بعده و قد مضى الوجوه التي ذكرها فرقا بين المقامين كما عن ضعف الكل الا الوجه الاخير المذى ذكرناه الا ان التحقيق ما عرفت من عدم كون هذا الخيار خيار العيب

فيتجه ما ذكره من عدم سقوطه بتصرف المستاجر لأن سقوط الخيارات بالتصرف غير خيار العيب يتوقف على كشفه عن الرضا بالفاقد والالتزام بالعقد والـ فلا يكون مسقطا مط اي من غير كشفه عن الامضاء مختص بخيار العيب على المشهور ثابت بالإجماع والاختبار ففي المقام يرجع الى القاعدة ومقتضاها بقاء الخيار وعدم سقوطه باستيفاء بعض المنفعة لأن لزوم العقد ضرر على المستاجر بالقياس الى المنفعة الباقية ودعوى أنه ضرر حدث في ملكه لا في ملك المورج حتى يجبر بالخيار مدفوعه بقاعده التلّف قبل القبض القاضيه بالانفساخ حسبما حققناه لكن هذا مبني على جريانها في ساير الأوصاف وعدم اختصاصها بوصف الصّححه وقد عرفت الأشكال فيه ولا يفيد عدم الاختصاص و جريان قاعده التلّف فيها أيضا ضروره كون نقص المنفعة تلتا في نفس المعقود عليه بخلاف الكتابه المشروطه فانها ليست داخله فيه بل هو امر خارجي استحق بالشرط و اما أنه نقص حاصل بعد القبض لا قبله ففيه ان التصرف في بعض المنفعة ليس قبضا للباقي و حاصل تحقيق المقام ان مقتضى قاعده التلّف قبل القبض كون التلّف من مال الناقل سواء تعلق بنفس المعقود عليه او بجزئه او بوصفه و نقصان المنفعة قبل القبض تلف لجزء المنفعة المعقود عليها و ليس كتخلف الشرط فنقصان المنفعة بنقصان العين فيشارك نقصان العين في البيع من جهة و يفارقها من اخرى من حيث ان كمال المنفعة داخل في المعقود عليه كدخول وصف الصّححه في المبيع جرى فيها فيما قاعده التلّف اذا كان النقص قبل القبض كجريانها في وصف الصّححه فيشاركان و من حيث ان التصرف لا يسقط الخيار المذى اقتضاها النقصان مط بل مع كشفه عن الرضا كما عرفت فارق نقصان العين في المبيع الذي يسقط خيار العيب مط كلّ ذلك بعد المساعدة على كون كمال المنفعة نظير وصف الصّححه داخل في المعقود عليه مع عدم صدق العيب عليه عرفا و في النفس منه شىء و كيف كان فعلى ما ذكره من عدم سقوط الخيار هنا بتصرف المستاجر تخير في المنفعة الباقية لنقصانها و اما المنفعة الماضيه المستوفاه الكامله فان كان الخيار في المقام خيار

ص: ٣١٤

العيب ثبت فيها أيضا لأن عيب بعض المعقود عليه يكفي في جواز ردّ الكلّ كما اذا كان احد العبدین معيبا و الاخر صحيحا اذا بيعا صفقه و ان كان غيره ثبت أيضا للتبعيض هذا ما يقتضيه القاعده الا ان ظاهرهم الاتفاق على عدم الخيار فيها نظير ما لو تلف العين المستاجر في اثناء المدّه فانّ العقد يفسخ ح في المدّه الباقية و اما الماضيه فلا بل للمورج ما يخصها من المسمّى بعد التوزيع و ربما وجه خروجهم عن القاعده فيها بعدم تعقل الفسخ فيما مضى لانعدامه بعد استيفائه فلا معنى لانتقاله بالفسخ ثانيا الى المورج اذ المعدوم غير قابل للنقل و الانتقال بخلاف الاعيان فانها موجوده بعد الفسخ فلا مانع من عودها الى ملك الناقل ثانيا بعد الفسخ اذا قام الدليل عليه و فيه التّقص بالعين فانها قبل الفسخ كانت للنقل اليه و رجوعها الى ملك الناقل في الزمان المتخلّل بين العقد و الفسخ امر غير معقول لكن لما قام الدليل الشرعي حملناه على الرجوع الحكمي و معناه الالتزام تعبدا بعدم وقوع العقد راسا و المنافع المستوفاه و ان كانت حال وجودها ملكا للمستاجر فلا يمكن عقلا عودها الى ملك المورج لانقلاب الماهية الا أنه بعد قيام الدليل الشرعي يجب الالتزام به فيكون ملكا حكميا للمورج و معناه استحقيقه اجره المثل على المستاجر لا الاجره المسمّاه بالنسبه هذا خلاصه ما في بعض تقريرات بحث شيخنا قده و هو من اخلاط قلم المقرّر لأنّ الفسخ لا يؤثر في الزمان السّابق بل اللاحق عن زمان الفسخ و لذا يكون النماء المتخلّل ملكا للمنتقل اليه و كك الانفساخ بالتلف قبل القبض فأنه من حين التلّف لا- من حين العقد فكيف عن الانفساخ و الصّيواب النقص و التّنظير بالإجاره في العقد الفضولي على القول بالكشف الحكمي لاستحقاله الكشف الحقيقي عندهم فان المعقود عليه كان ملكا للأصيل قبل الاجاره و بعدها يصير ملكا

للفضولى من زمان العقد و لا يعقل هذا الا بضرب من التنزيل الشرعى الذى يرجع الى الكشف الحكمى و كذا الحال فى المنافع المستوفاه بعد مساعده الدليل على تاثير الفسخ بالقياس اليها و أيضا ينقض التوجيه بالفسخ بعد تلف العين على القول به كما لعله المشهور لأنها بعد التلّف كيف يصير ملكا للناقل العاقد مع أنّ الملكيه تستدعى محلاً موجودا و عله المشترك هو جعل الفسخ بعد التلّف فسخا حكماً راجعا الى تنزيل الشّارع العين الهالكه منزله القائمه بعينها فيكون معنى الفسخ فى المنافع المستوفاه أيضا تنزيلها منزله الموجود و منه يظهر فساد الفرق بين الاعيان و المنافع بان الزّمان فى المنافع جزء مقوم منصرفه فلا يعقل عروض ملكيه للمنافع المستوفاه المنصرمه بخلافه فى الاعيان فأنه ظرف محض و لا- يقدر انصرامه فى تنزيل العين المعدومه منزله الموجوده وجه الظهور ان النقص أنّما هو بالقياس الى العين الهالكه لا الباقية حتّى لا ينافى تصرف الزّمان بقائها و الحاصل أنّ هذا الأشكال الى الان غير منجسم و لا اظنه ينحسم إلا ان يكون تملك المنافع فى الاجاره بمنزله تملكات و اجارات متعدده مستقلة على خلاف بيع الشىء و الشئيين حقيقه فأنه تملك واحد و ان انحل بعد التحليل العقلى الى تملكات عديده و يجرى فيه احكام تبعض الصّفقه أنّاه لا ينافى وحده الصّفقه بخلاف المنافع فأنها باعتبار الساعات و الايام و الاسبوع او الشهور و السلبى اموال مستقله ممتازه لا يحصل سبب وحده الصّيغه فيها وحده الصّفقه فان تم ذلك انحسم الاشكال و ظهر الفرق بين الاعيان و المنافع كما يظهر بالتأمّل و به يتجه أيضا ما نقلنا عنهم من عدم سقوط الارش بالتصرّف و استيفاء بعض المنفعه فأنه ح بمنزله التصرّف فى احدى الاجارتين بالنسبه الى الاخرى هذا

ص: ٣١٥

بعض ما يتعلّق بالحكم الأوّل اعنى اصل الخيار و أمّا الحكم الثّانى اعنى عدم ثبوت الارش هنا ففيل انه اتّفاق من الاصحاب الى زمان الشّهيد الثّانى فتردّد فيه قلت سبقه الى التردّد و النّظر الشّهيد فى اللّمعه و المحقّق الثّانى فى محكى مع صد بل قال بعدم التردّد ان الأصحّ ثبوت الارش و فى مفتاح الكرامه نسبه الجزم بالارش اليهم فى مباحث الارش اذا تعدّر الزّرع لقله الماء بحيث لا- يكفى له و عن الكفايه أيضا التردّد و وجه النّظر على ما فى ضه أنّ العقد جرى على المجموع و هو باق فأما الفسخ او الرضا بالجميع و من أنّ الجزء الفات او الوصف مقصود للمستأجر و لم يحصل و هو يستلزم نقص المنفعه التى هى احد العوضين فلا يكون الاخر مستحقّا بكماله فيجر بالارش انتهى قلت فى لك اقتصر على الوجه الثّانى فاستقرب ثبوت الارش و انت خبير بان مقتضاه ثبوت الارش فى مختلف الاوصاف و الشروط المذكوره فى العقد أيضا بل هو اولى بتوزيع الثّمن عليها لذكورها فى العقد و هو خلاف الكلّ او الجمل نعم لهم خلاف فى موضعين احدهما ثبوت الارش فى الجزء المذى لا يوزع عليه الثّمن كيد العبد و عينه و ثانيهما فى الشّروط الذى يزيد على فاقده كما لو باع ارضا او ثوبا او غير على ان يكون خمسه اذرع فبان اربعة بناء على كونه من باب الشّروط كما قالوا و أمّا فى مثل الكتابه و الصياغه و نحوهما فلا يحضرنى به قائل كيف و لا دليل عليه إلا فى خصوص العيب و الحاق غيره به قياس فيرجع فيما عداه الى الأصل و دعوى ان الوصف مقصود و لم يحصل فينقص ما بازائه من الثّمن او الاجره كما قال قده مدفوعه اولا بانّ مجرّد القصد من غير ان يذكر المقصود فى العقد لا يوجب الخيار فكيف عن الارش و ثانيا بانّ مقتضاه استحقاق المشتري او المستأجر ما يتدارك به النقصان من عين الثّمن او الاجره مع أنّ الارش ليس كك بل أنّما يستحقّ به تدارك نقصان المائيه سواء كان من عينه او من مال اخر و لهذا قالوا ان الارش مخالف للقاعده مط حتى فى العيب حيث ان وصف الصّيغه ان كان بمنزله الجزء لزم استحقاق المشتري من عين الثّمن لا تداركه مط كما لو تبعض الصّيغه و ان كان بمنزله الشرط المذكور لم يقتض سوى الخيار بين الرّد و الإمساك المجانى من غير تدارك جبرا للضرر

فالتخيير بين الردّ و الامساك مع الارش مخالف للقاعده ثابت بالنّص في خصوص العيب هذا و قد يوجه الارش بانّ نقصان المنفعه بنقصان العيب و ان لم يكن عيبا في المنفعه كما عرفت لكنّه ليس لتخلف الوصف الموجب للخيار المجاني أيضا بل هو في الحقيقه فوت جزء المعقود عليه لا وصفه بناء على كون نقصان المنفعه كيفا مثل نقصانها كما الذي لا اشكال فيه في رجوع ما يقابله من الاجره الى المستاجر كما يأتي لكنّه على فرض التسليم ليس من الارش أيضا بل من التوزيع مع انتفاء بعض المعقود عليه و هو سهل اذ من المحتمل قويا أنّه قد اراد من الارش توزيع الاجره لا الارش المصطلح و اما الحكم الثالث و هو مفاد قوله و لو كان العيب ممّا يفوت به بعض المنفعه فهو بظاهره مشكل بل ممنوع لأنّ فوت بعضها كانهدام بعض بيوت الدار تلف بعض المعقود عليه فكيف يستحقّ الموجر تمام الاجره على فرض اختيار المستاجر الامساك بل توزع الاجره و ترد اليه ما يقابل منها التالف و ان لم يسمّ هذا ارشا فالظاهر أنّ المراد به هو النقصان لكيفي دون الكمي كما صرّح غير واحد فيتّجه الحكم بعدم سقوط شيء من الاجره حسبما شرحناه ثمّ أنّ الاحكام المذكوره أنّها هي اذا كانت الإجاره على عين خارجيه و ان كانت على كلّ مضمون و ظهر في المقبوض نقض او عيب فعلى الموجر الابدال و لا- خيار للمستاجر فان امتنع و لم يمكن اجباره كما لو امتنع من التسليم راسا

ص: ٣١٦

و قد مضى في الابواب السابقه ثبوت خيار تعدّر التسليم في المقام و ان كان التسليم ممكنا لاشتراك المدرك و هو نفى الضرر و ان تعدّر الابدال لا للامتناع بل لعدم الوجود فللمستاجر الخيار بين الردّ و الصبر الى زمان التمكن و بين الامساك و الرضاء به معيبا و في ثبوت الارش ح كلام مضى في اوائل الباب في مسأله ظهور العيب في الاجره أنّ المسألتين من واد واحد فليراجع ما تقدّم هناك

المسأله الثانيه اذا تعدى المستاجر في العين المستاجره [و فيه أقوال]

اشاره

ضمن قيمتها وقت العدوان كما عن عد و ير و الايضاح و جامع الشرائع و معنى العبارة تعيين القيمه بوقت العدوان بقريته مذهبه في المقبوض بالبيع الفاسد لأنه قال فيه بضمان قيمه يوم القبض و نسب ضمان اعلى القيم الى قيل و في الجواهر معناها دخولها في ضمانه من حين العدوان لا ضمان قيمه يومه و فيه ما عرفت الا ان يحمل كلامه عليه في البيع أيضا و هو خلاف ما فسرها هو به هناك مع ان الشرط قيد للجزاء فدخولها في ضمانه حين التعدى يستفاد من نفس الشرط فلا حاجه الى اعاده وقت العدوان سوى الاستدراك الذي ياباه الفهم المستقيم خصوصا فهم المص المعروف بجنس الكلام ثمّ ان ما اختاره هنا و ان كان موافقا لما اختاره في المقبوض بالبيع الفاسد فهو مخالف لما استحسنته في باب الغصب من ضمان اعلى القيم و هذه المسأله من جزئيات ضمان المغضوب القيمي و مختاره هنا احد الاقوال في المسأله و فيها اقوال اخر و تحقيق الحال فيها هو ان المغضوب ان كان مثليا فلا خلاف في ضمانه بالمثل مع الامكان و بالقيمه مع الاعواز و ان كان قيميا ففى ضمانها بالمثل او بالقيمه خلاف ضعيف منسوب الى المص في باب القرض و الإسكافي و الكلّ او الجلل على ضمانه بالقيمه لكن في تعيينها خلاف عظيم حتى من فقيه واحد في كتاب واحد في ابواب متعدده بل العلامه في خصوص باب الغصب تاره نسب اعلى القيم الى و اى مشعرا بالتوقّف فيه و اخرى قال به من غير تردّد و قد عرفت أنّ المص أيضا اعاد هنا و في المقبوض بالبيع قيمته يوم العدوان او يوم القبض في البيع

و استحسِن في باب الغصب ضمان اعلى القيم الذى هو مختار الحلى و كذا الشهيد في لك اختار هنا ضمان قيمه يوم التلف نظير ما رجح به في باب البيع مع قوله باعلى القيم في محكى غصبه ثم ان محل الخلاف ما اذا كان اختلاف القيمة لسبب اختلاف الأزمنة اما اذا كان باختلاف الامكنه فقد صرح شيخنا قده بان الظاهر كون المضمون قيمته محل التلف فلو كان قيمته في محل الضمان عشره و في محل التلف عشرون و في محل الرد ثلثون فالظاهر اعتبار محل التلف لان ماليته التي تخلف بحسب الاماكن و تداركه بحسب ماليته قلت اختلاف المائيه باختلاف الاماكن غير قاض باعتبار محل الضمان لاحتمال اعتبار محل الغصب او اعتبار اقل القيم للأصل و اعلاها لان المالك كان قادرا على تحصيلها ففى المسأله وجوه و اشكال و اشكل منها ما لو كان محل الضمان محملا للقيمة راسا كما لو غصب فى فلاه ففى اعتبار قيمه اقرب البلدان او محل التلف او بلد المالك او اقل القيم او اعلاها وجوه نعم لو كان اعتبار يوم الغصب لأجل الروايه تعيدا تعيين يوم التلف و كيف كان فقد صرح غير واحد بان الاختلاف الناسى من زياده العين و نقصانها أيضا خارج عن محل النزاع و أنها مضمونه على الغاصب قطعاً حين العدوان او حين التقصان او اعلى القيم على الخلاف فى تلف العين و لو زاد ثم نقص ثم زاد ثم نقص فمقتضى القاعدة ضمان الزيادة ان يقال ان الزيادة الثانية هى الزيادة الأولى عرفاً كما لو أحيى المعين بعد موته بقى الكلام فى ان العائد عين الذاهب او غيره هذا و يظهر من لك فى البيع دخول هذا

ص: ٣١٧

أيضا فى محل النزاع حيث رجح القول باعلى القيم ثم قال بشرط ان يكون التفاوت بسبب نقص فى العين او زياده فلو كان باختلاف السوق لم يضمن و اعتبر قيمتها يوم التلف لان ظاهر الاستثناء الاتصال و كيف كان فالجوه او الاقوال فى المسأله اربعة او خمسه و ان امكن ارجاع بعضها الى بعض

احدها قيمه يوم العدوان

كما عن المقنعه و المراسم و من موضع من المبسوط و به و فع و كشف الرموز و فى غصب الكتاب و عن ير أنه مختار الاكثر و عن س و غايه المراد و ضه أنه المشهور

و

ثانيها اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف

كما عن موضعين من ط و يه و ف و له و الغنيه و ثر و الايضاح و اللمعه و المقنعه و التبصره على اشكال و كذا شرح الفخر للإرشاد و مال اليه فى محكى الكفايه و غصب لك و قواه فى محكى ضه و عن الوحيد المولى البهبهاني اختياره و عزاه فى محكى لف الى الاشهر و عن بيعه نسبته الى علمائنا و قد عرفت استحسانه المص فى غصب الكتاب

و

ثالثها قيمه يوم التلف

كما عن القاضي و الشهيد و السيوري و مع صد و مجمع البرهان و عن س و ضه نسبه الى الاكثر مع ان المحكى عن ظاهر فع انه ليس قولاً في المسأله كما هو ظاهر الكتاب أيضاً حيث اختصر في المسأله على نقل القولين الاولين و لم يذكر هذا لا في الاجاره و لا في البيع و لا في باب الغصب و في مفتاح الكرامه نسبه الى عد و لم اجده فيه في شىء من الأبواب المذكوره بل في باب الغصب اشار الى الخلاف في المسأله في ثلاثه مواضع مقتصرًا على القولين الاولين متردداً فيها في موضعين منها قائلاً بالقول الثاني في الموضوع الثالث و هو يؤيد أيضاً عدم كونه قولاً قبل الفاضلين و في جواهر الكلام نسبه الى جمله من كتب الفاضل و لم اجده في عده و لا في ارشاده و نسبه الى الشهيد أيضاً و المحكى عن اللّمعه اختيار القول الثاني كما عرفت و لعلّه خيره س و العجب انه قدّه نسب في كتاب واحد و هو س القول الاول الى الشّهره و هذا القول الى الاكثر و الجمع بينهما و ان امكن بملاحظه حال المتقدمين عليه و المعاصرين لكنّه بعيد بل له وجه اخر على فرض صدق النسبه نعم لا مضايقه في الجمع بين نسبه المص و الفاضل القول الثاني الى الاكثر و الجمع بينهما و ان امكن بملاحظه حال المتقدمين عليه و المعاصرين له لكنّه بعيد بل له وجه اخر على فرض صدق النسبه نعم لا مضايقه في الجمع بين نسبه المص و الفاضل القول الثاني الى الاكثر و علمائنا و بين نسبه الشّهيدين هذا القول الى الاكثر بما ذكرنا

و

رابعها اعلى القيم من حين العدوان الى حين دفع قيمه

كما عن المص في احد قوله و لعل قوله الاخر التوقف و التردد كما في كتاب الغصب حيث قال لا عبره بزياده قيمه و نقصانها بعد التّلف على تردد و عن الإيضاح أيضاً هذا القول في المثلى حيث يتدارك بالقيمه للإعواز و ستعرف انّ الدليل واحد

و

خامسها اعتبار قيمه يوم البيع الفاسد

فيما كان فساده من جهه التفويض الى حكم المشتري كما عن القاضي و المفيد و الحلبي و هو مناف لنسبه القول الأول الى المفيد كما عرفت و نسبه القول الثالث الى القاضي كما مرّ و يمكن رفع المنافاه الاولى باراده يوم القبض من يوم البيع لاتحادهما غالباً و المنافاه الثانيه بحالها

سادسها ما عن الوسيله في عدوان المستاجر من التفصيل بين التّعدى و التفریط

ففي الأول اكثر القيم من يوم التّلف و في الثاني قيمه يوم التّلف و الظاهر ان المراد بالأوّل هو الاعلى من يوم العدوان الى يوم التّلف لا الاعلى من يوم التّلف الى ردّ يوم القيمه و استدللّ على هذه الاقوال بوجوه اعتباريّه مزيفه و على بعضها بمصححه ابي ولاد الآتيه فاستدلّ على الأوّل

بان يوم العدوان أول زمان دخول العين في ضمان الغاصب فيجب عليه دفع قيمه ذلك اليوم لان معنى الضمان وجوب دفع القيمة دون التكليف يرد العين حسب لأنه ليس من الوضع ورد بان دخوله في ضمانه في ذلك الوقت يتضمن حكمن مترتبين وجوب رد العين حال وجودها وجوب قيمتها معلقا على التلف لا منجزا وفي الحكم التكليفي بدفع القيمة غير مفيد نعم لو كان حكما منجزا لثم الاستدلال وتعين ان الذي يجب على الغاصب دفع تلك القيمة وليس ككك وربما استدل عليه بمصحه ابي ولاد الآتيه وليس بعيدا عن الصواب في الغايه وتعرف تقريبه إن شاء الله وعلى القول الثاني بامور احدها انه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حاله اعلى القيم فكذا بعدها وورد عليه بأنه ان اريد به ضمانها على تقدير التلف فمسلم لكنه لا يجدى الانتفاء المعلق عليه و ان اريد به ضمانها في ذلك الزمان منجزا فهو مخالف للإجماع على عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و ان اريد ضمانها بشرط التلف على ان يكون التلف المتأخر شرطا لاستقرار القيمة العليا في زمانها فهو و ان كان ممكنا الا أنه مدفوع باصالة البراءة عن الزائد ثم ان هذا الاستدلال لو تم لأثبت القول الأول فيلزم من صحته فساده الا ان يدعى تبدل حكم كل حاله الى حكم الحاله المتأخره و هو مناف لقول المستدل فكذا بعدها وقاض بصحه القول الثالث وفيه أيضا نقض لغرض المستدل وزيادة و هو بطلان القول الأول فافهم و ثانيها ما وجه به الاستاد قد الاستدلال المذكور وجعله مبنى قول العلامة قد في محكي يرقال قد و يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونه في جميع تلك الازمه بان العين اذا ارتفعت قيمتها في زمان صارت ماليتها متقومه بتلك القيمة فكما لو تلفت يجب تداركها بتلف القيمة فكذا لو حيل بينها وبين المالك و ازيل يده منها اذ لا فرق مع عدم التمكن بين ان تلف او تبقى نعم ان ردت تدارك تلك المائيه بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقيه امر اعتباري لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا و إنما هو مقوم لمائيه المال و به يتميز الاموال قلّه و كثره و الحاصل ان للعين في كل زمان من ازمه تفاوت القيمة مرتبه من المائيه ازيل يد المالك منها فان ردت العين فلا مال سواها يضمن و ان تلفت استقرت اعلى تلك المراتب عليه لدخول الأدنى تحت الاعلى نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده حيث يضمن الأعلى منها و لأجل ذلك استدل العلامة في ير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان ازاله يد المالك و نقول في توضيح كلام ير ان كل زمان من ازمه الغصب قد ازيلت يد المالك عن العين على حسب ماله ففي زمان ازيلت من مقدار درهم و في اخر من درهمين و في ثالث عن ثلاثه و اذا استمرت الانزاله الى زمان التلف وجبت غرامه اكثرها انتهى ما افاد ثم امر بالتأمل اقول لعل وجهه ان تفاوت مقدار ماله العين إنما هو بالصيفات الكائنه فيها لا باختلاف رغبات الناس فالزيادة و النقصان الحاصلتان من اختلاف القيمة السوقيه الناشى من اختلاف الرغبات لا عبره بها فالمدى ازيل عنه يد المالك و هى العين مال واحد و ان تفاوت قيمتها باختلاف الازمه و لذا لا يجب على الغاصب مع رد العين شىء و ان نزلت قيمتها فلو كان ماليتها في كل زمان مغايره لماليتها في زمان اخر متساويه او متفاوته لم يكن وجه لعدم تدارك ارتفاع القيمة و لا معنى للاكتفاء برد العين مع تنزل القيمة و كون ارتفاع القيمة امرا اعتباريا او اريد به عدم التأثير في ماله العين راسا فلم يزل يد المالك عن مال و ان

ص: ٣١٩

اريد به سلب استقلال المائيه عنه و ان اثر في مائه العين فهو محض تصوير لا واقعته له و لو سلم فلازم عدم الاستقلال بالمعنى المذكور عدم الاستقلال في دخوله و خروجه عن يد المالك أ لا ترى أنه لو حبس صاحب المال عن نقل ماله الى السوق لم يكن يده زائله عن ماله فكذا هنا فان حبس المال و حبس المالك سيار في ذلك الا ترى ان المنفعه المستقله ما مر اعتباري و سبب لماليه العين مع كونها مالا- مستقلا هذا و التحقيق ان ماله العين ليست بالقيمه بل بالصيفات المقصوده الموجوده فيها و

