Princeton University Library
32101 075819100

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

DUE JUN 15, 1995

كتاب
منية الطالب
في
حاشية المكاسب

لمؤلفه حجة الاسلام الحاج
شيخ موسى النجفي الخوانساري
دامت افاضاته

Khuwansari

الله

بسم تعالى

هذا كتاب منية

الطالب في حاشية المكاسب

تأليف حجة الاسلام العالم الفاضل

الرباني الشيخ موسى النجفي الخونساري وهي من

افادات اوحيد عصره وفريد دهره الذي عجزت

ام الدهور عن مثله ولم يزل ولا يزال سوق العلم و

التحقيق رائجا بافاداته ما كرت الاعوام والقرون خاتمة

المجتهدين وآية الله في العالمين العلامة الثاني المرحوم

الميرزا محمد حسين الغروي النائيني قدس الله سره

ولما نفد نسخ هذا السفر الشريف مع كثرة حاجة

الراغبين اليه تصدى لطبعها وبذل نفقتها

صاحب مكتبة المحمدية بقم مدة خذ للعلم و

ابقا لذكره الشريف فجزى الله

المقرر والمؤلف والمتصدي

لطبعها عن العلم واهله

خير الجزاء

في سنة ١٣١٣

كتبه الاحقر

محمد علي التبريزي الغروي

گراور سازی

رشدیه

(RECAP)
(Arab)
KBL
.K488
1980z

هذا هو الجزء الاول
من كتاب منية الطالب في
حاشية المكاسب لمؤلفه حجة
الاسلام الحاج شيخ موسى النجفي
الخونساري دامت افاضاته

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الاولين والاخرين محمد وآله الائمة الطيبين الطاهرين ولعنة الله
على اعدائهم اجمعين ابد الابدين **وبعد** فيقول افقر العباد الى رحمة ربه البارى موسى بن محمد النجفي الخونساري هذا
ما استفدته ممن انتهت اليه رياسة الامامية في القرن الرابع عشر شمس سماء التحقيق وقطب رحى التدقيق شيخ الفقهاء والمجتهدين استاذ
الجهابذة الاساطين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في العالمين شيخنا وملاذنا الميرزا محمد حسين الغروي النائيني متع الله العلماء
ببقائه في حكم المكاسب وحيث ان الفقهاء جزاهم الله عن الاسلام واهله خير الجزاء افادوا في هذا الباب بما لا يخلو عن خلط و
تخليط وايجاز وتطويل وان كان بعضهم اتى بما لا مزيد عليه ولكنه لم يدخله تحت جامع فالمهم لنا تنقيح التكسب باعتبار نفس
المعاملة وباعتبار ما يتعلق الكسب به على نحو يدخل تحت ضابط عام بعون الله الملك العلام وتوضيح ذلك في ضمن مقدمة وفصول
اما المقدمة فاعلم ان التكسب باعتبار الحكم ينقسم الى اقسام اربعة الحرام والمكروه والمستحب والمباح ولا يتصف بالوجوب ذاتا
نعم قد يكون واجبا بالعرض ومنه الواجبات النظامية الكفائية التي قد يعرضها الوجوب العيني اذا انحصر من يقوم بها بشخص خاص
فان الصنايع التي تجب كفائيا لم يتعلق الامر بها ابتداء بحيث تكون واجبات نفسية كالصلوة على الميت ونحوها وانما تجب لحفظ
النظام وقد جرت عادة غير واحد على تقسيمه الى محرم ومكروه ومباح لتوهمهم عدم وجود المستحب الذاتي في الكسب كالوجوب
ولكنه لا يخفى ان الزرع والرعي مما ندب اليهما شرعا اصالة فتأمل هذا بحسب الحكم واما باعتبار نفس المعاملة فينقسم الى قسمين
قسم يتعلق بتبديل الاعيان بالاموال كباب البيع وما يلحق به وقسم يتعلق بتبديل المنافع كالاجارة وما يلحق بها ثم ان
حقيقة المعاملة عبارة عن تبديل احد طرفي الاضافة بازاء احد طرفي الاضافة من اضافة اخرى في مقابل الارث فانه

في ان التكسب باعتبار الحكم ينقسم الى اقسام اربعة

في ان التكسب باعتبار نفس المعاملة ينقسم الى قسمين

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL>
32101 022404691

فى المكاسب المحرمة

تبديل المال الكلى اى باب المعاملة تبديل المملوكين وبعبارة اخرى لا شبهة ان المكاسب من الامور الاعتبارية العقلائية التى تكون لها نفس امرية نظر العقلاء وتكون منشأ للآثار فعالم الاعتبار والمراد بالاعتبارية فاصطلاحنا هو الامر المتوسط بين الامور الحقيقية والامور الانتزاعية فالاول كالاعيان الخارجية والثانى كالفاعلية والجزئية والشرطية ونحو ذلك مما ليس له وجود الا باعتبار منشأ انتزاعه والامور الاعتبارية كالملكية والوجوب والحرمة والولاية ونحو ذلك فان الا يكون لها وجود فى وعاء الا بتشريعه اى ما كان وجوده التكوينى عين وجوده الانشائى وعين اعتباره ومن يده اعتباره فهو امر اعتبارى والاشبه ان الملكية من اوضح مصاديق الامور الاعتبارية القابلة للجعل الصالحة للاثر ثم هى قد تحصل من الاثر طرف اخرى من المعاملة وهى عبارة عن تبديل طرفى الاضافة بطرفيها فمنشأ الاخرى الذى يقسم الى تبديل الاعيان بالاموال والمنافع بها ثم ان الحرمة المتعلقة بالمعاملة عبارة عن حرمة هذا المعنى اى حرمة تبديل المال او المنفعة لا حرمة انشاء المعاملة لا حرمة انشاء ما كالتصرف فى الثمن او المثمن ولا قصد ترتيب الاثر عليها وذلك لان نفس الانشاء من حيث انه فعل من الافعال وتلفظ بالفاظ لا وجه لان يكون حراما الا اذا كان مزاحما لتكليف اخر كالبيع وقت النداء وهكذا فقصد تحقق المنشأ بالانشاء من حيث انه قلبى لا وجه لحرمته الا اذا كان تجريا او اعانة على الاثم واما حرمة الاثار وهى مترتبة على انشاء المعاملة وحرمتها الا انها انما هى الحرمة ابتداء فما يكون محرما حقيقة ويكون متعلقا للنهى نفس التبديل الذى اعتباره بيد المالك لو لا نهى الشارع الذى هو مالك الملوك ويفقد اعتبار من كلا طرفى الاثبات والنفى وبقى الاخرى نفس المنشأ بالعقد الذى هو امر اعتبارى وفعل ايجادى من المنشئ هو الحرام لا الثمن الا يجاد وهو التلفظ والقصد والاثار ثم ان حجة الحرمة تارة واجبة الى حد كون ما يكتسب به مما لا عرفا كالمحرمات واخرى راجحة الى اسقاط الشارع حجة ما اليته كالخمر والخنزير وثالثة الى حرمة نفس المعاملة لعدم صلاحية المال لوقوع المعاملة بها على هذا الطريق الخاص كالزيادة فى المجانسين ومحل بحثنا فى المكاسب المحرمة راجع الى حرمة التكسب باعتبار تعلق الكسب بالاعيان الخارجية فمثل المعاملة الربوية خارجة عن موضوع البحث ثم ان مالية المال اما باعتبار خاصية كالحبوب والفواكه ونحوها فان بذل المال بازاء الحنطة او بازاء المائعات الكونية مما لو كل او شرب فلا انتفاع به الا مما يكون باعداد مولاها باعتبار مناسبته كالاراضى والمستغلات فلا انتفاع به بالبقاء على اى حال يتوقف صحة التكسب على كونه مالا عرفا وعدا لشارع حجة ما اليته فمثل الخمر تدخل فيما يحرم الاكتساب به لعدم كونه مالا عرفا اى لعدم وجود خاصية فيه ولا منفعة لما عرفت من ماليته المال باحد هما ويندرج فيه جميع ما يستقذره الطبع من الحشرات والابوال الطاهرة فان هذه الاشياء وان امكن لها منافع خاصية اتفاقية الا انها ليست مناطا لمالية المال ولا يقاس بالعقاقير الادوية فان لها منافع معتد بها لان المرض طبيعى للحيوانات فالاحتياج الى الادوية فى حال الامراض يوجب قنائها ليبيعها عقلائيا وبالجملة ليس المهم تتبع التصريحات بحرمة السباع والمسوخ والابوال الا فان منافع هذه الاشياء فى زماننا هذا كثيرة جدا بل وفى

فى المكاسب المحرمة

المكاسب الموبقة التى تؤخذ بها ادلها الخسران ولا تستعمل فى الصالحين اوجبك خلطها فى المكاسب العقلائية فضلا عن مثل
ردود القز والعلق وابوال الحيوانات التى يصبغ بها الصوف وجلود السباع اذا كانت مذكاة ونحو ذلك ثم ان دليل الحرمة
التى هى فى المقام عبارة عن عدم تحقق النقل والانتقال لا ما يترتب عليها التفاتا الى الاجماع المحقق كما يظهر للتتبع
فى كلام الاعلام بعد احراز الصغرى وعدا الاعيان النادرة فانها بحكم العدم فان اكل المال بازاء هذا الكاكل
بالباطل والاولى ادخال هذا القسم فى شرائط صحة البيع لا فى المكاسب المحرمة وانما ذكرناه تبعا لشيخنا الاستاذ مدظله فارجع
الى ما يكون الاكتساب محرما شرعيا الاستطراد الشارع حجته فالتزم وتوضيحه فى ضمن فصول

الفصل الاول لا يجوز

بيع الاعيان النجسة ولا سائر انحاء المعاملات من غير فرق بين ان يكون حيوانا او ميتة حيوان كالكلب والخنزير والميتة وبعضه
ومن غير فرق بين ان يكون ما يعاكالخمر والدم والبول وان يكون جامدا كالجلد الميتة والعذرة واللحوم المحرمة النجسة ويدل عليه
النبوى المعمول به عند الفريقين ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه وفى الفقه الرضوى بعد تصريحه بما يجوز بيعه وشرائه وهبته وقبضه
قال وكل امر يكون فيه لفساد تمامه نهى عنه من جهة اكله وشربه ولبسه ونكاحه وامساكه بوجه الفساد ومثل الميتة والدم ولحم
الخنزير والربوا وجميع الفواحش ولحوم السباع والخمر وما اشبه ذلك فحرام ضار للجسم فسادا للنفس فان قوله ع فحرام فى مقابل قوله
فهذا كله حلال بيعه وشراؤه ظاهر فى حرمة الاكتساب بجميع انحائه وفى دعائم الاسلام وما كان محرما اصله منهيا عنه لم
يجز بيعه ولا شراؤه ومقتضى ذلك تحريم بيع عذرة الانسان وما دل على جواز بيعها معارض بمثله والجمع الدلالى وان لم
يمكن بينهما ولكن بعد معارضة الطائفتين فالمرجع عموم ما دل على ان كل محرم حرم بيعه ولا يمكن حمل النجاسات الجوانح على البلاد التى
ينتفع بها فيها فان مطلق الحرمة ليس لعدم كونها مالا عرفا بل لكونها محرمة فكونها مما ينتفع بها لا يوجب جواز بيعها فان
الخمر والميتة والخنزير ايضا مما ينتفع بها وبالجملة لم يدل دليل عبر معتبر بالمعارض على استثناء بيع العذرة عن انواع النجاسات
نعم لو قلنا بان النجاسة مانعة عن صحة البيع اذا توقف الانتفاع بالشئ على طهارته فالمانع من صحة بيعه ولا شبهة ان منافع
العذرة فى بعض البلاد من اهم المنافع فعلى هذا يمكن الجمع بين المتعارضين باختلاف البلاد لمناسبة بين الحكم والموضوع و
لا يبعد ان يكون المناسبة من القرائن المكتنفة بالكلام فبهذه المناسبة يخرج الجمع بينهما عن الجمع التبرعى او التورعى ولكنه
لا يخلو عن اشكال وسيجئ ما هو الاصل فى جواز البيع وعدمه فى مطلق النجاسات ثم ان فيما ذكرنا فروعا ينبغى التعرض لها الاول
الحق بالنجاسات المتحالف فى حرمة المعاوضة عليها ومقتضى النبوى ورواية الدعائم ان تكون كذلك ولكن ينبغى تقييدها بما لو توقف
منافعها المحللة المقصودة على طهارتها مع عدم كونها قابلة للتطهير كالمايعات المضافة واما اذا لم يتوقف استيفاء منفعتها على طهارتها
مع عدم كونها قابلة للتطهير كالمايعات المضافة واما اذا لم يتوقف استيفاء منفعتها على طهارتها كالفرش والامتعة ونحو ذلك
او امكن تطهيرها بالغرق وجها عن عنوانها كالماء المتنجس والاوانى المتنجسة فلا ينبغى الاشكال فى صحة المعاملة عليها وذلك

لانه لو لم يمكن تطهيرها او توقف خاصيتها او منفعتها على طهارتها كالخل النجس ونحوه فحيث انه ليس مالا شرعا فلا يجوز المعاملة
عليها واما لو لم يكن كذلك فحيث ان الشارع لم يسقط ماليتها فلا مانع من المعاملة عليها بل يمكن ان يقال وان لم يكن مرضيا
عندنا كما سيجيء لم يجب على البايع اعلام المشتري بنجاستها لعدم قيام دليل على وجوب اعلام الناس بالنجاسات وليس البايع سببا
لاكل المشتري او شربه النجس حتى يحرم من هذه الجهة الثاني استثنى من عدم جواز بيع النجس امور الاول المملوك الكافر
وهذا في الجملة لا اشكال فيه بناء على ان مناط حرمة بيع النجس عدم كونه قابلا للمنفعة المقصودة منه وبعبارة اخرى انما اسقط الشارع
مالية النجس اذا توقف الانتفاع المعتد به على الطهارة واما لو لم يتوقف عليها كالاستخدام الذي هو مناط مالية العبد
فلا مانع عن بيعه فعلى هذا لا فرق بين ان يكون كافرا اصليا وان يكون مرتدا مليا او فطريا لان مناط الصحة لم يكن قابلية
العبد للطهارة حتى يقال بان المرتد الفطري لا يقبل توبته فلا يطهر بالتوبة فما عن بعض الاساطين في شرحه على القواعد
من ابتناء جواز بيع الفطري على قبول توبته لا وجه له نعم هنا اشكال اخر في بيع الفطري يجري في المحارب ايضا وهو كونه
في معرض التلف فان المحارب بعد الاستيلاء عليه لا يقبل توبته كالمرتد الفطري ولكن هذا ايضا لا يوجب سلب ماليته
لانه كالمريض المأيوس عن برئه فتامل الثاني الكلب الصيود والحارس اما الصيود فيدل على جواز المعاملة عليه جملة من الاخبار
منطوقا ومفهوما وبعضهم قيده بالصائد السلوقي ولا وجه له الا دعوى الانصراف ولا منشأ له الا غلبة الوجود ولا يخفى عدم
ايجابها تقييد المطلقات فالاقوى خروج مطلق الكلب المعلم على الصيد عن قوله ثمن الكلب سحت ولا يمنع نجاسته ايضا عن
وقوع المعاملة عليه بعد تصريح الادلة بجواز بيعه هذا مضافا الى ما قيل من انه لا ينجس موضع عضه وعلى فرض نجاسته لا يتوقف
الانتفاع المقصود منه على طهارته والفرق بينهما بان السلوقي لا يأكل ما اصطاده دون غيره لا يوجب تفاوتا في صحة المعاملة
عليهما واما الحارس سواء كان للماشية او للزراعة او البستان او الحائط او الخيام ونحو ذلك فقد قيل ان الاشهر بين القدماء هو
المنع بل ظاهر الاخبار الواردة في كلب الصيد هو حصر الجواز فيه الا ان مقتضى ما ارسله شيخ الطائفة في المبسوط من انه روي ذلك
يعني جواز البيع في كلب الماشية والحائط صحة بيعه لان ارساله منجبر بعمل المشهور مع عدم احراز اعراض القدماء عنه فان الظاهر ان
القدماء لم يظفروا بهذه المرسلة فشهرة المنع بين ارباب الفتاوى من القدماء واصحاب الحديث كالصدوقين والكليني قدس الله اسرارهم
لا توجب الاعراض عنها فيمكن حمل الاخبار الواردة في الكلب الصيود على المثالية بل لا يخفى ان المنفعة المقصودة من الحارس اهم
من المنفعة المقصودة من الصائد هذا مضافا الى ما ثبت اتفاقا من جواز اجارتها وثبوت الدية لها وما يقال ثبوت الدية كاشف عن عدم
جواز المعاملة عليه والا ثبتت القيمة فيها فهي كالحر لا قيمة له وله دية ففيه ان الدية وردت في الكلب السلوقي ايضا مع الاتفاق على
جواز المعاملة عليه وبالجملة ظاهر عبارة جملة من المتأخرين ثبوت الجواز اجماعا فيمكن حمل اخبار المنع على خصوص كلب الهراش او الكلب
العقور نعم الاحوط ترك بيعه وان كان اقتناؤه للحرس لا اشكال فيه ففي الصحيح لا خير في الكلاب الا كلب صيد او ماشية

في انه استثنى من عدم جواز بيع النجس امور الاول المملوك الكافر

الثاني كلب الصيد والحارس

وفي الغنية على ما في المستند ان النوع الرابع من الكلاب في المدينة الى ان قال فيحل الوحشي من الكلاب التي ينتفع بها فاستثنى كلب الصيد وكلب الماشية وكلب الحرث واذن فيتخذها الثالث العصير العنبي بعد الغليان وان لم يذهب ثلثاه فانه يجوز المعالجة عليه ليصير خلا على القول بنجاسته وذلك لما ذكرناه في المتجس ان سلب الماهية شرعا من حيث قابلية المتنجس للتطهير وعدمه كان الانتفاع به في حال النجاسة ولا يخفى قابلية العصير العنبي للطهارة بذهاب ثلثيه ولا ينتقض ذلك بالخمر فانه قابل للتطهير بصيرورته خلا للفرق بينهما فان الخمر لا يقبل الطهارة الا بتبدل موضوعي وهذا بخلاف العصير وبالجملة كفى للفرق بينهما ورود الدليل الخاص على حرمة بيع الخمر والدليل العام وهو حديث حرمة بيع ما كان محرما اصله ولم يدل دليل بالخصوص على حرمة بيع العصير ولا يشمله الادلة العامة فانه ليس محرم الاصل ولا من المعاوضة النجسة وقوله وان خلا لا يحل بيعه محمول على ما اذا عرض بلا اعلام للمشتري بانه خلا او كناية عن حرمة حين الغليان ويشهد لهما ورود في رواية ابي كهمس اذا بعته قبل ان يكون خمرا وهو حلال فلا بأس وما في مرسل ابن الهيثم اذا تغير عن حاله وخلا فلا خير فيه فان قوله وهو حلال فلا بأس شاهد على ان حرمة المتغير من البيع هي الحرمة فاذا بيع للاستحلال باذهاب ثلثيه فالمانع منه والانتفاع به هو الروايات الخاصة في حرمة البيع فلو ثبت اعراض الاصحاب عنها فهو والا فالحق اشكال واعلم بقيانه لا اثر في الجواز بعد ظهور الاصحاب الا ما بين في حرمة بيعه فتجيء الفرع الثالث استثنوا من المتنجسات الدهن والابدان بحمل المستثنى الادهان المتوقف استيفاء المانع منها على طهارتها اي اذا كانت المنفعة المقصودة من الدهن اكله فنجاسته مع عدم قابلية التطهير يوجب حرمة جواز الاكتساب بها واما اذا لم تتوقف على طهارتها كالادهان المستعملة في المكاسب فلا معنى لاستثنائها اذ قلنا بان كل ما نجسا ولم يمكن تطهيره لا يجوز بيعه كيف كان فالدهن المتنجس على اقسام ثلاثة قسم تكون منافعه المقصودة هو اكله كالسمن ودهن اللوز ونحوه وقسم مشترك بينه وبين اسراجه كالزيت وقسم يختص بالاسراج كالنفط ونحوه وعلى اي حال حيث دل الدليل على جواز بيع الزيت والسمن فيجوز بيع كلما كان مختصا بالاكل ايضا انما الكلام في مقامات احدها هل يجب على البايع اشتراط الاستصباح على المشتري ام يصح مطلقا او يفرق بين ما كان منفعته مختصة بالاكل او مشتركة وما كان منفعته المقصودة هي الاستصباح فلا يعتبر الاشتراط في الثاني في وجه والاقوى جواز بيع جميع الاقسام بلا شرط لعدم دليل على اعتبار الاشتراط حتى فيما كان منفعته مختصة بالاكل لان المفروض انه بالنجاسة لم يسقط عن المالية غاية الامر نقص عن قيمته فاذا بيع بقيمة ما يدرج به فلا مانع من صحته سواء كان المشتري مما يمكن الاسراج بدهن النفط او لا يكون مما يمكن لانه اذا باعه بقيمة النفط فجعل المشتري بعد ذلك المنفعة لا يسقط عن هذه المالية الواقعية وبالجملة لو اشترط البايع صرفه في الاكل فيمكن القول ببقاء البيع لانه اكل المال بالباطل فلما لو لم يشترط هذا ولم يشترط صرفه في الاستصباح ايضا فلا وجه للبطلان الثالث هل يجب اعلام المشتري بالنجاسة امر لا تأثم على البايع هل هو شرط في او تنجيه الاقوى وجوب الاعلام نفسيا اما وجوبه طريقا

الثاني العصير العنبي

فان قلت ان حرمة المتنجس على المتنجس

على المتنجس

في المكاسب المحرمة

واعلم انه اذا بعته وقوله ثم بينه لمن اشتريته ليتصحح به ربما كونه نقيا فان قوله ليتصحح به ظاهر في ان منشأ الوجوب عدم وقوع المشتري في محذور الأكل والأكل الملازمة بين الاشتراء والاستصباح فاستفادة شرطية الاعلام لصحة البيع لا وجه لها ثم بناء على هذا يمكن استفادة وجوب اعلام المشتري في كل ما يتوقف استعماله على الطهارة كالأواني فانها وان صح بيعها مع نجاستها ولكن يجب الاعلام بها نفيا للتدليس فلا يقع المشتري في استعمال النجس بل يمكن استفادة وجوب اعلام المسلمين بنجاسة ما يتوقف استعمالها على الطهارة من عدة من الروايات وتمام الكلام موكول الى محله ثم انه قد عرفت الى الآن وجوب الاستصباح تحت التمام والاعدام له سوى ما ارسله الشيخ في المبسوط فقال روى اصحابنا انه يستصبح بها تحت السماء دون السقف لا يخفى انه لو عمل برواية لم نحمله على الاستحباب فلا بد ان يحمل على التعبد المحض لان السقف لا ينجس بدخان النجس حتى يحمل على الأرث بل لعدم نجاسته ايضا مع النجس مع انه لا محذور في تنجسه حتى يرشد الى تركه الثالث هل يجوز الانتفاع بالدهن النجس لغير الاستصباح بان يعمل صابونا او يطلى به الاجرب والسفن امر لا وينفع ذلك يتوقف على تأسيس الأصل في النجاسات والتجاسات حتى يكون هو المرجع عند الشك فنقول اما النجاسات فالاقوى جواز بيع كل ما لا يتوقف الانتفاع به على طهارته فان هذا هو الذي يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس فاذا كان للشيء منافع مقصودة فعروض النجاسة عليه لا يمنع عن نفوذ بيعه بل يمكن استفادة هذا المعنى من رواية تحف العقول والفقه الرضوي ودعائم الاسلام ففي الأول وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وامساكه واستعماله وهبته وعاريته وفي الثاني اعلم رحمك الله ان كل ما امر به على التجارة وقوام لهم في امورهم من وجوه الصلاح الذي لا يقيمهم غيره مما يأكلون ويشربون به ويلبسون ويملكون ويستعملون فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وهبته وعاريته وفي الثالث ان الحلال من البيوع كل ما كان حلا الأكل والشرب به من غير ذلك مما هو قوام للناس ومباح لهم الانتفاع به ولا يعارض ذلك النبوي اذا حرم الله شيئا حرم ثمنه لانه بعد ما عرفت جواز الانتفاع بالشيء ولو بالاستصباح فلا يدخل تحت ما حرمه الله بل يمكن استفادة الجواز من الأخبار الخاصة المتفرقة كجواز بيع الدهن للاستصباح وجواز بيعه لمن يعمله صابونا او كما في النوادر من الزاد والراحلة عن ابي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام وفيه سئل عن الشحم يقع فيه شيء له دم فيموت قال تبيعه لمن يعمله صابونا او بالجملة فالاقوى جواز بيع النجاسات اذا كان لها منافع معتدة بحيث ان العقلاء يبذلون بازائها المال ولو انقصت قيمتها بعروض النجاسة بها اللهم الا ان لو صار بسبب عروض النجاسة مما لا ينتفع به عادة فهذا خارج عن موضوع البحث لانه في حكم التلف واما التجاسات فالاصل فيها ايضا جواز البيع لجواز التصرف فيها بما لا يتوقف على الطهارة لعموم قوله كل شيء حلال حتى تعرف انه حرام فاذا شك في الاباحة تخرجها عن موضوع قوله اذا حرم الله شيئا حرم ثمنه وورد اخبار خاصة في بعض منها بالجواز فعن القاسم الصيقل قال كتبت الى الرضا عليه السلام اني اعمل تحما السموم من جلود الحمر الميتة فيصيب ثيابي فاصلي فيها فكتب الي اتخذ ثوبا لصلوتك ونحوه مار وي عن ابي القاسم الصيقل وولده وما ورد في صحيح الحلبي اذا اختلط الذكي بالميتة يباع ممن

يستحل الميتة ومثلهما ما ورد عن علي بن جعفر وما ورد عن الوشا قال لابي الحسن ع جعلت فداك ان اهل الجبل تثقل عندهم اليات
الغنم فيقطعونها فقال حرام هي ميتة فقلت جعلت فداك فيستصبح بها فقال اما علمت انه يصيب اليد والثوب وهو حرام
فان ظاهره تقريره في جواز الاستصباح اذا لم يصب اليد والثوب وما ورد في جواز بيع العبد الكافر وكلب الصيد ثم انه لا يستفاد من
رواية تحف العقول ودعائم الاسلام والنبوي قاعدة كلية مطردة في جميع النجاسات بحيث لا يقبل التخصيص لان غاية الامر انها
عمومات مع ان من نفس الخبرين الاولين يستفاد ان مناط الفساد المعاملي ليس مجرد حرمة الشيء ونجاسته بل المدار على عدم كونه مما
فيه الفساد وبعبارة اخرى لا يستفاد من هذه الاخبار مجرد التعبد بحرمة بيع النجاسات والمحرمات بل منشأ فساد البيع توقف استيفاء
منافعها على طهارتها فاذا فرضنا ان جلد الميتة لا يتوقف استيفاء المنافع المهمة منه على طهارته فلا بأس ببيعه والاخبار
الواردة في حرمة بيع جلد الميتة قابلة للحمل على بيعه لما يتوقف الطهارة عليه فتكون ارشاد العدم قابلية الانتفاع وكيف
كان فيعم البحث في المقام الموارد المنصوصة ايضا مثل الميتة والخمر والنبيذ ونحو ذلك فان المقصود انه اذا فرض هناك منفعة
مهمة عقلائية ولم يتوقف استيفاء المنفعة على طهارة الشيء كالاستقاء بجلد الميتة للزرع ونحوه فمجرد كونه نجسا لا يمنع عن
جواز بيعه وعلى هذا فبيع العذرة في البلاد التي تنتفع بها لا بأس فيه وهكذا نفس الميتة والخمر نعم لا يبعد ان يقال انه يجب في
البيع قصد المنفعة المحللة ويؤيده الاخبار الدالة على وجوب الاعلام في الدهن المتنجس فان حمله على التعبد كما تقدم بعيد بل
الوجه فيه انه اذا كان للمال منافع مطلقة فلا وجه لقصد المنفعة الخاصة دون الاخرى بل عنوان المبيع هو ذات الشيء بذاته
واما اذا كان له منافع خاصة وتوقف استيفاء هذه المنفعة على طهارته فليس ذات الشيء عنوانا للمبيع بل المنفعة الكذائية
والمفروض ان قصد المنفعة الكذائية يتوقف على العلم بالطهارة فيجب التنبيه على النجاسة وبعبارة اخرى لا شبهة ان عناوين
الاشياء هي مناط ماليتها لا الجسم المطلق الذي هو المادة المشتركة بين ما لا قيمة له وما له قيمة فاذا فرضنا ان نفس العنوان بما
انه عنوان الخمر والميتة لا مالية لها الا باعتبار منفعته الخاصة فكما يجب تعيين العنوان في المبيع ولا يصح بيع القدر المشترك بين
الحمار الوحشي والعبد الحبشي فكذلك يجب تعيين عنوان كون العبد مسلما او كافرا اذا فرضنا انه لا يبذل بازاء الكافر مالا
او ان الشارع سلب جهة ماليته من حيث كونه كافرا فعلى هذا اذا بيع الخمر لا بد ان يقصد منفعته التي لا تتوقف على الطهارة او بيع
ممن يشتريه للتخليل ولا يصح بيعه ممن يشربه لان مع علم البايع بان المشتري يشربه لا يمكن ان يقصد العنوان الذي به يكون الخمر مالا
وبالجملة حيث ان المسألة ليست اجماعية كما يظهر للمتتبع فيها ولا يستفاد من الاخبار الواردة في المقام التعبدية الصرفة بحيث يفهم
منها ان الشارع سلب الانتفاع بالنجاسات رأسا والغى ماليتها اصلا بل ظاهرها ان جهة حرمة بيعها كونها مما لا ينتفع بها
فاصالة الجواز وقاعدة حل الانتفاع بما في الارض جميعا لا حاكم عليها الا فيما يتوقف منفعتها على طهارتها وعلى هذا فاذا
جاز اقتناء الخمر للتخليل والعذرة للتسميد والميتة لاطعام جوارح الطير او ايقادها فبيعها لهذه الامور لا مانع عنه واما

القول بجواز الصلح دون البيع فلا وجه له لأن الصلح في هذه الأمور ليس الا عبارة عن البيع وكونه عقدا مستقلا ايضا لا يصحح الصلح بلا عوض نعم دفع المال لرفع دعوى الحق حقا اختصاصيا امر آخر الفصل الثاني فيما يجوز التكسب به لوجود صفة محرمة فيه او لغاية محرمة ثم الصفة قد تكون خارجية واخرى معنوية وتنقيح البحث فيه في ضمن مسائل الأولى ما كان هيئة حرمة وجود صفة خارجية فيه وهو على قسمين قسم لا يقصد من وجوده على هذه الصفة الا الحرام وقسم لا يختص بل يستعمل فيه وفي الحلال اما الأول فكالصنم والصليب والآلات المعدة للقمار والآلات المختصة باللهو واواني الذهب والفضة فان هذه الأشياء لا تكون لها منفعة محللة بهذه الهيئات فعلى هذا لا اشكال في حرمة الاكتساب بها ويدل عليه النبوي ورواية تحف العقول في قوله فنظير البرابط والمزامير والشطرنج وكل ملهوبه والصلبان والأصنام وما اشبه ذلك الى ان قال فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به واخذ الأجرة عليه وجميع التقلب فيه ولكن لا يخفى ان المستفاد من حرمة الاكتساب بها انما هو حرمة الاكتساب بها بما هي متكثرة بهذا الشكل ممن يقصد الانتفاع بهذه الصور من دون ان يشترط عليه كسرها واما لو باع مادة هذه الأشياء بشرط ان يغير المشتري هيئتها وكان المشتري ممن يوثق بديانته فلا اشكال في جواز بيعها فان الخشب الذي هو مادة هذه الأشياء او النحاس او الذهب لم يخرج عن المالية بلحاظ عروض هذه الصورة عليه نعم اثمانها ازيد قيمة فاذا باع نفس المادة بهذين القيدين فلا اشكال في جوازه انما الاشكال في صورتين احديهما اذا باع المادة بشرط تغيير صورتها ممن لا يوثق بديانته وثانيتهما بيع المادة ممن يوثق بديانته بلا شرط التغيير ولكن الأقوى الجواز في الصورتين نعم يتوهم في الأولى حرمة من باب الاعانة على الاثم وفيه ما سيجيء من ان قصد بيع المادة والاشتغال بتغيير الهيئة لا يدخل في موضوع الاعانة فان حرمتها مختصة بما اذا قصد بها الاعانة على الاثم ولا يشمل قوله عز من قائل ولا تعاونوا من يعلم بوقوع الاثم من المشتري ونحوه الا لحرمة على الرجاء ان رضاهم مع علمهم بان لشانئ يظرون اليها واما القسم الثاني كالطبل الذي يمكن استعماله في اللهو الحرام والدراهم الخارجة التي يمكن استعمالها في الحرام كالبيع والشراء بها مع المسلمين والمحلل كالتزين وبيعها وشراؤها مع من لا حرمة له فلا اشكال في انه يجوز التكسب بها ولم يقصد المنفعة المحرمة نعم اذا اكتسب بها مع العلم بحيث علامة لديه قصد عنوان البيع في الصحة ويدل عليه ما رواه الشيخ باسناده عن محمد بن مسلم قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يحمل الدراهم يحمل عليها النحاس او غيره ثم يبيعها قال اذا بين ذلك فلا بأس هذا ولكن الأقوى ان يقال ان الدراهم على اقسام الثلاثة قسم لا يقصد من السكة الا التجر من حيث الوزن والأصل وقسم مغشوش وقسم مغايرها جنسا كما اذا كانت من الخزف مثلا وكانت هذه نحاسا اما القسم الأخير فلا يجوز المعاملة عليه لو مع من يحل اخذها لربا عوض لأن ظاهر الأخبار الدالة على حرمتها والغائها في الباطن هو عدم جواز المعاملة بها فكان وضعها والغائها في الباطن عوضا للغشاء فعلى هذا حيث ان المعاملة بها مع الكفار ايضا قد توجب وصولها الى بلاد المسلم فلا يجوز المعاملة عليها واما المغشوش فلا يجوز المعاملة معها الا اذا علم مقدار الغش والا لكون

العوض مجهولا في مورد الجهل لا يمكن تصحيحه ببعض الصفقة فان مورد ضم ما لا يملك الى ما يملك ونحو الفقاع ليس كذلك موضوعا واحدا واما الخامسة الغير الواجد فان وقع المعاوضة على نفس العين فلا اشكال في صحتها غاية الامر عند تبين الخلاف يثبت خيار العيب او التدليس لمن وصلت يده وبعد وقوع المعاوضة على هذا الخاص لا يمكن القول ببطلانها لتبدل العنوان فان العنوان في المقابلة ليس دخيلا في المالية وعلى كل تقدير فلو وقعت المعاملة على الكلي ووقعت هذه الافراد في عهدة الاقباض فالمعاملة صحيحة واما في مثل الطبل فحيث اشتريت نفسه بين العنوان فقصد عدم قصد العنوان المحرم كان في القطعة الثانية ما كان بحيث حرمته وبحيث صفة معنونية فيه كالجارية المغنية والعبد الماهر في القمار واللهو والسرقة ونحو ذلك ولا اشكال في عدم الاكتفاء بمثل هذا القصد بل لو قصد المنفعة المحرمة وعليه يحمل ما ورد بان ثمن الجارية المغنية سحت فسمعا وما ورد بان ثمنها الاكتساب الكلب واما لو قصد نفس الموصوف دون الصفة فلا اشكال في الصحة لانه مال عرفا وشرعا لان المبغوض هو اعمال الوصف فيما هو حر شرعا واما ذات العبد والجارية فلم يخرجا عن المالية ويدل عليه في ذيل رواية الدينوري عن ابي الحسن قال قلت جعلت فداك فما تقول في شراء المغنية والجارية نحتاج ان نعتني ارتد بها الرزق لا اشتري ذلك قال اشتروا وبيعوا الثالثة ما اذا قصد في المعاملة غاية محرمة كبيع العنب ليتخذ منه خمرا وبيع الخشب بشرط ان يعمله صليبا او صنما ولا اشكال في حرمة هذه المعاملة ونفاذها لكون الاكل في مقابلها اكلا للمال بالباطل ويدل عليه عدة من الاخبار منها خبر جابر سئلت اباعبد الله عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال حرام اجره بناء على حمله على ما اذا شرط المؤجر في عقد الاجارة ذلك وحمله على ما اذا علم المؤجر ان المستأجر يعمله في ذلك فيدل على ما نحن فيه بالاولوية ومنها مكاتبة ابن اذينة عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال لا وضمها رواية عمرو بن الحريش عن التوت بيعه ممن يصنع الصلبان او الصنم قال لا بناء على اشتراط ذلك في البيع او توافقهما على ذلك فان نفس القصد على ذلك ايضا كاف في افساد ما عرفت ان الصحة والفساد والحلية والحرمة دائرات مدار قصد الحلل والمحرم الرابعة اذا لم يقصد المعاملة الغاية محرمة ولكنه يعلم بترتب الغاية المحرمة عليها كبيع العنب ممن يعمله خمرا وبيع الخشب ممن يعمله صنما او صليبا ومقتضى قواعد المعاوضة عدم حرمتها لعدم دخولها في احد العناوين المحرمة ومجرد ترتب محرم عليها مع وقوعها عن اختيار من المشتري لا يوجب حرمتها ولكن ظاهر رواية عمرو بن الحريش ومكاتبة ابن اذينة حرمتها لان جعلهما على ما اذا اشترطا البايع على المشتري ذلك بعيد والتفصيل بين بيع العنب ممن يعمله خمرا وبيع الخشب ممن يعمله صنما يقال بالصحة في الاول والفساد في الثاني بعيد فيمكن حمل الروايتين على الكراهة لمعارضتهما مع ما هو صريح في جواز بيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا او سكرا كالمكاتبة الاخرى لابن اذينة ورواية ابي كهمش بعد عدم الفرق بين الخمر والصنم او الصليب ويشهد لهذا الجمع رواية رفاعة عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا قال بعه ممن يطبخه او يصنعه خلا احب الي ولا ارى به بأسا فان قوله احب ظاهر في ان بيعه ممن لا يذهب ثلثيه ولا يصنعه خلا غير محبوب او يلتزم بالتفصيل وان كان بعيدا بمقتضى التقييد وكيف كان مع معارضة الاخبار الصحيحة في الجواز لهذين الخبرين لا يمكن

فيما كان
وجوه وصفة
محللة
فيما
قصد
المعاملة
على
المحرم

الالتزام بما هو ظاهرهما فالاقوى جواز هذه المعاملة تكليفا وصحتها وضعا نعم قد يقال بحرمتها من جهة كونها اعانة على الاثم
ولكن الاقوى عدم دخولها في موضوع الاعانة على الاثم وتوضيح ذلك يتوقف على اشارة اجمالية الى حكم الاعانة على الاثم و
تنقيح موضوعها فنقول لا اشكال في حرمتها لظاهر الاية الشريفة ولا اشكال في عدم امكان تخصيصها بعد تحقق موضوعها
لان هذه من العناوين الغير القابلة للتخصيص فانها كنفس المعصية وكالظلم فانه كما لا يمكن ان يكون معصية خاصة مباحة فكذلك
لا يمكن ان تكون الاعانة على المعصية مباحة فما عن الحدائق بعد ما حكى عن الاردبيلي قده من القول بالحرمة في مسئلتنا من جهة
كونها اعانة على الاثم من انه جيد في حد ذاته لو سلم من المعارضة باخبار الجواز لا وجه له لانه لو كان بيع العنب ممن يعلم بانه
يعمله خمرا داخلا في عنوان الاعانة فلا يمكن ان يدل دليل على جوازه فمع ورود الدليل على الجواز نستكشف بانه ليس داخلا
في هذا العنوان واما موضوعها فقد قيل باعتبار امرين فيه احدهما ايجاد فعل بقصد تحقق الاثم من الغير الثاني وقوع الاثم
من الغير بحيث لو لم يتحقق الاثم لم يكن الايجاد حراما من جهة صدق الاعانة وان حرم من جهة قصد الاعانة بناء على ما اختاره
من ان قصد المعصية بنفسه من المعاصي وقد يقال بكفاية نفس قصد تحقق الاثم من الغير وان لم يقع الاثم وقد يقال لا
يعتبر القصد اذا تحقق الاثم وقد يقال بعدم اعتبار تحقق الاثم ولا القصد بل نفس بيع العنب ممن يعلم انه يعمله خمرا حرام
وان لم يعمله خمرا ولا قصد البايع ببيعه وقوع الحرام من المشتري والحق ان يقال ان الفعل الواقع من شخص تارة يقع في سلسلة
علل فعل فاعل الاثم واخرى لا يكون كذلك وان لم يمكن ان يصدر الاثم بدونه بل كان من المبادي البعيدة وذلك كتجارة
التاجر التي لولاها لم يمكن للعشار ان يأخذ عشرها وهذا في الحقيقة خارج عن المبادي ايضا فان المبادي هي التي تتحقق بعد الارادة
التقديرية من المريد وهذا بمنزلة الموضوع لتحقق الارادة التقديرية فانه لولا تجارة التاجر وغرس الكرم من الزارع لم يمكن
حصول العشار والخمار فبعد تحققهما لو كان احد خبيث النفس يصير عشارا او مخمرا وبالجملة لو لم يكن في العالم ما يمكن ان يجعل
خمرا لم يمكن للخمار ان يحصل له ارادة تقديرية على تخمير العنب اي ارادته التخمير على تقدير اشتراء العنب وتهيئة ساير المقدمات
حاصلة في ظرف وجود العنب وكيف كان سواء كانت هذه من المبادي او لا فهذه خارجة عن موضوع البحث اذا كان قصد التاجر
التجارة لتحصيل اغراضه النفسانية وقصد الغارس كذلك لا اذا غرسه لذلك واما اذا كان واقعا في سلسلة علل فعل الفاعل
ومن مبادي فعله فهذا على قسمين لانه قد لا يتوقف فعل الاثم الا على عمل المعين كمن كان بانيا على ضرب مظلوم فيناوله المعين العصا
واخرى يتوقف على امور اخر كتخمير الخمار فانه بمجرد شراء العنب لا يمكن ان يحصل منه الخمر فلو كان من الاول فلا اشكال في انه
يصدق عليه الاعانة على الاثم ولو لم يقصد معطي العصا اعانته على الضرب بل يمكن ان يقال بان مع علمه ببنائه على الضرب لا ينفك
قصد الاعطاء عن قصد الاعانة ولو كان من القسم الثاني فيمكن ان يقال بالحاقه بالقسم الاول ويمكن ان يقال بانه ملحق
بتجارة التاجر وعلى اي حال موضوع البحث في الاعانة ما اذا لم يكن فعل المعين علة تامة لصدور الفعل عن الاثم بلا اختيار

في تنقيح موضوع الاعانة على الاثم وحكمها

والا فيدخل في باب الاكتساب والمتاجرة بالجملة بعد ما فرض ان موضوع البحث هو الاعانة في المقدمة المشتركة بين ترتب المحرم عليها والمحلل نقول فرق بين بيع العنب على عطا العصا فالصواب ان يجعل البحث في انه هل يلحق بيع العنب بشيء من الاعمال الذي هو من قبيل الجزء الاخير للعلة التامة او يلحق بتجارة التاجر او لا يلحق بشيء منهما والاقوى هو الفرق بينهما وبين بيع العنب فلا يلحق بتجارة التاجر ولا باعطا العصا اما تجارة التاجر فلانها بمنزلة الموضوع لاخذ العشر وليست من مباديه فلا تحرم الا اذا قصد التوصل بها الى وقوع الحرام من الغير لان كل ما وقع بقصد التوصل الى حصول الحرام من الغير ولو كان بيع الطعام ممن يعلم بانه يريد به التقوي به على المعصية فهو داخل في الاعانة على الاثم سواء انتفع ابن آدم الشخص حراما او لا اما اذا فلنا بحرمة فلانه اذا كان شراء من يتقوى بالطعام حراما من باب انه شروع في الحرام فلا اشكال في ان بيع اعانة على الحرام ولو لم يقصد التوصل الى الحرام فضلا عما اذا قصد واما لو لم نقل بانه حرام من باب علم حرمة مقدمة الحرام التي لا يترتب عليها الحرام قهرا كما برهن ذلك في محله وثبت الفرق بينها وبين مقدمة الواجب لم يقم دليل على حرمته ايضا الا ما يقال انه تجر الى الحرام وهو حرام وهذا ممنوع فان الشراء بنفسه ليس تجريا حتى يكون البيع مقدمة للتجري بل التجري هو الشراء بقصد التوصل به الى الفعل المحرم ولا يقال اذا كان المجموع المركب من الشراء مع القصد تجريا فكل واحد من اجزاء المركب مقدمة للمركب فاذا كان التجري حراما فالشراء الذي هو مقدمة للتجري ايضا حرام لانا نقول اولا لا يدخل اجزاء المركب في بحث مقدمة الحرام والواجب وثانيا ان مقدمة الحرام الذي هو التجري انما تكون محرمة اذا كانت تجريا ايضا والا فلا دليل على حرمة مقدمة الحرام وكونها تجريا لكونها مقدمة للتجري يتوقف على اتيانها بقصد التوصل الى التجري وهذا مع ان المشتري لا يقصد بشرائه التوصل الى التجري لا يمكن ان يقصد ذلك لاستلزامه التسلسل وذلك لانه اذا كان قصده الى التجري تجريا والمفروض توقف التجري على القصد فلا بد ان يقصد القصد وهكذا وبالجملة ولو لم نقل بحرمة شراء الطعام للمتقوي على المعصية لا ان البيع بقصد التوصل الى صدور الحرام من المشتري حرام وعلى اي حال بيع العنب ممن يعلم بانه يعمله خمرا لا يشبه تجارة التاجر فانه وان كان واقعا في سلسلة افعال الفاعل ذي التجارة فانها خارجة ويمنع كونها الموضوع لها فلا ملازمة بين جملية التجارة وجملية بيع العنب فاذا قصد حصول الخمر وباع ممن يعلم بانه يعمله خمرا فهو حرام لان المفروض ان البايع يقصد بيعه حصول الخمر من المشتري فبيعه بقصد تحمل المشتري اعانة على الاثم وبعبارة اخرى لا نقول بحرمة البيع بقصد توصل الغير الى الحرام لكونه اعانة على الشراء حتى يقال بعدم حرمة المعاملة بل لكونه اعانة على التخمير وعلى هذا فظهر الفرق بين الاعانة بالعصا والاعانة بالبيع ايضا فان الاول محرم ولو لم يقصد توصل الغير الى الحرام بخلاف الثاني فتحصل مما ذكرنا ان كل فعل وقع من الغير ولم يكن بينه وبين فعل الفاعل غير اختياري العصيان فهذا حرام ولو لم يقصد بفعله توصل الفاعل به الى العصيان ويندرج فيما اعطا العصا ممن كان مصمما على الصوم مظلوما وبيع السلاح من اعداء الدين حين تهيأ الحرب واعطاء الكاس لمن اراد شرب الخمر وبيع العصير المنجس على مستحله

واء لما السيف لمن يريد ان يقتل احدا وهكذا وكل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على امور اخر كبيع العنب ممن يجعله خمرا فهذا لا يندرج تحت الاعانة على الاثم الا اذا قصد البايع بيعه توصل المشتري به الى التخمير فان الشراء الذي هو معد للحرام وان لم يكن بحرام الا ان البايع حيث قصد من بيعه كون المشتري ممن شأنه التخمير فيندرج في الاعانة على الاثم ثم انه قد يستدل لحرمة بيع العنب ممن يعلم انه يعمله خمرا بان دفع المنكر فرض واجب كلما تيسر اما البيع فيجب تركه فيحرم فعله ولا يخفى ان هذا الاستدلال بهذا الوجه اذا فرضنا ان ترك البيع يؤثر في ان ترك الخمار عن التخمير فشأ على تأثيره فيمكن دعوى حرمة البيع من باب سد الذرائع فتأمل بين وجوب فعل بعد تحققه والمنع عن تحققه وهذا يقال بحرمة تخمير المجد من جهة استكشافها عن وجوب ازالة النجاسة عنه اما لو لم يؤثر ترك البيع في ترك التخمير لوجوب العنب عنده او وجوب مايع اخر فلا وجه لحرمته ولا يقال ان بيع مايع اخر واجب حتى يجب بيع هذا فان ظلم ظالم لا يسوغ الظلم لانا نقول فرق بين ما كان التوقي واجبا على نحو الكفاية وبين ما كان واجبا على اشخاص بوصف الاجتماع فانه لو كان ترك البيع واجبا على كل احد كفاية يحرم البيع على كل من باع استقلالا واما لو كان قائما بالمجموع فلا وجه لحرمته على كل احد في المقام لم يقم دليل على وجوب ترك البيع على كل واحد كفاية بل لا يمكن ان يقام دليل كذلك فانه لا معنى لتعلق النهي على التوقي كفاية او لا على وجوب ترك كذلك بل لا بد لنا ان نتوقى دليل على وجوب الفعل كفاية او حرمته استقلالا وحيث ان ترك مجموع امور في المقام لا تناسب الاجتماع فان النهي عن المنكر انما يكون واجبا اذا كان مؤثرا وتأثير ترك البيع في دفع المنكر متوقف على ترك الجميع لان بيع واحد على البدل يتحقق به انكار

الفصل الثاني

ما يحرم الاكتساب به لغاية محرمة تترتب عليه شأنا من دون قصد البايع ترتب هذه الغاية من شراء المشتري كبيع السلاح من اعداء الدين مع علم قصد تقويتهم به ومع عدم قيامهم الحرب بينهم وبين المسلمين ولا يخفى ان حرمة هذا القسم لا تدخل تحت القاعدة الكلية والقواعد العامة فلا بد من الاقتصار على مورد النص وبعض النصوص الواردة في الباب لو كان مطلقا الا انه يجب تقييده بما اذا كان بيعه حراما في مورد لهذه كما هو صريح رواية هند السراج فقال الباقر عليه السلام فاذا كان الحرب بينهم فمن حمل الى عدو فسلاح على هذا يتعين حمله عليه فهو مشرك والجملة يختص هذا القسم بما اذا حصل بالكسب تقوى الكفر على الاسلام وهذا عنوان اخر محرم بنفسه لا من باب الاعانة وان دخل بعض افراده في باب الاعانة على الاثم ايضا كما اذا قصد البايع بالبيع غلبة الكفار وكان فصله الاخير من علة الاثم ولا يبقى بين البيع والاثم الا ارادة الفاعل وفي غير عنوان الاعانة يجب الاقتصار على مورد النص وهو السلاح بالخصوص دون غيره خاتمة قد تقدم في صدر المكاسب ان النهي المتعلق بالمعاملة على اقسام لان النهي اما ان يتعلق بها من جهة عد كون احد العوضين من الاعيان او عدمها اي تسليمها عدما اي عرفا او لسبب الشارع جهتها اي تسليمها اخرى من جهة نفس المنشأ بالعقد لا من جهة عدم ما اي العوض شرعا او عرفا كالبيع الربوي وبيع الحر او العبد المسلم من الكافر وقد اشرنا الى ان المراد من جهة الانشاء اما المزاحمة لواجب اهم او مضيق كالبيع وقت النداء واما الدخول تحت اجل

العناوين المحرمة كالاعانة على الاثم وتقوي الكفر ففي القسم الاول لا اشكال في ان النهي يقتضي الفساد لان قوام المعاوضة
بثبوت العوضين فالبيع بلا ثمن والشراء بلا مثمن لا معنى له وسيجيء تحقيقه ان شاء الله في محله والاقوى في الثاني ايضا هو الفساد
لما بيناه في الاصول انه اذا خرج المنشأ بالعقود عن تحت سلطنة المالك فلا يعقل ان يصح التبديل والتبدل لان الامور
الاعتبارية تسقط عن الاعتبار بمجرد الغاء من بيده اعتبارها فبنفس النهي يخرج التبديل والتبدل عن سلطنة المالك
ولا يقدر على ايجادهما من توجه النهي اليه فالقول بان الحرمة لا تلازم الفساد شطط من الكلام والاقوى في الثالث هو
الصحة اما البيع وقت النداء فواضح لان كون التلفظ بهذه الالفاظ حراما لا يلازم عدم وقوع المنشأ بها واما البيع الذي
يكون اعانة على الاثم او تقوية للكفر فلان المحرم هو ايجاد الالفاظ بقصد توصل الغير بها الى المحرم فيتعلق النهي بامر خارج
عن المعاملة ولذا لا يبطل البيع لو لم يقصد به التوصل نعم لو كان الشراء بهذا القصد فاسدا لفسد البيع ايضا لان العقد لا
يتبعض الا انه لا دليل على فساد الشراء لما عرفت ان مقدمة الحرام ليست محرمة ولا تدخل تحت الاعانة على الاثم لانحصار
موردها باعانة الغير ثم ان حكم القسم الاول واضح لو علم موضوعه واما لو شك فلو شك في انه مال عرفا فالاقوى صحة المعاملة
عليه اذا علم بتعلق غرض عقلائي به واثبات حق لمن في يده وحازه للعمومات مثل قوله عز اسمه تجارة عن تراض وقوله وكل
شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بيعه وشرائه وامساكه وعدم اندراج هذه المعاملة تحت احد العناوين
الخاصة من البيع والصلح والاجارة ونحوها بناء على ان يكون البيع هو تبديل مال بمال لا يضر بالصحة لعدم الدليل على
اختصاص المعاملة باحد هذه العناوين وبالجملة وان لم نقل بصحة التمسك بمثل قوله عز من قائل احل الله البيع لاخذ مبادلة
المال بالمال في مفهومه واختصاص المال بما يعد مالا عرفا ومع الشك في المصداق لا يمكن التمسك بالعموم ولا التمسك باوفوا
بالعقود لانه ناظر الى لزوم ما كان عقدا وليس في مقام بيان ان العقد ما هو الا انه لا مانع من التمسك بعموم تجارة عن تراض
ونحوه ولم يقم دليل على اختصاصه بالمال حتى يكون في مورد الشك التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية فتامل واما
لو شك في انه حرام شرعا حتى يحرم بيعه بناء على ان الشارع اسقط مالية ما كان محرما فمقتضى اصالة الحل انه داخل فيما يجوز بيعه
لان بهذا الاصل ينقح موضوع العمومات نعم كون الموضوع الثابت بهذا الاصل موضوعا واقعيا كلام اخر والحق عدمه وكيف كان
فما لم ينكشف الخلاف لا اشكال في صحة المعاملة عليه ثم انه لو كان منشأ الشك في المالية الشك في التذكية لتوقف المنفعة
المحللة على طهارة الجلد مثلا فلو دل دليل على قابلية الحيوان التذكية كالسباع مثلا بل المسوخ مثل الفيل فلا اشكال في جواز
بيعه وبيع اجزائه كالعظم والجلد بعد تذكيته نعم لا يقبل الحشرات التذكية فاذا كانت لها نفس سائلة وتوقف استيفاء منافعها
على طهارة اجزائها بعد موتها فلا يجوز بيعها وكيف كان فتحصل مما ذكرنا ان جواز البيع منوط بان يكون الشيء مالا عرفا و
شرعا وان تكون نفس المعاملة جائزة شرعا سواء احرز ذلك بالدليل او الاصل وعلى اي حال اصالة الفساد التي هي الاصل الاولي

فى حكم الأجارة على الواجبات

المعول عليها فى المعاملات محكومة بالدليل وعلة الحل والاباحة اما بالدليل فواضح واما بالاصل فلان ينتفع موضوع العمومات التى بها يرتفع الشك عن الصحة والفساد هذا كله فى تبديل الاموال بالاموال واما تبديل المنافع بها فمحرمة لا كتبارة واجتزاء الى اجارة الاعيان وما يلحق بالاجارة لمنافع محرمة كاجارة الدابة او السفينة لحمل الخمر عليها واجارة الدكان لبيع الخمر او حرزه فيها واخرى راجعة الى اجارة الابدان وهذا على قسمين فتارة يقع الاجارة او الجعالة ونحوهما بازاء عمل محرم فى نفسه واخرى بازاء عمل واجب على اى حال حرمة الاكساب فى باب الاجارة وما يلحق بها تقتضى فساد الخروج العمل او منفعة الدار عن تحت سلطنة المالك اما المحرمة او لوجوب عليه كما سيجئ توضيحه ثم لما كان المقصود من التحرير بيان الضابط الكلى فلا نتعرض لصغريات الابواب وان القمار مثلا داخل فى باب الاجارة او انها معاملة مستقلة التى تنسى عند العرف بالمراهنة التى خرج السبق والرماية عن تحتها شرعا ولا نتعرض للاعمال المحرمة وان جرت عادة العلماء بذكرها من شئ الاكتساب برعرفا وهو كل عمل يبذل بازائه المال كالتصوير ونحوه بل نذكرها لبس من شأنها ان يبذل بازائه مال كالغيبة والكذب ونحوه فالمهم بيان ما منشأ بطلان الاجارة على المحرمات او الواجبات وتوضيح ذلك فى ضمن مقدمة وفصول اما المقدمة فهى انه قد اعتبر فى الاجارة وما يلحق بها من الجعالة والمزارعة والمضاربة والمساقاة والمفاوضة والمتاجرة بالعوض بناء على كونها من المعاملات المعاوضة امران

الاول ان يكون العمل الذى يأخذ الاجير او العامل بازائه الاجرة والجعل ملكا له بان لا يكون مسلوب الاحترام بايجاب تحريم شرعى عليه لانه اذا كان واجبا عليه فلا يقدر على تركه واذا كان محرما عليه فلا يقدر على فعله ويعتبر فى صحة المعاملة على العمل كون فعله وتركه تحت سلطنته واختياره

الثانى ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر فلو لم يكن كذلك كان متعلق التكليف عليه مباشرة فلا يصح الاجارة عليه وان انتفع به فان مجرد انتفاع المستأجر لا يصحح الاجارة فان الانتفاع امر اخر يعتبر فى كل معاملة وحاصله ان لا تكون المعاملة سفهية ثم انه قد ينتفى كلا الشرطين كصوم شهر رمضان او الحج فى سنة الاستطاعة ممن يجب عليه مباشرة فان الاجير ليس بالكا لعمله والمستأجر ايضا لا يملك عمل غيره اذا عرفت ذلك فلنرجع الى تعيين الصغرى فى ضمن مباحث المبحث الاول المحرمات باجمعها لا يمكن الاجارة عليها لانتفاء الشرط الاول من غير فرق بين ما جرت العادة بجعل الاجرة والجعل عليه كالتصوير ونحوه او لم تجر كالكذب ونحوه فلا يجوز شاهد الزور اخذ الاجرة على شهادته لتحريم عمله عن تحت سلطنته نهى الشارع فلا يقدر على فعله فاخذه الاجرة اكل المال بالباطل ومصداق لوهب الاجير ما لا يملك

الثانى الواجبات النظامية كلها يجوز اخذ الاجر عليها ما عدا القضاء سواء كانت كفائية او عينية تعيينية كانت او تخييرية ونحن استوفينا البحث عنها فى كتاب القضاء والغرض فى المقام حصول الاشارة اليه ووجه ذلك حصول كلا الشرطين فان الاجير والمستأجر يمكن الحصول له اما الثانى فواضح واما الاول فلان الواجب على الاجير هو بذل عمله اى يتعلق التكليف او الوضع بالمعنى المصدرى لا بنتيجة عمله التى هى المعنى الاسم المصدرى فان الطبيب يجب عليه الطبابة عينا لا انه مالك لعمله

والاجرة تقع بازاء العمل الذي هو مناط مالية المال لا بازاء قوله من حيث الاصدار وهما وان لم يكونا امرين خارجيين متمايزين
الا انهما شيئان اعتبارا فللشارع التفكيك بين وجوب المصدر وملكية اسم المصدر وليس الطبيب والصباغ والخياط كالقاضي فان
في باب القضاء تعلق التكليف بنتيجة عمله وهو فصله الخصومة وهذا اذا خرج عن ملكه فلا يجوز له الاجرة عليه واما الصباغ ونحوه
فما وجب عليه هو بذل عمله لا اثره وهذا الوجه وان كان في النتيجة مشتركا مع ما يوجه به صحة الاجرة بان الواجب النظامي لم
يتعلق الوجوب به مجانا ولكنه لا يرجع اليه لانه لم يقم دليل على انه لم يجب مجانا ولا دليل في الواجبات الغير النظامية على انها وجبت مجانا
الا في بعضها كالقضاء ونحوه بناء على عدم كونه نظاميا والا استثني منه عليه بل الوجه الذي يوجه به صحة الاجرة عليه هو الموجب
لاستفادة عدم المجانية وكيف كان لو وجب بذل العمل وحرمة احتكاره فلا مانع من اخذ الاجرة عليه وان جاز ان يعمله تبرعا بلا اشكال
ولو وجب عليه نتيجة العمل فلا يجوز اخذ الاجرة لان المعنى المصدري الى ولا يقابل بالمال واسم المصدر خارج عن ملكه
ونظير الاعمال في كلا الشقين الاموال ايضا فانه قد يتعلق تكليف او وضع بنفس الملك كباب الخمس والزكوة فلا يجوز اخذ العوض
من مصرفه او مستحقه وقد يتعلق تكليف بالتمليك والاعطاء والبذل كوجوب بيع الطعام في المخمصة فان التكليف المتعلق
بصاحب الطعام هو حرمة حبسه واحتكاره الطعام ولم يتعلق بنفس المال ثم ان جواز اخذ الاجرة عليه ليس لكونه توصليا مقابلا للعبادي
لما سيجيء ان التوصليات ايضا لا يجوز اخذ الاجرة عليها بل لكونه توصليا بمعنى اخر وهو ان جهة وجوبه معلومة وبعبارة اخرى ملاك
وجوبه ومنشأ تعلق الامر به حفظ النظام وما يتوقف عليه تعيش بني ادم ونظام العالم هو بذل عمله لا كون نتيجة عمله خارجا عن
ملكه نعم لو توقف النظام في مورد على هذا كما لو توقف حفظ نفس محترمة لا ذمة لها كالطفل او المجنون الذي لا مال له ولا ولي
على بذل النتيجة فلا يبقى محل لاخذ الاجرة عليه الثالث في حكم الواجبات الغير النظامية اي ما يجب على المكلف لغير ملاك
توقف نظام العباد والبلاد عليه وهذا على قسمين قسم يعتبر قصد الامر فيه وقسم توصلي وكل منهما اما عيني او كفائي وبتقسيم اخر اما
تعييني او تخييري ثم ان الواجب تارة واجب على المستأجر دون الاجير وتارة بالعكس واخرى يجب على كليهما فاذا كان واجبا على
المستأجر دون الاجير فلو لم يعتبر في عمل المستأجر المباشرة يصح الاجارة مطلقا تعبديا كان او توصليا كان واجبا عليه عينا او كفاية
كما اذا وجب القضاء عن الميت على وليه فيستأجر غيره وكما اذا وجب الجهاد على شخص عينيا او كفائيا دون غيره فيستأجر من لا يجب عليه
ليجاهد عنه ولا اشكال في هذا القسم لان الاجير مالك لعمله والمستأجر يملك عمل الاجير نعم في التعبديات يتوهم تنافي اخذ الاجرة مع
قصد القربة وسيجيء دفعه واذا وجب على الاجير دون المستأجر فلا يصح الاجارة عليه سواء كان عينيا او كفائيا اما اذا كان عينيا
كالصلوة اليومية فلانتفاء كلا الشرطين المعتبرين في صحة الاجارة فان الاجير لا يملك عمله والمستأجر لا يملك ايضا عمل الاجير
واما اذا كان كفائيا فلانتفاء الشرط الثاني بل كل ما لا يملكه المستأجر لا يصح الاجارة عليه وان لم يكن واجبا على الاجير بل كان مستحبا
او مباحا فلا يصح اجارته لقراءة القران لنفسه ولاعادة صلوته ليقتدي به المستأجر واما اذا وجب على كليهما فتارة يجب على

كل منهما عينيا واخرى كفائيا او تخييريا فاذا وجب عينيا كصوم شهر رمضان فلا يصح الاجارة سواء استاجره لان يصوم عن المستاجر
او عن نفسه لانتفاء كلا الشرطين لوجوبه على الاجير وعدم حصول الملك للمستاجر ولو اجره لان يصوم نيابة عنه لان اعتبار المباشرة على
نفس المستاجر موجب لعدم حصول الملك له واما لو وجب على كل منهما كفائيا او تخييريا فاذا لم يعتبر المباشرة في عمل المستاجر كالجهاد واستاجره
لان يكون نائبا عنه فيصح لوجود كلا الشرطين فان النائب حيث انه يجب عليه كفائيا مالك لعمله والمستاجر ايضا يملك عمل الاجير
واما لو اعتبر المباشرة كالصلوة على الميت او استاجره لان يجاهد الاجير لنفسه فلا يصح لانتفاء الشرط الثاني ومجرد انتفاء المستاجر
وهو سقوط الوجوب الكفائي عنه لا يصحح الاجارة بعد اعتبار امكان حصول ملك المنفعة للمستاجر وعليك باستخراج حكم سائر
الاقسام كما اذا كان على كل منهما تخييريا او كان على احدهما تخييريا او كان على الاخر عينيا تعيينيا مثل
ما اذا وجب على الاجير اما الصوم او اطعام ستين مسكينا ووجب على المستاجر قضاء صوم ابيه عينا تعيينيا فاذا لم يعتبر المباشرة في
عمل المستاجر يصح ان يستنيب غيره للصوم ولو كان واجبا عليه تخييرا بينه وبين الاطعام نعم لو تعذر عليه الاطعام وضاق الوقت
للصوم لا يجوز ان يصير نائبا فتدبر جيدا اذا عرفت ذلك فلنرجع الى دفع ما يقال من ان اخذ الاجرة في الواجبات التي يعتبر قصد
القربة فيها ينافي التقرب ولهم في التفصي عن هذا الاشكال وجوه منها ما نسب الى صاحب الجواهر قده وهو ان تضاعف الوجوب
بسبب الاجارة يؤكد الاخلاص ولا ينافيه وفيه انه لو كان المقصود ان داعي الاجير على العمل يصير اكد لانضمام الاجرة الى امر الله
سبحانه فهذا عين الالتزام بالاشكال لاعتبار الخلوص في داعي العامل ولو كان المقصود ان وجوب العمل على الاجير يوجب تاكد
اشتراط الخلوص في العبادة فكان الشيء يصير واجبا من قبل الله سبحانه بوجوبين الاول وجوب الوفاء بالاجارة باتيان العمل والثاني اتيانه
لامر الله سبحانه ففيه ان الامر الاجاري لا يعتبر فيه القربة فكيف يؤكد الاخلاص ولا يتحد مع الامر العبادي حتى يكتسب العبادية منه
كالامر النذري فانه يتعلق بعين ما تعلق به الامر العبادي ولذا يكتسب كل من الامر النذري والعبادي من الاخر ما هو فاقد له فاذا
نذر صلوة الليل تصير بالنذر واجبة ويصير النذر قربيا وهذا بخلاف الامر الاجاري فانه يتعلق بالصلوة مع قصد القربة و
الامر العبادي يتعلق بذات العمل ولذا لو تبرع متبرع عمن وجب عليه عبادة يجب عليه ان يقصد ما وجب على المنوب عنه مع ان امره التبرعي
استحبابي وكذا لو استوجر احد لصلوة الليل لو فرض صحة الاجارة يجب ان يقصد الامر الاستحبابي المتوجه الى المنوب عنه لا الامر الاجاري
الذي يجب عليه وفائه نعم قد يجتمعان في الوجوب والاستحباب ولكنهما على اي حال لا يتحدان ومنها ان اخذ الاجرة من قبيل الداعي
على الداعي اذ ليس في عرض داعي الامتثال بل في طوله فالداعي على الامتثال هو امر الله والمحرك لاتيان الفعل بداعي امر الله هو
الاجرة وفيه انه لو كان هذا اشكالا لكان اولى واحق من ان يكون جوابا فانه لولا الاجرة لما حصل للعامل الداعي الى اتيان
الفعل لله سبحانه فصار محركه الى العمل بالاخرة هو الاجرة ولا يقاس الاجرة بالغايات المترتبة على العبادات بجعل الهي فانه مع الفارق
لان سلسلة العلل اذا انتهت الى الله سبحانه فلا يخرج المعلول عن كونه عباديا وهذا بخلاف ما اذا انتهت الى غيره فانه ليس

في حكم الاجرة على العبادات

من وظيفته جعل غاية للفعل بقصد الامر وبالجملة فرق بين ان يؤتى الصلوة لامر الله سبحانه حتى يوسع رزقه وان يؤتى لامر الله
حتى يأخذ الاجرة والاول عبادة وان لم تكن عبادة الاحرار والثاني ليس عبادة ومجرد توسيط امر الله سبحانه في العمل لا يصحح العبادة
لان حقيقة العبادة ليست صرف اخطار كون العمل لله او التلفظ بهذا العنوان بل ان يكون محرك العامل هو امر الله سبحانه ولو لغايتها
المترتبة عليها منه سبحانه واما اذا كان محركه الاجرة فهذا عين كونه غير قربي فان من لا يكنس دار زيد اصلا ولا يعتني بامره لو امره
عمرو بكنس دار زيد فكنسه داره لا يمكن ان يكون لامر زيد ولو امره عمرو بامتثال امر زيد وبالجملة لو وقع في سلسلة داعي العمل
داع غير الهي يخرج العمل عن كونه قربيا والقول بانه لا يعتبر في العبادة ان يكون الداعي على الداعي قربيا مساوق للقول بعدم اعتبار
قصد التقرب في العبادة ومنها ان فعل النائب فعل تسببي للمستأجر وقصد المستأجر التقرب في استيجاره كاف في العبادة وفيه انه لا
اشكال في صحة التبرع عن الغير مع ان المتبرع عنه غافل عن فعل المتبرع فكيف يكون فعل النائب فعل المنوب عنه وكيف يقصد
المتبرع القربة الكافية من المنوب عنه ومجرد كون داعي العامل امر المستأجر لا يجعل فعله مسببا توليديا فان المسبب التوليدي هو
الذي لا يكون بين فعل الفاعل والاثر المترتب عليه واسطة اختيارية نعم قد يطلق المسبب التوليدي على فعل البناء لامر غيره به
كقولهم فتح الامير البلد ولكن هذا الاطلاق بالعناية وخارج عن باب المسبب التوليدي ولا يمكن ان يتعلق تكليف بالجامع بين
فعله وفعل غيره بل ليس الجامع فيما لا يعتبر فيه المباشرة الا الاعم من الفعل بنفسه او الاستنابة والقربة في الاستنابة غير تقرب
النائب وفي باب العبادات تعتبر في نفس عمل العامل ولا يقاس المقام بوقف المسجد في عدم اعتبار قصد التقرب من البناء لانه لم يقم دليل
على اعتبار القربة الا من الواقف والواقف حيث انه يملك هذه الهيئة الحاصلة من عمل البناء كما انه يملك الجص والاجر فيوقف هذه
الهيئة مع موادها قربة الى الله ولو فرض اعتبار القربة في عمل البناء لما كانت القربة الحاصلة للامر في امره بالبناء كافية لعمل البناء
فالصواب في الجواب هو ما افاده شيخنا الانصاري قده وحاصله ان متعلق عقد الاجارة غير متعلق الامر العبادي فان الامر العبادي
متوجه الى المنوب عنه والامر الاجاري الى النائب ولا يتحد متعلقهما وان اجتمع العنوانان في الخارج في مصداق واحد ولا يقع
الاجرة في سلسلة داعي المنوب عنه اصلا وانما يقع الاجرة بازاء قصد النائب النيابة في عمله بحيث لو قصد النائب اتيان العمل للاجرة
او قصد اتيان العمل بداعي امره سبحانه بازاء الاجرة يقع عمله باطلا ولا يقع للمنوب عنه بل لم يأت بما تعلق الاجارة به لان الاجارة
الحاصلة بينهما وقعت بان يأتي العامل العمل للمنوب عنه وهذا من غير فرق بين التوصلي والتعبدي مثلا لو استأجره للجهاد وقلنا
بعدم اعتبار قصد التقرب من المجاهد فلو جاهد الاجير لا عن المستأجر بل بلا عنوان لا يقع منه فلم يمتثل الامر الاجاري بل يقع
عمله اما لغوا او عن نفسه ويظهر توضيح ذلك بملاحظة حال المتبرع فانه اذا قصد الامر المتوجه الى المتبرع عنه يقع عن المنوب عنه ولا
اشكال في ان التبرع منه مستحب مع ان الامر المتوجه الى المنوب عنه قد يكون واجبا ولا يقع داعي المتبرع في سلسلة داعي المنوب
عنه ولا ربط لاحدهما بالاخر فان داعي المتبرع عنه هو امر الله سبحانه المتوجه اليه اما ببدنه او ببدنه التنزيلي وداعي المتبرع هو

تنزيل نفسه منزلة غيره ونيابته عنه والتعبير بالتنزيل انما هو لتقريب المطلب وتوضيحه والا فما هو المعتبر في تفريغ ذمة الغير ليس
الا نيابته عنه فاذا صح نيابته عنه تبرعا ولم يتعلق الامر التبرعي بما تعلق به الامر العبادي فيصح اخذ الاجرة بازاء قصد النيابة
في العمل لان الاجرة لم تقع بازاء العمل القربي لان التقرب يحصل للمنوب عنه ولا يعتبر في النيابة اصلا فداعيه الى النيابة اذا كان
الاجرة واتى بالعمل القربي للمنوب عنه فيحصل من عمله امران احدهما تفريغ ذمة المنوب عنه وثانيهما نيابته عنه والعمل الخارجي
وان كان مجمع العنوانين الا ان احدهما في طول الاخر ولا شبهة ان نيابته عنه متقدم في الرتبة على حصول فراغ الذمة والتقرب
للمنوب عنه فيترتب على فعله اثران احدهما في طول الاخر ولا اشكال في ذلك اصلا وبالجملة ما هو مناط العبادية لم تقع الاجرة
بازائه بل وقع الاجرة بازاء مالكية المنوب عنه العمل من الاجير وايقاع العمل عنه الذي هو قوام النيابة من قبيل عناوين الافعال
التي تتحقق بقصدها في العمل كعنوان التعظيم وعنوان الظهرية والعصرية ولا شبهة ان عنوان العمل لا يدخل في سلسلة الداعي
فان الداعي هو معلول الفعل الذي يوجد العامل العمل لاجل ترتبه عليه فان كانت الاجرة واقعة بازاء العمل وكان العمل
لاجلها فهذا ينافي القربة ولا يمكن ان يكون توسيط قصد الامتثال بالخطرات القلبية مصححا له وما يحكى عن بعض الاعاظم من انه
كان يعطي الاجرة الى الاكراد ليصلوا ليس من باب انه قده يحدث لهم الداعي على اتيان العمل لله بل غرضه قده جعلهم متعودين
بالعبادات حتى يحدث لهم بعد ذلك الداعي القربي وهكذا وجوب الامر بالصلوة من باب الامر بالمعروف وليس من قبيل الداعي
على الداعي بل المدار هو عدم انمحاء شعائر الله سبحانه صورة والا كيف يقصد القربة من لا يخاف من الله سبحانه ويخاف من الامر بالمعروف
وحاصل الكلام ان ما افاده شيخنا الانصاري قده من اجود الاجوبة في هذا الباب لانه بعد ما فرضنا عدم اعتبار المباشرة في فعل
المنوب عنه وان فعل النائب اذا قصد النيابة عنه يقع عنه كما لا اشكال في انه يجوز للغير التبرع في اتيان الفعل بالنيابة عنه ولا يعتبر
في الامر التبرعي قصد القربة ولا يتحد الامر التبرعي مع الامر العبادي فكذا لا ينبغي الاشكال في انه يجوز ان يأخذ الاجرة بان
يجعل اتيان العمل للغير واجبا على نفسه وهو انما يخرج عن عهدة هذا التكليف اذا اتى ما وجب على الغير وما وجب عليه هو الذات
مع قصد التقرب وهذا متعلق الاجارة اي ما ملكه المستأجر على الاجير فالامر العبادي متعلق بذات العمل والامر الاجاري
متعلق باتيان العمل القربي نيابة عنه والتقرب معتبر في داعي المنوب عنه واما اعتبار التقرب في داعي الاجير على جعل عمل نفسه
مملوكا للغير قربة الى الله فلم يقم عليه دليل وبالجملة الاجرة تقع بازاء هذا العنوان وهو اتيان عمل الغير نيابة عنه وهذا من غير
فرق بين ان يكون عمل الغير تعبديا او توصليا فان وقوعه له يتوقف على هذا العنوان والا لا يقع عنه وان سقط عنه التكليف
احيانا كما لو غسل ثوبه بلا قصد عنه وعلى هذا فمتعلق الامرين في كل واحد مباين مع الاخر ولا يبتني على مسئلة الاجتماع و
لا على ان الاجرة بازاء نفس قصد النيابة بدون ايجاد العمل لما عرفت ان الفعل مجمع العنوانين واحدهما في طول الاخر لا في
عرضه ولا على الداعي على الداعي فانها لا تنفع والعجب من السيد قده في حاشيته على المكاسب من قوله اولا وثانيا فانه

لم يدع عيضا الا نصا وان الاجرة بازاء نفس قصد التقرب من دون العمل ولا ان الفعل من جهة واحدة قربي ويجوز اخذ الاجرة
عليها الثاني فان اجتمعا في الحامل على العمل على جهة التبادر وان كان هو الاجرة الا ان الحامل اذا على جهة المنوعنها اتى به
عما عن كونه بداعي الامر الموجب للمنوعنه وملخص الكلام انه لو وقع الاجرة بازاء اتيان ذات العمل بازاء
الاجرة او بازاء اتيان العمل بقصد القربة بازاء الاجرة فهذا ايضا في القباحة مضافا بانه لا يسقط بهذا القصد الاجارة ما صح الا
على المستأجر لانه لم يأت بداعي الامر الموجب للمنوعنه بل بداعي الامر الاجاري واما لو وقع الاجرة بازاء اتيان العمل بداعي
الموجب للمنوعنه بالامر الاعم من المباشرة والاستنابة فهذا لا يخلو اما القربة المعتبرة في القباحة لا تلزم يعتبر في الامر الاجاري القربة
ولا وقع الاجرة وطول الداعي نفس العمل ويبقى اوضح لا اشكال في ان مضى عدا عتبار المباشرة في فعل المنوعنه مع انه قد تعلق
التكليف به صوان الواجب عليه تحقق اسم المصدر عنوان يتجر الفعل واجبة عليه ومن جهة الاصدار فلا يعتبر في جهة الاصدار
المباشرة ولا شبهة ان هاتين الجهتين متمايزتان فاذا كانت القربة معتبرة في جهة اسم المصدر ووقعت الاجرة بازاء الجهة المصدرية
فيجتمع القربي الذي به يتحقق ما وجب على المنوعنه مع اخذ الاجرة بازاء اصدار هذا الفعل القربي وبعبارة اخرى الفعل اذا اعتبر
فيه المباشرة فعنوان انه يجب ان يصدر هذه النتيجة من نفس الفاعل الذي تعلق به التكليف تماما ذا لم يعتبر فيه المباشرة فعنوان ان
الجامع بين الجماعة تاسيا تبرعيا او اجاريا وانيابة نفسه متعلق التكليف فاذا كان الجامع متعلقا للتكليف لم يجب على الغير من جهة
الاصدار فلا ان يوجر نفسه بازاء اجرة لتحصيل ما هو واجب على الغير فلا بد ان يقصد في ايجاد نتيجة الفعل بفعله ووقوعه عن الغير
ليستحق الاجرة وليسقط عنه فيترتب على فعله امران متغايران احدهما وقوع متعلق الاجارة عنه وهذا لا يعتبر فيه القربة لان
ايجاد العمل من حيث فعل نفسه لا يعتبر فيه القربة وثانيهما وقوع العمل عن الغير لكونه فردا من افراد الجامع وبه يحصل فراغ
ذمته وبه يحصل التقرب وهذا معتبر فيه القربة ولكنه للمنوعنه لا للنائب ثم انه ينبغي التنبيه على امور الاول مقتضى ما ذكرنا
اعتبار الشرط في الاجارة عدم صحة اجارة من اشتغل ذمته بعمل في وقت خاص لهذا العمل او لغيره فمن وجب عليه حجة
الاسلام او المنذورة المضيقة او الحج المستأجر به بالمباشرة لا يصح ان يصير اجيرا للغير في هذه السنة لان من باب ان الامر بالشيء
يقتضي النهي عن الضد كما في العروة بل لان العمل خارج عن ملكه اما بالوجوب الشرعي او التبرع او لكونه اجيرا للغير وبالجملة من
لم يملك عمله لا يمكنه ان يملكه غيره وعلى هذا فلو كان المكاري اجيرا لأحد حتى في المشي معه لا يمكنه ان يصير نائبا عن غيره للحج
او لغيره عن ملكه نعم لو كان اجيرا في العمل في المنزل او بالاعم من المباشرة فيصح ان يوجر نفسه للحج وهكذا في مسئلة الطواف
فمن كان واجبا عليه الطواف غير لا يمكنه ان يجعله لنفسه لان حركاته ملك للغير نعم لو كان اجيرا لحمله حال الطواف نفسه فلا مانع
الثاني ورد روايات تدل على حرمة تربيح المصحف وجواز اجارة جلده وحديده وكاغذه وعلى هذا فبكل ما هو معمول في الخارج
لان نفس الجلد والكاغذ ونحوهما لو كانت معلقة للبيع دون النقوش والكتابة فمقتضى بقاء الكتابة على ملك البايع ولكن

يمكن التفصي عنه بان يقال ان الكاتب في الاوراق نظير كاتب عبد الكاتب فكما ان كونه كاتبا يوجب زيادة في ثمن العبد مع ان الثمن لا يقع بازاء الكتابة فكذلك بعد ما نهى الشارع عن بيع نفس المنقوش فهمنا المعاملة بوقع العقد على نفس الكاغذ الذي هو الكلمات المباركة فدخل الكل في ملك المشتري تبعا غاية الامر انه لولا النهي لكانت المنقوش جزء المبيع بل كانت هي المقصودة الاصلية من المعاملة وكانت غيرها تابعة ولكنه بملاحظة النهي ينعكس الامر وتصير التبعية امرا يمكن قصدها من المتعاوضين بل من التوابع ما يكون تابعا وان لم تقصد تبعيته نظير دخول مفتاح الدار في الدار في المبيعة الثالث قد وردت عدة روايات على جواز اخذ جوائز سلطان الجور وعماله بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا او عوضا وبعضها صريح في صحة الاخذ منهما ولو لم يكن لها من اخر دلالة كصحيحة ابي ولاد قلت لابي عبد الله ما ترى في رجل يلي اعمال السلطان ليس له مكسب الا من اعمالهم وانا امر به واوتى اعلى فيضيفني ويحسن الي وربما امر لي بالدراهم والكسوة وقد تضايقت من ذلك فقال لي كل وخذ منها فانك انما تخفي عليه الوزر و بعضها ظاهر في ذلك كصحيحة ابي المعزا قال سئل رجل ابا عبد الله وانا عنده فقال اصلحك الله امر بالعامل فيجيئني بالدراهم اخذها قال نعم وجئ بها ومثلها رواية محمد بن هشام ورواية محمد بن مسلم وزرارة ثم لا يخفى ان بعض هذه الاخبار اقوى من الصحاح وبينها من التعارض والقوي انه لا يعمل قواعد العلم الاجمالي في المأخوذ من السلطان وعماله فان حمل المأخوذ على خصوص ما احدث الخراج والمقاسمة الذين وردت في الاخبار الكثيرة اباحتها للشيعة بعيد جدا وحمل على ما اذا لم يكن بعض الاطراف مبتلى به بعيد ايضا لا بد من تقييد هذه الاخبار بما اذا لم يكن المأخوذ معلوم الحرمة تفصيلا كما ان الاصحاب ايضا اخرجوا هذه الصور بدليل عليه موثقة اسحق بن عمار قال سئلته عن الرجل يشتري من العامل وهو يظلم فقال يشتري منه فالم يعلم انه يظلم فيه ويدل عليه ايضا رواية ابي خمزة في قضية صدقة الرمن كتاب علي عليه السلام فمن عرفت منهم رددت عليه الرفاتر يدل على ان جوائز بني امية لا يجوز التصرف بها نعم وعلى هذا فاذا علم بكون هذا المأخوذ من غير الخراج والمقاسمة تفصيلا فيجوز التصرف فيه واما لو علم ذلك فتخرج هذه الاخبار بتقييد الحرام بالمعلوم التفصيلي ولا مانع عنه لان المعلوم بالاجمال انما يكون كالمعلوم بالتفصيل في التنجز اذا لم يقيد الواقع بقيد يختص بوجود المعلوم التفصيلي شبه ما نحن فيه بالجنب بجوائز السلطان وعماله الجوائز مطلق من لا يتورع عن المحارم كالمرابي لكل الربوا ونحوهما امره او جهها مقتضى اطلاق جملة من الروايات عدم الفرق بينهما فعن ابي بصير قال سئلت احدهما عن شراء الخيانة والسرقة قال لا الا ان يكون قد اختلط معه غيره وفي صحيحة الحلبي لو ان رجلا دفع الى رجل دراهم فعلم ان فيها درهما حراما لم يحل له ان يدفعها حتى يخرج الدرهم الحرام بعينه وفي صحيحة ابي بصير قال سئلت احدهما عن رجل يكون في يده مال من عمل السلطان يكتسب وربما اهدي اليه الهدية او يدعى الى طعام فقال اذا لم يعلم ان في ماله حراما بعينه فلا بأس الا ان يكون قد اختلط معه غيره وفي صحيحة الحلبي لو ان رجلا ورث من ابيه مالا وقد عرف ان في ذلك المال ربا ولكن اختلط في التجارة بغيره حلالا كان حلالا طيبا فليأكل وان عرف منه شيئا معروفا فليأخذ ما له والربا وفي صحيحة الاخرى وان كان مختلطا فكله هنيئا فان المال ما لك وفي ذيل مكاتبة الحميري الى الحجة ارواحنا له الفداء وكان لهذا الرجل مال ومعاش غير ما في يده فاقبل بره وهذه المضامين وردت اخبارا كثيرة ولا شبهة ان ظاهر هذه الاخبار ان العلم الاجمالي غير مؤثر في التنجز وانما المؤثر خصوص العلم التفصيلي ولا اشكال ايضا ان منشأ

الحيلة هو نفس الأسباب الآلوهما مستندة الى اليد وحمل تصرف ذي اليد على الصحيح ولا من جهة خروج بعض الاطراف المعلوم بالاجمال عن محل الابتلاء من باب ان المضر لا يأذن في تصرف جميع اموالهم فلا يكون جميع اموالهم محلا للابتلاء بناء على كون المنع موجبا لخروجه عن محل الابتلاء وذلك لان الاخبار الواردة في الارث ممن يأكل الربوا ظاهرة في ان مجموع الاطراف محل الابتلاء وان منشأ الجواز ليس تصرف ذي اليد بل الارث من ذي اليد فلا يمكن حملها على الصحيح وبالجملة ظاهر هذه الاخبار ايضا كالاخبار الواردة في جواز اخذ عطايا السلطان وعماله والشراء منهم وان كان الذي ينبغي للفقيه التأمل فيه هو ان هذه الاخبار مضافا الى معارضتها بعدة اخبار اخر غير معمول بها فالا توجب تخصيصا لقواعد العلم الاجمالي بخلاف الاخبار الواردة في جواز السلطان وعماله فانها معمول بها وكيف كان بناء على التعميم فالمسئلة من فروع احد الصورتين المنصوصتين في هذه الاموال المأخوذة ممن لا يبالي بالحرام اربع ذكرها شيخنا الانصاري قدس سره في مكاسبه مما لا مزيد عليه ونحن نذكرها اجمالا الاولى ما اذا لم يعلم ان في جملة اموال هذا الظالم المحرم يصلح لكون المأخوذ من ذلك المال وهذا لا اشكال في جواز اخذه وربما انحا النصوص نافيه من المعاملة ونحوها لان مجرد كون الشخص ظالما لا يوجب حرمة المعاملة معه فضلا عن جوائزه الثانية ما اذا علم ان في اموال المحرم وهذه على قسمين لانه قد يكون جميع اموال المحرم محلا لابتلاء الآخذ كما اذا اذن له في التصرف في جميع امواله وقد لا يكون كذلك وعلى اي حال يجوز التصرف فيما اخذه منه ولا يراعى قاعدة المعلوم الاجمالي اما مطلقا او فيما اذا كان المأخوذ منه سلطانا او عاملا الثالثة هذه الصور مع علم الآخذ بان هذا المأخوذ مما لا يجوز التصرف فيه بغير اذن مالكه على كل احد تفصيلا كما اذا علم بأنه ليس من الخراج والمقاسمة او علم بانه مال الغير شخصا او سرق الرابعة هذه الصور مع علمه اجمالا بان في المأخوذ مال محرم ايا ما كان الصورة الثالثة فلا اشكال في حرمة اخذ ما لم يعلم انه مما تعلق به حق الغير او علم انه مما لا يتعلق به حق الغير كالخراج والمقاسمة ونحوهما وانما الاشكال في الحكم الوضعي من الضمان وعدمه فنقول قد يكون الاخذ مع العلم بالحرمة ابتداء وقد يكون مع الجهل بها ففي الاول تارة يكون مجبورا على الاخذ واخرى يكون مختارا اما اذا كان مجبورا فاذا اخذه بقصد الرد الى المالك مع التمكن فلا اشكال في عدم ضمانه لانه حينئذ مضطر الى اخذه فاخذه من حيث الحدوث كالعدم ومن حيث البقاء لا يقتضي الضمان مع قصده الرد الى المالك بل يمكن ان يقال لو قصد التملك بعد الاخذ ثم ندم رجع عن التملك ايضا نظير ما اذا قصد الودعي التملك في الوديعة ثم تاب وندم فيها بان اخرجها من الحرز ثم اعادها اليه ولكن المسئلة محل خلاف بين الاعلام والاقوى هو الضمان الا اذا حصل من المالك اذن جديد بعد ان استولى على مال الغير بغير اذنه فراجع ضمانا الا اذا ورائي يلحق بركاب الاذن الجديد بعد المالك في التصرف ومجرد التوبة والندم ليس رافعا له وكيف كان لو كان مجبورا في الاخذ ولكنه اخذه لا بنية الرد فالاقوى كونه ضامنا لانه وان كان مضطرا في الاخذ الا ان رفع الاضطرار يتحقق بمجرد الاخذ الا ان يقال الادلة على وجوب التفصي عن الاكراه والاضطرار بالتصدق بعده نعم لو اخذ بنية التملك فيكون ضامنا واما لو لم يقصد التملك ولا الرد الى المالك فلا موجب لضمانه الا ان اطلاق على اليد ممنوع في مثل هذا الاخذ وقد افاده شيخنا الانصاري قدس سره وتبعه السيد

الطباطبائي في حاشيته على المكاسب من ان اخذه بغير هذه النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به لا يفيد لاثبات الضمان لان هذا
التصرف بلحاظ كونه عن تقية وكره كالعدم واما في الثاني فحيث انه قصد التملك من جهة جهله بكونه مال الغير فالاقوى فيه الضمان
وان قصد بعد علمه بانه مال الغير رده الى مالكه لان مجرد النية لا يرفع الضمان بل يتوقف رفع الضمان على الاداء او ما بحكمه من اذن
المالك في التصرف ويظهر من المسالك في المقام عدم الضمان قال لانه مع الجهل يده يد امانة فبعد علمه به لو لم يقصد التملك لا موجب
للضمان ويظهر منه التردد في الضمان ايضا حيث قال لو استودعه الغاصب مالا مغصوبا فلو اخذه منه قهرا ففي الضمان نظر ولكنه لا يخفى
ما في كلامه اما في الاول فلان بمجرد الجهل لا يرتفع الضمان سيما على القول بان مجرد وصول مال الغير بيد غيره بلا اذن منه
لا اذن من الشارع موجب للضمان كما هو كذلك على المشهور بل هو مختاره ايضا في غير المقام نعم لو استشكل في اصل المبنى وقيل ان
عموم على اليد يختص بما اذا كان الاخذ عن قهر واستيلاء على المالك لا مجرد الوصول ولو مع الجهل فله وجه الا ان الظاهر ان الفتوى
على خلافه وسيجيء في قاعدة اليد ان شاء الله ما يمكن ان يكون مدركا للمشهور في استفادة الاعم من القهر وغيره وعلى اي حال فهو قده
في مسئلة ترتب الايدي على مال الغير يحكم بضمان كل من وضع يده عليه ولو مع الجهل بانه مال الغير ومع تغرير غيره به غاية الامر
في مسئلة الغرور يقول بان المغرور يرجع الى من غره الا ان يقال كل مورد وقع التصرف في مال الغير جهلا فنفس وضع اليد على
ماله لا يوجب الضمان الا اذا دخل تحت عنوان اخر كالاتلاف وقاعدة ما يضمن ونحوهما فانه لو اتلف مال الغير يكون ضامنا
غاية الامر يستقر الضمان على الغار وهكذا لو اشترى من الغاصب العين المغصوبة فان الجاهل وان اوقع العقد الموجب للضمان
مع الغاصب الا ان التضمين في الحقيقة يقع بين المالكين بتنزيل الغاصب مالكا فعلى هذا لو اعاره الغاصب او اودعه فتلف
عنده بتلف سماوي فلا موجب للضمان لان نفس الاخذ من دون استيلاء وقهر من الاخذ على المالك لا يوجب الضمان
وقاعدة ما يضمن غير جارية لاقدام الاخذ على المجانية فما ذكرنا من فتوى المشهور بالضمان في مورد الجهل انما المسلم منها ما اذا
دخل المورد في احدى موجبات الضمان غير جهة اليد والمسئلة محتاجة الى المراجعة واما في الثاني فلان يد المقهور اذا كانت
يد ضمان فلا موجب لرفع الضمان بمجرد قهر الغاصب لان ارتفاعه لا يتحقق الا بالاداء او ما بحكمه فللمغصوب منه الرجوع الى
كل منهما غاية الامر قرار الضمان على الغاصب القاهر ومنها انه يجب على المجاز رد الجائزة الى مالكها فورا وهل يتحقق الرد
بمجرد التخلية بينها وبين المالك او يجب اقباضها في المنقول وجهان والاقوى كفاية التخلية فان الاداء الواجب في الامانات
ومطلق مال الغير بمقتضى الاية الشريفة وقوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي ليس الا عبارة عن ادخاله تحت استيلاء صاحبه
بل هذا هو الذي يعتبر فيما يجب قبضه وفيما يترتب الاثر على القبض كانتقال ضمان المبيع من البائع الى المشتري بل لو قلنا
بعدم انتقال الضمان في الاخير الا بوصول المبيع الى يد المشتري الا انه لا اشكال في ان الاقباض والرد الذي يجب شرعا
على الودعي ونحوه هو التخلية لان الوجوب يتعلق بما هو مقدور من المكلف وما هو مقدور من الغاصب ونحوه هو رفع

موانع استيلاء صاحب المال على ماله الا وصل الى يده وسيجئ انتهى فحكم القبض مزيد توضيح لذلك ومنها انه لو جعل صداقا وجب
الفحص مع الامكان لتوقف اداء الواجب عليه ويدل عليه عدة من الاخبار كصحيح معوية المروي في الفقيه عن ابي عبد الله ع في
رجل كان له على رجل حق فتفقده ولا يدري ابن هو طلبه ولا يدري احي هو او ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبا وولد قال اطلب
قال ان ذلك قد طال فاتصدق به قال اطلب وكالاخبار الواردة في الامر بطلب الاجير الذي بقي اجرة عمله عند المستاجر اذا

فقد ثم انه يتفرع ذلك على فروع الاول لو توقف الفحص على اجرة فهل هي على من يجب عليه الفحص او على مالكه بان يباع مقدار
من المال ويصرف فيها او يستقرض على المالك او يجري الاصلح منها او من بيت المال وجوه والاقوى عدم وجوب عليه لمنع
اطلاق الواجب على حد يجب عليه صرف مال فيه هذا مع ان قاعدة لا ضرر حاكم على الوجوب بناء على ثبوتها وهل يجب الفحص
سنة او لا بتقييد بمقدار فيه وجهان قد يقال بان حكم مجهول المالك كلقطة حكم اللقطة ويدل هذا المعنى من روايتي حفص عن
قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل من المسلمين اودعه رجل من المصلين دراهم او متاعا او اللص مسلم هل يرده عليه قال لا يرده فان
امكنه ان يرد على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يعينها يعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها
فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له ولكن الاقوى عدم الالحاق
اما الاول فلان غاية الامر التعدي من اللص الى كل غاصب كالى كل مورد حتى المال المجهول كاجرة الاجير المفقود ونحوه واما ثانيا
فلان التعدي عن مورد النص الى غيره ايضا لا موجب له اصلا هذا مع ان في باب اللقطة وفي مسئلة اللص وان كان ظاهر الاخبار
هو التعبد في وجوب التعريف سنة الا ان الظاهر انه ليس حكما تعبديا بحتا في مورد اليأس عن المالك ولذا حمل صاحب الوسائل الخبر
الدال على كفاية الفحص ثلاثة ايام على مورد اليأس وكيف كان يمكن ان يدعى عدم وجوب الفحص رأسا الا بمقدار تحقق هذا العنوان او
هو كونه مجهول المالك عليه بحمل قوله ع اطلب في صحيح معاوية وفي باب الاجير وعلى هذا بنينا في الاصول في الشبهات الموضوعية وقلنا
ان عدم وجوب الفحص فيها اجماعا ليس على اطلاقه حتى فيما اذا توقف رفعها على النظر ونحوه ففي المقام اذا توقف معرفة مالك المال
على السؤال عن عشائر المحل الفحص عن عدة يحتمل بعدة صدق عنوان مجهول المالك على مثل هذا المال واما لو توقف على ازيد من ذلك
كاجرة المنادي فالدليل عليه هذا مضافا الى ما يدل على ان مجرد تحقق هذا العنوان يوجب التصدق به او رفعه الى الامام بل
نقيد بالفحص عن مالكه ومما يدل على الطلب قد عرفت انه يمكن ان يكون بيانا لتحقق عنوان مجهول المالك بل لعل الامام عليه السلام
كان مطلعا على خصوصية في المورد وهي ان تصدقه اليد كان اتلافا للغير فقال ع لذا طلب بالجملة مقتضى الاطلاقات عدم
وجوب الفحص زائدا على تحقق عنوان الموضوع فتدبر الثالث في بيان مصرف هذا المال بعد اليأس عن صاحبه فقيل بانه يميز حتى
يتبين صاحبه او يوصى به عنده تفاوتا وقيل بانه مال الامام عليه السلام فهو بمنزلة ماله من لا وارث له وقيل بانه يتصدق به وقيل بالفرق بين
الامام فان المالك من الغائبة ط لو ديعته ونحوها وبين غيرها من المجهول المالك ففي الامام يجب حفظها ولا يجوز دفعها الى

ليس من جهة شمول الناس مسلطون على اموالهم فان الاعراض اذهاب موضوع السلطنة وليس مندرجا في عموم السلطنة
وبالجملة قد اشرنا في اول المكاسب المحرمة ان باب المعاوضات مقابل لباب الارث فان في الارث يتبدل المالكان دون المملوكين
وباب المعاوضات بعكس ذلك فيتبدل بها المملوكان وحاصله ان في عالم الاعتبار كل من صاحب الطعام وصاحب الدراهم واجد
لاضافة واحد طرفي الاضافة قائم بالمالك وطرفها الاخر بالمملوك والتبديل عبارة عن حل الاضافة القائمة بالطعام وجعلها
قائمة بالدراهم وهذا الحل من اثار واجدية الاضافة لا ان الاضافة بتمامها تتبدل باضافة اخرى فان الاضافة عبارة عن السلطنة
على المال واذا كان التبديل واقعا بين السلطنتين فيتوقف صحته على ان يكون ذو السلطنة له السلطنة على السلطنة
وهكذا وعلى هذا فالحق ان البيع هو مبادلة مال بمال او تبديل مال بمال وليس عبارة عن تمليك العين بعوض الا ان
يكون المقصود من هذه العبارة التعريف باللازم فان لازم تبديل العين تحقق الملكية للمشتري وحاصل الكلام ان الملكية
عبارة من اضافة حاصلة بين المالك والمملوك وهي عبارة اخرى عن الجدة غاية الامر ان الجدة الحقيقية والواجدية الواقعية
هي مخصوصة بمن له ملك السموات والارض فانه هو الذي يقدر على الايجاد والاعدام فهو الواجد الحقيقي والتعبير عن هذه
الجدة بالاضافة الاشراقية يرجع الى هذا المعنى وكيف كان لا شبهة ان من اعلى مراتب الجدة هذه الواجدية ونظيره في المخلوقات
واجدية النفس للصور العلمية فانها توجد بنفس انشاء النفس لها وتنعدم في هذا الصقع بنفس اعدامها فاحاطتنا بمنشئات
انفسنا نظير ملكية الله سبحانه وقدرته وعلمه واما الملكية الاصطلاحية التي هي من احدى المقولات فهي اضعف رتبة وانزل
درجة من الجدة الحقيقية واما الجدة الاعتبارية فهي اضعف من المرتبتين السابقتين ولكن لها نحو تحقق في عالم الاعتبار
وتكون منشأ للاثار وبها يتبدل الاموال واما هي بنفسها فليست قابلة للتبديل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية
من غير فرق بين باب البيع وغيره حتى في مثل الهبة المجانية فان الواهب لا يملك المتهب ابتداء بل يعطيه المال فاذا اعطاه اياه
ينخلع عنه الاضافة ويلبسها الاخر فهو يصير واجدا ولا مانع عن تعريف البيع بانه تمليك عين بعوض وعن الهبة بانها تمليك
مجاني اذا كان المقصود منه تبديل المال او اعطائه فان مقصودنا ان ما هو الواقع خارجا والثابت في عالم الاعتبار هو ان صاحب
المال له اضافة وجدة كان المالك في شرق العالم والمملوك في غربه او كان تحت يده وبلحاظ مالكيته لهذه الاضافة مسلط على
تبديل ماله وهكذا لو كان ذا حق ايضا فله اسقاط حقه او تبديله بامر اخر من جهة سلطنته عليه لا تبديل نفس السلطنة فعلى هذا
بين تعريف المصباح بان البيع مبادلة مال بمال وسائر التعاريف تفاوت معنوي ولكن جميع هذه التعاريف ليس مطردا ومنعكسا
سيما تعريف المصباح فان شان اللغويين هو التسامح في بيان حقيقة معنى الشيء فالاشكال عليه بان البيع تبديل لا مبادلة
وان المبادلة تصدق في غير البيع ايضا انما يتوجه لو كان بصدد بيان حد الشيء وبعد ما عرفت من ان هذه التعاريف تقريبية
فلا يرد عليها اشكال نعم من كان بصدد بيان حقيقة البيع فينبغي تعريفه بما يكون جامعا ومانعا ولا يهمنا ذكر تعاريف القوم

يقع البحث بناء على كون يد من كان المال عنده يد امانة واخرى بناء على كونه يد ضمان اما على الاول فالظاهر انه لا ينبغي التامل
في ان مجرد عدم العلم بمالكه لا ينقلب الواقع عما هو عليه بل كونه للامام حكم ظاهري فاذا وجد مالكه فهو له بل لو قلنا بالانقلاب
كما هو الظاهر في اخبار ارث من لا وارث له الا انه كذلك ما لم يوجد مالكه فاذا وجد الوارث فينقلب الامر ويخرج عن موضوع
من لا وارث له وعلى هذا فلو كان المال موجودا عند الحاكم الذي هو نائب الامام يجب رده الى مالكه بلا اشكال انما الكلام
في انه لو تصدق به الحاكم فتارة العين باقية عند الفقير واخرى غير باقية وعلى اي حال لا يمكن الحكم بالضمان لا على الحاكم ولا
على الفقير اما على الحاكم فلرواية اصبغ الواردة في ان الحاكم لا يضمن فيما اخطأ في دم او قطع والرواية وان كانت مخصوصة
بباب القطع والدم ولا يشمل المال الا ان الظاهر اتحاد المناط نعم في باب الدم والقطع قضى امير المؤمنين عليه السلام ان
ما اخطأت القضاة في دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين واما في باب المال فلم يدل دليل على انه على بيت المال فمع كون الحاكم
غير مقصر في التصدق لا وجه لكونه ضامنا واما على الفقير فادعى شيخنا الانصاري قده انه لم يقل احد برجوع المالك الى الفقير
مع بقاء العين ثم على هذا لا فرق بين ان يتصدى الحاكم بنفسه للتصدق او يوكل غيره ويشهد لهذا رواية داود فان ظاهرها انه
لا ضمان على المباشر ايضا فان قوله ع ولك الامن مما خفته ظاهر في انه لا شيء عليه بعد تقسيمه واما على الثاني بان لا يكون مجهول
المالك مال الامام وكان اليد يد امانة فالاقوى ايضا انه لو كان المال باقيا عنده او عند الحاكم يجب رده الى المالك واما لو كان
تالفا او كان باقيا عند الفقير فلا ضمان على احد سواء تصدق به بنفسه او اعطاه الى الحاكم وهو تصدق به ولا يمكن قياسه بباب اللقطة
ولا بما اودعه اللص ولا يمكن ادراجه في قاعدة من اتلف اما عدم امكان قياسه بباب اللقطة فلان فيها لم يرد الامر بالتصدق المطلق
بل الملتقط مختار في التملك او الحفظ او التصدق مع التعهد بالضمان واما باب اللص فلما عرفت من عدم التعدي منه الى مطلق
مجهول المالك مع انه لم يرد فيه الامر بالتصدق المطلق واما في المقام فقد ورد الامر به مطلقا من دون تعرض لتعهد الضمان
كما في رواية داود ورواية علي بن ابي حمزة الواردة في صديق له كما تقدم الاشارة اليهما فعلى هذا لا يمكن ادراجه في قاعدة من اتلف
لان مجرد الاذن في الاتلاف وان لم يقتض المجانية لامكان كونه اذنا به مع التعهد بالضمان الا انه لو كان في مقام البيان وسكت
عن الضمان فيستكشف منه المجانية كما لو اذن صاحب الطعام لغيره في الاكل من دون تقييده بالضمان فان الظاهر منه هو الاباحة مجانا
الا ان يكون قرينة على الضمان كالمطابخ المعدة لبيع الاطعمة وحيث ان في المقام ورد الامر من الشارع بالاتلاف مع ظهوره في عدم
الضمان فلا وجه للضمان وبالجملة نفس هذه الادلة حاكمة على قاعدة من اتلف مع انه لو شك فيه ولم يستظهر من الاخبار المجانية
مع عدم عموم في قاعدة من اتلف يشمل المقام اي مقام الاحسان الى المالك لا الاتلاف عليه فمقتضى القاعدة البراءة من الضمان ولا
وجه لما عن شيخنا الانصاري قده من عدم القول بالفصل بين هذه الصورة والصورة التي يستصحب الضمان فيها لكون اليد مسبوقة
به ولا للتمسك بمرسلة السرائر اما عدم القول بالفصل ففيه اولا يمكن العكس بان يقال عدم اقتضاء الضمان في هذه الصورة

يقتضي عدمه لو كانت اليد يد ضمان وثانيا ان هذا القول بالفصل انما يتم في الاحكام الواقعة لا في مجاري الاصول
فاقتضاء الاستصحاب الضمان في مورد لا يقتضي ثبوته فيما لا يجري فيه الاستصحاب واما مرسلة الشيخ ابن فاطمة انها رواية حفص البختري
فيمن اودع رجلا من اللصوص دراهم وقد تقدم منا قبل هذا انه لا وجه للتعدي منها الى غير مورد السرقة ثم ان في هذه الصورة لا
يبعد ان يتصدق هو بنفسه ويدفعه الى الحاكم فيتصدق به لانه على اي حال لا ضمان عليه اذا كان الحاكم متصرفا بعنوان الولاية
بناء على وجوب الدفع اليه او كان من جهة الوكالة من باب انه المعروف بعنوان الصدقة بناء على ان من كان المال عنده هو المكلف
بالصدقة كما هو الشأن في الودعي والمستعير ونحوهما حيث قالوا بان بمجرد الامانة الى اهلها يقضي بتعلق من وقع المال
عنده ولو لم يجده فيحفظه او يتصدق به وكيف كان لا موجب للضمان في هذه الصورة اصلا واما على الثالث فهو وان كان
اليد مستقرة للضمان كما اذا تملك مال الغاصب بعنوان الجائزة ثم علم بانه مغصوب بناء على عدم الفرق في ضمان اليد بين العلم
بالحال او تملك منه مع علمه بانه مال الغير ثم تاب كما في مثل كاتب بني امية فالحق ايضا عدم الضمان لو تصدق به لان الرد
والاداء المعتبر في باب الامانات واليد يتحقق بالرد الى الفقير او الحاكم بناء على كونه وليا لان الاداء الدائر على وجوب
التصدق المطلق مع سكوتها عن الضمان حاكمة على قوله حتى يؤدي فيجعل الاداء اعم من الاداء الى المالك ومن هو بمنزلته
كالحاكم او الفقير بناء عليه لا فرق بين ان يتصدق هو بنفسه ويدفع الى الحاكم فيتصدق به كما انه بناء على الضمان لو تلف المال
لا بتهاون هذا المال للحاكم فلو دفعه اليه يخرج عن الضمان لان الدفع الى الولي يعتبر الدفع الى المولى عليه فلا هو ضامن ولا
الحاكم هم لو قلنا بالضمان وقلنا بعدم الولاية للحاكم لكن يجوز الدفع اليه لاعرفيته بوارد التصدق فلو تصدق الحاكم فالضمان على من كان
المال في يده لان الحاكم بمنزلة الوكيل له والتالف للوكيل لا يوجب ضمانا عليه بل على الموكل ثم بناء على ما اخترناه من عدم الضمان
فلا موقع للبحث عن الفروع الثلاثة التي فرعها شيخنا الانصاري قدس سره على الضمان وانها هل يثبت الضمان بمجرد التصدق واجازة
المالك او يفتقر الى رد من جنابه ومن حين التصدق وثانيها انه لو ملك المالك فهل له ارش الاجازة والرد او لا وثالثها
انه لو ملك المتصدق ورد المالك فهل يتعلق المالية بذمة الدافع ويخرج من تركته او لا فانه لا محل لهذه الفروع لما عرفت من انه
لا يقاس المقام بباب اللقطة وودعية اللص نعم بناء على الضمان فالمقام مطرد او على التفصيل او جعل موضوع البحث باب اللقطة
وما يلحق بها فللنزاع في هذه الفروع مجال والاقوى في الاول منها هو الضمان بمجرد التصدق اذا كان يده يد ضمان لان به يتحقق
الاتلاف غاية الامر ان ثبوته يكون بمنزلة الاجازة واما اذا كان يده يد ضمان فالامر واضح لانه كان ضامنا قبل التصدق والتصدق موجب
لفعلية تأثير الضمان بناء على ان الضمان في العين هو التالف وامثاله على كونه بدل الغصب فالمدار على قيمة ذلك اليوم وبالجملة
مع فرض الضمان قبل التصدق فالتصدق والرد لا يحقق به الضمان كما انه ليس موجبا لضمان مستقل واما في باب اللقطة فلا اشكال
في ضمان الملتقط وتملكه بعد تعريفه حولا او تصدق به واختلفوا في وقت الضمان فبعضهم جعل في مورد تصدق الملتقط

الضمان بنفس هذا القصد وبعضهم بظهور المالك وبعضهم بمطالبته ثم انهم اختلفوا في مورد بقاء العين في ان للمالك مطالبتها
او ليس له الا المثل او القيمة واما الضمان في مورد الصدقة فالاحتمالات الثلاثة في المقام جارية فيه اي الضمان بمجرد التصدق او برد المالك
نقلا او كشفا ولكن الاقوى فيما اذا كان التصدق مستلزما للضمان ان يكون الضمان حاصلا به لا برد المالك كشفا او نقلا وفيما
اذا كان نية التملك مستلزما له ان يكون هو العلة له ولا ينافي ذلك كون المالك مستحقا لمطالبة نفس العين لان الناوي يملكها
ما دام والاقوى في الفرع الثاني ان يكون الوارث قائما مقام مورثه سواء قلنا بتحقق الضمان بالتصدق او برد المالك كشفا او
نقلا اما على الاول فواضح لان كون الاتلاف موجبا للضمان يقتضي ان يشتغل ذمة المتلف بالمثل او القيمة للمتلف عليه سواء
قلنا بانتقال التالف في ملك المتلف اتلافا او قلنا بان الضمان غرامة شرعية وجبت عليه ولو مع بقاء التالف في ملك صاحبه
واما على الثاني فلان تحققه بالرد معناه ان للمالك حق التضمين كما اختار هذا المعنى صاحب الجواهر في ضمان الملتقط بالتصدق
فقال قده اما الضمان بالصدقة به فلا يبعد كون المراد به استحقاق عليه بمجيء المالك وعدم ارادته الاجر اه وذلك لان الحقوق
المالكية مما يرثه الوارث واحتمال ان يكون الضمان حكما شرعيا لا حقا مالكيا فلا يرثه الوارث احتمال لا يعتنى به لانه لا شبهة في قابليته
للاسقاط وجعل العوض له والاقوى في الثالث اخراج الغرامة من تركته لانه متعلق بذمته سواء باشر التصدق بنفسه او بوكيله
نعم بناء على ان له التصدق والدفع الى الحاكم لكونه وليا فلو دفعه الى الحاكم يبرء ذمته ولتوضيح هذه الفروع محل اخر والغرض
الاشارة الى الوجوه المحتملة ومداركها وعليك بالمراجعة الى محالها هذا كله حكم الصورة الثالثة **واما** الصورة الرابعة وهي ما
علم اجمالا باشتمال ما دخل تحت يده على الحرام فاما ان يكون الاشتباه موجبا لحصول الاشاعة والاشتراك او لا يكون كذلك
وعلى الاول فالقدر المأخوذ والمالك اما معلومان او مجهولان او مختلفان فلو كان القدر والمالك معلومين فيجب دفع حصته
اليه سواء كان الاشاعة حاصلة من اول الامر كما اذا كان ثوب او دار مشتركا بين اثنين ودفع الغاصب او غيره مجموع المال اليه
او طرء الاشاعة كما اذا امتزج مايع بمايع بفعل الدافع او بفعل المدفوع اليه او اختلط حنطة مع مثلها اتفاقا او بفعل
احدهما فالحكم في جميع الصور دفع حصة المالك اليه غاية الامر قد يحصل النقص بسبب المزج او الخلط وقد لا يحصل فاذا حصل
النقص وكان المزج بفعل شخص فالضمان عليه الا ان لا يكون يده يد ضمان ثم المزج قد يلحق بالتلف كمزج ماء الورد بالنفط و
قد يتبدل صورة الممتزجين الى صورة ثالثة وقد يبقى الممزوجان على حالهما وتفصيل الاقسام مع حكم كل واحد منها سيجيء ان شاء الله تعالى في
خيار الغبن ولو لم يعلم المالك ولا المقدار فالمعروف اخراج الخمس ولا اشكال فيه بمقتضى الاخبار انما الكلام في انه هل يؤخذ
باطلاق الاخبار ويطهر المال بالخمس سواء علم بزيادة المحرم على الخمس او نقيصته منه فيجب اخراج الخمس ولو علم بنقص الحرام عنه و
لا يجب دفع الزائد عن الخمس ولو علم بزيادة الحرام منه او يختص بما اذا كان القدر مجهولا والاقوى هو الاخير لانصراف الاخبار اليه
فتصاصها وتوضيح ما يتعلق به من الاحكام من كون مصرفه هو مصرف الخمس المعهود اولا وان الحكم ظاهري او واقعي بحيث انه

في حكم ما اذا علم باشتمال المأخوذ على الحرام

لو ظهر المالك لا يجب دفع القيمة اليه لحصوله وانما اذا كان القدر معلوما والمالك مجهولا وقد تقدم في الصورة الثالثة حكم ما اذا كان المالك معلوما والمقدار مجهولا ويجب التخلص عنه بالمصالحة او يحكم بالتنصيف بينهما فتوى ويدل عليه صحيحة عبد الله بن المغيرة عن ابي عبد الله ع في بعيرين كان معهما اثنان لاحدهما الف درهم لي وقال الآخر هما بيني وبينك قال فقال ابو عبد الله ع اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان لاحد الالفين ليس له فيه شيء وانما لصاحبه فيقسم الالف الثاني بينهما نصفين فان من هذا الخبر يستفاد ان كل مال كان مشاعا بين شريكين ولم يعلم مقدار حصة احدهما فالحكم التنصيف مورد وان كان مورد النازع الآن المال المعطى في مقامنا ايضا وعلى اي حال فالمصالحة اولى ما امكنت فهي مقتضى الاحتياط بلا اشكال واما على الثاني وهو ما لو كان المال مفروزا واشتبه الحرام بالحلال فيتعين بالقرعة او بباع المجموع ويشتركان في الثمن ويستفاد الوجه الثاني من خبر اسحق بن عمار عن الصادق ع في الرجل يضطر الى ثلاثين درهما في ثوب واخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن وللآخر خمسا الثمن ثم لو كان المالك معلوما فيعطى ما تعين بالقرعة او تبعه بالبيع بنسبة المال ولو كان مجهولا فحكمه ما تقدم هذا بناء على عدم شمول اخبار الخمس لما لا تلوث قبل بان مجرد الاشتباه ولو لم يكن بالخلط والامتزاج يوجب اخراج خمسه اذا كان ما الكه مجهولا فالحكم هو التجسس في المقام على التفصيل المتقدم وتمام الكلام موكول الى باب الخمس الامر الرابع قد استفاد النصوص بان ما يأخذه السلطان باسم الخراج والمقاسمة وما يأخذه باسم الزكوة وما يأخذه باسم جزية الرؤس الموضوعة على الذمي يجوز شراؤه بل مطلق التقلب فيه من قبول الهبة وغيرها ويظهر ذلك بالمراجعة الى الاخبار الواردة في هذا الباب فان النصوص في كل واحد من هذه العناوين الاربعة وان لم تكن مستفيضة الا انها مستفيضة في المجموع بل فوق حد الاستفاضة وادعى غير واحد من الاعيان الاجماع في المسئلة والمناقشة في دلالة الاجماع الشيخ ابراهيم بن سليمان القطيفي قدس سره ليست الا كدلالة بقية وما تسامح المحقق الثاني في معروفه وردت فاطمة الزجاج في حمل الخراج مصدقا لما يقال قد رصد وابرق وترنم ولربما يتشنج وكيف كان فالاعتماد في القضية على الاخبار فان من ظاهر الاسئلة والاجوبة يستكشف ان الحكم كان مفروغا عنه واما الاجماع فالمناقشة فيه واضحة وقاعدة الضرر الحرج انما تفيد الرفع الاحكام الثابتة لا اثبات احكام اخر فالجعل منها فليس للفقيه وضع حكم او رفعه اذا استلزم من عدمه الضرر او الحرج النوعي فالتمسك بهما في المقام لا اساس له والجملة اصل الخراج في الجملة لا اشكال فيه انما الكلام في تشخيص موضوعه وان حكم السلطان حكم الامة القائل بجعل مقدر دفع ما يضعه على الاراضي والرؤس وانه هل يخص بالسلطان الذي يدعي الخلافة او يعم غيره وغير ذلك مما يتفرع عليه وتوضيح ذلك على سبيل الاجمال في ضمن مسائل الاولى قال في المسالك المقاسمة حصة السلطان من حاصل الارض يوخذ بعوضا عن نزاعها والخراج مقدار من المال يضرب على الارض او الشجر وقال المحقق الاردبيلي قده في شرح الخراجية الخراج على ما فهم من كلامهم انما يكون على الاجرة المضروبة على الارض التي فتحت عنوة وكانت غامرة حين الفتح وفي مصباح

بهما في الخراج والمقاسمة

المقاسمة سواء كانت عين حاصل الارض كالثلث او من النقد بل غيره ايضا وقيل انه مختص بالقسم الثاني والمقاسمة بالاول وقد
يفرق بالمضروب على الارض والمواشي وقال في المستند المراد بالمقاسمة الحصة المعينة من حاصل الارض يؤخذ عوضا عن زراعتها
وبالخراج المال المضروب عليها او على البحر حيثما يراه الحاكم وفي المجمع وقيل يقع اسم الخراج على الضريبة والفيء والجزية والغلة
ومنه خراج العراقين اه والظاهر ان الخراج هو الاعم مما يؤخذ من حاصل الارض ومما يؤخذ ضريبة المعروف في ايران بالماليات
وفي العراق بالميري وكيف كان مورد السؤال في الاخبار يشمل كل ما يؤخذ من الارض جنسا او نقدا الثانية ان الاراضي التي
هي موضوع البحث هي الاراضي المأخوذة من الكفار بالصلح بان تكون الارض للمسلمين ولهم السكنى والاراضي المفتوحة عنوة
والمسلم منها هي اراضي العراق واما ارض مكة المعظمة فالاقوال فيها مختلفة وان كان الظاهر انها فتحت عنوة لصراحة جملة
من التواريخ عليه مع دلالة عدة من الاخبار على ذلك ايضا واما بلاد ايران فالري ونهاوند فتحت عنوة واما باقي الامصار
فالتواريخ مختلفة فيها سيما اصفهان وخراسان واذربايجان واما بلاد الشام ونواحيه فكذلك وكيف كان فما هو متعلق للخراج
هو الارض المعمورة حال الفتح واما الموات منها فمحكومة بحكم ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب مخصوصة بالامام عليه السلام
وعلى هذا فيشكل اثبات الموضوع فعلا لاحتمال ان يكون ما هو معمور فعلا مواتا حال الفتح ومقتضى ذلك عدم ترتيب آثار المفتوحة
عنوة على الاملاك الفعلية في العراق بل يحكم بملكية من بيده لظاهر اليد وعدم اصل محرز لحال اليد واما في عصرنا هذا فموضوع
البحث ساقط كما لا يخفى الثالثة ظاهر جماعة من الاصحاب وجوب دفع حصة السلطان اليه وحرمة منعه عنها وتناولها بغير اذنه
وبعضهم خص حرمة المنع بالخراج والمقاسمة دون الزكوة والجزية ولكن الاقوى عدم وجوب الدفع اليه مع التمكن ففي ذيل صحيحة
العيص ولا تعطوهم شيئا ما استطعتم الا ان يقال يستفاد من ظواهر الاخبار ان حكم تصرف الجائر في الاراضي الخراجية حكم تصرف
الامام العادل وصحيحة عيص وما يقرب منها كصحيحة هشام ان هؤلاء المصدقين يأتونا فيأخذون منا الصدقة فنعطيهم اياها تجزي
عنا فقال لا انما هؤلاء قوم عصوكم او قال ظلموكم اموالكم وانما الصدقة لاهلها مخصوصة بالصدقات ولم يدل دليل على منع الخراج
ولكن الاقوى انهم عليهم السلام اباحوها لمواليهم وشيعتهم كما في الاخبار الواردة في الخمس ولم يجعلوا السلطان واليا منصوبا من قبلهم
حتى يحرم منع المذكورات عنه بل لا اشكال انه ظالم وغاصب حق الامام وحق من كان منصوبا من قبله نصبا خاصا او
عاما فما عن ظاهر لك والمحقق الثاني وكاشف الغطاء قدس اسرارهم من حرمة سرقة الحصة وخيانتها والامتناع من تسليم ثمنها
الى الجائر لا بد من حمله على حرمة المنع مطلقا بحيث لا يصرفه في مصالح المسلمين اصلا ولا يدفعه الى الوالي عليهم شرعا الا انه يجب دفعه
الى السلطان مع تمكنه من دفعه الى الحاكم الشرعي من دون ضرر وحرج وبالجملة يستفاد من مجموع الاخبار الواردة في المقام
والاخبار الواردة في حل جوائز السلطان والاخبار الواردة في تحليل الانفال للشيعة وحرمة اعانة الظلمة باي وجه كان امور
لا ينبغي التأمل فيها الاول ان سلاطين الجور ليسوا منصوبين من الائمة عليهم السلام وليسوا مستحقين للولاية بحيث يجوز

فى بيان المراد من الخراج والمقاسمة

الاولى من قبلهم ويحرم منع ما يضعونه على الارض والمواشى الثانى خروج من اخذ منه الزكوة والخراج عن عهدة ما يجب عليه اذا لم يتمكن من دفعه الى مستحقه وصرف فى مصالح المسلمين فهى صدقة صحيحة العين ما اخذ منكم بنو امية فاحتسبوا وفى خبر ابى كهمش عن الصادق عليه السلام من اخذه منه السلطان الخراج فلا زكوة عليه الثالث عد اختصاصا جواز الاخذ بمن كان مستحقا له وكان مصرفا له فان بعض الاخبار وان كان ظاهره الاختصاص كقوله ما منع ابن آدم سهما الا وهو يعتد ابقاء له اما مع العلم ان ذلك فى بيت المال نصيبا الآن ظاهر جملة من الاخبار هو الاطلاق ففى صحيحة الحذاء عن الباقر عليه السلام سئل عن الرجل منا يشترى من عمال بنى الصدقة وغنمها وهو يعلم انهم يأخذون منها اكثر من الحق الذى يجب عليهم قال فقال ما الابل والغنم الا مثل الحنطة والشعير وغير ذلك لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيجتنب قيل له فما ترى فى صدقتنا نجيئنا فنأخذ منا صدقة اغنامنا فنقول بعناها فما تقول فى شرائها منه فقال ان كان قد اخذها وعزلها فلا بأس قيل له فما ترى فى الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظ غيرنا بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه فقال ان كان قبضه بكيل وانتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل وفى نوادر احمد محمد بن عيسى عن ابيه قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن شراء الخباز والزقة قال اذا عرف ذلك فلا تنزه الامر الغمال وفى صحيحة اسمعيل بن فضل ايضا ما يدل على ذلك فراجع وتدبر والرابعة لا فرق فى الجوائز بين ما اخذه السلطان ووضعه فى بيت المال وما لم يأخذه فيصح الاخذ ممن فى نفسه الخراج بامر السلطان والحوالة عليه يدل على كليهما الاخبار الواردة فى قبالة الارض وتقبل الخراج او استيجار الارض الخراج من السلطان ثم اجارتها للزارع بازيد من ذلك ففى الصحيح المختار قال قلت لابى عبد الله عليه السلام ما تقول فى الارض نتقبلها من السلطان ثم نواجرها اكرتى على ان ما اخرج الله عز وجل منها من شئ كان لى من ذلك النصف او الثلث او حتى السلطان قال لا بأس بذلك اعامل اكرتى وعن اسمعيل بن الفضل عن ابى عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجل يتقبل الخراج الرجال وجزية رؤسهم وخراج النخل والشجر والاجام والمصائد والسمك والطير وهو لا يدرى لعل هذا لا يكون ابدا او يكون شيئا وفى اى زمان يشترى ويتقبل منه فقال اذا علمت ان من ذلك شيئا واحدا قد ادرك فاشتره وتقبل منه فاعن السيد عبد الله على ما نقل عنه المقدس الاردبيلى قدس سره من انه يحل بعد قبض السلطان وماشيه لا وجه له لانه لو جوز خصوص ما اخذه السلطان فرده كلنا الطائفتين ولو التزم بصحة تقبل الارض الخراجية من السلطان فرده كلنا الطائفتين ولو التزم بصحة تقبل الارض الخراجية من السلطان ولكن مع من تقبل نفس الخراج فيردها الطائفة الثانية فان قوله يتقبل خراج الرجال اه صريح وجواز المعاملة بنفس المال قبل اخذ السلطان وعامله وكيف كان اطلاق كلمات بعض الاصحاب فى الصحة فى نفس المال يحوج الناظر الى الاختصاص فالاقوى عدم الفرق الخامسة هل المراد من السلطان الوارد فى هذه الروايات هو السلطان الذى يرى نفسه خليفة او يشمل كل سلطان مسلم اربما يطلق السلاطين ولو لم يكونوا مسلمين نظهر من جماعة الاختصاص وظهور جملة منهم

فى بيان المراد من الخراج والمقاسمة

التعميم ولا يخفى ما فى استدلال الظهرين فانقابل الأخصّ مثل ما لك وجهه بانه يباح الأخذ منه نظرا الى صفقة
وفيه انه اذا كان منشأ الجواز العفو السلطان باستحقاقه فلا يكفى صفقة واحدة بل يشترط ان يكون دافع الخراج ايضا يعتقد
استحقاق السلطان فلو كان مؤمنا او كافرا فلا يجوز اخذ خراجه من السلطان وعلى هذا فرجع توجيههما الى ان المورد من صغريات
قاعدة الزموهم بما الزموا انفسهم والحال ان هذا خلاف مقتضى الأخبار وصريح كلمات الأخيار والقائل بالتعميم مثل
صاحب الجواهر وشيخنا الأنصارى قدس سرهما تمسكا بمثل قاعدة الحرج والضرر واطلاق الأخبار وزاد الأول بان معيار الأذن
منهم هو توسل الشيعة الى حقوقهم الثابتة فى بيت مال المسلمين كما اشير اليه فى الحسنة السابقة وغرضه من الحسنة قوله اما علم ان
للذى فى بيت المال نصيبا ولا يخفى ما فيه اما اولا فلان القاعدتين حاكمتان على الأحكام الثابتة ولا يمكن اثبات الحكم بهما كما اشرنا
اليه ظهر فى محله واما ثانيا فلانه لو كان المدار فى الجواز على استحقاق الأخذ لكونه مصرفا لما اعد لصالح المسلمين فيجب الاقتصار
على مثله وموضوع البحث جواز الأخذ مجانا او بالمعاملة المطلق الشيعة واما ثالثا فلانه لو كان المدار على الحرج او الاستحقاق
فلا وجه لاخراج من لا يكون له سلطنة تامة مستقلة كالسلطان الذى تحت سطوة سلطان اخر ومن خرج على السلطان
وتسلط على قرية او بلدة فالاولى التمسك باطلاق الأخبار وكون المناط فى الحلية هو اذن من له الأمر المطلق بزعمهم
نعم لو ادعى انصراف الأخبار الى الجائر الذى يرى نفسه مستحقا فلم يحرز فمقتضى الأخبار عدم جواز الأخذ ممن لا يرى نفسه
مستحقا للخلافة او كان سلطنته باطلة غير المسلم وبالجملة لا يمكن الجزم بالتعميم وان كانت الأخبار مطلقة فتدبر والسادة
قد ظهر مما ذكرنا ان موضوع البحث هو ما كان لبيت المسلمين ربح فى مصالحهم بضميمة الزكوات وجزية الرؤس فان الزكوة
وان كان لها مصرف خاص ولا تدخل فى مصالح المسلمين الا بعض مصارفها الا ان مقتضى التصريح بدخولها فى الخراج والمقاسمة
حكما وهذا لا اشكال فيه انما الكلام فى انه هل للخراج حد معين بحيث لو زاد او نقص منه لا يدخل تحت العنوان او لا حد له
الأقوى كونه موقوفا على تراضى السلطان والمأخوذ منه قال ابو الحسن والأرض التى اخذت عنوة بخيل وركاب فهى موقوفة
متروكة فى يد من يعمرها ويحييها على صلح ما يصالحهم عليه الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف والثلث والثلثان وعلى قدر
ما يكون لهم صلاحا ولا يضر بهم وعلى هذا فاذا زاد الجائر ظلما حرمتنا وله كما انه لو خفف لمصلحة راجعة الى المسلمين بل شيعتهما
وصدقة مع المقبل ونحو ذلك يجب دفعه القصر الى الحاكم الشرعى وبالجملة فى المسلمين يجب ان يرجع اليهم الا ان الشارع
حكم بان تصرف الجائر فى حكم تصرف الامام العادل ومقتضى ذلك اختصاص الأذن بما يتصرف به الامام العادل فالزائد والناقص عن
ما فعله منه وكيف كان فاختصاص الموضوع بالخراج والمقاسمة دون الزكوة والجزية كما عن بعض لا وجه له وعلى اى حال قد عرفت
ان البحث عنه فى هذه الأزمنة قليل الجدوى وانما تعرضنا تبعا لما هو المعنون بين الفقها فلنرجع الى نحو ما افاده متذللا فى
كتاب البيع ولما كان عنوان بحث كتاب المكاسب لعلم التقى وخاتم الفقها الحاج الشيخ مرتضى الأنصارى التستري اعلى الله مقامه

فلنحرر ما افاده مد ظله بطريق الحاشية على الكتاب

كتاب البيع

محمد رضا حسيني اصفهاني نزيل قم ١٧ ج ٢ سنة ١٣٨٤

قال قده كتاب البيع وقبل الخوض في مسائله ينبغي التنبيه على امر ربما يكون له دخل في بعض مقاصد الكتاب وهو ان الفقهاء رضوان الله عليهم قسموا مسائل الفقه الى اقسام اربعة عبادات وعقود وايقاعات واحكام وقد يعبر عنها بعبادات وعادات ومعاملات وسياسات والعبادات تطلق على معان ثلاثة اولها ما يعتبر فيه قصد التقرب وهي العبادات بالمعنى الاعم وثالثها الوظيفة التي شرعت على اشخاص خاصة ويندرج في هذا القسم باب الجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وباب الولايات والقضاء والشهادات والمعنى الثالث متوسط بين المعنيين الاولين فانه اعم من الاول واخص من الثاني ووجه ادراج المحقق باب الجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر في العبادات بلحاظ هذا المعنى او لمجرد مناسبة ما كما ادرج احكام المياه في هذا القسم ايضا واما المعاملات فلها ايضا معان ثلاثة اولها ما لا يعتبر فيه قصد التقرب وهذا المعنى عام يشمل ما يتوقف على الانشاء وما لا يتوقف وثانيها خصوص باب العقود اي ما يكون قوامه بانشاء طرفين وثالثها المتوسط بين الاولين اي ما يحصل بالانشاء سواء كان بين الطرفين كالعقود او لا كالايقاعات ثم انه قد يشك في كون شيء عقدا او ايقاعا وسيجيء تفصيل ذلك ان شاء الله في محله وكيف كان فالقسم الثاني من مسائل الفقه هو الذي يتوقف على انشاء الطرفين ويسمى بالعقد والعقود على اقسام ثلاثة عقود اذنية وعهدية وهي على قسمين تعليقية وتنجيزية اما الاذنية فهي عقود باصطلاح الفقهاء لا بالمعنى اللغوي والعرفي لان معنى العقد لغة وعرفا هو العهد المؤكد وما يكون فيه الزام والتزام واما العقود الاذنية فتسمى عقودا لانها ترتبط بشخصين لا ان فيها عهد وعقد فقوله عز من قائل اوفوا بالعقود لا يشمل هذه العقود لخروجها عنه تخصصا وبالجملة ما كان قوامه بالاذن ومجرد رضا ولي الامر ومالكه لا يكون فيه عهد والتزام وهذه كالوديعة والعارية بناء على ان يكون مفادها الاباحة المجانية واما بناء على كونها مفيدة للتمليك المجاني فتدخل في العهدية وكالوكالة على احد القسمين فيها فانها بنوعها وان كانت تفيد اباحة التصرف للوكيل الا ان قسما منها عهدي وهو الذي يتوقف على الايجاب والقبول مع شرائط خاصة مذكورة في محله ومن احكام هذا القسم انه لو تصرف الوكيل بشرائط التصرف ولم يعلم بعزل الموكل لا يبطل تصرفه وقسما منها اذني وهو عبارة عن مجرد الاذن في التصرف بل مطلق الرضا به ومن احكامه انه يبطل تصرف الوكيل بمجرد رجوع الموكل عن اذنه ولو لم يطلع عليه الوكيل ثم انه قد يكون العقد مركبا من عهدي واذني باعتبار مدلوله المطابقي والالتزامي كالاجارة فانها تدخل من جهة تمليك المنفعة بالعوض في العهدية ومن جهة تصرف المستأجر في العين في باب الامانات المالكية التي ترجع جميع العقود الاذنية اليها واما التعليقية فهي التي يكون المنشأ فيها معلقا على شيء كالسبق والرماية والجعالة بناء على كونها عقدا ومتوقفا على القبول ولو كان فعلا نعم بناء على كونه ايقاعا

قصد التقرب وهي العبادات بالمعنى الاخص وثانيها ما يمكن فيه

في ان العقود على اقسام ثلاثة

فى البيع

يخرج عن هذا الباب كيف كان اذا كان المنشأ معا فان واخواتها فيكون من المهملة لتعلقه واما المهملة التخييرية فهى عبارة عن البيع والاجارة ونحوهما ثما كان المنشأ منجزا ومتحققا بانشاء الطرفين سواء كان تمليكا للعين او المنفعة سواء كان بعوض او بلا عوض فتمليك العين بالعوض بيع وبلا عوض هبة وتمليك المنفعة بالعوض اجارة وبلا عوض عارية بنا على كونها مفيدة للتمليك لا بناء على ما هو الحق من انها مفيدة للاباحة ثم ان الصلح ايضا عنوان مستقل ويكون المنشأ به هو التسالم على امر نعم قد يكون نتيجة التسالم هو تمليك العين بعوض او بلا عوض او تمليك المنفعة بعوض او بلا عوض لا ان يكون تمام احد هذه العناوين الاربعة بان يكون اما بيعا او هبة او اجارة او عارية كما عليه الجمهور تبعهم من الخاصة جماعة وذلك لان المنشأ فى الاستقلالية او التبعية هو لحاظ المنشأ بالعقد بالمدلول المطابقى لا الالتزامى فكون نتيجة الصلح احد هذه الامور لا بوجه ربما اليها بل لا شبهة ان مدلوله المطابقى انشاء التسالم على امر فقد يكون هذا التسالم على احد هذه الامور وقد يكون اسقاطا لحق غير قابل للبيع كما فى بعض الحقوق وقد يكون اسقاطا لحق الدعوى الذى قد لا يكون المدعى به ثابتا فى الواقع حيث ان المنشأ به هو التسالم فيجب ان يتعدى على الباء فلو قال صالحتك هذا بهذا فاما يكون بيعا فاسدا بناء على بطلان انشاء العقود بالالفاظ المجازية واما يكون بيعا صحيحا بناء على صحة انشائها بغير لفظها وعلى اى حال لا يكون صلحا لان المنشأ به هو انشاء على امر والتسالم عليه فيجب ان يقال صالحتك على هذا بهذا او نصالحنا على هذا بهذا نعم فى صلح الدين ونحوه يصح تعديته بعن فيقال صالحتك عما علم بما علم لكونه بمعنى التجاوز بل فى صلح حق المدعو تعديته بعن اولى ثم ان مما ذكر فى معنى الهبة علم انه لا يصح ان يقال وهبتك هذا بهذا خلافا للهبة المعوضة لان التمليك بالعوض اما بيع او اجارة فقوله فى تمليك الاعيان وهبتك هذا بهذا وفى تمليك المنافع ايضا كذلك اما بيع فاسد او اجارة فاسدة لو لم نقل بكفاية كل لفظ لانشاء عنوانهما بل وصحيحتا لو قلنا بما الآن فى حقيقة الهبة اعتبرت المجانية فانها عبارة عن تمليك مال منجزا من غير عوض والعوض فى الهبة المعوضة ليس فى مقابل المال الملوك وسوغ اشتراط التعويض او لم يشترط ولكن المتهب عوض عنها فان قلت الاول ايضا ليس العوض مقابلا للمال الملوك بل انما اشترط فى التمليك المجانى ان يملكه شيئا مجانا قوله رفقا بالبيع وهو فى الاصل كما عن المصباح اسم لما يتعامل به من الاعيان الاموال بما لا يخفى ان تعريفات القوم كلها تقريبية لا سيما فى البسائط فانها ليست مركبة من جنس وفصل والتعريف الحقيقى بحيث يكون جامعا ومانعا على فرض امكانه انما يصح فى المركبات وعلى اى حال هذا التعريف تعريف بانه تمليك العين بالعوض لا يرجع الى معنى واحد فان ظاهر التعريف الاول ان المعاملة تقع بين المملوكين والتعريف الثانى ان المقابلة تقع بين السلطنتين ولا اشكال ان فى مقام التجارة وما هو المتعارف بين الناس من اعظم ما يتوقف عليه عيش بنى آدم هو تبديل الاموال لا تبديل الملكية التى هى عبارة عن السلطنة على المال فان الناس مسلطون على اموالهم وليس لهم السلطنة على سلطنتهم وسيجىء فى محله ان جواز الاعراض عن الملك ونفوذ

فى تعريف البيع

الحاكم او الامام وقال المفيد في باب الوديعة ان لم يعرف صاحبها اخرج منها الخمس وصرف البقية على فقراء المؤمنين ويدل
على الاول ما ورد عن ابي ابرهيم ع في اجرة الاجير المفقود قال ع اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب
فان حدث بك حدث فاوص به وما ورد عن ابي عبد الله ع حيث قال ع توصي بها فان جاء طالبها والا فهي كسبيل مالك ويدل على
الثاني رواية داود بن ابي يزيد عن ابي عبد الله ع حيث قال له رجل اني قد اصبت مالا فكيف اتخلص عنه قال ع والله ما له صاحب غيري
ثم انه ع استحلفه ان يدفعه الى من يأمره فحلف قال فاذهب وقسمه بين اخوانك ولك الامن مما خفته ويدل على الثالث الامر
بالتصدق بما يجتمع عند الصياغ من اجزاء النقدين وما ورد من التصدق بغلة الوقف المجهول اربابه وما ورد من التصدق بما حازه عامل
بني امية وما ورد من التصدق باجرة الاجير المفقود ونحو ذلك كمصححة يونس الواردة فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه ولا يعرف
صاحبه فقال ع بعه واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك اهل الولاية قال نعم وما ورد في اللقطة وما ورد فيما اودعه رجل
من اللصوص دراهم ولم نظفر من الاخبار ما يكون دليلا لغير هذه الاقوال ولكن الاقوى بمقتضى الجمع بين الاخبار بل الاحتياط
هو تسليمه الى الحاكم الشرعي في عصر الغيبة ليتصدق به او الاذن منه في التصدق عن مالكه لان صريح رواية داود كون المال
المجهول المالك مطلقا مال الامام والادلة الواردة في التصدق لا تدل على انه ع في مقام بيان الحكم الكلي او في مقام الاذن في التصدق
من حيث انه ماله عليه السلام بل لا يبعد الاخير كما يدل عليه رواية داود فانه عليه السلام بعد ان حلف بانه ماله امره بالتقسيم ويشهد
لهذا الاخبار الواردة في الاجير فان في جملة منها فرض السائل عدم وجود وارث له فقال ع تصدق او اوص او هو كسبيل مالك فان
مع فرض كون الامام ع وارث من لا وارث له قال ع تدفع الى المساكين ولا ينافيه قوله ع اطلب لامكان ان يكون المراد منه اطلب
مالكه الذي هو له في هذا الحال وهو نفسه ولا يبين له للتقية ولا قوله ع اوص به او كسبيل مالك لان له عليه السلام ان
يأذن له في التصرف او في الايصاء به هذا بالنسبة الى العين واما بالنسبة الى الدين فالامر اظهر والاحتياط فيه اقوى لان الكلي لا
يتشخص الا بقبض الحاكم الذي هو ولي الغريم وكيف كان فمقتضى الاحتياط بناء على حرمة الصدقة على الهاشمي وان لم تكن من زكوة
الاموال والابدان هو ان يصرفه الحاكم او من بيده باذن الحاكم فيما ينطبق على كونه مال الامام ع وكونه صدقة كاعطائه الى العالم الغير
الهاشمي هذا ولكن الظاهر ان الفقهاء لا يفتون برواية داود بن ابي يزيد ولا يلتزمون بان مجهول المالك مطلقا مال الامام ع بل
هنا عناوين ثلاثة الاول المجهول المالك والثاني اللقطة والثالث ميراث من لا وارث له وفي القسم الثالث يعتبر فيه ان يكون
صاحب المال ميتا لا وارث له غاية الامر يقع الكلام في انه لو شك في وجود الوارث فهل يكفي استصحاب عدم وجود من يرثه بالعدم
المحمولي لكون الحكم مرتبا على نفس عدم الوارث او لا يكفي ذلك بل لا بد من احرازه كما عليه صاحب الجواهر قده وكيف كان لم يعلم من الاصحاب
الفتوى بمضمون هذه الرواية فالاقوى بناء عليه هو التصدق بمقتضى الاخبار الكثيرة وبناء عليه مصرفه الفقراء والاحوط ان لا يكون
هاشميا الرابع في حكم الضمان لو ظهر المالك والكلام تارة بناء على كونه مال الامام واخرى بناء على عدمه ثم على الثاني تارة