المنافع و الاغراض الحاصله منها نعم هي سبب لبذل الناس اموالهم بادائها و لذا قيل في حدّ المال كون الشيء بعينه ينتفع به و بدله و هذا تعريف اُنّي باللائم فالقيمه مسيبه و معلوليه للتالين لا أنّها مقومه و سبب لماليه الاشياء كما هو مبنى التوجيه فالتوجيه و التحقيق متعاكسان و مبنى التوجيه على قياس القيمه المنافع و الصّيفات المقصوده و الخلط و الحاصل أنّ قيمه الشيء تختلف باختلاف رغبات الناس في الاعصار و الامصار و الاسواق و اما ماليه فهي لا تختلف بها بل له مقدار من الماليه بملاحظه ما به من المنافع لا- يزيد و لا- ينقص الا- بنقصان منافعه و لو بحسب الفصول و الاشخاص و ساير الحالات فاذا حيل بين المالك و بين القيمه فقد صار سببا لعدم انتفاعه بتحصيل عوض عن ماله و اكتساب مال به لا أنّه ازال يد المالك فعلا عن ماله و ستعرف مزيد بيان لذلك عند منع جريان لا ضرر في المقام و هذا هو السر في تسالم الاصحاب كلا او جلا على أنّ منع المالك من الوصول الى بدل ماله ليس اتلافا لماله و ان الغاصب ليس عليه سوى رد العين و لو في زمان او مكان لا يرغب فيه احد و لا يحصل للمالك الانتفاع ببده مط فظهر ممّا ذكرنا أنّ الموجه و التوجيه كلاهما مشتركان في الضعف و السيقوط و ثالثها ما عن الاستاد البهبهاني قده في محكي الرياض من التمسك بقاعده نفى الضرر لأنّ عدم تمكين المالك من العين حين ارتفاع قيمتها ضرر عليه و تفويت لتلك القيمه العليا و اجاب عنها غير واحد ممّن تأخر عنه بالا جماع و مخالفه لطريقه الاصحاب على عدم عدّه و عدّ امثاله من الضرر المنفّي حتى لو اراد المالك بيع ماله بقيمه عاليه و حصل المشتري و منعه مانع لم يكن عليه سوى الاثم لكن في مفتاح الكرامه بعد نقله الاستدلال بالقاعده عن الأستاذ و ردّ بمخالفه الاصحاب استثنى الصوره المذكوره و ادعى المغايره بينها و بين المقام و الحق ما افاده في الجواهر من عدم الضمان مط حتّى في تلك الصوره لما عرفت أنّها من عدم كون عوض المال مالا- فعليّا و ان امكن ان يصير مالا- بالقوه سواء كان العوض قيمه سوقيه او عوضا مسمّى و السّير فيه أنّ حصول القيمه او غيرها للمالك موقوف على امر خارج عن ماله و عن قدرته و ماله من المعدات الموقوفه على رغبات الباذلين للأعراض فكيف يجرى عليها فعلا حكم الأموال و قد يستدلّ عليه كما عن س بان الغاصب مأخوذ باشق احواله و اجيب بأنّه ليس في رواياتنا و لا في اصولنا ما يدلّ عليه بالنسبه الى الغرامه و أنّما هو في مقام رد العين فانه الذي يجب عليه و لو بشقّ النفس و بذل اضعاف من المال المغصوب و عن لك الاستدلال على هذا القول بروايه ابي ولاد الآتيه من غير ان يبين وجه الدّلاله فقيل لعلّه استفاد من قوله ع قيمه بغل يوم خالفه قلت هذا تعريف بالاخفى الا ان يدعى وروده في مقام التعليل و بيان ابتداء ما عليه من القيمه فيكون معنى الحديث ان الغاصب من يوم المخالفه الى يوم التّلف في ضمان المغصوب فيرجع الى الوجه الأوّل الذي استدّلوا

ص: ٣٢٠

به على هذا القول و قيل لعلّه فهم ذلك من قوله ع او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك و هذا اشدّ خفاء من سابقه الا ان يعير يوم الاكتراء بيوم العدوان كما فعلوه لاتحادهما عاده في مورد الزوايه فيرجع اليه أيضا و لا يكون وجها اخر و المذني يخالغ بالقال في توجيه الاستدلال في الجملة هو ان يقال قوله ع يوم خالفته متعلّق بالقيمه و قيد لها كما يقتضيه القول بقيمه يوم الغضب او متعلّق بيلزم المدلول عليه بقوله نعم كما هو مقتضى القول بقيمه يوم التّلف و يقتضيه ظاهر اللفظ على ما يأتي إن شاء الله و على التّقديرين يكون الواجب على الغاصب دفع اعلى القيم اما على الأوّل فلأنّ كل يوم من ايام الغضب يوم المخالفه فيجب على الغاصب دفع قيمه كلّ يوم لكونه من ايام المخالفه و بعد تداخل القيم و سقوط الزائد للإجماع على عدم وجوب دفع الازيد من قيمه واحده يتعين اعلى القيم مضافا الى حكم العقل بان عوض المال لا يكون الا واحدا و ليس فيه دلالة على خصوص قيمه أوّل ايام المخالفه و لو كانت فمن الواضح سقوط هذه الخصوصيه بتفويض

المناطق القطعي و ان كان الثاني فهو باطلاقه يدل على ضمان القيمة لسبب العدوان و المخالفة منجزا من غير اشتراطه بالتلف و دعوى أنه مخالف للإجماع على وجوب رد العين حين وجودها و عدم وجوب الغرامة مدفوعه بعد مساعدته عليها بانه اعتم من اشتراط الغرامة و تعليق وجوبها على التلف لجواز ان يكون التلف مسقطا لها لا- شرطا لثبوتها و يكون شرطا لاستقرار ملك المالك للقيمة كرد العين في ضمان الحيلولة فالأمر بعد ملاحظه الاجماع المشار اليه يدور بين ثلث احدها ان يكون وجوب دفع القيمة مشروطا بالتلف بان يكون تكليف الغاصب مع وجود العين ردها معينا و يكون الضمان الذي هو صريح قوله ع معلقا على التلف كما يقولون و ثانيها أن يكون احد امرين شرطا لاستقراره و تعينه بان يكون الحكم الثابت من الشارع قبله احد امرين اما رد العين المستفاد من العقل و قوله على اليد دون الزوايه الواردة في المقام اذ لا تعرض فيها لوجوب رد العين اصلا و إنما هو معلوم من الخارج او دفع القيمة للحيلولة الفعلية في كل ان من يوم المخالفة الى يوم التلف و لا استحاله في الجمع بين التكاليفين لأن وجوب دفع القيمة مشروط بالحيلولة فلا- ينافي وجوب رد العين حينها كما لو نذر المكث في المسجد فحصل المانع من جنبه و نحوها عن دخوله فأنه يجب عليه ترك الدخول فعلا حال الجنابه و الدخول بشرط عدمها فالغاصب يجب عليه فعلا في جميع زمان الغصب دفع القيمة حال الحيلولة و يجب عليه رد العين بشرط اعدامها فافهم و دعوى اختصاص بدل الحيلولة بصوره تعذر رد العين محل المنع لأن ضمان الحيلولة اذا كان ثابتا شرعا فلم لا يجوز اجرائها مع بقاء العين و ما المنافع منه سوى استحاله الجمع بين التكاليفين فاذا كانا على الوجه المذكور ارتفع المانع و الحاصل ان في باب الغصب قاعدتين مسلمتين كل واحد منهما في مورد إحداهما وجوب رد العين المغصوبه مع الامكان ثانيتهما وجوب الغرامة و دفع قيمتها مع التعذر سواء كان العين هالكه او باقيه و تسمى هذه بدل الحيلولة و المستند فيهما قاعده على اليد لا نص خاص و يشترط في مجريها عدم امكان رد العين نظرا الى ان حقيقه الرد إنما تحصل برد العين فلا- تصار الى دفع البديل من غير دليل لكن فيه ان الامر ككك لو خيلنا و القاعده الاولي المطابقه للأصل و لا مانع من ان يكون الشارع اوجب على الغاصب الغرامة للحيلولة القابله للإزالة مثل الحيلولة الغير القابله فاذا امكن ذلك و اقتضاه اطلاق الزوايه فلا مانع من العمل بها و ثالثها ان يكون الرد مسقطا للتكليف بالغرامة فيكون تعذر رد

ص: ٣٢١

العين شرطا لاستقرار ملك المالك للقيمة و هذا أيضا امر جائز فاذا جاز الامور الثلاثة فمقتضى اطلاق قوله ع نعم قيمه بغل يوم خالفته و عدم تعليقه على التلف مع وروده في مقام البيان و حاجه السائل وجوب دفع القيمة فعلا من دون تعلقه على التلف على احد الوجهين الاخيرين لكن الوجه الثالث لعله مخالف للإجماع على كون رد العين واجبا لا امرا جائزا مسقطا فتعين الوجه الثاني لا- يقال لو تم ما ذكرت من الاستدلال بالزوايه لا تفي بقيمه يوم المخالفة دون اعلى القيم الذي هو المدعى لأننا نقول كل يوم من ايام الغصب يوم المخالفة لا يقال ظاهره خصوص اليوم الاول لأننا نقول كل يوم من ايام الغصب يوم المخالفة لا يقال ظاهره خصوص اليوم الاول لأننا نقول لو سلم فلا عبره بهذا الظاهر للقطع بان سبب الضمان هي المخالفة و العدوان من غير مدخله لخصوصية الايام و بهذا البيان يظهر ان الاستدلال بها على اعلى القيم يتم و لو كان الطرف اعنى يوم المخالفة صفة للقيمة على ان يكون المضمون قيمه يوم الغصب اذ بعد الغاء خصوصية الاولي تكون الزوايه دليلا على ضمان اعلى القيم اذ عبره بقيمه يوم القيمة من حيث كونه ككك لا من حيث اول ايام المخالفة و يمكن ارجاع الدليل الاول و الثالث المحكى عن الاستاد البهبهاني قده الى هذا و ملخص الكل ضمان الحيلولة و اما توجيه الأستاذ قده الى هذا و ملخص لكل ضمان الحيلولة و اما توجيه الاستاد

قده فمرجهه الى تفويت ما له العين يوم توفى قيمه لا- الى ضمان الحيلولة المصطلحه و ان عبر عنه بالحيلولة و عليك بالتأمل حتى تفهم مغايره الوجوه المذكوره و رجحان بعضها على بعض و خامسها ما عن الحلّى و غيره عن اصالة الاشتغال لأنّ ذمّه الغلب مشغوله و لا- يحصل العلم بالبراءه ألاً بالاعلى و اجيب بأنّ الاصل جار في المقام البراءه دون الاحتياط لدوران المكلف به بين الأقلّ و الاكثر الغير الارتباطيين كسائر الديون نعم يمكن استصحاب الضمان المستفاد من حديث على اليد و ان كان الشك هنا في الزائد بناء على أنّ الدوران بين الأقلّ و الاكثر العدى هو مجرى البراءه ما اذا كان في نفس الثابت في الذمّه لا فيما به يتحقّق و يتحصّل في الخارج و لذا قال الاستاد قدّه بوجوب الاحتياط في اجزاء الوضوء و الغسل و كيفيته تطهير النجاسات مع أنّ مذهبه في الاجزاء و الشرائط البراءه دون الاحتياط نظرا الى أنّ المأمور به أنّما هو التّطهير و هو امر معنويّ بسيط غير متردّد بين الأقلّ و الاكثر و أنّما المتردّد بينهما ما هو سبب لحصول الطّهارة لكن العدى رجحناه في كتاب الطّهارة التّفصيل بين ما كان المحصل للمأمور به توقيفياً فيجرى فيه البراءه دون الاحتياط كالوضوء و الغسل للنجاسات او امرا عادياً راجعا الى العرف و العاده فيجب فيه الاحتياط كما اذا امر المولى بالتبريد و شكّ في حصوله بجنس واحد من المبردات او بجنسين فان الواجب ح هو الاحتياط و ان كان التبريد لا يحصل ألاً بفعل خارجيّ مردّد بين البسيط و المركّب من جنسين او ثلاثه و لتحقيق المسأله مقام اخر و لا يخفى أنّ المخرج عن الضمان أنّما هو سبب عرفي لا شرعيّ و هو دفع قيمه فلا بدّ فيه من البناء على الاشتغال القاضى باعلى القيم لكن قد يقال ان الضمان ليس امرا معنويّاً بسيطاً كالنجاسه امر الغاصب بالخروج عنه بل معناه صرف التكليف بالفعل الخارجى اما ردّ العين او دفع قيمه فاذا شككنا فى وجوب دفع قيمه الزائده دفعناه باصل البراءه و على القول الثالث بما مرّ اليه الاشاره فى كلام التحرير المنقول آنفا من أنّ يوم التّلف يوم الانتقال من ردّ العين الى ردّ البديل فتعيّن ان يكون المردود قيمه يومه و اورد عليه بان يوم

ص: ٣٢٢

التّلف يوم الانتقال الى قيمه و امّا انّ المنتقل اليه ما ذا هل هي قيمه يومه او شىء اخر فلا- بدّ له من معين اخر و اجاب عنه الاستاد قده بان معنى الضمان وجوب تدارك التالف عند تلفه و معنى التدارك اقامه ما يعاد له فى المائيه مقامه كأنّه لم يتلف ورد بعينه و التدارك بهذا النحو لا يقتضى سوى مساواه البديل للمبدل حين وجوب التدارك منجزا سواء كان مساويا له فى ساير الأوقات و الاحوال أم لا اقول لا ريب ان الغاصب فى كلّ ان حائل بين المالك و ماله فعليه بدل الحيلولة حال الحيلولة للحيلولة و هو لا- ينافى وجوب ردّ العين عندها كما اوضحناه فى ادلّه اعلى القيم اذ الصواب ما ذكره اذ لا دليل على بدل الحيلولة مع امكان ردّ العين فتعيّن قيمه يوم التّلف لأنّه يوم الامر بالبديل ألاً ان يستفاد من الروايه قيمه يوم العدوان تعبدا او بدل الحيلولة مع امكان ردّ العين فليتعين اعلى القيم حسبما فضلناه فلا بدّ من نقل الروايه و النظر فيما يستفاد منها فنقول عن الشّيخ فى الصّحيح عن ابى ولاد قال اكثرثت بغلا الى قصر بنى هبيره ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قريب قنطره الكوفه خبرت ان صاحبى توجّه الى النّيل فتوجّهت نحو النّيل فلما اتيت النّيل خبرت أنّه توجّه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت ممّيا بينى و بينه و رجعنا الى الكوفه و كان ذهابى و مجىء خمسّه عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذرى و اردت ان اتحلّل منه مما صنعت فبذلت له خمسّه عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بابى حنيفه فاخبرته بالقصّه و اخبره الرّجل فقال لى ما صنعت بالبعله قلت رجعتها سليما قال نعم بعد خمسّه عشر يوما قال فما تريد من الرّجل قال اريد كرايتى و قد حبسه صلبه على خمسّه عشر يوما فقال انى ما ارى لك حقاً لأنّه اكتره الى قصر بنى هبيره فخالف و ركبه الى النّيل و الى بغداد فضمن قيمه البغل

و سقط الكراء فلما رد البغل سليما و قبضه لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده و اخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتي به ابو حنيفه و أعطيته شيئا و تحللت منه و حجبت تلك السنه فاخبرت ابا عبد الله ع بما افتي به ابو حنيفه فقال ع فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السيماء ماء بها و تمنع الارض بركاتهما فقلت لأبى عبد الله ع فما ترى انت جعلت فداك فقال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفه الى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد الى الكوفه و توفيه اياه قال فقلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه فقال لا لأنك غاصب قال قلت له أ رأيت لو عطب و نفق أ ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل عقرا و كسرا و دبر قال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال انت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان رد عليك اليمين فحلفت على القيمه لزمك ذلك او يأتى صاحب البغل بشهود ان قيمه البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك قلت انى اعطيته دراهم فرضى بها و حللتنى قال انما رضى فاحلك حين قضى عليه ابو حنيفه بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه و اخبره بما افتيتك به فان جعلك فى حل بعد معرفته فلا شىء عليك بعد ذلك قال فلما انصرف من وجهى لقيت المكارى فاخبرته بما افتانى به ابو عبد الله ع و قلت له قل ما شئت حتى اعطيك فقال حبب لى جعفر بن محمد و وقع فى قلبى له الفضل و انت فى حل و ان اردت ارد عليك المذى اخذت منك فقلت و هذه الروايه هى العمده فى مستند القول الاوّل و دلالتها عليه مبنيه على ان يكون يوم خالفته قيدا للقيمه اما باضافتها اليه ثانيا بعد اضافتها اليه ثانيا بعد اضافتها الى فعل يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل فيكون اسقاط حرف التعريف من

ص: ٣٢٣

لو قيل باضافه البغل الى اليوم افاد أيضا اعتبار قيمه يوم المخالفه لان فعل يوم المخالفه لا معنى له سوى قيمه يومها و لعل المراد من الوجه الاوّل و فيه اضافه البغل الى اليوم مع نذره تتالى الاضافه فمن الجائر تنكير بغل و تنوينه و كون يوم ظرفا فيلزم المدلول عليه بقوله ع نعم و دعوى بعده او امتناعه لعلم السائل يكون حدوث الضمان زمان المخالفه كما يدل عليه قوله أ رأيت لو عطيت البغل الى قوله أ ليس يلزمنى مدفوعه بانّ المعلوم انما هو علم السائل بالضمان و اما أنّه يوم المخالفه فلا لاحتمال اعتقاده كون البغل فى ضمانه حين دخل تحت يده جهلا منه بامانه المستاجر مطلقا او فى خصوص الدابّه اذا لم يكن صاحبها معها حسبما هو المتعارف بين المكاريين و لو سلم فلا يمتنع علمه عن تقرير الامام له على علمه فلا مانع من جعل يوم ظرفا لقوله ع نعم بل عن بعض انه الظاهر و لعل نظره الى بعد اضافه المضاف اليه ثانيا حتى يكون يوم المخالفه قيد للقيمه حسبما حرر و قد يستدل له أيضا بقوله ع او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدان ان قيمه البغل يوم اكرت كذا و كذا للاجماع على عدم العبره بقيمه يوم الاكتراء من حيث انه كذلك فالمراد به يلزم يوم المخالفه لتقاربهما او اتحادهما و فيه أيضا منع لاحتمال ابتناؤه على اتحاد قيمه البغل من يوم الاكتراء الى يوم الردّ كما هو الغالب بالنظر الى مجارى العادات على اتحاد الاشعار و قيمه الأشياء فى الاعصار المتقاربه خصوصا فى مثل خمسه عشر يوما كما هو المفروض فى الروايه فيكون تخصيص يوم الاكتراء بالذكر من بين ساير الايام لتعذر اقامه الشهود او تعسره فى غيره و لعل ما ذكرنا من ابتناء الروايه على تساوى القيمه فى الزمن المذكور و هو السر فى ملاحظه يوم المخالفه تاره و يوم الاكتراء اخرى و يوم الردّ ثالثه كما فى ذيل الروايه و منه يظهر فساد الاستدلال لأنّ يوم الاكتراء كما يقرب من يوم المخالفه اقرب هذا و ربما يستأنس من ذيل الروايه انّ العبره ليست بيوم المخالفه بل بيوم التلف لما فيه من توجيه اليمين الى الموجر المالك عند الاختلاف فى القيمه مع انه مدعى للزياده و لا يمين على المدعى و وجه الاستيناس أنّه لو كان العبره بيوم المخالفه لم يكن وجه لتوجيه اليمين هنا الى ملك الدابّه بخلاف ما لو كان العبره بيوم التلف المذى قد عرفت

موافقته للقاعده اذ يمكن حينئذ حمل ذلك على بعض الصور الذي يكون المالك فيه منكرا كما اذا اختلفا في تنزيل قيمه يوم التلّف عمّا كانت عليه سابقا فادعى المالك البقاء و ادعى المستاجر التنزل فيتوجه اليمين حينئذ على المالك كما أنّه لو كان العكس كان عليه البيّنه دون اليمين و لا بد من ملاحظه هذين الحملين محافظه الذيل الزوايه عن محافظه الاصول و القواعد لان اليمين و البيّنه لا يجتمعان في مورد فكيف يستخلف المالك و يسمع منه البيّنه لأنه ان كان منكرا فلا بينه له و ان كان مدعيا فلا يمين عليه ففي المقام خروج عن مقتضى القاعده من جهتين إحداهما مطالبه اليمين من المالك المدعى و الاخرى الجمع بينه و بين قبول بليه و هذان الحملان و إن كان لم يكن عليهما شاهدا لان احتمالهما كاف في محافظه الاصول المحكمه و القواعد المتقنه و لا يحتملان الا على تقدير

ص: ٣٢٤

كون العبره في الغرامه بقيمه يوم التلّف و دعوى امكانهما على القول بيوم الغصب أيضا لاحتمال ان يكون اختلافهما في تنزل قيمه يوم المخالفه عن يوم الاكتراء حسبما حرّر مدفوعه بأنّ يوم الاكتراء و يوم المخالفه واحد او متقاربان بحيث يبعد معه عاده تنزل قيمه اللهمّ ألّا ان يكون اختلافهما في تنزلها عن الايام السابقه فيأتي فيه التّوجيه المذكور ح حرفا بحرف كما لا يخفى و ربما قيل كما هو ظاهر المتن و عن الشيخ بخروج هذه المسأله عن قاعده البيّنه على المدعى و اليمين على من انكر و ليس بجيد لان الخروج عن الاصول بروايه غير واضحه الدلاله لما فيها من الاحتمالات الموافقه لها كما بينا من دون ركون الأصحاب اليها خروج عن الاصول و مذاهب النحول و كيف كان فلا ريب في ضعف الاستيناس المذكور و التحقيق في صدر الزوايه دلالتها على يوم المخالفه موقوف على اضافته بغل الى يوم حسبما اشرنا اليه اذ على تقدير عدمها يتعين ان يكون يوم ظرفا لنعم القائم مقام يلزم و لا يدلّ ح ألّا على حدوث الضّمان يوم المخالفه و اما تعيين قيمه فلا يدلّ عليه و لا قرينه على الاضافه بل ربما تدفع بالاصل على تأمل فيكون مجملا ساقطا عن الاستدلال و لا يدلّ عدم الاضافه على ضمان القيمي بالقيمه كما توهم نظرا الى دلالة على كون المضمون هو البغل المماثل للبغل المستاجر اذ لو كان كك لم يكن وجه لاعتبار قيمتها بل كان اللّازم الحكم بضمنان نفسها لا قيمتها فلا شهاده لقاعده ضمان القيمي بالقيمه و كون الحيوان من القيميات على عدم تنكير بغل و اضافتها فافهم و اما ذيل الروايه المتضمّن لإقامه البيّنه على قيمه يوم الاكتراء فهو بعد الاتفاق على عدم العبره بيوم الاكتراء أنّه مبنّى على عدم اختلاف قيمه البغل من ذلك اليوم الى يوم التلّف فلا يدلّ على شىء من المذاهب بقى الكلام في قوله عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترد عليه فربما يتوهم دلالتها على قيمه يوم الرّد و هو احد الاقوال في المسأله و هو مبنّى على ان يكون لفظ يوم ثابتا في الزوايه و يكون ظرفا للقيمه و كلاهما ممنوعان لاختلاف النسخ و لعدم صلاحية القيمي لشيء من متعلّقات الافعال التي منها الظرف بل هو ظرف لعليك القائم مقام لزمك نعم لو لم يكن في الكلام فعل امكن جعله ظرفا لاختصاص المستفاد من اضافته القيمي الى ما بين الصّححه و العيب فمع وجود الفعل او ما يجرى مجراه يتعين ارجاع الظرف و ساير المتعلّقات اليه و ربما احتمل ان يكون قيما للعيب على ان يكون المراد مراعاة العيب الموجود في يوم دفع الارش على تقدير زياده على يوم الحدوث و فيه مضافا الى وجوب التقييد ح بما اذا لم ينقص العيب السابق و الا فالمضمون هو العيب السابق دون المقدار الباقي منه يوم الرّد أنّه مبنّى على كون الظرف صفة للعيب و الاصل ان يكون لغوا و متعلّقا بالفعل الموجود في الكلام كما لا يخفى و كيف كان فلا كلام في عدم دلالة على قيمه يوم المخالفه و لا يوم حدوث العيب العذى هو بمنزله يوم تلف العين لان حكم الجزء و الكلّ في الغرامات و المعاوضات واحد فظهر ممّا ذكرنا أنّ الزوايه بالإجمال اجنبى عن الاستدلال بها في المقام فالمرجع

هى القاعدة و قد عرفت أنّها قاضيه بقيمه يوم التّلف و بعده القول الأوّل لمكان الشّهره المتقدمه و فهم الأصحاب من الرّوايه قيمه يوم الغصب و بعده اعلى القيم من يوم الغصب او يوم التّلف بالتّقريب المتقدّم و اما بقيه الاقوال فهى مع شذوذها لا وجه معتمد لها لأنّ مراعاة قيمه يوم الرّد مبنيه على مقدّمتين إحداهما ضمان القيمات بالمثل كالمثليات

ص: ٣٢٥

مط او مع امكان المثل و ثانيتهما ضمان المثلى المتعذر بقيمه يوم الدفع او المطالبه لا بقيمه يوم التّعذر و المشهور فى الاولى خلافها نعم عن الاسكافى و الشّيخ فى ف و المص فى باب القرض من الكتاب ضمانها بالمثل مط او مع الامكان على الاحتمالين فى مختارهم و يدلّ عليه ظاهر قوله تعالى فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ و قوله تعالى وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا لَانِ مماثل التالف هو المثل مط و دعوى انّ مماثل القيمي هو قيمه دون المثل فى وضوح المنع و الفساد و قد يؤكّد الاستدلال بما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز الصّيلح عمّا يساوى درهمين بدرهم مع ثبوت الرّبا فى الصّيلح و ساير المعاوضات اذ لو كان فى الذّمه قيمه كان الصّيلح عليه بما دون رباء و الجواب اما عن الآيتين فبالاخبار الكثيره الوارده فى ضمان القيميات فى ابواب متفرقه منها صحيحه ابى و لاد المتقدّمه حيث نطقت بان على المستاجر قيمه البغل لا نفسها و دعوى دلالتها على ضمان نفس البغل بناء على تنكيره ممنوعه اذ لا دلالة له على كون الثّابت فى الذّمه نفس البغل فى قبال التّصريح فيه بضمان قيمتها مع انّ ظاهر التنكير قاض ببغل مط من دون اعتبار مماثلته للتالف و هو بط على القولين لان المضمون على القول بضمان المثل هو المماثل لشخص البغله لا جنسها فلو سلّم جواز الاستدلال بظاهر الآيتين مستقلاً من دون عمل الاصحاب و جب الخروج عنه فى خصوص المقام بتلك الاخبار المعمول بها و اما التأييد فيه ان الثّابت فى الذّمه على القول المشهور ما يساوى التالف و يعاد له فى المائيه لا خصوص الدرهم و الدّينار و ملاحظتهما فى الغرامات لأجل تمحضهما فى المائيه و تجرّدهما عن جميع الخصوصيات التى يختلف رغبات الناس بها بخلاف ساير الاموال فانّ لخصوصياتها اغراض زايده لا يمكن الزام الضّامن و لا المضمون له بها و يدلّ على المشهور مضافا الى الأخبار الإجماع كما هو المنقول المظنون على ضمان القرض بقيمته يوم الاقراض فلو كان القيمي مظنوناً بالقيمه كان اللّازم اعتبار قيمه يوم الرّد و المطالبه على الوجهين فى المسأله و اما المقدمه الثانيه فهى مبنيه على ضمان المثلى المتعذر بقيمته يوم الدّفع و هو احد الأقوال فى المسأله و اشهرها و أقواها و عن ثانى الشّهيدين و جماعه ملاحظه قيمته يوم الاعواز و فيه اقوال اخر مذكوره فى عد و غيرها و لا يخفى انّ قضيه القول الثانى فى المقام مراعاة قيمه يوم التّلف أيضاً لأنّه يوم الاعواز مع عدم وجود المثل و اما القول بمراعاة يوم الرّد فله وجهان ضعيفان احد اما عرفت من البناء على ضمان القيمي بالمثل و ضمان المثلى بقيمته يوم الدّفع لا يوم الاعواز و لم تظفر بقائله و ثانيهما قوله ع فى الصّحيحه ما بين الصّحه و العيب يوم ترده عليه بناء على كون يوم قيده للقيمه حسبما ذكرناه مع فساده و اما القول بضمان يوم القبض فى خصوص المقبوض بالبيع فمرجه الى ضمان يوم الغصب بناء على اتحاد حكم المسألتين كما عن الحلّى دعوى الاجماع عليه و اما القول السادس و هو الفرق بين التعدى و التّفريط بمراعاة يوم الغصب و هو يوم التّعدى فى الأوّل و مراعاة قيمه يوم التّلف فى الثانى فهو واضح دليلاً من الكلّ بناء على ظهور الصّحيحه فى قيمه يوم الغصب لأنّه مخالف للقاعده فليقتصر فيه على موردها و هو التعدى و يرجع فى التّفريط الى ما يقتضيه القاعده و هى قيمه يوم التّلف حسبما فصل لكن الظاهر انّ قائله محجوج باجماع من سواه على عدم الفصل بينهما فى الغرامه و كيف كان فلو اختلفا اى المالك و المستاجر فى القيمه كان القول قول المالك نظراً الى الصّحيحه المتقدّمه الصّريحه فى ذلك حسبما حرّراه و ربما نسب الى بعض تعليقات الكتاب ايراد نصّ اخر فى ذلك غيرها و

المستاجر و هو اشبه بالاصول و القواعد و عليه الاكثر لأصالة عدم الزيادة و القول الاوّل محكى عن الشّيخ و هو على فرض صحّه التّسببه مدفوع بعدم المستند فى قبال البينه على المدعى و اليمين على من انكر سوى الصّحيحه الّتى عرفت ما فيها من الاجمال و الاشتمال على خلاف الاجماع حيث جمع فيها بين خلف المالك و سماع بينته فراجع الى ما سبق و الله العالم به و بما لحق و من تقبل عملا- كالخياطه لم يجز ان يقبله غيره بنقيصه على الاشهر بين المتقدّمين الى زمان الظاهر الا ان يحدث فيه اى فى متعلّق العمل كالثوب و نحوه بما يستيح به الفضل نظير فضل البيت و المسكن و الاجير كما فى اوائل الكتاب و مستندهم ظواهر جمله من الاخبار منها مصحّحه ابى حمزه عن ابى جعفر أنّه سئل عن الرّجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى اخر فيربح فيه قال الا ان يكون قد عمل فيه شيئا و منها روايه ابى محمّد الخياط قلت لأبى عبد الله ع أتقبل الثياب اخطاها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين قال ا ليس تعمل فيها قلت اقطعها و اشترى الخيوط قال ع لا باس و مثله الاخر عنه ع فى اناطه الجواز بالعمل عن الرّجل الخياط بتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخيطه و يستفضل قال لا باس و المشهور ح من تأخر عن العلامه الجواز فلضعف دلاله الاخبار على التّحريم امّا الاولان فلاحتمال كون كلمه لا- فيها نافية للصّحاحيه كما فى اخبار اخر فلا تدل على الحرمة بل و لا الكراهه لاحتمال كون المنفى الباس كما عن الحلّى و العلامه و روايه الصّحاحيه الاولى كك و اما الاخيران فلان الباس الثابت بالمفهوم اعتم من التّحريم مع ان الاخير لا يدلّ عليه و لو بالمفهوم و انما له اشعار به فى كلام الرّواى بملاحظه تقرير الامام ع و قد يستدلّ على المنع بقوله ع فضل الاجير حرام و قد تقدّم فى فضل الدار و المسكن و الاجير فى اوائل الكتاب بناء على عمومه لما كان الفصل فيه لنفس الاجير الّذى هو محلّ البحث او لمستأجر الاجير بان يوجره اخر باكثر ممّا اخذه اجيرا و يضعف بابتناؤه على جواز استعمال اللفظ فى المعنيين و هو على فرض صحّته مختصّ بالاسماء فلا يأتى فى المداليل الحرفيه التّسييه الّتى منها المقام لأنّ اضافته الاجير على الأوّل اضافته الشّىء الى فاعله و على الثّانى اضافته الى الأجنبى و هو المستاجر مضافا الى ظهوره فى المسأله السّابقه بشهاده سياق الكلام و شهاده فهم الأصحاب المستدلّين به هناك و بالجمله لا دليل على الحرمة و لا على الفساد فاصاله الحل و الصّحاحه فى العقود خصوصا البيع و الإجاره سليمان عن المعارض مع أنّ روايه الحلّى و العلامه الصّحاحيه الاولى باثبات لفظ الباس تكون حجّه عليهما لاین المثبت مقدّم على النافى كما تقرّر فى محله و خلو الكتب الاربعه و غيرها من لفظ باس غير قادح لاحتمال استنادهما فى الرّوايه الى بعض اصول الرّواى الّتى اخذت منها الاخبار و اما الكراهه فلظواهر جمله من الأخبار ففى خبر على الصّحاحه قلت لأبى عبد الله ع أتقبل العمل ثم اقبله من غلمان يعملون بالثلثين قال لا يصحّ الا ان تصالح معهم فيه قال قلت فأنى اذيبه لهم قال فقال ع ذاك محلّ فلا باس بناء على ظهور نفى الصّلاح فيها و عن حكم الخياط قلت لأبى عبد الله ع انى أتقبل الثوب بدرهم و اسلمه باقلّ من ذلك لا ازيد على ان اشقّه قال لا باس به ثم قال ع لا باس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه بناء على ظهور قوله ع بعد الجواب عن الرّواى مبتدءا لا باس فيما تقبلته اه فى الجواز مط و لو لم يكن هناك عمل و هذا هو الفارق بين هذه الرّوايه و الرّوايه الثّالثه الّتى استدللّ بها للقول الاوّل اذ مع قطع النّظر عن ذيلها امكن استفاده اناطه جواز الفضل بعمل و ان قل كشق الثوب من صدرها نظرا الى تقرير الامام ع كما مر و هو الأصحّ لا لدلالته على الكراهه

بل لعدم دلاله شىء من الاخبار على التحريم مع اتفاقها مفهوما او منطوقا فى المرجوحته و مثل هذا يسمّى بالكراهه الظاهرية الفقاهيه بخلاف ما لو قلنا بظهور نفي الباس او نفي الصّلاح فى الكراهه كما زعم فأنها ح كراهه واقعیه اجتهاديّه و قد يستدلّ عليها أيضا بانّ اخبار الباب بين طائفتين ظاهره فى المنع و صريحه فى الجواز فيجب حمل الاولى على الكراهه جمعا و فيه ان اخبار المنع مطلقه و اخبار الجواز مقيّده بما اذا عمل و التقييد اولى من حمل المنع على الكراهه و دعوى اعتضاد اطلاق المنع بالشّهره المتقدّمه و الكثره يعطيه قوّه يكافؤ بها الاخبار المقيّده و يخرج المقام عمّا يقدم فيه التقييد على المجاز و يدرجه فى قولهم ربّ عام او مطلق يقدم على الخاصّ او المقيد و اضحه المنع سندا و استناد الفقد الشّهره المعتمده فى تقويه الدّلاله و هى التى كانت بين المتأخّرين اذا كان الخلاف راجعا الى مدلول الأخبار بل قيل أنّها على التقييد و عدم الكثره الباعثه على قوّه الإطلاق لأنّ الدال على المنع بزعمهم منحصر فى الصّحيحين المذكورين و الّا فحديث فضل الاجير حرام الامساس له بالمقام كما عرفت ثم ان الشّهره او كل كثره ليس ممّا يخرج المسأله عن القواعد المتقنه و بالجملة لا ارى فى المسأله اوجه ممّا ذكرنا و هو منع الدليل على التّحريم و عدم ظهور النفي فى ذلك نعم لو قيل فى فضل المسكن و الحانوت و الاجير بالحرمة كما هو المشهور امكن دعوى ظهور اخبار المقام فى التّحريم و ح تعين المصير اليه لعدم ما يدلّ على الجواز سوى خبر الحلّى و العلامه المذكوره سابقا لأنّ نفي الصّلاحيه لا صلاحيه له لإثبات الكراهه خصوصا كما مرّ و خبرهما مع خلوّ كتب و الأخبار عنه لا يفيد شيئا و ان كان المثبت مقدّما على النافي لأنّه فيما لو لم يرجع النفي الى ادرى لا كما فى المقام و لأجل ذلك نسه فى مفتاح الكرامه الى المشهور الغفله بعد ان نقل عن يّب و مجمع البرهان و الوافى روايتها بدون لفظ باس و اوجه من الوجه الوجيه المذكور احواله المسأله الى حكم اجاره المسكن و الحانوت و الاجير و قد تقدّم فى اوائل الكتاب حالها فان قلنا فيها بالحرمة قلنا بها هنا بعد التفكيك بينهما خلافا لشيوخنا الأستاذ قده فبنى هناك على الحرمة و هناك على الكراهه و هو مع بعده فى نفسه فاسد المستند اذ ليس هو الا- دعوى ظهور نفي الصّلاحيه فى الكراهه و خبر الحلّى و فيهما ما عرفت و لما ذكرنا ذهب بعض مشايخنا قده هنا الى الحرمة و فاقا لمختاره هناك و كيف كان فعلى القول بالحرمة قالوا يجب الاقتصار على مورد النصّ و هو العمل بالعين كخياطه الثوب و صياغه الخاتم اما العمل الصّرف كالصّوم و الصّلاه و حفر البئر و نحوها فيبقى على اصل الجواز و ربما قيل انّ ذكر بعض لوازم العمل فى العين لا يقتضى الاختصاص بمورده اللهمّ الا ان يدعى اطلاق بعض الاخبار كقول الراوى فى الصّحيحه المتقدّمه عن الرّجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه لأنّ تقبل العمل اعمّ مما يتعلّق بالعين كما هو واضح و لا دلاله فى قوله فلا- يعمل فيه على التقييد لانّ التوسّع فى الظروف امر شايح مؤيّد ذلك بالاعتبار و هو التّحفظ عن الرّياء الّمدى هو الباعث على منع الاستفصال حرمة او كراهه و بما مرّ فى فضل الاجير الذى لا- فرق فيه بين كونه اجيرا للعمل فى العين او اجيرا للعمل الصّيرف هذا اذا لم نقل بعموم قوله ع فصل الاجير حرام للمقام و الا كان دليلا واضحا على التّعميم و عليه يعتبر فى نقل العمل الصّيرف عمل شىء منه و الله العالم و لا يجوز على القولين تسليمه اى متعلّق العمل الى غيره الا باذن المالك و لو سلم من غير اذن ضمن لأنّ العين امانه فى يد المستاجر فلا يجوز له تسليمها الى غيره الا باذن المالك و قد يقال ان الاذن فى الشىء اذن فى مقدّماته فالإذن فى التقييد اذن فى تسليم العين الى المتقبّل تحصيليا للعمل المستاجر عليه ورد

ص: ٣٢٨

تاره بان جواز التّقبّل ليس اذنا من المالك فى تقبيل العمل للغير حتى تبيعه الاذن فى التّسليم لأنّ عقد الاجاره انما يقتضى استحقاق المالك على الاجير العمل المستاجر عليه كما يقتضى استحقاقه الاجره عليه و هذا اعمّ من اذن المالك له فى العمل

مباشرة او تسيباً بتقبل الغير فيحتاج عمل الأجير الى اذن اخر بعد الاجاره غايه الامر سلطنه الأجير الاوّل على مطالبه الاجره لو صار في مقام الوفاء بالاجاره اعنى تسليمها بعمل المستاجر عليه بالتسبب و اما سلطنته على استعمال الغير قهراً على المالك فلا بل الامر ككك بالقياس الى عمله مباشرة فأنه ليس له التصرف في العين مقدّمه لتسليم العمل مباشرة ألاً باذن جديد من المالك بعد مضافاً الى عقد الاجاره فان اذن و الا فعليه دفع الاجره خاصه و لا يدخل فيه الاجبار فلا يرجع الى الحاكم ليجره على التسليم ثم لو اذن له اقتصر عليه و لا يتعدى منه الى الغير و لو قلنا بجواز التفصيل و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين تسليم العين المستاجره كالدار الى المستاجر الثاني فانه لا يحتاج الى الاستيذان ألاً بضميمه المستاجر لان التسليم فيه حق للمستاجر على المالك حتى لو ضايق عن الاذن اجبر عليه لان المستاجر مستحق لاستيفاء المنفعة الموقوف على التصرف مباشرة او تسيباً حيث يجوز له اجاره العين المستاجره كما لو صرح بذلك في ضمن العقد او أطلق و لم يشترط المباشرة حسبما مرّ تفصيله فيما سبق اقول الظاهر ان هذا ليس محلاً لكلام القوم في المقام اذ لا ريب في عدم جواز تصرف الخياط مثلاً في الثوب من دون مطالبه المالك المستاجر للخياطة صراحه او بشهاده الحال و بذله اجره الخياط و أنّما الكلام في جواز التسليم حسبما هو المتعارف بين الناس و هي صورته المطالبه فمقتضى المقدمتين اعنى جواز التقييل للغير و عدم جواز التفكيك بين الملزوم و اللازم في الاذن عدم الضمان و اخرى بعدم الملازمه بين الاذنين فلان يأذن في التقييل و لا يأذن في التسليم بان يعمل الغير في العين و هو في يد المالك او الأجير الاوّل من غير فرق بين المقام و بين ما سبق اعنى تسليم الدار المستاجره على المستاجر الثاني فلا بدّ من مساعده المالك او المقام لتصرف المستاجر في العين و ألاً فلا يجوز فيضمن من غير فرق بين الاوّل و الثاني قلت و فيه مالا يخفى اما في نحو الدار فلان استيفاء المنفعة و هي السكّنى مثلاً كيف يعقل بدون التصرف فاذا استحقّ المستاجر السكّنى فقد استحق وضع اليد على الدار رضى المالك او لم يرض فان اراد بالتصرف في الدار ازيد ممّا يقتضيه السكّنى اتّجه ما ذكره من التوقف على الاستيذان و الضمان بدون الاذن لكنّه خارج عن محل الكلام و ان اراد ما يقتضيه الاستيفاء فلا وجه في توقّفه على الاستيذان بل للمستاجر الاوّل تسليم الدار الى المستاجر الثاني و لو منع المالك اذا لم يشترط عليه المباشرة في السكّنى و كذا الحال فيما نحن فيه فانّ تصرف الخياط بالخياطة لا يحتاج الى اذن المالك اذا جاز له التقييل بالتصريح او باطلاق العقد القاضى بجوازه نعم للمالك دفع الاجره و رفع اليد من الخياطة اما مع مطالبته فليس له المنع عن التصرف بالخياطة فان اراد بالتصرف هنا نقل العين من يد المالك الى يده فهو أيضاً خارج عن محل الكلام و ان اراد التصرف في ضمن العمل فلا يتوقف على الاستيذان سواء عمل بنفسه او نعيه فظهر أنّ لما ذكره المص من عدم جواز التسليم وجهين احدهما و هو الاوّل مختصّ بالمقام و لا يأتي في اجاره الدار و المسكن و ساير الاعيان و ثانيهما عام لهما كما ظهر سقوطهما و عدم جواز استناد ما ذكره الاصحاب من عدم جواز التسليم اليهما و هنا وجه اخر للضمان مع عدم الاستيذان اشار اليه في محكى لك و

ص: ٣٢٩

و هو ان العامل و ان كان مستحقاً للتصرف في العين و فاء للعقد و لكنّه لا ينافى وجوب الاستيذان من المالك عليه جمعا بين الحقيين فان لم يأذن استاذن الحاكم الذى هو ولى الممتنع و سقط اعتبار اذنه و هذا اشبه شىء باذن ولى الميت في الصلاه عليه مع قصوره عن الصلاه فانها ح واجبه على غيره مع الاستيذان و يسقط اعتبار اذنه مع الامتناع قال و يحتمل تسلط العامل على الفسخ لو لم يأذن المالك لأنه مسلط على ماله و فيه أيضاً ضعف و فساد لان المالك ان كان مطالباً للعمل بالتصرف في العين ح و ان كان مستحقاً عليه لكن مطالبه له اذن له في التصرف في العين لأنّ الاذن في الشىء اذن في لوازمه فليس له في هذه

الصّوره التّصريح بعدم الاذن للتناقض و سقوطه عن درجه الاصابه و ان لم يكن مطالباً للعمل فليس التصرّف في العين حَقاً للعامل حتّى يجبر المالك على الاذن لما عرفت أنّه خارج عن مقتضى الاجاره و أنّها لا يقتضى سوى سلطنه كلّ منهما على الاخر بالعرض فلا حقّ للعامل سوى مطالبه الأجره مع تسليم نفسه للعمل و اما انه يستحقّ التصرّف فيها قهراً على المالك ثم انه لا وجه لتسلّط العامل على الفسخ لو بذل المالك الاجره و لعلّ المراد تسلّطه على عدم البذل و هو حسن ثم قال و لو قيل بالجواز يعنى جواز التّسليم بدون الاذن كان حسناً لصحيحة عليّ بن جعفر عن اخيه ع في عدم ضمان الدابه المستاجر بالتّسليم الى الغير اذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه قال و اذا كان الضّمان ساقطاً مع تسليمها لاستيفاء المنفعه لغير المالك فسقوطه مع كون المنفعه للمالك اولى و اليه مال في لف و ابن جيد جوز التّسليم من غير ضمان على كون التّسليم مأموناً و لكن ينبغي تقييده يكون المدفوع اليه ثقّه و الّا فالمنع اوجه ورد بانه لا صراحه لها في خروج الدّابه من يد المستاجر الأوّل و لا ظهور و أنّما المراد السّؤال عن حال تلفها حال ركوب الغير لها و ان كانت هي في يد الأوّل و لا ريب أنّ الحكم ح ما ذكره الاصحاب قلت و فيه تعييف لأنّ ظاهر اعطائها الغير استقلاله بالعطاء و مع كونها في يد المكارى لا يكون المستاجر مستقلاً به ان لم نقل باستقلال المكارى مع أنّ التفصيل بين شرط المباشرة و عدمه لا يناسبه اذ لا ضمان على المستاجر بالقياس الى الدّابه اذا كانت في يد صاحبها سواء اشترط المباشرة أم لا و ان كان ضامناً لأجره مثل ركوب الثّاني لو كان لغير رضاه المالك و قهر من المستاجر على الثّاني كما لا يخفى و قد يرّد بان موردها العين المستاجر فلا مساس لها بالمقام و دعوى الاولويه مع كون التصرّف في العين المستاجر حَقاً للمستاجر على الموجر بخلاف التصرّف في العين للعمل فيها فلا وجه لها و فيه ان مطالبه العمل اذن من المالك في التصرّف حسب اطلاق العمل و تقييده و هذا الاذن لكونه عن اختيار المالك اولى برفع الضّمان من الاذن الذي يستحقّه عليه قهراً و كيف كان فلا ارى وجهاً في المسأله اوجه ممّا ذكره في لك و ربما نزل حكمهم بعدم جواز التّسليم على القول بعدم جواز التّقييل فيرتفع الأشكال من راس كما لا يخفى بقى شىء و هو أنّهم قالوا باشتراط الوثاقه في الاجير الثّاني و علّل بانه مقتضى الامانه و ربما يناقش فيه بانه امانه مالكيه من طرف المستاجر بعد فرض جواز التّقييل يقتضى اطلاق الاجاره فلا وجه لاشتراط الوثاقه و ليس الاجير الثّاني الّا كالاجير الأوّل في عدم الاشتراط و يدفعه ان جواز التّقييل ليس صريحاً في استيمان الخائن بخلاف لأجير الأوّل فأنّه أمين من طرف المالك و لو كان خائناً فاذا اختار الاجير الأوّل ايفاء العمل بالتّسبيب لزم مراعاة شرط الامانه في الغير الذي

ص: ٣٣٠

يسلمه العين المعمول فيها و من هنا يظهر اشتراط الوثاقه في المستاجر الثّاني في العين المستاجر لو اراد المستاجر الأوّل اجارتها من غيره لأنها امانه في يد الأوّل و جواز اجارتها من غيره لا يقتضى الخروج عن مقتضى الأمانه في الاستيمان و ان كان متلقى من جانب المالك

المسأله الثالثه يجب على المستاجر سقى الدّابه و علفها و لو اهمل ضمن على ما صرح به الأصحاب فهنا مسألان

الأولى وجوب السقى و العلف على المستاجر

و اعلم أنّه قد اجتمع في الدّابه المستاجر جهات ثلث احديها كونها من ذوات الانفس المحترمه و ثانيها كونها امانه مالكيه بيد المستاجر و ثالثها كونها مستأجره و الكلام في كل من الجهات تاره فيما اقتضاه التّكليف و هو وجوب السقى و العلف و اخرى

فى اقتضاءها الوضع من حيث بذل الماء و العلف مجاناً او بذل العمل و هو نفس السقى ككك ثم بملا-حظه كون الدّابه بيد المالك بان يصاحبها او بيد المستاجر يختلف الحكم و ترتقى صور المسأله الى ستّ و ثلثين فنقول اما الجبهه الاولى فانّها قاضيه بوجوب حفظها لكن على الترتيب يعنى تعلقه اولاً بالمالك او بوكيله فان تعذّر فعلى الحاكم فان تعذّر فعلى غيره كذا قيل و فيه نظر لأنّ احترام نفس الحيوان لا- يقتضى ازيد من حرمة الايذاء قتلاً او ضرباً و اما وجوب المحافظه و المعالجه لدفع الامراض المهلكه و العوارض المرديه على حدّ وجوب حفظ الادمى فغير ثابت حتّى على المالك فضلاً عن غيره نعم عليه الإنفاق فأنه من الحقوق الواجبه من الله على المالك و هذا غير وجوب حفظ النفس اللهمّ الا ان يدعى مساواه عدم الإنفاق للإيذاء عند العرف موضوعاً و حكماً بخلاف دفع المرديات الخارجه فأنه مبنّى على وجوب حفظ النفس ثم ان وجوب الإنفاق ثابت على الترتيب المذكور غير ان فى وجوبه على الحاكم أيضاً بحثاً الا ان يراد به الاستيذان منه و عدم جواز مبادره غيره اليه بدون اذنه فانه من الامور الّما ان يراد به الاستيذان منه و عدم جواز مبادره غيره اليه بدون اذنه فأنه من الامور الحسيه التى لا ولايه فيها لغيره مع وجوده و امّا الجبهه الثانيه فالظّاهر عدم الأشكال او الخلاف فى اقتضاءها الوجوب لأنّ من احكام الأمانه وجوب حفظها سواء كانت من ذوات الال- نفس المحترمه أم لا- الّما ان يدعى اختصاصه بخصوص الوديعه و بقاء غيرها من الامانات على مقتضى القواعد لكن ظاهرهم ثبوته فى جميع الامانات المالكيه و تظهر الثمره فى وجوب الاستيذان من الحاكم اذ على تقدير جريان حكم الوديعه فى الاجاره استقل المستاجر مع غلبه المالك بالانفاق على الدابه من غير مراجعه الحاكم و على تقدير عدمه فعليه اولاً- الى الاستيذان من الحاكم فان تعذّر تولاه بنفسه و الفرق هو ان مقتضى عقد الوديعه قيام الودعى مقام المالك الّمدى لا يحتاج الى اذن المالك بخلاف غيره من الامانات فانّها ليست استنابه فى الحفظ و ان تضمّنت الاذن فى اليد و هذا هو الاوفق بالقاعده و لا- اظنّ قيام الإجماع على مساواه الامانات للوديعه فى جميع الأحكام حتّى هذا الحكم هذا حكم السقى و العلف تكليفاً و اما استحقاقه قيمه الماء و العلف فلا اشكال فيه من الجبهه الاولى على فرض تسليم اقتضاءها وجوبها لان وجوب حفظ الدّابه و غيرها من النفوس المحترمه تعليق بالقدر المشترك بين المجان و غيره فيبقى قاعده احترام مال المسلم بحاله لكن يشترط فى استحقاقه العوض الاستيذان من الحاكم مع الإمكان لأنّه ولّى العقار فان تعذّر قيل وجب عليه الانفاق مع الأشهاد و فيه تأمل ان اراد اشتراط استحقاقه العوض بالأشهاد لعدم الدليل عليه و ان اراد وجوبه الارشادى مقدّمه لإثباته عند الحاكم لو انكر المالك فهو حسن و لو اريد الاشهاد على قصد الرجوع فالمنع هنا اوضح