في حكم الضمان لو ظهر مالكه

وما يرد عليها والعلم يجيء اجمالا بعد ذلك انما المهم بيان الامور ينبغي التنبيه عليها الاول ان مقتضى ما ذكرنا في حقيقة
المعاوضة ان البيع ونحوه من مقولة المعنى لا بمعنى انه من الكلام النفسي الذي توهمه بعض المحشين تبعا لاستاذه المحقق بل بمعنى
ان المتبادر باللفظ هو البيع لا قول بعت ولا المجموع المركب من بعت واشتريت الذي يسمى عقدا ويجيء اخرى البيع هو تبديل
العين بالمال او تملكها به غاية الامر تحقق هذا المعنى خارجا موقوفا على قبول المشتري وان شئت قلت البيع هو التمليك المتعقب
بالقبول ولكن الظاهر ان عنوان المتعقب ليس جزءا من مدلول البيع بل البيع هو نفس التمليك بالعوض في ظرف حصول القبول
فكون البيع بهذا المعنى لا ينافي ما تبادر البيع المؤثر وهو المتعقب بالقبول من قوله باع فلان داره فان الظاهر من هذا الكلام
وقوع عقد البيع ولا شبهة ان عقد البيع مركب من الايجاب والقبول ولكن الذي هو من فعل البايع هو الايجاب لا المركب فان القبول
من فعل المشتري وبالجملة البيع هو فعل البايع لا المركب من فعله وفعل المشتري وفعله لا ينفك عن تحقق اسم المصدر منه وان
لم يترتب عليه الاثر خارجا فهو مثل الكسر الذي لا ينفك عنه الانكسار وان كان من حيث ترتب الاثر مثل الايجاب الذي لا يكون
منشأ للآثار الا اذا صدر ممن له الاهلية له والشاهد على ان البيع من فعل البايع انه لو وقع شرطا في ضمن العقد ونذره
فرجعه الى اقدامه على البيع وجعل المبيع معرضا للايجاب ما هو منشأ للآثار والا يكون شرطا ونذرا لغو مقدر ففرق بين ان
يكون المجموع من الفعلين او الفعل المتعقب بالقبول بيعا وان يكون البيع هو فعل البايع في ظرف حصول القبول من المشتري
وبالجملة البيع امر بسيط قائم بفعل شخص بحيث لو لم يتحقق القبول لا يحصل هذا المعنى ولكن لا يدخل ما هو من فعل المشتري
في فعل البايع لا بوجه خارجي ولا بعنوان الانتزاعي بل فعل البايع ايجاد وفعل المشتري قبول له فحيث انه قائم بشخصين
لا يمكن ان يقال البيع يحصل بايجاب البايع سواء حصل القبول ام لا وعلى اي حال الاطلاق البيع على العقد المركب من الايجاب
والقبول مبني على عناية وتنقيح علاقة غير خالية من الاعتساف فان علاقة السببية والمسببية حاصلة بين العقد وما يحصل من
الايجاب والقبول ومن الايجاب المتعقب بالقبول والا ليس العقد سببا لما يحصل من فعل البايع فان التمليك منه يحصل بنفس
انشائه وان لم يكن منشأ للآثار الا اذا تعقبه القبول ثم ان حمله من الاعلام على ما في الجواهر والمتن عرفوا البيع بالاثر الحاصل من الايجاب
والقبول نقالوا بانه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي فعلى هذا يتفاوت مجموع الكلمات الطلاق
البيع على معان ثلاثة الاول ما هو الحاصل من فعل البايع وعبروا عن هذا المعنى بتعبيرات مختلفة فمنهم من عرفه بانه مبادلة مال
بمال ومنهم بانه نقل عين بعوض ومنهم بانه تمليك عين بعوض ومنهم من عرفه بانه نقل العين بالصيغة المخصوصة الى غير ذلك
مما يرجع الى هذا المعنى الثاني هو الحاصل من فعل الموجب القابل كما في تعريف المبسوط ومن تبعه فعرفوه بانه انتقال عين
من شخص الى غيره بعوض الثالث هو العقد المشتمل على الايجاب والقبول كما في الوسيلة والمختلف وهذا الاطلاق هو المتعارف
عن الفقهاء في ابواب المعقود فقولهم كتاب البيع ونحوه المقصود منه هو العقد الامر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء

ان باب الفاظ العقود وما يشابهها باب الاسباب والمسببات فيريدون ان مثل بعت واشتريت سبب لحصول النقل والانتقال
ثم ان من الشهيدين قدس سرهما يظهر ان عقد البيع وغيره حقيقة في الصحيح ومجاز في الفاسد فعلى هذا يتولد هنا اشكالان
الاول ان كون العقد حقيقة في الصحيح معناه ان الشارع وضعه للصحيح مع ان المعاملات باجمعها امضائية الثاني عدم
صحة التمسك بالاطلاق عند الشك في الصحة والفساد كما لا يصح التمسك به في العبادات نعم لو قلنا كما قيل بان الامضاء
الشرعي ورد على الاسباب فلا اشكال واما بناء على ورود الامضاء على المسببات كما هو الظاهر من قوله عز من قائل واحل الله
البيع فالتمسك به مشكل لانه لا ملازمة بين امضاء المسبب وامضاء السبب فلو شك في صحة العقد الفارسي فكيف يمكن القول
بصحته من جهة اطلاق قوله احل الله البيع وقد اجيب عن الاول بان معنى وضعه للصحيح ان الشارع امضى المعاملات العرفية
والعرف يسمى ما هو المؤثر لاثر كذا بيعا لا غيره فيصير البيع شرعا هو البيع عرفا اي المؤثر للنقل غاية الامر قد يقع اختلاف
بين الشرع والعرف في المصداق كالبيع الربوي مثلا فان الشارع يخطئ العرف في تخيلهم بانه ايضا مؤثر في النقل و
بتعبير اخر قد يسقط الشارع فردا عن الفردية حيث انه ممن ينفذ اعتباره والامر الاعتباري اسقاطه التشريعي هو اسقاطه
التكويني وبتعبير المصنف قد يكون الاختلاف بين النظرين فان ما هو بنظر العرف بيع ليس بنظر الشارع بيعا الا ان معنى البيع
عند العرف والشرع مختلف وبالجملة البيع عند الشرع والعرف واحد مفهوما وان اختلف بينهما في بعض المصاديق فعلى
هذا يصح دعوى كون العقد موضوعا للصحيح مع كونه امضائيا واجيب عن الثاني بان الفاظ المعاملات وان كانت موضوعة للصحيح
الا ان اطلاقها لو كان مسوقا في مقام البيان ينزل على ان المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند العرف لان الخطابات لما وردت
على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف ولا يخفى ما في هذا الجواب لانه
بعد ما عرفت بان الخطابات الشرعية واردة في مقام امضاء المسببات وفرضنا انه لم يدل دليل على صحة العقد الفارسي ولا
صحة الفصل بين الايجاب والقبول فعد العرف هذا العقد صحيحا لا اثر له ولا اتحاد بين المسبب والسبب لا حقيقة ولا عرفا
حتى يقال امضاء المسبب امضاء للسبب كما لا يخفى فتنزيل ما هو المؤثر عند الشارع على ما هو المؤثر عند العرف لو كان اطلاق
الخطابات الشرعية مسوقا في مقام البيان انما يصح لو كان الشك راجعا الى المفهوم العرفي الذي امضاه الشارع لا ما اذا كان الشك
راجعا الى المصداق فان نظر العرف في تطبيق المفاهيم على المصاديق غير متبع فلو فرضنا ان العرف يرى مفهوم البيع هو المؤثر في
النقل فتطبيقهم هذا المعنى على العقد الفارسي لا عبرة به الا اذا رجع الى توسعة في المفهوم وبالجملة اذا فرضنا ان البيع موضوع
لما هو المؤثر في النقل حقيقة وان الشارع امضى هذا المعنى فتخيل العرف بان العقد الفارسي مؤثر في النقل لا اثر له ولا يقال
ان الشارع اذا امضى الاثر الحاصل مما هو المؤثر واقعا فلا محالة لا ينفك عن امضاء المؤثر ولو في الجملة والمفروض ان العرف
يرون جميع هذه العقود مؤثرا فلو لم يكن هذه مؤثرا عند الشارع لوجب عليه التنبيه فقوله عز من قائل احل الله البيع مع

في ان الفاظ العقود وما يشابهها باب الاسباب والمسببات

بناء العرف على ان العقد الفارسي بيع وعدم تخطئة الشارع لهم يقتضي ان يكون هذا سببا ايضا عند الشارع لانا نقول
مقتضى كون البيع موضوعا للصحيح ان يكون كل ما هو سبب له معنونا بعنوان ما يترتب عليه المسبب بحيث لو تعلق الوضع او التكليف
به لكان تحصيله لازما وبعبارة اخرى لولا حكم العقل بان في مورد الشك في المحصل يجب الاحتياط لكان مقتضى جعل المسبب
عدم التنبيه على سبب خاص هو ان كل ما يعده العرف سببا كان سببا عند الشارع واما بعد معلومية اسباب متيقنة عند العرف
والخارج ففي مورد الشك يجب الاحتياط والتمسك بالاطلاق يتم لو كان الشك في امر زائد على المسمى وبالجملة غير خفي على
الناقد انه لو كان باب العقود وما ينشأ بها من باب الاسباب والمسببات لكان الادلة الواردة في امضاء المسببات غير كافية لرفع
الشك في تحققها من الاسباب المشكوكة سببيتها واتحاد السبب والمسبب ليس بحد يكون احدهما عين الآخر ولا ملازمة بين
امضاء المسبب وامضاء مشكوك السببية ولا اثر لعد العرف مشكوك السببية سببا وحاصل الكلام ان التمسك بالاطلاق
يصح في مقامين الاول ما اذا كان مصداق داخلا تحت الطبيعي يقينا وشك في اعتبار قيد زائد فيه كالشك في اعتبار الايمان
في الرقبة مع العلم بانطباق المفهوم على الكافرة واما اذا لم يكن شيء تحت هذا العنوان فعد العرف من باب المسامحة شيئا من
افراد هذه الطبيعة لا يفيد في صحة التمسك بالاطلاق فاذا كان موضوع الحكم ثمانية فراسخ فمسامحة العرف وعد ثمانية الا
ربع الفرسخ ثمانية فراسخ لا اثر لها والثاني ما اذا كان ثبوت الحكم لعنوان ملازما لثبوته لامر آخر كما اذا قلنا بان قوله عز من قائل
كلوا مما امسكن في مقام بيان حل اكل ما اصطاده الكلب المعلم فعلا فلازمه طهارة موضع عضه ولا يبعد ان يكون نظر المصنف قده ومن
تبعه في التمسك بمطلقات ابواب المسببات لصحة ما شك في كونه سببا راجعا الى الوجه الثاني بل هو المتعين فان قوله قده فلان
الخطابات الشرعية لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف ظاهر في ان امضاء المسبب امضاء
للسبب لا ان المصداق المسامحي العرفي مندرج تحت الاطلاق وعلى اي حال فلو كان مبنى التمسك بالاطلاق هو الوجه الاول
فهو مما لا كبرى له لان تطبيق العرف لا اثر له الا اذا رجع الى المفهوم ولو كان هو الثاني فالصغرى ممنوعة لانه لا ملازمة بينهما
مع التباين بينهما خارجا نعم امضاء السبب امضاء للمسبب ولكن العكس لا يبتني على اساس الا اذا عدا واحدا خارجا فتأمل جيدا
فالصواب في الجواب هو ان المنشآت بالعقود ليست من باب المسببات بل هي افعال من الموجب والقابل وذلك لان المسبب اما يكون
امرا مترتبا على فعل اعدادي من شخص بحيث لا يكون بين هذا الفعل والاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار وان كان بين الفعل و
هذا الاثر وسائط كثيرة كالوقوع في البئر المترتب على حفر الحافر في الطريق العام فان وقوع الاعمى فيه مستند الى الحافر و
ان لم يوجد الا فعلا اعداديا واما يكون فعلا توليديا من ايجاد الفاعل الجزء الاخير من العلة التامة كالاحراق المترتب على
الالقاء في النار والملكية المترتبة على الحيازة ولا خفاء في ان المنشأ بالعقد لا يكون من كلا القسمين بل هو من قبيل الايلام الحاصل
بالضرب وعنوان ثانوي لفعل الفاعل والفاعل ابتداء يوجد هذا العنوان ويتعلق ارادته به اولا لكونه تحت قدرته بلا واسطة

في ان المنشأ بالعقد فعل ايجادي

فان المتكلم ابتداء يوجد المعنى واللفظ ليس بمنزلة السبب والمعنى بمنزلة المسبب بل حال المنشأ بالعقد حال الكتابة
التي هي ابتداء فعل الكاتب وحال التجارة التي هي فعل التجار وكما ان خلق الصور الذهنية فعل من النفس كذلك كتابتها
وتكلمها وتجارتها ونجارتها افعال منها غاية الفرق ان خلق الصور لا يحتاج الى آلة والتكلم يحتاج الى تحريك اللسان
والكتابة الى القلم والتجارة الى القدوم فاذا كان تلفظه بهذه الالفاظ فعلا له فالاثر الحاصل منها فعل له ايضا بلا
واسطة لان في جميع المصادر اسم المصدر الحاصل منه لا يباينه الا اعتبارا فهو هو وجودا وان اختلفا اعتبارا فاثر
الفعل لو انتسب الى الفاعل يسمى تأثيرا ومصدرا ولو انتسب الى المفعول يسمى اسم المصدر وتأثرا وبعبارة اخرى لا تفاوت
بين الايجاد والوجود فلو قلنا بتعلق الامضاء بنفس الايجاد كما هو المتعين في نحو اوفوا بالعقود فان الامضاء تعلق بالعقد
الذي هو آلة ايجاد عنوان المعاملة وهو الظاهر من احل الله البيع لو كان المراد من الحلية الحلية التكليفية الراجعة الى الافعال
فلا اشكال فيه فانه لو تعلق الامضاء بنفس هذه الايجادات الواقعة من اهل العرف فيقتضي صحة جميع ما يوجده العرف
بحيث لو ردع عن ايجاد خاص فهو تخصيص وخارج عن الايجادات حكما وان دخل فيها موضوعا ولو تعلق الامضاء
بالاثر الحاصل من الافعال كما يمكن ان يكون هو المراد من احل الله البيع بناء على ظهوره في الحلية الوضعية فكذلك ايضا
لاتحاد الاثر مع التأثير فامضاء الاثر امضاء للمصدر الحاصل منه هذا الاثر لعدم الفرق بينهما خارجا وبالجملة فرق
بين السبب والمسبب وبين المصدر واسم المصدر فان السبب والمسبب اذا تعلق الجعل بالمسبب ابتداء او امضاء فلا يكفي
جعله كذلك لجعل السبب وهذا بخلاف امضاء اسم المصدر فان امضاءه ملازم لامضاء المصدر بل هو عينه على وجه فتدبر
جيدا **الامر الثالث** لا اشكال ولا خلاف في اعتبار كون المبيع عينا فلا يعم المنافع ولا يبعد ان يكون منشأ الاتفاق
انصراف الادلة الى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض في البيع عينا ولا اقل من الشك في شمول المطلقات لغير العين وادعى
التبادر وصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض وكيف كان لا خلاف في ذلك وعليه استقر اصطلاح الفقهاء و
اطلاق البيع في نقل غيرها في عدة من الاخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر وبيع سكنى الدار وبيع الاراضي الخراجية
التي لا يجوز فيها الا نقل منافعها مبني على رعاية علاقة كما ان الاجارة التي جعلت شرعا بل عرفا لنقل المنافع قد تستعمل
لنقل الاعيان بل في عصرنا هذا يطلق الضمان ويراد منه الاجارة وهو مبني على المسامحة فان الضمان يمكن ان يطلق على مطلق تعهد
الشيء او كونه في عهدته ولو من دون تعهد عقدي ثم ان المراد من العين في المقام ليس خصوص العين الخارجية المملوكة فعلا بل المراد
منها ما يقابل المنفعة والحق فتشمل العين الشخصية والكلي المشاع كثلث الدار والكلي في المعين كصاع من هذه الصبرة و
الكلي في الذمة كمن من الحنطة سلما او حالا والكلي المستقر في الذمة كالدين سواء باعه على غير من هو في ذمته او باعه عليه لان
ذلك كله من الاعيان ولا اشكال في شيء من ذلك الا في بيع الكلي فانه قد يتوهم ان المبيع يجب ان يكون مالا للبائع قبل البيع

في اعتبار كون المبيع عينا

حتى ينتقل منه الى المشتري ففي غير هذه الصورة المبيع ملك للبايع فعلاً فيصح نقله بالبيع الى المشتري وهذا بخلاف هذه الصورة
بل قد يستشكل في بيع الدين ايضاً بان الدين ليس ملكاً لانه معدوم والملك من الاعراض يتوقف وجوده على محل موجود
ولكنه لا يخفى عدم ورود هذين الاشكالين اما اشكال عدم وجود المعروض في باب الدين والسلم فلما عرفت ان الملكية من
الجدة الاعتبارية فلا تحتاج الى معروض خارجي ولم يدل دليل على اعتبار الملكية في المبيع واما اشكال اعتبار المالية للبايع
ففيه ان المالية معتبرة في المبيع واما كون المبيع قبل البيع مالاً للبايع فلا دليل عليه ولا شبهة ان منّاً من الحنطة مال عرفاً
ويبذل بازائه المال وان لم يكن ملكاً فان بينهما بحسب المورد عموماً من وجه فان المباحات الاصلية ومنّاً من الحنطة بعنوان
الكلي مال وان لم يكن ملكاً وحبة من الحنطة ملك وان لم تكن مالاً وليس البيع الا تبديل المال بالعوض لا الملك و
بالجملة وان لم يكن في ذمة البايع شيء وبنفس العقد يستقر مال على عهدته الا ان هذا كاف لتحقق المعاوضة وتبديل طرف الاضافة
الاعتبارية فان العقلاء يعتبرون مالية هذا المال وعمل الحر اذا صار عوضاً يدخل في الاموال بهذا المعنى فلا يستشكل بان
الحر ليس مالكاً على نفسه وليس له على ذمة نفسه مال وذلك لكفاية هذا المعنى وهو جعله عوضاً عرفاً وكونه مالاً اعتباراً
في جعله عوضاً عن المبيع شرعاً نعم بين عمل الحر والعبد فرق من غير هذه الجهة كما اذا حبس العبد فانه يضمن منفعته دون ما اذا
حبس الحر فانه لا يضمن الا اذا كان اجيراً وغير ذلك مما هو مذكور في محله هذا مع انه لو لم يكن عمله قابلاً لصحة جعله عوضاً
لما صح اجارة الحر نفسه فان الاجارة لا بد وان تتعلق بالمال وبالجملة لا ينبغي الاشكال في صحة بيع الكلي سلماً او حالاً و
جعل عمل الحر عوضاً لا من باب انه شبهة في مقابل البداهة بل لعدم كونه شبهة اصلاً فان قوله لا بيع الا في ملك ونحوه
ليس المقصود منه انه يعتبر ان يكون المبيع مملوكاً قبل البيع بل المراد منه انه لا يجوز بيع مال الغير او لا يجوز بيع ما لا يقبل التملك
كالخمر ونحوه ان قلت مقتضى ما ذكر في تعريف البيع من انه تبديل طرف الاضافة بمثله ان يكون كل من المضاف اليهما موجوداً
فعلاً حتى يتبدل احدهما بالآخر والمن من الحنطة التي يبيعها البايع حين البيع ليس مالاً للبايع وبعده مال للمشتري
قلت كما ان نفس الاضافة ليس الا اعتبارياً فكذلك المضاف اليه والتبديل يقع بين الحنطة والثمن فالحنطة التي هي مال عرفاً
وتقابل بالمال تنتقل الى المشتري والثمن الى البايع وبالجملة المن من الحنطة مال يبذل بازائه مال فيجعله البايع معوضاً و
يملكه المشتري بازاء الثمن ولم يقم برهان على لزوم كون الحنطة ملكاً للبايع او مالاً له قبل البيع فلا اشكال في ذلك رأساً ولا
يقال لو كان عمل الحر من الاموال لكان حابسه ضامناً كما افاده العلامة في حبس الدار والعبد ولم يفرق قده بين استيفاء
المنفعة او فواتها تحت اليد ولزم كونه مستطيعاً اذا كان قادراً على عمل يكون عوضه مما يتحقق به الاستطاعة ولزم حجره عن عمله
كحجره عن ماله لانا نقول الضمان في مسئلة الدار والعبد انما هو من جهة ان منفعتهما يكون تابعاً للاستيلاء عليهما واما الحر
فلا يدخل تحت استيلاء غيره حتى يستولي على منفعته تبعاً وبالجملة المدار في الضمان هو دخول المضمون به تحت اليد فمجرد كون

فى البيع

منافع العبد الا لايوجب الضمان بل كونها تحت الاستيلاء واما مسئلة الاستطاعة فالمدار فيها هو المالية المعتبرة لا القوة ولذا لا نقول باستطاعة من عنده اموال لو اجرها من غيره سنين عديدة لا يستطاع فالمدار فى الاستطاعة هو الواجد بالفعلية نعم الاستطاعة الشأنية موجبة لعدم استحقاق الزكوة وان قيل فى هذا الباب ايضا انه لو لم يشتغل الصانع بصنعته اعطائه الزكوة واما مسئلة الحجر فالظاهر عدم التزام الاصحاب بحجر الشخص عن منافع امواله والا لوجب الحجر عن منافع امواله التى لا يتصرف فيها فعلا ولا يتعلق بها حق الغرماء وكيف كان لا يعتبر فى المعاملة الا انتقال احد المالين بدلا عما ينتقل الى الاخر اى لا يعتبر التبادل فى مقام الخروج بل يكفى التبادل فى مقام الدخول فيصح بيع الكلى بالكلى كما يصح فى الشخصين هذا كله حال العوض واما العوض فيصح كونه عينا ومنفعة وما يقال ان البيع لنقل الاعيان والمقصود هو المبيع وان هذا الكلام فى مقابل الاجارة التى هى لنقل المنافع ثمان العين التى تجعل عوضا لا فرق بين كونها شخصيا او كليا يجمع اقساما كما ان المنفعة التى تجعل عوضا للبيع لا فرق بين كونها منفعة الاموال او عمل الحر ولا اشكال فى ذلك كله انما الكلام فى انه هل يصح جعل الحقوق عوضا او يعتبر ان يكون العوض عينا او منفعة وتحقيق الامر مع توضيح عبارة الكتاب فى ضمن امور الاول ان قول المصنف واما الحقوق الاخر فالقيد بالاخر لو كان موجودا فى نسخة الاصل انما هو لاخراج العين والمنفعة فان الحق يطلق على عنوان عام يشمل كل ما وضعه الشارع وجعله فالحكم والعين والمنفعة والحق بالمعنى الاخص داخل تحت هذا العنوان فان الحق معناه اللغوى هو الثبوت وحق الجار على الجار او لوالد على الولد ونحوها من الاحكام عبارة عن ثبوتها وهكذا ملكية العين او المنفعة من الحقوق والاموال الثابتة لكن الحق والحق والشفعة وبيا الخرى اطلاق الحق على العين والمنفعة اطلاق شايع كاطلاقه على الحكم نعم الحق بالمعنى الاخص مقابل لذلك كله فانه عبارة عن اضافة ضعيفة حاصلة للحق واقويها اضافة الكلية العين او سطها اضافة الكلية المنفعة وبعبارة اخرى الحق سلطنة ضعيفة على المال والسلطنة على المنفعة اقوى منها والاقوى منهما السلطنة على العين فالجامع بين الملك والحق هو الاضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقى او ذى الاضافة المعبر عنها بالواجد وكون زيد امر الشئ بيده من جعل المولى كونه ذا سلطنة وقدرة وهذه الاضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلقها تامة بان تكون قابلة لان تنقلب فعليتها ملكا ولو كانت ضعيفة كما فى نفس الاضافة الحاصلة من حق الرهن بالنسبة الى العين المرهونة واما المقصود فى متعلقه كحق التحجير وحق الجلوس على بعض الطرق المعدة لعبور الناس فالقابل لما عدا الفسخ الاجارة وحق الاختصاص بالنسبة الى الاشياء غير المتمولة كالحر القابل للتخليل فتسمى حقا وعلى هذا فلو لم يكن المجعول الشرعى مستجمعا للاضافة والسلطنة بل لبعض الاحكام او بالحق انما هو بلحاظ معناه اللغوى واما الاصطلاحى فالفرق بينه وبين الحكم واضح جدا فان الحكم الشرعى هو المجعول المتعلق بفعل المكلفين اقتضاء او تخييرا وهو وان اشترك مع الحق فى بعض الآثار كجواز الرجوع الواهب عن الهبة وجواز فسخ ذى الخيار الا انهما متباينان تخالفا ان الجواز فى الاول حكم شرعى بخلافه الثانى فانه ملك او حق والجملة الجواز فى الهبة كالزوم

في النكاح من الاحكام الشرعية وهذا بخلاف الجواز في البيع الخياري واللزوم في البيع الغير الخياري فانهما من الحقوق
وسيجيء انشاء الله في المعاطاة وفي احكام الخيار ما يوضح الفرق بين البابين وكيف كان فاذا كان الحق عبارة عن اعتبار خاص
الذي اثره السلطنة الضعيفة على شيء ومرتبة ضعيفة من الملك فهو بجميع اقسامه وانحائه قابل للاسقاط كما افاده شيخنا
السعيد الشهيد وجعل هذا هو الضابط التام في الفرق بين الحق والحكم فما افاده السيد قده في حاشيته على المتن
من تقسيم الحقوق اولا الى ما يقبل الاسقاط وما لا يقبل وجعل من الثاني حق الابوة وحق الولاية للحاكم وحق الاستمتاع
بالزوجة وحق السبق في الرماية قبل تمام النضال وحق الوصاية لا وجه له فان كون الشيء حقا وغير قابل للاسقاط لا يعقل
واطلاق الحق على ما ذكره من الامثلة مثل اطلاق الحق على سائر الاحكام كحق المؤمن على المؤمن وحق الجار على الجار
فان الابوة والولاية ونحوهما من الامثلة ليس لعلاقة حاصلة للاب والحاكم اذ لم يجعل للولي اضافة اثرها السلطنة على
المولى عليه او على ماله فلا يكون من مقولة الجدة بل من الاحكام الشرعية كما هو قده ايضا يحتمل هذا المعنى حيث قال و
يمكن ان يقال انها او جملة منها من الاحكام لا من الحقوق والعجب انه قده في صدر المسئلة يعرف الحق بانه نوع من السلطنة
ومرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه وصاحبه مالك لشيء يكون امره اليه ومع هذا يقسم الحقوق الى ما يقبل الاسقاط وما لا
يقبل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف يكون له السلطنة وكيف يكون زمام امره بيده وبالجملة قوام الحق بقابليته للاسقاط و
هذا بخلاف الحكم فانه بعكس ذلك ثم انه لو شك في شيء انه من الحق او الحكم فليس هنا اصل يعين كونه من اي منهما فالمرجع
هو الاصول العملية والاصل يقتضي عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما كان قبل الاسقاط الثاني بعد ما عرفت ان الحق بجميع
اقسامه قابل للاسقاط فيقع البحث عن قابليته للنقل او الانتقال الى الغير ام لا فنقول منها ما لا يقبل لغير الاسقاط كحق القذف
ومنها ما يقبل النقل الى الغير اما بلا عوض كحق القسم على ما ذكره جماعة فانه قابل للنقل الى من هو مثله كالضرة ولكن لا
يجوز اخذ العوض عليه واما مع العوض كحق التحجير ثم ما كان قابلا للنقل اما يجوز نقله الى كل احد كحق التحجير او لا يكون
كذلك كحق القسم على ما عرفت من انه لا يجوز نقله الا الى الضرة ثم ان منها ما يكون قابلا للانتقال الى الغير ولا يكون
قابلا للنقل اذ لا تلازم بينهما فان الخيار ينتقل الى الوارث ولا يصح نقله الى الغير فان المدار في قابليته للنقل على عدم
تقومه بشخص خاص والمدار في انتقال الحق الى الوارث على دخوله تحت ما تركه الميت ثم ان كون حق الخيار عبارة عن السلطنة على
امضاء الحق وفسخه لا ينافي كونه قابلا للاسقاط وان كانت نتيجة الاسقاط موافقة لامضاء العقد الذي هو احد طرفي السلطنة
الا ان الامضاء عبارة عن اعمال الحق والاسقاط عبارة عن التجاوز عن الحق وبالجملة كل ما كان حقا فهو قابل للاسقاط وان كان
موافقا في النتيجة مع اعمال احد طرفي السلطنة الثالث ان كل حق كان قابلا للنقل الى الغير كحق القسم مثلا لا يقبل نقله
الى من عليه الحق لان الحق لما كان نحوا من السلطنة على من عليه الحق فلا يعقل نقله الى نفس من عليه الحق سواء نقله مجانا

او بالعوض بالبيع والصلح وغيرهما لانه لا يمكن ان يكون الانسان سلطنة على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه عليه هذا مع ان فى بعض الحقوق خصوصية تمنع من نقلها الى من عليه الحق كحق الرهانة والشفعة والحيا فان حق الرهانة عبارة عن سلطنة المرتهن بها يستوفى دينه من الراهن لان تبعة الرهانة جعل العين المرهونة محرجا لدين المرتهن وهذا المعنى لا يمكن ان يستحقه الراهن وكذلك حق الشفعة سلطنة بها يقدر الشريك على اخذ الحصة من المشترى بالقيمة التى دفعها الى البايع وهذا المعنى لا يعقل ان يقوم بالمشترى وهكذا الحيا فانه لو كان للبايع فله سلطنة على فسخ العقد واسترجاع المبيع الى ملكه وهذا المعنى لا يمكن ان يتسلط عليه المشترى فانه لو كان ذا خيار يتسلط على استرجاع الثمن وبالجملة لا يمكن نقل الحق الى من هو عليه لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه فعلى هذا مراد المصنف قدس سره من قوله والسر ان الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيامها بشخص واحد ان من له الحق لا يمكن ان يكون واحدا وليس مقصوده ان الحق دائما قائم بشخصين والا لانتقض عليه بحق التحجير فانه ليس هناك شخص كان الحق عليه وعلى هذا فمراده من قوله ولا ينتقض بيع الدين على من هو عليه بين واضح وحاصله ان امتناع نقل الحق الى من هو عليه بعد معقولية تسلط الانسان على نفسه لا يرد عليه لنقض بيع الدين على من هو عليه فانه ان استلزم تسلط الانسان على نفسه لا يرد عليه لنقض بيع الدين على من هو عليه فانه وان استلزم تسلط الانسان على ما فى ذمته الا انه فرق بين الملك والحق فانه يمكن ان يكون الانسان مالكا لما فى ذمته ولا يمكن ان يكون مسلطا على نفسه ولكنه لا يخفى عدم قابلية ما فى الذمة لان يكون مملوكا لمن هو عليه وعدم قابلية نقل العين اليه ولو انا ما فرضنا الانسان مالكا على نفسه انا ما حتى يسقط عنه ويبرء ذمته مستحيل بل الصواب ان يقال بيع الدين على من هو عليه لو كان صحيحا لا ان البيع لم يقع على ما فى الذمة بقيد كونه فى الذمة ليكون من قبيل مالكية الشخص لما فى ذمته وذلك لانه بهذا القيد لا يمكن تحققه فى الخارج ولا شبهة انه يعتبر فى المبيع ان يكون من الاعيان الخارجية بل يقع البيع على الكلى وهو من الحفظة مثلا فيصير المشترى اعنى المديون مالكا لذلك الكلى على البايع وحيث ان البايع كان مالكا من الحفظة على ذمة المديون وهو المشترى فينطبق ما على البايع على ما كان له على المديون والمشترى فيوجب سقوط تكليفهما وهذا وان لم يكن من التهاتر حقيقة الا انه شبيه به ويقال ان المبيع هو الكلى فى المعين وهو فى ذمة المديون لا يقبل ان يكون فى الذمة حتى يرد عليه اشكال عدم الانطباق على ما فى الخارج واشكال عدم معقولية مالكية الانسان لما فى ذمته بل بمعنى ان ظرف الذمة وبالبيع يسقط عمن هو عليه ما فى ذمته فتأمل اذا عرفت ذلك فلنرجع الى امكان جعل الحق ثمنا فى البيع فنقول قد ظهر ان بعض الحقوق يمكن نقله الى الغير بالعوض ولكن بعد الفراغ عن عدم امكان جعل الحق مبيعا لما ظهر من اعتبار كونه من الاعيان فلا يصح جعله منفعة فضلا عن كونه حقا فيقع البحث فى انه هل يخص المعاوضة عليه بالصلح ونحوها ويمكن جعله ثمنا للبيع وجها بل قولان والاقوى عدم قابلية الحق لوقوعه ثمنا فى البيع كعدم قابليته لوقوعه مثمنا سواء جعل نفس الاسقاط والتفويض ثمنا او جعل نفس الحق اما الاول

فى البيع

فلان الثمن لا بد من دخوله في ملك البايع والاسقاط بما انه فعل من الافعال والسقوط بما انه اسم المصدر ليس كالخياطة وساير افعال
الحر والعبد مما يملكه البايع ويكون طرفا لاضافة ملكية البايع ويقوم مقام المبيع في الملكية فان هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لان
يتمول الا باعتبار نفس الحق وسيجيء ما فيه وبالجملة نفس الاسقاط بما انه فعل واثره بما انه اسم المصدر لا يقبل الدخول في ملك الغير بحيث
يتحقق بالنسبة اليه الخروج عن ملك المشتري الى ملك البايع ويكون البايع مالكا لهذا العمل ولا يقاس بشرط الاسقاط في ضمن
عقد لازم لان في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه اسقاط الحق او سقوطه ولا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط
وبين قابليته وقوعه ثمنا لان اسقاط الحق يصير بالشرط مملوكا للغير على صاحب الحق ولكنه لا يمكن ان يكون بنفسه مملوكا ويحل محل
المبيع في الملكية واما الثاني وهو جعل نفس الحق ثمنا بعد فرض كونه قابلا للنقل الى الغير كحق التحجير فلما عرفت ان في باب البيع
يعتبر ان يكون كل من الثمن والمثمن داخلا في ملك مالك الاخر ولا شبهة ان الحق لا يكون قابلا لذلك فانه مباين مع الملك
سنخا وان كان من انحاء السلطنة بالمعنى الاعم ومن المراتب الضعيفة للملك ولكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضا لانه لا بد
من حلول الثمن محل المثمن في الملكية فلا بد ان يكون كل منهما من سنخ الاخر **خاتمة** قد ظهر اجمالا ان الفقهاء عرفوا
البيع بتعاريف مختلفة فمنهم من عرفه بانه انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي ولا يخفى ما فيه فان الانتقال
اثر البيع والشراء لا انه هو البيع ومنهم من عرفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال وفيه ايضا ان البيع هو المنشأ باللفظ لا انه
نفس اللفظ مع ان القبول الذي هو من فعل المشتري ليس داخلا في حقيقة البيع الذي هو من فعل البايع وعرفه المحقق الثاني بنقل
العين بالصيغة المخصوصة واورد عليه المصنف قده اولا بان النقل ليس مرادفا للبيع ولذا لا يقع بلفظ نقلت وثانيا ان المعاطاة
عند المحقق الثاني بيع مع عدم اشتمالها على الصيغة وثالثا انه لو كان معنى البيع هو نقل العين بالصيغة لزم ان تكون الصيغة منشأ
ايضا بالصيغة كما ينشأ النقل بصيغة خاصة لان البيع من مقولة المعنى فلا بد ان ينشأ بلفظ يكون آلة لانشائه فلو كان نفس الصيغة
ايضا جزء من مدلول البيع فلا محيص الا عن انشائها باللفظ ولو لم تكن الصيغة جزء من مدلول البيع بل كان البيع هو نفس النقل
الذي ينشأ بصيغة خاصة فالصيغة التي تنشأ بها هذا القسم من النقل ليس الا لفظ بعت فيلزم الدور لانه في مقام تعريف البيع جعل
من اجزاء الحد لفظ بعت فكانه قال البيع هو نقل العين بلفظ بعت ولو قيل ان الصيغة التي ينشأ بها هذا النقل الخاص ليس
خصوص بعت بل يمكن انشائه بملكت فلا دور يجاب عنه بانه وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل ولكنه لا يخفى عليك انه بعد
ما ظهر ان هذه التعاريف تقريبية لا يرد عليه هذه الاشكالات مع ان الاشكال الاول والثالث لا يردان عليه اما الاول
فلان النقل وان لم يكن مرادفا للبيع الا انه ليس مباينا له بل هو اعم من البيع لشموله النقل المكاني دونه وعدم صحة انشاء البيع
بلفظ نقلت لا يكشف عن تباين معناهما فان عدم امكان انشاء المعنى الخاص باللفظ العام انما هو لان المعنى امر بسيط وليس له
جنس وفصل حتى يمكن انشاء جنسه اولا ثم فصله وبعبارة اخرى انشاء الامر البسيط لا يعقل تحققه تدريجا فلا يمكن انشاء النقل

في تعريفات البيع وما يرد عليها

الذي هو بمنزلة الجنس ثم انشاء ما هو المميز بين البيع وغيره بل لا محيص عن انشاء المعنى الخاص باللفظ الموضوع لهذا المعنى
ثم لا يخفى عليك ما في حاشية السيد قده في هذا المقام من توهم امكان التمليك بدون النقل ولذا بنى على مغايرتهما وبالجملة
حقيقة البيع هو الامر الاعتباري وتبديل المالين في احد طرفي الاضافتين واما الثالث فليس مقصود المحقق الا بيان امتياز
هذا النقل عن النقل المكاني وان البيع ليس مجرد تبديل المالين في المكان بل التبديل في عالم الاعتبار الذي يتوقف على
انشاء من بيده هذا الامر الاعتباري وليس مقصوده ان النقل بالصيغة داخل في مفهوم البيع حتى يتوقف الصيغة على الانشاء
ايضا والا لورد هذا الاشكال على المص ايضا فانه في مقام التعريف قال انه انشاء تمليك عين بمال فيرد عليه ان الانشاء
ايضا يتوقف حصوله على الانشاء واما ما افاده من انه لو كان مراده ان البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة
اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل لا انه مأخوذ في مفهومه فيرد عليه اشكال الدور فمندفع اولا بانه ليس في مقام التعريف
الحقيقي وثانيا المراد من الصيغة هو لفظ بعت فكانه قال البيع هو النقل بلفظ بعت ولا يلزم العلم بمعنى بعت كما لا يخفى
وكيف كان فتعريف المص قده بانه انشاء تمليك عين بمال يرد عليه ما اورده على المحقق الثاني من ان الانشاء مستدرك ولو كان
غرضه التعريف بما يشمل البيع الفاسد اي تعريفه بانه التمليك الانشائي سواء تحقق التمليك ام لا ففيه ما عرفت من ان المقصود
لو كان التعريف بالحد فلا وجه للتعريف بما لا يدخل في حقيقة المعرف ثم انه ظهر مما تقدم ان حقيقة الصلح والهبة المعوضة
غير حقيقة البيع وليس المنشأ بهما تمليك العين بالمال نعم شبهة شمول هذا التعريف للقرض متطرقة ولكن دفعها واضح فان
القرض وان كان مفيدا للتمليك الا ان العوض فيه ليس عوض المسمى بل العوض الواقعي فكانه مركب من تمليك وضمان
وبالجملة الاولى في تعريف البيع ان يقال هو تمليك العين بالعوض في ظرف تملك المشتري واما تعريفه بانه انشاء تمليك عين
بمال فيرد عليه اولا ما اورد على المحقق الثاني من ان الانشاء ايضا لا بد من انشائه وثانيا يقتضي كون البيع ايقاعا وغير متوقف على
القبول وثالثا يلزم انه لو اقر ببيع داره ثم قال قصدت الايجاب وحده ان يسمع قوله **قوله** قده الكلام في المعاطاة اه لا يخفى انه بعد
الفراغ عن صحة انشاء عناوين العقود بالقول وقع البحث في صحة انشائها بالفعل وحيث ان محل الاقوال وتنقيح البحث عنها
يتوقف على بيان ما يتصور من قصد كل واحد من المتعاطيين على طبق ما قصده الاخر فقدم المص عليها ونحن نتبعه على ما رتبه فنقول
ينحصر قصدهما كذلك في وجهين احدهما ان يقصد كل منهما اباحة التصرف للاخر وثانيهما ان يتعاطيا على وجه التمليك واما
وقوع الدفع من غير قصد التمليك ولا الاباحة ولا سائر العناوين الخاصة فغير متصور لان الاعطاء والاخذ من دون قصد عنوان
من العناوين لا يتصور الا من العابث واللاعب كما ان قصد التمليك المطلق مع العوض المسمى ليس الا قصد البيع لما عرفت ان
البيع عبارة عن تبديل العين بالعوض واما الاقوال فعمدتها اربعة فان القول بان الفعل حكمه حكم المقبوض بالعقد الفاسد لا
يترتب عليه الملكية ولا الاباحة الا اذا اباح التصرف من دون ابتناء على الفعل فشاذ الاول افادته الملك اللازم الثاني افادته

الملك الجائز الثالث افادته الاباحة المطلقة الرابع افادته اباحة التصرفات الغير المتوقفة على الملك ثم انه وقع البحث في
ان مورد هذه الاقوال هو ما اذا قصدا بالفعل التمليك او ما اذا قصدا به الاباحة او بعضها مبني على الاول وبعضها مبني
على الثاني ينسب الى المشهور افادة التعاطي الاباحة ولو قصدا به التمليك وحيث ان هذا المعنى مناف ظاهرا لما هو المسلم
عندهم من ان العقود تابعة للقصود وان ما لم يقصد لا يقع حمل المحقق الثاني الاباحة في كلامهم على الملك الجائز فقال
مقصودهم من انه لو قصد التمليك يفيد الاباحة انه يفيد الملك الجائز وحمل صاحب الجواهر مورد كلامهم في افادته الاباحة
على ما اذا قصد الاباحة وتعجب ممن جعل محل الكلام ما اذا قصد التمليك ولا يخفى بعد هذين التوجيهين اما الاول فلان
حمل الاباحة على الملك الجائز خلاف الظاهر مع انه لا يقبل هذا الحمل جملة من عبارات الاساطين كعبارة الخلاف ونحوها
فان نفي البيعية واثبات الاباحة لا يلائم القول بان المقصود من الاباحة هو الملك الجائز واما الثاني فابعد وجها من
الاول اما اولا فلانه لا يمكن ان يكون مورد قصد الاباحة محلا للنزاع في افادته الاباحة ام لا بل افادة الاباحة في صورة
قصدها من الامور الواضحة واما ثانيا فلان بعض عباراتهم صريح في انه اذا قصدا التمليك يتحقق الاباحة كعبارة الغنية و
السرائر وعلى هذا فتوجيه السيد قده في حاشيته على المتن عبارة الجواهر من انه قده لا ينكر ان محل النزاع هو مورد قصد التمليك
الا انه يقول ان مرادهم من قولهم انها تفيد الاباحة انها تفيدها في صورة قصدها فغير مفيد لان ما هو محل النزاع الذي
هو مورد قصد التمليك هو محل الاقوال الاربعة او ازيد وبالجملة استبعاد هذا المعنى وهو انه كيف يقع ما لم يقصد دعاهما
الى توجيه احدهما الاباحة بالملك المتزلزل وتوجيه ثانيهما افادة التعاطي للاباحة بما اذا قصداها بل قال الثاني ان
القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعاظم الاصحاب ولكنه لا يخفى ان
الالتزام بافادة التعاطي الاباحة في صورة قصد التمليك لا استبعاد فيه وتوجيه ذلك بوجوه الاول ما يظهر من بعض من ان
الشارع رتب تعبدا الاباحة على الفعل الذي اوجد بقصد التبديل في طرفي الاضافتين وهذا نظير ما يقال من ان
الشارع رتب على النكاح بقصد التمتع اذا نسيا ذكر الاجل النكاح الدائمي الثاني ان تحقق التمليك مشروط بشرط
متأخر وهو تحقق احد الملزمات نظير توقفه في بيع الصرف على القبض وانما يباح التصرف في باب المعاطاة ولم يجز في باب الصرف
للسيرة التي هي العمدة في الباب دون باب الصرف والسلم وبعبارة اخرى هذا القائل يلتزم بحصول الملك من جهة قصد التمليك وايجاد
ما هو مصداق للبيع غاية الامر مشروطا بامر متأخر على نحو صحيح فيؤول الى البيع ويجوز التصرف قبل حصول الملك لتضمن التمليك الاباحة
ايضا او للسيرة الثالث ما وجهه به شيخنا الاستاد مد ظله على نحو لا ينافي تبعية العقود للقصود وتوضيح ذلك يتوقف على بيان امور
الاول ان عناوين الافعال تارة تكون عنوانا اوليا لها كعنوان الضرب والقتل والقيام والقعود واخرى تكون عنوانا ثانويا
توليديا كانت او لم تكن كالاحتراق المترتب على الالقاء فانه مسبب توليدي والتألم المترتب على الضرب والتعظيم او الاهانة

في توجيه كلام المشهور من ترتب الاباحة على المعاطاة مع قصد التمليك

المترتب على المعاطاة او القبول والتمليك والقبلات المترتبين على التعاطي ونحو ذلك من العناوين الثانوية المترتبة على الافعال كالرجوع في الطلاق الرجعي الحاصل بالوطي وكالاجازة في العقد الفضولي والفسخ او الرد في العقد الخياري الحاصل بالتصرف الفعلية ثم العنوان الثانوي تارة يترتب على الفعل قهرا واخرى مع القصد على كلا التقديرين تارة يكون من الامور الاختيارية واخرى من الامور الاعتبارية ثم لا يخفى ان العنوان الثانوي المقصود سواء كان تاصليا او اعتباريا لا يترتب على الفعل الا اذا قصد هذا العنوان الثانوي ولما اذا كان قهريا فلا يعتبر قصده بل نفس قصد الفعل كاف فلا قصد لهذا العنوان عن قصد اختياري من الفاعل فان من قصد الضرب ولو لم يقصد الايلام يترتب عليه قهرا ويصدر عنه اختيارا بل عمدا ولو قصد خلافه فرضا يحصل الشك في باب الحجر ان التصرف الخ والمالكية موجبة لتحقق الاجازة ولو لم يقصد منها عنوان الاجازة ويشهد له ما ورد في رضى مولى الجارية بتزويج سيدها منه وتحقق في محل ان وطي الزوجة المطلقة الرجعية يترتب عليه الرجوع وان قصد به الزنا الشائع ان العناوين المنشأة بالقول او الفعل لا بد ان يكون القول او الفعل فيها مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشايع الصناعي البحث بحمل هذا العنوان عليه بالحمل الطبيعي على مصداقية فاذا لم يكن الفعل مصداقا لعنوان خاص فلا يكاد يتحقق هذا العنوان ولو قصد تحققه منه فلو قصد الرجعية بالعضاء لا يتحقق الرجوع ولو قصد بضربها الرجوع فقصد عنوان من الفعل الذي لا يكون مصداقا لهذا العنوان لا محالة يكون من الدواعي لا بجاء الفعل فان فعل الفاعل لو لم يترتب عليه هذا الداعي لا بلا واسطة ولا مع الواسطة فلا يمكن قصده من الفعل بل لا محالة يكون الفعل من العلل الاحداثية لهذا الداعي بل لو اخطأ الفاعل وتخيل ترتب على الفعل فلا يكون الفعل ايضا مصداقا لهذا الذي تخيل ترتب عليه ولا يكون داعيا لا محالة وبالجملة الدواعي هي التي توجب ايجاد الافعال التي يترتب عليها عنوان اخر ويكون هذا العنوان علة احداثية لتحقق الداعي كالتسقي والحرث والترويح لحصول الحنطة ونحوها الثالث ان تخلف الدواعي او غايات الافعال لا يضر بتحقق عناوينها ولو قصد من اصدار الفعل هذه الغاية ولا يخرج الفعل عن كونه قصديا واراديا لانا اذا فرضنا ان عنوانا قصديا قصد من الفعل لاجل غاية ولم يترتب عليه هذه الغاية كما اذا اشترى شيئا لاجل التضيف ولم يحصل التضيف فهذا العنوان المقصود كالتملك يحصل من الشراء وهكذا العنوان الثانوي القهري ايضا يترتب على الفعل ولو لم يترتب عليه غايته وذلك واضح اذا عرفت ذلك فيمكن ان يوجه ما افاده المشهور انه لو قصد بالتعاطي القبلية لا يترتب عليه الا الاباحة بان الفعل حيث لم يكن بالحمل الشايع الصناعي مصداقا للبيع فقصده وايجاده ما هو غير مصداق لا يفيد الملك وذلك لان البيع على ما عرفت هو التبديل وحيث ان التبديل ليس تبديلا اخارجيا بل تبديل الحد طرفا لا اشيا بمثله وهذا امر اعتباري من سنخ المعاني وما هو موجود والذي ايجاده هو القول فقط فان الفعل الماضي مثلا هو الزمان اشيا ما جعل مادة لهيئة والفعل ليس مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشايع الصناعي فقصد عنوان التمليك وايجاده ما ليس مصداقا له لا اثر له واما ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدها فلما عرفت من ان

اذا كان عنوان ثانوي مترتبا على الفعل قهرا فقصد العنوان الثانوي غير لازم بل قصد خلافه ايضا لا يضر ولا اشكال ان
الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجي وادخال العين من مالكها تحت استيلاء الغير والفعل هو بنفسه مصداق
للتسليط الخارجي فقصد التمليك منه لا يخرجه عن التسليط الخارجي فلا يقال ان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد لان عدم
وقوع ما قصد انما يضر اذا لم يكن ما قصد من دواعي الفعل ووقوع ما لم يقصد انما لا يصح اذا كان الواقع من العناوين القصدية
واما اذا كان من العناوين القهرية فنفس قصد الفعل كاف لوقوع العنوان الثانوي القهري هذا غاية ما يوجه به كلام المص
ولكن لا يخفى ما فيه اما اولا فلانه يلزم على هذا ان يكون المقبوض بالعقد الفاسد ايضا مفيدا للاباحة لا سيما اذا كان المعطي عالما
بالفساد فان بين المقبوض بالعقد الفاسد والمقام وان كان فرق اذ القبض هناك لا ينشأ به الاباحة بل يقع مبنيا على العقد ووفاء
به واما القبض في المقام فينشأ به التسليط ويقع نفس الفعل مصداقا للتسليط المالكي ولكن هذا الفرق غير فارق لان قصد
الوفاء في ذلك الباب كقصد التمليك في المقام فاذا كان قصد التمليك لغوا لكونه من الدواعي فكذلك قصد الوفاء فاذا كان
نفس الفعل مصداقا للتسليط وكان نفس قصد الفعل كافيا لتحقق عنوان الاباحة فلا بد ان يكون كافيا في باب المقبوض
بالعقد الفاسد مع انه ادعى الاجماع على ان المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب في عدم جواز التصرف فيه واما ثانيا
فلان الفعل بنفسه لا يفيد التسليط التمليكي ولا الاباحة ولذا قلنا ان المتعاطيين لو لم يقصدا عنوانا من العناوين يقع
الفعل لغوا فافادته النقل او الاباحة ونحوهما انما هو بالقصد فالفعل بمنزلة المادة المشتركة قابلة لقصد احد العناوين به
وما قلنا من ان الفعل لا بد ان يكون بالحمل الشايع مصداقا للعنوان ينشأ به لا ينافي ان يكون الفعل مع القصد مصداقا لذلك
العنوان وبعبارة اخرى لم نقل ان الفعل المجرد عن القصد لا بد ان يكون مصداقا لعنوان ما ينشأ فاذا كان مصداقيته لعنوان بقصد
ذلك العنوان فكل عنوان كان الفعل مع قصد هذا العنوان مصداقا له ينشأ به الا اذا كان هذا العنوان من العناوين التي لا
يمكن ان ينشأ بالفعل كالصلح والنكاح مثلا فان الصلح الذي هو التسالم على امر لا يكون الفعل مصداقا له ولا يمكن ان يكون
مما ينشأ به وهكذا النكاح فان الفعل سفاح ومصداق لضد النكاح وبالجملة دعوى ان الفعل مصداق للتسليط المالكي
المفيد للاباحة دون التمليك لا تبتني على اساس بل الفعل مشترك بين هذين العنوانين والقرض والعارية ونحو ذلك و
يتميز كل عن غيره بالقصد فاذا قصد به التمليك يتحقق به الملكية نعم التمليك الحاصل به ليس لازما كما سيظهر وجهه ولكن
هذا غير عدم افادته التمليك فقياس التمليك بالصلح والنكاح مع الفارق هذا مع انه لو قلنا بان الفعل مع قصد التمليك
ايضا ليس مصداقا لعنوان البيع فان الفعل ليس من سنخ الالفاظ التي ينشأ بها المعاني بل هو مصداق للتسليط المالكي
ليس الا انه لا شبهة ان تسليط المالك على جميع انحاء التصرفات المتوقفة على الملك لازم مساو للبيع وسيجيء ان شاء الله ان عناوين
العقود والايقاعات يصح انشاؤها بما يكون لازما مساويا لها ولا يقاس باب اللازم المساوي بباب الكنايات والمجازات

والاجناس والفصول ان قلت فعلى هذا يصح انشاء البيع بلفظ سلطتك على جميع انحاء التصرفات قلت الفرق بين الفعل
لفظ سلطتك انه قامت السيرة على الفعل ولم تقم على هذا اللفظ ومجرد اشتراكهما في المنشأ ما لم يقم دليل على صحته لا يفيد فتدبر
جيدا وثالثا افادة الفعل انما يستقيم لو كان المقصود منها الاباحة انما يستقيم لو كان المقصود منها الاباحة بالعوض الواقعي
فان التسليط لو لم يقصد به المجانية لا يقتضي الا ضمان المتسلط بالمثل او القيمة واما ضمانه بالمسمى فهذا خلاف ما يقتضيه الاباحة
لان الضمان بالمسمى من اثار التمليك فتدبر ورابعا المشهور القائلون بالاباحة في مورد قصد التمليك لا يفرقون بين اباحة التصرفات
الغير المتوقفة عليه مع ان اقتضاء الاباحة جواز التصرفات المالكية متوقف على دليل ولذا استبعد الشيخ الكبير هذا المعنى وكيف
كان القول بان قصد التمليك من الدواعي والاباحة من العناوين القهرية لا يرجع الى محصل فالاقوى ان يقال ان التعاطي
بقصد التمليك يفيد الملك الجائز ولكن لا من جهة حمل الاباحة في كلام المشهور على ذلك بل لان هذا مقتضى القواعد الشرعية
والادلة المأثورة اما افادته الجواز فلما سيجيء توضيحه واجماله ان اقتضاء الجواز من جهة عدم تحقق موجب اللزوم فان موجبه اما الحكم
الشرعي التعبدي كما في النكاح والضمان واما من جهة التزام المتعاقدين به مع الامضاء الشرعي كما في البيع العقدي والمعاطاة فاقدة لكل
منهما والحاصل ان الجواز على اقسام ثلاثة احدها الجواز الحكمي كالجواز في الهبة مقابل اللزوم في النكاح ثانيها الجواز الحقي كالعقد الخياري
سواء كان الخيار بجعل شرعي كخيار المجلس ونحوه او بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط فان الجواز على كلا التقديرين حق مالكي في مقابل
اللزوم العقدي بمعنى ان الالتزام العقدي يملكه احدهما او كلاهما على ما سيجيء في مبحث الخيار ويظهر في محله ان حقيقة الخيار هو ملك كلا
الالتزامين وثالثها الجواز لعدم تحقق منشأ اللزوم كما في المعاطاة فان الفعل بقصد تبديل احد طرفي الاضافة بمثله لا يقتضي الا
نفس هذا التبديل ولا يدل الا على التزام كل من المتعاقدين بما التزما به فلا التزام فيه فلا موجب للزوم وهذا بخلاف القول فان قوله
بعت ينشأ به معنيان احدهما بالمطابقة وهو تبديل احد طرفي الاضافة بمثله الذي يحصل بالفعل ايضا وثانيهما بالالتزام وهو التزام
كل من المتعاقدين بما اوجداه من التبديل ومن هذه الجهة يسمى التبديل القولي عقدا وعهدا مؤكدا وهذا المعنى لا يمكن ان يتحقق
بالفعل الذي يحصل به التبديل لانه ليس للفعل دلالة الالتزام نعم قد يوجد هذا المعنى بفعل اخر كالمصافقة كما هو المتعارف بين
الدلالين او بين المالك والمشتري واما افادته الملكية فلان تبديل احد طرفي الاضافة بمثله كما يتحقق بالقول كذلك يتحقق بالفعل
غاية الامر يتوقف تحققه به على قصد التمليك منه والدليل عليه صدق البيع عليه عرفا فيدل على صحته جميع الادلة الدالة على صحة
البيع بالقول عدا قوله عز من قائل اوفوا بالعقود لاختصاصه بما يتضمن العهد المؤكد وما يكون فيه عقدة وشد بل لو نوقش في صدق
البيع عليه فيكفي في افادته التمليك قوله عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض ومنع كونه تجارة مكابرة محضة فان التجارة
عبارة عن التكسب ويكفي ايضا السيرة القطعية من زماننا هذا الى زمان الخاتم بل الى هبوط ادم على نبينا واله وعليه السلام فان الناس
يعاملون في المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك ولكنه لا يخفى انه لو نوقش في صدق البيع عليه فالسيرة واية التجارة لا تفيدان الاثبات المدعى

على الملك والتوقف

لأنه بناء على جواز التصرف المتوقف على الملك على الإباحة ايضا لغاية ما تفيده السيرة وإنما التجارة هو جواز التصرف المالكية وهو لازم اعم الآن يقال ان السيرة قائمة على افادة الملك وانه لا معنى للاباحة بالعوض المسمى كما اشرنا اليه سيجيء وجهه وكيف كان مع صدق البيع عليه مكاتبة واضحة ويحتمل الاجماع في كلام بعضهم على عدم كونه بيعا فاول على البيع اللازم لا على اصل البيع يكفي لصحته قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فان المستثنى المنقطع يفيد عموم نفوذ كل تجارة عن تراض لخروجها عن اكل المال بالباطل وقوله تعالى احل الله البيع بناء على تعلق الحلية بالحاصل من المصدر ظاهر في الحلية الوضعية كسائر الاحكام المتعلقة بالموضوعات الخارجية ولكن المصنف قدس سره متأمل في ذلك ووجه منع مقابلة الحلية في الآية مع الحرمة الظاهرة في الحكم التكليفي فان حرمة الربوا يراد منها ما يحتمل على مخالفتها العقاب الفساد ولكنه يمكن ان يجاب عنه بان الربوا هنا بمعنى الزيادة وهي المال المأخوذ زائدا على احد العوضين فالحرمة فيها ايضا وضعية وبالجملة فالحق في المقام ان يقال ان الفعل الواقع من المتعاطيين بقصد التمليك والتملك مصداق للتجارة الاعتبارية ويتحقق به تبديل احد طرفي الاضافة بمثله كما يتحقق بالحجارة الاصطلاحية ويكفي عنه السيرة المستمرة بين اهل الشرايع في انشاء التمليك والتملك بروتضر المتعاطيين فيما انتقل اليهما حتى ما يتوقف على الملك فمنع صدق البيع عليه لا وجه له اصلا فاذا صدق عليه البيع يكون من افراد التجارة عن تراض ومن مصاديق قوله عز من قائل واحل الله البيع من غير فرق بين ان يجعل الاستثناء في الآية الاولى من الاستثناء المنقطع او من المتصل بان يكون الاستثناء راجعا الى مطلق الاكل ويكون معنى الآية لا تتصرفوا في اموالكم بنحو من الانحاء فانه باطل الا التجارة عن تراض لانه نزل على حال يدل على نفوذ التجارة عن تراض وانها تما يجوز ومن غير فرق في الآية الثانية بين ان يراد من الحلية الحلية الوضعية او التكليفية اما على الاول فواضح فان تعلق الحل والحرمة بالاعيان الخارجية بلحاظ تعلق فعل المكلف بها ظاهر في صحتها ونفوذها بالمطابقة واما على الثاني فلان متعلق الحل هو السبب اي نفس التمليك والتملك فاذا كان التمليك حلالا امضاء انتج كما لو قيل ان بيع المصحف من الكافر حرام فان معناه انه لا يقع لان معنى حلية التملك وحرمته ان ايجاد السبب بيده موجود او ليس بيده فعلى هذا يرد على المصنف قدس سره اولا بانه لا وجه للتأمل في كون الحل في الآية ظاهرا في الحلية الوضعية وثانيا ان الحلية التكليفية ايضا تفيد الصحة وتحقق البيع لانه لا وجه لان يجعل متعلق الحلية التصرفات التي هي من آثار تحقق البيع بل نفس السبب الذي هو عنوان ثانوي لفعل المكلف واما ترتيب منه متعلق الحل فلا يرد على الآية بين ما افاده قدس سره في قوله اللهم الا ان يقال انها لا تدل على حل الملك فتأمل لان على اناجر جميع التصرفات المتوقفة على الملك ثالثا ان اباحة التصرف اذا اقتضت الملك في سائر المقامات يقتضيه في المقام ايضا وما افاده من ان الاقتضاء في سائر المقامات بالاجماع وهو مفقود في المقام فيه ان اقتضاءها في سائر المقامات ايضا بوجب الاقتضاء بالمقدار اللازم وهو الملكية انما الامر اول الامر وبالجملة لو قلنا ان الآية بين لا تدل الا على جواز مطلق التصرفات المتوقفة على الملك فالالتزام بان فعل البيع الصحيح يستلزم جواز مطلق التصرف الملك من اول الامر

ج ٢ ص ٢٠٠

دون البيع بالفعل فانه يستلزم فيه جواز التصرف الملك انا ما لا وجه له فان الاجماع في البيع بالصيغة ايضا لا يقتضي
الملك الا انا ما فعلى هذا اما لا يقتضي البيع بالصيغة الملك من اول الامر واما لا فرق بينه وبين البيع بالفعل ثم يرد
عليه انه لو لم نقل بدلالة الايتين على حصول الملكية بل على جواز التصرفات فكما يمكن الالتزام بالملك انا ما كذلك يمكن تخصيص
الادلة الدالة على عدم جواز البيع والوطي والعتق في غير الملك وبعبارة اخرى الالتزام بالملك انا ما بلا موجب لانه يمكن
ان يكون الايتان مخصصتين لقواعد اخرى ورابعا الاشكال في السيرة في المقام موجب لهدم اساس السيرة اصلا ورأسا
ثم ان ثبوت السيرة على التوريث يكشف عن حصول الملك بالتعاطي من اول الامر فانه لا موجب لتقدير الملك انا ما للمورث
حتى يرثه الوارث ثم انه قد يستدل على حصول الملكية بالمعاطاة بعموم الناس مسلطون على اموالهم بتقريب ان من انحاء سلطنة
المالك تبديل ماله بمال غيره بالفعل ولكنه لا يخفى ان عموم انحاء السلطنة انما هو باعتبار افراد السلطنة التي ثبتت للمالك
كالهبة والبيع والقرض والاجارة فلو شك ان نوعا اخر من انحاء السلطنة كالصلح من افراد هذا العموم فيتمسك بعموم هذه
الرواية لصحته ونفوذه واما لو علم بتسلط المالك على بيع ماله ولكنه شك ان الموجد له هو الفعل ايضا او ينحصر بالقول فليس
العموم ناظرا اليه وبعبارة اخرى لا يمكن التمسك بهذا العموم للمقام ولا لما شك فيه من شروط الصيغة مثل كفاية الفارسية ونحوها
هذا كله بناء على حصول الملك بالمعاطاة واما بناء على القول بالاباحة فهل يمكن التمسك له بقوله الناس مسلطون على اموالهم والبحث
فيه يقع من جهتين الاولى في التمسك به لسلطنة المالك على اباحة ماله لغيره بالاباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك كالبيع
ونحوه الثانية لتسلطه على اباحة ماله بالعوض المسمى اما الجهة الاولى فسيجيء في ذيل البحث عن كلام المص في التنبيه الرابع
مفصلا واما الثانية فانا وان اخترنا في الدورة السابقة امكان ادراج هذا النوع من الاباحة في عنوان الصلح الا ان الاقوى
ان الاباحة بالعوض المسمى ليست من انحاء سلطنة المالك راسا لان كون المسمى عوضا يتوقف على تضمين معاملي وهو يتوقف
على ان يكون ضامن المسمى مالكا لمال طرفه لا كونه مباحا له وبالجملة مالكية المبيح للمسمى مع عدم مالكية المباح له لما ابيح له لا
يجتمعان بناء على ما تقدم من ان حقيقة المعاوضة تقتضي تبديل احد طرفي الاضافة بمثله في الملكية او تبديل نفس الاضافة وعلى اي
حال لا بد ان يكون كل واحد من الطرفين من سنخ الاخر وسيجيء ايضا توضيح ذلك نعم يصح التمسك لصحة ذلك بالسيرة القائمة
على الاباحة بالعوض المسمى كما هو المعمول في اجارة الدور والدكاكين فان المسافر يستأجر الدار من المالك ليلة بمقدار ثم يبنيان
على ان كل ما بقي المستأجر يعطي الاجرة بذلك المقدار فبناء عليه نفس هذه الاباحة بالمسمى من احدى المعاوضات المتعارفة ويكفي في
امضائها قوله عز من قائل تجارة عن تراض فتأمل **قوله** قده هذا مع ان ما ذكر من ان للفقيه الالتزام حدوث الملك عند التصرف
المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه ولذا ذكر بعض الاساطين اه لا يخفى ان كلام المص في هذا الباب لا يخلو
عن تناقض واضطراب فانه قبل هذا الكلام صرح بان للفقيه الالتزام باباحة جميع التصرفات مع التزامه بحصول الملك انا ما

مسـ وجه التأمل ان التجارة هي التكسب على نحو الملك لا مطلق التعاطي ينقص من مال غيره منه

لا من اول الامر وفي المقام يقول انه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه لما ذكره من التوالي الفاسدة تبعاً لكاشف الغطاء قده
وبعد ذلك يمنع عن فساد التوالي ويصحح ذلك وكيف كان فالمهم بيان ما اورده الشيخ الكبير على القول بالاباحة في مورد قصد
المتعاطيين التمليك وتخيله ان ما ينسب الى المش من افادة المعاطاة الاباحة في صورة قصد التمليك مستلزم لقواعد جديدة
منها تخلف العقد عن القصد وبالعكس اي ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع فان الاباحة غير مقصودة لهما فكيف تقع والتمليك
مقصود لهما فكيف لا يقع وقد تقدم منا جواب هذا الاشكال مفصلاً وهو وان لم يكن مرضياً عندنا الا انه يرفع الاشكال
فان القائل بالاباحة لا يلتزم بان الفعل مصداق العنوان البيع فقصد هذا العنوان وايجاد ما ليس مصداقاً له كقصد الزارع من
الزرع صيرورته حنطة وتخلفه من قبيل تخلف الداعي واما وقوع الاباحة مع عدم قصدها فلما عرفت من انه لا يعتبر في ترتب
الامور المترتبة على الافعال قهراً قصدها بل يكفي قصد نفس الفعل في صدق كونها صادرة عنه اختياراً واما ما اجاب به المص قده حلاً
ونقضاً فلا يفي بدفع الاشكال ولا يستقيم اما جوابه الحلي من ان تبعية العقود للقصود وبالعكس انما هي في العقود اللفظية
واما المعاطاة فعند القائل بالاباحة المجردة ليست عقداً ولا قائماً مقامه ومقتضى ذلك وان كان فسادها الا انه لا مانع من ان
يحكم الشارع بترتب الاباحة عليها تعبداً وبالجملة تبعية العقد للقصد انما هي لاجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر
المقصود عليه فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب المقصود عليه واما المعاطاة فلم يدل دليل على صحتها حتى لا يتخلف العقد عن
القصد ففيه ان تبعية العقد للقصد وبالعكس في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذي هو من افراد قوله عز من قائل اوفوا بالعقود
بل تجري في جميع المنشآت وليست هذه القاعدة حكماً تعبدياً حتى تختص بمورد دون آخر بل حكم فطري ارتكازي منشأه ان الموجد
الاعتباري انما يوجد بآلة ايجاده اذا صدر عن قصد فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء وليس حكم الشارع في باب العقود
الا امضاء ما هو طريقتهم فحكم الشارع بترتب غير ما قصد لم يقم عليه دليل خاص تعبدي واما جوابه النقضي من ان تخلف العقد
عن القصد في المقام نظير تخلفه في الموارد الخمسة وهي عدم ترتب الضمان بالمسمى على العقد الفاسد بل ترتب الضمان الواقعي عليه
مع ان قصد المتعاقدين هو المسمى وعدم تقييد الشرط الفاسد العقد مع انهما لم يقصدا المعاملة الا مقرونة به وعدم اعتبار
انضمام ما لا يملك الى ما يملك مع انهما قصداهما منضماً وعدم تأثير قصد البائع الغاصب البيع لنفسه وترتب غير ما قصد وهو
وقوعه للمالك مع اجازته وعدم تأثير قصد الانقطاع وترتب غير ما قصد عليه وهو الدوام ففيه من الغرابة ما لا يخفى اما الاول
فلان موضوع البحث هو العقود الصحيحة لا الفاسدة فعدم ترتب الضمان بالمسمى في العقد الفاسد لا يفيد في اثبات جواز تخلف
العقد عن القصد فلا يقال انهما اقدما على الضمان بالمسمى ولم يترتب عليه ولم يقدما على الضمان بالمثل او القيمة فكيف يترتبان عليه
لانه لا اثر لاقدامهما على المسمى اذا كان ملغى عند الشارع لاختلال شروط العقد وسيجيء في قاعدة ما يضمن ان منشأ الضمان
بالمثل او القيمة انما هو قاعدة اليد لا الاقدام على الضمان حتى يقال انهما اقدما على الضمان بالمسمى لا الضمان الواقعي وما يظهر

فيما اورده الشيخ الكبير على القول بالاباحة

من الشيخ والمسالك من كون منشأ الضمان هو الاقدام فسيجيء ان تمسكهما بقاعدة الاقدام انما هو لاثبات عدم تحقق
الرافع للضمان وهو الاقدام على المجانية فحاصل كلامهما ان منشأ الضمان في العقد الفاسد هو قاعدة اليد مع عدم قصد
التبرع واما الثاني فلان الشرط الفاسد لو كان غير موجب للاثر حتى الخيار لكان النقض واردا وصح ان يقال انهما لم يقصدا
المعاملة الا مقرونة به فكيف تصح مع عدم اقترانها به واما بناء على المختار من صحتها مع الخيار فلا يرد النقض اصلا لان منشأ صحة
المعاملة عدم كونها مقيدا بحيث ينتفي القصد بانتفاء القيد واما الخيار فالالتزام العقدي حيث انه مرتبط بالالتزام الشرطي
فتخلفه يوجب الخيار وبالجملة لو قيل ان الشرط موجب لكون المنشأ امرا خاصا فمقتضاه ان فساده يوجب فساد العقد واما
لو كان هناك التزام في التزام اي التزام مرتبط بالتزام اخر ففساد احدهما لا يوجب الا الخيار وعلى اي حال القائل بالصحة
اما مع الخيار او بدونه لا يلتزم بان القصد الخاص منشأ للعقد المشروط حتى يرد النقض عليه بانه تخلف العقد عن القصد نعم
لو التزم بانه ليس في العقد المشروط الا التزام واحد وقصد خاص ومع ذلك لا يقتضي تخلفه فساد العقد لكان النقض واردا
وهذا مما لم يقل به احد وكيف كان الامر المختلف فيه لا يناسب جعله موردا للنقض واما الثالث فلان صحة بيع ما يملك وفساد
ما لا يملك سواء كان المراد منه ما لا يقبل التملك كالخمر والخنزير او كان ملك الغير انما هو لانحلال العقد الى عقدين احدهما
صحيح والاخر اما فاسد او موقوف على الاجازة ولا وجه لنقضه بالمقام لان في كل من الجزئين لم يتخلف العقد عن القصد وانما
صح احدهما لكونه واجدا للشرائط دون الاخر لكونه فاقدا لها ومجرد انضمام ما لا يملك الى ما يملك لا يستلزم الاتحاد و
ذلك واضح واما الرابع فلان قصد الغاصب البيع لنفسه انما هو لبناء على كونه مالكا فبعد هذا البناء يوقع البيع بين ملك
المالكين فعدم وقوعه له لا يقتضي الا تخلف الاعتقاد المقارن لقصد انشاء التبديل بين الملكين وبتعبير اخر الركن في المعاوضات
هو العوضين دون العاقدين وليس البيع كالنكاح في وجوب تعيين الزوجين فكون المالك هو البايع او غيره لا دخل له في صحة
المعاوضة وقصد وقوعه لنفسه ليس الا لجعل نفسه مالكا وتخلف هذا البناء لا يستلزم تخلف العقد عن القصد واما الخامس
فمع كون المسئلة خلافية لا يفيد انقلاب الانقطاع دائما لاثبات تخلف العقد عن القصد لانه يمكن ان يقال ان النكاح
حقيقة واحدة فقصد الانقطاع ليس الا قصد هذه الحقيقة مع خصوصية زائدة يتوقف حصولها على ذكر الاجل فاذا نسي
ذكره يقع اصل الحقيقة التي لا تتوقف على مؤنة زائدة غير ايجادها بما هو آلة لايجادها ونظير ذلك ما اذا كان بناء المتعاقدين
البيع مع شرط خاص ونسيا ذكر الشرط فوقوع البيع وعدم وقوع الشرط لا يوجب تخلف العقد عن القصد قوله قده
ومنها ان يكون ارادة التصرف من المملكات فيملك العين او المنفعة بارادة التصرف بها او معه دفعة اه حاصل اشكاله قده انه
لازم القول بالاباحة المطلقة احد الامرين اما الالتزام بان ارادة التصرف من اسباب حصول الملك مع ان حصوله باسباب مخصوصة
ليست الارادة منها واما الالتزام بان نفس التصرف مملك وهذا مع انه ليس من الاسباب المملكة مستلزم لاشكالات اخر

تجري في تصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما كاجتماع العلة والمعلول في رتبة واحدة فان الانتقال الى المشتري مترتب
على الملك والملك مترتب على التصرف فبالتصرف يحصل الملك والانتقال وكالدور فان صحة البيع تتوقف على الملكية والملكية
يتوقف حصولها على البيع ونظير هذين الاشكالين يأتي في التكليفيات ايضا مثلا الوطي في غير الملك محرم وبه تتحقق الملكية
والحلية المترتبة عليها في رتبة واحدة واجاب عنه المص قده بانه لا باس بالتزام كون ارادة التصرف مملكا اذا كان ذلك مقتضى
الجمع بين الاصل ودليل جواز التصرف وادلة توقف بعض التصرفات على الملك ونحن نقول اولا ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير قده
كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف مملكا وانما جعل المحقق الثاني الارادة من المملكات
دفعا للاشكالات الواردة على تصرف ذي الخيار فينبغي ان يجاب على طبق اشكاله وثانيا الجمع بين الادلة لا يقتضي كون الارادة
من المملكات الا في بعض الصور وتوضيح ذلك ان تصرف احد المتعاطيين فيما ابيح له وكذا تصرف من له الخيار والواهب فيما انتقل
عنهما اما تصرف متلف او ناقل او ما يتوقف على الحلية كالوطي اما المتلف ففي المقام لا يتوقف على جعل الارادة من المملكات و
لا على تقدير الملك آنا ما لان اتلاف المباح له مال المبيح لا يتوقف على كونه ملكا له بل هو كاكل الضيف والغاصب غاية الفرق
ان الضيف ليس ضامنا وفي المقام المتلف ضامن للمسمى والغاصب ضامن للمثل او القيمة نعم لو قلنا ان الضمان بالمسمى لا يصح الا
اذا كان الضامن مالكا للعوض فلا بد من الالتزام بالملك له آنا ما قبل التلف لان المال التالف لا يمكن ان تتعلق به الملكية
حين التلف فعلى هذا الفرض ايضا لا يقتضي الجمع بين الادلة جعل الارادة من المملكات بل حكم المقام حكم اتلاف ذي الخيار والواهب
ما انتقل عنهما في ان مقتضى جواز الاتلاف منهما شرعا وانفساخ العقد به هو رجوع التالف الى ملك المتلف آنا ما ووقوع
التلف في ملكه واما الناقلة كالبيع ونحوه فان قلنا ان الادلة الدالة على عدم نفوذها الا في الملك تقتضي اعتبار وقوع سبب
النقل ايضا في الملك فلا بد من الالتزام بكون ارادة التصرف من المملكات لان العقد لا يمكن ان يقع في الملك الا اذا كان ارادة
البيع من المملكات ولا يمكن هنا دفع الاشكال بتقدير الملك آنا ما لان التقدير الذي هو عبارة عن رجوع الملك عن ملك مالكه
ودخوله في ملك الناقل وخروجه عن ملكه انما يتحقق بنفس النقل لان الملك آنا ما مما تقتضيه نفس المعاملة اي خروج المعوض عن
ملك من يدخل في ملكه العوض يقتضي التقدير آنا ما لا غيره فقول ذي الخيار او الواهب او المباح له بعت يقتضي امرين دخول الملك في
ملك البايع وخروجه عن ملكه وبعبارة اخرى معنى الملك آنا ما اي الملك الغير المستقيم والاعوجاجي وهو يحصل بنفس التصرف النقلي
لا قبل ذلك فاذا التزمنا بانه لا بد من وقوع نفس قول بعت في الملك فلا بد ان يكون ارادة البيع من المملكات واما لو قلنا ان الادلة
لا تقتضي الا وقوع المنشأ في الملك لا السبب الناقل كما هو الحق لان قوله لا بيع الا في ملك ظاهر في نفس المسبب فلا يلزم
الالتزام بجعل ارادة التصرف من المملكات بل يحصل بنفس قوله بعت امران احدهما دخول الملك في ملك البايع وهو يحصل بنفس
الانشاء من حيث انه فعل من افعال البايع وثانيهما خروجه عن ملكه الى ملك المشتري وهو يحصل من الاثر الحاصل من الانشاء

وبعبارة اخرى الفسخ في تصرف ذي الخيار مثلا عبارة عن حل التبديل وهو يحصل بنفس السبب اي يتملك الفاسخ بنفس
الفعل الاصداري ولذا يتملك بالعقد الفاسد ايضا ويتملك المشتري بالاثر الحاصل منه اي باسم المصدر فلا يلزم دور ولا
كون العلة والمعلول في رتبة واحدة لان العلة في رتبة الانشاء والمعلول في رتبة المنشأ ففي رتبة الانشاء يدخل الملك في ملك
البايع ويخرج عن ملكه في رتبة المنشأ وسيجيء توضيح ذلك في محله واما الوطي فاصل الاشكال فيه غير وارد لان الوطي لا يتوقف
على ملك الرقبة فمع فرض جوازه شرعا فهو يملك الوطي ولو لم يكن مالكا للرقبة كمورد التحليل وما افاده المحقق القمي في جامع
الشتات من ان اباحة الوطي له مع عدم كونه مالكا للرقبة يقتضي وقوع العوض في مقابل الوطي وهو مستلزم لحلية اجارة البضع
ففيه ان العوض في باب المعاطاة لم يجعل مقابلا للوطي بل عوض المسمى مقابل لاباحة المالك التصرفات واباحته يقتضي جواز
الوطي وما يقال من ان سبب الوطي منحصر بالملك او التحليل او الزوجية ففيه بعد قيام السيرة على نفوذ جميع التصرفات حتى الوطي
وبعد قيام الدليل على عدم افادة الفعل التمليك فلازم هذين الامرين ان مجوز الوطي ليس منحصرا بالتحليل وملك الرقبة و
الزوجية بل من اسبابه اباحة المالك له التصرف بالعوض بالتعاطي ولو كان هناك كلام فلا بد من المناقشة في اصل افادة المعاطاة
الاباحة او اصل جواز كل تصرف حتى الوطي واما بعد تسليم الامرين فلا يرد محذور اصلا لان جواز المسبب وضعا كالوطي مستلزم لحليته
شرعا قوله قده ومنها ان الاخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحق المقاسمة والشفعة والمواريث والربا والوصايا
تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله اه حاصل اشكاله قده ان في هذه الموارد العشرة وهكذا بالنسبة الى صفة الغنى والفقر يلزم
بناء على افادة المعاطاة الاباحة تاسيس فقه جديد اي الالتزام في موارد المعاطاة بامور مخالفة للقواعد المسلمة في غير مورد المعاطاة
فانه كيف يتعلق الخمس والزكوة بما في يد احد المتعاطيين مع انه ليس مالكا وكيف يجب عليه الحج وكيف يتعلق حق الديان به وكيف
يجب عليه الانفاق على من يجب عليه وكيف يجوز الزام شريكه بالقسمة وكيف يجوز له الاخذ بالشفعة وكيف يرث منه وارثه وكيف يجري
الربا فيه اي اذا اشترى بجنس ما في يده مع الزيادة وكيف يحرم عليه مع ان الربوا لا يجري في غير المعاوضات الموجبة لتبديل احد طرفي
الاضافة في الملك وكيف يلاحظ ثلث مال الميت بالنسبة الى ما في يده مع انه ليس مالكا له وكيف يكون غنيا لا يجوز له اخذ
الزكوة او الخمس مع انه فقير لا مال له هذا والمحقق الخراساني قده في حاشيته على الكتاب حمل بعض اشكالات الشيخ الكبير قده على غير
ما بيناه فانه في مقام الجواب قال ففيه انه لا محذور في كثير منها كالاستطاعة واداء الدين والنفقة الخ فتوهم ان الشيخ استشكل
بانه كيف يجوز اداء الدين من هذا المال الذي ليس مالكا له وهكذا كيف يجوز له الانفاق منه مع ان اتحاد السياق يقتضي ان يكون
اشكاله في تعلق حق الديان وتعلق وجوب الانفاق به لا في جواز اعطاء الدين في مقام الوفاء منه وكيف كان فقد اجاب المصنف عنه بما
لا يخلو عن اضطراب واشكال اما الاضطراب فلان قوله واما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوة اه فهو استبعاد محض ودفعها
بمخالفتها للسيرة رجوع اليها يحتمل معنيين احدهما انه لا تلتزم بتعلق هذه الامور بما في يد احد المتعاطيين مع بقاء مقابله

في اقتضاء الالتزام بالاباحة تأسيس فقه جديد

في يد الآخر وجدانا او تعبدا ودعوى ان عدم التعلق مخالف للسيرة فانها قائمة على التعلق ففيه انه بناء على هذا لا يستلزم التعلق
مخالفة القاعدة فان السيرة دليل عليه وثانيهما نلتزم بتعلقها به مع عدم كونه مالكا ودفع تعلقها بمخالفته للسيرة لانها قائمة على
ان ما ليس ملكا لا يتعلق به هذه الامور رجوع الى السيرة وكلام الشيخ الكبير ناظر الى مخالفته للقواعد لا مخالفته للسيرة واما
الاشكال فلان الجواب على كلا الاحتمالين لا يستقيم اما على الاول فلان مجرد كون السيرة دليلا على التعلق لا يرفع الاشكال
لان اصل الاشكال هو انه لا يمكن ان يكون في المعاطاة وغيرها فرق فجوابه بان في المعاطاة قامت السيرة بتعلق هذه الامور بما
لا يكون ملكا لا يستقيم لان حاصل اشكاله انه لو قيل بتعلق هذه الامور بما ليس ملكا فلا بد من الالتزام به مطلقا ولو قيل
بعدم تعلقها به فيقال بان السيرة قائمة على التعلق فلا مناص عن الالتزام بافادة التعاطي الملك حتى لا يكون فرق بين موارد
الاملاك واما على الثاني فلانه اقرار بالاشكال لانه التزام بتعلق هذه الامور بما لا يكون ملكا وهذا فقه جديد ونحن نقول
لا يرد الاشكال الا في ثلاثة موارد وهي تعلق الخمس والزكوة وحق الشفعة بما لا يكون ملكا فان الظاهر من ادلتها اعتبار الملكية
ويظهر من صاحب الكفاية انه لا يعتبر في تعلق حق الشفعة بما بيع بالمعاطاة ان تكون مفيدة للملكية لان الشفعة تتعلق ببيع احد
الشريكين شقصه سواء باعه على نحو يفيد الملكية او لا فالشريك الذي يملك الشقص الآخر له الاخذ بما اباحه شريكه لغيره بالعوض
المسمى ولا يخفى صحة ما افاده بناء على ان يكون نظر الشيخ الكبير الى هذه الصورة واما لو كان دار مشتركة بين من كان نصفها ملكا
له ومن كان نصفها مباحا له فباع مالك النصف من غير شريكه فهل يمكن الالتزام بان للشريك الذي كان نصفها مباحا له
الاخذ بالشفعة فتأمل واما الموارد الباقية فتعلقها بما في يد احد المتعاطيين لا يكشف عن الملكية بل يمكن ان يكون مباحا ومع
هذا تتعلق به اما الاستطاعة فلحصولها ببذل الزاد والراحلة ايضا واما الغنى المانع عن استحقاق الزكوة فلعدم توقفه على الملك
ولذا لا يجوز اخذ الزكوة للاقارب اذا كان من يجب عليه الانفاق عليهم مليا واما تعلق حق الديان به فلانه وان لم يكن من بيده مالكا
الا انه لكونه مالكا لان يملك باسترداد العوض او بالتصرف فيما عنده فللغريم الزامه باحدهما واما تعلق حق الانفاق به فلان
وجوب الانفاق يدور مدار الغنى وهو حاصل بكون ما في يد المنفق مباحا له واما حق التقسيم فلعدم اختصاص وجوب الافراز على
الشريك في الشيء المشاع بين الشخصين بان يكون كل منهما مالكا له بل حيث ان المباح له له التصرف فيما ابيح له باي نحو من انحاء
التصرف فله الزام شريكه بافراز حقه الموجب لصيرورته ملكا له واما مسئلة الارث فلا يبعد ان يقال ان الموت موجب للزوم كموت
الواهب واللزوم هنا مساوق للملكية بناء على ان الاباحة اللازمة غير متصورة هذا مع ان الارث لا يتوقف على الملك لان كل ما
تركه الميت من حق او ملك يرثه الوارث واما مسئلة الربا فلا تختص حرمته بالبيع الموجب للملك بل يجري حتى في الضمان بالمثل
والقيمة فضلا عن الضمان بالمسمى واما مسئلة الوصية فلو كان المراد من الاستبعاد انه كيف يكون ما ليس ملكا مخرجا للثلث ففيه
انه لو قلنا بان المال المباح يصير ملكا بموت المباح له فلا اشكال لان الثلث يخرج مما يملكه حين الموت نعم لو قلنا بعدم سيرورته

بواسطة الحيلولة الا ان هذا لا يقتضي الا ضمان المنافع او النقص فاما يستحق اجرتها او ارشه فالاولى الاستدلال له بما اشرنا اليه في صدر المبحث وهو ان على اليد يقتضي كون الضامن ضامنا للمأخوذ بجميع خصوصياته الشخصية والنوعية والمالية والصفات السلطنة فاذا كان ماليته في عهدته فاطلاقه يقتضي عدم الفرق بين ان يكون [illegible] وموقتا نعم يرد عليه ان مع بقاء العين لا وجه لدخول ماليته المالية في عهدة الآخذ بل تعلق الضمان بماليته انما هو في طول تعلق الضمان بالعين فان ظاهر الحديث ان نفس المأخوذ في عهدته غاية الامر ان وجوب الرد حيث انه ليس حكما تكليفيا محضا يقتضي اداءه هو عند التلف الا ان يقال انه بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد من الحديث الشريف ان الاخذ انما يجب عليه رد المأخوذ بشخصه وانما يصدق عليه الرد اذا لم يمكن من رد شخصه ولا يرى العرف فرقا بين التلف والتعذر من حيث ان كلا منهما حيث استقرار العين في عهدة الضامن يقتضي ان يخرج من تبعات ماليته نعم اذا كان زمان التعذر قصيرا جدا فلبث هذه المناسبة متحققة كما انه لا يصدق الضرر ايضا الامر الثالث هل الكلام في التعذر على التعذر المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه ومن التعذر العرفي وجهان مبنيان على ما تقدم من الاختلاف في تقريب الاصل في المسئلة ولكن مقتضى الادلة عدم الفرق بين الصورتين فان نفوذ سلطنة المالك انما ضر عليه مشتركا بينهما ففي مورد التعذر العرفي وان وجب على الضامن السعي في تحصيل العين الا ان هذا لا ينافي وجوب البدل في زمان السعي ولا وجه لاجراء استصحاب عدم تسلط المالك الذي كان قبل التعذر فانه محكوم بالطلاق على اليد عموما لسلطنة وقاعدة لا ضرر وغير ذلك من الادلة التي اقاموها على ثبوت البدل واستحقاق المطالبة كما ان مقتضى الادلة ايضا عدم الفرق بين العلم بحصول العين والياس منه ورجاء ولا وجه لاختصاص مورد الياس وليس دليل بدل الحيلولة لبيا حتى يكون المتيقن منه صورة الياس ثم لا يخفى ان جهة البحث في التعذر العقلي او العادي غير جهة البحث في تقييد التعذر بمورد الياس او اطلاقه لان الياس من الحصول قد لا يوجب تعذر التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما ان العلم بوجدانها بعد اورجاء وجدانها قد يوجب تعذر التكليف فعلا لكونه متعذرا الحصول عقلا في هذا الحال اما للمنع الشرعي الذي هو كالامتناع العقلي كما في اللوح الذي يوجب غرسه تلف النفس المحترمة او مال الغير الغاصب واما للمنع الخارجي التكويني كالمنع من مورد الياس والعلم قابل للتقسيم الى التعذر العقلي والعرفي كما ان طول الزمان وقصره ايضا قابل للتقسيم اليهما والى الياس والعلم فما اورده السيد قدس سره في حاشيته بعد قول المصنف ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله لا يخفى ان هذا ليس مطلبا اخر بل هو نفس الوجه الاخير الذي ابداه بان فيه جمعا بين الحقين كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الاول وهو الياس من الوصول فلا وجه للتكرار غير وارد فتدبر وكيف كان لو قلنا بان المالك يستحق المطالبة بالبدل من الضامن بمجرد اخذ البدل غاية الامر انه مشروط بالتلف او التعذر فلا فرق بين اقسام التعذر الا ان يكون زمانه قصيرا جدا

الامر الرابع في الاحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته وهي في ضمن مسائل الاولى هل البدل الحيلولة المالك او مباح له وجهان

في ان التعذر هل يكون كالتعذر الحقيقي

وحصر ما قررناه في جواز الاستيعاب ومنها ان النصر ان جعلناه من النوافل القهرية اه وفيه ان هذا يرجع الى الاشكال الثاني وتقدم الجواب عنه ومنها ان النماء الحادث قبل النصر ان جعلناه حادثا على ملك المالك دون العين فيعيد ومعها فكذلك وكلاهما مناف لظاهر الاكثر وشمول الاذن له خفي وحاصل اشكال الرابع النماء المتصل حكمه حكم العين واما المنفصل فحيث ان قلنا بملك المباح له على ما مر لا يشمل النماء المنفصل فيرد الامر بين ان يقال بعد جواز تصرف المباح له فيه لعدم كونه ملكا للمالك ولا مباحا او يقال بنفس حدوث النماء في يد المباح له يقتضي ان يكون ملكا للمالك وكلاهما تما لا يمكن الالتزام به اما الاول فلمنافاته خلاف الفرض واما الثاني فلانه بلا موجب وقد اجاب عنه المصنف بان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء الى الآخذ بل حكمه حكم اصله ويحتمل ان يحدث النماء في ملك مجرد الاباحة وفيه ما لا يخفى بعده ظاهرا ان استيعابا تما هو في النماء المنفصل فاحتمل الاحتمال الاول وهو عدم انتقال النماء الى المباح له لا يصح لان اباحة فرع شمول الاذن له والشيخ الكبير انكر ذلك وقال شمول الاذن له خفي واما الاحتمال الثاني فهو عين الاستيعاب الذي ذكره وهو انه كيف يحصل للمباح له ملك النماء بمجرد حدوثه ومع انه ليس من اسباب الملك فالحق ان يقال ان مقتضى قوله صلى الله عليه وآله الخراج بالضمان ان يكون النماء ملكا للمالك بناء على ما يسيجيء في معنى الخبر والجمع ان الضمان في البيع ليس بمعنى الاسم المصدر بان يكون معناه من كان ضامنا شيئ ما او كان منشأ الضمان هو الغصب او غيره فيشمله لان هذا المعنى هو الذي افتى به ابو حنيفة وقال الامام عليه السلام من مثل هذا القوي يمنع النماء طردا والارض بركاتها بل معناه هو الضمان المصدر وهو التعهد المعاملي الذي امضاه الشارع وحاصله ان كل من تعهد ضمان شيئ بالتضمين المعاملي فنماءه له وهذا من غير فرق بين ان يكون التضمين على نحو يفيد الاباحة او التمليك فان مقتضى اطلاقه كون منافع المضمون بمعنى كون التخصص ضمانا ما يملكه اولا ما يبحه له هو انه لو تلف يكون مدركا عليه ويكون عوضه للمشتري ملكا للطرف الآخر وهكذا لو طرء عليه فسخ او انفساخ حين كونه تالفا يضمن مثله او قيمته على ما يقتضيه المعاملة وهذا هو معنى الضمان في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالجملة مقتضى ضمان المعاوضة ان تكون المنافع ملكا للضامن فالالتزام بان النماء الحادث قبل التصرف ملك للمباح له دون العين لا بعد فيه في هذا المعنى في البيع وان كان منافيا للقاعدة بتبعية النماء للعين ولكنه لا يخفى حجية تقديمه عليها وان كان بينهما عموم من وجه ما اولا فلان هذه القاعدة ليست مدلولة لنص بل حكم لبي مدركه الاجماع او العقل وليس على اطلاقه بحيث يقاوم البيع واما ثانيا فلان البيع بمنزلة الحكم المعلل لانه متعرض لمنشأ ملكية النماء فان الباء في قوله صلى الله عليه وآله الخراج بالضمان بمعنى المقابلة فاذا كان المنافع بازاء الضمان فيكون البيع حاكما عليها لان الحكم المعلل نص في مورد الاجتماع فيكون قاعدة تبعية النماء للعين ناظرة الى اقتضائها بحسب طبعها الاصلي واما اذا اقتضت معاملة انفكاك النماء عن العين في الملك فلا تنافي بينهما وبين المالك ان تملك في المكتسب بحسب الطبع الاصلي قوله قلت فالقول الثاني لا يخلو عن قوة وعليه فهل هو لازم مطلقا اه قد تقدم وجه قوة القول الثاني وهو ان الفعل بنفسه مصداق للعنوان الذي يقصد فاذا قصد التمليك يترتب عليه لو كان

في المعاطاة بناء على الاباحة

واجد التشريط فعاد القول وعليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقا كما عن المفيد وشرطان يقع قبل الفعل مقارنا من المتعاطيين او جايزة مطلقا وجواز اختيار المضمن قدما الاول بدعوى ظهور الملك في اللزوم وفي الملك فان الملك بعد حصوله بالتعاطي لو شك في زواله بفسخ احدهما فمقتضى الاستصحاب بقاؤه لا يرد على هذا الاصل الا امران احدهما ان هذا الاصل يستصحب بقاء علقة الملك الاول فاذا تقارضا فاستصحاب بقاء العلقة يحكم على استصحاب بقاء الملك لان منشأ الشك في اللزوم والجواز ارتفاع علقة الملك وبقاؤها فاذا استصحبت فيرتفع الشك في المسبب وثانيهما ان الثابت هو الملك المشترك بين المستقر والمتزلزل وبعد رجوع احدهما يرتفع لو كان متزلزلا وكونه مستقرا مشكوك الحدوث والاصل عدم حدوثه ولا يخفى اندفاع كل منهما اما الاول فلان الشك في ثبوت علاقة اخرى للملك غير علقة الملك الكبرى بقيت اخرى الاضعف التي كانت بين الملك والملك ارتفعت قطعا بنقله الى غيره ولم يكن هناك اضعف اخرى حتى تصعب لكون حاكما على اصالة اللزوم فالشك هنا في حدوث علاقة للملك الاصلي بالفسخ لا في بقائها وبقيا ثالثة العقد الجايز بوجب سببية الحيوان ان يحدث علاقة لذي الحيوان فهو مالك الان بملك لان العلاقة الاولى باقية لم ترتفع واما الثاني فيقبله ولا على فرض الاختلاف في حقيقة الملك فان الملك الازم مبائن للجايز فلا مانع من اجراء الاستصحاب في المقام ولو كان المستصحب مرددا بين مقطوع الارتفاع ومشكوك الحدوث لان تردد المستصحب بين الامرين صار منشأ للشك في كون الحادث باقيا او مرتفعا وما توهم من عدم جريان الاستصحاب في هذا القسم لتحصله المضمن قدح في اصوله قسما ثانيا من استصحاب الكلي بالتقريب الذي بينه قدح فيه واختاره السيد الطباطبائي حاشية على المتن هذا في جدا لان حاصل الاشكال في احد الامرين احدهما ان الشك في بقاء القدر المشترك مسبب عن الشك في حدوث ذلك المشكوك الذي لو كان هو الحادث لكان القدر المشترك باقيا فاذا حكم باستصحاب حدوثه فيلزم ارتفاع القدر المشترك وثانيهما ان وجود الكلي بوجود فرده وعدمه بعدم الكلي لو كان في ضمن الحصة الزائلة فهو مقطوع الزوال لو كونه في ضمن الحصة الاخرى مشكوك من اول الامر وكلاهما مندفعان اما الاول فلان الشك في بقاء الكلي وارتفاعه ليس مسببا عن الشك في حدوث ذلك المشكوك الحدوث بل من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذي ارتفع يقينا او الذي يقي يقينا والاصل يعين ان الحادث فاهو مثلا او شك فان الحادث هو المذي او البول بعد الوضوء اذا شك في بقاء الحدث لا يترتب على استصحاب عدم حدوث المذي ارتفاع الحدث الا بضميمة لقطع بارتفاع الحدث في ضمن البول هذا مضافا الى معارضة استصحاب عدم حدوث البول وبالجملة العدم المحمولي لا يترتب عليه الا ثر في المقام والعدم المضاف ليس له حالة سابقة فجريان استصحاب عدم كون هذا الحادث من الحدث الاكبر غير جار هذا مضافا الى ان مجرد السببية والمسببية لا يفيد في رفع الشك عن المسبب لانه اذا كان الترتب شرعيا كترتب انبات الثوب على الحمار مثلا لم يكن في مثل المقام ومسئلة الحدث فان الشارع لم يرتب ارتفاع الملك على عدم حدوث الملك اللازم ولا ارتفاع الحدث على عدم حدث المذي واما الثاني فلان الكلي عين الفرد لا انه منزع عنه فوجود الكلي اذا كان يقينا فرده منشأ للشك في بقاء وتوضيح

دفع الأبرادين موكول الى الأطلاع وقد دفعناها بما لا مزيد عليه في تنبيهات الاستصحاب فراجع واما ثانيا فلانه لا اختلاف في حقيقة الملك وليس الجائز مغايرا للازم في الماهية وانما الاختلاف بينهما في السبب الملك وهو حكم الشارع في احدهما بجواز الرد وفي الآخر بعده وتوضيح ذلك ان منشأ الاختلاف اما اختلاف المنشأ او جعل الشارع اما الاول فواضح ان المعاقد بينهما معنى واحد في البيع الخياري وغيره فانه ليس لاحد طرفي الايجاب والقبول بعد تمامهما وبعلم المرغوب من دون قصد اللزوم والجواز مع ان الاثر انما يقصد لانشاء اللزوم والجواز في البيع واما الثاني فلانه يلزم تخلف العقد عن القصد فان العاقد اوانشأ نفس العقد المشترك فانما خصصه الشارع في بعض الموارد باحد الخصوصيتين وفي الآخر بالخصوصية الاخرى يلزم تخلف العقد عن القصد هذا على ما افاده المصنف قده ولكنه لا يخفى انه لو جعل الشارع العقد المشترك في كل مورد مخصصا بخصوصية خاصة فلابد للعاقد ان يقصد هذه الخصوصية والا لبطل العقد لأنه ان يصح على خلاف ما قصده العاقد فالأمر دائر بين البطلان والصحة بلا تخلف العقد عن القصد لا الصحة مع تخلفه عنه حتى يقال كما في المتن هو بالحمل فيما تقدم من ان العقود المعتبرة عند الشارع تتبع القصود وكيف كان فالصواب في المقام هو المراجعة الى الوجدان ونرى وجدانا ان العاقد في العقود الممكنة لا يقصد الا التملك ولا ينشأ الا ذلك وبالجملة فالحق في وجه جريان الخيار هو اتحاد حقيقة الملك والاختلاف انما هو في السبب الملك حيث حكم الشارع باللزوم في بعض الأسباب والجواز في الآخر مع انك قد عرفت انه لو كان الاختلاف في حقيقة الملك ايضا لجرى الاستصحاب في موارد الشك فان الواقع في الخارج اشبه حكمة او موضوعة من احد الضدين نعم قد يستشكل في جريان الاستصحاب الكلي في المقامين لاشكال في جريان الاستصحاب الشخصي اذا وجد احد الواقعين وتوضيح ذلك انا قد بينا في الأصول ان في القسم الثاني قد يجري استصحاب الشخصي كما يجري استصحاب الكلي وقد لا يجري فاذا شك في انه عمل عملا يرفع الحادث المردد او لا فيجري استصحاب بقاء الشخص الحادث الواقعي وينجز وجوب الاحتياط او الجاء الواقع على اي تقدير مثل الجمع بين الوضوء والغسل في الحدث المردد بين البول والمذي واما اذا توضأ ثم شك في بقاء الحدث الشخصي الثابت قطعا فلا يجري استصحاب الشخص لان الشك ليس في المقابل لحدث اي واحد من الشخصين وفي كل واحد منهما احدكني الاستصحاب مستقلا في الحدث الأصغر فللقطع بارتفاعه واما الأكبر فالشك في حدوثه فعلى هذا لا يجري في مسئلة الحدث بعد ايجاد رافع احدهما وهكذا في الظهر والجمعة والبق والفيل ونحو ذلك لا استصحاب الكلي واما في المقام فلا يجري استصحاب الكلي ايضا لان اختلاف الملك ليس الا بنفس الارتفاع والبقاء فالشك في بقاء الكلي عين الشك في ان الحادث ما هو فان تنوع ليس باختلاف السبب الملك ولا باختلاف حقيقة وما هيته من غير جهتهما ان احدهما يرتفع بالفسخ والآخر لا يرتفع فاذا كان تنوعه بنفس اللزوم والجواز فينفي احدكني الاستصحاب على اي حال لان الملك الجائز مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث ومن اول الامر ويبقى اخرى يعتبر في كل قضية ان يكون المحمول حادثا عن الموضوع اي يعتبر ان يكون الموضوع في القضية مجردا عن عقد الحمل حتى يصلح الحمل وفي المقام حيث ان ليس تقسيم الملك

الى القسمين باعتبار الفصول المنوعة وليس كالحدث المشترك بين النوعين المتخصص كل منهما بخصوصية خاصة من غير جهة البقاء
والزوال بل جهة تقسيمه اليهما منحصرة بالبقاء والارتفاع فلو شك في بقاء الملك وارتفاعه فمعنى استصحاب الملك هو استصحاب
الملك الباقي فيصير البقاء الذي هو عقد الحمل داخلا في عقد الوضع ولا شبهة في خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم لا
تنقض عقلا ومرجع هذا الاشكال في الحقيقة الى ان النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفي كل واحد منهما احد ركني
الاستصحاب منتف كما لا يخفى وعلى هذا فيمكن ان يكون وجه التأمل في كلام المصنف راجعا الى ما ذكرنا لا الى انه ليس للقدر المشترك
اثر كما اشار اليه بعض المحشين فان جواز التصرف اثر للقدر المشترك بين اللازم والجائز وبعضهم ارجعه الى ان الشك هنا في
المقتضي فقاس الملك بالحيوان المردد بين البق والفيل ولا يخفى ضعفه فان الشك في المقتضي هو الذي لم يحرز فيه عمر المستصحب
بحسب امد الزمان كالمردد بين البق والفيل واما الملك فاذا تحقق فلا يرتفع الا بالرافع والشك في تأثير الفسخ شك في رافعية
الموجود قوله قده ويدل عليه مع انه يكفي في الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك اه
لا يخفى ان بعض المحشين اورد على هذا الكلام بانه كيف يكفي في الاستصحاب الشك في ان اللزوم من منوعات الملك او من الاحكام
الشرعية للسبب المملك والحال ان مع هذا الشك ليس المستصحب محرزا وفيه ان مرجع هذا الشك ليس الى الشك في الموضوع
لان القدر المشترك بين ما اذا كان الملك على قسمين وما كان الحكم في السبب المملك على نحوين محرز قطعا وهو اصل تحقق
الملك فان كل من انشأ امرا يتحقق منشأه خارجا بنفس انشائه وتردده بين الامرين منشأ للشك في بقائه فيستصحب ولا يتوهم ان
الشك في المقام نظير الشك في الشبهات المصداقية وتقريب ذلك انه بعد ما ظهر في وجه التأمل خروج هذا القسم من الكلي من
عموم لا تنقض عقلا فاذا شك في ان اللزوم من خصوصيات الملك حتى لا يجري الاستصحاب بناء على عدم جريانه في هذا النحو من الكلي او من
لوازم السبب المملك اي من الاحكام الشرعية حتى يجري فيشك في ان المورد من موارد جريان الاستصحاب او ليس مورده وكل
ما كان كذلك لا يجري فيه الاستصحاب للشك في كون المورد من مصاديق العام وهذا نظير اعتبار الاتصال بين الشك واليقين
فانه اذا شك فيه لا يجري الاستصحاب وحكمه حكم العلم بالانفصال هذا ملخص ما يتوهم في المقام ودفعه واضح وحاصله الفرق بين
المخصص اللفظي والمخصص اللبي والمخصص في المقام لبي لان عدم جريان الاستصحاب انما هو لاعتبار خروج عقد الحمل عن عقد
الوضع عقلا لا لقصور في اللفظ فاذا احرز هذا المانع لا يمكن اجراء الاستصحاب واما اذا شك فيه فيؤخذ بالعموم وليس من قبيل
الشك في الموضوع والشبهة المصداقية فالحق جريان الاستصحاب في مورد الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب
المملك هذا مع ما عرفت من ان الملك حقيقة واحدة وانما الاختلاف من جهة حكم الشارع في الاسباب فاذا كان كذلك
ففي مورد الشك يستصحب المنشأ بالعقد ولا يقال ان الاختلاف في الافراد ايضا كاف في عدم جريان استصحاب نفس هذه
الحقيقة الواحدة كالفرد المردد بين زيد وعمرو مع العلم بانه لو كان زيدا لم يبق يقينا لانا نقول فرق بين المقام والمثال

فان زيدا وعمروا وان كانا متفقي الحقيقة الا ان الخصوصيات الفردية دخيلة في الاستصحاب وهذا بخلاف المقام فان الاختلاف
ليس الا من ناحية حكم الشارع في بعض الاسباب باللزوم وفي بعضها بالجواز كما يظهر من المراجعة الى الادلة **قوله** قده وبالجملة
فلا اشكال في اصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا اه لا يخفى ان مراده قده من كل عقد هو العقود العهدية لا العقود الاذنية
فانها لا تجري فيها اصالة اللزوم لان قوام هذه العقود بالاذن فاذا ارتفع بفسخ المالك ونحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعا
ولا يبقى شك حتى يستصحب اثر العقد والمنشأ به واما العهدية فلا فرق فيها بين التنجيزية والتعليقية ومناقشة المص قده في جريان
قاعدة اللزوم في نحو السبق والرماية والجعالة لو شك في تأثير فسخ من جعل السبق مثلا للسابق قبل وصوله الى المحل المعين غير جارية
لان الاستصحاب في هذه العقود كاستصحاب عدم النسخ في الاحكام ويا ليت انه قده عكس الامر وناقش في جريان الاستصحاب التعليقي
في مثل الزبيب والتمر لا في العقود التعليقية فانها من قبيل القضايا الحقيقية في الاحكام التكليفية واوضحنا تنقيح ذلك في الاستصحاب
فراجع وبالجملة لا اشكال في جريان اصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه وجوازه لشبهة حكمية وكذا فيما شك في لزومه وجوازه
لشبهة موضوعية كما لو شك في ان الواقع في الخارج هبة او بيع مع العلم بكون الاول جائزا والثاني لازما نعم في دوران الامر بين
الوديعة والقرض لا يجري اصالة اللزوم لعدم احراز تملك من بيده المال في وقت حتى يستصحب فمورد البحث هو العقود المملكة
المشكوك جوازها او لزومها فمن يدعي اللزوم هو المنكر لمطابقة قوله للاصل واحتمال كون المقام من باب التداعي اذا كان مصب
الدعوى تعيين العقد الواقع في الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر قده تبعا لبعض من تقدم عنه وتبعه السيد الطباطبائي في حاشيته
على المتن وفي بعض كلماته في كتاب القضاء احتمال لا يعتنى به كما اوضحنا في كتاب القضاء واجماله ان باب التداعي هو ما كان قول كل
منهما مطابقا للاصل او مخالفا واما اذا كان قول احدهما مطابقا للاصل دون الاخر فهو باب المدعي والمنكر وكيفية تحرير الدعوى
لا اثر لها بل المدار على الغرض منها على وجه يرجع الى اثر عقلائي كتأثير الفسخ او اشتغال ذمة الاخر او نحو ذلك لا الى مجرد اثبات
ان العقد صلح بلا عوض او هبة غير معوضة والا لا تسمع هذه الدعوى رأسا فانها كدعوى ان برا فريقيا كذا مساحة ثم لا يخفى
ان النزاع تارة في اللزوم والجواز واخرى في الضمان وعدمه ففي الاول المنكر هو مدعي اللزوم وفي الثاني المنكر هو مدعي الضمان على المش
والمختار خلافا لمن تمسك باصالة البرائة وذلك لان مقتضى قاعدة اليد مع اصالة عدم اقدام مالكه الاصلي على المجانية هو الضمان فان
موضوع الحكم مركب من عرضين لمحلين وهو اليد على ملك الغير المحرز بالوجدان مع عدم اقدام مالكه على التبرع المحرز بالاصل فاذا
تم الموضوع يترتب عليه الحكم وهو الضمان وقد بينا في الاصول ان التمسك بقاعدة على اليد للحكم بالضمان في موارد الشك في المجانية
ورافع الضمان ليس من باب التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية ولا من باب قاعدة المقتضي والمانع ولا من باب استصحاب العدم النعتي
في حال عدم الموضوع بل لما ذكرنا من ان الضمان مترتب على وضع اليد على مال الغير مع عدم احراز المجانية الذي هو العدم النعتي
حال وجود الموضوع فان التبرع والتضمين من نعوت المالك فلو لم يكن متبرعا في وقت يستصحب عدم التبرع ولا يعارض باصالة

في ان الاصل في جميع العقود العهدية اللزوم

في المعاطاة

عدّ قصد التضمين فان تضمان مال الغير لا يتوقف على القصد فتدبّر جيّدا ويظهر من السيد الطباطبائي في كتاب الغصب ان العبرة انّما لو كان محلّ النزاع هو البيع او الهبة فالأصل البراءة واما لو كان النزاع في اذن المالك في التصرّف في ماله مجانا او مع العوض فالأصل الاشتغال الجريا لقاعدة احترام مال المسلم في الثاني دون الأوّل للاتفاق على حصول الملك للمتصرّف في هذه الصورة لكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمين فان في الأوّل وان اتفقا على كون المال ملكا للمتصرّف الّا انه علم كونه ملكا للغير سابقا فمع عدم احراز المجانية يقتضي ان لا يخرج عن ملكه بلا عوض هذا مع ان في موثّقة العين الاتية عموم مدّعى الهبة للعلم الاجمالي اما بتأثير فسخ الواهب لو كان مدّعى الهبة متهبا واقعا واما ضمانا لو كان مشتريا فقوله فيها وليس لصاحبها الرجوع مضافا الى ما ذكر عموم قولهم الناس مسلّطون على اموالهم اه لا يخفى تمامية الاستدلال بهذه المرسلة المعروفة بين الفريقين بما لا يتبين التعرّض اما المرسلة فلان مقتضى السلطنة الناتة للمالك على ماله ان يجوز له جميع انحاء التصرّفات المباحة في ماله وقصر سلطنة الغير عنه فالحجر الشريف مضمن لعقد ان انجاءا وسلبا ولو لم يكن مفيدا للعقد السلبي فلا يكون مثبتا للسلطنة الناتة للمالك فلو تجاوز المال عنه بلا رضى منه بفسخ ونحو مناف لسلطنة والمناقشة في العقد الايجابي فضلا عن السلبي بتقريب ان الروايات في مقام بيان مجوزية المالك لا في نفوذ جميع تصرّفاته غير ممنوعة فانه لا تصوّر في عموم الناس ولا في اطلاق السلطنة ومقتضى مقابلة الجمع بالجمع ان يكون كلّ احد مسلّطا على ماله بأي نحو من انحاء السلطنة ومع الغض عن التصرّف في ماله ولا يقال ان سلطنة المالك لا تفي الحجاب بناء على كونه متعلّقا بالعقد لا بالعين فانا نقول وان كان الخيار على المختار متعلّقا بالعقد دون العين الّا ان تعلّقه بها طريقي لا موضوعي لأنه متعلّق برطبرقها لاسترجاع العين فبالأخرة اذا كان لغير المالك حق استرجاع العين يلزم ان يكون سلطنة المالك ناقصة وبالجملة مدفع هذا الحق ايضا ثم انه ذكرنا في تقريب الاستدلال ظهور التمسك به لأجل اللزوم ليس من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية بان يقال مع الشك في تأثير الفسخ يشك في بقاء الأثر فالتمسك به من التمسك بالعام مع الشك في المصداق وذلك لأن العموم يرفع الشك في تأثير الفسخ لشك تأثيره مع العقد السلبي فان مقتضى سلطنة الناتة ان لا يكون لغيره التملك منه نعم التمسك في الشبهة الموضوعية تمسك بالعام في الشبهة المصداقية فانه مع الشك في ان الواقع بيع او هبة لا يمكن رفع الحجر بعموم الناس مسلطون لاحتمال كونه من مصاديق ما ثبت فيه شرعا سلطنة غير المالك على مال المالك فهذا بخلاف الشبهة الحكمية والفرق بينهما واضح فان مرجعهما الى الشك في اصل التخصيص والشك في مصداق المخصص وامّا الأبتين فاية التجارة عن تراض افادتها اللزوم حتى في المعاطاة ظاهرة سيما بناء على ما تقدّم من جعل الاستثناء متصلا بان يكون مفادها لا تتصرّفوا في اموالكم بغير الأسباب التجارية عن تراض فيدلّ رضا المالك لا يمكن التصرّف في ماله الّا في الموارد التي ينص الشارع التصرّف فيها واما ايراد الوفاء بالعقود فدلالتها على اللزوم فيما اذا عقد لا اشكال فيه سواء قلنا بان الملكية ونحوها من الأحكام الوضعية كاللزوم في العقود

منتزعة عن الحكم التكليفي كما هو مختار المص او قلنا بتأصلها في الجعل وانحصار الانتزاعية في الشرطية والجزئية والمانعية
والسببية على ما هو المختار وسيجيء في اول الخيارات توضيح ذلك واجماله انه بناء على التأصل فمفاد قوله عز من قائل اوفوا
بالعقود هو ان العقد لازم لا ينحل فيكون الامر فيه ارشادا الى هذا المعنى وكناية عنه واما بناء على الانتزاعية فمفاده وجوب
الوفاء بكل عقد في كل زمان بالنسبة الى كل طار فاذا كان مطلقا بالنسبة الى جميع الازمنة وبالنسبة الى كل زماني فلازمه
بقاء وجوب الوفاء حتى بعد الفسخ ولازمه عدم تأثير الفسخ ولا يقال اذا بقي العقد يجب الوفاء به مطلقا ومع الشك في بقائه لاحتمال
تأثير الفسخ فلا موضوع حتى يجب الوفاء به لانا نقول بناء على الانتزاعية لا بد ان يكون الحكم التكليفي المتأصل على نحو يناسب
انتزاع اللزوم منه والمناسب له ان يتعلق الوفاء بالمعنى المصدري اي الالتزام والتعقيد لا العقدة والملتزم به فاذا كان الالتزام
بما التزم به واجبا فمعناه ان كل واحد من المتعاقدين ليس مالكا لالتزامه الذي ملك صاحبه وبالجملة دلالة الاية على اللزوم في
المعاملات اللفظية لا اشكال فيها كما لا اشكال في عدم دلالتها عليه في المعاطاة لعدم امكان افادتها له ثبوتا مضافا الى
قيام الاجماع على الجواز ومخالفة المفيد قده غير معلومة والمص قده وان استشكل في هذا الاجماع بان قول الاكثر بعدم
اللزوم من باب عدم التزامهم بافادتها الملكية الا انه قده اجاب عنه بالاجماع المركب فان اصحابنا بين قائل بالملك الجائز و
بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث لانه مخالف للاجماع البسيط المتحصل من المركب فان مرجع
القولين الى عدم افادتها اللزوم واشكاله عليه بقوله قده الراجع ظاهرا الى عدم جامع بين السالبة بانتفاء الموضوع والسالبة
بانتفاء المحمول حتى يكون هذا الجامع متفقا عليه بين الفريقين غير وارد فان مجرد عدم وجود الجامع بين السالبتين لا يضر
بالاجماع لامكان قيامه على عدم افادة المعاطاة اللزوم وكيف كان فالحق عدم امكان افادتها له ثبوتا وذلك لان اللزوم
المتصور في باب العقود على قسمين لزوم حكمي تعبدي ولزوم حقي فالاول كما في باب النكاح والضمان والهبة لذي الرحم ونحو ذلك
من القربات التي لا رجعة فيها فان في باب النكاح مثلا يستكشف من عدم صحة الاقالة وعدم صحة جعل الخيار لاحد الزوجين
ان اللزوم فيه حكم شرعي تعبدي من لوازم ذاته ويقابله الجواز في الهبة لغير ذي رحم فانه ايضا حكم تعبدي والا كان قابلا للاسقاط
والثاني كما في باب العقود المعاوضية اللفظية تنجيزية كانت كالصلح والبيع والاجارة او تعليقية كالسبق والرماية فان بقوله
بعت ينشأ امران احدهما مدلول مطابقي للفظ وهو تبديل احد طرفي الاضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل ايضا لانه ايضا مصداق
لعنوان البيع بالحمل الشايع الصناعي وثانيهما مدلول التزامي له وهو التزامهما بما انشأ وهو يختص بما اذا انشأ التبديل باللفظ
دون الفعل فان الدلالة الالتزامية بحيث يرى في العرف والعادة ملازمة بين تبديل طرف اضافة بمثله والتزام البايع بكون
المبيع بدلا عن الثمن والتزام المشتري بكون الثمن عوضا عن المثمن تجري في اللفظ واما الفعل فقاصر عن افادة هذا المعنى فان
غاية ما يفيده هو تبديل احد طرفي الاضافة بمثله اذا قصد منه واما التزام البايع ببقاء بدلية المبيع للثمن فليس الفعل دالا عليه

في ان اللزوم على قسمين

فلو فرض ان المتبايعين قصدا التبديل وقصدا بقاء على ما هو عليه فحيث ان البناء القلبي في باب المعتوه لا اثر له الا اذا اتى بما هو مصداق لهذا العنوان وليس الفعل مصداقا لهذا فلا اثر له فعلى هذا لا يمكن ثبوت ان بفعله الفعل الا التزام العقد بل هو خارج بالتخصص عن عموم اوفوا بالعقود فان العقد انما يتحقق بالايجاب المعهد المؤكد والميثاق المتعهد والفعل قاصر عن افادة هذا المعنى نعم يمكن ايجاد هذا المعنى بالفعل ايضا الا انه لا بالتعاطي بل بالمقاولة ونحوها واما باب الالفاظ فحيث ان الملازمات العرفية من انحاء المدلولات للعرف يرى من اوجد البيع بلفظ بعت انه التزم بقاء على ما انشاه فيمكن ان ينشأ بلفظ بعت معنيين احدهما نفس التبديل وثانيهما التزامهما بما التزما به من التبديل ثم ان هذا اللزوم العقدي حق ما لكي امضاه الشارع بقوله اوفوا بالعقود فانه اذا كان من منشئات المتعاقدين لا من التعبد اتصف بصفة حقا ما لكيا ولذا يجري فيه الاقالة وحق الفسخ فانه لو كان اللزوم من لوازم ذات الملك لما صح جعل الخيار في مقابله ثمنا كان يجعل شرعي كخيار الحيوان او المجلس او يجعل من المتعاقدين كخيار الشرط وعلى هذا فاطلاق اللزوم والمستفاد من العموم مثل قوله الناس مسلطون وقوله لا يحل وقوله البيعان بالخيار وقوله عز من قائل اوفوا بالعقود وقوله لا تأكلوا اموالكم وقوله الا ان تكون تجارة عن تراض مختص بالعقود اللفظية ولا تشمل المعاطاة تخصصا اما آية اوفوا فواضح لما ذكرنا من انها ليست عقدا واما البيعان بالخيار فلان اللزوم الحاصل الا فتراقي حيث انه جعل مقابلا للخيار فيختص بالبيع الذي كان الالتزام الحاصل منه من منشئات المتعاقدين واما سائر الادلة فحيث ان المستفاد منها ليس اللزوم الحكمي بل اللزوم الحقي فلا تشمل المعاطاة على هذا لا يكون المعاطاة لازما لا بجعل شرعي تعبدي ولا بجعل شرعي حقي فيكون جائزا بمعنى عدم تحقق موجب اللزوم وعلى هذا فالحكم على اشكال لان الجواز الحكمي التعبدي كالهبة والجواز الحقي كالبيع الخياري والجواز من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم كالمعاطاة ثم انه لا تنافي بين كون اللزوم من مقتضيات ذات النكاح والضمان وبين ثبوت الفسخ في بعض الموارد كالعيب في الزوجة والمرتد والمرتدة في النكاح وبعض الضمان مع عدم علم الدابر في باب الضمان فان كل مكان التخصيص فان كل حكم تعبدي قابل للتخصيص وبالجملة لو كان الالتزام فيهما حقيا ومن منشئات المتعاقدين لم يختص الخيار بموردخاص بل صح جعل الخيار لهما لانه لو كان منشأ اللزوم التزام المتعاقدين لصح جعل ملكية كل الالتزامين لاحدهما او لكليهما ولصح الاقالة منهما من غير صحة جعل الخيار وعدم جواز الاقالة ان اللزوم حكمي قوله ره بقي الكلام في الخيار الذي تمسك به في باب المعاطاة الخ لا يخفى ان قوله انما يحلل الكلام ويحرم الكلام حيث استعمل في باب شراء الشيء ممن ليس مالكا له وفي باب المزارعة فلا بد ان يكون له معنى يمكن تطبيقه على كلا البابين بحيث يكون كبرى كليا لهما والا لم يخرج الحلوان فيجب ان لا يبيان محتملات هما بين الكلمتين في حد ذاتهما ثم تطبيقهما على محل وردهما فنقول الوجوه المحتملة خمسة الاول ان يكون المراد بالمحلل والمحرم باللفظ كل ما قصد بالوجود والوجود الفعل مع القصد بنا عليه يلزم عدم افادة المعاطاة

في المعاطاة

للاباحة والتمليك الثاني ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له مثلا البينونة
تتحقق بقوله انت طالق دون انت برية وعلقة الزوجية تحصل بقولها متعتك دون سلطتك على بضعي وهكذا وحاصل
هذا المعنى انه يختلف الحكم باختلاف الاداء والتعبير وان كان كل واحد من اللفظين بمعنى واحد الثالث ان يكون المراد ان
الكلام الواحد قد يكون محللا اذا صدر في محل وقد يكون محرما اذا صدر في محل آخر مثلا عقد النكاح يكون محرما اذا
كان العاقد محرما بخلاف ما اذا كان محلا واما ما افاده في المتن باعتبار الوجود والعدم ففي غاية البعد الرابع ان يراد منه
ان العبارة الواحدة تختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها او صرف المقاولة والمواعدة مثلا بناء على صحة النكاح بلفظ
ازوجك فاذا وقع هذا اللفظ في زمان العدة بقصد انشاء التزويج فيحرم واذا وقع مواعدة فلا يحرم وهكذا في الشراء من
الدلال فاذا انشأ الدلال البيع قبل ان يشتريه من مالكه يحرم وان كان مقاولة يحلل اي لا يحرم وبعبارة اخرى يراد من الكلام
المحلل الاخبار والمقاولة ومن المحرم الانشاء وايجاب البيع الخامس ان يراد من الكلام نفس معنى اللفظ لا اللفظ بمعناه فيصير
حاصله ان البيع قبل الشراء محرم وبعده محلل وهكذا في باب المزارعة جعل شيء بازاء البقر والبذر محرم وجعله بازاء عمل
الزارع محلل ثم ان المعنى الاول لا ينطبق على باب المزارعة فان الظاهر من الكلام في الفقرتين ان المضمون الواحد يختلف حكمه
باختلاف التعبير فاذا جعل في مقابل البذر والبقر شيئا يفسد واذا جعل بازاء عمل العامل يصح مع ان المقصود واحد في الحقيقة
فان العامل لو لم يكن منه البذر والبقر لا يجعل بازاء عمله هذا المقدار وما يقال من كون المراد منهما في باب المزارعة ان
القصد لا يؤثر بدون الانشاء اللفظي وانما المؤثر هو الانشاء فخلاف الظاهر لان مع فرض الانشاء على نحوين اجاب الامام
عليه السلام بان احدهما محرم فالظاهر من الكلام في كلا البابين هو المعنى الثاني وهو ان الغرض الواحد هو الربح في باب
البيع وجعل العوض للبذر والبقر في باب المزارعة لو عبر عنه بكلام خاص يفسد ولو عبر بكلام آخر يصح وهذا لا يدل على اعتبار
اللفظ في الصحة والفساد لعدم كونه ناظرا الى هذه الجهة او المعنى الثالث بناء على ما احتمله المص من ان المحللية بالكلام باعتبار
عدم البيع قبل الشراء وباعتبار عدم الجعل للبذر والمحرمية به باعتبار البيع والجعل للبذر وهذا الاحتمال وان كان جامعا بين
البابين الا انه لا يخفى ضعفه لان نسبة المحللية الى عدم الشيء لا تصح فان العدم لا يؤثر في الصحة ولو امكن التفكيك في معنى
الفقرتين بين البابين لكان الانسب بالنسبة الى الشراء من غير المالك هو المعنى الرابع بان يكون الالف واللام للعهد اي يحلل
الكلام وهو المقاولة ويحرم الكلام وهو البيع وعلى اي تقدير لا تدل الرواية على اعتبار اللفظ في المعاملات الا ان يقال كما افاده
المص قده ان هذه الفقرة على اي حال تدل على انحصار المحلل والمحرم باللفظ وان لم يستظهر منها المعنى الاول وذلك لانه
لو انعقد البيع بالمعاطاة لم يصح حصر المحرم بالكلام لامكان بيع ما ليس عنده بالمعاطاة ولكنه قده اجاب عن هذا الاشكال
بان وجه انحصار المحرم بالكلام في هذا المورد من باب عدم امكان المعاطاة اذ المبيع ليس عند الدلال ثم امر بالتامل ووجهه

فى المعاطاة

ظاهر وهو اولا امكان كون البيع عند الكلال فيبعد عن المشترى ثم يشتريه من مالكه وثانيا كفاية التقاصى من طرف واحد وكيف كان فلا يخفى انه على فرض افادة الرواية للحصر فلا يخفى الان حصر المحلل بالكلام انما هو بالنسبة الى ايجاب البيع قبل القراءة وكذا حصر المحرم بالكلام انما هو بالنسبة الى المقاولة الاحد تأثير الفعل اساسا وبقية اخرى اذا كان مقام الرواية حصر كل من المحلل والمحرم بالمقاولة والبيع اى كل واحد بالنسبة الى الآخر لا حصر اصل المحلل والمحرم باللفظ فلا يمكن التمسك بها لبطلان المعاطاة المعاطاتية لعدم استفادة عدم تأثير الفعل مع القصد منها لعدم كونها ناظرة اليه قوله قده وينبغى التنبيه على امور الاول اه مقصوده من هذا التنبيه امران احدهما بيان اعتبار جميع شروط البيع العقدى فى المعاطاة على ما هو المختار من افادتها التمليك فلا تتمايع عرفا فيشترط فيها ما يشترط فى البيع ردعا لتصور البيع الى البيع العقدى تخصص شروط البيع بغير مستمرة لان الاتصور انما يتم اذا كان صدق المفهوم على المعاطاة ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع بنظر العرف قطعا ولا شبهة انها ليست كذلك بالجملة اختصاص الادلة الدالة على اعتبار الشروط فى العوضين او المتعاقدين بالبيع المنشأ باللفظ لا وجه له واما بناء على القول بالاباحة فعلى ما اختاره صاحب الجواهر من ان افادتها الاباحة انما هو فى صورة قصد الاباحة فلا قصور ولكن الدليل على حصر الاباحة بالعوض هو قوله الناس مسلطون على اموالهم لكن الحال انها مفيدة لصحتها ولو مع فقد الشرط واما بناء على ما نقدم منا من ان قوله الناس مسلطون ليس ناظرا الى باب الاسباب الا بدليل على مشروعية صاحب المال وتسلطه على الاحكام بحصر دليلها بالنص والاجماع ان لم يتحقق منهما صغرى واستجماع المعاطاة لجميع ما يعتبر فى البيع الا الصيغة واما على ما اوجهنا به قول المشهور من ان المتعاطيين وان قصدا التمليك لكن حيث انهما لم يوجدا مصداق التمليك فيترتب عليها الاباحة فالدليل على صحتها ايضا هو النص والمتيقن منها صغرى استجماع عنها لجميع الشرائط واما على ما يستفاد من كلام الشيخ الكبير الذى اعترف به المصنف قده من ان المتعاطيين يقصدان التمليك ويوجدان مصداق هذا العنوان وانما حكم الشارع بالاباحة تعبدا على خلاف قصدهما فان الدليل على ذلك اما النص او الاجماع وهما يقتضيان الصحة فى مورد استجماع جميع شروط البيع وبالجملة سواء قلنا بان المعاطاة بيع او معاوضة مستقلة كما ذكرناه تشهد قده فى موضع من الحواشى فالحق اعتبار جميع الشروط فيها لما تقدم سابقا من ان لو جعله خبرا وهو حكم الشارع بالاباحة تعبدا على خلاف ما قصده المتعاطيان وانكان مستبعدا كما عده الشيخ الكبير من مستبعدات الاخبار المشهورة بين الاصحاب قده على طرحها الا انه بنا على كون مقتضى القاعدة هذا الذى استظهره الشيخ الكبير لا ما وجهنا به مقصودهم فاعتبار الشروط فيها ايضا مما لا اشكال فيه نعم انه يمكن توجيه اخر لكلامهم بحيث لا يرد عليه هذا الاشكال وهو انه يمكن ان يجعل الشارع لحصولها الملك شرطا اخر وهو التصرف او التلف ونحو ذلك مما اعتبر حصوله لقبض فى الصرف والسلم فقوله الك بالاباحة انما هو قبل الاول الى البيع

وعلى هذا فلا يكون التصرف والتلف ونحوهما من المملكات

اي قبل حصول الشرط فعلى هذا اذا قصد المتعاطيان التمليك واوجد المصداق هذا العنوان واعتبر شرعا في تحققه شرط
متأخر وهو التصرف او التلف كشرطية القبض في حصول الملكية في الصرف والسلم فلا ينخرم قاعدة العقود تابعة للقصود
وعلى هذا فاعتبار الشروط ايضا لا اشكال فيه لانها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر فيه وكيف كان حيث انه لا دليل على صحتها
الا ادلة البيع او الاجماع والسيرة فيقتضي اعتبار جميع ما اعتبر في البيع بالصيغة فتدبر جيدا واما المقام الثاني فالحق
فيه هو التفصيل فيجري فيها الربوا سواء قلنا بكونها مفيدة للملك والاباحة لان الربوا يجري في جميع المعاوضات بل في
الغرامات وكذلك يجري فيها الانفساخ بالتلف قبل القبض لما سيجيء من ان هذه القاعدة وان استفيدت من النص وهو
يختص بتلف المبيع الا ان الاقوى انها ليست تعبدية صرفة بل منطبقة على القاعدة ومنشأها التزام المتعاملين بالتسليم
ضمنا فاذا امتنع التسليم تنفسخ المعاملة فعلى القول بالاباحة ايضا تنفسخ المعاوضة بل الانفساخ هنا اولى لان المعاوضة
المفيدة للاباحة العوض المسمى قوامها بوجود المباح فلو تلف لا يبقى مورد للاباحة وتعلق الاباحة بالمثل او القيمة لا وجه
له واما لحوق الخيارات لها فتارة يتكلم فيه قبل اللزوم واخرى بعده اما قبل اللزوم فالاقوى عدم جريان الخيارات مطلقا سواء
قلنا بالملك او الاباحة لان الخيار هو ملك التزام نفسه مع كونه مالكا لالتزام طرفه وبعبارة اخرى اثر اقالة الطرفين يملكه
ذو الخيار فهو مالك لكلا الالتزامين ومالكية الالتزام انما تجري في العقد دون الفعل الذي لا ينشأ به الا تبديل طرف
الاضافة دون البقاء على هذا التبديل والالتزام به وبالجملة بعد ما عرفت ان الجواز في المعاطاة من باب عدم تحقق الملزم فلا
يجري فيها الخيار لانه مقابل للالتزام العقدي فلو لم يكن التزام فلا خيار نعم بناء على ما وجهنا به الاباحة على القول المشهور يمكن
جريان الخيارات مطلقا على القول بالاباحة وذلك لان حكم المعاطاة قبل الملزمات حكم بيع الصرف والسلم قبل القبض ومجرد
جواز الرد لا يمنع عن جريان الخيار حتى مثل خيار المجلس والحيوان لانها بناء على هذا بيع يفيد الاباحة شرعا قبل الملزمات فاذا
كانت بيعا فيدخل فيها الخيار ولو كان مبناها على الجواز قبل الملزمات فان جوازها من وجه لا ينافي جوازها من وجه اخر واما
حكم الخيار بعد الملزمات فسيأتي ان شاء الله بعد ذكرها قوله قده الامر الثاني ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من
الطرفين اه لا يخفى انه لم يرد المعاطاة في نص او معقد اجماع حتى يقال ان المتيقن من موردها ما اذا كان التعاطي من الطرفين
دون ما اذا كان الاعطاء من طرف والاخذ من الطرف الاخر فالمدار على امكان انشاء عنوان البيع او الاجارة ونحوهما بالفعل
من طرف واحد ام لا وذلك لما اشرنا اليه سابقا وسيجيء في طي المباحث الاتية ان المناط في تحقق عنوان عقد من العقود
بالفعل كون الفعل مصداقا لهذا العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصناعي كحمل الانسان على زيد واما مجرد قصد عنوان
من الفعل من دون ان يكون هذا الفعل عرفا من مصاديق هذا العنوان فلا اثر له في باب العقود لان عناوين العقود من المنشآت
والمنشأ انما يتحقق بما هو آلة لانشائه ومن هنا يظهر ان مثل الصلح والهبة المعوضة والنكاح والضمان ونحو ذلك

في لحوق احكام البيع العقدي على المعاطاة وعدمه

في الاعطاء من طرف واحد هل يلحق بالتعاطي من الطرفين ام لا

فى المعاطاة

لا يمكن ايجاده بالفعل لعدم وجود فعل يكون مصداقا لهذه العناوين فقصد ايجادها بالفعل لا يفيد اذا عرفت ذلك فيعلم
الاشكال فى جريان حكم المعاطاة فى الاعطاءين من طرف واحد لان الاعطاء كذلك ليس مصداقا الخصوص تبديل احد طرفى الاضافة
بمثله الذى يسمى بيعا وان قصد التعويض بالثمن الكلى او الشخصى واحد الاخر بالثمن بقصد القبول واعطى الثمن بعد ذلك
بعنوان الوفاء لان نسبة هذين الاعطاءين الى البيع والهبة المعوضة متساوية ومجرد مقاولتهما على كونه بيعا وقصدهما
البيع من ايجاد الفعل لا يفيد بعد عدم كونه مصداقا لهما وبالجملة حيث انهما فى مقاولتهما عينا عوضا معينا كليا كان او
شخصيا فيخرج هذا الاعطاء عن عنوان القرض لان العوض فيه هو المثل او القيمة الا انه لا وجه لخروجه عن الهبة المعوضة
لانها ليست الا هبتان مستقلتان وتملكان مجانيان وفى المقام يمكن ذلك فنجعله مصداقا للتبديل الملكى فى غاية الاشكال
ولا يقاس الاعطاء من طرف واحد بالاعطاءين الطرفين ويقال كيف يتنافى البيع من اعطاء الطرفين مع انه يمكن
يكون هبة معوضة وذلك للفرق بينهما فانه لو كان فى البين تعاط فنفس هذا التبديل المكانى بطبعه الاصلى تبديل
لاحد طرفى الاضافة الاعتبارية بطرفيها الاخرى والمفروض انهما قصدا به التبديل البيعى وجدانا هو مصداق الزائل عن
البيع وادخال فى الهبة المعوضة يحتاج الى مؤونة زائدة وهذا بخلاف ما اذا كان الاعطاء من طرف واحد فانه ليس هنا تبديل
خارجى حتى يكون قصدانشاء التبديل الاعتبارى منه كذلك ثم انه يقوى الاشكال فيما لم يكن الاعطاء والاخذ من طرف واحد
ايضا بل كان مجردا ايضا الثمن واخذ المثمن كوضع الدراهم فى مكان معين الخضرى واخذ الخضرى بدلا عنها مع غيبة صاحبها ولا
يمكن تصحيحه بكونه وكيلا من الطرفين فى تبديل احد طرفى الاضافة مثلا لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا نعم لو قلنا
ان البيع هو اسم المصدر لا المصدر صح حده بيعا لان نتيجة الاعطاء من الطرفين وصول العوضين الى المالكين الا ان
هذا فرض لا واقع له لان البيع يتحقق بانشائه بالفعل او القول ومجرد وصول كل عوض الى مالك الاخر ليس بيعا ولو
من الاعطاء تبديل احد طرفى الاضافة مثلا لان القصد المجرد او القصد مع ايجاد غير مصداقا ما هو المقصود لا ازالة فالاقوى
بكونه اباحة بالعوض وان الدليل عليه هو السيرة فى خصوص المحقرات لا باس بر بعد دليل على انحصار باب المعاوضة بالعقد
الخاص ثم ان الاقوى اشكالا منوا الذى لم يكن وصول ايضا كما اذا القى ثوبا او على مباراة شيئ بشئ وتلفظا بالالفاظ الغير
فى العقد بان تكون المعاملة بنفس هذه المقاولة الا بالاعطاء الواقع بعدها بل كان وفاء بالمعاملة ووجه الاشكال ان المقاولة
ليست الا التبانى على امر ومجرد التبانى بيعا نعم لو انشأ بهذه الالفاظ مصداقا التى اجب بحرج عن البناء القلبى والاخبار
الوعد فالاقوى ان يقال انها ممضاة لكذا عنا بالفظ خاص فى الصلح وكون حقيقته هو التسالم على امر ويدل عليه الخبر
الوارد فى قول احدالشريكين لصاحبه لك ما عندى ولى ما عندك فانه محمول على الصلح لان المنشأ فى الصلح هو التبانى على
امر والتسالم عليه فقوله قدس سره الثالث تميز المبيع من المشترى اه محصل هذا التنبيه انه لو كان احد المالين اللذين

فى المعاطاة

وقع التبديل بينهما من الأثمان والآخر من المعروض فمضاف الثمن هو المشترى ولو كان كل منهما من الأثمان فالمشترى هو المعطى ثانيا ولو كان كل منهما مثمنا فالفيصل البايع من المشترى من وجهين احدهما ما تقدم وهو كون المعطى اولا هو البايع والثانى هو المشترى وثانيهما من قوم متضايفين فى كون بيد هم كذا فهو المشترى والبايع من لم يلاحظ فى ماله مقوما بقيمة خاصة ولم يكن كل ذلك فى لا قصد ولا سبق مقاولة يدلان على كون احدهما بايعا والآخر مشتريا ففى كونه بيعا وشرا بالنسبة الى كل منهما او كونه صلحا او معاملة مستقلة وجوه والاقوى عدم صحتها اما الاول فان فى المعاملة الواحدة لا يمكن ان يكون كل واحد منهما بايعا ومشتريا لما عرفت من ان البيع تبديل احد المالين فى الاصل بمثله والبايع بنفس التبديل والمشترى بقبول الآخر واذا فرضنا ان الفعلين وقعا دفعة واحدة وان المالين كلا منهما من الاثمان او من العروض ولم يكن سبق مقاولة منهما فى تميز البايع عن المشترى فلا بد ان يكون هناك معاملة واحدة قائمة بنحو من الوجوه من تبديل احدهما وقبول الآخر وعلى اى وجه يتحقق باحدهما من دون تميز بينهما لا ظاهرا ولا واقعا لعدم خصوصية فى احدهما دون الآخر وبالجملة التبديل بين المالين لا يتصور فيه ان يكون كل واحد بيعا ومشتريا من جهة اذ بعد حصول الايجاب من احدهما لا على التعيين والقبول من الآخر كذلك لا يبقى محل للايجاب والقبول مترتبا خارجى فى تحصيل الحاصل والمفروض انه لم يقع هناك الا قابل منهما فى تحصيل البيع ثانيا واما كونه صلحا فهو موقوف على ان يكون قصدهما من الاعطاء والاخذ هو التسالم على البيع وعلى هذا لا وجه لكونه معاملة مستقلة لان مع قصدهما التبديل لا يكون الا بيعا فالحق كون احدهما لا على التعيين بايعا والآخر مشتريا من دون اضافة بينهما واقعا فلا يترتب على كل منهما الآثار المخاصة الثابتة للمشترى والبايع قوله قدس سره الامر الرابع ان اصل المعاطاة هى اعطاء كل منهما الآخر مالا بقصد تمليك الآخر مالك بما يعطيه بمقابل ما يعطيه الآخر مالك بما يعطيه بقصد حصول الملكية المتقابلة بالاعطاء والاخذ وهذا هو الفارق بينها وبين البيع والشرا بأن يقصد احدهما تبديل ماله بمال الآخر الذى هو بيع حقيقة وبقصد الآخر تملك ما اعطى البايع مطابقة لما عليه تملك البايع ثم لا يخفى انه بناء على ما افاده من ان الايجاب والقبول يتحقق بدفع العين اولا من البايع وقبضها من المشترى وخروج مايد فضل المشترى ثانيا وبقبض البايع عن حقيقة المعاوضة فلو سلم ان يكون المعاملة حاصلة انما بدفع العين اولا وقبضها ويكون دفع المشترى انما اخذ لها عن حقيقة المعاوضة وعلى هذا فالاوجه ما ذكره من ان المتيقن من موارد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين لانه لا وجه لتيقنه من بين الامرين لكن المفروض ان العطاء الثانى لا تأثير له ولا يتحقق به الا عنوان الوفا بالمعاملة لان دفع المشترى انما هو من باب الالتزام به على نفسه لذا قال قدس سره بانه لو ماتا او احدهما قبل دفع الثمن بعد تمام المعاطاة فالاقوى ان يقال ان المعاملة تتحقق بفعل كل منهما وفعل البايع بمنزلة الايجاب القولى واعطاء المشترى بمنزلة القبول القولى واخذ كل منهما وفاء بالمعاملة والتزاما بآثارها وعلى هذا فما يتعارف فى قصد المتعاطيين بناء على الملك لا يخلو من اشارة على سبيل المفصلة الحقيقية بناء على عدم خروج المعاطاة عن المعاملات المتعارفة لان