ص: ٣٣١

مضافاً الى أنّه مما لا يعلم الا من قبله فيسمع قوله لو انكره المالك الا ان يمنع الصّغرى نظراً الى امكان الاشهاد عليه بان اكتفى فيه على تصريحه بقصد الرجوع حين الانفاق و كيف كان فظاهرهما لاتفاق على استحقاق عوض الماء و العلف اذا قصد الرجوع نظير الانفاق فى المخمسه و لاحترام حال المسلم و يشكل ذلك بان الحكم بضمان المالك لا بدّ له من سبب و ليس هو الا قصد الرجوع فى الانفاق و فى كونه سبباً لضمان المنفق عليه فى المخمسه او ضمان مالكة هنا نظراً الى ان التّلف اى تلف المال المنفق قد اجتمع فيه امران السبب و هو الوجوب شرعاً و المباشر و هو صاحب المال فانّ قدم السبب كان الضمان على الشّارع و ان قدم المباشر كان التّلف من صاحب المال و اما قصد الرجوع فهو ليس من اسباب الضمان فلا وجه لرجوع المنفق على من انفق عليه او على ماله لقيمه المنفقه و احترام مال المسلم بنفسه لا يصلح سبباً له اللهمّ الا ان يكون اجماع على الرجوع فيكشف عن ثبوت نحو ولايه له عليه فى المعاوضه فيكون قصده الرجوع بمنزله قبول المنفق عليه فان لم يقصد لم يكن عليه شىء هذا

حكم عين المال اجره العمل و هو السقي و نحوه فالكلام فيه مثل الكلام في نفس الماء و الشعير و حكم الجبه الثانيه حكم الجبه الاولى ألما في الاخير فانه لا يستحقّ اجره العمل على المالك بناء على كون المستاجر كالودعي و اعتبار المتبرع بالعمل للحفظ في ماهية الوديعه و في المقدمه الاولى المنع لأن العين المستاجر يبد المستاجر ليست كالوديعه اذا لم يستنبه المالك في الحفظ بل سلمها اليه لاستيفاء المنفعه و ان كانت امانه و كذا في المقدمه الثانيه لو لم يكن اجماع كما يقتضيه ارسال بعض له ارسال المسلمات و أمّا الجبه الثالثه فهي غير مقتضيه لشيء من التكليف و الوضع عند الاكثر خلافا للمحكي عن جماعه في محكي لف و الكفايه و مع صد فقالوا بوجوب السقي و العلف على المستاجر مجانا تنزيلا لهما منزله نفقه الاجير المنفذ في حوائج المستاجر كما يأتي ورد بان العاده و التعارف قائمان مقام اشتراط التفقه على المستاجر في الاجير بخلاف الدّابه لأنّ نفقتها بمقتضى القاعده واجبه على المالك و لا عاده هنا مقتضى اشتراطها على المستاجر و ربما يناقش في ما نقله المحقق و الشهيد الثانيان عن جماعه بأنه محض توهم و اشتباه اذ لم يقل احد بكون السقي و العلف من بال المستاجر و أمّا قالوا بوجوبها عليه و غرضهم من ذلك التنبيه على ان المستاجر لو اهمل و لم يفعل كان مفرطا ضامنا بدليل تعرّضهم له في باب الضمان و ألّا فكونهما من مال المالك و كذا الحلّي في محكي ثر و الحاصل انّ كونهما من مال المستاجر ضعيف قولاً و قائلاً نعم يبقى الكلام في اجره العمل اذا تبرّع به و التحقيق انّ مجرّد الاجاره لا يقتضى سقوط الاجره فان استعاب المالك المستاجر في الحفظ امكن القول بعدم الاجره لأنها تصير ح وديعه عند المستاجر و حفظ الوديعه واجب على الودعي تبرّعا فلا يستحقّ في عمله اجره و لو كان له اجره في العاده بناء على اختصاص الوديعه بهذا الحكم مع امكان القول بالاجره فيها أيضا لقاعده الاحترام لو لم يكن مخالفا للإجماع لأنّ احترام الأعمال تجرى مجرى احترام الاموال نعم لو لم يكن للعمل اجره فلا اشكال و كذا النّظر فانه لا اجره له و أمّا الخدمات الاخر التي تحتاج الوديعه اليها ففيها اشكال و يزيد فيما لو كان الودعي رفيعا عن مباشره الخدمه و احتاج الى الاستيجار فانّ الحكم بالتبرّع به ح دون عين المال لا يخلو عن تجشم و تكلف بل لو قيل بأنه يرجع الى المالك باجره الخادم كما يرجع بقيمه العلف و الشعير و الخبر كما قيل كان اوجه و ان لم يستنبه بل سلمها اليه للركوب و لم يصاحبها فان كان العمل له اجره و لم يتعارف التبرّع به استحقّها على المالك لاحترام عمل المسلم مع عدم التبرّع و ان لم يكن له اجره فلا اجره له قصد التبرّع او

ص: ٣٣٢

لم يقصد و ان كان له اجره و تعارف التبرّع فلا اجره له أيضا تنزيلا للتعرف منزله للاشتراط من غير فرق بين قصد التبرّع او قصد الاجره و ان لم يتعارف التبرّع ففي استحقاقه الاجره مع القصد وجهان من اصاله براه ذمه المالك و من احترام عمل المسلم و هذا هو الاقرب فتلخص ممّا ذكرنا في اول المسأله الى هنا ان حيث الاجاره لا يزيد شيئا في المسأله وضعا و تكليفا بل يراعى ما هو القاعده في الامانات المالكيه و الشرعيه و هو وجوب الحفظ مع احترام مال المسلم و عمله

المسأله الثانيه ضمانه للدّابه لو تلفت بترك السقي و العلف

و هذا لا اشكال فيه لأنه تفريط في الامانه و محلّ الكلام تكليفا و وضعا ما لو لم يكن مالکها مصاحبا لها في الطريق و ألّا فلا وجوب ألّا مع اشتراطها على المستاجر و لا ضمان مط اشتراط او لم يشترط و هذا الحكم مطرد في جميع الامانات المالكيه و في الشرعيه مبني على وجوبها على الامين فان وجبا ضمن أيضا بالاهمال للجبه الاولى اعنى كونها ذات نفس محترمه و في غيرها

وجهان من وجوب الحفظ و من اصاله البراءه و مرجعها الى عدم الدليل عليه لان الواجب على الامين هو الحفظ بمعنى وضع الامانه في حرزها و اما الأعمال و المعاملات الاخر التي يتوقف عليها بقائها فللمنع فيه مجال بل يمكن اسراء المنع الى الامانات المالكيه حتى الوديعة فان وجوب حفظها ازيد من الوضع في الحرز غير ظاهر و لا يحضرنى النص من الأصحاب غير ان صاحب لك صرح بوجوب سقى الشجر كالحيوان و ان انكر عليه بعض مشايخنا قدّه و هو مؤيد لما ذكرنا

المسأله الرابعه اذا افسد الصانع ضمن

و لو كان كالقصار يحرق او يخرق او الحجام يجنى في حجامته او الختان يختن فسبق موساه الى الحشفه او يتجاوز حدّ الختان و كذا البيطار مثل ان يحيف على الحافر او يقصد فيقتل او يجنى ما يضرّ بالدّابه و لو احتاط و اجتهد اما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط و لا تعد لم يضمن على الأصحّ و كذا الملاح و المكارى لا يضمنان الا ما يتلف عن تفريط على الاشهر في المسألتين و المخالف في المسأله الأولى و هي تضمين الصانع باتلافه تسببا او مباشره مط الشيخ في محكى يب حيث قال بعدم ضمان الامين التفاتا الى بعض الاخبار الداله عليه مثل ما عن الصادق ع في رجل يستأجر حمالا فيكسر العذى يحمل او يهريقه فقال ع ان كان مأمونا فليس عليه شىء و ان كان غير مأمون فهو له ضامن و قيل و يوافقه في ذلك غير واحد من الاخبار و لا يعارضها ما ورد في الباب من الأخبار الناطقه بالضمان مثل مصححه الحلبي قال سالت ابا عبد الله ع عن القصار يفسد قال ع كلّ اجير يعطى الاجره على ان يصلح فيفسد فهو ضامن و محسّنه منه أيضا ع قال سألته عن الثواب دفعه الى القصار فيخرقه قال ع اغرمه فانك انما دفعت اليه ليصلحه و لم تدفع اليه ليفسده و اللّام في ليصلحه للتعليل او المعاقبه و هما و نحوهما الاصل في كلّ المسأله عند القوم مضافا الى قاعده الاتلاف لان الروايات المفصّله اخصّ منها و من القاعده و اجيب تاره بان النسبه بينهما عموم من وجه لا مطلق نظرا الى ان مفاد الاولى عدم تضمين الصانع الامين مط سواء كان هناك اتلاف منه او تلف تحت يده و الثانيه خاصّه بالاتلاف امانه من حيث الامانه فيرجح عليها الشهره و موافقتها للقاعده و فيه أنّ الاولى صريحه في كسر الحمال و اهراقه و هما داخلان في الاتلاف جدّا فكيف تكون عامه من حيث الاتلاف و اخرى بان العام قد يقدم على الخاصّ للاعتضاد بالشهره و ساير المرجّحات و فيه مالا- يخفى و الصواب ان يجاب عنها بعدم عمل الأصحاب فانّ الخروج عن الأصول و الصوابط بما لا عامل به من الأخبار خارج

ص: ٣٣٣

عن القاعده مضافا الى الاجماع البالغه عند الاستفاضه على ضمان الصانع بما في تلف ايديهم مع عدم ظهور مخالف حتى الشيخ لاحتمال اختصاص ما سمعته من التفصيل عنده بخصوص الحمال نظرا الى الروايه المذكوره او لأنّ المساق من الصانع الذي هو مورد نصوص الضمان و معاهد الإجماعات غيره و يؤيده مخالفه بعض المتأخرين فيه خاصّه كما يأتي و يضعف الاوّل اعنى الروايه بما عرفت و الثاني بانّ المستفاد من الصّحيحين قاعده كليّه لا يكاد يشكّ في اندراج الحمال تحتها و هي ان كلّ من اخذ مال الناس للإصلاح فافسد فهو ضامن فالمتعيّن حملة على الاستحباب و يشهد له بعض ما سمعته من الاخبار طائفه داله على ضمان الصانع مط مثل روايه يونس عن الرّضاع قال سألته عن القصار و الصانع يضمنون قال ع لا يصلح الا ان يضمنوا قال و كان يونس يعمل به و مثلها عن الصادق ع بدون الاستثناء و هذه الطائفه تنزل على المسأله الثانيه اعنى التلف لأنّ النسبه بينها و بين اخبار التّضمين بالاتلاف عموم و خصوص مطلق فيخصّص عموم عدم الضمان باخبار الاتلاف و يبقى تحتها صورته التلف و

هذا اولى من ترجيح اخبار الاتلاف عليها بالشَّهره و ساير المرَّجحات كما فى اللّوامع و طائفه اخرى تدلّ على استحباب عدم التضمّن مثل روايه ابى بصير عن الصادق ع قال كان على ع يضمن القصار و الصّانع يحتاط فى اموال النّاس و كان ابو جعفر ع يتفصّل عليه اذا كان مأمونا قيل و بمضمونها غير واحد من الاخبار و دلالتها على الاستحباب واضحه و هى التّى وعدناك فى حمل روايه الحمال على الاستحباب و لا يجوز حملها على المسأله الثانيه اذ لا احتياط فى تضمين الامناء اللّهمّ الا ان تحمل على التنازع فى التّلف فيمكن ح ابقائه على ظاهره لكنّه مخالف للمش من سماع قوله فى دعوى التّلف كما يأتى نعم لا باس بهذا الحمل على وجه الاستحباب دون الوجوب فيكون المراد تضمين على ع عند الاختلاف و التنازع امره القصار و الصّانع بالغرامه استحبابا استظهارا فى اموال الناس و لا يخفى بعده فالاولى ما ذكرنا من الحكم بضمّان الصّانع بالاتلاف و استحباب التفضّل و العفو اذا كان مأمونا غير مسامح فى محافظه المتاع كما مشى اليه فى محكى الإستبصار و يأتى أيضا أنّه محتمل كلام غير واحد فاسرحت الحمد لله عن وحشه الانفراد و اعلم أنّ صاحب مفتاح الكرامه نقل الخلاف فى هذه المسأله عن المفيد و الشّيخ و علم الهدى و المص فى موضع اخر يعنى الفصل الرّابع الآتى و العلّامه فى كره و صاحب الكفايه و الأردبيلى و زعم ان فى كلام المص و العلّامه اضطرابا و عدّ ما يذكره المص فى الفصل الرّابع رجوعا عمّا قال هنا و عندى أنّ هذا كلّ من اشتباهات قلمه لأنّ خلاف الجماعه امّا فى المسأله الثانيه او فى التنازع و الاختلاف الّذى يأتى فى الفصل الرّابع و ليس لأحد خلاف فى هذه المسأله كما اعترف به قدّه فى اثناء تحقيقاته بل الظاهر أنّ خلاف الشّيخ فى محكى يب المتقدّم الّذى نفى عنه البعد فى محكى مجمع البرهان أيضا ليس فى هذه المسأله و امّا اختلاف موضوع هذه المسأله لما يذكره المص فى الفصل الرّابع فهو على منار لا ينبغى ان يخفى على مسأله و ليست شعري أنّه لم قال و يبقى على المص اختلاف اجتهاده فلا ضرر فيه على الفقيه و امّا المخالف فى المسأله الثانيه اعنى عدم ضمانهم لما تلف تحت ايديهم من غير تفريط فهو المفيد و المرتضى فى محكى الانتصار و بعض من وافقهما ممّن تأخر كصاحب الكفايه و الأردبيلى على ما نقل عنهم لكن المحكى عن جمال الدّين الخوانسارى فى حاشيه ضه ان خلافا السيّد امّا هو فى سماع قولهم عند التنازع و هو الّذى ادعى عليه

ص: ٣٣٤

الإجماع و هو كك بشهاده استثنائه اشتهاه الهلاك او قيام البيئه عن الحكم بالضمان ضروره صراحه فى موافقه القوم مع فرض التّلف السماوى الّذى هو موضوع البحث و من ذلك يعلم ان الجماعه الّذين وافقوهم أيضا غير مخالفين هنا لأنّ كلهم صرّحوا بعدم الضّمان مع اشتهاه الهلاك او قيام البيئه و الّذى اوقع النّاس فى الوهم كلام الشّهيد الثّانى فى محكى لك حيث صرّح بان الأصحّ فى عباره الكتاب اشاره الى خلاف المرتضى و قيل أنّه وافق فى ذلك المحقّق الثّانى و الأصحّ فى الأصحّ ما ذكره بعض مشايخنا قدّه أنّه اشاره الى من لا نعرفه لا الى خلاف المرتضى و قال بعض الاصحاب قدّه منتصرا للشّهيد الثّانى انّ عدم الضّمان مع التّلف السّماوى المعلوم اجماعى فلا- يجوز ان يكون الأصحّ اشاره الى الخلاف فيه مضافا الى ما فيه من تكذيب المحقّق و الشّهيد الثّانين لأنّهما قالا بأنّه اشاره الى خلافهما و خلافهما ليس فى عدم الضّمان مع اشتهاه الهلاك او قيام البيئه عليه فتعيّن ان يكون اشاره الى خلاف المرتضى بوجه اخر و هو أنّه و ان لم يكن فى التّلف المعلوم لكنّه ليس فى صوره النزاع فالمرتضى يدعى أنّه الضمان و غيره يقول أنّه عدم الضمان و فيه أنّ الحكم الظّاهرى الجمع بين الشخصين المتكاذبين يزعم هذا بقاء العين و يعتقد الاخر هلاكها غير معقول الا بالقياس الى الثّالث الّذى هو الحاكم فى امثال المقام فتعيّن تنزيل خلافهم على مسأله الدّعوى و الحاصل ان الحكم الظّاهرى العمل يختلف باختلاف الاصول العمليه الجاريه فى مجاريها و لا- معنى لتنزيل خلافهم على

الخلافاً في الحكم الظاهري العملي و ليس منظورا نظر احد اذ ليس عندهم الا ثلاث مسائل الاولى في ضمان الصانع بسبب الاتلاف او التفريط و الثانيه عدم ضمانه بالتلف السماوي و الثالثه تقديم قوله او قول المالك في دعوى التلف او التفريط او الاتلاف على التفصيل الآتي في الفصل الرابع و المسأله الرابعه التي جعلها منظورا النظر المص في قوله اما لو تلف الى قوله على الأصح لا اصل لها ثم ان الملاح و المكارى من الصانع الذي ذكر حكمه اولا فما وجه التفكيك بينهما و بين غيرهما قيل الوجه هو رفع ما توهم من استناد التلف غالبا اليهما و فيه ان كون الغالب لا- يوجب توهم الضمان بالتلف الذي هو محل الكلام و الأظهر أن الوجه فيه خروجهما عن منصرف الصانع في النص و الفتوى كما صرح به في محكي لك بل قال بعدم صدق اسم الصانع عليهما لكن قوله على الأشهر ظاهر في وجود خلاف فيهما و ان لم نعثر به بقى الكلام في امور الاوّل صرح الفاضلان و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم على ما نقل عن بعضهم بأنه يكره ان يضمن الاجير مع انتفاء التهمة و فسره في محكي مع صد بتفسيرين احدهما ان يقوم البيئه على تفريطه فانه يضمن ح على كراهه و الثاني ان ينكل عن اليمين لو قلنا بالتكول قيل و كذا لو لم يقض به فإنه يكره أيضا تضمينه باليمين المردوده قلت هما مبتيان على ان يكون مفروض كلامهم المسأله الثانيه اعنى تلف المتاع تحت يده و ح يحتمل وجه ثالث و هو كراهه الدعوى و الترافع حتى يضمن مع عدم التهمة و من المحتمل قويا ما جعلناه وجه الجمع بين الأخبار و نقلناه عن محكي الاستبصار و هو كراهه التضمنين في المسأله الاولى اعنى الاتلاف اذا كان مأمونا اي غير مقصّر في محافظه المتاع و سيأتي مزيد بيان لذلك في الفصل الرابع إن شاء الله و أنه من احسن وجوه الجمع بين الأخبار المتعارضه في ضمان الصانع و الاجير الثاني ان ظاهر قول المط ان الحجام يجنى في حجامته اه الضمان و ان لم يتجاوز محل القطع اذا اتفق حصول التلف بفعله لضعف مزاج المختون او لعارض اخر خارجي و اظهر منه في ذلك قوله اخيرا او يقصد فيقتل كما هو مقتضى الإجماعات المنقوله

ص: ٣٣٥

عن مع صد و لك و يتج على ضمان الصانع لما يتلف بيده حاذقا كان او غير حاذق مفرطا كان او غير مفرط فضلا عن الاجماع المحكى عن ف و الغنيه على ضمان الختان و الحجام و البيطار و عن قاعده الاتلاف المجمع عليها الا ما خرج لكن المحكى عن العلامه في ير عدم الضمان اذا لم يتجاوز الختان محل القطع و نفى عنه البعد في محكي الكفايه و هذا هو الأصح لا لعدم استناد التلف اليه او عدم صدق الجنايه التي هي معقد الاجماع و مورد الروايات كما ادّعا بعض مشايخنا قدّه انتصارا للتحرير بل لأنه اتلاف مرخص فيه يصير تلف الدّابه بالضرب المعتاد الغير الخارج عن المتعارف و دعوى الفرق بينهما بأن الضرب من مقدمات استيفاء المنفعه فيكون حقا للمستأجر بخلاف الفصد او الحجامه المترتب عليهما التلف فأنهما داخلان في الاتلاف و الجنايه من غير استحقاق مدفوعه اولا بامكان دعوى الاستحقاق في الفصد و الحجامه أيضا لأن تسليم العمل المستأجر عليه كما أنه حق للمستأجر حق للأجير أيضا مقدمه لأخذ الاجره فتدبر و ثانيا بان رافع الضمان انما هو الاذن سواء كان حقا للمأذون أم لا فلو سلمنا عدم حق للأجير في العقد مثلا كفاه الأذن المستفاد من الاجاره رافعا للضمان و منه يظهر سقوط ما عن مع صد ردا على ير من استناد التلف الى الحجام عرفا فتدبر و يطرد الحكم الى غير الحجام فلو حصل التلف بقلع الضرس المستأجر فليس عليه شيء لأنه عمل مأذون فيه و قد تقدّم في مسأله ضرب الدّابه و يأتي أيضا ان العمل المأذون فيه لا يترتب عليه الضمان و قس عليه خرق الثوب بعمل القصار اذا لم يكن تفريط منه بل بفساد في الثوب و ما في مصححه الحلبي و غيرها من ان الدفع انما كان للإصلاح دون الافساد لا- يتناول المقام اذ الاصلاح و الإفساد ليسا داخلين تحت القدره و الاختيار حتى يكونا لنفس

المستاجر عليه و إنما المقذور ما يتولّد منه من الأفعال الاختياريّه فاذا حصل الفساد نوظر فان كان من خطأ الاجير قصورا او تقصيرا ضمن للحديث لأنّ الخطاء لا يكون الا بايجاد العمل الغير الماذون فيه مثل تعدّي الختان عن موضع القطع و قلع الضرس الصّحيح مكان الفاسد و نحوهما و هذا معنى قوله ع أنّما دفعه ليصلح و لم تدفع اليه ليفسده ضروره عدم قابليته العمل الجزئي الشّخصى الخارجى للتنوع و التقسيم بملاحظه ما يترتب عليه من الصّلاح و الفساد فالمراد به بعد ملاحظه كون متعلق العقد هو العمل ما ذكرنا من أنّ الماذون فيه هو قلع الضرس الفاسد لا لصحيح فيكون مضمون الحديث مطابقا للقاعده نفيا و اثباتا فتدلّ على ان العمل الماذون فيه لا يترتب عليه الضمان و ان الخطأ تقصيرا او قصورا ليس بماذون فيه فيكون سببا للضمان اللهم الا ان يدعى اشتراط الأذن فى الفصد و نحوه بالسّلامه كما ادّعاها العلّامه فى محكى كره فى مسأله ضرب الدّابه على حسب العاده حيث قال فيه بالضمان خلافا للمشتمس كما بانّ الاذن فى الضرب المعتاد مشروط بالسّلامه فالذى يتعقبه الهلاك و الفساد كالخارج عن المعتاد متساويان فى الخروج عن اذن المالك و الشّارع و قد يدعى ظهور الرّوايه فتكون شاهده على صدق ما ادّعاها قدّه فى تلك المسأله و فيه أنّ دعوى الاشتراط ممنوعه و فاقا للحلى كما تقدّم فى تلك المسأله و فاقا للحلى كما تقدّم فى تلك المسأله و فيه أنّ دعوى الاشتراط ممنوعه و فاقا للحلى كما تقدّم فى تلك المسأله و كذا دعوى ظهور الرّوايه فى ذلك و يأتى عن قريب مزيد توضيح للمقام فى عمل الطّيب و العجب من اختلاف نظر العلّامه فى محكى ير هنا و محكى كره هناك الى الضمان لما ذكر و هنا الى عدم الضمان او هذا و اشباهه غير بعيد من صناعه الفقهيّه

ص: ٣٣٦

خصوصا من مثل العلّامه و قد يستند عدم الضمان الى ان التّلف فى مفروض المسأله مستند الى ضعف مزاج المقصود او الى امر خارجيّ لا الى الحجام و الفصاد فلا حاجه فى نفسه الى اثبات المانع اعنى الاذن بل لا يصحّ لأنّ استناد عدم المعلول الى فقدان المقتضى اولى من استناده الى وجود المانع و فيه تأميل يظهر وجهه من ملاحظه الموارد التى حكموا فيها بالسّبب و كيف كان فالظاهر فى المسأله عدم الضمان و ان كان المظنون فى بادى النّظر حكمهم بالضمان الاّ أنّه ليس فى محلّه نظرا الى ما ذكره فى ضرب الدابه للرّياضه فضلا عن ضربها للسّيير المعتاد اذ لا نجد فرقا بين عمل الصّانع و عمل الرابض دخولا و خروجا فى قاعده الضمان فيكشف ذلك عن مراد الاصحاب باتلافات الصّانع او معاهد الاجتماعات على ضمانهم بجناياتهم و أنّه الاتلاف الناشى عن خطائهم لا مط الثّالث الحمال حكمه حكم الصّيناع فى المسألتين فيضمن باتلافه او تفريطه حتّى تلف لا بالتّلف و خالف فيه الشّيخ فى محكى يب ففصل بين الامين فلا يضمن و غيره فيضمن و قد تقدّم مستنده و ضعفه و الفاضل فى محكى كشف اللثام ففصل بين العاريه المضمونه و غيرها استنادا الى الاصل و القاعده بعد تضعيف ما ورد فيه من النّص المناطق بضمان ديه المعدوم مع كونه متروك الظاهر لأنّه ان كان معتمدا فعليه القصاص دون الدّيه و ان كان مخطئا فالدّيه على العاقله و اجيب بانّ مضمون الرّوايه ضمانه للمصدوم و هو صادق فى جميع الصّور فروى المشايخ الثّلاثه عن الصادق ع فى رجل حمل متاعا على رأسه فاصاب انسانا فمات و انكر منه قال هو ضامن و اما ضعفه فلا وجه له اصلا لأنّها ممّا رواها المشايخ الثّلاثه بطرق عديده منها الصّحيح مع اعتضاده بعمل الأصحاب و الأردبيلى كلام فى المقام و تمام الكلام فى باب الدّيات و لو سقط المتاع عن رأسه فكسر ففى عد الضمان و هذا مبنى على لكونه من الاتلاف دون التّلف و فيه نظر و لو كان خلاف كاشف اللثام فى ذلك لم يكن بعيدا و الرابع الطّيب كالعطار عند الكلّ او الجللّ خلافا للمحكى عن الحلى فذهب الى عدم ضمانه و محلّ الخلاف على ما صرح به بعض اهل التّبع ما اذا اذن المريض او وليه فى العلاج فمع عدم الاذن لا خلاف فى ضمانه كما انه لا خلاف على ما

قيل في عدم الضمان اذا اخذ البراءه مضافا الى الأذن و الإجماعات المنقوله على ضمان الطيب قريه من الاستفاضه ثم ان مقتضى اطلاق كلماتهم و اطلاق معاهد الإجماعات و تصريح غير واحد عدم الفرق بين مباشره الطيب للعلاج باشراب الدواء و الغذاء و بين ان يذكر العلاج و يصفه كتبا او قولا لكن الحكم بالضمان في جمله من الصور غير خال عن الاشكال و تفصيل المقال على سبيل الاقتصاد هو ان الطيب اميا ان يباشر العلاج كالبيطار و الكحال او يصف كيفيته من دون مباشره و على التقديرين اما ان يكون باذن المريض او وليه او بدون اذنه و مع الأذن فاما يأخذ البراءه اولا فهنا مسائل الأولى ان يباشره بلا اذن و لا خلاف ظاهرا في ضمانه و لا اشكال لقاعده الإلتلاف من غير معارض الا اذا اصاب في المعالجه و لم تغد لقوه المرض فان الظاهر انه لا ضمان عليه هنا لعدم استناد التلف اليه كما مرّ تحقيقه آنفا في الحجام و الختان كما ان الظاهر خروجه عن اطلاق كلامهم الثانيه المباشره مع الاذن بدون البراءه و المعروف فيه أيضا الضمان خلافا للحلى استنادا الى أنه مأذون فيه مضافا الى اتصاله عدم الضمان بمعنييه و اجيب بان الاصل على مدفوع بقاعده الاتلاف و عموم ما دلّ على ضمان الصانع لما مضى و خصوص ما في ضمان الطيب و البيطار من النصوص و الاجماع المستفيضه و دعوى الاذن ممنوعه

ص: ٣٣٧

لأنه انما اذن في الاصلاح لأنى الافساد فيدخل في قوله ع في محسنه الحلبي المتقدمه الوارده في جنايه الصانع انما دفعه ليصلحه و لم تدفع اليه ليفسده حيث افاد في باب الضمان قاعدتين كليتين الضمان بما ليس بماذون فيه واقعا و لو كان فاعله معذورا فيما هو مأذون فيه و عزى الى شيخنا العلامة رفع مقامه الاستدلال على مذهب الحلبي بايه الاحسان على بعض الوجوه و ان كان ضعيفا مزيفا و هو ان يجعل الاحسان عباره عميا لا حرج فيه و يعتم نفى السبيل الى ما يصادفه من العناوين الخارجيه و توضيحه ان الاحسان يحتمل معنيين احدهما مفاد الشائع اعنى ايصال النفع الى الغير و الثاني ما لا حرج فيه كما فسر به الشهيد الثاني في محكى التمهيد و يقتضيه سياق الآيه في اواخر سوره البراءه حيث وقعت بعد نفى الحرج عن جماعه في الجهاد ثم نفى السبيل على المعنى يحتمل الاختصاص بعنوان الإحسان و يحتمل التعميم لعنوان اخر صادق معه فلو ضرب صبيا للتأديب فقد تصادق في فعله عنوانان التأييد و الايذاء فهو من حيث كونه تاديبا احسان بالمعنيين و من حيث كونه ايذاء او اتلافا ليس باحسان بالمعنى الاول و احسان بالمعنى الثاني فان فسر الاحسان بالمعنى الاول فعلى تخصيص النفي لم تدل الآيه على عدم الضمان في المثال المذكور كما لا يخفى لان الضمان انما يجىء من عنوان اخر لا من عنوان التاديب الذى هو الإحسان و كذا فيما نحن فيه بل هنا اولى بعدم الدلاله اذ المفروض خطأ الطيب و عدم اصابته للعلاج الذى هو الإحسان فيبقى عنوان الهلاك الذى حصل بفعله سببا للضمان فينحصر مورد الاستدلال على عدم الضمان فى الايدى التى هى احسان كيد الودعى و كذا الفعل الذى هو احسان كيد الودعى و كذا الفعل الذى هو احسان من حيث كونه اتلافا كإجراء الحدّ و قطع عضو من المريض مقدمه لحفظ نفسه و على تعميم النفي تدلّ على عدم الضمان فى المثال المذكور خاصه لا فى المقام اذ لم يصدر منه بالتسبه الى المريض احسان حتى يحكم لأجله بعدم السبيل عليه مط و لو من حيث عنوان اخر و ان فسر الإحسان بالمعنى الثاني دلت على عدم الضمان فى المقام و فى كلّ مقام ليس فيه جرح على الفاعل لكن تفسير الإحسان بهذا المعنى بعيد عن متفاهم العرف قلت و كذا عن عمل الاصحاب اذ لم نجد احدا استدللّ بالآيه على عدم الضمان فى العاريه و الإجاره و الجعالة و اشباهها ممّا لا ضمان فيها بسبب الأذن مع انّ كلّ ذلك داخل تحتها بهذا المعنى و بشهاده السياق بنفسها لا تعارض متفاهم العرف فافهم مع ان الاستدلال بها انما يصحّ لو كان المراد بعدم الحرج هو المعنى العدمى الموجود فى الفعل الغير الاختيارى و افعال البهائم اذ لو

كان المراد به هو الأذن و الرخصة لم يصح لان الخطاء فى العلاج ليس بماذون فيه واقعا و ان كان معذورا فيه و سياق الآيه لا يساعد على المعنى العدمى بل ظاهره الرخصة حيث وقعت فى مقام الترخيص فى العقود عن الجهاد مع ان عدم الجرح ليس من معانى الحسن بل معناه اما كون الفعل ممدوحا او مباحا كما قرر فى بابه فظهر من جميعها ذكرنا ضعف مقاله الحلى و من وافقه و ان الأصح هو الضمان كما هو المشهور و ظهر أيضا الفرق الواضح بين المقامات التى حكموا فيها بعدم الضمان كالحدود و ضرب الدابة و بين المقام فان الاذن فيها غير مشروط بالسلامه قطعا اما الحد فواضح و اما ضرب الدابة على حسب العاده لاستيفاء منفعة الركوب فلأنه حق للمستأجر و اشتراطه بالسلامه يتبع اشتراط استيفاء المنفعة بها ينافى مقتضى عقد الاجاره لأنه بمنزله ان يقول اجرتك الدابة بشرط ان يكون

ص: ٣٣٨

ركوبها مع السلامه فيحصل التنافى بين الشرط و بين مقتضى العقد الا ان يقيد به اطلاقه و يخصيص المنفعة بالركوب الذى لا يلزم منه تلف فيبطل أيضا من جهة الجهالة و عدم قدره على التسليم كما لا يخفى بخلاف المقام فان الاذن فى العلاج لا يتناول الاذن فى مصداقه الاعتقادى فى ظن الطبيب بل فى مصداقه الواقعى و الحاصل ان المستأجر مأذون بمقتضى الاجاره فى استيفاء المنفعة و لا تتوقف عليه من المقدمات و لو تلف العين بالاستيفاء و الا لزم فساد الاجاره حسبما عرفت بخلاف الطبيب فانه ليس اجيرا فى المعالجه بل لا- يصح استيجار لها و انما هو مأذون فى العلاج فاذا اخطا و هلك المريض كان ضامنا لكونه اتلافا غير مأذون فيه نعم استصعب جماعه الفرق بين ضرب الدابة على المتعارف و بين تاديب الأطفال ككك الذى حكموا فيه بالضمان سواء كان معلما او وليا بل عن الشهيد الثانى دعوى الاجماع عليه فى الولى و احتمال بعض تقييد التاديب فى كلامهم بالتجاوز عن العاده ليكون الحال فيه و ضرب الدابة على نسق واحد و يرتفع اشكال الفرق من راس و اعتذر المحقق الثانى فى الفرق بينهما تاره على ما عزى اليه بان الفارق هو النص فى ضمان المؤدب و رد بانه لا- فرق بين تاديب الاطفال و تاديب الدواب فمقتضى النص الوارد فى تاديب الطفل عدم الضمان فى تاديب الدابة أيضا مع أنهم قالوا فيه بعدم الضمان اللهم الا ان يجعل الفارق بينهما الاهتمام بالنفوس فى الادمى دون غيره و اخرى بان مجرد الاذن لا يرفع الضمان فالاذن فى التاديب المتلف لا ينافى سببته للضمان بخلاف ضرب الدابة فانه حق للمستأجر و ليس مجرد الاذن فيه رفعا للضمان و انت بعد ما عرفت ما حققنا من الفرق بين عمل الطبيب و ضرب الدابة حق المعرفة تعرف الفرق بين المسألتين من غير اشكال لأن ما ذكرنا فى معالجه الطبيب يأتى فى تاديب الاطفال حرفا بحرف فما ذكره فيه من الضمان وليا كان المؤدب او غيره موافق للقاعده لأن التاديب مشروط بالسلامه فالذى يتعقب الهلاك غير مأذون فيه واقعا و ان كان المؤدب معذورا مخطئا كما قلنا فى عمل الطبيب فيترتب عليه ضمان الاتلاف و اما تاديب رابض الدابة على المتعارف فالوجه فى عدم الضمان ما عرفت فى الأمر السابق لا فى ضرب الدابة و هو ان الأذن تعلق بعمل مشخص معلوم و ان كان الداعى هو التاديب لا الهلاك فعمل الزائض كالقصد الذى يحصل به التلف و الحاصل ان الفعل الذى يتعقبه الهلاك ان كان مأذونا فيه واقعا و فى نفس الأمر لا فى نظر الفاعل و زعمه فهو ممّا لا يترتب عليه الضمان لأصالة البراءة بعد قصور ما دل على الضمان بالاتلاف عن تناوله لان السبب و هو الاذن فى مثله اقوى من المباشر و ان شئت قلت ان الضمان اذا هو لاحترام مال المسلم فمع اذنه يكون سلب الاحترام مسندا اليه و الموارد التى حكموا فيها بعدم الضمان داخله تحت هذا الميزان و ان لم يكن ككك بقى اسباب الضمان يدا كان او اتلافا او تسببا بحالها و جميعها حكموا فيه بالضمان ليس فيها اذن واقعا و انما صدر من الفاعل خطأ فى النظر و من ذلك يعلم ان ضرب المرأه الممتنعه من

الاستمتاع بها لا ضمان فيه لكونه مريضا فيه بقوله تعالى وَ اضْرِبُوهُنَّ لَكِن الْمَعْرُوف فِيهِ الضَّمان بل عن دعوى الإجماع عليه نعم عن ديات الكتاب وعد التردد فيه و كذا عن المحقق الثاني في مع صد حيث قال و للنظر في الضمان مجال و اورد عليهم في محكى لك بانه لا فرق بينه و بين ضرب المعلم للصبى الذى لم يتأملوا في ضمانه قلت الفرق واضح و هو ان ضرب الزوج من حقوقه على المرأة استحققه بالعقد فهو مثل ضرب الدابة الذى حكموا فيه بعدم الضمان لاشراكهما في كونهما

ص: ٣٣٩

حقا للضارب بخلاف تاديب المعلم و الاولياء كذا قيل و هو حسن الا ان يدعى اشتراط ضرب المرأة بالسّلامه بخلاف ضرب الدابة فان دعوى اشتراطه بالسّلامه قد عرفت فسادها و يدفعه ان اشتراط ضرب المرأة بالسّلامه نفسها أيضا غير معقول لأنها متأخره عن الضرب فلا بد من الاكتفاء بظن السّلامه فاذا حصل كان الضرب مأذونا فيه واقعا غير مستتبع للضمان حسبما ظهر من القاعده و فيه انه لو تم لجرى في تاديب الاولياء حرفا بحرف الا ان يفرق بينه و بين ضرب المرأة بان ضرب الاولياء ليس عنوانا في الادله بل العنوان انما هو التاديب الغير الحاصل بخلاف ضرب المرأة الوارد في الكتاب فجنايه المعلم غير مأذون فيها لا ظاهر اولا واقعا بخلاف جنايه الزوج اذا لم يتعد في ضربها المتعارف فان سببها كان مأذونا فيه مع ظن السّلامه

المسأله الخامسه ان يصف الدواء و لم يباشر العلاج

فمن كره الحكم بالضمان أيضا و وافقه بعض مشايخنا قدّم من غير اشكال بل في مفتاح الكرامه نفى الزيب عن الضمان اذا امر المريض بشربه و ان لم يستنبه بالمباشره بل فيه أنه اذا قال المثل هذا المرض فففيه تأمل كما في مجمع البرهان و الكفايه و استدّلوا عليه بعد اطلاق كلام الأصحاب و اطلاق الاجماع على ضمان الطيب مط ماهرًا كان اولا و المرسل عن مولانا أمير المؤمنين ع من تطيب او تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و الا فهو له ضامن بانه سبب للتلف و المباشر هنا ضعيف و انه لأبطل دم مسلم و فى الكلّ نظر لأنّ اطلاقات الاخبار و الإجماعات و كلام الأصحاب يمكن منع شمولها لغير صوره المباشره بناء على ما قيل من أنّ الطبابه فى الازمنه السّابقه كانت لمباشره العلاج كالبيطاره و الكحاله و يؤيده الجمع بينهما فى المرسل و جملة من الفتاوى و الجمود باطلاقاتها فرع استقلالها بالحجّيه فى مقابل الأصول و القواعد فلم يبق سوى دعوى استناد التلف الى الطيب عرفا و أنّه اقوى من المباشر و هى كما ترى ممنوعه على مدّعيتها مضافا الى استقرار السّيره فى اعصارنا على عدم التضمين و لا فرق بين الصور الثلث بشهاده احوال الناس و الاطباء على كون الطيب مبينا للعلاج بزعمه امر بذلك او قال الدواء الفلانى نافع للمرض الفلانى او قال لهذا المرض اذ الكلّ بعد ملاحظه شهاده الأحوال يرجع الى اخبار الطيب غير اجتهاده الذى لا ينبغى الزيب فى عدم سببّه للإتلاف فالأصحّ عدم الضمان فى جميع صور عدم المباشره و قد استدّل عليه بان الإحسان بمعنيّه بناء على صدقه على كلّ فعل يقصد به اىصال النّفع الى الغير صادف الواقع أم خالف و لا فرق أيضا بين اخذ الأجره و عدمه لما عرفت و اطلاق حسنه الحلبي فى ضمان كلّ صانع يأخذ الاجره مدفوع اولا بعدم صدق الصانع على الطيب و ثانيا بعدم اعتبار اخذ الأجره فى ضمان الصانع اذ العبره بصدق الإتلاف مباشره او تسيبها لا يأخذ الاجره كما حقّقناه آنفا ثم انّ المحكى عن المشهور عدم ضمانه مع اخذ البراءه كما فى المرسل المذكور و هو فى صوره المباشره مشكل لأنّ الإبراء قبل وجود سبب الاشتغال لا معنى له و لذا حمّله فى محكى لك و كشف اللثام على البراءه بعد وجود سبب الضمان و عن العلّامه و ولده قدّهما الاشكال فى ذلك اللهمّ الا ان تكون الشّهره محققه فيتعيّن العمل بها ح او يتجشم فى تطبيقه على القاعده بدعوى ضعف المباشره مع اخذ البراءه و هو حسن

و محلّ تحقيق المسأله كتاب الدّيات الخامس لو اتلف الخياط الثّوب بعد الخياطه تميز المالك بين اخذ قيمه غير معمول ولا اجره عليه و بين اخذها معمولاً و عليه الاجره كذا قالوا و هذا مبنى على

ص: ٣٤٠

مقدّمات ثلث احديها توقّف تسليم العمل فى العين على تسليمها و ثانيها ثبوت الخيار للمشتري فيما لو اتلف البائع المبيع كما هو المشهور دون الانفساخ القهرى كما قيل و قد سبق توضيح المقدّمتين فيما مضى فما فى مفتاح الكرامه من الايراد بان تلف احد العوضين قبل القبض يوجب الانفساخ فلا- وجه لتقويم الثوب معمولاً- لان العمل يجرى مجرى الايمان فى المعاوضات غفله او تغافل عن فرض المسأله فى اتلاف الصّانع و ثالثها تملك المستاجر للأجره بالعقد لا بالتسليم كما عزى الى الشّيخ و الا لم يستحق الاجره سواء ضمنه معمولاً- او غير معمول و بعد هذه المقدّمات فالنتيجه واضحه لان العمل تلف قبل قبضه فانّ الزام المستاجر بالعقد اعمالاً- بسبب الاتلاف غرمه الثوب معمولاً لان الصّيفه الحاصله من العمل مملوكه له بملكه العين و ان عمل بمقتضى قاعده التلف قبل القبض و فسخ العقد كان له الثوب العارى عن تلك الصّفه فيعزمه كك السّادس لا اشكال فى ضمان المّاح كالحمال و المكارى لما يتلف بيده او بتفريطه لما مرّ من الادله مضافاً الى الاجماع الّذى ادّعاه غير واحد منهم المحقق الثّانى و الحلّى فى محكى ير على ضمان المّاح و لا- يضمن لو كسر السّيفينه فهلك المتاع كما نصّ عليه فى مع صد و اما المكارى و الحمال فانّهما يضمنان لو هلك بانقطاع الحبل الّذى شدّ به الحمل من غير فرق بين كون الحبل من ماله او من مال المستاجر كما فى مع صد قال و الفرق هو ان ايصال الحمل فى عهد المكارى فلو قصر فى شده و فى حبله و نحو ذلك من مقدّمات الايصال و الحفظ كان مفراطاً ضامناً قلت الظاهر عدم الفرق بينهما فى صورتى التفريط و عدمه و يتصوّران فى كلّ منهما كما لا يخفى السّابع لو نقصت قيمه الثوب عن الغزل ففى عد ان له قيمه الثوب خاصّه للإذن فى النقص و لا اجره اراد ان اتلافه ح لا يوجب شيئاً على المتلف سواء ضمنه معمولاً او غير معمول اما على الاوّل فواضح و اما على الثّانى فلان قيمه الغزل ان كانت اكثر من قيمه الثوب الّا ان النقص لما كان باذن المالك لم يضمنه الموجر فلو كان قيمه الغزل درهمين و قيمه الثوب درهما لم يكن للمالك سوى الدرهم سواء ضمنه معمولاً او غير معمول و أنّما تظهر الثّمرة فى استحقاق الموجر الاجره فان ضمنه غير معمول فلا اجره له و اليه ينظر قوله فلا اجره و ان ضمنه معمولاً فله الاجره و حيث أنّ التّضمين معمولاً فى مثل الفرض خارج عن طريقه العقلاء اتّجه نفي الاجره بقول مطلق فافهم الثّامن قال أيضاً فى عد و محكى كره و كذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه اياه بقيمته فى الموضوع الذى سلمه و لا اجر له و بين تضمينه فى الموضوع الّذى افسده و عليه الاجر الى ذلك المكان قلت و الوجه فى التّخيير واضح لكن فى جواهر الكلام وفاقاً لشّيخه فى مفتاح الكرامه فى الجمله مورداً عليه ما حاصله ان الموجر يستحقّ اجره الحمل مط لأنّ المالك قد وصل اليه ما استحقّه بالاجاره و هو الايصال الى المكان المعلوم فلا وجه لسقوط الاجره فيه و قياس هذا بالعمل فى العين باطل لتوقّف تسليم العمل فيها على تسليمها على المشهور كما مرّ بخلاف الحمل فانّه ليس عملاً فى العين حتّى يمنع تسليمه و كذا لا وجه لتضمينه اياه و بقيمته فى موضع التّسليم ضروره كون يد المستاجر يد امانه بل المتعّين تضمينه بقيمته فى موضع الافساد و زاد فى مفتاح الكرامه أنّه لو كان غاصباً فلا وجه أيضاً لتضمينه اياه بقيمته موضع الغصب بل الموافق للمش و مختاره و مختار مع صد تضمين الغاصب بقيمته يوم التّلف لا يوم الغصب فليس على الموجر قيمه موضع التّسليم مط اقول اما دعوى

ص: ٣٤١

استقرار الاجره على المالك فهو مبنى على ان حمل العين مثل العمل فيها أم لا و الحدى يقتضيه دليلهم فى مسأله توقف تسليم العمل على تسليمها توقف تسليم الحمل أيضا على تسليمها لأن نظرهم الى ان ما فيه العمل انما هو باعتبار ما يترتب عليه من الفائده و الاثر فقابل الاجره حقيقه هو الاثر و ان كان متعلق العقد هو العمل فما لم يصل الاثر الى المالك لم يتحقق التسليم المعبر فى المعاوضات فلا بد من حصوله من تسليم العين و لا يكفى وجود العمل ما لم يدخل اثره فى سلطنه المالك و هذا المعنى آت فى المقام أيضا كما لا يخفى و اما الزيادة التى فى مفتاح الكرامه من عدم الاعتبار بموضع التسليم و لو كان حامل المتاع غاصبا بل المدار على موضع التلف فهو مبنى على مساواه مكان التلف لزمانه فى اخذ قيمه و قد تقدم وجه الفرق و وجه المساواه فى مسأله تعدى المستاجر بالدابه فى التسير فعلى المساواه فينبغى اعتبار قيمه موضع الحمل بناء على اعتبار يوم الغصب كما عزى الى المشهور و عليه العلامة فى بعض كتبه لا موضع التلف و هاهنا فروع اخر ذكرها فى عد و من شاء فليراجع اليه

المسأله السادسه من استاجر اجيرا ليفذه فى حوائجه كانت نفقه على المستاجر

الآن ان يشترط على الاجير كما عن الشيخ فى آيه و عليه الفاضل فى عد و محكى الإرشاد و الشهدان فى محكى الحواشى و ض و عن اللمعه نسبتته الى المشهور لكن فى مفتاح الكرامه انا تتبعنا كلام الأصحاب عن المقنع الى الزياض فلم نجد من قال به قبل الشهيد غير من ذكرنا و الأصح ما عن غايه المراد و كره و ير و مع صد و إيضاح النافع مع دعوى الإجماع عليه من أنها على الأجير كما يقتضيه القاعده و به قال فى محكى ثر و لف و لك و ضه و مجمع البرهان و تيح لأن المعاوضه انما تقضى بوجوب العوضين دون ما سواهما فليس على المستاجر سوى الأجره الواقعه فى مقابل العمل شىء حجه الأولين روايه سليمان بن سالم المجهول فى الرجال على ما قيل مرويه عن كا و يب بطريق صحيح قال سألت ابا الحسن ع عن رجل استاجر رجلا ينفقيه و دراهم مسماه على ان يبعثه الى ارض فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابنا يدعوه الى منزله الشهر و الشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقه المستاجر فنظر الى ما كان ينفق عليه فى الشهر اذا هو لم يدعه فكافى به الحدى يدعوه فمن مال من تلك المكافاه امن مال الاجرام من مال المستاجر قال ان كان فى مصلحه المستاجر فهو من ماله و الا فهو على الاجير و عن رجل استاجر رجلا بنفقه مسماه و لم يفسره شيئا على ان يبعثه الى ارض اخرى فما كان من مؤنه الاجير من غسل الثياب او الحمام فعلى من قال على المستاجر و فيه مضافا الى جهاله الزاوى و عدم الجابر بالعمل المعتد به أنه صريح فيما لو كان النفقه داخله فى الأجره شطرا او شرطاً و الكلام فى غير صوره الاشتراط و ربما اورد عليه بوجوه قابله للجواب لو لا ما ذكرنا و قد يستدل لهم بان المستاجر لما استوعب وقته بعمل الأجير فلم يبق له زمان يكسب به لنفقته فكانت على المستاجر و ان لم يشترط و فيه ان النفقه لا تحتاج الى كسب اخر غير العمل المستاجر فيه فيأكل من اجرتة و لو فرض التوقف عليه فأنه حكم اخر نشير اليه و تنقيح المسأله يتوقف على بيان امور الاول ان ظاهر الكتاب و القواعد أنه لا- كلام للأصحاب فى جواز الاستيجار الاجير للإنفاذ فى حوائجه على وجه الاجمال بل نسبه بعض اهل التبع الى علماء الإسلام و اعترف بعض مشايخنا قده مستدلاً عليه بالآيات و الروايه المذكوره الظاهره فى الاكتفاء بمثل غير ذلك و وقع هذا التقريب فى الاجاره و ان وقعت جزء من الاجره فضلا عن كونها شرطاً و التحقيق ان الاستيجار له ان رجع الى الاجير الخاص بان يستأجره