فى ان البيع المعاطاتى يتحقق بفعل كل من المتعاطيين وفى ان المشترى من هو

فى ان العوضان فى المعاطاة يملكان بقصد المتعاطيين على اى وجه

الاعطاء اما من الطرفين او من طرف واحد على الاول اما ان يكون اعطاء احدهما مترتبا على اعطاء الآخر او في عرض
فلو كان من الطرفين طوليا فهو بيع لا غير لان الاول قصد اعطاء تمليك المال وتبديله بمال الآخر والثاني قصد اعطاء
قبول هذا المعنى واخذ المعوض من باب الاستيفاء كما ان الاول يأخذ العوض كذلك ولو كان عرضيا فلو تمالما على
يكون تمليكا بازاء تمليك فهو مصالحة ومعاملة مستقلة ليس بيعا لان البيع هو التبديل بين المالين لا التمليك بين
اما لو قصد التبديل بين المالين فهو بيع ولو كان من طرف واحد لا يكون الا هبة معوضة اما كونه هبة لا بيعا فلان
البيع تبديل مال بمال فالمالان لا بد ان يكونا موجودين او بمنزلة الموجود كالكلي والمفروض في المقام ان احدهما الذي هو
والكلي لا يمكن ان يكون عوضا في المعاملات لفعلية لتصور الفعل عن افادة جعل الكلي في ذمة المشتري بدلا والقرينة القائمة
على عدم المجانية انما تقتضي عدم كون العوض هو بلا نمع المعتبر المعوض ايضا فيختص المعتبر بعدم كونه بيعا لا معاملة
مستقلة واما كونها معوضة فلما عرفت من قيام القرينة على عدم المجانية فظهر ان في مورد قصد التمليك فالفائدة المعاطاة الملكية
لا تتصور الا في اثنا عشر قسما كل قسم في مقام خاص كما يظهر من كلماتنا من جريانها جميع الاقسام في جميع الموارد والمجانية لو ورد
الفعل على المالين فهو اما بيع لو قصد احدهما التمليك والآخر التملك او مصالحة لو قصد تملكا بازاء تمليك ولا يمكن
ان يكون صلحا في مقام البيع لانه ان قلنا بعدم كون الصلح عنوانا مستقلا من عناوين المعتبر بل كان في كل مقام تابعا لما قصد
منه الا ان الصلح في مقام البيع معنا ان يكون المصالح عليه هو البيع وحيث انه لا يمكن ان يكون في المقام بيعا فلا يمكن ان
الدال عليه لو ورد الفعل على مال واحد فهو هبة لا غير غاية الامر قرينة انه لا يملك مجانا تقتضي اشتراط العوض ولا
يمكن ان يكون بيعا لما عرفت من ان البيع تبديل مال بمال والكلي لا يمكن ان يصير عوضا الا باللفظ ومجردا لقصد لا اثر
له ما لم يتحقق على الجهة لفظا وفعل يحمل عليه عنوان التبديل لا انشاء باللفظ مقصودا على الفرض والفعل لا يقع في مقام اللفظ
الا في تمليك المال بالمال الموجود لا بالكلي والقرينة لا تقتضي الا عدم المجانية فتأمل ثم لا يخفى ان الوجوه المتصورة فيها اذا قصد
التمليك والاباحة بدء تمام ذكره وتذة وانما لم يذكرها لخروجها عما هو المتعارف من قصد المتعاطيين مع ان منها ما لا دليل
على صحته كما لو قصد احدهما تبديل ماله بتمليك الآخر وهو الفعل الخارجي الصادر من المشتري فيكون من بيع الاموال الا على
وكما لو اوقعا المعاملة على وجه الاباحة اي تبديل المباح بالمباح اما الاول فلما ذكرنا والمقام وان صح بيع الاموال الا على
وذلك لان العمل الذي يقابل بالمال ليس يخلو كونه مقصودا بالاستقلال الا آليا وطريقيا لتحصيل المال كالمثال ليس
التمليك بالمعنى المصدري ما لا بل المال هو الحاصل من المصدر وليس هذا الفعل الا آلة لحصول اسم المصدر فلا يمكن ان يقابل
بالمال ويفرق بين البيع بازاء التمليك وبيع المال على ان يجعله ثوبا او يجري له صيغة عقد وبيع ما لا من اموال الناس
فان الفعل في الاول الى بخلاف الثاني فانه استقلالي يبذل بازاء المال وبالجملة الاعمال التي تقابل بالمال هي ما يصح

فى المعاطاة

ان يتعلق به الاجارة واجارة الانسان لان بيع ماله على الموجوب باطلة والفرق بين التمليك فى سائر الاعمال يظهر
فى وقوعها مشروطا فى ضمن عقد لازم فانه لو تخلف من اشترط عليه التمليك يتوجه عند الحاكم او عدول المؤمنين او فسخا
او نفس الشرط لكل لاحق بعد تقدم سابقه وهذا بخلاف سائر الاعمال فانه يجبر والتخلف يوجب الفسخ وثبت
الخيار والفرق بين التمليك طريقى الى الاشتراط فيه المباشرة واما الثانى فلان الاباحة ليست بنفسها امرا حاصلا
للمالك لان مآلها الى الحاصل له هو الملكية وهى قابلة للتبديل لان ذمم الامر بها يبدء بخلاف المباحة فانها تحصل بايجاد
المالك لغيره وليست شيئا حاصلة للمالك فى عرض الملك وبهذا انتفى الملك فى ملكه من اثارها الكثيرة لان من اثارها
لزوم رقة واما الباحة جميع التصرفات المتوقفة على الملك فالظاهر لا يجوز له حاصل مما ذكرنا لزوم فصل احدهما الآخر
والآخر التمليك وفصل الاباحة باداء الاباحة يشكل صحة هذه المعاملة لان التصرفات المتوقفة على الملك لا تقع
لغير المالك بجواز اذن المالك ولا يمكن التفصى لصحتها بعموم الناس مسلطون على اموالهم وليس عموم بمنزلة دليل
خاص يدل على صحة التصرف حتى يكون مخصصا لادلة لا بيع الا فى ملك مثلا او يقدر الملك اما وذلك لان عموم
الناس مسلطون انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فالادلة الدالة على عدم صحة البيع والعتق ونحوهما
الا فى الملك حاكم على عموم الناس والموارد التى يقدر الملك فيها اما ما لا يخلو من ثلاثة ليس الاذن فى التصرف منها
الاول استيفاء المال او العمل بالامر المعاملى كقول الامر لمالك العبد اعتق عبدك عنى ونحو ذلك والثانى ملك المتصرف
الثالث تصرف فى الحيازة فيما انتقل عنه وتقدير المالك فى هذه الموارد ليس بمجد الحيازة والتصرف حتى يتوقف كل مقابل
حقيقة تقتضى الادلة تقدمه فى هذه الموارد ويحصل بعد التقدير فما مثال العتق على الامر ان امر الامر بايجاد عمل محترم
او باتلاف مال محترم خرج مجانا فى جميع فعله الى الامر تقتضيه قوله او جده المأمور فى ملك الامر لانه استوفا حقيقة ما
والمفروض عدم صدوره عن المأمور خاليا بالعوض المسمى لو عينا او المثل او القيمة لو لم يعينه فلا محالة يدخل هذا العمل
او المال فى ملك الامر وينتقل عنه او يتلف فى ملكه فلو امره بعتق عبده عنه او باتلاف ماله فى البحر وعليه فحكما او باداء معين
ماله او وضعها عنه او بحمل شيء له او بحلق رأسه ونحو ذلك فباستيفاء المأمور بصيغة قرض فى الجميع او يقال بانه لو تعلق
امره بالاعيان فكانت اشغالها من المأمور والاعمال فكانت استأجر عاملها او باداء الدين فكانت اقتراض من المأمور
فيدخل العبد المأمور بعتقه حقيقة فى ملك الامر وينعتق عنه وهكذا يدخل المال المأمور باتلافه فى البحر فى ملك الامر
ويتلف فى ملكه ظاهر لا يمكن المعاملة بصفة كما لا توقف انتفاعه من الغرق على الالقاء وهكذا فى موارد الامر باداء الدين فيعد دخول
المال فى ملكه ويؤدى به دينه وكذا الحوالة على البرئ وهكذا الامر بحمل شيء له ونحو ذلك وبالجملة كل هذه العناوين حيث انها
معاملة واقعة بين الامر والمأمور والمأمور امتثالا لامر الامر يقع فى ملك الامر واذا عين له العوض فلا يستحق الا المسمى

فصل الفرق بين الاباحة والتمليك الاباحة فى الموارد التى يقدر الملك انما

ولو لم يعتبر فيضمن له المثل او القيمة ومن أحكام هذه المعاملة انه ليس للمأمور مطالبة العوض الا بعد الاسترداد ان لم يضمن الامر الا بعد الاستيفاء فصحة هذه المعاملة لعموم تجارة عن تراض تقتضي تقدير الملك فكان العبد يدخل في ملك الامر وينعتق عنه ثم ان تقدير الملك انما في مسئلة العتق لبس لان العتق لا بد ان يقع من المالك لانه اذا وقع من دون امر واستدعى ما يقع من المالك ولو قصد عن غيره بعوض فان هذا القصد من دون امر الغير لغو ولا لان العتق لا يقع من المالك عن الغير كما توهم فان الدليل الدال على وقوعه تطوعا معتبر لا لانه وسيلة الكونه معمولا به بين الاصحاب بل يثبت اللازم بين صحة الوكالة وصحة النيابة في خصوص العتق وان لم نقل بان كل ما يقبل الوكالة يقبل النيابة بل الما ظهر من ان استيفاء المحترم كالعبد لامر المعاملي وباستدعائه التملك بالعوض وتملك المأمور جوابا على الاستدعاء يقتضي دخول العبد في ملك المستدعي وانعتاقه عنه دون ما لكه الاصلي فيغني التقدير في امثال هذه الموارد ليس بمعنى الفرض بل ملك حقيقي غير مستقر كالملك الحاصل بالهبة والهدية بالنسبة الى الفاضل والملك الحاصل للشخص العمومين ولا وجه لما يظهر من البعض من الفرق بين الموارد وحاصل الكلام ان نفس استيفاء الاموال والاعمال بالاستدعاء المعاملي يقتضي وقوع ما استدعاه في ملك المستدعي وهذا المقتضى مفقود في اذن المالك للعبور والتصرف والباحة لان مجرد الاباحة والاذن لا يوجب وقوع المأذون فيه والمباح في ملك المأذون والمباح له فلو قال اعتق عبدك عني من دون اذن في توكيله في العتق عن المالك تبرعا عن الوكيل ومن دون اذن في شراء العبد للمشتري عتق في ملكه فلا يقتضي وقوع العتق في ملك الامر حتى يقدر الملك انما لعدم دليل يدل على جواز هذا التصرف من غير المالك باذن المالك حتى يقدر الملك انما بدلالة الاقتضاء وعموم الناس مسلطون فاصبر حتى نحول لك محكومة الادلة الدالة على توقف هذه التصرفات على الملك عليه ثم لا يخفى ان دلالة الاقتضاء المستفاد من المقابلة بين الالفاظ هو انما يتوقف صحة الكلام والخروج عن اللغوية عليه حتى تستفاد هذه الدلالة في عكس المقام وهو قوله اعتق عبدك عني واشتر من مالي لنفسك طعاما بل وجد استفادة دلالة الاقتضاء هو ان استيفاء المال والعمل المحترم مع عدم قصد التبرع من المالك والعامل يقتضي ضمان المستوفي مقتضى ضمانه استحقاق المالك ان يملكه لان ضمانه من باب المعاملة لا الغرامة حتى لا يقتضي دخول المضمون به في ملك الضامن فدلالة الاقتضاء المقابلة تقتضي ايجاب شيء لايجاب مقدر وهذه الدلالة لو وجدت في عكس المسئلة نلتزم بها كما لو فرض انه قصد الاعطاء مجانا بنفس الفعل وقال اشتر لك من مالي طعاما من دون ان يقصد بالقول انشاء التملك ومن دون توقف التملك على اشتراء المأمور بل داعيه تملك المال المأمور به مجانا لان شيئا من ذلك لا يثبت شيئا خاصا او قصد الاقراض وكان القبول من المقصب بنفس الاخذ من دون مدخلية للاشتراء في القبول وكان غرضه توكيله في الاشتراء للمالك ثم اخذ الطعام قرضا او اشتراء الطعام لنفسه فهو ذمته وايفائه من مال الامر باذنه ويصح كل ذلك لعدم تقوم هذه الالفاظ

المجازية والكنائية الا ان جميع ذلك خارج عن مفروض المسئلة لان المفروض هو حصول النقل والانتقال بنفس الامر
والامتثال وهذا انما يصح في اعتق عبدك عني او اد ديني او احلق رأسي لا في مثل اعتق عبدي عنك واشتر لنفسك من
مالي طعاما وتوضيح الفرق بينهما ان في الاصل وهو العتق عن الغير واداء دينه وحلق رأسه يصح بنفسه من مالك المال
والعمل واذا صح مجانا يصح مع العوض فاذا استدعى الامر صدوره من المالك والعامل مع التزامه الضمان وامتثل المامور
فيقتضي الاستدعاء والامتثال مع عدم قصد التبرع الضمان ولازم الضمان التعهدي دخول المضمون به في ملك الضامن و
هذا هو الملك التقديري واما في عكس المسئلة فالاشتراء للنفس بمال الغير وعتق عبد الغير لا يصح حتى يكون الامر به استدعاء
وامتثاله ايجابا فلا اثر هنا للامتثال ولا للامر من المالك واباحته لغيره واذنه في التصرف لانه ليس من انحاء سلطنة المالك
الاذن بتصرف يتوقف على الملك لان الاباحة المطلقة لا يباح بها الا ما هو جائز بذاته شرعا كما عرفت في الاصل لا ما
يباح بالاباحة فان الاباحة بها فرع صحتها وصحتها بالاباحة دور واضح فتقدير الملك في العكس دور واضح لتوقفه على صحة
عتق المامور وصحته يتوقف على التقدير نعم لو قام دليل خاص على صحة هذه الاباحة بالاذن كما ادعى قيام السيرة على صحة
المعاطاة فيما لو قصد المتعاطيان الملك مع ترتب الاباحة عليه وكذا لو قصدا الاباحة المطلقة وادعى الامضاء ايضا او
قام دليل على عموم انحاء سلطنة المالك حتى اذنه في التصرفات المتوقفة على الملك لخصصنا به الدليل الدال على اعتبار
وقوع هذه التصرفات في الملك لو كان شرعيا او نقدر الملك اناما لو كان عقليا واما اذا لم يقم دليل خاص فبعموم الناس
مسلطون لا يمكن احراز كفاية اذن المالك واباحته في التصرف فيما يتوقف على الملك وبالجملة كون عكس المسئلة من قبيل
المسئلة انما هو فيما لو كان اذنه في عتق العبد اذنا في توكيله باستيفاء العبد من قبل مالكه بامر معاملي موجب للضمان فوقوع
العتق بمنزلة الاستيفاء بالضمان والاذن بمنزلة القبول ولازم الاستيفاء بالضمان وقوع العتق في ملك المستوفي الضامن و
ولائه له بخلاف ما اذا اذنه في عتقه من قبل مولاه تبرعا منه للمامور فان ولائه للاذن الذي خرج العبد عن ملكه واما
مجرد الاذن في العتق بدون قصد التبرع وبدون وقوع المعاملة بينهما فلا يفيد في صحة وقوع العتق لان الناس غير مسلطين
على اباحة ما لا تؤثر الاباحة فيه ثم ان الامور التي تتوقف على الملك قطعا هو البيع والعتق والوطي واما الخمس والزكوة و
ثمن الهدي ففيها خلاف كما سنشير اليه اما البيع فلما تقدم من ان حقيقته تبديل المالين ولازمه خروج العوض عن ملك من يدخل في ملكه
المعوض وبالعكس فمع بقاء ما اخذ بالمعاطاة في ملك مالكه اي المبيح لا يمكن دخول العوض في ملك المباح له من دون خروج
المعوض عن ملكه وليس اعتبار هذا الشرط لاخراج التمليك المجاني حتى يقال يعقل تمليك الانسان مال غيره بعوض يملكه
بازائه كما يعقل تمليك ماله بعوض يملكه غيره بل لبيان حقيقة البيع وهو تبديل احد طرفي الاضافة بمثله فاذا كان في المثمن احد طرفي
الاضافة مالكه والطرف الاخر هو المثمن وكان في طرف الثمن ايضا كذلك فلا بد ان يقوم العوض مكان المعوض

في الفرق بين اعتق عبدك عني واعتق عبدي عنك

في بيان الامور التي تتوقف على الملك

في الطرفية ولازمه ان يصير مالك المعوض مالكا للعوض وبالعكس فلا يعقل ان يقع التمليك من غير المالك ويقع
العوض ملكا لهذا الغير ولا يعقل ان يقع التمليك من المالك بعوض يملكه غيره مع ان المعاملة مجانية بالنسبة الى الغير
الذي اخرج منه المال في المثال الاول والمالك في المثال الثاني وان لم يخرج المال مجانا وبلا عوض وبالجملة لا يمكن ان
يقع المعاملة بين ثلاثة اشخاص او اربعة بان يخرج المتاع من ملك زيد والعوض من عمرو ويملك بكر العوض والمعوض
او يملك بكر العوض وخالد المعوض فبدون دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض وبالعكس لا يمكن ان يكون بيعا
بل هذا حال ساير المعاوضات ايضا فان حقيقتها تقتضي ان يكون طرف العقد ومن يقام به المعاوضة مالكا للعوض فان
في المصالحة بين اثنين او غيرها من العقود تقتضي ان يكون المتعاقدان طرفي الاضافة فلو صالح عن ماله زيدا على ان يكون
عوضه الذي هو مال زيد لعمرو يكون الصلح باطلا الا ان يكون بنحو الاشتراط الذي لازمه مالكية المشترط الشرط على المشروط
عليه دون عمرو فالمعاوضة بين اثنين تقتضي ان يكون الاجنبي اجنبيا وعلى هذا فيلحق بالبيع الهبة لتوقفها على الملك
حتى صار قولهم وهب الامير ما لا يملك من الامثال وهكذا الصلح ونحوه من المعاوضات فانها في حكم البيع في اقتضائها
دخول العوض شرطا كان او مالا او سائر الاعتبارات العقلائية في ملك من يخرج المعوض عن ملكه نعم شبه المعاوضات
كالنكاح والخلع لا يقتضي ذلك فيصح ان يكون الصداق من غير الزوج وهكذا يصح ان يكون البذل من غير الزوجة الا انه في
الحقيقة خارج عن العقود المعاوضية واما العتق فلانه فك الملك ومن الايقاعيات فلا بد من تحققه ممن له ايجاده و
ايقاعه والاذن في التصرف لو كان راجعا الى توكيل المأذون في العتق عن المالك ولو تبرعا عن المأذون فهو خارج عن
محل الكلام لان العتق حقيقة واقع في ملك المالك لا المباح له والمأذون ولذا يكون ولاؤه للمالك ولو رجع الى
مشرعية الاذن في وقوع العتق عن غير المالك فلا دليل عليها وبالجملة لا فرق بين البيع والعتق فكما لا يجوز بيع مال الغير
بحيث يدخل الثمن في ملك البايع دون المالك فكذا لا يجوز عتق عبد الغير بحيث يكون المعتق غير المالك ويكون ولاؤه له
ايضا وكما ان اباحة المالك واذنه في بيع غيره وكذا اجازته بعد وقوع البيع لا يجديان في ان يكون ثمن ماله للغير فكذا اباحته
واذنه للغير في عتق عبد الاذن او اجازته بعد وقوع العتق منه لا يجديان في ان يكون ولاؤه للغير نعم بين البيع والعتق فرق
من جهة اخرى وهي ان في العتق حيث انه يجوز التبرع من مالك العبد عن غيره فينفذ اذنه للغير في ان يعتق عبد المالك عن نفسه
فحيث انه تبديل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى فلا يؤثر اذن المالك في بيع المأذون لنفسه وصيرورة الثمن له لما عرفت
من ان هذا ليس معاوضة لانها عبارة عن لبس بعد خلع فكل من خلع يلبس بدله ولا يمكن ان يكون الخلع من احد واللبس
للاجنبي واما الوطي فلانه اعتبر بالنص والاجماع وقوعه في ملك الواطي اي لا بد ان يكون الواطي مالكا للوطي سواء
كان للزوجية او لملك الرقبة او للتحليل ولا يملك الوطي بالاذن من المالك لاعتبار الفاظ خاصة في التحليل والتزويج

واما ثم الهدى فلا مانع من اعطاء من مال الغير باذنه الكسوا كان في الكفارات وفي حج القران والافراد لان نفس الهدى لا بد ان يقع قربيا وبمباشرة من السائق لو قلنا بالاجزاء لثم السوق واما الخمس والزكوة فلو قبل بتعلقهما بالذمة جاز اخراجهما من مال الغير من تعلقا بذمته كسائر الديون التي يجوز اداؤها من مال الغير المديون ولو قبل بتعلقهما بالعين كما هو المشهور فيشكل جواز التبرع عنه عليه اما الاعيان مباشرة او اختصاصا ولا يتم الاختصاص من غير العين بمن فلا يتوجه ذلك في الاخراج فتحصل مما ذكرنا ان كل ما يتوقف صحته على الملك لا يجدي فيه الاذن بالاباحة لان صحته بها تتوقف على عموم الناس مسلطون وعموم فرع عدم تخصصه بما دل على اعتبار الملك عقلا او عدم تخصيصه بما دل على اعتباره شرعا ولا وجه للالتزام بالملك لتقدم الاذن بعد صحته في نفسه كما عرفت ثم اذكرنا في موارد استيفاء الاموال والاعمال بالامر المعاملي فان اتلاف هذه الاموال والاتيان بالاعمال بنفسها مشروعة من مالكها ومقتضى الامر المعاملي ان يكون ضمانها على المستوفي ومقتضى الضمان وقوعها في ملك الضامن اما ما شاء في صحته كما في الاذن بالاباحة فالتقدير فيه فرع عموم التسلط ولا عموم معمول به الدليل الدال على لزوم وقوع هذه التصرفات في الملك واما الامور الثلاثة من الموارد التي تقدر فيها الملك انما تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه وما يلحق به كتصرف الواهب في العين الموهوبة بالتصرف الذي يتوقف على الملك فان دليل نفوذ هذا التصرف يقتضي وقوعه في ملك المتصرف ثم خروجه عنه فان من وجوه المعلول وهو نفوذ بيع ذي الخيار والواهب انتقال العين منهما الى المشتري فيكشف ان المبيع قبل البيع او في زمان الاذن املك لهما كما ان في مثل اعتق عبدك عني يكشف الملك من المعلم وهو الضمان الناشئ عن الامر المعاملي والمورد الثالث شراء من يعتق على المشتري وانعتاق ام الولد من نصيب ولدها وانعتاق العبد المسلم على الكافر في بعض الصور فان من المعلول وهو الانعتاق يكشف الملك ويقال توجب الانعتاق من لوازم الملكية فعلية الملك امر مترتب عليه موجبة لثبوت الملك بالشراء او التوريث ملكا غير مستقر وعلى اي حال تحقق اصل الملك في الموارد الثلاثة لا اشكال فيه لانه يكشف اما عن حال شراء او من معلول او من امر ملازم له مترتب عليه واما كونه ناما او غير مستقر فهو مقتضى الدليل القائم في كل مورد وكيف كان فالاباحة والاذن لا يدخل تحت هذه العناوين ولا دليل على نفوذها حتى يكشف صيرورة الملك من حين الجمع بينه وبين دليل توقف التصرف على الملك قوله قلت فلو باع ملكا تقديريا انظر الملك لتقديره في الدبر بالنسبة الى الميت او شراء المعتق عليه قد اشرنا الى ما يرد على هذا الكلام وقلنا في جميع هذه الموارد ان الملك حقيقي غير مستقر وان المراد من التقدير ليس مجرد الفرض فالفرق بين الملك المستكشف من نفوذ تصرف الواهب في ذي الخيار والملك المستكشف من انعتاق الاقربا على المشتري والملك المستكشف للميت لقبول من ارث وارثه فانه كما يستكشف من صحة بيع الواهب او عتقه كونه مالكا قبل البيع او العتق لو قلنا باعتباره وقوع الانشاء في الملك او كونها كاشفا حال البيع او العتق لو قلنا باعتباره وقوع المنشأ في الملك فكذلك يستكشف من وارث الوارث من حين موت الميت المقبول حال القبول وانا ما قبله مالك لذلك حتى

تحكيم الدين

برث الوارث منها نعم لو كان مراده قدّه من الميت هو الذى قطع احد عضائه بعد الموت فمن الذى سنعتق عليه قريبه هو الذى لا يملكه كما قيل بعد حصول الملك للمشترى القريب نظرا الى بعض الأخبار الدالة على ان العتق بين لا يملكان لكن الفرق بين هذين المثالين و نقض الواهبى البيع ونحوه بينا فان نفوذ بيع الواهب كاشف عن كون المبيع ملكا له و اما الميت فلا يملك الا حكما كما ان الانعتاق على المشترى ليس الا تعبدا جزاء لكونه بصدد شراء قريبه وعلى هذا فتوقّف بين الميت والمعتق عليه قريبه لا يصح لان الميت يملك دينه حكما والمعتق عليه لا يملك رأسا كما انه لا يصح كلام لو كان مراده من الميت الذى قطع اعضاءه بعد الموت و من المشترى من يعتق عليه فالمكر بالقواء كما فى بعض الأخبار الدالة على انهما يملكان فيعتقان بلحاظ القا الدال على الترتب لانه لا جامع بينهما فان الملك المشترى ملك حقيقى غايته الأمر جعله الشارع علة لزوال الرق فى المرتبة المتأخرة او جعل الشراء سببا لأحد امرين الملكية والانعتاق واما ملك الميت للدية فهو ملك حكمى دل عليه الدليل وانما النزاع فى تقديره من زمان الموت حتى يرثه منه كل وارث حينئذ ومن زمان ورود القطع و هكذا النزاع فى ملك الميت للصيد الواقع فى الشبكة التى نصبها حال الحيوة انما هو فى ان الوارث حين النصب يرث وحين الأصطياد قوله قده فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن فى بيع مال الغير اه قد تقدم ان الاذن بمفسر ليس مشروعا فنفوذ جواز تصرف المأذون انما هو فيما ثبت للاذن شرعا وتفصيل ذلك ان ما كان من قبيل الأتلافات التى كانت للمالك مباشرة او توكيلا فيفيد الاذن فيه مما لم يكن له ذلك فلا يفيد اذا ذن فى الأكل والشرب والعتق والاداء الدين ونحو ذلك فيفيد اما الأول فلان فواضح لانه من آثار سلطنة المالك على ماله واما العتق فلما ظهر من ان العتق عن الغير شرعا جائز ونافذ يقع عمن سؤاكان فاجبا او مستحبا على الغير فاذن الغير له بمنزلة توكيله فى عتقه عن مالكه للوكيل ومقتضى وقوعه مجانا لو لم يكن مسئولا بالاستدعاء من الغير الا ان يقوم قرينة على التضمين فيضمن لو اعتقه كما ان مقتضى الاستدعاء ان يكون ضمانا على المستدعى فيقتضى دخوله فى ملكه انا ما الا ان تقوم قرينة على عدم التضمن وعلى الأستدعاء من المالك مجانا وبالجملة اذن المالك بالعتق عنه لغيره نافذ ولكنه يحكى عن المالك فى باب الكفارات انه لا بد ان يقع العتق فى ملك المعتق وعن نفسه عن غيره وانما خرج عتق الولد عن الوالد تعبدا بالدليل ولا يخفى ان ما افاده تام لو قام اجماع عليه الا مقتضى القاعدة صحته من مالك العبد عن غيره لانه من قبيل سائر التبرعات كأداء الدين واعطاء ثمن الهدى ومهر زوجة الغير ونحو ذلك فحكم الاذن فى الأتلاف نعم تقدم وجه الاشكال فى الخمس والزكوة وبالجملة كل ما كان للمالك اتلافه مباشرة يؤثر اذنه فيه لانه من الواضح عدا عتبار المباشرة فى مثل ذلك مما لم يكن للمالك مباشرة كالتسبب بأعمال الغير بل مطلق المعاوضة فاذنه لا يؤثر فى صحته الا ان يرجع الى الاذن فى القرض ثم الاشتراء لنفسه بماله ويكون مجرد مقاولة قبل البيع كما فى اخبار العينة الدالة على انه لو كان الأمر الخيار والأمور كذلك فلا بأس اى اذا اشترى احد بمال نفسه ولو كان داعيا لغيره

الغير
انه لنفسه

بالشراء ولذا كان مختارا في بيعه من الآمر وعدمه فلا محذور فاخبار العينة ناظرة الى جهة المرابحة والى بيان انه لو كان
مقصود المتبايعين اخذ الربا يبطل البيع والشراء واما لو كان قصدهما البيع الحقيقي فلا يبطل وليست ناظرة الى جواز شراء
شيء بماله لغيره ونحن نذكر واحدا منها تيمنا ففي رواية الحسين بن منذر قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يجيئني فيطلب العينة
فاشتري له المتاع مرابحة ثم ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكاني فقال اذا كان هو بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع وكنت
انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر فلا بأس فانه عليه السلام في مقام بيان ان مقصودهما لو كان المعاوضة حقيقة
فلا بأس ولو كان مقصودهما اخذ الربح فرباء واما ان شراء المستدعي منه من مال المستدعي بعد قرضه منه او من نفسه
فليس الامام عليه السلام بصدد بيانه ثم لا يخفى انه لو باع المأذون المفروض يقع البيع للمالك اما لازما او موقوفا
على الاجازة ثانيا كما سيجيء انشاء الله في الفضولي تفصيله وملخص وجه الاحتمالين انه لو كان بيع المباح له مال غيره لنفسه من
قبيل بيع الولد مال ابيه بظن حيوته ثم تبين موته قبل البيع فيحتاج الى الاجازة لانه لم يقصد بيع مال نفسه ولو كان من
قبيل من باع ماله على ان يصير الثمن ملكا للغير فالقصد لغو ويقع البيع لنفس البايع ولا يحتاج الى الاجازة ففي المقام
حيث قصد البايع بيع مال غيره لنفسه يكون هذا القصد لغوا كقصد الغاصب بيع مال المغصوب منه لنفسه وبيع الغاصب
وان توقف وقوعه للمالك على اجازته الا ان في المقام يقع البيع للمالك بلا اجازته للتلازم فيما صح بالاجازة صح بالاذن
فانه لو اثر الاجازة اللاحقة يؤثر الاذن السابق بطريق اولى ولكن الاقوى الاحتياج الى الاجازة في المقام لان التلازم
فيما صح بالاجازة صح بالاذن انما هو لو ورد في محل واحد وفي المقام الاذن تعلق ببيع المأذون مال غيره لنفسه لا لمالكه
وفي باب صحة ما باعه الغاصب لنفسه بالاجازة انما هو لان الغاصب بنى على مالكيته فاوقع المعاملة بين ملكي المالكين فالاجازة
ترد على تبديل المالين فتلخص مما ذكرنا ان الاذن ليس مشرعا ولا يباح به الا ما يجوز للمالك مباشرته فتأمل قوله قده
ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين اه لا يخفى انه وان كان ظاهر جماعة ان شراء العالم بالغصبية من الغاصب
يوجب تملك الغاصب الثمن ولما اشتراه بهذا الثمن الا ان هذا لا يمكن الالتزام به ولذا حمل بعض تملك ما اشتراه الغاصب
بالثمن الذي اعطاه العالم بالغصبية على ما اذا وهبه العالم لا على ما اذا اباح له فان مجرد الاباحة لا اثر له ويمكن ان يكون قوله
قده فتأمل اشارة الى ان ما يظهر من جماعة لعله محمول على هبة العالم لا اباحته له قوله قده واما الكلام في صحة الاباحة
بالعوض اه اباحة احد المالكين ماله للآخر بعوض اي تقابل الاباحة مع الملك يقع على قسمين الاول ان يبيح المالك ماله
على ان يكون المباح له ضامنا بالمثل او القيمة وهذا لا اشكال فيه فانه نظير العارية المضمونة الثاني ان يبيح له بضمان
المسمى كما هو مفروض البحث وهذا تارة يقع بالمعاطاة كما هو مفروض كلام المص واخرى بالقول على كلا التقديرين
لا اشكال في خروج هذه المعاملة عن عنوان البيع لانه تبديل مال بمال لا تبديل الاباحة بالمال انما الكلام في انها

عنوان مستقل او داخلة في عنوان الصلح ثم بناء على الأول ما الدليل على صحتها ونحن في الدورة السابقة بنينا على اندراجها في عنوان الصلح لأنها بمعنى التسالم والاتفاق على امر وهذا العنوان لا يشترط ان يكون منشأ بلفظ صالحت او ما على كذا بل يكفي كل لفظ او فعل يدل عليه ولو بالالتزام كما ورد في صلح الشريكين بقولها الذي عندك لي وما عندي لك على الاقوى عند دخولها تحت عنوان الصلح ولو بناء على تحققه بكل فعل او لفظ لكن الا يكفي مجرد الاتفاق على امر الا بوجيه خولة في عنوان الصلح والا كان البيع والاجارة ونحوها ايضا داخلا فيه بل لا بد اما ان ينشأ عنوان الصلح بقولها صالحت وقبلت او بما يكشف عنه بالدلالة السياقية كما في صلح الشريكين فانهما بعد نزاعهما قالا على ما عندك لي وما عندي لك وقال احدهما الذي عندك لي وما عندي وقال الآخر كذلك وقبلت فمن سوق كلامهما يستكشف انهما في مقام التسالم واما في المقام وهي الاباحة بالعوض فلا دلالة لفظية او فعلية على انشاء العنوان ولا سياقية فكيف يقال انها صلح ثم انه لا يمكن التمسك لصحتها بقوله عز من قائل اوفوا بالعقود ولا بقوله تجارة عن تراض اما الاول فلانها اذا وقعت بالفعل فلا تكون عقدا واذا وقعت بالقول فلا تكون من العهود المتعارفة حتى يكون قوله يشملها او امثالها واما الثاني فلان التجارة وان كانت مطلق التكسب الا انه لا بد ان يكون التكسب من الطرفين والمباح لم يكتسب ملكا ومطلق استيفاء المنافع ليس تكسبا فتأمل نعم قد تقدم انه يمكن التمسك لصحته بعموم قولهم الناس مسلطون على اموالهم لان هذه القاعدة وان لم تجر في ناحية الاسباب ولا تدل على كفاية العقد الفارسي مثلا الا انها جارية في ناحية المسببات من اثار سلطنة الناس على اموالهم اباحتها بالعوض المسمى الا ان بناقش في عموم القاعدة بحيث يشمل المقام لانه لو لم يكن الاباحة بالعوض المسمى مندرجة تحت احد العناوين المتعارفة التي امضاها الشارع فليس للمالك ان يتسلط عليها هذا مع ان كل اجارة فاسدة وبيع فاسد لا محالة متضمن للاباحة بالعوض المسمى فما معنى عدهم من العقود الفاسدة فتأمل قوله قده وعلى تقدير الصحة فهي لازمة مطلقا اه لا يخفى انه على فرض الصحة فالصواب هو التفصيل بين الواقع بالفعل والقول على ما اخترناه من جواز المعاطاة فلو وقع بالقول فالحق لزومه من الطرفين لعموم اوفوا بالعقود بناء على ان مفاده الحكم الوضعي كما هو الحق وتبين وجهه في محله لان نفوذ العقد كونه بحيث يقتضي نفوذه من الطرفين فان العقد هو العهد المؤكد الواقع بين المتعاطيين فلا يمكن انتقاضه الا اذا ثبت بالدليل كما في الجواز الثابت للمتحابين دون الزاهدين نعم بناء على ان مفاده الحكم التكليفي فيمكن ان يجب الوفاء على احد المتعاقدين دون الآخر ولو وقع بالفعل فالحق جوازه من الطرفين والتفصيل بين ذلك والاباحة لا وجه له قوله قده الامر الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع اه لا يخفى ان الاستدلال بادلة المعاملات لصحة المعاطاة فيها يتوقف على اثبات مقدمتين الاولى كون الفعل بنفسه مصداقا لهذه العناوين ليصح الاستدلال بادلة العناوين على صحته او كونه مصداقا لامر ملازم لاحد العناوين بحيث يترتب عليه عرفا ان لعانة المألوفة والسيرة المستمرة

ما يترتب على ملازمه بان كانت السيرة دليلا على ترتب ما يترتب على ملازم الفعل لا ان تكون دليلا على اصل صحة المعاملة
الفعلية فبعد جريان العادة يدخل الفعل بالملازمة في احد العناوين ويصح الاستدلال له بما يستدل به للعناوين نظير القول
فانه قد ينشأ به احد العناوين مطابقة وقد ينشأ به احدها التزاما ووجه اعتبار كون الفعل مصداقا لها او مصداقا لملازمها
ما اشرنا اليه سابقا من ان مجرد قصد عنوان ووقوع الفعل عقيبه لا يؤثر في تحقق هذا العنوان اذا لم يكن الفعل آلة لايجاده
او ايجاد ملازمه والثانية ان الفعل اذا كان مصداقا لعنوان خاص فلا اشكال في تحقق هذا العنوان بايجاده مع القصد
واما اذا كان مشتركا وكان ذا وجوه فتعين احد العناوين دون غيره انما هو بالقرائن المكتنفة به والقرينة في باب الافعال
ليست مما ينشأ بها جزء المعنى حتى يقال ان المنشآت في باب المعاملات معان بسيطة لا يمكن انشاؤها تدريجا وليست لها
اجناس وفصول لان القرينة موجبة لتعين وجه الفعل فينشأ التمليك مثلا بالفعل وحده وبالجملة وان قلنا بانه لا يمكن
انشاء العقود بالمشترك المعنوي ولا بالمشترك اللفظي الا انه لا يمكن قياس الفعل باللفظ لان القول في المشترك المعنوي
وضع لمعنى جامع وفي المشترك اللفظي لكل معنى مستقلا فايجاد المعنى المشترك بالقول المفيد لمعنى عام ايجاد للجنس واللفظ الدال
على الخصوصيات ايجاد للفصل فيوجد المقصود بتعدد الدال والمدلول وهكذا ايجاده باللفظ الذي لا يستفاد منه معنى الا
بالقرينة كالمشترك اللفظي ايجاد للمقصود بلفظين وهذا وان لم يخل عن المناقشة كما سيجيء انشاء الله من انه لا مانع من ايجاد احد
العناوين بالمشترك لفظا بين عناوين متعددة الا ان هذا الاشكال لا يرد في الفعل لان وجه الفعل ليس بمنزلة القرينة
لينشأ بها شيئا غير ما ينشأ بذي القرينة بل ينشأ العنوان بنفس الفعل الموجه فاذا كان المعطى في مقام البيع فينشأ البيع
بنفس الفعل وهكذا لو كان في مقام اعطاء ماله قرضا او هبة ينشأ القرض او الهبة بنفس الفعل وبالجملة فكما اذا كان الفعل
موجها بعنوان واحد ينشأ العنوان به كالوطي الذي به يتحقق الرجوع في العدة الرجعية وبه يتحقق الفسخ في البيع الخياري
فكذلك بنفس الفعل ينشأ العنوان اذا كان ذا وجوه اذا عرفت ذلك ظهر جريان المعاطاة في البيع والهبة والقرض و
في الاجارة والعارية والوديعة لان الفعل اما بنفسه مصداق لاحد هذه العناوين او ملازم له فلو لم يكن اعطاء كل منهما ماله
للآخر بيعا فلا اقل من كونه تسليطا ومن جهة العادة والسيرة المستمرة من قصد البيع به وان كان الفعل في الخارج ملازما للبيع
وهكذا يصح انشاء المضاربة ونحوها به فان الفعل وان لم يمكن انشاء جميع ما يعتبر في المضاربة به من تعيين الربح ونحوه الا انه
كلما يمكن انشاؤه بالفعل فينشأ به وكلما ليس الفعل مصداقا له يتعين بالقول وينشأ باللفظ ولا مانع من تركيب المعاملة
من الفعل والقول اذا كانت المعاملة مشتملة على امور كلها لا بد من انشائها اما بالفعل او القول كالشرائط التي في ضمن
العقود وما يقال من ان منشآت العقود بسيطة ليس معناه انه لا يمكن انشاء امرين في معاملة واحدة بل معناه ان الامر الواحد
لا يمكن انشاؤه تدريجا وبالجملة كل شرط في ضمن العقد منشأ مستقل وتحققه في عالم الاعتبار بانشائه قولا او فعلا فلا مانع

من انشاء المضاربة ونحوها من المزارعة والمساقاة بالفعل نعم ما لا يجري فيه المعاطاة امور منها ما لا يمكن الا انشائه
بالقول خارجا ومنها ما لا يصح انشائه بالفعل شرعا ومنها مورد الخلاف فمن الاول الوصية تمليكية كانت او عهدية
والتدبير والضمان فانها لا تنشأ الا بالقول لعدم وجود فعل كان مصداقا لهذه العناوين فان انتقال الدين من ذمة الى
اخرى لا يمكن ان يتحقق بالفعل ولا العتق او الملكية او القيمومية بعد موت الموصي ومن الثاني النكاح فان الفعل فيه ملازم
لضده وهو الزنا والسفاح بل مصداق للضد حقيقة فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولي وعما
جعله الشارع سببا للحلية ومن الثالث الوقف ولكن الاقوى هو التفصيل بين اقسامه فما كان الفعل بنفسه مصداقا لحبس
العين وتسبيل المنفعة كوقف المساجد والقناطر والمدارس ووقف الحصر والبواري ونحوهما للمساجد والمشاهد يقع
بالفعل كوقوعه بالقول وما لم يكن الفعل مصداقا له كالوقف الخاص او لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام
الله عليه وعلى الدماء السائلات بين يديه فلا يقع بالفعل وبالجملة لم يقم دليل خاص على اعتبار القول في مطلق الوقف كباب
النكاح بل النزاع صغروي ثم مما ذكرنا ظهر انه لا يمكن وقوع الايقاعات بالفعل الا باب الاجازة والفسخ وما يلحق بهما
من الرجوع في العدة لعدم وجود فعل يكون مصداقا للطلاق والعتق ونحوهما فان القاء القناع على الزوجة واخراج
العبد من الدار وامثال ذلك من الافعال ليست مصداقا للطلاق والعتاق بل هي من آثارهما ثم ان من القسم الثالث
الرهن فبعضهم ادعى عدم تحققه بالفعل لانعقاد الاجماع على كونه من طرف الراهن لازما وانعقاده على توقف العقود
اللازمة على اللفظ وبتعبير آخر حقيقة الرهن وهي كون المال وثيقة للدين تقتضي عدم امكان الفسخ للراهن مع ان المعاطاة
سواء كانت مفيدة للملك او الاباحة جائزة اما اجماعا او لعدم ثبوت مقتضي اللزوم فلا بد اما من القول ببطلان المعاطاة
في الرهن او تخصيص ما دل على كون المعاطاة جائزة او تخصيص ادلة الرهن وحيث ان الالتزام بالاخيرين ممتنع للاجماع على
توقف العقود اللازمة على اللفظ ولمنافاة الجواز مع كون الشيء وثيقة فتعين الاول ولكنه لا يخفى ان الاجماع على توقف العقود
اللازمة على اللفظ ليس اجماعا تعبديا قائما على حصر ما يفيد اللزوم باللفظ بل غرض المجمعين ان حكم الشارع بلزوم المعاملة
يتعلق بالمعاملة المنشأة باللفظ لكونها مشتملة على مدلول التزامي وبهذا اللحاظ تسمى عقدا وحيث ان المعاطاة ليست عقدا
فلا تكون لازمة وهذا لا ينافي كون الرهن المعاطاتي لازما من جهة اخرى وهي اقتضاء ذاته اللزوم اي لا تنافي بين ان يكون الرهن
من حيث وقوعه بالفعل جائزا ومن حيث الحكم الشرعي او اقتضاء ذاته لازما كما ان عدم معروفية الجواز من الشارع في الوقف لا ينافي
جوازه من حيث وقوعه بالفعل غاية الامر يقدم جهة الذاتية او عدم المعروفية على جهة نفس الفعل وبالجملة لو قلنا بان المعاطاة
جائزة من جهة عدم اقتضائها اللزوم او اجماعا فلا ينافي طرو جهة اللزوم عليها **قوله** قده وفيه ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة
على مذهب المحقق الثاني آه حاصل مرامه قده في رد المحقق الثاني في الاجارة هو ان من آثار الاجارة ان يكون المستأجر

في جريان المعاطاة في الرهن وعدمه

في جريان المعاطاة في الاجارة وعدمه

مالكا لعمل الأجير ولمنفعة دار الموجر وان يكون الأجير مالكا للأجر المعين والموجر مالكا للعوض بازاء المنفعة بحيث يكون
عمل العامل او تسليم الدار لاستيفاء المنفعة وفاء للحق الحاصل بالاجارة مع ان الأمر ليس مالكا كذلك بلا اشكال لان
للمأمور ان لا يعمل بما امره الآمر وان لا يسلم داره فامر الآمر وعمل المأمور ليس داخلا في باب الاجارة المتعارفة بل يدخل في باب
استيفاء العمل بالأمر المعاملي الموجب لضمان المثل او القيمة لو لم يعين له اجرة ولضمان المسمى لو عين على اشكال فيه ومنشأ
الاشكال ان مجرد تعيين الأجرة لا يوجب ان يكون ضامنا لما عين لان التعيين ليس بنفسه عقدا ولذا لا يستحق العمل على
المأمور بل الضمان يتحقق بعد اتيان العامل بالعمل باذن الآمر مع عدم قصده التبرع فيدخل في ملك الآمر اتماما ويضمن وبالجملة
اختلفوا في انه لو عين مقدار ما يضمن به فهل يتعين المسمى او يرجع الى ضمان المثل او القيمة او يضمن اقل الأمرين من ضمان
المسمى والمثل او القيمة والأقوى هو الثاني لما عرفت من ان التعيين بنفسه ليس عقدا بل التزام ابتدائي ولا يشمله المؤمنون
عند شروطهم بناء على ما هو الحق من اختصاص الحديث بالشرط في ضمن العقد ومنه ظهر ضعف وجه القول الثالث فان وجهه
اقدام العامل ورضاه بما عين له الآمر ومع بطلان التعيين فلو كان هو الأقل فقد اقدم العامل به ولو كان هو ثمن المثل فهو
الذي يستحقه وجه الضعف ان اقدام العامل لا اثر له لانه ليس الا التزام بدوي وبالجملة لو كان امر الآمر وعمل المأمور داخلا
في اجارة النفس للعمل لكان المسمى متعينا واما مع عدم تحقق الاجارة لا قولا ولا معاطاة فالتعيين لا اثر له اما قولا فلعدم
الانشاء باللفظ كما هو المفروض واما معاطاة فلان العمل بنفسه ليس اجارة لان اجارة العمل ليست بنفسها صحيحة ولو
بالقول فضلا عن الفعل واجارة النفس للعمل لا تتحقق بالفعل لان العمل الخارجي ليس مصداقا للاجارة المتعلقة بالنفس
ومجرد قرينية حرفته وصنعته على انه لا يعمل مجانا لا يوجب ان يكون عمله مصداقا لاجارة نفسه للعمل فلو حمل المتاع بلا
امر من صاحبه ولا رضاه الذي بمنزلة الأمر لا يدخل عمله في عنوان الاجارة ولا يستحق شيئا من صاحب المتاع ولو قصد الأجرة
نعم في اجارة الأموال تسليم المال لاستيفاء المنفعة وتسلم المستأجر واعطاء الأجرة اجارة معاطاتية وعلى هذا فما افاده
المحقق الثاني من ان في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة وذلك انه اذا امره بعمل على عوض معين وعمله استحق
الأجرة غير وجيه لان هذا غير داخل في الاجارة المعاطاتية وانما يدخل في باب استيفاء العمل بالأمر المعاملي الموجب للضمان
الواقعي لا المسمى كما ظهر وحاصل مقصوده قده في رد المحقق الثاني في الهبة هو انه لا يمكن جريان المعاطاة فيها على مختار المحقق الثاني
القائل بان المعاطاة مفيدة للملك الجائز للاجماع على عدم حصول الملك في الهبة الا باللفظ فجريانها فيها انما يتم على القول
بكونها مفيدة للاباحة وفيه ان الظاهر عدم كون المسئلة اجماعية وعدم خصوصية للهبة في توقف حصول الملك فيها على اللفظ
بل لو توقف حصوله على اللفظ لتوقف كل عقد عليه قوله قده واما على القول بالاباحة فالأصل عدم اللزوم اه لا يخفى ان
ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الاباحة بالعوض من ان الأقوى اللزوم فان مدرك الأقوال الثلاثة جار

في الفرق بين القول بالملك والاباحة في اصالة اللزوم

في مطلق ما يفيد الاباحة سواء كان قصد المتعاطيين الاباحة او التمليك مع ترتب الاباحة على فعلهما فان وجه
الجواز مطلقا هو ان العقود التسليطية دائرة مدار الاذن والتسليط ولذا استشكل في لزوم الوكالة في ضمن العقد اللازم بتقريب
ان الوكالة ثابتة ما دام الاذن باقيا فاذا ارتفع ارتفعت ولا يجدي اشتراط عدم عزله ولو في ضمن عقد لازم ووجه اللزوم
مطلقا كفاية عموم المؤمنون عند شروطهم لاثبات اللزوم فان العقود التسليطية لو خليت وطبعها دائرة مدار بقاء التسليط
لا فيما اذا اشترط اللزوم في ضمن عقد لازم او التزم وتعهد به ابتداء ووجه التفصيل ان المباح له اخرج ماله عن ملكه فلا
دليل على امكان ارجاعه اليه ثانيا دون المبيح فانه باق على سلطنته فاذا كان مختارا لمضمون اللزوم فكيف يصح قوله واما على
القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم حيث ان الفعل لا ينشأ به الا نفس التبديل او الاباحة بالعوض وليس له مدلول التزامي
فلا تشمله ادلة العهود والعقود بل يكون بالنسبة الى اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم والبيعان بالخيار خارجا بالتخصص
اما الاولين فلعدم كونه عقدا ولا شرطا والتزاما بشيء واما الاخير فلانه وان كان بيعا الا ان الحكم المترتب على البيع بمقتضى
هذا الخبر من الخيار عند الاجتماع واللزوم عند الافتراق لا يترتب عليه لانه ليس فيه التزام حتى يلزم بعد الافتراق فليس فيه
خيار ايضا لانه في مقابل اللزوم الحقي فكما انه ليس لازما حكما كالنكاح لوضوح صحة الاقالة فيه وكلما يدخل فيه الاقالة
يدخل فيه خيار الفسخ واللزوم الحكمي لا يصح جعل الخيار فيه من المتعاقدين كذلك ليس لازما حقا ايضا لان اللزوم الحقي
ينشأ من التزام المتعاقدين وفي الفعل لا ينشأ الالتزام فهو خارج عن عموم البيعان بالتخصص ايضا وبالنسبة الى قوله
عز من قائل ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل فهو خارج بالحكومة لان بعد الاجماع على الجواز او لعدم موجب اللزوم
يكون رجوع المتعاطيين اكلا بالحق لا بالباطل وبالنسبة الى الناس مسلطون ولا يحل مال امرء والا ان تكون تجارة
عن تراض فهو خارج بالتخصيص لان بعد قيام الاجماع على الجواز او عدم ما يوجب اللزوم يثبت حق للمالك الاول او
المبيح فيخرج رد المتعاطيين عين مالهما الى ملكهما عن عموم تسلط الناس على اموالهم وحرمة التصرف الا بطيب النفس والتجارة
لا عن تراض كما لا فرق بين القول بالاباحة بناء على الوجه الثامن وهو الاستصحاب لانه بناء على ما قلنا من عدم تحقق ما يوجب
اللزوم فلا يبقى شك في جواز الرد حتى يتمسك بالاستصحاب الا ان يقال وان لم يتحقق موجب اللزوم الا انه بناء على حصول
الملك منه فجواز الرجوع ايضا لا دليل عليه نعم بناء على الاباحة جواز الرجوع هو مقتضى بقاء سلطنة المالك وفيه انه لا فرق
بينهما اما بناء على الملك فيكفي التمسك بالاجماع للجواز فانه وان كان مقتضى الاستصحاب بقاء اثر ما تحقق بالفعل الا ان الاجماع
على الجواز يكفي للخروج عن اصالة اللزوم واما بناء على الاباحة فاصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة حاكمة على اصالة بقاء
الاباحة الناشئة من التعاطي لو سلم جريانها مع ان جريانها ممنوع لا لما توهم من ان المقام من قبيل الشك في المقتضي
فانه فاسد لان الشك في المقتضي هو الشك في بقاء المستصحب في عمود الزمان لا الشك في مقدار استعداده بالنسبة

فالاولى ان يقال م

بالملك والقول م

الى الزمانيات والا رجع الشك في رافعية الموجود باقسامه الى الشك في المقتضي بل لان قوام الاباحة الثابتة بالفعل انما
هو بالاذن فاذا ارتفع ارتفعت قطعا فلا يبقى شك حتى يستصحب الاباحة وبالجملة على فرض جريان اصالة الاباحة
فاصالة السلطنة حاكمة عليها واما استصحاب الملك فالاجماع على الجواز كاف في عدم جريانه وكيف كان بعد قيام الاجماع
او عدم تحقق موجب اللزوم يثبت جواز المعاطاة بلا اشكال نعم فرق بين المسلكين وهو انه لو قلنا ان الاصل هو اللزوم
كما على مختاره قده بناء على الملك فالاجماع على الجواز انما يفيد في المتيقن منه لو كان معقد الاجماع مجملا كما يظهر منه قده
ويقول المتيقن منه مورد تراد العينين مع بقاء صفاتهما وعدم انتقالهما الى غيرهما فمع تلفهما او تغييرهما او تملك غير المتعاطيين
لهما فالمرجع اصالة اللزوم للشك في شمول دليل الجواز لهذه الصورة واما لو قلنا ان الاصل عدم اللزوم كما على القول بالاباحة
على مختاره فالامر بالعكس فتأسيس الاصل على مختاره يترتب عليه آثار غير خفية نعم يرد عليه اشكال وهو انه لو تمسكنا لاصالة
اللزوم بغير الاستصحاب من الوجوه السبعة الاخرى فيقتضي ان يكون اللزوم فيها هو اللزوم الحقي سيما اذا تمسكنا باوفوا بالعقود
والمؤمنون عند شروطهم والبيعان بالخيار فالاجماع على الجواز ايضا يقتضي ان يكون حقيا ومقتضاه بقاء الخيار عند التلف الا
ان يدعى الاجماع على الجواز مقيدا ببقاء العينين كما سيجيء توضيحه نعم بناء على ما سلكناه من ان الفعل لا يقتضي اللزوم فالجواز
المتصور فيه يرجع الى الجواز الحكمي لا الحقي لانه يقع في مقابل اللزوم الحقي كالخيارات الشرعية فينحصر ان يكون الجواز حكميا
قوله قده اذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعا اه لا يخفى انا في تعليقتنا سابقا على هذا العنوان اخترنا
ما هو ظاهر كلام المص من تعلق جواز الرد بنفس العينين ففي مورد تلفهما لا يبقى موضوع للجواز وبينا عدم امكان تعلق حق
الرجوع بالمثل او القيمة عند التلف لان التعاطي انما يقتضي التبديل بين المالين دون الالتزام بهذا التبديل فلو لم يمكن رد
نفس المالين الى مالكهما الاصلي فرد بدلهما لا وجه له لان تحقق المعاملة كما يتوقف على وجودهما فكذلك ردهما ايضا ولكن
الظاهر للمتأمل ان ما ذكرنا من عدم امكان الرد الا مع بقاء العينين استحساني ولا يبتني على اساس وذلك لانه لو قلنا باصالة
اللزوم من جهة الادلة الثمانية فالاجماع على الجواز لا يقتضي الا الجواز الحقي المقتضي لبقائه عند التلف نعم لو تردد الجواز
بين معنيين متباينين وهو جواز المعاوضة او تراد العينين فلا يمكن التمسك بالعمومات في مورد الشك لان المخصص وان كان منفصلا
الا ان تردده بين المتباينين يوجب سقوط ظهور العام في كل منهما ولو قلنا بها من باب الاستصحاب فالاجماع على الجواز
ايضا لا يقتضي انحصاره بمورد بقاء العينين الا ان يقوم الاجماع عليه مقيدا او كان هناك اجماع تعبدي آخر على ان تلف
العينين ملزم كما هو ظاهره قده في قوله على الظاهر المصرح به في بعض العبائر والظ عدم كون الاجماع على الجواز مقيدا
ببقاء العينين وعدم قيام الاجماع القطعي على ان تلفهما ملزم ولو قلنا بان الفعل ليس فيه جهة لزوم اصلا فالاجماع على
الجواز لا اثر له الا اذا تحقق ما يوجب اللزوم من جهة كما اذا تلف العينين فان الجواز من جهة عدم تحقق الملزم انما يؤثر

فيما يوجب لزوم المعاطاة

في رد العين فاذا تلفت لا يبقى موضوع لهذا الجواز بنور الجواز من جهة اخرى ويقتضي ثبوته عند تلف العين لان بقاء
جهتين نظير ثبوت الخيار من جهتين واحدهما مع وجود الاخر لا اثر له اذا بقاء ثوم سقوط الاخر وبالجملة لا معنى لتعلق الجواز بنفس
العين ابتداء الا ان لم يقم دليل على كون المقام قبيل التفاسخ الغائب لعود المال الى تعلق سلطنة مالك العين بل الجواز هنا امام قبيل جواز
البيع الخياري او جواز الرجوع في الهبة وعلى اي حال له مساس بالمعاوضة ويسترجع العين تعبدا للرجوع عنها واذا لم يمكن الرجوع
في الهبة عند تلف العين لانها البست معاوضة بل تسليط مجاني فاذا تلفت العين التي لم يتعلق بها ضمان فرجوع مثلها او
قيمتها بلا موجب فلا يؤثر رجوع الواهب هذا بخلاف باب المعاوضة فانها ليست تسليطا مجانيا فلو رجع المالك الا صلي
او المبيع يقتضي ثبوت جواز الرجوع له فلا بد ان يرجع البدل عند بقائها وبدلها عند تلفها الا ان يقال بثبات على الاباحة
فبعد فرض افادة المعاطاة الضمان بالمسمى فمقتضاه ان يصير التالف ملكا للمالك لا فاذا كان التالف ملكا لمن تلف عبده فلا
وجه لان يكون عليه ضمان المثل او القيمة الا اذا ثبت جواز رجوع المالك الاصلي حتى بعد التلف وفي خصوص الاباحة قام الاجماع
القطعي على ان المبيح ليس له الرجوع الى المثل او القيمة بعد التلف فالبؤثر فيضمن بل يمكن تطبيقه على القاعدة ايضا بتقريب ان
الجواز على الاباحة انما يكون من جهة سلطنة المالك فاذا تلف العين ينتقل ملكه الى طرفه وارجاعا الى ملكه ثبات بتوقف على ثبوت
الجواز بعد التلف وهذا يتوقف على دليل خاص عليه وبالجملة حكم الاباحة حال التلف حكم الملك فانه على كل تقدير يحصل
الملك اما انا ما او من اول الامر فاذا لم نقل بجواز الفسخ بعد التلف بناء على الملك كما سيجيء تقريبه فعدم جوازه على الاباحة
اولى ثم ما ذكرنا ظهر مما قوله قده لان تلف من مال كل لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه لما عرفت من
ان اتلاف مال لمن تلف عنده لا للمبيح فان كون من مال المبيح منافيا لكون كل من المالين مضمونا على الاخر بالضمان المعاملي
بل هو قده ايضا صرح بما ذكرنا في جواب استيعاب الشيخ الكبير كون التلف من الجانبين معينا للشيء من الطرفين فقال ما
حاصله ان هذا مقتضى الاجماع على عدم ضمان المثل والقيمة مع دخولهما عموما على اليد بحيث لا يلزم التخصيص فيرد ما عداه
الملك الى حين التلف فيصير التلف في المقام كتلف المبيع عند البايع قبل اقباضه بالجملة ما ذكرنا في المقام منافيا لما تقدم منه
كما لا يخفى واما على القول بالملك فلو ثبت الاجماع على ان تلف العوضين ملزم فلا اشكال وهذا وان لم يكن اجماعا تعبديا الا
ان يصير منشأ للشك في ان جواز المعاملة دائمي او مختص بما دام العين باقية كما في باب خيار العيب فبعد تلف العين لم يحرز
الجواز ولا يمكن استصحابه ايضا كما سيجيء وجهه واما لو لم يثبت فاذا قلنا بان الاصل في المعاطاة اللزوم او الوجوه الثمانية فالاجماع
على الجواز لو كان مقيدا ببقاء العينين فالمرجع في مورد تلفهما هو اطلاق اللزوم ولو لم يكن مقيدا وشك في بقاء الجواز حال التلف
يدخل في النزاع المعروف وهو ان المرجع هل هو استصحاب حكم الخاص او عموم العام ولو شك في موضوع الجواز فلا يجري استصحاب
حكم المخصص ايضا فان الجواز ان كان مرددا بين مقطوع البقاء ومقطوع الارتفاع فيدخل في القسم الثاني من الاستصحاب

الكلي الا انه لا يجري في الاحكام اذا كان منشأ الشك فيها الشك في موضوعها وفي المقام وان لم نقل بان جواز المعاملة عبارة عن تراد العينين بل قلنا بانه عبارة عن رد المعاوضة الا انه يمكن ثبوتا ان يكون رد هاشروطا بقاء العين وملكا للشاك يوخذ بالمتيقن وعلى هذا فعلى القول بالاباحة ايضا لا يمكن احراز جواز الرد بعد التلف لان جواز الرد الثابت للمبيع قبل التلف كان من جهة سلطنة المالك وحيث انه بالتلف خرج الملك عن ملكه ودخل في ملك المباح له فهذه السلطنة ارتفعت قطعا واما ثبوت سلطنة اخرى الا ما ثبت بالاجماع الذي هو دليل على جواز المعاطاة وعرفت ان هذا الاجماع لا يفيد الا اثبات الجواز بعد التلف ولا يقال لا اشكال في امكان الاقالة منهما على كلا القولين بعد التلف ومقتضاه امكان الرد منهما على القولين بعد التلف لانا نقول وان ثبت الملازمة بين ما يجري فيه الاقالة وما يجري فيه الخيار الا ان ثبوت الملازمة انما هو من حيث الاقتضاء اي ما يصح فيه الاقالة يصح فيه جعل الخيار لا الملازمة الفعلية وانما يجري الاقالة بعد تلف المعيب اي تعتبر مع سقوط الخيار بهما ثم ان من جوز الاقالة بعد التلف لا يمكن استكشاف الجواز الحقي في المعاطاة الذي هو بمعنى الخيار الثابت حتى بعد التلف اما اولا فلما عرفت ان الجواز الحقي ايضا يمكن ان يتفاعد بالتلف كالخيار وثانيا يمكن ان يكون الجواز حكميا كالجواز في باب الهبة وبقيا الاجماع على ان تلف العينين ملزم يثبت اللزوم الحقي الذي يجري فيه الاقالة وذلك لعدم انحصار اللزوم الحقي بما اذا كان الالتزام بالمعاوضة من منشآت المتعاقدين بل كما يمكن ان يكون كذلك يمكن ان يكون بجعل شرعي كما في الجواز الحقي فانه يمكن ان يكون ما لكا كخيار الشرط ويمكن ان يكون شرعا كخيار المجلس والحيوان فانه مع كونه شرعيا يكون حقا بما ذكرنا بان الاصل في المعاطاة اذا قلنا بان الاصل فيها ان يقول بالملك هو اللزوم واما لو قلنا بان الاصل في الجواز بعد منشأ اللزوم فالجواز فيها كالجواز في الحكمي حكما وثبوته بعد تلف العينين يتوقف على قيام دليل عليه وحيث ان الاجماع عليه لا يفيد الا ثبوته بعد تلفهما فيختص بمورد البقاء قوله قده ومنه يعلم حكم ما لو تلف احد العينين الخ بعد ما تقدم منا ان ثبوت الجواز الحقي بعد تلف العينين يتوقف على قيام دليل عليه وحيث ان الاجماع عليه لا يفيد الا ثبوته بعد تلفهما فيختص بمورد البقاء قوله قده ومنه يعلم حكم ما لو تلف احد العينين الخ بعد ما تقدم منا ان ثبوت الجواز في المعاطاة مختص بمورد قيام العينين على حالهما فبعد تلف احديهما او تلف بعض من احديهما او ارتفع موضوع الجواز وهذا على المشهور مسلم وتقدم منا ان الحكم كذلك على الاباحة ايضا حذو النعل بالنعل لانه بنا عليها يحصل الملك ايضا بتلف احدهما الكل من المبيع والمباح له فانه اذا تلف ما له عنده وما لكا للتالف انما يملك الاخر العين الموجودة ايضا فاذا ملك كل منهما مال الاخر فمقتضى الاستصحاب بقاء ملكهما واسترجاع العين عمن بيده حتى يرجع هو الى مثل ماله او قيمته الذي تلف عنده لم نر من توقف على دليل وحيث انه لا دليل فيتعين المال الموجود للمعوضية عن التالف اذا عرفت ذلك ظهر ما في كلام المصنف قده في ذيل هذا العنوان من الامور الاربعة فانه اولا ارتضى ما استوجه بعض مشايخه ورفاقا لبعض معاصرين تبعا للسيد من جريان الاستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجود وملكه لها فله الرجوع واستشكل فيه بمعارضتها باستصحاب سلطنة من مثل التالف او قيمته وثانيا جعل استصحاب بقاء السلطنة حاكما على استصحاب اشتغال ذمة البراة وثالثا قرر في جريان الاصل من جهة العلم الاجمالي

في تلف احد العينين او بعضهما من احدهما او منهما

بالضمان والشك في ان المضمون هو المسمى بحيث يتعين فلا يمكن لمن تلف عنده الرجوع اليه او المثل او القيمة بحيث يمكن
له الرجوع ولا اصل يعين احدهما ورابعا تمسك بعموم الناس لرد البرائة عن المثل او القيمة وقال مقتضى عموم السلطنة على
المال الموجود باخذه وعلى المال التالف باخذ بدله اما في الاول فلما عرفت ان السلطنة على المال من اثار بقاء الملك في ملك
مالكه فاذا خرج عن ملكه بمقتضى الضمان المعاوضي انقطعت سلطنته ايضا فلا يجري استصحاب حتى يعارض باصالة البرائة وبالجملة
مقتضى الضمان المعاملي اي التعهد بكون المسمى عوضا ان تصير العين الباقية ملكا لمن هي في يده لان التالف يصير حين التلف
ملكا لمن تلف عنده فلا محالة يصير عوضها ملكا للاخر فكيف يبقى سلطنة مالك العين الموجودة ولا مجال لاستصحابها قطعا
والعجب من السيد الطباطبائي قده في حاشيته على المتن حيث قال ان الاولى التمسك بعموم القاعدة لا الاصل اذ لا مجرى له مع العموم
وذلك لما ظهر من انه لا مجال للتمسك بالعموم ولا الاصل لان عموم الناس لا يثبت بقاء العين الموجودة في ملك مالكها الاصلي
واعجب منه ما في المتن في رد ترجيح اصالة بقاء السلطنة على اصالة البرائة بالتمسك بعموم على اليد من قوله والتمسك بعموم على اليد هنا
في غير محله بعد القطع بان هذا اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان بل ولا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة
وذلك لان ما ذكره هدم لاساس باب المعاوضة فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده قاعدة مستخرجة من قواعد المعاوضات و
اساسها يبتني على الضمان قبل تلف العين وبعده اما قبله فبالعوض المسمى واما بعده فبالعوض الواقعي من جهة عموم على اليد فان
اليد على مال الغير توجب ضمانه اذا لم يكن مجانيا فما دام العين باقية فالتضمين يقتضي بدلية كل من العينين عن الاخرى فاذا رجع
احديهما الى مالكها الاصلي ترجع الاخرى الى مالكها ايضا اذا كانت باقية وعوضها اذا كانت تالفة نعم معنى ضمانها عند
التلف هو الضمان عند الفسخ والرجوع واما مع الامضاء وعدم الرجوع فلا معنى للضمان وبالجملة معنى الضمان انه لو تلفت وطرء
فسخ او انفساخ فيرجع مثلها او قيمتها وليس هذا الا مقتضى المعاوضة واليد فان المعاوضة تقتضي ضمان كل من المالكين مال
الاخر قبل القبض بمقتضى شرط التسليم ضمنا وبالقبض ينتقل الضمان اي ضمان كل ملك على مالكه فاذا طرء عليه الفسخ فمقتضى اليد ان
يكون ضامنا لبدله لو كان تالفا واما في الثاني فلان حكومة اصالة بقاء السلطنة على اصالة البرائة انما تتم اذا كان مفاد اصالة بقاء
السلطنة واثرها الشرعي رفع البرائة او اثبات ضدها اي الاشتغال والا فمجرد السببية والمسببية لا اثر له ولا شبهة ان اثر اصالة
بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ليس اشتغال ذمته بالمثل او القيمة او عدم خلو ذمته عنهما بل اثرها الشرعي هو رجوع العين الى
ملكه لو فسخ نعم لازم رجوعها اليه ان يضمن بدل التالف لما ثبت من الخارج انه لم يعط مالك التالف ماله مجانا والملازمة الخارجية
غير مفيدة في رفع الشك المسببي واما في الثالث فلان قوله فلا اصل انما يصح لو كان الشك في مرحلة الثبوت بان يكون الحادث
مشكوكا واما لو كان الشك في مرحلة البقاء فيجري الاستصحاب فيتساقط الاصلان للعلم الاجمالي وذلك لانه لا اشكال في ثبوت
سلطنة كل منهما على ماله وبرائة ذمة كل منهما عن البدل الواقعي ما دامت العينان باقيتين وانما الشك في ارتفاع السلطنة والبرائة

فى المعاطاة

بعد تلف احديهما فاذا استصحب بقاء السلطنة مالك العين الموجود ورائز ذمة من المثل او القيمة فيتعارضان واصالة البراءة عن البدل الواقعى لها حال التلف سابقة على الاصل لا تجرى اما للتساقط مع اطابقا السلطنة او لعدم امكان جعلها فى الجعل وبقاء التوقف فى موردها العين لا معه لاشتغال الذمة بالبدل الواقعى حتى يقال لا نعلم بعد التلف بان الذمة مشغولة برد البدل او المثمى والاصل يعين بل الذمة لم تكن مشغولة به قطعا وانما الشك فى عدا شتغال الذمة برد البدل الواقعى حتى لا يمكن الرجوع بل يتعين المسمى للبدلية للزم الجمع بين العوض والمعوض او الدفع حتى يمكن الرجوع فاستصحاب عدم اشتغال الذمة بالبدل الواقعى لا محذور فيه فى حد نفسه وتنجيز تعيين المسمى للبدلية لان استصحاب بقاء السلطنة مع قطع النظر عما اوردنا عليه لا محذور فيه ايضا فى حد نفسه وتنجيز اشتغال الذمة بالمثل او القيمة واما فى الرابع فلان ابطال البراءة بعموم الناس مسلطون لا معنى له لان العين الموجودة لو كانت ملكا لمالكها الاصلى فلا شبهة فى ضمان البدل الواقعى لان بقاءها على ملكه ملازم لبقاء التالف فى ملك الاخر فاذا رجع مالك العين الموجودة الى عينه فيرجع الاخر الى من يأخذ منه بدل التالف لانه لم يكن مجانبا ولو كانت ملكا لمن فى يده فلا سلطنة للمالك الاصلى وعموم السلطنة لا يجوز موضوع قوله قدس سره ولو كان احد العوضين دينا فى ذمة احد المتعاطيين اى لو باع احد المتعاطيين ما فى ذمته بالعوض الذى فى ذمة الاخر واشترى ما فى ذمته فهل يوجب امتناع الرجوع على القول بالملك ظاهرا او باحدهما او لا يوجب احدهما او يفصل بين القول بالملك فيمتنع دون القول بالاباحة وجوه وتوضيح ذلك يتوقف على صحة المعاطاة فى المقام وامكان تملك الاثمان التى فى ذمته ولو انا ما اما صحتها فى المقام فلا اشكال فيها اما على القول بكفاية الاعطاء من طرف فواضح واما على القول بعدمه فللفرق بين المقام والبيع لتسالم ان التعاطى متحقق فى المقام لان الدين بمنزلة المقبوض فلا يحتاج الى القبض ثانيا واما تملك الاثمان التى فى ذمته انا ما وسقوطه بها فهو نظير تملك المثمن المعين انا ما وانتقالها عليه والقول بعدم تعقل تملك الاثمان التى فى ذمته انا ما مساوق للقول ببطلان بيع الدين على من هو عليه وشراء مال المديون بالثمن الذى فى ذمته لانه لو قلنا بعدم تملك الاثمان المعوضة وانتقالها عليه فانما هو لظاهر بعض الادلة الدالة على انها لا يملكان ومع هذا يعتقان وهذا الدليل هو بعينه يوجب تخصيص لا عتق الا فى ملك ما فى المقام فحيث لم يقم دليل خاص على تحقق بيع الدين على من هو عليه الا على تحقق شراء مال المديون بالعوض الذى فى ذمته فلا بد من تطبيقهما على القواعد العامة ومقتضى المعاوضة ان يدخل العوض فى ملك من خرج عنه العوض فاذا اشترى مال المديون بالثمن الذى فى ذمته فمال المديون لا محالة الثمن الذى فى ذمته بعينه حيث انه لا يعقل ان يتملك الاثمان التى فى ذمته فيسقط وعلى اى حال لا يترتب على النزاع فى التقاص شراء العبد ثمرة عملية لا نه سيتفق العموم من فى ذلك الباب فى سقوط الدين فى المقاص اذا عرفت ذلك فيقع النزاع فى انه بعد تملك الاثمان التى فى ذمته سقوطها بها هو على احد انحاء الرجوع او حكم التساقط حكم التالفين فى الاعيان الخارجية وجهان من ان الدين لا يعدو عن التالفين التالفة التى لا يمكن تملكها الا ان تملك الاثمان التى فى ذمته لا خرج من الامور الاعتبارية العقلائية فاذا رد المشترى العين بملك الدين

ثم لو كان احد العوضين دينا فى ذمة احد المتعاطيين

على البايع ثانيا هذا مع ان الدنة لها عرض عريض ولم تشخص ما في الذمة حتى يمكن ان يعرض على المالك التلف وبين حكم التلف فلا منافاة بين سقوطه وامكان الرجوع فيه من ان تملك ما في ذمة الغير وان كان ممكنا الا انه يحتاج الى الرجوع فهو فرع ان يملك في ملكيته فرع ان يمكن له الرجوع وهذا مردود وبقي اخرى لم يذكر مع شهرته كما في باب الخيار لقلنا بان في مورد التلف يرجع الى المثل او القيمة فان الرجوع الى العين انما لغو غير معقول وفي المقام اذا رجع المشتري لا يرجع ايضا الى عين ما في الذمة الذي كان سابقا فانه اعادة المعدوم وهو ممنوع بل يرجع الى مثله وهذا يتوقف على دليل الاقوى هو الثاني فانه مضافا الى عدم الدليل على جواز الرجوع وتملك ما في ذمة الغير ثانيا يمنع لجهة اخرى بناء على ما سيجيء في باب خيار المجلس من انه يعتبر في جواز الرجوع بالخيار ونحوه خروج الملك عن ملك من انتقل اليه الى ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو آنا ما وهذا ممنوع في المقام لانه اذا رد المشتري العين الموجودة الى المديون فلا يتدارك بخروج الدين عن ملكه ويدخل في ملك المشتري ودخول الدين في ملك المديون يتعقبه السقوط دائما نظرا لتعاقب العمومين في ملك المشتري لهما فانه اذا كان يتعقبه السقوط فاذا كان يتعقبه السقوط يمنع الرجوع بل ولو لم نقل باعتبار تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لكان مجرد احتماله منشأ للشك في جواز الرجوع والمتيقن غير هذه الصورة واما على القول بالاباحة فقد يقال ان اباحة الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط لان كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه انه يجوز التصرف فيه باسقاطه عما في ذمته والمصالحة عليه ونحوها من التصرفات الجائزة على القول بالاباحة فرجع ما لك في الذمة الى ملكه الذي اباحه لمن عليه لعموم الناس مسلطون وسائر الادلة ولكنه لا يخفى ما في هذا التقريب فان الاباحة التي هي محل البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر قدس سره من ان افادة المعاطاة الاباحة تارة هو فيما اذا كان قصد المتعاطيين الاباحة بل المراد منها التسليط المالكي على التقريب المتقدم فاذا اوجد مصداق التسليط فلا فرق بينه وبين الملك كما انه لا يعقل ان يتملك الانسان ما في ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطا عليه فتجيء التسليط ايضا السقوط التلف والتالف لا يعود قوله قده ولو نقل العينين او احديهما بعقد لازم فهو كالتالف اقول التصرفات الواقعة من احد المتعاطيين اما ان لا تتوقف على الملك واما ان تتوقف عليه وهذا على قسمين قسم من التصرفات الخارجية كالوطي وقسم من التصرفات في عالم الاعتبار وهذا ايضا على قسمين قسم من العقود المعاوضية وشبهها كالبيع والرهن وقسم من الايقاعات او عقد غير معاوضي كالهبة والعتق المعاوضية تارة تقع على الاعيان كالبيع ونحوه واخرى على المنافع كالاجارة واما الاحاد وكل تصرف غير قابل للعين كالعتاق والوديعة لو غير متوقف على الملك كالركوب والاغتراس فغير موجب لسقوط الرد حتى كان ادخالا على الملك او الاباحة لبقاء العين على حالها واما التصرفات الناقلة او الموقوفة على الملك كالوطي فموجبة لسقوط الرد ضمنا سواء كانت بالعقد اللازم او الجايز على القول بالملك والاباحة في العين الخ مر انقل عنه بحق جايا او ناقلا او معاوضة لا والعقد الجايز كان معاطاة او عقدا

فسخ العاقد ام لا وذلك لان العين بمجرد الوطي او النقل الى غيره خرجت عما هي عليها لان حكم الرد في المعاطاة حكم الرد
في باب خيار العيب يعتبر في جوازه ان تكون العين قائمة بعينها فاذا صارت موطوءة او ملكا للآخر لم تكن قائمة بعينها وبالجملة
المراد من الجواز في المقام هو رد العين عن ملك من انتقلت اليه او ابيحت له بنفس هذه المعاملة الى ملك مالكه الاصلي او المبيح
فرجوع العين ثانيا اليه باي نحو رجع ولو بالفسخ لا يفيد امكان الرد فان الفسخ وان قلنا بانه يوجب حل العقد من حينه
لا من حين الفسخ الا انه حيث يكون دخيلا في انتقال العين الى ملك من انتقلت عنه يكون مالكية احد المتعاطيين او
كونه مباحا له بسبب غير السبب الاول وبمقوم غير المقوم الاول وبعبارة واضحة المناط في جواز الرد في المقام هو تعلق الرد بالعين
بما هي متعلقة للمعاوضة لا بذاتها ورد المعاوضة والمنشأ بالفعل يتوقف على بقاء المعاوضة حتى يرجع عما اوجده اولا
فمع عروض معاوضة اخرى مباينة لها او مثلها انتفى موضوع الجواز ورجوع العين الى محلها بسبب آخر غير كونها في محلها
بالسبب الاول فالموضوع معلوم الارتفاع وهذا من غير فرق بين الملك والاباحة لان التصرفات الناقلة تكشف عن سبق الملك
للمتصرف لان مقتضى الضمان المعاملي ان ينتقل الملك عن مالكه الاصلي بتصرف المباح له او اتلافه ويدخل آنا ما في ملك المتصرف و
يخرج عن ملكه الى ملك الثالث فعوده الى ملك المالك الاول يحتاج الى دليل وبعبارة اخرى اللزوم الحاصل من التصرف
كونه مشروطا بعدم رجوع الملك الى ملك المتصرف يتوقف على دليل فاستصحاب اللزوم جار بلا اشكال وهذا من غير فرق بين
ما اذا قلنا بان تصرفات من عليه الخيار لا يوجب سقوط حق ذي الخيار عن العين بعد رجوعها الى ملك من عليه الخيار ثانيا بالفسخ او لم
نقل وذلك لان هذين القولين مبنيان على ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد وفي المقام يقتضي ان يكون الزائل العائد
كالذي لم يعد لانه بمجرد زواله اوجب سقوط حق الرد لان الموضوع في باب الخيار لم يكن نفس العين ولذا لا يسقط بالتلف فيمكن
ان يقال تعلق الخيار بالمثل او القيمة يدور مدار تعذر رد العين فاذا دخل العين في ملك من عليه الخيار فيتعلق الحق بها وفي المقام التلف
مسقط للجواز رأسا والتصرف بالنقل في حكمه ايضا فاذا بطل التصرف بفسخ ونحوه فرجوع الجواز متوقف على دليل **قوله** قده
نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل آه توضيح هذه العبارة يتوقف على بيان الوجوه المتصورة في نفوذ تصرف ذي الخيار
فيما انتقل عنه وهي اربعة الاول ان ارادة التصرف موجبة لنقل الملك عمن عليه الخيار اليه فتصرفه بالبيع ونحوه كالوطي يقع في ملكه
وهذا الوجه وان لم يكن مرضيا عندنا لان القصد المجرد عن انشاء قولي او فعلي لا اثر له في باب العقود والايقاعات الا انه بناء على
صحته يرتفع جميع الاشكالات حتى في الوطي لانه يقع بعد تحقق الملك للواطي الثاني ان الفسخ يحصل باول جزء من الفعل
او القول وبتمامه يحصل الملك للمشتري وهذا يصح في البيع لا الوطي لان الجزء الاول منه يكون محرما والثالث ان الفسخ والبيع
يحصلان معا بالتصرف الا ان الاول مقدم طبعا على الثاني وبعبارة اخرى التصرف سبب لترتب مسببين طوليين عليه والرابع
انه لو تحقق التصرف بالعقد الناقل فالفسخ يحصل بالانشاء والبيع بالمنشأ اي البيع من حيث انه فعل من افعال الفاسخ يتحقق

في الوجوه المتصورة في تصرف ذي الخيار

الفسخ لانه يحصل بكل ما هو مصداق للتشبث بالملكية ولذا يعد انكار البيع والعرض على البيع والبيع الفاسد فسخا واما الانتقال
الى المشتري فهو يحصل بالمنشأ لانه لا يعتبر في انتقال الملك الى الغير ان يكون انشائه ايضا في ملك الناقل وهذا امتن الوجوه
وهذا وان لم يجر في الوطي الا ان الاشكال في الوطي اصلا غير وارد لان جوازه ليس موقوفا على تملك الرقبة بل يكفي لحليته
ملكية الوطي كما في التحليل وعلى اي حال جميع هذه الوجوه لا يجري في تصرف احد المتعاطيين فيما انتقل اليه اما على الملك فلا
يتوقف على شيء اصلا لانه ملكه فيتصرف فيه كيف شاء واما على الاباحة فيجري فيها الوجه الاول والثالث لان تصرف
المباح له بالبيع ونحوه الذي يتوقف على الملك انما يؤثر في الانتقال الى الثالث لو جعلنا ارادة التصرف المتوقف على الملك
من المملكات او جعلنا العقد سببا لامرين مترتبين دخوله في ملكه وانتقاله الى الثالث واما الوجهان الاخران فلا يجريان في
المقام لان الجزء الاول من اللفظ وكذا تمام اللفظ لا يوجب تملك المباح له لانه لم يقم دليل في المقام على ان كل فعل من افعال
المباح له يوجب تملكه لما ابيح له وهذا بخلاف باب الفسخ لانه يحصل حتى بالعقد الفاسد وبعبارة واضحة مجرد انشاء المباح
له لا يوجب تملكه مال المبيح فضلا عن الجزء الاول من انشائه فتملكه لما ابيح له اما بارادة تصرفه الناقلة واما بالعقد الناقل
فعلى الاول لو رجع ما انتقل عنه الى ملكه فلا وجه لرجوع المالك الاصلي اليه واما على الثاني فيمكن ان يقال ان العقد الذي
كان سببا لتملك المباح له وانتقال المال عن ملكه الى الثالث اذا ارتفع بالفسخ يرتفع كلا مسببيه وبتعبير اخر لو قلنا ان الملك
الحاصل للمباح له انما هو باقتضاء العقد الناقل الواقع بين المباح له مع الثالث فاذا بطل العقد بطل مقتضاه رأسا ثم انه
يمكن ان يقال انه لا يقتضي دخول الملك في ملك المباح له الا في خصوص العقد المعاوضي لا مطلق العقد الناقل حتى
مثل الهبة وذلك لان العقد المعاوضي يقتضي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فعقد المباح له مع المشتري يقتضي
دخول الثمن في ملكه وخروج المثمن عن ملكه الى ملك المشتري ولازمه ان يخرج المال عن ملك المبيح ويدخل في ملك المباح له
اناما حتى يمكن ان يخرج عن ملكه فاذا فسخ المباح له ما انشأه اصالة بطل لازمه فيرجع بفسخه الى ملك المبيح وبالجملة لو كانت المعاوضة
مقتضية للخروج وجب الالتزام بامرين احدهما ان الخروج ثابت ما دام العوض باقيا على عوضيته فاذا رجع عما هو عليه
رجع الى ملك مالكه الاصلي وثانيهما عدم اقتضاء ذلك في هبة المباح له اذ لا عوض فيها فيمكن ان يخرج المال رأسا عن
ملك المبيح الى المتهب هذا تمام الكلام في شرح العبارة وتوضيح الفرق بين كون ارادة التصرف موجبة للملكية والعقد الناقل
ولكن الفرق بينهما ضعيف جدا والفرق بين البيع والهبة اضعف اما الاول فلان تقدير الملك اناما للمباح له في المقام ليس
لاجل وقوع العقد بينه وبين الثالث بل لاقتضاء المعاطاة ذلك فان الضمان بالمسمى الذي هو مفاد المعاطاة يقتضي ان يكون تلف
احد العوضين او نقله من ملك المتلف او الناقل ودخول العوض الاخر في ملك المبيح ولازمه رجوع المال بالفسخ الى الناقل
لا المبيح فانه لو رجع اليه يلزم ان يخرج العوض الاخر عن ملكه وان يكون الناقل ضامنا للمثل او القيمة له لا العوض الذي

اعطاه اياه وهذا خلف فالمسببان المترتبان على العقد اذا كان احدهما مسببا عن المعاطاة وناشئا عنها فرفع العقد لا يقتضي الا
رفع ما هو العلة له لا رفع معلول علة اخرى وبالجملة العقد الصادر من المباح له ليس انشاء لامرين اصلي وهو الانتقال الى المشتري مثلا
وتبعي وهو الانتقال الى نفسه حتى يكون التبعي مرتفعا برفع الاصلي بل المنشأ ليس الا المعاملة مع المشتري واما دخول العين في ملك
المباح له فهو مقتضى الضمان بالمسمى وهذا لا يرتفع بالفسخ مع المشتري واما الثاني فلعدم انحصار تقدير الملك بما اذا كان تصرف
المباح له تصرفا معاوضيا بل مطلق التصرف الناقل مقتض لدخول ملك المبيح في ملك المباح له لان نفوذه موقوف على التقدير
وهذا المعنى مشترك بين العقد المعاوضي كالبيع وغيره كالهبة وبين بقاء العوض في ملك المبيح وخروجه عن ملكه فكما لا ينفذ بيع
غير المالك فكذا لا ينفذ هبته وعلى هذا لا يمكن ان يكون جواز الرجوع للمالك الاصلي دون الواهب لان الواهب لم يكن وكيلا
عن المالك ولا مأذونا شرعا في ان يهب عنه فيكون هبته من قبيل هبة الاب والجد مال الصغير ويكون حق الرجوع له كما ان حق الرجوع
للصغير بعد الكبر لا لوليه وبالجملة الواهب يهب عن نفسه لا عن المبيح فلا يمكن ان يكون الهبة صحيحة وحق الرجوع للمبيح لان حق
الرجوع الى العين الموهوبة ان كان مع بقاء المعاطاة على حالها كما هو مفروض البحث وصريح كلام المص ففيه ان العوض الذي
عند المبيح عوض عن تصرفات المباح له من قبل نفسه فهو يهب مال نفسه لا مال المبيح فينتقل العين الموهوبة انا ما الى ملكه ويخرج الى
المتهب فان الواهب لا يعطي ماله بازاء ان يكون وكيلا او مسلطا على نقل مال الناس الى غيرهم هذا مضافا الى ان الهبة عن قبل
غيره خلاف الحس والوجدان فالجمع بين بقاء العوض الذي عند المبيح على عوضيته وثبوت حق الرجوع في الهبة للمبيح بان يبطل الهبة
ويجعل العين الموهوبة مباحا للواهب كما كان كذلك قبل الهبة جمع بين طرفي النقيض وان كان حق الرجوع بعد بطلان المعاطاة
فهذا خلف لان المفروض عدم وقوع ما يوجب الفسخ قبل صدور الهبة وان كان جواز الرجوع الى الهبة عبارة عن فسخ المعاطاة
ففيه مع كونه خلاف فرض المص ان ثبوت حق الفسخ للمبيح اول الكلام لاحتمال سقوط الجواز بهبة المباح له وحاصل الكلام صحة هبة الواهب
عن قبل نفسه وجواز رجوع المالك الى العين الموهوبة جمع بين طرفي النقيض ووقوع الهبة في ملك المالك الاصلي مع بقاء العوض
على ملكه جمع بين طرفي النقيض ايضا ثم ان المحقق الخراساني قده في حاشيته على المتن التزم بجواز الرجوع للمبيح الى العين الموهوبة ولكنه
اختار ان الرجوع في الهبة ليس فسخا للهبة حتى يرجع الامر الى ما كان سابقا اي كان لم يكن هناك هبة حتى تكون المعاطاة على ما كانت
محلا للتراد بل تملك جديد فاذا كان تملكا جديدا لا فسخا للهبة ترتب عليه امران احدهما عدم امكان رد المعاطاة لانه سقط بالهبة
وثانيهما انه لا يجب على المبيح رد العوض الذي كان عنده فالعينان وان اجتمعتا عنده الا ان احديهما بالمعاطاة ابتداء او بعد التصرف في احديهما
بالهبة واخرى بالرجوع الى العين في الهبة لا المعاطاة فهو قده جمع بين جواز رجوعه في الهبة وعدم جواز رد المعاطاة وجمع بين العوضين
احدهما لكونه بازاء اباحة المالك ماله للمباح له وثانيهما لانه تملك جديد ولا يخفى ما فيه لان العوض عوض عن صيرورة
المال للمتهب لا عن انشاء الواهب فاذا رجع المال عن المتهب فلا بد ان يرجع ما عند المبيح من العوض الى ملك الواهب وبعبارة

اخرى العوض في باب المعاطاة ليس بازاء اباحة التصرف انما المباح له مع عدم استقرارها بل عوض عن نفوذ تصرفاته فالتملك
الجديد لا معنى له في المقام **قوله قده** ولو باع العين ثالث فضولا اه لا يخفى انه لا وجه لما افاده المص قده من كون الاباحة
بعكس الملك وضوحا وخفاء بل على كل من القولين يجوز لكل منهما الاجازة لان مبنى الاشكال على القول بالملك هو ان رد
المعاطاة ليس كرد ذي الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل او قول بل لا بد ان يكون بالدلالة المطابقية وهي تتحقق لا باجازة
عقد الفضولي فانها لازمة للرد ومبنى الاشكال على الاباحة ان المبيح ما لم يبطل المعاوضة بالمسمى ولم يجعل الضمان ضمان اليد لا
يمكنه الرجوع الى ماله ولا يخفى فساد كل منهما اما على الملك فلانه كما لا اشكال في ان المالك الثاني لو اجاز لنفذ لان اجازته
تصرف منه فيما انتقل اليه فان تصرفه فيه اعم من التصرف بنفسه او تصرف الغير باذنه او اجازته فكذلك لا اشكال في ان تصرف المالك
الاصلي بالانحاء الثلاثة فيما انتقل عنه فسخ منه للمعاطاة ودعوى انه يجب اولا رد ما عنده حتى يتحقق الفسخ دعوى بلا برهان فانه
كما يتحقق به كذلك يتحقق بالتصرف فيما انتقل عنه واما على الاباحة فكما ان ابطال عوضية المسمى يتحقق برده الى الاخر كذلك
يتحقق بالتصرف فيما اباحه له مباشرة او اذنا او اجازة وعلى هذا فعلى كلا القولين ينفذ اجازة كل منهما اما على الملك فلان اجازة
المالك الفعلي تصرف فيما انتقل اليه وبه يبطل موضوع جواز الرد للمالك الاصلي واجازة المالك الاصلي تصرف فيما انتقل
عنه وبه يبطل المعاطاة واما على الاباحة فاجازة المباح له اتلاف لما ابيح له وبه يلزم المعاملة واجازة المبيح رجوع عن الاباحة
قوله قده ولكل منهما رده قبل اجازة الاخر اه الكلام تارة على الملك واخرى على الاباحة والراد على الاول اما المالك الاصلي
او الفعلي وعلى الثاني اما المبيح او المباح له اما رد المالك الاصلي فلا يفيد لانه اجنبي بالنسبة الى ما باعه الفضولي وليس كاجازته
رجوعا الى ملكه لانه ليس مصداقا للرجوع وليس من قبيل تصرف ذي الخيار بالبيع او الاجازة والحق الثابت له انما هو بمعنى جواز
رد الملك عن المالك الفعلي الى ملكه لا رد الملك عن الثالث الى ملك المالك الفعلي الا ان يقال بالملازمة بين الرد وارادة
الرجوع عرفا فينشأ به الرجوع التزاما اما رد المالك الفعلي فلا اشكال في تأثيره وينعكس الامر في رد المبيح والمباح له فان رد المبيح
يؤثر بلا اشكال واما رد المباح له فليس كاجازته تصرفا في المبيع الا ان يقال بتلك الملازمة **قوله قده** ولو رجع الاول فاجاز الثاني
اه اي لو رجع المالك الاصلي او المبيح عن المعاطاة فاجاز الثاني المعاملة الصادرة من الفضولي فهل يؤثر الرجوع او الاجازة لا
يخفى ان اطلاق كلامه منزل على ما اذا رجع احد المتعاطيين الى ما انتقل عنه الذي باعه الفضولي واجاز الاخر المعاملة الواقعة على ما
انتقل اليه لا مطلقا لان الرجوع قد يؤثر في بعض الصور سواء قلنا بالكشف او النقل فان الصور المتصورة في المقام كثيرة فان الفضولي
قد يبيع المثمن وقد يبيع الثمن والرد تارة يقع من البايع والاجازة من المشتري واخرى بالعكس وهذا تارة على الملك واخرى على
الاباحة فلو باع الفضولي المبيع فرجع البايع واجاز المشتري او باع الثمن فرجع المشتري واجاز البايع وهذا هو محل الكلام ولو انعكس
كما لو كان المبيع هو المبيع والراجع هو المشتري والمجيز هو البايع او كان المبيع هو الثمن والراجع هو البايع والمجيز هو المشتري

في ان اجازة المالك الاول ما باعه الفضولي رجوع عن المعاطاة ام لا

فيما لو رجع احد المتعاطيين واجاز الاخر

فلا اشكال في تأثير الاجازة لانها تقع على ملك مالكه وبالجملة محل الكلام فيما لو وقعت الاجازة على شيء لولاها لاثر الرجوع
بحيث يبطل عقد الفضولي واما لو كان رجوعه عن المعاطاة ابطالا لوقوع عقد الفضولي في ملك نفسه فلا يؤثر الرجوع الا
هذا المقدار فيبقى موضوع الاجازة الآخر فاذا ظهر موضوع البحث فلو رجع الاول ثم اجاز الثاني فلو جعلنا الاجازة كاشفة
بمعنى عدم دخلها في العقد لكون السبب التام هو العقد بحيث كان الاجازة طريقا صرفا الى الواقع كالعلم كما يظهر ذلك من
بعض المحققين لغى الرجوع لوقوعه في ملك الغير ولو كان سابقا على الاجازة لتأخره عن السبب التام وهو العقد نعم لو
قلنا بان لها دخلا في التأثير بنحو الشرط المتأخر او بنحو آخر من انحاء الكشف غير الطريقية الصرفة فيلغو الاجازة لتأثير الرجوع
قبلها فيصير المقام نظير ما لو باع الاصيل ما باعه الفضولي ثم اجاز فان الاجازة تقع من غير المالك ولا يقاس بما اذا باع الفضولي
الخل ثم وقع الاجازة حين صيرورته خمرا للفرق بينهما فان في هذا المثال وان خرج المبيع عن قابلية التملك الفعلي الا ان
المجيز الذي هو ذو الحق هو المالك حال العقد ولم يخرج من زمان العقد الى زمان الاجازة عن الاهلية للاجازة وهذا
بخلاف المقيس والمقام فانه لو باع الاصيل او رد احد المتعاطيين فليس المجيز مالكا للاجازة هذا اذا قلنا بان الاجازة كاشفة
واما لو قلنا بانها ناقلة فتلغو الاجازة قطعا قوله قده ولو امتزجت العينان او احديهما سقط الرجوع على القول بالملك
ليعلم ان حكم الامتزاج حكم التغيير في باب رجوع صاحب المال على المفلس وفي خيار العيب والغبن والهبة فحكموا بان التغيير او المزج لا
يوجب سقوط حق صاحب العين عن عينه في باب الفلس لان المناط فيه وجود العين بمقتضى النبوي اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو
احق بها وهما لا يخرجان العين عن امكان رجوع صاحبها اليها فلا يضرب صاحب العين مع الغرماء نعم في بعض الصور كما في المزج
بالاجود خالف الشيخ والعلامة المش فقالا بسقوط حقه من العين واما المش فجعلوا المناط وجود العين فما لم يطرء عليها التلف
فصاحب العين احق بها واما في باب خيار العيب فحكموا بسقوطه بالتغيير والمزج لان المناط فيه هو بقاء العين بعينها كما هو مقتضى
مرسلة جميل عن الصادق عليه السلام قال ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او
صبغ رجع بنقصان العيب وهذا المناط مشترك بين المزج والتغيير فيسقط الرد دون الارش واما الهبة والغبن فالحقوهما
بباب العيب بل ورد في صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والا فليس له نعم عن
المحقق اختصاص سقوط الرجوع بالتلف الحقيقي دون التغيير والامتزاج واما باب الغبن فسيجيء حكمه في محله ان شاء الله وعلى اي حال
لم يفرقوا بين التغيير والمزج في الابواب الاربعة واما في المقام فحيث ان المص قده بنى على ان الجواز في المعاطاة ليس بمعنى الجواز في
باب الخيار ولا كالجواز في باب الهبة بل بمعنى ترادّ العينين فيمكن الفرق بين التغيير والامتزاج فالايراد عليه بانه لا وجه للجزم باللزوم
في مورد المزج بناء على الملك والترديد في مورد التغيير ضعيف نعم الاقوى عدم الفرق بين التغيير والمزج في سقوط جواز الرد على
القول بالملك والاباحة وما اخترناه في الدورة السابقة من الفرق بين القولين لا وجه له وتوضيح ذلك مضافا الى عدم

في ملزمات المعاطاة الامتزاج والتغيير

الفرق بينهما بحسب النية المستمرة وانه لو ورد احد المتعاطيين المتاع الذى تصلر وصبغ او مزجه باى نحو من المزج يكون عليه
ان الاباحة الحاصلة بالمعاطاة ليست عبارة عما اختاره صاحب الجواهر ويظهر من المصنف قدس سرهما من كونها كاباحة الطعام بل تسليط
فالكى وتضمين معاوضى ولا ينقص عن الملك يترتب عليه جميع ما يترتب على الملك فان المعاطاة بناء على الملكية موجبة لتبدل
طرفى اضافة الطرف فيها اخرى وبناء على الاباحة وان لم تقتض بنفسها طرفى الاضافة بين الاان جميع اثار التبديل كالتصرف
الناقل الكلى يحصل للمباح له ويبقى الملك مستمرا الا ترى انه اذا كان كذلك فعلى الملك لو مزج وكذا التغيير موجب لتسلط
جواز الرجوع اما المزج فلان المتاع تزداد الاعيان المملوكة فاذا امتنع الترادد لزم المعاطاة واما حصول الشركة للمالك الاصلى
فرع بقاء تعلق حق ذات الاجزاء وبقاء الحق فرع امكان امتيازها والا يقاس المقابا اذا بيعت الاجزاء من غير لان البيع
يقع على مقدار من هذه الاجزاء على نفسها والا لا بطل البيع ايضا وافاد المحقق الخراسانى قدس سره انه لا يمنع الترادد لو نقل
بحصول الشركة بمجرد الامتزاج لبقاء الاجزاء الممتزجة على ما كانت عليه من الملكية والاباحة لمن صار اليه من المعاطيين ضعيف
لان مناط لزوم المعاطاة ليس منحصرا بخروج المال عن قابلية التملك بل تمام موجب اللزوم عدم بقاء العين على ما هى عليه من الوصف
كلى فى جنبة العيب واما التغيير فلعين اثرها المنتفى نفسا سواء كان تغييرا موجبا لزيادة قيمتها كالتمر والصبغ والقصة او انتقاصا
كفصل الثوب او تعييبا وتثليث الكتابة والطحن او لم يكن كذلك فى المزج ايضا لا يتفاوت والمزج بالمساوى او الاجود او الارداء
بما يوجب الملك او لا يتفاوت فى الباب بين ان يوجب المزج او التغيير ضمان المازج او المغير كالو مزجه بالارداء او غيره
بما يوجب النقص وان يوجب شركة المازج او المغير كالو مزجه بالاجود وغيره بما يوجب زيادة القيمة لان المناط فى مقامنا هذا
عدم بقاء العين على ما هى عليه فلا فرق بين جميع الصور والسر فى ذلك ما اشرنا اليه سابقا ان الجواز هنا وان لم يتعلق بالعين ابتداء بحيث لا
يكون له مساس بالمعاوضة الا انه من الممكن ان يكون كجنبة العيب الثابت فى مورد بقاء العين على ما هى عليه والتغيير او المزج يخرج العين
عما هى عليه فان فى مرسلة جميل جعل قطع الثوب او خياطته وصبغه مقابلا لبقاء العين وقيامها على ما هى عليه فمن الممكن ان يكون كبعض
المالك فى باب التفليس لان الشارع كونه لصاحبها بما هما يكفى فى لزوم المعاطاة عند من يرى استصحاب الجواز وليس منشأ الشك كون الموضوع
عرفيا او عقليا ولا يبتنى جريان الاستصحاب وعدمه على الوجهين كما لا يخفى هذا على الملك واما بناء على الاباحة فحيث قد عرفت ان حالها
كاباحة الطعام اثره مذ الاذن حتى ترتفع برجوعه بل تسليطا لكى وتضمين معاوضى فالمتيقن من جواز الرد ايضا هو بقاء العين
على ما هى عليه فاذا تغير وصفها ارتفع موضوع هذا مضافا الى ان استصحاب الجواز المعاوضى باستصحاب بقاء الحق المباح له و
استصحاب بقاء المسمى على العوضية وليس بينهما سببية ومسببية لكون كل منهما مسببا عن نحو الجعل الشرعى ثبوتا هذا مع ما تقدم من
ان السيرة المستمرة قائمة على اللزوم قوله قدس سره ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس لاحدهما الرجوع فى مسئلة المعاطاة الخ الفسخ والتقايل
اللذان حقيقتهما بحوث بالموت او الاشكال فيما ذكره قدس سره قابل بالملك والاباحة اما على الملك فلان الجواز فى المقابلين بقاء الملكية

حتى ينتقل بموت المورث الى الوارث و يسقط بالاسقاط بل هو نظير جواز الرجوع في الهبة فاثبات هذا الحكم للوارث يتوقف
على دليل ولا يقاس الجواز الحكمي على حق الاقالة التي يرثه الوارث لانه عبارة عن ملك الالتزام الذي كان للمالك فاذا مات انتقل
هذا الحق الى الوارث بخلاف الحكم المحض فان المالك لم يترك شيئا حتى يرثه وارثه ولا يقاس ايضا على حق الخيار فانه عبارة عن ملك
التزام نفسه والتزام طرفه فقوامه بملك كلا الالتزامين ولذا قيل بعدم ثبوت الخيار للزوجة في العقار الذي لا ترث منه سواء كان
منتقلا الى زوجها او منتقلا عنه لانه لو انتقل اليه فالزوجة غير مالكة لالتزام زوجها لان ملك التزام الزوج طريق لرد العقار
والمفروض انها لا ترث العقار فلا ترث طريق رده وان كان منتقلا عنه فهي غير مالكة لالتزام طرف زوجها لانها لا ترث العقار
لو رد بالفسخ فلا ترث الفسخ ايضا هذا على الملك واما على الاباحة فلو قيل بانها من قبيل اباحة الطعام كان مقتضاه بطلان
المعاطاة بموت المبيح والمباح له فانها لو كانت كذلك كانت من قبيل العقود الاذنية كالعارية والوديعة والوكالة التي
تبطل بموت الاذن والماذون ولا يبقى موضوع لها حتى تكون جائزة او لازمة ولكنك خبير بانها من المعاوضات ولا تبطل
بموت احد المتعاطيين فيقع الكلام في لزومها او بقائها على الجواز ثم على اللزوم هل تبقى على ما كانت عليه من الاباحة او ينتقل المباح
اناما الى ملك الميت و ينتقل الى الورثة وجوه والاقوى هو الاخير اما عدم بطلانها بالموت فللسيرة المحققة وتفرع النزاع
في اللزوم او البقاء على الجواز على عدم البطلان بالموت فانها لو بطلت بالموت كيف يفتي المحقق والشهيد الثانيان بانها تصير لازمة
بالموت بل يظهر من المصنف ذلك ايضا فانه في جواب استبعاد الشيخ الكبير بانها على الاباحة كيف يرث الوارث اجاب بانها استبعاد محض
ولم يجب بانها تبطل بالموت ولا يرث الوارث ما اخذه المورث معاطاة واما لزومها فلعين ما ذكرنا في الملك فهو ان الجواز الحكمي
لا ينتقل الى الوارث فليس له فسخ المعاطاة نعم هنا شبهة لا تجري على الملك وهي انها على الملك اذا بقي الجواز للورثة فلا بد ان
يكون من جهة ارث نفس الجواز وحيث انه حكم شرعي فلا يرثه الوارث واما بناء على الاباحة فحيث ان الملك باق على ملك المبيح
فاذا مات انتقل الى وارثه فللوارث رد المعاطاة من حيث انه من آثار سلطنته على المال لا من جهة ارثه الجواز وذلك كما في الاجارة
في باب الفضولي فانها غير قابلة لان يرثها الوارث الا انه اذا انتقل ما باعه الفضولي اليه بالارث فله ان يجيز وهكذا في وارث
المستودع بناء على عدم بطلان الوديعة بالموت ولكنك خبير باندفاع هذه الشبهة ايضا في المقام فانه كما يعتبر في الجواز الثابت في
المعاطاة بقاء العين على ما هي عليه كذلك يعتبر في المتعاطيين ايضا بقائهما كذلك فلو تبدل احدهما او كلاهما يرتفع موضوع
الجواز بل لو شك فيه ايضا فالمتيقن منه ثبوته لخصوص المتعاطيين واما انتقال المال الى ملك الميت وانتقاله الى الورثة فلان تقدير
الملك عند التلف هو الموجب للتقدير عند موت احد المتعاطيين وذلك لانه لو كان المال باقيا في ملك المبيح ولم يجز له التصرف
بنحو من الانحاء فهو بمنزلة العدم لانه لا معنى لان يكون الشخص مالكا ولا يتمكن من ترتيب آثار الملك على ملكه فكما انه في مورد التلف
يقدر الملك من باب عدم امكان تعلق الملك بالتالف فكذلك اذا امتنع التملك يقدر الملك اناما وبالجملة لو فرضنا ان التسليط

فى المعاطاة

المالكى اقتضى بقاء الملك للمالك مطلقا وان كثر كان مالكا الان يرجع سلطنته الى نفسه كان له اثر من اثار الملك واما اذا ارتفع هذا الاثر ايضا فليس الا كالتالف الحقيقى **قوله قدس سره** ولو جن احدهما فالظاهر بقاؤه ليس هذا مقام الرجوع على القولين انما نذكر ما فى تعليقتنا سابقا على هذا العنوان وما هو محل الكلام هو ان الجنون لا يقاس على الموت لان كل ما يقبل النيابة يقوم فيه الولى مقام المولى عليه مباشرة اما الملك فى الرد غير معتبر بلا اشكال الصحة توكيله فيقوم وليه مقامه اذا جن ولذا قوينا فى باب الطلاق صحة الحلاق لولى المجنون عليه بعد البلوغ ولكن لا يخفى فساد ذلك اما بناء على الاباحة فعلى ما يظهر من المصنف قدس سره من انها من قبيل الاباحة المعاطاتية مقتضاه بطلان المعاطاة بالجنون انها كالعقود الاذنية تبطل بجنون الاذن والمأذون والمبيح والمباح له بل لو جن المأذون للزائد والواحد لا يجوز للمبذول له التصرف فى مال المأذن خصوصا لو جن قبل احرام المبذول له ففى المقام لو جن كل واحد منهما فلا يجوز ان يتصرف الاخر فى مال المجنون وبقاء حق الرجوع للولى فرع بقاء المعاطاة على حالها واما على ما اخترناه من مضى الاباحة وهى كونها تسليطا ما لكيا فحكمها حكم الملك وحكم الجنون على الوجهين حكم الموت فى لزوم المعاطاة لاشتراط بقاء الجواز ببقاء المتعاطيين على حالهما حين المعاطاة وقيامه الولى مقامهما فرع بقاء الجواز **قوله قدس سره** الامر السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى الملك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف او معاوضة مستقلة اراد توضيح المقام بتوقف على بيان احوال المعاطاة قبل التلف شأنا على الملك لا باحة حتى يعلم حالها بعده فنقول اما بناء على الملك فلا اشكال فى انها بيع من اول الامر غاية الامر انها جايزة ولا يلزم بعروض احد الملزمات والوجهان المذكوران فى المسالك لا يجريان على القول بالملك واما بناء على الاباحة فقد ظهر انها متصورة على وجوه الاول ما بنى عليه صاحب الجواهر قدس سره وحمل عليه كلمات الاصحاب من ان المعاطاة تفيد الاباحة فيما اذا قصدها المتعاطيان الثانى ما يستفاد من كلمات جماعة من انها اباحة شرعية رتبها الشارع على خلاف ما قصده المتعاطيان من التمليك الثالث ما وجهنا به كلمات الشيخ من انهما قصدا التمليك لكنهما اوجدا مصداق التسليط فهى اباحة فالكبرى لا يجادهما انما هو مصداق التسليط المالكى وامضاها الشارع ايضا الرابع ما قويناه اخيرا من انهما قصدا التمليك فاوجدا ما هو مصداق الان حصول الملك مشروط بتعقبه باجاز المالك كاشتراط حصول الملك فى الصرف والسلم بالقبض غاية الامر جواز الشارع قبل المالك فاذا تصرف كل منهما باى نحو من انحاء التصرف سواء كان تما يوجب حصول الشرط كالتصرف المتلف او ما يحكمها او لم يكن قبل حصول الشرط شرعية وعلى هذا فالفعل جزء السبب وجزء الاخر التصرف المتوقف على الملك اما التلف فحيث ان جميع هذه الوجوه لا تخلو عن اشكال فالاقوى كونها مفيدة للملك ابتداء وعلى اى حال لو قلنا بما اختاره صاحب الجواهر قدس سره الذى اليه يرجع تنظير المصنف قدس سره الاباحة الحاصلة بالمعاطاة باباحة الطعام فلا بد من الالتزام بانها معاوضة مستقلة خارجة من ابواب العقود المتعارفة فيكون تنظير استيفاء المال والعمل الاحرام المعاملى المؤسس لتقدير الملك انما وبان المضمون بالعوض المسمى بشأ من اول الامر لا عند التلف حتى يقال ان التلف والتصرف ليس معاوضة لازم جعل المسمى عوضا هو انتقال الملك انما الى ملك المتصرف او من تلف المال عنده والدليل على هذا المعنى هو المسمى الموجود

فلا يقاس المعاطاة على اباحة المالك التصرفات المتوقفة على الملك لغيره التي منعنا كونها من انحاء سلطنة المالك و
قلنا انه ليس للمالك السلطنة على الاحكام الشرعية وبالجملة بناء على الاباحة بالمعنى الاول فلا بد من جعلها معاوضة مستقلة
رتبها الشارع على قصد الاباحة من المالك بالعوض المسمى اذا تحقق منه فعل على طبق قصده ولم يرتبها على قوله واما جعلها
بيعا بعد التلف فبعيد جدا للزوم الانقلاب فان ما ليس بيعا كيف يصير بيعا ولو قلنا بالوجه الثاني فالصواب ان يقال
ايضا بانها معاوضة مستقلة ولكنها قهرية شرعية وجعلها الشارع لازمة باحد الملزمات او ان الشارع رتب عليها
اولا ما هو مخالف لما قصده المتعاطيان وحكم عند تحقق الملزمات بطبق ما قصدا ولو قلنا بالوجه الثالث فهو وان كان
يقتضي كونها معاوضة مستقلة لا بيعا الا انها لازم مساو للبيع لان التسليط المالكي عبارة عن اعطاء المالك جميع
آثار الملك لغيره وهذا مرجعه في الحقيقة الى اعطاء نفس الاضافة والسلطنة التي منعنا سابقا كونها داخلة تحت
سلطنة المالك لان ما هو داخل تحت سلطنته هو طرف الاضافة لا نفس الاضافة الا انها على اي حال مرجعه الى البيع ثم ان
انتقال كل عوض الى ملك من انتقل اليه بالتلف انما هو من آثار جعل الضمان بالمسمى لا انه بالتلف ينقلب عما هو عليه و
يصير بيعا فان هذا الاحتمال ابعد الوجهين المذكورين في المسالك ولو قلنا بالوجه الرابع فمقتضاه كونها بيعا من اول الامر
ولا يجري فيه الاحتمالان كما لا يجريان على ما هو المختار تبعا للمحقق الثاني من حصول الملك بنفس الفعل ثم انهم ذكروا نظير
هذين الوجهين المذكورين في المسالك على القول بالاباحة في مسئلة القسمة والاقالة فاختلفوا في ان القسمة بيع او افراز
حق وان الاقالة فسخ اي حل للعقد الاول الذي لازمه رجوع كل مال الى مالكه الاصلي او بيع اي انشاء تمليك عكس
الانشاء السابق وقيل بالتفصيل بين ما اذا اقيل بلفظ فسخت فانها فسخ وما اذا اقيل بلفظ اقلت فهي بيع وكيف كان فعلى
القول بالملك يلحقها من اول الامر جميع الخيارات الثابتة للبيع عدا ما استفيد من دليله اختصاصه بالبيع العقدي الذي مبناه
على اللزوم لولا الخيار ولا وجه للقول بلحوقها بها بعد لزومها بالتلف ونحوه خاصة لا قبله كما هو ظاهر المص التفاتا الى
كونها جائزة قبل التلف وعدم الفائدة في الخيار ح وذلك لعدم انحصار الفائدة في الرد لامكان اسقاطها والصلح عليها و
بالجملة لا يلحقها خصوص خيار المجلس والحيوان لظهور دليلهما في اختصاصهما بالبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار
نعم لو قلنا بثبوتهما لكل بيع لازم سواء كان الالتزام من منشئات المتعاقدين اي كان عقديا او حقيا من مجعولات الشارع
فيلحقان بها بعد ما صارت بيعا لازما ويلحقها خيار العيب والغبن والشرط لعدم اختصاصها بالبيع العقدي فان ثبوتها في البيع
وشبهه من المهر وعوض الخلع انما هو للشرط الصريح او للشرط الضمني الذي يتضمنه كل معاوضة عرفا وعادة فان بناء النوع على
عدم الالتزام بالمعيوب وبما لا يتغابن بمثله ولا ينحصر دليل الخيار بقاعدة لا ضرر حتى يقال باختصاصه بالبيع العقدي لكونه متيقنا
كيف ولولا الشرط الضمني لما امكن اثبات الخيار بتلك القاعدة لبناء المتعاملين على المعاملة كيف ما كانت واقدامهما عليها مط

وبالجملة فكل عقد او معاملة لم يكن اللزوم فيها حكميا ولم تكن من قبيل النكاح والضمان يلحقها خيار العيب والغبن والشرط
نعم الخيار في المعاطاة ليس بمعنى ملك فسخ الالتزام واقراره فانها لم تكن متضمنة للالتزام المنشأ من المتعاطيين بل بمعنى حل ما
اوجداه وهذا المعنى يمكن ثبوته للمتعاطيين من حين المعاطاة الى ما بعد التلف وليس الجواز الثابت من اجل تخلف الشرط
الصريح او الضمني كالجواز الحكمي حتى يمتنع عند التلف ولا يكون قابلا للاسقاط والارث بل جواز حقي لا يتوقف على بقاء
العينين فلو تلف عوض المعيوب جاز رد المعيوب ولو تلف المعيوب جاز اخذ الارش واما خيار الرؤية وخيار التأخير فبناء على عدم
اعتبار التعاطي من الطرفين يجريان فيها سواء قلنا بانهما من مصاديق تخلف الشرط الضمني ام قلنا بكونهما خيارين مستقلين
واما على الاباحة كما هي مبنى المسالك فتثبت لها الخيارات الثابتة في كل معاملة وكذا الخيارات اللاحقة لكل بيع بعد
ما صارت بيعا واما الخيارات المختصة بالبيع العقدي كخيار المجلس والحيوان على ما استظهرناه من دليلهما فلا تثبت لها خلافا
للمسالك فانه التزم بثبوت خيار الحيوان له وانما استشكل في مبدئه واحتمل ان يكون حين المعاطاة واورد عليه بان المعاطاة
على مبناه ليست بيعا قبل التلف فكيف يحتمل ان يكون مبدأ خيار الحيوان من حين المعاطاة ولكنه يمكن ان يوجه بان البيع
ان تحقق حين التلف الا ان منشأه والسبب الموجد له هو المعاطاة وكان ما يؤول الى البيع بمنزلة البيع ولكن يرد عليه بانه لا
فرق بين خيار المجلس والحيوان فاذا انتفى خيار المجلس ينتفي خيار الحيوان ايضا ولو بعد تحقق اللزوم نعم بناء على الفرق بينهما فوجه
تقييده ره ثبوت خيار الحيوان بما لو كان التالف الثمن او بعضه ظاهر فان ثبوت خيار الحيوان وان لم يتوقف على بقاء الحيوان في
غير مقامنا هذا الا انه يتوقف على بقائه في المقام حتى يثبت الخيار لانه يشترط في تعلقه بالتالف ان يتعلق به قبل تلفه ولو
اناما حتى لا يكون تلفه موجبا لسقوطه فيرد مثله او قيمته فلو كان التالف الثمن فبعد تلفه يصير المعاطاة بيعا فيتعلق به
خيار الحيوان واما لو كان التالف نفس الحيوان فما لم يتلف لم يكن خيار لعدم صيرورتها بيعا واذا تلف تلف غير متعلق به الخيار
فمن اين يثبت المثل او القيمة وبالجملة تعلق حق الخيار في المقام بالمثل او القيمة يتوقف على تحقق الخيار وتحققه يتوقف على تعلقه
بالمثل او القيمة نعم لو ثبت من الخارج ثبوت الخيار في المقام فلا بد من تقدير تعلقه اناما بالحيوان حتى يثبت المثل او القيمة لان
شرط تعلق الحق بالبدل ان يتعلق بالمبدل ولو اناما فلو لم يكن هناك دليل خاص فعمومات ادلة الخيار لا تفيد لاثبات التقدير
اناما ولذا قيل بامتناع تعلق حق الخيار بمن ينعتق على المشتري وسيجيء توضيحه في محله ان شاء الله تعالى **قوله** قده الامر الثامن لا اشكال
في تحقق المعاطاة لا يخفى ان ظاهر عبارته قده ان المقصود في هذا العنوان تحقق المعاطاة بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم
فقط كخلوه عن القبض في باب الوقف والهبة بذي رحم ولكن بالتأمل في مجموع كلماته يظهر ان المقصود اعم من فقد شرائط
اللزوم والصحة وبالجملة مقصوده الجمع بين ما هو المسلم بينهم من ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه شيء من آثار الملكية
بل يحرم التصرف فيه ويجب رده فورا الى مالكه ويضمن العين ومنافعها المستوفاة وغير المستوفاة وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعا

فى المعاطاة

للمحقق والشهيد الثانيين انه لو اخل بالشروط المعتبرة فى الصيغة ووقعا البيع خاليا عنها يكون معاطاة لو علم الراضى منهما
ثم ان قوله قدس سره اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم فليس المقصود منه خلو القول عن شرائط اللزوم عند كل احد حتى
يكون قوله فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ زائد على الانشاء اللفظى خلفا كما اورده عليه المحقق الخراسانى قدس سره بل مقصوده خلو
عن شرائط اللزوم عند المشهور فالمراد بالقول لا يكون خلفا ثم ان ما ذكره هذا المحقق قدس سره فى وجه الجمع من ان الحكم بضمان المقبوض بالعقد
الفاسد اقتضائى يعنى ان قضية فساد العقد انما هو لكون عقدا فلا ينافى صحته بما هو معاطاة لا يخفى ما فيه فان هذا العنوان الطارئ
دائما موجود فى المقبوض بالعقد الفاسد سيما اذا قلنا بان العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاة ولو لم يتحقق معه قبض اصلا فتدبر
الاعلام هذه الآثار عليك لا يبقى لك موضوع اذا عرفت ذلك فنقول تارة يتحقق قبض العينين بعد القول الفاسد اخرى لا
يتحقق فلو لم يتحقق فهذا خارج عن المعاطاة المصطلحة ولا بد من اخراجه من موضوع بحث الشهيد والمحقق الثانيين و
من تبعهما والقول بان انشاء القول الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع الى حكم المعاطاة مطلقا لا وجه له ولو تحقق قبض العينين
فتارة بناؤهما على الاعراض عن القول السابق وانشائهما التمليك والتسليط بالفعل فهذا داخل فى المعاطاة موضوعا
وليس هذه الصورة محل كلام المحققين ومن تبعهما لان وقوع المعاطاة بعد العقد الفاسد لا يوجب اشتباه فى دخولها تحت
عنوان المعاطاة واخرى ليس بناؤهما على الاعراض وهذا على قسمين لانهما اما ان يقبضا وفاء بما التزما على البيع الفاسد بحيث
لم يقع منهما رضا بالتصرف الا الرضا المعاملى الذى كان فى ضمن الانشاء الفاسد مقيدا به وهذا ايضا خارج عن موضوع البحث
لان هذا هو المقبوض بالعقد الفاسد الذى هو موجب للضمان ويترتب عليه آثار خاصة وقد يقبضا لا بما ان القبض وفاء
بل بقصد جديد حاصل لهما على اى حال وهذا هو موضوع كلامهما وكلام من تبعهما ثم الرضا اذا كان تارة يتحقق كما لو
بقى الصيغة ومع ذلك رضيا بالتصرف واخرى تقديرى كما لو جهلا بالبر واكن استكشف من حالهما انهما لو علما بفساد العقد رضيا
بالتصرف ايضا كالرضا المستفاد من شاهد الحال فى غير المقام فرجع كلامهما الى انه يكفى الرضا والطيب الذى يجوز معه التصرف
الغير المتوقف على الملك للتصرف المتوقف عليه وسائر الآثار المترتبة على المعاطاة من اللزوم بالملزم ولا يخفى ان ادخال هذا
المعاطاة يتوقف على امرين الاول كفاية الرضا الشأنى حتى يشمل كلامهما صورة الجهل بالفساد الثانى عدم اعتبار ان
العقود لا تعد الا قبل كفاية مجرد رضا كل من العوضين الى المالك الآخر وهذا مما لا يمكن الالتزام به سواء قلنا بالملك او الاباحة
لان مجرد الرضا سواء كان فعليا او تقديريا لم يتحقق قبض بعد ولا قبله لا اثر له فى باب العقود والايقاعات فان القبض الواقع
بعد العقد الفاسد اذا لم ينشأ به التمليك ولا التسليط كما هو المفروض ونحو كالعقد والرضا بالتصرف ايضا لا اثر له الا جواز
التصرف الغير المتوقف على الملك واما حصول الملك بمجرد الرضا او الاولوية الاباحة التى تعم البدلية بطرو احد الملزمات
فلم يقم دليل على حصر بمجرد الرضا الآن عناوين العقود ايجادية ولا بد من حصولها بانشائها قولا او فعلا ولا عموم فى طرف

فى المعاطاة

المستثنى فى قوله الا بطيب نفسه لان عموم المستثنى منه لا يقتضى عموم المستثنى هذا مع انه لو قلنا بانا خرج جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بمجرد الرضا الباطنى الا انه كيف يتحقق الركن الاخر وهو القبض بالمعنى المنتقل اليه الغير الى ملك من تلف فى يده فانه يتوقف على انشاء المالك اما بقوله اعتق عبدك عنى وعلى عشرة واما باعطاء الناشئ عن قصد التملك او التسليط وكفاية وصول كل واحد من العوضين الى المالك الاخر كما فى مسئلة كون الخمر والسقاء ونحوهما واذا لم ينشأ بايجاب وتمليك ممنوعة اما اولا فلعدم كون امر الخمر والسقاء من باب المعاطاة واما ثانيا فلان فى البيع على تحققها بالانشاء من طرف واحد غير موجب لتحققها ولو لم يكن هناك انشاء اصلا كما فى المقايضة بين البيان الاول فى حكم الثمار والمنافع على القول بالملك قبل الرجوع وبعده وبيانا يتوقف على رسم امور الاول ان الثمار عبارة عن الاعيان المستخرجة من المال التى يمكن الاشارة اليها لوجودها مجتمعة فى الخارج سواء كان قابلا للانفصال كاللبن والثمرة والنتاج والصوف ونحو ذلك او لم يكن كالتمر وغوائله فجعل المنافع ما لا يكون بحيث يشار شيء فى الخارج كسكنى الدار وركوب الدابة وقد يطلق كل منهما على الاخر الثانى ان حكمها فى الرد بالعيب مختلف سواء كان العيب اصليا كالجبّ والعجف والشرط ونحوه او عرضيا كالتفليس فذهب الشيخ الى ان الثمار المنفصلة والمنافع مستوفاة كانت او تالفة ملك لمن انتقل اليه المال فلا يرد العين والثمار المتصل تابع للعين واختلفوا فى مثل الصوف والشعر المتصل الذى يقبل الانفصال فى ان حكمه حكم الثمر المنفصل والحق انه قبل انفصاله وجزء مبيع العين وان بلغ اوان جزائه وزمان جزه المتعارف من مدة الحكم فى باب الرد بالعيب هو تولد الخراج بالضمان والضرر بعض من تعجل ان ما قيل او سمع من الاستدلال من كلام شيخ الطائفة رحمه الله من انه مما يتسامح المتلف بالقلع عند الغرماء فهو نظير على البدعة اخذ بل معنا فى الجملة من الاركان بان هذه القاعدة هى مدار فتوى ابى حنيفة فى قضية الغلة فى الحكم بان منافع المغصوب للغاصب لان تضمنها على الغاصب فالمناقشة فى سنده لا وجه لها انما الكلام فى دلالته وقد استظهر منه ابو حنيفة ان المراد من الضمان فيه هو الضمان بمعنى اسم المصدر فيشمل الضمان الثابت بمقتضى قاعدة اليد فتوهم ان كل من كان ضامنا لشيء فخراجه له ما يستقاد منه مقتضاه كان او نماء او قد قال الامام عليه السلام فى رده فى مثل هذا القضاء وشبهه بحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركاتها هذا مع ان من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد ان كل من يتعهد الا وصل ضمانا فى عهدته فخراجه له لان المالك لا يتعهد الا الاتلاف يملك نماءه ومنافعه ويصرفها فى وجوه الخير وهذا يختص بالضمان الجعلى الاصلى الفعلى الذى امضاه الشارع فخرج منه الضمان القهرى كباب الغصب والضمان البائع للمبيع والمشترى للثمن قبل القبض لان ما تعهده البائع اولا هو ضمان الثمن الذى انتقل اليه ومعه ضمانه الا ان ذكره عليه بحيث لو تلف ثم ظهر على الفساد وفسخ او انفسخ يجب عليه رد مثله او قيمته هكذا فى طرف المشترى فان ما تضمنه اولا هو الثمن وضمان كل منهما لما انتقل عنه انما هو لشرط التسليم الذى يقتضيه كل عقد فمناسبة الحكم مع موضوعه تقتضى خروج الضمان التعهدى لان هذا الضمان

على عكس ما اقتضاه المعاوضة فان البايع اقدم على المعاوضة لان يملك منافع الثمن وحيث ان هذا الاقدام يقتضي تسليم المبيع
فلا يمكن ان يكون منافعه للبايع ويخرج عنه ايضا الضمان التقديري كالضمان في باب اعتق عبدك عني والضمان في باب السبق و
الرماية قبل وصول السابق والرشق فان منافع العبد والسبق والعوض ليس للآمر والسابق والرامي لعدم كونها فعلا ملكا للضامن
مع ان المضمون غالبا خارج عن تحت تصرف الضامن فلا معنى لان يكون منافعه له ويخرج عنه المقبوض بالعقد الفاسد لعدم كون
الضمان الجعلي ممضى شرعا فوجوده كالعدم اذا ظهر معنى الحديث اجمالا فنقول لو لم يرجع احد المتعاطيين فنماء كل عين او منافعها
لمن بيده سواء قلنا بالملك او الاباحة اما على الملك فواضح واما على الاباحة فظاهر استبعاد الشيخ الكبير قده بانه كيف يكون النماء
للآخذ دون العين ان حدوث النماء في ملك المباح له مفروغ عنه بل لا اشكال في ان السيرة عليه ايضا فانه لم يعهد من احد مطالبة
النماء وعلى اي حال قوله ص الخراج بالضمان يشمل كل ضمان معاوضي سواء كان بالتضمين الملكي او الاباحي لان كل مورد جعل
ضمان مال بازاء عوض ضمان اصلي فعلي مع كونه ممضى من الشارع فالخراج مسبب عن هذا الجعل واما لو رجع احدهما فحكم
الرجوع في المقام حكم الرجوع في باب الخيار في ان النماء المتصل يتبع العين دون المنفصل والمنافع المستوفاة قبل الرجوع فانهما
لمن كان العين بيده ولا وجه لاسترجاعهما منه ولو على القول بالاباحة وبالجملة يشمل القاعدة المعاطاة على كلا المسلكين وان
تقدم عن المص القول بعدم انتقال النماء الى الآخذ نقلا عن بعض القائلين بالاباحة فراجع الثاني يظهر من المحقق الثاني على ما
حكي عنه الفرق بين المعاطاة في البيع والقرض فقال بحصول الملك في الاول كما هو مختاره فيها والاباحة في الثاني ثم رتب عليهما
ان نماء المبيع للمشتري دون نماء العين في باب القرض فانه للمقرض لا للمقترض ولا يخفى ما فيه اولا من انه لا فرق بينهما فان المعاطاة لو
كانت مفيدة للملكية فلا فرق بين القرض والبيع وثانيا لا فرق بين الاباحة والملك في مسئلة النماء لما عرفت ان قاعدة الخراج
بالضمان تشمل البابين هذا مع ان السيرة قائمة في باب القرض ايضا فانه لم يعهد مطالبة نماء العين من المقترض مطلقا **قوله قده**
مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع اه توضيح ما افاده قده في هذا العنوان وما يرد عليه يتم برسم امور الاول قد عرفت في
بحث المعاطاة ان عدم افادتها اللزوم على مسلكين احدهما عدم كون الفعل مطلقا مصداقا للعناوين العقود فيكون قاصرا عن افادة
التمليك فضلا عن اللزوم ولذا قيل بافادتها الاباحة وثانيهما الاجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم مع صدق عنوان العقد على
الفعل وافادته الالزام والالتزام مثل القول فلو قلنا بالاول فما شك في اعتباره فيه فالاصل اعتباره لاصالة الفساد لانه لو منعنا
عن صدق العقد وعنوان ابواب المعاملات عليه فلا دليل على صحته الا ما قامت السيرة عليه فلو شك في كونه موردا للسيرة فاصالة عدم
ترتب الاثر عليه هي المرجع ولو قلنا بالثاني فالاصل عدم اعتباره لصدق عنوان العقد وعلى هذا فلا وجه لما افاده المص من ان الاصل
يقتضي كفاية اشارة الاخرس في مورد العجز عن التوكيل لا في مورد القدرة عليه لانه قده اعتبر اللفظ في اللزوم من جهة الاجماع
لا من جهة عدم صدق البيع على الفعل فاذا سلم صدق العنوان فالاصل يقتضي عدم الاشتراط بالعجز وبعبارة اخرى اصالة الفساد

في عدم الفرق بين المعاطاة في البيع والقرض

في اعتبار اللفظ في البيع وعدمه

انما تجري في مقابل الشك في اصل الصحة والفساد لا بعد احراز الصحة والشك في اللزوم وعدمه وكيف كان فسواء قلنا بان الفعل
ليس مصداقا لعنوان العقود او قلنا بانه مصداق ولكنما الاجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم فالاشارة من الاخرس
تقوم مقام اللفظ وان لم يقم معاطاته اي اخذه واعطاؤه مقام اللفظ كما سيظهر وجهه وذلك لان اشارة الاخرس وان كانت
فعلا من افعاله الا ان قصور الفعل عن كونه ايجادا لعنوان العقد انما هو في غير اشارته فان اشارته لا تقصر عن قول غيره
لا سيما من يفهم مقاصده الكلية والامور الغير المحسوسة بالاشارة هذا بناء على الاول واما بناء على ان اللزوم يتوقف على
اللفظ اجماعا فالاجماع انما قام في مورد القدرة على التكلم واما مع العجز عنه فلم يقم اجماع ثم هل يقوم اشارته مقام اللفظ
مطلقا او مع العجز عن التوكيل وجهان والاقوى هو الاول اما بناء على صدق عنوان العقد على اشارته فواضح لان الاصل عدم
اشتراطه واما بناء على عدم الصدق فلاطلاق الاخبار في باب الطلاق المستفاد منها بالفحوى حكم عقده وايقاعه في سائر
الابواب وحملها على صورة العجز عن التوكيل حمل على الفرد النادر هذا مع انه لو كانت اشارته كافية في التوكيل لكانت
كافية في اصل طلاقه ولا يقال ان العقود الاذنية يكفي فيها كلما يدل على الاذن والرضا بخلاف غيرها لانا نقول
وان كان الاذن المطلق يكفي فيه كلما يدل عليه الا ان الاذن في التصرف بعنوان الوكالة لا بد في تحققه من اشارة خاصة
فاذا كانت اشارته مفيدة لعقد الوكالة فهي مفيدة لغيره من العقود والايقاعات ايضا الثاني ان محل البحث في اشارة الاخرس
انما هو فيما اذا كانت المعاملة منشأة باشارته بحيث كان القبض والاقباض وفاء بها لا ما اذا كان الانشاء بهما فان معاطاته
لا خصوصية فيها فما افاده المصنف قده في قوله ثم لو قلنا بان الاصل في المعاطاة اللزوم فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين
على مباشرة اللفظ لا يستقيم لان جهة البحث ليست في معاطاة الاخرس حتى يبحث انها لازمة او جائزة لعدم انعقاد الاجماع
ههنا نعم لو اراد من لفظ المعاطاة مطلق الفعل لا خصوص القبض والاقباض لاستقام ما افاده الثالث فيما يتحقق به الاشارة
وانه هل تعتبر كيفية خاصة من تحريك اللسان او الاصبع او غيرهما او لا تعتبر الاقوى هو الثاني لانه لا دليل على اعتبارها
بعد كون مطلق افعاله مفهما لمراده وبعد صدق عنوان العقد او الايقاع على مطلق اشاراته واختلاف الاخبار في باب الطلاق
من القاء القناع او الاشارة بالاصبع ناظر الى هذا المعنى لان كلا منهما من انحاء افهام المراد ومن مصاديق العناوين وليس
لنوع الاخرس كيفية واحدة نوعية حتى لا يتجاوز عنها الرابع هل الاشارة مقدمة على الكتابة او العكس متعين او كل منهما
في عرض الاخرى في بعض اخبار الطلاق ما يدل على تقدم الكتابة وبه افتى الحلي قده هناك ولا يخفى انه لو قلنا به هناك للتعبد
لا يمكن التعدي منه الى كل باب لان الكتابة ليست مصداقا في العرف والعادة لعنوان عقد او ايقاع فليست آلة لايجاد عنوان
بها ولذا انعقد الاجماع على عدم تأثيرها في غير الوصية وان كان الحق انه لا ينشأ بها الوصية ايضا نعم هي معتبرة عند العرف
من حيث الكاشفية وتصير مدركا وسندا لاثبات البيع والدين والوصية ونحو ذلك وبالجملة اذا لم يكن الفعل مصداقا

العنوان عقدي او ايقاعي فقصد ايجاد هذا العنوان لا يؤثر اثرا لانه اذا لم يكن مصداقا فليس هناك الا القصد المجرد وهذا لا
اثر له في العناوين الايجادية والموجدات الاعتبارية التي هي منشأ الآثار الشرعية والعرفية الخامس هل الحكم مختص بالاخرس
الذي نشأ خرسه من صممه او يشمل كل من لا يتكلم ولو لعذر من نذر او اكراه او اخص من ذلك واعم من الاول فيشمل كل من
كان عاجزا خارجا سواء كان لصممه او لاعتقال في لسانه او لمرض مرجو الزوال وجوه الاقوى هو الاول فانه الذي يصدق
عليه الاخرس يقينا ثم الاخير واما الخرس لعذر فلا يشمله الادلة قطعا بل ليس هو خرسا وبالجملة وان قلنا بعموم الاخرس
لكل من كان عاجزا عن النطق وان لم يكن منشأ خرسه الصمم كما لا يبعد دعوى او لا وجه للاخذ بالقدر المتيقن لعدم اجمال
في اللفظ الا ان شموله لمن نذر ترك التكلم ونحوه ممنوع جدا وعلى هذا فلو صدق عنوان العقد والايقاع على اشارة كل
عاجز فهو والا فمن فحوى باب الطلاق نتعدى الى غيره ونحكم بلزومه باشارته كما نحكم بجواز معاطاته التي هي في حكم
معاطاة غيره وعلى اي حال كتابته ليست داخلة في اشارته ولا هي معاطاة منه قوله قده ثم الكلام في الخصوصيات
المعتبرة في اللفظ تارة يقع في مواد الالفاظ توضيح البحث في هذا العنوان يتم بتمهيد مقدمات الاولى انه لو شك في
صدق عنوان من عناوين العقود والايقاعات على لفظ صار من الموجب والقابل او الموقع فاصالة الفساد تقتضي عدم صحته
واما مع صدق العنوان عليه عرفا فمقتضى الاطلاقات والعمومات عدم اعتبار ما شك في شرطيته في مادة العقود والايقاعات
او هيئتهما فان قوله عز من قائل احل الله البيع مثلا وان كان ناظرا الى المسببات بالمعنى الذي بيناه وهو الموجد بالآلة
الا ان امضاء المصدر امضاء للمصدر فيقتضي حلية جميع ما كان آلة عرفا لايجاد البيع سواء كان بمادة البيع او بغيرها من المواد
وسواء كانت الهيئة التي توجد بها المادة ماضوية او غيرها وسواء انشأ هذا العنوان بالفاظ صريحة او بغيرها وباللغة
العربية او غيرها كان الايجاب والقبول متواليين او لا نعم لو منع من صدق البيع عرفا على ما اذا انشأ بغير لفظ الماضي او
بما اذا لم يكن بين الايجاب والقبول موالاة او بما انشأ بالكناية ونحوها او ادعى الانصراف عنها فلا يفيد الاطلاق ثم انه
كما يصح التمسك بالاطلاق فيما اذا كان الشك في ناحية الاسباب كذلك يصح التمسك به فيما اذا كان الشك في ناحية المسببات
فلو لم يكن مسبب متعارفا في زمان الشارع وصار متعارفا بعده كالامر بالقاء المتاع في البحر وتعهد الامر الضمان ونحو ذلك
من استيفاء مال او عمل بامر معاملي لجاز التمسك لصحته بعموم اوفوا بالعقود ولا وجه لدعوى اختصاصه بالعقود المتعارفة والمعاملات
المتداولة الا ارادة العهد من اللام وهو خلاف ظاهر اللام في كل مقام لا سيما في مثل هذه الاحكام نعم هنا اشكال في
صحة التمسك بعموم اوفوا فيما اذا كان الشك راجعا الى الشك في الصحة والفساد وتقريبه ان العموم في هذه الآية الشريفة
وارد مورد حكم آخر لانه في مقام بيان لزوم ما هو صحيح وليس في مقام بيان اصل الصحة فلا بد ان تكون الصحة مفروغا عنها حتى
يجب الالتزام بما انشأه المتعاقدان ولكن التمسك بعموم تجارة عن تراض لا اشكال فيه وبالجملة اذا لم يكن سبب متعارفا

فيما يعتبر في مادة العقد وهيئته

المالكي اقتضى بقاء الملك للمالك مسلوب المنفعة ولكنه كان مالكا لان يرجع سلطنته الى نفسه كان له اثر من آثار الملك واما
اذا ارتفع هذا الاثر ايضا فليس الا كالتالف الحقيقي **قوله قده** ولو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين اه
قد اخترنا في تعليقتنا سابقا على هذا العنوان ما هو مختار المص وقلنا ان الجنون لا يقاس على الموت لان كل ما يقبل النيابة يقوم فيه
الولي مقام المولى عليه ومباشرة المالك في الرد غير معتبرة بلا اشكال لصحة توكيله فيقوم وليه مقامه اذا جن ولذا قوينا في باب الطلاق
صحة طلاق الولي اذا جن المولى عليه بعد الكبر ولكن لا يخفى فساد ذلك اما بناء على الاباحة فعلى ما يظهر من المص قده من انها
من قبيل اباحة الطعام فمقتضاه بطلان المعاطاة بالجنون فانها كالعقود الاذنية تبطل بجنون الاذن والمأذون والمبيح والمباح له بل
لو جن الباذل للزاد والراحلة لا يجوز للمبذول له التصرف في مال الباذل خصوصا لو جن قبل احرام المبذول له ففي المقام لو جن كل واحد
منهما فلا يجوز ان يتصرف الآخر في مال المجنون وبقاء حق الرجوع للولي فرع بقاء المعاطاة على حالها واما على ما اخترناه من معنى الاباحة
وهي كونها تسليطا مالكيا فحكمها حكم الملك وحكم الجنون على الوجهين حكم الموت في لزوم المعاطاة لاشتراط بقاء الجواز ببقاء
المتعاطيين على حالهما حين المعاطاة وقيام الولي مقامهما فرع بقاء الجواز **قوله قده** الامر السابع ان الشهيد الثاني ذكر في لك
وجهين في صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف او معاوضة مستقلة اه توضيح المقام يتوقف على بيان حال المعاطاة قبل التلف بناء
على الملك والاباحة حتى يعلم حالها بعده فنقول اما بناء على الملك فلا اشكال في انها بيع من اول الامر غاية الامر انها جائزة وتلزم
بعروض احد الملزمات فالوجهان المذكوران في المسالك لا يجريان على القول بالملك واما بناء على الاباحة فقد ظهر انها متصورة على وجوه
الاول ما بنى عليه صاحب الجواهر قده وحمل عليه كلمات الاصحاب من ان المعاطاة تفيد الاباحة فيما اذا قصدها المتعاطيان الثاني ما يستفاد
من كلمات جماعة من انها اباحة شرعية رتبها الشارع على خلاف ما قصده المتعاطيان من التمليك الثالث ما وجهنا به كلمات المش
من انهما قصدا التمليك ولكنهما اوجدا مصداق التسليط فهي اباحة مالكية لايجادهما ما هو مصداق التسليط المالكي وامضاها
الشارع ايضا الرابع ما قوينا اخيرا من انهما قصدا التمليك واوجدا ما هو مصداقه الا ان حصول الملك مشروط بتعقبه باحد الملزمات
كاشتراط حصول الملك في الصرف والسلم بالقبض غاية الامر جوز الشارع قبل الملزمات تصرف كل منهما باي نحو من انحاء التصرف سواء
كان مما يوجب حصول الشرط كالتصرفات المتلفة وما بحكمها او لم يكن فالاباحة قبل حصول الشرط شرعية وعلى هذا فالفعل جزء السبب وجزؤه
الآخر التصرفات المتوقفة على الملك او التلف وحيث ان جميع هذه الوجوه لا تخلو عن اشكال فالاقوى كونها مفيدة للملك ابتداء
وعلى اي حال لو قلنا بما اختاره صاحب الجواهر قده الذي اليه يرجع تنظير المص قده الاباحة الحاصلة بالمعاطاة باباحة الطعام فلا بد
من الالتزام بانها معاوضة مستقلة وخارجة من ابواب العقود المتعارفة فيكون نظير استيفاء المال والعمل بالامر المعاملي الموجب
لتقدير الملك آناما وبان التضمين بالعوض المسمى ينشأ من اول الامر لا عند التلف حتى يقال ان التلف او التصرف ليس معاوضة و
لازم جعل المسمى عوضا هو انتقال الملك آناما الى ملك المتصرف او من تلف المال عنده والدليل على هذا المعنى هو السيرة الموجودة

في انه لو جن احد المتعاطيين قام وليه مقامه

فيما افاده الشهيد الثاني في المعاطاة بعد التلف

فلا يقاس المعاطاة على اباحة المالك التصرفات المتوقفة على الملك لغيره التي منعنا كونها من انحاء سلطنة المالك و
قلنا انه ليس للمالك السلطنة على الاحكام الشرعية وبالجملة بناء على الاباحة بالمعنى الاول فلا بد من جعلها معاوضة مستقلة
رتبها الشارع على قصد الاباحة من المالك بالعوض المسمى اذا تحقق منه فعل على طبق قصده ولم يرتبها على قوله واما جعلها
بيعا بعد التلف فبعيد جدا للزوم الانقلاب فان ما ليس بيعا كيف يصير بيعا ولو قلنا بالوجه الثاني فالصواب ان يقال
ايضا بانها معاوضة مستقلة ولكنها قهرية شرعية وجعلها الشارع لازمة باحد الملزمات او ان الشارع رتب عليها
اولا ما هو مخالف لما قصده المتعاطيان وحكم عند تحقق الملزمات بطبق ما قصداه ولو قلنا بالوجه الثالث فهو وان كان
يقتضي كونها معاوضة مستقلة لا بيعا الا انها لازم مساو للبيع لان التسليط المالكي عبارة عن اعطاء المالك جميع
آثار الملك لغيره وهذا مرجعه في الحقيقة الى اعطاء نفس الاضافة والسلطنة التي منعنا سابقا كونها داخلة تحت
سلطنة المالك لان ما هو داخل تحت سلطنته هو طرف الاضافة لا نفس الاضافة الا انها على اي حال مرجعه الى البيع ثم ان
انتقال كل عوض الى ملك من انتقل اليه بالتلف انما هو من آثار جعل الضمان بالمسمى لا انه بالتلف ينقلب عما هو عليه و
يصير بيعا فان هذا الاحتمال ابعد الوجهين المذكورين في المسالك ولو قلنا بالوجه الرابع فمقتضاه كونها بيعا من اول الامر
ولا يجري فيه الاحتمالان كما لا يجريان على ما هو المختار تبعا للمحقق الثاني من حصول الملك بنفس الفعل ثم انهم ذكروا نظير
هذين الوجهين المذكورين في المسالك على القول بالاباحة في مسئلة القسمة والاقالة فاختلفوا في ان القسمة بيع او افراز
حق وان الاقالة فسخ اي حل للعقد الاول الذي لازمه رجوع كل مال الى مالكه الاصلي او بيع اي انشاء تمليك عكس
الانشاء السابق وقيل بالتفصيل بين ما اذا قيل بلفظ فسخت فانها فسخ وما اذا قيل بلفظ اقلت فهي بيع وكيف كان فعلى
القول بالملك يلحقها من اول الامر جميع الخيارات الثابتة للبيع عدا ما استفيد من دليله اختصاصه بالبيع العقدي الذي مبناه
على اللزوم لولا الخيار ولا وجه للقول بلحوقها بها بعد لزومها بالتلف ونحوه خاصة لا قبله كما هو ظاهر المص التفاتا الى
كونها جائزة قبل التلف وعدم الفائدة في الخيار وذلك لعدم انحصار الفائدة في الرد لامكان اسقاطها والصلح عليها و
بالجملة لا يلحقها خصوص خيار المجلس والحيوان لظهور دليلهما في اختصاصهما بالبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار
نعم لو قلنا بثبوتهما لكل بيع لازم سواء كان الالتزام من منشئات المتعاقدين اي كان عقديا او حقيا من مجعولات الشارع
فيلحقان بها بعد ما صارت بيعا لازما ويلحقها خيار العيب والغبن والشرط لعدم اختصاصها بالبيع العقدي فان ثبوتها في البيع
وشبهه من المهر وعوض الخلع انما هو للشرط الصريح او للشرط الضمني الذي يتضمنه كل معاوضة عرفا وعادة فان بناء النوع على
عدم الالتزام بالمعيوب وبما لا يتغابن بمثله ولا ينحصر دليل الخيار بقاعدة لا ضرر حتى يقال باختصاصه بالبيع العقدي لكونه متيقنا
كيف ولولا الشرط الضمني لما امكن اثبات الخيار بتلك القاعدة لبناء المتعاملين على المعاملة كيف ما كانت واقدامهما عليها مط

وبالجملة فكل عقد او معاملة لم يكن اللزوم فيها حكميا ولم تكن من قبيل النكاح والضمان يلحقها خيار العيب والغبن والشرط
نعم الخيار في المعاطاة ليس بمعنى ملك فسخ الالتزام واقراره فانها لم تكن متضمنة للالتزام المنشأ من المتعاطيين بل بمعنى حل ما
اوجداه وهذا المعنى يمكن ثبوته للمتعاطيين من حين المعاطاة الى ما بعد التلف وليس الجواز الثابت من اجل تخلف الشرط
الصريح او الضمني كالجواز الحكمي حتى يمتنع عند التلف ولا يكون قابلا للاسقاط والارش بل جواز حقي لا يتوقف على بقاء
العينين فلو تلف عوض المعيوب جاز رد المعيوب ولو تلف المعيوب جاز اخذ الارش واما خيار الرؤية وخيار التأخير فبناء على عدم
اعتبار التعاطي من الطرفين يجريان فيها سواء قلنا بانهما من مصاديق تخلف الشرط الضمني ام قلنا بكونهما خيارين مستقلين
واما على الاباحة كما هي مبنى المسالك فتثبت لها الخيارات الثابتة في كل معاملة وكذا الخيارات اللاحقة لكل بيع بعد
ما صارت بيعا واما الخيارات المختصة بالبيع العقدي كخيار المجلس والحيوان على ما استظهرناه من دليلهما فلا تثبت لها خلافا
للمسالك فانه التزم بثبوت خيار الحيوان له وانما استشكل في مبدئه واحتمل ان يكون حين المعاطاة واورد عليه بان المعاطاة
على مبناه ليست بيعا قبل التلف فكيف يحتمل ان يكون مبدأ خيار الحيوان من حين المعاطاة ولكنه يمكن ان يوجه بان البيع
ان تحقق حين التلف الا ان منشأه والسبب الموجد له هو المعاطاة وكان ما يؤول الى البيع بمنزلة البيع ولكن يرد عليه بانه لا
فرق بين خيار المجلس والحيوان فاذا انتفى خيار المجلس ينتفي خيار الحيوان ايضا ولو بعد تحقق اللزوم نعم بناء على الفرق بينهما فوجه
تقييده ره ثبوت خيار الحيوان بما لو كان التالف الثمن او بعضه ظاهر فان ثبوت خيار الحيوان وان لم يتوقف على بقاء الحيوان في
غير مقامنا هذا الا انه يتوقف على بقائه في المقام حتى يثبت الخيار لانه يشترط في تعلقه بالتالف ان يتعلق به قبل تلفه ولو
اناما حتى لا يكون تلفه موجبا لسقوطه فيرد مثله او قيمته فلو كان التالف الثمن فبعد تلفه يصير المعاطاة بيعا فيتعلق به
خيار الحيوان واما لو كان التالف نفس الحيوان فما لم يتلف لم يكن خيار لعدم صيرورتها بيعا واذا تلف تلف غير متعلق به الخيار
فمن اين يثبت المثل او القيمة وبالجملة تعلق حق الخيار في المقام بالمثل او القيمة يتوقف على تحقق الخيار وتحققه يتوقف على تعلقه
بالمثل او القيمة نعم لو ثبت من الخارج ثبوت الخيار في المقام فلا بد من تقدير تعلقه اناما بالحيوان حتى يثبت المثل او القيمة لان
شرط تعلق الحق بالبدل ان يتعلق بالمبدل ولو اناما فلو لم يكن هناك دليل خاص فعمومات ادلة الخيار لا تفيد لاثبات التقدير
اناما ولذا قيل بامتناع تعلق حق الخيار بمن ينعتق على المشتري وسيجيء توضيحه في محله ان شاء الله تعالى **قوله** قده الامر الثامن لا اشكال
في تحقق المعاطاة لا يخفى ان ظاهر عبارته قده ان المقصود في هذا العنوان تحقق المعاطاة بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم
فقط كخلوه عن القبض في باب الوقف والهبة بذي رحم ولكن بالتأمل في مجموع كلماته يظهر ان المقصود اعم من فقد شرائط
اللزوم والصحة وبالجملة مقصوده الجمع بين ما هو المسلم بينهم من ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه شيء من آثار الملكية
بل يحرم التصرف فيه ويجب رده فورا الى مالكه ويضمن العين ومنافعها المستوفاة وغير المستوفاة وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعا

في ان القول الغير الجامع لشرائط اللزوم او الصحة هل حكمه حكم المعاطاة ام لا

للمحقق والشهيد الثانيين انه لو اخلا بالشروط المعتبرة في الصيغة واوقعا البيع خاليا عنها يكون معاطاة لو علم التراضي منهما
ثم ان قوله قده اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم اه ليس المقصود منه خلو القول عن شرائط اللزوم عند كل احد حتى
يكون قوله فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللفظي خلفا كما اورده عليه المحقق الخراساني قده بل مقصوده خلوه
عن شرائط اللزوم عند المش فالترديد لا يكون خلفا ثم ان ما ذكره هذا المحشي قده في وجه الجمع من ان الحكم بضمان المقبوض بالعقد
الفاسد اقتضائي بمعنى ان قضيته فساده انما هو لكونه عقدا فلا ينافي صحته بما هو معاطاة لا يخفى ما فيه فان هذا العنوان الطاري
دائما موجود في المقبوض بالعقد الفاسد سيما اذا قلنا بان العقد الفاسد حكمه حكم المعاطاة ولو لم يتحقق معه قبض اصلا فترتيب
الاعلام هذه الآثار عليه لا يبقى له موضوع اذا عرفت ذلك فنقول تارة يتحقق قبض العينين بعد القول الفاسد واخرى لا
يتحقق فلو لم يتحقق فهذا خارج عن المعاطاة المصطلحة ولا بد من اخراجه من موضوع بحث الشهيد والمحقق الثانيين و
من تبعهما والقول بان انشاء القولي الغير الجامع لشرائط الصحة يرجع الى حكم المعاطاة مط لا وجه له ولو تحقق قبض العينين
فتارة بنائهما على الاغماض عن القول السابق وانشائهما التمليك او التسليط بالفعل فهذا داخل في المعاطاة موضوعا
وليس هذه الصورة محط كلام المحققين ومن تبعهما لان مجرد وقوع المعاطاة بعد العقد الفاسد لا يوجب الشك في دخولها في
عنوان المعاطاة واخرى ليس بنائهما على الاغماض وهذا على قسمين لانهما قد يقبضان وفاء بما التزما على البيع الفاسد بحيث
لم يعلم منهما رضا بالتصرف الا الرضا المعاملي الذي كان في ضمن الانشاء الفاسد ومقيدا به وهذا ايضا خارج عن موضوع البحث
لان هذا هو المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو موجب للضمان ويترتب عليه آثار خاصة وقد يقبضان لا بما ان القبض وفاء
بل رضى جديد حاصل لهما على اي حال وهذا هو موضوع كلامهما وكلام من تبعهما ثم الرضا كذلك تارة تحقيقي كما لو علما
بفساد الصيغة ومع ذلك رضيا بالتصرف واخرى تقديري كما لو جهلا به ولكن استكشف من حالهما انهما لو علما بفسادها لرضيا
بالتصرف ايضا كالرضا المستفاد من شاهد الحال في غير المقام فمرجع كلامهما الى انه يكفي الرضا والطيب الذي يجوز معه التصرفات
الغير المتوقفة على الملك للتصرفات المتوقفة عليه وساير الآثار المترتبة على المعاطاة من اللزوم بالملزمات ولا يخفى ان ادخال هذا في
المعاطاة يتوقف على امرين الاول كفاية الرضا الشأني حتى يشمل كلامهما صورة الجهل بالفساد الثاني عدم اعتبار انشاء عنوان
العقود قولا ولا فعلا بل كفاية مجرد وصول كل من العوضين الى المالك الآخر وهذا مما لا يمكن الالتزام به سواء قلنا بالملك او الاباحة
لان مجرد الرضا سواء كان فعليا او تقديريا وتحقق قبض بعده او قبله لا اثر له في باب العقود والايقاعات فان القبض الواقع
بعد العقد الفاسد اذا لم ينشأ به التمليك ولا التسليط كما هو المفروض وجوده كالعدم والرضا بالتصرف ايضا لا اثر له الا جواز
التصرفات الغير المتوقفة على الملك واما حصول الملك بمجرد الرضا او الاول اليه اي تعين المسمى للبدلية بطرو احد الملزمات
فلم يقم دليل على حصوله بمجرد الرضا لان عناوين العقود ايجادية ولا بد من حصولها بانشائها قولا او فعلا ولا عموم في طرف

فى المعاطاة

المستثنى فى قوله الا بطيب نفسه لان عموم المستثنى منه لا يقتضى عموم المستثنى هذا مع انه لو قلنا بأنه جميع التصرف حتى المتوقف على الملك بمجرد الرضا الباطنى الا انه كيف يتحقق الركن الآخر وهو الضمان بالمسمى والمتفاوت الناقل الى ملك من تلف فى يده فانه يتوقف على انشاء الاحالة اما بقوله اعتق عبدك عنى وعلى عشرة واما باعطاء الناشئ عن بعض التمليد او التسليط وكفاية وصول كل واحد من العوضين الى المالك الآخر كما فى مسئلة كون الحمامى والسقا ونحوهما وان لم ينشأ اباحة او تمليكا ممنوعة اما اولا فلعدم كون امر الحمام والسقا من باب المعاطاة واما ثانيا فلان قيام السيرة على تحققها بالانشاء من طرف واحد غير موجب لتحققها ولو لم يكن هناك انشاء اصلا كما فى المقاتل يبقى البيان الاول فى حكم التملك والمنافع على القول بالملك قبل الرجوع وبعده وبيانها يتوقف على رسم امور الاول ان المراد بالاعيان المستخرجة من المال اى ما يمكن الاشارة اليه ولو نحو ما يحدث فى الخارج سواء كان قابلا للانفصال كاللبن والثمرة والنتاج والصوف ونحو ذلك او لم يكن كالسمن وغوالى الاشجار والمنافع ما لا يكون بحدائه شئ فى الخارج كسكنى الدار وركوب الدابة وقد يطلق كل منهما على الآخر الثانى ان حكمها فى الرد بالعيب مختلف سواء كان العيب اصليا كالعمى والعور او عرضيا كالعمى الطارئ فذهب المشهور الى ان انماء المتصل والمنافع مستوفاة كانت او تالفة ملك لمن انتقل اليه المال فلا يرد العين بانماء المتصل تابع للعين واختلفوا فى مثل الصوف والشعر المتصل الذى يقبل الانفصال فان حكم حكم الثمر المنفصل والحق انه قبل انفصاله اجزء بيع العين وان بلغ اوان جنايته وتمام الكلام فى هذا المقام مذكور فى باب الرد بالعيب هو قوله الخراج بالضمان والمشهور بين من تبعهم ان ذا قشوفى سنده الا ان المستفاد من كلام شيخ الطائفة رحمه الله ان مرسلة ابن سنان المتلقاة بالقبول عند الفريقين فهو ناظر على اليد ما اخذ بل مثلها فى الجملة من الاركان بان وهذه القاعدة هى مدلول فتوى ابى حنيفة فى قضية الغلة فى الحكم بان منافع المغصوب للغاصب كما حققناه فى المناقشة فى سنده لا وجه لها انما الكلام فى دلالة وقد استظهر منه ابو حنيفة ان المراد من الضمان فيه هو الضمان بمعنى اسم المصدر فيشمل الضمان الثابت بمقتضى قاعدة اليد فتوهم ان كل من كان ضامنا لشئ فخراجه له ما استقامه منفعة كان او نماء الرواية قال الامام عليه السلام فى رده فى مثل هذا القضا وشبهه يحبس النماء بقدر ما ذهب او يمنع الارض بركاتها هذا مع ان من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد ان كل من يتعهد الاصول ضمانا فى عهدته فخراجه له لان العاقل لا يتعهد الا الاصل بما له ومنافعه بيصرفها فى رجوعه الى ربه وهذا يخص بالضمان المحيط الاصلى الفعلى الذى امضاه الشارع فيخرج منه الضمان القهرى كباب الغصب والضمان المعاوضى كضمان البائع للمبيع والمشترى للثمن قبل القبض لان ما تعهده البائع اصالة هو ضمان الثمن الذى انتقل اليه وسيجئ ان درك عليه بحث انه لو تلف ثم ظهر على المعاوضة فسخ او انفساخ يجب على البائع مثله او قيمته هكذا فى طرف المشترى فان ما تضمنه اصالة هو الثمن وضمان كل منهما لما انتقل عنه انما هو شرط ضمنى للتسليم الذى تضمنه كل عقد فمناسبة الحكم مع موضوع تقتضى خروج الضمان التبعى لان هذا الضمان

على عكس ما اقتضاه المعاوضة فان البايع اقدم على المعاوضة لأن يملك منافع الثمن وحيث ان هذا الاقدام يقتضي تسليم المبيع فلا يمكن ان يكون منافعه للبايع ويخرج عنه بالتضمين التقديري كالتضمين في باب العتق عند من يقول به والتضمين في باب السبق والرماية قبل وصول السابق والراشق فان منافع العبد السابق والعوض ليس للآمر والسابق والرامي بعد كونهما فعلا ملكا للمضمن معان المضمون غالبا خارج عن تحت تصرف الضامن فلا معنى لأن يكون منافعه له ويخرج عنه بالقبوض بالعقد الفاسد لعدم كون التضمين الجعلي ممضى شرعا ونحوه كالعدم اذا ظهر معنى الحديث اجمالا فنقول لو لم يرجع احد المتعاطيين قيما كل بعين او منافعها لمن بيده سواء قلنا بالملك او الاباحة اما على الملك فواضح واما على الاباحة فظاهر استصحابا الشيخ الكبير قدس سره بانه كيف يكون التملك للآخذ دون المعين ان حدث التلف في ملك المباح له مفروغ عنه بل لا اشكال في ان المشتري عالما يضمن بعهدة من احدث ملكا التلف وعلى اي حال تقول ان الخراج بالضمان يشمل كل ضمان معاوضي سواء كان بالتضمين المالكي او الاباحي لأن كل مورد جعل ضمانا قال بازاء عوض ضمان اصلي فعلي مع كونه ممضى من الشارع فالخراج مسبب عن هذا الجعل وما لو رجع احدهما فحكم الرجوع في المقاصة حكم الرجوع في باب الحبا في ان التلف المتصل يتبع العين بدون المنفصل والمنافع المستوفاة قبل الرجوع فانها لمن كانت العين بيده ولا وجه لاسترجاعها منه ولو على القول بالاباحة والحجة يشمل القاعدة المعاطاة على كلا المسلكين وان تقدم على المضمون القول بعدم انتقال الثمن الى الآخذ تقلا عن بعض القائلين بالاباحة فراجع الثاني يظهر من المحقق الثاني على ما حكي عنه الفرق بين المعاطاة في البيع والقرض فقال بحصول الملك في الاول كما هو مختاره فيها والاباحة في الثاني ثم رتب عليها ان تلف المبيع للمشتري دون ثمنه العين في باب القرض فانه للمقترض ولا يخفى ما فيه اولا من انه لا فرق بينهما فان المعاطاة ايا كانت مفيدة للملكية فلا فرق بين القرض والبيع رتبا الا فرق بين الاباحة والملك في مسئلة التلف ما عرفت ان قاعدة الخراج بالضمان تشمل البابين هذا مع ان المشتري قائم مقام المقترض ايضا فانه لم يعهد مطالبة ثمن العين من المقترض مطلقا قوله قدس سره مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع اه توضيحها افاده قدس سره في هذا العنوان وسيأتي عليه تتميم بوسم امور الاول قد عرفت في بحث المعاطاة ان حدا فارقا بينها وبين اللزوم على مسلكين احدهما حكم كون الفعل مطلقا مصداقا لعنوان المعقود فيكون قاصرا عن افادة التمليك فضلا عن اللزوم واذا قيل بافادتها الاباحة رتبا بينهما الاجماع على اعتبار اللفظ في اللزوم مع صدق عنوان العقد على الفعل وافادته الالزام والالتزام مثل القول فلو قلنا بالاول فناشك في اعتبار فيه فالاصل اعتبار اللفظ الفاسد لانه لو منع عن صدق العقد عنوان ابواب المعاملات عليه فلا دليل على صحته لانا قائمون بالمشتري عليه فلو شك في كونه مورد التسترة فاصالة عدم ترتب الاثر عليه هي المرجع ولو قلنا بالثاني فالاصل عدم اعتبار الصدق عنوان العقد على هذا فلا يرجع الا افاده المضمن من ان الاصل يقتضي كما يشير اليه الآخرون في مورد العجز عن التوكيل لا في مورد القدرة عليه لانه قد اعتبر اللفظ في اللزوم من حجة الاجماع لا من حجة عدم صدق البيع على الفعل فاذا سلم صدق العنوان فالاصل يقتضي عدم الاشتغال بالعين ويثبت الخيار بما لا التفاوت

فصل في الفرق بين المعاطاة والبيع والقرض

فصل في عدم صدق البيع على المعاطاة

انما تجري في مقابل الشك في اصل الصحة والفساد لا بعد احراز الصحة والشك في اللزوم وعدمه وكيف كان فسواء قلنا بان الفعل
ليس مصداقا لعنوان العقود او قلنا بانه مصداق ولكنما الاجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم فالاشارة من الاخرس
تقوم مقام اللفظ وان لم يقم معاطاته اي اخذه واعطائه مقام اللفظ كما سيظهر وجهه وذلك لان اشارة الاخرس وان كانت
فعلا من افعاله الا ان قصور الفعل عن كونه ايجادا لعنوان العقد انما هو في غير اشارته فان اشارته لا تقصر عن قول غيره
لا سيما من يفهم مقاصده الكلية والامور الغير المحسوسة بالاشارة هذا بناء على الاول واما بناء على ان اللزوم يتوقف على
اللفظ اجماعا فالاجماع انما قام في مورد القدرة على التكلم واما مع العجز عنه فلم يقم اجماع ثم هل يقوم اشارته مقام اللفظ
مطلقا او مع العجز عن التوكيل وجهان والاقوى هو الاول اما بناء على صدق عنوان العقد على اشارته فواضح لان الاصل عدم
اشتراطه واما بناء على عدم الصدق فلاطلاق الاخبار في باب الطلاق المستفاد منها بالفحوى حكم عقده وايقاعه في سائر
الابواب وحملها على صورة العجز عن التوكيل حمل على الفرد النادر هذا مع انه لو كانت اشارته كافية في التوكيل لكانت
كافية في اصل طلاقه ولا يقال ان العقود الاذنية يكفي فيها كلما يدل على الاذن والرضا بخلاف غيرها لانا نقول
وان كان الاذن المطلق يكفي فيه كلما يدل عليه الا ان الاذن في التصرف بعنوان الوكالة لا بد في تحققه من اشارة خاصة
فاذا كانت اشارته مفيدة لعقد الوكالة فهي مفيدة لغيره من العقود والايقاعات ايضا الثاني ان محل البحث في اشارة الاخرس
انما هو فيما اذا كانت المعاملة منشأة باشارته بحيث كان القبض والاقباض وفاء بها لا ما اذا كان الانشاء بهما فان معاطاته
لا خصوصية فيها فما افاده المصنف قده في قوله ثم لو قلنا بان الاصل في المعاطاة اللزوم فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين
على مباشرة اللفظ لا يستقيم لان جهة البحث ليست في معاطاة الاخرس حتى يبحث انها لازمة او جائزة لعدم انعقاد الاجماع
ههنا نعم لو اراد من لفظ المعاطاة مطلق الفعل لا خصوص القبض والاقباض لاستقام ما افاده الثالث فيما يتحقق به الاشارة
وانه هل تعتبر كيفية خاصة من تحريك اللسان او الاصبع او غيرهما او لا تعتبر الاقوى هو الثاني لانه لا دليل على اعتبارها
بعد كون مطلق افعاله مفهما لمراده وبعد صدق عنوان العقد او الايقاع على مطلق اشاراته واختلاف الاخبار في باب الطلاق
من القاء القناع او الاشارة بالاصبع ناظر الى هذا المعنى لان كلا منهما من انحاء افهام المراد ومن مصاديق العناوين ليس
لنوع الاخرس كيفية واحدة نوعية حتى لا يتجاوز عنها الرابع هل الاشارة مقدمة على الكتابة او العكس متعين او كل منهما
في عرض الاخرى في بعض اخبار الطلاق ما يدل على تقدم الكتابة وبه افتى الحلي قده هناك ولا يخفى انه لو قلنا به هناك للتعبد
لا يمكن التعدي منه الى كل باب لان الكتابة ليست مصداقا في العرف والعادة لعنوان عقد او ايقاع فليست آلة لايجاد عنوان
بها ولذا انعقد الاجماع على عدم تاثيرها في غير الوصية وان كان الحق انه لا ينشأ بها الوصية ايضا نعم هي معتبرة عند العرف
من حيث الكاشفية وتصير مدركا وسندا لاثبات البيع والدين والوصية ونحو ذلك وبالجملة اذا لم يكن الفعل مصداقا

العنوان عقدي او ايقاعي فقصد ايجاد هذا العنوان لا يؤثر اثرا لانه اذا لم يكن مصداقا فليس هناك الا القصد المجرد وهذا لا
اثر له في العناوين الايجادية والموجدات الاعتبارية التي هي منشأ الآثار الشرعية والعرفية الخامس هل الحكم مختص بالاخرس
الذي نشأ خرسه من صممه او يشمل كل من لا يتكلم ولو لعذر من نذر او اكراه او اخص من ذلك واعم من الاول فيشمل كل من
كان عاجزا خارجا سواء كان لصممه او لاعتقال في لسانه او لمرض مرجو الزوال وجوه الاقوى هو الاول فانه الذي يصدق
عليه الاخرس يقينا ثم الاخير واما الخرس لعذر فلا يشمله الادلة قطعا بل ليس هو خرسا وبالجملة وان قلنا بعموم الاخرس
لكل من كان عاجزا عن النطق وان لم يكن منشأ خرسه الصمم كما لا يبعد دعوى ولا وجه للاخذ بالقدر المتيقن لعدم اجمال
في اللفظ الا ان شموله لمن نذر ترك التكلم ونحوه ممنوع جدا وعلى هذا فلو صدق عنوان العقد والايقاع على اشارة كل
عاجز فهو والا فمن فحوى باب الطلاق نتعدى الى غيره ونحكم بلزومه باشارته كما نحكم بجواز معاطاته التي هي في حكم
معاطاة غيره وعلى اي حال كتابته ليست داخلة في اشارته ولا هي معاطاة منه قوله قده ثم الكلام في الخصوصيات
المعتبرة في اللفظ تارة يقع في مواد الالفاظ توضيح البحث في هذا العنوان يتم بتمهيد مقدمات الاولى انه لو شك في
صدق عنوان من عناوين العقود والايقاعات على لفظ صار من الموجب والقابل او الموقع فاصالة الفساد تقتضي عدم صحته
واما مع صدق العنوان عليه عرفا فمقتضى الاطلاقات والعمومات عدم اعتبار ما شك في شرطيته في مادة العقود والايقاعات
او هيئتهما فان قوله عز من قائل احل الله البيع مثلا وان كان ناظرا الى المسببات بالمعنى الذي بيناه وهو الموجد بالآلة
الا ان امضاء المصدر امضاء للمصدر فيقتضي حلية جميع ما كان آلة عرفا لايجاد البيع سواء كان بمادة البيع او بغيرها من المواد
وسواء كانت الهيئة التي توجد بها المادة ماضوية او غيرها وسواء انشأ هذا العنوان بالفاظ صريحة او بغيرها وباللغة
العربية او غيرها كان الايجاب والقبول متواليين او لا نعم لو منع من صدق البيع عرفا على ما اذا انشأ بغير لفظ الماضي او
بما اذا لم يكن بين الايجاب والقبول موالاة او بما انشأ بالكناية ونحوها او ادعى الانصراف عنها فلا يفيد الاطلاق ثم انه
كما يصح التمسك بالاطلاق فيما اذا كان الشك في ناحية الاسباب كذلك يصح التمسك به فيما اذا كان الشك في ناحية المسببات
فلو لم يكن مسبب متعارفا في زمان الشارع وصار متعارفا بعده كالامر بالقاء المتاع في البحر وتعهد الامر الضمان ونحو ذلك
من استيفاء مال او عمل بامر معاملي لجاز التمسك لصحته بعموم اوفوا بالعقود ولا وجه لدعوى اختصاصه بالعقود المتعارفة والمعاملات
المتداولة الا ارادة العهد من اللام وهو خلاف ظاهر اللام في كل مقام لا سيما في مثل هذه الاحكام نعم هنا اشكال في
صحة التمسك بعموم اوفوا فيما اذا كان الشك راجعا الى الشك في الصحة والفساد وتقريبه ان العموم في هذه الآية الشريفة
وارد مورد حكم آخر لانه في مقام بيان لزوم ما هو صحيح وليس في مقام بيان اصل الصحة فلا بد ان تكون الصحة مفروغا عنها حتى
يجب الالتزام بما انشأه المتعاقدان ولكن التمسك بعموم تجارة عن تراض لا اشكال فيه وبالجملة اذا لم يكن سبب متعارفا

فيما يعتبر في ماهية العقد وهيئته

فى شرائط عقد البيع

فى زمان الشارع كبعض الالفاظ المستحدثة وصار الايجاب المسبب متعارفا بها وصدق عليها عنوان المعاطاة واذا لم يكن مسبب متعارفا فى زمانه وصار متعارفا فى عصر فيتمسك باطلاق ادلة العناوين لعمومهما ولا وجه لتوهم الاختصاص بالاول الا ان يقال بالفرق بين الحكايات والايجاديات فان الحكايات لا يتعلق غرض بها الا اظهارها فى الضمير والمقصود الى المخاطب فكل لفظ لم يكن خارجا عن اسلوب المحاورة صحيح اظهارها فى الضمير سواء كان الاستعمال حقيقة او مجازا صحيحا او مكانيا كانت قرينة المجاز حالية او مقالية كان المجاز بعيدا او قريبا وهذا بخلاف الايجاديات فانها لا توجد الا بما هو الة لايجادها ومصداقا لعنوانها فلو لم يكن شئ مصداقا لعنوان والة لايجاده بل كان لازما او ملازما لوجود الملزوم او الملازم الاخر وان كان الغرض من ايجاد اللازم او الملازم ايجاد الملزوم او الملازم الاخر بحيث كان هو المقصود الاصلى اذ الاعبرة بالدواعى والاغراض فى الايجاديات فلو قصد البيع واتى بغير ما هو مصداق له لم تترتب عليه اثر لهذا لا يترتبون الاثار على الشروط المتاخرة التى لم تذكر فى متن العقد ثم ان الايجاد المعتبر فى العقود غير الايجاد الملحوظ فى سائر الانشائيات وغير الايجاد الحاصل فى سائر الانشائيات وغير الايجاد الحاصل فى معانى الحروف فان الهيئة فى سائر الانشائيات وضعت لفقا الحدث على الفاعل والايجاد النسبة بين الفاعل والفعل وبالايجاد النسبة اذا كان المتكلم فى مقام البعث والتشريع يتحقق مصداق الامر واذا كان فى مقام السؤال يتحقق مصداق الاستفهام واذا كان فى مقام اظهار المحبة والتنفر يتحقق التمنى والترجى ونحو ذلك واما الهيئة فى باب العقود فمضافا الى ان بها يتحقق النسبة توجد المادة بها ايضا اذا كان المتكلم فى مقام الانشاء فانه يقول بعت يوجد البيع واما الايجاديات فى باب الحروف فعلوم ها باموار اربعة الاول كون معنى الحرف ايجاديا لا اخطاريا الثانى كونه قائما بغيره والثالث عدم التقرر فى غير وعاء الاستعمال الرابع كون المعنى بهذين الايجاد مغفولا عنه واما الايجاد فى باب العقود كالملكية مثلا فهو امر متقرر فى حد نفسه لروعا غير وعاء الاستعمال فانه موجود فى عالم الاعتبار وليس بمغفول عنه وتمام الكلام موكول الى بحث الحروف الثالثة الاشبهة فى ان البيع بل كل عنوان من عناوين العقود والايقاعات عنوان بسيط ليس مركبا من الجنس والفصل فاذا كان بسيطا فلا يمكن ايجاد هذا المعنى تدريجا بل اما ان يتحقق ابتداء او لا يتحقق اصلا بل المركب من الجنس والفصل ايضا لا يمكن ان يوجد تدريجا فان تحصل الجنس انما هو بالفصل وتحقق الهيولى انما هو بالصورة فلا يعقل ان يوجد المادة اولا ثم الصورة فاذا كان هذا حال المركب الخارجى فكيف بما هو بسيط وما بالذات مباين عين ما بالاشتراك فان التفاوت الشديد بين ما هو لون يكون سوادا وبين ما هو سواد يكون شديدا وهكذا التمليك البيع والقرض ونحوهما من الهبة والاجارة يكون التمليك فى كل منها بعين كونه بيعا او قرضا او نحوهما اى لا يكون التمليك فى البيع جنسا وبيعيته فصلا بل هو بيع بعين كونه تمليكا بل لا اشبهة ان التمليك ليس شيئا والبيع شيئا اخر وان قلنا بان كل واحد من هذه الامور الاربعة مباين فى الشخ مع الاخر مضافا الى ان التمليك فى جميع

هذه الامور امر واحد وانما الاختلاف بينها كالاختلاف بين افراد البيع وعلى اي حال المعنى المنشأ بلفظ بعت امر بسيط
ليس مركبا من الجنس والفصل ولا يمكن ان يوجد تدريجا كتدريجية الباء والعين والتاء اذا عرفت ذلك فيقع البحث تارة
في صحة انشاء العناوين بالكنايات واخرى بالمجازات وثالثة بالمشترك اللفظي ورابعة بالمشترك المعنوي اما صحته بالكناية
فلو قيل انها قسم من المجاز كما عرفها بعضهم من انها ذكر اللازم وارادة الملزوم فحكمها حكمه ولو قيل انها قسيم للمجاز كما هو الحق
فان قوله زيد طويل النجاد استعمل في نفس معناه الحقيقي والقى معنى اللفظ الى المخاطب لينتقل منه الى ملزومه وهو طول
القامة وهكذا في امثال ذلك من قوله زيد كثير الرماد او مهزول الفصيل فان الانتقال الى الجود من دواعي استعمال هذه
الالفاظ في معانيها الموضوعة لها لا انها استعملت في الجود فالاقوى عدم صحة انشاء العنوان بها فان انشاء اللازم وايجاده
في الانشاء القولي ليس ايجادا للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لا اثر له بعد ما عرفت في المقدمة
الثانية ان الاغراض والدواعي لا اثر لها في باب العقود والايقاعات فلو قال كناية عن البيع ترى خيره او في مقام النكاح
الف الله بين قلبكما وامثال ذلك فلا اثر له وبالجملة ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لايجاده عرفا فلا اثر له ولا يرى العرف
آلة ايجاد اللازم آلة لايجاد الملزوم ثم لو قيل بان الملزوم وان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا وفي المرتبة الثانية من الايجاد ولا
وجه للاقتصار على المنشأ الاول بعد اطلاق ادلة العناوين فيقال الايجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود فينصرف
الاطلاق عنه ولا يشمله العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة ومع الشك في دخوله تحت العموم والاطلاق فالاصل عدم
ترتب الاثر عليه واما صحته بالمجاز فان كان مجازا مشهورا فالاقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك وذلك لان الشهرة توجب
ان لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقي او المجازي الا بانضمام قرينة معينة لاحدهما فعدم حمله على معناه الحقيقي بمجرد التلفظ يجدي
في وقوعه به ولا يلزم ايجاد عنوان البسيط تدريجا وهذا بخلاف المجاز الغير المشهور فانه يحتاج الى قرينة صارفة ايضا فحاله اردأ
من الكناية لان ما يوجد به بحسب الدلالة التصورية هو معناه الحقيقي وبحسب الدلالة التصديقية معناه المجازي فيتناقضان
وليس باب الايجاد كباب الحكاية كما عرفت ولذا قال المش بان بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة لا يفيدان فائدة الهبة الصحيحة
والعارية كذلك وليس ذلك مع ان القرينة الصارفة مقرونة باللفظ الا لان ما اوجد عما هو عليه في الايجاديات وان امكن
في الحكايات نعم لو قيل بان في باب المجاز لا ينشأ بالقرينة شيء حتى يكون بين القرينة وذي القرينة تناقض بل عنوان العقد
ينشأ بنفس ذي القرينة والقرينة كاشفة عن المعنى المقصود من ذي القرينة ولذا التزمنا بصحة انشاء العناوين بالمجاز المش لصح
انشائها بالمجاز الغير المش ايضا سواء كانت قرينته حالية او مقالية الا ان يمنع كون المجاز الغير المش آلة لايجاد العنوان الذي قصد
ايجاده به عرفا فان مجرد قصد العنوان من اللفظ مع عدم كون اللفظ آلة لايجاده لا اثر له فانه في حكم القصد المجرد ولذا قلنا
في اول المعاطاة بالفرق بين الفعل واللفظ وان الفعل لو قصد به التمليك يقع به وان كان مصداقا للتسليط وهذا بخلاف

في صحة انشاء العقد بالكناية والمجاز والمشترك اللفظي والمعنوي وعدمها

وفيه ان الفرق بين القول والفعل لا وجه له وتقدم انه لو قصد البيع بما هو مصداق للازمه كالتسليط فلا مانع من انشاء البيع به نعم لا يبعد اعتبار الفاظ خاصة في بعض العقود كالنكاح منه عفي عنه

٢ اولا بلا يجوز القرينة كان معاندا لما اوجدنا ولا يمكن ارجاع ما اوجد ح

فى شرائط عقد البيع

قوله سلطنة وذلك لأن التسليط الخارجى لو قصد منه البيع يصير مصداقا لهذا العنوان لقيام السيرة عليه دون التسليط اللفظى وانما صححه بالشرط الفعلى فلو كان هناك لفظ مشترك لفظا بين عنوان عقدين او عقود كاشتراك لفظ الشراء بين البيع والاشتراء فلا مانع عن انشاء البيع لأنه لا يوجب تعين معناه بالقرينة المعينة اى يوجد العنوان بالقرينة حتى يلزم منه ايجاب المعنى البسيط بل العنوان ينشأ بنفس اللفظ والقرينة كما شتغرن وقوع اللفظ فى مقام انشاء هذا العنوان الا ان يقال ان القرينة متمم المراد الجدى فيقال من مجموع القرينة وذيها كما استفيد موضوع الحكم فى العام المخصص من مجموع العام العادل واما صححه بالمشترك المعنوى فلو كان مشتركا بين العقود والتمليك كملكت صح انشائهما به وتعين كل واحد من العناوين المقصود بالقرينة المكتنفة به ولا يلزم اشكال ايجاب الامر البسيط تدريجا لأنه لو فرض ان البيع والقرض والهبة والاجارة مفيدة للتمليك فالتمليك الحاصل بكل منها حاصل بعين ذلك العنوان لا بغيره فلا يلزم التعدد بعين فان البيع بما هو بيع تمليك وهكذا هبة بما انها هبة تمليك بالخصوصيات الخارجية فكون البيع بعوض معين والهبة بلا عوض كالخصوصيات اللاحقة لأفراد البيع فكما ان هذه الخصوصيات لا توجب اختلافا فى حقيقة البيع ولا تضر بيانها فى مقام الطرد بالحاصل الحقيقى لا مع الشروط المذكورة فيه ولا مع بيان عوضه ومعوضه ونقده ونسيئته فكذلك تلك الخصوصيات ولو كان مشتركا بين العقود التمليكية وغيرها من النقل الخارجى كملكت نقلت فلا يصح انشاء التمليك بها لعقد آخر لأن ما به امتياز النقل الخارجى عن النقل الاعتبارى ليس بعين ما به امتياز كل منهما فلا يمكن انشاء كل منهما بمعنى البسيط بل ينشأ الجنس العالى اولا ثم يميز بالفصل فيلزم التعدد فيجب فى اولى قوله قدس سره اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول اه بعد ما نقل قدس سره الاقوال التى هى بين افراط وتفريط وبين الاشكال فى انشاء العناوين بالمشترك اللفظى والمعنوى والمجازى فان كانت قرائنها غير الفظ شرع فى بيان ان المتكفل لتعيين ان الشراء والاشتراء والبيع ونحو ذلك هل هو من المشترك اللفظى بين الايجاب والقبول ومن الحقيقة والمجاز او من المشترك المعنوى والظاهر ان لفظ شريت مشترك لفظى وان لم يستعمل فى القرآن الكريم الا فى معنى البيع وان يعكس ذلك كما هو مفاد باب المفاعلة ومجيء شريت بمعنى كسبت على خلاف ما وضع له وما هو الظاهر على اى حال قياسه قدس سره الهبة المعوضة بالصلح وابتاعا صحة انشائهما باللفظ ملكت على صحة عقد بلفظ غيره مع النية قياس مع الفارق لأن الهبة مطلقا من افراد التمليك لما عرفت من ان التمليك معنى بسيط ذو جميع انواع العقود التمليكية سواء كانت مع العوض

وقبل ان يستفاد تكون موضوع الحكم مركبا فى العام المخصص انما هو تعدد الدال والمدلول واما المشترك اللفظى فحيث انه وضع لجميع المعانى مستقلا فلو قيل عين جارية فقد استعمل لفظ العين فى هذا المعنى الخاص ولفظ جارية ايضا يمكن ان يكون تمام المراد وهكذا فى قرينة المجاز فافهم وفى ذيل السابق يمكن كون حلالة لاستعمال اسد فى الرجل الشجاع ولا يمكن ان يكون تمام المراد من الاسد نعم ما افاده متظلا انما يصح بناء على ما قبل من ان المشترك اللفظى يرجع الى المشترك المعنوى لو جعل الجامع بين المتخاصمين فى المشترك اللفظى بين الضدين منه عفى عنه

بالعوض كانت مجانية محضة وإلا فالعوض وأما عنوان الصلح فهو عنوان آخر في مقابل التمليك فربما نشأ المسالمة والمصالحة والتمليك في باب الصلح هو المصالح به ثم انه لو كان هناك مشتركا بين الايجاب والقبول ولم يعلم تقديم أحدهما حتى تعتبر التباعي من المتشاركين وعلم بالتقارن قلنا بسقوطه ولم يكن هناك حجة معتبرة اخرى فالحكم التحالف وعدم ترتب آثار البيع والشرط على واحد منهما للتعارض لأصالة عدم ترتب أحدهما على وصف البيعية والثمنية على البائع والمشتري وأما اذا كان الأثر مترتبا على احدهما دون الآخر بان علم حدوث البيعية مثلا في ثوب الأخر كما لو كان احد العوضين ثوبا والآخر حيوانا وادعى من بيده الحيوان انه اشتراه والثوب ثمن لهوقال الآخر ان الحيوان ثمن فلو قلنا باختصاص الحيوان بالمشتري فالحيوان ثبوت نحو الحيوان الرحا بية بالمعارض قوله قدس سره المحكي عن جماعة لا يخفى ان اعتبار العربية في العقود مما يقطع بعدمه واما كان على كل مكلف تعلم صيغ العقود كوجوب تعلم الصلوة لأن ابتلاء الناس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات ولا يمكن توكل الناس بلغة العرب غالبا فلو مست بالناس لعاش وكل ما صدق عليه عنوان العقد والعهد يصح انشائه بهر سواكان عربيا ام لم يكن مضافا عن العربي الملحون في الاعراب لغير المعرب للمعنى وفضلا عن العربي المتعارف في زماننا نعم اذا كان التحريف في الحروف كجوزت بدل زوجت مفيدا لمعنيين كان في حكم المشترك اللفظي وعلى اي حال منع صدق العقد على غير العربي مما لا يصغى اليه ثم ان العربية بناء على اعتبارها انما يعتبر في نفس عنوان المعاملة وهو كون فيها كالعوضين في البيع والزوجين في النكاح وفي امثالها من غير ها فلا وجه لاعتبارها بل دلت روايات العامة على عدم اعتبارها في نفس العوضين في صحة العقد بغيرها فان قلت كما يعتبر عليه السلام الرجل بريد ان يبيع بيعا يقول ابيعك بدينار ذا زده فقال لا بأس انما هذه المراوضة فاذا جمع جعل البيع جملة واحدة الآن يقال ان هذه الرواية وردت في المقاولة قبل البيع وعلى اي حال فالتركيب بين اللغات ايضا لا يضر بالعقد بعد صدق العنوان عليه كما هو المتعارف الآن بين الترك والكرد المختلطين مع العرب لأن المدار على انشاء عنوان العقود بما هو المتعارف قوله قدس سره المشهور كما عن غير واحد اشتراط المضي اقول وجه عد الماضي من صيغ العقد الفعل الماضي في انشاء العناوين هو الانسب وضع للتحقق والثبوت ولذا يستلزم المضي ووقوعه سابقا ان كان المتكلم في مقام الاخبار عن تحقق المبدء عن الفاعل فاذا كان في مقام ايجاد المبدء بالهيئة كقوله بعت كان صريحا في تحقق الأمر الاعتباري بما هو النزلة وهذا بخلاف الفعل المضارع فانه وضع لتلبس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم التحقق لا انه صريح فيه فان ظهوره البدوي وان كان تلبس بالمبدء حال الاول ذا بتوقف استفادة الاستقبال عن كيس وسوف لان التلبس الحالي ايضا البس صريحا في التحقق بل لا زم كذلك لا نرفي صحة اشتغاله باصل المبدء فاستعماله وقصد الانشاء به ذا مر مدار القول بصحة الانشاء بالكنايات وبالجملة الفعل المضارع مع اسم الفاعل متحدان في المعنى وان كان بينهما تو تب في النسبة فان المضارع وضع لنسبة الفعل الى الفاعل وبعد تحقق هذه النسبة يتصف الفاعل بانه ممن صدر عنه الفعل ولذا يقال ضرب يضرب فهو ضارب كما لا يصح انشاء عناوين العقود والايقاعات

فصل في اعتبار العربية في العقود

فصل في اشتراط الماضوية وعدمه

باسم الفاعل فكذا لا يصح بالفعل المضارع نقولا بعت واطلقنا واحترزنا بقولنا انا البايع انا المطلق انا المعتق
في عد كونها انشاء العناوين بها نعم في خصوص لفظ طالق دل الدليل على وقوع الايقاع به مما ذكرنا ظهر حال
الامر ايضا فانه وضع لانشاء نسبة المادة الى الفاعل فاذا لم يكن من العالي فليس الا استدعاء والتماسا فقوله زوجني نفسك
لا يفيد الانشاء والجاعلة الزوجية يفيد الاستدعاء وطلب الانشاء منه فحكمه حكم المضارع فكما انه اشبه الوعد فكذلك هو
اشبه بالمقاولة واستدعاء الايقاع والاخبار الواردة في بيع الاب الظاهرة في كفاية قوله اشتريت في انشاء العنوان بالفعل الماضي
والواردة في باب النكاح وبيع المصحف كذلك محمولة على ان لفظ المضارع وقع مقاولة لا ان يراد انشاء المعاملة كما ان الاخبار
الواردة في النكاح الظاهرة في كفاية الامر في الانشاء محمولة على ذلك فيقيد بما اذا وقع القبول بعد قوله زوجتكها الا ان انشاء
النكاح بقوله يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة والجملة المرجعة الى وفاء ابان بن تغلب لتسهل المساعدة و
غيرها مما ورد في باب شراء العبد الا بتوقيع بيع المصحف مما ورد عن ابي جعفر الباقر عليه السلام في باب التزويج توجب القطع بان
الفعل المضارع والامر في هذه الابواب قد قاما مقام الوعد واستدعاء فاعتبار الماضوية لا اشكال فيه قوله قدم الاشهر كما
قبل لزوم تقديم الايجاب على القبول توضيح هذا العنوان يتوقف على تمهيد مقدمة وهي انه لا اشكال في ان تمامية العقد
انما هو بلحاظ ارتباط ما ينشأه احد المتعاقدين بما ينشأه الآخر والا كان كل عقد مركبا من ايقاعين ثم الارتباط الحاصل
بينهما قد يتحقق بان ينشأ احدهما قولا ما اوجده الآخر بلفظ قبلت وما يشبهه من رضيت وامضيت وقد يتحقق بغيرها
كاشتريت وارتهنت ونحو ذلك والمترقب في ذلك هو ان العقود على اقسام قسم يتضمن الاعطاء والاخذ من الطرفين وهو العقود
المعاوضية وما يشبهها كالنكاح وجامعها ما يحتاج الى اخذ وعطاء من كل منهما فيتوقف على الالزام والالتزام من الطرفين
وقسم يتضمن الاعطاء من طرف والاخذ من آخر كالهبة والرهن والصلح المحاباتي وقسم لا يتضمن اعطاء واخذا بل انما يفيد اباحة
وسلطنة على التصرف او الحفظ كالعقود الاذنية من الوكالة والعارية والوديعة ثم ان تمييز الموجب عن القابل في القسم الاول
تارة يكون بالقصد الى الاعتباء واخرى يكون بذاته وذلك فيما اذا ذكر القابل ما ينشأه بلفظ قبلت فان اختلاف الموجب و
القابل في البيع والنكاح انما هو بالاعتبار فان العرف والعادة بناؤهم على ان الزوجة معطية نفسها للزوج وهي الموجبة و
الزوج يقبل الزوجية ويعطي المهر بذلا عن اعطائها وبناؤهم على ان مالك العوض هو الموجب ومالك الثمن هو القابل و
اذا كان كل من العوضين عرضا او ثمنا فمن قصد قبلك مالك الرمز غير بعوض فهو البايع ومن قصد تملك مالك غيره بعوض
فهو المشتري والقابل فان الموجب والقابل في عقود المعاوضة كل منهما ينشأ امرين احدهما بالمطابقة وثانيهما بالالزام فالموجب
ينقل ماله الى مالك المشتري مطابقة ويتملك مال المشتري معوضا عن ماله التزاما والقابل بعكس ذلك وعلى هذا فلو لم يكن هناك
لفظ يدل على نحو القصد كما اذا انشأ كل منهما بلفظ شريت فمقول المقدم هو الموجب والمتأخر هو المشتري لو اشتبه او تقادن

على القبول
وعلى القبول

وقلنا صحته فلا يترتب الاثر الخاص على كل منهما كما اوضحنا في محله واما في الصلح المعاوضي فالتفاوت بينهما لا يمكن الا بان ينشأ احدهما عنوان الصلح والآخر قبوله ذلك العنوان لان كلا منهما ينشأ المسالمة والمصالحة على امر فاذا لم ينشأ احدهما بلفظ القبول فلا يترتب اثر احدهما بانشاء الآخر ويصير كل من الانشائين ايقاعا مستقلا واما في القسم الثاني والثالث فيتيسر الوجوب عن القابل في غاية الوضوح فان الواهب والراهن والمصالح هو الموجب فانه هو الذي يعطي المال والمنتفع والمرتهن والمصالح له هو القابل لانه هو الذي يأخذ المال غير وهكذا في الوكالة والعارية والوديعة كل من الموكل والمعير والمودع هو الموجب وكل من الوكيل والمستعير والمستودع هو القابل اذا عرفت ذلك فنقول اما العقود الاذنية نحو تقديم القبول فيها على الايجاب كان بلفظ قبلت وغيره لان المدار فيها ليس الا الرضا في النصرف والحفظ فاذا استدعى الوكيل الاستيذان في التصرف واظهر الموكل رضاه بها كفى لتحقق هذا العنوان والتردد في ذلك لا تعبأ به في الصقع الاذني التزام والتزام وانشاء ومطاوعة بل نابيك بتسميتها عقدا مسامحة ومنشأها ليس الا كون ما بين الطرفين فيتحقق بكل منهما بظهر هذا العنوان اي النيابة في التصرف والحفظ نعم بعض الآثار الخاصة مترتب على الوكالة العقدية كعدم انعزال الوكيل قبل وصول خبر العزل اليه وامثاله وغير العقود الاذنية فسواء كان قبوله مخصوصا بلفظ قبلت ام لم يكن مخصوصا بل وكثيرا انشأه بهذا اللفظ ونحوه فلا يجوز تقديمه على الايجاب لانه ظاهر في مطاوعة شيء وانفاذ امر اوجده غيره وهذا المعنى بحيث يكون جزء من العقد لا يكون ايقاعا يتفرع على وقوع ايجاب الآخر كتفرع الانكسار على الكسر فان انشاء المشتري نقل ماله عوضا عن نقل البائع لا يتحقق الا بعد وقوع النقل من البائع ولا يبقى على الايجاب فان في مفهوم الايجاب يؤخذ ابقاء امر وان توقف اثره مخاطبا على القبول فان ذلك في مفهوم الايجاب يؤخذ ابقاء امر وان توقف اثره مخاطبا على القبول فان مفهوم الايجاب هو تمليك مال بعوض وهذا يمكن انشاؤه في عالم الاعتبار ولو لم يتحقق قبول اصلا وما يتوقف على القبول هو تأثيره واما مفهوم القبول فلا يمكن انشاؤه بالقبول باعتبار ايضا فان مطاوعة الامر المتأخر فضلا عن عقلا وليس مفهوم محققا الرضا بشيء حتى يقال ان الرضا امر ليس تابعا لتحقق ذلك الامر في الخارج ولا تابعا لرضا من يوجد ذلك الامر بل المراد منه ما هو مركوز في العقد مطاوعة لما اوجده البائع فلا يمكن ان يكون مقدما وبالجملة تبديل المال بالعوض الذي هو فعل الموجب لا يتوقف على القبول في ناحية الانشاء واما قبول هذا التبديل وانفاذه فهو لا يمكن الا بعد وقوع التبديل سابقا لان جهة التعليق في الانشاء انما لا يلزم من انشاء القبول قبل الايجاب فان الانشاء خفيف المؤنة فينشأ القبول قبلا وان توقف منشأه على امر متأخر كما في الوصية والتدبير ولا امر من جهة التعليق في المنشأ انما الدليل على بطلانه الاجماع والاجماع قام على اعتبار التنجيز في مقام التلفظ لا على اعتباره في واقع المعنى والا لفسد جميع المعاوضات والايقاعات لان البيع يتوقف على الملكية والطلاق على الزوجية وهكذا بل لان المعنى مع التعليق لا يمكن ان يتحقق في عالم الاعتبار الا اذا كان متأخرا فان المعاوضة لا تتحقق الا بعد وقوع الايجاب من الموجب فاذا اراد من النقل الحاصل

من قبلت ما يكون مرتبطا بفعل غيره وانشأ لتملك ما اعطاه وانفاذا لما اوجده فقوامه بان يكون الايجاب صادرا من غيره
قبل ذلك وما قيل من ان الانشاء خفيف المؤنة فلا يفيد في المقام لانه اذا اعتبر المطاوعة في مفهوم القبول فانشاؤه بحيث
يخرج عن الايقاع متوقف على وقوع الايجاب قبل ذلك وعلى هذا فالقبول في العقود العهدية الغير المعاوضية كالهبة
والرهن ايضا لا بد ان يكون متأخرا ولو كان بغير لفظ قبلت كاتهبت وارتهنت لانه لو قدم لا يكون انفاذا لما اوجده غيره
ولا يتضمن نقلا حتى يمكن تقديمه بالهيئة الواردة على المادة المناسبة لهذا الباب بل التحقيق انه لا يجوز تقديم القبول
في باب المعاوضات ايضا ولو بالهيئة الواردة على المادة المناسبة لكل باب كاشتريت واستأجرت وتزوجت ونحو ذلك
فانها وان لم تتضمن المطاوعة لان صيغة التفعل والافتعال والاستفعال ونحو ذلك ليست كصيغة الانفعال ومادة
القبول متضمنة للمطاوعة دائما بل اذا تأخرت عن الايجاب الا انها من جهة خروجها عن الايقاع وصيرورتها جزءا من العقد
لا بد ان تكون متأخرة فان قوله اشتريت لو لم يكن قبولا للشراء لا يرتبط بقول البايع بعت وعدم توقف مفهومه على بعت و
ان كان مسلما الا ان تقديمه يوجب عدم ارتباطه بالبيع فانه لو لم يتضمن مطاوعة فلا يرتبط بالايجاب ولو تضمن المطاوعة
فلا بد ان يكون متأخرا فما افاده قده من التفصيل وتبعنا في الدورة السابقة لا وجه له **قوله قده** ومن جملة شروط العقد
الموالاة اه اعلم ان من العقود ما يعتبر فيه الموالاة قطعا ومنها ما لا تعتبر فيه قطعا ومنها ما هو محل الاشكال اما القسم
الاول فكالعقود العهدية المعاوضية كالبيع وما يلحق بها كالنكاح ونحوهما ووجه اعتبارها فيها امران الاول انه لما كان
فيها خلع ولبس او ايجاد علقة فلا بد ان يكون مقارنا للخلع لبس وهكذا مقارنا لايجاد العلقة قبول والا يقع الاضافة او
العلقة بلا محل ومضاف اليه الثاني ان اعتبار كونها عقدا يقتضي ان يرتبط انشاء احدهما بانشاء الاخر بان يصيرا بمنزلة كلام
واحد بل كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد كالصلوة والاذان ونحوهما يجب ان لا يفصل بينها فاصل مخل بالجهة الجامعة
والا يصير كل واحد عنوانا مستقلا وبهذا الملاك ايضا لو انفصل المستثنى عن المستثنى منه في باب الاقرار صار انكارا بعد
الاقرار فقول الشهيد قده وهي اي الموالاة مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه انما هو بلحاظ ان باب المستثنى
منشأ للانتقال الى اعتبار الاتصال بين كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد لا ان باب الاستثناء اصل وساير الابواب فرع له
بان يكون اعتبار الاتصال في الاستثناء الزم واقوى من غيره لان اعتبار الاتصال في المقام اكد فان في باب الاقرار كل من المستثنى و
المستثنى منه يصدر من متكلم واحد وفي المقام من متكلمين فارتباط كلام احدهما بالاخر موقوف على اتصالهما لان المعنى الواحد
لا يتحصل من كلامهما الا اذا اتصلا عرفا وكيف كان فوجوب الوفاء بالعقد موقوف على اتصال كلامه الموجب بكلام القابل فان
العقد لا يتحقق ولا يصدق الا معه ولا يقال ان لزوم المعاوضة يتوقف على عنوان العقدية المتوقف على الاتصال لانحصار
دليله بقوله عز من قائل اوفوا بالعقود واما صحتها فلا لعدم انحصار دليل صحة العناوين باوفوا بالعقود فان احل الله البيع

في ان من شروط العقد الموالاة

وتجارة عن تراض وادلة النكاح والصلح ونحو ذلك تدل على صحة العناوين من دون اعتبار العقدية فيها فيكون
الانشاء ان المنفصلان بيعا صحيحا غير لازم لانا نقول ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح الا العقود المتعارفة مع ان
هذا النحو من المطلقات ليس في مقام البيان من جميع الجهات هذا مضافا الى عدم امكان التفكيك بين اللزوم والصحة الا
بدليل خارجي من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او للاجنبي والا فكل ما يقع
صحيحا ويؤثر في النقل لا ينقلب عما وقع عليه الا بمقلب خارجي فما اثر يؤثر دائما وهو معنى اللزوم واما القسم الثاني فكالعقود
الاذنية من الوكالة والعارية والوديعة فوجه عدم اعتبار الموالاة فيها ما عرفت ان اطلاق العقد عليها مسامحة كيف و
يكفي فيها كل ما يدل على الرضا فلا وجه لاعتبار الاتصال بين مظهر الاذن والتصرف لا بمعنى عدم اعتبار بقاء اذن الموكل حين
تصرف الوكيل بل بمعنى عدم اعتبار اتصال مظهر الرضا مع رضا المتصرف بالتصرف مع ان هذه العقود ليس فيها الخلع واللبس
واما القسم الثالث فكالعقود العهدية الغير المشتملة على المعاوضة كالهبة والرهن ومنشأ الاشكال فيها كونها من العقود
والعقد امر وحداني يتحصل من كلامين فلا بد ان يكون بينهما اتصال ومن قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة في موارد
المعاطاة منها فانه قد يرسل الهدايا والهبات من البلاد البعيدة ويتحقق القبول من القابل بعد زمان طويل ويدل عليه قضية
مارية القبطية سلام الله عليها الموهوبة للنبي صلى الله عليه وآله وايجاب الواسطة والوكيل في الارسال متصلا بالقبول
بعيد جدا والتفكيك بين المعاطاة والعقد ابعد ولكن الحق اعتبار الاتصال فيها ايضا وارسال الهدايا من البلاد البعيدة لا
يدل على جواز الانفصال فان تحقق الافعال مختلف فمنها ما لا يحتاج الى زمان ممتد كما لو وقعت في حضور المتعاطيين ومنها
ما يحتاج اليه كالهدايا المرسلة من الاماكن البعيدة فان الفعل لا يتحقق الا بوصولها الى يد المهدى اليه وجميع هذه الافعال
الصادرة من الواسطة كانها صادرة من الموجب فهو بمنزلة من كان في المشرق وكانت يده طويلة تصل الى المغرب فمد يده واعطى
شيئا لمن كان في المغرب فان فعله يتم في زمان وصول يده الى المغرب فتأمل جيدا **قوله** قده ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة
التنجيز آه لا يخفى ان بطلان العقد بالتعليق الذي هو ضد للتنجيز المعتبر في العقود ليس الا من جهة الاجماع او لعدم صدق عناوين
العقود والايقاعات عليه والا فلم ينهض دليل آخر من العقل والنقل على اعتبار التنجيز الذي يعبر عنه في كلام بعضهم بالجزم وذلك
لان ما يمتنع عقلا هو التعليق في الانشاء فان الايجاد سواء كان اعتباريا او تكوينيا يستحيل ان يعلق على شيء اي كما لا يمكن ان
يعلق وقوع الضرب على احد على كونه عدوا فكذلك يستحيل ان يكون انشاؤه شيئا واخباره به معلقا على شيء فان ايجاد المعنى
المقصود باللفظ اما لا يحصل راسا واما يحصل مطلقا فوقوع الايجاد معلقا مرجعه الى التناقض وبالجملة فرق بين ان يكون
المخبر به معلقا بان يقول اعطيك ان اتيتني وان يكون نفس هذا الاخبار معلقا فانه لو كان معلقا فلا يتحقق الاخبار وهكذا
فرق بين ان يكون المنشأ معلقا بان ينشأ البيع على تقدير كون اليوم يوم الجمعة وان يكون اصل انشائه البيع معلقا فانه لو كان

في بطلان التعليق

كذلك لاستحالة الانشاء فما هو محل الكلام التعليق في المنشأ وصحته لا يخفى على احد بل وقوعه في الاحكام الشرعية فوق
حد الاحصاء فان اغلب الاحكام الشرعية بل جميعها الا ما شذ قضايا حقيقية واحكام مشروطة على تقدير وجود موضوعاتها
ووقوعه في الجملة في العقود والايقاعات كالوصية والتدبير والنذر واخويه مما لا اشكال فيه ثم انه لا ينحصر التعليق في
اداة الشرط بل كل ما كان في معنى التعليق ولو بغير الاداة كالتعليق بالزمان المعبر عنه في كلماتهم بالتعليق بالوصف
وفي كلمات بعضهم بمعلوم الحصول كقوله انت وكيلي في يوم الجمعة يدخل في محل النزاع فبناء عليه التعليق اما على الزمان
او على الزماني وحيث ان صحة العقد لا تتوقف على التعليق على الزمان لم يدخله المص قده في مورد التفصيل
فنحن نتبعه ايضا في التقسيم فنقول المعلق عليه العقد اما ان يكون معلوم التحقق واما ان يكون مشكوكا وعلى التقديرين
اما ان يكون حاليا او استقباليا وعلى التقادير اما ان يكون مما يتوقف عليه صحة العقد ثبوتا كتوقف الطلاق على
الزوجية بناء على بطلان ايقاع الفضولي واما ان لا يتوقف عليه صحة العقد كتعليقه على مجيء الحاج فالاقسام ثمانية
الا ان في توقف صحة العقد على الامر الاستقبالي سواء كان مشكوكا او متيقنا مجرد تصوير لان الشروط المعتبرة في
العقد لا بد ان يكون حاصلا حين الانشاء الا ان يقال في باب السلم يتوقف ثبوتا صحة العقد على الامر الاستقبالي
بان لا يكون المسلم فيه عزيز الوجود فلو قال بعتك الحنطة سلما اذا كان مبذولا في ذلك الزمان دخل في التعليق
على الامر الاستقبالي المعلوم او المشكوك حصوله ومما يتوقف صحة العقد عليه وكيف كان فالمتيقن من الاجماع بطلان
التعليق بما كان مشكوك الحصول ولم يتوقف صحة العقد عليه حاليا كان او استقباليا والظاهر ان الاستقبالي المعلوم
الحصول زمانا كان او زمانيا اذا لم يتوقف صحة العقد عليه ملحق بالصورتين المتقدمتين في دخوله في معقد الاجماع
واما باقي الصور الخمس وهو معلوم الحصول الحالي الذي لا يتوقف عليه صحة العقد والصور الاربع التي يتوقف عليه صحة
العقد فهي خارجة عن معقد الاجماع فلا محذور في تعليقها بها بل الحق ان الاجماع الثابت في الصور الثلاثة ليس
اجماعا تعبديا بل انما ابطلوها لتوهم اعتبار التنجيز او مانعية التعليق نعم يمكن ان يقال ان التعليق ليس مما جرى عليه العرف
والعادة في الامور العهدية والعقود المتعارفة بين عامة الناس وان مست الحاجة اليه احيانا في العهود الواقعة بين الدول
والملوك فلا يشمله ادلة العقود والعناوين لكونه مما يشك في صدقها عليه ومن هذا البيان يظهر وجه الصحة فيما لو علق العقد
على ما يتوقف صحته عليه سواء كان المعلق عليه معلوما او مشكوكا لجريان العرف والعادة على التعليق عليه سيما اذا كان
مشكوكا فان طريق التخلص منوط به ونرى وقوعه كثيرا بين عامة الناس وبعد كونه متعارفا يصدق العقد عليه فلا محذور
فيه وهذا هو المدرك للصحة لا ما افاده شيخ الطائفة بان المنشئ لم يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد فان هذا
الوجه لا ينهض لدفع محذور التعليق ان كان فيه محذور كما اورد عليه المص قده وحاصله ان ما يتوقف عليه العقد من

حيث ترتب الاثر الشرعي عليه هو المتوقف على الشرط لا ما ينشأ المنشئ فان انشائه لا يتوقف على التعليق لتمكنه من
ان ينشأ منجزا فيقول بعت او هي طالق فاذا كان التعليق مضرا وفرضنا ان انشاء المنشئ لا يتوقف عليه ثبوتا بل الحكم
الشرعي متوقف عليه ويمكنه اثباتا ايجاد العقد منجزا يبطل ايجاده معلقا وبالجملة التعليق في الحكم الشرعي ليس من مدلولات
كلام المتكلم ومن منشائه وما هو من منشائه لا يتوقف ثبوتا على التعليق فيضره اثباتا اذا كان اصل التعليق مضرا
انتهى ولكن لا يخفى ان ما يتوقف عليه الحكم الشرعي تارة لا يتوقف انشاء المنشئ عليه وهو ما كان من مقتضيات اطلاق
العقد كالبيع الواقع عن البايع واخرى يتوقف عليه الانشاء ثبوتا ايضا وهو ما كان ركنا وموضوعا للعقد او الايقاع
كالزوجية للطلاق والرقية للعتق فالتعليق على امثالهما لا يضر لانه لم يشترط الا ما يتوقف العقد عليه فالاولى هو
التفصيل لو كان التعليق باطلا قوله قده ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول اه لا يخفى ان اعتبار
التطابق من القضايا التي قياساتها معها لان العقد عبارة عن امر وحداني متحصل عن الايجاب والقبول فلو انشأ
احدهما البيع والاخر قبل بعنوان الهبة او احدهما باع الجارية والاخر اشترى العبد لم يتحصل معنى واحد منهما لعدم ارتباط
كلام احدهما بالاخر نعم لو لم تكن الخصوصية التي اختلفا فيها ركنا في المعاملة ولا توجب اختلافا في العقد مثل كون المخاطب
هو المشتري او كونه وكيلا منه فلا بأس بعدم التطابق لما عرفت ان البيع تبديل احد طرفي الاضافة بمثله مع بقاء الطرف الاخر
بحاله فالمعاوضة تقع بين المالين ولا خصوصية لمالكهما وهذا بخلاف عقد المزاوجة فان العلقة فيها تحصل بين الزوجين
فهما بمنزلة العوضين في باب المعاوضة فلا بد في النكاح من التطابق بين الايجاب والقبول بالنسبة الى الزوج والزوجة
ومما ذكرنا ظهر انه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة الى التوابع والشروط فلو انشأ احدهما مع شرط وقبل الاخر بلا شرط
او باع البايع عبدين وقبل المشتري احدهما وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح ايضا لعدم ارتباط كلام احدهما بالاخر
ولا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة والتوقف على الاجازة اللذان هما من اثار
العقد الصحيح لانه لا بد اولا من صحة العقد باتحاد المنشأ بان يقبل المشتري ما يملكه البايع وما لا يملكه كليهما حتى يتخير بين
الفسخ والامضاء لو علم بالحال فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ للصحة نعم في بعض الامثلة يمكن دعوى تطابق
الانشائين كما لو قال بعتك الكتاب بدرهم والثوب بدرهم فقال قبلت الثوب بدرهم لانهما عقدان مستقلان و
كيف كان فلا اشكال في الكبرى قوله قده ومن جملة شروط العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء
اه لا يخفى ان هذا الشرط ايضا كالشرط السابق من القضايا التي قياساتها معها بل منشأ اعتباره هو المنشأ لاعتبار
الشرط السابق لان العقد لا ينعقد الا بفعل الاثنين فلو فقد حين انشأ احدهما شرائط العقد فوجودها سابقا او لاحقا
لا اثر له ومجرد تحقق الشرط حين انشاء الاخر لا يفيد بعد كون انشائه جزءا للعقد لا ايقاعا مستقلا فلو كان المشتري

في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول

في اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء

حين انشاء البايع فانما الايصح العقد وكذلك العكس والتفصيل بينهما كما في حاشية السيد قدس سره وما يدعيه من الصحة بلا اشكال في العقود الجايزة فانما هو في العقود الاذنية لا العهدية ثم لا فرق بين الموت والجنون ونحوهما وبين الفلس والرقية ونحو ذلك لان المدار في التطابق بين المشتري والبايع حال العقد على اجتماع جميع شرايط الصحة واللزوم وبعبارة اخرى المدار على ما يصير العقد عقدا نعم رضا المشتري حين ايجاب البايع وكذا العكس غير معتبر في صحة العقد والمعاهدة لان ما يعتبر في صدق العقد هو قصد هما الايجاد المادة لا رضاهما به فلا يكون صحة بيع المكره اذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة قوله رقية فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا في شروط الصيغة اه قد يقال بان اعتبار العقدية والمعاهدة بين الانشائين يقتضي ان يكونا متفقين في الصحة فلو اختلفا بان اعتقد المشتري في انشاء العقد الفارسي صحته عند الموجب لا اثر له وهكذا العكس وهذا من غير فرق بين اتفاقهما على الفساد او اختلافهما فيه فكما يبطل العقد الذي ايجابه فاسد بنظر المشتري وقبوله فاسد بنظر الموجب فيكون العقد متفقا على بطلانه فكذا يبطل لو اختلفا فيه بكما كان احدالوكيلين فاسدا وذلك لما حقق في الاصول من ان الاحكام الظاهرية احكام لمن لا يكشف خلافها عنده فالاجزاء الاوجه الا في تبدل الرأي ومثله بالنسبة الى القضاء والاعادة في الطبات لقيام الاجماع عليه فيها وفي غيرها كما من يرى وجوب السورة بين الايتين وجوبا وتركها في الصلوة فالدليل طيه فيما لم يقم من يرى شاسق القبول على الايجاب كيف يصح منه الايجاب بعد هذا القول لما افاده المصنفة من ان الموجبين الاولين وهو جواز اكتفاء كل منهما بما عند مذهب وعدم جواز اكتفاء مبتنيا على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها هل هو بمنزلة الواقعية الاضطرارية امر هي حكم عذرية لا موضوع له في المقام لان المسلم من ترتب اثر الحكم الواقعي الاضطراري على الحكم الظاهري هو ما اذا كان فعل العامل بالحكم الظاهري موضوعا بالنسبة الى غيره كمن اعتقد صحة العقد الفارسي وتزوج امرئة به فلا يجوز لغيره ان يتزوج بهذه المرئة ما دامت في حبالة الزوج والا كيف يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي من يرى بطلانه وكيف يصح ان يوكل الزوج الذي يرى بطلانه من يعتقد صحته وبالجملة النكاح فعل واحد امر خاص يحصل من الايجاب والقبول فمن يظن في انشاء الايجاب اجتهادا او تقليدا كيف يجوز له قبول هذا الايجاب فضلا عمن يقطع بفساده نعم لو قلنا بصحته فالوجه ان اثر الوجوه الثلاثة الوجوه المجرد عد القائل لا يقتضي الفساد فلو فرضنا عدم القائل بجواز تقديم القبول وجواز العقد الفارسي والقابل انشأ القبول والموجب انشأ بالفارسي مع ان كلا منهما يرى صحة انشائه نفسه من حيث هو فلا وجه لحلاله وبالجملة الحق عدم صحة كل كفاء كل منهما بما رآه صحيحا عند الاخر وفاسدا عند نفسه لا فرق بين هذه الصور والاخلال بالتنجيز والموالاة ونحوهما التي حكم المصنفة ان اختلافها يوجب في المجموع لان في الجزء في باب العقد كفى المجموع هذا معان في غير التنجيز في في المجموع تامل فان في باب التنجيز يمكن ان يقال ان البايع اذا انشأ الايجاب معلقا زاعما صحته وقبل المشتري هذا الايجاب المعلق

اختلاف المتعاقدين في شرائط العقد اجتهادا او تقليدا

يعتقد فساده يكون قبوله ايضا باعتقاده فاسدا لان قبول المعلق معلق واما الاخلال بالموالاة فكيف يفسد كلا
الجزئين فان القابل الذي يعتقد عدم اعتبار الموالاة اذا اوجد القبول بعد مدة لا يفسد الايجاب عنده والا فيقتضي ان يكون
فساد كل جزء موجبا لفساد المجموع ولعل هذا وجه نظر المص قده بقوله فتامل ولكن الاقوى ان يقال وان كان بين العقد
والايقاعين فرق فان العقد يرتبط كل جزء منه بالاخر الا ان ذلك لا يقتضي فساده فيما اذا اختلف المتعاقدان اجتهادا
او تقليدا فان اختلافهما في اعتبار تقديم الايجاب والماضوية ونحوهما ليس كاختلافهما في المنشا بان ينشا احدهما
البيع والاخر الهبة فانه لو لم يتطابقا في المنشا لا يرتبط الايجاب بالقبول وهذا بخلاف ما اذا اختلفا في شرايط الصيغة
فان الايجاب بالفعل المضارع وان كان باطلا عند القابل الا ان فعل الموجب ومنشاه لا يدخل في مفهوم القبول كالعكس
فاذا اوجد البايع ما هو وظيفته باعتقاده فقد اتى باحد جزئي العقد وهكذا من طرف المشتري والتعليل للفساد
بان العقد متقوم بالطرفين فاللازم ان يكون صحيحا من الطرفين كما في العروة او بان البيع فعل واحد تشريكي ولا بد
من كونه صحيحا في مذهب كل منهما كما في حاشية السيد لا يستقيم لان تقوم العقد بالطرفين لا يقتضي ان يكون الموجب
ينشئ مقصوده على نحو ينشا طرفه مقصوده به وكون البيع فعلا واحدا تشريكيا ممنوع بل فعلان مرتبط احدهما بالاخر فتامل

في حكم المقبوض بالعقد الفاسد

قوله قده لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه اه لا يخفى ان الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد يقع في مقامين
الاول في الحكم التكليفي والثاني في الحكم الوضعي اما حكمه التكليفي فقد يقال بجواز تصرف القابض لان فساد المعاملة لا
يوجب زوال الاذن والرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد لان الجنس لا يتقوم بفصل خاص واما حكمه الوضعي فقد
عرفت في الامر الثامن في المعاطاة ما يظهر من بعضهم من حصول الملك بالقبض الحاصل بعد العقد الفاسد زاعما كونه معاطاة
او راجعا اليها وفيهما ما لا يخفى اما في الاول فلان الرضا امر بسيط ما به امتيازه عين ما به اشتراكه وليس من قبيل الجنس
المتقوم بفصول مختلفة حتى يبتني على تلك المسئلة فاذا لم يرتب الشارع على الرضا في ضمن المعاملة الفاسدة اثرا فليس هناك
رضا اخر نعم لو فرض رضا جديد بتصرف المأذون في ملك الاذن فهو موجب لجواز التصرف ولكنه خارج عن الرضا بالمعاقدة
وبالجملة فرق بين الرضا الحاصل من باب انه ملك للقابض للجهل بالفساد او للبناء على الصحة تشريعا او لا هذا ولا ذاك بل مجرد
البناء المعاملي ولو عصيانا كما في بناء الغاصب والمقامر ونحوهما على البيع وبين الرضا الحاصل من باب انه ملك للاذن و
ما يوجد في المقبوض بالعقد الفاسد هو الاول والمفروض ان الشارع لم يرتب عليه الاثر فالاقوى بالنسبة الى الحكم التكليفي
هو حرمة التصرف ووجوب الرد فورا واما في الثاني فقد عرفت ان القبض الواقع بعد العقد الفاسد انما يقع وفاء لا اغماضا
عن العقد فالاقوى عدم حصول الملك بالقبض بعد العقد الفاسد فيضمن القابض ما اخذه به والدليل عليه مضافا الى دعوى
الاجماع عليه من الاساطين النبوي المعمول به عند الفريقين على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان الظرف في المقام ظرف

مستقر لوقوعه خبرا فاستقرار الاموال وثبوتها على اليد ظاهر في الحكم الوضعي كما اذا قيل عليه دين او عين اي يستقر
عليه الدين وحمل الحديث على الحكم التكليفي خلاف الظاهر لاقتضائه ان يجعل الظرف لغوا ويقدر يجب ونحوه ولا شاهد
عليه نعم اذا كان متعلق الحروف الجارة وما اسند اليه الظرف فعلا من الافعال كما اذا قيل عليه القيام والقعود فظاهر في
الحكم التكليفي ثم ان كلمة الموصول عمومها باعتبار صلتها فاذا كان الاخذ عاما لكل ما دخل تحت اليد واستولى عليه الاخذ
سواء كان عدوانا او لم يكن فيكون خروج اليد الحقة كموارد اذن المالك الحقيقي او اذن المالك المجازي مجانا بالتخصيص
واما لو قلنا بان الاخذ هو الاخذ عن قهر والاستيلاء بلا حق كما هو الظ فخروجها بالتخصص وتظهر الثمرة في
الشبهات المفهومية كما سيجيء الاشارة اليها ان شاء الله تعالى في طي المباحث وكيف كان فدلالة النبوي على الضمان في الجملة لا
اشكال فيه ويدل عليه ايضا قوله ع في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انه يأخذ الجارية صاحبها
ويأخذ المشتري ولده بالقيمة فان حكمه ع بضمان الولد ليس الا لكونه تابعا للعين فيقتضي كون العين مضمونة وتوضيح ذلك
ان ضمان المنافع تارة يكون تبعا لضمان العين واخرى يكون مستقلا والقسم الثاني على اقسام منها ما اذا اتلف المنفعة
باستيفائها كما اذا سكن الدار المستأجرة بالاجارة الصحيحة او الفاسدة فان العين في الاولى ليست مضمونة وتضمن المنفعة
وفي الثانية وان كانت مضمونة الا ان ضمان المنافع ليس تبعا لها بل انما يضمنها من باب قوله ع من اتلف مال الغير ومنها هذه
الصورة مع عدم كون العين تحت يد المتلف كمن ركب دابة الغير او جلس في بيته مع كون الدابة والبيت تحت يد المالك او شرب
حليب شاة الغير او اكل من ثمرة بستانه ومنها ما اذا تلفت المنفعة بسبب منه كما لو منع مستأجر الدار عن التصرف فيها فانه يضمن المنفعة
وعلى اي حال ليس استيلاد الامة داخلا تحت هذه العناوين فانه لم يستوف منفعة الامة فان استيفاء المنافع انما هو من قبيل
الركوب والجلوس والاكل والشرب والوطي ونحو ذلك وعد العرف حصول الولد له منفعة من الامة لا اعتبار به لان نظر العرف ليس
متبعا في تعيين المصاديق نعم اوجد ما هو السبب لفوت المنفعة على المالك لان وطيه الذي استلزم الحمل صار سببا لفوت
المنفعة عليه ولكن ضمان من منع المالك من التصرف حتى تلف المنفعة ممنوع الا اذا قيل بان قاعدة لا ضرر كما ينفي الحكم الثابت
الذي يلزم منه الضرر كذلك تثبت الحكم الذي لولا تشريعه لزم منه الضرر وبالجملة الذي استوفاه المشتري انما هو الوطي والمفروض
ان القيمة لم تجعل عوضا له بل للولد والولد ليس من المنافع المتلفة ولا مما كان المشتري سببا لاتلافها لان الولد لم يكن لمالك
الامة حتى يكون مشتري الامة سببا لاتلافه فليس استيلاد الامة الا من قبيل منع المالك من السكون في داره فضمان الولد الذي
يرجع الى ضمان قيمته لكونه جزءا انما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المضمونة فيدل الخبر على ضمان العين لا للاولوية بل
لان ضمان العين صار سببا لضمان التالف وبالجملة منشأ الضمان اما قاعدة اليد او الاتلاف او التسبيب والاخيران منتفيان
في المقام اما الاتلاف فلان الاب لم يستوف المنفعة فان الولد لا يعد من المنافع فان حكمه حكم الاب والام فكما انه لا يكون

من المنافع مع انهما من اعظم ما يتصور من الفوائد في الدنيا فكذلك الولد فمراد المص قده من ان الاستيلاد ليس استيفاء
انه ليس مما استعمله واتلفه المستولد والاصل في هذا التعبير العلامة قده فانه قال في التذكرة منفعة بدن الحر تضمن بالتفويت
لا بالفوات فلو قهر حرا واستعمله في شغل ضمن اجرته لانه استوفى منافعه وهي متقومة كما لو استوفى منافع العبد ولو حبسه مدة
لمثلها اجرة وعطل منافعه فالاقوى انه لا يضمن الاجرة لان منافعه تابعة لما لا يصح غصبه اه ومراده من قوله فهو
كالتالف ان الولد لو لم يكن حكم الشارع بحريته كان تابعا لامه في الرقية واما بعد حكمه بها فيكون كالتلف السماوي وفي
باب ضمان اليد لا فرق بين التلف السماوي وما بحكمه واما باب التسبيب فواضح ان وطي المشتري ليس سببا لتلف المنفعة
الموجودة المملوكة لمالك الامة فلا يدخل تحت قاعدة الضمان بالتسبيب فانحصر ان يكون منشأه ضمان اليد لان سائر ما يوجب
الضمان منتف في المقام **قوله** قده ثم ان هذه المسئلة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده اه
قد يقال بان هذه القاعدة لم يدل عليها نص ولا وقعت في معقد اجماع حتى تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد
فعلى هذا لا اهمية في بيان معناها اصلا وعكسا وبيان مدركها كما اهتم به المص ولكنك خبير بان ظاهر صدر العنوان وان
دل على ان هذه القاعدة اصلا وعكسا من الاصول المسلمة والقواعد الكلية الشرعية الا انه يظهر من مجموع كلامه انه بصدد
بيان ما هو خارج عن قاعدة اليد تخصصا او تخصيصا فان اليد تقتضي الضمان ويرفع هذا الاقتضاء في الجملة اذن المالك
وتسليطه فالمهم بيان ما يخرج عن العموم وليس ذكر القاعدة المعروفة اصلا وعكسا الا لبيان ذلك اذا عرفت ذلك
فنقول الضمان قد يراد به المعنى المصدري كما في قاعدة الخراج بالضمان كما تقدم وجهه وقد يراد به المعنى الاسم المصدري كما في
المقام فان يضمن حيث انه مبني للمفعول يناسب المعنى الاسم المصدري مع ان تعهد الضامن في الفاسد كالعدم فالجامع بينه و
بين الصحيح هو هذا المعنى وكما في باب الغصب والمقبوض بالسوم ونحو ذلك مما حكم الشارع بالضمان من دون تعهد الضامن
والتزامه وهو في الاصل مأخوذ من ضمن بمعنى التزم وتعهد فكان الضامن بجعله الضمان او بالجعل الشرعي متضمن للمال
ومثبت في ذمته التي هي واد وسيع وبالجملة معنى الضمان كون المال في الذمة ومن آثار ثبوت المال في الذمة الغرامة والخسارة
لا ان الغرامة معناه الحقيقي ثم انه ليس معنى الضمان كون تلف ما يضمنه الضامن في ملكه كما احتمله العلامة في الاواني المكسورة
واختاره صاحب المقابس في مطلق الضمانات ولو في غير باب الاتلاف كباب المغصوب ونحوه لانه لا موجب لتقدير التالف
ملكا لمن تلف في يده لان الغرامة في باب الاتلاف والغصب ليست معاوضة حتى يعتبر دخول معوضها في ملك الغارم
ثم ان اختلاف آثار الضمان واحكامه باختلاف موارده لا يوجب اختلافا في معناه فان معناه كما عرفت هو كون الشيء في عهدة الضامن
والخروج عن العهدة وتفريغ الذمة عما اشتغلت بها تارة بالعوض المسمى واخرى بالمثل او القيمة وثالثة باقل الامرين كما
في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض فاختار في لك ثبوت اقل الامرين وذلك لان المتهب كان له التخيير

في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

مع بقاء العين بين ردها ودفع المسمى فاذا تلف فان كان الأقل هو المسمى فقد رضي بالواهب فان كان قيمة العين فيجب ان
المتهب كان مخيرا فلو رد الهبة برد قيمة العين ولكن عن جماعة تعين دفع المسمى لأن تعذر رد العين اوجب تعين احد طرفي
التخيير مع انه يمكن ان يقال بان الضمان في الصحيح والفاسد كليهما المثل او القيمة فان الضمان بالمسمى في الصحيح هو قبل القبض
وهو خارج عن القاعدة فانها استولاء ضمان اليد وهو يتحقق بالقبض ويقال ان بالقبض ينقلب الضمان ومعنى
انقلاب ان المسمى يصير بعد القبض هو المثل او القيمة ومعنى هذا القابض بعد قبضه مع ان المقبوض بالكسر انه لو تلف
طرء عليه فسخ او انفساخ يجب عليه رد المثل او القيمة فالمثل او القيمة هو المضمون في الصحيح والفاسد بالجملة مرادهم من ان
الضمان بالقبض ان الضمان قبل القبض كان على المنتقل عنه وبعده انتقل الى المنتقل اليه ولا شبهة ان الضمان كما ينتقل
عن المالك الأصلي الى المالك الفعلي كذلك ينتقل بالقبض من الضمان المجعول الى الضمان الواقعي اي ينتقل من
المسمى الى المثل او القيمة فلا فرق بعد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح والفاسد وعلى هذا فلا وجه للالتزام بان الخروج
عن العهدة في العقد الفاسد ايضا باداء المسمى حتى لا يلزم التفكيك بين لفظي الضمان في قولهم يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
لما عرفت من عدم لزوم الاختلاف مع ان كيفية الخروج عن العهدة خارج عن حقيقة الضمان فلو التزمنا بان كيفية
العقد الصحيح باداء المسمى وفي الفاسد باداء المثل او القيمة فلا يلزم تفكيك في معنى الضمان ثم لا يخفى ما في كلام المصنف رفع
من توهم ان الضمان في الفاسد ايضا بالمسمى يخرجه من فرض الفساد اذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على
ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضية نظير المعاطاة على القول بالاباحة فان الجمع بين الفساد
وتعين المسمى للعوضية جمع بين المتناقضين وتعين العوض المسمى في المعاطاة ليس مع فرض فسادها لانه لا يعقل مع
عدم تعلق الجعل الشرعي بكون المسمى عوضا وحكم بشيء ان يكون عوضا بل تعين العوضية في المعاطاة انما هو مع فرض
صحتها غاية الأمر انها لا تفيد التمليك الذي قصد في المعاطاة ابتداء بل انما تفيد الاباحة او التسليط او التمليك بشرط
تحقق احد الملزمات وعلى اي حال تصح المعاطاة الا انها تفسد مع ذلك بتعين المسمى للعوضية فقياس العقد الفاسد على
المعاطاة على القول بالاباحة قياس مع الفارق قوله قدس سره ثم العموم في العقود ليس باقسا خصوص الأنواعه الا يخفى ان بعضهم
عبر عن هذه القاعدة بقوله كل عقد يضمن بصحيحه وبعضهم عبر عنها بقوله ما يضمن بصحيحه وعلى اي حال المقصود
فان المراد من العقد ليس خصوص ما ذكر بل يشمل كل ما فيه تضمين وتعهد فمعنى ان كل ما صدق على
وجه التعويض فالفاسد منه كصحيحه يوجب الضمان فيكون المراد من عكس كل ما صدق على وجه التعويض بل مجانا فانه
كصحيحه لا يوجب الضمان وعلى هذا فتشمل القاعدة مثل الجعالة والخلع فلو فرضنا كون الخلع فاسدا فليس المهر للزوج
كما انه لو فرض ان عوض الخلع كان مال غير الزوجة فلا يمكن ان يكون الزوجة مطلقة بلا عوض بل انما يفسد الخلع وانما

يجب عليها المثل او القيمة وهكذا في مسئلة الجعالة ثم بعد ما ظهر ان هذه القاعدة انما اسست لموارد تمييز اليد المجانية
عن غيرها فلا بد من ان يكون معناها مطابقا لما هو مدركها ولا وجه لما افاده المصنف قده من ان الكلام في معنى القاعدة
لا في مدركها فعلى هذا لو كان ظاهر هذه القاعدة ما افاده قده من ان الموضوع هو العقد الذي كان له بالفعل فرد
صحيح وفاسد وكان هذا المعنى منافيا لمدركه فيجب ان يحمل على معنى اخر لا يكون منافيا لدليله والمعنى الصحيح هو الذي
ذكرناه وحاصله ان المراد من الاصل ان كل عقد صحيح صدر على وجه التعويض فالفاسد منه يوجب الضمان والمراد من
العكس ان كل ما صدر صحيحه مجانا فالفاسد منه لا يوجب الضمان وهذا المعنى جامع ومانع ولا يحتاج الى ارادة النوع
في العقد ولا الصنف ولا خروج ما كان موجب الضمان هو الشرط دون العقد ولا فرض الوجود بالفعل للصحيح والفاسد لان
كل ما صدر مجانا كالهبة الغير المعوضة والصلح في مقام الابراء فالصحيح والفاسد منه لا يوجبان الضمان كما انه لو فرض صحة
البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة فكذلك لا يوجبان الضمان لان فرض صحته معناه مجانية المبيع والعمل ففساده ولو كان ناشيا
من قبل الشرط لا يوجب الضمان نعم لو كان الشرط فاسدا بعد التعويض كما لو جعل بازاء المبيع الثمن ثم شرط انه لو تلف المبيع
عند المشتري فضمانه على البايع فهذا خارج عن عنوان البحث لانه التزام في التزام وسيجيء حكمه وبالجملة ما احتمل بعضهم في العبارة
من ان يكون معناها ان كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد ورتب عليها عدم الضمان في مثل بعتك
بلا ثمن واجرتك بلا اجرة هو المعنى الصحيح للقاعدة لان هذه القاعدة كجميع القضايا الحقيقية الحكم فيها مرتب على فرض
وجود الموضوع فمعناها ان كل ما يضمن لو كان صحيحا يضمن بفاسده وكل ما لا يضمن لو كان صحيحا لا يضمن بفاسده و
فرض صحة البيع بلا ثمن عبارة اخرى عن فرض المجانية ففساده لو كان من قبل نفس هذا الفرض حيث ان البيع بلا ثمن باطل
لا يقتضي الضمان **قوله** قده ثم ان لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده اه لا يخفى ان الباء يستعمل في الظرفية كقوله سبحانه ولقد نصركم
الله ببدر وقوله ونجيناهم بسحر والسببية كقوله عز من قائل انكم ظلمتم انفسكم باتخاذكم العجل وقوله فكلا اخذنا بذنبه و
ليست السببية اظهر من الظرفية فعلى الظرفية لا يلزم تفكيك وعلى السببية يختلف معناها في الصحيح والفاسد فان الضمان
في قولهم بصحيحه مسبب عن العقد وفي الفاسد مسبب عن القبض نعم يمكن ان يوجه هذا المعنى ايضا بان العقد في كل منهما
هو السبب الناقص فان القبض لو لم يتحقق في الصحيح لم يتحقق الضمان لقولهم وبالقبض ينتقل الضمان وفي الفاسد العقد ايضا
منشأ للقبض الذي هو منشأ للضمان ولكنه لا يخفى الاختلاف بين الصحيح والفاسد في السببية لان القاعدة حيث ما عرفت
انها لتأسيس تمييز موارد التسليط المجاني عن غيره فالتسليط مع العوض الذي يقتضي الضمان في الصحيح مستند الى العقد
وهذا لا ينافي اناطة صحة العقد بالقبض كما في الصرف والسلم او كون تلف المبيع قبل القبض على البايع لانفساخ العقد
فان شرطية القبض لا يوجب ان يكون الضمان مستندا اليه كما ان انفساخ المعاملة بعدم القبض لا يوجب ان يكون الضمان

ناشيا عن القبض فان الضمان قبل القبض ضمان تبعي والضمان الاصلي من البايع هو ضمان الثمن وهو بنفس العقد حاصل
وهذا بخلاف الضمان في مورد الفساد فانه مستند الى القبض الا ان يقال ان الجامع بينهما هو السببية في الجملة وهذا
كاف في استعمال لفظة باء في كلا الموردين **قوله** قده ثم ان المدرك لهذه الكلية اه لا يخفى انه بعد ما ظهر ان عموم على
اليد مقتض للضمان في جميع ما دخل تحت اليد فلا مجال للبحث عما يرفع الضمان فنقول يشترط في تحققه امور الاول ان
يكون الاستيلاء على المال ناشيا عن التسليط المجاني سواء كان في المقبوض بالعقد الفاسد او بغيره كما لو اذن في اتلاف
طعامه مجانا فاكله المأذون لان مورد البحث هو المقبوض بالعقد الصحيح او الفاسد او ما هو بمنزلة العقد لا فيما لا يدخل
تحت اليد لان هذه القاعدة اسست للضمان الناشي عن المعاوضة او المجانية بالنسبة الى ما دخل تحت اليد وليست لبيان
موجبات الضمان وروافعها مطلقا ثم انه كما يمكن ان يتحقق القبض في الاعيان فكذلك يمكن ان يتحقق في المنافع تبعا لقبض الاعيان
فما افاده قده من ان قاعدة اليد لا تشمل المنافع والاعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة لا وجه له اما باب المنافع فاخذ كل
شيء بحسبه واما باب الاعمال فلان منشأ الضمان فيها هو احترام عمل المسلم فان مدرك الضمان لا ينحصر بقاعدة اليد بل
قاعدة الاتلاف واحترام الاعمال كافيان لاثبات الضمان فاذا فرضنا ان المالك تبرع بالعمل او سلط المتلف على اتلاف ماله
مجانا فلا ضمان لان في ضمان الاعمال يشترط امور ثلاثة الاول ان لا يكون سبب الفساد اجارة ما لا يرجع نفعه الى المستأجر
كما لو استأجر شخصا ليصلي ما وجب على نفسه وفي حكمه باب السبق والرماية كما تقدم والثاني ان لا يكون العامل مبتدئا بالعمل بلا
امر ولا اجارة ولا اذن فانه لا يضمن عمله من عمل له ولو لم يقصد العامل التبرع الثالث ان لا يكون العامل متبرعا وبالجملة اذا
تحقق مقتضى الضمان من قبض المضمون بالقبض المعتبر في باب العقود وهو التخلية في اجارة الاموال واستيفاء عمل الحر في اجارة
الاعمال ولم يتحقق ما يرفعه من المجانية فيؤثر المقتضي اثره الثاني ان يكون التسليط المجاني راجعا الى العوضين لا ما اذا
سلطه على ماله بشرط خارجي اي بالتزام في التزام كما لو جعل ضمان العوض على القابض في عقد البيع ولكنه تداركه بشرط
خارجي من ماله الثالث ان يكون ما سلطه عليه مصبا للعقد ومورداً له بحيث كان العقد واردا عليه واما لو كان المسلط عليه
خارجا عن مصب العقد ولكن الشارع حكم بتبعيته لمصب العقد فهو خارج عن القاعدة فلا يرد النقض بمسئلة المسابقة
والمراماة على اصل القاعدة فان الصحيح منهما وان اقتضى الضمان لكونهما مراهنة امضاها الشارع ولكن الفاسد منهما بمقتضى
الشرط الاول خارجان عن القاعدة لعدم دخولهما تحت يد الباذل وعدم رجوع نفع اليه بل هذان البابان خارجان عن باب
العقود المعاوضية وليس فيهما قبض ولا تسليط فلا ضمان في فاسدهما ولو كان في صحيحهما ضمان بمقتضى المراهنة التي امضاها
الشارع ولا يرد النقض بتلف المبيع قبل القبض كما اورده المص على مدرك القاعدة بناء على جعل مدركها هو الاقدام
مستقلا ولو لم يكن معه يد فقال مع ان مورد هذا التعليل اعم من وجه من المطلب اذ قد يكون الاقدام موجودا ولا ضمان

في بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

كما قبل القبض وقد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف فى يد المشترى اه لما عرفت ان القاعدة لما سيق لها موارد الخارجة عن عموم على اليد فى المبيع قبل القبض وان تعلق بها الضمان الا انه لم يدخل تحت يد المشترى فلا يدخل تحت قاعدة ما يضمن وبما قوله وقد لا يكون الاقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان اه فيه ان هذا ايضا بمقتضى الشرط الثانى خارج عن تحت القاعدة لان الضمان تعلق فى اصل المعاوضة بالعوض فاشتراط جعل المبيع بازاء الثمن غاية الامر شرط فى ضمن العقد شرطا صحيحا او فاسدا فى انه لو تلف فى المشترى كان ضمانه على غيره وهو غير الاقدام على المجانية لان هذا التزام خارج هذا مضافا الى ان اشكاله وارد على ما افاده من معنى القاعدة وهو لزوم الفرد الفعلى للصحيح واما على ما قلنا بان معناها ان كل ما لو فرض صحيحا يضمن بمثله او بقيمه مع الفاسد وما لا يضمن مع فرض الصحة فلا يضمن بفاسده فلا اشكال اصلا لانه لو فرض ان المشترى لم يقدم على الضمان وكان شرط جعل البائع الضمان على نفسه فى جعل المبيع بلا عوض كالامثلة التى ذكرها بعد هذا المثال وهى بيعك هذا بلا ثمن واجرتك بلا اجرة فلا ضمان على المشترى حتى يفترق الضمان عن الاقدام لان هذا الشرط لو كان صحيحا كان التسليط مجانا فاذا فسد العقد بهذا الشرط ونحوه فلا ضمان وبالجملة لو قلنا بان الضمان هنا على المشترى فليس الاقدام مجانا ولو قلنا بان الاقدام مجانا فالضمان ممنوع لان معنى القاعدة ليس ان فى كل فرد من افراد البيع ضمانا حتى البيع بلا ثمن لان فى صحيحه ضمان بل معناها ان كل شخص من المعاملات اذا فرض صحته ولم يكن غير ضمان ففاسده ايضا كذلك وبالجملة بمقتضى الشرط الثانى يخرج التسليط المجانى الحاصل من الشرط الخارج لان فى نفس العقد تسليط على المبيع مجانا وبمقتضى الشرط الثالث يخرج الضمان فى باب البيع عن تحت القاعدة لان مصب العقد فى البيع هو العين فاذا لم يقتض العقد تصحيح ضمان المنافع واقتضى الفاسد فلا يرد نقض على عكس القاعدة قوله قدس سره واما عكسها فهو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده اه بعد ما عرفت من ان الاصل ظهر معنى العكس ومدركه فى القبض الصحيح هو ان المالك اذا سلط القابض على ماله مجانا يخرج هذا اليد عن عموم على اليد اما تخصصا واما تخصيصا وما ذكره فى الفاسد بعينه هو الملاك فى الصحيح ولا اولوية لاحدهما على الاخر وبهذا الملاك لا يقتضى الاتلاف المأذون فيه الضمان ايضا لان المالك لو اذن فى اتلاف ماله مجانا يخرج هذا التصرف عن عموم من اتلف وبالجملة لا اشكال فى ان تسليط المالك على عين ماله او على منفعته مجانا وبالعوض يوجب ان لا يكون على القابض والمتلف ضمان انما الاشكال فيما يتوهم من النقض على الاصل والعكس فمن موارد النقض على العكس ضمان العين المستأجرة فان صحيح الاجارة غير موجب لضمانها مع انها فى الفاسد تضمن على ما فى الرياض والمحكى عن الاردبيلى فى مجمع الفائدة والكثير لا يخفى ان النزاع فى ضمان العين وعدمه انما هو نزاع صغروى وبيان ذلك انا لو قلنا بان عقد الاجارة متعلق بالمنفعة والعين خارجة عن مورد العقد اى العقد غير متعرض لنفس العين ولازم ذلك صحة شرط ضمان العين على المستأجر فضمانا

فان قلت هذا يقتضى صحيح ضمان العين بالفاسد

قلت لا

العين في الاجارة الفاسدة ليس نقضا على قاعدة ما لا يضمن لان القاعدة مختصة بمورد العقد ومصبه وعدم ضمانها
في الصحيح انما هو لان العين امانة مأذون فيها شرعا وحيث انها ليست امانة في الفاسد شرعا فيد القابض عليها يد من
غير استحقاق فيضمن واما لو قلنا بان العقد متعلق بالعين ايضا فنقول الفاسد كالصحيح لا يوجب الضمان لان العين بناء
على هذا الوجه امانة مالكية ومقتضى كون العين تحت يد المستأجر مجانا ان يتعلق الضمان بخصوص المنافع لا بالعين فلا
يرد النقض على اي حال على عكس القاعدة ثم لا باس بالاشارة الى مبنى الوجهين اجمالا وتفصيله في باب الاجارة اما مبنى
القول الاول فهو ان حقيقة الاجارة في جميع الموارد حقيقة واحدة ولا شبهة ان في اجارة الحر لم تتعلق الاجارة الا
بالمنفعة لان الحر لا يمكن دخوله تحت يد المستأجر وفي اجارة الدابة والسفينة للحمل لا تقتضي دخولهما تحت يده فاذا لم
يقتض حقيقتها في هذين الموردين دخول العين تحت اليد بل لا يمكن في القسم الاول والمفروض انها في الجميع حقيقة
واحدة فلا بد ان يتعلق عقد الاجارة في جميع الموارد بالمنفعة حتى في مثل اجارة الدار والدكان للسكنى وتكون بالنسبة
الى العين لا اقتضاء وعلى هذا فيمكن شرط ضمانها على المستأجر لانه لا ينافي مقتضى العقد ولازمه ضمان المستأجر في الاجارة
الفاسدة اذا تلفت العين تحت يده واما مبنى الثاني فهو ان الاجارة اضافة خاصة حاصلة من العقد وهي مشترك معنوي لملك
المنفعة والانتفاع والمنفعة عبارة عن امر وحداني اعتباري عقلائي والانتفاع عبارة عن امر تدريجي مساوق وجوده مع عدمه
وهو الحاصل في الآنات فوجوده كنفس الزمان ينقضي ويتصرم واختلاف هذين النحوين انما هو باختلاف الموارد وهذا
الاختلاف لا ينافي اتحاد الحقيقة فعمل الحر من قبيل ملك الانتفاع فان عمله لا يملكه المستأجر الا تدريجا ولذا لا يستحق الحر الموجر
الاجرة الا بمقدار عمله واما منفعة الدار فيملكها المستأجر تمام مدة الاجارة بمجرد الاجارة ولذا يستحق الموجر الاجرة ايضا
بمجرد العقد ولكون المنفعة داخلة تحت ملك المستأجر في اجارة الدار ومقبوضة له بمجرد قبض الدار وضامنا للاجرة
بتمامها بمجرد القبض استشكلوا بان هذا لا يجتمع مع قولهم من انه لو انهدم الدار تنفسخ الاجارة لانه في حكم تلف المبيع قبل
القبض وهذا وان امكن الجواب عنه بان القبض في مرحلة البقاء لم يتحقق كشفا الا انه على اي حال اختلاف اجرة الدار مع
اجرة الحر يكشف عن اختلاف حكمها في القبض واقتضاء كون العين تحت اليد وعدمه وكيف كان لا شبهة ان هذين الامرين
الاعتباريين يجمعهما حقيقة واحدة وهي ليست الا اجارة نفس العين ليستوفي منها المنفعة او الانتفاع الذي قد يعبر عنه
ايضا في لسان الفقهاء بالمنفعة في مقابل الانتفاع الذي يعبرون عنه في باب العارية فيقولون ان المستعير يملك الانتفاع لا
المنفعة وكل ما شئت فسمه الا انه لا شبهة ان الاجرة تقع في مثل الدار والعقار مقابلا لكون العين المستأجرة تحت يد المستأجر
وفي مثل الحر ونحوه في مقابل عمله فلا بد ان يقع العقد في كلتا الصورتين على العين والعقد متعرض لها وان لم يمكن دخول الحر
تحت اليد لان كون الحر اجيرا معناه انه الذي يستحق عمله الغير وانه العامل فالاجارة تتعلق به ليستوفي عمله وهذا المعنى لا يقتضي

في بيان حقيقة الاجارة اجمالا

كون متعلق العقد تحت يد المستأجر مطلقا بخلاف سائر الموارد فمثل الحمال لا يمكن ان يدخل تحت اليد بمثل الدابة للحمل العقد بالنسبة اليها الا اقتضاء ومثل اجارة الدار الاجرة مقابلة لكون العين مدة الاجارة في يد المستأجر وعلى اي حال الاجارة تقع على العين ليستوفي منها المنافع ولذا يقال اجرتك الدار والدابة ونحو العمل كذا ولا يصح ان يقال اجرتك سكنى الدار واجرتك عملي فالاجارة في جميع الموارد اضافة خاصة تتعلق بالعين ليستوفي منها منافعها او عملها واقتضاء كون العين تحت اليد مدة الاجارة انما هو لخصوص المورد ومن لوازم الفرد من حيث عدم امكان استيفاء المنافع منها الا اذا كانت كذلك ولوازم الفرد لا تنفك عنه فشرط ضمان العين في هذا القسم منافي لمقتضى العقد فان العقد معرض لعدم الضمان بالنسبة الى العين ويكون كالعين المرهونة التي يتعلق بها حق المرتهن لبقائها تحت يده فاذا كان المستأجر مستحقا كذلك فلا يضمن الا الاجرة والا لم يلزم ان يكون لمال واحد ضمانان نعم يصح شرط الضمان اذا استأجر الدابة او السفينة للحمل فاذا شرط يضمن دائما لو لم يشرط واطلق ففي جميع الموارد لا ضمان سواء كانت الاجارة على الاموال او على الاعمال كانت الاجارة في الاموال مقابلة لكون العين تحت يد المستأجر دائما كما ان في جميعها مع الشرط هو الضمان غاية الفرق بان فيما لا يقتضي كون العين تحت يد المستأجر فلصحة الشرط وفيما يقتضي كونها تحت يده فلفساد العقد بفساد شرطه فاذا كان العقد فاسدا فمقتضاه ليد الغير الحقيرة هو الضمان وعلى اي حال لا نقض على القاعدة كما بيناه وجمعه بالجملة كلما يقتضي كون العين تحت يد المستأجر فشرط الضمان منافيه ولكن ليس كذلك فلا مانع من شرط الضمان ولذا يصح في عكس المسئلة كما اذا شرط المستأجر ضمان العين على الاجير فيما اذا استأجره لقطف الثوب او خياطته وصبغه فان الاجرة هنا مقابل العمل لا مقابل كون العين في يد الاجير ولذا يجوز للمستأجر اخذ العين منه متى شاء بخلاف الاجرة على الاعمال لم تقع الاجرة الا بازاء العمل لا بازاء كون العين تحت يد الاجير فانه لا غرض للموجر الا اخذ الاجرة وحيث انه لا يمكنه الوفاء بالاجارة الا بان يكون العين تحت يده يقع العين لغرض المستأجر تحت يده فيجوز للمستأجر شرط الضمان عليه ومن موارد النقض على العكس ايضا ضمان الصيد الذي استعاره المحرم من المحل بناء على ما هو المعروف بينهم من ان صحيحها لا يضمن بها اقول صحة النقض وعدمها موقوفة على بيان حكم الصيد الذي استعاره المحرم والبحث فيه عن جهتها الاولى انه بناء على ما اشرنا ان الصيد بمجرد العارية يخرج عن ملك المكره ويجب على المستعير ارساله فورا بمجرد ارساله او امساكه مقدارا ما يجب عليه الفداء ايضا فهو اما ارسله وتلف عنده او يرده الى المكره فلو ارسله فورا فلا يجب عليه الا قيمة المال فلو تلف عنده فيجب عليه لقيمته والفداء القرطبة حق المالك الخالق ولو رده فيسقط حكمه قال في الشرايع ولا يجوز للمحرم ان يبعث من محل صيدا لا انه ليس له امساكه ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه وظاهره انه لو تلف عنده يضمنه ولا وجه لحمل صاحب الجواهر قدس سره كلامهم على صورة الاتلاف فهو الا ارسال وهو ايضا يصرح بان اطلاق كلامهم يوهم ذلك الا ان الفاظ

لكن من المعلوم ان المراد منهم الفرد الذي ذكرناه فانه الموافق لذكر مسئلة المحرم لا يخفى انه يمكن استثناء خروج الصيد عن ملك مالكه من مسئلة من احرم ومعه صيد فانهم اتفقوا على ان الصيد الذي معه يخرج عن ملكه ويجب عليه رسله وان لم يفعل فانه يجب عليه الفداء وخروج ما معه عن ملكه وان لم يلزم خروج ملك غيره لو استعاضه الا انه يمكن ان يستفاد من مجموع ما في باب الاحرام ان كل ما وقع الصيد تحته وان كان ملك غيره يخرج عن الملكية بل يحرم عليه صيد البر ايضا فاذا لم يحرم كما هو مقتضى الآية الشريفة وكيف كان فالعجب من السيد الطباطبائي قده في حاشيته على المتن فانه رضم عما في الجواهر الى الشرايع وقال وفي تم لا يجوز للمحرم ان يشتري من محل صيد لانه ليس له امساكه فلو امسكه ثم ارسله ضمنه ثم قال وهذه العبارة كما ترى مختصرة بحيث لا تلائم الا ارسال فلا تشمل ما نحن فيه والدليل على الضمان عموم قوله من اتلف فهم منه مقتضى الجملة بعضهم الضمان في القاعدة لصحة التلف لتمام وايضا الا انه يمكن دعوى انصراف ما في الشرايع من الضمان بعد الارسال الواجب عليه آه مع ان لفظ ثم ارسله ضمنه بعد قول المحقق فلو امسكه من كلام صاحب الجواهر لا من المحقق وكيف كان فالنقض مبني على القول بضمان المتسبب ولو مع التلف اثانية هل الضمان مطلقا وفي صورة الارسال مختص بما اذا جهل المتسبب بشمل صورة علمه قال السيد في الحاشية اذا كان المتسبب عالما بفهو المتلف لماله بد فعله الى من هو مكلف بالتلف ولكنه لا يخفى انه لو لم يكن بين السبب والاثر المترتب عليه فعل اختياري من غيره فالامر كما ذكره لانه ينسب الفعل الى السبب واما اذا كان كما في المقام فلا فرق بين علم المالك وجهله لان الفعل ينسب الى المباشر كما انه لو لم يأخذه المتسبب لم يخرج عن ملك مالكه فان امر المتسبب بيده لا يوجب التلف وهذا الحكم مطرد في جميع موارد المباشرة الاختيارية فلو سلم المالك احلال عبده المسلم او بالقائه له في البحر بلا جهة فعل المأمور بضمن تبعا لعدم الامر به لان الامر ليس محللا واذا انتفى الضمان الا بنا للمالك فعلى هذا يكون المأمور وكيلا منه اثانية لو عصى المتسبب ولم يرسله ورده الى المتسبب فهل يخرج عن الضمان وجهان بل ولان الاقوى عدم خروجه عن الضمان فيجب عليه قيمته كما يجب عليه المثل بلا اشكال لما ذكرنا انه يخرج الصيد عن ملك مالكه بمجرد الغارته وزوال الصيد البرصطياد جديد لعل هذا الصيد من المباحات الاصلية بيصطاد من شاء ولا يمكن قياس المقام بما اذا غصب الغاصب خلا ثم صار خمرا عنده ثم صار خلا بيده في عدم الضمان لان حق الاختصاص للمالك باق فاذا زال الوصف الخمرية قبل الرد او بالرد فلا يضمن الغاصب شيئا وهذا بخلاف المقام فان الصيد صار من المباحات الاصلية اذا عرفت ذلك فنقول لا يرد النقض على القاعدة اصلا في صورة تلف الصيد لما ذكره المصنف بان المستقر عليه قيمة بعد الغارته هي القيمة لا العين فوجود دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان المغير في كل عقد لا بسبب التلف اه لانه لا يعقل استقرار القيمة في العهدة قبل الاتلاف فلو لم يكن نفس اخذه اتلافا فتلف في يده فلا موجب لاستقرار الضمان عليه فبناء عليه لا بد ان يقال ان التلف لا يوجب الضمان كما عن الجواهر ومن تبعه فرارا عن الاشكال بل لما ذكرنا

من ان نفس الاخذ اتلاف على المالك فالضمان مستند الى الاتلاف والعارية لا توجب الضمان في صورة التلف وبالجملة لو ارسله
فلا اشكال في الضمان لعدم التنافي بين وجوب الارسال والضمان فيدخل في قاعدة من اتلف ولو لم يرسله وتلف فلو لم نقل بالضمان
فلا نقض ولو قلنا به فلا محالة ضمانه مبني على خروج الصيد عن ملك المعير بمجرد العارية وعاريته ايضا اتلاف لمال الغير فعلى
اي حال لا نقض على عكس القاعدة ومن موارد النقض على الاصل ضمان المنافع في البيع الفاسد مع انها غير مضمونة في البيع
الصحيح والمص قده اورد النقض بالنسبة الى المنافع الغير المستوفاة مع انها محل الخلاف بين الاعلام كما سيجيء وعلى اي حال لا
يرد النقض مط لما ذكرنا من ان المدار على مورد العقد ومورده في البيع هو نفس العين وانما المنافع في الصحيح تابع للعين
بحكم الشارع وفي الفاسد حيث ان العين لم تنتقل الى القابض فيضمن منافعها ومن موارد النقض عليه ايضا تلف الاوصاف
فقيل في صحيح العقد لا يقتضي ضمانها لان العوض لم يجعل في مقابل الوصف مع ان في الفاسد يضمنها القابض وفيه ان
الوصف يضمنه القابض كالشرط في الصحيح والفاسد فان العوض وان لم يجعل في مقابلهما الا انهما صارا موجبين لزيادة القيمة
فلو تلفا بعد القبض وانفسخ العقد بموجب قهري او اختياري فضمانهما على القابض فلو زال وصف الكتابة عند المشتري
او صار المبيع معيوبا عنده ثم استرد الثمن من البايع فيجب عليه رد قيمة الوصف في الصحيح والفاسد وكذا لو شرط الخياطة في
ضمن العقد فعمل المشروط عليه بالشرط فيجب على المشروط له اداء قيمته اذا فسخ العقد وانفسخ فيما لو كان العقد صحيحا
وهكذا يجب عليه اداء قيمته لو كان العقد فاسدا ومما اورد عليه حمل المبيع فاسدا فانه غير مضمون في الصحيح مع انه مضمون
في البيع الفاسد وفيه ان محل الكلام تارة فيما اذا اشترط دخول الحمل في المبيع واخرى فيما اذا كان خارجا فعلى الاول
يضمنه المشتري اذا قبض الحامل الذي بقبضه يتحقق قبض الحمل في الصحيح والفاسد لان الثمن جعل بازاء كليهما وعلى الثاني فلا يضمنه
في الصحيح والفاسد لانه امانة مالكية فلا نقض مع انه لو قيل بالفرق فلا يرد النقض على القاعدة ايضا لان محل البحث هو
مورد العقد لا ما هو خارج عنه فيرجع فيما هو خارج عنه الى القواعد العامة ففي الصحيح حيث انه يقع في يد المشتري قهرا على
البايع فيصير امانة مالكية او شرعية فلا ضمان واما في الفاسد فلم يتحقق رافع الضمان ثم لا يخفى ان للتوابع احكاما مختلفة
باختلاف تبعيتها للمبيع وخروجها عنه عرفا فمثل السمن داخل عرفا ولا يمكن انفكاكه واما الصوف واللبن فالعقد بالنسبة
اليهما لا اقتضاء وان كان الاقوى دخولهما فيه اذا لم يشترطا خروجهما عنه واما الحمل فخارج عنه الا اذا اشترطا دخوله لانه
كاللبن المحلوب والصوف المجزوز لا يدخل تحت العقد الوارد على الحيوان وكيف كان لا يرد النقض على القاعدة بالنسبة اليه لانه
اذا كان داخلا في المبيع فمضمون على اي حال واذا لم يشترطا دخوله فخارج على اي حال على الاقوى قوله قده ويمكن
النقض ايضا بالشركة اه لا يخفى انه لم يعلم مراده قده من هذا النقض لانه لا فرق بين الشركة الصحيحة والفاسدة في الضمان
وعدمه فانه لو قلنا بان اثر عقد الشركة بعد مزج المالين هو جواز تصرف كل واحد من الشريكين في جميع المال فلو تلف المال

فلا ضمان في الصورتين لأن كلا منهما امين في مال الآخر ولو قلنا بانه بعد العقد ايضا لا يجوز التصرف الا باذن كل منهما للآخر فبذلك والاذن يضمن كل منهما مال الآخر لو تلف تحت يده من غير فرق بين العقد الصحيح والفاسد هذا اذا قلنا بالضمان من جهة حرمة التصرف واما لو قلنا بانه لا ملازمة بينهما كما في تصرف المتهب في الموهوب بالهبة الفاسدة فانه لا يجوز مع انه لا يضمن فعلى اي حال لا يضمن في المجلة المناط في الضمان وعدمه انما هو بتسليط المالك على ماله بالعوض او مجانا فكل ما تحقق التسليط المجاني فلا ضمان من غير فرق بين الصحيح والفاسد ثم انه ينبغي التنبيه على امور الأول قد يتوهم ان مقتضى ما ذكرنا من معنى القاعدة وهو ان كل شخص من العقود لو فرض صحيحا يضمن بمسمى مع الفساد ودونه يضمن بما ان جعل احد العوضين مما لا يصح الانتفاع به ومما لا يعتد من الاموال كالحشرات فان فرض صحته يلازم المجانية لا نوقع العوض بازاء ما ليس مالا فهو بمنزلة الهبة والتسليط المجاني فمع انه لا يمكن الالتزام بعدم ضمان البائع الثمن اذا جعل المبيع مما لا يعد مالا وعدم ضمان المشتري المبيع اذا جعل الثمن كذلك التزاما بانا على ما اخترناه في المضمار فلا يرد الاشكال لان البيع الصحيح لما كان موجبا للضمان فالفاسد مثله كذلك ولكن توهم فاسد لان فرض صحة هذا البيع معناه فرض الثمن او المثمن مالا فاذا كان هذا معنى صحته يضمن بمسمى مع الفساد لان صحته هنا ليس كالصحة في بعتك بلا ثمن فان ثمة لم يجعل بازاء المبيع شيئا بخلاف المقام فانه جعل العوض بازاء المبيع ففرض صحته معناه فرضه مالا الثاني لو قال بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة فضاع حمارك او اقوال الأول عد دخولهما في عنوان المتقومات لا الفاسدة ولا الصحيحة الثاني دخول الأول في عنوان البيع الفاسد الثاني في الاجارة الفاسدة الثالث دخول الأول في الهبة الصحيحة والثاني في العارية الصحيحة الرابع دخولهما في الهبة والعارية الفاسدتين الخامس التفصيل في مسئلة الاجارة بين اجارة الاموال والاعمال فيدخل الأول في الاجارة الفاسدة والثاني في التزويج بغير اجرة المثل مع استيفاء المنفعة وبعضها سوى ازادت على المسمى او نقصت عنه قال في الجواهر بلا خلاف اجده فيه الى ان قال مضافا الى مثل ذلك بالنسبة الى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الشاملة للمقام والى قاعدة احترام مال المسلم وعلم ثم قال نعم قيده الشهيد في المحكي من حواشيه بما اذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد او عدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك واستحسنه في المسالك وكان وجهه انه متبرع بالمال والعمل مجانا ثم قال بل قد يقال بتمامية القاعدة للفرض بناء على ارادة اشخاص المعقود منها الا اصنافها ولا ريب في عدم الضمان لو فرض صحة العقد المزبور وكذا لا يضمن بمسمى مع الفساد ثم قال لكن مع ذلك كله في جامع المقاصد بعد ان حكى اثر صحيح في العمل لما مثل سكنى الدار التي يستوفيها المستأجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد الذي لا اثر لما اقتضته من التراضي فحقه وجوب اجرة المثل ومثله ما لو باعه على ان لا ثمن له

في ان الفاسد في المعاوضات هل يلحق بالصحيح او بالعدم في ان المضمون فيه الثمن او المثمن

واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فيعمل بنفسه مع فساده فوجوب عدّ استحقاقا شيئا ظاهر لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة ودفعه في المثالين بما حاصله من انه يرجع في مثل سكنى الدار الى العارية وان عبر عنها بلفظ الاجارة لان التصريح بعدم الاجرة اقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة اذا عرفت ذلك ظهر لك الامر في الاقوال ويتضح ذلك ان مدرك الاول هو ان المنشأ حيث تقتضي انشاء فكأنه لم يصدر منه عقد فتدرج المسئلتان تحت قاعدة اليد ومقتضاها الضمان وفيه ان تعقب انشاء بما يناقضه وان جعله بلا اثر شرعي وعرفي الا ان اثره التكويني وهو انشاء المعاملة الكذائية لا يرتفع بذكر ما يناقضه فوقوع عقده كلا عقد شرعا او عرفا لا يوجب عدّه وقوعه خارجا غاية الامر انه عقد فاسد يدخل في الاصل او العكس واما مدرك الثاني فتقريبه واضح لانه انشاء ما هو صريح في عنوان البيع والاجارة فتعقبه بما يناقض صحة البيع والاجارة يوجب انشاء ما يناقضهما وعدّ بما تقدم وجههما وهو اولى بالخلاف في الاصل ان مع فرض صحتهما يلازم المجانية فيدخلان في العكس وفيه ان حقيقة البيع تبديل مال بمال وحقيقة الاجارة تمليك المنفعة بالعوض وبمجرد انشاء البيع او الاجارة مع عدّ جعل العوض لهما لا يكون بيعا ولا اجارة فلا بد من فرض كونهما فاسدين من اختلال غير ما هو داخل في حقيقتهما واما مدرك الثالث فهو وقوع عناوين العقود الاتلافية المجانية فيدخل قوله بعتك بلا ثمن في الهبة الصحيحة وقوله اجرتك بلا اجرة اما في العارية اذا كان العين التي تعلق بها الاجارة من الاموال واما في التبرع في الاعمال وفيه انه لو سلم صحة انشاء العناوين بالمجاز ان خلا انسلم صحته بما شاء هذه الالفاظ التي تناقض القرينة فيها صريح بجامع ذي القرينة والا لم يتحقق مصداق للعقد الفاسد رأسا اذ كلما فرض فيه لفظ اما من جهة عدّ ذكر العوض او اشتراط ما يخالف لفظ البيع ونحو ذلك من الشروط الفاسدة لا مكان ادراجه في عقد صحيح لخروجه من جعل عقد النكاح الدائم مبايناً مع المتعة حكم ببطلان عقد المتمتع بها خلال الاجل رأسا واما مدرك الرابع فهو ان الهبة ليست الا التسليط على العين مجانا والبيت للعارية والتبرع الا التسليط على المال والاجير العمل مجانا وان حكم بالغاء العدّ ايجابا العناوين بالصيغة المخاصة لها وفيه انه لا يخطر ببال القائل بقوله بعتك بلا ثمن والقائل بقوله اجرتك بلا اجرة عنوان الهبة والعارية ومع عدّ قصد هذين العنوانين كيف يحكم بانهما هبة وعارية نعم لو قيل بان قصد هذين العنوانين لا يعتبر في وقوعهما كذلك بل البيع حقيقة الهبة الا التمليك بلا عوض والعارية الا التسليط على الاموال مجانا صح هذا القول فتأمل فيه واما منشأ التفصيل بين البيع بلا ثمن واجارة الدار بلا اجرة وبين العمل بلا اجرة اي خروج الاولين عن الاصل والعكس وان دخلا في الاصل حكما اي بحكم فيهما بالضمان ودخول العمل بلا اجرة في التبرع نظهر وجهه مما نقلناه من المحقق الثاني في وحاصله ان اشتراط عدّ العوض انما كان في العقد الفاسد لانه لا اثر له لما تضمن من التراضي فانشأ المجانية كالعدّ فاذا صار العقد كالعدم لانشاء ما يناقض البيع والاجارة وتلف المبيع عند المشتري والمستأجر مضمون الدار فعليهما الضمان كما هو مقتضى قاعدة اليد

والاتلاف بلا تحقق رافع له واما لو كان مورد الاجارة منفعة الاجير فلم يتحقق يد وهو متبرع بنفسه العمل وهو المباشر
لاتلاف المنفعة فلا يستحق شيئا وفيه ما عرفت من ان لغوية العقد الكذائي وكون وجوده كعدمه بالنسبة الى اثره الشرعي لا
يوجب ان يكون كذلك بالنسبة الى اثره التكويني وهو التسليط المجاني فكما ان المباشر هو المقدم لاتلاف منفعته
فكذلك البايع في العين والموجر في منفعة الدار هذا مضافا الى ان المباشر في اجارة الاعمال لم يقدم على العمل الا بناء
على الوفاء بالمعاملة ولم يقدم عليه ابتداء من دون عقد ولا امر معاملي فاذا قلنا بالضمان في اجارة الاموال فلا بد من القول
به في اجارة الاعمال فتحصل مما ذكرنا ان نظر من قال بالضمان اما الى دخولهما تحت قاعدة اليد والاتلاف وخروجهما عن
عنوان العقود واما الى دخولهما في الاصل وقال حيث ان صحيح البيع والاجارة يضمن بهما فيضمن بفاسدهما ومن قال
بعدمه ادرجهما في العكس فان صحيح الهبة والعارية وكذلك فاسدهما لا ضمان فيهما ولكنك خبير بانه يمكن ادراجهما في العكس
بما بيناه وهو ان كل عقد لا يضمن به على فرض صحته لا يضمن به مع فساده وشخص هذا البيع والاجارة لو فرض صحتهما
لا ضمان فيهما فلا ضمان مع فسادهما ولا وجه لما افاده المص من ان المراد من كل عقد هو النوع او الصنف لان هذه
القضية وضعت لبيان اشخاص العقود التي يفرض وقوعها في الخارج لا النوع او الصنف ومن فصل بين اجارة الاعمال
وبين البيع واجارة الاموال ادخل العمل في التبرع واخرجه عن الاجارة واخرج البيع واجارة الاموال للمناقضة عن
عنوان العقد فيدخل كل منها تحت القواعد الكلية ومقتضى احترام الاموال ان يكون المتصرف فيها والمستوفي عنها المنفعة
ضامنا واما الحر فحيث لم يدخل تحت اليد فهو متبرع مع فساد الاجارة ومتلف لعمل نفسه فلا يكون المستاجر ضامنا
لان عمل العامل بدون الاجارة والامر لا يضمنه غيره الثالث انه قد يتوهم نقوض اخر لم يتعرض لها المص لخروجها عن عنوان
العقود المعاوضية منها النكاح الدائم والمتعة الفاسدين فان الزوج لا يضمن المهر اذا كان جاهلا بفساد العقد وكانت
الزوجة عالمة به مع ان الصحيح منهما يوجب الضمان فيرد النقض على الاصل وفيه ان مجرى القاعدة في الضمان المعاوضي
انما هو بالنسبة الى ما دخل تحت اليد لا في الضمان مطلقا بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضة مع ان عدم الضمان
لدليل خارجي ولكونها بغيا لا ينافي اقتضاء العقد للضمان ولذا لو كانت جاهلة بالفساد فلها حق على الزوج ومنها بيع
الغاصب مال الغير فانه لا يضمن الثمن للمشتري اذا تلف عنده عند الاكثر مع ان صحيح البيع يوجب الضمان وفيه اولا ان عقد
الغاصب ليس بفاسد حتى يدخل في المقبوض بالعقد الفاسد بل يقع موقوفا وثانيا ان العقد لم يقع معه وبعنوان
شخصه بل وقع مع مالك المبيع فتعهد الغاصب بالثمن ليس تعهدا بعنوان المعاوضة مع شخصه لانه تعهد مال المشتري
بمال المالك لا على كون المال في ذمته ومن وقع معه العقد حقيقة ضامن للثمن لو اجاز المعاملة فلو تلف الثمن عند
الغاصب وقلنا بانه لا يضمن لان المشتري سلطه عليه مجانا وجب على المشتري رد ثمن اخر على المالك وكل من المالك والمشتري

يضمنان لما وصل بيدهما وبالجملة من هو طرف للمعاوضة فهو ضامن للعوض ومن ليس ضامنا لا يكون طرفا ومنها
اشتراء الصبي والمجنون وهبتهما وعاريتهما فان اشترائهما نقض الأصل وهبتهما وعاريتهما نقض للعكس لان المبيع لو
تلف عندهما لا يضمنان مع ان صحيح البيع يوجب الضمان وكذا يضمن المتهب والمستعير لما وهبا واعارا الصبي او المجنون مع ان
الصحيح من الهبة والعارية لا يوجب الضمان وغير ان عقدهما كالعدم والأفعال المقصد منهما كالعدم ومحل الكلام في الصحيح
والفاسد فيما يضمن ولا يضمن هو العقد والمكترى محل البحث فمن كان قبضه معتبرا وانشأ الصغير والمجنون قبضها
كالعدم فانهما غير قابلين للتعهد فعدم ضمانهما للمبيع انما هو لضعف مباشرتهما فيسند التلف الى المتسبب وهو البائع
وكذا ضمان المتهب والمستعير انما هو لعدم اهلية الهبة والاعارة فتحصل مما ذكرنا كلا الموارد ان هذه القاعدة
استثنت موارد تميز اليد المجانية عن غيرها الناشئة عن العقود وما يلحق بها فعلى هذا يخرج مثل السبق والرماية ونحوهما
مما لا يدخل تحت اليد فلا نقض بمثل ذلك ويخرج اليد الناشئة عن غير العقود وما يلحق بها الثاني ان معنى الضمان هو
كون الشيء في عهدة الضامن والخروج من العهدة يختلف باختلاف الموارد ففي الصحيح الجامع بين المثلي والمثل او القيمي
هو المضمون لانه لو تلف احد العوضين فلو لم يفسخ العقد فمن تلف المال عنده ضامن للمثلي ولو فسخ او انفسخ او اقيل
فضامن للمثل او القيمة وفي الفاسد من اول الأمر الضمان يتعلق بالمثل او القيمة ثم ان الضمان كما يتعلق بنفس العينين فكذا
يتعلق بصفاتهما واجزائهما والشروط المنضمة معهما الثالث ان مورد الأصل والعكس هو مورد العقد مصبه لا ما هو خارج
عنه وانما حكم بتبعيته شرعا او لتوقف استيفاء المنفعة عليه ومن هذا الأمر ظهر عدم ورود النقض بالنسبة الى المنافع ولا
تلف لعين المستأجرة ولا تلف الحمل ونحو ذلك من النقوض المتقدمة الرابع ان مورد هما هو التسلط على العوض او المجانية
التي يتضمنها نفس العقد او بتوسط الشرط الذي هو جزء لا يجابه او القبول كما لو قال بعتك بشرط ان لا يكون ثمن وهبتك
بشرط العوض ويخرج ما هو شرط خارج والتزام في التزام وبعبارة اخرى الالتزام الابتدائي هو المدار لا الالتزام
الثانوي فلا نقض على الأصل بما اذا باع بثمن وشرط في ضمن العقد انه لو تلف المبيع عند المشتري فخسارته على البائع فان
نفس العقد لا يتضمن المجانية واذا يأخذ الثمن ويستقر ملكه عليه لو لم يتلف المبيع الخامس ان المراد من القاعدة بالنسبة
الى افراد العقود هو الأفراد الشخصية بالنسبة الى كل نوع لا الأنواع ولا الأصناف لان هذه القاعدة ناظرة الى
ما يقع في الخارج فكل ما يقع في الخارج لو فرض صحته ولا يضمن به فلا يضمن به مع الفساد مثل بعتك بلا ثمن ونحوه
الا ضمان فيه فتأمل في اطراف ما ذكرناه تجده حريا بالتأمل فيه الظاهر من مجموع الكلام ان معنى القاعدة يتطبق على مدركها
فلا اشكال فيها **قوله** قدس سره الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد وبجوازه فورا اه قد ظهر
في صدر المبحث ان البحث في المقبوض بالعقد الفاسد تارة يقع في حكمه التكليفي واخرى في حكمه الوضعي وذكرنا ان الحكم

فالمتبع من احكام المقبوض بالعقد الفاسد هو الحكم الوضعي

التكليفي يحرم تصرف القابض في المقبوض وحرمة التصرف ملازم لوجوب الرد فورا ودعوى ان الامساك ليس تصرفا ممنوعة فانه
وان كان منصرفا عنه بدوا الا ان الانصراف البدوي لا عبرة به ويصدق عليه التصرف بعد صدقه على الاخذ فاذا كان الاخذ
تصرفا فبقاء المأخوذ عند الاخذ حكمه حكم نفس الاخذ لانه باق على ما كان عليه بل ولو سلمنا عدم شمول التصرف
في قوله ارواحنا له الفداء في التوقيع المبارك لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه للامساك فلا شبهة في شمول
قوله ع لا يحل مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه له فان تعلق الحل والحرمة بالمال ليس كتعلقهما بالغنم مثلا
مخصوصا بالاكل ونحوه مما يناسب الحكم مثل حرمة التزويج المتعلقة بالامهات في قوله عز من قائل وحرمت عليكم امهاتكم
بل يشمل كلما يعد في العرف قلبا وانقلابا كالتصرف فيه وامساكه تحت يده واكله وبيعه وانحاء ذلك وانما يخرج مثل
النظر اليه والوقوف تحت ظله اذا لم يعد تصرفا والا يحرم هذا ايضا كالوقوف في ظل الخيمة وبالجملة ان قوله ع لا
يحل مال امرء عنوان عام يشمل امساك المال ايضا ويدل عليه ايضا عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي فانه وان لم
يكن متعرضا للحكم التكليفي بالدلالة المطابقية الا انه متعرض له بالدلالة الالتزامية فان استقرار الضمان على عهدة
القابض ملازم لوجوب الرد لانه لا اثر لاستقرار الضمان على العهدة الا وجوب رد العين ما دامت باقية ورد المثل او
القيمة لو كانت تالفة فحرمة امساك مال الغير من غير اذنه ووجوب رده اليه فورا بالفورية العرفية لا اشكال فيه انما الاشكال
في مقامنا هذا وهو المقبوض بالعقد الفاسد من جهتين الاولى توهم ان الاذن المالكي الذي يتضمنه المعاملة كاف
في رفع الحرمة ولكنه ظهر جوابه سابقا وهو ان الاذن الذي يرفع حرمة التصرف هو الاذن بتصرف القابض في ملك
الاذن والتسليط الذي يقع من المالك انما هو من باب الوفاء بالمعاملة نعم لو اغمض المالك عن المعاملة واذن بالتصرف
فهو يرفع الضمان والحرمة ولكن المفروض عدمه ثم لا فرق في حرمة التصرف بين علم الدافع بالفساد وجهله به لان علمه بالفساد
لا ينافي البناء على المعاملة تشريعا كما نرى حصوله من السارق والغاصب والمقامر وليس الاذن من حيث البناء على المعاملة
حيثية تعليلية ومن الدواعي التي لا يوجب تخلفها تخلف اصل الاذن لان عناوين العقود مختلفة والبيع الفاسد
مغاير للعارية او الوديعة فما بنى عليه العاقد هو البيع ولو مع علمه بالفساد لا الوديعة والا لم يكن وجه لضمانه الثانية
توهم ان حرمة التصرف فيما يضمن بصحيحه لا يلازم حرمته فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة او العارية الفاسدة فانه كما لا ضمان فكذلك
لا حرمة ايضا فان رافع الضمان هو الرافع للحرمة لان تسليط المالك مجانا لو رفع الضمان فكذلك يرفع الحرمة والتفكيك
بينهما لا وجه له وفيه ما لا يخفى من عدم الملازمة بينهما فان عدم الضمان لو كان من جهة تأثير الهبة الفاسدة الملكية للمتهب
لكان ملازما مع حلية تصرفه واما لو كان من جهة التسليط المجاني الذي لا اثر له الا ان العين لو تلفت بلا تعد و
تفريط لا يضمنها المتهب فلا يوجب جواز التصرف وبعبارة اخرى مع فرض بقاء العين في ملك الواهب يدخل امساك

المتهب في تصرف مال الغير الذي يحرم بمقتضى التوقيع الشريف ولا يحل وعموم على اليد نعم بناء على خروج اليد التي نشأت
من تسليط المالك مجانا عن العموم بالتخصص فلا يمكن التمسك به لحرمة تصرف المتهب او المستعير في المال الموهوب او المستعار
بالهبة او العارية الفاسدة ولكن الظاهر شمول قوله ع ما اخذت لكل اخذ حقا كان او لا فانا وان استظهرنا منه ان الاخذ
منصرف الى الاخذ القهري الا ان الانصاف انه انصراف بدوي فاذا عم لكل اخذ فعدم كونه مقتضيا للضمان في مورد التسليط
المجاني لا ينافي بقاء حرمته تحت العموم وهذا لا ينافي ما تقدم منا من الملازمة بين الحرمة والضمان فان الاستكشاف
في مقام الاثبات لا يوجب التلازم في مقام الثبوت فيمكن ان يكون التصرف حراما ولا يكون التلف موجبا للضمان و
على اي حال يكفي للحرمة قوله ع لا يجوز لاحد ان يتصرف وقوله ع لا يحل مال امرء لانه مع بقاء العين الموهوبة في ملك
الواهب وعدم تأثير الهبة الفاسدة في تملك المتهب يجب ردها الى الواهب وبالجملة لا اشكال في حرمة تصرف ما قبض
بالعقد الفاسد ووجوب رده الى مالكه فورا انما الكلام في ان مؤنة الرد على القابض مطلقا او على المالك كذلك او
فيه تفصيل وجوه والاقوى هو الاخير وحاصله انه لو كانت المؤنة بمقدار ما يقتضيه طبعا رد مال الغير فهو على
القابض ولو لم يكن كذلك بان كانت زائدة عليه فلا يجب عليه وذلك لان الحكم المجعول اذا اقتضى في طبعه مقدارا من
الضرر فهو مخصص لقاعدة الضرر ولا اقل من عدم حكومتها عليه نعم لو احتاج الرد الى المؤنة الزائدة على المتعارف
بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالك اجحافا على القابض فادلة لا ضرر حاكمة عليه ثم لا فرق في وجوب الرد اذا كان
متوقفا على المؤنة المتعارفة بين نقل القابض المال عن مكانه الى بلد اخر او لا مع وجود المالك في بلد القبض واما اذا كان
المقبوض في بلد القبض وانتقل المالك الى مكان اخر فلا يجب نقله اليه بل يرده الى وكيله او الحاكم لعدم دليل على لزوم
الدفع الى شخص المالك في هذه الصورة ويشكل الامر لو نقله القابض من بلد القبض الى بلد اخر وانتقل المالك ايضا
الى بلد ثالث فيحتمل ان لا يكون الرد الى بلد القبض او البلد الذي انتقل اليه المالك واجبا الا اذا كان في بلد القبض
خصوصية بان يكون قيمته اغلى او راغبه ازيد او نحو ذلك وعلى اي حال الرد الى البلد الذي انتقل اليه المالك لا دليل عليه الا
اذا نقله القابض ايضا الى هذا البلد فانه مع مطالبته يجب دفعه اليه لان ماله موجود ويستحق المطالبة فيجب رده اليه

قوله قده الثالث انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها اه ويدل عليه مضافا
الى عموم على اليد القواعد الكلية المستفادة من الشرع من قاعدة الاتلاف وحرمة التصرف في مال الغير التي تستلزم ضمانها في
المقام ومنع شمول المال للمنفعة لا وجه له فانه اعم من الاعيان والمنافع لانه عبارة عن امر اعتباري عقلائي يبذل بازائه المال
والظاهر انه لم يخالف احد في المسئلة الا ابن حمزة في الوسيلة ومستنده النبوي الخراج بالضمان وقد تقدم ان مفاده بمناسبة
الحكم والموضوع هو الضمان الجعلي الفعلي الاصلي الممضى من الشارع فالقابض في المقام وان تعهد المبيع مثلا وتقبل