معلوم و الّا بطل للجهاله و لم يظهر من الاصحاب هنا حكم تعبدى مخالف للقواعد فيجب التمسك بالعمومات و السيره الجاريه بين الناس لإثباته كما فى جواهر الكلام كما ترى و عن المفضل عن الصادق ع من اجر نفسه فقد قطر على نفسه الرزق و فيه شهاده على ما قلنا من الصوره الأولى الثانى لا اشكال و لا كلام فى قبول النفقه للاشتراط و لا فى صلاحيتها لان يكون اجره فان كانت تمام الأجره او بعضها لزم وصفها بما يرتفع به الجهاله و عن كره ان وصفها كوصف السلم و ان كانت مشروطه ففى اغتفار الجهاله ح خلاف فعن كره أنه غير ضائر كشرط اساس الحيطان و عروق الشجر فى المبيع أيضا و هو خيره المحقق الثانى فى حاشيه الكتاب قلت و تحقيق هذا يطلب من باب البيع فى اغتفار الجهاله فى الشروط و فيه اقوال الاغتفار مط و الاغتفار فيما يؤل الى التعيين و الاغتفار فى غير المقص بالذات و كلمات الأصحاب فى غايه التشويش و الاضطراب فى المقامات المختلفه فعن كره فى باب البيع كما ان الجهاله فى العوضين مبطله فكذا فى صفاتها و لو احق البيع فلو شرطا شرطا مجهولا بطل البيع و صرح هنا بما عرفت و قال فى محكى س لو جعل الحمل جزءا من المبيع فالأقوى الصّححه لأنه بمنزله الشرط و لا يضرّ الجهاله لأنه تابع و قال بعضهم هنا أنه لو جعلت النفقه جزءا من الاجره اعتبر التّعيين قولاً واحداً ولا يخفى تنافى هذا معما فى س و الذى يظهر منهم فى جميع ابواب الفقه كالوكاله و عوض الخلع و الصّيداق الى اخرها محافظتهم على عدم الجهاله استنادا الى الغرر المنهى عنه و مع ذلك كيف يطمئن فى الخروج عن اصاله الفساد بمثل عموم ادله الشرط الموهون من وجوه شتى و الذى يقوى فى النظر البطلان فى الجهاله فى الشرط الا اذا كانت الجهاله ممّا قضت به العاده فان الغرر فى مثله لا وجود له عرفاً او لا حكم له شرعاً و تمام الكلام فى محلّه الثالث لو تشاح المستاجر و الاجير فى النفقه ففى عد و غيره فله أقلّ مطعوم مثله و ملبوسه و قالوا أيضا أنه لو تشاحا فى الجنس و جب الرجوع الى العاده و قيل يرجع فيهما اليها كما فى نفقات الزوجات و المرضعات قلت بناء على اعتبار التّعيين الراجع للجهاله لا محلّ لهذا الفرع و أنّما ذكره العلامة بناء على مختاره من لزوم النفقه على المستاجر تعيّد الا فى صوره الاشتراط فانه صرح فيها بلزوم التّعيين فيها من كلّ جهه فى عد و ان خالفه فى محكى كره و ح فالأقرب اسقاط العاده راساً و الاكتفاء باقل مسمى النفقه كما فى الكفارات و لا يقاس هذا بنفقات الزوجات لأنّ المنط فيها ملاحظه العاده فى حال شخصها و الالتزام به هنا مشكل و ان اوهمه عباره عدلان مقتضاه ان يعطى الجليل المعتاد باكل الاغذيه اللطيفه ما يناسب حاله زياده على الاجره و لا اظنّ احدا يلتزم به و لا يساعده شىء من الأخبار فانّ فيه ضرراً كلياً على المستاجر فان قلنا باغتفار الجهاله هنا كانت الحواله فيها قدرا و جنسا على معتاد الاجراء لا خصوص هذا الاجير و ان قلنا بعدم اغتفارها فسد العقد بناء على فساده بفساد الشرط الرابع لو لم يتمكن الاجير من المئونه الا بالاستكساب فقيل باستثناء زمانه عن العمل المستاجر عليه و لعلّ وجهه ان استغراق العمل لتمام الوقت قرينه على كون المئونه على المستاجر فعليه بذلها من ماله او من العمل المستاجر عليه بالاستثناء و قد يقال بشهاده الضروره على الاستثناء كاستثناء زمان الاكل و التزم الضروريين و الفرق بين الوجهين ان الاول يرجع الى الشرط الضمنى المستفاد من شهاده الحال عند العقد و

ص: ٣٤٣

الثانى يرجع الى الحكم الشرعى التعبدى غضبا على المستاجر و يحتمل فساد الاجاره لعدم القدره على التسليم و لو باعتبار بعض العمل بناء على ان عدم القدره على البعض يوجب بطلان تمام العقد و ان قلنا بالصّححه فى المقدمه كما هو القاعده كان للمستاجر خيار التبعض مع الجهل دون العلم هذا كلّّه فى العجز المقارن للعقد و لو طرأ فى الاثناء بطل العقد بالنسبه الى زمان الاكتساب و صحّ فى البائع فى خيار التبعض وجها واحداً كما لو فرض فى الاثناء

كان ذلك لازما لمولاه في سعيه كما في عد و محكى يرو لف و مقتضاه أنه لو قصر السعي عمّا افسد تبعه بعد العتق و كذا لو اجر العبد نفسه باذن مولاه و ان كان مورد النصين الواردين في المسألة هو الاوّل ضروره عدم الفرق بينهما فيما هو دخيل في ضمان المالك و عدمه و عن يه و كا و ض و مجمع البرهان و د ضمان المولى من غير تقييد له بكسبه و عن الحلّى و مع صد عدم الضمان مط حتّى في سعيه ثم ان كانت الجنايه على النفس تعلقت الديه برقبته و للمولى فكه ان كان خطأ و للمجنى عليه استرقاقه او القصاص لو كانت عمدا على ما هو المقرّر في محلّه من حكم جنايه العبد و ان كانت مالا تبع به بعد العتق كما في غير الإجاره و عن لك التفصيل بين تفريط العبد ففى ذمه بعد العتق و عدمه فعلى المولى فى كسبه و منشأ الاختلاف مخالفه ما فى المسألة من الروايات للقاعده مع الاختلاف فيما بينها ففى الصّحيح فى رجل استاجر مملوكا فيهلك مالا كثيرا قال ليس على مولاه شىء و ليس لهم ان يبيعوه و لكنّه يستعى فان عجز فليس على مولاه شىء و عن الشيخ فى الحسن عن ابى عبد الله ع قضى أمير المؤمنين ع فى رجل كان له غلام استاجر منه صائغ او غيره قال ان كان ضيغ شيئا او ابق منه فمواليه ضامنون فمنهم من عمل بهما بين مقيد بالكسب كالمص القانا الى الصّحيح الاوّل و مطلق كالشيخ و ابى الصّلاح نظرا الى الروايه الحسنه الثانيه و منهم من لم يعمل بهما فرجع الى القاعده فى جنايه العبد و هى ما ذكره فى مع صد و الظاهر أنّها بشقيها اجماعيه اما الاوّل و هو تعلّق الجنايه فى النفس برقبه فهو محلّ نصّ و اجماع و اما الثاني و هو عدم ضمان المولى لإتلافه مط بل يتبع به بعد العتق فهو مضافا الى استفادته من نحو قوله تعالى وَ لَأ تَرُرُّ وَ اَزْرَهُ وَ زَرُّ أُخْرَى * موافق للأصل و للقاعده لان العبد المتلف ضامن بحكم قاعده من اتلف لكن ليس له السعي فى ذلك لأنّ سعيه ملك للغير فيتبع به بعد العتق و منهم من قال ان مقتضى القاعده ما اختاره فى لك و هو خير الأقوال فى المسألة و عليه تنزل الروايات أيضا لان عموم من اتلف قاض بضمان المتلف حرا كان او عبدا و مقتضى الضمان وجوب السعى و الخروج عن العهد لكن العبد معذور لسبق حقّ المولى فاذا اذنه فى العمل المترتب عليه التّلف بلا تفريط كان هذا منه فى حقّ اسقاط حصّه المانع عن وجوب السعى عليه فيجب ح عليه لوجود المقتضى و هو الإتلاف و ارتفاع المانع فضمامه فى كسبه على القاعده بخلاف صوره التّفريط فانّ حقّ المولى هنا بحاله فيمنع عن وجوب السعى عليه ضروره عدم ترتّب الإتلاف على اذن المولى ح كما لا يخفى و فيه أنّ كسب العبد ملك لمولاه فعدم وجوبه عليه ليس لمانعيه حقّ المولى بل لعدم المقتضى اذ الضمان لا يقضى بالتّصرف فى اموال الناس خروجاً عنه و منه يظهر ان تطبيق الصّحيح على القاعده غير ممكن لان مقتضاها اما قول الشيخ و هو ضمان الموجه من دون تقييده بالكسب بناء على تحقّق السبب منه فى المقام او قول الحلّى او المحقّق الثانى من عدم

ص: ٣٤٤

الضمان بناء على منعه مط فالقول بالضمان فى كسبه غير مطابق لها قطعا و اما الحسن فتطبيقه على القاعده بحمله على الإتلاف المالى من غير تفريط ممكن بناء على كون اجاره العبد تسبباً من الموجه و كون مباشره العبد ضعيفا فى جنبه لكونه مأمورا بالعمل المترتب عليه التّلف قهرا و هذه المسألة نظير ما ذكره فى باب الغصب من ان المولى لو اركب عبده دابه الغير فخبث ضمنه لاستناد التّلف إليه عرفا دون العبد و نظائره كثيره فى باب الغصب و المستفاد من كلماتهم هناك و غيره ان اذن من له الاذن اقوى سبب للتّلف المترتب على العمل الماذون فيه و منه اطعام ذى اليد طعام الغير الّذى هو من اوضح اقسام قوه السبب بالنسبه الى المباشر فلو قيل فى المقام باستناد التّلف الى المالك الموجه مع عدم تفريط العبد فيضمن فى ماله مط لا فى خصوص

كسبه كان عملا بالنص و القاعده معا نعم لا بدّ من الاعراض عن الصّحيح لما عرفت من خروجه عنها و هو مشكل لاعتبار سنده و وضوح دلالته و تلقى مثل الفاضلين له بالقول و لا يضّرّ عدم عمل الحلّى به بناء على اصله و اما المحقّق الثّاني فقيل أنّه لم يطّلع عليه حيث اقتصر على الرّوايه الحسنه و حملها على ما اذا فرط العبد باذن المولى و كذا العلامه فى لف و الشّهد فى لك و مجمع الفائده و يتّح فأنّهم أيضا لم يتعرّضوا للصّحيح و اقتصروا على الحسن و من عرف طريقه المحقّق الثّاني علم انه لا يتحاشى عن طرح الاخبار فى مقابل القواعد المتقنه او ارتكاب التّاويل فيها حتّى يرجع اليها الا ترى أنّه ارتكبت التّاويل فى روايه الحسنه حيث حملها على صورته بعيده و نحن لا عذر لنا فى الاعراض عن روايات المسأله فلا بدّ من العمل بها و ان كان فيه خروج من القاعده لكنّها لتعارضها لا بدّ من ارجاع إحداها الى الأخرى جمعا و هو يحصل تارة بالعمل باطلاق الحسن و حمل الاستسعاء فى الصّحيح على المثل او على رفع توهم الخطر و احتمال ضمان الموجد من ساير امواله غير كسب عبده الاجير فيكون الحكم كما اختاره الشّيخ فى يه من ضمان المولى بلا تقييد و اخرى بتقييد اطلاقه بالصّحيح كما فعله الفاضلان فيضمن فى كسبه خاصّه و الثّمرات بين الوجهين لا- يخفى و على الثّاني يحتمل كما هو الظاهر تنزيل اطلاقه على الاتلاف من دون تفريط مضافا الى التّنزيل على خصوص الاتلاف المالى فينطبق ح على مختار لك و هذا اظهر من الأوّل و اوفق بقاعده المطلق و المقيّد و يمكن تنزيل اطلاق المص و العلامه و من قال بقولهما أيضا على خصوص الاتلاف المال النّاشى من القصور دون التقصير و التّفريط فظهر من جميع ما ذكرنا أنّ فى المسأله مسلكين احدهما التجمد على النّص و الإغماض عن القاعده فيحكم بضمن المولى مط و مقيّدا بكسبه على الوجهين و الثّاني طرحه او التّاويل فيه و الرّجوع الى ما يقتضيه القاعده فى جنايه العبد فيتعيّن المصير الى مختار الحلّى و مع صد و نظير هذا الخلاف و هذا السّلوك وقع منهم فى مسأله اذا كاتب المولى عبده دابه الغير و حصل فيها الإلتلاف فراجع و اطلب الحقّ هناك بما حقّقناه هنا

الثامن صاحب الحمام لا يضمن ثياب الناس الا ما اودع عنده

و فرط فى حفظه او تعدّى فيه بلا- خلاف و لا- اشكال للأصل و قاعده الامانه و خصوص ما ورد فيه من الاخبار منها خبر السيكونى عن جعفر عن ابيه ع أنّ عليا ع كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثّياب فانه أنّما اخذ الجعل على الحمام و لم يأخذه على الثّوب و خبر ابى البخترى عن جعفر عن ابيه ع أنّ عليا ع كان لا يضمن صاحب الحمام قال أنّما يأخذ اجرا على الدّخول الى الحمام و ظاهرها أنّه لو اخذ الجعل على حفظ الثّياب كان ضامنا و قد افتى بذلك الحلّى فى محكى ير مع عدم عمله باخبار الآحاد

ص: ٣٤٥

و هو مشكل لان الامانه ابيه عن قبول الضمانه اللهمّ الا ان يجعل هذان الخبران دليلين على ضمان العين المستاجر بالشرط لأنّه معما عرفت نسبه من باب واحد كما لو دفع ثوبا الى القصار و اشترط عليه فى ضمن العقد ضمانه لو هلك او يحمل الضّمان المستفاد من منطوق الأوّل و مفهوم الثّاني على عدم استحقاق الا-جره حيث لم يسلم العمل المستاجر عليه او غير ذلك من التّاويلات

التاسع اذا اسقط الموجد الاجره بعد تحققها فى الذمه صح

و لو اسقط المنفعة المعينه كمنفعه هذه الدار او هذه الدابه او غيرهما من الاعيان الجزئيه الخارجيه لم تسقط لان الابرء لا يتناول الا- ما هو فى الذم فافترق المسألان لكن يردح هنا سؤال الفرق بين الاجره و المنفعه مع انّ الجزئيه و الكليه متصورتان فى كلّ واحد منهما و الابرء يتعلّق بالكلّى الثابت فى الذمه اجره كانت او منفعه كمنفعه دابه كليه او عبد كلى او عملا- و لا- يتعلّق بالجزئى الخارجى فى الثلاثه كما لا يخفى

العاشره اذا اجر عبده ثم اعتقه لم يبطل الاجاره

و حكى عن بعض الشافعيه البطلان و لم يظهر وجهه و لعله هو الوجه الذى ذكر فى بطلان الاجاره بالبيع من المستاجر لان العتق مثل البيع فى ذلك و قد مضى فى اوائل الكتاب مع جوابه و يستوفى المستاجر التى تناولها العقد و لا يرجع العبد باجره مثل عمله و قيل كما عن الشافعى و بعض اصحابنا انه يرجع باجره مثل عمله على مولاه المعتق لان زوال الرق يقتضى ملك العبد لمنفعه التى منها ما فوقته مولاه عليه بالاجاره فى حال الرق التى امضاها الشارع و فيه انّ زوال الرق يقتضى ملك المنافع التى لم يملكها غيره قبل الزوال و بعد فرض صحه الاجاره السابقه لا يبقى منفعه قابله لملك العبد نعم لو قيل انّ العتق يكشف عن كون الاجاره السابقه فضوليّه لمصادفتها الحرّيه واقعا فلا ينفذ عليه بعد عتقه كان له وجه لكن مقتضاه سلطنه العبد على الإمضاء و الفسخ فان امضى استحقّ الاجره على المستاجر دون المعتق و ان رد فلا عمل يستحقّ به الاجره و على التقديرين لا معنى للرجوع بالاجره على مولاه و الاحتمال المذكور فاسد لأنّ المنافع تابعه للعين فى الملكيه بل ملكيتها عين ملكيه العين بوجه و أنّما المغايره بينهما اعتباريه و قضيه التبعية سلطنه المالك على المنفعه المستقبله و نفوذ تصرفه فيها سواء بقت ملكيه العين بمالها أم زالت بعد التصرف الناقل و قد مضى توضيحه فى اوائل الكتاب فى بيع الدار المستاجره و انه لا يوجب بطلان الاجاره فلا اشكال و لا خلاف فى عدم الرجوع أنّما الأشكال و الخلاف فى نفقه العبد بعد العتق ففيه اقوال احدها أنّها على المولى استصحابا للحاله السابقه و لأنه كالباقى فى ملكه حيث ملك عوض نفقه و عمله اختاره العلامه فى عد و قربه الشهيد فى محكى الحواشى و نسيه فى محكى ير الى بعض الجمهور و الثانى أنّها على العبد لأنّ المقتضى للإئناق عليه سابقا كان هو الملك و قد زال فلا مقتضى لها و الاستصحاب بعد انقلاب الموضوع لا- معنى له فتعين ان يكون على العبد و لأنّ تسليم العمل واجب عليه و النّفقه من مقدّماته فتجب عليه من باب المقدّمه ذهب اليه فى محكى يرو الثالث أنّها فى بيت المال و ان لم يكن فعلى الناس كفايه كما عن كره و الحواشى و مع صد و إيضاح فع و لك و فوائد الكتاب للمحقّق الثانى و لا فرق فى الاقوال بين ان يكون العبد قادرا على نفقه أم لا- خلافا لبعض مشايخنا قده حيث جعل محلّ الخلاف ما اذا لم يكن قادرا عليها و استدلوا على الثالث بأنّها ليست على المولى لزوال ملكه القاضى بالإئناق و لا على العبد للأصل مع عدم المقتضى نعم يجب عليه المحافظه عن الضرر و اين هذا من وجوب النّفقه و المقدميه لا تقتضى أيضا

ص: ٣٤٦

ازيد من ذلك و ما قيل انه يسعى فى نفقه و يجب زمان السعى على المستاجر مرجعها فى كونها على المستاجر و هو بط بالإجماع المحكى عن ظ إيضاح فع مضافا الى كونه قولاً بالتشهى و تشريعا بلا دليل فتعين ان يكون من بيت المال نعم لو قلنا بانها على العبد و لم يكن له ما يمون به كان له الاستسعاء فى المئونه على النحو المتعارف المعتاد اللماق بحال امثاله و ليس للمستاجر منعه لان نفقه الإنسان مقدّمه على جميع الحقوق و الواجبات اذ هو من مقدّمات بقاء النظام و التحفّظ من الهلاك

الاهم من جميع التكاليف و الظاهر ان دائره هذا اوسع من المقدمه فلا يجب عليه الاقتصار على أقل ما وقع به الضرور كما هو مقتضى قاعده دفع الضرر و قاعده المقدميه المشار اليها و السير فيه ان المولى لم يكن له ان يوجره كك فكيف يستحقه المستاجر و يتلقى المنفعه ازيد ممّا هو لمولاه و قد تقدّم أنّه لو تشاح الماجر و المستاجر فى النّفقه الواجبه عليه اصاله او بالاشترط رجع الى أقلّ عاده مثله لا على مقدار سدّ الخله و حفظ النّفس عن الهلاك لكن يسهل الامر ان وجوبها على العبد ضعيف قولاً و قائلًا و الاكثر على أنّها من بيت المال لكن الّذى يقوى فى النّظر هو ما اختاره العلّامه من وجوبها على المولى لا لما ذكر بل لأنّ مقدّمات تسليم المنفعه واجبه على الماجر و هذا لا يناط الملكيه حتى يزول بزوالها فالأصحّ هو القول الأوّل و الله العالم و لو اجر الوصىّ او غيره من الأولياء صبيًا مدّه يعلم بلوغه فيها كما لو كان عمره عشر سنين و اجره عشرًا بطلت فى المتيقن و هى الخمسه المتأخّره بلا- خلاف و لا- اشكال لأنّها وقعت على ما ليس له ولايه عليه و معنى البطلان هو التوقّف على الإجاره لو لم يشترط فى الفضولى وجود المجيز حال العقد و دعوى أنّ المنافع المتأخّره كلّها محكومه بملكه الصّبي فعلا حال صباه لأنّ ملكيتها تابعه لملكه العين و اذا جازت الإجاره و صحّ تملكها للغير فلو لا ان المنافع املاك فعليّه لم تصحّ لكونها معدومه غير قابلته للمقابله مع المال فتندرج ح منافع الصّبي الآتية تحت عموم الولايه مدفوعه مضافا الى عدم صحّتها فى منافع بدنه و الكلام هنا فيها بمنع كونها اموالاً للصّبي غير فعلا بل هى اموال للكبير الّذى لا ولايه لأحد عليه مع أنّ عموم الولايه لمثل هذا المال غير ثابت فيرجع فيها الى اصاله الفساد مضافا الى ظهور الإجماع و عدم الخلاف و السير فيه قبل الإجماع أنّ سبب الولايه أنّما هو قصور المولى عليه عن النّظر فى امره و فى ماله و مثل هذا المال لا- قصور له فيه فلا- مقتضى للولايه عليه فيها و ربما ينقض ذلك بالنّكاح المنقطع فانّ للولّى ان يزوّجها فى المدّه التى يعلم بلوغها فيها بل اشترط غير واحد ان يكون المدّه شامله لشيء من زمان البلوغ لأنها قبل البلوغ غير قابله للاستمتاع فلا يؤثر فيها النّكاح و يندفع بان التزويج دائما كان او منقطعاً ليس تملكاً لمنافعها لأنّ البضع ليس منها و ان أطلق عليه الإجاره فى المنقطع الّا أنّه ليس على وجه الحقيقه بل على ضرب من التشبيه و الاشتراك فى بعض الاحكام مثل توزيع ال-جره على المدّه فى الاجاره بل هو اى التزويج احداث علقه الزوجيه بينها و بين الزّوج فهو تصرف فى نفس الصّبي غير ثابت جوازه للولى دائما او منقطعاً فلا- يكون نقضا على ما ذكره هنا من بطلان الإجاره بالنّسبه الى زمان البلوغ و مثله الجنون و ساير اسباب الولايه فليس للولّى اجارته و لا- اجاره ماله فى الزّمان المصادف للكمال مستقلاً او منضمّاً نعم لو اقتضى المصلحه الاجاره كل فعلا بحيث يكون ادخال الزمان البلوغ او العقل من مقدّمات حفظه او حفظ ماله فقد صرّح غير واحد بصحّحه الإجاره ح و نفوذها على الصّبي بعد البلوغ كما صرّحوا بنظيره فى اجاره ناظر

ص: ٣٤٧

الوقف ففرقوا بين ما اذا اقتضى مصلحه الوقف ان يوجره الى البطن الثّانى فيصحّ و بين غيره فيفسد الّا ان التأميل الصادق فى المقام لا يساعده لان المنافع المصارفه لزمان البلوغ اذا لم يكن له ولايه عليها فاقضاء مصلحه مال الصّغير او بدنه فعلا لا يحدث له ولايه عليها و منهم من قرّر وجه التأميل بانّ حفظ مال الصّغير واجب و التصرف فى مال الكبير حرام فيقع المزاحمه هنا بين الواجب و الحرام و الثّانى مضافا الى الشّهره و الاجماع فى المقام اهمّ فى نفسه و ليس بشىء كما لا- يخفى بل الوجه هو ما ذكرنا من أنّ توقّف حفظ مال المولى عليه مالا ولايه له عليه لا يوجب له الولايه ح عليه بل يسقط التّكليف ح لعدم الامكان لا لتوقّفه على مقدّمه محرّمه كما زعمه مقرّر التراحم و امّا اجاره ناظر الوقف فلا ربط له بالمقام و لعلّ هذا هو الّذى اوقعهم فى اجراء الحكم هنا لأنّ البطون تتلقون الملك من الواقف بعد مصلحه الوقف فهى مقدّمه بجعل الواقف او بجعل الشّارع على