في ضمان المنافع المستوفاة

ضمانه بازاء خراجه الا ان هذا التعهد كالعدم شرعا فليس منافع المبيع له وبالجملة كما ان النبوي لا يشمل الضمان القهري
الذي حكم الشارع به من دون تعهد من الضامن كما في ضمان المغصوب اما لما استظهرناه منه من مناسبة الحكم والموضوع
واما للتخصيص كما يدل عليه صحيحة ابي ولاد الآتية فكذلك لا يشمل الضمان الجعلي الذي لم يمضه الشارع كما في المقبوض
بالعقد الفاسد لان الشارع اذا الغى هذا التعهد من الضامن فوجوده كعدمه فان الالفاظ وان لم توضع للمعاني الصحيحة
الا انها لما كانت للمعاني الواقعية فلا تشمل ما كان وجوده كعدمه فان الشارع اذا اخرج هذا الفرد من الضمان من المفهوم
النفس الامري وخطأ العرف في تطبيق المفهوم على هذا المصداق فلا وجه لان يكون المنافع بازاء الضمان فلا بد من ان
يرجع بالآخرة الى قاعدة اليد والحكم بان منافع العين المغصوبة للغاصب كما افتى به ابو حنيفة فابن حمزة قده في النتيجة موفق
له فاذا فسد هذان الاحتمالان وهو تملك الخراج في الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد انحصر في التعهد المصدري الذي
امضاه الشارع وهذا ايضا يحتمل وجهين الاول ان يكون كل من تعهد لشيء مالكا لمنافعه وخواصه اي مالكا لما
يستخرج منه مع بقائه كمنافع الدار ونحوها ومالكا لما يستخرج منه مع تلفه كخواص العقاقير ونحو ذلك ومقتضى ذلك
ان يكون منافع المبيع للبايع لو اشترط ضمانه عليه بعد قبض المشتري وكذا لو اعاره بشرط الضمان يكون منافعه ملكا للمستعير
وكذا في عارية الذهب والفضة والثاني ان يكون منشأ ضمان العين والداعي عليه هو تملك المنافع فينحصر في باب البيع
ونحوه واذا احتمل كل منهما تسقط الرواية عن الاستدلال بها فلا تكون دليلا لتملك البايع منافع المبيع وتملك المستعير
منفعة العين المعارة في مورد شرط الضمان بل ظاهرها هو المعنى الاخير بقرينة الباء الظاهرة اما في السببية او المقابلة
ومقتضاهما ان تكون السببية والمقابلة من الطرفين اي تملك المنافع صار داعيا للضمان والضمان صار سببا لكون المنافع
له كما في كل علة غائية فانها داعية لايجاد الفعل والفعل سبب لترتبها عليه خارجا وبالجملة قوله ع الخراج بالضمان ظاهر
في ان التضمين كما صار سببا لان يكون الخراج له فكذلك لحاظ الخراج صار سببا وداعيا لان يتعهد المال وهذا يختص
بضمان المشتري المبيع فان المقصود الاصلي من ضمان المبيع وجعل الثمن بازائه هو ان ينتفع به بل مناط مالية الاموال انما هو
لمنافعها وخواصها ومما ذكرنا من ان الغرض الاصلي انما هو استفادة المنفعة والخاصية يظهر ان العارية المضمونة وشرط
ضمان المبيع على البايع ونحوهما خارج عن قوله ع الخراج بالضمان اما العارية فلان الضمان ليس بازاء المنفعة ولا الانتفاع
فان المعير لا يضمن المستعير في مقابل المنفعة والانتفاع بل ينتفع المستعير مجانا وانما يضمنه خوفا من تلفه وليس المستعير ضامنا
على كل تقدير ولذا لو لم يتلف لا ضمان عليه وهكذا في ضمان البايع المبيع اذا تلف عند المشتري وقاعدة الخراج بالضمان
ظاهرها ان الضمان فعلي وهو يناسب باب البيع فان المشتري ضامن للمبيع والبايع ضامن للثمن فلهما منافعهما على ما
هو المرتكز من ان من عليه الغرم فله الغنم وهذا المعنى يستفاد ايضا من قوله ع الا ترى انها لو احترقت كانت من مال المشتري

في جواب من سئل عن منفعة المبيع في زمان خيار المشتري اي كون المنافع له انما هو بازاء تلف المبيع تالفا في ملكه ناب ان يكون هذا الالتزام بازاء ما قصده من تملك المنافع ويدل عليه ايضا ما ورد في الرهن عن اسحق بن عمار قلت لابي ابراهيم عن الرجل يرهن الغلام او الدار فتصيبه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال ارايت لو قتل قتيلا على من يكون قلت هو في عنق العبد قال الا ترى فلم يذهب قال هذا ثم قال ارايت لو كان ثمنه قادينا فزاد وبلغ مائة دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال كذلك يكون عليه ان يكون له وبالجملة استفادة ان من عليه الغرم فله الغنم من عدة من الاخبار الا اشكال فيه ولكن بعد ما افاده عليه السلام في صحيحة ابي ولاد رد على ابي حنيفة انه ليس كل ضامن عين مالكا لمنفعتها فلا بد من تخصيص ما يستفاد من العموم من الضمان المصدق الذي امضاه الشارع بل بالقرينة الارتكازية ومناسبة الحكم مع الموضوع يستفاد اختصاص قوله الخراج بالضمان بضمان المبيع والثمن على المشتري والبائع فلا عموم له من اول الامر وعلى التحقيق ما افاده ابن حمزة لا دليل عليه فالاقوى هو الضمان القاعدة الاتلاف ايد وقوله لا يحل وقوله لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه قوله قده واما المنفعة الفائتة يعني استيفاء فالكلام فيها ايضا الضمان اه لا يخفى ان المصنف قده في ذيل هذا العنوان اختار حكم بالضمان واخرى بعدم الاستماع علم الدافع بالفساد فالتزم بالتوقف في حكم المسئلة ورابعة قوى الضمان تبعا للعلامة حيث اختاره في التذكرة ناسبا الى علمائنا اجمع وتردد عنوا الاتفاق عليه فاورد عليه السيد الطباطبائي قده في الحاشية بانه لو فرضنا عدم تمامية الادلة الدالة على الضمان فلا وجه للقول باعتماد على هذا بن الاجماع بين المتقولين ولكنه لا يخفى ان اختيار الضمان الخ ليس لاعتماد على الاجماع المنقول مع انه قده منكر لحجيته في الاصول بل اعتمد على نقل الاجماع من حيث كشف اتفاق الاعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع وكيف كان الكلام في المنفعة الفائتة تحت اليد يقع في مقامين الاول في اثبات مقتضى الضمان وعدمه والثاني في تحقق رافعه وعدمه اما ثبوت المقتضي فيكفي فيه عموم على اليد ما اخذت والمنع عن صدق الاخذ بالنسبة الى المنافع لا وجه له لان اخذها هو قبضها وقبضها يتحقق بقبض العين فهي ما اخوذه بتبع اخذ العين وليس الاخذ بمعنى القبض باليد بل بمعنى الاستيلاء والتفكيك بين الاخذ والقبض لا وجه له نعم قد يكفي الخلية في القبض ولكن لا بمعنى انها قبض حقيقة بل بمعنى انها هو حكما وعلى فرض كونها قبضا فهي اخذ ايضا واما الرافع فساتكلم عنه واخرى في مورد العلم بالفساد اما تحققه منه فمذكر ما لا يضمن بصحيحه وقد ان القاعدة اصلا وعكسا تجري في مصب العقد لا المنافع خارجة عنه فرجع فيها الى القواعد الاخرى وكونها تابعة لملك العين انما هو لحكم شرعي تابع لصحة العقد لانما اقدم عليه العاقد بالمباشرة لا لاقتضاء عدم الضمان في مورد الاستيفاء ايضا لان التسليط المجاني كما يرفع الضمان الناشئ عن اليد كذلك يرفع الضمان الناشئ عن الاتلاف واما تحققه في مورد العلم بالفساد فتقريبه ان البائع حيث يعلم بفساد البيع فهو المقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجانا وفيه اولا انه لا نسلم عدم الضمان في المستوفى ايضا وثانيا انا نقدر

فرع فاذا التزم كون المبيع له

فرع كون المنفعة الفائتة تحت اليد

ان العلم بالفساد لا ينافي البناء على الصحة تشريعا والتسليط الرافع للضمان هو التسليط على مال نفس الاذن لا التسليم
وفاء بالمعاملة وثالثا انه لا نظر للمسلط في المقام الى المنافع لانه لو كان متعلق العقد هو المنفعة بحيث كان الاستيلاء على
العين من قبل المالك مقدميا لكان للبحث عن انه سلطه على المنافع مجانا مجال فان التسليط على المنافع لو كان على وجه
التعويض فهو اجارة ولو كان على وجه المجانية فهو عارية واما لو كان العين ملحوظا استقلاليا لا مقدميا كما في محل
البحث فلا مجال للبحث في تحقق الضمان وعدمه لانه لو تحقق التضمين فهو بيع والا فهبة فالتسليط على المنافع لا موضوع له
في المقام حتى يبحث عن انه مع العوض او مجاني فالحق هو الضمان مطلقا وعلى اي حال لا ينبغي عد الاقوال في المسئلة خمسة فان
التوقف في الحكم مطلقا او مع العلم بالفساد ليس قولا **قوله** قده الرابع اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله اه لا اشكال
في ان جميع ما يتعلق به الضمان الذي منه المقبوض بالعقد الفاسد اذا تلف فان كان مثليا وجب على الضامن مثله وان كان قيميا
يجب عليه قيمته الا في المضمون بالعقد الصحيح فان ضمانه بالمسمى على تفصيل تقدم انما الاشكال في ان دليل الضمان بالمثل في المثلي
والقيمة في القيمي هل هو الاجماع او ادلة نفس الضمانات من قاعدة اليد وغيرها او الاية الشريفة وهي قوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فنقول اما الاجماع فالظاهر ان مدرك المجمعين هو ادلة الضمانات ولا يكشف عن قول
المعصوم ولا عن دليل معتبر سواها مع انه لم ينعقد على مفهوم مبين حتى يكون النزاع في مقام الشك في ان الضمان بالمثل او
القيمة في الصغرى وفي تطبيق المفهوم المبين على المشكوك بل انعقد على مفهوم مجمل واما الاية الشريفة فاستفادة المعتدى به منها
في غاية الاشكال فان الظاهر كونها ناظرة الى اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء فالعمدة نفس ادلة الضمانات وهي وان لم تكن
متكفلة بالدلالة المطابقية لكيفية الضمان الا انها تدل عليها بدلالة الالتزام فان ظاهر قوله ص على اليد ما اخذت حتى
تؤدي بعد استفادة الضمان منه لو تلف المأخوذ ان اداء المأخوذ انما هو بما يعد اداء له عرفا وعادة ولا شبهة ان المرتكز
في الاذهان ان اداء المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة فان الضامن لو اداهما فكانه لم يتلف من المضمون له شيئا من امواله ويصدق انه
هو الذي اخذ منه وبالجملة مقتضى النبوي ان كل ما دخل تحت اليد يجب على الضامن رده فما دام العين موجودة تدخل بخصوصياتها
النوعية والشخصية والمالية تحت الضمان واذا تلفت لا بد من رد عوضها ويعتبر في وجوب رد عوضها شروط ثلاثة الاول ان
يكون التالف مما يتمول عرفا وشرعا فمثل الخنفساء والخمر وان وجب ردهما حين بقائهما لجهة حق الاختصاص الثابت لمن اخذ منه
الا انه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان الثاني ان يتعلق الضمان بما يمكن عقلا وعادة الخروج عن عهدته اي في مقام الاداء لا بد
ان يكون ما يؤديه تحت قدرة الضامن عقلا وعادة فالخصوصية العينية ساقطة حين الاداء وهكذا الخصوصية النوعية اذا
لم تكن مبذولة فلو لم يجد مثل التالف الا عند من لا يبيعه الا بثمن كثير في العادة او عند من يحتاج الشراء منه الى مصرف كثير
فلا يجب رده الثالث ان يكون البدل هو المبدل عرفا وعادة بحيث يقال بعد ادائه ان التالف كان لم يتلف وعلى هذا

في ان المثلي يضمن بالمثل

ففي المثلي المثل هو المتعين وفي القيمي القيمة لان بردهما كان لم يتلف من المضمون له شيئا واما كون المدار على الاقرب الى
التالف فلا وجه له لانه مضافا الى عدم ميزان مضبوط له لا دليل على اعتباره الا ان يكون المقصود كون المثل اقرب الى
التالف مطلقا حتى في القيمي وعلى اي حال مقتضى الشرط الثاني ان الخصوصية العينية لا يمكن ان تدخل تحت ضمان الضامن والا
يقتضي تلفها سقوط الضمان فاذا لم تكن بخصوصيتها تحت عهدة الضامن الا عند وجودها فلا محالة متعلق الضمان هو ما يعد انه
هو وهو في المثلي المثل وفي القيمي القيمة الا على ما سيجيء من ان الاصل هو الضمان بالمثل مطلقا الا اذا قام الاجماع على كونه
بالقيمة فتدبر جيدا ثم لا يخفى ان التعاريف المذكورة للمثلي والقيمي كلها تقريبية ولم نظفر على تعريف جامع مانع كما يظهر
بالتامل فيها والاجود منها ما يستفاد من تعريف المص قده بان المثلي ما لا يتفاوت افراد نوعه او صنفه ولا يتميز كل فرد منه من
الاخر بحيث لو امتزج الفردان منه كمنين من الحنطة الخاصة الكذائية من مالكين حصل الشركة القهرية بل لا يبعد ان يقال
كلما صح السلم فيه فهو مثلي والقيمي ما يتفاوت صنفا ولا يشترك فرد مع فرد اخر في جميع الصفات ولا يصح السلم فيه بحيث يتميز
المسلم فيه ثم المتيقن من المثلي بحيث لم يكن للضامن الزام المالك بالقيمة ما كان له قيود اربعة الاول ان يكون تساوي الصفات و
الاثار بحسب الخلقة الالهية كالحبوبات واما ما كان متساويا بحسب الصناعة البشرية فهو محل خلاف فبعضهم عد المسكوكات قيميا
ولعل وجهه ان المادة والهيئة وجدتا بوجود واحد في المماثل بحسب الخلقة الالهية وكلاهما ملك لشخص واحد بخلاف المماثل
في الصنع بالمكاين فان المسكوكات وكذلك الاقمشة المصنوعة في هذه الازمنة وان لم يكن تفاوت بين افرادها اصلا
الا انه يمكن ان يكون مادته من شخص وصوغه ونسجه من اخر فاذا تلف جنكل الزهور او الليرة فرد طاقة جنكل اخرى او
ليرة اخرى لا وجه له لان القطن او الذهب من شخص والنسج او الصوغ من اخر وهذا وان لم يكن وجها لكون الليرة ونحوها
قيميا لان على الضامن رد ليرة اخرى وتصير بين مالك المادة والهيئة شركة كما كانت بينهما بالنسبة الى التالف الا انه
على اي حال ليس المتساوي في الصفات بحسب الجعل الخلقي والصنع العرضي مثليا على جميع الاقوال فالمتيقن هو المتساوي بحسب
الخلقة الاصلية بل مقتضى ما سيجيء في تعذر المثل من ان صفة المثلية لا تسقط بالاسقاط ان يكون المثلي بالصنع والعمل قيميا
لانه لا اشكال في ان العمل الذي به صار الشيء مثليا قابل للاسقاط فيكشف ذلك عن ان مثل هذه الاشياء مركبة من امرين
المادة والعمل ونفس المادة يمكن ان تكون مثلية او قيمية والعمل يمكن ان يكون من صاحب المادة وان يكون من غيره سواء
كان هو القابض ام غيره فاذا اشترك القابض والمقبوض منه في الليرة مثلا قبل العقد والقبض ثم قبضت بالعقد الفاسد
فلا محالة يلاحظ ضمان ما اخذه الضامن ولا معنى لتعلق الضمان بالمثل مطلقا الثاني ان لا يتغير بالبقاء او بتاثير من الهواء
كالخضروات والفواكه وكل ما يفسد من يومه فانه ايضا محل خلاف في كونه مثليا او قيميا فقد حكي عن الشيخ في ط كون الرطب و
العنب قيميا وحكى المص عن بعض من قارب عصره انهما مثليان فالمتيقن من المثلي بحيث لا يكون فيه اختلاف غير هذا

الثالث ان يكون مماثله كثيرا مبذولا لما ظهر ان ما لا يمكن رده عادة لا يمكن ان يستقر في عهدة الضامن فمجرد صدق المثلي
عليه لغة لا يوجب ان يكون الضامن ضامنا لمثله الرابع ان يكون تماثل الصفات موجبا لتماثل القيمة وتقاربها واما لو كان
شيء مماثلا لشيء اخر في جميع الصفات والاثار ولكنهما متفاوتان في القيمة جدا فهذا ليس مثلا لذلك وعلى هذا فالمتيقن من المثلي
الحبوبات ولكنه لا بحسب الجنس او النوع بل بحسب الصنف كما ان المتيقن من القيمي الحيوانات وما قيل ان الجواري والعبيد يمكن
ان تكونا مثلية لا وجه له لانه على فرض ان تكون جارية متقارب الصفة مع جارية اخرى الا ان المدار في المثلي على التساوي
في الصفة لا التقارب مع ان مقتضى الحكمة الالهية ان لا يكون حيوان مماثلا لحيوان ولا متقاربا معه بحيث يعد انه هو لما
يلزم فيه من المحاذير الكثيرة كما لا يخفى كما ان عد اصول المعادن من المثلي لا وجه له فان الحديد والنحاس ونحوهما وان كانت
مثلية ظاهرا الا ان التفاوت بين اصنافها في اللين والخشونة ونحوهما يلحقها بالقيمي ثم انه لو شك في كون الشيء مثليا
او قيميا فهل الاصل هو الضمان بالمثل او القيمة او تخيير الضامن لاصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره او تخيير المالك لاصالة
اشتغال ذمة الضامن او الرجوع الى القرعة او الصلح القهري وجوه مبنية على دلالة على اليد على كيفية الضمان او ان المقام من
دوران الامر بين المتباينين او الاقل والاكثر ثم على الاخير هل الدوران بينهما في مقام الاشتغال واصل ثبوت التكليف
حتى يكون المرجع هو البراءة او مقام الخروج عن العهدة حتى يكون المرجع هو الاحتياط قد يقال ان قوله على اليد ما اخذت
حتى تؤدي يدل على الضمان بالمثل مطلقا خرج منه ما كان قيميا اجماعا وبقي الباقي فان الظاهر ان ما يستقر في الذمة بمقتضى
الظرف المستقر هو نفس المأخوذ بجميع خصوصياته العينية والنوعية والمالية فاذا تلف ولم يمكن اداء نفسه بنفسه بقيت خصوصيته
النوعية والمالية وقد يقال بحذف المضاف والتقدير على اليد خسارة ما اخذت ودركه وغرامته لانه لا وجه لتعلق الضمان بنفس العين
فانها ما دامت موجودة لا يتعلق بها الا الحكم التكليفي وهو وجوب ردها فالحكم الوضعي وهو استقرارها على العهدة انما هو
عند تلفها فمعنى على اليد انه لو تلف المأخوذ فخسارته على الاخذ وهو لا يقتضي الا قيمة الشيء بل لو لم نقل بحذف المضاف ايضا
نقول بانه لا وجه لدخول الصفات النوعية او الصنفية تحت الضمان حتى يقتضي كون الاصل في المضمون هو المثلية لان الصفة لو لم
توجب تفاوتا في المالية فهي تابعة للعين ومجرد اقتضائها تفاوت الرغبات لا اثر لها فاذا كانت تابعة للعين فكما تسقط شخص العين
عن الذمة بتلفها فكذا صفاتها النوعية الغير الموجبة للتفاوت في المالية وبالجملة لا يستقر على العهدة الا ضمان ما يوجب تفاوت
القيمة والمثل ليس قيمته مساويا لقيمة التالف عند التلف دائما او غالبا حتى يتعلق بالذمة به وكونه اقرب الى التالف لا كبرى له
لانه لا عبرة بالاقربية ولكن الحق ان قاعدة اليد غير متعرضة لبيان ان المضمون هو المثل مطلقا الا ما خرج بالاجماع ولا انه هو القيمة
لانه يمكن استفادة المثلية والقيمية كليهما على كل من صورتي تقدير المضاف وعدمه فانه لو قيل ان التقدير هو خسارة ما اخذت على اليد امكن
ان يقال ان الخسارة التي هي بمعنى الغرامة والدرك هي في كل شيء بحسبه ففي القيمي هو القيمة وفي المثلي هو المثل ولو قيل ان نفس

في حكم ما شك في انه مثلي او قيمي

ما اخذ على العهدة امكن ان يقال ان هذا المعنى لا يقتضى ان يكون الاصل هو المثل وهو فى الذمة لانه ليس استقرار
المأخوذ فى العهدة الا عبارة عن استقرار شخص العين ولما صفاتها الموجودة فيها وكذلك ما اليها فليست فى عرض شخص
العين مما يتعلق به الضمان بحيث اذا تلف العين بقيت الصفة والمالية وبالجملة لا اقل قاعدة اليد الا على ارواء المأخوذ
وضعا وتكليفا واذا تلف فكل ما صدق انه اداء له هو الذى يتعلق به الضمان وهو مختلف باختلاف المثلى والقيمى ففى مورد
الشك فى كون الشئ مثليا او قيميا فالاصل اللفظى لم يقم على كون الشئ مثليا الا ما خرج ولا على كونه قيميا الا ما خرج
فلا بد من الرجوع الى الاصول العملية ولا شبهة انه لو قلنا بان القيمى والمثلى من المتباينين فالاصل هو تخيير الضامن لانه
يعلم اجمالا باشتغال ذمته بواحد من المثل والقيمة وبعد ما قام الاجماع على عدم وجوب الموافقة القطعية فى الماليات انتهى
الامر الى الموافقة الاحتمالية وهى تحصل باداء كلما اراد واشتغال ذمته باحد الخصوصيتين التى اختارها المالك
غير معلوم فالاصل هو البراءة ولو قلنا بانهما من الاقل والاكثر بتقريب ان القيمة ليست لها خصوصية وجودية مثل المثلى
بل هى عبارة عن المالية المشتركة بين كون العين مثلية وقيمية فالمقام من دوران الامر بين الاقل والاكثر فى مقام الاشتغال
واصل تعلق الخصوصية فى الذمة والمرجع هو البراءة فعلى كلا التقديرين التخيير للضامن هذا بناء على ما ذهب اليه المشهور من
ان مقتضى الضمان المستفاد من الآية الشريفة من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ومقتضى قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما
اخذت هو المثلية فى المثلى والقيمة فى القيمى وهكذا مقتضى الاجماع المدعى فى المقام ولو منعنا عن ذلك وقلنا ان مقتضى
الآية والنبوى هو اعتبار المماثلة فى جميع الخصوصيات والاقرب الى التالف هو المثل مطلقا والاجماع على ضمان القيمى بالقيمة
على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة الى ما لم يجمعوا على كونه قيميا لان المقام من دوران الخصوص المنفصل بين الاقل والاكثر
فالمرجع عند الشك هو عموم العام كما سلك هذا المسلك المصنف قدس سره وقلنا بان الآية والنبوى مجملان لكن مقتضى الانصاف
هو تعلق الخصوصية الصفية وشك فى مقام الفراغ بكفاية القيمة فالاصل هو تخيير المالك هذا قلنا بان القيمى والمثلى قسمان
كما هو الحق فان النسبة بينهما نسبة الدراهم والدنانير مع العروض او قلنا بانهما من قبيل الاقل والاكثر وتوضيح ذلك فى
ضمن امور الاول ان المشهور جواز الصلح على التالف ولو كان قيميا باى مقدار من الذهب والفضة ولو كان مجرد تلف القيمى
موجبا لانتقال الى القيمة للزم الربا فيما اذا كان المذهبان بالدراهم وزنا من القيمة الثانى عدم اعتبار تعلق الضمان بما يمكن
ان يخرج عن عهدته عادة بل يمكن ان يتعلق فى الذمة ما لا يمكن اداؤه فعلا غاية الامر انه يسقط الخطاب التكليفى بوجوب الاداء
واما الوضعى فيمكن ان يكون فى الذمة الا يقدر على اداء كما فى المثلى المتعذر اداؤه وكما فى العين اذا غصبت او اعرت فان
وجود المثل والعين فى الصورتين ساقط لان الخطاب بغير المقدور قبيح واما بقاؤهما فى ذمة الضامن فلا مانع منه وبعبارة
واضحة مقتضى على اليد هما اخذ حتى تؤدى ان يستقر فى عهدة الضامن نفس العين ما دامت موجودة فاذا تلفت باداء

او الصفات بالاقوم

الخصوصية العينية واما اذا تلف فلا يمكن ان يكون شخص العين في الذمة لارتفاعها لا تكليفا واضح ولا وضعا لان الذمة وان كانت وسيعة الا ان ما يدخل فيها هو الكليات دون الاشخاص فان الاعتبار العرفي لا يساعد على دخول ما يتعلق دائما بالذات بل مقتضى كون شخص العين بشخصيتها في الذمة سقوط الضمان لان الكلام عند التلف لبس في خصوص العين في الذمة الا ان سقوط شخصية العين لا يقتضي ان يكون المالية المتقدرة بقيمة خاصة في الذمة بل يمكن ان يكون غير شخص العين من سائر الصفات في ذمة الضامن ومجرد عدم وجود هذه الصفات فعلا لا يقتضي سقوطها والانتقال الى القيمة غاية الامر حين مطالبة المالك تقوم الخصوصية ايضا وفيه ما فيه اولا وبالجملة اما من الجنس او من غير الجنس بل لو لم نقل بان شخص الجارية التي تلف مثلا عند القابض في ذمته الا ان تقدر بها مجردة التلف بالقيمة لا وجه له بل تبقى في ذمته غير متقدرة بمقدار من القيمة وبعبارة اخرى تتعلق بالذمة مالية المال غير متقدرة بالقيمة ومالية التي التي يبذل بازائها المال هي في الجارية بعبارة عما يحدد المالك في الخطة عبارة عما يشتهر في الثوب عما يشترى ونحو ذلك وهي قابلة لان يتعلق بها الضمان وتكون هي في الذمة نعم لو طالبه المالك بقوم بقيمة يوم المطالبة وتدفع بدلا عما في الذمة الثالث ان قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدي وان كان مقتضى استقرار المثل في الذمة في المثلي والقيمة في القيمي على ما هو المركوز في الذهن الا ان القيمي والمثلي حيث انهما مجملان والشك في كون الشيء مثليا او قيميا من الشبهة المفهومية فلا بد من الرجوع الى الاصل العملي والاستصحاب يقتضي كون التخيير للمالك لان القابض بعد ان وضع يده على المال جاء عهدة جميع ما يرد دخل في المالية التي تتعلق الضمان العين غاية الامر سقط الخصوصية الشخصية واما وصفا فلم يعلم سقوطها بالتلف الا اذا احرز كونه قيميا بناء على ثبوت الاجماع على كون القيمي مضمونا بالقيمة فيستصحب اشتغال الذمة وبالجملة الاصل هو المثلية اما بالاستصحاب او لما افاده المصنف من انه مقتضى الادلة الاجتهادية خرج منه ما علم قيميته بل بالتأمل فيما ذكرنا ظهر ان القيمي ايضا نفس المال هو بنفسه في الذمة ويقوم يوم المطالبة ويجيء في الاقوال في القيمي ما يوضح ذلك وعلى اي حال لا تصل النوبة الى القرعة لانها جارية في خصوص الشبهات الموضوعية في بعض الموارد ولا الى الصلح القهري لان مورده ما اذا لم يمكن فصل الخصومة بغيره قوله قدس سره الخامس ذكر في القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء نردد اه لا يخفى ان مقتضى العلاقة ليس من وجوب المثل باكثر من ثمنه ووجوه وكذلك بحسب القيمة السوقية بل وجوده غير مبذول عند من لا يبيعه الا بثمن غال وعلى هذا فوجوب شراء المثل في غاية الاشكال بل لا وجه له لما عرفت ان الشيء اذا لم يكن مثليا كثيرا مبذولا فهو قيمي وهذا امر غير فارق بين التعذر الطارئ والبدوي اذ التكليف اذا وجب كون الشيء قيميا من اول الامر هو التكليف وجب سقوط المثل عن الذمة ما دام التعذر فكون العين مثليا من اول الامر لا يوجب ان يجب شراء المثل وليس بذل مال كثير مما يسقط بالتعذر وبالجملة وجوده عند من لا يبيعه الا باضعافه قيمته في حكم التعذر ومقتضى قاعدة التضرر عدم وجوب شرائه على الضامن واما لو كان كثيرا مبذولا ولكن زادت قيمته السوقية فيجب شراؤه وهذا التضرر الوارد عليه لا يكون

داخلا في قاعدة لا ضرر فانه يعتبر في دخول الضرر في الضرر المنفي ان لا يكون طبع الحكم مقتضيا للضرر فان ترقي القيمة
وتنزلها على مساق واحد وكل واحد منهما يقتضي ضررا على شخص فكما انه لو تنزل قيمة المثل ليس للمالك مطالبة قيمة التالف
او قيمة المثل قبل تنزل قيمته فكذلك لو ترقى القيمة ليس للضامن الزام المالك لقيمة المثل قبل الترقي وحاصل الكلام ان المثلي
لا ينقلب قيميا بزيادة قيمته او تنزله نعم لو سقط عن المالية كالماء على الشاطي والثلج في الشتاء فكون المالك ملزما بقبول
المثل مع انه دفع الى الضامن الماء في المفازة والثلج في الصيف ففي غاية الاشكال فان مقتضى كون الشيء مثليا ان لا
يجب الا رد مثله سقط عن المالية ام لا ومقتضى كون الزمان والمكان دخيلا في مالية المال ان يكون خصوصية الزمان والمكان
في عهدة الضامن الا ان يقال يرجع خصوصية الزمان والمكان بالاخرة الى القيمة السوقية لان تنزل القيمة وترقيها ينشئان عن
كثرة الوجود وقلة الطالب وعن عزته وكثرة الطالب فان الثلج في مفازة الحجاز لو لم يكن له طالب او كان كثيرا يكون رخيصا
ولو كان في الشتاء قليل الوجود كثير الطالب يكون غاليا ثم لو قلنا بضمان خصوصية الزمان والمكان فيتحقق موضوع لنزاع اخر وهو
انه هل المدار في الضمان قيمة الماء في المفازة او قيمته قبيل سقوطه عن المالية وسيجيء ما هو الحق قوله قده السادس لو تعذر
المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك آه تنقيح المقام يستدعي رسم امور الاول في بيان ميزان
التعذر فنقول قد اشرنا انفا ان الذي يوجب في ضمان العين عند تلفها استقرار القيمة في الذمة لا المثل هو الميزان للتعذر
الطاري للمثل وبعبارة اخرى عدم وجود المماثل للعين بحسب الخلقة الالهية ومطلق المقتضي لاستقرار قيمة العين في الذمة عند
تلفها هو الموجب لصدق تعذر المثل ولاستقرار القيمة عند تعذر مثلها بناء على الانقلاب فالقيمي هو الذي لا يوجد مثله اصلا
كالحيوانات او يوجد لكن كان عزيز الوجود غير مبذول بحيث صار عزة وجوده باعثا لان يعد مثله عديم المثل لان ما لا يمكن
ادائه ولو عادة لا يمكن ان يجب رده الى المالك فاذا تعذر المثل بهذا المقدار فهو ميزان للتعذر في المقام فالذي يوجد في البلاد
النائية او عند ملك من الملوك لا يعد مثلا له فميزان التعذر في المقام هو التعذر في باب القرض والسلم وعلى هذا فلا يجب عند
اعوازه في البلد وما حوله مما ينقل منه اليه عادة تحصيله من الاماكن التي لم تجر العادة بنقل ما فيها من الحبوب والادهان اليه
كما انه لو كان لنفس العين مثل في غاية العزة او في بلاد بعيدة لم نقل بوجوب رد مثلها عند تلفها نعم لو شك في التعذر اما للشك
في وجود المثل بعد ما كان موجودا او للشك في الحاق هذا المقدار من العزة بالقيمي مع وجود المثل ابتداء فمقتضى الاستصحاب
بقاء المثل في الذمة بلا اشكال وهذا بخلاف الشك في باب ضمان العين في انه مثلي او قيمي فانه لا اصل يعين كون الذمة مشغولة
بالمثل كما انه مع العلم بكون العين مثلية لو تعذر مثلها ابتداء وشك في ان هذا التعذر يوجب ان يكون المثل قيميا ام لا
فلا اصل الثاني هل التعذر موجب لانقلاب المثل او العين الى القيمة او يبقى في الذمة الى حين مطالبة المالك او الى رد
الضامن وجهان والاقوى عدم الانقلاب فان مجرد عدم وجود المثل لا يوجب ان ينتقل الى القيمة والحكم كذلك في باب السلم

في حكم ما لو تعذر المثل في المثلي

والقرض فليس للضامن الزام المالك باخذ القيمة ولا يقال ما لا يمكن اداؤه لا يمكن ان يثبت في الذمة ولذا يسقط الخصوصية العينية بتلف العين وينتقل ما في الذمة الى المثل والقيمة لانا نقول فرق بين تلف العين واعواز المثل من جهتين الاولى ان الخصوصية العينية لا يمكن ان تدخل في الذمة بل الصفات والكليات قابلة لان تدخل في الذمة ثم الشخص يدخل تحت العهدة بمعنى انه ما دام موجودا فعلى الضامن رده قد اجل اليد يقتضي ضمان الجامع بين العين والبدل فان اداء الضمان انما هو اداء الاعم من اداء شخصه وبدله فسقوط العين عن الذمة تكليفا ووضعا لا يقتضي سقوط المثل في المثلي المتعذر مثله كذلك فان الصفات الكلية قابلة لان تبقى في ذمة الضامن والثانية ان حكم تعذر المثل حكم تعذر العين لا حكم تلفها فانه لو تعذر العين لا ينتقل في العهدة الى القيمة بل تبقى نفس العين في العهدة وانما يجب على الضامن بدل الحيلولة عند مطالبة المالك فبقي المقام بلا وجه لسقوط ضمان المثل غاية الامر وقع تراع اخر وهو ان هل للمالك المطالبة بالقيمة ابقاء لخصوصية المثلية ام لا وجهان والاقوى جواز ابقاء الخصوصية لان الحق للمالك فله ان يصبر الى وجود المثل ضرورة عليه بل له الاكتفاء بالقيمة ايضا وان لم يكن ضرر عليه فان مطالبته ما لم يرو قيمة ملكه تمامه يمكنه المطالبة من الضامن فاذا اكتفى بالقيمة بدل الحيلولة فليس للضامن الامتناع منه ثم انه لا فرق بين التعذر الطارئ للمثل والتعذر الابتدائي سواء قلنا بالانقلاب ام لم نقل كما هو الاقوى فان ظاهر عنوان الذكرة في قوله لو تلف المثلي والمثل موجود ثم اعوز وان كان اختص النزاع بالتعذر الطارئ بل هو صريح جامع المقاصد لانه قال لو تعذر المثل ابتداء يتعين حق قيمة يوم التلف الا ان الاقوى عدم الفرق بينهما فان غاية ما يتوهم من الفرق ان التعذر البدوي بمنزلة كون العين قيمية ولكنه فاسد فان القيمي ما لا يوجد له مثل في الصفات كالحيوانات والفروج والعقيق ونحو ذلك لا ما كان في جنسه مثلا ولم يوجد مثله من باب الاتفاق في عصر من الاعصار ونحو قبل ذلك وبعده فمن الزم بان التعذر الطارئ لا يوجب الانقلاب فيجب ان يلتزم بان التعذر الابتدائي ايضا كذلك وبعبارة اخرى كما ان استدامة وجود المثل ليس شرطا لتعلق الضمان بالمثل بل يكفي بقاء المثل في الذمة مع اعوازه فكذلك التمكن منه ليس شرطا الحكم بثبوت التعذر البدوي والطارئ فرق من جهة اخرى وهي ان التعذر البدوي قد يوجب الشك في ان العين مثلي او قيمي ولكن هذا الشك مندفع بملاحظة وجود المماثل للعين قبل ذلك وبعده وكيف كان العين اذا كانت مثلية لا تنتقل الى القيمة بمجرد تعذر مثلها سواء تعذر حين تلف العين او بعده ثم لا فرق في التعذر بين ان يكون خارجيا او شرعيا كما لو فرض ان جميع مماثل العين صار محرما او لا يمكن تطهيره كالدهن او الخل صار خمرا وهكذا فلما لك ابقاء الخصوصية والمطالبة بالقيمة المثالية هل ابقاء الخصوصية والتجاوز عن الصفات موجب لسقوطها عن ذمة الضامن بحيث انه لو وجد المثل بعد المطالبة وقبل الاداء لا يجب عليه رده ام لا تسقط الا بالاداء لا بالاسقاط وليست كالدين قابلة للاسقاط دونها والاقوى عدم سقوطها بالاسقاط لانها لم تتعلق بها ضمان مستقلا بل هي تابعة للعين ومن الكيفيات وابن انها بائرا منوعتها فمجرد مطالبة المالك مالية العين لا يوجب سقوط المثل

عن ذمة الضامن نعم بعد اداء القيمة يسقط حقه عن المثل لو وجد بعده لان الاداء بما جعله المالك مصداقا للوفاء حقه
صار مصداقا له فلا ينقلب شيئا عما وقع عليه وهذا الكلام يجرى فى القرض والبيع ومال الصلح وكل كلى يتعلق بالذمة فانه بأداء
مصداق يقع او باداء غيره فى مقام الوفاء يسقط ما فى الذمة والفرق بين الاداء بمصداق بغيره وانه لو اداه بغيره يحتسب مقدارا لما يسوى
اى لو تجاوز عن خصوصية الحنطة ورضى بالدرهم يحسب الدرهم بمقدار قيمة الحنطة واما لو اخذ حنطة اخرى من هذا الصنف
فيؤخذ بمقدار نفس المضمون بالجملة المالك لو رضا بالفاقد ولكن لو لم يؤده الضامن يبقى المثل مخصوصا شرعا تحت الضمان فان التراضى
لا يوجب الا انقلاب الما نمابوجيه لأداء المثابت فى باب القرض ان مارضى المالك المالك بتحقق به الاداء اذا عرفت ذلك
ظهر ان القول الموافق للتحقيق هو عدم انقلاب المثل ولا العين انا لفة ولا القدر المشترك بينهما الى القيمة بل يبقى المثل فى
الذمة الى اداء ان الفراغ منه بدفع القيمة من غير فرق بين التعذر الطارئ والمتعذر الابتدائى فان بعد فرض كون العين مثلية لا فرق
بينهما فالانقلاب الى القيمة لا وجه له فالاقوال الاربعة والخمسة فى القيمة لا تستطرق فى المقام اتضح من قبيل المسالبة بانتفاء
الموضوع نعم بناء على الانقلاب فى التعذر الابتدائى موجب لانقلاب العين الى القيمة وهذا بخلاف التعذر الطارئ فانه يمكن ان يقال
بانقلاب المثل الى القيمة ووجهه ظاهر وهو ان تلف العين صار موجبا لتعلق الضمان بالمثل فاذا تعذر المثل فمقتضى ما يثبت
من كلما لا يمكن اداؤه لا يمكن ان يبقى فى الذمة هو انقلاب المثل الى القيمة ويمكن ان يقال بانقلاب نفس العين انا لفة الى القيمة
ووجهه على مسلك المصنف قدس من ان المدار فى باب الضمان الاقرب الى انا لف ظاهر لان المثل للعين انا لفة ما دام موجودا فهو المضمون
فاذا تعذر فالاقرب اليها صورة هى القيمة الا ان هذا وجه لانقلاب القدر المشترك الى القيمة فقد يتوهم فى بادى النظر انه لا وجه
صلا اذ العين بعد ما كانت مثلية وبعد وجود مثلها فى اول الامر اما ان تنقلب هى الى القيمة او مثلها ولم يكن الجامع بينهما فى
الذمة فى زمان حتى ينقلب هو الى القيمة ولكن بالتأمل فيما ذكره المصنف قدس وجهه ظهر ان له وجها وجيها وحاصله انه بناء على استقرار
ارتفاع القيم فى الذمة وسقوطه باداء نفس العين فى القيميات يقتضى فى المقام القول باستقرار ارتفاع قيمة العين والمثل كليهما ويسقط
باداء المثل واما لو تعذر اداؤه فيبقى فى العهدة ويتبع هذا انقلاب القدر المشترك الى القيمة وبالجملة لو قلنا بضمان القيمى باعلى القيم
من حين الغصب الى حين التلف يتبع فى المقاصة باعلى القيم من حين اخذ العين الى زمان اعواز المثل لان معنى الضمان باعلى
القيم هو استقرار مراتب القيمة السوقية فى عهدة الضامن بشرط تلف المضمون واما مع بقائه فيرتفع ضمان اعلى القيم بزواله
حيث ان العين فى المقام مثلية فكما ان تدارك نفس العين بوجه يتحول ارتفاع القيمة فكذلك تدارك مثلها فاذا تعذر تدارك مثلها كما
تعذر تدارك نفسها يتحول ارتفاع القيمة فى الذمة وهذا معنى ان الجامع بين العين والمثل ينقلب الى القيمة وكيف كان فالاحتمالات
فى المسئلة كثيرة وتوضيح الحق المنتصر للقوة موقوف على بيان الاقوال فى القيميات فنقول قد يقال بقيمة يوم الغصب وهو الحق
بالغصب اى قيمة يوم ونحو العين تحت يد الضامن وقد يقال بقيمة يوم التلف وقد يقال بقيمة يوم الدفع وقد يقال باعلى القيم

من يوم الغصب الى يوم التلف واحتمل المحقق الاعلى من زمان الغصب الى زمان الدفع وعلى هذا فبناء على المختار وهو عدم الانقلاب فالمدار على قيمة يوم الدفع وهو احد الاقوال والاحتمالات فى المسئلة ويتحد فى النتيجة مع المختار انقلاب العين او المثل الى القيمة على القول بيوم الدفع فى القيميات فان قيمة العين والمثل يوم الدفع قيمة واحدة لاحتمال والاحتمال الثانى قيمة يوم اخذ العين والثالث قيمة يوم تلفها والرابع الاعلى من يوم اخذها الى يوم تلفها والى يوم دفع القيمة وهذه الاحتمالات الثلاثة الاخيرة مبنية على انقلاب العين الى القيمة بتعدد منها والخامس قيمة يوم تلف العين بناء على انقلاب المثل الى القيمة وكون المدار فى القيميات على زمان التلف فان اول يوم دخل المثل فى الذمة هو يوم تلف العين والثانى يوم اعواز المثل والسابع الاعلى من زمان تلف العين الى يوم الاعواز وجوه هذين الاحتمالين ظاهرة فان الاول مبنى على انقلاب المثل الى القيمة وكون المدار فى القيميات على يوم التلف والثانى على هذا المبنى ايضا وكون المدار على الاعلى من زمان الضمان الى يوم التلف فان يوم اعواز المثل هو يوم تلفه والثامن الاعلى من زمان دخول العين تحت اليد الى زمان دفع القيمة وقد بيناوجهه ولا يخفى ان مبنى هذه الاحتمالات اما الاتيقن على اساس واما الا يبتنى على اساس ثمرتها لا يتفاوت بها القيمة مع الحمل المذكور وكيف كان فقد عرفت ان الاقوى عدم الانقلاب وان مجرد المطالبة لا يوجب تعلق الخصوصية بالمدار على قيمة يوم الدفع فان القيمة فى هذا اليوم تكون وفاء للمال ثم انه ينبغى التنبيه على امور الاول ان من فروع تعذر المثل ما اذا اسقط السلطان دراهم ورواج غيرها بناء على كونها مثليا فان ذلك لا يوجب تعذرها سقطت كما اذا صاغ زيد الوجوه وفى غاية الغلاء وقد لا يوجب تعذره وهذا على قسمين فانه تارة يسقط عن المالية رأسا واخرى ينقص عنها كما اذا كان فضة او ذهبا فاذا تعذرها اسقطه حكم حكم تعذر المثل فى المثليات وقد تقدم انه لا وجه لانقلابه الى القيمة واما لو لم يتعذر فاذا اسقط عن المالية فحكمه حكم التلف فينتقل الى القيمة نظير الجمد فى الشتاء والماء على الشاطى او اقرضهما فى الصيف فى مفازة اليمن والحجاز مثلا واما اذا لم يسقط عن المالية ففيه قولان قول بانه يرد مثل الدراهم السابقة وعينها اذا كانت موجودة سواء كان منشأ تعلق الضمان بها العقود المضمنة كالبيع والقرض او امر قاعدة اليد والاتلاف وقول بانه يرد الرائجة اذا كانت مساوية للسابقة فى الوزن والقيمة او يرد من غير الجنس بقيمة السابقة وبالجملة لو نقصت قيمة السابقة فالمشهور على ان نقصان القيمة ليس مضمونا وذهب بعضهم الى انه مضمون فلا بد من ملاحظة ما يساوى القيمة السابقة فيرد من الرائجة لو كانت فى الوزن والقيمة مساوية للسابقة كما هو الغالب او من غير الجنس لو كان بينهما تفاوت ومنشأ الاختلاف فى المسئلة ففى مكاتبة يونس الى ابى الحسن الرضا عليه السلام ان لى على رجل عشرة دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاءت بدراهم اعلى من تلك الدراهم الاولى وطابها اليوم وضيعتى فلى شئ على تلك الاولى التى اسقطها السلطان او الدراهم التى اجازها السلطان فكتب لك الدراهم الاولى وعن العباس صفوان قال سألته معوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شئ اصلا

الدراهم الدراهم الأولى او الجائزة التي تجوز بين الناس فقال لصاحب الدراهم الدراهم الأولى هذا مدك المشوه ومدك
غيرهم مكاتبة اخرى من يونس قال كتب الى الرضا ان لي على رجل ثلاثة الاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس
ثلث الأيام وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم باعيانها او ما ينفق اليوم بين الناس قال فكتب الي ان تأخذ منه
ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس وفي الوسائل عن الصدوق ان الحديثين متفقان غير مختلفين فمن
كان له على رجل دراهم بنقد معروف فليس له الا ذلك النقد ومتى كان له درهم بوزن معلوم بغير نقد معروف فانما له
الدراهم التي تجوز بين الناس ونحن نقول مع قطع النظر عن الاخبار امكان الجمع بينها وعدم ان مقتضى القاعدة عدم
الفرق بين الصفة الداخلية والخارجية في الضمان الا اذا رجعت الصفة الخارجية الى تفاوت الرغبات اي القيمة السوقية
من غير فرق بين ان يكون الموصوف بها مضمونا بالعقد وبالبدل الا تلف فان الاوصاف وان كانت تابعة ولو تدخل تحت اليد
والعقد مستقلا الا انها تدخل تحتهما للشرط الضمني او الصريح كما في باب العقود تبعا كما في باب البيع ونحوه ومجرد كون
الوصف خارجيا كزواج السلطان الموصوف به لا يوجب خروجه عن تحت الضمان فان الزواج تظهر كون المال في محل كذا
او زمان كذا التي بها يتفاوت قيمة الاموال بل لا شبهة ان الاعتبار ليس بذات النقد من حيث هو بل برواجه عند الناس
وهذا بنفسه خصوصية في المال من غير جهة السوقية وتفاوت الرغبات فان كل صفة وان رجع دخلها في الموصوف في الحقيقة
الى الرغبة التي بها يتغير سعر السوقية مثل كتابة العبد الا انه لا شبهة ان في مقام الاعتبار فرق بين الزواج او كون المال
في محل كذا وزمان كذا وبين القيمة السوقية وعدم التزامنا بضمان زيادة القيمة السوقية لا يلازم الالتزام بعدم ضمان
الزواج وصفة كونه في محل كذا هذا ما يقتضيه القاعدة واما جمع الصدوق فحاصله ظاهرا انه لو كان الدراهم الساقطة
بقيمة الدراهم الرائجة فله الدراهم الساقطة والا فله الدراهم اللاحقة ولا يخفى ان هذا التفصيل لا يظهر من الاخبار بل مفروض
السؤال ان الساقطة ساقطة عن درجة الاعتبار وان لم يخرج عن القيمة لكونه ذهبا او فضة وجمع الشيخ بين الاخبار بحمل ما
يتفق بين الناس على معنى قيمة فاكان ينفق وحمل الدراهم الاولى في الخبرين على قيمة الدراهم الاولى وحاصل جمعه ان ليس
للدراهم الرائجة وانما لقيمة الدراهم الساقطة وهذا ايضا خلاف ظاهر كل من الطائفتين فان ظاهرهما عين الدراهم
الساقطة وما ينفق فالصواب ان يجعل الطائفتين من قبيل الاطلاق والتقييد فان قولهم الدراهم الاولى مطلق من حيث
ضم تفاوت السكة وعدمه اليها وقولهم للسائل تأخذ منه ما ينفق بين الناس مقيد لرأي تأخذ الدراهم الاولى بقيمة ما
ينفق الناس قد ذكرنا انه لا فرق في عدم انقلاب المتعلق المتعدد مثلا الى القيمة بين ان يكون التعدد طاريا او ان يكون ابتدائيا
لان الملاك متحد فيهما الآن هذا انما هو في المضمون بالبدل واما المضمون بالعقد كالسلم والقرض ففي مورد التعدد الابتدائي
ينحل اصل صحة العقد اما السلم فالظاهر اتفاق الاصحاب على بطلانه وجهان من لا يمكن اداء الحنطة مثلا حال حلول الأجل

يدخل بيع الحنطة فيما لا يقدر على تسليمه واما القرض فانا وان لم نجد من صرح بالبطلان ولكن لو جعل للقرض مدة لا يمكنه
رد العين المقترضة ولا مثلها كما لو اقترض بطيخا ونحوه مما يفسد في هذه المدة ولا يوجد مثله فاصل صحة القرض مشكل
حتى يقال بالانقلاب او عدمه ثم انه هل يفرق بين التعذر الموقت والتعذر الدائمي ام لا وجهان اقويهما الثاني لان غاية
ما يوجه به الفرق ان في التعذر الموقت لبقاء المثل في ذمة الضامن اثر عقلائي فللمالك الصبر الى زمان وجود المثل واما التعذر
الدائمي كالدراهم الساقطة رأسا فمضافا الى انه لا يترتب اثر على بقائه في الذمة لا يمكن ان يتعلق به الضمان شرعا لان ما لا
يمكن اداؤه كيف يبقى في الذمة فلا بد من القول بسقوط المثل عن الذمة كسقوط خصوصية العين عنها بعد تلفها ولكنه فاسد اما
عدم ترتب الاثر على بقاء المثل في الذمة ففيه ان له اثرا وهو عدم امكان الزام الضامن المالك باخذ القيمة وثبوت التخيير للمالك
بين المطالبة والصبر وفي هذا الاثر كفاية لانه قد يتفق ان دفع الضامن القيمة موجب لتضرر المالك وكون المال في ذمة
الضامن انفع له واما مسئلة ان ما لا يمكن اداؤه لا يمكن ان يكون في الذمة ففيه انه وان لم يمكن تعلق التكليف بالرد اليه لخروجه
عن القدرة الا ان الوضع لا يتوقف على القدرة فالاقوى في جميع الصور الاربع من التعذر البدوي والطاري الموقت والدائمي
عدم الانقلاب ولا يقاس المثل المتعذر على العين الشخصية اذا تلفت فان العين التالفة لا يمكن دخولها في الذمة رأسا فان
الذمة ظرف للكليات لا الاعيان فتلف العين موجب لسقوط الخصوصية الشخصية وهذا بخلاف تعذر المثل فانه لا وجه لسقوطه
عن الذمة الثالث بعد ما ثبت ان للمالك التجاوز عن الخصوصية ومطالبة القيمة فيتفرع عليه ان المناط في معرفة القيمة مع عدم
وجود المثل هل بفرض وجوده في غاية العزة او بفرض وجوده كثيرا مبذولا او المتوسط بينهما وجوه والحق هو الاول ولكن لا
في مورد صار عزة وجوده موجبا لان يعد مثله عادم النظير بل المقصود انه لو صار عزة وجوده موجبا لغلائه فقيمته في حال
غلائه يستقر في ذمة الضامن لان المال حينئذ مثلي فانه اخر ازمنة وجود المثل وبعد ذلك لو وصل عزته بحيث لا يباع الا
بازاء عتاق الخيل فهذا يعد متعذرا ثم ان هذا بناء على عدم الانقلاب واما بناء على الانقلاب سواء قيل بانقلاب العين ام
المثل فمقدار القيمة معلوم لان العين او المثل في يوم الضمان او يوم التلف او يوم الاعواز اما موجود او كان موجودا ثم تلف او
اعوز فلا تخفى قيمته الرابع قد عرفت انه لو اخذ المالك قيمة المثل المتعذر فليس له مطالبة المثل لو تمكن الضامن منه لان
قبض المالك ما عينه مصداقا لو فاء ماله يوجب تعيين حقه في المقبوض واما لو لم يقبضها فنفس المطالبة واسقاط الخصوصية غير
موجب للتعيين لان غاية الامر انه يصير القيمة بالمطالبة من احد مصاديق الكلي الثابت في الذمة وتعيين الكلي في المصداق الخاص
انما هو بقبض المالك فلو لم يقبضه لم يكن وجه لتعينه بل لو قيل بالانقلاب ايضا يمكن القول بان الانقلاب ما دام التعذر
فبعد التمكن يرجع الامر الى ما كان عليه وعلى اي حال فبناء على عدم الانقلاب لا اشكال في ان للمالك مطالبة الضامن
بالمثل عند تمكنه انما الكلام في ان له المطالبة به ولو في غير بلد الضمان او لا وهذا النزاع يجري في مطالبة العين والقيمة ايضا

وتوضيح ذلك ان في المقبوض بالعقد الفاسد ونحوه تارة يكون العين موجودة واخرى تالفة وعلى الثاني اما يكون العين
قيمية او مثلية وعلى الثاني اما المثل موجود او متعذر فلو كان العين موجودة قيل بجواز مطالبة المالك بها من الضامن
في اي بلد اراد سواء كان قيمة العين في بلد المطالبة ازيد عن قيمتها في بلد الضمان ام لا لعموم الناس مسلطون على اموالهم و
لقوله ص حتى تؤدي فيجب من باب المقدمة ردها اليه وفيه ان عموم السلطنة انما هو باعتبار انحائها من البيع والصلح ونحوهما
واما بالنسبة الى الاشخاص الذين كانت الاموال في عهدتهم فلا عموم لها واما على اليد فلا يدل الا على وجوب اداء المضمون
واما رده الى شخص المالك او وكيله او الحاكم الشرعي فليس في مقام بيان ذلك فلو كان المالك في بلد الغصب والغاصب اخرج المال
الى بلد اخر فليس على الضامن الا تخلية اليد عن المال لا رده الى مالكه وان فعل محرما بالاخراج الا ان الظاهر من الفقهاء
ان للمالك الزام الغاصب بالرد الى بلد الغصب وعلى اي حال لو كان للامكنة خصوصية في المالية بحيث عد عرفا كونه في هذا
المكان من صفات المال كساير الصفات من السمن والكتابة ونحوهما فيجب على الغاصب تفاوت القيمة او رد المال الى بلد الضمان بل
لو اخرج المال الى بلد يكون المال فيه في غاية الغلاء ثم رده الى بلد الرخص يجب عليه رد تفاوت القيمة لانه بمنزلة صيرورة المغصوب
كاتبا عند الغاصب او سمينا ثم زال سمنه او كتابته عنده واما لو كان المالك في غير بلد الضمان فلا يجب على الضامن رد المال اليه
ولا تفاوت القيمة لو كانت قيمة المال في البلدة التي كان المالك فيها ازيد من بلد الضمان لانه لم يدل دليل على تسلط المالك
بالمطالبة في اي بلد اراد ولا موجب لضمان الضامن تفاوت القيمة بين البلدتين في هذه الصورة واما لو كانت العين تالفة فاذا كانت
مثلية فحكم المثل حكم العين في التفصيل المتقدم واما لو كانت قيمية او تعذر المثل فيجب عليه قيمة العين او المثل مع الخصوصية
على ما تقدم وبالجملة لو لم يكن للمال خصوصية من حيث الزمان او المكان فوجوب رده الى شخص المالك في اي بلد طالبه لا دليل عليه
بل يرد الى وكيله او الى الحاكم الشرعي او الى عدول المؤمنين او الى فساقهم ومع تعذر المراتب الطولية السابقة يعزله عن ماله
ويحفظه لمالكه ولو تلف فحكمه حكم ضمان الدين والخمس والزكوة بل الضمان في باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد لا اشكال
فيه فانه ليس داخلا في الامانات الشرعية او المالكية فتامل ثم لا يخفى انه بناء على دخل الازمنة والامكنة في مالية الاموال
لا وجه لما افاده المص في مسئلة خروج المثل عن القيمة كالماء على الشاطي والجمد في الشتاء من احتمال ضمان اخر مكان او زمان سقط
المثل فيه عن المالية لانه يجب عليه رد جميع هذه الخصوصية فيلاحظ قيمة الماء في المفازة وقيمة الجمد في الصيف قوله قدس سره
السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكي الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة اه قد تقدم ان المرتكز في الاذهان لزوم
رد المثل في المثلي التالف والقيمة في القيمي وتقدم ميزان المثلية والقيمية فاذا كان اداء القيمة في القيميات ارتكازيا فلو لم يقم
دليل على خلافه فلا بد من الالتزام به وحمل الادلة العامة عليه هذا مع ان الاخبار الخاصة الدالة على وجوب القيمة في العبد
والغنم ونحو ذلك تشهد للمدعي ولم ينقل الخلاف الا عن الاسكافي والشيخ والمحقق في الخلاف والشرايع في باب القرض

في ان القيمي يضمن بالقيمة

ولكنه يمكن توجيه كلامهما بان المتعارف في باب القرض لا سيما بالنسبة الى الرغيف ان وجوب رد مثله ولو في بعض الصفات من
باب الشرط الضمني وتقدم ايضا انه لم ينهض دليل على وجوب رد الاقرب الى التالف مع انه ليس له ميزان مضبوط لامكان ان
يكون شيء اقرب الى التالف من جهة وشيء اخر من اخرى فوجوب رد القيمة في القيميات لا اشكال فيه انما الكلام في ان المدار على
قيمة يوم دخول العين تحت العهدة او يوم التلف او يوم الدفع او اعلى القيم من زمان اخذ العين ودخولها تحت الضمان الى
زمان التلف او الى زمان الدفع وجوه بل اقوال منشأ القولين الاولين الاختلاف في فعلية الضمان يوم الاخذ وتعليقيته
فمن قال بتحقق الضمان فعلا بمجرد الاخذ غاية الامر انه مشروط بشرط متأخر وهو تلفها قال بقيمة يوم الاخذ ومن قال بان
الضمان تعليقي اي يجب الخروج عن عهدة العين اذا تلفت قال بيوم التلف ثم ان الاختلاف في صحة ضمان الاعيان وعدمها
ناش عن الاختلاف في الفعلية والتقديرية لانه لو كان الضمان حين وجود العين فعليا بحيث يجب الخروج عن عهدة قيمتها
فعلا فيصح لغير الاخذ ان يضمنها لانه ليس ضمانا لما لم يجب واما لو كان الضمان تعليقيا فضمان الغير ضمان لما لم يجب ومنشأ
القول بيوم الدفع امران الاول ان العين بخصوصيتها الشخصية في عهدة الضامن حين وجودها وحين تلفها لان الذمة
امر وسيع ولا وجه للانقلاب الى القيمة بمجرد التلف فاذا امكن ان يتعلق بها الضمان على نحو الجامع بين الحالتين فنتيجته
تختلف باختلاف الاحوال فمع التمكن من رد العين يجب ان ترد بشخصها ومع التعذر لغرق ونحوه يرد بدل الحيلولة ومع
تلفها وما بحكم التلف كخروجها عن المالية شرعا يجب رد مثلها ان كانت مثلية والا فقيمتها ولكنك خبير بان هذا مما لا
يمكن الالتزام به اما اولا فلما عرفت من ان جعل الاداء غاية للتعهد والضمان ملازم لاعتبار تعلق الضمان بما يمكن اداؤه وشخص
العين حين التلف مما لا يمكن اداؤه فلا يمكن ان تكون بنفسها تحت الضمان وتقدم ان الذمة ظرف للكليات لا الخارجيات و
ثانيا ان لازم ذلك اما الالتزام بسقوط الضمان واما بعدم تعين قيمة يوم الاداء لان الخصوصية لو كانت مضمونة حين التلف لزم
التكليف بغير المقدور فلا بد ان يسقط الضمان واداء القيمة ليس اداء للمصداق فلا وجه لسقوط ما في الذمة بامر مباين له الا
بالتراضي ولا يعقل تعين القيمة للبدلية بنفسها ولو لم تكن مضمونة حين التلف الى زمان الاداء فلا موجب لتعين قيمة
يوم الاداء الثاني ان قوام الشيء بماليته واما خصوصياته الشخصية والمثلية فهي من قبيل الفضلة فما يبقى في الذمة ما هو الركن
للشيء وهو ماليته التي هي عبارة عما ينتفع به من غير تقديرها بقيمة فلو كان المأخوذ هو الحقة من الحنطة مثلا فاذا تلفت بقي
في الذمة ما يشبع عشرة انفس الى زمان المطالبة فاذا طالبها المالك فيقوم بقيمة هذا اليوم لا يوم الاخذ او التلف ومنشأ
القول باعلى القيم هو كون تفاوت الرغبات اي القيمة السوقية مضمونة ثم ان ضمان الاعلى مع كون المبدأ يوم الاخذ والمنتهى يوم
التلف او الدفع مبتن على امور ثلاثة الاول كون الضمان يوم الاخذ فعليا الثاني تعلق الضمان بالامور الخارجة عن ماليته
الاموال فيكون حكم قلة المال وكثرة الراغب حكم الصفات او الاعتبارات فكما يضمن الكتابة والسمن لو زالا سواء حصلا

بفعل الله سبحانه أم بفعل الضامن وسواء كانا موجودين حين الاخذ حصل العلم بالضمان وزالا وكذا يضمن خصوصيات المال في زمان كذا او مكان كذا التي هي من الأموال الاعتبارية العقلائية فكذلك يضمن الزعبا وبالجملة ما يوجب زيادة القيمة على اقسام ثلاثة قسم من قبيل السمن والصوف الذي لا اشكال في دخوله تحت عهدة الضامن يتبع المال وقسم من الاعتباريات ككون المجد في الصيف والماء في المفازة وقسم من الأمور الخارجية الاتفاقية ككثرة الزعاب وقلة المال الثالث بناء على كون المنتهى يوم التلف يجب الالتزام بانقلاب العين الى القيمة في ذلك اليوم فانها لو انتقلت الى القيمة فليس للقيمة علو نقيصة لان عشرة دنانير مثلا لا تنقص ولا تزيد وبناء على كونه يوم الدفع يجب الالتزام ببقاء المضمون في الذمة الى يوم الدفع سواء قلنا ببقاء خصوصية العينية الى ذلك الزمان كما على الوجه الأول ام قلنا ببقاء المالية غير منقدة بقيمة كما على الوجه الثاني وقلنا بانتقال العين الى الأقرب الى التالف بمجرد التلف كما احتملوا هذا الوجه في تردد المحقق في كون المنتهى يوم التلف او يوم الدفع فينبغي كون منتهى الأعلى يوم الدفع على بقاء الأقرب في الذمة بعد تلف العين وبالجملة لا بد بناء على القول بالأعلى من تعلق الضمان بالزعبا وكون الذمة مشغولة بغير القيمة حتى يلاحظ اعلى القيم من زمان الأخذ الى يوم التلف او الى يوم الدفع ثم لا يخفى ان لازم تعهد الضامن للزعبا ان يكون كذلك حتى مع رد العين ولا يلتزم به احد

التناقض بين القول بالأعلى وعدم ضمان نقصان القيمة عند رد العين قوله رفع فانهم صرفوا الكلام الى معنى التصحيح اه وجه الأهمية اما لكون المقبوض بالعقد الفاسد حكمه حكم المغصوب كما ذكره المحقق ره واما من جهة استفادة قاعدة كلية من التصحيح في جميع موارد ما يضمن بالقيمة فاذا دلت على ان الأعيان بقيمة يوم الغصب تكشف عن عدم اقتضاء الطلاق الضمان اعيانا قيمة يوم التلف والا لزم ان يكون الضمان في الغصب اقل من غيره في بعض الموارد كما اذا كانت قيمة يوم الغصب اقل من قيمة يوم التلف فيلزم خروج المغصوب عن سائر ما يتعلق به الضمان خروجا حكميا وبالجملة لو دلت التصحيحة على عدم وجوب التدارك الا بقيمة يوم المخالفة فيستكشف منها ان ما عدده مصداقا للتدارك من قيمة يوم التلف او الدفع خطأ والا يلزم اضعفية الغصب في عدم وجوب تدارك قيمته بعقد ما يتدارك به سائر المضمونات ولو في بعض الموارد نعم لو دلت التصحيحة على ضمان اعلى القيم فلا محذور في خروج المغصوب عن سائر المضمونات وكيف كان فالتصحيحة تدل على ان المدار على قيمة يوم الأخذ في موضعين الأول قوله نعم قيمته يغل يوم خالفه سواء كان يوم خالفه مضافا اليه القيمة او مضافا اليه مجموع المضاف والمضاف اليه او كان قيدا للأخص الحاصل من اضافة القيمة الى المغل او كان متعلقا بنعم الذي معنا يلزمك اما على الأولين فواضح لان معنى الحديث على الأول يلزمك قيمة المغل قيمة يوم المخالفة وعلى الثاني يلزمك القيمة الثابتة للمغل يوم المخالفة واما بناء على ان يكون متعلقا بنعم بان يكون الظرف لغوا متعلقا بمثبت لفعل الذي معنا يلزمك فانه وان لم يدل بالمطابقة على قيمة يوم المخالفة لان معنا انه يلزمك يوم المخالفة القيمة اما قيمة ذلك اليوم او قيمة يوم التلف او يوم الدفع فالحديث ساكت عنه الا انه

في الكلام مسامحة لان الضمان بالقيمة يوم الاداء والتلف

بالالتزام يدل على ان المدار على قيمة يوم المخالفة فانه لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول نفس العين في العهدة لكان
ذكر القيمة بلا موجب لان مالية المال اذا قدر بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة يكون القيمة قيمة ذلك اليوم لانه لا يعقل ان
يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة نعم وجوب الاداء يمكن ان يكون متأخرا ولكن قيمة اليوم
المتأخر لا يمكن ان تكون هي قيمة اليوم المتقدم وبالجملة كل من قال بضمان قيمة يوم التلف لكون الضمان بالقيمة في هذا اليوم
فعليا فلا يمكن ان يجعل المدار على قيمة غير هذا اليوم فالتزام المتن بقيمة يوم التلف ليس الا لفعلية الضمان بالقيمة في هذا اليوم
وهكذا على القول بيوم الدفع فلا وجه لما تمحله المص قده من جعل اليوم قيدا للقيمة او لقيمة البغل مع ما فيهما من المخالفة
للقواعد العربية والخروج عن طريقة اهل اللسان لانه لو كانت القيمة مضافة الى البغل فلا يعقل ان يضاف في عرض هذه
الاضافة الى امر اخر فانه يتوقف على لحاظين مستقلين متباينين وهكذا لو اضيف مجموع المضاف والمضاف اليه الى اليوم الذي
هو ظاهر المتن فان قوله قده فيكون اسقاط التعريف للاضافة صريح في ان البغل ايضا مضاف الى اليوم كاضافة القيمة التي هي
مضاف الى البغل اليه فانه لو كان مقصوده اضافة القيمة الى اليوم لا اضافة البغل اليه لما كان لسقوط حرف التعريف وجه
على اي حال فاضافة المجموع ايضا لا معنى له لانه يلزم الجمع بين اللحاظ الآلي والاستقلالي في لحاظ واحد فان جهة اضافة
المضاف هي معنى حرفي ولا بد من لحاظها مستقلا في الاضافة الثانية كما لا يخفى نعم يجوز الاضافة الطولية نحو مثل دأب قوم
نوح او حافر فرس جبرئيل ولكن الاضافة الطولية لا معنى لها في المقام لعدم معنى لقولك بغل يوم المخالفة فان البغل لا يمكن
ان يتخصص بيوم المخالفة وهكذا لا يمكن ان يتعلق اليوم بالاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل فانه معنى حرفي فالاوفق
بالقواعد العربية تعلق الظرف بنعم وهو ايضا يدل بالالتزام على ان المدار على قيمة يوم المخالفة بل لو قيل ان المقام من قبيل تتابع
الاضافات وحيث لا يختلف الاعيان باختلاف الايام فبدلالة الاقتضاء لا بد ان يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته
في ذلك اليوم لكان المدار ايضا على قيمة يوم المخالفة هذا مع ان البغل في بعض نسخ الكافي والاستبصار محلى باللام فيكون يوم
المخالفة حالا من القيمة بل لو كان غير محلى بالالف واللام يمكن ان يكون منونا بدلا عن اللام وبالجملة ظهور هذه الفقرة في
ان المدار على قيمة يوم المخالفة مما لا ينبغي التشكيك فيه لانه لو كان السؤال عن اصل الضمان لكان اللازم الاكتفاء بقوله ع
نعم فتعقيبه بقوله ع قيمة بغل يوم خالفته كاشف عن ان اصل الضمان كان مفروغا عنه عند السائل ولذا قال ارايت لو عطب
او نفق سيما بعد فتوى ابي حنيفة بان الضمان موجب لسقوط الكرى من باب الخراج بالضمان وانما كان سؤاله عن مقدار الضمان فاجاب
الامام عليه السلام بعد تقريره له اصل الضمان بقوله نعم عن المقدار بقوله ع قيمة بغل يوم خالفته او قيمة البغل يوم خالفته بنصب
اليوم الثاني قوله ع او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا او كذا فان اثبات قيمة يوم الاكتراء في
خصوص المورد ليس الا من حيث انه يوم المخالفة والتعبير به عنه لنكتة امكان اقامة الشهود لان الاكتراء يقع غالبا بمحضر

من الناس وعلى هذا فلا ينبغي طرح الرواية من باب دلالتها على ضمان العين المستأجرة بلا شرط الذي هو مخالف للقواعد
لأنها لم تدل على ضمان يوم الاكتراء الذي وقع الاجارة فيه صحيحا وبلا شرط الضمان بل تدل على ضمان يوم المخالفة وهذا على
طبق القواعد وحاصل الكلام ان ظهور الصحيحة في ان المدار على قيمة يوم المخالفة لا شبهة فيه انما الكلام في ما يتخيل انه موهن
لهذا الظهور وهو امور الاول قوله عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه وظاهره ان المدار في القيمة على قيمة يوم الرد
لا يوم المخالفة سواء كان اليوم قيدا للقيمة او متعلقا بافعال العموم المقدرة او متعلقا بعليك اما بناء على كونه قيدا للقيمة او
متعلقا بافعال العموم فواضح لان معناه عليك ما يتقوم به يوم الرد او القيمة الثابتة يوم الرد وما افاده المص في رد تعلق الظرف
بالقيمة بقوله اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا ففيه انه لم ينعقد الاجماع على عدم اعتبار يوم الرد بل قد انعقد على تبعية
النقص الحادث في تعين يوم قيمته ليوم قيمة اصل العين فلو قيل في اصل العين بيوم الرد فيتبعها الصفات ايضا فليكن هذه الصحيحة
دليلا ليوم الرد بناء على التبعية التي هي مسلمة واما بناء على كونه متعلقا بعليك فلما ذكرنا من الملازمة بين فعلية الضمان في
زمان وزمان القيمة ولكنك خبير بان هذا لا يوجب الوهن اصلا وان اخترناه في تعليقتنا سابقا وذلك لظهور هذا الكلام
في تعلق الظرف بعليك والملازمة ممنوعة في المقام لانها ثابتة في مقام اشتغال الذمة لا في مقام الفراغ والرواية ليست في
مقام بيان ان نقص الصفات موجب للضمان في يوم الرد بل مفادها ان يوم رد البغلة عليك التفاوت بين الصحيح والمعيب ولا
تعرض فيها على ان التفاوت يلاحظ يوم الغصب او يوم تلف وصف الصحة او نفس هذا اليوم الذي يرد فيه ورد المص هذا
الوهن بوجه آخر وهو احتمال ان يكون اليوم قيدا للعيب اي العيب الموجود حال الرد يوجب الضمان ولكن ضعفه بان العيب قد يرتفع
او ينقص يوم الرد ولازم كون اليوم قيدا للعيب ان لا يوجب ضمانا في هذين الصورتين مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك و
فيه انه ليس عدم سقوط الضمان مقتضى فتوى الكل بل المسئلة خلافية فقيل بسقوط الضمان مطلقا وقيل بعدم سقوطه مطلقا كما عليه
الفاضل في التذكرة وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن وما لم يكن كذلك كوصف الصحة فاذا زال السمن و
رجع فعليه الضمان بخلاف ما اذا حدثت نقطة في عين الدابة وارتفعت وهذا الاختلاف جار في العيب الموجود حال العقد
او الحادث بعده اذا زال قبل القبض ولكن الاقوى في الغصب عدم ارتفاع الضمان بارتفاع الوصف سواء ارتفع بفعل الله
سبحانه ام بفعل الغاصب ام الاجنبي لان ارتفاعه حصل في ملك المالك فلا ينتفع به الغاصب والاقوى في باب العقد ارتفاع
الضمان لان المدار في هذا الباب تسليم المبيع صحيحا وعلى اي حال ليس ضمان الوصف في باب الغصب مطابقا لفتوى جميع
الفقهاء هذا مضافا الى ان كون احد الاحتمالات مخالفا للفتوى لا يوجب ظهور الكلام في غيره فان الظهور لا بد ان يكون
مستندا الى اللفظ فالصواب ان العيب غير قابل لان يتعلق به الظرف لان المراد منه هنا الحاصل من المصدر وهو معنى اسمي
ليس فيه معنى الفعل ولا يمكن اشراب معناه فيه ولا يمكن ان يجعل اليوم صفة للعيب بان يكون الظرف مستقرا لانه نكرة والعيب

معرف باللام والظرف المستقر منحصر في النعت والصلة والحال والخبر وكل منها لا محل له في المقام الثاني قوله ع او يأتي صاحب
البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك فانه لو كان العبرة بيوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول
قول المالك مع كونه مخالفا للاصل فان الاصل براءة ذمة الضامن عما يدعيه المالك وهذا بخلاف ما اذا قلنا بيوم
الدفع فان القول قول المالك لكونه مطابقا للاصل لان القول بيوم الدفع مرجعه اما الى بقاء العين بخصوصيتها الى
يوم الدفع في عهدة الضامن واما الى بقاء ماليتها الغير المتقدرة بالقيمة فاذا ادعى المالك زيادة قيمة العين او الوصف
يوم الدفع فالقول قوله لان الاصل عدم فراغ ذمة الضامن بما يدفعه بدلا عن التالف فان ظاهر السؤال في قول
السائل فمن يعرف ذلك هو السؤال عن صورة التنازع فكون قول المالك موافقا للاصل منحصر في ان يكون المدار على
يوم الدفع وفيه انه يمكن النزاع في تنزل القيمة يوم المخالفة مع اتفاقهما في القيمة قبل ذلك فيدعي الغاصب التنزل فالقول
قول المالك الثالث ان سماع البينة من المالك لا يجتمع مع كون القول قوله فلا بد من ان يجعل سماع البينة منه في
مورد وكون القول قوله في مورد اخر وهذا يتم على القول بيوم التلف بحمل الرواية على صورتين الاولى ما اذا اختلفا في
تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما على قيمته سابقا فيدعي الغاصب التنزل فالقول قول المالك الثانية ما اذا اختلفا في
قيمته سابقا مع اتفاقهما على بقائه عليها الى يوم التلف فالقول قول الغاصب لاصالة البراءة وعلى المالك اقامة البينة على
ما يدعيه واما بناء على يوم المخالفة فلا بد اما من حمل النص على التعبد وان البينة تسمع من المنكر في خصوص الغصب او غصب
الدابة واما من حمل كون قول المالك موافقا للاصل على ما اذا اتفقا على القيمة قبل الغصب واختلفا في التنزل يوم الغصب
فيدعي الغاصب التنزل وكلاهما بعيد فيه اولا ان مجرد الاستبعاد لا يثبت المدعى لان للخصم دعوى الاستبعاد في بعض الموارد
على الوجه الاخر ايضا فكما يمكن فرض مورد سماع البينة من المالك غير مورد كون القول قوله بناء على القول بيوم التلف فكذا
يمكن اختلاف الموردين على القول بيوم المخالفة وثانيا يمكن حمل الرواية على صورة واحدة وهي دعوى الغاصب كون الدابة
معيوبة حين اكتريها فالاصل مع المالك لاصالة الصحة او دعوى التنزل عما اتفقا عليه سابقا قبل يوم المخالفة وسماع
البينة منه انما هو لدفع اليمين عن نفسه فيكون الصحيحة من الادلة الدالة على سماع البينة من المنكر كما في قضية السرج المعروفة
وهي ان عيسى بن موسى امر رجلا في السعي ان يدعي البغلة التي عليها ابو الحسن موسى عليه السلام فاتاه وتعلق باللجام و
ادعى البغلة فثنى ابو الحسن ع رجله ونزل عنها وقال لغلمانه خذوا سرجها وادفعوها اليه فقال السرج ايضا لي فقال ع كذبت
عندنا البينة بانه سرج محمد بن علي واما البغلة فانا اشتريناها منذ قريب وانت اعلم بما قلت هذا تمام الكلام في مدرك
القول بان المدار على قيمته يوم المخالفة واما مدرك ساير الاقوال فمدرك اعلى القيم وجوه الاول ظهور الصحيحة فان قوله ع يوم
خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان والمفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب فالغاصب خالف المالك فيه

ولا موجب لأن يكون القيمة ملحوظة في أول حدوث المخالفة بل إذا فرض قيمة العين في يوم أعلى من ساير الأيام فيضمنها الغاصب
وإن تنزلت بعد ذلك أو لم يكن بهذا المقدار في أول الأيام ولامتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى
وينحصر في الأعلى الثاني ما تقدم من أن تفاوت الرغبات أيضا كالصفات يدخل تحت الضمان الثالث ما ذكره المصنف قده من أنه إذا
تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها فلا إشكال في ضمان الأعلى بناء على الاعتبار بيوم التلف فكذلك إذا حيل بينها وبين المالك
حتى تلفت فيضمن الأعلى ولو تنزلت يوم التلف لكون الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها الرابع
قاعدة نفي الضرر ولكن لا يخفى أن هذه الوجوه كلها تقتضي عدم الفرق بين رد العين وبين تلفها مع أنهم لا يلتزمون بذلك
ولو قيل بأن ضمان الأعلى مشروط بالتلف لقلنا بأن هذا يمكن بناء على الوجه الأول والثالث وأما الثاني والرابع فلا وجه
لتقدير التلف في العين بل نفس تلف الوصف كاف لثبوت ضمانه على الغاصب هذا مع أن التمسك بقاعدة الضرر لا وجه
له في مثل المقام لأن نفي الضرر حاكم على الأدلة المثبتة للتكاليف وليس مثبتا لحكم يرفع به الضرر فالحكم بوجوب دفع الأعلى
حتى لا يرد الضرر لا يستفاد من لا ضرر وأما مدرك يوم الدفع فمن وجوه أيضا الأول الصحيحة فإن قوله ع يوم ترده عليه ظاهر
في أن المدار على يوم الرد وفيه ما تقدم من عدم الدلالة وحكي عن صاحب الجواهر أن لفظ يوم ليس في نسخة التهذيب المصححة
فبناء عليه عدم الدلالة على يوم الدفع في غاية الوضوح ولكن ما أفاده معارض أولا بنسخ الكافي الذي روى التهذيب عنها
فإن لفظ يوم موجود فيها كما هو موجود في الوسائل وغيره وثانيا في مقام الدوران بين الزيادة والنقصان الترجيح مع عدم
الزيادة ولا ينافي ذلك اشتراك كل منهما في الأصل العقلائي وهو أصالة عدم الغفلة لأن الغفلة بالنقص أقرب إلى الإنسان
من الغفلة بالزيادة فإن زيادة الراوي من عند نفسه في غاية البعد وثالثا مقتضى القواعد العربية لو لم يكن لفظ يوم أن يقال
تردها عليه لانحصار المرجع في القيمة وهذا بخلاف ما إذا كان لفظ يوم في العبارة فإن مرجع الضمير هو البغل لعدم إمكان إرجاع
الضمير إلى القيمة لأنه لا معنى لأن يقال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترد القيمة لأنه ليس للقيمة قيمة يوم الرد الثاني
قوله ع على اليد ما أخذت حتى تؤدي بناء على ما استظهرناه منه من أنه ظاهر في استقرار نفس المأخوذ في عهدة الأخذ وتلفه لا
يقتضي انقلابه إلى القيمة بل يبقى المال غير متقدر بالقيمة إلى يوم الأداء الثالث تسالم الأصحاب على صحة المصالحة بين التالف
وأي مقدار من القيمة ولو كان التلف موجبا للانقلاب إلى القيمة لم تصح المصالحة إلا على مقدار ما يساوي قيمة التالف وإلا
لزم الربا فعدم ملاحظة أحكام الربا كاشف عن أن العوضين ليسا متجانسين وأما مدرك القول بيوم التلف فهو الأخبار
الواردة في باب الرهن والعتق أما الأول ففي الوسائل عن ابن حمزة سألت أبا جعفر ع عن قول علي عليه السلام يترادان الفضل
فقال كان علي ع يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه
وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن قال وكذلك كان قول علي ع في الحيوان وغير ذلك وفيه أيضا عن إسحق بن عمار

سئلت ابا ابراهيم ع عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلثمائة درهم فيهلك على الرجل ان يرد على صاحبه مائتي
درهم قال نعم لانه اخذ رهنا فيه فضل وضيعه قلت فهلك نصف الرهن قال على حساب ذلك قلت فيتزادان الفضل قال
نعم فهذان الخبران يدلان على امرين الاول ان القيمي بمجرد التلف ينتقل الى القيمة الثاني انه يحتسب التالف قهرا في مقابل
الدين والتهاتر القهري لا يمكن الا بالانتقال الى القيمة في يوم التلف والا كان على الراهن ان يؤدي الدين ويأخذ حقه
من المرتهن اما بقيمة يوم الاتلاف او يوم الدفع او اعلى القيم او يوم التفريط لو كان غير يوم التلف وحملهما على الاحتساب
بالتراضي لا شاهد له لا سيما الاخير فان ذيله وهو قوله ع على حساب ذلك يدل على ان مجرد التلف يوجب فراغ ذمة الراهن
بمقدار ما تلف بتفريط المرتهن نعم لا بد من حملهما على ان الرهن قيمي لا مثلي وان الدين من النقدين ولا بعد فيه كما يدل
عليه ذيل الخبر الاول حيث قال ع وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان ولو نوقش فيهما ففي الباب اخبار صريحة في
السقوط كقوله ع وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء وقوله ع وان كان الرهن يسوي ما رهنه فليس عليه شيء وفي خبر اخر وان
كان الرهن يسوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه اي الرهن بدل عن الدين واما الثاني فعن عبد الرحمن عن ابي عبد الله ع عن
قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي فقال ع نعم يؤخذ منه بقيمته يوم اعتق وفي معناه
روايات اخر واستدلوا ايضا بالاخبار الواردة في باب الاجارة ولكن لا يخفى ما في الجميع فانها واردة في باب الاتلاف ولو
فرض ان اطلاق اخبار الرهن يشمل صورة التلف فلا بد من حمله على صورة التعدي والتفريط والا فليس المرتهن ضامنا عند التلف
وموضوع البحث هو صورة التلف ولا دليل على اشتراكهما في الحكم هذا مع ان يوم الاتلاف والتعدي في باب عتق شقص
من العبد وفي مسئلة الرهن والاجارة هو يوم المخالفة غالبا فان يوم التعدي والتفريط الذي هو يوم المخالفة هو اليوم الذي
يتلف الرهن فتحصل مما ذكرنا ان كون المدار على يوم المخالفة هو اقوى الاقوال وبعده يوم الدفع بل لا يبعد ان يقال
ان المتفاهم بحسب العرف والعادة كون اليد والاستيلاء على العين سببا لتقدير القيمة وكون العين بماليتها الغير المتقدرة
في عهدة الضامن ليس امرا ارتكازيا لان المال عند العرف هو المقدر بالقيمة هذا مع ان حكمهم بجواز مطالبة المالك لقيمة
العين في صورة تعاقب الايدي مع امكان مطالبته ممن يكون العين تحت استيلائه ظاهر في ان الغصب سبب لتحقق الضمان
فعلا بقيمة المغصوب والا لم يكن وجه لجواز مطالبته من الغاصب الاول مع وجود العين في يد الغاصب الثاني بل لا يمكن الجمع
بين عدم فعلية الضمان اذا كان العين موجودة ولم يتمكن الغاصب من ردها الى مالكها وبين القول بوجوب بدل الحيلولة مع
ان القول بيوم الدفع بناء على كون العين في الذمة يقتضي ضمان منافعها ايضا والظاهر بل المتيقن عدم التزامهم به فيكشف
عن ان المدار على زمان وضع اليد على العين وكيف كان فالمسئلة مشكلة والالتزام باثار الاقوال اشكل كما سيظهر ذلك ان شاء الله
فينبغي لتوضيح جميع ما تقدم من التنبيه على امور الاول قد يتخيل في بادي النظر التنافي بين ما تسالم عليه المشهور من صحة المصالحة

على المال التالف باي مقدار من الدرهم او الدينار وبين قولهم بيوم التلف لانه لو كان المال منتقلا الى القيمة يوم التلف
فالمصالحة على العين لا وجه له بل قد يتفق مضافا الى ذلك صيرورة المعاملة ربوية فالمصالحة عليها انما يصح على القول بيوم
الرد كما تقدم انه احد الوجوه الدالة عليه ولكنه يمكن الجمع بينهما بان يكون مقتضى الاصل هو يوم الدفع ومقتضى الدليل هو يوم التلف
بمعنى ان القائل بيوم التلف لا يقول بانتقال العين في يوم التلف الى القيمة حتى لا يصح المصالحة عليها بل يلتزم ببقاء المال
غير متقدر بالقيمة الى يوم الدفع ولكن يوم الدفع اذا قدر بالقيمة يقدر بقيمة يوم التلف للادلة الدالة على تعيين قيمة ذاك
اليوم ونظير ذلك اجتماع الضمان يوم المخالفة مع بقاء العين في ذاك اليوم فان معنى كون المدار على يوم المخالفة ليس بمعنى
انتقال العين الى القيمة في ذاك اليوم ولا بمعنى اجتماع ضمان العين والقيمة معا بل معناه ان يوم التلف يقوم بقيمة يوم المخالفة
نعم مقتضى ذلك ان يكون القول قول المالك عند الاختلاف سواء قلنا بقيمة يوم المخالفة او يوم التلف ولا يختص بما اذا
قلنا بقيمة يوم الدفع لان الشك بناء على كون العين بماليتها الغير المتقدرة في الذمة يرجع الى الشك في الخروج عن العهدة
لا الى الشك في الاشتغال فان رجوع الشك اليه انما يصح بناء على الانتقال الى القيمة الثاني قد تقدم ان تلف الوصف
ايضا كتلف العين موجب للضمان وهذا من غير فرق بين الاوصاف الخارجية كوصف الصحة والكتابة والسمن ونحو ذلك و
الاوصاف الاعتبارية ككون الشيء في زمان كذا او مكان كذا فانه مما يزيد في مالية المال وليس كتفاوت الرغبات وقلة المال
اي فرق بين نقصان القيمة السوقية ونقص القيمة الحاصل باختلاف الزمان والبلاد فلو رد العين في غير هذا الزمان او المكان
وجب تدارك نقص قيمتها وبناء عليه يجب رد النقص الخاص لا رد قيمة اخر الازمنة او الامكنة الذي يخرج العين فيه عن القيمة
لانه لو كان للزمان او المكان خصوصية فلا وجه لتدارك قيمة قبيل خروج العين عن المالية فلو نقل الماء عن مفازة الحجاز
الى محل اخر للماء قيمة فيه ايضا وجب تدارك النقص نعم نقصان القيمة السوقية بناء على القول بوجوب تداركه مختص بما اذا
تلف العين لا مطلقا وذكرنا ان هذا ينافي القول باعتبار الاعلى لان القول به معناه الحاق القيمة السوقية بساير الصفات
فاعتبار تلف العين فيه مشكل الثالث لو تعذر الوصول الى العين فهل حكمه حكم التلف قولان المشهور ذلك وتبعهم المصنف قده
فقال ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه وان لم يهلك كما لو سرق او غرق
اه لا يخفى انه يسمى هذا الضمان ببدل الحيلولة وتوضيح ذلك يتوقف على بيان امور الاول في تنقيح مورده وهو على ما يستفاد
من كلمات الاعلام صرف التعذر لا التلف وما بحكمه كما اذا خرج المال عن المالية شرعا او سرق ولم يعرف السارق بحيث لا
يتمكن من رده الى مالكه عادة ونحو ذلك مما يعد تالفا عرفا كما في الغرق ونحوه فان في هذه الموارد لا يضمن الا قيمة المال او
مثله لا بدل الحيلولة نعم في بعض الموارد يشك انه من مصاديق التعذر او التلف كما لو غرق ولم يحصل اليأس من الوصول اليه
فالاولى تأسيس الاصل في المسئلة ثم بيان موارد الغرامات التي يكون التعذر منها ثم بيان اقسام التعذر اما الاصل في المسئلة

في البحث عن بدل الحيلولة

فقد يقال ان مقتضى قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ان يكون المال بجميع خصوصياته الشخصية والمثلية و
الصفات والمالية والسلطنة عليه في عهدة الضامن بمجرد وضع اليد عليه خرج منه صورة رد العين اجماعا فيبقى الباقي
فيشمل صورة التلف وما بحكمه وصورة التعذر باقسامه لانه لو كان المال بماليته وخصوصياته في عهدة الغاصب مشروطا
بعدم رده فاذا لم يمكن رد عينه فللمالك مطالبة بدله سواء صدق التلف او التعذر ام لم يصدق خرج المال عن القيمة ام
لم يخرج كان التعذر عقليا ام عرفيا كان زمانه قصيرا ام طويلا حصل اليأس من العين ام لم يحصل وقد يقال كما هو
المتبادر بدوا ان عموم على اليد لا يقتضي الا ضمان مالية المال عند التلف لا ضمان شخص المال فضلا عن توابعه الا بمعنى
رده تكليفا فكون العين تحت سلطنة المالك ليس مما يدخل تحت ضمان الغاصب حتى يجب ان يخرج عن عهدة ذلك مع
بقاء العين فثبوت البدل عند التعذر والحاقه بالتلف يتوقف على دليل ثم بناء على هذا يصير الاصل على عكس الاصل بناء
على الاول لانه اذا شك في صدق التلف او التعذر فالاصل براءة ذمة الغاصب ومن بحكمه واما موارد الغرامات فاربعة
الاول التلف الحقيقي الثاني تلف جميع الانتفاعات في جميع الازمنة وهذا على قسمين قسم يخرج العين فيه عن الملكية
ولا يبقى الا حق الاختصاص كصيرورة الخل خمرا والدهن نجسا بناء على عدم جواز الانتفاع بهما اصلا وعدم الانتفاع
المعتد به وقسم لا تخرج فيه عن الملكية كما اذا انكسرت المرآة او الظروف الصينية ونحوهما الثالث تلف بعض الانتفاعات
الذي ليس مما يتقوم به الملكية في جميع الازمنة كما لو صار الحيوان موطوئة فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائما في
بلد الوطي لا في سائر البلاد الرابع تلف جميع الانتفاعات في بعض الازمنة كاللوح المنصوب في السفينة الذي يخاف نزعه
على النفس المحترمة ولو كان هو الغاصب او تلف مال غير الغاصب ولا شبهة في ان الثاني ملحق بالاول فانه في حكم التلف اما
شرعا او عرفا واما الثالث فلولا الدليل على الضمان لكان مقتضى القواعد العامة عدمه لعدم فوت معظم الانتفاعات واما
الرابع فهو مورد البحث في ثبوت بدل الحيلولة وعدمه وعلى اي حال بدل الحيلولة لا يقتضي دخول المبدل في ملك الضامن
فانه غرامة عن المبدل لا انه عوض عنه فتفصيل المص بين غرامة الحيوان بالوطي وساير الغرامات حيث اختار دخول الحيوان في
ملك الغارم دون غيره لا وجه له لان وجوب الغرامة لو اقتضى ملكية المتدارك من باب عدم امكان الجمع بين العوض والمعوض
لاقتضى في الجميع ولو لم يقتض ذلك لا يقتضي في الجميع وتوهم انه اذا خرج الحيوان عن ملك المالك فلا بد ان يدخل في
ملك الغارم والا يبقى الملك بلا مالك فاسد اما اولا فلانه لا موجب لخروجه عن ملك المالك فان الغرامة ليست عوضا
حتى يقتضي دخولها في ملك المضمون له خروج العين التي وجب على الضامن غرامتها عن ملكه واما ثانيا فلان خروجها عن
ملكه لا يقتضي دخولها في ملك الغارم لامكان دخولها في بيت المال الا ان يقال ان تفصيل المص مستفاد من نفس
الرواية الدالة على غرامة الحيوان فان قوله يغرم ثمنه ظاهر في ان الحيوان بالوطي يدخل في ملك الواطي فان التعبير بالثمن

في موارد الغرامات

في اقسام التعذر

انما هو لبيان ذلك واما اقسام التعذر فاصولها اربعة الاول ان يكون لسرقة المال المضمون مع معرفة السارق او لاباق
العبد وحاصله ما تمكن الضامن من رده ذاتا وانما تعذر لعارض خارجي الثاني ان يكون لعدم التمكن خارجا كالرطوبة الباقية
على اعضاء الوضوء الثالث ان يكون لخروج المال بالرد عن المالية كالخيط المغصوب الذي خيط به الثوب فانه قد يكون اخراجه من
الثوب مفضيا الى التلف الرابع ان يكون لخلطه بمال اخر ولا يخفى ان بدل الحيلولة انما يجري في القسم الاول دون غيره
وسنشير الى ذلك ان شاء الله الامر الثاني في الادلة التي اقاموها على لزوم بدل الحيلولة وهي امور الاول قاعدة لا ضرر وفيه

في الوجوه الدالة على بدل الحيلولة

ان هذه القاعدة كقاعدة لا حرج انما تكون حاكمة على الاحكام الثابتة في الشريعة الشاملة باطلاقها لمورد الضرر فكل مورد
استلزم من تشريع الحكم فيه ضرر على المكلف فهذا الحكم مرفوع واما الحكم الغير الثابت الذي يلزم من عدم ثبوته ضرر على شخص
فبقاعدة لا ضرر لا يمكن اثباته لان القاعدة ناظرة الى نفي ما ثبت من الاحكام الشرعية وعدم حكم الشارع بالضمان ليس من
الاحكام المجعولة في الشريعة الثاني ان فيه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع البدل الى الضامن وفيه انه لو ثبت حق للمالك
على الضامن مع بقاء عين ماله لكان دفع القيمة اليه ما دام العين خارجة عن تحت استيلائه جمعا بين الحقين وهذا يتوقف على
كون مجرد وضع اليد على العين مع بقائها موجبا لتعلق حق فعلي بالبدل للمالك على الغاصب وهذا مما لا يلتزم به احد حتى
بناء على القول بان المدار في القيمي على يوم المخالفة لانه ليس معناه فعلية الضمان بالقيمة والعين بل فعليته بالنسبة الى القيمة
مشروطة بالتلف غاية الامر انه يلاحظ قيمته يوم المخالفة واما بدون تلف العين فلا حق له الا على العين الثالث عموم الناس
مسلطون وفيه انه لا سلطنة له الا على العين وعموم السلطنة لا يثبت الصغرى الرابع كون الغاصب حائلا بين المالك وملكه
وفيه ان الحيلولة ليست من موجبات الضمان مستقلا الا اذا دخل تحت اليد او الاتلاف والمفروض ان قاعدة اليد لا تقتضي رد
البدل مع عدم التلف والمفروض عدم الاتلاف الخامس انه فوت سلطنة المالك فيجب عليه تداركها وفيه انه ليس للمالك
الا الملك واما السلطنة عليه فهي من احكام الملك فلا معنى لتعلق الضمان بها وهذا مراد المحقق الثاني الذي هو ترجمان
الفقهاء من قوله جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه وحاصل اشكاله ان مجرد منع الضامن عن اعمال المالك
سلطنته في ماله وحيلولته بينه وبين ماله لا يوجب ان يكون القيمة واجبة عليه الا ان يقال ليس المراد من السلطنة التي التزم المصنف قده
بتداركها هي الحكم الشرعي بل المراد هي الجدة الاعتبارية فالبدل بدل لهذه الجدة التي هي عبارة عن كون المال تحت استيلاء
المالك يتقلب فيه ما يشاء ويتصرف فيه ما يريد بل قيل هذه هي التي تقع متعلقة للاجارة في مثل الدار والدكان فان الاجرة تقع
بازاء كون العين تحت يده فاذا كان الضامن سببا لتفويت هذه الخصوصية على المالك وجب عليه تداركها وهو لا يتحقق الا
باداء ما هو بدل المال من المثل او القيمة حتى يتصرف المالك فيه على مشيته وفيه ان مقتضى ذلك اما ضمان المنافع او التفاوت
بين كون العين تحت استيلائه وبين كونها خارجة عنه لا بدلها فان المالك وان لم يقدر على جميع انحاء التقلبات في ماله

لو ارتفع التعذر

بواسطة الحيلولة الا ان هذا لا يقتضى الا ضمان المنافع او النقص فاما يستحق اجرتا او ارشا فالاولى الاستدلال لما ربما اشرنا اليه فى صدر البحث وهو ان على اليد يقتضى كون الضامن ضامنا للمأخوذ بجميع خصوصياته الشخصية والنوعية والمالية والصفات السلطنة فاذا كان ماليته فى عهدته فاطلاقه يقتضى عدم الفرق بين ان يكون التعذر دائما او موقتا نعم يرد عليه ان مع بقاء العين لا وجه لدخول ماليته المالى فى عهدة الاخذ بل تتعلق الضمان بما ليته انما هو فى طول تعلق الضمان بالعين فان ظاهر الحديث ان نفس المأخوذ فى عهدته غاية الامر ان وجوب الرد حيث انه ليس حكما تكليفيا محضا يقتضى اداءه هو هو عند التلف الا ان يقال انه بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد من الحديث الشريف ان الاخذ ما يجب عليه رد المأخوذ بشخصه واما ما يصدق عليه انه اداء له مالم يتمكن من رد شخصه لا يرى العرف فرقا بين التلف والتعذر من حيث دلالة الحديث فان استقرار العين فى عهدة الضامن يقتضى ان يخرج من تبعات ماليته نعم اذا كان زمان التعذر قصيرا جدا فليست هذه المناسبة متحققة كما انه لا يصدق الضرر ايضا الامر الثالث هل المدار فى التعذر على التعذر المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه ومن التعذر العرفى وجهان مبنيان على ما تقدم من الاختلاف فى تقريب الاصل فى المسئلة ولكن مقتضى الادلة عدم الفرق بين الصورتين فان فوت سلطنة المالك والضرر عليه مشترك بينهما ففى مورد التعذر العرفى وان وجب على الضامن السعى فى تحصيل العين الا ان هذا لا ينافى وجوب البدل فى زمان السعى ولا وجه لاجراء استصحاب عدم تسلط المالك الذى كان قبل التعذر فانه محكوم باطلاق على البدل عموم السلطنة وقاعدة لا ضرر وغير ذلك من الادلة التى اقاموها على ثبوت البدل واستحقاق المطالبة كما ان مقتضى الادلة ايضا عدم الفرق بين العلم بحصول العين بالياس منه رجاء ولا وجه لاختصاص مورد الياس وليس دليل بدل الحيلولة لبيا حتى يكون المتيقن منه صورة الياس ثم لا يخفى ان حجية البحث فى التعذر العقلى او العادى غير حجية البحث فى تقييد التعذر بمورد الياس والطلاقه لان الياس من الحصول تارة يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما ان العلم بوجدانها بعد رجاء وجدانها قد يوجب سقوط التكليف فعلا لكونه متعذرا لحصوله عقلا فى هذا الحال اما للمنع الشرعى الذى هو كالامتناع العقلى كما فى اللوح الذى يوجب نزعه تلف النفس المحترمة او مال غير الغاصب واما للمنع الخارجى الناشئ لكل من مورد الياس والعلم قابل لتقسيمه الى التعذر العقلى والعرفى كما ان طول الزمان وقصره ايضا قابل لتقسيمه اليهما والى الياس والعلم فما اورده السيد فى حاشيته بعد قول المصنف الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله لا يخفى ان هذا ليس مطلبا اخر بل هو نفس الوجه الاخير الذى بيده بان فيه جمعا بين الحقين كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الاول وهو الياس من الوصول فلا وجه للتكرار غير وارد فتدبر وكيف كان لو قلنا بان المالك يستحق المطالبة بالبدل من الضامن بمجرد اخذ البدل غاية الامر انه مشروط بالتلف او التعذر فلا فرق بين امثلة التعذر الا ان يكون زمانه قصيرا جدا

الامر الرابع فى الاحكام المتفرعة على بعد ثبوته وهى فى ضمن مسائل الاولى هل البدل ملك للمالك او مباح له وجهان

فى ان التعذر هل يتعين العين او يتخير

والاقوى كونه ملكا له لانه لو ثبت للمالك حق في اخذ البدل فهو ملك له ولو لم يثبت فلا يباح له ايضا والالتزام بالاباحة
حتى لا يجتمع العوض والمعوض في ملك المالك لا موجب له لانه يمكن اولا الالتزام بكون العين المتعذر ردها ملكا للضامن
كما اختار ذلك صاحب الجواهر قده في بعض اقسام التعذر كالخيط الذي برده يتلف او يتلف المخيط والرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء
واختار ذلك السيد المحشي قده في جميع اقسام التعذر بل في التلف الحقيقي وهذا وان لم يستقم كما سيجيء وجهه الا انه يرفع اشكال
الجمع وثانيا وجوب البدل ليس الا من باب الغرامة لا المعاوضة فاذا كان كل واحد من البدل والعين المتعذر ردها ملكا للمالك
فلا محذور فيه لان اجتماعهما كاجتماع الارش والعين المعيبة ولكن الصواب ان يقال لو كان البدل بدلا عن المالية بان استفدنا
وجوبه عن عموم على اليد فهو ملك للمالك ولو كان بدلا عن السلطنة الفائتة فمقتضاه كونه مباحا له كالاباحة في المعاطاة
لان ما فات عن المالك هو آثار الملك وهي التصرف والتقلب فيه كيف شاء فلا بد ان يقام مقامه ما جاز للمالك التصرف فيه حتى
المتوقف على الملك كما كان له السلطنة على عينه قبل التعذر ومقتضى ذلك هو الاباحة المطلقة والالتزام بالملكية انا ما في
التصرف المتوقف على الملك لا الملكية من اول الامر وكيف كان لم يجتمع عند المالك العوض والمعوض ولا البدل والمبدل
لان الغرامة لو كانت مباحة له كانت بدلا عن السلطنة الفائتة ولو كانت ملكا له فهي بدل عن مالية ماله التي فاتت منه زمان
التعذر الثانية هل البدل بدل للعين دائما او ما دام التعذر او ما لم يرد العين او تفصيل بين القول بالملكية والاباحة وجوه
والاقوى كونه موقتا مطلقا فيعود الى ملك الغارم او الى تحت سيطرته بعد التمكن او بعد رده العين على الوجهين الآتيين وذلك
لان من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد ان الحيلولة او التعذر موضوع للحكم بوجوب الغرامة وعنوان له لا انه علة له حتى يمكن
ان تبقى الغرامة للمالك دائما لاحتمال كون حدوثه انا ما كافيا لبقائها له ابدا كما في مسئلة التغير الذي هو علة لثبوت النجاسة في الماء
لا عنوانا للموضوع بل لو شك في كونه عنوانا او علة لكفى في عدم جريان استصحاب بقاء حق المالك وبالجملة بعد التمكن او بعد رد العين
لا وجه لبقاء الغرامة في ملك المالك او تحت سلطانه فانها وان لم تكن عوضا بل كانت اما بدلا عن السلطنة او بدلا عن المالية
الا ان بدليتها كانت موقتة لا دائمية الا ان يقال انها لو كانت بدلا عن السلطنة فحيث انها كانت بدلا عن السلطنة الفائتة
التي لا ترجع الى المالك ابدا فتبقى هذه ايضا على البدلية دائما بل يمكن ان يقال ايضا بالملكية الدائمية على القول بالملك
من جهة عدم ثبوت الملك الموقت في الشرع ولكن الحق عدم امكان الالتزام بالسلطنة الدائمية ولا بالملكية كذلك ولا يجري
الاستصحاب على الوجهين اما بناء على بدليتها عن السلطنة فلان مقدار ما فاتت من السلطنة تتدارك بالغرامة فاذا عادت فتعود
الغرامة ايضا الى الغارم واما بناء على كونها بدلا عن المالية فلان القول بان الملكية الموقتة غير ثابتة في الشرع غير مسموع
لان ثبوتها كذلك لم يقم برهان على امتناعه الا في البيع لقيام الاجماع على بطلانه كذلك فاذا اقتضى الدليل التوقيت في
غير البيع فيتبع هذا مع ان في الاوقاف الخاصة الملك للبطون ليس دائميا الثالثة هل العين التي يجب على الضامن

في ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له او مباح

في ان البدل يرجع الى الضامن لو رد العين

غرامتها ملك للضامن مطلقا او باقية في ملك المالك مطلقا او تفصيل بين الغرامات وجوه قد تقدم ان كل مورد دل الدليل
على كون الغرامة ثمنا فيستكشف منه ان وجوب دفع الغرامة من باب المعاوضة الشرعية القهرية وما لم يقم دليل عليه فلا موجب
لدخول العين في ملك الغارم من غير فرق بين التعذر باقسامه والتلف الحقيقي والعرفي وجريان الربا فيها لا يدل على كون
الغرامات من باب المعاوضة الا اذا قلنا بالتلازم بينهما وبناء عليه لا نلتزم بجريان الربا فيها فان عدم صحة رد الزائد والناقص
في الكيل او الموزون بدلا عن التالف والمتعذر ليس اتفاقيا وبناء على ثبوت الاتفاق ليس اختصاص الربا بالمعاوضات اتفاقيا
وبالجملة الغرامة لا معاوضة مالكية ولا شرعية قهرية فان الدليل الدال على الضمان لا يقتضي كون العين ملكا للضامن سواء صارت
تالفة حقيقية ام عرفا كما اذا خرجت عن قابلية الانتفاع بها كالاواني المكسورة والماء المصبوب على اعضاء الوضوء او شرعا كما
اذا صار الخل خمرا او صارت متعذرة كمورد بدل الحيلولة بل في التلف الحقيقي لا يعقل دخول التالف في ملك الضامن وللقطع
باتحاد الحكم في جميع موارد الغرامات نحكم بعدم دخول المبدل في ملكه مطلقا بل يبقى في ملك مالكه وذلك لان في التلف الحقيقي
اما ان يقال بدخول التالف في ملكه قبل التلف او بعده فلو قيل بدخوله قبله كدخوله في تلف المبيع قبل قبضه انا ما في ملك
البايع وكذلك في المعاطاة ففيه اولا انه يلزم تقدم المعلول على علته بيان الملازمة واضح فان التلف علة للغرامة والغرامة
علة لدخول التالف في ملك الغارم فكيف يدخل في ملكه قبل التلف الذي هو علة لعلته والقول بان في الرتبة السابقة على
التلف يقدر التالف ملكا للضامن لا في الزمان السابق عليه لا يستقيم لامتناع التقدم الرتبي ايضا وثانيا ان هذا يقتضي
التقدير في التلف الحكمي والتعذر باقسامه فيلزم ان يكون التعذر بنفسه موجبا لملكية المتعذر للغارم ولازم ذلك ان
تكون منافعه قبل اداء الغرامة له ولا اظن ان يلتزم به احد ولو كان بعده فدخول المعدوم في الملك امر لا يعتبره العقلاء وفرضه
موجودا لا يجعله موجودا مع انه بلا موجب وبالجملة حيث ان الغرامة سادة للثلمة التي وردت على ملك المالك فلا يقتضي
لزومها على الغارم دخول عين المالك في ملكه لانها ليست بدلا عن نفس العين فبقاء العين في ملك المالك لا يقتضي الجمع
بين العوض والمعوض ولا البدل ولا المبدل ثم ان مقتضى ذلك انه لو خرج العين عن قابلية التملك كما اذا صار الخل خمرا كان
المالك اولى من الضامن به ويبقى حق الاختصاص له ولا يقال لم يكن له حق الاختصاص في عرض الملك لان لكل منهما موردا
مستقلا ولا يجتمعان في مورد واحد حتى يبقى احدهما بعد زوال الاخر فاذا زالت الملكية فاما يلحق بالمباحات الاصلية فهو
لكل من سبق اليه واما للغاصب لكونه في يده وعلى اي تقدير فثبوت الاولوية للمالك مشكوكة لانها جديدة تتوقف على سبب
والاصل عدمه لانا نقول ليس الحق امرا مغايرا للملك بل هو من شؤونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى لانه عبارة عن
اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهي حاصلة للمالك ومحفوظة في جميع الحالات المتواردة على الملك فهي كالهيولى
لا تزول بزوال الصور النوعية فاذا صار الخشب رمادا لا يزول عنه اضافة المالك بل قد لا تزول الصورة كالماء الخارج

عن المفازة والجمد الباقي من الصيف الى الشتاء ولا يصح قياس الملك والحق على الوجوب والاستحباب لانهما متغايران بالملاك
ولكل منهما مصلحة مستقلة فاذا نسخ الوجوب لانتهاء مصلحته فلا تبقى مرتبة ضعيفة من الطلب حتى يبقى الاستحباب فانه يحتاج
الى ملاك مستقل والجامع الطلبي لا يكفي للحكم بالاستحباب ولذا عدا حكمين متضادين نعم لو احرزنا ملاك الاستحباب في ضمن
ملاك الوجوب لقلنا ببقائه بعد نسخ الوجوب ثم ان هنا قولا بالتفصيل بين من كان يده يدا تبعية كيد الوكيل والودعي والمرتهن و
كل يد امانية فحق الاختصاص للمالك ومن كان يده يدا استقلالية كالغاصب والاخذ بالعقد الفاسد فهو له ولكن الاقوى
ما عرفت من بقاء حق الاختصاص للمالك مطلقا لكونه من مراتب الملك بل لو قيل بانه من احكام السلطنة واثارها فهو له ايضا
لانه اذا كان من اثار السلطنة على الشيء ثبوت حق الاختصاص فيه فهذا غير قابل للزوال بزوال الملكية نعم لو قيل بان الحق والملك
متغايران ذاتا وموردا فيجيء النزاع في انه لمن سبق اليه او للمالك مطلقا او لمن كان يده يدا استقلالية وعلى هذا لا يجري استصحاب
وجوب الرد الثابت سابقا سواء كان هو المتأصل في الجعل والملكية او الحق منتزعة عنه ام كان المجعول هو الملكية او حق الاختصاص
وكان وجوب الرد من احكامه اما على الاخير فواضح للعلم بزوال الملكية والشك في ثبوت حق الاختصاص واما على الاول فلان الوصف
العنواني وهو الملك او الحق له دخل في وجوب الرد وليس الموضوع هو ذات الشيء ولا اقل من الشك فلا مجال لاستصحابه فتأمل
ولكن هذا القول ضعيف جدا ولا يشهد له الاختلاف في باب احياء الموات وهو ان من عمر ارضا خربة تركها اهلها هل ينتفع
بها بلا حق لصاحبها الاصلي او مع اعطائه طسقا لان الاختلاف فيه انما هو لاختلاف الاخبار في بقاء الملك على ملك المالك
الاصلي فيستحق الطسق او زواله فلا يستحق شيئا ولا تدل على عدم بقاء حق الاختصاص لصاحبه الاصلي مع بقاء الملك على ملكه بل من
نفس هذه الاخبار يظهر صدق ما ادعيناه من ان الحق من مراتب الملكية لظهورها في ان من حجر مكانا يستحقه اختصاصا لا ملكا واذا
عمره يصير ملكا له فيحصل له اولا حق الاختصاص ثم الملكية ولا شبهة في ان الحق لا يزول بعد حصول الملك بل يندرج فيه وكيف كان
لا اشكال في ان الخمر اذا صار خلا عاد الى ملك المالك اتفاقا اذا لم يسبقه سابق ثم ان مما يتفرع على هذه المسئلة عدم جواز المسح
بالبلل الباقي على اعضاء الوضوء فان الماء وان كان تالفا عرفا فيجب على الضامن بدله الا انه لم يخرج عن ملك المالك لما عرفت
ان الضمان في حد نفسه لا يقتضي دخول المضمون في ملك الضامن ولذا لم يلتزم احد بان الضامن لدين الغير يملك الدين و
عرفت ان جريان الربا في الضمان لا يلازم كونه معاوضة ولذا ينسب الى المشهور جريانه في الضمان العقدي فقالوا لا يجوز ان يصير الشخص
ضامنا لدين في ذمة الغير ازيد مما في ذمته اذا كان مكيلا او موزونا مع انهم لا يلتزمون باقتضاء الضمان المعاوضة مطلقا اللهم
الا ان يقال بالفرق بين الخمر والرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء فان الخمر قابل للتخليل فيبقى حق الاختصاص للمالك او هو
مباح لكل من سبق اليه واما الرطوبة فلا هي مال ولا فيها حق اختصاص لعدم امكان ردها الى المالك خارجا وعدم
قابلية الانتفاع بها لغير المتوضي وبالجملة الرطوبة شيء لا يمكن ان يتعلق بها وجوب الرد تكليفا ولا هي في عهدة الضامن وضعا

لان ما لا يمكن ادائه ابدا لا معنى لان يتعلق المطالبة به فاذا خرجت عن المملوكية عرفا فلا مانع لان ينتفع بها من هى
على اعضائه الرابعة هل يضمن البدل حق الضمان او المطالبة بهما حق للمالك ولكليهما والاقوى هو الثانى كما اخترنا
المضمون قد تقدم فقال ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقا للضامن ووجها
فان مجرد التعذر لا يوجب انقلاب العين الى القيمة كما قلنا بذلك فى المثلى المتعذر مثله فليس للضامن الزام المالك
باخذ البدل بحيث لو امتنع صيرورته الى الحاكم بل للمالك الاعتياض عن الخصوصية الشخصية والمطالبة بالبدل ولو لغير
لانه لو كان التعذر ابديا لم يكن المتعذر قابلا لان يتعلق به وضع كما لا يمكن ان يتعلق به تكليف واما التعذر المؤقت
فهو وان استلزم سقوط الحكم التكليفى مالم يمكن الضامن من الرد ولو بالسعى فى مقدماته الا انه لا يوجب سقوط
الخصوصية الشخصية فالحق للمالك وهذا من غير فرق بين القول بان البدل بدل عن المالية او عن السلطنة والقول
بانه بدل عن كون العين تحت الاستيلاء لان الخصوصية الشخصية قسط على جميع التقادير لا يوجب سقوطه مجرد ارادة الضامن
تفريغ ذمته عن تبعات العين من ضمان المنافع وارتفاع القيمة السوقية ونحو ذلك من نقص الاوصاف لا يقتضى ان
يكون حق الدفع له الخامسة انه لا اشكال فى ان الضامن قبل دفع الغرامة يضمن منافع العين المتعذرة ولو تلفت يضمن
ارتفاع القيمة السوقية بناء على القول باعلى القيم فان العين فى عهدة يجمع تبعاتها ولا فرق بين ضمان المنافع وارتفاع
القيمة وما استظهره المصنف من كلام بعض من تعرض لضمان المغصوب من عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد
التعذر وقبل الدفع حيث عطف المتعذر على التالف فيه ان العطف لا يقتضى الا تحاد بين المعطوف والمعطوف عليه
من جميع الجهات فعدم ضمان ارتفاع القيمة بعد التالف لا يقتضى عدمه بعد التعذر وقبل الدفع وعلى اى حال فالحق هو الخامس
قدم من اتحاد حكمهما لو تلفت العين واما الفرق بينهما من حيث اخرى وهى ان ضمان ارتفاع القيمة مشروط بالتلف لانه
لو ردت العين فلا يجب غرامتها واما المنافع فبعضها مطلقا وبالجملة لا اشكال فى ان يضمن المنافع وارتفاع القيمة انما الاشكال
فى ان يضمن كذلك بعد الدفع ايضا او يخرج عن عهدة جميع ذلك بالدفع والاقوى خروجه عن جميع التبعات بعد ما قوينا
ان وجوب البدل انما هو من باب تدارك المالية او كون العين تحت اليد لا تسقط خصوصية العين بالتعذر وادى المالية
فلم يبق فى ذمته شئ ليستتبع المنافع فيكون هذا نظير ما ادى القيمة فى المثلى المتعذر مثله نعم لو كان وجوبه من باب
تدارك السلطنة فيبقى جميع التبعات على عهدته السادسة اذا ارتفع التعذر وتمكن من رد العين الى المالك وجب الرد فورا حتى
على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية لان حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان المتعذر وبعد مدة لا يمكن قياس
المقام على المثلى المتعذر مثله بعد اداء قيمته حيث قلنا بانه لا يجب رد المثل بعد التمكن فانهما وان اشتركا فى ان الخصوصية
العينية او المثلية غير قابلة للاستيفاء بعينها الا انهما مفترقان فان المثلية امر كلى تدخل فى الذمة فاذا اعطى المالك عنها

فى ان البدل هل يضمن بالتلف او بالتعذر
فى ان التعذر هل يوجب انقلاب العين الى القيمة
فى ان ارتفاع القيمة السوقية بعد التعذر وقبل الدفع هل يضمن
فى ان التعذر هل يوجب سقوط الخصوصية الشخصية

وان يصير الى ذمة فان تمكن المثل وطالب المالية فيقع كل ما اداه الضامن مصداقا لما في ذمته وبدلا عن الكلي ولا شبهة ان كل ما وقع بدلا عن الدين يوجب سقوطه ولو كان من غير جنسه وهذا بخلاف العين الشخصية فانها اذا سقط اداؤها بالتعذر وطالب المالك منها فتوقع كل ما يؤدي الضامن بدلا عن العين يحتاج الى معاوضة مالكية او شرعية ابدية لا ادارة مدار التعذر لان العين لا تدخل في الذمة حتى يبرء ذمة الضامن عنها باداء بدلها فاذا ارتفع التعذر يجب رد العين وهذا ايضا مقتضى قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي باداء المأخوذ الساعة قد عرفت ان الغرامة ليست ملكا دائما للمالك على جميع التقادير انما الكلام في انه يرجع الى الغارم بمجرد تمكنه من رد العين او يردها خارجا وتحتها والاقوى هو الثاني وذلك لان التعذر وان اوجب استحقاق البدل الا انه علة للوجوب لا انه موضوع له حتى يطال البدلية بمجرد التمكن وذلك لان التمكن لا يخرج العين عما هي عليه من انقطاع سلطنة المالك عنها وعدكونها تحت يده فما لم يرجع العين لا تدخل تحت سلطنته ويده ولا تعد مالا من اموال الغارم الموضوع هو خروج العين عن تحت السلطنة لا التعذر فانه علة للوجوب كالتغير الذي هو علة لعروض النجاسة على الماء فاذا شك في انه علة محدثة فقط او علة محدثة ومبقية ايضا فيستصحب بقاء البدل على ملك المالك ولا يزول ذلك عند ثبوت الضمان الجديد فان منشأ توهم الضمان الجديد هو عود الغرامة الى الغارم ومنشأ العود هو كون التعذر كاشفا عن ثبوت تملك المالك للغرامة وكونه ركنا يتوقف على ان يكون التمكن موجبا للجمع بين العوض والمعوض عند المالك مع ان مجرد التمكن لا يخرج العين عما هي عليه من انقطاع سلطنة المالك ولا تعد الا من اموال الغارم فلا وجه لخروج البدل عن ملك المالك قبل رد العين ولا وجه للضمان الجديد بدل العين قبل الرد مضمونا بالبدل فاذا تلف بعد التعذر وقبل الرد يتبين البدلية للبدل وعلى هذا لا وجه لاستحقاق الغارم لحبس العين لانه لا يستحق الغرامة الا برد العين فاذا كان علة استحقاقه هو الرد فكيف يتقدم المعلول على علته ولا يقال مقتضى ذلك عدم جواز مطالبة المالك العين من الغارم لانه طالب رد الغارم العين اليه بقي بدلية الغرامة على حالها فان سقوط البدلية وارتفاعها على الفرض انما هو بالرد فمع بقاء البدلية كيف يجوز له المطالبة نعم بناء على كون البدل بدلا عن السلطنة يمكن التفكيك بين الاحكام الوضعية فيرد الضامن عين بعض اثار المضمون وبعضها الاخر فيجوز للمالك المطالبة مع بقاء البدل في ملكه لانا نقول لا تنافي بين براءة ذمة الضامن عن مالية المال وعدم عود البدل الى ملكه بمجرد التمكن وبين جواز مطالبة المالك بحق ما لكي وذلك لان براءة ذمة الضامن ليس الا لانه لم يبق من حيث مالية المال في عهدته شيء ولكن علقة المالك باقية الى ملكه باقية ولذا يصح في هذا الحال بيعه وصلحه من غير الغارم فاستحقاق المالك انما هو لبقاء علقته نحوا في الحال الذي صار اخر وكما في الاول المكسور حيث انه لا يمكن رد العين الا في ضمن مالية تنهاها يجب عليه رد المال وبعد ذلك يستحق البدل لئلا يجتمع البدل والمبدل عند المالك بل يمكن ان يقال ليس للغارم حق حبس العين ولو قيل ببطلان البدلية بمجرد التمكن

فان التعذر انما يوجب الى الغرامة لا الى العوض والتمكن لا يوجب العوض ولا يخرج العين عن ملك المالك

وتوضيح ذلك ان النزاع في استحقاق الغارم حبس العين الى ان يدفع المالك الغرامة وعدمه يقع في مقامين الاول فيما
لو وصل العين في يده والثاني مجرد التمكن من ردها مع بقائها في يد الغير او المحل الذي كانت فيه فمعنى حبسها هو الاعم
من حبسها تحت يده وعدم اقدامه على تحصيلها والمص رجح اولا عدم ثبوت حق له لان العين لم تكن معوضة عن البدل
بل كانت السلطنة معوضة عنه ثم رجح ثانيا ثبوت الحق له لان العين وان لم تكن معوضة بل كان المعوض هو السلطنة
الا ان حبس السلطنة لما كان متوقفا على حبس العين لتضمن العين السلطنة عليها فلا مانع من حبس العين وذلك كما
يحبس الخياط الثوب المخيط لتضمنه الخياطة التي هي معوض عن الاجرة وكذلك حبس القصار الثوب ولكنك خبير بان
المورد الذي دل الدليل على جواز الحبس فيه هو مورد المعاوضات قبل الفسخ وبعده اما قبله فللشرط الضمني من المتعاوضين
فان بنائهما بحسب العادة هو التسليم والتسلم بحيث صار ذلك من الامور الارتكازية عند العرف فللبايع حبس المبيع
ليأخذ الثمن وللمشتري حبس الثمن ليتسلم المبيع واما بعد الفسخ فحق الحبس وان لم يكن خاليا عن الاشكال لان العقد
اذا بطل بطل بتوابعه ومنها الشرط الضمني الا انه ادعى الاجماع على ان لهما حق الحبس او ان الشرط الضمني اقتضى حق
الحبس بعد الفسخ ايضا وبطلانه لبطلان متبوعه لا يقتضي ذهاب اثره لان هذا الاثر اثر لمطلق وجوده لا لبقائه واذا ثبت
حق الحبس اما للشرط الضمني او الاجماع ارتفع اشكال الاردبيلي قده من ان ظلم احدهما لا يسوغ ظلم الاخر واما ثبوته في
المقام فلا دليل عليه سواء قلنا بان باب الغرامات باب المعاوضات او قلنا بانه ليس الا تدارك الفائت وسواء قلنا بعود الغرامة
بمجرد التمكن ام بعد رد العين وذلك لانه لو قلنا بان الغرامة لا تعود الا برد العين فلا يتحقق موضوع لحق الحبس فانه نظير
الخيار الحاصل برد مثل الثمن فانه ليس للبايع حبس الثمن لاخذ المثمن لعدم تحقق الخيار له الا بعد رد الثمن واما لو قلنا بان الغرامة
تعود بمجرد التمكن فلو قلنا بالمعاوضة بين الغرامة والعين فهذا وان كان نظير بعد الفسخ الا ان الدليل الدال على ثبوت حق
الحبس بعد الفسخ لا يدل على ثبوته في المقام لان الحبس فيه انما هو لفسخ المعاوضة المالكية وفي المقام معاوضة شرعية قهرية
فيتوقف ثبوت الحق فيه على دليل بالخصوص ولو قلنا بانه من باب الغرامة فامره اظهر لان باب الغرامة لم يثبت فيها جواز الحبس
للغارم فلا يشبه بالعقد بعد الفسخ ايضا وهذا من غير فرق بين كون الغرامة بدلا عن السلطنة او المالية لعدم ثبوت الحق
للضامن على اي تقدير وحاصل الكلام انه لا وجه لعود الغرامة الى الضامن بمجرد تمكنه من رد العين فلا يضمن ضمانا جديدا
وليس له حق الحبس ولا يقال فيما اذا دخل العين تحت يد الضامن لا يمكن الالتزام بعدم ضمانه ضمانا جديدا والا يلزم ان
يكون التصرف في مال الغير بغير اذنه خارجا عن ادلة الضمانات مع انه ليس امانة شرعية واذا التزمنا بالضمان الجديد في هذه الصورة
فلا بد من الالتزام بان مجرد التمكن يوجب عود الغرامة الى الضامن ويوجب الضمان الجديد ايضا والا لزم القول بالفصل في
المسئلة مع اتفاق الاعلام على احد القولين اما عود الغرامة اليه بمجرد التمكن واما برد العين فعودها اليه في بعض اقسام التمكن

دون بعض قول ثالث لانا نقول اخذ العين ووضع اليد عليها اما لمحض الرد الى المالك واما للتصرف فيها عدوانا فلو كان
للرد الى المالك فاما ان يتصرف فيها بمقدار يتوقف الرد عليه واما زائدا عليه فلو كان مقدمة للرد وتصرف فيها بمقدار ما يتوقف
عليه الرد فالحق عدم تعلق الضمان الجديد بها لان تصرفه فيها اما من باب الاذن الشرعي الذي نشأ من وجوب الرد تكليفا واما
لمطالبة المالك واما لحق الحبس بناء على ثبوته له ولو قبل عود الغرامة اليه وعلى اي تقدير فيد الغارم يد امانة لا يد عدوان ويد
الامانة خارجة عن عموم على اليد اما تخصصا او تخصيصا وكون قبضه لمصلحة نفسه ليس من موجبات الضمان في حد ذاته كما انه
ليس رافعا للضمان ايضا مع ان القبض ليس اصلح له دائما كما اذا كانت الغرامة اغلى قيمة واكثر نفعا من العين وبالجملة العين التي
وجب ردها الى المالك عين مسلوب المالية فاذا تصرف فيها مقدمة للرد ولم يماطل فيه فلو تلفت بقيت الغرامة على البدلية
وتكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر فلا وجه للضمان الجديد وبطلان الضمان الاول واما لو تصرف فيها زائدا عما يتوقف
الرد عليه او عدوانا فلا اشكال في ثبوت الضمان بالنسبة الى المنافع وارتفاع القيمة لانه تصرف بلا اذن مالكي ولا شرعي واما
ضمان نفس العين غير الغرامة بحيث لو تلفت بطلت بدلية الغرامة ورجعت الى ملك الغارم وضمن العين بالضمان الجديد
فلا نعرف له وجها هذا مضافا الى ما افاده المص قده من ان الاستصحاب يقتضي كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طرو ما
يزيل ملكية المالك عن الغرامة او يحدث ضمانا جديدا بقي هنا فروع لا بأس بالتعرض لها وان كان بعضها سيجيء انشاء الله في تعاقب
الايدي وفي خيار الغبن الاول لو اقر احد بمال في يده لزيد ثم اقر انه لعمرو او باع ذو اليد ما في يده ثم اقر انه لغيره او قامت
البينة على ان ما في يد زيد لعمرو واقر زيد بانه لبكر فهل الغرامة التي يغرمها المقر في هذه الموارد من باب بدل الحيلولة او من
باب الاتلاف او فرق بين خروج المال عن يد الغارم بسبب منه كاقراره اولا او بيعه وخروجه بسبب غيره كالبينة وجوه
نسب صاحب الجواهر قده الى ظاهر الاصحاب ان الغرامة في الجميع من باب بدل الحيلولة واحتمل هو قده ان تكون من باب الاتلاف ثم
ان كلامه قده في انتقال العين التي هي مبدل الغرامة الى الضامن مختلف ففي باب الغصب يظهر منه انه ينتقل التالف الى الغارم
دون المبدل في بدل الحيلولة فانه باق على ملك مالكه وفي ابواب اخر يظهر منه العكس وقد يظهر منه عدم الانتقال مطلقا وحيث ان
المسئلة خلافية فلا بأس باختلاف الانظار للفقيه الواحد والمختار عدم الانتقال مطلقا فعليه نتيجة البحث واضحة فانه لو كان
وجوب الغرامة من باب الاتلاف فالاعتبار بقيمة يوم البيع او الاقرار الاول او الشهادة لان هذا اليوم يوم التلف على المقر له
ثانيا بعد الاقرار الاول ونحوه فارتفاع القيمة بعد هذا اليوم غير مضمون وكذلك المنافع والاوصاف واما لو كان من باب
الحيلولة فالاعتبار بقيمة يوم الدفع الى المقر له ويضمن المنافع والاوصاف وارتفاع القيمة من يوم البيع مثلا الى يوم الدفع بناء
على المختار من براءة الضامن عن المنافع ونحوها بدفع الغرامة والحق ان وجوب الغرامة في المقام من باب بدل الحيلولة لما
عرفت من ان المناط في بدل الحيلولة هو كون العين باقية على حالها من دون نقص في قيمتها ولا تغيير في هيئتها وانما

وقد يظهر منه الانتقال مطلقا م

امتنع الرد للغارم لبعض الموانع وفي المقام العين كذلك لبقائها على ما كانت عليه وانما امتنع الرد الى مالكه لاقراره
او بيعه او الشهادة من غيره هذا مع انه ليس فيه مناط التلف وما بحكمه لان المناط فيه هو كون العين معدومة او في حكم المعدوم
كالماء الباقي على اعضاء الوضوء والمسروق بالسرقة التي لا يعلم سارقها ولا يعلم بقاء العين او تلفها او الخيط الممتنع نزعه
او المزج ونحو ذلك وتوهم انه في حكم التلف لعدم امكان رده ابدا فاسد لامكان تكذيب المقر له اولا للمقر وتصديقه
الاقرار الثاني وامكان تصديق المشتري او رده المبيع بفسخ او اقالة وامكان الشراء منه وهكذا يمكن رجوع الشاهدين
عن الشهادة وبالجملة ليس الاقرار الاول والبيع والشهادة الا كالخروج عن يد الغارم بالاباق او الغصب او السرقة
مع العلم ببقاء العين على حالها والعلم بمكانها او العلم بالمسارق التي قد عرفت ان هذه جميعها من موارد بدل الحيلولة
فتدبر الثاني المدار في بدل الحيلولة هو تعذر رد العين على الضامن سواء تمكن المالك من اخذ العين ام لا لان اخذ مال
الغير يقتضي ان يكون عهدة المال على الاخذ فاذا تلف فعليه القيمة واذا غصبه غاصب او وقع في البحر فعليه بدل الحيلولة و
تمكن المالك لا يرفع الضمان وعلى هذا لو تعاقبت الايدي على العين فتمكن المالك من اخذ العين من الثاني فلا يخرج اليد
الاولى عن الضمان فللمالك ان يرجع الى الضامن الاول ويأخذ الغرامة منه وان يرجع الى من كان العين في يده نعم لو رجع
الى الثاني لا يجوز له الرجوع الى الاول ثم هل يجوز للغاصب الاول قبل دفع البدل الى المالك الرجوع الى الثاني مطلقا او لا
يجوز له مطلقا او فيه تفصيل الاقوى هو التفصيل لان مع عجز الثاني عن رد العين الى المالك والى الغاصب الاول لا وجه
لرجوع الاول اليه واما مع تمكنه فقد يقال بانه لا يجوز للاول ايضا الرجوع اليه لا بالزامه بدفع البدل لعدم استقرار البدل
للغاصب الاول في عهدة الثاني قبل دفعه الى المالك ولا بالزامه بدفع العين لانها باقية في ملك مالكها ولكن الاقوى انه
يجوز له الزامه بدفع العين اما اليه واما الى مالكه ويجوز للثاني الرد اليه ايضا لان الاول حيث يكون قصده الاحسان وايصال
المال الى مالكه فلا مانع من رده اليه نعم لو تلف عنده فلم يخرج عن الضمان لان الاول لم يكن وكيلا عن المالك واما بعد
دفع البدل الى المالك ففي مورد عجز الثاني يجوز له مطالبة البدل عنه لان مقتضى ضمان كل لاحق لسابق بمقتضى اخذه العين
منه مع عدم كونه مغرورا منه ان يكون في عهدة كل ضامن لاحق تدارك ما اغترمه السابق وبعبارة اخرى ضمن اللاحق شيئا
له البدل فهو يضمن على سبيل البدلية واحدا من البدل والمبدل والمفروض ان المبدل خارج عن تحت يده ولم يؤد البدل
الى المالك ايضا لرجوع المالك الى الاول فيجب عليه دفع البدل الى السابق واما في مورد تمكنه عن العين فلو قلنا بدخولها
في ملك الاول بدفع الغرامة الى المالك فلا اشكال في وجوب رد الثاني اليه واما لو لم نقل بالمعاوضة فلو قلنا بان الغارم له
حق الحبس فيجوز له مطالبة العين من الثاني لان يحبسها على مالكها حتى يأخذ الغرامة منه واما لو لم نقل به فهل يستحق مطالبة
العين او لا يستحق الا الزامه برد العين اما الى مالكه او اليه كما كان له الزامه كذلك قبل دفع البدل وجهان والحق استحقاقه

مطالبة نفس العين لان مقتضى ضمان كل لاحق لسابق اما بالبدل او المبدل على سبيل البدلية ان يكون الغاصب الاول
مستحقا لها لان المفروض ان العين تحت يد الثاني فليس مورد بدل الحيلولة والمفروض انه لا يمكن ان لا يكون ضامنا للاول
فاذا كان ضامنا له ولم يكن مورد بدل الحيلولة فلا محالة يضمن له العين ثم مما يتفرع على تعاقب الايدي جواز مطالبة المالك
من كل من وصل المال اليه ودخل تحت استيلائه سواء كان باقيا ام تالفا لان كلا من الايدي يد ضمان على نحو الواجب الكفائي
فضمان كل منها بالنسبة الى المالك ضمان استقراري فعلي مشروط بعدم سقوطه باداء الاخر ولذا تقدم انه لو تمكن احدهم
من رد العين وتعذر على البقية فيلاحظ حكم كل منهم على حسب تكليف نفسه فلا يختص مطالبة بدل الحيلولة بصورة
التعذر على الكل بل لو رجع الى الاول ولم يتمكن من رد العين غرم البدل ولو رجع الى الاخير فهو لا يرجع الى احد ولو
رجع الى الوسط فهو لا يرجع الا الى لاحقه ويلاحظ حكم كل لاحق بالنسبة الى السابق لا بالنسبة الى المالك فلو رجع الى
الثاني واخذ البدل منه في صورة وجود العين عند غيره رجع الثاني الى الثالث فلو تمكن من رد العين فهو المطلوب والا
فالبدل ولو رجع الى الثاني في صورة تلف العين عند الثالث اخذ القيمة من الثاني ويأخذها الثاني من الثالث الثالث
قد تقدم حكم قسمين من اقسام التعذر وبقي قسمان احدهما ما تعذر رده لادائه الى تلف نفس او مال محترم كالخيط المخيط به
جرح حيوان او ثوب الثاني ما تعذر رده بسبب الخلط او المزج اما الخيط فاذا كان المخيط به جرح حيوان يؤدي اخراج الخيط
منه الى تلف الحيوان فلا يجوز لمالك الخيط مطالبة نفس الخيط سواء ادى اخراجه الى تلف الخيط ام لا لعدم جواز اتلاف النفس
المحترمة فله قيمة الخيط لانه بحكم الشارع تالف واما لو كان المخيط به ثوبا فلو كان الثوب من غير الضامن فكذلك ايضا لانه
مال محترم لا يجوز اتلافه واما لو كان منه ففيه خلاف فقيل باستحقاق نزعه وح فلو لم يبق له قيمة فعلى الضامن تمام القيمة والا
فعليه التفاوت بين صحيحه ومعيبه وقيل باستحقاقه قيمته لان اتلافه لا يجوز حتى من المالك فهو بمنزلة التلف والاقوى حصول
الشركة بين مالك الخيط والثوب لانه لم يتلف فعلا ولا يصح اتلافه فيكون كالثوب المصبوغ لو كان الصبغ من غير مالك
الثوب فيباع الثوب ويؤخذ القدر المشترك بين كونه مخيطا او غير مخيط لمالك الثوب وقيمة الخيط لمالكه اذا كان كونه في
الثوب اقل قيمة او مساويا لما لم يكن كذلك وقيمته الفعلي اذا كان ازيد لان الزيادة حصلت في ملكه وهذه الاقوال جارية
في الفسخ بالخيار والاقالة ايضا ومنشأها النزاع في ان فساد الخيط هل هو بمنزلة التلف الحقيقي او ليس كذلك وسيجيء
في خيار الغبن ان شاء الله تعالى حكم الثوب الذي صبغه من عليه الخيار فان حكمه حكم المقام وان كان بينهما فرق وهو احترام عمل الصباغ في
تلك المسئلة بخلاف المقام فانتظر واما مسئلة الخلط او المزج فتوضيحها متوقف على تمهيد مقدمتين الاولى ان ملاك
بدل الحيلولة لا يجري في الخلط او المزج فان المدار فيه على تعذر رد المال وعدم امكان رده لا صحيحا ولا ناقصا لا منضما
ولا مفروزا واما اذا امكن رده ولو منضما مع غيره فلا وجه لوجوب البدل عليه فان خصوصية المال وشخصيته وان زالت

لان ما لا يمكن امتيازه لا يمكن ان تعلق به اضافة المالكية وكان يتعلق به الضمان ايضا الا انه مع بقاء عين الحصاص وجد عين
ماله تعين عرفا وشرعا لا وجب بثبوت بدل الحيلولة كما لا وجه لا جراء حكم التلف عليه ايضا فى غير مورد الاستهلاك الثانية
ان الاستهلاك انما يتصور فى المزج بغير الجنس اذا زال الصور النوعية حقيقة او عرفا والحقيقى كمزج حقة حليب بمائة من
الماء فان تفرق اجزاء الحليب فى الماء الكثير هو جيلدها صورة النوعية بالدقة والعرفى كخلط حفنة من طحين الشعير
بعشر حقق من طحين الحنطة واما المزج بالجنس وكذا الخلط كذلك فلا يمضى لاستهلاكه وهكذا المزج او الخلط بغير الجنس
مع بقاء صورتهما النوعية كمزج حقة من الحليب بحقة من الماء اذا عرف ذلك فاذا امتزج مثلا شئ بغيره فالمزج قد يقع
من غير المالكين وقد يكون من فعل احدهما والاخير اما بحق كاحد المتبايعين فيما يغرم حق كالغاصب ومن بحكمه ثم انه قد
يكون بالجنس وقد يكون بغيره والمزج بالجنس تارة يكون بالمساوى واخرى بالاجود او الاردء والمزج بغير الجنس تارة يكون
موجبا للاستهلاك واخرى لا يكون كذلك فاذا امتزجا من دون تعد المالكين فلو كان المزج بالجنس المساوى فهو
الشركة فى العين وفى غير المساوى يحصل الشركة فى المالية فيباع المجموع ويعطى كل من المالكين مقدار قيمة ماله ولو نقص قيمته
بسبب المزج او زاد فالنقصان يرد على احد المالكين والزيادة موهبة من الله ثم ان الفرق بين المزج بالمساوى وغيره واضح
فان الشركة فى العين فى الاول لا يستلزم الربا بخلاف الثانى فان حصة الجودة لو اعطى مقدارا من العين بدل جودة ماله الربا
ان يستحق زائدا على مقدار ماله من العين وحيث ان صفة ماله المحترمة فيباع العين ويعطى من القيمة مقدار ماله مع الخصوصية
نعم نفس الامتزاج لو صار موجبا للزيادة فلا شئ له بل هذه موهبة لكليهما ولو كان المزج بغير الجنس ففى صورة الاستهلاك
اذا لم يوجب زيادة مالية فى المزيج على ما كانا واستهلك ما الورد فى الدهن فلا شئ لمالكه لانه تلف من غير ضمان له على احد ولو
اوجب كاستهلاك الحليب فى الماء او دهن الجوز فى الزيت فيشكل كان بمقدار مالية مالهما من نفس العين لعدم الزيادة والربا فى غير
الجنس لان مقتضى القاعدة هو الشركة من نفس العين الا اذا استلزم محذورا وفى غير صورة الاستهلاك فحكم الشركة فى العين
ايضا بمقدار المالية ولو امتزجا بفعل احد المالكين فلو كان المزج بحق فاذا كان بالجنس المساوى يحصل الشركة فى العين و
اذا كان بارد من مال صاحبه فعليه الارش لعدم التنافى بين جواز المزج وثبوت الضمان عليه فيما يشترك فى العين وعلى
المازج الارش واذا كان باعلى منه فليس له الارش لان المزج صار بفعله نعم حيث انه كان بحق وكان صفة الجودة محترمة
يحصل بينهما الشركة فى المالية وفى الخلط بغير الجنس اذا اوجب الاستهلاك فهو بمنزلة التلف والا فتحقق الشركة فى العين
بمقدار المالية ولو كان بغير حق كالغاصب والاخذ بالعقد الفاسد فحكم المزج بالحق الا ان صفة الجودة هنا غير محترمة
حتى فى المقبوض بالعقد الفاسد لان كونها ملكا لا اثر له فان حصل صفة فى مال غيره بفعله لا يوجب استحقاق الارش من
الغير لان الزيادة الحكمية ليست كالزيادة العينية من الغاصب محترمة فظهر مما ذكرنا الفرق بين المزج الحق والاخذ

والفرق في الاختياري بين من له الحق وغيره فان النقص الحاصل قهرا لا يضمنه احد المالكين بخلاف النقص الحاصل بالمزج
الاختياري وان الزيادة الحكمية من غير الغاصب محترمة بخلاف الزيادة الحكمية الحاصلة من الغاصب ومن بحكمه هذا بحسب ما هو
الحق عندنا ولكن نسب الى ابن ادريس قده انه قال في مورد الغصب الخلط بمنزلة التلف حتى في الجنس المساوي ونقل المحقق و
الشهيد الثاني قولين في الخلط بالجنس في الاردء والاجود ولم يرجحا احد القولين ففي الشرايع اذا غصب دهنا كالزيت
او السمن فخلطه بمثله فهما شريكان ولو خلطه باجود او ادون قيل يضمن المثل لتعذر التسليم وقيل يكون شريكا في فضل
الجودة ويضمن المثل في فضل الرداءة الا ان يرضى المالك باخذ العين انتهى والشهيد الاول حكم بضمان المثل في المزج بالاردء
والشركة في العين في المزج بالاعلى او المساوي وقال في الشرايع اما لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكا وضمن المثل واحتمل
الشهيد الثاني في الروضة في مورد الخلط بالاجود الانتقال الى المثل للاستهلاك هذا ولكن مما بينا في المقدمتين ظهر ان
الالحاق بالتلف منحصر في مورد الاستهلاك وهو في غير الجنس واما مجرد عدم الامتياز فليس في حكم التلف وكيف كان فقد
ظهر مما ذكرنا انه ليس مورد يكون التخيير للغاصب بين دفع المثل او القيمة ولا للمالك بين اخذ العين الممتزجة مع الارش في
مورد النقصان واخذ القيمة لان المزج لو كان بحكم التلف تعين القيمة والا فليس للمالك الا العين مع اخذ الارش في مورد
النقصان ثم ان ما ذكرنا من تعين القيمة في مورد التلف انما هو بحسب الكبرى واما تعيين الصغرى ففي غاية الاشكال ولذا ذهب
شيخ الطائفة بانه لو زرع الحب او استفرخ البيض فليس على الغاصب الا المثل او القيمة وعن الخلاف ان القائل بان الفرخ عين
البيض والزرع عين الحب مكابر وذهب صاحب الجواهر الى عكسه وادعى بان القائل بان الزرع والفرخ للغاصب مكابر ومنشأ
النزاع ان تلف الصورة النوعية مع بقاء المالية هل هو بمنزلة التلف او ان المدار في التلف هو تلف المال واما تبدل الصورة بصورة
اخرى مع بقاء المادة الجامعة بين الصور فلا يوجب الانتقال الى القيمة او المثل بل على الضامن الارش لو حصل النقصان وعلى
هذا ففي الخلط بغير الجنس لو بقي مقدار من المالية كما اذا امتزج الحليب بالماء في البلاد التي للماء فيها قيمة ينشأ الاشكال لان
نقصان القيمة لا يقتضي الا الارش مع الشركة في العين لا المثل او القيمة فالمسئلة في غاية الاشكال ويمكن الجمع بين كلماتهم بان
يقال كل من حكم بان المزج بغير الجنس بمنزلة التلف مقصوده صورة الاستهلاك بنحو خاص فان الاستهلاك على قسمين قسم لا
يوجب زيادة المالية في المزيد عليه كاستهلاك الجلاب في الدهن وقسم يوجب الزيادة كاستهلاك الحليب في الماء او استهلاك
دهن اللوز في الزيت فالقسم الاول ملحق بالتلف والثاني حكمه الشركة في المالية ثم الشركة في المالية على قسمين قسم يقوم المال
ويؤخذ حق المضمون له من عين المال وهذا فيما لم يلزم منه ربا وقسم يعطى القيمة اذا كان مال الضامن اردء فتأمل جيدا
قوله قده المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي اه اقول تقدم في صدر الكتاب ان شروط العقد على انحاء ثلاثة شروط
الصيغة والمتعاقدين والعوضين وتقدم حكم الاول واما الثاني فمن جملتها بلوغ العاقد ولا اشكال في تحققه بالاحتلام

في بطلان عقد الصبي

والانبات وامّا تحققه بالسن فالمشهور تمام خمسة عشر في الرجال وقيل يتحقق بعشر سنين ثم انهم اختلفوا في تعيين البلوغ في جميع الاحكام المتعلقة به وحد بعضهم فرق بين الفروع والاصول فلم يعتبره في اسلام وبعضهم استثنى من الفروع وصيته الشاملة للتدبير لانه وصية ايضا كما يظهر من قضية وصية علي عليه السلام المذكورة في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج وكذلك طلاقه وعتقه ومعاملته الصادرة منه امتحانا للرشد فان الامتحان قبل البلوغ انما هو بالمعاملة الحقيقية لا الصورية وغير ذلك تمام هو مذكور في محله فان هذه المستثنيات وان لم تكن اجماعية الا ان جملة من المحققين التزموا بصحتها من الصبي المميز او ممن بلغ عشرا وعلى اي حال لا اشكال في اسلام الرشيد لغير البالغ وخروجه عن تبعية الوالدين لان المدار فيه على الادراك والاقتدار على الاستدلال لواجماله فكل من عرف ان للعالم صانعا وان له سفراء وحججا فهو مسلم حقيقة وهذا نفهم على مخالفينا بان عليا عليه الصلوة والسلام اول القوم اسلاما واقدمهم ايمانا وكيف كان فليس المقام مقام تنقيح ذلك والاتيان المستثنيات فان عقد البحث انما هو في صحة معاملة المجرب الرشد منه وان صحتها موقوف على الرشد او البلوغ فاذا قلنا بالثاني يتفرع عليه النزاع من حجر الاولى انه هل يفيد تصرفه في ماله باذن الولي كنفوذ تصرفات الراهن باذن المرتهن امر الثاني هل يصح وكالته عن الولي في تصرفاته في ماله التي يرجع سلطنته الى الولي امر الثالث انه هل يصح وكالته عن الغير لانها جهات اربع الاولى استقلالا في التصرف والثانية صحته باذن الولي والثالث وكالته عن الولي والرابعة وكالته عن غيره ومنشأ النزاع في هذه الجهات هو ان الصبي الرشيد هل هو من المحجور بن اولا وعلى القول بانه محجور فهو من اي قسم من اقسامه فان المحجور لا يخلو امره من احد امرين لانه اما محجور عن الاستقلال واما محجور عن اصل السلطنة والاول على قسمين احدهما من كان سبب حجره تعلق حق مالكي على مال الراهن والمفلس بعد حكم الحاكم والثاني من كان سبب حجره تعلق حق شرعي عليه كالبالغ الباكر بناء على اعتبار اذن الولي في صحة نكاحها والثاني ايضا على قسمين فان كونه محجورا عن اصل التصرف اما التعلق حق مالكي عليه كالعبد لكون ملكه لمولاه واما التعلق حق الولاية عليه وهذا على قسمين احدهما من كان منشأ تعلق الولاية عليه كونه مسلوب العبارة كون نعله كالعدم كالمجنون والثاني من لا يكون محجورا من حيث الفعل بل من حيث المعاملة لنفسه والتصرف في ماله كالسفيه فانه ليس محجورا عن العقود الراجحة على المشهور وجواز الخلاف الاختلاف في ما يستفاد من الكتاب والسنة اما الكتاب فهو قوله عز من قائل وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فانه يمكن ان يكون قوله فان انستم تفريعا على الابتلاء اي اختبروهم قبل البلوغ من زمان يمكن رشدهم فيه الى زمان البلوغ فان انستم منهم الرشد في خلال هذه الازمنة فادفعوا اليهم اموالهم فعلى هذا يكفي الرشد لنفوذ تصرفهم ولو لم يبلغوا ويمكن ان يكون تفريعا على الامتحان بعد البلوغ اي امتحنوهم من زمان قابليتهم للامتحان الى زمان البلوغ فاذا بلغوا راشدين فادفعوا اليهم اموالهم والظاهر هو الثاني واما الاول فانه يستلزم اما ربا او اكل اموالهم بقوله عز شأنه ولا تأكلوا اموالهم وهو

عن دفع المال الى السفيه بقوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم بين الحد الفاصل بين ما يحل ذلك للولي وما لا يحل فجعل الجواز الدفع شرطين البلوغ وايناس الرشد فلا يجوز قبلهما وثانيا لو لم يكن قوله فادفعوا تفريعا على جواز الرشد بعد البلوغ لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ وكان المناسب ان يقال وابتلوا اليتامى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولا يقال لو كان المدار على الرشد البلوغ لا وجه لايجاب الامتحان قبل البلوغ فان ظاهر كلمة حتى انتهاء غاية للامتحان فلا محالة يكون مبدئه قبل البلوغ لانا نقول ايجاب الامتحان قبلا انما هو لاحراز الرشد حتى تدفع اليهم اموالهم مجردا البلوغ ولا يكون الولي ممن يأكل اموالهم اسرافا وبدارا ان يكبروا فان الاولياء لو امروا بالامتحان مقارنا للبلوغ يحتمل ان يكون رشد الصبي من باب الاتفاق فامر سبحانه بالابتلاء من زمان القابلية الى زمان البلوغ حتى يرد اموالهم اليهم من دون تاخير مع بقاء الرشد المحتمل الى هذا الزمان قبل ان اذا للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء وحتى حرف ابتداء وغايتها مضمون الجملة التي بعدها وهو دفع المال عقيب ايناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح وعلى هذا فقوله حتى اذا بلغوا جملة مستانفة وكيف كان فظهور مجموع الكلام في اعتبار الرشد بعد البلوغ تماما لا يحتاج الى انكاره وهذا هو المستفاد من اغلب التفاسير كما في المجمع والصافي والكشاف والرازي وحاشية في تفسير الخرز شرطين في دفع اموالهم اليهم شرطين احدهما بلوغ النكاح والثاني ايناس الرشد نعم استدل ابو حنيفة على صحة تصرفات الصبي باذن الولي بهذه الآية وقال لان قوله وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح يقتضيان هذا الابتلاء انما يحصل قبل البلوغ والمراد من هذا الابتلاء اختبار حاله في انه هل له تصرف صالح للبيع والشراء وهذا الاختبار انما يحصل اذا اذن له في البيع والشراء وان لم يكن هذا المعنى نص الاختبار فهو داخل في الاختبار بدليل انه يصح الاستثناء يقال وابتلوا اليتامى الا في البيع والشراء وحكم الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل فثبت ان قوله وابتلوا اليتامى امر للاولياء بان يأذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ وذلك يقتضي صحة تصرفاتهم اه واجاب الشافعي بما حاصله ان الله سبحانه امر بدفع المال اليهم بعد البلوغ وايناس الرشد واذا ثبت بموجب هذه الآية انه لا يجوز دفع المال اليه حال الصغر وجب ان لا يجوز تصرفه حال الصغر لانه لا قائل بالفرق ثم ان المستفاد من هذه الآية والآية التي قبلها وهي قوله عز من قائل ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ان الصبي اذا بلغ سفيها لا يدفع وليه اموالا اليه فان المراد من الاموال في قوله عز من قائل ولا تؤتوا السفهاء اموالكم هو اموال نفس الايتام كما في التفاسير ويشهد له انهم وقوع هذه الآية بين قوله عز اسمه ولا تأكلوا اموالهم وقوله وابتلوا اليتامى ثم لا فرق في الولي بين الوصي والاب والجد والحاكم لان الخطاب شامل للوصي ايضا فالقول بالتفصيل بين الاب والجد والحاكم وبين الوصي بعد انقطاع سلطنة الثلاثة دون الوصي لا وجه له وكيف كان يستفاد من الآية المباركة عدم استقلال الصبي في التصرف في امواله وان كان رشيدا لا مباشرة ولا توكيلا

انما الكلام في استفادة سائر المراتب منها وهي نفوذ تصرفه في ماله باذن الولي وتوكيله عنه ووكالته عن غيره فنقول اما

عدم نفوذ تصرفه في ماله باذن الولي فيتضمنها ايضا بضم مقدمة عقلية واما عدم صحة وكالته عنه وعن الغير فلا يستفاد منها بل يستفاد من القواعد العامة وتوضيح ذلك يتوقف على تمهيد مقدمة الأولى انه كما لا يمكن اجتماع مالكين مستقلين على مال واحد ولا مالك مستقل ومالك كان شريكا معه فكذلك لا يمكن اجتماع سلطانين مستقلين ولا سلطنة مستقلة ومالكة في مال واحد فان البرهان على الامتناع واحد في كليهما وهو انه ليس الملكية او السلطنة الا اضافة بين المالك او السلطان والمال وليستا بجواهر ولا اعراض حتى تحل المال بل هما كالاب والابوة اذا كانت متعلقة بشخص على نحو الاستقلال بحيث كان له التصرف في المال من دون توقف على اذن غيره وكان لغيره المنع من تصرف الغير فيه يمتنع ان يكون في عرض هذا الشخص شخص اخر تكون له هذه الاضافة مستقلة كانت او ناقصة ثم يمكن ثبوت الاضافة الطولية والاضافة على نحو الاشاعة والاضافة الناقصة التي لم يكن لصاحبها منع غيره لاشخاص متعددة فالاول كاضافة المالك العبد الى العبد وماله وهكذا سلطنة الوكيل وموكله والثاني كاضافة الشريكين والثالث كسلطنة الاب والجد او الوكيلين او حكام الشرع واما اضافتان مستقلتان عرضيتان بحيث يكون لكل منهما طرد الاخر ومنعه عن التصرف فغير معقول فاذا امتنع اضافة مستقلة مع اضافة مثلها امتنع اجتماع استقلال واحد في التصرف يمتنع ان يكون تصرف منوطا بضم الاخر اليه بل لا بد ان يكونا كالشريكين او كسلطنة الراهن والمرتهن فان ثبوت نصف الاضافة لاحد لا يجتمع مع ثبوت تمام الاضافة للغير لانه خلف ومناقضة وتعبير اخر ان الولاية الثابتة للولي لا بد ان يكون بمقدار حجر المولى عليه فان كان محجورا عن اصل السلطنة كالمجنون والعبد فالولي مستقل في التصرف ولو كان محجورا عن الاستقلال كالراهن والباكرة فيجب ان يكون ولاية الولي بنحو الانضمام فلا يمكن ان يكون للصبي حق التصرف منضما الى الولي وكان للولي التصرف بالاستقلال وحيث ان الولي بمقتضى الاية الشريفة ارتمام السلطنة قبل قابلية الصبي لان يتمحض ويختبر ويبقى لهذه السلطنة قبل البلوغ والرشد على ما استفدنا من الاية فاثر اذنه للصبي اما يرجع الى كونه وكيلا من قبل الولي فيجيء حكمه واما يرجع الى كونه ضميمة مع الولي في التصرف كصوف الشعير باذن المرتهن فهذا غير معقول وبالجملة مقتضى هذه المقدمة عدم صحة بيع الصبي لنفسه باذن الولي ايضا لانتفاء السلطنة الناقصة الاستقلالية للولي من الاية الشريفة ثم انه كما لا يجوز له مباشرته ولو باذن الولي فكذلك لا يجوز له توكيل الغير لانه لا يصح التوكل الا في فعل يكون مملوكا للوكل بحيث يصح له مباشرته بنفسه فتوكيل الغير في هذه الصور منوط صريحا باذن الولي الثانية ثم اعتبر في الوكيل امورا منها البلوغ الا فيما استثني ومنها كمال العقل ومنها ان يكون مما وكل فيه مما يجوز له ان يليه بنفسه لنفسه ولا يتولى المباشرة فيه فكل ما لا يجوز للوكل صدوره من حيث انه فعله ومن حصته الاصلية فلا يجوز ان يصير وكيلا عن غيره فيه وفروع اعراض ذلك عدم صحة وكالة المحرم لا بتيع الصيد واما كره وعقد النكاح وان كان الموكل محلا وصحة وكالة المفلس والسفيه المرتد اما عدم صحة وكالة المحرم

عدم نفوذ تصرف الولي باذن الولي

فلحرمة هذه الافعال عليه من حيث السبب ولو مع قطع النظر عن المسبب واما صحتها عن المفلس والسفيه والمرتد فلان
منع هؤلاء يرجع الى التصرف المالي في اموالهم لا لقصور فعلهم من حيث انه فعل فان المفلس يتعلق بماله حق الغرماء والسفيه
يتعلق عليه حق الولاية والمرتد لا ذمة له وبالجملة يعتبر في الوكالة كون الفعل مما يجوز وقوعه من النائب وان لا يعتبر فيه المباشرة
وعلى هذه المقدمة يترتب امران احدهما عدم جواز وكالته عن الولي في ان يتصرف في مال نفسه الذي يرجع ولايته الى الولي بالفرض
وثانيهما عدم وكالته عن الناس في التصرف في اموالهم لانه اذا ثبت ان الصبي كالمجنون في كونه مسلوب العبارة فحيث ان اجراء الصيغة
منه لا اثر له في ماله فوكالته ايضا كالمباشرة نعم اثبات هذه المقدمة وهي اعتبار البلوغ كاعتبار العقل وان الصبي لا ينفذ
منه البيع من حيث جهة الاصدار موقوف على قيام دليل على ذلك وعلى هذا فكل ما ثبت جواز تولية الصبي فيه بنفسه يصح
وكالته فيه كما يصح توكيله الا اذا اعتبر المباشرة في الموكل ففي العتق والطلاق والوصية كما يجوز ان يليها بنفسه فكذلك يجوز
ان يتوكل عن غيره وان يوكل غيره عن نفسه الثالثة ان الاغراض بالنسبة الى الآثار المترتبة على الافعال مختلفة فقد يتعلق
الغرض بحصول الاثر في الخارج من دون دخل لفاعل خاص اي المقصود حصول النتيجة وقد يكون الغرض حصوله من شخص خاص
بحيث كان فعله موضوعا للحكم والقسم الاخير هو المقصود في باب الوكالة لان البيع مثلا مترتب على فعل الوكيل من حيث انه
هو الفاعل ونظيره في الاحكام التكليفية الفعل العبادي فان المقصود منه حصوله من شخص المكلف واما القسم الاول الذي
نظيره في التكاليف هو الفعل التوصلي فهو خارج عن باب الوكالة فعلى هذا عد ايصال الهدية والاذن في دخول الدار من
مستثنيات معاملات الصبي لا وجه له لان هذه الامور ليست من باب الوكالة بل الغرض وصول الهدية الى المهدى اليه ولو كان
بتوسط حيوان وهكذا في مسئلة الدخول في الدار الغرض استكشاف رضا صاحب الدار بل لو قلنا في باب المعاطاة ان الغرض
منها وصول كل واحد من العوضين الى مالك الآخر كما قيل به في مسئلة كوز السقاء وصندوق الحمامي فلا بأس بان يكون الصبي
مقام الكوز والصندوق ودعوى صاحب الجواهر قده ان السيرة الثابتة في مثل ايصال الهدية والاذن في الدخول من المسامحين لا
المتدينين لا وجه لها فان خروج ذلك من باب معاملات الصبي خروج موضوعي اما السنة فهي على طوائف ثلاث الاولى ما
دل على جواز امر اليتيم بعد الاحتلام وعدم خروجه عن اليتم قبله الثانية ما دل على رفع القلم عنه الثالثة ما دل على ان عمده و
خطائه واحد اما الطائفة الاولى فالاستدلال بها غير مفيد لانها في مقام بيان ان الاحتلام شرط في نفوذ امر الصبي وليست
في مقام بيان عدم نفوذ امره قبله ولو مع اذن الولي واما الثانية فالحق دلالتها على كونه مسلوب العبارة فان الظاهر من قوله ع
رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس والدائر على السنتهم من ان فلانا رفع القلم عنه ولا حرج عليه واعماله كاعمال المجانين
فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم ورفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله ولا يمضي عنه فان ما صدر عنه لا ينسب اليه نعم
يختص رفع القلم بالفعل الذي لم يكن موضوعا للحكم بذاته لان الظاهر من هذا الحديث الشريف ان الافعال التي تترتب عليها

الآثار لو صدرت من البالغ العاقل المستيقظ فهي اذا صدرت من الصبي ومثله فلا اثر لها واما الافعال التي تترتب عليها الآثار
من دون فرق بين الالتفات وغيره ومن غير فرق بين الاختيار وغيره فهذه خارجة عنه تخصصا فعلى هذا لا يشمل الحديث مثل
الاتلاف والجناية بل مطلق الحدث والجناية الموجبة للدية ونحو ذلك وعلى هذا لا يرد المناقشات التي اوردها المص قده على
هذه الطائفة بقوله اولا ان الظاهر منه قلم المؤاخذة وثانيا ان المش على الالسنة ان الاحكام الوضعية لا تختص بالبالغين وثالثا
لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للاحكام المجعولة في حق البالغين فيكون الفاعل كساير غير البالغين خارجا عن
ذلك الحكم الى وقت البلوغ اما في الاولى التي مرجعها الى اختصاص الرفع بالاحكام التكليفية دون الوضعية فلما اوضحنا
في الاصول في حديث الرفع من ان الرفع التشريعي يصح تعلقه بالامور الخارجية من دون توقف على تقدير المؤاخذة او غيرها و
الرفع التشريعي يقتضي رفع جميع الآثار ففي المقام يمكن تعلق الرفع بنفس القلم اي رفع قلم جعل الاحكام عنه سواء كانت
موجبة للمؤاخذة على مخالفتها كالاحكام التكليفية ام لم تكن كالوضعية واما في الثانية فلان اشتراك غير البالغ مع البالغ
في الاحكام الوضعية التي هي محل البحث كعقد الصبي اول الكلام بل المش عدمه نعم يشتركان في مثل الاتلاف ونحوه واما في
الثالثة فلانه مضافا الى عدم امكان تفكيك الآثار بين البالغ وغيره فيما كان ذات الفعل موضوعا للاثر بل فيما كان الاثر
مترتبا على الفعل القصدي ايضا فانه لو افاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن ان لا يكون مؤثرا فعلا ويصير ذا اثر بعد البلوغ ان
كون فعله موضوعا للاحكام المجعولة في حق البالغين فرع ان يكون فعله مؤثرا وهذا اول الكلام لانه يحتمل ان يكون وجوده
كعدمه كما في عقد المجنون ومثله فكيف يمكن ان يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل وبالجملة ظهور
الحديث في كون عبارته كالعدم بقرينة جعله رديفا للمجنون والنائم مما لا ينبغي المناقشة فيه واما الثالثة فدلالتها على ان
افعاله القصدي كالفعل الصادر عن غيره بلا قصد واضحة نعم يمكن دعوى ورودها في مورد خاص وهو باب الديات او عمومها
للكفارات ايضا وعدم شمولها لجميع افعاله كالعقود والايقاعات وذلك لان الخطا والعمد لم يؤخذا موضوعا لحكم الا في الجنايات
والكفارات الواجبة على المحرم فان في تلك المسئلتين قوبل العمد مع الخطا واما في غيرهما فالحكم اما مترتب على ذات الفعل وهو
الغالب او على خصوص العمد او خصوص الخطا او ما هو مرادف لهما من القصد والاختيار او السهو والنسيان والاضطرار ويشهد
لذلك تذييل بعضها بقوله ع تحمله العاقلة فان تحمل العاقلة انما هو الدية في الجنايات ولكن يمكن الجواب عن هذا الاشكال
بان تذييل بعضها بقوله تحمله العاقلة لا يوجب حمل الاخبار المطلقة على باب الجنايات هذا مضافا الى ما ورد في رواية ابي
البختري عن علي عليه السلام انه كان يقول المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطا يحمله العاقلة وقد
رفع عنهما القلم فان قوله ع وقد رفع عنهما القلم بمنزلة العلة لقوله ع عمدهما خطا ومقتضاه ان الافعال التي تترتب عليها
الآثار اذا صدرت عن قصد من غير الصبي والمجنون اذا صدرت عنهما فكالصادرة عن غيرهما بلا قصد لان قلم جعل الاحكام

مرفوع عنهما فمقتضى التعليل هو التعدي الى غير الجنايات بل يستفاد منه ان الطائفة الثانية والثالثة وردتا لمعنى واحد وكل
منهما مخصوصان بالافعال القصدية لا الافعال التي تكون موضوعات للاحكام بذواتها وعلى هذا فلا وجه لقول المص قده بل
يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب من حديث رفع القلم اه لانه بعد ما عرفت من
اتحاد معنى الفقرتين لا وجه لاستظهار الاتحاد من هذه الرواية بالخصوص بل في جميع الروايات الواردة هذه الكلمة يراد منها
مع قطع النظر عن معناها الكنائي رفع فعله القصدي فان معنى رفع قلم الاحكام هو ان عمدهما خطأ فان اشتراكه مع المجنون في رفع
القلم عنه وكون عمده خطأ يقتضي ان يكون المرفوع هو الفعل القصدي ثم لا يخفى انه لا وجه لتقدير المؤاخذة ثم تعميمها للآثار
الاخروية والدنيوية فان المؤاخذة بناء على لزوم تقديرها ظاهرة في العقوبة الاخروية ثم لا وجه لاحتمال العلية والمعلولية
كليهما في رفع القلم فان الظاهر منه كونه علة لانه اعم موردا من قوله تحمله العاقلة والعلة بمنزلة الكبرى الكلية والحكم المعلل
بمنزلة الصغرى وجعله معلولا لقوله عمدهما خطأ لا يستقيم لانهما اما متحدان معنى بناء على ان يكون المراد من رفع القلم رفع
الافعال القصدية واما يناسب العلية لو كان المراد الاعم منها ومن غيرها وبالجملة وان اجاد المص قده فيما افاد من ان
المرفوع عن الصبي هو الاحكام المترتبة على الافعال التي بذاتها موضوعات لها لظهور الخبر في ان الصبي كالمجنون الا انه لا
وجه لالتزامه بتعلق الرفع بالمؤاخذة ثم تعميمها للآثار الدنيوية ثم تمسكه باطلاق الرفع لما اذا صدر الفعل عن الصبي باذن الولي
فان التمسك بالاطلاق في هذا المقام من الغرائب على مذهب من اختار من ان التقابل بينه وبين التقييد تقابل العدم و
الملكة فانه لو كان المراد من الرفع رفع الاثر رأسا وان فعله كالعدم وقصده كعدم القصد فلا موقع للتمسك بالاطلاق
لان الاذن لا يمكن ان يؤثر في الفعل الذي هو بمنزلة العدم حتى يتوهم تقييد عدم الاثر بمورد الخلو عن الاذن فيتمسك بالاطلاق
لرفع هذا التوهم ولو كان المراد منه ان الصبي ليس مستقلا في التصرف فهو كالراهن او الباكرة فلا يصح التمسك بالاطلاق
لانه ينقلب الفعل في مورد الاذن عما عليه فلا يصح ان يقال الراهن لا يستقل بالتصرف سواء اذن له المرتهن ام لا فتلخص
مما ذكرنا ان قصد الصبي كالعدم وفعله العمدي خطأ لا مؤاخذة عليه ولا دية في ماله ولا يلزم بالاقرار ولا حد عليه ولا تعزير
على افعاله ولو قام دليل على انه يعزر فليحمل على التأديب لئلا يتمرن على الفعل المحرم نعم لو ثبت لزوم تعزيره في مورد ثبوت
الحد على البالغ لكان ثبوت هذه العقوبة من اثر فعله القصدي واما لو ثبت لزومه في غير هذه المعصية فليس المراد منه الا
التأديب اي ليس العقوبة عليه لاجل ما صدر منه بل لئلا يصدر منه بعد البلوغ بحيث لو علم موته قبل البلوغ فتأديبه ايضا
لا وجه له الا ان يكون نفس صدور الفعل منه نقصا لاقربائه وكيف كان لو ثبت لزوم التعزير عليه فيدخل في المستثنيات لما
بينا ان الصبي كالمجنون فهو داخل في هذا القسم من المحجورين فلا يترتب على انشائه اثر ولا يؤاخذ على فعل من افعاله واذا
ثبت صحة فعل منه بدليل خاص يكون مخصصا لحديث رفع القلم واما لو لم يثبت كما قيل بالنسبة الى عباداته فيقتضي ان تكون

بعنوانها القصدي لا الاحكام المترتبة على الافعال

تمرينية لا شرعية ثم كلما ثبت صحته مطلقا ولم يدل دليل على اعتبار صدوره من فاعل خاص يصح فيه توكيله للغير ووكالته
عن الغير وهذا كله في الافعال التي يعتبر فيها القصد واما الذي لا يعتبر فيه فخروجه عن الحديث بالتخصص فالفروع التي
ذكرها العلامة قده في التذكرة مبتنية على احدى القاعدتين اي كل فعل اعتبر فيه القصد كحصول الملك في الهبة وتعين
الكلي بالقبض فقبول الصبي فيه وقبضه كالعدم سواء كان باذن الولي ام لا وسواء كان لنفسه او للولي او لغيره وكل ما لا
يعتبر فيه القصد كقبض مال معين من الولي باذن الولي فقبضه فيه كقبض الولي كما ان من عليه الخمس او الزكوة يبرء ذمته
منهما لو دفعهما الى الصبي او صرفهما في مصارف الصبي لان قبضه هنا لا يعتبر فيه القصد قوله قده ثم انه ظهر مما ذكرنا
انه لا فرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة او الخطيرة اه وان كان مقتضى الادلة السابقة ما ذكره قده من عدم
الفرق الا انه بعد ما يشاهد من الناس انهم لا يعاملون مع الصبي معاملتهم مع المجانين بل سيرة اهل العرف من كل ملة و
نحلة الايكال الى الصبي باختلاف المعاملات فيوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول والى من بلغ ثمانية بيع
اللحوم والى من تجاوز العشرة معاملة الثياب وهكذا فلا بد اما من القول بخروج هذه الاشياء عن معاملات الصبي بالتخصيص
والمخصص لها هو السيرة ولكن الالتزام بهذا مشكل كما افاده قده لان السيرة مختلفة باختلاف الاشياء وثبوت السيرة من
عصرنا الى عصر الائمة من المتدينين بهذا التفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فانا نرى تحرز المتدينين عن المعاملة مع
الصبي في مثل اللحم ونحوه فضلا عن الثياب واما من القول بان السيرة جارية بين من لا يبالي بالمحرمات ولا يخفى ان الالتزام
بهذا اشكل فان شراء البقول ونحوها منه معمول بين المتدينين واما بجعل الصبي في الموارد التي ثبتت السيرة فيها بمنزلة
الالة والواسطة في الايصال وهذا على وجوه احدها ما ذكره كاشف الغطاء بان المعاملة في الحقيقة واقعة مع الولي و
الطرف الاخر فيكون الاخذ من الطفل مثلا موجبا وكالة من قبل الولي وقابلا من قبل نفسه فيكون فعل الصبي من قبيل
فتحه باب الدار والاذن في دخول الاغيار من كونه كاشفا عن رضا الولي وفيه اولا ان دخول عمل طرف الصبي في عنوان الوكالة
مشكل لان الولي لم يعينه لها ومجرد رضا المالك لا يدخله في هذا العنوان وثانيا ان ما هو الواقع في الخارج ليس الا
المعاملة مع الصبي للعلم بعدم انشاء التوكيل من الولي وعدم قصد الطرف الوكالة عنه وثالثا مقتضى ذلك اختصاص الصحة
بما اذا كان المال من غير الصبي واما اذا كان منه ولم يعلم له ولي اجباري فلا يجوز مع ان بناء الناس ليس على التفحص وثانيها
ان يكون المنشئ للمعاملة هو الولي مع طرف الصبي وكان الصبي واسطة في اقباض المالين وايصاله الى المالكين كايصال الهدية
الى المهدى اليه وفيه اولا ان انشاء التمليك لشخص غير معلوم بوجه لا يدخل تحت احد العناوين التمليكية وثانيا ان الفصل بين هذا
الانشاء والانشاء من طرف الصبي قد يكون ازيد من سنة وثالثا ان ما هو الواقع في الخارج ليس كذلك غالبا بل دائما وثالثها
الاكتفاء في المعاملة بوصول كل من المالين الى مالك الاخر مع رضا الطرفين وقد تقدم في المعاطاة ما يدل على صحة ذلك

في انه هل فرق في معاملات الصبي بين الاشياء اليسيرة والخطيرة ام لا

فانه اما من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التعاطي فيها واما انه ملحق بها حكما بناء على ما تقدم من ان المعاطاة انما تدل على التسليط
المالكي فلو انشأ التسليط عن المالك بعوض معين فكل من اقدم على اعطاء العوض فهو مسلط على المعوض فانه لا يعتبر في
حقيقة التسليط تعيين المباح له كما في نثار العرس ولا الموالاة بين الايجاب والقبول فهذا لو كان داخلا في عنوان العقود
فيدل على صحتها عموم اوفوا بالعقود ولو لم يكن داخلا فيكفي في صحتها السيرة الجارية بين المتدينين نعم لا بد من الاكتفاء بما هو
المتيقن من جريان سيرة المتدينين عليه وهو المعاملة التي لا تحتاج الى المساومة بل كانت قيمة العين معينة في الخارج بحيث كان
الصبي آلة صرفة وواسطة في الايصال قوله قده مسئلة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد اه توضيح
هذه المسئلة يقع في طي مباحث الاول ان بعض الجمل مختص بالانشاء كصيغة الامر والنهي فان مفادهما ايقاع النسبة بين
الفاعل والمادة تشريعا او سلبها عنه كذلك وبعبارة اخرى مفاد الامر البعث نحو المطلوب تشريعا ومفاد النهي الزجر عنه كذلك
وهذان المعنيان متمحضان في الانشائية وبعض الجمل مختص بالاخبار كالجملة التي كان محمولها امرا خارجيا كقوله زيد قائم
وبعضها مشترك بين الامرين كالفعل الماضي والمضارع والجمل الاسمية التي يكون محمولها قابلا لان يوجد بالانشاء
فالفعل الماضي يصح ان ينشأ بها عناوين العقود والفعل المضارع يصح ان ينشأ بها الاحكام والسر في اختصاص كل واحد بباب
هو ان الفعل الماضي للنسبة التحققية والفعل المضارع للنسبة التلبسية فالماضي امس بايجاد عناوين العقود به والمضارع
امس بتشريع الاحكام به فان ايجاد عنوان العقد لا يناسبه التلبس وايجاب متعلقات الاحكام لا يناسبه التحقق واما
الجمل الاسمية فكاسم الفاعل في قوله هي طالق واسم المصدر في قوله انت حر ونحو ذلك كقوله انت وصيي او وكيلي وكل ما
كان من هذا القبيل ولا يخفى ان كون الجملة مفيدة للانشاء او الاخبار انما هو باقتضاء المقام ومن المداليل السياقية فان
لكلمة بعت معنى اذا كان المتكلم به في مقام الحكاية يكون اخبارا واذا كان في مقام ايجاد المادة بالهيئة يكون انشاء وهكذا سائر
الصيغ القابلة للمعنيين ثم انه لا شبهة ان لكل من الاخبار والانشاء مراتب ثلاث الاولى القصد الى اللفظ لا بمعنى ان يكون
اللفظ بالنظر الاستقلالي ملحوظا فان هذا خارج عن استعمال اللفظ في المعنى فان الاستعمال عبارة عن القاء المعنى باللفظ
فاللفظ غير منظور فيه وفان صرف بل بمعنى ان لا يكون اللفظ صادرا عن غير الملتفت والغافل كالنائم والغالط فان اللفظ
اذا صدر في حال النوم او على غير عمد بان سبق اللسان اليه فلا اثر له والثانية ان يكون قاصدا للمعنى باللفظ اي بعد كونه
قاصدا لصدور اللفظ كان قاصدا لمدلوله لا بمعنى كونه قاصدا لاصل المعنى فانه بعد قصده اللفظ وعلمه بمعناه لا يعقل
عدم قصده معناه فان استعمال اللفظ عبارة عن القاء المعنى باللفظ بل بمعنى كونه قاصدا للحكاية او الايجاد اي كان داعيه
على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وقوع هذا المدلول في موطنه من ذهن او خارج او ايجاد المنشأ بهذا اللفظ الذي
هو آلة لايجاده فلو كان قصده الهزل واللعب فلا اثر له وفقد هذين المرتبتين في الاخبار يوجب عدم صدق الحكاية عليها

واما في المنشآت ففي العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد وفي الاحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعي بل يطلق عليه
الحكم الصوري او الهزلي او نحو ذلك من الدواعي والمرتبة الثالثة في الاخبار ان يكون مدلول اللفظ مطابقا لما يحكى عنه والا
يكون كذبا وفي الانشاء ان يكون المنشأ متحققا في عالم الاعتبار بل لا يكون المنشأ متحققا في عالم الاعتبار بان لا يكون المبيع
خمرا مثلا ولا يخفى ان هذه المرتبة في الاخبار والانشاء خارجة عن اختيار المتكلم لانها امر خارجي وليست من مدلول لفظه ايضا
وقد ظهر مما ذكرنا امور الاول ان جعل القصد من شرائط العقد اولى من ان يجعل من شرائط المتعاقدين اذ بدونه لا يتحقق
العقد كعدم تحققه بالفصل بين الايجاب والقبول وبعدم تطابق الايجاب والقبول ومجرد ان عدم تحققه نشأ من قبل العاقد
لا يوجب عده من شرائطه والا لصح ان يقال ومن شرائط العاقد ان لا يتلفظ بالفارسي وان لا يقدم القبول على الايجاب الثاني
ان قياس الامر الصوري على الكذب في الاخبار لا وجه له لان الكذب مرتبة ثالثة في الاخبار والامر الصوري يشبه الهزل في الاخبار
لانه لم يقصد به البعث نحو المطلوب وهكذا في العقود لو لم يقصد ايجاد المادة بالهيئة بل قصد الهزل ونحوه فحكمه حكم الهازل في
الحكاية وشبيه الكذب في الاخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار وعدم المطابقة في الاخبار كعدم وقوع المنشأ
في الانشاء كلاهما خارجان عن مدلول اللفظ وامكان القصد اليه الثالث ما افاده في لك من عدم تحقق القصد في عقد
الفضولي والمكره خلط قصد بقصد فان القصد يستعمل في موارد احدها قصد اللفظ وثانيها قصد المعنى فانهما معتبران في
اصل صدق العقد فان عقد النائم وعقد الهازل ليسا بعقد فانهما لم يقصدا ايجاد المادة بالهيئة ثالثها قصد وقوع العقد
خارجا عن طيب في مقابل وقوعه عن كره فان العاقد مع قصده اللفظ والمعنى تارة داعيه على وقوع مضمون العقد اكراه المكره
واخرى غيره من الدواعي النفسانية ورابعها قصد وقوع المضمون عن العاقد في مقابل وقوعه عن غيره كبعض اقسام عقد الفضولي
ولا يخفى ان اعتبار القصدين الاخيرين انما هو لامر تعبدي لا لتحقق مفهوم العقدية فان عقد المكره والفضولي من حيث جهة العقدية
لا يقصر عن غيره فما افاده في لك من انهما قاصدان الى اللفظ دون مدلوله لا وجه له لانهما قاصدان للمدلول ايضا وانما الفرق
ان قصد وقوع مضمون العقد في المكره ليس عن داع اختياري وقصد نفساني بل عن وعيد المكره بالكسر مع عدم امكان التورية او مطلقا
على ما سيجيء وفي الفضولي هذا المعنى ايضا موجود وانما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه وعلى هذا فقياس المكره على الفضولي
ايضا لا وجه له لانهما ليسا في وزان واحد المبحث الثاني في اعتبار قصد المالكين وعدمه وتوضيحه يتم برسم امور الاول لا
شبهة ان تعيين العوضين في العقود التمليكية كتعيين الزوجين في النكاح الثاني ان مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من
العوضين في ملك مالك الآخر الثالث بعد تحقق المعاوضة تعقيبها بما ينافيها لا يوجب بطلانها بل يقع لغوا وبرهان
الجميع واضح اما اعتبار تعيين العوضين من حيث الجنس والمقدار في العقود المعاوضية فلان عيش بني آدم يتوقف على تبديل
الاموال ولا يتم ذلك الا بتعيين ما يقع المال بازائه من حيث الجنس والمقدار فان المال يقع بازاء الصور النوعية لا بازاء

في لزوم تعيين المالكين وعدمه

المادة المشتركة ثم لا يقع اي مقدار من المال بازاء اي مقدار من الصورة النوعية فيجب تعيين كلتا الجهتين وسيجيء توضيح ذلك
في محله واما اقتضاء حقيقة المعاوضة دخول كل واحد من العوضين في ملك مالك الآخر فقد تقدم وجه ذلك في اول البيع و
اجماله ان المعاوضة تبديل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى مع بقاء الطرف الآخر من كل من الاضافتين على حاله اي يتبدل
المملوكين لا المالكين فاذا كان المالكان على حالهما في المعاوضة ولم يقم مقام مالك المال مالك آخر كمسئلة الارث بل
تبدل طرف الاضافة القائمة بالمال بطرف الاضافة القائمة بمال آخر فلا بد ان يقع كل من المضافين مكان الآخر في الملك
ويجب ان يدخل المبدل في ملك من يخرج عنه المبدل وهذا لا يمكن الا اذا دخل المبدل في ملك من خرج عنه البدل ومجرد
عدم المجانية ووقوع مال بازاء مال ليس معاوضة لان العقد هو الاثر الحاصل من فعل المتعاقدين وليس الثالث طرفا
لهما فلو كان اثر تمليك البايع تمليك المشتري غير البايع لزم ان يكون هنا عقدان لو احتاج كل تمليك الى قبول او ايقاعان
لو لم يتوقف وقد تقدم ايضا انه لو قام دليل على صحة ما لو قال اشتر بمالي لنفسك طعاما فلا بد من حمله اما على هبة المال له قبل
الشراء واما على هبة الطعام له بعد الشراء واما على اعطائه له احدهما قرضا وهكذا لو قام دليل على صحة بيع معلقات الكعبة
المشرفة وتملك ثمنها فلا بد من حمله على غير البيع من انحاء التصرف او تملكها انا ما قبل البيع ثم بيعها واما عدم بطلان المعاوضة
بعد تحقق اركانها بذكر ما ينافيها بعدها فلانه لا موجب لابطال الامر اللاحق الامر الصحيح المتقدم نعم لو لم يتحقق ركن المعاوضة
وهو تبديل المالين فذكر ما ينافيها يوجب بطلانها كقوله بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة على التفصيل الذي تقدم في
قاعدة ما يضمن اذا عرفت ذلك فنقول تارة يكون العوضان شخصيين واخرى كليين وثالثة يكون احدهما شخصيا والآخر
كليا فاذا كانا شخصيين فلا يعتبر تعيين مالكهما سواء كان العقد من المالكين ام من غيرهما وكيلا كان ام لم يكن عقبه بما ينافيه
ام لم يعقبه فانه بعد ما عرفت من ان المعاوضة تقتضي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض وبالعكس فلو بدل المبيع
الشخصي بالثمن الشخصي وقال بعتك هذا بهذا او قال بعت هذا بهذا صار المثمن لمالك الثمن والثمن لمالك المثمن ولا يعتبر
تعيين المالكين لكونهما معينين في الواقع ولا يضر تعقيب العقد بما ينافيه بان يقول بعتك هذا بهذا لزيد مع عدم كون
زيد مالكا لاحد العوضين بل ولا يضر ذكر المنافي بين الايجاب والقبول بان يقول بعت هذا الذي لزيد بهذا الثمن الذي
لعمرو فانه يقع التبديل بين الثمن والمثمن وقصد كونه لزيد او ذكره لغو لا يوجب البطلان ولا يقاس على قوله بعتك
بلا ثمن لما عرفت من الفرق بينهما وبالجملة لم يقم دليل تعبدي على اعتبار قصد المالكين ولا على بطلان قصد الخلاف ولا
يتوقف عنوان العقدية ايضا على قصد المالكين او ذكرهما ولا يمكن ان يؤثر قصد الخلاف في البطلان كما لا يمكن ان يتعدد
وجه وقوع العقد ايضا حتى يتوقف على التعيين واما اذا كانا كليين فلا بد من تعيين ذمة شخص بالنسبة الى احد العوضين
والعوض الآخر لو لم يجعله العاقد في ذمة غيره يتعلق بذمته ظاهرا فلو قصد الابهام وقال بعت او اشتريت منا من الحنطة

بعشر قرانات فلا يصح لان الكلي ما لم يضف الى ذمة شخص لا يكون مالا ولا ملكا فانه وان لم يعتبر الملكية والمالية قبل
العقد ويكفي تحققهما بنفس العقد كما في السلم الا ان تحققهما به يتوقف على تعيين ذمة شخص فان المن من الحنطة بدون تعيين ذلك
مفهوم والمفهوم بما هو مفهوم لا مالية له وانما ماليته باعتبار انطباقه على المصاديق الخارجية وما لم يعينه في ذمة شخص لا ينطبق
على مصداق ولا دليل على كفاية تعيين المبهم بعد العقد كشفا او نقلا وبالجملة القدر المشترك بين الذمم لا مالية له ولا يقاس على
عتق احد العبدين وطلاق احدى الزوجتين وبطلان الزايد على الاربع من دون تعيين فيما لو اسلم الكتابي على الزايد عليهن فانه
يمكن الفرق بين المقام وبين الامثلة اولا بان الامثلة من باب الشبهة المحصورة ويمكن ان يقال ان احدى الذمتين في المقام ايضا لها
اعتبار الملكية دون ذمة من في العالم وثانيا بان هذه الامثلة ثبتت بالتعبد لا على طبق القاعدة فان القاعدة لا تقتضي تعلق
الطلاق باحدى الزوجتين فان طلاق القدر المشترك لا معنى له ولا معين في الواقع ايضا حتى يتعين بالقرعة فالقاعدة تقتضي
البطلان واما اذا كان احدهما كليا فان كان الشخصي ملك شخصه وجب تعيين من يقع الكلي في ذمته واما لو انعكس فلا يجب
التعيين وذلك لانه لو كان الشخصي ملك غيره تعلق الكلي بذمة نفسه لان ذمة الغير يحتاج الى التعيين والا انصرف الى النفس
حتى فيما لو كان وكيلا عن الغير ونظير ذلك النيابة والاصالة في العبادات فانه لو اشتغل ذمته بفريضة لنفسه وكان اجيرا
للغير ايضا فلو صلى ولم يقصد النيابة وقعت عن نفسه ولو لم يشتغل ذمة نفسه بها وقعت لغوا فالانصراف الى النفس لا
مؤنة له نعم لو قصد الابهام وقع في نفس الامر باطلا وان كان ملزما في الظاهر بالالتزام المعاملي كما سيجيء في العنوان الآتي
نظير ذلك ثم ان اعتبار تعيين البايع او المشتري في الكليين ليس كاعتبار طرفي العقد في غير باب المعاوضات كالنكاح والوصية
والهبة والوقف ونحو ذلك فان الزوجين والموصى له او الوصي او المتهب او الموقوف عليه ركن في هذه الابواب وبدون التعيين
لا ينعقد العقد ولا يرتبط انشاء الموجب بانشاء القابل لانه ليس قصد الواهب مثلا الهبة لكل من يقبلها واما المعاوضات
فاعتبار التعيين فيها انما هو لاعتبار العوض فيها حيث ان تحقق المالية في الكلي انما هو بتعيين المالك والا فما هو الركن
فيها هو العقد والعوضين فلو تم شرائطهما لم يعتبر شيء آخر اصلا وعلى هذا فلا يخفى ما في كلام المحقق التستري من النظر اما اولا
فلان اعتبار التعيين في الكلي ليس لاعتبار قصد المالكين بل لاعتبار العوضية فان قوام العقد بجعل العوض في مقابل المعوض
وبالعكس والكلي ما لم يضف الى ذمة شخص ليس مالا وتعيين الذمة بعد العقد لا يكفي في تحقق العقدية لان الانشاء من
الايجاديات والايجادي في الحال لا يعقل تحققه في الاستقبال فلو قام دليل على كفاية تحقق ما يجب ان يتحقق فعلا فيما بعد
فلا بد من تنزيله منزلة تحققه فعلا والا لا يمكن وجود شيء في ظرف ان يكون وجودا له في غير هذا الظرف فلا يمكن قياس المقام
على العتق ونحوه وعلى هذا فلو سلمنا صدق العقد على الكلي ولو لم يضفه الى شخص فقوله لا دليل على تاثير التعيين المتعقب
فيه ان الدليل عليه عموم اوفوا بالعقود وقوله ولا على صحة العقد المبهم لانصراف الادلة الى الشايع المعهود ففيه ان التعارف

نفسه لا بوجب الا نصرا وقوله قبل ذلك والدليل على اشتراط التعيين وان ورد مثابة في هذا القسم انه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك فيبطل هذا لانه في جميع الصور لانه لو كان كل من العوضين كليا قبل التعيين لا يتحقق نقل حتى يبقى الملك بلا مالك اما اثباتا فلوله واما نفيا فلان لفظ مال في قوله زيد فان لم يكن وكيلا عن زيد وقع عنه وتعلق المال بذمته لا عن زيد ليقف على اجازته وان كان وكيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود والجمع بينهما يقتضي الغاء احدهما ولما لم يتعين احتمل البطلان المتدافع اه ففيه انه لا فرق بين صوت الوكالة وغيرها فان التصريح بالخلاف لا يضر بالعقد ولا يقاس على مثل بعتك بلا ثمن مع ان احتمال البطلان يجري في غير صوت الوكالة ايضا فان مجرد قابلية وقوع العقد عن الموكل لو كان منشأ للتدافع بين قوله اشتريت لنفسه وقوله في ذمة زيد فقابلية وقوعه عن زيد فضولا ايضا يوجب التدافع لان كلما صح عن قبل الموكل في صوت الوكالة صح عن المالك في صوت الفضولي فالتفصيل بينهما لا وجه له نعم يعتبر في قابلية وقوع العقد عن قبل الموكل او المالك ان يكون العقد جامعا لشرائط الصحة من جميع الجهات الا انه في صورة الوكالة لا يحتاج اسناده الى الموكل الى الاجازة منه بعد وقوع العقد هذا بخلاف عقد الفضولي فان اسناده الى المالك يتوقف على الاجازة وعلى هذا فيرد على عبارة المتن في قوله واذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد فان جعل العوض من عين غير المخاطب الذي ملكه المعوض فقال ملكتك فرسي هذا بجارية عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم قصد مفهوم المعاوضة معروف في وقوع اشتراء الفضولي لنفسه وكلام يأتي فان مع تصويره بعد انعقاد البيع لا وجه لوقوع اشتراء فضولي لعمرو فان العقد الفضولي لا بد ان يكون بحيث يتم منه المعاوضة الحقيقية حتى في بيع الغاصب لنفسه فلما مع عدم قصد البيع اصلا فلا يصح ان يقال ان هذه العبارة بناء وهو عدم قصد المعاوضة مع المخاطب لا عدم قصد اصل المعاوضة لا يستقيم لانه لو لا قوله فالبيع غير منعقد لكان لهذا التوجيه وجه اما مع مقابلته لقوله واذا لم يقصد المعاوضة مع قوله سابقا فالمضمون اذا كان المعاوضة الحقيقية فلا وجه له فتأمل لعلك تتصور وجها لكن لا بأس بالاشارة الى ما افاده المتن في توجيه ما افاده المحقق النائيني فيما اذا كان العوضان معينين بناء على عدم اعتبار التعيين فقال المحقق النائيني وعلى الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه ولغى قصد كونه عن الغير وقال المتن واما اذا كرر من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره والظاهر وقوعه عن البائع ولغوية قصده عن الغير لانه امر غير معقول لا يتحقق القصد اليه حقيقة وهو معنى لغويته ولذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته الى ان قال الا ان يقال ان وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل اذا فرض قصده المعاوضة الحقيقية لم يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية او على تنزيل الغير منزلة نفسه في ما لكية المبيع اه وحاصل ما افاده انه بعد تحقق المعاوضة وتبديل مال معين بمال آخر كذلك فذكر ما يأتي وذلك لا يفيد فلو قصد بيع مال نفسه لغير يقع لنفسه لو قصد بيع مال غيره لنفسه كالغاصب فيقع للغير لان بعد قصد المعاوضة لا

لقصد ما ينافيها نعم لو قيل بان قصد بيع مال نفسه للغير كاشف عن عدم قصد المعاوضة فلا موجب للصحة كما انه لا موجب
لها ايضا لو نزل الغير منزلة نفسه فاوقع المعاملة بين ذلك الغير والمشتري فانه بهذا التنزيل اخرج نفسه عن الطرفية فلا تقع له
ولا يمكن ان يقع ايضا للغير باجازته لانه غير مالك ولا اضافة بينه وبين المبيع فهذا التنزيل موجب للبطلان عكس ما اذا
نزل الغاصب نفسه منزلة المالك فانه موجب للصحة ثم ان بعض المحشين اورد على الشق الاول من الترديد بان كون عدم
المعقولية قرينة على عدم ارادة المعاوضة الحقيقية انما يتم اذا شك في قول الغير واما مع صدور المعاملة الخاصة عن نفسه فلا
معنى لجعله قرينة اذ هو مطلع على ما قصد وعلى الشق الثاني من الترديد بان تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع وجه للصحة
لا للبطلان كما في تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك وفيهما ما لا يخفى اما في الاول فلان القرينة الواقعة في الانشاء ليست
كالقرينة الواقعة في الاخبار كاشفة عن المراد حتى يقال ان المتكلم مطلع على مراده بل قرينية القرينة في الانشاء معناها ان العقد
المتحصل من انشائين اذا لم يتعقب بما ينافيه فهو يقع على طبق ما انشأ واما اذا اقترن بما ينافيه كقوله بعتك بلا ثمن فلا يقع
الانشاء للتدافع ففي مثل بيع مال نفسه عن غيره يحتمل الصحة بان يجعل قصد الغير لغوا ويحتمل البطلان بان يجعل قصد الغير
بمنزلة بلا ثمن في كونه ايجادا لما ينافي انشائه وهذا هو معنى قرينيته لعدم قصد المعاوضة الحقيقية واما في الثاني فللفرق بين قصد
المالكية في بيع الغاصب وتنزيل الغير منزلة نفسه في بيع المالك وهو ان القصد في الاول مصحح للمعاملة دون الثاني وذلك لان
العناوين الواقعية او الجعلية قد يكون الاثر فيها مترتبا على المعنون بها اولا وبالذات وبتوسط انطباقها على المصداق يترتب على
هذا المصداق ثانيا وبالعرض فان زيدا يجب عليه الحج لكونه مستطيعا وقد يكون الاثر مترتبا على المصداق لكونه معنونا فالعنوان
من قبيل الداعي وواسطة في الثبوت مثلا لو اقتدى بالعادل وتخيل انه عمرو فبان انه زيد صحت صلوته ولو اقتدى بعمرو لكونه
عادلا فتبين انه زيد بطلت صلوته ففي الاول قصد كونه مالكا من الدواعي ومن قبيل الخطأ في التطبيق فان المقصود ايقاع
المبادلة بين المالين من المالكين وحيث يعلم بان كلا منهما ليسا له يبنى على مالكية نفسه حتى يتحقق قصد المعاوضة حقيقة
فاذا تمت المعاوضة واجاز المالك وقعت له واما في الثاني فقصد كون ماله لغيره لا يمكن ان يكون من قبيل الخطأ في التطبيق
بل يكون ضد ذلك لانه يرى نفسه خارجا عن طرف المعاوضة فصحته عن قبل نفسه لا يعقل بعد اخراج نفسه عن المالكية و
صحته عن الغير ايضا لا معنى لها بعد عدم تأثير اجازته وبالجملة تنزيل الغير منزلة النفس موجب للبطلان لانه لا يعقل دخول
البدل في ملك الغير مع عدم خروج المبدل عن ملكه ولا وقوعه عن نفسه لاخراج نفسه عن المالكية وتعقيب انشائه بما ينافيه
نعم بناء على ما ذكرنا من ان ذكر ما ينافي العقد بعد تحقق اركانه يقع لغوا ولا يوجب بطلانه فهذا القصد لغو وعلى اي حال
هذا القصد ليس مصححا للمعاملة بل اما يقع لغوا او موجبا للبطلان المبحث الثالث في تعيين الموجب لخصوص المشتري و
القابل لخصوص البايع وفيه ايضا جهات من البحث الاولى في انه هل فرق بين هذا المبحث والمبحث الثاني او لا فرق بينهما والحق

في اعتبار تعيين الموجب لخصوص المشتري وكذلك العكس علامه

عدم الفرق بينهما فيما اذا كان العوضان شخصيين كما لا يعتبر تعيين البائع من بيع لزوم تعيين المشتري من شيء لرفع الجهالة ان يعلم البائع بان المشتري يشتري لنفسه ولغيره وان الثمن مال الامر او هكذا في طرف المشتري لان التبديل يقع بين المالين فكل من هو مالك الثمن يتقابل بالمثمن في العكس نعم في غير باب المعاوضات كعقد النكاح والهبة والوقف والوصية ونحو ذلك كالضمان والصلح لا يعتبر العلم بالطرف فان خصوصيات الأشخاص لها دخل تام في نظر الطرف في الجملة من متعلق العقد تارة ومورد في العقد اخرى ليس كذلك فلو كان وكيلا فلا بد من تعيينه فلو لم تعلم الزوجة بان القابل هو الزوج او وكيل عنه لم يصح العقد وهذا بخلاف البيع الثابتة اذا علم بان الطرف الآخر وكيل او ولي فهل يصح في مقابل الصيغة المخاطبة مع الطرف مطلقا بان يقول انكحت او لا يصح مطلقا او التفصيل بين البيع وما يحذو حذوه وبين النكاح وما يتلو تلوه وهو التفصيل لا للفرق بين وكيل الزوج ووكيل البائع بان يقال يطلق على وكيل البائع بائع ايضا واما وكيل الزوج فلا يسمى بائعا زوجا فان هذا باطل لعدم الفرق بين الاطلاقين كما اشار اليه المصنف بقوله قدس سره بل الأقوى ما لم يعتبر فيه ان يكون شخصا خاصا صح مخاطبته بما انت هو او بما انه وكيل لا يجب ان كان الخطاب صحيحا في البيع ونحوه للأعم فانه يطلق بل يجب انه في البيع يتعارف تنزيل الغير منزلة المخاطب فلو علم بالوكالة تنزل الوكيل منزلة نفس الموكل فيخاطبه بقوله بعتك بما انت هو وكالة واما لو يعلم بها فيخاطبه بقوله بعتك بما انت لانك في هذا بخلاف باب النكاح فانه لا يتعارف فيه ذلك فمع ان المخاطب في كلتا الصورتين هو العاقد يختلف كيفية الخطاب اعتبارا الثالثة بعد صحة البيع ولو لم يعلم بان الطرف يشتري لنفسه او لغيره فهل اللازم بالآتي العقد نفس العاقد او يثبت بانه وكيل او يفصل بين ما اذا ثبت كالة فاللازم هو الموكل وما لم يثبت فالعاقد وجهان والأقوى هو الأول وعلى هذا فلا يسمع دعوى الوكالة لأن الدعوى انما تسمع فيما اذا كان الأثر مترتبا على المدعى به واما لو لم يكن لها أثر سواء كان ثابتا في الواقع امرا فلا وجه لسماع الدعوى فالعمدة اثبات ان اللازم بالآتي نفس العاقد فيما لم يعلم انه وكيل لانه لو علم كونه وكيلا فاللازم هو الموكل بلا شبهة لأن الخطاب ان كان متوجها الى الوكيل الا انه لا بما هو هو بل بما انه موكله فكأن الطرف مع علمه بوكالة المخاطب جعل الالتزامات العقدية على الموكل واما لو يعلم بها فاللازم هو الوكيل ولو ثبت كونه وكيلا بعد هذا غاية الأمر انه ايضا يرجع الى الموكل لأن الطرف حيث انه جاهل بوكالته فيشتغل الالتزامات الصريحة او الضمنية بل لعله لو كان عالما بوكالته ايضا وقع المعاملة مع الموكل لأن الناس في التهوين والتصعيب والعسر واليسر والمماشاة والمطالبة مختلفون فالوكيل المفوض كما هو مفروض الكلام لو يصح بالوكالة فهو اللازم بالتسليم وسلامة المبيع ونحو ذلك من الشروط الضمنية والصريحة لأنه بان شائر الزمام بين احدهما الالتزام بكون المبيع عوضا عن الثمن واثر هذا الالتزام انتقال كل واحد من العوضين مهما كان الى مالك الآخر فعليه الزام موكله باخذ الثمن او الثمن منه وتسليمه الى الطرف فللطرف ان يرجع البائع ابتداء بانهما الالتزام بعدم العيب والغبن ونحو ذلك من الشروط الضمنية او الصريحة واثر هذا الالتزام ايضا رجوع الطرف اليه

ابتداء وبعد رجوعه اليه فهو ايضا يرجع الى موكله نعم لو كان كاف الخطاب موضوعا للاعم لكان سماع الدعوى منه في غاية
الوضوح لان ظهور الاطلاق في كونه هو الاصيل لا ينافي سماع الدعوى منه فان مورد سماع الدعوى هو كون الاثر على المدعى
به مع كونها مخالفة للاصل او الظاهر فمع الالتزام بكون الكاف موضوعا للاعم لا وجه لعدم سماع قول من يدعي الوكالة ولعل
قوله فتامل اشارة الى ذلك قوله قده مسئلة ومن شرايط المتعاقدين الاختيار اه قد تقدم انه يعتبر في تحقق عنوان العقدية
امران الاول ان يكون قاصدا للفظ بما انه فان في المعنى وحاك عنه وقصده كذلك مع عدم قصد المعنى لا يجتمعان فان قصده
كذلك الذي هو عبارة عن استعماله في المعنى ملازم لقصد المعنى منه نعم قصد اللفظ موضوعا كمن يتكلم تقليدا او غير عالم بالمعنى
لا يلازم قصد المعنى الثاني ان يكون الداعي على الاستعمال بعد قصد اللفظ وقوع المدلول في الخارج فعقد الهازل لا اثر
له لانه وان قصد المعنى بتوسط قصده اللفظ الا انه غير قاصد لوقوع المدلول في الخارج اي لم يقصد من قوله بعت ايجاد
المادة بالهيئة خارجا بل قصد صورة وهزلا ويعتبر في نفوذ العقد ومضيه شرط ثالث وهو ان يكون ارادة الفعل ناشئة عن طيب
النفس اي يكون الموجب لارادة الفعل والداعي لها الذي هو بمنزلة العلة للارادة وان لم تكن علة والا لزم القول بالجبر كما برهن في
محله طيب نفسه لا اكراه المكره فان المكره بالفتح وان كان قاصدا للفظ وقاصدا لوقوع مدلوله في الخارج ايضا الا ان هذا
نشأ عن غير رضا منه فلو كان هذا القصد ايضا ناشئا عن الرضا خرج عن عنوان الاكراه ولو انتهى الى غير الرضا كما انه لو كان
اصل صدور الفعل عن غير اختيار فهو ايضا خارج عن عنوان الاكراه وبعبارة واضحة هنا امور ثلاثة اثنان منها خارج عن عنوان
الاكراه والاكراه متوسط بينهما الاول ما اذا صدر الفعل عن غير ارادة كمن وجر في حلقه مفطرا او كتف والقي في السفينة
والثاني ما اذا صدر الفعل عن ارادة ونشئت هذه الارادة عن داع نفساني الا ان الداعي على هذا الداعي غير الرضا والاختيار
كمن كان جايعا فباع ثوبه ليشتري بثمنه خبزا بحيث لو لم يكن مضطرا لما باعه والمكره واسطة بين هذين الشخصين فانه مختار في الفعل
الا ان هذا الاختيار نشأ عن غير اختيار واما الجايع ونحوه كمن اكره على اعطاء مائة دينار فباع داره لاعطاء الدنانير فارادة الفعل
ايضا نشأ عن الاختيار الا ان هذا الاختيار نشأ عن امر غير اختياري وكيف كان فموضوع البحث في عقد المكره وجود جميع الشرايط
سوى الرضا بالمعاملة فما عن العلامة والشهيدين قدس الله تعالى اسرارهم من ان المكره قاصد الى اللفظ دون مدلوله ليس
مقصودهم ما هو ظاهر عبارتهم اما مراد الشهيدين فبالنظر الى قياسهما المكره على الفضولي يظهر او مقصودهما من قولهما ان
المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله هو ان المكره لم يقصد ما هو ظاهر انشاء كل منشئ من رضائه بوقوع المدلول
في الخارج كما ان الفضولي لم يقصد ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه واما العلامة فمقصوده من قوله في التحرير لو اكره على الطلاق
فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق اذ لا اكراه على القصد هو التفصيل بين اقسام المكره وهو ان كل من لم يتمكن من التورية
فهو مكره واما من امكن له التورية فاذا لم يور واوقع المعاملة فليس مكرها بل صدرت المعاملة عنه عن طيب وبالجملة فمحل الكلام

في البحث عن عقد المكره

في المقام هو ان الداعي الذي ينشأ منه ارادة الفعل يجب ان يكون اختياريا فعدم قصد وقوع المدلول في الخارج كما في الهازل لا
يدخل تحت هذا العنوان كما ان انتهاء جميع الدواعي في السلسلة الطولية الى الاختيار ايضا لا دليل على اعتباره والا لزم عدم صحة
اغلب المعاملات فلو كان محل البحث هو البيع الصادر عن ارادة ناشئة عن الاكراه لصح التمسك لاعتبار الاختيار المقابل
لهذا المعنى بالادلة العامة والخاصة اما الادلة العامة فكقوله عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ع لا يحل مال
امرء مسلم الا عن طيب نفسه وقوله ع رفع ما اكرهوا عليه فان الاكراه على ارادة المعاملة يخرجها عن التجارة الناشئة عن الرضا
بها وعن طيب النفس فان المكره وان كان راضيا بالفعل بمعنى انه يصدر عنه بالاختيار الا انه غير راض بحاصل فعله وبارادته
للفعل الذي يترتب عليه الاثر فلم يصدر التجارة عن رضا واما حديث الرفع فبناء على ما بينا مفاده في الاصول من ان الرفع رفع
تشريعي ولا يحتاج الى التقدير فدلالته على المقصود واضحة ولا يتوقف التمسك به على ضم استشهاد الامام ع على رفع اثر
الحلف بالطلاق اذا كان الحالف مكرها لما بينا من دلالته بنفسه مع قطع النظر عن الخارج وعلى اي حال المناقشة في
الاستشهاد بحمل نفس الاستشهاد على التقية غير صحيحة لان الظاهر ان الامام ع في استشهاده بحديث الرفع بين الحكم الواقعي
وانما اتقى في تطبيق الحديث على المورد ففي بيان الكبرى لا تقية فيدل الحديث على رفع الاثار الوضعية كرفع الاثار التكليفية
في حال الاكراه ونظير المقام ما ورد عن الصادق ع في قوله ذاك الى الامام ان صمت صمنا وان افطرت افطرنا فان الظاهر من هذا
الحديث انه ع لم يتق في ثبوت الهلال بحكم امام المسلمين بل في تطبيق الامامة على المنصور الذي امر الامام ع بافطار اخر يوم الصيام
كما ان الاشكال عليه بان مقتضاه بطلان البيع عن اضطرار مع عدم امكان الالتزام به غير وارد لان الحديث حيث ورد في
مقام الامتنان فلا امتنان في رفع اثر المعاملات الصادرة عن اضطرار هذا مع ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما يكون نفس
المعاملة اضطرارية واما اذا كانت المعاملة مما يدفع بها الاضطرار فلا يدل الحديث على رفعها كما انه لو كان الخطأ او
النسيان متعلقا بامر اخر غير نفس المعاملة وصدرت المعاملة عن عمد والتفات فهذه لا ترتفع بالحديث وعلى اي حال سواء قلنا
برفع الاثار الوضعية ايضا كرفع الاحكام التكليفية كما هو ظاهر استشهاد الامام ع بالحديث ام لم نقل به بان يحمل نفس
الاستشهاد على التقية فعدم مضي المعاملة اذا كانت كراهية لا اشكال فيه لان الاكراه موجب لفقد الرضا مع ان رفع
الاثار الوضعية به في الجملة لا اشكال فيه وتمام الكلام في الاصول واما الادلة الخاصة فهي الاخبار الواردة في الطلاق و
العتق فعن زرارة عن ابي جعفر ع عن طلاق المكره وعتقه فقال ع ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق وعن ابي عبد الله عليه السلام
لا يقع الطلاق باكراه ولا اجبار ولا مع سكر ولا على غضب الى غير ذلك من الاخبار ثم انه لا ينافي الصحة مع الرضا اللاحق في
العقود البطلان مطلقا في الطلاق والعتق لان البطلان فيهما انما هو لخصوصية كونهما ايقاعيين والايقاع لا يقبل الرضا
المتأخر كما انه لا محذور في الجمع بين ما لا ارادة في الفعل كما في السكر والغضب الذي اريد منه مورد سلب الشعور والاجبار

اذا اريد منه سلب الاختيار كحركة المرتعش وما فيه الارادة كالاكراه لاشتراك القسمين في الجامع وهو بطلان الطلاق
قوله قده ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه اه بعد ما تبين حكم الاكراه وانه لا يترتب الاثر على
العقد او الايقاع الصادر عن المكره يجب التنبيه على موضوع الحكم وبيان القيود المعتبرة فيه وفيه جهات من البحث الاولى في بيان
حقيقته وقد ظهر مما قدمنا ان الاكراه المبحوث عنه بين الاعلام هو الواسطة بين مثل حركة المرتعش والاضطرار فهو عبارة
عن تحقق ارادة وقوع المضمون عن غير رضا وطيب وهذا هو مقصود المص قده في قوله فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه
سقوط الفاعل من اجل الاكراه المقترن بايعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد اليه
عن رضا وان كان يختاره دفعا للضرر وتوضيح ذلك ان الغرض من المعاملة قد تكون هو التجارة وقد تكون حاجة عارضة و
هذه الحاجة تارة هي دفع ضرر ترك المعاملة واخرى دفع ضرر اخر فلو كان مكرها بدفع شيء فباع داره لتحصيل المكره عليه
او كان مضطرا لشراء ما يسد به خلة عياله فباع داره لتحصيل ثمن ما يحتاج الى شرائه فهذا ليس مكرها على المعاملة بالداعي
الاولى وان كان مكرها عليها ثانيا وبالعرض واما لو كان مكرها على المعاملة اولا وكان الحامل لها امر المكره فهو موضوع
البحث واعتبار كون التجارة عن تراض يقتضي خروج هذه المعاملة عما تعلق الامضاء الشرعي به لكونها عن غير رضا لا القسم
الاول فانه وان انتهى الى عدم الرضا الا انه لا يصدق عليه انه غير راض لانه وان اوجد المعاملة لدفع الضرر الا انه مستقل في فعله
ثم بعد اعتبار الاكراه على نفس المعاملة وكون وقوعها ناشئا عن حمل الغير على ما يكرهه لا مجرد استرضاء خاطره من دون
طلب منه يعتبر توعيد الطالب على الترك ثم يعتبر الظن او الاحتمال العقلائي على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد امر الغير
مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث وان خاف من تركه ضررا سماويا او الضرر من شخص اخر غير الامر كما
انه مع عدم احتمال الترتب ليس داخلا في عنوان الاكراه لان الشخص في هذه الصور اما مستقل في التصرف واما ان صدوره منه
ليس لعنوان الاكراه بل للاضطرار ونحوه وعلى هذا فمثل امر الوالدين او امر من لا يمكن مخالفته حيا لا يدخل في عنوان الاكراه
الا اذا خرج صدور الفعل من الفاعل عن داعي حصول اسم المصدر وعلى هذا يحمل ما دل على رفع اثر الطلاق الصادر مداراة
باهله او على عدم قصد المضمون كما ان رواية ابن سنان عن الصادق ع قال لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه قلت اصلحك الله
وما الفرق بين الجبر والاكراه قال الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء الدالة على دخول
اكراه الزوجة والابوين في عنوان الاكراه لا بد ان تحمل على خصوص الاكراه في اليمين لانها حيث تكون مرجوحة فلا اثر للاكراه
عليها ولو كان من قبل الابوين والزوجة وعلى هذا فالاستدلال بها للمقام غير مستقيم لان البيع ليس مرجوحا فاذا لم يخف البايع
من تركه وصدر منه فهو مستقل في التصرف ثم ان قوله وليس بشيء يرجع الى صدر الحديث اي ليس اليمين في مورد الاجبار والاكراه
بشيء فيكون السؤال والجواب جملتين معترضتين بين الصدر والذيل ومنشأ الفصل عدم امهال السائل لاتمام الامام ع كلامه

ثم ان مما ذكرنا من الفرق بين الاضطرار والاكراه ظهر اندفاع ما يتوهم من التناقض بين كلامي المص وجه التوهم هو ان
توجيهه قده كلام الشهيدين وهو ان المكره والفضولي غير قاصدين لمدلول العقد بان المراد من القصد المفقود في المكره هو القصد
الى وقوع اثر العقد ومضمونه في الواقع مناقض لما ذكره في اول العنوان من ان المراد من الاختيار هو القصد الى وقوع مضمون
العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة فان قوله في اول العنوان ظاهر في ان المكره قاصد لوقوع اثر العقد ومضمونه في
الواقع الا انه نشأ قصد وقوع مضمونه في الخارج عن اكراه وكلامه في التوجيه ظاهر في ان المكره لا يكون قاصدا لوقوع مضمون
العقد مضافا الى كونه غير راض به وجه الدفع يتوقف على تمهيد مقدمة وهي ان الفعل المحرم الصادر عن الانسان كشرب الخمر
يقع على انحاء منها شربه تشهيا ومنها شربه علاجا ومنها شربه مكرها عليه ولا اشكال في ان القسم الاول يصدر عنه بتمام الاختيار
من حيث اختيار الفعل واختيار الاثر الحاصل منه وهو السكر واما الثاني فالفعل وقصد حصول الاثر المرغوب عنه وان صدرا
بالاختيار الا ان قصد الاثر حصل لدفع الضرر فهو نشأ عنه ثانيا لا اولا وبالذات واما الثالث فالفعل وان صدر عنه بالاختيار
الا انه لم يقصد حصول الاثر حتى في المرتبة الثانية لانه لا يكون غرضه في صدور الفعل حصول النتيجة والثاني يسمى بالمضطر
اليه والثالث بالمكره عليه اذا عرفت ذلك ظهر ان مراده في التوجيه من ان المكره غير قاصد لمضمون العقد ليس كونه غير قاصد
للانفعال الذي هو اثر الفعل مع قصده الفعل بل مراده ان نتيجة فعله اي الاثر المترتب عليه كالانتقال الخارجي الذي هو بمعنى
اسم المصدر لم يصدر عنه باختيار ورضا وبعبارة اخرى يشترك المضطر مع المكره في قصدهما المعنى المصدري الا انهما يفترقان في قصد
اسم المصدر فان المضطر قاصد له كقصده المعنى المصدري عن طيب بخلاف المكره فانه لم يقصد حاصل المصدر عن رضا ويمكن ان
يكون هذا مراد العلامة قده في قوله لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق اذ لا اكراه على القصد اي نوى
الحاصل من المصدر وقصد تحقق مضمون العقد لا بمعنى انه قصد مدلوله بل بمعنى كون الفعل ناشئا عن قصد حصول الاثر وبعبارة
اخرى قد يكون قصد المعنى المصدري تبعا لقصد اسم المصدر فان المقصود توجه اولا الى قصد اسم المصدر وحيث انه حاصل
من المصدر فيقصد المعنى المصدري مقدمة والمضطر كذلك لانه لما توقف علاج مرضه على السكر فيقصد الشرب المحصل له
مقدمة واما المكره فلا يريد السكر اصلا بل الشرب هو المقصود الاصلي له فعلى هذا يصح ان يقال ان المكره غير قاصد لوقوع
مضمون العقد اي للمحصل من العقد والاخبار المصرحة بانه لا طلاق لمن لا يريد الطلاق ناظرة الى هذا المعنى وحاصل الكلام
انه ليس مقصود المص قده من ان المكره لا يكون الداعي له من الانشاء قصد وقوع مضمونه في الخارج ان المكره لا يقصد ايجاد المادة
بالهيئة بل مقصوده انه لا غرض له من ايجاد المادة بالهيئة وان اوجدها بها فان غرضه وداعيه هو دفع الضرر الذي ينشأ من تركه
ايجادها فهو يوجدها بها لا عن رضا بخلاف المضطر فانه يوجدها بها عن رضا منه فهو مستقل في التصرف دون المكره
الجهة الثانية ما اشار اليه المص بقوله قده ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به

بما لا يوجب ضررا آخر اه وحاصله ان امكان دفع الضرر بالوقوع في ضرر آخر لا يخرج الفعل عن عنوان الاكراه واذا لو اكره على الطبيخ بكل واحد من مصاديقه بحيث لو وقع مكرها عليه وهكذا لو اكره على احد الشيئين فاختيار احدهما لا يخرجه عن عنوان الاكراه وتوهم كونه مختارا في اختيار الحصة فاسد جدا لان الحصة اذا صدرت لدفع ايعاد المكره فليست صادرة عن طيب هذا لا اشكال فيه انما الاشكال في انه اذا امكن دفع الضرر بالتوصل الى شخص لدفع ضرر المكره او بالتورية فهل يكون مكرها مطلقا او لا يكون كذلك مطلقا او يفصل بين التورية فيكون مكرها وغيرها فلا وجوه والاقوى هو التفصيل وتوضيحه يتوقف على رسم امور الاول في معنى التورية والمشهور انها عبارة عن القاء الكلام الظاهر في معنى وارادة خلاف ظاهره مع اخفاء القرينة على الخلاف في مجمع البحرين وريت الخبر توريته اذا ستره واظهرت غيره حيث يكون اللفظ معنيان احدهما اشيع فتطلق هو وتريد الخفي آه وفي القاموس ووراه توريته اخفاه وفي تلخيص المفتاح ومن التورية وتسمى الايهام ايضا وهو ان يطلق لفظ له معنيان قريب وبعيد ويراد البعيد لاجل الظن بعد اخفاء القرينة اه فالظاهر اتحاد التورية بما عرفوها به في هذا المقام وذكر في تعريفها ما يخص في الاخبار والجامع بين الاخبار والانشاء هو ان تعرف بطلق اخفاء المقصود سواء كان بهذا النحو الذي ذكرناه بنحو ذكر اللفظ وحده قصد المعنى بان لا يكون ذكره اللفظ استعمالا بل ناظرا اليه بالنظر الموضوعي وبعبارة اخرى استعمال اللفظ عبارة عن القاء المعنى باللفظ فاذا لم يكن مقصود اللافظ هو الاستعمال اما بان لا يلقي ما هو معنى واما بان لا يلقي به معنى اصلا بل ينظر اليه بما هو فان والى بل بالنظر الاستقلالي كاستعمال اللفظ واراده شخص هذا اللفظ كقولك زيد لفظ فهو المورى وعلى هذا فالتورية في الحكايات قد تكون عبارة عن اراده استعمال الالفاظ في المعاني حكاية مع انه ليس داعيا لاصل التلفظ وفي الانشائيات عبارة عن كونه مرائيا بانه يوجد المواد بالهيئات وينشأ المعاني بالالفاظ مع انه ليس كذلك وعلى اي تقدير لا يخرج الكلام عن الكذب بالتورية لانه عبارة عن مخالفة ما هو ظاهر اللفظ مع ما هو الواقع خارجا سواء كان اللافظ مريدا للظاهر ام لا قاصدا لاستعمال اللفظ في المعنى ام لا الثاني قد تقدم انه يعتبر في رفع الاكراه اثر المعاملة ترتب الضرر على مخالفة الفعل المكره عليه ومحل بحث الاعلام في عدا عتبار امكان التفصي منهم واعتباره كذلك والتفصيل بين امكانه بغير التورية وامكانه بها انما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتب الضرر على مخالفة الفعل المكره عليه واما لو قلنا بان مجرد حمل الغير على ما يكرهه يكفي في ارتفاع اثره لصدق الاكراه فالنزاع في اعتبار امكان التفصي منهم وعدا عتباره امكانه كذلك او التفصيل نحو ذلك لصدق الاكراه بمجرد عدم رضا المكره بالنتيجة ومن هنا صح تمسك الحنفية بروايات ابن سنان الدالة على عدا عتبار امكان التفصي منهم ولا يرد عليها ما اورد بان الظاهر من الروايات تحقق الاكراه بدون التوعيد بالضرر لان التفصي بغير التورية ايضا غير لازم فلا يدخل لها مسئلة امكان التفصي وعدمه وذلك لما عرفت من ان محل البحث انما هو بعد اعتبار ترتب الضرر والروايات حيث دلت على ان اكراه الزوجة او الوالدين لابن شيخ

مع ان التفصي بغير التورية بالنسبة الى مخالفتهم ايضا ممكن فقدرة على عدم اعتبار العجز عن التفصي مطلقا نعم قد يورد عليه ان الروايات مختصة بمسئلة الاكراه في مورد اليمين لا مطلقا وكيف كان فثمرة هذا النزاع انما هو بعد الفراغ عن اعتبار ترتب الضرر على مخالفة الفعل المكره عليه الثالث يظهر من المصنف ان الفرق بين التخلص من التورية وغيرها من وجهين احدهما من حيث الحكم وثانيهما من حيث الموضوع اما من حيث الحكم فحاصل ان الاكراه وان لم يكن صالحا موضوعا على ما اذا تمكن من التفصي مطلقا الا ان اطلاق الاخبار ومعاقد الاجماعات تحققان القادر على التفصي بالتورية ممن لا يقدر عليه لما عدد صدق الاكراه موضوعا على مورد امكان التفصي فلما عرفت انه يعتبر في وقوع الفعل عن اكراه ان يكون الداعي اليه هو خوف ترتب الضرر الموعود على الترك ومع القدرة على التفصي ولو بالتورية لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكره عليه بل على تركه وترك التفصي معا فقد فقد الضرر بحصول باحد الامرين فاذا اختار الفعل لم يورثه مختارا فيه ولا يقاس على اختيار احد فردي المكره عليه كما اذا اكره على بيع داره او بستانه في ان اختيار كل واحد لا يخرج الفعل عن كونه مكرها عليه للفرق بينهما فان المكره لم يكره اما على المعاملة او على التفصي فليس التفصي عدلا للمكره عليه بل هو من قبيل شرط الوجوب ومسقط للتكليف وموجب لذهاب الموضوع ولذا لو تفصى بعقد اخر غير ما اكره عليه وقع صحيحا وليس ذلك الا انه ليس فردا لما اكره عليه لا عدلا له واما اذا خير امكان التفصي بالتورية في حكم الاكراه فلاطلاق معاقد الاجماعات والاخبار وبعد حملها على صورة العجز عن التورية لجمل اورد هنا وفيه ما لا يخفى من الغرابة فانه لو سلم ان مع القدرة على التفصي ولو بالتورية ليس مكرها عليه فكيف يشمله اطلاقات معاقد الاجماعات والاخبار فان الاطلاق يؤخذ به في افراد الموضوع او احواله ومع خروجه موضوعا لا يعقل شمول نفس هذا الاطلاق له نعم لو تخصص دليل اخر على الحاقه بحكما او قام اجماع على عدم اعتبار العجز عن التورية في رفع الاكراه اثر الفعل المكره عليه لصح دعوى الالحاق الحكمي ولكن اذ قد لنا باثباته مع ان الاجماع اذا كان مستنده صدق الاكراه فلا يفيد وقوله قده مع ان العجز عنها لو كان معتبرا لاشير اليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف والاكراه خصوصا في قضية عمار فيقال ان عدم الاشارة اليها في باب الحلف كاذبا عند الخوف والاكراه انما هو لعدم فائدة للتورية في المخرج عن الكذب كما تقدم من ان الكذب هو مخالفة ما هو ظاهر الكلام مع ما هو الواقع في الخارج واما في قضية عمار فلا اثر للتنبيه عليه بان يورى اذا ابتلى بعد ذلك اما اولا فلان الالفاظ الكفرية يحرم التلفظ بها ولو لم يقصد بها معانيها لان لها موضوعية من وجه وان كانت طريقية من وجه اخر فالتعرض من الله سبحانه ورسوله والائمة الهدى صلوات الله عليهم اجمعين يحرم ولان لم يقصد معناها كما قيل في عكس ذلك بالنسبة الى الشهادتين فان بعض الاثار مترتب على نفس التلفظ باللسان وان لم يقصد بهما معناهما العدا عتقاد الملتفظ بمدلولها وبالجملة في مورد ترتب الاثر على الواقع لا اثر في بعض الاخبار بانه يجب التورية كما في الحلف كذبا واما في مورد ترتب الاثر على اللفظ فلا يفيد التورية وثانيا

ان مثل عمار لا يحتاج الى التنبيه لان المؤمن لا يحالف الا يقصد معنى لفظ الكفر لو اكره عليه فمع التورية لا محالة ورد قوله عز من قائل الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان واما من حيث الموضوع فلان الاكراه يصدق مع امكان التفصي بالتورية ولا يصدق مع امكان التفصي بغير التورية وذلك لان المكره بالفتح لو ورى والتفت المكره بالكسر الى تورية لاوقعه في الضرر الذي اوعده به نعم قد لا يلتفت الى تورية وامثاله مما اكرهه عليه واما لو توسل الى غيره لدفع ضرر المكره وامتنع عن الفعل المكره عليه لم يوقعه في الضرر وبعبارة واضحة لا بد في تحقق الاكراه من امرين احدهما اطلاع المكره من يكره احدا على فعل بان المكره ممتنع حتى يوصل الضرر اليه واما لو لم يعلم بانه ممتنع او لا يمتنع فلا معنى لتوعيده وتانيهما ان يوقعه الضرر الذي اوعده واما لو اطلع بالامتناع ولم يمكن لبران يوقعه في الضرر فهذا ليس اكراها وعلى هذا فاذا تمكن المكره من دفع ضرر المكره بالتشبث بذيل من يرفع ضرره او باذهاب الموضوع الذي اكرهه عليه فهو ليس مكرها الان مع اطلاع المكره على امتناعه لا يقدر ان يوقعه في الضرر وهذا بخلاف من يتفصى بالتورية فانه لو اطلع المكره على امتناعه اوقعه في الضرر وعليه بامتناعه يتوقف على ان يكون المورى ايضا مكرها والا فمن ابن يطلع على انه ممتنع او لم يمتنع لان المكره اذا اوقع صوة البيع من دون قصد معنا فلم يمتنع ظاهرا ولكنه امتنع واقعا فامتناعا تما يتحقق بان لا يوقع صوة البيع ايضا والحاصل ان في مورد التفصي بغير التورية لا يلازم وقوعه في الضرر الذي توعد عليه مع علم الحامل بالامتناع واما في مورد التفصي بها فاولا لا يعلم الحامل على الامتناع فلا معنى لتوعيده وثانيا بوقعه في الضرر لو اطلع على الامتناع فلا يفيده التفصي بها ولكنك خبير مضافا الى ان هذا البيان مرجعه الى ان الامر والقصد لا معنى لتعلق الاكراه به فيقع الاكراه على ذات الفعل فنحالفه المكره بتحقق بان لا يقع منه ذات الفعل لا ان لا يقصد معنا فان غاية الفرق ان المتمكن من التفصي بغير التورية يمكنه التخلص من الضرر والمتمكن من التفصي بها لا يمكنه التخلص من الضرر ومجرد هذا الفرق لا يفيد لان المدار في صدق الاكراه ان يكون قصد وقوع المضمون لا عن طيب النفس والمتمكن من التفصي مطلقا يقع قصد وقوع المضمون عنه عن طيب النفس فكما ان المتمكن من التشبث بذيل الغير لرفع اكراه المكره اذا لم يتشبث ولو لعدم تحمل المشقة واوقع المعاملة يقع المعاملة منه اختيارا فكذلك المتمكن من التورية اذا لم يورى وقصد وقوع المضمون يقع المعاملة منه اختيارا وعن طيب نفسه ومن هذا الوجه قال العلامة قده ولو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق لان هذا الطلاق صدر عن نية البر وطيب النفس ويمكن ان يكون قوله فافهم اشارة الى هذا فالاولى ان يقال بان التورية لما كانت معفوا عنها غالبا وعلى خلاف طبع الاستعمال فمع تمكنه منها لو لم يورى واوقع البيع او الطلاق فلا يكون ايقاعه ناشيا عن الاختيار وطيب النفس بوقوع المضمون بل مع كراهته لوقوع البيع او الطلاق بمقتضى جبلته التي تقتضي قصد المعنى من اللفظ واما مع تمكنه من دفع ضرر المكره بغير التورية بنحو من الانحاء فلا محالة اذا لم يتفصى فهو راض

بوقوع المضمون خارجا الجهة الثالثة هل المدار في امكان التفصي بغير التورية للخروج عن موضوع الاكراه هو الامكان الفعلي او الامكان المطلق اي المدار على القدرة الفعلية او القدرة على ان يقدر كاف في صدق عدم الاكراه الاشكال في ان المسوغ للمحرم هو العجز المطلق حتى عن القدرة بالاقدار نفسه فمن يمكن له التخلص عن شرب الخمر المكره عليه ولو ببعض مسافة بعيدة غير حرجي فضلا عن خروجه عن الدار والتمسك ببدل الاختياري فلا يجوز له شرب الخمر ولو كان بالفعل عاجزا واما الاكراه الرافع لاثر المعاملة فهو الاعم من ذلك اي العجز الفعلي كما ان المدار فيه على عدم حصول المصدر بداعي اسم المصدر خارجا نعم يعتبر فيه صدق العجز الفعلي فمن كان خادما خاصا او لا يتوقف دفع الاكراه الا على الاثر فهو قادر فعلا على التفصي وبالجملة الاكراه الرافع لاثر المعاملة اعم من الاكراه الرافع للحرمة نعم مع قطع النظر عن عنوان الاكراه التسبب بين العلة الرافعة للحكم التكليفي والرافعة للحكم الوضعي هي الاعم من وجه فان المناط في الاول هو دفع الضرر سواء كان للاكراه اما الاول المناط في الثاني عدم الارادة وطيب النفس سواء كان لدفع الضرر او لا لجهة الرابعة قد تقدم ان الاكراه على القدر المشترك سواء كان حقيقيا او انتزاعيا اكراه على الافراد فاختيار احدها اختيار لما لا يخرج عن الاكراه كما هو واضح انما الكلام فيما ان ذلك يطرد في مطلق الاكراه على القدر المشترك الناصلي او الانتزاعي او يختص بما اذا كان الافراد متساوية الاقدام بالنسبة الى القدر المشترك واما لو كان احدها حصة زائدة لا تكون لغيره فاختيار المخصص بها لا يقع عن اكراه او اضطرار وجهان بل قولان والاقوى هو الفرق بين الصور وتوضيح ذلك يتم بذكر الصور المتصورة في القام فنقول الاكراه على الافراد الطولية والقاهر في هذه الصور الفرق بين التحريم والمعاملات فلو كان مكرها او مضطرا الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادرة اليه في اول الوقت سواء احتمل التخلص منه لو اخره ام لم يحتمل اذ لا يتخاير تكليف المحرم من المسوغ لاحد من الاركان فاذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لا يجوز له نعم لو كانت المبادرة من جهة خوف عدم الامكان بعد ذلك او لوقوع في الضرر فلا اشكال في جوازها واما لو كان مكرها في بيع داره موسعا فلو كان مما يوسع التخلص

في ان الاكراه على القدر المشترك هل اكراه على الافراد فيما يقطع ان لا يتفصى

ولكن الاولى ان يقال ان الفرق بينهما ان التورية ليست في مرتبة صدور اسم المصدر لان المفروض في موضوع البحث انقسام العقد الى الاكراه والاختياري واما التورية فليس قاصدا لمعنى العقد فلم يصدر عنه المصدر اصلا حتى ينقسم الى الاكراه وغيره واما التمكن من التفصي بغير التورية فلا محذور في صدور اسم المصدر بالاختيار لان صدور المصدر عنه انما هو بداعي حصول اسم المصدر ولو من باب عدم تحمل المشقة بخلاف المكره لا محالة لرأيه بقصد وقوع المضمون ولا يأمره بذلك القول فخروج الفعل عن عنوان الاكراه انما هو بان لا يقع الفعل على نحو التذاكر امره الامر به ولا يترتب على تركه ضرر كما بان هو ما لم يؤمر على الامر به يلقيه في الخلاف فاذا ائتمر فعل الفعل بسبب امره غير انه تخلص عن ضرره لو امتنع ثم لا يخفى ان السيد الخ حاشيه مثل التفصي بغير التورية بعين ما هو التفصي بالتورية ثم مثال ذلك هو التورية في الاقرار الا ان الاقوال فيه اربعة وكيف كان الفرق بين التفصي بالتورية وغيرها واضح وامكان التفصي بها لا يخرج الفعل عن الاكراه لو لم يتفصى واوقع الفعل منه

عنه فاقدامه على البيع في اول الوقت لا يخرجه عن الاكراه واما لو احتمل التخلص فلو باع اول الوقت فهو مختار والفرق واضح
ومنها الاكراه على الافراد العرضية كالاكراه على شرب الخمر او الماء فلو اختار شرب الخمر فلا يكون مكرها وهكذا لو اكره اما
على العقد الصحيح او الفاسد فلو اختار الصحيح فلا يكون مكرها وما افاده المحقق الخراساني قده في حاشيته من ان الاكراه على احد الامرين
كاف في وقوع ما اختاره مكرها عليه مط كان لكل واحد منهما بخصوصه اثر او كان لخصوص احدهما نعم يمكن ان يقال ان دليل ذي
الاثر في الفرض اظهر ففيما اكره على مباح او محرم او عقد فاسد او صحيح يقدم دليله على دليل رفع الاكراه اه ففيه ان الاكراه
على القدر المشترك اكراه على الافراد لو كان الافراد متساوية واما لو كانت مختلفة فيتوجه الاكراه ثبوتا على ما لا اثر له او على ما كان
اثره اقل او اخف فلو اكره على شرب احد الانائين اللذين احدهما نجس والاخر نجس ومغصوب فالاكراه انما يتعلق بالنجس فلا يجوز
شرب ما هو مغصوب ونجس وهكذا لو اكره على شرب الخمر او الماء فالاكراه يتعلق بالماء وذلك لان الحامل له على العمل وان لم يتعلق
غرضه بخصوص ما لا اثر له بل غرضه تعلق بالقدر المشترك وانطباقه على الافراد عقلي الا ان هذا يصح فيما كان الافراد متساوية واما
لو لم تكن كذلك بل كان احد الافراد ممتنعا تكوينا او شرعا فالانطباق يقع على ما عدا ذلك لوضوح الفرق بين الاكراه على احد
الانائين اللذين كل منهما خمر والاكراه على احد الانائين اللذين احدهما خمر والاخر ماء فان المكره لا يكون في الثاني مكرها على
شرب الخمر وان كان مكرها على شرب المايع بخلاف الاول فانه على اي حال لا مفر له منه ولو قلنا بان في المثال الثاني ايضا مكره
عليه فلا وجه لتقديم ادلة المحرمات على ادلة الاكراه مع ان الحكومة بالعكس بل الحق انه ليس مكرها على المحرم لان اختيار ما له اثر زائد
على القدر المشترك ليس الا عن طيب النفس به ومنها الاكراه على احد المحرمين اللذين احدهما اشد عقوبة من الاخر وفي هذه الصورة

لا يخفى انه لا يمكن ثبوتا ان يتعلق الاكراه بالمباح او بما هو اخف عقوبة من الاخر مع تعلق غرض المكره بالقدر المشترك ولا يمكن قياس المقام
على الاضطرار بارتكاب احد الانائين اللذين علم حرمة احدهما حيث نقول بتعلق الترخيص بالمباح دون المحرم فيكون المحرم من المتوسط في
التنجز اما اولا فلعدم صحة ذلك في تلك المسئلة ايضا فان المباح الذي لا يمكن تمييزه ابدا كيف يتعلق الترخيص به فعلى هذا يكون الحرام
من المتوسط في التكليف كما بينا وجهه في الاصول واما ثانيا فللفرق بين البابين فان في باب العلم الاجمالي يمكن ان يقال ان جواز دفع الاضطرار
باحدهما متوجه ثبوتا الى المباح لوجود المانع عن تعلقه بالحرام فان مع تحريم الشارع احدهما وعدم اضطرار المكلف بارتكابه بالخصوص
لا وجه لتعلق الترخيص به واما في الاكراه فليس للمكره غرض الا وقوع احدهما لا على التعيين فكل واحد منهما مصداق للمكره عليه نعم
حيث تقدم ان المسوغ لارتكاب المحرمات ليس مجرد الاكراه فمع امكان التخلص من ارتكابها لا يكون حديث الرفع حاكما على دليل
المحرمات وبالجملة عدم تجويز العقل والعقلاء ارتكاب المحرم او ما هو اشد عقوبة ليس لعدم صدق الاكراه عليه اذا كان عدلا للمباح
او لما هو اخف بل لكون الاكراه الرافع لاثر الحكم التكليفي اخص من الاكراه الرافع لاثر المعاملات وعلى هذا فلو اكرهه على
بيع صحيح او فاسد يرتفع اثر الصحيح لانه مكره عليه لو فرض انه لولا الاكراه لما اقدم عليه فتامل جيدا منه عفي عنه

ارتكاب الأشد وان لم يجز الا انه لا لكونه مختارا فيه بل لكون الآخر اقل قبحا منه فانه على اي حال مكره على ارتكاب المحرم ولكن
العقل يحكم بتقديم الاقل قبحا ويمكن ان يقال في هذه الصورة ايضا ارتكاب اشدهما عقوبة ايضا يخرج عن عنوان الاكراه
فان القدر المشترك هو اصل الحرمة والزيادة بمنزلة عنوان آخر يختص بفرد دون الآخر ومنها ما لو اكره على بيع شيء او اداء
مال مستحق عليه فاذا اختار البيع لم يكن مكرها كما لو اكره اما على شرب الخمر او فعل الصلوة الواجبة عليه فان اختيار شرب الخمر يقع
عن غير كره والسر في ذلك ان القدر المشترك لا اثر له والخصوصية غير مكره عليها والا لوقع الايفاء او الصلوة ايضا باطلا وهكذا
لو اكره الراهن عند حلول الدين على بيع العين المرهونة او بيع غيرها مما لا يستحقه المكره فاختار غيرها فيقع صحيحا والسر في
ذلك ان بيع المرهونة ليس عدلا لبيع غيرها لان رضا الراهن ساقط ويشترط في رفع الاكراه اثر المعاملة ان يكون رضا الفاعل
معتبرا فيها ولذا لو اكره من عليه الدين مع كونه مليا ومماطلا ببيع ماله فهذا البيع ليس اكراهيا نعم هنا كلام آخر وهو ان في مثل
هذا المورد هل يسقط شرطية رضاه بالبيع او يسقط شرطية مباشرته الاعم من فعل نفسه او استنابته وجهان بل وجوه قد يقال
بانه لا وجه لرعاية احد الشرطين بالخصوص لدوران الامر بين سقوط المباشرة او الرضا فالحكم التخيير وقد يقال بان للرضا دخلا
في حقيقة المعاملة وقوامها به والمباشرة لا دخل لها فيها ولذا يجوز التوكيل فيرجح جانب الرضا ويسقط المباشرة فينوب عنه
الحاكم ويبيع عن طيب به والاقوى ان ولاية الحاكم ثابتة فيما يمتنع صدور الفعل عن المالك او وكيله فليس فعل الحاكم في
عرض فعل المالك لان الفعل المباشري يشترط فيه الرضا فاذا صدر بالمباشرة وكان مكرها فلو كان الصدور واجبا عليه
يسقط رضاه والا كان اكراهيا فعلى الحاكم اجباره على البيع فاذا امتنع فهو ح ولي الممتنع الجهة الخامسة اكراه احد الشخصين
على فعل واحد بمنزلة اكراه شخص واحد على احد الفعلين مثاله في المحرمات واضح واما في المعاملات كاكراه احد من الاب والجد
على بيع مال اليتيم او احد الوكلاء المفوض اليهم امر بيع شخصي ولكن قيل بانه يعتبر في صدق المكره على كل واحد عدم علمه بصدور
الفعل او المعاملة من الآخر واما لو علم بان الآخر يفعله اما لعدم اطلاعه على حال صاحبه او لكونه مريدا له بلا اكراه فلو بادر هذا
فلا يكون مكرها لانه لا يكون قصده ح دفع ضرر المكره الحامل على الفعل بل لو احتمل صدوره عن الآخر ومع ذلك بادر الى الفعل
تقربا اليه مثلا لم يكن مكرها لان داعيه على الفعل في هذه الصورة ليس اكراه المكره بل التقرب اليه فان الفعل الاكراهي ما كان
تمام العلة لصدور الفعل هو اكراه المكره واما لو انضم اليه التقرب اليه فلا يكون اكراهيا فلو امر الجائر باخذ مظلوم على جميع
اهل البلد وعلم بعض بانه يأخذه غيره فلو بادر الى اخذه فالاخذ هنا لا يكون عن كره فعلى هذا كلام المصنف لا يمكن الاخذ
باطلاقه سيما اذا اتى بالفعل كل واحد منهما على التعاقب بل في هذه الصورة لو اتى به كل واحد منهما دفعة فليس الفعل من
كل منهما اكراهيا وعلى هذا لو اكره احد الشخصين على احد الفعلين فمع احتمال كل منهما اقدام الآخر فصدور احد الفعلين
عن احدهما وصدور الفعلين عن الشخصين لا يدخل في عنوان الاكراه ولكنه لا يخفى عليك الفرق بين المحرمات والمعاملات

وتوضيح ذلك ان في المحرمات كما لو اكره احد اهل البلد على اخذ مظلوم او اكره احد الشخصين على شرب الخمر فمع علم احدهما باقدام الآخر او احتماله لا يجوز له الاقدام عليه نعم لو علم بعدم اقدام احد فيجب عليه الاقدام لدفع الضرر عن نفسه واخيه واما مسئلة الاب والجد فمع علم احدهما باقدام الآخر لو اقدم على بيع مال اليتيم فلا يكون البيع اختياريا فضلا عن الشك ووجه الفرق ان في باب المعاملات يرجع امر مال اليتيم الى كل من الاب والجد وهكذا يرجع امر مال الموكل الى كل من الوكيلين او الى كل من الوكيل والموكل فاقدام كل واحد لا يخرج المعاملة عن عنوان الاكراه فعلم الاب مثلا بان الجد يقدم على البيع لدفع الاكراه لا يخرج المعاملة عن الاكراه اذا سبق الاب الى البيع لدفع ضرر المكره عن نفسه وابيه نعم لو فرض قصده التقرب الى الحامل وقصده البيع على اي حال كما اذا باع بعد بيع الجد عن كره فهذا خارج عن الفرض كما انه لو كان المكره على البيع شخص خاص ولكنه باع عن طيب بحيث انه لو لم يكن اكراه لباعه ايضا فهذا خارج لان محل البحث ليس مجرد وقوع معاملة بعد اكراه بل موضوعه ما لو كانت المعاملة لاكراه الحامل بحيث نشأ ارادة الفاعل عن ارادة الحامل وفي هذا الفرض لو اقدم على البيع كل من الاب والجد لدفع الضرر عن نفسه وغيره فلا يخرج عن كونه مكرها ولو علم بان الآخر يقدم عليه لو لم يقدم هذا بل يمكن ان يقال ان حكم المحرمات ايضا حكم المعاملات في هذه الصورة وهو ما اذا علم احدهما بان الآخر يفعله لدفع الاكراه لا للشهوة فيجوز للعالم ان يقدم على شرب المحرم لدفع الاكراه عن نفسه واخيه لان مجرد علمه بان الآخر يفعله لا يدخله في عنوان الاختيار اذا فعل العالم لدفع ضرر الحامل وهكذا لو اكره احد الشخصين على احد الفعلين فان كل واحد منهما لو اقدم على احد الفعلين لدفع الضرر عن نفسه واخيه فهو مكره وان علم بان الآخر يفعله لدفع الضرر فتدبر جيدا وكيف كان فالحكم في مسئلة الاب والجد واضح الجهة السادسة لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد او بالعاقد دون المالك فهل حكمه حكم ما لو تعلق بالمالك العاقد مطلقا او لا يكون محكوما بحكمه مطلقا او فرق بين الصورتين وجوه والاقوى انه في الجهة التي هي موضوع البحث وهي رفع الاكراه اثر كل ما صدر عن كره لا فرق بين الصور وانما الاختلاف في نتيجة الرفع فقد ينتج الصحة اذا لحقه الرضا وقد لا يفيد الرضا المتأخر وتوضيح ذلك انه لو اكره الزوج على التوكيل في طلاق زوجته فالتوكيل الصادر عنه بمنزلة العدم فيقع طلاق الوكيل بلا اذن من الموكل فيكون فضوليا ولا اشكال في انه لو لم يلحقه الاجازة اصلا وقع باطلا واما لو لحقه الاجازة فاذا اجاز الطلاق الواقع من الموقع فلا يؤثر الاجازة في الصحة بناء على ما سيجيء في الفضولي من ان الايقاعات كلية لا تصح بالاجازة اللاحقة اجماعا واما لو تعلق الرضا بالتوكيل الذي صدر عنه كرها فصحته بالرضا اللاحق مبنية على دخول العقود الاذنية في عنوان الفضولي وعلى القول بان الاجازة كاشفة حقيقة او حكما واما على القول بكونها ناقلة فلا يصح التوكيل الا حينها لان الرضا في زمان الاجازة بناء على النقل يكون بمنزلة القبض في الصرف والسلم فالتوكيل المتعقب بالاجازة انما يؤثر بعد مجيء الاجازة ولا فائدة في عقد الوكالة السابقة الا عدم الاحتياج الى اعادته فيكون كل ما وقع

في انه لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد او العكس فهل حكمه حكم تعلقه بالمالك او لا

من الوكيل قبل الاجازة نظير وقوعه من الاجنبي وانما يؤثر ما وقع منه بعدها واما لو انعكس الامر بان اكره الوكيل دون الموكل
فالاكراه تارة من قبل الموكل واخرى من غيره وعلى كلا التقديرين تارة يقع على العقود واخرى على الايقاعات ثم الاكراه
على العقود تارة يتعلق بالعقود التي تتعلق الالتزامات العقدية فيها بالوكيل واخرى يتعلق بغيره فاذا كان المكره هو الموكل فلو
اكرهه على الطلاق فلا اشكال في الصحة لان المفروض ان الايقاع الصادر من المكره من حيث جهة الايقاعية لا يقصر عن
ايقاع غيره فليس عبارة المكره كالعدم ورضا الزوج حاصل بالفرض ولا اثر يترتب على فعل الموقع من حيث انه فعله حتى
يرتفع بالاكراه لان حديث الرفع حيث انه ورد في مقام الامتنان فلا بد ان يرفع الاثر الثابت على المكره بالفتح لولا الاكراه
والوكيل لولا الاكراه لا يرتبط وقوع الطلاق به فلا يرفع اثره بالاكراه وهذا هو مقصود المص لا ان المرفوع هو الحكم الذي
عليه لا له حتى يناقش بان لازمه صحة قبول الهبة اكراها لان المص قده لم يفرق بين ماله وعليه حتى ينتقض عليه بقبول الهبة بل ادعى
انه لا بد ان يكون لفعل المكره اثر حتى يرتفع بالاكراه واما لو لم يكن له اثر فلا يشمله الحديث هذا مع ان المدار اذا كان على الامتنان
فلا امتنان على قبول الهبة لان كون الانسان مقهورا في التملك خلاف الامتنان وبالجملة لا بد ان يقال في مفروض الكلام
ان الاكراه لا يرفع اثر الانشاء واما لو قلنا بانه يرفع اثره فالقول بصحة الطلاق لتحقق رضا الزوج غير مستقيم اما اولا فلان مجرد
الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا الا ان يقال ان الرضا في المقام ليس مجرد الرضا الباطني بل مظهره
نفس الاكراه الحاصل من الزوج على طلاق زوجته وهو يصحح الاستناد واما ثانيا فلان رضا الزوج انما يفيد فيما اذا تم شرائط
الايقاع من حيث الصيغة وغيرها واذا فرض ان الاكراه يرفع اثر اللفظ فالرضا وحده لا اثر له فالصواب ان يقال بانه بعد ما فرض
ان الزوج هو الحامل للوكيل على الطلاق فهو قاصد لنتيجة فعل المطلق اي قاصد لاسم المصدر والوكيل ايضا قاصد لمعنى
المصدر فلا مانع من صحته واحتمال كون الفاظ الوكيل كالعدم لا وجه له الا اذا احتمل في حقه عدم القصد وهذا الاحتمال
مندفع باصالة تحقق القصد في كلام كل متكلم عاقل ملتفت الا ان يمنع بناء العقلاء على اجراء اصالة القصد هنا كما اشار اليه المص
بقوله فتأمل وبالجملة فالحق ان المدار في الصحة على صدور الفعل عن الوكيل بقصد منه الى اللفظ والمعنى ورضا المالك بوقوع
المدلول في الخارج وهذا حاصل في الوكيل المكره مع كون الموكل مختارا ويؤيد الصحة في المقام حكم المص بصحة بيع المكره بعد
لحوق الرضا فان الرضا الحاصل منه بعد العقد لا يصحح الالفاظ بل يوجب استناد قصد النتيجة اليه فلا بد ان يكون مفروض
كلامهم عدم بطلان اثر اللفظ بالاكراه على العقد واما لو اكرهه على البيع او النكاح فاذا كان الطرف عالما بوكالته فحيث ان
الالتزامات العقدية على الموكل فالعقد يصح سواء كان عالما بكونه مكرها ام لا واما لو لم يكن عالما بوكالته فحيث ان الالتزامات
العقدية عليه فيرتفع هذه الالتزامات بواسطة الاكراه واما لو كان المكره غير الموكل وكان الموكل راضيا فاشكال الاستناد
هنا اقوى لان مجرد رضا المالك لا يصحح الاستناد وهذا الاشكال وان امكن دفعه فيما اذا كان المكره هو الموكل كما تقدم بيانه

الا انه لا يمكن دفعه فيما اذا كان المكره غيره ولا يخفى ان هذه الصور هي الفرع الثاني المذكور في المسالك وهو قوله لو اكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان اه ثم انه يمكن ان يكون مراده من الوكيل والموكل هما اللذان يتصفان بهذين العنوانين فرضا ويمكن ان يكون مراده من اتصافهما بهذين العنوانين فعلا كما لو اكره الوكيل المفوض وعلى اي حال اقوى الوجهين هو عدم الصحة الجهة السابعة لو اطاع المكره من جهته وخالف من اخرى فهل يعد هذا اكراهيا امر لا فقول المدارك في صدق الاكراه على ان تكون ارادة الحامل هي الداعي لا ارادة المأمور بحيث ينشأ ارادة المأمور من ارادة الآمر وكانت ارادته تابعة لارادته فيصدق المختار لاختياره لا الداعي وقوع اسم المصدر واما مجرد تحقق اكراه مشتمل على اتعاض من شخص ووقوع فعل عقيبه من اخر مع صدوره بالداعي وقوع التتيجة وعن طيب النفس به فهذا ليس اكراها فهناك صور لا بد من البحث فيها الاولى ما اذا اكره على بيع احد العبدين لا على التعيين فباعهما دفعة والحق عدم كون كل منهما اكراهيا لان ما صدر عنه خارجا غير ما اكره عليه وما اكره عليه لو صدر مجردا شمل المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما فضلا عن كليهما واحتمال كون المجموع باطلا من باب وقوع احدهما مكرها عليه بطلان الترجيح بلا مرجح لا وجه له كاحتمال بطلان احدهما وتعيينه بالقرعة لان الاحتمالين انما يجريان فيما اذا صدر احدهما عن كره ولم يعلم ان المكره عليه اي منهما وفي المقام ليس كل واحد منهما واقعا عن كره لان ما اكره عليه لم يقع وما وقع لم يكره عليه فيقع المجموع صحيحا ولا يقاس المقام على بيع ما يملك وما لا يملك بان يقال ما قصد هو بيع المجموع لا يقع شرعا وما وقع شرعا هو بيع ما يملك لم يقصده وذلك للفرق بين المقامين فان في بيع ما يملك وما لا يملك وان تعلق القصد بالمجموع الا ان من تعلق القصد به بنشأ قصد تبعي بالاجزاء ولازمه وقوع المجموع بازاء المجموع ووقوع البعض مقابل البعض وفي المقام يتعلق ارادة الآمر بالمجموع حتى يكون ارادة المأمور بالبعض تبعا لارادة الآمر بالكل نعم لو فرض ان ارادة الآمر بالبعض تتعلق في الواقع بالكل كما لو اكره على بيع احد مصراعي الباب ونحو ذلك فباعهما دفعة فيمكن ان يكون المجموع اكراهيا واذا لو فرض ان ارادة المكره لم تتعلق الا باحدهما وحده لارتفاع حاجته ببيع مصراع واحد فباع المأمور كليهما وقع الكل صحيحا لان ارادة الآمر صارت علة لرفع المأمور يده عن المجموع فيقع الكل صحيحا الثانية هذه الصور مع وقوعهما دفعة او الاقوى وقوع الاول اكراهيا لانطباق عنوان احدهما عليه الثاني صحيحا واحتمال الرجوع الى المأمور في تعيين المكره عليه عن غيره لا وجه له لان انطباق احدهما على الاول قهري ولزوم تصديق دعوى ما لا يعلم الا من قبل المدعي لا دليل عليه في جميع التعاوي الثالثة لو اكره على المعين فضم اليه غيره وباعهما دفعة فالصحة في غير ما اكره عليه لا اشكال فيه انما الكلام فيما اكره عليه ولا يبعد ان يقال ان مجرد ضم غيره اليه لا يخرجه عن كونه مكرها عليه فان كل واحد ناش عن ارادة غير فانشأ منه الاخر الا ان يكون هناك امارة على تحقق الداعي له في بيع المجموع فيتبع الامارة وتوضيح ذلك انه قد يكون بناء المالك بقاء من اكره عليه

في شرائط المتعاقدين

من عبديه مثلاً لخدمة نفسه وبيع الآخر الذي لم يكره عليه فاذا باعهما دفعة وقع البيع بالنسبة الى ما اكره عليه اكراهياً
واما اذا كان بنائه على عدم بيع واحد منهما او بيع كليهما فاذا اكره على واحد معين فباعهما دفعة وقع المجموع صحيحاً لانه
وقع الفعل على خلاف ما اكره عليه وكيف كان فلا اشكال في هذه الصورة انه لو باعهما تدريجاً لحق كلاً منهما حكمه الرابعة
لو اكره على واحد فباع نصفه فتارة يشمل اكراه المكره على بيع مجموع النصفين لبيعه دفعتين واخرى لا يشمله فاذا لم يشمله فلا
اشكال في ان النصف يقع صحيحاً لان ما وقع غير ما اكره عليه واما اذا شمله فتارة يبيعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف واخرى
يبيعه لا لذلك بل لكونه مكرهاً عليه فيبيع نصفه فعلاً والنصف الآخر بعد ذلك لرفع ضرر الحامل فلو باعه رجاء وقع صحيحاً
لان اكراهه صار داعياً لبيع النصف فهو يرفع اليد عن نصف ماله لدفع ضرر المكره على المجموع ولا وجه لما افاده المص
من كونه اكراهياً فان البيع كذلك غير ما تعلق الاكراه به فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف
وتقدم ان مجرد وقوع فعل بعد الاكراه ليس مصححاً لصدق عنوان الاكراه عليه واما لو باعه لكونه مكرهاً عليه فيندرج في
موضوع الاكراه **قوله** قده بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في ير قال في ير لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً
فالاقرب وقوع الطلاق لا يخفى ان الاحتمالات المتصورة في كلام العلامة على وجوه الا انه لا بد ان يؤخذ بما يمكن ان يتصور
فيه الصحة والفساد ونحن نذكر الاحتمالات حتى يتضح ان المتعين منها في كلامه ما هو فالاول ان لا يكون الاكراه مؤثراً في
ارادة الفاعل اصلاً بل كان بانياً على الطلاق لكن لما كان الامر جاهلاً بحاله اكرهه عليه وهذا لا يتطرق فيه الوجهان بل لا شبهة
في صحته والثاني ان يكون كل من الاكراه والرضا سبباً مستقلاً بحيث لولا الاكراه لاوقعه ولولا الرضا لاوقعه ايضاً دفعاً
للاكراه وحيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحدة اذا اجتمعتا جزء السبب والفعل يستند اليهما
معاً وهذه الصورة يحتمل فيها وجهان ولكن الاقوى فيها الفساد لانها وان لم تكن اكراهياً الا انها لا تكون تجارة عن تراض
او انها وان كانت عن رضا الا انها عن اكراه ايضاً وكل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع
فلا يؤثر كل منهما كاجتماع الرياء وقصد الامر في العبادات بل كاجتماع التبريد وقصد الامر نعم لو كان التبريد ضميمة لا داعياً
مستقلاً صحت العبادة وفي المقام لو كان الاكراه ضميمة لصحت المعاملة كما انه لو كان الرضا ضميمة لفسدت وبالجملة لو كان كل
من السببين مستقلاً فلا يؤثر كل منهما الا ان يقال ليس المقام من تعارض المقتضيين بل من قبيل تعارض المقتضي واللامقتضي
فان الاكراه غايته الا ان لا يقتضي الصحة لا انه يقتضي الفساد فيؤثر الرضا وفيه ما سيجيء الثالث ان يكون كل منهما جزء السبب
بحيث انه لولا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما وهذه الصورة ايضاً يحتمل فيها الوجهان ولكن قد يقال بان الاقوى فيها الصحة
لانه وان انضم الاكراه الى الرضا الا ان الاكراه لا يقتضي الفساد حتى يعارض ما يقتضي الصحة ولكن الاقوى فيها الفساد
لان قوله عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ع لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ظاهران في اعتبار الرضا

في حكم ما لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً

والطيب مستقلا فاذا كان جزء السبب بان ورد مع الاكراه دفعة على المسبب فالفعل مستند اليهما والاكراه وان لم يقتض
الفساد الا ان المقتضي للصحة ايضا لم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض وبالجملة فاذا ورد الجزءان في عرض واحد لم يتحقق
مقتضى الصحة نعم اذا كان احدهما في طول الاخر فالفعل يستند الى الجزء الاخير للعلة التامة فاذا صار الاكراه منشأ لتحقق الرضا
فالفعل يستند الى الرضا كما انه اذا صار الامر بالعكس فحكمه العكس وسيجيء الكلام في هذه الصورة الرابع ان يطلق من غير تورية
مع علمه بانه يمكن التلفظ بلا قصد المعنى او ارادة خلاف الظاهر ولا يخفى ان هذا الاحتمال ليس مراده لان عدم امكان التفصي
بالتورية لا دليل على اعتباره اولا ثم بناء عليه لا وجه لاحتمال فساده ثانيا مع انه يرجع الى الوجه الاول لانه طلق زوجته راضيا
بالطلاق فلا وجه لعده وجها اخر ثالثا الخامس ان يكون الاكراه داعيا للداعي على الطلاق فالفعل مستند اليهما طوليا و
هذا يتفق كثيرا فاذا اكره على بيع الدار يوطن نفسه على بيعها ويصير الاكراه داعيا على الرضا بنتيجة الفعل اي باسم المصدر
وهذه الصورة ايضا يتطرق فيها الوجهان والاقرب هو الصحة لانه طلق ناويا ومريدا للطلاق ويحتمل البطلان اما لان الاكراه
صار علة لارادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستند اليه وان كان الداعي الثانوي اختياريا واما لان الاكراه اسقط اثر اللفظ
لان اللفظ وقع تبعا لاكراه المكره والنية المجردة عن اللفظ لا اثر له وهذان الاحتمالان وان كانا ضعيفين كما ظهر وجه ضعفهما
في طي ما ذكرناه فان الاحتمال الاول مستلزم لبطلان اغلب المعاملات فانها بالاخرة تنتهي الى غير الاختيار والثاني يرجع
الى الاول لان سقوط اثر اللفظ بالاكراه انما هو لكونه داعيا للداعي على التلفظ مع ان اختيارية التلفظ بهذا المعنى
لا برجوعه الى تلفظ النائم والغالط لا دليل عليه الا ان منشأ احتمال الفساد في كلام العلامة قده هو هذا كما وجهه به ثاني
الشهيدين قده ومنشأ احتمال الصحة واقربيتها هو كون الاكراه داعيا على الداعي لا داعيا على الفعل فهذه الصورة هي المتعين
بين الصور ثم بناء عليه فالاكراه اذا كان داعيا على الداعي لا يوجب البطلان سواء كان الضرر المتوعد به ضررا على نفس المكره
بالفتح ام على المكره بالكسر كما لو قال له ولده طلق زوجتك والا قتلت نفسي او قتلتك فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه
او قتل الغير له اذا تعرض لقتل والده ام وقوع المكره بالكسر في المعصية كما لو قال طلق زوجتك لازوجها والا زنيت بها
فالطلاق في جميع هذه الصور صحيح لان الاكراه صار داعيا على الطلاق عن طيب كما قد يكون الداعي له امور اخر ولا وجه لاشكال
المص فيه فضلا عن قوله الا ان تحقق الاكراه اقرب بل لا يخفى ان عدم تحققه اقوى واقرب الجهة الثامنة في تحقيق ما
افاده المص قده في قوله ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضي المكره بما فعله صح العقد اه وتنقيحه يتوقف على بيان امرين الاول ان وجه
توهم عدم قابلية عقد المكره للصحة بالرضا المتأخر امور كلها فاسدة الاول اعتبار مقارنة طيب نفس المالك في صدق العقد
ووجه الفساد ما تقدم في اول العنوان من ان عقد المكره من جهة العقدية لا يقصر عن ساير العقود لانه قاصد للفظ والمعنى و
انما لم يصدر قصده اسم المصدر عن داعي اختياري فاذا لحقه الرضا يتم اركان العقد هذا مضافا الى ان لازم هذه الدعوى

في صحة عقد المكره لو تعقبه الرضا

عدم كون عقد الفضولي ايضا عقدا حقيقة فانهما مشتركان في عدم مقارنة طيب نفس المالك للعقد الثاني اعتبار طيب نفس
العاقد في تأثير عقده اي العاقد لا بد ان يكون راضيا بانشاء ما ينشئه وفيه اولا ان هذا الاشكال يتوجه في بعض صور الاكراه
وهو ما اذا كان المكره هو المالك العاقد وما اذا كان المالك اكره العاقد واما اذا كان المالك مكرها على التوكيل والعاقد
مختارا فلا يتوجه وثانيا قد تقدم انه لا دليل على اعتبار اختيار العاقد من حيث انشائه لان العقد من حيث انه عقد لا يعتبر فيه
سوى القصد الموجود في المالك المكره ليس فاقدا لما كان الفضولي واجدا له بدعوى انه مشتمل على المفسد وهو عدم رضا العاقد
بانشائه وبمنشئه فان عدم رضائه بهما لا يضر بصدق العقدية بعد قصده اللفظ ومدلوله ولا دليل على اعتبار الرضا بالانشاء
فان اللفظ الصادر عن غير النائم والغالط اذا قصد به المعنى بان لا يكون هازلا يؤثر في النقل والانتقال مراعى بالرضا بهما
فحكم عقده حكم عقد الفضولي لو لم يكن اولى منه لكونه واجدا لما كان الفضولي فاقدا له وهو الاستناد الى المالك فمع الالتزام
بصحة عقد الفضولي على القاعدة لا محيص الا عن الالتزام بصحة عقد المكره فان اشتمال عقد الفضولي على الرضا بالمنشأ لا اثر
له بعد عدم مدخلية رضا غير المالك نعم لو قلنا بان عقد الفضولي يصح على خلاف القاعدة فلا دليل على الحاق عقد المكره به
فضلا عن كونه اولى منه لاحتمال خصوصية في الفضولي دونه ولو كانت المباشرة فيه موجودة الثالث دعوى اعتبار مقارنة
طيب النفس للعقد في تأثيره شرعا وفيه انها خالية عن الشاهد يدفعها الاطلاقات لان غاية ما يتوهم لاعتبار مقارنة
طيب النفس للعقد امران احدهما عدم شمول المطلقات مثل احل الله البيع والصلح جائز ونحوهما له لان عناوين العقود
موضوعة للمسببات والمكره في ارادته المسبب مقهور فلا يندرج عقده تحت الاطلاقات وثانيهما تخصيص المطلقات بالادلة الدالة
على اعتبار الرضا المقارن كقوله عز من قائل تجارة عن تراض وقوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وقوله رفع عن
امتي تسعة وكلاهما ضعيفان اما خروج عقده عن المطلقات فلا وجه له اصلا لانه اولا ليس عنوان العقود اي المنشأ بها
من قبيل المسببات والعقود من قبيل الاسباب بل من قبيل الايجاد بالآلة والمكره وان كان مقهورا في ايجاده المنشأ الا انه لا دليل
على اعتبار الاختيار في الايجاد فيصدق البيع على بيع المكره قبل الرضا وبعده وانما اخرجته ادلة اعتبار الرضا عن حكم البيع
فلا يكون في حال من الاحوال خارجا موضوعا حتى يقال كيف يخرج عنه في حال ويدخل فيه في حالة اخرى وثانيا
المقهورية في المسبب لا يخرج العقد عن الاختيارية كما تقدم ان المناط في اختيارية العقد كونه قاصدا للفظ ومدلوله واما
دلالة الادلة على اعتبار الرضا المقارن ففيه اما اية الا ان تكون تجارة عن تراض فلا تدل الا على اعتبار الرضا في نتيجة
المصدر ونحن نلتزم به ونقول باشتراط الرضا المتأخر وليس المراد من التجارة هي العقد حتى يعتبر ان يكون عن رضى بل هي
الاكتساب ولا يحصل شرعا الا بعد تحقق الرضا كما هو الحق في المقام من النقل او الكشف الحكمي نعم بناء على الكشف الحقيقي
فيشكل الامر ولكن لا موجب للالتزام به فالصواب في الجواب عن الاية المباركة منع دلالتها على اعتبار الرضا المقارن للعقد

الجملة عقد المكره صح

واما ما افاده المصنف قده من منع دلالتها على الحصر مع تسليمه دلالتها على اعتبار الرضا المقارن للعقد ففيه اولا ان كلامه
هنا مناف لمختاره في ساير الابواب فان استدلاله بها على اصالة اللزوم لا يتم الا على فرض دلالتها على الحصر لان الاكل
بالفسخ لو لم يكن حلالا فلا وجه له الا عدم كونه تجارة عن تراض فيجب ان يكون اكل الحلال منحصرا بالتجارة عن تراض وثانيا
لا وجه لاشكاله في الحصر الا كون المستثنى منقطعا واما كونه غير مفرغ فلا دخل له في الاشكال مضافا الى انه قيد توضيحي
لان الاستثناء المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ وغير مفرغ لان كل مفرغ لا محالة الاستثناء فيه متصل لانه لا موجب
لتقدير المستثنى منه معنى لا يشمل المستثنى فلو قيل ما جائني الا حمار فيقدر ما جائني حيوان فيصير متصلا وبعبارة اخرى
المتصل ينقسم الى قسمين مفرغ وغيره والمفرغ مفيد للحصر قطعا والمنقطع لا يكون الا غير مفرغ وكونه غير مفرغ لا
يوجب عدم افادته الحصر لانه بناء على عدم افادة غير المفرغ الحصر فانما هو في المتصل لا المنقطع فانه مفيد له ولو كان
المستثنى منه مذكورا بل هو ابلغ في الحصر من المتصل المفرغ لانه لا يصح التعبير بالانقطاع الا فيما كان بين المستثنى
منه والمستثنى ارتباط ما ومناسبة في الجملة فكل ما يناسب مع المستثنى منه يخرج عنه باداة الاستثناء ولا يبقى الا
خصوص المستثنى فقوله ما جائني الا حمار اي من كل من احتمل ان يجيء من القوم ومن دوابهم ما جائني الا حمارهم فانحصر الجائي
بالحمار وهكذا مفاد الاية الشريفة اي كل كسب واكتساب اكل بالباطل الا الكسب عن الرضا وبالجملة وجه توهم عدم افادة
الاستثناء المنقطع للحصر عدم محصورية المستثنى بالخروج وكون الخارج مما لا يتناهى فان المنقطع من القوم ليس خصوص الحمار
فان البقر والفرس وغيرهما ايضا غير داخل في القوم فلا يفيد نفي المجيء عن القوم واثباته للحمار اختصاصه به لامكان اشتراك ساير
الحيوانات معه وهذا التوهم فاسد فان المستثنى في المنقطع ليس كل ما لا يرتبط بالمستثنى منه حتى يكون مما لا يتناهى بل لا بد
في صحة المستثنى المنقطع من عناية وتنزيل فينحصر فيما يناسب مع المستثنى منه ولو كان ادنى مناسبة فاذا انتفى المجيء من القوم
وما يناسبهم وانحصر الجائي في الحمار فيفيد اختصاص الحكم به ونفيه عما عداه ففي الحقيقة كل منقطع راجع الى المتصل هذا
مضافا الى انه لا يمكن في خصوص المقام عدم افادة الجملة للحصر لان اكل المال بالباطل لا يمكن ان يكون حلالا في مورد من
الموارد فيكون الاستثناء في المقام من قبيل التخصص لا التخصيص لانه لم يستثن موضوع من الموضوعات من حكم الاكل بالباطل
بل التجارة عن تراض مغايرة للاكل بالباطل ويكون مفاد الاية الشريفة ان كل كسب واكتساب متداول بينكم من النهب و
السرقة والقمار اكل للمال بالباطل الا التجارة عن تراض فانها ليست كذلك فيكون قوله عز من قائل بالباطل بمنزلة
التعليل لقوله لا تاكلوا فيرجع مقام المعلل والتعليل الى قوله ولا تاكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه لان كل وجه
باطل الا التجارة عن تراض وهذا راجع الى المتصل واما دلالة قوله لا يحل مال امرء على اعتبار المقارنة ففيها ما لا
يخفى فانه غير ناظر الى اعتبار الطيب حال العقد اصلا بل على ان مال الناس لا يحل الا بالطيب ونحن نلتزم به حين تحقق النتيجة

وصيرورة المبيع مالا للمشتري واما حديث الرفع فقد ناقش فيه المص اولا بانه يدل على رفع المؤاخذة لا مطلق الآثار ولكنك
خبير بانه لا وجه لهذا الاستظهار ثم تعميم المؤاخذة لمطلق الاحكام التي يتضمنها عقد المكره ولو كانت دنيوية حتى يحتاج الى الجواب
بقوله والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى ان له ان يرضى بذلك وهذا حق له لا عليه وحاصل هذا الكلام ان سوقه في مقام
الامتنان يقتضي صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا لان المرفوع بالاكراه هو الحق الثابت عليه لا له ووقوف عقده على رضاه راجع الى
ثبوت اختيار العقد له وفيه انه لا وجه لاختصاص المرفوع بالآثار المتعلقة بالمكره بل المرفوع مطلق آثار الفعل مع ان اصل
الدعوى وهي ان الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى ان له ان يرضى بذلك وهذا حق له لا عليه ممنوعة لانه ليس وقوف
عقده على اجازته من الحق الثابت له لولا الاكراه لان موقوفية العقد على الاجازة حكم شرعي مستفاد من الآية الشريفة وهي
قوله عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض ومن حديث الرفع ولولا هذه الادلة كان عقد المكره من حيث العقدية مثل سائر
العقود فلم يكن من آثار العقد لولا الاكراه الوقوف على الاجازة حتى يقال ان الحديث لا يرفعها لان هذا الحق له لا عليه بل لولا
حديث الرفع وامثاله من قوله عز وجل تجارة عن تراض لم يكن عقده موقوفا على الاجازة وبعبارة اخرى كل قيد صار وجوده موجبا
للانقلاب فالاثر المرفوع به هو الاثر المترتب على الفعل المطلق كالمرفوع بالخطأ والنسيان فيجب ان يكون المرفوع بالاكراه هو
الاثر المترتب على مطلق الفعل لا الاثر بوصف الاختيار ولا الاثر المترتب عليه بوصف الاكراه وليس من آثار الفعل المطلق
الوقوف على الاجازة حتى يقال ان هذا الحق له لا عليه فلا يرتفع بالحديث فالصواب في الجواب هو ما افاده بقوله ثانيا وحاصله ان
المرفوع بالاكراه هو الاثر الثابت على فعل المكره لولا الاكراه اي الاثر المترتب على الفعل المجرد عن عنوان الاكراه والاختيار
كما ان المرفوع بالخطأ والنسيان ايضا كذلك لان الاثر المترتب على الفعل بعنوان العمد يرفع بمجرد فقد نفس القيد لا بحديث
الرفع كما ان الاثر المترتب على الفعل بعنوان الخطأ يستحيل ان يرتفع بالحديث فان ما كان علة الوضع لا يمكن ان يكون علة للرفع
فاذا كان الامر كذلك فبانضمام مقدمة اخرى الى ذلك وهو عدم كون ذات العقد ذا اثر شرعا لاعتبار الرضا فيه بالادلة الخاصة
الموجبة لتقييد عموم اوفوا بالعقود واحل الله البيع ونحو ذلك تنتج عدم امكان عروض البطلان لعقد المكره الملحوق بالرضا لان
قبل لحوق الرضا لا اثر للعقد حتى يرتفع بالاكراه وبعد لحوقه ينقلب العقد عما هو عليه وغاية ما يتوهم لفساد عقد المكره امران
احدهما ما افاده المص بقوله لكن يرد على هذا ان مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقييدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز
الاستناد اليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع الى اصالة الفساد ولكن اجاب
عنه بقوله اللهم الا ان يقال وحاصله ان دليل الاكراه لا يمكن ان يكون حاكما في المقام لانه حاكم على الحكم الثابت في الشريعة و
المطلقات باطلاقها ليست احكاما ثابتة في الشريعة حتى ترتفع بالاكراه بل الحكم الثابت هو البيع المقيد بالرضا سبقه الرضا
او لحقه وبعد تحقق الرضا يخرج البيع عن كونه اكراهيا وبعبارة اخرى لو دلت ادلة الرضا على اعتباره في العقد سابقا لكان الرضا

اللاحق لغوا واما لو كان الاعم معتبرا فالمكره الواقع في المقام لو بقي على ما كان لكان العقد باطلا واما لو رضي المكره بما فعله فلا
وجه لبطلان العقد وقياس الاكراه على الرياء باطل فانه لو اتى بالجزء رياء فيبطل هذا الجزء وليس قائلا للحوق سائر الاجزاء به واما
الاكراه على العقد فلا يرفع اثره الا اذا لم يلحقه الرضا والا يخرج عن كونه اكراهيا وثانيهما ما افاده بقوله الا ان يقال ان ادلة
الاكراه كما ترفع السببية المستقلة التي افادتها الاطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الاثر عن العقد المكره عليه لان التاثير
الناقص ايضا استفيد من الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الاعم من اللاحق انتهى ولا يخفى ان هذه العبارة ليست في النسخ المصححة
ولا ينبغي ان تكون فان قوله وهذا لا يفرق فيه ايضا بين جعل الرضا ناقلا او كاشفا وقوله وكيف كان فذات العقد المكره
عليه مع قطع النظر عن الرضا او تعقبه له لا يترتب عليه الا كونه جزء المؤثر التام وهذا امر عقلي اه لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض
وعلى فرض وجودها في النسخ وكونها من كلام الشيخ قده كما هو ظاهر المحقق الخراساني حيث اورد على هذه العبارة بقوله انما ترفع
مطلق الاثر فيما كان ذلك الاثر بمقتضى الاطلاقات نفسها لا فيما اذا كان ثبوته بملاحظة ادلة الاكراه كما هو الفرض فنقول
منشأ توهم ارتفاع الاثر الناقص بادلة الاكراه امران الاول قياس هذا الاثر الناقص على الاثر الثابت لاجزاء المركب المصحح
لاجزاء الاصل بالنسبة الى كل جزء فكما يجري استصحاب الاطلاق او الطهارة او كليهما مع ان الاثر الشرعي مترتب على المجموع
فكذلك يصح رفع الاثر الناقص للعقد بحديث الرفع ولكنك خبير بالفرق بينهما لان الاثر الثابت للجزء وان كان جزء الاثر الا انه
كان له لنفس دليل الجزء لا للاصل الجاري فيه اي كان هذا الاثر لجزء المركب شرعا ولذا صار محلا للاصل واما الاثر الثابت للمقام
فانما هو بنفس دليل الرفع موجبا لتقييد العقد بالرضا وعدم صحة عقد المكره وحده واثر المقيد يرفع بحديث الرفع اذا كان له
مع قطع النظر عن التقييد لا اذا حصل له بلحاظ التقييد وبعبارة اخرى الاثر الثابت للجزء في المقام اثر قهري عقلي نشأ من دليل
الرفع والا كان العقد سببا مستقلا والناشي منه لا يمكن ان يرتفع به والثاني ان يكون حديث الرفع مقيدا اخر للمطلقات غير
ادلة الرضا كما توهمه المحقق الطباطبائي وحاصل هذا الوجه ان يكون نتيجة المطلقات بعد تقييدها بقوله عز من قائل الا ان تكون
تجارة عن تراض صحة العقد المرضي به سبقه الرضا او لحقه فالعقد ايضا جزء السبب ونتيجة حكومة حديث الرفع اعتبار الرضا السابق
وفيه ان ادلة المقيدات سواء كانت بلسان الحكومة كما في حديث الرفع ام بلسان التخصيص كما في اية التجارة كلها بمساق واحد وفي
عرض الاخر توجب تقييد المطلقات ولا وجه لتقييدها اولا بطائفة ثم تقييد المقيد بطائفة اخرى وليس الاكراه عنوانا مستقلا
غير خلو عقد المكره عن الطيب والرضا وما توهمه من ان عقد المكره واجد لجميع الشرائط حتى الرضا في المرتبة الثانية وان البطلان
نشأ من جهة اخبار الاكراه ففيه ما لا يخفى من الفرق بين عقد المكره وعقد من اضطر اليه لقوت عياله ونفقة من يجب عليه انفاقه
فان المكره غير راض بما ينشئه ولا يشكر الله سبحانه منه بخلاف المضطر فانه يثني على الله جلت آلائه باعطائه اياه ما ينفق به عياله
فتامل جيدا كي لا يختلط عليك الامر وبالجملة جميع هذه الادلة تدل على اعتبار الرضا سواء كان سابقا او لاحقا فالعقد

لا يرتبطان بهذا الكلام بل يرجعان الى قوله ولهذا لا يرتفع بالاكراه صح

اي صار دليل الرفع صح

المقيد بالرضا لا يمكن ان يلحقه الاكراه وقبل لحوق الرضا اليس له ان يقبل ويرتفع بالاكراه هذا تمام الكلام فى الامر الاول
الثانى ان الرضا المتأخر كاشف او ناقل وتنقيح ترسم امور الاول فى بيان الفرق بين الشروط المتأخرة التى تصلح لان
تكون كاشفة او ناقلة وبين ما لا يكون الا ناقلا فنقول وضابط الفرق على ما يظهر من المحقق الثانى ان كل شرط كان ناظرا الى
ما وقع من سائر اجزاء العقد او كان فهو شرط وقع فيه هذا النزاع كالاجازة فانها ناظرة الى ما وقع من العقد وكل شرط
كان هو بنفسه من شرائط العقد ومتمما له فهو ليس الا ناقلا وبعبارة اخرى كل ما يرجع الى تنفيذ ما سبق وامضائه هو محل
هذا النزاع واما كل ما كان متمما وهو بنفسه من الاجزاء ومما لم يدخل فى تأثير السبب فلا يجرى فيه هذا النزاع بل يكون ناقلا
وعلى هذا فمثل القبول مطلقا والقبض فى الصرف والسلم ونحو ذلك ناقل واما مثل الاجازة واداء من باع مالا المشتمل على الزكوة
مقدار الزكوة فهو محل هذا النزاع وعلى هذا فذهاب المحقق الثانى الى كون اجازة المرتهن ناقلا مع قوله بالكشف فى اجازة
الفضولى انما هو للنزاع فى الصغرى اى اجازة المرتهن ليست ناظرة وتنفيذا لما صدر من الراهن بل حيث ان من اركان البيع
الطلقية اى خلو المبيع من حق غير البايع فاذا اسقط المرتهن حقه او ادى الراهن الدين او ابرئه المرتهن تم جميع اركان
العقد ومن المعلوم انها انما حين الاسقاط فلا معنى لكونه كاشفا وهذا الكلام وان لم يكن صحيحا لان الاسقاط كالاجازة
ناظر الى تنفيذ العقد السابق الا ان الكبرى صحيحة وعلى هذا فيجرى النزاع فى اجازة العمة والخالة العقد الواقع على بنت
الاخ والاخت واجازة الدائن بيع الوارث واجازة المرتهن بيع الراهن بناء على ما قلنا ونحو ذلك من اسقاط المرتهن حقه واداء
الراهن الدين الذى عليه الرهن الثانى هل الاصل ان تكون الاجازة ناقلة او كاشفة الاقوى هو الاول لان لازم دخلها
بوجودها الخارجى كما هو ظاهر الادلة عدم تحقق النقل الا بعد تحققها نعم لو ساعد العرف او الاعتبار على دخل وصف العقب
كما فى شرطية الاجزاء اللاحقة فى الصلوة للاجزاء السابقة فلتزم بالكشف واما فى خصوص الاجازة فضلا الى ان ظاهر الادلة
الدالة على اعتبار الرضا والطيب كونها بوجودها الخارجى شرطا العرف والاعتبار ايضا يساعدان على ذلك وقد قيل ان
مقتضى الاصل هو الكشف لان اجازة العقد السابق عبارة عن الرضا بما وقع عليه العقد وهو نقل الملك حين تحققه وفيه
ان مفاد العقد ليس ايجاد المنشأ حين صدور الانشاء وفرق بين وقوع الانشاء فى زمان وبين وقوع المنشأ فى الزمان
لا محالة وكلاهما للقطع على الايجاد فى زمان الانشاء فلو كان مفاد بعت وجد البيع الان كما هو ظاهر بعض التعويض فى مفاد
الامر والنهى من كونهما موضوعين للطلب فى الحال لكان الاصل هو الكشف واما لو كان مفاد اصل ايجاد البيع واستعقب
وقوع المنشأ فى الحال من ادلة اخرى كمقدمات الحكمة الجارية فى الاجارة ونحوها وهى كون المنشأ صدر الايجاد وعدم
تقييد منشأه بقيد ونظير مقدمات الحكمة الجارية فى البيع ونحوه فلا يكون الرضا كاشفا لان العلم بمدخلية الرضا فى النقل
من قبيل تقييد الملكية بقيد متأخر فما لم يحصل القيد لا يحصل الملك والمنشأ وان لم يقيد انشاؤه بقيد ولكن تقييد المنشأ

فى ان الرضا المتأخر كاشف او ناقل

نعم يبقى تعقيب الشرط المتأخر بالعقد المتقدم فى الشرط المقارن كالقبض فى الصرف

بمنزلة تقييد نفس العاقد فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشي من اجتماع جميع ما يعتبر في الحكم ومما يعتبر فيه
الاجازة وما اجاب بعض المحققين عن هذا من ان المنشأ بنظر العاقد لا يتخلف عن زمان انشائه والتخلف عند الشارع
لا يضر بالكشف فان المجيز يمضي ما اوجده العاقد وعقده وان لم يدل على الايجاب زمان التلفظ ولكن مقتضى وقوع الانشاء
في ذاك الزمان وتحقق المنشأ بنظره لتحقق كل اسم مصدر بايجاد المصدر وقوع المنشأ في زمان الانشاء فاذا امضى المجيز ما
اوجده العاقد فينفذ من ذاك الزمان غير مفيد لان الامور الاعتبارية تحققها باعتبار من بيده الاعتبار فتحقق المنشأ
بنظر المنشئ لا اثر له بعد دخل الرضا فيه شرعا فيكون الاجازة كالقبول وكالقبض في الصرف والسلم والهبة ثم لا يخفى انه
اذا ثبت كون الاجازة ناقلة صح تنظيره بالقبض والقبول واما في مقام اثبات ذلك فلا يصح القياس عليهما فما افاده المصنف
في قوله ولذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول آه لم يقع في محله لان القبول والقبض هما بانفسهما من اركان
العقد ومتمماته ولا يجري نزاع الكشف والنقل فيهما وهذا بخلاف الاجازة فانها مما به يرفع توقيفية العقد عن تأثير
ما اقتضاه وكيف كان فالاقوى هو النقل بمقتضى الاصل الاولي الثالث بعد ما ظهر ان مقتضى القاعدة الاولية
هو النقل فهل الكشف الحكمي الثابت في الفضولي تعبدا ثابت في المقام ايضا او لا وجهان والاقوى هو الاول لان من نفس
الاخبار الواردة في الفضولي يظهر انه لا خصوصية لاجازة المالك عقد الفضولي بل كل ذي حق له ان ينفذ العقد الواقع
على متعلق حقه فعلى هذا حكم الرضا المتأخر في المقام حكم الاجازة في العقد الفضولي من حيث الاصل الاولي والثانوي
بقي هنا امران الاول انه لا وجه لاستفادة حكم الرضا في المقام من حكم فسخ ذي الخيار فكون الفسخ حلا للعقد من حين الفسخ
لا حين العقد لا يلازم كون الرضا والاجازة كذلك ايضا فان الفسخ مقابل لاجازة ذي الخيار وكل زمان اعمل الخيار فيه
بازالة العقد او اقراره فيؤثر في ذلك الزمان واما الاجازة او الرضا في المقام فمقابل لرد عقد الفضولي ورد المالك كما يؤثر من
حين العقد فيمكن ان يقاس عليه الرضا من المكره والاجازة من المالك ثم لا يخفى ان المحقق الطباطبائي وان اجاد في قوله ان
الفسخ ليس مثل الاجازة الا انه لا وجه لتنظيره الفسخ بالرضا بالمضمون فان الفسخ نظير اختيار العقد كما تقدم لا الرضاء
بالمضمون في عقد المكره فانه بعينه كالاجازة في الفضولي ولا فرق بينهما في الكشف والنقل فلو قيل بان الرضا ناقل فكذلك
الاجازة لان كلا منهما يرفع توقيفية العقد ولا فرق بين انفاذ نتيجة العقد او انفاذ مفاده فلو قيل بان التوقيف يرتفع
حين الرضا فلا بد ان يقال بان مدلول العقد ايضا ينفذ حين الاجازة ولو قيل بان الاجازة تؤثر من حين العقد
فكذلك الرضا لان محل البحث في الكشف والنقل ليس فيما كان بمدلوله اللفظي متعرضا للعقد كما لو قيل اجزت العقد او
رضيت بما صدر من العاقد بل في الاعم منه ومما كان ناظرا الى النتيجة سواء كان بلفظ اجزت العقد او رضيت به ام كان
بلفظ اجزت النقل او رضيت به وسواء كان بالقول ام كان بالفعل كاداء من عليه الزكوة الزكوة من غير المال الزكوي