حقوقهم بعد توقّف حفظ الوقف مثلا على الاجاره على البطون اللاحقه وجب على الناظر لوجود المقتضى و عدم المانع و اين هذا من التصرف فى مال الكبير مقدّمه لحفظ مال الصّغير هذا كلّه فى المتيقّن كونه فى زمان بلوغه و لو كان بلوغه فى بعض مدّه الاجاره محتملا صحّت فى الزّمان المحتمل مط من ازمته حين العقد ظاهرا و لو اتفق البلوغ فيه لأصالة عدم البلوغ و هل للصّبي الفسخ اى الرّد بعد انكشاف بلوغه بالاحتلام مثلا قيل نعم و هو المشهور و قيل لا و هو للشّيخ و ابن ادريس فى محكى ف و ث و فيه تردّد للمص لاستصحاب الصّحّه و لأنه كان وليا حين تصرف للمصلحه فيلزم كما لو زوجه ثمّ بلغ و لان الاجاره عقد لازم فيحتاج جواز فسخها الى الدّليل و لا دليل عليه هنا و الكلّ كما ترى لا ينبغي الالتفات اليها نعم لو قلنا بانّ الاصول و الامارات الظّاهريّه تقوم مقام الموضوعات الواقعيّه على نحو التّصويب تم القول باللزوم هنا و لكنّه باحتمال مزيف فى الاصول و لو قلنا بالأجزاء فى الاحكام التّكليفيه من انه قد يستشكل فى صحّه هذه الاجاره للغرر الناشى من احتمال بلوغه فى كلّ جزء من الازمنه فلا يعلم اى ان قدر من الزّمان واجد شرط الصّحّه كما عن عد فيما لو استاجر عبدا يعلم موته قبل انقضاء الاجاره فحكم بطلانها من اصلها للجّهاله و يمكن ان يرجع الى هذا الاحتمال ما فى د و عد من مبطلات الاجاره بلوغ الصّبي فانّ عمومه للصّورتين قاض بالبطلان فى الثّانيه نعم لو كان نظره الى خصوص الصّوره الأولى و هى ما لو اجر الصّبي مدّه يعلم بلوغه قبل انقضائها تعين حمل البطلان فى كلامه على الإيقاف على الاجاره دون الفساد من اصلها لكن اطلاقه عام لهما فان حمل عليه احتمال ان يكون المراد بالبطلان الايقاف فيها فيكون موافقا للمش و يحتمل ان يكون المراد ما يعم الايقاف و الفساد و اما احتمال الفساد فى الصّورتين فباطل بالإجماع و كيف كان فالأشكال المذكور مندفع بان الاجاره فيما نحن فيه وقعت فى الظّاهر الموافق للأصل سليمه عن الغرر و الجّهاله و احتمال بلوغه فى الأثناء الموجب لخيار التّبعض لا يوجب غررا فيها حين وقوعها و هذا بخلاف استيجار العبد مدّه يعلم موته قبلها فانّها حين وقوعها غرريّه للعلم بعدم سلامه تمام المدّه لتتمام الاجره بقى شىء و هو ان العبارة ظاهرها خلاف ما شرحناها به لأنه قاض بالصّحّه واقعا قبل البلوغ و الخيار كك و هو غير ما فسرنا به و فاقا للكلّ او الجل و الثّمرة بين المعنيين لا تكاد تخفى و الله العالم

الحاديه عشر اذا تسلّم اجيرا ليعمل له عملا

فهلك لم

ص: ٣٤٨

يضمنه صغيرا كان او كبيرا حزا كان او عبدا بلا خلاف بل عن لك أنّه موضع وفاق و عن تيح اجماع المسلمين عليه و عن ط عن الشّافعى قولين فى العبد و عن ف القول بالضّمان فى اصل المسأله و يدلّ على المشهور فى موضع الخلاف و هو العبد او الصّغير دون الحرّ البالغ الروايات الوارده فى عدم ضمان الدّابه قبل التعدى الّتى منها روايه ابى ولّاد مضافا الى قاعده الامانه القاضيه بعدم الضّمان مع عدم التعدى و التّفريط و لا سيّما الحرّ الّذى لا يدخل تحت اليد و محلّ الكلام ما اذا لم يصدر من المستاجر اتلاف تسيبيا او مباشره و الا فهو ضامن على القاعده المقرّره فى ضمان الإتلاف و لو كان الاجير عبدا و فرغ من العمل ثمّ هلك قبل الوصول الى مالكة فكك لا يضمنه المستاجر اذا لم يكن غاصبا على الخلاف المتقدّم فى او ايل الكتاب حيث تعرضنا حال العين المستاجره فى يد المستاجر بعد انقضاء زمان الاجاره و ذكرنا الخلاف و الأشكال فى كونها امانه و رجحنا فيها ما رجحنا فراجع المسأله فى بيان قاعده الامانه فى شرح قول المص و العين المستاجره امانه فى يده

فيعمل فيها عملا فان كان المتسلّم من عاداته ان يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله اجره مثله كما عن كره و ير وفاقا للمحكى عن اصحاب الشافعى و لم يرتضها فى محكى فى بعد ان نقله بل جعل المدار على الاجر بالعمل و عدمه فاثبت الاجره فى الاوّل سواء كان العامل معروفا باخذ الاجره أم لا و نفاها فى الثّانى كك على ما يقضى به ظ كلامه و قريب منه قال فى مكى ط فالكلام فى موضعين و يعلم أنّ ضمان الأجره فى الإجاره و الجعالة الفاسدتين من المسلمات بينهم مع أنّه بظاهره مخالف لقاعده الضّمان لأنّ سببه اما عقد صحيح او شىء من اسبابه اعنى اليد او الإتلاف بقسميه و شىء منهما غير موجود هنا بظاهره لأنّ العقد فاسد و ضمان اليد أيضا غير معقول فى الأعمال الّا فى اعمال العبد فلم يبق سوى الاتلاف و هو كما ترى غير مستند الى المستاجر و الجاعل لائن المباشر اقوى و دعوى كونه من باب التغيرير لائن الإجاره و الجعالة صارتا سببين لغرور الأجير و العامل مضافا الى عدم صحّتها فى صورته العلم بالفساد مدفوعه بان الغرور فى امثال المقام ناش عن الجهل بالحكم الشرعى و مثله لا يعد من التسيب الذى هو السبب فى ضمان الغرور و استحقاق العامل للأجره فى مسئلتنا هذه اما لكونها من معاطاه الإجاره او من باب الجعالة كما صرح به غير واحد و على التقديرين فهى فاسده لعدم تعيين الأجره نعم لو كان مفروضا فى كلامهم بعد الفراغ عن تعيينها أتجه ما قالوا من استحقاقه الأجره من غير فرق بين الموضوعين و لعلّه لذا نقل عن ط و ف و د و مجمع البرهان و الحواشى و لك و الكفايه و يتح ان عليه الاجره المسماه اى المقرّره من جانب العامل لمثل هذا العمل فاشكال بعض فى المقام فى اصل ضمان الدافع او الامر لأجره المثل فى محلّه و اما تفصيل بعض فى المقام بينما اذا كان العمل عائدا الى الامر فيضمن ضمان اليد لأنّ عود العمل اليه بمنزله اليد او الى غيره فلا لعدم الموجب من العقد او الإتلاف فليس على ما ينبغى مضافا الى امكان دعوى الإجماع القطعى على عدم الفرق بين الصّورتين كدعوى الإجماع على اصل الضّمان لأنّ عود العمل الى شخص لا يجعله داخلا تحت اليد مع استنكاره عند العلماء و العقلاء لأننا لم نسمع الى الان ان احدا حكم بدخول عمل انسان تحت يد انسان الا تبعا للعين كالعبد معما فيها من المنع الواضح لأنّ ضمان عمل العبد ليس لليد قطعا بل للاستيفاء الذى مرجعه الى الاتلاف نعم منافع الدار الفائيه يقولون أنّها مضمونه على غاصبها ضمان اليد لكن العمل

ص: ٣٤٩

المستوفى من الحر او العبد فالضّمان فيه معتد الى الاتلاف دون اليد كما لا يخفى و اضعف من التفصيل ما قد يعتذر تفصيا عن الأشكال فى المسأله من التمسك بالإجماع هنا و فى الإجاره و الجعالة الفاسدتين لأنّ الالتزام بالأشكال و الاعتراف بالعجز عن الحلّ اولى من دفعه بالإجماع المعلوم عدم استناده الى التعيّد على خلاف القاعده و الحاصل ان اجره الأعمال بين التماس خصوصا اهل الصّينه من السوق غالبه مضبوطه معيّنه و فى هذه كذا ثم ما ذكره من ضمان الدافع او الامر للأجره لان الدّفع و الامر راجعان الى الجعالة او الى معاطاه الاجاره الصّحيحه و هما من المعاملات الثّابته بالنص و الاجماع فالضّمان فى المسأله ح ضمان عقدى و فى غير هذه الصوره يشكل الضّمان كما عرفت و الظاهر كما صرح به بعض مشايخنا قده مصرّا عليه ان الضّمان فى المقام ضمان حكمى مستند الى غير العقد كما هو صريح الماتن و من وافقه فى العبارة حيث حكم باجره المثل اللهم الا ان يدفع بأنّ سبب الضّمان هو الاستيفاء و اتلاف الأعمال و غيره أنّما يكون بالاستيفاء فلو عمل العمل بغير دفع السّيلعه و لا امر لم يكن هذا استيفاء منه لعمله و ان عاد نفعه الى المعمول له كما لو خاط ثوبه بدونهما و ان عمله له مع احدهما كان هذا استيفاء منه لعمله و اتلافا له فيضمن اجره المثل كما ذكره المص و غيره و بهذا يفارق الاعمال الاعيان فلو امر باتلاف عين ماله لم يكن

ضامنا و لو قال و على ضمانها أآ فى مسأله السّفينه الوارد فيها النَّص على خلاف القاعده لعدم السّبب كما عرفت و منهم من قال أنّه لو قال و علىّ ضمانه ضمن فى الموضوعين و أآ فلا و فساده مضافا الى وضوحه مصرّح به و الاذن فى اداء الدّين و نحوه او فى الضّمان ليس نقضا علينا كما لا يخفى بالتأمّل فلو قال اطعمنى طعامك و علىّ قيمته لم يكن عليه شىء لأنّه ليس الا وعده لا يجب عليه وفائها بخلاف ما لو قال احلق رأسى و علىّ الاجره فأنّه ضامن للاستيفاء حسبما عرفت و على هذا يرتفع الاختلاف بين عبارات الأصحاب فان منهم من جعل المدار على دفع السّيلعه و منهم من جعله على الامر بالعمل و بينهما فرق واضح لأنّ العمل قد يكون مثل حلق الرّاس فان كان المدار على الامر و جب على الأمر اجره المثل لا الاجره الّتى قرّرها الحلق فى عمله و لو كان من قصده خصوصها اذ لا عبره بقصده مع عدم التّبانى عليه ليكون من المعاطاه او الجعالة الصّحيحين بخلاف ما لو جعل المدار على الدّفْع فأنّه لا شىء للحلّاق كما لا يخفى لكن ممّا قرّنا يرتفع الخلاف لأنّنا نقول انّ غرض الأصحاب اثبات الاجره فى صورته استيفاء عمل المسلم المحترم على المستوفى و مع احد الأمرين يتحقّق الاستيفاء و مع عدمهما فلا و ممّا ذكرنا ظهر فساد التفصيل المشار اليه و ان اصاب فى الجملة حيث فهم ان السّبب هو الاستيفاء و لكنّه اخطا فيما يصدق معه فزعم انّ العبره فى تحقّقه يعود فائده العمل الى الامر و عدمه حيث قال أنّه لو امر بالعمل لغيره لم يكن ضامنا للأجره على القاعده أآ ان يكون امره راجعا الى التوكيل فى الفرض و جعله منه الامر باداء الدّين و انفاق واجب النفقه و اما ان امره بعمل نفسه ضمن لدخول عمله ح تحت يد الامر فيضمن ضمان اليد و فيه أنّه لو امر بخياطه ثوب الغير ضمن قطعاً اجره الخياطه و لو امر ببناء داره قربه الى الله لم يضمن كك مع انّ ارجاع الضّمان حيث يضمن الى ضمان اليد قد عرفت ما فيه و التّحقيق ما ذكرنا من صدق الاستيفاء بكلّ من الأمرين سواء عاد نفع العمل الى الامر او الى غيره نعم الامر الإرشادى لا يصدق معه الاستيفاء فلو امره ببناء مسجد للثّواب فليس هذا استيفاء منه لعمله أآ ان يكون الغرض عود الثّواب اليه فالمدار على صدق الاستيفاء و لذا اقتصر المص على الدّفْع و الشّيخ على

ص: ٣٥٠

الامر و باقى الاصحاب أيضا وافقوهما فى احد الأمرين و أمّا اعتبار عاده العامل على اخذ الاجره فهو احتراز عن صورته التبرّع فانّ مجرد الاستيفاء أيضا لا يكفى فى استحقاقها بل لا بدّ معه من عدم تبرّع العامل و أآ فلا ضمان لأصالة البراءه مع عدم المقتضى اذ لا دليل على ضمان الأعمال سوى قاعده الاحترام و كون استعمال المسلمين مجانا مخالفا لاحترامهم و هتكا لحرمتهم و أآ فليست هى اموالا- حتّى ينهض ادلّه ضمان الاموال بضمّانها و مع التبرّع ليس عدم الاجره منافيا لاحترامهم هذا مع اعتياد العامل على اخذ الاجره و ان لم يكن له عاده و كان العمل ممّا له اجره فله المطالبه لأنّه ابصر بينته فيقبل قوله فى دعوى عدم التبرّع و هذا مبنيّ على مقدّمين إحداهما استحقاقه الأجره واقعا الى قصدها و الثّانيه قبول دعواه فى الظّاهر أمّا الأولى فللمنع فيها مجال لأنّ مجرد قصد العامل الاجره لا يكفى فى استحقاقها بل لا بدّ مع ذلك من قبول الأمر او الدافع فقد يكون غرضه المّجان و الاصل براءه ذمّته و لذا نقل عن الأردبيلي و السبزواري التأمّل فى الضّمان هنا و لعلّه خيره مفتاح الكرامه و فيه أنّ سبب الضّمان هو الاستيفاء المتحقّق باحدهما دون معاطاه الاجاره و الجعالة حتّى يتوقّف على قبول الامر و قصده و المقدّمه الثّانيه ممّا لم يتكلّم فيه احد فدللّ على أنّها قاعده مسلمه و هى قبول قول من لا يعلم أآ من قبله و ان لم يكن العمل له اجره بالعاده لم يلتفت الى مدّعيتها لانتفاء المقدّمه الأولى اذ المفروض أنّه ليس له اجره فكيف يستحقّها هذا اذا لم يكن متقوّما و لو كان متقوّما قابلا لجعل الأجره عليه فقد جزم بعض مشايخنا قدّه بضمّانه بل قال انّ المراد يكون العمل ذا اجره عاده كونه متمولا قابلا لأخذ الاجره عليه

سواء جرت العادة باخذ الأجره عليه أم لا كاستيذاع المتاع ونحوه و سبقه الى هذا التفسير للعبارة استاده صاحب مفتاح الكرامه على احتمال و عليه يرتفع الخلاف بين الكتاب و ما مائله حيث جعل المدار على كون العمل ذا اجره عاده من دون النظر الى عاده العامل خلافا للشهيدين فى محكى الحواشى و لك و غيرهما فأنهم فرّقوا بينهما و جعلوا الثمره فيما لو كان العمل متقوما و لم تجر العاده على اخذ الاجره عليه لكن عاده العامل على اخذ الاجره عليه فعلى ما فى الكتاب استحق الاجره لأنه اعتبر فى استحقاقها احد الامرين اما عاده العامل على اخذ الاجره و ان لم تكن له الاجره عاده او كونه ممّا له الاجره و ان لم تجر عاده العامل على اخذها و اما على ما فى عد فلا لان المدار فيه على كون العمل ممّا له الاجره خاصه و المفروض عدم كونه كك و هذا مبنى على الاخذ بظاهر العبارة فلو فسرت بما ذكره من كون العمل متمولا قابلا للأجره بطلت الثمره اذ لا بدّ من فرض عاده العامل أيضا فيما يكون قابلا لها لأنّ مالا قابليته له لا معنى لأخذ الاجره عليه و لو كان عاده العامل على اخذها سفها و معصيه لكن لما كان يرد عليه بطلان الفرق بين الصورتين اعنى عاده العامل و عدمها مع اشتراكهما ح فى الحكم فلا وجه للتفصيل القاطع للشركه بل كان عليه ان يقول بما قال فى عد من دورانها مدار كون العمل ذا اجره عاده قابلا لها و لا يلتفت الى اعاده العامل لعدم جدواها على مذهبه لا ان نقول ثبوتها مع عادته مط و مع عدمها مشروطه بكونه ذا اجره عاده استشعر به فاجاب بانّ وجه الفرق هو وضوح الحكم مع العاده و خفاؤه مع عدمها لإمكان القول عند عدمها بعدم استحقاق العامل شيئا و لو كان العمل متقوما محرّما قابلا لأخذ الاجره عليه لأصالة البراءه بناء على اعتبار شهاده الحال او المقال فى

ص: ٣٥١

استحقاقها قلت لو احطت خبرا بما قرّناه فى وجه تضمين المستاجر و الجاعل و الاجير مع عدم تسميه الاجره و تعيينها عرفت أنّ الحق فى المتنازع فيه ثبوت الاجره اذا السبب أنّما هو استيفاء عمل المسلم من دون تبرّع و هو موجود هنا فلا يلتفت الى عدم جريان العاده على اخذ الاجره عليه اذا كان متمولا قابلا لجعلها عليه اذ يكفى فى صيرورته محترما كونه قابلا لها و لا يشترط الفعلية و لو قطعنا النظر عن ذلك اى عن صدق الاستيفاء لم يجب الاجره و لو صرّح الاجر ببذلها كما مرّ و بقى البحث فى موافقه الفاضلين و موافقتهم و مخالفتهم فى هذا الفرع و الذى يقتضيه النظر هو ما ذهب اليه الشهيدان مضافا الى كون ما فسر به العبارة خروجا عن ظاهرها كما لا يخفى اما اولا فلأنّ التفصيل قاطع للشركه و ما ذكره فى توجيهه فممّا لا يرتضيه لبيب فكيف عن المص المعروف بجوده التعبير و اما ثانيا فلأنّ تقييد الاجره بالعاده ح يكون لغوا مستدركا بل مخلا بالمقص الذى هو كون العمل متمولا قابلا لأخذ الاجره عليه مع قطع النظر عن العرف و العاده فكيف يقيد بما ليس بمقصود بل هو مناف للنقص و ممّا يشهد به أيضا ما عن الفخر من التفسير حيث فسّره بما يكون له الاجره غالبا لأنّ كون العمل متقوما قابلا لان يقابل بالمال لا يوصف بالغالب كما لا يخفى و كيف كان فالظاهر أنّه قدّه مصيب فى حكم المسأله من ثبوت الاجره مع القابلية و لو لم تجر العاده على اخذ الاجره عليه لقاعده احترام عمل المسلم حسبما عرفت و اما التكلّف فى رفع الخلاف بين الفاضلين فمتعبه ركيكه و مخالفه سخيغه لظاهر العبارة بقى شىء و هو ان الأمر اما ان يصرّح بالاجره اولا و على الثانى فاما ان ينويها او ينوى المجان اولا ينوى شيئا لا اشكال فى ضمانه لها فى الاول و اما ما عداه فالظاهر أيضا كك اذ لا عبره بقصده ما لم ينطبق لقاعده الاحترام نعم لو صرّح باراده المجان لم يكن عليه شىء و لو نويها العامل لعدم صدق الاستيفاء ح لأنّه ايفاء لا استيفاء اذ لا فرق بين هذا العمل و بين العمل الابتدائى من غير سؤال الأمر و لأنّ المباشر اقوى من السبب لو كان سبب الضمان فى نظائر المقام هو الغرور و اما العامل فهو اما ان ينوى العوض او ينوى التبرّع و لا ثالث لهما بخلاف الامر فأنّه يمكن ان لا ينوى الاجره و لا عدمها

بان يكون غير ملتفت اليها وجود او عدما و العامل ما لم يلتفت الى الدّاعى لا يتحقّق منه الفعل اختيارا فهو اما ان يعمل بداعى الاجره او بداعى اخر غيرها و هو التبرّع فان نوى الاجره فهو و ان نوى التبرّع فقد عرفت أنّها لا يستحقّ شيئا و لو تنازعا فادّعى الامر عليه التبرّع و انكر كان القول قوله لأصالة عدمه و لا يعارضه اصالة عدم قصد الاجره لأنه لا ينفع الا على الاصل المثبت و لأنه ابصر ببيته حيث لا يعلم قصد الاجره الا من قبله و فيه تأمل لإمكان الاشهاد عليه من غير عسر بان يصرّح حين العمل باراده الاجره و يدفعه بأنّ المشهود عليه أنّما هو اللفظ دون القصد الذى هو السبب فى الضمان و فيه أنّ الضمان هنا سبب عن قاعده الاحترام فاذا شرط العامل الاجره كفى ذلك فى احترام عمله و لو لم يقصد واقعا كما ان القصد العارى عن اللفظ كاف أيضا فى ذلك فاذا ادّعى الاجره طوّل بالبيته على عدم التبرّع حيث كان قادرا عليها بالاشتراف حين العمل و الاشهاد عليه و يضعف بأنّ القصد الذى هو احد سببى التضمنين لا يعلم الا من قبله و ان كان السبب الاخر الذى هو الشرط يعلم بالاشهاد فبالقياس الى القصد تجرى قاعده لا يعلم الا من قبله و ان لم يجز بالقياس الى الشرط و هو يكفى فى تقديم قوله لوجود مقتضيه و لا يجب فى اجزاء القواعد إحراز جميع مقتضياته و لا

ص: ٣٥٢

يذهب عليك ان اجراء هذه القاعده مبنى على كون شرط الضمان هو قصد الاجره لفظا او معنى و فيه منع واضح لأننا نقول ان السبب أنّما هو العمل من دون تبرّع فالتبرّع مانع عن استحقاق الاجره على العامل لا ان قصد العامل شرط كيف و لو كان ككك لبطل التمسك بالاصل المذكور اعنى اصالة عدم التبرّع لمعارضته ح باصالة عدم قصد الاجره لانتفع الا على الاصل المثبت بان يترتب عليه قصد التبرّع حتى يعارض اصالة عدمه فظهر أنّ لتقديم قول العامل فى التنازع وجهين متضادين احدهما قاعده لا يعلم الا من قبله و هو الذى اشار اليه المص فى بعض شقوق المسأله و هو مبنى على كون شرط الاجره لفظا او معنى شرطا فى استحقاق الاجره و عليه لا يكون موافقا للأصل اذ لا اصل للمعارضه كما عرفت و ثانيهما اصالة عدم التبرّع و هو مبنى على كونه مانعا و الجمع بين الوجهين غير صحيح على الأصحّ و الوجه الثانى احبّ عندنا حسبما قررنا و يعارضه فى بعض صور المسأله الظهور الذى هو احد مميزات المدعى عن المنكر عند بعض كالتصوره الاولى اعنى ما كان عاده العامل فيه على اخذ الاجره ففيها يقدم قول العامل لوجهين لكونه موافقا للظاهر و للأصل على مختارنا او لقاعده لا يعلم الا من قبله على الوجه الاخر و ككك التصوره الثانى و هى ما لو كان العمل مما له اجره عاده و لا عاده للعامل و قد يتعارضان كما لو كان العمل ممّا ليس له الاجره عاده و عاده العامل على اخذها و لا يبعد ح تقديم الظهور المستند الى عاده العامل لأنه بالقياس الى الظهور الناشى من عدم جريان عاده العرف من قبيل الغلبه الشخصيه فى مقابله الغلبه النوعيه

الثالثه عشره كلّ ما يتوقف عليه توفيه المنفعه

فعلى الموجر كالخيوط فى الخياطه و المدار فى الكتابه و يدخل المفتاح مفتاح باب الدار و كذا مفاتيح الابواب المثبتة لا مفاتيح الاقفال و لا التى لا يجب تسليمها نفسها فكيف عن مفاتيحها فى اجاره الدار لان الانتفاع يتم بها كما عن ط و كره و يرو د و اللّمعه و مع صد و ض و ضه و مجمع البرهان التصريح بالاخير من غير نقل خلاف لكن عن موضع من كره و لك و ضه الخلاف فى اصل الكليه الأولى المتفرّع عليها هذا الفرع مع انتفاء العرف او اضطرابه و عدم استقراره على احدهما فقالوا أنّها على المستاجر لأنّ المقصود بالاجاره العمل فلا تدخل فيها الاعيان على وجه يجب على الموجر ادائها الا فى شواذ ثبت على خلاف

الأصل كالرضاع والاستحمام ورد بان وجوبها ليس للدخول في مفهوم الإجاره بل لكونها مقدّمه تسليم العمل الواجب عليه قلت ويسرى الخلاف والاشكال ح الى الثاني لأن تسليم المفتاح أيضا خارج عن منفعة الدار التي هي المقص بالإجاره وعن شيخنا الاستاد قده في العمل التفصيل بين الأعيان التي هي بمنزله الآله للعامل كيده فيجب على الموجر و بين غيرها فيجب على المستاجر و هو جَيِّد في الشقّ الأوّل و أما الثاني فقد يقال أنّ كلّ ما يتوقّف عليه تسليم العمل فيجب عليه من باب المقدّمه ألا ان يقال أنّ اطلاق الإجاره حتّى بالقياس الى غير الالات ممّا يمكن منعه لوضوح ان بعض المقدّمات لا يجب على الموجر قطعاً كالكاغذ في الكتابه و الثوب في الخياطه و ليس هذا الا لاشتراط وجوب العمل فيهما ببذل المستاجر لهما و اليه ينظر ما عن لك من السيلب الكليّ فان نظره الى كون العمل واجبا مشروطا مط و مبنى التفصيل على المساعدة على الشّروط في غير الالات لا مط بدعوى اشتراط وجوبه المستفاد من العقد ببذل المستاجر فيكون واجبا مشروطا لا مط حتى يجب عليه من باب المقدّمه و يدفعه ان خروجهما