واداء الراهن الدين الثاني هل للطرف الغير المكره عليه ان يفسخ قبل رضا المكره ام لا ظاهر المتن ان هذا النزاع يجري بناء على الكشف واما بناء على النقل فلا اشكال في تأثير فسخه ولكن الاقوى جريان النزاع على المسلكين وسيجيء في باب الفضولي توضيح ذلك

قوله قده مسئلة ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبدا اه لا يخفى ان البحث في هذا العنوان يقع من جهات الاولى في جواز تصرفاته الراجعة الى ما في يده المترتبة عليه الآثار حين عبوديته الثانية في نفوذ معاملاته المترتبة عليها الآثار بعد حريته الثالثة في معاملاته الراجعة الى الغير كوكالته عنه ثم ان محل البحث في المقام اعم من القول بعدم مالكية العبد والقول بمالكيته لما في يده لارث ونحوه كما ان محل البحث ايضا بعد الفراغ عن عدم كونه مسلوب العبارة بحيث لا يترتب على فعله وعبارته اثر فليس كالمجنون والصبي بحيث لا يؤثر اذن المولى في قوله وفعله وتنقيح هذه الجهات يتوقف على بيان ما يستفاد من الآية الشريفة ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فنقول ان الاصل في القيد وان كان الاحترازية الا ان قوله عز من قائل لا يقدر على شيء قيد توضيحي كقوله مملوكا فان العبد كما لا ينقسم الى مملوك وغير مملوك فكذلك لا ينقسم الى القادر والعاجز فان المملوكية مساوقة للعجز ومنافية للاستقلال في التصرف كما ان العبودية مساوية للمملوكية ومنافية للحرية ثم ان المراد من عدم القدرة شرعا سلب القدرة عما يناسب المقدور فان كان الشيء من متعلقات الاحكام التكليفية فعدم القدرة عليه عبارة عن حرمته عليه وان كان من متعلقات الاحكام الوضعية فعدم القدرة عليه عبارة عن عدم نفوذه ومضيه عنه والمراد من الشيء بقرينة رواية زرارة عن ابي جعفر وابي عبد الله سلام الله عليهما قالا المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده قلت ان كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فشيء الطلاق اه هو الشيء الذي يعد في العرف والعادة شيئا فليس المراد منه هو مفهومه العام الشامل لكل حركة وسكون حتى مثل التكلم والنظر وامثال ذلك فانها خارجة من الشيء خروجا موضوعيا لا حكميا كما توهم لان مساق الآية مساق لا يقبل التخصيص كما ان التكاليف الالهية كالواجبات والمحرمات المشتركة بين الاحرار والعبيد خارجة عنه موضوعا فان هذه تحت ملك السيد الاصلي لا المالك العرضي لان الآية في مقام بيان ما يختص بالعبد لا ما يشترك بينهما ثم ان الاقوال في المسئلة بين افراط وتفريط واعتدال فقيل بمحجوريته عن كل شيء الا الضروريات التي بها قوام عيشه فلا يجوز له التمدد والمشي ونحو ذلك وقيل بنفوذ جميع تصرفاته الا ما يرجع الى التصرف في سلطان مولاه فيجوز له الوكالة عن الغير وضمانه عنه الذي يتعلق برقبته بعد العتق وقيل بانه لا يجوز له كلما يعد شيئا من غير فرق بين عناوين المسببات من النكاح والطلاق والوكالة والتوكيل وغير ذلك والاقوى هو الاخير لما عرفت ان ظاهر الآية الشريفة ان كلما يعد شيئا بحسب العرف والعادة كالطلاق ونحوه فالعبد لا يقدر عليه ولا ينفذ منه وعلى هذا فلا يجوز وكالته عن الغير ولو في اجراء الصيغة فضلا عما اذا كان وكيلا مفوضا لا لتوقف صدور اللفظ منه على اذن مولاه حتى يرد عليه ما اورده عليه صاحب الجواهر قده بان مع نهي السيد ايضا يصح عقده فضلا عن الوقوع بغير اذنه اذا قصاه الاثم في التلفظ والنهي لا يقتضي الفساد

في انه يعتبر اذن المولى لو كان العاقد عبدا

اذا رجع الى الاسباب بل لان نفس الوكالة عن الغير هو بنفسه شيء لا يقدر عليه العبد وهو غير قادر على ايجاد العلقة الملكية
بين المالك والمملوك كما هو غير قادر على سلب علقة الزوجية عن نفسه وزوجته وهكذا لا يقدر على الالتزام بشيء والتعهد
بدين وان تعلق الدين بذمته بعد حريته فان الضمان ايضا شيء وهكذا نذره وعهده وساير ما يتعلق برقبته بعد العتق
وعلى هذا فلا تشمل الاية المباركة مثل التكلم والمشي وتمدد الاعصاب ونحو ذلك من الامور الغير المعتد بها ويدل عليه
ايضا صحيحة زرارة المعبر فيها من الشيء بالطلاق ولا تختص ايضا بما يرجع الى التصرف في سلطان المولى بدعوى ان مناسبة
الحكم والموضوع تقتضي ان جهة المملوكية هي الموجبة للحجر وهذه تقتضي حجره عما يرجع الى المولى لا وكالته عن الغير وضمانه
عنه ونحو ذلك لما عرفت من ان العموم لا وجه له والاختصاص ايضا لا دليل عليه فان الطلاق لا خصوصية فيه فاذا لم يكن منه
نافذا مع انه لا يتعلق بالمولى فلا ينفذ وكالته عن الغير وضمانه ونذره ثم انه لا ينبغي الاشكال في ان اذن السيد يرفع حجره
انما الكلام في ان الاجازة اللاحقة ايضا كالاذن السابق تفيد الصحة مطلقا سواء كان عمله راجعا الى ملك المولى او راجعا
الى نفسه حال عبوديته او راجعا الى ما يتعلق برقبته بعد الحرية ام الى غيره ام تفصيل بين الموارد وجوه وتوضيح الحق يتم
برسم امور الاول لا شبهة ان اذن المولى يرفع الحرمة التكليفية واما الاجازة اللاحقة فلا تؤثر في رفع الحرمة لان الفعل
لا يتغير عما وقع عليه فلو قيل بان نفس تلفظ العبد وكذلك قصد معنى اللفظ اي استعمال اللفظ في المعنى محرم بلا اذن
فالاجازة اللاحقة لا ترفع الحرمة الا انك قد عرفت ان مثل ذلك لا يشمله عموم الشيء الثاني ان النهي المتعلق بالمعاملات
تارة يرجع الى الاسباب واخرى يرجع الى المسببات فاذا رجع الى الاسباب فلا يوجب الفساد واذا رجع الى المسببات فيوجبه وتوضيحه
موكول الى الاصول واجماله ان حرمة السبب اما لمزاحمته لواجب كالبيع وقت النداء او لتعلق النهي به بالخصوص كحرمة تلفظ العبد
بالفاظ العقود لا يلازم عدم ترتب الاثر عليه فتحقق المنشأ بالالفاظ المحرمة من جهة كونها فعلا من افعال المكلف لا محذور
فيه واما حرمة المسبب فمرجعها الى سلب قدرة المكلف عن وقوعه واخراجه عن عموم السلطنة ثم المراد من السبب هو قصد المعنى
من اللفظ والمراد من المسبب هو النقل والانتقال اي ايجاد المنشأ وموجديته بهذا الايجاد اي المصدر واسم المصدر اللذان
فرقهما اعتباري فمن حيث نسبة الاثر الى الفاعل يقال اوجده واثر فيه ومن حيث نسبته الى المنفعل يقال موجد واثر وهذه
الامور كلها صادرة من العاقد فالعبد في مقام البيع يصدر منه اللفظ الذي اعتبر فيه الماضوية والعربية وعدم كونه غلطا ويقصد
المعنى في مقابل كونه هازلا ويقصد ايجاد المادة بالهيئة في مقابل استعمال اللفظ في المعنى لداع اخر كالاخبار ونحوه ويقصد اسم
المصدر ايضا تبعا من حيث انه فعل توليدي له والاجازة اللاحقة تؤثر في الامرين الاخيرين لا في الاولين اما عدم تاثيرها في
الاولين لما عرفت من ان الفعل الخارجي سواء كان جوارحيا او جوانحيا لا ينقلب عما وقع عليه واما تاثيرها في الاخيرين فلان
ايجاد النقل والانتقال لا خارجية لهما الا باعتبار من بيده انفاذهما والا فمجرد قوله بعت لا يؤثر في تحقق الملكية للمشتري

فلو انفذ من بيده الانفاذ فسواء رجع انفاذه الى جهة الصدور وحيثية ايجاد المعنى بالقول كايجاده في المعاطاة بالفعل ام
رجع الى المضمون واسم المصدر لصح ما وقع من دون استلزامه لانقلاب الشيء عما وقع عليه حتى يستحيل بل لانه لم يقع شيء في عالم
الاعتبار بل كان مراعى وان كان واقعا في نظر المنشي فحيث كان مراعى بانفاذ من بيده الامر فيؤثر انفاذه وسيجيء مزيد توضيح
لذلك في المقام وفي باب الفضولي الثالث لا يمكن استفادة شرطية كون العاقد حرا اي شرطية كون الصيغة صادرة من الحر
من الاية الشريفة بحيث تكون الرقية كالفارسية وغير الماضوية لما عرفت من ان عدم القدرة قد استعمل في الوضعي والتكليفي
بجامع واحد من دون مجاز ولا عموم مجاز فعدم القدرة بالنسبة الى افعاله عبارة عن ان طرفي فعلها وتركها ليسا تحت اختياره
اي تحرم عليه بلا اذن من سيده وهذا لا يمكن استفادة الشرطية منه وبعبارة اخرى كون عبارة العبد كعبارة المجنون لا
يستفاد من مثل قوله تعالى لا يقدر على شيء وعلى هذا فلا يقصر عقد العبد من حيث جهة العقدية عن عقد غيره غاية الامر
على فرض عموم الشيء لكل شيء يكون محرما من حيث انه فعله الرابع ان العقد الواقع من العبد تارة يتعلق بما في يده من مال
المولى او مال نفسه الراجع الى ملك المولى طولا او يتعلق بنفسه التي هي ملك المولى كاجارة نفسه وتزويجه واخرى
يتعلق برقبته بعد العتق وثالثة يتعلق بالامور الراجعة الى الغير كوكالته عن الغير وكل واحد من هذه الاصناف الثلاثة
كما يصح بالاذن السابق فكذلك يصح بالاجازة اللاحقة غاية الامر ان كلما كان تصرف العبد راجعا الى ملك المولى فاجازة
المولى ترجع الى مضمون العقد وهو معنى الاسم المصدري وما كان تصرفه راجعا الى ملك الغير او الى ذمة نفسه يتبعه بعد العتق
فاجازته ترجع الى جهة المصدر وكل منهما قابل للاجازة لان ايجاده المعنى حيث انه لا يقدر عليه موقوف على الاذن وحيث ان
الاجازة كالاذن فيما لم يكن من الافعال الخارجية فالاجازة تصحح ايجاده وبعبارة اخرى سيجيء في باب الفضولي انه كما يكون اجازة
المالك بمقتضى القاعدة مصححة لعقد الفضولي فكذلك اجازة المرتهن عقد الراهن واجازة العمة او الخالة العقد الواقع على بنت
الاخ او الاخت واجازة الغرماء للمفلس واجازة الديان للورثة ونحو ذلك من الامور المتوقفة على اذن الغير والمناط في الجميع
ان كل ما كان العقد واقفا وغير ماض الا باذن الاخر فاجازته بمنزلة اذنه فعلى هذا تصح تعلق اجازة المولى بالعقد الواقع
من العبد وكالة عن الغير فان مضمون العقد وان لم يرجع الى المولى الا ان ايجاد العبد العلقة بين الشيئين من الاشياء التي لا يقدر
عليها العبد وهذا يكون واقفا وغير ماض فالاجازة ترفع وقوفه وتجعله ماضيا اذا عرفت ذلك ظهر ان ما لا يقبل الاجازة
وهو السبب لا يتوقف على الاجازة لعدم الدليل على حرمته اولا وعدم الدليل على فساده ثانيا وما يقبل الاجازة كالمسبب
فالمفروض تحققها من غير فرق بين تعلقها باسم المصدر او بالمصدر فان الفرق بينهما اعتباري فلو فرض ان ايجاد العبد من حيث
كونه ايجادا موقوف على اذن المولى وبالاذن يصح فيصح بالاجازة اللاحقة ايضا وما افاده المصنف قده في وجه عدم الصحة بالاجازة
اللاحقة من ان المنع راجع الى نفس الانشاء الصادر وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده غير وارد اصلا لانه لو كان المراد من الانشاء في كلامه

هو تلفظ العبد وقصده المعنى لكان اشكاله واردا ولكن حيث انه ليس المراد من الانشاء في كلامه ذلك لانه يصرح في رد صاحب
الجواهر بان هذه التصرفات لا دليل على حرمتها ثم لا دليل على فساد العقد بها بل هو ايجاد العبد من حيث المسبب اي المصدر فاذا كان هو
المراد من الانشاء فقوله وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده غير صحيح لانه لم يقع الانشاء في عالم الاعتبار ولم يتحقق ما اوجده بل هو
مراعى وموقوف على الاجازة فكما ان الاجازة تصحح المضمون اذا كان راجعا الى المولى فكذلك تصحح هذا الايجاد الصادر من العبد
لكون انشاء هذا المضمون قائما بعبده ثم انه قده رفع الاشكال بوجوه ثلاثة الاول التمسك بعموم ادلة الوفاء بالعقود خرج منها
عقد العبد بلا اذن رأسا لا سابقا ولا لاحقا وبقي الباقي لان المخصص اذا كان مجملا مفهوما بان كان مرددا بين الاقل و
الاكثر يؤخذ بالقدر المتيقن منه اذا كان منفصلا والمتيقن منه عقده بلا اذن ولا اجازة لا العقد الملحوق بالاجازة الثاني
الصحيحة المتقدمة الدالة على صحة النكاح والطلاق بالاذن وحيث قام الدليل على ان النكاح يصح بالاجازة اللاحقة
ايضا فيصح جميع العقود بالاجازة لعدم الفرق بينها ثم تفطن لاشكال وارد على التعميم وهو ان لازمه صحة الطلاق بالاجازة
ايضا ولا يلتزمون بها ودفعه بانه خرج الطلاق بالدليل الخارجي والا لقلنا بصحته بها من جهة التعميم ولا يلزم تأخير البيان عن
وقت الحاجة لان الكلام مسوق لنفي استقلال العبد في الطلاق لا لصحته مطلقا حتى بالاجازة الثالث الاخبار الدالة على
ان اجازة المولى موجبة لصحة نكاح العبد مطلقا سواء كان هو المباشر للصيغة ام غيره من جهة ترك الاستفصال فاذا صح نكاحه
لنفسه مطلقا فيصح كل تصرف منه مطلقا ولو كان وكالة عن الغير وهذا لوجهين احدهما ان اجازة المولى اذا كانت موجبة لصحة عقد
العبد الصادر منه مباشرة من جهة المضمون اي من جهة رجوعها الى متعلق حق المولى وهو تصرف العبد في سلطان المولى فلا محالة
موجبة لجهة الاصدار ايضا لانه لا يمكن ان يصح اسم المصدر ولا يصح الانشاء اي جهة الاصدار فاذا صح المصدر بالاجازة في
نكاح العبد لنفسه يصح مطلقا بها ولو كان راجعا الى غير المولى كما لو كان وكيلا عن الزوجة في هذا العقد او كان وكيلا عن
غيرها في غير هذا العقد وهذا الوجه موقوف على استفادة التعميم من ترك الاستفصال من جهتين من جهة عمومها لصدور النكاح
لنفسه مباشرة وتوكيلا ومن جهة عمومها لصدور العقد منه لغيره وهذا لا يخلو عن اشكال كما سنشير اليه وثانيهما ان تعليل الصحة
بانه لم يعص الله في قوة ان يقال كلما لم يكن العبد الا عاصيا لسيده فباجازة السيد يرتفع وقوف تصرفه فمعيار الصحة في
معاملة العبد بعد عدم كونها مخالفة لله سبحانه هو اذن السيد او اجازته وهذا الوجه ايضا كما يمكن ان يكون مدركا لحكم ما
يتعلق مضمونه بالمولى كذلك يمكن ان يكون مدركا لحكم ما لا يتعلق مضمونه بالمولى لان المدار في صحة عقد العبد على رضاء
المولى ولو لم يكن مضمونه راجعا الى المولى بل كان جهة معصيته لمولاه ايجاده ما لم يأذن فيه وهذا ايضا لا يخلو عن مناقشة
لان الاخبار الواردة في نكاح العبد راجعة الى المعصية الفعلية الراجعة الى التصرف في سلطان المولى لان نكاح العبد وطلاقه
لنفسه كاجارة نفسه بلا اذن من المولى فهو تصرف في نفسه التي هي ملك للمولى واين هذا من استفادة حكم المخالفة الغير الراجعة

الى سلطان الولي من حيث الاصدار وايجاد المادة بالهيئة وعلى اي حال فالوجوه الاخر واضحة الفساد اما التمسك بالعموم فهو
فرع اجمال المخصص وهو مبين فان دليل اعتبار الاذن ظاهر في الاذن السابق والاجازة غير الاذن واما الدليل الثاني
ففيه اولا ان صحة النكاح بالاجازة اللاحقة لا تكشف عن اعمية الاذن مفهوما بل غاية الامر ان الدليل الدال على صحة النكاح
بالاجازة حاكم على الدليل الدال على اعتبار الاذن ويوسع دائرة الموضوع تعبدا وثانيا يصح دعوى عكس ما استظهره قده من
الصحيحة بان يقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق الذي لا يصح بلحوق الاجازة نستكشف ان المراد من الاذن فيها خصوص
الاذن السابق وصحة النكاح بالاجازة فانما هي لدليل خارج ولا يلزم تأخير البيان لان الكلام المذكور مسوق لبيان نفي
استقلال العبد في النكاح والطلاق بحيث لا يحتاج الى رضى المولى ولا يخفى ان العكس اولى مما استظهره قده فانه لو
كانت الصحيحة بصدد بيان صحة النكاح والطلاق بالاعم من الاذن والاجازة للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وقوله قده
ان الصحيحة مسوقة لبيان نفي استقلال العبد بالطلاق لا يدفع المحذور فانه لو كانت الصحيحة مسوقة لهذا لكانت مسوقة بالنسبة
الى النكاح ايضا لبيان نفي استقلال العبد به لا لصحته بالاعم من الاذن والاجازة فمن اين تستفاد الصحة بالاجازة من
الصحيحة ولا خصوصية في الطلاق حتى يقال انها بالنسبة اليه ناظرة الى نفي الاستقلال دون النكاح فتدبر جيدا واما الدليل
الثالث فقد اوضحنا ما في التقريب الثاني منه الذي امر بان يفهم ويغتنم جزاه الله تعالى عن العلماء خير الجزاء واما التقريب الاول
ففيه ان ترك الاستفصال وان كان مفيدا للتعميم في باب النكاح ونحوه الا انه للتعدي الى غير مورده لا يفيد لانه لو فرض بانه
صرح بان نكاح العبد يصح بالاجازة ولو باشره بنفسه لما امكن التعدي الى مورد وكالة العبد لغيره او اجرائه الصيغة وايجاده
العلقة فضولا لان صحة نكاحه لنفسه وان استلزم تصحيح جهة اصداره ايضا حيث ان الاجازة يرجع الى ما يتعلق مضمونه
بالمولى فصحة جهة اصداره انما لوحظ معنى حرفيا واذا دل الدليل على صحة النتيجة بالاجازة فيدل على صحة جهة الاصدار لانها
من مقدمات حصول النتيجة الا ان هذا الدليل لا يمكن ان يدل على صحة جهة الاصدار اذا لوحظت معنى اسميا وعقد العبد
لغيره فضولا او وكالة جهة توقفه على اجازة المولى هو جهة اصداره والا فمضمونه غير راجع الى المولى ولم يدل دليل على ان الاجازة
ايضا كالاذن في جهة الاصدار كما لا يخفى الا ان يقال ان الاخبار الدالة على صحة نكاح العبد اذا اجازه المولى الواردة في حكم رد
بن عيينة وابراهيم النخعي ظاهرة في اعطاء قاعدة كلية وهي ان كلما رجع جهة الصحة الى اذن السيد فاجازته كاذنه وكيف كان
فمما ذكرنا من ان المراد من الشيء في الاية المباركة هو الشيء المعتد به وان ايجاد العبد العلقة المالكية ونحوها شيء لا يقدر
عليه العبد الا باذن سيده يظهر ان الوكالة من الغير او ايقاع العبد العقد للغير فضولا ايضا محتاج الى اذن السيد فما افاده
صاحب الجواهر قده من صحة عقد العبد للغير وان لم يسبقه اذن ولم يلحقه اجازة استدلالا بهذه الاخبار الدالة على ان معصية
السيد لا يقدح بصحة العقد وانما تدل على التوقف على الاجازة فيما يرجع مضمونه الى السيد دون ما لا يرجع اليه غاية الامر

انه عصى السيد في التصرف في لسانه والنهي اذا كان راجعا الى المعاملة من حيث السبب لا يدل على الفساد ففيه انه كما يتوقف
المضمون الى الاذن او الاجازة اذا رجع الى المولى فكذلك يتوقف المعنى المصدري الى الاذن او الاجازة ولو لم يرجع مضمونه
الى المولى لانه شيء لا يقدر عليه العبد فوجه بطلان عقد العبد لغيره اذا لم يكن مأذونا ولا مجازا هو هذا لا لكونه تصرفا
في لسانه الذي هو ملك السيد فانه لا دليل على حرمته اولا وحرمته لا يوجب الفساد ثانيا فلا يكون حرمته منشأ لالزام المشهور
بفساد عقد العبد للغير بلا اذن ولا اجازة مع انه لو كان هذه الاخبار دالة على ان معصية السيد في تحريك اللسان لا يوجب
الفساد لكان مقتضى التعليل فساد البيع لو عصى الله سبحانه كما في البيع وقت النداء مع انه لم يقل به احد فهذه الاخبار ناظرة الى
اعطاء قاعدة الكلية وهي انه كلما رجع امر العبد الى المولى من جهة من الجهات فهو موقوف اما على الاذن او الاجازة قوله قده
فرع لو امر العبد امر ان يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح آه لا وجه للاشكال في صحة اشتراء العبد نفسه من مولاه بوكالته
من المشتري لان الاشكال بان الموجب والقابل متحد وهو المولى فان لسان العبد لسان المولى واضح الاندفاع لان الاتحاد
تنزيلا غير الاتحاد خارجا ويكفي التغاير الخارجي في اعتبار التغاير بين الموجب والقابل كما انه يكفي الاتحاد خارجا مع التغاير
اعتبارا كما ان الاشكال بتوقف وكالته الى اذن المولى وهو حين ايجاب المولى غير مأذون منه وانما يصير وكيلا بعد الايجاب
فيجب اعادة الايجاب ثانيا غير وارد لعدم الدليل على اعتبار الاذن حين الايجاب فان الشروط المعتبرة في العقد على انحاء
منها ما يعتبر في مجموع العقد ومنها ما يعتبر حين صدور الانشاء ممن بيده صدوره فيكفي للصحة وكالة العبد حين انشائه
القبول للمشتري الامر له كما انه لو لم يكن القابل مأذونا حين الايجاب وصار مأذونا بعده قبل القبول لكفى لصحته هذا مضافا الى
ان اعتبار الاذن حين الايجاب يوجب مدخلية اجازة المولى بعد القبول لا بطلان العقد وبعبارة اخرى انشاء العبد يحتاج
الى اذن مولاه او اجازته والى اذن المشتري او اجازته فلو لم يتحقق الاذن من احدهما او كليهما كفت الاجازة اللاحقة وليست
عبارة العبد كعبارة الصبي والمجنون هذا لو وكله المشتري في الاشتراء من نفس المولى واما لو وكله في الاشتراء من وكيل المولى
فلو كان وكيله وكيلا في خصوص بيع العبد لا في بيعه واذنه للعبد في وكالته عن الغير فلا شبهة في احتياج الاشتراء الى الاجازة
من المولى في وكالته واما لو كان وكيلا حتى في التوكيل ايضا فايجاب الوكيل بمنزلة ايجاب المولى فيعود النزاع المتقدم فظهر ان
الحق هو التفصيل بين الموردين ولعل وجه نظر المحقق والشهيد الثانيين الى الصورة الاولى قوله قده مسئلة ومن شروط
المتعاقدين ان يكونا مالكين او مأذونين من المالك او الشارع آه لا اشكال في ان العقد بالاذن من المالك او ممن له حق
في العين كذي الخيار والمرتهن والغرماء وامثالهم يخرج من الفضولي انما الكلام في خروجه منه بمجرد الرضا الباطني من دون
امارة عليه اختار المص في المقام خروجه منه وعدم التوقف على الاجازة اللاحقة سواء علم به العاقد او انكشف له بعد حصول
العقد بانه كان حين البيع راضيا ام لم ينكشف له اصلا لان المناط في الصحة الواقعية هو الرضا واقعا والحق عدم خروج العقد

في حكم عقد الفضولي

الصادر من غير من بيده زمام امر المعقود عليه بمجرد الرضا الباطني من المالك ومن له الحق مرتهنا كان او مولى وذلك لانه لو كان
امر العقد موقوفا وغير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا او لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك
او ذي الحق والاستناد والتنفيذ من الامور الانشائية ويكونان كساير الايقاعات لا بد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل فلا
الكراهة الباطنية ردّ ولا الرضا الباطني اجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف واما ما اختاره المص فمضافا الى انه ينافيه
استدلاله لصحة عقد المكره مع لحوق الرضا بفحوى الفضولي لان الاولوية فرع فقد الفضولي امرين الاستناد والرضا واما لو قلنا
بعدم اعتبار الاستناد وكفاية الرضا الباطني من المالك ولو كان المباشر غير المالك فلا اولوية لان ملاك الفضولي والمكره
في الاحتياج الى شرط واحد على حد سواء يرد عليه ان ما استدل به لا دلالة فيه اما قوله عز من قائل اوفوا بالعقود فلان مقابلة
الجمع بالجمع يقتضي التوزيع اي كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده وعقد الفضولي لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضائه به لان
كونه عقدا له يتوقف على مباشرته او نيابة الغير عنه بالاذن او الاجازة بعد صدور العقد من الفضولي وفي حكم هذه الاية
قوله احل الله البيع لان البيع هنا بمعناه المصدري فيصير معناه احل الله ايجاد هذا المعنى وايجاد المالك ينفذ اذا صار
ايجادا له وبعبارة اخرى معناه احل الله بيوعكم والبيع يصير بيعا له اذا استند اليه والا فليس بيعا منه واما قوله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض فهو اظهر في اعتبار الاستناد الى المالك لان التجارة بمعنى التكسب ولا يكون التكسب منه الا
بالمباشرة او الاذن او الاجازة والرضا الباطني ليس منها لانه لا يصير به التجارة من الغير تجارة منه واما قوله ع لا يحل
مال امرء الا بطيب نفسه ففيه اولا انه ليس الا في مقام بيان اعتبار الطيب والرضا لا في مقام بيان ان مجرد الطيب كاف فهو نظير
قوله ع لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولا صلوة الا بطهور وثانيها الحلية في المقام هي الحلية التكليفية اي ان التصرف بالاكل و
الشرب ونحوهما في مال الغير لا يجوز الا برضا مالكه وكلامنا في نفوذ التصرف الوضعي واما قضية عروة فلا دلالة فيها اصلا
لاحتمال كونه وكيلا مفوضا واما كلمات الاصحاب فالرضا المذكور فيها هو بمعنى الاختيار لا طيب النفس فانه يطلق على
الاختيار ايضا ومن ذلك قول السيد في الدرة كما ارتضاه المرتضى وقوله ع فذلك رضا منه الوارد في ان احداث ذي الخيار
يوجب سقوط خياره وقوله ع ورضيكم خلفا وقول العامة انما سمي الرضا عليه السلام بالرضا لان المأمون اختاره ولي العهد
فقولهم ان الشرايط كلها حاصلة الا رضا المالك اي الا اختياره فلا شبهة ان الاختيار معنى انشائي لا بد من حصوله بكاشف
فعلي او قولي واما قولهم ان الاجازة لا يكفي فيها السكوت لانه اعم من الرضا فدلالته على ما اعتبرناه اظهر لان ظاهره اعتبار
الاختيار والا قد يكون السكوت في محل خاص كاشفا عن الرضا والطيب كما في سكوت الباكرة فالاولى استدلال المص بسكوت
الباكرة كما استدل بما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه والاستدلال بصحيحة محمد بن مسلم والحميري الاتيتين
فان في الاولى منهما لا تشترها الا برضا اهلها وفي الثانية منهما الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها او بامره او

رضا منه وتقريب الاستدلال واضح ولكن الاقوى عدم دلالة كل ذلك على مختاره اما سكوت الباكرة فهي قبل العقد وكفاية
الرضا الباطني للتوكيل غير كفايته بعد العقد مع ان السكوت في مقام الاستيذان وفي مقام الفسخ والاجازة من الكواشف
العرفية عن الاذن او الاجازة ولذا في ما كان الخيار فوريا لو سكت ذو الخيار مع علمه بالخيار يستكشف منه الاجازة ويؤيد
ذلك قوله ع ان سكوتهم اقرار منهم اي اثبات للنكاح واختيار له فتأمل واما الخبران فاولا لا يدلان الا على اعتبار الرضا لا على
كفايته مطلقا كما في قوله لا يحل وثانيا يمكن حملهما على الرضا بمعنى الاختيار وبالجملة العناوين المتعلقة بها الوضع سواء
كانت عقدا ام ايقاعا لا بد لها من كاشف قولي او فعلي ولذا لا نلتزم بتأثير الشروط البنائية نعم في العقود الاذنية يكفي
الرضا الباطني ولكنها في الحقيقة ليست عقدا وعلى هذا لا فرق بين تعلق الحق المالكي بعقد الفضولي او حقا آخر ماليا
كان كما في الرهن والتفليس ونحو ذلك او ولاية سواء كانت جهة الولاية راجعة الى المال كعقد العبد لنفسه او لغيره ام لم
تكن الا صرف السلطنة على العقد كحق العمة والخالة فتفصيل المص بين عقد العبد وغيره لا وجه له فان معصيته ليست راجعة
الى التكليف حتى تخرج عنها بمجرد رضا المالك باطنا والا لم يكن وجه للتفصيل بين معصية الله ومعصية السيد لان معصية
السيد معصية الله بل المعصية هنا بمعنى المخالفة الوضعية حيث انه تصرف في سلطان المولى والخروج عن المخالفة الوضعية
يتوقف على كاشف قولي او فعلي وبالجملة هذه المراتب الثلاث وهي بيع مال الغير وبيع الراهن ونحوه ونكاح العبد ونحوه
كلها متوقفة على اذن ذي الحق او اجازته والتفصيل بينها لا وجه له وذلك لانه ثبت من الادلة الخارجية عدم استقلال
العبد والراهن والباكرة وكل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث في عقودهم ولا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضا
ذي الحق فان به لا يسند العقد اليه وعد سكوته في بعض المقامات اجازة فهو من باب ان من لا يميل الى شيء لا يقدر على امساك
نفسه طبعا فلو سكت في محل الامضاء والرد فسكوته كاشف عرفي عنها ولذا عبر في الاخبار عن الامضاء بالسكوت الذي هو
نظير الامر الوجودي لا بمثل عدم الردع ونحوه والظاهر ان المسئلة لا تحتاج الى ازيد من ذلك فان بالمراجعة الى نظايرها يظهر
صدق ما ادعيناه فراجع باب الفسخ والرد والرجوع **قوله قده** بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه اه لا يخفى انه لم يتحقق الاجماع
على بطلانه في جميع الايقاعات نعم الظ تحققه في العتق والطلاق ومع ذلك يمكن ان يكون مدرك المجمعين هو قوله ع لا عتق
الا في ملك وقوله ع الطلاق بيد من اخذ بالساق وكيف كان بناء على ما سيجيء من ان الفضولي في البيع على مقتضى القاعدة فيلحق
به ساير العقود وجميع الايقاعات الا ما خرج كما في الرجوع الى الزوجية بالفعل فانه لا يقبل الفضولي وبالجملة يجري الفضولي
في جميع الايقاعات بمقتضى القاعدة الاولية نعم لا يجري في جملة منها لمانع آخر سنشير اليه في العنوان الآتي **قوله قده** فهنا
مسائل ثلاث الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك اه محل الاتفاق من القائلين بصحة الفضولي في مقابل
البطلان هذه الصورة واما اذا باع للمالك مع سبق المنع منه وما اذا باع لنفسه كالغاصب فهو محل الخلاف حتى بين القائلين

فيما اذا قصد الفضولي البيع للمالك

بصحته فالأولى تنقيح ان مقتضى القاعدة هل صحته في جميع الصور او بطلانه كذلك او التفصيل وعلى اي حال الايقاعات
ملحقة بالعقود وينبغي اولا تمهيد مقدمة وهي ان الافعال المترتبة عليها الآثار والمصادر الصادرة من الاشخاص على قسمين
قسم يتحقق اسم المصدر فيه بنفس تحقق المصدر ولا ينفك منه الا بتخلل فاء الترتيب وهو ما كان من سنخ الخارجيات كالضرب و
الغسل والكسر فان نتيجتها حاصلة بنفس حصول الفعل بل لا فرق بين الفعل والانفعال الا اعتبارا وقسم لا يتحقق فيه الاثر
المرغوب منه بنفس تحقق الفعل وهو ما كان من قبيل الاعتباريات فان خارجيته ليس بايجاد كل موجد وصدوره من كل
شخص بل لا بد من تحققه بايجاد من ينفذ ايجاده واما من لم ينفذ ايجاده فهو وان كان بنظره لا ينفك الوجود عن الايجاد
الا انه ليس بنظر العقلاء ايجادا فمجرد ايجاد العلقة المالكية بقوله بعتك السماء لا يوجب تحققها وفي كل من القسمين لو لم
يعتبر صدور الفعل من مباشر خاص يصح التوكيل والاستنابة فيه كالامر بالضرب وايجاد العقد ولكنه ليس كلما يقبل النيابة
يقبل الاجازة فان القسم الاول مع قبوله النيابة لا يقبل الفضولي لان الفعل الخارجي الذي لا ينفك اثره عنه لا يتغير بالاجازة
عما وقع عليه ولا يستند الضرب الى غير الضارب بالاجازة منه ولا ينافي ذلك ما ورد من ان الراضي بعمل قوم كالداخل فيهم
فانه كالداخل حكما لا ان الفعل صدر منه بالرضا اللاحق فما ينسب الى كاشف الغطاء من ان كل ما يقبل النيابة يقبل
الفضولي ليس باطلاقه صحيحا بل لا بد ان يقيد بانه كلما يقبل النيابة والتبرع فهو يقبل الفضولي وهو ايضا منتقض باداء الدين
من الغير تبرعا واما القسم الثاني فحيث ان نفس الانشاء ليس علة تامة لتحقق المنشأ خارجا اي في عالم الاعتبار فباجازة من له حق
الاجازة يتحقق المنشأ ويستند الى المجيز والسر فيه هو ان في الاعتباريات حيث ان المنشأ لم يتحقق بعد فبالاجازة يتحقق
نعم نفس الانشاء بما هو لفظ ومعنى ايضا غير قابل للاجازة ولكن لا يعتبر في تحقق المسبب ان يكون سببه ايضا مستندا الى من له
الحق ثم انه كما يعتبر ان يكون ما يقبل الفضولية من الاعتباريات كذلك يعتبر ان لا يكون نفس الاجازة علة تامة لتحقق المنشأ
والا يخرج عن عنوان الفضولي لانه لو كان امضاء ذي الحق واجازته بنفسه ايجادا للمنشأ سواء كان هناك عقد الفضولي ام لم يكن
فلا معنى لعده من الفضولي وبعبارة اخرى يعتبر في صحة العقد الفضولي بالاجازة امران احدهما عدم كون الفعل علة تامة لتحقق
اثره وثانيهما عدم كون اجازة المجيز علة تامة لتحقق اثرها بل لا بد ان تكون الاجازة راجعة الى انفاذ فعل الفضولي بحيث كان
عقده او ايقاعه معدا وموجبا لقابلية تحقق الاجازة كبيع الفضولي او عتقه او طلاقه بحيث انه لو لم يكن عقده او ايقاعه كان
قوله اجزت لغوا واما لو كان الاجازة بنفسها علة تامة فيخرج عن عنوان الفضولي وبمقتضى الامر الاول يخرج جملة من الايقاعات
عن عنوان الفضولي كالقبض والاقباض واعطاء الدين بل اعطاء الخمس والزكوة لو قيل بجريان التبرع فيهما وجامعه ما كان
تحققه بالفعل سواء اعتبر فيه المباشرة ام صح بالوكالة او النيابة الراجعة الى فعل الموكل او المنوب عنه ببدنه التنزيلي ولم يكن له
اثر آخر ممكن الترتب وعدمه لان الفعل لا يتغير بالاجازة عما هو عليه ومقتضى الامر الثاني يخرج العقود الاذنية كالوكالة

فى النضر والعارية والوديعة وجملة من الايقاعات كالفسخ والاجازة والابراء والجعالة بناء على كونها من الايقاع لان نوع هذه العقود والايقاعات من الفضولى ورد على حد سواء فان اجازة هذه بنفسها تكون وكالة وعارية ووديعة وفسخا واجازة وابراء وجعالة اذا عرفت ذلك فاعلم ان المصنف قد حث لم يعتبر فى العقد استناد ما الى من بيده امره وانما اعتبر الرضا فقط فقد استدل على كون الفضولى مطابقا للقاعدة بالعموم لان المتيقن من تخصيصها فقد الاذن والاجازة معا ولكنا حيث اعتبرنا الاستناد فينبغى الاستدلال بما الصحة بتقريب اخر وهو انه وان اعتبر الرضا والاستناد معا فى صيرورة العقد عقد المالك الا ان المتيقن من اعتبارهما انما هو فى ناحية المسبب واما صدور الاسباب ممن له حق الاجازة او ناشيء فلا دليل عليه بل لا اشكال فى عدم اعتباره لان فى جهة الصدور لا فرق بين المالك والوكيل والفضولى فان كلا منهم ينشأ المقابلة بين العوضين فيقول بعت هذا بهذا لان المالك يقول بعت مالى بمال المشترى والوكيل يقول بعت مال الموكل وبالجملة فجهات الصدور لا تختلف باختلاف المالكية والفضولية فلا وجه لاعتبار الاستناد الى المالك بل المعتبر استناد خصوص المسبب الى البيع وهذا يحصل باجازة المالك ولو اعتبر استناد نفس الصدور من حيث التسبب ايضا الى المالك فالاجازة لا تغير الفعل عما وقع عليه لكن لم يقم دليل على ذلك ولو شك فى اعتباره فالمرجع هو الاطلاقات وحاصل الكلام ان ليس الفضولى فاقدا لخصوص الرضا كما افاده المصنف حتى يجعل صحة الفضولى بضميمة الرضا اللاحق مطابقة للقاعدة بل قد يكون الرضا حاصلا فالعمدة كونه فاقدا للاستناد مع ان لو دل الدليل على عدم الاذن فالظاهر منه الاذن السابق لانه كسائر الشروط لا بد ان يكون مقارنا للعقد والا يصير كل شرط قابلا لان يتأخر وبالجملة حيث كونه مطابقا للقاعدة انه لا يعتبر الرضا والاستناد الا فى المسبب حيث انه لم يتحقق بايجاد الفضولى بل يتوقف على اجازة المالك فباجازته يتحقق ويستند اليه قوله قد واستدل عليه بقضية عروة البارقى اه قد ظهر مما ذكرنا فى تقريب الاستدلال بالعمومات ان عقد الفضولى صحيح بمقتضى الادلة العامة والقواعد الكلية فالاستدلال لصحته بالادلة الخاصة انما هو لمزيد اتقان فلو نوقش فيها بما ذكر فى كلمات الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم فلا يضر بالقول بالصحة فمن الادلة الخاصة قضية عروة والظاهر ان محل الاستدلال بها انما هو فى بيعه لا فى شرائه لانه مسبوق بالاذن الفحوى حيث ان اذنه صلى الله عليه وآله لشراء شاة بدينار يقتضى اذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولى ثم ان دخول بيعه فى الفضولى يتوقف على عدم كون عروة وكيلا مفوضا فانه لو كان كذلك واحتمل كونه كذلك بطل الاستدلال بالقضية فالعمدة هذا الاشكال واما المناقشة التى ذكرها المصنف من ان مع علم عروة برضا النبى صلى الله عليه وآله يخرج بيعه عن الفضولى فلا يلزم ان يكون قضية اقباضه حراما فيه ما عرفت من ان الرضا الباطنى لا يخرج البيع عن الفضولية ولا تلازم بين كون البيع فضوليا وحرمة التصرف فى الثمن او المثمن لان العلم بالرضا الباطنى يفيد جواز التصرف التكليفى وان

قضية عروة البارقى

لم يفد الوضعي ثم لا وجه لتأييد الخروج عن الفضولية بما ذكره قده من ان الظاهر وقوع معاملة عروة على جهة المعاطاة و
المناط فيها هو الرضا ومجرد وصول كل من العوضين الى مالك الآخر وذلك لانه لا وجه للظهور مع ان الانشاء القولي
في كمال السهولة ثم انه كيف يكفي للملك مجرد وصول العوضين الى مالك الآخر مع الرضا نعم بناء على الاباحة يمكن القول
بكفايته ولكن الظاهر من قوله ص بارك الله في صفقة يمينك ان المعاملة صدرت من عروة قولا او فعلا لا انه كان آلة للايصال

قوله قده واستدل له ايضا تبعا للشهيد في س بصحيحة محمد بن قيس اه لا يخفى ان الاستدلال بهذه الصحيحة تارة لحكم
الامام عليه السلام بصحة البيع في هذه القضية الشخصية واخرى لحكمه ع بان بيع الفضولي لو تعقبه الاجازة يصح فلو كان
على الوجه الثاني فالمناقشة في نفس هذه القضية لا توجب المنع عن الاستدلال بها لان الكبرى تستفاد منها على
اي تقدير نعم لا بد من توجيه نفس القضية لئلا يلزم خروج المورد ولو كان على الوجه الاول فلا يصح الاستدلال بها
لما يرد عليه من الاشكالات ولكنها ضعيفة الا واحد منها وهو ظهور الرواية في كون الاجازة بعد الرد فمنها حكمه ع
باخذ الوليدة قبل سماع دعوى المشتري فلعله يدعي وكالة ابن السيد ومنها عدم استفصاله ع من السيد في الاجازة وعدمها و
حكمه باخذه الوليدة قبله ومنها حكمه ع باخذ ابنها معها مع انه تولد حرا لعدم علم ابيه بالحال فكان الوطي شبهة والا لم يكن وجه
لقوله ع خذ ابنه الذي باعك لينفذ البيع فانه لو كان الواطي عالما بان الوليدة كانت لغير البايع لم يكن له وطيها وكان الولد
رقا ومنها حكمه ع باخذ ابن السيد مع ان حبسه لا يجوز ومنها تعليمه ع الحيلة مع انها ليس من وظيفة الحاكم ومنها وهي
العمدة ظهور كون الاجازة بعد الرد لوجوه الاول ان ظاهر المخاصمة ذلك الثاني اطلاق الحكم بتعيين اخذ الجارية وهو
لا يصح الا بعد رد السيد والا وجب التفصيل الثالث تشبث المشتري بالامام ع للعلاج في فك ولده ولو لم يرد السيد لم
يكن وجه له الرابع ظاهر قول المشتري لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فان كلامه صريح في ان السيد اخذ ابن الوليدة وظاهر
ان اخذه اياه ليس الا من جهة رده البيع فاخذه اما لدعواه رقيته فيكون ملكا له واما لاخذه قيمته يوم الولادة لكونه من نماء
ملكه ولكنك خبير بان المناقشات الخمس الاول غير واردة فان القضايا التي صدرت من امير المؤمنين عليه السلام المنقولة عن
الائمة الطاهرين ليست منقولة بخصوصياتها الخارجية بين المتخاصمين فليس غرض ابي جعفر عليه السلام عن نقل هذه القضية
الا حكم علي عليه السلام بان البيع على مال الغير قابل للاجازة وليس ع بصدد ان حكم علي عليه السلام وقطعه الخصومة على اي
طريق كان فهذه الاشكالات رأسا ساقطة مع انه يرد على الاول بان المشتري لعله كان معتقدا بان الابن هو المالك
ولم يدع الوكالة وعلى الثاني بان هذا الايراد لا يجتمع مع الايراد بان الصحيحة ظاهرة في الرد فانها لو كانت كذلك فلا
وقع للاستفصال ولو لم تكن كذلك فحكمه ع باخذ الوليدة انما هو من حيث البيع الفضولي مع قطع النظر عن طرو الاجازة
ولحوقها فان المال في طبعه يقتضي ان يكون بيد مالكه حتى يتبين حاله من حيث انتقاله الى الغير وعدمه وعلى الثالث بان

من ادلة صحة عقد الفضولي صحيحة محمد بن قيس

اخذ الولد كان لأخذ قيمته يوم الولادة فلا ينافى كونه حرا مع جواز اخذه يوم الولادة وعلى الرابع بانه لا مانع من حبس الغاصب لا ستيفاء المال الذى اخذه بلا حق وعلى الخامس بان تعليم هذه الجهل لا مانع عنه خصوصا مع علم الحاكم بان الولد كان فى الواقع وكيلا وانكار الاب فى ذلك لعمدة ظهور الروايتين من الوجوه الاربعة بان الاجازة كانت بعد الرد ولذا الزم بعض المحشين بانه لا وجه لعد تأثير الاجازة بعد الرد متمما لهذه الروايتين لكن خبر بانه لا يمكن الالتزام بما التزم به فانه مضافا الى دعوى الاجماع على عدم تأثيرها بعده ان القاعدة تقتضى ايضا ذلك كما سيجئ توضيحه فى محله فلا بد من توجيه برفع اليد عن تخصيص المورد فنقول لا اشكال فى صراحة الصحيحة بان بيع مال الغير قابل لان يصح بالاجازة ما لم يكن فان قول الباقر عليه السلام فى مقام الحكاية فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع الوليد صريح فى ان المال ان يجز العقد الواقع على ملكه فاذا كان صريحا فى ذلك وقلنا بعدم تأثير الاجازة بعد الرد فلا بد من توجيهها وحملها على معنى ينطبق مع الحكم بصحة عقد الفضولى الذى تعقبه اجازة المالك وهو ان مجرد المخاصمة وكذلك الطلاق الحكم بتعيين اخذ الجارية ليس كاشفا عن الرد لان مخاصمة كان لا ستيفاء حقه وكذلك الحكم باخذ الجارية انما كان لا ستيفاء ثمنها وبالجملة وان كان ظاهر الصحيحة كراهة السيد البيع الا ان مجرد الكراهة ليس رادعا ان كراهته ايضا غير معلومة لان المردد بين الرد والاجازة ايضا يرفع امره الى الحاكم حتى لا يفوت حقه ودينه فيرا ما باخذ ماله او ثمنه والحكم بحبس الجارية والولد ايضا انما كان لا نكشاف الحال واما قضية المشى بالامام ع وقوله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فليس ظاهرا فى رد المالك اصلا لان الولد على اى حال لا يملكه المالك فهو كان متشبثا به لئلا يحبس ولده على قيمة يوم الولادة اى يتشبث بالامام عليه السلام لان يعلم طريق عدم رد المالك وكيف كان لما كان ظاهر نقل ابجعفر عليه السلام حكم على عليه السلام بصحة عقد الفضولى وقابلية للحوق الاجازة به فالاستدلال به خال عن المناقشة وان نوقش فى بعض هذه القضية الشخصية من جهات قوله فقه وربما يستدل ايضا بعض على صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر والعبد انه يمكن الاستدلال بالروايات الواردة فى صحة عقد النكاح الصادر من العبد اذن ان الحقه اجازة المولى بتقريب اخر جزما الاولى ترتيب ورد عليها بانها اضعف لان مصالح الاحكام خفية وهو ان ظاهر قوله ع انما عصى الله انما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد واما اذا كان مشروعا من قبله سبحانه ولكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير فهو منوط باجازته فاذا اجاز جاز فقوله ع اذا اجاز جاز بمنزلة كبرى كلية وخصوصية كون العاقد عبدا وكون ذى الحق سيدا ملغى قطعا لانه عليه السلام فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فاذا هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء ابطله وان شاء اجازه وعلى هذا فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال لان المناط فى صحة الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان حقه الوقوف كون المال مال الغير او كونه متعلقا لحق الغير كتعلق حق الرهانة او حق الغرماء والديان او حق السادات فى الفقراء ونحو ذلك

صحة عقد الفضولى فى النكاح

مع ان كون نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا وجه له لما عرفت ان نكاحه لنفسه من قبيل بيع الفضولي مال غيره لا انه تصرف في
ملك المولى لان نفسه ملك لسيده نعم نكاحه للغير وضمانه ونذره وكل ما يتعلق برقبته بعد العتق لا يرجع نتيجته الى سيده و
على هذا فما عن ابن حمزة قدس من ان نكاح العبد كذا نكاح الحر لغيره كنكاح الولي اثر شرعي والعرفي انما يصح بالاجازة الخصوصية
خاصة في كل مورد فالتعدي من هذا المورد الى مطلق نكاح الفضولي فضلا عن سائر عقوده مشكل لا وجه له لان المناط في
الاستدلال اذا كان العلة المنصوصة فيتعدى منها الى كل مورد توجد فيه العلة وبالجملة استفادة حكم غير ما ذكر في النص
عما ذكر فيه على انحاء منها ما اذا علم عدم الفرق بين ما ذكر فيه وغيره كما اذا سئل عن رجل صلى بغير وضوء فقيل يعيد ومنها
ما اذا اشتمل الكلام على عموم يشمل المورد وغيره كما اذا سئل عن رجل شك فلم يدر بعد ما قام فقيل كلما شككت في شيء و
دخلك في غيره فشكك ليس بشيء ومنها ما اذا كان مشتملا على علة لا يحتمل التعليل بها الا اذا كان العلة بمنزلة الكبرى الكلية
والمورد بمنزلة الصغرى كما لو قيل لا تشرب الخمر لانه مسكر واخبار باب نكاح العبد من هذا القبيل ويمكن ان يكون من قبيل القسم
الاول بالغاء خصوصية السيادة وعلى اي حال لا يبقى الاستدلال على الاولوية مع ان دعوى كونها قطعية لبست
مجازفة نعم لا يصح الاستدلال بالاخبار الواردة في نكاح الحر لغيره كنكاح الاب لابنه ونكاح الولي العرفي من الاخ والعم
والام للاخ وابن الاخ والابن الامر من باب الاولوية لان في هذه الاخبار لبس عموم ولا تعليل موجب للتعدي وتقريب
الاولوية ان تمليك بضع الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله اولى لان النكاح احرى بشدة الاهتمام به فاذا صح في
الاهم ففي غيره يصح بطريق اولى ولكن يشكل التمسك بها للرواية الواردة في رد العامة القائلين بالفرق بين بيع
الوكيل المعزول الغير العالم بكونه معزولا ونكاحه حيث حكموا بالصحة في البيع دون النكاح وهي قوله عليه السلام ما اجود
هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واجدر ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد الحديث فان ظاهر هذه الرواية
انه اذا صح بيع الوكيل المعزول فصحة نكاحه اولى فجعل فيها صحة البيع اصلا وصحة النكاح فرعا له فكيف يمكن العكس في
الفضولي ويقال صحة النكاح يستلزم صحة البيع بطريق اولى ولكن خبير بان هذه الرواية لا يناسب المقام بل يؤكده وذلك
لان من هذه الرواية تستفاد اهمية النكاح ومقتضى كونه اهم ان يكون كلما هو سبب لتحقق علقة الاهم فلا محالة من ان يكون
سببا لغيره فلو صح نكاح الفضولي صح بيعه ايضا لان التوسعة في سبب الاهم بمعنى عدم توقفه على الاذن السابق تقتضي التوسعة
في غيره بالاولوية واما نفوذ معاملة الوكيل مع كونه معزولا على موكله بحيث يكون ما لكا للمعاملة ونفوذ اقراره المتعلق بها
من باب ان من ملك شيئا ملك الاقرار به فحيث ان حكم مستلزم للضيق يقتضي ان يكون على عكس ما يكون موسعا اي لو كان ما الاهم
فيه موجبا للنفوذ على الموكل بمجرد توكيله السابق نفوذ الاهم عليه اولى هذا مع انه يمكن ان يكون الامام بصدد رد العامة
القائلين بالفرق ومقصوده عدم تأثير العزل لهم او كناية الوكالة السابقة مطلقا لتأثير عقد الوكيل واقعا فاذا احتمل الصحة

في البيع فاحتمال الصحة في الواقع في النكاح اولى بالرعاية فلا يمكن التفكيك بينهما الا بالطلاق فتامل وبالجملة
يمكن ان يكون الامام عليه السلام بصدد بيان اصل الاهمية وكون النكاح اولى بان يحتاط فيه من دون بيان طريق الاحتياط
ومعلوم ان مقتضى الاحتياط ان لا يحكم بالصحة ولا البطلان بل اما ان يجدد العقد او يطلق ويمكن ان يكون بصدد بيان
صحة النكاح كما حكموا بصحة البيع واولوية النكاح عن البيع في هذا الحكم لا ينافي اولوية البيع عن النكاح في الصحة بالاجازة
اللاحقة فان مسئلة الفضولي حيث انها في مقام بيان الحكم التسهيلي وعدم احتياج صحة العقد الى الاذن السابق على العقد فما
هو الاهم اذا كان من حيث السبب لا يحتاج الى الاذن فغير الاهم اولى بعدم الاحتياج واما في باب الوكالة فحيث ان
نفوذ عقد الوكيل على الموكل ضيق على الموكل فاذا نفذ غير الاهم فنفوذ الاهم اولى ثم انه يمكن الاستدلال بالروايات الواردة
في نكاح الامة المشتراة من الغنائم فان قوله ع فقد وهبت نصيبي منه لكل من ملك شيئا من ذلك من شيعتي لتحل لهم
منافعهم من مأكل ومشرب ولتطيب مواليدهم اه يدل اما على اجازة النكاح او على اجازة الشراء فان هذه الهبة من علي عليه السلام
بعد قوله فيستولي على خمسي من السبي والغنائم ويبيعونه فلا يحل لمشتريه لان نصيبي فيه يدل على ان الاجازة اللاحقة تؤثر وفي
بعض هذه الروايات ما يدل على استرضاء بعضهم من تحليل الفروج من الصادق عليه السلام فقال ع هذا لشيعتنا حلال
قوله قده ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة اه لا يخفى ان هذه الروايات
التي استدل المص قده بها او جعلها مؤيدة لا تدل على المطلوب ولا مؤيدة له اما اخبار باب المضاربة فهي على قسمين قسم تعلق
النهي فيه بسفر العامل دون اصل المعاملة كخبر ابي بصير عن الصادق ع في الرجل يعطي مالا مضاربة وينهاه ان يخرج به الى
ارض اخرى فعصاه قال ع هو ضامن له والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه ونحوه غيره مما يدل على انه لو هلك المال فهو
له ضامن وان خسر فيه فالوضيعة عليه وان ربح فالربح بينهما وقسم تعلق النهي فيه بنفس المعاملة كخبر ابي الصلاح عن ابي عبد الله
في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال ع له الربح وليس له من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امر به صاحب المال وفي
معناه روايات اخر كصحيح الحلبي وغيره مما هو مذكور في المتن اما القسم الاول فمرجع النهي فيه الى النهي عن المعاملة التي فيها
خسران واما المعاملة التي فيها ربح فغير منهي عنها وذلك لان النهي عن السفر ليس لكراهة نفس السفر ولا لكراهة المعاملة
التي فيها نفع بل انما هو لان السفر مظنة لهلاك المال او نقص وصفه او قيمته فاصل المضاربة باقية فتدخل المعاملة التي
فيها ربح في عمومها وانما تخرج المعاملة التي فيها وضيعة واما القسم الثاني فاشتراكهما في الربح ليس للاجازة اللاحقة
بل لصحة المضاربة بنحو الترتب وذلك لانه معلوم ان غرض المالك ليس الا الاسترباح فينهى عن معاملة خاصة لما يراها بلا
منفعة فكانه قال لا تبع هذا الا ان تراه ذا ربح فيخرج المعاملة عن عقد المضاربة في صورة الخسران دون صورة النفع والقرينة لهذا
التفصيل هو العرف والعادة من ان المقصود الاصلي هو الاسترباح ثم ان كون الوضيعة عليه مع ان في صورة البطلان لا وضيعة

محمول على ما اذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران ويمكن هذا الحمل في باب التجارة في مال اليتيم ايضا ويجوز ذلك وعلى اي حال كون المقام من الفضولي بعيد غاية وامّا الاخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم فيمكن تخصيصها بما اذا كان المتجر وليّا فيخرج عن موضوع البحث بوجه ضمّ المال مع كونه وليّا اعتبارا صحة تصرفه بما اذا كان مليّا فان الولي الغير المليّ حكمه حكم غير الولي في حرمة تصرفه في مال اليتيم ويستفاد هذا التفصيل من نفس الاخبار اذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وان ضاع وان كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وان ضاع وعنت في سؤال زرارة في رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجا ليس له مال فلا يمس ماله وان هو اتجر به فالربح لليتيم وهو ضامن ولو اخذ باطلاق الروايات لا سيما في مثل خبر سعيد سمعت اباعبد الله يقول ليس في مال اليتيم زكوة الا ان يتجر به فان اتجر به فعليه الزكوة والربح لليتيم وان وضع فعلى الذي يتجر فيه اوّلا انه ليس في هذه الاخبار دلالة على كون هذا العقد تماما محققا لاجازة بل ولا تعرض فيها اذا كان لليتيم ولي وحمله على اجازة الولي فيما كان له ولي واجازة حاكم الشرع فيما لم يكن له ولي في كمال البعد وثانيا الجمع بين كون الربح لليتيم والوضيعة على التاجر لا يتصوّر في بيع الفضولي لان الولي لو امضى هذه المعاملة فالوضيعة على اليتيم لو ردّها فالوضيعة حتى تكون على التاجر فلا بدّ من حمل هذه الاخبار على تجارة الولي فيما لم يكن مليّا فان الربح لليتيم ويضمن المال وعليه النقص وابعد من ذلك ادخالها في مسئلة الفضولي بالاجازة لا الهبة بل لا معنى لذلك صلا فان المتجر لو كان مأذونا من قبل الله سبحانه فلبس عقده فضوليا وان لم يكن مأذونا فلا يلحقه الاجازة قطعا واما رواية ابراهيم التي رواها عن ابي جعفر قال لعبد لقوم مأذون له في التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال اشتر بها نسمة واعتقها عني وحجّ عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى اباه واعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي فحج عن الميت فحج عنه وبلغ ذلك مولى العبد ومولى الميت جميعا فخصموا جميعا في الالف فقال مولى العبد المعتق انما اشتريت اباك بمالنا وقال الورثة انما اشتريت اباك بمالنا وقال مولى العبد انما اشتريت اباك بمالنا فقال ابو جعفر اما الحج فقد مضى بما فيها لا يردّ واما العتق فهو ردّ في الرق لمولى ابيه وعلى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقّا اه فضعفا الى ضعف سندها كما قيل وان سبق على ابن اشيم ابن محبوب وضعفا الى مخالفتها للقواعد وهي حجة على العبد المأذون الظاهر في انه اشترى اباه بامر المولى دلالتها على الفضولي باحد التقريبين الاوّل ان يكون فضوليا بالنسبة الى ورثة الدافع حيث انه مات الدافع فبطل وكالة العبد المأذون فاشتراه بلا اذن من الورثة او بالنسبة الى مولى المأذون بناء على عدم شمول اذنه له في التجارة لشراء العبد او بالنسبة الى مولى الاب لعدم كونه مأذونا ان اشترى عبده بماله بل لا يصح فاختصموا الآن كل واحد منهم ادعى انه اشترى بماله والثاني ان يكون ادعاء كل واحد منهم من حيث انه اشترى العبد بمال غيره فيكون كشراء الغاصب بمال الغير لنفسه ولا يخفى ان كلا من التقريبين خلاف الظاهر اما ادعوه مولى العبد المعتق فناظرة الى ابطال الشراء

لدعواه بان العبد المأذون اشترى عبده من ماله فيكون العقد باطلا بل لو ادعى انه اشترى بماله لغيره يكون العقد باطلا ايضا
لانه لا يمكن ان يتملك عبد نفسه باجازته الشراء والمراد من الاختصام في الالف ان مولى الاب ومولى العبد المأذون كانا
ينكران الشراء بالالف وورثة الدافع كانوا يدعون بانه اشتراه منه واما دعوى الورثة ومولى المأذون فلا تدل على انه
اشترى بمالهم لهم او لغيرهم بلا اذن منهم حتى تكون مطالبة المبيع من باب اجازة بيع الفضولي بل ظاهر الاختصام ودعوى كل
منهم انه اشترى بماله انه كان لكل منهم اموالا عند العبد المأذون وكان هو مأذونا في التجارة لكل منهم حتى لورثة الدافع و
كان يدعي كل منهم ان العبد له لانه اشتراه بماله وليس ظاهرا في الاجازة ولا وجه لحمله على الفضولي ثم ان الظاهر من الرواية ان الدافع
دفع الالف بعنوان الوصية فورثته يدعون الشراء بالالف ليكون ولاء العتق لهم ويؤيد ذلك قوله اما الحجة فقد
مضت بما فيها لا ترد فالورثة لا ينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون اباه فضوليا ولا ينافي ذلك قوله و
اي الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقا لامكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس
وكيف كان فظهور الرواية في مسئلة الفضولي مم فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليه فتدبر وعلى اي حال ما يقال من مخالفتها
للقواعد من الوجوه الستة الاول منها اشتمالها على صحة تصرف المأذون بالتجارة في غير ما اذن له الثاني صحة استيجار ابيه
للحج مع ظهور الامر في ان يحج عنه بنفسه الثالث صحة حج العبد بلا اذن من مولاه الرابع تقديم قول مولى الاب من باب الاستصحاب
على قول الاخرين مع ان اصالة الصحة حاكمة عليه الخامس عدم تقديم قول مولى المأذون مع كونه ذي اليد السادس عود
العبد رقا لمولاه مع اعترافه بالبيع وان ادعى فساده ففيه ما لا يخفى اما الاول فلانه لم يعلم ان العبد تصرف في غير ما اذن له نعم
بناء على ان يكون دعوى كل واحد من الخصماء هو اشتراء العبد بماله لغيره وثبوت هذا المعنى واقعا يكون تصرف العبد في غير ما اذن
له وهذا فرض في فرض واما الثاني فامر الدافع ان كان وصية فظهورها في كون نفس الوصي نائبا عنه في الحج مم ولو كان
استيجارا او استنابة للحج الندبي فكونه بالمباشرة لا وجه له ايضا وكون الاصل في التكليف الالهي اعتبار المباشرة لا ربط له بالمقام
واما الثالث فهو متفرع على الثاني مع انه لو كان نفس العبد المأذون مأمورا بالحج فظهور الرواية في كونه مأمورا بان يحج
بلا اذن ممنوع واما الرابع فهي وان كانت مخالفة للقاعدة لان الظاهر من القضية ان هذا العبد كان عنده المال من جميع
الخصماء وكان مأذونا في التجارة لمولاه ولمولى ابيه ومأذونا في اشتراء العبد وعتقه واعطاء بقية الالف للحج من قبل الدافع
فاقراره ماض على كل واحد لان من ملك شيئا ملك الاقرار به والظاهر من عمله الخارجي انه كان مقرا بانه اشترى العبد من
دراهم الدافع فحجية عمله او اقراره يقتضي نفوذه على مولى الاب فعود العبد رقا على خلاف القاعدة الا ان كونه مخالفا لاصالة
الصحة غير معلوم لا من باب ان اصالة الصحة في طرف كل واحد من المدعيين للصحة معارضة باصالة الصحة في الطرف الاخر و
يرجع الى اصالة عدم الانتقال من مولى الاب بل لان اصالة الصحة تجري فيما اذا كان الشك راجعا الى شرايط العقد وفي المقام

قابلية هذا الشراء من حيث العوض غير معلومة لاحتمال شرائه عبد شخص بمال هذا الشخص واما الخامس فكون مولى
المأذون زايد على عبده غير ملازم لان يكون زايد على الالف الذي اختصموا فيه مع ان المأذون في التجارة عمله مطابق لدعوى
ورثة الدافع واما السادس فكونه حرا غير ثابت الا من باب عمل العبد المأذون ومن هذه الجهة عوده رقا الى مولاه مخالف
للقاعدة واما من غير هذه الجهة فلم يعلم كونه حرا حتى يمتنع عوده رقا وكيف كان كون هذه الرواية مطابقة للقاعدة او غير
مطابقة ظهورها في المدعى مم ومجرد الاشعار او الاحتمال لا يفيد واما صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا ولم يشترط على صاحبه
شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذ بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه باكثر
من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد فدلالته على الفضولي موقوفة على ان يكون الثوب ملكا للمشتري ولم يكن البايع مأذونا
في البيع واما اذا كان مأذونا في البيع كما هو الظاهر لجهل كل منهما ببطلان الاقالة فيتخيل المشتري ان الثوب ملك للبايع
فيأذن له ان يبيع لنفسه ويرد عليه ثمنه فباعه البايع بتخيل انه ملكه فيكون عكس من باع مال ابيه بظن حيوته فبان موته فاحتياج
هذا البيع الى الاجازة وكونه من الفضولي محل كلام ويحتمل ان يكون البايع اشتراه من المشتري ثانيا فيكون رد الزائد استحبابيا
ويشهد لهذا قوله صاحبه الاول فان التعبير بصاحبه الاول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا واما موثقة عبد الله
عن ابي عبد الله ع عن السمسار يشتري بالاجر فيدفع اليه الورق فيشترط عليه انك تأتي بما تشتري فما شئت اخذته وما شئت
تركته فذهب ليشتري المتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال لا بأس فالظاهر منها هو الاحتمال الثاني المذكور في المتن
وهو ان يشتري لصاحب الورق باذنه مع جعل الخيار له على بايع الامتعة نعم التعبير بالفسخ كان انسب من الترك ولكن مجرد هذا
لا يجعل الرواية ظاهرة في الفضولي ثم ان ههنا اخبارا اخر لم يذكرها المص مع انها اظهر في الدلالة على صحة الفضولي مما ذكره
وحيث اثبتنا صحتها بمقتضى القواعد العامة فلا يهمنا ذكرها وبيان دلالتها قوله قده واحتج للبطلان الادلة الاربعة اما
الكتاب فقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض اه تقريب الاستدلال بالاية المباركة من وجهين الاول مفهوم الحصر على ما بيناه
سابقا فان مفاد المستثنى والمستثنى منه هو ان لا تأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فانه من الباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض فتدل على بطلان عقد الفضولي لانه ليس تجارة عن تراض والثاني سياق التحديد فان كل وصف ورد في مقام التحديد يدل
على اختصاص الحكم بمورد الوصف وان قلنا بان الوصف لا مفهوم له فان ذاك النزاع انما هو في غير مورد التحديد واما في مقام
التحديد فحيث انه يعتبر في الحد ان يكون جامعا ومانعا يدل على الحصر في مورد الوصف فمفاد الاية الشريفة هو ان التجارة لا عن تراض
من اقسام الباطل ولا يخفى ان كلا من الوجهين لا يفيد المستدل لان التجارة هي المسبب واعتبار مقارنة الرضا معه لا اشكال فيه
واما العقد فلا يطلق عليه التجارة حتى يعتبر صدوره عن رضى المالك وهذا لا ينافي اللزوم من طرف الاصيل مع عدم تحقق
المسبب كما سيأتي لان وجوب الوفاء عليه من جهة التزامه العقدي والتزامه تحقق وان لم تتحقق الملكية لتوقفها على رضا الطرف

في الادلة التي استدل بها على بطلان الفضولي

الآخر بل لو لم يتم العقد ايضا كالايجاب قبل القبول يمكن ان يقال ليس للموجب الفسخ قبل تحقق القبول لان مقتضى مقابلة الجمع بالجمع فى اوفوا بالعقود هو التوزيع فكل مكلف ملزم بالالتزام الذى التزم الطرف به فلذا لم يلتزم البائع بتسليم المبيع الا بعد التزام المشترى بالثمن وكل منهما بما التزم به فى باب الصرف والسلم قبل القبض وان توقف المكتب على القبض وبالجملة وجوب الالتزام على الاصيل من آثار العقد المتحقق بينه وبين الفضولى لا من آثار تحقق التجارة التى هى السبب فتوقف التجارة على رضا المالك لا يلازم بطلان الفضولى لا جزءا لانكار الحصر ولا لانه ان اريد موارد الغالب فلا لانكار القيد وحمل قوله عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض خبرا بعد خبر لتكون بان يكون مفاد الآية تاكلوا اموالكم الا بنحو التجارة والا بنحو الاباحة من المالك برضا بالتصرف لان مع التقييد بالحصر ايضا لا يدل على بطلان الفضولى قوله قدس سره واما السنة فهو اخبارها النبوى المستفيض وهو قوله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك لا يخفى ان هذه الرواية مروية عن طرقنا وعن طرق العامة فلو فى مسند احمد حيل ذكر قضايا رسول الله صلى الله عليه وآله عن عباد قاصا مات الذى هو من اجلاء الصحابة من اقضيته قوله لحكيم بن حزام اذا كان ذلك لا فلا تبع ما ليس عندك ويقرب منها قوله لا بيع الا فيما يملك بناء على ان يكون مفاده لا بيع فيما لا يملكه البائع واما بناء على ان يكون يملك مبنيا للفعول فلا يدل الا بما نحن فيه وهكذا التوقيع المبارك لا يجوز بيع ما ليس يملك ولكن جميع ما ورد بهذا المضمون ظاهر فى النهى عن بيع العين الشخصية التى للغير من المشترى ثم مضى البائع لان يشترى من صاحبها ويسلمها الى المشترى لان بيع الكلى سلفا او حالا جائز باتفاق الفريقين مع ان المبيع ليس عنده فهذا النهى يدل على اعتبار المالكية فى ناحية السبب فى ان المشترى لا يملك فاقرار العقلاء من مال غيره وغيرها ظاهر فى النهى عن اجراء العقد فلا دلالة فيه على ان المالكية لا تحصل للمشترى باجازة المالك بعد انشاء البيع من حكيم بن حزام وغيره واما رواية الحميرى فدلالتها على صحة الفضولى اظهر من دلالتها على فساده فان مقابلة الرضا بالامر فى قوله ارواحنا الفداء ان الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها او بامره او رضا منه ظاهرة فى كفاية الاجازة اللاحقة فان الرضا المقابل للشراء عن المالك او بامره هو الرضا اللاحق الذى هو عبارة عن الاجازة لا الرضا المقارن فانه متحقق حين الامر فحاصل التوقيع ان الضياع لا يجوز ابتياعها الا بمباشرة المالك او بوكالة منه او باجازته بعد ذلك واما صحيح محمد بن مسلم فلا يدل الا على ان فى صورة تنازع اهل النيل التى هى بلدة بالفرات من اهل الانبار التى هى بلدة ببغداد لا بد من احراز مالك الارض وان المعاملة لا تصح الا اذا اشتريت الارض من اهلها ولبس فى مقابل اجازة المالك لا تنفع اوان الصيغة لا بد ان تكون مقرونة برضا المالك واما صحيح محمد بن قاسم فهو على صحة الفضولى ادل فان الامام قال لمن يبعها اشدد لمن اعطاك ولم يقبضك الثمن ولم يقل بان البيع لا يصح ثم لا يخفى انه لو سلم دلالتها فلا يمكن تخصيصها بالادلة الدالة على صحة الفضولى لان تعارضهما بنحو العموم والخصوص المطلق بين ان مفاد الادلة المانعة هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد انتقاله الى المالك او سواء اجازه ام لم يجز ومفاد الادلة المجوزة

صحة البيع للمالك اذا اجاز لانه لم يكن البيع لنفسه او للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم بل التعارض
بينهما بالتباين فانه لو سلم اطلاق هذه الروايات وشمولها لما اذا قصد الفضولي البيع للمالك او لنفسه مع المنع وعدمه فلا اشكال
في شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الاقسام وبتقريب آخر لو سلم دلالة ادلة المانعين فتسليمها عبارة عن الاعتراف باعتبار
الرضا في ناحية الاسباب لانه لا معنى لان يرد هذه الادلة في مقام بيان اعتبار الرضا في المسببات فان اعتباره فيها لم يكن موردا
للتوهم فاذا دلت ادلة المجوزين على عدم اعتبار الرضا الا في ناحية المسببات فبالالتزام تدل على عدم اعتباره في ناحية الاسباب
فيتعارضان على نحو التباين قوله قده الثالث الاجماع اه لا يخفى ان دعوى الاجماع مع مخالفة نفس المدعي او مخالفة من في
عصره او من كان قبله لا تستقيم الا ان يكون المراد منه الاجماع على القاعدة الكلية مع حدس المدعي اولا من ان المورد من
صغرياتها ومخالفة نفسه ثانيا او غيره في هذا الحدس او ساير المحامل التي ذكرها المص في فرائده فمثل هذه الاجماعات لا
اعتبار بها قوله قده الرابع ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه اه ولا يخفى انه قده اورد عليه
اولا بان مجرد انشاء العاقد متوقعا لاجازة المالك ليس تصرفا وتوضيح ذلك هو ان التصرف في الاموال مختلف عرفا باختلاف
الاثر المرغوب منها فمثل الاستظلال تحت خيمة الغير يعد تصرفا فيها بخلاف الاستظلال بحائطه لان الفائدة المعتدة بها
من الفسطاط ليست الا الاستظلال بخلاف فائدة الحائط وانشاء البيع ليس تصرفا في المبيع سواء كان بلا اذن كالفضولي
او معه كالوكيل في اجراء الصيغة بل التصرف فيه عبارة عن ايجاد ما هو من شئون المالك ايجاده كتصرف نفس المالك بالبيع او
بيع الوكيل المفوض او بيع الغاصب فانه تصرف في المغصوب وبيع المقامر فيما اخذه بالقمار فان الغاصب والمقامر يوجدان البيع
حقيقة من قبل انفسهما ولا يفرقان بين ما ملكاه بالارث والغصب او القمار فهما متصرفان في المبيع كتصرف المالك والوكيل المفوض
وهذا بخلاف الفضولي فانه وان كان قاصدا للبيع اي ليس غالطا وهازلا الا انه يرى نفسه نائبا من المالك وهو متوقع
لاجازته لا بمعنى انه يعلق بيعه على اجازته بل بمعنى انه يوجد مادة البيع القابلة للاستناد الى المالك باجازته واورد عليه ثانيا
بانه لو قيل بان هذا تصرف فليس كل تصرف حراما بل هو من قبيل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره مما استقل العقل بجوازه
ولكن لا يخفى ان هذين لا يعدان تصرفا بل انتفاعا والا لو كان تصرفا كالاستظلال تحت خيمة الغير فاستقلال العقل
بجوازه ممنوع واورد عليه ثالثا بانه قد يفرض المسئلة فيما اذا علم الاذن فيه بشاهد حال او قرينة مقال بناء على ان ذلك
لا يخرجه عن الفضولي وفيه ان دعوى المستدل بحكم العقل على بطلان الفضولي لا تشمل هذا المورد فيمكن التزامه بالصحة في هذا
المورد والبطلان في ساير الموارد الا ان يقال ان القائل بالصحة يكفيه الايجاب الجزئي في مقابل السلب الكلي واورد عليه
رابعا بان التصرف على فرض حرمته لا يوجب الفساد وفيه انه لا يوجب الحرمة الفساد اذا رجع النهي الى السبب من حيث انه فعل
من افعال البايع كحرمة البيع وقت النداء واما اذا تعلق بالمسبب كما هو مبنى الايراد الخامس فلا ينبغي الاشكال في فساده

كبيع المصحف من الكافر على ما بيناه في الاصول واجماله ان ما كان واجبا او حراما يخرج عن تحت قدرة المكلف لان معنى
كون الشيء مقدورا ان يكون كلا طرفي الفعل والترك تحت اختياره والتصرف في المقام لو قيل بحرمته فالحرمة راجعة الى التمليك
الحاصل من السبب فالاوجه هو الايراد الخامس وهو ان الفساد من قبل الفضولي لا ينافي الصحة من قبل المالك باجازته
فان الفضولي اوجد المادة القابلة لان تصور بصورة المالكية باجازة المالك لان جميع شروط البيع المالكي موجودة فيه سوى
الرضا والاستناد اليه فاذا تحققت الاجازة تحققت الشرايط طرا لان المفروض ان العقد من حيث الانشاء تام وتوهم
فساده من حيث عدم قدرة العاقد على التسليم وفقدان قصده ضعيف فان من اعتبر قدرته عليه وهو المالك قادر ومن
هو عاجز فلا يعتبر قدرته واما فقد القصد فقد ظهر ما فيه في عقد المكره واجماله ان ما هو مناط العقدية وهو كون
العاقد قاصدا للفظ والمعنى موجود في عقد الفضولي وما هو مفقود في عقد الفضولي والمكره وهو قصد النتيجة ليس مناطا
في العقدية حتى في عقد المالك ايضا فان تحقق المنشأ في عالم الاعتبار الذي هو من الاحكام الشرعية الامضائية لا يعتبر
قصده من المالك ايضا بل لا يمكن ان تتعلق ارادته به وانما هو من دواعي الانشاء فلا يمكن انشاء هذا المعنى من المالك فضلا
عن الفضولي الذي ليس زمام امره بيده لان ما يمكن انشاؤه وايجاده هو العلقة بين المال والطرف واما تحققه بحيث يكون
مما تعلق به الامضاء الشرعي فهو من احكام هذا الانشاء لا من منشآت المنشئ وكيف كان فلا يعتبر في صدق العقد سوى
قصد اللفظ والمعنى وهو حاصل من الفضولي كحصوله من الوكيل في اجراء الصيغة ولا فرق بينه وبين الفضولي الا ان الاستناد
الى المالك حاصل حين عقد الوكيل واما الفضولي فيحصل بعد عقده واما في سائر الآثار كعدم القدرة على التسليم وعدم التمكن
من قصد النتيجة حتى بنحو الداعي فهما مشتركان قوله قده المسألة الثانية ان يسبقه منع المالك الخ الكلام في هذه المسألة يقع
تارة بناء على صحة الفضولي من حيث القاعدة واخرى بناء على صحته للادلة الخاصة اما على الاول فالاقوى عدم الفرق بين هذه
المسألة والمسألة السابقة لان منع المالك قبل العقد لا يؤثر الا في سلب استناد العقد اليه وهو كان حاصلا ولو لم يكن منع
كما في الصورة السابقة ولا يمكن ان يكون ردا للعقد الذي لم يوجد بعد نعم قد يتوهم ان بقاء الكراهة المستمرة من زمان المنع الى
بعد العقد ولو انا ما كان في رد العقد ولكنه فاسد لان الكراهة الباطنية كالرضا الباطني لا يؤثران في الرد والاجازة
ولا في الفسخ والامضاء وفسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل لو سلم فانما هو
لامارية الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا بل لا يبعد ان يكون نفس انكار الوكالة فسخا كما ان انكار الطلاق
رجوع وبالجملة مجرد الكراهة الباطنية لا يؤثر في رفع اثر العقد فلا يضر المنع السابق ويؤيد ذلك صحة عقد المكره
اذا لحقه الاجازة ودعوى كونها للاجماع لا يصغى اليها للمنع عنه صغرى وكبرى فانه على فرض تحققه مستند المجمعين معلوم و
اما على الثاني فشمول الادلة الخاصة لهذه الصورة مشكل اما صحيحة محمد بن قيس فعدم الاستفصال فيها انما هو لظهور القضية

فيما اذا قصد الفضولي البيع للمالك مع سبق المنع عنه

في كون ابن مالك الوليدة باع الامة بلا اذن من ابيه كما هو صريح قول والده حيث قال وليدتي باعها ابني بغير اذني و
احتمال كونه مسبوقا بالنهي بعيد والا كان الانسب في مقام المخاصمة ان يقول باعها مع النهي بل مقتضى الطبع ان من
يقصد السفر لا ينهى اولاده واوليائه عن بيع امواله فعدم استفصال الامام عليه السلام لا يدل على العموم واما ادلة
النكاح فقد عرفت ان المعصية المذكورة فيها ليست بمعنى مخالفة النهي بل التعدي على المولى والتصرف في سلطانه بلا اذن
منه واستيذان عنه واما نهي رب المال عن المعاملة الخاصة او السفر الى جهة خاصة ونحو ذلك فقد عرفت عدم دلالته
على كون معاملة العامل فضوليا لان نهيه عنه طريقي ناش عن خوف الخسران فلا يشمل صورة ظهور الربح وعلى هذا
فحمل اخبار باب المضاربة على التعبد كما في المسالك لا وجه له مع ان اعمال التعبد في المعاملات بعيد وعلى اي حال اخبار
باب المضاربة ليس دليلا على صحة الفضولي لو سبقه منع المالك هذا مضافا الى عدم التعرض فيها لاجازة رب المال
بعد معاملة العامل وقد ذكرنا ان الاخبار الواردة في التجارة في مال اليتيم ايضا لا تعرض فيها لاجازة الولي ودخولها
في باب الفضولي مم فضلا عن ان تكون مؤيدة للصورة الثانية لكن الذي يسهل الخطب ان الفضولي صحيح على القاعدة و
نهي المالك قبل العقد لا اثر له قوله قده المسئلة الثالثة ان يبيع الفضولي لنفسه اه لا يخفى ان الاستدلال لهذه الصورة
بالعمومات يتوقف على امرين الاول عدم مانعية قصد الغاصب او الجاهل البيع لنفسه اما بان يعلم عدم مانعيته او يشك
حتى يتمسك بالعموم وبالجملة لو لم يكن القصد لنفسه لغوا فلا يفيد اجازة المالك لان اجازة العقد الواقع لغيره لا تؤثر
في الاستناد الى المجيز وعلى هذا فلا معنى للتمسك بفحوى الصحة في النكاح لصحة بيع الفضولي لنفسه لان النكاح الذي يتعلق
به الاجازة اما نكاح العبد لنفسه واما نكاح الفضولي لغيره وكل منهما لا يرتبطان بالمقام الا بعد لغوية قصد العقد لنفسه
في المقام اما نكاح العبد فلان اجازة المولى تتعلق بما هو المنشأ من العبد وهو العقد لنفس العبد فصحته لا تلازم صحة البيع
الذي تتعلق الاجازة به للمالك واما نكاح الفضولي لغيره فهو داخل في احدى المسئلتين السابقتين الثاني امكان تحقق
قصد المعاوضة الحقيقية وهو دخول احد العوضين في ملك من خرج عن ملكه العوض الاخر والعمدة رفع هذا الاشكال
العويص فانه لو ارتفع هذا فقصد الغاصب او الجاهل البيع لنفسه لغو قطعا كما ان ساير وجوه المنع مثل التمسك بقوله لا
تبع ما ليس عندك ومثل ان بيع الغاصب مقارن دائما لمنع المالك لان الغصب امارة عدم الرضا ومثل ان المنشأ غير
مجاز والمجاز غير منشأ فان المنشأ هو العقد لنفسه والمجاز وقوع التبديل لغير العاقد فيهما ما لا يخفى اما قوله لا تبع ما ليس
عندك فقد عرفت انه لا يدل على عدم وقوعه للمالك اذا اجاز لو لم نقل بانه وارد في بيع العين الشخصية قبل اشترائه من مالكه
واما كون بيع الغاصب مسبوقا بالمنع ففيه اولا ان محل البحث هو الاعم من الغاصب وغيره كالجاهل بانه ملك الغير فيبيعه
لنفسه كما في مورد الاقالة بوضيعة وثانيا ان المنع متوجه الى البيع للغاصب لا الى البيع مطلقا لامكان تحقق الرضا من المالك

فيما اذا قصد الفضولي البيع لنفسه

لرفع الشك والا فلو علم بمانعيته فلا معنى للتمسك بالعموم

في اصل البيع وثالثاً ان مجرد الكراهة لا تؤثر شيئاً واما كون المنشأ غير المجاز فهذا متفرع على عدم امكان تحقق قصد
المعاوضة الحقيقية والا فالمنشأ هو المجاز كما سيتضح انشاء الله فالعمدة رفع هذا الاشكال ولكن الحق امكان تحقق قصد المعاوضة
الحقيقية من الغاصب فضلاً عن الجاهل المعتقد بانه ملكه اما اجمالاً فلما نرى خارجاً من قصد المعاوضة حقيقة من الظلمة و
السراق بل لا يفرقان بين ملكهما الموروثي والملك الذي بيدهما من غيرهما واما تفصيلاً فلان صدور المعاملة من الغاصب مبني
على تجعل منه في المالكية بمعنى انه يغصب الاضافة الحاصلة بين المالك وملكه ويسرقها وكانه يقطع حبل الملكية المتصلة بين
المالك وملكه ويوصله بنفسه فبعد سرقة الاضافة يرى السارق نفسه ذا اضافة وذا جدة اعتبارية فيبيع ما هو ملك له
كسائر امواله التي تحت سلطنته وبهذا الاعتبار يصدر المعاوضة منه حقيقة ويوقع التبديل بين ملكي المالكين ثم لا يخفى
ان هذه المقدمة المطوية اي رؤية نفسه مالكاً لا يضر بالمعاملة وليس من موانع العقد كمانعية الفصل بين الايجاب والقبول
ونحو ذلك فان هذا البناء والتشريع كالبناء في العبادات الغير المضر بعباديتها وتوضيح ذلك انه لو قصد وصفاً مخالفاً لما هو
وصف المأمور به كما لو قصد الوجوب في مكان الاستحباب او القضاء في مكان الاداء او عكس ذلك فتارة يكون جاهلاً بالوصف
الواقعي واخرى عالماً به وعلى التقديرين تارة يقيد قصده بهذا الوصف المخالف واخرى لا يقيده به بل يقصد الامر الواقعي
ولكن يطبقه على الذي يقصده جهلاً او تشريعاً فاذا اناط قصده بهذا الوصف المخالف وقيده به بحيث لو لم تكن صلوة الليل
مثلاً واجبة عنده لم يصلها فهذه الصلوة باطلة واما لو قصد امرها الواقعي واخطأ في التطبيق كالجاهل او بنى تشريعاً
على انها واجبة فهذا لا يوجب البطلان ففي مقامنا لو قصد المعاوضة بين ملك نفسه وملك غيره بان باع مال الغير
لنفسه من دون بنائه على ملكية المبيع او اعتقاده فهذه المعاوضة فاسدة لانه قصد تملك الثمن بلا تمليك المثمن من ماله
واخرى يقصد المعاوضة بين ملكي المالكين مع اعتقاده او بنائه على انه مالك فهذا البناء والاعتقاد يلغى ويصح العقد
بالاجازة والمنشأ هو المجاز لان الاجازة تعلقت بالتبديل بين ملكي المالكين لا بالقصد المقارن او الخطأ في التطبيق
ثم انه بعد سرقة الاضافة لا يحتاج حين صدور البيع الى تنزيل نفسه منزلة المالك حتى يقال لو سلمنا هذا التجعل والبناء من
الغاصب غالباً فلا نسلمه دائماً ولو كان الملاك ذلك لزم في الحكم بصحته بالاجازة احراز هذا البناء الى آخر كلام هذا
القائل وذلك لان التنزيل المصحح لبيع الغاصب الذي جعله المصنف قده ملاكاً لو كان هو التنزيل حال العقد لكان لهذا الايراد
وقع وبعبارة اخرى لو كان مالكية الغاصب من قبيل الداعي وكان غرض المصنف ان تخلف الداعي لا يضر بحقيقة العقد لكان
هذا الايراد وارداً لعدم احراز هذا الداعي دائماً مع انه يجب ان يختلف الحكم باختلاف نحوي الانشاء لانه قد يكون داعيه
صدور المعاملة منه بما انه هو المالك وقد يكون داعيه صدورها بما ان المالك هو المالك واما لو كان هو التنزيل جاز
السرقة بمعنى جعل نفسه عدواناً هو المالك كما هو حال من كان شغله السرقة والنهب والغارة فانه يبني على ان اضافة الملكية

والجدة الاعتبارية منسوبة اليه باعه او لم يبعه فاذا باع ما هو ملكه بعد سرقته الا ضافة فالزيد هذا الاثر اذا صلا و بالجملة نفس المعاوضة الحقيقية مبنى على هذا الجعل وهو الصحيح لقصد البيعة فيشتى تبديل طرف اضافة طرف اضافة اخرى و تعلق الاجازة بعين ما انشاه لا اثر له يشتى الا اصل التبديل كما يشتى ذلك غير المالك لانه انما يشتى التبديل عن قبل نفسه فعلى هذا لا يرد ايضا الاشكال بان المنشأ غير المجاز والمجاز غير منشأ ثم انه لا فرق بين ان يكون الغاصب بائعا او مشتريا كانت الصيغة بعت واشتريت وكانت ملكت وتملكت كان الايجاب مقدما على القبول او مؤخرا فلا وجه لاشكال قدح فيما لو كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير لان كون انشأ البايع متوجها بالصراحة او الظهور الى المشتري لا يقدح في الصحة بعد بنا المشتري على مالكية للثمن ثم قبول تبديل البايع بين الثمن والثمن او انشائه التبديل بين الثمن والمبيع كما لو قدما القبول فان في جميع الصور اشكال غير لازم من باب ان خطاب الخطاب في وضع اللاعم من المالك الحقيقي والجعلي كما قد يتوهم في الخطاب الموجه الى الشخص المردد بين كونه وكيلا او اصيلا بل لان الغاصب بعد سرقته لا محالة يكون هو المالك وهو المخاطب بهذا الخطاب كما ان الموكل هو المخاطب في معاملة الوكيل بالبداهة فاذا انشأ الملكية بين الشيئين و تعلق الاجازة بهذا الانشاء صح من مالك الشيئين و بالجملة لو قصد الغاصد دخال الثمن في ملك من لم يخرج عن ملكه الثمن و بالعكس فهذه المعاملة باطلة ولذا قلنا بالبطلان لو قبل اشترى بمال نفسه طعاما اذا لم يقصد من هذا القول تمليك الثمن قبل الشراء ولا تمليك الطعام بعد الشراء واما لو قصد التبديل بين العوضين كما هو المتعارف فتخيلا او بنا بان واحدا من الثمن والمثمن ملكه مع انه ليس كذلك لا يضر بالمعاملة وتوهم انه لو قال تملكت الثوب بهذه الدراهم فهو من قبيل القسم الاول فاسد لانه لم يقصد ادخال الثوب في ملكه واخراج الثمن عن ملك غيره حتى يكون فاسدا بل بعد بنا على انه مالك للثمن قصد اخراج الثمن عن ملك من يدخل في ملكه الثوب فلا فرق بين ان يكون الغاصب بائعا او مشتريا قدم القبول على الايجاب او اخره كان القبول بلفظ تملكت او اشتريت قوله قدس سره واما القول بكون الاجازة عقدا مستانفا فلم يعهد من احد من العلماء وغيرهم ما لا يخفى انه بعد ما عرفت من ان المنشأ هو المجاز لان المنشأ هو التبديل بين المالين وهو الركن في باب العقود المعاوضية من دون دخل كون المالين هو العاقدان او غيرهما فلا اشكال حتى يدفع بما اجاب المحقق النائيني قدس سره مع انه لا يجدي ولا يغني فانه لو كان بقا الاجازة تبديل العقد الواقع بين الغاصب وطرفه بالعقد الواقع بين المالك والطرف كانت الاجازة كبيع الفولية لتوقف صحته الى قبول الطرف ولا يعقل ان تكون الاجازة وحدها ايجابا وقبولا ولو قبل ان القبول المقدر من الطرف يضم الى الاجازة التي هي ايجاب من المجيز كما حكي عن شيخ كاشف الرموز فضلا ان هذا لا يمكن على تقرير المحقق النائيني من ان الاجازة تبديل عقد بعقد لانها انما تلحق العقد السابق واعادة المعدوم محال واما تنظير المقام بما لو باع شيئا ثم ملكه فضعيف لانه لا اشتراك بينهما فان في تلك المسئلة الاجازة توافق ما قصده المتعاقدان فان البايع قصد البيع

فيما اذا كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير

لنفسه فاذا صار مالكا واجازه وقع لنفسه ومفروض كلام المحقق القمي ان في مسئلتنا الاجازة تخالف المنشأ ولو قيل ان في
تلك المسئلة ايضا الاجازة تخالف المنشأ فنقول ان هذا منشأ القول بالبطلان فيها فالصواب في الجواب هو ما تقدم من
موافقة المجاز للمنشأ **قوله** هذا مع انه ربما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا
للفضولي اه توضيح ذلك هو ان المص قده بعد ما اجاب عن المحقق القمي بمنع مغايرة ما وقع لما اجيز اعترف بها فيما لو كان الغاصب
مشتريا لان ظاهر قوله تملكت منك هذا الثوب بهذه الدراهم انشاء تملكه للمبيع فاجازة هذا المنشأ تقتضي تملك الفضولي
للثمن ثم اجاب عنها اولا بان قصد الغاصب التملك لنفسه انما هو لبنائه على انه مالك الثمن فالاجازة تتعلق بالمعاملة الواقعة
بين مالك الثمن والمثمن واجاب عنها ثانيا بما نقله عن كاشف الغطاء وحاصله ان غاية ما يلزم من اشكال مغايرة المجاز للمنشأ
ان لا تكون الاجازة موجبة لصحة العقد للمالك واما بطلان المعاملة رأسا فلا وجه له لانها يمكن ان تكون صحيحة بالاجازة
على ان يصير المال للغاصب الفضولي وهذا على وجهين الاول ان تكون الاجازة متضمنة للتمليك الضمني كتضمن الاذن
في الاشتراء للتمليك في قوله اشتر بمالي لنفسك طعاما فعلى هذا وقع العقد حقيقة في ملك الغاصب الثاني ان تكون
الاجازة كالاذن في الاشتراء المصحح لوقوع الطعام في ملك المأذون مع خروج عوضه عن ملك غيره ولا دليل على اشتراط
خروج العوض عن ملك من يدخل في ملكه المعوض فان البيع لا يقتضي الا عدم المجانية فانه مبادلة بمال واما كون احد
المالين لا بد ان يكون خارجا عن ملك من يدخل في ملكه المال الآخر فلا دليل عليه ولا يخفى ما فيهما اما في الثاني فقد عرفت
ان العقود المملكة تختلف افرادها حقيقة والهبة غير البيع وحقيقة البيع ان يتبدل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى مع بقاء
اصل الاضافة فخروج الثمن عن ملك زيد يقتضي دخول المثمن في ملكه فاذا خرج الثمن من ملكه الى ملك عمرو فلا معنى لدخول
المثمن في ملك بكر وان هذا الا هبة من زيد لعمرو وهبة من عمرو لبكر والبيع وان كان مبادلة مال بمال الا انه مبادلة
بينهما في طرفي الاضافتين فلا يعقل ان لا يدخل المعوض مكان العوض واما الاول ففيه اولا ان الحكم في المقيس عليه
ممنوع فان الاذن لا يتضمن التمليك فانه ليس مشرعا وقياسه على مسئلة اعتق عبدك عني والق مالك في البحر وعلى ضمانه ونحو
ذلك قياس مع الفارق وتقدم صحة مسئلة العتق وفساد اقتضاء الاذن التمليك في فروع المعاطاة مفصلا وثانيا على
فرض اقتضاء الاذن التمليك انا ما من باب ان من انحاء سلطنة المالك اقتضاءه الا ان الاجازة لا تقتضي ذلك للزوم
الخلف والمناقضة لان اعتبار اجازة المالك والاحتياج اليها انما هو لو تعلقت بنفس تبديل الملكين للمالك الواقعي منهما
فاقتضاؤها تمليك الفضولي ممتنع الا اذا تعلقت بالملكية البنائية من الغاصب وهذان مما لا يجتمعان وبعبارة اخرى لبيع
الغاصب اعتباران اعتبار ان المبيع ملكه واعتبار انشاء التبديل بين الملكين لمالكهما الواقعي وبالاعتبار الاول لا موقع
للاجازة لان الشخص لو باع مال نفسه فبيعه لا يتوقف على اجازة غيره فما يتوقف على الاجازة ويصح بها هو الاعتبار

الثاني وهو لا يقتضي تمليك الغاصب بل يضاده لانه يقتضي وقوع البيع في ملك المجيز لا العاقد وهذا الاشكال لا يرد
في الاذن السابق بناء على تأثيره لان بعد تحقق الاذن يقع التبديل في ملك المأذون وبالجملة قياس الاجازة على الاذن انما
يصح لو وقع تمليك فضولي من الغاصب لنفسه بان وهب مال المالك لنفسه فضولا ثم باع الموهوب وتعلق الاجازة بالهبة و
اما لو لم يقع من الغاصب الا البيع بعد البناء على كونه مالكا عدوانا فاجازة البناء ليس امرها بيد المالك حتى يصح بالاجازة و
نفس الاجازة ايضا ليست مشرعة للملك ابتداء من دون ان يقع من الغاصب شيء تتعلق الاجازة به بل لو قلنا بان اجازة البناء ايضا
بيد المالك فهذه تقتضي فساد المعاملة لا صحتها لما تقدم ان وجه بطلان بيع الغاصب لنفسه هو قصده مالكية نفسه فان
هذا القصد يقتضي عدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية فتصحيح بيع الغاصب لنفسه لا يمكن الا ان يكون قصد البيع لنفسه
من الدواعي وكان المنشأ هو التبديل بين المالين الذي هو القابل لان يصح باجازة مالك المال وحاصل الكلام ان قياس
الاجازة على الاذن لا وجه له في المقام فان الاذن انما يؤثر التمليك الضمني بسبقه لا بما هو اذن حتى يقال كلما يؤثر فيه
الاذن يؤثر الاجازة فيه ثم لا يخفى عدم ورود اشكال التناقض بين كلامي المصنف قده من قوله لان الاذن في البيع يحتمل
ان يوجب الملكية انا ما اقتضاه وقوله لان الاذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته وذلك للفرق بينهما اذ يمكن ان
يكون الاذن في البيع بمنزلة ايجاب التمليك ووقوع البيع من المأذون بمنزلة القبول عكس الاستدعاء والايجاب في اعتق عبدك
عني وهذا لا يمكن في الاذن في التملك فانه ليس الا هو ولم يتحقق من المأذون فعل اخر يكون احد ركني العقد وعلى هذا
فيظهر الفرق بين الاذن والاجازة ايضا بنحو ما ذكر فان الاجازة ايضا ليست ايجابا متأخرا اذا فرض عدم وقوع هبة من الغاصب
لنفسه فضولا من قبل المالك ثم انه كما لا يكون اجازة المالك متضمنا لتمليك الغاصب فيما لو بنى الغاصب ان المغصوب لنفسه
ثم اوقع التبديل بين المالين فكذلك لا تؤثر في التمليك لو لم يتحقق منه هذا البناء بان باع مال غيره لنفسه او اشترى بثمن غيره
طعاما لنفسه فانه مضافا الى عدم تحقق قصد المعاوضة الحقيقية لا تفيد الاجازة للتمليك ولا تصحح المعاملة قوله قده ثم ان
مما ذكرنا من ان نسبة ملك العوض حقيقة انما هو الى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض يظهر
اندفاع اشكال اخر في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري اه لا يخفى ان معاملة الاصيل مع علمه بان الطرف غاصب مستلزم
لاشكالين احدهما نظير الاشكال المتقدم في قصد الغاصب وهو ان الاصيل كيف يقصد المعاوضة الحقيقية مع علمه بان الطرف
غاصب وثانيهما انه مع حكم الاصحاب بان في صورة رد المالك لا يجوز للاصيل استرداد الثمن من الغاصب كيف تؤثر اجازة البيع
من المالك مع انه بيع بلا ثمن لان الثمن الذي دفعه الاصيل الى الغاصب لو كان عوضا عن المبيع لكان اللازم ان يرد الى
الاصيل برد المالك المعاملة الواقعة بينه وبين الغاصب فعدم وجوب رده كاشف عن عدم جعلهما الثمن بازاء المبيع اما
الاشكال الاول فقد ظهر جوابه واما الثاني فوروده يتوقف على امور ثلاثة الاول ثبوت هذا الحكم من الاصحاب

ولم ينقل الا من بعضهم فلان المسئلة ذات اقوال ثلاثة قول بوجوب رد الثمن او بدله الى الاصيل لانه سلمه الى الغاصب وفاء
للمعاوضة فاذا بطلت من جهة رد المالك فيرد عينه الى الاصيل في صورة بقائه وبدله في صورة تلفه وقول بوجوب رده اليه
اذا كان باقيا لا بدله اذا كان تالفا وقول بعدم وجوب رده مطلقا وهذا القول شاذ وعلى اي حال لا يبتني على اساس لانه لا
يزيد تسليط المالك للغاصب على الهبة المجانية والهبة عقد جايز للواهب رده اذا لم يتصرف المتهب في العين الموهوبة ولم
يكن ذا رحم والثاني كون تسليط الغاصب على الثمن محرزا على كلتا صورتي الاجازة والرد واما لو قيل بعدم التسليط في صورة
الاجازة فلا يكون البيع بلا ثمن والثالث كون الاجازة ناقلة واما على الكشف فلا يرد الاشكال لان تسليط الاصيل
بالدفع الى الغاصب تسليط على مال غيره لان الثمن بمجرد المعاملة يدخل في ملك المالك فالاجازة لا تتعلق بالبيع بلا
ثمن ثم ان ما ذكره في الرياض من بطلان بيع الفضولي استنادا الى ما في التذكرة من نسبة القول بعدم الخلاف في البطلان
الى مذهبنا ليس في محله لان ما ذكره في التذكرة هو ما اذا باع لنفسه على ان يشتريه من المالك ويسلمه الى الاصيل لا
ما اذا اجاز المالك على ان يصير البيع له والفساد في الاول كما هو ظاهر قوله ع لا تبع ما ليس عندك لا يلازم الفساد في الثاني

قوله قده بقي هنا امران الاول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا او في ذمة الغير اه لا يخفى
ان لبيع ما في الذمة صورتين الاولى ان يتعلق العقد الصادر من الفضولي على الثمن او المثمن الذي يكون في الذمة فعلا كان
يشتري عينا من زيد بدين كان لعمرو في ذمة بكر او في ذمة نفسه او يبيع الحنطة التي في ذمة زيد لعمرو بدراهم موجودة
من بكر الثانية ان يجعل الثمن او المثمن دينا في ذمة غيره كما اذا اشترى عينا وجعل ثمنها في ذمة زيد او باع منا من الحنطة
سلما في عهدة زيد بدراهم لبكر وحكم الصورتين حكم ما لو باع العين الخارجية بدراهم خارجية في انه لو اجاز مالك الكلي
او من جعل الكلي في ذمته بيع الفضولي يقع للمجيز لعدم الفرق بين العين الشخصية والكلية ثم انك قد عرفت سابقا ان
الكلي لا يعد مالا الا اذا اضيف الى ذمة شخص والاضافة تتحقق باحد من الامور الاربعة الاول بان يقول بعت
عشرة امنان من الحنطة لزيد الثاني بان يقصد كونها من زيد الثالث بان يضيف الى ذمة زيد الرابع بان يقصد بيعها
عن ذمة زيد فاضافة البيع الى الغير او قصد البيع له يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك كما ان تعيين ذمته لفظا او قصد ذمته
يوجب وقوع البيع له ولو لم يقل بانه بعت الكلي في ذمة زيد لزيد فعلى هذا لو اضاف الكلي الى ذمة الغير او قصد هذا المعنى
ثم قصد البيع لنفسه او تلفظ به كذلك يقع التنافي بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي او
اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان يقع التنافي كما انه لو قصد الشراء لفلان واضاف الى ذمة نفسه او قصد الشراء
لنفسه واضاف الى ذمة غيره يقع التنافي بينهما ظاهرا وهذا لا اشكال فيه انما الاشكال في انه هل يصح المعاملة مطلقا
بالغاء احد القيدين او تبطل مطلقا او يفصل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان مع احتمال الصحة بالغاء

في انه لا فرق في الفضولي بين كون مال الغير عينا او في ذمة الغير

احد القيدين وبين الشراء للنفس بمال الغير فيقال بالصحة بالغاء احد القيدين من دون احتمال البطلان لانه من قبيل بيع
العين الشخصية التي هي من الغير للنفس غاية الفرق بينهما انه اتى هنا بالمنافي فيحتمل الغاء كون المبيع لنفسه ووقوعه لفلان
باجازته ويحتمل الغاء قوله في ذمة فلان ووقوعه لنفسه ثم ان دوران الامر بين الغاء احد القيدين انما هو فيما لو اقر من
له العقد بان الفضولي قصده ثم اجاز او اجاز ما اذا قصد الفضولي البيع لنفسه واما لو رد المعاملة رأسا فهل يقع العقد
للفضولي ظاهرا او يقع له واقعا وجهان وهذا النزاع يجري في الوكيل المفوض كالعامل في باب المضاربة وحاصل النزاع
ان كل مقام ادعى العاقد وقوع العقد لغيره كما لو ادعى الوكيل قصد الموكل او اضافة اللفظ اليه او ادعى الفضولي قصد
غيره وانكر الموكل ومن وقع العقد له فقيل بانه يقع العقد للوكيل او الفضولي ظاهرا وقيل بانه يقع لهما واقعا ثم ان محل
البحث انما هو لو صدق الاصيل الذي هو طرف الوكيل او الفضولي الموكل ومن له العقد واما لو صدق الفضولي او الوكيل في انه
قصد غيره فلا وجه لوقوعه للوكيل او الفضولي لا ظاهرا ولا واقعا فهنا مسئلتان الاولى في حكم ما لو جمع بين المتنافيين
واجاز من قصد او اضيف اللفظ اليه والحق في المثالين هو الصحة ووقوع العقد لنفس العاقد ولا اثر لاجازة الغير و
توضيح ذلك يحتاج الى بيان امرين الاول ان العقد الصادر من شخص يقتضي في طبعه وقوعه لنفس العاقد اي هو ملتزم بالمنشأ
فلو اوقع العقد على الكلي يقتضي ان يكون الكلي في ذمته بحيث لو اراد وقوعه للغير وتعلق الكلي في ذمة الغير فلا بد من صرفه
من نفسه الى الغير وبعبارة اخرى ليس واقع الحال مرددا بين وقوعه لنفسه ووقوعه لغيره لان وقوعه للغير ليس في عرض وقوعه
للنفس بل وقوعه للغير مترتب على عدم وقوعه للنفس فاطلاق العقد يقتضي ان يكون الملزم به هو نفس العاقد الثاني ان كل قيد
وقع بعد تمامية اركان العقد بحيث لم يكن منافيا لمقتضاه وكان منافيا لبعض الخصوصيات الخارجة عن حقيقته فيقع لغوا ولا يضر
بصحة العقد اذا عرفت ذلك فسواء قال اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة زيد ام قال اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي
يقع الشراء في الصورتين لنفسه ويقع قيد في ذمة فلان او لفلان لغوا لان وقوع الشراء لفلان اما باضافة الذمة اليه او لقوله
لفلان انما يصح لو لم يعقبه بما ينافيه او لم يقدم عليه ما ينافيه فاذا جمع بين المتنافيين لا يؤثر ما يوجب الصرف لتعارض القيدين
فيتساقطان فيؤثر اطلاق العقد اثره وتقدم احد القيدين لا يوجب تقديم مقتضاه اذا ابتلي بالقيد الاخر الذي ينافيه و
التقييد بالمتنافيين ايضا لا يوجب بطلان العقد من اصله بعد تحققه بجميع اركانه وعدم كونه من قبيل بعتك بلا ثمن
وذلك لان العاقد ليس ركنا في المعاوضات وليس البيع كالنكاح هذا مع انه لا فرق بين قوله اشتريت هذا لفلان
بدرهم في ذمتي وقوله اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان فاحتمال المضافة البطلان في الاول وعدمه في الثاني لا
وجه له لانه يمكن تصحيح الصورة الاولى باخذ كلا القيدين من دون تناف بينهما وهذا على وجهين الاول ان يكون قوله بدرهم في
ذمتي متضمنا للهبة كما يقال ذلك فيما لو قال اشتر بمالي لنفسك طعاما الثاني ان يكون راجعا الى الضمان فيكون معنى

كلامه انه اشتريت لفلان بدرهم في ذمته ولكني تعهدت الدرهم وضمنت واشتغال ذمة فلان وان لم يتحقق فعلاً الا ان
الضمان حيث وقع مترتباً على سبب الاشتغال فلا محذور فيه ولذا يصح قوله وكلتك في الطلاق ثلاثاً مع ان الطلاق الثاني
لا يصح الا بعد الرجوع وهكذا لو قال انت وكيل في تزويج فلانة وطلاقها وشراء رق وعتقه وهكذا وبالجملة بعد
امكان تصحيح المعاملة ورفع التنافي لا وجه للحكم بالبطلان المسئلة الثانية في وقوع العقد للعاقد واقعاً لو رد الموكل
او من ادعى وقوع العقد له ظاهر كلمات جملة من الاساطين ذلك ويمكن تطبيقه على القواعد اما ظهور كلماتهم في ذلك
ففي الشرايع في باب المضاربة فيما لو اشترى الوكيل من ينعتق على الموكل تصريح بذلك وقال في التذكرة في مقامنا هذا
وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الاجازة فان اجاز صح ولزمه الثمن وان رد نفذ عن المباشر
انتهى ومقصوده انه لو اشترى في ذمة نفسه لغيره من دون اضافته في اللفظ الى الغير مع كون غرضه وقوعه للغير كان من
المثال المتقدم او مقصوده انه اشترى وقصد كون الثمن في ذمة الغير من دون اضافة الذمة الى الغير في اللفظ وعلى اي حال
فمراده انه لو رد الغير يقع عن المباشر واقعاً فيما لم يضفه الى الغير في اللفظ واما تطبيقه على القواعد فلانه لا اشكال فيه
الا ما استشكل عليه المصنف قده على سبيل الترديد ولنا اختيار كلا شقي الترديد اما قوله ان جعل المال في ذمته بالاصالة
مع اشترائه للغير فيجب الحكم اما بالبطلان لو عمل بالنية واما بوقوعه لنفس المباشر لو الغى النية وعلى اي حال لا معنى لوقوعه
للغير لو اجاز ففيه انه لا مانع من ذلك ويكون نظير بيع التولية غاية الامر انه يتوقف على احراز ان قصده للغير من قبيل
جعل التولية له واجازة الغير من قبيل القبول واما قوله وان جعل المال في ذمته من حيث النيابة فيجب ان يقع العقد فاسداً
في صورة رد المنوب عنه لا وقوعه عن المباشر ففيه ان جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم
انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيكون كل منهما ضامناً بنحو الطولية ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد
للمال وهو الملزم به اولاً ولكن اذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر اليه واذا رد يبقى في ذمته وكما ان في المضاربة لو لم
يضف الوكيل وقوع البيع في اللفظ الى الموكل بل قصده له ولكنه في اللفظ قال اشتريت يقع له لو انكر الموكل فكذلك في
الفضولي فقصد الفضولي وقوع العقد للغير مع اضافة الشراء الى ذمة نفسه من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير لا يوجب عدم
وقوع العقد له لو رد من وقع العقد له وهذا مبني على ما تقدم من ان المعاملة ليست في الواقع مرددة بين المباشر والمنوي
بل متعلقة بنفس المباشر ولكن اذا اجاز المنوي ينصرف عن المباشر اليه لبناء المباشر على ان يكون ثمن العين في ذمته وان يأخذه
ممن قصد اجازته فيتعلق الثمن بذمة المجيز طولاً ومترتباً على ذمة المباشر ولذا لو رد يتعين في ذمة المباشر وبهذا الملاك
حكموا في المضاربة الفاسدة انه لو اشترى العامل في الذمة وكان قصده اداء ما في الذمة بعين مال المالك بان الربح للمالك
اذا ادى ما في الذمة بعين ماله وللعامل اجرة المثل فان وقوع الربح للمالك ليس الا من باب ان العامل التزم باداء الثمن

من مال المالك مع انه اشترى في ذمة نفسه وهكذا في التجارة في مال اليتيم فان كون الربح لليتيم مع ان المتجر قد يشتري
بعين مال اليتيم وقد يشتري في الذمة ويقصد اداء ما في الذمة من مال اليتيم لا يتم الا بان يكون قصد الاداء من مال اليتيم
موجبا لتعلق حق طولي لليتيم في المعاملة وبهذا الملاك حكموا في باب الوكالة بانه لو باع الوكيل وظهر العيب في المبيع
ولم يسند المعاملة في اللفظ الى الموكل بان الوكيل هو الملزم باداء تفاوت الصحيح والمعيب وهذا ليس الا من باب ان
الملزم بالمعاملة هو نفس المنشئ ولذا قد يفرق بين علم الطرف بالوكالة وعدمه بل قد يقال ان مع العلم ايضا لو لم يسند
المعاملة الى الموكل يكون نفس الوكيل هو الملتزم بعدم العيب فيستكشف من هذه الابواب ان المعاملة ليست
مرددة في الواقع بين المباشر والمنوي بل تقع للمباشر ولكنه لما قصد اداء الثمن من مال غيره فلو اجاز الغير تقع له
واما لو رد فلا وجه للانصراف فتقع من نفس المنشئ واقعا وبالجملة اذا اسند المعاملة الى الغير لفظا فليس هو ملزما
بها بل تقع للغير اذا اجاز وتبطل اذا رد واما لو قصد الغير من دون اشارة في اللفظ اليه فلو رد الغير تقع للعاقد ولو
اجاز تقع لنفسه اما وقوعها للعاقد اذا ردها فلامور مسلمة في باب المعاملات اولها ان الامور البنائية والاغراض
المنوية لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آلة لانشائها من القول او الفعل وثانيها ان الالتزامات العقدية يملكها كل من
المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعل شرعي كالخيارات الشرعية او بجعل
من المتعاقدين فيما لهما حق الجعل لا في النكاح وامثاله وثالثها عدم اعتبار تعيين المالكين في المعاوضات ومقتضى هذه
الامور ان يكون نفس العاقد هو الملزم بالالتزامات الصريحة والضمنية وان طرفه يملك هذه الالتزامات عليه كما
انه يملك التزامات طرفه فلا وجه لبطلان المعاملة لو رد من قصده العاقد واما وقوعها له لو اجاز او اقر بالوكالة
فلان القصد وان لم يؤثر في صرف الالتزامات الى الغير الا انه لا ينفك عن اثره التكويني فيجعل المعاملة كالمادة الهيولائية
القابلة لصرفها الى الغير باجازته او اقراره فيكون القصد كجعل التولية للغير ويكون الاجازة او الاقرار بمنزلة قبول
التولية فالقول بان المعاملة تقع لنفس المباشر واقعا اذا رد من قصدت له منطبق على القواعد وقياسها على ما اذا
اسندها الى الغير لفظا مع الفارق قوله قده الثاني الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي بين العقدي و
المعاطاة اه لا يخفى ان الكلام في جريان الفضولي في المعاطاة يتوقف على ان يكون التعاطي محققا للبيع وآلة للتمليك
والتملك لا ان يكون السبب المستقل لهما هو تراضي المالكين والا يكون الفضولي دائما واسطة في الايصال فيكون
كالصبي والحيوان ولكنا قد بينا في المعاطاة ان التراضي ليس معاملة فاذا كان تحقق المعاملة بالفعل فهل تجري
الفضولي في المعاطاة مطلقا او لا تجري مطلقا او فرق بين القول بالاباحة فلا تجري والقول بالملك فتجري او فرق بين
كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا تجري مطلقا وكونه على طبقها فتجري كذلك وجوه والاقوى عدم جريان الفضولي

في انه لا فرق في الفضولي بين العقدي والمعاطاة

فيها لا للوجوه المذكورة في المتن وغيره من ان الفعل الذي يحصل به التمليك محرم من الفضولي فلا يوجد المنشأ به ومن ان
المعاطاة منوطة بالتراضي مع قصد التمليك او الاباحة وكلاهما من وظايف المالك ومن ان حصول التمليك بالفعل
على خلاف القاعدة وانما ثبت بالسيرة فيختص حصوله بما قامت السيرة عليه وهو التمليك الحاصل بفعل المالك فان هذه
الوجوه فاسدة اما كون الفعل محرما ففيه انه قد لا يتوقف المعاطاة على الاقباض كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة بناء
على كفاية العطاء من طرف واحد وقد لا يكون الاقباض محرما كما لو علم برضا المالك بناء على ما هو الاقوى من عدم
خروج المعاملة المقرونة بالرضا الباطني من المالك عن الفضولية مع ان الحرمة الموجبة للفساد من قبل الفضولي لا
ينافي الصحة للمالك وان كانت راجعة الى المسبب لا السبب كما هو كذلك في المقام وتقدم توضيحه في ادلة المبطلين للفضولي
واما كون قصد الاباحة او التمليك مع الرضا الباطني من وظايف المالك ففيه ان قصد الاباحة او التمليك يتمشى
من الفضولي ايضا لا سيما اذا كان غاصبا فانه بعد سرقته الاضافة يرى نفسه مالكا ولذا لا اشكال في الانشاء القولي
من الفضولي مع انه يتوقف على القصد واما الرضا فالمفروض تحققه من المالك باجازته واما كون المعاطاة على خلاف
القاعدة ففيه انه لو فرض ان الفعل بعنوانه الثانوي مصداق للبيع فلا فرق بين الفعل الصادر من المالك والفعل الصادر
من الفضولي واما كون الفضولي على خلاف القاعدة ففيه ما عرفت فهذه الوجوه المذكورة ليست علة لعدم جريان الفضولي فيها الا
الوجه الثاني بتقريب اخر بيان ذلك اما على الاباحة فلان مجرد قصدها وان كان بلا مؤنة الا ان الاباحة المؤثرة هي
التسليط المالكي لا تسليط غيره واجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثرة لا لكونها اجازة لاباحة الغير لان
العقود الاذنية والامور المتقومة برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص فاجازة الاباحة هي بنفسها اباحة ومحل
النزاع في الفضولي هو ما كانت الاجازة قابلة للنزاع في الكشف والنقل فيها واما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولي
لا يعنون الا بعنوان الاعطاء والتبديل المكاني واما تبديل طرف الاضافة فمصداقه اما ايجاد المادة بالهيئة واما فعل المالك
فانه حيث يقع في مقام البيع او الشراء يعنون بالعنوان الثانوي بتبديل طرف الاضافة والفرق بينه وبين القول هو
انه يمكن انفكاك حاصل المصدر من المصدر في الانشاء القولي فاذا اجاز المالك واسنده الى نفسه وقع له واما الفعل
فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى انه ليس للاعطاء اسم مصدر غير العطاء وهذا لا ينفك عنه وباجازة المالك
لا ينقلب الفعل عما وقع عليه ونفس الاجازة ايضا ليست مصداقا للتمليك حتى تكون كاجازة الاباحة ولو كانت كذلك
لكانت هي المملكة لا اعطاء الفضولي وبالجملة يصح ان يقال ان التبديل بالفعل والاباحة من وظايف المالك ولا اثر
لفعل الغير واباحته فان فعله الخارجي غير قابل للاستناد الى غير فاعله بالاجازة وليس حكم الاجازة حكم التوكيل كما لا
يخفى قوله قده القول في الاجازة والرد اه نسب الى المش ان الاجازة كاشفة عن تمامية السبب وهو العقد واختلفوا

في البحث عن الاجازة وما يتعلق بها

في جهة كشفها على انحاء فمنها ما عن المحقق الرشتي من ان الاجازة كاشفة عن الرضا التقديري بمعنى انها تكشف عن رضا
المالك لو التفت الى العقد والرضا المعتبر في العقد هو الاعم من الحقيقي الفعلي والتقديري وفيه منع الصغرى والكبرى
اما الصغرى فلانه قد لا يكون المالك راضيا حين العقد لو التفت اليه لكونه ذا مفسدة عنده في ذلك الزمان مع
كونه راضيا حين الاجازة لانقلابها الى المصلحة مع ان لازمه جواز التصرف قبل الاجازة ان علم برضاه لو التفت اليه و
اما الكبرى فلانه لم يقم دليل على كفاية الرضا التقديري ومنها ما عن الفصول واخيه المحقق من ان وصف التعقب
بالاجازة شرط في تأثير العقد وهو حاصل حين العقد فانه ينتزع عنوان التعقب والمسبوقية عن نفس العقد فالعقد
الموصوف بهذا الوصف هو المؤثر التام لا الاجازة بوجودها الخارجي وفيه ان اخذ عنوان التعقب او ضده انما يصح في
مثل اجزاء الصلوة ونحوها من الامور التدريجية الارتباطية لمساعدة العرف والاعتبار عليهما بل لا يمكن ان يكون
الركوع مثلا بوجوده الخارجي شرطا لصحة القرائة الا ان في مثل الاجازة لا يساعد العرف والاعتبار على دخل العنوان
الانتزاعي بل ظاهر الادلة شرطية نفس الرضا بوجوده الخارجي ومنها ما عن المحقق والشهيد الثانيين من ان العقد
سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وتماميته في الفضولي يعلم بالاجازة فاذا اجاز المالك تبين كونه سببا
تاما والا يلزم ان لا يكون الوفاء بالعقد فقط بل به مع شيء اخر وفيه ان هذا الكلام في بادي النظر خلف يرد عليه ما اورد
عليه المصنف قده بما حاصله انه لو كان العقد بنفسه سببا تاما فلا مدخلية للاجازة فيه ويلزم ان يكون اعتبار الرضا بلا
موجب ولو لم يكن بنفسه سببا بل هو مع الرضا فبالاجازة لا يعلم تمام السبب من قبل بل بها يتم السبب ولكنه يمكن
توجيه كلامهما بانه فرق بين الاجازة وساير ما يعتبر في العقد كالقبض في الوقف والصرف والسلم فان مثل القبض لا
يتصور نزاع الكشف والنقل فيه بل هو جزء المؤثر والنقل لا يتم الا به واما الاجازة فهي ليست جزء المؤثر بل المؤثر هو نفس العقد
ولذا لو انشأه المالك فالمؤثر للنقل هو ذات عقده لا بما انه صادر منه بحيث يكون صدوره منه جزء عقده فعقد الفضولي
بنفسه ايضا تمام السبب واعتبار الاجازة فيه انما هو لتصحيح الاستناد الى المالك لا لمدخليتها في التأثير وبالجملة حيث لا يكون
عقد الفضولي عقدا للمالك الا بالاجازة فمنها يعلم بانه عقد تام منسوب اليه وبهذا البيان يتم قولهما فاذا اجاز تبين كونه تاما
يوجب ترتب الملك عليه هذا ولكنه مع ذلك يرد عليه ان ذات العقد انما يكون مؤثرا اذا كان مقارنا لرضا المالك
او ملحوقا به والا يكون عقدا لمكره تاما وان لم يلحقه الرضا فاذا كان الرضا دخيلا ولو من جهة استناد اسم المصدر الى المالك
فكيف يتحقق النقل بلا رضا منه ومنها ما استدل له الثانيان قدس سرهما ايضا وهو ان الاجازة متعلقة بالعقد فهي
رضا بمضمونه وليس الا نقل العوضين من حينه اي الاجازة انفاذ للعقد السابق والعقد السابق تم حين صدوره من
العاقدين من دون دخل نفس هذا الانفاذ في النقل نظير ما اذا انفذ حاكم حكم مجتهد اخر وفيه اولا ان مضمون العقد ليس

هو النقل من حينه بل اصل النقل كما ان الايجاب ليس الايجاد من حينه بل اصل الايجاد ولذا يتحقق النقل بعد القبول
مع انه رضا بالايجاب وثانيا سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه ولكن لا بمعنى ان وقوعه في الحين جزء لمدلوله
حتى يقال ليس معنى بعت او جدت البيع في الحال بل بمعنى ان وقوع الانشاء في الحال يقتضي تحقق منشاه حالا ولا يمكن ان
يتاخر المنشا عن الانشاء ولو كان المنشا منفعة الدار في السنة الاتية فان المتاخر هو المملوك لا الملكية ولكنه مع ذلك
لا يقتضي تحقق السبب التام حال العقد فان الاجازة وان كانت انفاذا لما تقدم الا انه من المعلوم ان مع اعتبارها شرعا
في تاثير ما تقدم فقبل تحققها لا يمكن تحقق ما تقدم عليها بصفة التاثير فان تحقق المنشا حال الانشاء حيث انه من
موجداته او فعله التوليدي لا يتخلف عن انشائه كعدم تخلف الانكسار عن الكسر وكل اسم مصدر عن المصدر الا انه من
حيث تحققه في عالم الاعتبار بحيث يترتب عليه الاثار شرعا او عرفا يمكن تخلفه عن انشائه اذا كان لتحققه شرط اخر كالقبض
او الاجازة نعم يمكن ان يقال بالفرق بين القبض والاجازة وهو ان القبض جزء المؤثر ولكن الاجازة صورة للمادة
المتحققة وانفاذ من المالك لما سبق كانفاذ الحاكم حكم مجتهد اخر فما يمكن ترتيبه من السابق بانفاذ المالك يجب
ترتيبه فعلى هذا تكون واسطة بين الكشف الحقيقي والنقل وهذه عبارة عن الكشف الحكمي فيكون الكشف الحكمي مطابقا
للقاعدة وتوضيح ذلك انه بعد ما ظهر ان الاجازة انفاذ لما سبق فمن جهة ان السبب التام للنقل لا يتحقق بدونها فان
انشاء الفضولي ليس سببا للنقل في عالم الاعتبار فالاجازة ناقلة ومن حيث انها انفاذ لما تحقق فيجب من حين الاجازة
ترتيب الاثار التي لها اعتبار وجود حين الاجازة من حين العقد فهي كاشفة فعلى هذا يقع التفكيك بين الملك و
اثاره من النماء والمنافع لان الملكية لا يمكن تحققها من قبل بعد دخل الاجازة في تحققها وليس للملكية السابقة اعتبار
وجود في الحال وهذا بخلاف المنافع فانه يمكن تحقق ملك المنفعة من قبل لان لها اعتبار وجود في الحال باعتبار
تعلق الضمان بها فلو اجاز المالك استيفاء المنافع لمستوفي المنفعة تسقط اجرتها وضمانها ولذا يصح الصلح على المنافع
السابقة ولا يصح على الملك السابق والسر فيه ان المنافع باعتبار وجودها في الحال بوجود اجرتها يصح تعلق الاجازة
بها التي مرجعها الى اسقاط الضمان فبالنقل في الحال يصح تحققها من قبل كما يصح تحققها بعد ذلك بالنقل في الحال
كما في اجارة الدار المتعلقة بالسنة الاتية وبعبارة واضحة كما يمكن اعتبار التاخر في المملوك مع عدم امكان تاخر الملك
كذا يمكن اعتبار التقدم فيه مع عدم امكانه في الملك فاذا تحققت الاجازة فالنقل وان حصل حينها الا ان المنقول
باعتبار اثاره يتحقق من قبل وهذا هو معنى الكشف الحكمي فان النقل من حين الاجازة اذا تعلق بالمنقول السابق
فنتيجته الكشف حكما اي النقل الحقيقي مع ترتيب الاثار السابقة التي امكن ترتيبها على العقد بوصف السبق ومنها
ما عن فخر الدين في الايضاح من انها لو لم تكن كاشفة لزم تاثير المعدوم في الموجود لان العقد حالها عدم وحاصل

برهانه انه لو قلنا بالنقل فلا زمان لا يتحقق المنشأ بانشاء المنشئ بل يتحقق حال الاجازة وفى هذا الحال الانشاء معدوم فلا زمان يؤثر المعدوم فى الموجود وعلى هذا التقريب لا يرد علينا النقض بالامور المنتشرة والاجزاء المندرجة فى الكل فانه لا ينكر امكان ترتب المعلول على علته ذى اجزاء متصرمة والمترتب على الامور التدريجية بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر فالحق فى الجواب عنه هو ما تقدم ان المنشأ بنظر المنشئ لا يتخلف عن انشائه وانما المتخلف هو المنشأ فى عالم الاعتبار العقلائى او الشرعى وهو اذا كان موقوفا على رضا المالك لا يتحقق بمجرد انشاء الفضولى ومنها انه يمكن تحقق الملك حين العقد مع كونه مشروطا بالشرط المتأخر وهو الاجازة التى شرط بوجودها الخارجى فانها من قبيل سائر الشروط المتأخرة الواردة فى الشريعة فاذا تحققت فى مواطنها انكشف بها تحقق المشروط من قبل واذا تحقق كذلك يترتب عليه جميع آثاره من حين تحققه وفيه ما لا يخفى فان الشرط المتأخر غير معقول كما اوضحنا ذلك فى الاصول والمختصر انه لا يعقل تحقق المعلول بدون اجزاء علته فان حكم العلل التشريعية حكم العلل التكوينية سواء قلنا بجعل السببية كما عن المحقق الداماد من قوله بان السببية لا يمكن انتزاعها عن الحكم التكليفى فان الحكم التكليفى والوضعى مختلفان محمولا وموضوعا وعلى تعبيره قدس سره حاشية العقد مختلفان ام قلنا بجعل الاحكام عند تحقق اسبابها اما على الاول فلانها من افراد العلة التكوينية فكما لا يمكن تحقق القيود بالعلة فكذلك لا يمكن تحقق الملك بالاجازة المالك لان الشارع انشأ السببية للايجاب القبول والرضا فبدون تحقق جميع اجزاء السبب لا يعقل تحقق المسبب وما يقال من ان الاسباب الشرعية معرفات لا علل لا يستقيم فى المقام لانها علة كالعلة التكوينية بل هى بناء على قابلية تعلق الجعل بالسببية نعم هذا التعبير يصح فى علل التشريع واما على القابلى فلان ملاك الامتناع فى التشريعيات نظير ما ذكر فى التكوينيات لا عينه وذلك لانه لو انشأ الحكم على نحو القضية الحقيقية على الموضوع المقدر وجوده بحيث انحل هذا الحكم الى احكام متعددة بحسب تعدد موضوع الحكم بوجوب الحج على المستطيع كيف يعقل تحقق الحكم وفعليته قبل الاستطاعة وهل هذا الا الخلف والمناقضة فكون الاجازة بوجودها العينى شرطا لتحقق الملكية ومع ذلك يحصل الملك بالايجاب القبول دون الاجازة موجب لتحقق الحكم بلا موضوع نظير تحقق المعلول التكوينى بلا علته فعلى هذا كل ما ورد فى الشريعة من هذا القبيل ظاهرا فلا بد من حمله بدليل الاقتضاء على ان الشرط هو الوصف الانتزاعى كالتعقب ولا بعد ان يكون نظر صاحب الجواهر قدس سره الى ما ذكرناه فان قوله ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية ليس ناظرا الى ان الشرط فى الشرع مع كونه شرطا بوجوده الخارجى يمكن جعله متأخرا عن المشروط بل غرضه ان الامور الاعتبارية وجودها على كيفية جعلها فيمكن ان يكون لحوق الاجازة شرطا لا الاجازة العينية كما ان ما نسب الى المصنف قدس سره من ان الشرط ليس متأخرا بل المتأخر شرطية برجع الى وصف

اللحوق والتعقب الا الفرق بين كون الشرط متاخرا وكون المتاخر شرطا وبالجملة لا يمكن مع دخل امر في تحقق شئ تحققه بدون ذلك الامر لا في التكوينيات ولا في التشريعيات وليس ملاك الاشكال الا تحقق المعلول قبل تحقق علته بناء على جعل السببية او فعلية الحكم قبل وجود موضوعه بناء على جعل الحكم عند تحقق موضوعه الذي يعبر عنه بالشرط او تحقق الامتثال قبل تحقق ما له دخل فيه كتحقق امتثال الصوم قبل تحقق الغسل في الليل مع اعتباره في امتثال الصوم بناء على القول بما قبل الاستفادته من الخبر الدال على ان المستحاضة اذا اغتسلت ارتفع بغسلها الحدث السابق على الغسل واما على المشهور من ان بالغسل يرتفع الحدث اللاحق فلا يرد اشكال الشرط المتاخر كما انه لو قيل بان الامتثال يتحقق حين الغسل لا حين الصوم دخل الغسل في امتثال الصوم فلا يرد هذا الاشكال ايضا نعم يرد اشكال تاثير المعدوم في الموجود لكنه ليس باشكال لان المؤثر في المعلول المترتب على الامور الدرجية كالكون على السطح المترتب على الصعود درجة درجة هو الجزء الاخير وسائر الامور معدات وكل منها يؤثر اثرا نفسه حين حصوله وهو القرب الى السطح بهذا المقدار واذا قلنا في المقام ان العقد يؤثر حين الاجازة فلا يرد اشكال الشرط المتاخر فانه توهم من يرد هذا الاشكال على كل شرط وجزء مفصود ومنفصل حين تحقق الشرط او الجزء الاخير في غير محله كما ان رفع الاشكال بجعل لحاظ المتاخر او المتقدم شرطا مما ظهر في الاصول الماضية فانه من الخلط بين عالم الجعل والتشريع وشرائط المجعول فما هو لحاظ شرط للتكليف هو عالم الجعل اي الوجوب لارادة الفاعل الذي هو عبارة اخرى عن العلة الغائية التي هي مقدمة تصورا وموخرة خارجا ومحل البحث انما هو في شرائط المجعول وفيما له دخل في تحقق التكليف او الوضع كشرطية البلوغ ونحوه للوجوب وشرطية الاجازة ونحوها للملك وهذا لشرائط شرائط وجودها الخارجي نعم لو قيل بان الاحكام الشرعية اخبار عن الانشائات فيما يتاخر وجود جميع شرائط المجعول الى عالم الجعل وقد ذكرنا في مسئلة الترتب في مقدمة الواجب والحكم الوضعي ما يوضح ذلك قوله قده وقد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة لا يخفى ان كاشفية شئ عن شئ اما لمناسبة تكوينية بينهما كاشفية الدخان عن النار واما لمناسبة جعلية كاشفية نصب الفريخ والالفاظ عن المعاني على وجه فكاشفية الاجازة عن تحقق السبب التام لا بد ان تكون باحد الوجهين ثم ان الفرق والاستكشاف بهذا يتصور على انحاء منها ان تكون كاشفة عن الرضا التقديري ومنها ان تكون كاشفة عن حصول شرط واقع مقارن للعقد لا متاخر ومنها ان تكون كاشفة عن ثبوت وصف للعقب في منها ان تكون كاشفة عن الموضوع الذي رتب الشارع عليه الاثر اي العقد الذي يتعقبه الاجازة صحيح وفي علم الله من اول الامر من دون دخل الرضا او شئ اخر فيه والذي لا يتعقبه الاجازة باطل كذلك وعلى احد هذه الوجوه لا مدخلية للاجازة في التاثير وهنا بيان اخر للكشف الحقيقي مع مدخلية الاجازة الاولى ان تكون شرطا بوجودها الخارجي الزمني الثانية ان تكون شرطا بوجودها

كشفية الاجازة في انحائها

الدهرى مع الجمع مع شروطها فى هذا الدهر فان المعلولات الزمانية عرضيات فى طار الدهر ولا يخفى ما فى هذا كما شفيتها عن الرضا التقدم فالمناسبة بينهما الاتحاد ولا جعل مع انه لا دليل على كفاية المنكشف واما كاشفيتها عن شرط وجود لامر فرتوقف على مناسبة جعلية بعد وضوح عدم مناسبة ذاتية بينهما والجعل غير معلوم واما كاشفيتها عن وصف التعقب فهذا الاشكال فيه وتوهم ان التعقب ليس مقارنا للعقد لانه منزع عن امر متأخر وما لم يتحقق منشأ انتزاعه كيف يتحقق المنتزع فاسد فان عنوان التعقب السبق وما اريد فهنا فى المحل كالقبلية والبعدية من الامور التى تنتزع من نسبة الزمان الى الزمانى فاذا اجتمع شيئان فى زمان واحد ينتزع عن اجتماعهما التقارن واذا وقعا فى زمانين فتنتزع القبلية من السابق والبعدية من اللاحق وهكذا يصح هذا العناوين فى نفس اجزاء الزمان فيقال لليوم انه بعد الامس وقبل الغد مع كون الامس والغد معدومين وبالجملة عنوان التعقب صحيح ومقارن مع العقد الا انك قد عرفت ان الدليل لا يساعد على كون هذا العنوان الانتزاعى شرطا واما كاشفيتها عن التصحيح فى علم الله فتحتاج الى جعل ولم واما كونها شرطا بوجودها الخارجى مع تحقق الشرط قبله فهذا خلف ومناقضة واما كونها شرطا بوجودها الدهرى فغير ان شروط الزمانى لا بد من ان يكون زمانيا فتفهم الكشف الحقيقى على جميع ما قيل او يقال فيه القواعد مشكل وهنا وجه اخر من وجوه الكشف اصطلحوا عليه بالكشف الحكمى ولهم فى اثبات هذا المعنى مسالك ثلاثة الاول ما نقله المحقق عن استاده شريف العلماء قدس سرهما وهو حكم الشارع تعبدا باثبات اثار الكشف من اول العقد ولازم ذلك اثبات الاثار الممكنة من حين العقد لان التعبد يصح فيما يمكن التعبد بحكم الشارع فى الفعل فنظير حكمه فى باب الاستصحاب ابقاء المتيقن فى ظرف الشك عما لا فرق بينهما فرق وهو ان الحكم فى باب الاستصحاب ظاهرى لاخذ الشك فى موضوعه وفى المقام واقعى والثانى ما نقله شيخنا الاستاد مدظله عن شيخه المحقق فى عصره الشيخ محمد رحمه الله وهو جعل صاحب الحاشية وهو كون الكشف الحكمى مطابقا للقاعدة وسريانه فى اغلب ابواب الفقه كباب الخمس والزكوة والركوع ونحو ذلك وحاصله ان كل ما يكون موضوعا للحكم من الاحكام بتوسط الامر المتأخر والعنوان اللاحق بحيث كان الامر السابق بمنزلة المادة للعنوان المتأخر بمنزلة الصورة النوعية فمقتضى القاعدة ترتيب اثار الموضوع من اول تحققه مثال اخذ عنوان فاضل المؤنة موضوعا لخمس وذاك يتحقق اول زمان ظهور الربح ولكن اتصافه بعنوان فاضل المؤنة انما هو بعد انقضاء السنة وهكذا موضوع الزكوة فى الغلات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحب حدا نصابا ولكنه معنون ببلوغه هذا الحد بعد التصفية فبعد التصفية لو كان بهذا الحد يكشف عن تعلق الزكوة به حين انعقاد الحب وثمرة هذا الكشف فى باب الخمس والزكوة هى صحة اداءهما قبل تحقق هذا العنوان ولو اتلفهما من تعلقا بما له يحسب عليه وهكذا صحة بيع الزكوى موقتة على اخراج حق الفقراء فلو اخرجه الساعى او الوالى ايما وجده يكشف عن صحة البيع من اول الامر وهكذا فى مسئلة الركوع فانه بناء على ان يكون من اول التقوس الى الخروج الاختيارى كوعا يتوقف اتصاف الجزء الاول بكونه ركوعا على تحقق

تنبيه

الكشف الحكمى

الجزء الاخير ولكنه بعد التحقيق يكشف عن كونه كاشفا عن اول الامرين بالجملة كل امر متأخر كان بمنزلة الصوت للامر المتقدم فالمقدم يتحقق من اول الامرين بكشف بهذا المتأخر وجود المتقدم في ظرف وجوده وفيه انه اذا كان العنوان اللاحق بمنزلة الصوت السابق بمنزلة المادة فلا بد من الالتزام بالنقل لان فعلية التي انما هي بالصوت وبالجملة مع دخل المتأخر في تحقق اتصاف السابق بوصف المؤثرية يستحيل اتصاف هذا الوصف قبل تحقق المتأخر ومجرد عنه والثالث ما بيناه سابقا في توجيه كلام المحقق وهو مختص بباب الاجازة وهو ان كل ما كان انفاذا للامر السابق فمقتضى القاعدة ان يكون الاثار التي اتصاف بها المجيز مترتبة عليه من اول الامر وفيه اولا ان التراضي والتقابض مختصا بما كان ناظرا الى ما وقع كالبيع وانفقت وقضيت ونحو ذلك بل يجري فيما اذا اخرج الساعي مقدار الزكوة وما اذا ابرء المرتهن الراهن عما اذا غلت الرهن ونحو ذلك ثانيا اذا كان المتأخر انفاذا للامر السابق فكيف يترتب عليه الاثار من قبل ظهور ما ذكرنا ان هذه الشروط التي تتعلق بانفاذ العقد السابق كاجازة المالك للغرقا والمرتهن والوارث فيما زاد على الملك والشروط التي تقتضي صحة العقد السابق كابراء المرتهن وفك الراهن والوفاء واخراج الزكوة من المال الزكوي او من غيره حكمها حكم الشروط التي لا ترجع الى انفاذ العقد بل هي بنفسها من اركان المعاملة كالقبض في الصرف والسلم فان مقتضى القاعدة فيها هو النقل لا الكشف الحقيقي ولا الواسطة بينهما فثبوت الواسطة التي تعبر عنها بالكشف الحكمي تتوقف على دليل والادلة التي اقاموها على الكشف الحكمي لا تستقيم فانه مضافا الى ان اعمال التعبد في ابواب المعاملات بعيد فان الظاهر انهم جعلوا السلام حكموا على طبق ما ارتكز في اذهان العقلاء ودلالتها على الكشف الحقيقي اظهر من دلالتها على الكشف الحكمي انما صحت محمد بن قيس فلان بيان الامام عليه السلام تخلص الوليدة باخذ ابن المالك التابع للوليدة ظاهر فان امضاء المالك البيع امضاء المالك انشاء ابنه حين الانشاء ظهور قوله حتى يفقد ذلك البيع في ذلك وهكذا قوله فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه فظاهر هذين الكلامين ان الاجازة تكشف عن تحقق الملك حين بيع الولد واما صحيحة ابي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا فلا تنافي ظاهرة في ان المقصود من الاجازة لا بد ان يكون نفس الازدواج لا التوارث ولذا امر عليه السلام المزوجة على ذلك فانها لو كانت دالة على الكشف الحكمي لكانت دالة على لزوم ترتيب الاثار الممكنة من الزوجية وهي ليست الا التوارث بعد موت الزوج الا ان يقال الادلة لا تفيد فيما على تحقق نفس الملكية والزوجية من السابق واما اجازة بيع الولد فلانها انما تؤثر الى الاثار وهي الثمار ونحوه وقوله حتى يفقد ذلك البيع لا يدل على تحقق البيع سابقا ومجرد تعلق الانفاذ بالبيع السابق لا يلازم الكشف الحقيقي فان هذا هو مورد البحث في ان الانفاذ المتأخر يكشف عن تحقق المنفذ سابقا او هو بنفسه مؤثر او بواسطة بينهما واما مسئلة الحلف فهو مناسب لكشف الحكمي ايضا فان ترتيب الاثار من السابق بالاجازة اللاحقة انما هو بعد فرض تحقق الاجازة من المجيز والحلف انما هو لاستكشاف الاجازة وانها ليست صورية بل بحيث يكون المقصود

يتبين بما ذكرنا ان ما افاده المحقق النائيني من ان الكشف الحكمي مقتضى القاعدة في الوصف الذي يتوقف عليه تأثير العقد السابق ولا يتوقف على اكثر من ذلك ... ان الكشف الحقيقي مقتضى القاعدة في جميع ... ان الكشف الحكمي ... ان الكشف الحقيقي ... ان الكشف الحكمي ... ان الكشف الحقيقي ... ان الكشف الحكمي ... ان الكشف الحقيقي