ص: ٣٥٣

سبب عن قيام العرف و العاده على كونهما عليه فلولا كان حالهما كحال المداد و الخيوط للاشتراك في العله الموجبه و هي المقدّمه فان اريد بغير الالات ما جرت العاده فيه على كونه على المستاجر ففيه أنّه ليس تفصيلا و ليس مخالفا للقوم لأنهم أيضا صرّحوا بان الكليه المذكوره في المتن مشروطه بعدم قيام العاده بخلافها مع أنّه ينبغي ح ملاحظه العاده في الالات أيضا فقد يكون مقتضاها اشتراطها على المستاجر كالكجاوه مط و المحمل في بلاد العجم اذ الفرق بين الحبل و العدول اللذين هما بمنزله الآله و بين الكجاوه تحكّم بين نعم يمكن تطبيق التفصيل المذكور على ما ذكره من التفصيل بين استقرار العاده و عدمه بدعوى كون غير الالات جميعا من القسم الأوّل فيكون على من استقرت عليه و هو المستاجر فان رجع اليه فهو و ألا فالظاهر وفاقا للأكثر وجوب المقدّمات كلّها على الموجر من باب المقدّمه ألا ما استقرّ العاده فيه على خلافه كالقرطاس و الثوب و الكجاوه و امثالها ممّا تعارف كونها على المستاجر و يستثنى أيضا من المقدّمات ما كان اطلاق العقد بالقياس اليه مهملا كما هو الشان فيما اضطرب فيه العاده اولم تستقر على شىء كالمقدّمات النادر الاحتياج اليها فيمكن ان يقال أنّه لا اطلاق للعقد ح بالقياس اليه حتى يجب من باب المقدّمه فان اختلف العمل ح بدخوله و خروجه اجره فسد العقد للجهاله و الغرر كما عن الحواشى التصريح به و الا كان مقتضى القاعده وجوبه على المستاجر لأصالة براه ذمه الموجر فما عن الحواشى من اطلاق القول بلزوم تعيين كونه على احدهما مع الاضطراب و ألا بطل العقد فنزل على صورته اختلاف اجره العمل بسببه كما هو الغالب هذا كلّ في العمل فصار الأقوال فيه ثلاثه احدها أنّ جميع مقدّماته على الموجر ألا اذا قام العاده بخلافه و هو للأكثر و الثاني هو السيلب الكليّ المختار في محكى لك و ضه و غيرهما كما عرفت و الثالث التفصيل بين آلات العمل و غيرها و اقربها هو الأوّل و يمكن ارجاع التفصيل المذكور اليه حسبما عرفت هذا كلّ في مقدّمات العمل و اما ما يتوقّف عليه استيفاء المنفعه من غيرها كالدّار و نحوها فمقتضى القاعده فيه أيضا ملاحظه العاده اولاً و ان لم تكن فان اختلفت كمالا و نقصانا بوجوده و عدمه فثبوت الخيار مع الجهل و به صرّح العلّامه في عد في خصوص العماره و وافقه في محكى ط و كره و مع صدق مجمع البرهان معلّين بان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه فان رضى المستاجر بمنفعه الدار المخروبه فذاك بلا ارش و ألا كان له الفسخ و خالف فيه في موضع من محكى ير فقال بوجود البناء على الموجر و هو موافق لما ذكره و ذكره في تسليم الدار فارغه من غير خلاف و كذا بالبوعه و الحش اي الخلاء و مستنقع الحمام اي مجمع مياهه فكيف الجمع بين كلماتهم في المقامين و كيف تطبيقها على القواعد فإنّ

قضيه القاعده القناعه فى صحه باقل مرتبه من المنفعه و ثبوت الخيار مع الجهل و الانصراف الى الكامل لشرط او لعاده او نحوهما دون اجبار المالك و باب المقدمه مسدود هنا كما لا يخفى نعم تسليم المفتاح اى مفتاح باب الدار و كذا مفتاح البستان الثابته لا يبعد وجوبه كما ذكره لأنه من مقدمات تسليم المنفعه مع امكان المناقشه فيه أيضا لان الدار المسدود الباب أيضا له منفعه اذا امكن فتح بابه و لا باجره أقل و اذا لم يشترط على الموجر و لم تكن عاده فباى وجه يلزم الموجر على تسليمه و العجب أنهم يقولون أنه لوضاع المفتاح لم يجب على الموجر بدله مع انه لو كان من مقدمات تسليم لم يكن فرق فى وجوب تسليمه بين الابتداء و الأثناء و لذا قال

ص: ٣٥٤

فى محكى كره و ير بخلاف ما قال فى عد حيث اوجب لهما البدل على الموجر لتوقف ايصال المنفعه عليه فى تمام المده ثم انه لا خلاف فى ثبوت الخيار مع عدم الابدال سواء قيل بوجوبه أم لا على ما صرح به بعض كما لو انهدم بعض الدار حسبما عرفت آنفا و لا- يخفى ان الخيار مبنى على تقييد العمل او المنفعه بالمقدمه و على التقييد لا- معنى لوجوب كونها على الموجر فى المنفعه بل يثبت فيه الخيار و اما العمل فمرجع التقييد فيه الى الالتزام بمغاير العوض بالاشترط و وجوبها ح على الموجر يتجه بناء على القول المشهور فى الشروط الخارجيه فالمدى يقتضيه النظر مراعاة العاده فى الموضوعين اولا و الاخذ بمقتضاها فيهما و هو الالتزام فى مقدمات العمل و الخيار فى مقدمات استيفاء المنفعه و مع عدمها لزم التعيين فيهما كما عن الحواشى و مجمع البرهان و أما بطل للجهاله خلافا لبعض مشايخنا قده فى جميع ذلك حيث بالغ فى واجبات العمل و مقدمات استيفاء المنفعه فحكم بوجوبها جميعا على الموجر من باب المقدمه وفاقا لغير واحد بل الاكثر فى بعضها و زعم أيضا أنه مع عدم العاده لا تضر الجهاله لأنها فى التوابع مغتفره و استحقاق المقدمات كلها تبغى فلا- معنى للحفاظ عن الجهاله فيها ردا على ما عن الحواشى و مجمع البرهان و من مبالغاته أيضا أنه اوجب وفاقا للمحكى عن المحقق الثانى اخراج الثلج عن سطح الدار على الموجر مط جزما و عن عرضها اذا كان كثيفا مانعا عن الانتفاع احتمالا ناشيا من حصول التسليم الواجب و من توقف الانتفاع عليه مع أنهما لا يقولان بوجوب رفع يد الغاصب فى الأثناء و الحاصل ان الاوصاف و الكيفيات المعبره فى احد العوضين كالكتابه و السواد و البياض و امثالهما متى اعتبرت فيه بحكم العاده او بالشرط كما يوجب تخلفها الخيار دون الاجبار اتفاقا و معلوم ان فراغ البالوعه و الحش و المستنقع و نحوها مميا يتوقف الانتفاع الكامل على استفراغها تجرى مجرى الكتابه فى العبد و البياض فى الحنطه فمقتضى القاعده عدم وجوب تفرغها على الموجر مط قام العاده بكونه عليه أم لا فضلا عما لو لم تكن عاده هناك ثم لو لم نقل بوجوب تفرغها على الموجر فهو و أما فالامتلاء المتجدد فى الأثناء فيه احتمالان فى عد وجوبه على المستاجر لأنه يفعل و وجوبه على الموجر لتوقف الانتفاع عليه و الأول خير ط و كره و مع صد و ظاهر الحواشى و الثانى ممّا قرّبه فى محكى ير و الأقوى الأول بناء على ما حققنا و اما على ما بنوا عليه من وجوب القيام بالمقدمات على الموجر للمقدمه فالاقوى هو الثانى لان وجوب تسليم المنفعه لا- فرق فيه بين الابتداء و الاستدامه و اميا العمل فالحال فيه ثلث لأنه اما ان يكون هناك عاده أم لا و على الثانى فاما أن يكون للإجاره اطلاق أم لا فان كان الأول و جب على الموجر لدخوله ح فى العقد من جهة الشرط المستفاد من العاده و ان تعذر الالتزام ثبت الخيار للمستاجر فالفرق بينها و بين مقدمه استيفاء المنفعه مع مساعده العاده هو الإلزام على الموجر و عدمه ففى مقدمات المنفعه لا الزام بل ثبت فيه الخيار من ابتداء خيار الوصف و فى مقدمات العمل لا يثبت فيه ابتداء بل بعد تعذر الإلزام كما فى الملترم بالشرط فى العقد و على الثانى و جبت عليه من باب المقدمه و ان امتنع ثبت خيار تعذر التسليم و فى الثالث لا

وجوب و لا- خيار لإهمال العقد و اصاله براءه ذمه الموجر و عدم ثبوت استحقاق المستاجر حال عدمها حتى يجىء الخيار و اطلاق الاصحاب منزل على صورته قيام العاده او على الصوره الثانيه و هى صورته الإطلاق و الله العالم بقى شىء و هو ان المشهور عدم وجوب تنقيه البالوعه و الخلاء و مستنقع الحمام على المستاجر عند انتهاء المده و عن ظ ط وجوبها عليه فى عبارته قابله

ص: ٣٥٥

للحمل على الأثناء و استثنى فى عد الكناسات و رماد الاتون فوجب تنقيه الدار منهما وفاقا للمحكى عن الجوينى و عن بعض الشافعيه الفرق بينهما بان طرح الزماد من ضروريات الانتفاع فلا يجب عليه بخلاف الكنائس و الأصح عدم الوجوب مط كعدم وجوب تدارك النقص الحاصل من استعمال الثوب و نحوه من استيفاء المنفعه و الله العالم

الفصل الرابع : فى التنازع الواقع بين اثنين فى المنافع و فيه مسائل

الاولى اذا تنازعا فى اصل الاجاره

اى فى وقوعها فالقول قول منكرها مط للأصل بلا- خلاف مع يمينه فى بعض الصور لا- مط كما اذا كان التنازع بعد استيفاء المنفعه و كان المنكر هو المستوفى مع زياده اجره المثل على المسمى على تقدير الاجاره التى يدعيها المالك فانه لا يمين ح على المنكر لا- اعترافه باستحقاق المالك ما يدعيه من الاجره و زياده و ليس ح للمالك مطالبته وفاقا لظاهر عد و محكى كره و ان وجب عليه ايصالها الى المالك و كذا العكس بان كان المدعى هو المستوفى و المنكر هو المالك مع زياده الاجره المسماه على تقدير الاجاره عن اجره المثل فلا يمين على المنكر لعين ما قلنا و كذا لو اختلفا فى قدر المستاجر من الدار و نحوها من المركبات الخارجيه قدم أيضا قول المنكر على المشهور بين الاصحاب بل فى مفتاح الكرامه لم اجد فيه قولاً صريحاً بالتحالف الذى نسبه فى الرياض الى قيل قلت فى حاشيه الكتاب للمحقق الثانى التصريح به و قواه أيضا فى محكى مع صد فيما لو تسالما على وقوع الاجاره و اختلفا فى متعلقها و الظاهر ان الاختلاف فى القدر لا مبنى له سواء و دعوى ان له قسماً اخر اراد فى مع صد الاحتراز عنه و هو ما لو كان الدعوى وقوع اجاره اخرى متعلقه بالزايد غير التى وقعت على الأقل كالبیت من الدار مثلاً واضحاً السخافه و الخرافه ضروره انحلال الدعوى ح الى دعويين لا نزاع فى إحداهما و هى اجاره الأقل و لا تسالم فى الاخرى اصلاً و هى اجاره الاكثر فيرجع ح الى الصوره الأولى اعنى النزاع فى اصل الاجاره لا فى قدر المستاجر و لعل الذى دعا المحقق الثانى الى التخالف هنا ما اشتهر فى الالسنه انه تعيين للحادث بالاصل و هو غير جائز لان الاصل فيه معارض بمثله لأنك اذا قلت الاصل عدم تعلق الاجاره بتمام الدار عارضه اصاله عدم تعلقها ببعضها كالبيت و هذا مطرد فى كل تعيين حادث بالاصل فلو علم بمجىء احد و شك فى كونه زيدا او عمروا تعارض الأصل من الجانبين و فيه ان اصاله عدم وقوعها على الأقل لا تعارض اصاله عدم وقوعها على الاكثر الا على القول بالاصل المثبت المزيف فى محله عند الاكثر و لذا بنى الاصحاب فى المسأله و نظائرها من الاختلاف فى العقود على إجراء الاصل فى الطرف الذى يترتب عليه وجوب شىء على المنكر فلو اختلفا فى العقد الواقع بين كونه اجاره او عاريه قدم قول المالك على الأصح و ان كان فيه قول بالمخالف و كذا يقدم قول المالك لو اختلفا فى رد العين المستاجر لأصاله العدم و حرمة القياس بالوديعة و هو حسن لو قلنا بان العين المستاجر بعد انتهاء المده مضمونه على المستاجر و الا كما هو احد الأقوال التى ذكرتها فى شرح قول المص و العين المستاجر امانه فقد يقال بتقديم قوله لكونه امينا و

كان ما في لك جواب عن هذا حيث علل تقديم قول المالك بان المستاجر قبضها لمصلحه نفسه و انت خبير بما فيه اذ لا خلاف و لا اشكال في ان قبضه قبض امانه و ان كان لمصلحه نفسه و قد ذكرنا ان مدار الامانه ليس على ذلك و انه منقوص بموارد الاشكال في كونها من الامانه فالاولى ان يجاب بان قول الأمين في الرد لا دليل على اعتباره فيه و ان قلنا به في خصوص الوديعة فهو من احكامها خاصه لا من احكام مطلق الامانه و انما حكمها

ص: ٣٥٦

عدم الضمان و تقديم قوله في التهمه كدعوى التفريط و التعدى و فى التلف و قبول قول الولي فى الإنفاق على المولى عليه أيضا لأمانتهم و لذا لا يقبل قوله فى دعوى القرض و البيع على الأصح الأشهر ظاهرا اما لو اختلفا فى قدر الاجره فالقول قول المستاجر للأصل و قيل كما فى حاشيه الكتاب بالتخالف أيضا و الوجه فيه ما عرفت فى الاختلاف فى قدر المستاجر مع جوابه

المسأله الثانيه لو ادعى الضانع او الملاح او المكارى هلاك المتاع

و انكر المالك المستاجر اصل الهلاك بزعم البقاء كلفوا البيه و مع فقدها يلزمهم الضمان كما عن السيّد و المفيد فى عه بل عن لك نسبته الى المشهور و لعله اراد الشهره بين القدماء و يؤيده ما عن السيّد من كون ذلك من متفردات الاماميه و قيل القول قولهم مع اليمين لأنهم امانه و هو اشهر الروايتين الواردتين فى المسأله و اكثرهما قولاً بين الاصحاب لان المحصلين من القدماء على ما نقله فى محكى ثر و جل المتأخرين او كلهم تلقوها بالقبول و هى مع الشهره فى الروايه بشهاده المص و الاشتهار بالفتوى باخبار غير واحد من مهره المتتبعين موافقه لقاعده الامانه القاضيه بقبول قول الامين بلا بينه و هى روايات منها خبر بكر بن حبيب قلت لأبى عبد الله ع اعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه قال ان اتهمه فاستحلفه و ان لم تتهمه فليس عليه شىء و هو اصرح فى ما الباب فى المدعى بحيث لا يقبل التاويل او التنزيل على غير ما نحن فيه كما لا يخفى على من تدرب و منها خبره الاخر فيه أيضا لا يضمن القصار الا ما جنت يدها و ان اتهمته احلفته و هذا ليس نصا فى المدعى لإمكان حمله على التنازع فى الجنايه بل هو الظاهر منه بملا حظه اتحاد موضوع المسألتين اعنى سبب الضمان و التحليف فى النزاع و منها مصححه معاويه بن عمّار عنه أيضا ع سألته عن الصّباغ و القصار قال ليس يضمنان و فى دلالتها أيضا على المدعى نظر لا يخفى و لو سلم فلا قابليه لها لمعارضه ما يدل على تحليفه عند الاختلاف فى التلف او التفريط و منها خبر ابى بصير عنه ع أيضا لا يضمن الصّباغ و لا القصار و لا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبينه و التحليف لعله يستخرج منه شيئا و هذا مما استدلل به على القولين لما فيه من الجمع بين البيه و الحلف فانّ البيه تدل على الضمان لولاها و الحلف يدل على عدمه و الحقّ انه بالاجمال و السقوط راسا اجدر من الاستدلال به على شىء منهما و ان كان دلالة على الضمان اقرب لأنّ التخويف بالبينه و الحلف يدل على عدمه و الحقّ انه بالاجمال معا فى فرض واحد لا معنى له فلا بد ان يكون الجمع بينهما بملا حظه فرضين من فروض المسأله فاما ان يكون التخويف بالبينه فى دعوى الإتلاف و الاستحلاف فى دعوى التلف او العكس و الأوّل باطل بالإجماع فتعيّن الثّانى و هو المدعى و فى مقابلها روايات داله على الضمان منها الروايه الأخيره بالتقريب المشار اليه و فيه ما عرفت من الإجمال و يحتمل الحمل على التخويف الصّورى فلا يستفاد منه شىء من الميزان المعبر الشرعى و منها محسنه الحلبي عنه أيضا ع فى الغسال و الصّباغ ما سرق منهما من شىء فلم يخرج منه على امر بين انه قد سرق و كلّ قليل له او كثير فهو ضامن فان فعل فليس عليه شىء و ان لم يفعل و لم يقم البيه و زعم انه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينه على قوله دلّت تصريح ذيلها على المدعى

و ان لم يخل صدره عن شائبه الاجمال و منها خبر ابى بصير عنه ع أيضا سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه فقال ع عليه ان يقيم البيئه انه سرق و ان سرق مساعد فليس عليه شىء دَلَّ صريحا على أنه لا يصدق فى دعوى السرقة الا مع البيئه و نحوها مما يتوقف عليه ثبوت الدعاوى

ص: ٣٥٧

محسنه الحلبي الأخرى عنه ع أيضا أنه سئل عن رجل جمال استكرى منه ابلا و بعث معه بزيت الى ارض فزعم ان بعض رفاق الزيت انحرق فاهريق ما فيه فقال ان شاء اخذ الزيت و قال أنه انحرق و لكن لا يصدق الا بينه عادله و نحوه خبر زيد الشحام و فى جملة من النصوص اطلاق ضمان القصار الصانع معللا فى بعضها بالاحتياط فى اموال الناس و منها ما روى عن الصادق ع كان أمير المؤمنين ع يضمن القصار و الصانع احتياطا للناس و كان ابى يتطول عليه اذا كان مأمونا الخبر قيل ان فى هذه الطائفة اشعارا بل دلالة واضحة على كون الحكم فى تضمين الصانع على خلاف القاعده ناش عن الاحتياط فى اموال الناس فلا يمكن حملها على صورته الإتلاف جمعا بينها و بين ما دلَّ على عدم الضمان فى دعوى التلف لان التضمين مع الإتلاف موافق للقاعده و ليس مخالفا لها ثابتا لحكمه الاحتياط و فيه تأمل يظهر من مضمون الآيه و حكم فى القصاص حيوه يا اولى الاباب و لم لا يجوز ان يكون التضمين مع الإتلاف من قبيل القصاص المشروع لبقاء النظام و الاحتياط فى النفوس فهذه الطائفة دون الكل فى الدلالة على المدعى لا- فوqe كما قيل و منها ما عنه ع أيضا فى جمال يحمل معه الزيت قد ذهب او قطع عليه الطريق فان جاء بينه عادله أنه قطع عليه او ذهب فليس عليه شىء و اما ضمن الخبر و نحوه اخر و هذا أيضا كالأخبار السابقه صريح فى مطالبه البيئه من الصانع فلا بد من الجمع بينها و بين ما دلَّ على الاكتفاء منه باليمين او الترجيح و قد عرفت أنه ليس فى الطائفة الأولى ما يدل على عدم الضمان الا روايه واحده و هى الروايه الأولى فلم يلتفت اليها القدماء و ركنا الى المستفيضه الثانيه الصريحه فى الضمان الا مع البيئه و اما المتأخرون فحمدوا على قاعده الامانه المؤيده بالروايات الخاصه فلم يلتفتوا الى معارضها فحملوها على ما لا- ينافيها كما فى جواهر الكلام حيث حملها على دعوى الإتلاف و انت خير بان مورد قبلها خصوص النزاع فى التلف كالسرقه و نحوها فكيف عمل على ما لا يناول موردها فليس هذا حملا بل هو طرح و ترجيح و ربما جمع بينهما بالتفصيل بين دعوى التلف و دعوى التفريط فحمل الاولى على دعوى التفريط و الثانيه على دعوى التلف كما يقتضيه القاعده مع قطع النظر عن الامانه عزى الى شيخنا العلامة قدَّه بناء منه على صراحه الأخبار المعلله بالاحتياط فى خروج ما نحن فيه عن قاعده الامانه و بعد خروجه عنها يرجع الامر الى قاعده البيئه على المدعى و اليمين على المنكر فيحمل ما دلَّ على الحلف على ما اذا كان الصانع منكرا كما فى دعوى التفريط و ما دلَّ على البيئه على ما لو كان مدعىا كما فى دعوى التلف قال و هذا الجمع و ان كان مخالفا لجملة من هذه الاخبار الا أنه اقرب ما قيل او يقال فى الجمع بين هذه الأخبار قلت و انا نستفيد اولا سقوط قاعده الامانه فى المقام بالأخبار المعلله لضمانهم بالاحتياط حسبما قرَّناه ثم نطبق اخبار المسأله على قواعد الدواعى و قيل ان اخبار الحلف محموله على دعوى الإتلاف اى اتلاف الأجير بشهاده خبر بكير المتقدم لا يضمن القصار الا ما جنت يداه فان اتهمته فاحلفه و هذا قريب من سابقه لأن التفريط أيضا قسم من الإتلاف هذا ما ذكروه فى الباب و الاظهر هنا ما عليه الاكثر من العمل بمقتضى قاعده الامانه كما ذكره الماتن لأن الطائفة الاولى صريحه فى ذلك و ان كانت واحده لكونها موافقه للقاعده و الشهره و الثانيه ليس شىء منها صريحا فى عدم الاقتصار على الحلف بل فى أنه مع عدم البيئه يضمن الصانع عند التهمه اى الشك فيقيد اطلاقه بما اذا لم نحلف فراجع

فقال المالك امرتك بقطعه قيصا لا قباء و ادعى الخياط الامر به فالقول قول المالك مع بينه لكونه منكرًا و قيل كما عن وكاله ط و فى القول قول الخياط لأصالتى البراءه و الصيحه و الاوّل اشبه و اشهر لأنّ الاصل فى الأفعال عدم الجواز حتى يثبت خلافه و لذا نقل عن الشيخ الموافقه للأصحاب فى هذا الباب و يحتمل التحالف كما عن بعض الشافعيه و المحقق الأردبيلي لان كلاً منهما يدعى شيئاً بل هو هنا اولى فى الاختلاف فى قد و المستاجر لعدم القدر المشترك فى المقام و وجود و هناك و هو ضعيف لأنّ دعوى المالك لا- يتضمّن حقاً على الخياط نعم لو اختلفا فى الاجاره اتجه التحالف لتضمّن دعوى المالك على الخياط تفويت ما استحقّقه من العمل بالاجاره و لا فرق ح بين كون الاختلاف قبل قطع الثوب او بعده و التخصيص بالأوّل فى بعض الكلمات لا- وجه له و على الخياط بعد يمين المالك ارش النقص اى تفاوت ما بين كونه مقطوعا و غير مقطوع و لو لم يتفاوت القميص و القباء فى نقص القطع امكن ان لا يجب ارشه لكونه مأذونا فيه بل له الاجره ان كان للقطع اجره كذا قيل و فيه نظر نعم لو اشترك القميص و القباء فى صفه القطع و كفيته لم يجب عليه ارش القطع لكونه مأذونا فيه من حيث كونه مقدّمه للعمل الماذون و ان لم يصدر من الخياط لهذه الحثيه لأنّ القصد لا اثر له فى المقام و لو اراد الخياط فبقه لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط من الثوب او من المالك لأنه تصرف فى مال الغير من غير اذنه و لو كانت من الخياط كان له ذلك و ضمن ارش النقص لو حدث فى الثوب لأنّ الثياب مسّطون على اموالهم و لو كان غاصبا و لا- اجره له اى للغاصب لأنه عمل لم يأذن فيه المالك و لله الحمد اولاً- و آخر الحمد لله الذى من على بالفراغ عن مشقه مشقه و قد وقع الفراغ من تحرير هذا الكتاب المستطاب بعون الملك الوهاب فى يوم الإثنين التاسع من شهر ربيع الثّانى بيد احقر الناس و أقلّ الكتاب محمّد باقر ابن مرحمت و غفران پناه آخوند ملا محمّد حسين اروحنى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَخْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَخْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١٤٢٦ الهجرى فى المجالات الدينية و الثقافية و العلمية معتمداً على النشاطات الخالصة و الدؤوبة لجمع من الإخصائيين و المثقفين فى الجامعات و الحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية و تبعتها فى أنحاء البلاد و صعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل و الأسرع للمعلومات و وصولها إلى الباحثين فى

العلوم الإسلامية وتقدم 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 التعصب الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي 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 الحوازل العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهديد 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 الإلكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمة الإلكترونية بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمي لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كiosk، الرسالة القصيرة (sms)
إقامة الدورات التعليمية الإلكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الإلكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج في البحث والدراسة وتطبيقها في 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 القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً في الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم 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

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