هو الوراثة نعم هنا اشكال آخر وهو انه لو قلنا بدلالتهما على الكشف الحكمي فسريان هذا الحكم في غير مورد النص مشكل الا
بدعوى القطع باتحاد المناط في جميع ابواب العقود والانصاف ان المسئلة مشكلة جدا ولذا سلك كل واحد من الاساطين
مسلكا وسد باب اشكال وفتح ابوابا فانظر ما في حاشية المحقق الخراساني قده فانه بعد كلام له في تنقيح الشرط المتأخر قال فلا
وجه للقول بالكشف بمعنى تحقق المضمون قبل ذلك لاجل تحقق الاجازة فيما بعد نعم بمعنى الحكم بعد الاجازة بتحقق مضمونه
حقيقة مما لا محيص عنه بحسب القواعد فلو اجاز المالك مثل الاجارة الفضولية بعد انقضاء بعض مدتها او الزوج او
الزوجة عقد التمتع كذلك فيصح اعتبار الملكية حقيقة للمستأجر والزوجية لهما في تمام المدة التي قد انقضى بعضها بل ولو انقضى
تمامها لتحقق منشأ انتزاعها فان قلت كيف يصح هذا وكان قبل الاجازة ملكا للموجر ولم يكن هناك زوجية الا ان يكون
مساوقا لكون شيء بتمامه ملكا لاثنين في زمان واحد واجتماع الزوجية وعدمها كذلك قلت لا ضير فيه اذا كان زمان
اعتبار ملكيته لاحدهما في زمان غير زمان اعتبار الملكية للآخر في ذاك الزمان لتحقق ما هو منشأ انتزاعها في زمان واحد لكل
منهما في زمانين وكذا الزوجية وعدمها اه فان ما افاده من الحكم بعد الاجازة بتحقق مضمون العقد حينه حقيقة لا يختص
بالكشف الحكمي فان تأثير اجازة المالك في الاجارة قبل زمان الاجازة وكذا تأثير اجازة الزوج او الزوجة في عقد التمتع
من قبيل يلائم مع النقل ايضا لان نقل المنافع عبارة عن تأثير الاجازة في نقل المملوك مدة زمان الاجارة فان جميع مدة
الاجارة بمنزلة عين واحدة خارجية فكما انه لو اجاز العقد الواقع على العين الشخصية تنتقل العين باجمعها الى الطرف من
حين الاجازة كذلك في الاجارة المتعلقة بمدة سنة تنتقل جميع منافع المدة الى الطرف من حين الاجازة ولو انقضى
بعض المدة او جميعها فيجب على مالك العين اجرة المثل لان منفعة ملكه باجازة عقد الاجارة انتقلت الى غيره ومنفعة ملكه
عبارة عن منفعة مدة الاجارة وبعبارة اخرى المملوك مقدم في باب الاجارة لا الملك فان السنة بمنزلة الكم ومقدار المنفعة
هذا المقدار فبالاجازة جميع هذا المقدار يصير للمجاز له انقضى تمامه او بعضه او لم ينقض منه شيء والمتعة بناء على ما هو
ظاهر بعض الآيات والاخبار من كونها اجارة فحكمها حكم الاجارة واما بناء على ما هو الحق من كونها زوجية فحكمها حكم
الدائم من كونها متحققة حين الاجازة على ما هو مقتضى القواعد الاولية وان كان مقتضى الصحيحة المتقدمة هو الكشف ثم لا
يخفى ما في جوابه عن اشكال اجتماع مالكين في ملك واحد لان اختلاف زمان اعتبار الملكية للاثنين لا يدفع اشكال اجتماع
المالكين في ملك واحد في زمان واحد فان اختلاف زمان الاعتبار بمنزلة اختلاف زماني الاخبار بوقوع المتناقضين في
زمان واحد وبمنزلة اختلاف زماني الحكم بحكمين متضادين فان حكم الحاكم في يوم الجمعة بكون عين شخصية لزيد في هذا
اليوم مع حكمه في يوم السبت بكون شخص هذا العين في يوم الجمعة لبكر متناقض ونظير ما افاده قده في هذا المقام ما افاده
صاحب الفصول في الخروج عن الدار المغصوبة وبالجملة كما ان الكشف بنحو الشرط المتأخر محال لاستحالة تحقق الحكم او المعلول

قبل تحقق موضوعه او علته كذلك يستحيل تحقق الملك حقيقة حين العقد من حين تحقق الاجازة لان الشيء اذا لم يتحقق
في زمان لعدم تحقق تمام سببه فكيف يتحقق في هذا الزمان بتحقق بعض سببه في زمان آخر ومجرد كون الملك من الامور الاعتبارية
لا يوجب صحة اعتباره لاثنين في زمان واحد ولو كان زمان اعتباره كذلك في زمانين هذا تمام الكلام فيما قيل او يقال في
هذا المقام ولكن اقوى الوجوه هو الواسطة بين الكشف الحقيقي والنقل التي يعبر عنها بالكشف الحكمي ولكن لا من باب التعبد الصرف
بان يكون مقتضى القاعدة هو النقل وانما ثبت الكشف بالتعبد بل لانه هو مقتضى القاعدة وذلك للفرق بين الامور المتأخرة
التي لها دخل في المتقدم فانها لا تخلو عن احد اقسام ثلاثة الاول كالقبض في الصرف والسلم والقبض في الهبة والوقف ونحو
ذلك والثاني كالاجازة من المالك والمرتهن ونحوهما والثالث كاخراج الزكوة بعد بيع الزكوي وابراء الدين من المرتهن
وفك الراهن الرهانة ونحو ذلك اما القسم الاول فيتوقف تأثير العقد على وجوده ولا مجال لتوهم الكشف فيه مطلقا سواء كان
جزء المؤثر كالقبض في الصرف والسلم ام كان شرطا للصحة كالقبض في الرهن والهبة والوقف واما الثاني فحيث انه ناظر الى ما
وقع وتنفيذ لما سبق فيوجب تأثيره فيما سبق بالنسبة الى ما يمكن ان يتعلق به الانفاذ واما الثالث فهو وان لم يكن في الظهور
مثل الثاني الا انه في نظر العقلاء حكمه حكم الثاني فان العرف والعادة بحسب ما ارتكز في اذهانهم يرون الامر الذي يصير موضوعا للحكم
بتوسط العنوان المتأخر انه هو الموضوع فالآثار المترتبة على هذا الموضوع تترتب عليه من اول الامر وهذا المتأخر بمنزلة الواسطة
في الثبوت والادلة الواردة في هذا الباب امضاء لما ارتكز في اذهان العقلاء وناظرة الى ما هم عليه والجامع بين القسمين الاخيرين
ان موضوع الحكم هو المنفذ والانفاذ وما يرجع اليه ناظر الى المنفذ نعم هذا يختص بما اذا كان السابق تمام الموضوع بالنسبة
الى الآثار كما هو كذلك بالنسبة الى النماء والمنافع فبالاجازة ينكشف تحقق حرية الولد في مسئلة الوليدة من قبل ولكنه لا
ينكشف بها ان وطي الزوجة التي عقدها الفضولي زناء بذات البعل كما انه لا ينكشف بها تحقق اصل الزوجية والسر في ذلك
هو ما عرفت ان ترتيب الآثار من قبل انما هو بالنسبة الى الآثار التي لها اعتبار بقاء في زمان الاجازة لا الآثار التي ليست كذلك
ولا تحقق نفس المنشأ من قبل فتدبر جيدا قوله قده بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل اه لا يخفى
ان ما ذكره من الثمرة بين الكشف الحقيقي بمعنى كون الاجازة بوجودها المتأخر شرطا وبينه بمعنى كون الشرط تعقب العقد بها
من عدم جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي وان علم باجازة المالك بناء على الاول وجوازه بناء على الثاني لا وجه
له لان جواز التصرف من آثار تحقق الملكية حين العقد والمفروض تحقق الملكية قبل تحقق شرطها بناء على تعقل الشرط المتأخر فلا
مانع من جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه اذا علم باجازة المالك ولا بد ان يكون جواز التصرف مطردا على جميع وجوه
الكشف الحقيقي ثم لو سلمنا الفرق فلا وجه للحكم بحلية الوطي واقعا على جميع اقسام الكشف الحقيقي حتى بناء على الشرط المتأخر
بل يجب الفرق بين التعقب والشرط المتأخر فيقال بالجواز واقعا والحرمة ظاهرا على الاول والحرمة مطلقا على الثاني لان التعقب

في الثمرة بين الكشف والنقل والثمرة بين انحاء الكشف

حاصل حين العقد دون الاجازة الخارجية وبالجملة بناء على الكشف الحقيقي لا فرق بين اقسامه فيجوز له التصرف مطلقا لو علم
بالاجازة ويجوز واقعا مع حرمته ظاهرا لو لم يعلم بها نعم على الكشف الحكمي يحرم التصرف واقعا كحرمته ظاهرا لان الحرمة لا
تنقلب عما هي عليه بالاجازة وعلى هذا فالحق عدم صيرورة الموطوءة ام ولد بناء على الكشف الحكمي لانه اذا حرم عليه الوطي واقعا
لعدم كونها ملكا له فبالاجازة لا يمكن ترتيب هذا الاثر من حين العقد لان كون الموطوءة ام ولد مترتب على الملك لا على ما هو في
حكم الملك ولو قلنا بان الكشف الحكمي مطابق للقاعدة لانه ليس للمالك قلب الحرمة الى الحلية ولا قلب غير الملك الى الملك بل
له انفاذ ما وقع بالنسبة الى الآثار التي يكون العقد بالنسبة اليها تمام الموضوع وتقدم انه لا ينكشف بالاجازة كون
الزوجة التي زوجها الفضولي ذات بعل ولا يكون الزناء بها زناء بذات البعل لان كونه كذلك موقوف على الزوجية
الواقعية وهكذا كون وطي الامة المشتراة وطيا في الملك يتوقف على كونها مملوكة حقيقة وهذا لا ينافي كون ولدها
حرا لان الولد من النماء ثم لا يخفى في ما افاده من الفرق بين الحكمي والحقيقي في الاجازة بعد نقل المالك ما باعه الفضولي
وذلك لانه لا فرق على المسلكين في ان المالك يجوز له التصرف في متعلق عقد الفضولي ولو كان عالما بصدور العقد منه
فاذا جاز له التصرف نفذ تصرفه واذا نفذ فلا يبقى محل للاجازة لصيرورة المالك اجنبيا واحتمال بطلان تصرفه
لكشف الاجازة عن وقوعه في ملك الغير دور واضح لان الاجازة انما تكشف عن ذلك لو كان المحل محلا للاجازة وبقاء
المحل فرع بطلان التصرف وبطلانه فرع بقاء المحل للاجازة وبعبارة اخرى قد ذكرنا ان كاشفية شيء عن شيء اما لمناسبة
تكوينية او لمناسبة جعلية والتكوينية مفقودة والجعلية ثابتة في صورة اجازة المالك لا الاجنبي والمالك الذي تصرف
في متعلق عقد الفضولي صار اجنبيا نعم لو لم يكن للاجازة دخل في التأثير اصلا بل كانت كاشفة عن حكم الشارع بصحة
العقد الذي يتعقبه الاجازة في علم الله امكن ان تؤثر في بطلان النقل ولكنه مع هذا لا يمكن الالتزام به لان اجازة الاجنبي
ليست كاشفة عن حكم الشارع ثم لا وجه لحكمه بصحة النقل على الكشف الحكمي ووجوب القيمة على المجيز لانه لو كان النقل صحيحا لم
يتحقق حق للمشتري الذي هو طرف الفضولي حتى يعطى القيمة من باب الجمع بين حقه وصحة النقل وقياس الاجازة على الفسخ الخياري
مع انتقال متعلقه بنقل لازم قياس مع الفارق لان الفسخ حل العقد ولا يتعلق حق الخيار بالعين والا لم يكن تصرف من عليه
الخيار نافذا فاذا كان متعلقا بالعقد ولم يكن النقل اللازم ممن عليه الخيار مانعا من اعمال ذي الخيار حقه فمقتضى الجمع بين بقاء
الحق وصحة النقل ان يرجع بدل العين الى الفاسخ وهذا بخلاف الاجازة فانها بعد انتقال المبيع بالنقل الصحيح اللازم
الى غير طرف الفضولي لا يبقى محل لها حتى يجمع بين نفوذها وصحة النقل باعطاء القيمة الى طرف الفضولي ثم ان في بعض نسخ المتن
سقط لفظ الام والعبارة هكذا ولو نقل المالك الولد عن ملكه قبل الاجازة فاجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي لانكشاف
وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد وبقي صحيحا على الكشف الحكمي وعلى المجيز قيمته اه فتوهم ان هذه العبارة

لا يرد عليها اشكال لان بيع الولد لا يوجب عدمه بقاء محل الاجازة بالنسبة الى الام فاذا باعها الثالث فاجاز عقد الفضولى الواقع على الام فيجمع بين نفوذ البيع وصحة اجازته فاذا حكم بمقتضى الكشف الحكمى بترتب الآثار الممكنة من حين العقد من الآثار التماء صار الولد لانه تابع للعين فيصح نقل الولد ويجب تعيده على المجيز لان سلطنة ذى الثمرة لا تنافى ولا يخفى ان هذا مضافا الى مخالفته لسائر النسخ الموجود فيها لفظة الام وان تمامه فيما تعلق الاجازة بعين ما تعلق به النقل يرد عليه ان مثل هذا التماء المنفصل المستقل لا وجه لكونه تبعا للعين فلو اجاز بيع الام بناء على الكشف الحقيقى يصح ان يقال الولد للمجاز تبعا لانه حدث فى ملكه واما بناء على الكشف الحكمى فالمفروض انه لم يحدث فى ملكه وانما يحكم تعبدا او قاعدة انه فى حكم حدثه فى الملك وهذا التعبد او القاعدة انما يصحان اذا كان الاجازة محل وبعد صحة النقل لا يتعلق للمجاز حق به حتى يجب على المجيز بذل رجمها بين الحقين قوله ثم ان ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الاجازة بترتب آثار ملكية المشترى من حين العقد الخ لا يخفى انه سؤ اطلاقنا بان الالتزام بالكشف الحكمى من باب التعبد لصراحة قولنا بانه من المركبات العقلائية فما لم يتحقق الاجازة لا يؤثر العقد لكنه اذا تحققت فترتب جميع الآثار الممكنة الترتب على نفس السبب وهو العقد فى ظرف حصوله ومن الآثار الممكنة فى العقد المعاوضى المنافع او التماء فما كانت موجودة حين الاجازة كالصوف والثمار والاشجار ونحوها يحكم بانها ملك المالك الفضولى بجميع مراتب وجودها من حين العقد الى زمان الاجازة وما كانت تالفة كالمنافع المستوفاة او التالفة من غير استيفاء فمقتضى ترتبها من حين العقد هو الحكم بضمان المجيز لها للطرف لازم الضمان الحكم بملكيتها للطرف لا الحكم بالملكية او لازم الضمان فان الملكية لا يعقل تحققها حين العقد مع تاخر الاجازة لان حصة الامتاع مشتركة بين العين والتماء هذا مع ان ملكية التماء والمنافع ليس لانشاء معاملى فى عرض العين او فى طولها بل انما هى لحكم شرعى او عقلائى تبعى للعين دائرة مدار التبوع وبالجملة الحكم بملكية التماء والمنافع انما هو لاعتبار بقائها من حين العقد الى زمان الاجازة وهو يقتضى ضمانها فبهذا اللحاظ يكون من الآثار الممكنة الترتب من زمان العقد ومنها ايضا الوارث فانها قابلة للتحقق من زمان العقد الى زمان الاجازة سيما بناء على كون الكشف الحكمى من باب التعبد لشمول ادلة اعمال التعبد فيها بمكان من الامكان وليس موت احد الزوجين كتلف العين فان الزوجين وان كانا كالعوضين فى باب البيع ركنين فى النكاح الا ان عدم قابلية العين التالفة لتعلق الاجازة بها ليس لتلفها حتى يقاس موت الزوج على التلف بل للغوية تعلق الاجازة فان المبيع اذا تلف قبل قبضه فهو من مال البايع فلا يؤثر الاجازة فان المبيع اذا تلف قبل قبضه فهو من مال البايع فلا يؤثر الاجازة فى نقل المبيع الى المشترى لوقوع التلف فى ملك البايع وهذا بخلاف موت احد الزوجين فانه لا يمنع من تعلق الاجازة بعقد النكاح فيترتب عليه الارث فتحصل مما ذكرنا امور ينبغى الاشارة اليها الاول ان قائل بالكشف الحكمى قد جمع بين الكشف الحقيقى والنقل فان القائل بالكشف الحقيقى الزمه بمن حيث ان الاجازة ليست كسائر الاجزاء والشرايط مما لم دخل فى السبب اذ قال بل هى راجعة الى انفاذ العقد

فى ان الكشف الحكمى

السابق القاصر من حيث السببية اما بحسب الاقتضاء كعقد الفضولي واما لوجود المانع من تأثيره كعقد الراهن ونحوه مما يتعلق به
حق الغير والقائل بالنقل التزم به من جهة مدخلية الاجازة على اي حال في سببية السبب والقائل بالكشف الحكمي جمع بين النظرين
فحكم بترتيب الآثار الممكنة الترتب من حين العقد بعد تحقق الاجازة دون ما لا يمكن للزوم الاستحالة ومنشأ التزامه به هو كون
الاجازة راجعة الى انفاذ الانشاء السابق والانشاء السابق وان لم يكن من اجزاء مدلوله وقوع المنشأ حين الانشاء الا انه
حيث كان ظرفه قبل ذلك فمقتضاه وقوع منشأه حين الانشاء والانشاء قد يصدر ممن يؤخذ بجميع مدلولات كلامه المطابقية
والالتزامية كالراهن فان له الالتزام بما انشأه وقد يصدر ممن ليس له الالتزام بما انشأه لعدم كونه تحت قدرته كالفضولي
فالذي يتوقف على الاجازة في بيع الراهن هو مدلوله المطابقي وهو ايجاد المادة بالهيئة دون التزامه بما اوجده وفي الفضولي
كلا الالتزامين فالاجازة من المرتهن تنفيذ للبيع وحده ومن المالك تنفيذ للبيع والتزام منه ايضا بما انشأه الفضولي
ولا شبهة ان ما انشأه الراهن او الفضولي هو ايجاد البيع فاجازة المرتهن او المالك انفاذ للمدلول المطابقي او لكلا المدلولين
الثاني ان الاجازة انما تؤثر عند بقاء محلها كما اذا لم يتصرف المالك اصلا او تصرف تصرفا غير مناف لها كما لو اجر الدار
التي باعها الفضولي فيجمع بين صحة الاجارة وترتيب آثار ملكية المشتري باخذ بدل الاجرة من المالك واما لو تصرف بالتصرف المنافي
كالبيع والعتق والوطي ونحو ذلك او اتلفه او تلف بنفسه فلا يبقى محل للاجازة للزوم الدور كما عرفت من غير فرق بين
الجميع اما في مورد التلف فلانفساخ العقد به قبل القبض الصحيح واما في مورد الاتلاف فلعدم قابلية التالف لان يكون
ملكا للمجيز فلا يؤثر اجازته نعم لو قيل ببقاء محل الاجازة فالحق الرجوع الى البدل ولو بالتصرف البيعي فضلا عن العتق لا بطلان
التصرف لانه ليس من الآثار الممكنة فانه وقع من مالكه في محله فمقتضى نفوذ تصرفه واجازته جميعا هو الرجوع الى البدل ثم هل يلحق
الرهن بالاجارة او بالبيع وجهان والاقوى هو الاول لان الرهن ليس مفوتا لمحل الاجازة لان للراهن البيع غاية الامر
ان نفوذه موقوف اما على فك الرهن واما على اسقاط المرتهن حقه فله الاجازة ايضا فحكم الاجازة حكم اصل بيع المال المرهون
وبيع المفلس وبعبارة اخرى كون المال رهنا لا يوجب عدم مالكية المالك لانشاء البيع فلا يوجب عدم مالكية لاجازة البيع
الذي اوقعه الفضولي الثالث قد تبين مما تقدم ان القائل بالكشف الحكمي له دعويان اوليهما بمنزلة الكبرى وهي ان مفاد الاجازة
الالتزام بترتيب الآثار الممكنة من حين العقد وثانيهما بمنزلة الصغرى وهي ان المنافع والنمائات من الآثار الممكنة وقد
ظهر صدق الصغرى باعتبار ان لها آثارا وجودية بحسب الضمان فبقي الكلام في تنقيح الكبرى وهو انه هل مفادها ترتيب جميع
الآثار حتى تكون بمنزلة الامارات في اثبات لازمها وملزومها وملازمها بناء على الطريقية بحيث لو وطئ المشتري الجارية قبل
الاجازة لسقط عنه الحد باجازة المالك وكان الولد له لا للمالك وكانت الجارية ام ولد او مفادها مفاد الاصول فلا
يترتب عليها الا الآثار الشرعية دون العادية والعقلية ودون ملزوماتها وملازماتها او مفادها مفاد الامارات بناء

على السببية التصويبية وجوه والصواب هو التفصيل وهو انه لو قلنا بان الكشف الحكمي على طبق القاعدة فلا بد من الالتزام
بان مفاد الاجازة مفاد الامارات على السببية وذلك لان الكشف الحكمي في الحقيقة راجع الى النقل غاية الامر حيث ان مفاد
الاجازة تنفيذ العقد السابق فيرتب الآثار الممكنة على العقد السابق ولكن الحكم بترتيبها عليه من حين الاجازة فكان العقد
حقيقة وقع حينها ولكن المجيز التزم بترتيب الآثار من حين العقد فليس للآثار قبل الاجازة وجود واقعي تكشف عنها الاجازة
حتى تكون الاجازة كالامارة القائمة على كون الملك ملكا للطرف الفضولي من حين العقد فيرتب عليه جميع الآثار او تكون
كالاستصحاب القائم على كون الملك ملكا للطرف من حين العقد فيرتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب بلا
واسطة فيحكم بكون الجارية المستولدة ام ولد بناء على ان يكون موضوعه الوطي في زمان الملك لا الوطي حال الملك الذي
هو عنوان منتزع من الوطي الوجداني والملكية المستصحبة بل الاجازة هي بنفسها علة للحكم بترتيب الآثار وليس لترتيبها
واقع انكشف بالاجازة فعلى هذا يجب ان تكون الآثار التي تترتب على العقد بسبب الاجازة خصوص الآثار التي التزم
بها المتعاقدان مطابقة او تضمنا او تبعيا كالمنافع والنماء وارث الزوجين ونحوها دون الآثار الشرعية المترتبة على العقد
الواقع كالحكم بحلية الوطي وكون الموطوءة ام ولد لان جميع الاحكام التكليفية تعبدية شرعية لا مالكية وهكذا بعض
الاحكام الوضعية كسقوط الحد وصيرورة الموطوءة ام ولد وتغسيل احد الزوجين للآخر فان هذه الاحكام لم يلتزم
بها العاقد لا مطابقة ولا تبعا نعم لو كانت الآثار الشرعية من الآثار التي رتبها الشارع على الملك لا تعبدية محضة
كالمنافع فتترتب على العقد فانها وان لم تكن مما التزم بها العاقد بل كان ترتبها على العقد لتعبد شرعي الا انها من الآثار
المترتبة على الملك لا التعبدية الصرفة واما لو قلنا بان الكشف الحكمي من باب التعبد فلا بد في ترتيب الآثار من النظر الى مقدار
التعبد وحيث انه ليس في الاخبار عموم او اطلاق فيقتصر على القدر المتيقن وهو الآثار المترتبة على الملك ونحوه لان الاخبار
الدالة على هذا المعنى كصحيحة محمد بن قيس وخبر نكاح الصغيرين لا يستفاد منها الا هذا المقدار من الاثر فان الثاني لا يدل الا
على الحكم بالارث والاول لا يدل الا على اخذ الوليدة مع ابنها قبل الاجازة ونفوذ بيع الفضولي بعد الاجازة بالنسبة الى
حرية الولد وهي من آثار الوطي في الملك فعلى هذا لا فرق بين المسلكين في ترتيب خصوص الآثار التي لها اعتبار وجود في
ظرف الاجازة ثم ان هذه الآثار تترتب على العقد اذا كانت مما التزم به المجيز على نفسه اي كانت عليه واما اذا كانت مما التزم
به الطرف على نفسه فلا دليل على ترتيبها على العقد بالاجازة الا من باب التزام الطرف بها فلو وطئ المالك الامة المبتاعة
فضولا قبل اجازته وصارت مستولدة وقع الوطي في ملكه فالولد حر وامه ام ولد فلو كانت ممن لا يجوز بيعها يصير الوطي كالعتق
مفوتا لمحل الاجازة ولو كانت ممن يجوز بيعها كما في ثمن رقبتها في مورد اعسار المولى فللاجازة محل ولكنها لا تكشف عن
وقوع وطي المجيز في غير ملكه وان الوطي كان حراما وان الولد رق للمجاز له لان الحكم برقية الحر وحرمة الحلال ليسا من الآثار

الممكنة واما لو وطئها المشترى قبل اجازة المالك واستولدها ثم اجاز المالك فيمكن الحكم بحرية الولد لان صيرورة الرقى حرا من الآثار الممكنة ومن الآثار الثابتة على المجيز لا الثابتة له ولو انعكست المسئلة بان كان المالك البايع اصيلا ووطئها قبل اجازة المشترى الذى اشتريته له فضولا فاستولدها ثم اجاز المشترى فالاجازة لا تكشف هنا عن صيرورة الولد رقا لان الامة بناء على النقل والكشف الحكمى قبل اجازة المشترى تكون فى ملك البايع الاصيل فالولد لا ينعقد حرا بل اجازة المشترى تنقلب الحرية الى الرقية بل الامر كذلك لو قلنا بان الوطى من المالك حرام لالتزامه بخروج الامة عن ملكه وان الولد رق لان الحكم بالرقية ليس من باب الاجازة فانها من الآثار التى له لا عليه بل من باب التزام طرفه بكونه له كما فى ميراث احد الزوجين من الآخر بناء على ان يكون الارث من الآثار التى التزم الزوج جاعلا اياهن او من الآثار الشرعية المترتبة على الزوجية فان الحكم بارث المجيز المال الذى تركه الآخر ميت ليس لاجازته بل لحكم الشارع او لالتزام الميت به ثم ان مما ذكرنا ظهر ان النزاع بين الكشف الحقيقى والحكمى ليس عليا صرفا وما لا يترتب عليه الاثر وذلك لاختلاف المسلكين فى ترتيب جميع الآثار او بعضها فان القائل بالكشف الحكمى لا يمكنه الالتزام بترتيب جميع الآثار قوله رقية ومنها ان فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف لا يخفى ان المراد من الكشف هنا الكشف الحقيقى لا الحكمى فانه فى هذه الثمرة مثل النقل ثم لا يخفى ما يرد على كلامه قده من المناقشة منها ان الفرق بين الكشف والنقل فى هذه الثمرة يتضح فى غير الشرط المتأخر فان العقد تام من طرف الاصيل لو كان مقارنا للرضا القدير او مقارنا لوصف المتعقب وكان هذا النحو من العقد تاما فى علم الله واما لو كانت الاجازة شرطا متأخرا فالعقد ليس من طرفه ايضا تاما الا ان قلنا بالمحال وهو تحقق الملكية قبل تحقق موضوع الملك شرطا الا ان لم يتحقق نفس العقد ثم قبل تحقق اركانه التى منها الاجازة ومنها ان قوله بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة والوقف والصدقة لا يصح باطلاقه فان حكم القبض الذى يتوقف صحة العقد عليه ليس مطلقا حكم القبول قبل الايجاب او الايجاب قبل القبول فجواز ابطال احد المتعاقدين انشاء قبل انشاء صاحبه فان فى الصرف والسلم لا يجوز لكل منهما ابطال ما انشأه بعد تمامية العقد قبل القبض مع ان الملكية موقوفة على القبض بل يجب عليهما الاقباض لان كلا منهما ملزم بما التزم على نفسه وهو التسليم والتسلم فانهما من الشروط الضمنية التى ينشأها المتعاقدان نعم الظاهر ان جواز الابطال فى الوقف قبل القبض مسلم ويمكن ان يكون جوازه من جهة ابتاعية ولذا تشكل فى الرهن ومنها ما يرد على قوله فالاولى فى سند المنع اه لان حاصل كلامه ان انكار تحقق الثمرة بالمنع من جواز الابطال وعلى القول بالنقل ايضا لا يستقيم فالاولى فى سند منكر ثبوت الثمرة ان يقال ان ابطال احد المتعاقدين صحة العقد يدفع احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ بين العقد والاجازة وحاصل الايراد عليه انه ليس الكلام فى احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ شرعا حتى يتمسك بالاطلاق بل لو كان شرطا لكان الفسخ مضرا بصدق العقد ذلك لان الاجازة بناء على النقل حكمها حكم الايجاب بالقبول فى انهما من

اركان العقد فلو فسخ الاصيل بعد الايجاب والقبول قبل الاجازة فهو كما لو فسخ الموجب بعد الايجاب قبل القبول الا ان
يمنع ذلك ويقال بالفرق بين الاجازة والايجاب والقبول ولو بنا على النقل كما سيجيء ثم لو سلمنا ان الايجاب بدون القبول
عقد الا انه لو احتمل ان بالفسخ ينهدم عقديته فلا وقع للتمسك باطلاق اوفوا بالعقود ولا يقاس على الفسخ بعد العقد
للشك في عقديته بعد صدور الفسخ في المقام والاطلاق لا يثبت موضوعه بخلاف الفسخ بعد تمامية العقد ولعله قده الى
ذلك اشار بقوله ولا يخلو عن اشكال قوله قده ومنها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل اه لا يخفى انه لو
قلنا بان الفسخ قبل الاجازة بناء على النقل مبطل لانشاء الاصيل فحكم التصرف حكم الفسخ بالقول لانه فسخ فعلي واما لو لم نقل
بابطاله فهل يجوز له التصرف فيما انتقل عنه بناء على النقل دون الكشف او لا يجوز مطلقا او يجوز مطلقا وجوه والاقوى انه لا
يجوز تصرفه مطلقا بناء على استفادة الحكم التكليفي من قوله عز من قائل اوفوا بالعقود لدلالته على ان كل منشئ ومعاهد
ملزم بانشائه وعهده فان وجوب الوفاء تكليفا لا معنى له الا تعلقه بفعل المتعاقدين اي يتعلق بالمعنى المصدري فيجب على
كل منهما الالتزام بما الزم على نفسه وهو ايجاده المادة بالهيئة سواء تحقق الالتزام من الاخر ام لا نعم لو كان الوجوب متعلقا
بنتيجة المصدر جاز تصرفه على النقل لا الكشف ولو على نحو الشرط المتأخر لانه بناء على النقل لم يحصل الملكية بعد وبناء
على الكشف حاصلة مطلقا حتى بناء على الشرط المتأخر سواء كان المتأخر شرطا للسبب الناقل ام كان شرطا لمؤثرية السبب لان
الملكية على كل تقدير حاصلة ولذا قلنا باستحالة تحققها مع عدم تحقق سببها الذي منه الاجازة وعلى الوجه الاخير حمل المص
الشرط المتأخر الذي التزم المشهور به كما استفاده من كلام المحقق والشهيد الثانيين من قولهم ان العقد سبب تام وبالجملة لو كان
الوفاء متعلقا بنتيجة الفعل يمكن التفصيل بين الكشف والنقل واما لو كان متعلقا بنفس الفعل فالالتزام من طرف الاصيل
مطلقا حاصل وعلى اي تقدير فالجواز مطلقا لا وجه له وتوضيح ذلك مع توضيح هذه الثمرة والثمرة المتقدمة يحتاج الى تمهيد
امور الاول في امكان الفرق بين الفسخ الفعلي والقولي وعدمه الثاني في امكان وجوب الالتزام على احد المتعاقدين بما انشأ
مع عدم حصول الالتزام من الاخر وعدمه الثالث في امكان الفرق بين البيع والنكاح في وجوب الالتزام على الاصيل وعدمه
الرابع في بيان امكان الفرق بين النقل والكشف وعدمه ثم الفرق في اقسام الكشف اما الاول والثالث فتنقيحهما يتوقف على
الثاني والحق فيه امكان التفصيل في وجوب الالتزام بالنسبة الى احد المتعاقدين وذلك لانه متعلق بما هو فعل العاقد ولا
شبهة ان المعنى المصدري من طرف الاصيل تام لتحقق اركان العقد من الايجاب والقبول وانما الناقص هو الاستناد الى المالك
وبعبارة واضحة تارة احد المتعاقدين يعطي التزامه الاخر وينقطع اضافته عن ماله كما في المقام بالنسبة الى الاصيل والصرف
والسلم بالنسبة الى كلا المتعاقدين واخرى يعطي التزامه الاخر وينشئ البيع لكن لا ينقطع ملكه عنه كما في الايجاب قبل القبول
فان في الفضولي التزام الاصيل تام لتحقق المادة القابلة لفعليتها باجازة المالك بخلاف الايجاب قبل القبول فانه وقع

ما انشاه الموجب غير تام ولا متعلق باحد بل مراعى بقبول الآخر ولا يتوقف تحقق الالتزام من طرف على تحقق الملكية وهي
اسم المصدر لان وجوب الالتزام ليس من آثار تحقق النتيجة ولذا يجب على المتعاقدين الاقباض في باب الصرف والسلم لو لم يكن
لهما خيار المجلس مع ان الملكية تتوقف على القبض وذلك لان الاقباض من آثار المعنى المصدري الذي تحقق بالايجاب و
القبول وبعبارة اخرى وجوب الالتزام مقابل لثبوت الخيار ولا معنى للخيار قبل القبول واما بعد القبول ولو قبل حصول الملك
فلا مانع من ثبوته كما في خيار المجلس في بيع الصرف والسلم لان الخيار ملك حل العقد واقراره فوجوب الالتزام متفرع على تحقق
العقد لا الملك والمفروض في باب الفضولي ان العقد تام ولو لم يكن مؤثرا من باب عدم استناده الى مالكه ولا ينافي وجوب
الالتزام على شخص عدم وجوبه على آخر وان كان تملك احدهما الثمن منوطا بتملك الآخر المثمن فان التزام احدهما لا
يناط بالتزام الآخر لان نتيجة مقابلة الجمع بالجمع في قوله تعالى اوفوا بالعقود التوزيع فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من
طرفه فلا ينافي حرمة التصرف على الاصيل فيما ينتقل عنه عدم جواز تصرفه فيما ينتقل اليه لان جواز تصرفه فيه من آثار الملكية
ومن آثار التزام الآخر الذي لم يتحقق في الفضولي قبل الاجازة فعلى هذا لا يؤثر فسخ الاصيل ويحرم عليه التصرف ولا ينفك احدهما
عن الآخر نعم لو شك في وجوب الالتزام عليه امكن التفكيك بينهما في الاصول العملية فان مقتضى الاستصحاب جواز التصرف ولا
اصل في تأثير الفسخ القولي وعدمه ومما ذكرنا ظهر ايضا عدم امكان التفكيك بين احكام البيع والنكاح فلو قيل بتأثير عقد
النكاح من طرف الاصيل في احكام المصاهرة كما هو صريح القواعد يجب القول بتأثير عقد البيع لحرمة تصرف الاصيل فيما
انتقل عنه لان احكام المصاهرة كما لا تناط بالزوجية بل بالعقد على امرأة فكذلك احكام البيع لا تناط بالملكية بل بانشائها
وذلك ظاهر واما الرابع فتارة يتكلم في الفرق بين اقسام الكشف واخرى بين النقل والكشف اما الفرق بين اقسام الكشف
فيظهر من المص قده انه بناء على وصف التعقب لا مانع من تصرف الاصيل لان مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا
يقدح في السلطنة الثابتة له ولا وجه لالغاء اصالة عدم الاجازة فان الغاءها يدور مدار التعبد ففي كل مورد الغاها الشارع
كما في اجازة احد الصغيرين بعد موت الآخر ولذا حكم بوجوب عزل الميراث نقول به وفي كل مورد لم يقم دليل خاص على الغائها
نتمسك بها واما بناء على الشرط المتأخر بان يكون الاجازة شرطا لمؤثرية العقد فلا يجوز التصرف حتى مع العلم بعدم الاجازة فعلى
هذا لا يفيد اجراء اصالة عدم الاجازة وفيه انه لا وجه للتفكيك بين اقسام الكشف لانه لو سلم جواز التصرف بناء على شرطية
وصف التعقب من باب الشك في الشرط لجاز بناء على الشرط المتأخر لان مدخلية الاجازة في التأثير لا اشكال فيها فعلى
اي حال الشرط مشكوك نعم لو قيل بعدم مدخلية الاجازة اصلا وكان وجودها كعدمها لكان للفرق بينهما وجه والالتزام
بهذا ينافي مدخليتها في التأثير واما الفرق بين النقل والكشف بجواز التصرف على الاول دون الثاني ففيه انه لو قلنا بان التزام
احد المتعاقدين غير منوط بالتزام الآخر وان العقد من طرف الاصيل تام وقلنا بالفرق بين النذر المشروط والتزام الاصيل

وهو تعليق النذر على حصول الشرط دون الالتزام فانه لم يعلق باجازة الآخر فلا وجه للفرق بين النقل والكشف فان
التصرف على اي حال حرام لان التزام الاصيل تام مطلقا تنبيه قد يستدل بالخبر الوارد في تزويج الصغيرين فضولا على
حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بتقريب انه لو جاز تصرفه مع احتمال انتقال المال عنه لجاز تصرف الورثة فيما تركه احد الزوجين
قبل اجازة الآخر فحرمة تصرفهم ووجوب العزل يكشف عن ان الشارع راعى احتمال انتقال المال عن مالكه الى غيره وفيه ان
مسئلة العزل لا دخل لها بالمقام فان اجازة احد الزوجين ليست موجبة لانتقال المال من الورثة اليه وبعبارة اخرى
مجرد موت المورث غير موجب لانتقال المال الى الورثة حتى ينتقل المال بسبب الاجازة منهم الى المجيز بل مال الميت بمقدار
حق الزوج لا ينتقل الى احد ويبقى في حكم ماله حتى يجيز المجيز فيرثه او يرد فيرثه الورثة فبقاء حق الزوج كبقاء حق الحمل وبقاء
حق من اسلم قبل القسمة وبالجملة ليس حرمة تصرف الورثة من جهة تعلق حق للغير بالمال كتعلق حق المرتهن ولا لاحتمال
خروج المال عنهم بالتزام مورثهم به كالتزام الاصيل بخروج المال عن ملكه بل لبقائه في حكم مال الميت الا ان يقال وجه
بقائه في حكم مال الميت ليس الا التزام الميت بخروجه الى ملك الزوج والمفروض ان الوارث بمنزلة مورثه فيحرم عليه التصرف
لالتزام مورثه بالخروج نعم لو قيل بان العزل حكم تعبدي فلا دخل له بالمقام والحق ان الامر كذلك ولذا لو قلنا بجواز تصرف
الاصيل فيما انتقل عنه ونفوذ فسخه القولي قبل الاجازة لا نقول بجواز ذلك للورثة وليس الا لعدم دخول حق الزوج
او الحمل في ملكهم فحرمة تصرفهم ليست دليلا لحرمة تصرف الاصيل قوله قده مسئلة النذر المشهورة بالاشكال اه لا يخفى ان
بيان حكم اقسام النذر وان كان خارجا عن المقصود الا انه لا باس بالاشارة الى ما هو الحق فيه اجمالا فنقول تارة يتعلق النذر
بالنتيجة واخرى بالفعل وعلى الثاني قد يكون منجزا وقد يكون معلقا وعلى الثاني تارة تحقق المعلق عليه بعد النذر و
اخرى لم يتحقق وعلى الثاني قد يعلم بتحققه وقد يشك والتعليق تارة على امر اختياري واخرى على غيره وبعض الاساطين
وان جوز تصرف الناذر في اغلب الصور الا ان الحق في جميع الاقسام عدم جواز التصرف لا لتعلق حق الفقراء او غيرهم به
ممن يرجع فائدة النذر اليه لان ذلك ممنوع فان نذر كون الحيوان صدقة لا يوجب ثبوت حق للفقير متعلق بالحيوان
فان الفقير في النذر هو المصرف فهو كالاجنبي الذي شرط احد المتعاقدين على الآخر اعطائه درهما فليس للاجنبي اسقاط
الشرط ولا المطالبة به ولا يرثه وارثه لانه ليس هو المشروط له والفقير ايضا كذلك ليس له ولا لوارثه بعد موته المطالبة
بوفاء النذر وبالجملة يتعلق لله سبحانه على الناذر حق ولا يتعلق للغير حق عليه فليس المنع من جهة تعلق حق الغير به بل لان
الناذر بسبب النذر سلب عن نفسه حق جميع تصرفاته في المنذور سوى تصرفه في جهة نذره فلا يجوز له تصرفه في غيرها ولا
ينفذ منه قوله قده ثم ان بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات اخر لا يخفى ان في الثمرة الاولى لا فرق بين القول بالكشف
والقول بالنقل في ان موت احد المتعاقدين لا يوجب بطلان العقد وفوات محل الاجازة لان المال ينتقل الى الوارث

على نحو كان للمورث فنوامات الأصيل ممن له الاجازة يبقى العقد على حاله واما سائر الثمرات فيظهر من حسنا الجواهر انها ليست بثمرة ايضا لأنه لا فرق بين القولين في فوات محل الاجازة بعروض الارتداد الفطري في مطلق البيع و الارتداد الملي في خصوص بيع المصحف المسلم وبعروض تلف احد العوضين او نجاسته وقد شرط حال العقد حال الاجازة وقال قده ببطلان محل الاجازة في الثمرة الأولى ايضا وحاصل ما ذكره وجها لبطلان العقد في مورد انسلاخ احد المتعاقدين عن قابلية التملك كالموت والكفر وفي مورد انسلاخ احد العوضين عن قابلية التملك كالتلف وعروض النجاسة هو ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية للمالك والمملوك من حين العقد الى حين الاجازة فلو لم يكن احد المالكين حين الاجازة حيا او لم يكن المملك باقيا على ملكه لا يفيد الاجازة لا سيما في التلف ضرورة كون المعتبر على الكشف والنقل رضا المالك المفروض انتفاؤه لكنه يرد انتفاء قابلية العين للتملك لا سيما اذا كانت القابلية او الشرط مفقودا حين العقد ان تجدد حين الاجازة كما لو باع الخمر ثم صار خلا او باع المجهول ثم تعين واما على الكشف فواضح واما على النقل فلان الاجازة ليست بنفسها عقدا بل هي راجعة الى العقد فلو لم يكن البيع حال العقد قابلا للتملك لا يفيد قابليته حال الاجازة واعترض عليه المضاف بما حاصله انه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله فانهم صرحوا بان اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء الكثير الأول مستمرا وكما يشعر به بعض الأخبار حيث ان ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار بقاء المتعاقدين حال الاجازة مع ان خبر الصيقل يدل على عدم اعتبار بقاء الملكية للمال بالملازمة لأن الزوجين في باب النكاح كالعوضين في باب البيع انتهى اقول اما اعتبار الحيوة فقد عرفت ما فيه واما بقاء القابلية فالنقض بوقوع البيوع المتعددة في غير محله لأن المالك الأول اي المشتري من الفضولي وان لم يسبق ملكه الى حال الاجازة سوا اجاز المالك الأصيل او رد لأنه بناء على الاجازة يقع للأخير وبناء على الرد يبقى في ملك الراد الا ان عدم بقاء تملكه انما هو بسبب الاجازة والا فيستمر الملك في ملكه الى حينها لأن المالك الأخير يتلقى الملك من المشتري الأول فملك الأخير من اثار تملك الأول كما ان تملك الأول من اثار تحقق الاجازة من المالك الأصلي وبعبارة اخرى لا شبهة في بقاء ملكية المالك الأصلي الى حين الاجازة والمالك الثاني اي المشتري من الفضولي يتمم الكثير الى زمان الاجازة ايضا ولذا يرد المالك ببطل الجميع وباجازته يصح الجميع ومعنى صحة الجميع ملكية الأول حين الاجازة ثم ملكية الثاني ثم الثالث الى اخر البيوع فاجازة الأول موجبة لأمرين تملك المشتري الأول وخروج الملك عن ملكه ايهم كما في الثاني والثالث الى ان ينتهي الى اخر البيوع فالأولى ان يقال اما مسئلة التلف فمن حيث ان الملكية لا يقاوم الأمر بين الكشف والنقل لأن البيع لو تلف قبل القبض فهو من مال بايعه مطلقا سوا قلنا بالكشف او بالنقل وحيث فعلى النقل فان محل الاجازة لما ذكرنا سابقا من اعتبار بقاء المحل للاجازة وعلى الكشف يرجع الى الأصيل

بالاجازة تنكشف صحة البيع ودخول المبيع انا ما قبل التلف في ملك البايع واما من حيث النما فلو فرض حصوله من حين العقد
الى زمان التلف ظهرت الثمرة بين القولين واما تجدد القابلية بعد العقد قبل الاجازة او حصول الشرط بعده قبل الاجازة
او بالعكس فالبحث فيه تارة يقع في شرائط العقد واخرى في شرائط العوضين وثالثة في شرائط المالكين فما كان من
الاول كاعتبار البلوغ والعقل في العاقدين فتجدده بعد العقد لا يفيد ولو على النقل لان الاجازة تنفيذ للعقد السابق
لا انها سبب مستقل فاذا كان الشرط عند العقد مفقودا فلا يفيد تحققه حين الاجازة وما كان من الثاني والثالث
اللذين يرجعان الى شرط اثر العقد وهو الملكية ككون العوضين مما يتمول عرفا وشرعا وبدو الصلاح في بيع الثمرة وكون
مشتري المسلم مسلما فلو قلنا بظهور الادلة في اعتبار استمرار هذه الشرائط من حين العقد الى حين الاجازة كما اختاره صاحب
الجواهر فلا فرق بين القولين ولو قلنا بما ارتضاه المص فبناء على الكشف يشترط تحقق الشرائط عند العقد ولو انعدمت
حال الاجازة وبناء على النقل يشترط تحققها حين الاجازة فاذا ارتد المسلم بعد شرائه المصحف قبل الاجازة لا يملكه
على النقل ويجبر على البيع على الكشف ولو انعكس بان كان المشتري كافرا حين العقد واسلم حين الاجازة فالامر بالعكس و
لكن الاقوى هو الفرق بين هذه الشرائط ايضا فان المبيع تارة يخرج بعد العقد عن قابلية التملك شرعا ويعود قبل الاجازة
الى ما كان كما اذا صار الخل بعد العقد خمرا ثم صار خلا قبل الاجازة فالحق في هذه الصورة تاثير الاجازة سواء قلنا بالكشف
او النقل وهكذا لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليا قبل الاجازة واخرى يخرج عن ملك المالك بالنقل
بعد العقد ثم يعود الى ملكه بالاشتراء او الفسخ او الاقالة والاقوى هنا عدم تاثير الاجازة لان التصرفات الناقلة يخرج العقد
عن قابلية تعلق الاجازة به وفي الحاق الرهن بالتصرفات الناقلة او بمسئلة الفلس بعد العقد وجهان والاقوى هو الثاني
لانه كما لو صار المالك بعد العقد مفلسا ثم صار مليا قبل الاجازة فاجاز لا يضر عدم استمرار الشرط لان نفس المجيز لم يحدث
في العين حدثا وانما طرء عليها حق وارتفع فكذلك في الرهن اذا فكه ثم اجاز لا ينبغي الاشكال في صحة العقد نعم لو لم يفكه
توقف صحة العقد على اجازة المرتهن وذلك لان حكم الاجازة حكم البيع البدوي ومجرد الرهنية لا يوجب عدم صحة البيع
فلا يضر الرهانة بعد العقد اذا ارتفعت قبل الاجازة في تاثير الاجازة ومما ذكرنا ظهر ان ما اختاره صاحب الجواهر والمص لا
يصح باطلاقه فتامل جيدا قوله قده وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات اه لا يخفى ان الاحكام المترتبة على ملكية
احد المتبايعين تختلف على الكشف والنقل كتعلق الخمس والزكوة والايمان والنذور المتعلقة بملك احدهما وتعلق الخيارات
كخيار الحيوان والعيب والغبن نعم لا يبعد سقوط خيار المجلس في المقام لان مجلس العقد لا اعتبار به ولو على الكشف الا الكشف
بمعنى عدم دخل الاجازة في التاثير اصلا كما اذا قلنا بصحة العقد في علم الله لو اجاز المالك وذلك لاعتبار الاجازة
في تاثير العقد على سائر الاقوال ومجلس الاجازة ايضا لا اعتبار به لانه ليس مجلس العقد فلو بقي المجلس الى زمان الاجازة

نعم والأبصر مجلس العقد مجلس الوكيلين في اجراء الصيغة وهكذا يكمل الأمر في مجلس التصرف والتسلم فان القبض المعتبر فيهما لا يمكن الالتزام باعتباره في مجلس العقد لو على القول بالكشف ولا باعتباره في مجلس الاجازة ولو على النقل والا لتزم ببطلان الفضولي فيما اشكل وهكذا ثبوت حق الشفعة بمجرد العقد لو على الكشف مشكل وبعد الاجازة ولو على النقل مشكل لا سيما بناء على الفورية ويظهر ثمرة القولين فيما لو باع الفضولي حصة احد الشريكين من زيد وقبل الاجازة باع الشريك الآخر حصته من عمرو ثم اجاز الشريك فعلى الكشف يكون حق الشفعة لزيد لانه صار شريكا للبايع الثاني وعلى النقل بصير لعمرو لانه صار شريكا للمجيز فلزيد الاخذ بالشفعة من عمرو على الكشف ولعمرو الاخذ بالشفعة من زيد على النقل واما ثمرة القولين في ترتب العقود على الثمن او المثمن ففي الكلام فيها انشاء الله تعالى قوله قده وينبغي التنبيه على امور الاول اه لا ريب في ان النزاع في حكم الاجازة انما هو بحسب اعتبارها شرطا وعرفا في عقد الفضولي لا في معناها اللغوي عرفا فالقائل بالكشف يقول حيث ان المالك يسند الى نفسه ما وقع من الفضولي في موطنه فيقتضي ان يكون اجازته مؤثرة في الملكية حال العقد والقائل بالنقل يقول بان العقد تام حين الاسناد فهما مختلفان في عالم الثبوت في ان اوفوا بالعقود هل تتعلق بالمالك حين العقد او حين الاجازة فاذا كان الامر كذلك فلو قصد القائل بالكشف انشاء الالتزام بمضمون العقد من حين الاجازة وقصد القائل بالنقل عكس ذلك ففي صحة الاجازة وجهان ثم ان الكلام في صحتها يقع في مقامين الاول صحتها على طبق ما قصدها والثاني اصل صحتها بحيث لا كتفاء بها وحدها الافتقار الى اجازة جديدة على طبق ما اعتقده المجيز من القولين اما الكلام في المقام الاول فبعد ما عرفت من ان اختلاف القولين انما هو في اقتضاء عقد الفضولي الذي تعقبه اجازة المالك للكشف او النقل بحسب ثبوت شرعا فلا يمكن القول بصحة الاجازة ووقوعها على طبق ما قصد لان اقتضاءها ذلك ليس من قبيل الاقتضاء بحسب الاطلاق لو خلي وطبعه حتى يمكن تقييده اي ليس من قبيل اقتضاء العقد سلامة المبيع حتى يمكن اسقاطها بالعيب بالشرط فيقال في المقام بان الاجازة تقتضي الكشف او النقل اطلاقا فيمكن تقييدها بالنقل ولو على الكشف وبالكشف ولو على النقل بل هي بحسب الحكم الشرعي تقتضي تحقق الملكية من حين العقد ومن حينها فلا يمكن ان تقع على طبق ما قيدها المجيز واما الكلام في المقام الثاني فان ان تقييدها بما يقتضاه مختاره لا بوجب شمولها لان غاية الامر ان يكون من قبيل الشرط المخالف للكتاب والسنة ويجيء في محله ان الشرط الفاسد لا يسري فسادها الى المشروط سواء كان المشروط عقدا ام ايقاعا بل الامر في الايقاع اظهر فان مضمون الايقاع يحصل بمجرد الانشاء فيلغو ما يأتي بعده وليس الشرط موجبا للتعليق بل ولو قلنا في العقد بان التمليك منوط بالشرط ولا تمليك بدونه الا ان ليس حكم الايقاع حكمه لان وقوع الاثر المترتب عليه لا يناط بالشرط فان الايقاع ليست من باب المعاوضة وبالجملة فشمول الاجازة يدور مدار القول بشمول العقد والايقاع بشمول الشرط وعلى القول به

فان الشرط في الايقاع انما هو شرط حكمها شرط لا في متعلقها

في انه يشترط في الاجازة ان تكون باللفظ

يتوقف عقد الفضولي على اجازة اخرى لان فساد الاجازة لا يؤثر في فساد العقد وليس كالاجازة بعد الرد قوله قده
الثاني انه يشترط في الاجازة ان تكون باللفظ اه الكلام في هذا التنبيه يقع من جهات الاولى في كفاية الرضا الباطني
وعدمها الثانية بعد اعتبار انشاء الرضا وعدم كفاية الرضا الباطني هل يكفي الفعل او يعتبر القول الثالثة بعد اعتبار القول
هل يشترط ان يكون باللفظ الدال على الاجازة بالصراحة العرفية او يكفي الكناية والحق في الجهة الثالثة كفاية الكناية وان لم نقل
بها في العقود لان المحذور الجاري فيها لا يجري في الاجازة فان الكناية عبارة عن استعمال اللفظ في معناه لينتقل ذهن السامع
منه الى لازمه او ملزومه بحيث يكون الانتقال من دواعي الاستعمال فان كان معناه غير المعنى المقصود من العقد فلا يفيد كون
الداعي عنوان احد العقود لان الدواعي والاغراض لا اعتبار بها في العقود وهذا بخلاف الاجازة فان المقصود بها ليس عنوانا
خاصا بل يكفي فيها كل ما يدل على الرضا وكل لفظ يوجد به الاستناد فاذا عد المعنى الكنائي للفظ مصداقا لما ينشأ به
الرضا والاختيار كقوله بارك الله في صفقة يمينك او احسنت او جملت او جزاك الله خيرا ونحو ذلك فلا مانع من انشاء
الرضا به ولا وجه لاعتبار خصوص لفظ اجزت او امضيت والحق في الجهة الثانية كفاية الفعل لانه كالقول مصداق لانشاء الرضا
وايجاد الاستناد فلو سلم المالك المبيع الى المشتري او مكنت الزوجة نفسها من الزوج او تصرف المالك في الثمن وهكذا فلا
يحتاج الى اجازة لفظية وذلك واضح بعد ملاحظة ادلة المعاطاة وباب الخيارات واما الكلام في الجهة الاولى فالاقوى عدم
كفاية الرضا الباطني واعتبار فعل او قول ينشأ به الاستناد وما ذكره المص شاهدا لكفايته لا يخلو من منع اما ما استظهره من
النصوص والفتاوى ففيه نظر اما النصوص فخبر السكرانة لا يدل الا على كفاية تمكين الزوجة لا على عدم اعتبار الانشاء اصلا و
خبر نكاح العبد فظاهر قوله سكوتهم عنك اقرار منهم بالنكاح ان السكوت عرفا كسكوت البكر امضاء وخبر التوقيع وهو لا
يحل مال امرء لا يدل الا على جواز تصرف الغير مع اذن المالك ورضاه لا على حصول التمليك والتملك بمجرد الطيب واما الفتاوى
فلا تدل الا على عدم اعتبار اللفظ لا على كفاية كل شيء حتى الرضا الباطني كما ان مفاد لا يحل ايضا ليس الا اعتبار الرضا لا عدم
اعتبار شيء اخر والمفروض ان الفضولي فاقد لامرين طيب نفس المالك واستناد العقد اليه وقد ذكرنا ما يزيد توضيح ذلك في
اول بحث الفضولي وبالجملة التمسك بمثل هذه الادلة لكفاية الرضا الباطني مع عدم كفاية الكراهة الباطنية للرد في غاية
الوهن واما التمسك بالعمومات فحاله كذلك لان عقد المالك يصير عقدا له لو انشأ الامضاء ومجرد رضاه باطنا لا اثر له بل يعتبر
صدور ما هو مصداق للامضاء منه كاجزت او رضيت او التصرف في المنتقل اليه او تسليم المنتقل عنه وهكذا كل قول او فعل كان
مصداقا للرضا والامضاء ولا يبعد ان يكون مراد من اكتفى بالرضا هو عدم خصوصية للفظ مخصوص بل المدار في الاجازة
هو اختيار ما اوجده الفضولي وارتضاؤه اياه وقد تقدم ان الرضا يطلق على معنيين احدهما الاختيار ويتعدى بالنفس او بمن و
ثانيهما الطيب المقابل للكراهة ويتعدى بالباء هذا مع انه لو سلم ظهور الفتاوى في كفاية الرضا الباطني الا ان الكلام في صحة

ما هو ظاهر الفتاوى مع عدم تحقق الاجماع على كفاية مجرد الطيب ثم بعد تعذب الاخيار فى العقد القاصر من حيث الانشاء كعقد الفضولى فهل يلحق به ما هو قاصر من حيث المانع كعقد الراهن ونحوه او يكفى مجرد طيب النفس من المؤمن او الغرماء الاقوى انه من قبيل القصور فى المقتضى لان بعد تعلق الحق به يجب استيفاؤها بالاجازة واستيفاؤها والرضا الباطنى ليس استيفاؤها نعم لو استكشفنا فى موردان تعلق الحق من باب احترام دمى الحق وتفاؤنا نكون قائلا بعدم توقف العقد على بيت الاخ والاخذ على الاذن العمرة والخمائر فالحق كفاية مجرد رضاه وعليك بالتامل فى ابواب العقود والمتتبع فى موارد الحقوق قوله رحمه الله الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد اه استدل على اعتباره تخلل الرد بين العقد والاجازة بامور ثلاثة الاول الاجماع الثانى ان الرد موجب لانحلال العقد فهو بمنزلة ما يتخلل بين الايجاب والقبول ما يوجب خروجهما عن صدق العقد على ما ذكرنا فى شروط الصيغة من ان المتعاقدين والمتعاهدين الموجب والقابل وعقد كلامهما عقدا انما هو لارتباط كلام كل واحد منهما بالاخر والا كانا ايقاعين فالرد الواقع بين العقد والاجازة بمنزلة رد الايجاب الواقع بين الايجاب والقبول وبمنزلة فسخ ذى الخيار كما ان الاجازة بمنزلة امضاء العقد وانفاذه الثالث ان مقتضى سلطنة المالك على ماله هو تاثيره فى قطع علاقة الطرف الاخر عما انتقل اليه ولكنك خبير بان الوجهين الاولين قابلان للمناقشة اما الاجماع فتحققه ممنوع بل قد يقال بانه لا اشعار به فى كلمات العلماء الاكلام الشهيد فى القواعد وعلى اى حال اذا كان مدرك المجمعين الوجهين الاخيرين او احتمل ذلك فلا اعتبار به واما كون الرد بمنزلة ما يتخلل بين الايجاب والقبول فممنوع ايضا لان رد الموجب قبل القبول وهكذا رد القابل قبل قبوله لو كان بانيا فى حكم رد الموجب قبل قبول القابل انما يكون مضرا لكونه ابطالا للعهد والعقد واما رد المالك فهو لا يضر بصحة العقد فمع العقد لا ينتسب اليه الا بعد الاجازة ولا يضر الرد بالانتساب فاى مورد تحقق الاجازة تحقق الانتساب ولو بعد الرد وبالجملة فرق بين رد الموجب ايجابه قبل القبول ورد المالك عقد الفضولى قبل الاجازة فان الرد فى الاول يوجب بطلان العقد معه لا يصح المعاهدة والمعاقدة بخلاف الرد فى الثانى فانه بعد تحقق العقد من الفضولى والاصيل لا يؤثر رد المالك فى ابطال العقد الا ان يضم الى هذا الوجه الوجه الثالث ويقال ان الرد لما كان موجبا لرفع علاقة الطرف كان موجبا لانحلال العقد ولذا انحل فلا تؤثر الاجازة بعده فالاولى البحث عن الوجه الثالث فنقول قد يقال انه ليس من انحاء السلطنة على المال سلطنة على اسقاط عقد الفضولى عن قابلية لحوق الاجازة فانه السلطنة على الحكم لا على المال وليس الرد فى المقام كرد احد المتعاقدين قبل انشاء الاخر فى كونه مبطلا لانشاء الاخر لان العقد فى المقام تام من طرف الفضولى فانشاء المالك يحتاج الى الاجازة واما رده فلا يبطل العقد فله الاجازة بعد الرد هذا مع انه لا نسلم حصول العلقة للطرف الاخر حتى يكون الرد قاطعا لها قابل المالك بعد بيع الفضولى باق بحاله لم يتعلق به حق الغير نعم للمالك ان ينقله اليه بالاجازة كما كان له ان ينقله اليه قبل بيع الفضولى وحاصل الكلام

شرط ثالث فى الاجازة ان لا يسبقها الرد

ان للمالك قبل بيع الفضولي البيع وعدمه وليس له بعد ذلك الا الاجازة وعدمها واما ثبوت امر وجودي له وهو الغاء
بيع الفضولي عن التأثير بحيث لا يقبل الاجازة بعد الرد لا من نفسه ولا من وارثه اذا مات فلا دليل عليه وعموم السلطنة لا يقتضي الا
ان طرفي النقيض بيده واما ثبوت ضدين وجوديين كما في الخيار الذي هو ملك اقرار العقد وازالته فلم يقم عليه دليل ولم
يتصرف الفضولي في ماله حتى يكون له ابطاله فليس له الا السلطنة على الاجازة وعدمها ومثل هذا حكم شرعي ولا يعد من
العلقة هذا مع ان قاعدة السلطنة تقتضي تأثير الاجازة بعد الرد ايضا ثم ان هذا كله بعد تسليم عموم القاعدة واما لو قلنا
بانها ليست مشرعة ولا تنفع الا في نفوذ ما ثبت في الشرع جوازه فالتمسك بها في المقام لا اساس له اصلا للشك في ثبوت
هذه السلطنة للمالك هذا محصل ما اورده الاعلام الميرزا الرشتي والمحقق الخراساني والسيد الطباطبائي في حواشيهم على المتن
ولكن الانصاف عدم ورود هذه الاشكالات عليه وان اشار اليها او الى بعضها بقوله قده فتأمل اما مسئلة كون اسقاط العقد
عن قابلية لحوق الاجازة من الاحكام لا من الحقوق فهذه دعوى لا شاهد لها بل كونه راجعا الى الحقوق المالية ظاهر فان
البيع من الغير من السلطنة المالية وثبوتها للمالك بأدلة نفوذ البيع ايضا واضح فرد البيع ايضا من انحاء السلطنة وشمول
عموم القاعدة لهذا النحو من السلطنة لا ينبغي الاشكال فيه بل لو لم نقل بان السلطنة على اسقاط العقد من السلطنة على
المال بل هو من الاحكام الشرعية الثابتة للمالك كثبوت جواز البيع والهبة ونحوهما له الا انه لا شبهة ان هذا الذي ثبت
له شرعا اذا تحقق منه ينفذ عليه ولا يمكنه حله وايجاد ضده فرده عقد الفضولي كجواز البيع له فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره
منه فكذلك لا ينفذ منه ابطال رده بعد تحققه منه وعلى هذا فمعنى سلطنته ان يكون كلا طرفي الاجازة والرد راجعا اليه
فاذا اعمل احدهما فلا يبقى محل للآخر وليست السلطنة عبارة عن ملك الاجازة وعدمها كما افاده المحشون بل هي مثل
سلطنة ذي الخيار على الفسخ في ان طرفيها وجودي اي له اقرار العقد وحله فلو رده تبطل المعاملة بين المالين فان كون طرفي
العقد تحت سلطنته يقتضي ان يكون رده كاجازته غير قابل لطرو ضده عليه وبالجملة وان لم يتصرف الفضولي في ملك المالك
ولم يتحقق المنشأ بانشائه في عالم الاعتبار الا انه تحقق منه المنشأ بنظره فانه اوقع التبديل بين المالين ومقتضى السلطنة المطلقة
الثابتة للمالك بمقتضى الناس مسلطون على اموالهم ان يكون له ابطال هذا الانشاء والا فيكون سلطنته قاصرة وعلى هذا
يؤثر رده كاجازته نعم رد المرتهن بيع الراهن ليس موجبا لزوال اثر عقده لان المرتهن ليس له سلطنة على العقد الواقع على
المال وانما له استيفاء دينه من العين المرهونة ومجرد العقد عليها لا يكون مزاحما لهذا الحق فيؤثر عقد الراهن لو فك الرهانة
وان فسخ المرتهن فينحصر بطلان عقده ببيع المرتهن خارجا لان به يذهب موضوع عقده وهكذا الحكم في فسخ ذي الخيار
فان من عليه الخيار لو باع المال وقلنا بتعلق الحق بالعين فلذي الخيار رد العين الى ملكه لا ابطال العقد الواقع ممن عليه
الخيار فلو فسخ عقده لا يؤثر فسخه نعم لو فسخ العقد الاول بطل الثاني واما قولهم بانا لا نسلم حصول العلقة للطرف حتى يكون

الرد قاطعا ففيه انه وان لم تحصل له العلقة شرعا لكنها حصلت له عرفا فالرد يبطل هذه العلقة هذا مع ان تأثير الرد في
ابطال اثر العقد لا يتوقف على تحقق العلقة فعلا بل يكفي شأنية تحققها ولا شبهة ان عقد الفضولي مادة قابلة للحوق الاجازة
عليها بحيث لا تحتاج الى انشاء جديد وليست الاجازة عقدا مستأنفا فالرد مقابل للاجازة وهو يسقط العقد عن القابلية
واما دعوى ان قاعدة السلطنة متعارضة وكما انها تقتضي تأثير الرد في ابطال اثر العقد فكذلك تقتضي تأثير الاجازة بعد الرد
ايضا ففيه ما لا يخفى لان بعد بطلان العقد بالرد وذهاب اثره به ليس هناك موضوع تؤثر الاجازة فيه وتوهم دلالة الصحيحة
الواردة في بيع الوليدة على تأثير الاجازة بعد الرد في غير محله لما تقدم انه لم يعلم الرد من مالك الوليدة ومجرد اخذ المبيع
لا يكشف عن الرد فان الرد عنوان انشائي يتوقف تحققه على قول او فعل كان مصداقا له وليس اخذ الجارية ردا فعليا
لامكان ان يكون اخذها من باب التمسك بالملكية الفعلية الثابتة للمالك قبل الاجازة وقد تقدم ايضا انه يمكن ان
يكون الامساك لاجل اخذ الثمن لا لرد بيع ابنه وبالجملة مجرد امساك المبيع ليس ردا من مالكه فانه من مقتضى طبعه الاصلي وهو
تصرف كل مالك في ملكه وليس مطلق التصرف ردا فعليا بل لو سلمنا ان تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه اقرار للعقد وفيما انتقل عنه
فسخ لكن تصرف المالك في ماله في المقام ليس كاشفا عن رده عقد الفضولي لعدم كونه كاشفا نوعيا عنه ولا مصداقا فعليا منه
لان تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه تشبث بالملكية السابقة فبه يتحقق الفسخ والا يكون تصرفا في مال الغير ولذا يتحقق بكل فعل
ينافي صدوره منه مع كون المال ملكا للغير كالعرض على البيع والعقد الفاسد ونحوهما واما تصرف المالك في المقام فحيث
انه في ملكه وبمقتضى طبعه الاصلي فليس مصداقا للرد **قوله** قده الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله اه
محصل ما افاده في هذا التنبيه ان ثبوت الاجازة للمالك وتأثيرها منه ليس من قبيل ثبوت الخيار لذي الخيار من الحقوق القابلة
للاسقاط والانتقال الى الغير بموت ونحوه بل هو من الاحكام الشرعية الثابتة للمالك كجواز البيع والهبة والصلح ونحو ذلك
له فكما ان للمالك بيع ماله ابتداء مباشرة او توكيلا فكذلك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا وعلى هذا فلو مات المالك لم
تورث الاجازة لانها ليست مما تركه الميت نعم لمن انتقل اليه المال اجازة بيع الفضولي بناء على جواز المغايرة بين المالك حال
العقد والمالك حال الاجازة ولكن لا من باب ارث الاجازة بل من باب ارث المال وعلى هذا فمن لا ينتقل اليه المال
بموت المالك حال العقد ليس له الاجازة وبالجملة الفرق بين ارث الاجازة وارث المال ظاهر فانه على الاول يكون
كارث الخيار فيشترك جميع الورثة فيها حتى من ليس له نصيب من المال كالزوجة في بعض الموارد على اشهر الاقوال كما سيجيء
انشاء الله في احكام الخيار بخلاف الثاني فانها ليست للزوجة **قوله** قده الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض
المثمن اه البحث في هذا التنبيه يقع من جهات الاولى انه لا ملازمة بين اجازة البيع او الشراء وبين اجازة قبض الثمن او المثمن
ولا لاقباضهما وذلك لعدم جريان دلالة الاقتضاء في العقود التي لم يكن القبض جزء المؤثر ولا شرطا لصحتها نعم فيما كان

في ان الاجازة من الاحكام لا الحقوق

في ان اجازة البيع ليست اجازة للوازم

كذلك كباب الصرف والسلم وباب الوقف والرهن والهبة فاجازة العقد اجازة للقبض ايضا بل يمكن ان يقال باختصاص
ذلك بباب الصرف والسلم فان حكم القبض فيهما حكم الايجاب والقبول ولذا لو اقر بالبيع فاقراره به اقرار بجميع اجزاء العقد و
هذا بخلاف باب الوقف ونحوه فانه لو قال وقفت الدار لا يحكم بانه اقر باقباضه الدار نعم لو اقر بان هذا الدار وقف يحكم
بالقبض ايضا والفرق واضح وبالجملة لا ملازمة بين اجازة البيع واجازة القبض مطلقا الثانية هل القبض او الاقباض
قابل للاجازة ام لا قد يقال بان الفعل الخارجي لا ينقلب عما هو عليه بالاجازة ولكنك خبير بان الفعل لا ينقلب عما
هو عليه بالنسبة الى الآثار الماضية واما الآثار الباقية فبالامضاء والاجازة يمكن ان يؤثر فيها نعم لو قيل بان النزاع في
الكشف والنقل لا يجري في اجازة القبض والاقباض بل لا بد من الالتزام بالنقل لكان في محله فالصواب ان يقال ان
البحث يقع تارة في قابلية القبض والاقباض للاجازة واخرى في جريان نزاع الكشف والنقل فيها ثم ان البحث تارة في قبض
العين الشخصية واخرى في الكلي اما الثاني فالحق عدم الفرق فيه بين الكلي والشخصي لا لعموم ادلة الفضولي حتى يمنع عنه
كما في المتن بل لعموم ادلة الوكالة فكما ان لنفس المالك تعيين الكلي في الشخص وجعل الشخص مصداقا لما في الذمة
فكذلك لوكيله او المأذون من قبله ذلك فلو اجاز قبض الكلي او اقباضه فلا مانع من تأثير الاجازة وصيرورة الكلي
مشخصا في المقبوض واما البحث الاول فاصل تأثير الاجازة فيهما لا ينبغي الاشكال فيه من غير فرق بين وقوع اصل
المعاملة بين المالكين او الفضوليين او المختلفين مثلا لو اجاز المالك الذي بيع ماله فضولا قبض هذا الفضولي او
الفضولي الآخر ثمن ماله كان الفضولي وكيلا في قبض ماله فيكون بمنزلة نفسه في قبض الثمن ولو اجاز اقباض الفضولي المبيع الى المشتري
كان وكيلا من قبله وعلى اي حال القبض والاقباض لا يعتبر فيهما المباشرة فلا مانع من تأثير الاجازة فيهما نعم لا يجري
فيهما نزاع الكشف والنقل لان الاجازة المتعلقة بهما كالاجازة المتعلقة بالعقود الاذنية تؤثر من حينها فلو وقع
التلف بين القبض والاجازة فلا يمكن ان لا يؤثر هذا التلف في الانفساخ لتعقب القبض بالاجازة بل لا يبقى
محل للاجازة نعم لو تلف المبيع بعد الاجازة خرج عن ضمان البايع لان بالقبض ينتقل الضمان وينقلب المعاوضي منه
الى الضمان بالمثل والقيمة كما سيجيء في محله وبالجملة لا اشكال في تأثير الاجازة في القبض والاقباض ويكونان بمنزلة تحققهما
من المالك لا لما افاده المص في وجه ذلك من ان مرجع اجازة القبض الى اسقاط الضمان عن عهدة المشتري فان هذا انما يصح
لو قلنا بان ضمان المشتري الثمن بمقتضى القاعدة اي من باب الشرط الضمني فيكون اجازة البايع قبضه اسقاطا للشرط واما لو قلنا
بانه من باب التعبد الثابت في المثمن وتسريته الى الثمن من باب جعل المبيع مثالا في قوله كل بيع تلف قبل قبضه فهو من مال
بايعه فيمكن منع شمول النص لقبض الفضولي لانه لا اثر لاسقاط الضمان ولو صرح به المالك فانه بناء على هذا يكون تلف المبيع
على البايع حكما تعبديا غير قابل للاسقاط بل الوجه فيه هو ما ذكرناه من ان مرجع الاجازة الى التوكيل وعلى اي حال فلا بد

من الالتزام بالنقل وليست الاجازة في جميع الابواب قابلة لنزاع الكشف والنقل فيها ولذا التزم المحقق الثاني مع توغله في الكشف بالنقل في اجازة المرتهن وما التزم به في مسئلة الرهن وان لم يصح كما تقدم وجهه وهو ان الاجازة ترجع الى العقد والعقد قابل لان ينقلب بالاجازة الا انه يصح في مسئلة الفضل فانه بالاجازة لا ينقلب عما هو عليه والفرق في ذلك هو ما تقدم الاشارة اليه سابقا من ان تأثير الاجازة فيما قبلها انما هو في الامور الاعتبارية لا الامور التكوينية فانها لا تكون مراعى برضا احد واجازته الثالث تدل على انه لو كان القبض جزء المؤثر من العقد فاجازة العقد اجازة له ايضا ولكن هذا يصح لو كان المجيز عالما بذلك واما في صورة الجهل فلا نتم دلالة الاقتضاء ان تمامية دلالة الاقتضاء في صورة العلم انما هو فيما لم يتعقب اجازة العقد بما ينافي صحته فلو قال اجزت العقد ولا القبض بطل العقد ولا وجه لاحتمال الغوية ترد القبض ولا تجري ذلك في الشرط المنافي لمقتضى العقد مع انهم لا يلتزمون بلغويته بل يحكمون بانه مفسد للعقد بلا اشكال وانما يكون نزاعهم في الشرط الفاسد من جهة اخرى في انه هل مفسد للعقد مطلقا او لا مطلقا والتفصيل بين الموارد والفرق في ذلك هو ان الاخذ بظاهر الكلام انما هو بعد فراغ المتكلم عن كلامه واما ما دام متشاغلا به فلا ان للحق به ما يخرجه عن الظهور المتصور فيما عقب العقد بما ينافيه كقوله بعتك بلا ثمن او قوله اجزت العقد ولا القبض بطل واحتمال الغوية المنافي لا وجه له مع ان الكلام قد يجيء في ذكر الثمن وتوابع العقد كالشروط وينادي بما قلنا قولهم قدس سره الناس الاجازة ليست على الفور للعموم اه لا يخفى ان الموارد التي يقال فيها بالفورية كخيار الغبن والشفعة ونحوهما انما يقال بها فيها لان القطع مجبور على دفع ما يكره والاخذ بما يحبه فاذا لم يعلم الجامع علمه بثبوته فلا محالة اما مقدم على الضرر او مسقط لحقه وهذا المعنى لا يجري في الفضولي فلا وجه لان يكون فوريا هذا مع دلالة صحيحة محمد بن قيس على جواز التراخي ثم لو لم يرد ولم يجز فهل الاصيل الزام باحد الامرين او له التخيير بين الفسخ والامضاء او مخير بين الامرين او ليس له حق اصلا وجوه ثمان هذه الوجوه هل تجري على القول بالكشف او مطلقا وجهان والصحيح ابتناء الجهة الاخيرة على ما اختاره المصنف قدس سره وما اخترناه فعلى ما اختاره قدس سره من جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل تخصص بالكشف لانه بناء على النقل لا يتصرف الاصيل وانما بناء على المختار من عدم جواز تصرف الاصيل انما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه مطلقا ولو بناء على النقل فيجري على كلا المسلكين واما الجهة الاولى فاجيب المالك على احد الامرين من الاجازة او الرد فرع ثبوت حق الاصيل على المالك وثبوت حق له عليهم ولا يمكن قياس المقام على الخيارات فان في ذاك الباب الالتزام بالمعاوضة يقتضي ان يكون لمن عليه الخيار الزام ذي الخيار بالفسخ او الاجازة لو تضرر بما طلزم وله الخيار وفي المقام ليس بين المالك والاصيل الزام والتزام فلا وجه لثبوت حق الاجبار بين الرد والاجازة للاصيل فالوجه الاول لا وجه له واما الوجه الثاني فقد مر ان الجزء الاخير من العلة التامة لتصرف الاصيل هو لزوم العقد عليه فاذا انتفى اللزوم يكون له الخيار بين الفسخ والامضاء ولكن يشكل هذا في باب النكاح فان ثبوت الخيار لاحد الزوجين في غير الموارد المنصوصة مشكل لما بيناه في محله ان لزوم

فان ينفي الشرط جاز على الفور

النكاح حكمي ولذا لا يصح جعل الخيار فيه ولا يجري فيه الاقالة واما الوجه الثالث وهو تخيير الاصيل بين الزام المالك
باحد الامرين من الاجازة والرد وبين اختيار الفسخ او الصبر فلتوهم ان سلطنة المالك على ماله ولزوم العقد كليهما ضرر عليه
فاذا ارتفعا بقاعدة نفي الضرر ثبت التخيير له بين فسخ العقد والصبر وبين اجبار المالك على احد الامرين ولكنه فاسد لان نفس
سلطنة المالك في حد ذاتها ليست موجبة لضرر الاصيل وانما الموجب له والجزء الاخير من العلة التامة له هو لزوم العقد
من طرفه فلا بد ان يكون المنفي خصوص اللزوم واما الوجه الرابع فلتوهم اقدام الاصيل على الضرر فلا يكون له حق اصلا
لانه كان يحتمل ان لا يقدم المالك على الرد او الاجازة بل يبقى المعاملة معلقة ومع احتماله ذلك فالضرر يستند اليه لا
الى لزوم العقد كما سيجيء في باب خيار الغبن ان احتمال الغبن موجب لعدم ثبوت الخيار للمغبون وفيه ان هذا مختص بالاحتمال
العقلائي وهذا لا يتطرق في باب الفضولي فان المالك بحسب طبعه الاصلي امره دائر بين الاجازة والرد واما ابقاء
المعاملة معلقة فاحتماله بعيد فلا وجه لعدم ثبوت الخيار قوله قده السابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد
الواقع عموما او خصوصا ام لا اه لا يخفى ان ما اختاره قده من عدم اعتبار مطابقة الاجازة للعقد الواقع عموما او خصوصا
بحسب الاجزاء هو الحق بحسب القواعد لان حكم الاجازة حكم البيع ابتداء فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء فكذلك
يجوز له اجازة بعضه وقياس المقام على مسئلة الفسخ بالخيار في عدم جواز التبعيض في اعماله الا في مختلفي الحكم قياس مع الفارق
بل المقام نظير البيع الابتدائي وذلك لان في باب الخيار انما نقول بعدم جواز الفسخ في بعض اجزاء المبيع اذا كانت
متفقي الحكم من جهة ان الحق لا يتبعض الا اذا كان متعلقه متعددا ابتداء او طرء عليه التعدد كما اذا انتقل الى الورثة
واما المبيع الواحد الشخصي كحيوان خاص فليس لذي الخيار اعمال الخيار في بعضه لان العقد على الحيوان الشخصي لا ينحل الى عقود
متعددة ولا يقع نصف الثمن بازاء نصف المبيع مثلا فملاك جواز الفسخ بالنسبة الى البعض هو انحلال العقد الى عقود
متعددة من حيث اختلاف اجزاء المبيع في الحكم كما اذا كان مالكها مختلفا او كان بعضها مما لا يقبل التملك او كان بعضها
حيوانا وبعضها غير حيوان ونحو ذلك واما ملاك الاجازة فهو بعينه ملاك البيع الابتدائي فيجوز للمالك جعل المبيع متعددا
بحسب الاجازة فيجيز في بعضه حتى يصير للمجاز له ويرد في بعضه حتى يبقى على ملكه فيتعدد مالكه وبالجملة لم يقم دليل على المنع من
جعل المبيع متعددا من حيث الحكم وليس جواز الاجازة والرد للمالك كثبوت الخيار له الذي هو من الحقوق لانه من الاحكام
ومن اثار السلطنة على المال فيجوز له تنفيذ عقد الفضولي بالنسبة الى بعض متعلقه غاية ما في الباب ان الاجازة في البعض
تخالف الشرط الضمني وهو انضمام بعض اجزاء المبيع الى الاخر فالصواب ابتناء مسئلة مخالفة الاجازة للعقد بالنسبة الى
بعض المبيع على مخالفتها له من حيث الشرط فينبغي تحرير حكم الشرط اولا ثم الحاق الجزء به ثانيا فنقول الشرط تارة يقع في ضمن
العقد واخرى في ضمن الاجازة وعلى الاول فتارة يكون للمالك على الاصيل واخرى للاصيل على المالك فلو كان للمالك

في اعتبار مطابقة الاجازة للعقد وعدمه

فلا اشكال في صحة اجازة العقد بلا شرط على ما هو التحقيق من ان الشرط في ضمن العقد لا يوجب التعليق بل هو التزام في
التزام فلو اجاز المالك التزام الفضولي باصل المعاوضة ولم يجز التزام الاصيل بالشرط على نفسه بل تجاوز عنه فلا ينبغي
الاشكال في ان له ذلك لتجاوزه عن حقه الذي التزم به الاصيل على نفسه واما لو كان للاصيل على المالك فاجاز العقد بلا
شرط فالاقوى صحة العقد وثبوت الخيار للاصيل لان المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الايجاب والقبول الذي يكون ضميمة
لاحد العوضين فكما ان تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فانه وان لم يتعذر
خارجا الا ان امتناع المجيز وعدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر ولا وجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد والاناطة
والحق عدمه ولذا نقول بان الشرط الفاسد غير مفسد للعقد الا اذا صار موجبا لاختلال احد اركان العقد وبالجملة هنا
مسائل ثلاث ينبغي ان يكون حكم الجميع واحدا الاولى تعذر الشرط خارجا الثانية تعذره شرعا كالشرط المخالف للكتاب
والسنة والثالثة مقامنا هذا وهو عدم رضا المالك بالشرط ولا وجه للحكم ببطلان العقد بمجرد عدم مطابقة الاجازة
له هذا اذا كان الشرط في ضمن العقد واما اذا كان العقد مجردا واجاز مع الشرط فالشرط ايضا تارة على المجيز واخرى على
الاصيل فلو كان على نفسه فلا اشكال في حكمه واما لو كان على الاصيل اي الطرف فتارة يرضى به واخرى لا يرضى به فلو رضي
فلا ينبغي الاشكال ايضا في صحته لان الحق بينهما غاية الامر انه من الشروط الابتدائية لانه لم يقع في ضمن العقد فيبتني
لزومه على لزومها وعلى اي حال صحة الاجازة لا اشكال فيها لمطابقتها لاصل الالتزام العقدي بل قد يقال بانه اذا
رضي الاصيل بالشرط فيخرج عن الشروط الابتدائية ويدخل في الشروط الواقعة في ضمن العقد ولكنه غير وجيه لان مجرد
الرضا لا اثر له بل لو صرح بقوله رضيت بذلك لا يدخل في الشروط الواقعة في ضمن العقد لانها هي التي تقع بين الايجاب
والقبول لا بعد تمامية العقد بل لو وقعت بين الايجاب والقبول ولم تكن ضميمة لاحد العوضين لا تخرج من الشروط
الابتدائية وسيجيء انشاء الله في باب الشروط ان منشأ عدم لزومها عدم تحقق ملزم لها لكونها في حكم الهبة الغير المعوضة واما
لو لم يرض به الطرف فحكمه حكم تعذر الشرط ولا وجه لبطلان الاجازة فعلى هذا لا وجه لما افاده المصنف قده من قوله اقويها
الاخير **قوله** قده واما القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور الكلام في المسائل المتعلقة بشرايط المجيز من جهات الاولى ان يكون
جايز التصرف حال الاجازة الثانية في اعتبار وجود المجيز الفعلي حال العقد وعدمه الثالثة لو قيل باعتبار وجوده فهل يشترط
ان يكون جايز التصرف حال العقد ام لا ثم عدم جواز تصرفه اما لتعلق حق الغير بماله واما لكونه غير مالك ثم صار مالكا
حال الاجازة اما الجهة الاولى فاشتراط جواز تصرف المجيز فيما يتعلق اجازته به حال الاجازة من القضايا التي قياساتها
معها لان حكم الاجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط فيه من البلوغ والعقل والرشد وهكذا فلو باع الفضولي
ما تعلق به حق الغرماء او المرتهن فاجازة المفلس او الراهن بنفسها لا تؤثر سواء قلنا بالكشف ام النقل وسواء تعلق حق الغير

في شرايط المجيز

بمال المجيز قبل العقد ام بعده وتوهم الفرق بين الكشف والنقل فاسد كما تقدم وجهه وهو ان تأثير الاجازة مع تصرف المجيز
بما ينافي الاجازة دور واضح فان بطلان تصرفه يتوقف على تأثيرها وتأثيرها يتوقف على بطلانه ولا عكس فان تصرفه وقع
من اهله في محله فارهان المالك المبيع قبل الاجازة يوجب عدم تأثير الاجازة والسر في ذلك هو ما ذكرناه من ان الاجازة
كالبيع الابتدائي وثبوت الاجازة للمجيز ونفوذها منه انما هو حكم شرعي من آثار السلطنة على المال فاذا كان المالك
ممنوعا من التصرف في ماله فهو ممنوع من الاجازة ايضا فلا يقاس مسئلة الاجازة على مسئلة اعمال الخيار من المفلس و
المريض لان الخيار حق مستقل في عرض المال ولا يدور مدار جواز التصرف في المال فالمنع من التصرف فيه لا يلازم المنع من
اعمال الخيار وهذا بخلاف الاجازة فانها تابعة للملك وحكم شرعي يدور مدار السلطنة على المال واما الثانية فالاقوى
عدم اعتبار وجود مجيز فعلي نافذ الاجازة حال العقد فلو بيع مال اليتيم بلا مصلحة له او زوج مع عدم وجود الاب والجد
ولا الوصي من قبلهما فلا مانع من صحة العقد بحيث اذا بلغ اجازه لانه لم يقم دليل تعبدي على اعتبار وجود المجيز حال العقد
في نكاح الصغير بل الدليل على خلافه فان الاخبار الواردة في تزويج الصغار فضولا لو لم تكن ظاهرة في مورد عدم وجود
المجيز على ما هو منصرفها فلا اقل من اطلاقها ولا تقتضي القاعدة ايضا اعتبار وجود المجيز لان اهلية العقد وشأنيته
لالحاق الاجازة به تكفي لصحته فقول العلامة بان صحة العقد والحال هذه ممتنعة واذا امتنع في زمان امتنع دائما
لا وجه له صغرى وكبرى اما الصغرى فلانه لا وجه لامتناعه الا اذا كان مفاد عقد النكاح او البيع هو تحقق المنشأ حين
الانشاء واما اذا لم يكن مفاد العقد الا اصل الانشاء فكل زمان تحققت الاجازة تتم اركانه واما الكبرى فلان وجه امتناعه
فعلا ليس من باب اختلال احد اركان العقد كشرايط الصيغة والعوضين بحيث اذا امتنع العقد من جهة اختلال شرطه
امتنع دائما بل من جهة عدم وجود المجيز فعلا فلو وجد بعد ذلك من له اهلية الاجازة واجاز لصح من حين الاجازة
واما الثالثة فتنقيحها في ضمن مسائل لان جهة عدم جواز تصرف المجيز حال العقد اما واقعي واما وهمي والواقعي على قسمين
قسم يكون منشأ عدم جواز تصرفه في متعلق العقد تعلق حق الغير به كحق المرتهن والديان وقسم يكون منشأه عدم كونه مالكا
حال العقد مع صيرورته مالكا بعده اما بارث او اشتراء كمن باع مال ابيه ثم مات ابوه بعد العقد وانتقل المبيع اليه
او باع مال غيره ثم اشتراه واما الوهمي فهو كما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف اما لملك او ولاية
كمن باع مال ابيه بزعم كونه حيا فبان كونه حال العقد ميتا او مال الصغير مع اعتقاد كونه اجنبيا فبان كونه وليا او
مأذونا اما المسئلة الاولى فهي التي عنونها المص قده بقوله الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال
الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر والبحث فيها يقع من جهات الاولى في اصل صحة بيعه والثانية في
احتياجه الى الاجازة بعد ارتفاع حجره وعدمه والثالثة في جريان نزاع الكشف والنقل في رافع الحجر وعدمه اما صحة بيع

ما تعلق به حق الغير فلا ينبغي الاشكال فيها سواء باعه نفس المحجور عليه ام باعه غيره فضولا لما عرفت من عدم اعتبار وجود
مجيز حال العقد فضلا عن المقام الذي له مجيز شأني ولا يقال انه لو وقع البيع عن المحجور عليه لوقع فاسدا لكونه ممنوعا عن
التصرف لانا نقول هذا من احد ادلة القائلين ببطلان الفضولي وقد عرفت ضعفه صغرى وكبرى اما الصغرى فلان مجرد
اجراء العقد على متعلق حق الغير ليس تصرفا واما الكبرى فلمنع الملازمة بين حرمة التصرف وفساد البيع بل يكون البيع مراعى
باجازة من له الحق كتصرف من عليه الخيار فان نفوذه يتوقف اما على انقضاء مدة الخيار او اسقاط ذي الخيار خياره وبالجملة عقد
الراهن والمفلس ليس اسوء حالا من عقد الفضولي ومن عليه الخيار فاصل الصحة لا اشكال فيه والتفصيل الذي اختاره
بعض من قارب عصر المص بين بيع المرتهن والراهن من الحكم بالصحة في الاول والفساد في الثاني معللا بان الاول داخل
في الفضولي والثاني في من عصى الله لتصرفه في حق المرتهن لا وجه له وسيجيء تفصيل ذلك في بيع العين المرهونة نعم التفصيل بين
البيع والعتق من كونه مراعى باجازة المرتهن او فك الرهانة في الاول وملزما على العتق له وجه فان العتق لا يمكن ان يكون
موقوفا على الاجازة هذا مضافا الى ان الاجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه ورد الحر الى الرق غير ممكن وتأثير العتق من
الراهن حيث انه مالك للعين لا اشكال فيه خصوصا مع كون العتق مبنيا على التغليب فلا بد اما من لزوم اداء الدين وفك
الرهانة على الراهن واما من استسعاء العبد في فكاك رقبته بفك الرهانة وسيجيء في اشتراط كون المالك طلقا الاشكال في
جريان نزاع الكشف والنقل في عتق المالك العين المرهونة ووقفها فان كونهما معلقا على الاجازة مشكل والقول بالنقل
في خصوصهما اشكل وصحتهما ونفوذهما بدون اجازة المرتهن بعيد ورجوع العين عن الحرية وهكذا خروجها عن الوقفية برد
المرتهن ابعد ولكن الذي يهون الخطب انه لا مانع من تعليقهما على امر كما في مسئلة الاستيلاد في العتق ومسئلة القبض في الوقف
وتمام الكلام في محله واما احتياجه الى اجازة المحجور عليه بعد ارتفاع حجره فالاقوى عدمه لانه لم يكن مانع عن الصحة الا تعلق
حق الغير به فاذا وقع العقد من نفس المحجور عليه والمفروض ارتفاع المانع اما باداء الراهن او المفلس دينه واما باسقاط
المرتهن او الغرماء حقهم واما بانقضاء مدة الخيار او اسقاط ذي الخيار حقه في تصرف من عليه الخيار فلا موجب لاجازته لان بعد رفع
الحجر تم اركان العقد نعم لو وقع العقد من الفضولي فلا شبهة في توقفه على اجازة المالك بعد ارتفاع حجره واما جريان نزاع
الكشف والنقل في مثل اسقاط المرتهن وذي الخيار حقهما ومثل فك الرهن وانقضاء مدة الخيار فقد تقدم ان ظاهر المحقق الثاني
مع توغله في الكشف عدم جريانه في امثال ذلك بل لا بد من القول بالنقل فانه قده وان ذكر ميزانا تاما فيما يجري فيه النزاع و
ما لا يجري كما اشرنا اليه الا انه قده في مقام الصغرى عد مثل مسئلة الفك مما لا يجري فيه النزاع ولكن الاقوى ان حكم فك
الدين حكم الاجازة في انه ليس مما يعتبر في الانتقال بل هو متمم للعقد ولا يقال ان مفاد اسقطت الدين وهكذا لازم اداء
الدين ليس الا سقوط الدين حين الاسقاط او الاداء لا حين العقد لانا نقول وان كان الامر كذلك الا ان النزاع ليس في مفاد

الاسقاط ولا زم الاداء والا لا يجرى التراخى فى الاجازة مع ان مفادها ليس الا اجازة من حين العقد بل التراخى انما هو فى ان الاسقاط مثلا هل يرجع الى العقد من حين الاسقاط او من حين العقد كالتراخى فى الحكم الشرعى فى الاجازة من انها كاشفة او رجوعها الى تنفيذ ما وقع سابقا او ناقلة لتحققها من الحين نعم لا يبعد ان يكون منشأ قياس سقوط الدين بحق على القبض فى الصرف والسلم دون الاجازة هو ان الاجازة لا دخل لها فى تتميم الملكية وانما هى لانشاء المنشأ الى المالك وحيث تحقق ما انشاه الفضولى حين العقد يمكن ان تكون الاجازة كاشفة واما اسقاط المرتهن حقه لو فك الراهن ونحوه فليس الا منعا للمنشأ لان المالك انما يجب الكيفية والسلطنة مشترك بين الراهن والمرتهن فيكون كاشتراكهما بين الشخصين بحب الكيفية فكما انه اذا باع احدهما لم يكن حصته فى زمان وباع الآخر حصته بعد ذلك انتقل جميع المال الى المشترى من بيع الشريك الثانى فكذلك اذا باع الراهن لا ينتقل المال الى المشترى الا حين اسقاط المرتهن حقه لان اسقاطه ليس نفيذ البيع الراهن ولا نظر اليه بل مرجعه الى التجاوز عن حقه المتعلق بالمال بحب الكيفية ويتفرع على هذا احتياج عقد الراهن بعد اسقاط المرتهن حقه الى اجازة الراهن بعده لانه من صغريات من باع شيئا ثم ملكه لان السلطنة المشتركة بينهما رجع كلها الى الراهن بعد التعلق وحيث ملكها ملكا جديدا يحتاج الى الاجازة ولكنك خبير بفساد القياس على القبض لان عقد الراهن تام من حيث المنشأ ومستند الى مالك المال حين الانشاء وانما المانع عن نفوذه تعلق حق الغير به فاذا اسقط حقه انكشف تأثير العقد حين صدوره بناء على القول بالكشف وليس المرتهن شريكا فى المال لانه كما انه اجنبى ان المال يخرج لدينه وثيقة عليه وهذا غير قابل لان يملكه الراهن حتى يكون المال مرافقا ما باعه غير فالكل شراؤه فيحتاج الى الاجازة لان هذا للغير وهو كون المال محل الدين معنى لا يمكن ان يتعرض صاحب الدين ويستحيل ان ينتقل الى شخص الراهن وبالجملة التراخى فى الكشف والنقل يطرد فى هذه الامور وانما لا يجرى فى خصوص ما كان المتأخر جزء المؤثر للعقد لانه ما لم يتوقف مؤثريته على لحوق الاجازة فى بيع العين المرهونة مزيد توضيح لذلك واما المسئلة الثانية وهى حد كون المجموع الكاحال العقد مع كونه كذلك الا حال الاجازة اما بالاشتراء ونحوه واما بالارث فالبحث فيها يقع ايضا من جهات الاولى هل فرق بين ما اذا قصد البيع لنفسه وما اذا قصده للمالك ولا فرق بين الصورتين الثانية هل يتوقف صحة عقده على اجازة مطلقا او لا يتوقف عليها مطلقا وتفصيل بين الصورتين الثالثة فى جريان تراخى الكشف والنقل وان الكشف فى المقام هل هو الكشف فى سائر المقامات وهو الكشف عن تحقق الملك حين العقد وهو بمعنى اخر وتوضيح جميع الجهات انما هو فى ذيل شرح ما فى المتن قال قدّه اما المسئلة الاولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق فى باب الزكوة اه وحيث انه لا اشكال ظاهرا فى صحة ما اذا قصد البيع للمالك عموما لنفسه قدّه ما اذا قصد البيع لنفسه ثم اشتراه من مالكه فاجاز الا نه اذا صح هذه الصورة فصحة ما اذا قصده للمالك اولى وقد يظهر من المحقق فى المعتبر صحتها وتوقفها على الاجازة ومن الشيخ على ما استظهره المحقق صحتها وعدم توقفها عليها لان المحقق قاس بيع المال الزكوى على

مسئلة من باع شيئا ثم ملك واختار ان اغترام المالك حصة الفقراء بمنزلة الملك الجديد فيحتاج الى الاجازة ونسب الى
الشيخ عدم توقف صحة بيع المال الزكوي اذا اغترم المالك الى الاجازة فلازم كلام المحقق حيث جعل المسئلتين من باب واحد
ان الشيخ قائل بعدم توقف مسئلة من باع شيئا ثم ملك الى الاجازة ولكنك خبير بان هذا الاستظهار انما يتم على بعض الوجوه
وتوضيح ذلك انهم اختلفوا في كيفية تعلق الزكوة بالمال الزكوي فقيل انه لا يتعلق حق للفقراء بالعين اصلا وانما يتعلق
النصاب بذمة المالك وقيل ان الفقير شريك مع المالك في العين ثم ان القائلين بالشركة اختلفوا بين كونها على الاشاعة
او على نحو الكلي في المعين والثمرة بين القولين انما تظهر في صورة تلف مقدار من المال الزكوي فعلى الاشاعة التلف يحسب
على المالك والفقير كليهما وعلى الكلي في المعين انما يحسب على المالك وقيل يتعلق حق الفقراء بالعين والقائلون به اختلفوا على
وجوه ثلاثة فقيل بانه من قبيل حق الرهانة وقيل بانه من قبيل حق الجناية وقيل بانه قسم ثالث ففي بعض الآثار يشبه حق الرهانة
وفي بعضها الآخر يشبه حق الجناية فمن حيث انه يجوز للمالك اخراج حصة الفقراء من غير المال الزكوي يشبه حق الرهانة لا الجناية
لانه ليس لمالك الجاني ابقاء الجاني في ملكه فيما اذا لزم القصاص على جنايته واما مالك المرهون فله فك الرهانة باداء الدين ومن حيث ان
الساعي يتبع المال الزكوي اينما وجده ويأخذ الزكوة ممن انتقل اليه يشبه حق الجناية ثم ان الفرق بين حق الرهانة وحق الجناية
هو ان حق الرهانة لا بد ان يستوفى من ملك الراهن بحيث اذا باع الراهن العين المرهونة فاما ان يبطل الرهن واما ان يبطل
البيع لانه اذا صح البيع وانتقلت العين الى ملك غير الراهن فلا يمكن ان تكون مخرجا للدين وهذا بخلاف حق الجناية فانه يجتمع
فيه صحة البيع وبقاء الحق لان المجني عليه او وارثه يستوفي حقه من رقبة العبد اينما انتقل ولا يتوقف استيفائه على كون العبد باقيا
في ملك المالك حين الجناية وكيف كان فالاقوال في ما اذا قصد البيع لنفسه ثلثة الاول البطلان والثاني الصحة مع اعتبار
الاجازة والثالث الصحة بدون التوقف عليها والاول مختار صاحب المقابس واختار المص الثاني والثالث نسبه المحقق الى الشيخ و
نحن تابعنا المص قده في الدورة السابقة ولكن الانصاف ورود بعض الاشكالات التي اورد على هذا القول والاولى ذكرها
على سبيل الاجمال حتى يتبين الحال فنقول الاول هو الاشكال المتقدم في بيع الغاصب وهو من وجوه الاول عدم امكان
قصد المعاوضة الثاني مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان الثالث دلالة الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك على
الفساد ويظهر من المص ان الجواب عن الاشكال الاول هو الجواب عن بيع الغاصب ولكنك خبير بان مبنى الجواب عن الاول
هو ان الغاصب لما سرق الاضافة ورأى نفسه مالكا فاجرى العقد بين ملكي المالكين وبعبارة اخرى كان مبنى صحته تحليل داعيه
الى امرين الاول وقوع التبديل بين ملكي مالكيهما والثاني تخيل ان المالك لاحد العوضين هو نفسه فيلغى هذا الخيال
والتطبيق ويؤخذ بقصده المعاوضة بين ملكي المالكين وهذا الجواب لا يجري في المقام لانه لم يسرق الاضافة ولم يغصب
المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذي يقصد تملكه والمثمن الذي هو ملك لغيره مع انها تقتضي دخول الثمن في ملك

من خرج عنه المثمن الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع فكأنه يرى نفسه صاحب المال المشارفة
فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد فتأمل واما الاشكال الثاني فغير وارد في بيع الغاصب فضلا عن المقام لما ذكرنا ان الغاصب
يقصد امرين الاول وقوع المبادلة بين ملكي المالكين والثاني كون مالك احد العوضين هو نفسه والاجازة تتعلق بالاول
او بهما معا وتعلقها بالثاني لغو لا اثر لها وبالنسبة الى الاول تطابق ما قصده الغاصب فتؤثر وتوجب استناد النقل الى
المالك الحقيقي وهو المجيز واما الاشكال الثالث فلا يمكن التفصي عنه بمثل ما تفصى به في مسئلة الغاصب لما اجبنا عنها في
تلك المسئلة بانها في مقام بيان عدم وقوع البيع لغير المالك ونلتزم بمفادها ونقول بعدم وقوع البيع للغاصب بل يقع
للمالك باجازته وهذا الجواب لا يجري هنا لان الغرض من صحة البيع وقوعه لنفس العاقد اذا ملك المبيع بالاشتراء بل مصب
هذه الاخبار هو النهي عن بيع ما لا يملكه فعلا وان قصد شراءه هذا تمام الكلام في الاشكال الاول واما الاشكال الثاني
فحاصله انه يعتبر في العاقد ان يكون راضيا بالعقد وقادرا على التسليم ومالكا للمبيع فاذا كان العاقد هو المالك وقادرا على
التسليم ومختارا في البيع فهو والا فنقول بكفاية حصول ذلك للمالك المجيز لانه البايع حقيقة فيعتبر في صحة عقد الفضولي
قدرة المالك حين العقد ورضاه به لو اطلع عليه فلو كان المالك حال العقد هو المجيز فهو والا كما في مفروض المقام فمن هو
قادر حال العقد لا يجيزه ولا يعتبر اجازته ورضاه ومن يجيزه لم يكن حين العقد قادرا ولا كان لرضاه اثر وحاصل جواب المص
اما في الرضا فلا يعتبر الا ممن كان امر العقد بيده والمجيز في المقام هو مالك امر العقد ورضاه حاصل واما في القدرة فلا ننكر
اعتبارها في المالك حال العقد فلو فرض ان المالك الاصلي الذي يشتري البايع الفضولي منه غير قادر على التسليم نلتزم بفساد
المعاملة لان كلامنا في صحة هذا البيع بعد استجماعه لشرايط الصحة واما لو كان قادرا حال العقد ولم يكن قادرا حين الاجازة
فلا يضر بالصحة كما ان في الفضولي لو لم يكن قادرا حال العقد وكان قادرا حين الاجازة لا يضر بالصحة وبالجملة ما دام المالك الاصلي
مالكا يعتبر قدرته ومفروض كلامنا حصولها وما دام الفضولي مالكا يعتبر قدرته والمفروض حصولها ولا يقتضي اعتبار قدرة
المالك حال العقد اتحاد المالك حال العقد والمجيز فان هذا شرط اخر لم يقم عليه برهان وحاصل الكلام انه لو عم العمومات هذا
البيع وقلنا ان تبدل المالكين حال العقد وحين الاجازة كقيام الوارث مقام مورثه فلا يرد اشكال اعتبار القدرة والرضا لان
قدرة من يعتبر قدرته ورضا من يعتبر رضاه موجودان ولا دليل على اعتبار بقاء قدرة المالك حال العقد الى حال الاجازة هذا
مضافا الى ان اعتبار القدرة حال العقد مم فان هذا الشرط يعتبر حين التسليم ثم لا يخفى ان مما ذكرنا ظهر ان المص قده لم يلتزم
بورود الاشكال لتصريحه باعتبار القدرة في المالك حال العقد لا باعتبارها فيمن له العقد حتى يقال ان من له العقد وهو المالك
حال الاجازة غير مالك حال العقد فليس قادرا حينه والمالك حال العقد وان كان قادرا الا انه ليس مجيزا واما الاشكال الثالث
فحاصله انه بناء على الكشف يلزم كون البايع الفضولي مالكا قبل اشتراء المبيع من المالك الاصلي والا لزم خروج المال عن ملكه

الى ملك المشترى قبل دخوله فيه ثم لا يخفى ان هذا الاشكال والاشكال الرابع والخامس الذى عده من الاعاجيب واردة على فرض لزوم الالتزام بتملك المشترى حقيقة من حين العقد بناء على الكشف واما لو قلنا بانه يكفى الملك من الحين فهو يملك من حين تملك المجيز فلا يرد اشكال اصلا وذلك لان اجتماع المالكين على ملك واحد يتوقف على كون المشترى مالكا حال العقد فيجتمع ملكه مع ملك المالك الاصيل الذى لا بد لنا من الالتزام به حتى يصح شراء البايع منه وهكذا اجتماع الوجوه والعقد كلها فى العقد الاول والثانى مبنى على هذا المبنى فان مالكية المشترى مانع عن شراء البايع من مالك المبيع وشراء البايع منه موقف على عدم مالكية المشترى وهكذا توقف صحة اجازة المجيز على اجازة المشترى البيع الثانى وتوقف صحة اجازة المشترى على اجازة البايع لاصل البيع مبنى على مالكية المشترى من حين العقد حتى لا يصح الا اجازة من البايع الا باجازة المشترى لان البايع يشترى ملك المشترى فيتوقف اجازته على اجازة المشترى للبيع حتى يملك المبيع فيجيز وهكذا توقف صحة كل من العقدين على اجازة الآخر واما العقد الثانى فلا نزاع فى عدم وقوعه فى ملكه واما العقد الاول فلو توقف على اجازته بالواسطة فانه يتوقف على اجازة البايع المتوقفة على البيع الثانى المتوقف على اجازة المشترى وهكذا يلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن اما الثمن فلان المبيع ملك للمشترى فالبايع الفضولى يشترى منه حقيقة فلا بد من ان يسلم الى المشترى واما المثمن فلانه بالبيع الاول تملكه المشترى وهكذا يلزم تملك المشترى المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولى بعشرة ثم اشتراه بهذا المقدار من الاصيل فيجب عليه رده الى المشترى ويلزم تملكه المقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الاول كما لو اشتراه بعشرة واشتراه البايع من الاصيل بخمسة ويلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الاول كما لو اشتراه بخمسة واشترى البايع من الاصيل بعشرة وبالجملة هذه المحاذير انما يلزم لو قلنا بتملك المشترى حين العقد حقيقة وهذا يلزم خروج المال عن ملك المالك قبل دخوله فى ملكه وهو محذور ولا يمكن الالتزام به ويلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد وهذان الاشكالان هما العمدة واما مع الغض عنهما فلا الاجازة تتوقف على الاجازة ولا العقدين عليها ولا يلزم مجانية المبيع او مقدار منه لان بيع مال المشترى يتوقف على اجازته اذا كان ذلك المال حاضرا مع قطع النظر عن هذا البيع وهكذا ثمن البيع الثانى يكون له اذا كان المالك ملكا له واما اذا لم يكن له الا بلحاظ هذا البيع فلا هذا مع ان مقتضى الايراد الثالث وقوع التزاحم من المالك الاصيل والمشترى على الثمن فان صحة البيع الاول بالاجازة تقتضى كون الثمن للمالك الاصيل لانه الذى انتقل منه المبيع الى المشترى وصحة شراء البايع تقتضى كون الثمن للمشترى فان البيع الثانى وقع فى ملكه ثم ان خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه يتوقف على القول بالكشف بنحو خاص الاجازة شرطا متأخرا ومعنى دخلها كذلك توقف الملكية عليها حقيقة الذى قلنا باستحالته للزوم تقدم المعلول وهو الملك على بعض اجزاء علته وهو الاجازة واذا التزمنا بهذا المحال فلا يرد اشكال اجتماع مالكين ثلاثة كما ذكره المصنف لان المشترى والمالك الاصيل وان كانا فى زمان البيع الثانى والمشترى والمجيز فالكان بعد البيع الثانى الى زمان الاجازة ولا امر

فى الاجتماع الملاك على ملك واحد فى زمان واحد

للالتزام بكون المجيز مالكا من حين العقد الاول الى زمان الاجازة حتى يجتمع ملاك ثلاثة في زمان واحد على مال واحد لان
المشتري وان كان يتلقى الملك عن مالكه لا محالة الا انه لا يجب ان يكون هو المجيز بالخصوص بل اما هو او الاصيل فتلخص مما ذكرنا
ان ورود هذه الاشكالات موقوف على اقتضاء الاجازة الكشف عن مالكية المشتري من حين العقد فلو ادعى المستدل
على البطلان اقتضاءها في المقام كاقتضائها في ساير الموارد الكشف من حال العقد فلا يستقيم الجواب عنه بما افاده المص
قده من ان مقدار الكشف تابع لصحة البيع لان للمستدل المنع عن اصل اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مر في الوجه السادس
من ان بيع الاصيل ماله من البايع الفضولي يقتضي بطلان بيع الفضولي لان الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل ايضا
ثم لو سلم تحقق المقتضي فله ان يدعي وجود المانع عن الصحة بدعوى انه لا خصوصية للاجازة في المقام تقتضي التاثير من حين اشتراء
البايع لا من حين العقد فاذا امتنع العمل بما تقتضيه في المقام كان اللازم فساد البيع ولا يمكن تصحيحه بان مقدار كشف الاجازة
تابع لصحة البيع الا بعد ورود الدليل على صحة هذا البيع حتى يكون تخصيصا لما اقتضته الاجازة من كشفها عن تحقق الملك
حين العقد والا يكفي للبطلان عدم امكان العمل بما تقتضيه وصحته تتوقف على امرين الاول عدم اعتبار كون شخص خاص
طرفا للمعاوضة لا بمعنى امكان كونه كليا فان هذا غير معقول لان الاضافة تتوقف على مضاف اليه معين بل بمعنى عدم اعتبار
خصوص كونه زيدا او بكرا فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيدا فتبين كونه بكرا لا يضر وليس البيع كالنكاح الثاني كون
مسئلة من باع شيئا ثم ملك كمسئلة اختلاف المالك حال العقد والاجازة بسبب الموت والوراثة بان يكون تبدل الملك
كتبدل المالك فاذا تم هذان الامران فلا محيص عن الالتزام بالصحة في المقام وانكار اقتضاء الاجازة كشفها الملك من حين
العقد في جميع المقامات والامر الاول لا اشكال فيه واما الثاني فقد ظهر في اول مباحث البيع الفرق بين الارث والبيع
وان في الارث التغيير والتبديل في المالك وفي البيع التبديل في الملك فاذا باع الفضولي ملك المورث ثم انتقل الى الوارث
فحيث ان الملك على حاله ودل الدليل على قيام الوارث مقام المورث فالوارث يجيز نفس هذا التبديل واما لو باع الفضولي
مال زيد ثم انتقل الى نفسه فاجازته لا تتعلق بما وقع اولا لان التبديل وقع بين ملك زيد والمشتري والاجازة تتعلق بملك
المشتري والفضولي الذي لم يكن ملكه طرف الاضافة وبالجملة كل ما تعلقت الاجازة بما انتقل من المجيز الى الاخر ولو في عقود متتابعة
فهي مؤثرة واما لو تعلقت بغيره فلا تؤثر وان كان الملك حين الاجازة ملكا له لان الاجازة ليست عقدا ابتدائيا حتى يقع
التبديل بها فعلا ولو على النقل فضلا عن الكشف ولا يمكن قياس مسئلتنا هذه على مسئلة الارث لانه لو اجاز الوارث العقد
الواقع على ملك مورثه تؤثر اجازته بناء على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام بهذا في المقام وليست جهة الفرق الا ان
تبديل المالك واختلافهما لا يوجب تفاوتا في المملوك وفي المقام يوجب ذلك فالمنشأ لا تتعلق به الاجازة والمجاز ليس هو
المنشأ ثم انه ينبغي التنبيه على امور الاول قد ظهر انه بعد الالتزام بالكشف من حين العقد وخروج الملك عن ملك المجيز

الى ملك المشتري قبل دخوله في ملك المجيز لا يلزم الالتزام باجتماع ملاك ثلاثة بل الملك من حين العقد الاول الى زمان
العقد الثاني ملك للمشتري والمالك الاصيل ومن حين العقد الثاني الى زمان الاجازة ملك للمالك الفعلي وهو المجيز و
المشتري لان المجيز ليس مالكا قبل شرائه والاصيل ليس مالكا بعد بيعه الثاني انه وان كان مبنى الاشكالات امرا واحدا الا
ان كل واحد منها يغاير الاخر وليس من الاعادة بتقرير اخر الثالث ان ما دفع به المستشكل اشكال اجتماع المالكين في ملك
واحد في مطلق الفضولي لا يرجع الى محصل مضافا الى ما في تعبيره من الملك الصوري باستصحاب الملك فان الاستصحاب المصطلح
انما يجري في مورد الشك في بقاء المتيقن وذلك لان الملك لو لم يكن للمجيز بعد العقد فاجازته غير مؤثرة والمفروض انها شرط
متأخر فالصواب ان يقال انه وان اجتمع مالكان على ملك واحد في زمان واحد الا انه اذا كان ملك احدهما في طول
ملك الاخر فلا دليل على امتناعه وادل الدليل على امكانه وقوعه كما في ملك العبد الذي يملكه المولى وانما الممتنع اجتماع
مالكين عرضيين ففي المقام حيث ان ملك المجاز له مترتب على ملك المجيز وقوامه به فاجتماعهما لا يضر **قوله** قده والجواب
ان فسخ عقد الفضولي هو انشاء رده اه لا يخفى ان مبنى الجواب عن سادس الوجوه هو امكان اختلاف الملك حين العقد و
الاجازة فاذا امكن ذلك فكل من هو مالك للمبيع فله الاجازة فاذا اجاز المالك الاول يصير العقد له واذا فات محل الاجازة
بانتقاله عنه فللمالك الثاني ان يجيز وهكذا وهذا انما يصح لو كان البيع مجرد التبديل بين المالين من دون اعتبار قيام
العوض مكان المعوض في طرف الاضافة او كانت الاضافة قابلة لتعلقها بالكلي من دون خصوصية مالك اصلا واما لو قلنا
بان البيع تبديل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص وان لم يعتبر تعيينه حال العقد فلا
اشكال في ان هذا العقد غير قابل للاجازة لان الملك خرج عن ملك المالك الاصيل بسبب بيعه فلا تؤثر اجازته ورده
بعد بيعه واما الفضولي الذي اشترى المبيع فلانه حين العقد لم يكن طرفا لاحدى الاضافتين ولذا لا يؤثر رده فلا يؤثر اجازته
فالبيع كالنكاح مفوت لمحل الاجازة وان لم يلتفت المالك الى عقد الفضولي فالقول بان التزويج موجب لفوات محل الاجازة
مطلقا حتى فيما لو مات الزوج الثاني بخلاف البيع فانه موجب لفواته بالنسبة الى الاصيل لا يستقيم وبالجملة بعد ما تبين ان
الاجازة ليست عقدا مستأنفا فلا بد ان تتعلق بالعقد السابق واذا بطل العقد السابق لانتقال الملك عن الاصيل الى غيره
فلا يبقى محل للاجازة فما ذكره المستدل من ان حكم عقد الفضولي حكم ساير العقود الجايزة سواء كان الجواز فيها حكميا كالهبة ام
حقيا كالبيع الخياري هو الحق بل البطلان فيه اولى منها لانه قد حصل الملك للمتهب ومن عليه الخيار ولو متزلزلا بخلاف مسئلة
الفضولي فاذا اوجب تصرف الواهب ومن له الخيار بالبيع ونحوه بطلان العقد فكذلك تصرف المالك في المقام ولذا لو عاد الملك
الى الواهب ومن له الخيار بالملك الجديد لا يرجع عقده الاول الى ما كان قبل التصرف فكذلك ملك البايع في المقام
ملك حادث وهو غير ما وقع عليه العقد **قوله** قده السابع الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ص عن بيع ما ليس عندك اه

في الجواب عن الاشكال السادس

الانصاف ان الاخبار العامة والخاصة ظاهرة في فساد البيع من لا يكون المبيع له وان اشتراه واجازه لان النهي ظاهر في كونه ارشادا الى اعتبار قيد في المعاملة فلا يمكن الجواب عن الاخبار العامة فضلا عن الخاصة الظاهرة في البيع الشخصي بما يجاب عنها في بيع الغاصب لان في بيع الغاصب يمكن ان يكون المنع راجعا الى عدم قدرته الى التسليم كما لو باع لنفسه غير متوقف على اجازة المالك وراجعا الى وقوعه لنفس الغاصب فلا يدل على الفساد لو اسنده المالك الى نفسه باجازته وفي المقام لا يجري شيء منهما اما الاول فلان مورد البيع قبل الشراء مورد يظن ان بايع بان المالك يبيعه اياه والا لا يقدم احد مع عدم العلم بذلك على الايجاب وبقي النواي مورده مورد يصح دعوى المالكية مجازا بقرينة المشارفة واما الثاني فلان عدم الملازمة بين فساد البيع للغاصب مع انه للمالك انما يكون منشاه ان الخطاب الموجه الى الغاصب بعد وقوع المعاملة لا اطلاق له بالنسبة الى المالك واما في المقام فلا يمكن انكار الاطلاق لان اجازة البايع وعدمها من حالات بيعه فيشمل النهي باطلاقه صورة الاجازة ايضا وبالجملة لا يخفى ظهور الاخبار في عدم صحة البيع قبل الاشتراء وانه يشترط في البيع الثاني عدم سبق التزام والتزام سابق على هذا البيع من البايع والمشتري فلو التزم المشتري الثاني في البيع الاول على تسليم المبيع الى المشتري الاول يجب ان لا يتسلط على صرف المبيع عنه للجل كما انه يشترط في البيع الاول عدم التزام المشتري بالشراء بان لا يكون هناك ايجاب وقبول بل صرف مقاولة واما لو كان ملزما بالشراء فصريح الاخبار بطلانه والمفروض ان المشتري في مسئلة من باع ثم ملك ملزم بالشراء على ما تقدم من انه ليس للاصيل فسخ المعاملة ولا يمكن الجواب عنه بما افاده ما لم تقدم من ان ظاهر الاخبار البطلان لو كان كل منهما ملزما بالشراء دون ما اذا كان احدهما ملزما به وذلك لان ظاهرها الصحة فيما لو كان كل منهما مخيرا ففهومها البطلان لو لم يكن كذلك واما حمل الاخبار على الكراهة لورود اكثرها في بيع الكلي الذي استقر مذهب الخاصة على جوازه ولو لم يكن البايع مالكا فبعيد جدا اما اولا فلعدم ظهورها فيه لان خصوص صحيحة معوية بن عمار في بيع الحرير واما صحيحة ابن مسلم فتكبر المناع لا يدل على كونه كليا لوقوعه في كلام السائل وغرضه السؤال عن كل فرد من افراد الامتعة من دون خصوصية قسم خاص والا يقتضي ان يكون المناع المبهم من جميع الجهات مفروض سؤال السائل وهذا لا يقع في الخارج اصلا لان الاثمان تقع ما زاء الصور النوعية لا المادة المشتركة فلا يمكن ان يكون قوله سئلته عن رجل اتاه رجل فقال له ابتع لي متاعا هو طلب شراء المناع المبهم القابل لانطباقه على كل شيء هذا مضافا الى ظهور قوله لعلي اشتريه منك بنقد او نسية في البيع الشخصي واما ثانيا فظهورها في الكلي لا يوجب حمل جميعها عليه فما كان ظاهرا في الكلي يحمل على الكراهة بقرينة ان المذهب استقر على صحة بيعه فما كان ظاهرا في الشخصي نحكم بفساده على ما هو ظاهره انتهى فانه كاشف عن اعتبار قيد في المعاملة وهو كون البايع مالكا للمبيع ثم لا يخفى انه لو قلنا بصحة هذا البيع فلا توقف على الاجازة لان الغرض منها اما حصول الرضا من المالك والاستناد اليه وكل منهما حاصل بصدور البيع عنه لنفسه فلا يمكن حمل الاخبار على صورة عدم

الاجازة مع انها مثل صورة الاجازة في الصحة والفساد هذا كله مع اعترافه قده بان رواية الحسن بن زياد الطائي تدل على ما اختاره
صاحب المقابس والعجب انه قده حمل النهي على ما يترتب بعد البيع من عدم تسليم المبيع ونحوه فان النهي الظاهر في اعتبار قيد في
نفس المعاملة كيف يحمل على ما يترتب عليها بعد فرض صحتها والانصاف انه لم يكن المناقشة في دلالة الاخبار على الفساد لائقة بمقامه
فتدبر جيدا **قوله** قده ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات اه لا يخفى انه لا فرق في البيع الشخصي
بين صوره فان الاخبار العامة والخاصة تشمل عمومها او اطلاقها لجميع صور المسئلة فالاقوى هو البطلان سواء باعه لنفسه
ام باعه عن مالكه فصار مالكا بان انتقل اليه بعد البيع ام باعه لثالث فاتفق صيرورة الثالث مالكا او اتفق صيرورة نفسه
مالكا وعلى التقديرين لا فرق بين تحقق الاجازة وعدمه وفي جميع صور المسئلة لو اجاز المالك الاصيل قبل بيعه من البايع صحت
المعاملة لانها من افراد بيع الفضولي غاية الفرق هو اختلاف كيفية تحقق قصد المعاوضة وبالجملة المبحوث عنه في المقام هو وقوعه
لمن لم يكن حال العقد مالكا وصار مالكا بعده واصول اقسامه ثلاثة البيع لنفسه وعن مالكه وعن ثالث اجنبي فلو باع لنفسه فالاقوى
بطلانه سواء باعه بداعي كونه ملزما بالاشتراء عن مالكه وتسليمه الى المشتري كما في البيع الكلي الذي يجب عليه تحصيله ام بداعي
انه لو اتفق صيرورته مالكا يسلمه الى المشتري ويظهر من المص ان مورد الاخبار هو مورد البناء على لزوم التحصيل عليه من غير ترتب
لاجازة مجيز اصلا لا من المالك ولا من البايع اذا ملك وكذلك الصورة الثانية اذا لم يجز بعد الشراء دون ما اذا باع على ان
يكون العقد موقوفا على الاجازة من المالك او البايع بعد تملكه واستظهر هذا المعنى من العلامة ايضا فان استدلاله بالغرر وعدم
القدرة على التسليم ظاهر في مورد يقع البيع على وجه يلزم على البايع تسليمه ولكنك خبير بان الاخبار صريحة في ان البيع قبل تملك
البايع لا يصح سواء كان البايع بانيا على لزوم التحصيل ام كان مترقبا للاجازة تحققت الاجازة ام لا ومجرد بنائه على لزوم
التحصيل عليه لا يؤثر في الفساد وترقبه للاجازة وتحققها لا يؤثران في الصحة فان البناء القلبي لا يؤثر في الفساد والصحة في باب
المعاملات واستدلال العلامة قده على الفساد بالغرر والعجز عن التسليم لا يصلح لحصر الفساد في صورة دون اخرى لان هذين
المحذورين وان لم يجريا في جميع الصور الا ان النهي يشمل جميعها ولو باع عن المالك فاتفق انه صار مالكا فلو قلنا بالصحة فلا
اشكال في توقفها على اجازته لان رضاه سابقا لا يفيد لوقوع المعاملة عنه فصحتها تتوقف على رضاه حين الملك حتى يستند
البيع اليه عن طيب ولكن الكلام في صحته فان الاخبار وان لم تعم هذه الصورة الا ان بعد ما عرفت من الفرق بين التبديل في
المالك والملك فحكم هذا القسم حكم ما لو باع لنفسه لان تبديل الملك يوجب اختلاف المنشأ والمجاز بل الاختلاف فيه اظهر
لان في القسم الاول باع لنفسه وهو المجيز وفي القسم الثاني باعه عن مالكه وهو لا يجيز وانما يجيز المالك حال الاجازة وقياسه
على ما اذا باع لنفسه فاجازه المالك لنفسه لا وجه له لان صحة هذا القسم انما هو لالغاء قصد البيع للنفس كالغائه في مورد الغاصب
فاذا تحقق قصد المعاوضة والغي قيد لنفسه صح تعلق اجازة المالك بها واما قصده للمالك الاصيل فلا يمكن الغائه فاجازة

فيما لو باع الفضولي عن المالك وصار مالكا

خيره لا ترتبط بالعقد يمكن ان يكون قوله فتامل اشارة الى هذا ولو باعه لثالث فالحق ان الثالث صاما لكا فحكمه حكم ما لو باع لنفسه ثم ملك سواء الخيار الثالث ام لم يخبر اما في صورة عدم الاجازة فواضح واما في صورة الاجازة فلان التهى التكليفي وان لم يشمل كما في الصورة الثانية وهي ما لو باعه عن المالك الا ان الوضعي المستفاد من الاخبار وهو شرطية كون البايع مالكا يشمل كلتا الصورتين هذا مع ان التبديل في الملك الموجب لاختلاف المنشأ والمجاز كاف في الفساد فظهر مما ذكرنا ان الحكم في جميع الصور هو الفساد ولا فرق بين اتحاد الصورة الاولى وتباعه عن نفسه مخبرا ام باعه على ان يكون العقد موقوفا على الاجازة فانفسخ الاجازة منه بعد تملكه او تبايعا على ان يكون اللزوم موقوفا على تملك البايع ورد اجازته فالحكم في الجميع هو البطلان ولا وجه لتخصيصه قدس سره الفساد بالصورة الاولى والثانية اذا لم تتفق الاجازة ردوما اذا علق العقد على الاجازة فتحققت دون ما اذا علق اللزوم على التملك مع انه نقل عن الدروس في شرح هذه الصورة الاخيرة هذا مع انه لو كان المراد من التعليق في العقد هو التعليق البنائي فقد تقدم ان البنا القلبي لا اثر له في باب العقود والايقاعات ولو كان المراد هو التعليق في ضمن العقد فهذا هو التعليق في المنشأ الذي اجمعوا على بطلانه ثم انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام لانه عبارة عن جعل الخيار وهو انما يكون مقابلا للالتزام العقدي من المالك وليس العقد منوطا الى البايع في المقام والاسم المصدري الغير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه فمقصود صاحب الدروس ليس فيما هو ظاهر عبارته بل غرضه تعليق اللزوم على الانتقال على نحو الداعي ولذا عبر عنه بقوله ولو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده قوله قدس سره ثم انه قد ظهر مما ذكرنا في المسئلة المذكورة حال المسئلة الاخرى وهي ما لو لم يخبر البايع بعد تملكه اه قد تقدم انه لو قلنا بصحة اصل البيع عدا بغية التبديل في طرف الملك فلا وجه لاعتبار الاجازة اصلا لانه لم يقم دليل تعبدي على اعتبارها وانما نحتاج اليها في الفضولي لتحقق الاستناد والرضا وهما في المقام حاصلان فالعمدة بيان وجه اصل الصحة والاولى البحث ولا عن امكان اندراج هذا البيع في العمومات ثم البحث ثانيا عن الادلة المانعة لانه لو لم يتم العمومات فلا موقع للبحث عن الادلة المانعة ويظهر من قدس سره شمول الوفوا بالعقود لانه جعل المقام اولا من موارد الرجوع الى استصحاب حكم الخاص لا من موارد الرجوع الى عموم العام لان البايع قبل تملكه لم يكن مأمورا بالوفا بالعقد فيستصحب ثم اضاف اليه ثانيا ان عموم وفوا بالعقود معارض بعموم الناس مسلطون على اموالهم وعدم حلها لغيرهم الا بطيب نفس فحكم باعتبار الاجازة من باب الناس مسلطون وفي كلا هما لا يخفى على المتأمل كما مر بالتأمل لان مقتضى الرجوع الى الاستصحاب او العام انما هو في الفرد المعلوم فرديته الخارج عن حكم العام في قطعة من الزمان والبايع في المقام قبل ان يشتريه لم يكن مأمورا بالوفا بعقده وانما الشك في انه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفا او لا فهو قبل ان يشتريه لم يكن مصداقا للعام وكان شخص لم يكن عالما في زمان ثم صار عالما فلا يمكن ان يقال هذا الفرد من العالم لم يكن واجب الاكرام فيستصحب حكم المخصص لان البايع خارج عن العام تخصصا مع انه لو قبل بان

في الثالث ما لكا ما لو باع لنفسه ثم ملك

في حكم ما لو باع لنفسه ثم ملك

كل من له ربط بالعقد يجب فائه بر الآن محل الرجوع الى حكم العام والخاص انما هو في مورد الشك بالنسبة الى عموم الزمان كالشك بعد زمان الاول في البيع الغبني بانه محكوم بحكم الخيار او بحكم العام لا فيما كان المخصص من الزمانيات كما اذا خصص وجوب الوفاء بالعقود بمورد خاص وشك في ان هذا هو المورد الخاص او غيره ثم لا يخفى انه لو قلنا بان المقام من موارد الرجوع الى عموم العام فلا يمكن ان يعارض بدليل السلطنة واعتبار الطيب لان معنى وجوب الوفاء بالعقد هو لزوم ومرجعه قهرا ووجوب الالتزام بانشائه شرعا وحاصل الكلام انه لا يمكن تصحيح البيع التخصيصي لمن لا يملكه سيما اذا قصد البيع لنفسه لانه لو صح له فلا يمكن وقوعه للمالك الاصيل اذا اجاز مع انه لا اشكال في وقوعه اذا اجاز قبل بيعه من البايع لان معنى وقوعه للبايع انه قصد خروج المال عن ملكه بعد فرض نفسه مالكا بالاول والمشاهد فهو في الحقيقة يوقع المبادلة بين ملكه بما هو ملكه وبين ملك الطرف فالمالك الاصيل اجنبي عن العقد ولا يمكن قياسه على الغاصب لانه بعد سوقه الاثمان يوقع المبادلة بين ملكي المالك ولا يلاحظ شخص نفسه الا على نحو الداعي بل المقابل للبيع الكلي في اجراء البايع المعاملة على ملك شخصه وبالجملة الامر يدور بين ان يجعل البايع اجنبيا او الاصيل والمفروض انه يقع للاصيل اذا اجاز فلا مناص عن جعل البايع اجنبيا ويكون كجعله للصغير وعلى اي حال فقد ظهر مما ذكرنا من صدر البحث الى هنا انه لا فرق بين تحقق الملك للبايع بالشراء وتحققه بالارث فتدبر هناك فرق بينهما من جهة اخرى وهي ان الوارث حيث انه يقوم مقام المورث فلا اجازة له لانه من باب انه ملك ما باعه بل من باب انه هو المورث فيكون حكمه حكم المالك الاصيل في نفوذ اجازته قبل بيعه من البايع وحكمه حكم نفس المورث لو اجاز حال حياته فهم لو قلنا بان في مسئلة من باع ثم ملك بالشراء الاصح الاجازة من المالك الاصيل لعدم امكان الجمع بين قابلية انتساب العقد الى محل من المالك والبايع فالوارث في المقام ايضا ليس له الاجازة من باب قيامه مقام المورث بل هو من افراد من باع شيئا ثم ملك فالفرق بينهما لا وجه له فتأمل في اطراف الكلام جيدا **قوله قده** في المسئلة الثالثة فالوارع معتقد لكونه غير جائز التصرف فان كونه جائز التصرف لا يخفى ان ربط هذه المسئلة بالمسئلتين السابقتين منوط بما ذكرنا في الجهة الثالثة من الجهات الراجعة الى شرائط المجيز وهو ان عدم جواز تصرف المجيز حال العقد اما واقعي واما خيالي ونحن انما نتكلم في ضمن مسئلتين فان عدم جواز التصرف واقعا اما لتعلق حق الغير بالمال واما لعدم كونه مالكا فهو حكم الخيالي وهو على صور اربع لان اعتقاد عدم جواز التصرف اما لتكشف خلافه اما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا واما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا وعلى كلا التقديرين فاما ان يبيع لنفسه او عن المالك فالصور الاولى لما ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا والظاهر من الصحة قده صحتها من دون توقف على اجازة المالك ولا يخفى ان الولاية على قسمين اجبارية واختيارية والاجبارية اما بموهبة من الله سبحانه كولاية الاب والجد واما بموهبة من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل المولى في التجارة والاختيارية كولاية القيم على الصغار والوكيل ثم لا يخفى ان صحة هذه المعاملة وفسادها مبتنيان على ان يكون العلم بالولاية او الالتفات بالوكالة طريقيا او موضوعيا فلو قلنا بالطريقية فلا اشكال

في قوله قده في الوارث لكونه غير جائز التصرف

في الصحة والاقوى كونه كذلك لان الاحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا وكونها منوطة بالعلم بها يتوقف على دليل نعم
ولاية العبد ليست في الظهور كولاية ساير الاولياء فانه بعد ما دل الدليل على حجره وعدم قدرته على شيء يشك في خروجه عن العجز
بمجرد اذن المولى واقعا مع عدم علمه به وكون اعطاء الاذن من اثار سلطنة المولى لا ينافي فساد بيعه لاعتبار علمه برفع الحجر وبالجملة
فكما ان العجز في امتثال الخطابين المتزاحمين لا يتحقق الا مع العلم بهما فكذلك القدرة لا تتحقق للعبد الا بوصول الاذن اليه
لعدم صدق كونه قادرا مع عدم العلم بها ولكن الاقوى عدم الفرق بين القدرة والوكالة والولاية في ان العلم في كل منها طريقي
هذا مع ان الذي يهون الخطب ان العبد وان لم يصر قادرا شرعا بالاذن الواقعي الا انه ليس كالصبي والمجنون مسلوب العبارة
فيكون بيعه لمولاه من افراد الفضولي فيتوقف على اجازة المولى كما انه لو باع مال غير المولى يتوقف صحة بيعه على اجازة صاحب
المال والمولى كما انه لو قلنا بموضوعية العلم في جميع انحاء الولاية فمع عدم العلم بها يدخل البيع في الفضولي ولكن احتمال موضوعيته
في باب ولاية الاب والجد والحاكم الشرعي والقيم ضعيف فعلى القول ببطلان الفضولي يصح هذا البيع لخروجه عنه بالاذن
الشرعي او المالكي وفي هذه الصورة لا يتوقف الصحة على الاجازة لان الاذن السابق لا يقصر عنها والصورة الثانية ان يبيع
لنفسه فانكشف كونه وليا والاقوى صحته وعدم توقفه على الاجازة اما صحته فلان قصد بيعه لنفسه لغو بعد ان اوقع التبديل
بين طرفي الاضافة المالكية والطرف الاخر واما عدم توقفه على الاجازة فلان الاذن السابق لا يقصر عن الاجازة وبالجملة
لو كان القصد لنفسه منافيا لقصد المعاوضة فلا ينفعه الاجازة اللاحقة ولو كان لغوا فيكفي لصحته الاذن السابق والثالثة
ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وهذا على قسمين الاول ان يبيع عن المالك مع اعتقاده ان المالك ابوه بان
يطبق المالك على ابيه والثاني ان يبيع عن شخص ابيه والفرق بينهما كالفرق بين الوصف والاشارة اما القسم الاول فلا اشكال
في صحته لانه قصد البيع عن مالك المال فاوقع التبديل بين الملكين وتطبيق المالك على الاب لا يضر بصحة المعاملة ووقوعها
لنفسه انما هو لكونه احد طرفي الاضافتين وهو المالك واقعا انما الاشكال في القسم الثاني والصورة الرابعة وهي ان يبيع
لنفسه وكل منهما يختص باشكال لا يجري في الاخر وان توهم بعض ورود الاشكال المختص بالصورة الرابعة على القسم الثاني
ايضا على ما نقله المص عن النهاية والايضاح وحاصل اشكالهم على ما اذا قصد بيع ماله عن ابيه هو انه قصد البيع عن ابيه لا عن
نفسه فلو انكشف كون المال لنفسه فكيف يصح المعاملة وتقع له بمجرد كونه في الواقع له هذا مع ان هذا البيع وان كان منجزا في
الصورة الا انه معلق واقعا والتقدير ان مات مورثي فقد بعتك هذا مضافا الى انه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده
ان المبيع لغيره ولا يخفى ان الاشكال الثاني مع انه لا صغرى له ولا كبرى في المقام لا يجتمع مع الاشكال الاول اما عدم الصغرى فلان
المفروض ان الوارث يظن حيوة ابيه ويبيعه ايضا عن ابيه فكيف يكون تقدير هذا البيع ان مات مورثي فقد بعتك بل هذا
التعليق المعنوي يجري في خصوص ما اذا باع لنفسه مع ظنه بحيوة مورثه واما عدم الكبرى فلان التنجيز صورة كاف في صحة المعاملة

وان كان في الواقع معلقا واما عدم اجتماعه مع الاشكال الاول فلان الاشكال الاول هو انه مع قصد البيع عن الاب
كيف يقع لنفسه فلا يرد اشكال التعليق وهو ان مات مورثي فقد بعتك لان مرجعه الى انه قصد البيع لنفسه واما الاشكال
الثالث فهو الاشكال المعروف الوارد على التشريع وحاصله في المقام انه مع اعتقاده بان المال لابيه كيف يقصد المعاوضة
الحقيقية وقد اجبنا عنه في بيع الغاصب بان البناء على امر يعتقد خلافه بمكان من الامكان ثم ان المص قده اجاب عن الاشكال
الاول بان قصد نقل الملك عن الاب لا يضر بوقوعه لنفسه لانه وان قصد عن ابيه الا انه قصده من حيث كونه مالكا ففي الحقيقة
قصد النقل عن المالك اي الحيثية في المقام تقييدي والموضوع هو الاب المالك ولكنك خبير بان الحيثية التقييدية لا يمكن
الالتزام به في الموضوعات الشخصية لان الفرد الخارجي غير قابل للتعدد فتقييده ممتنع فالاب اذا كان هو الذي بيع عنه فهو
ملحوظ بخصوصيته وتوصيفه بانه المالك حيثية تعليلية والحيثية التعليلية لا اثر لها لاتحاد المنشأ والمجاز وبالجملة
النزاع في ان الحيثية تقييدية او تعليلية انما هو في الاحكام الكلية المتعلقة بالعناوين كتعلق الامر بالصلوة والنهي بالغصب
فيقع النزاع في ان متعلق الحكمين هو المعنون والعنوان جهة تعليلية او نفس العنوان وتعلقه بالمعنون انما هو لانطباق العنوان
عليه واما لو تعلق حكم او اشارة بشخص خاص مع اتصافه بعنوان كوجوب اكرام زيد العالم او الاقتداء بعمرو العادل فلا شبهة
في ان الحيثية تعليلية فاذا قصد نقل المال عن ابيه فلا يمكن ان يقال ان المقصود هو النقل عن المالك ولو عنون اباه
بالمالك نعم اصل الاشكال غير وارد لان قصد نقل المال عن شخص معين مع ايقاع التبديل بين المعوض والعوض الشخصيين
لا يضر بوقوع المعاملة عن مالكيهما ولذا لو اشترى من شخص يتوهم انه زيد فبان كونه عمروا يقع المعاملة بينه وبين عمرو وبالجملة
هذا الاشكال المختص بما اذا باع عن ابيه لا وقع له في العوض والمعوض الشخصيين واما الاشكال المختص بما اذا باع لنفسه
مع اعتقاده بانه لغيره فهو التعليق في المعنى والجواب عنه ان التعليق الواقعي لا يضر مع التنجيز في الصورة هذا مضافا الى انه
لو كان هناك تعليق فهو في الحكم الشرعي لا في المنشأ لا صورة كما هو ظاهر ولا معنى لان المعتقد بحيوة ابيه لا يصدر البيع عنه
لنفسه الا بفرض المال مال نفسه اما بالمشارفة واما بالادعاء ونحوه كالغاصب والا يكون سفيها ثم انه بعد الفراغ عن صحة الصورتين
فهل تصحان مطلقا او مع الاجازة او تفصيل بينهما والحق هو الاخير اما الصورة الاولى فتوقفها بقسميها على الاجازة واضح لانه
باع عن المالك او عن ابيه فلم يسند المعاملة الى نفسه فيتوقف وقوعها عن نفسه على الاجازة حتى تستند اليه الذي هو المالك
حقيقة ومجرد الرضا باصل التبديل لا يكفي في الطيب والرضا المعتبر من المالك بعنوان انه مالك وذلك لان مقتضى قوله
عز من قائل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ع لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وان كان كفاية رضا المالك وطيب نفسه
ولو مع اعتقاده بان المال لغيره ولكن بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد منهما ان ذات الرضا والطيب بما هو ليس موضوعا
للحكم فان احترام ماله وتوقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا في جواز التصرف ومعلوم ان الطيب

باصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكي كما ان العمد باصل التكلم او العمد بالاكل ليس عمدا بالتكلم في الصلوة او الاكل في
نهار شهر رمضان فيتوقف شمول الدليل الدال على مانعية التكلم في الصلوة او مفطرية الاكل على العلم بانه في الصلوة وبانه
في نهار شهر رمضان لان الاحكام المترتبة على الافعال بعناوينها الخاصة انما تترتب عليها بعد صدورها مع قصد هذه
العناوين فالاذن في الاكل مع عدم العلم بانه ماله والاذن في العتق مع عدم العلم بانه عبده لا يوجب جواز التصرف للماذون
واقعا ونفوذه بحيث لا يتوقف على الاجازة اللاحقة ومجرد كون المالك هو المباشر للعقد لا يكفي في صحته فانه وان كان
مستندا اليه وصادرا منه عن طيب الا انه لا بعنوان كونه مالكا فيعتبر الاجازة اللاحقة حتى يستكشف الرضا المالكي وبما انه
ماله كما يعتبر الاجازة من المكره حتى يصح ما صدر عنه كرها مع كون الفعل صادرا من نفسه فالاجازة قد تفيد فائدة الرضا
كاجازة المالك في المقام واجازة المكره وقد تفيد الرضا والاستناد معا كما في الفضولي بل من هذا البيان يمكن اعتبار الاجازة
في صحة عقد من باع عن المالك وانكشف كونه وليا او وكيلا فانه وان كان هو المباشر للعقد الا ان بيعه لم يقع بعنوان الولاية
فلاعتبار نظرة الولي تعتبر الاجازة بعد تبين الحال وكيف كان فاعتبار الاجازة في المقام انما هو لما ذكره المص قده لا لما
يظهر من جامع المقاصد من ان البايع لم يقصد البيع الناقل للملك فعلا بل مع اجازة المالك فان هذا ممنوع اما اولا فلان
البايع لا يقصد الا اصل البيع وحصول النقل حينه او بعد الاجازة من الاحكام الشرعية لا من منشات البايع حتى يختلف
تحقق المنشا باختلاف انحاء قصده واما ثانيا فلان هذا ينافي مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البايع لا يقصد
نقل المال حين العقد ثم ان مما ذكرنا ظهر مدرك عدم اعتبار الاجازة في الصحة ومدرك اعتبارها فيها وحاصل الاول هو ان
المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الاجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه في ماله واستدلوا له بوجه اخر وهو ان قصده
الى نقل مال نفسه ان حصل بمجرد التبديل بين المالين المعينين وان لم يعلم بانه المالك للمبيع فهو اولى من الاذن لغيره في ايقاع
المعاملة فضلا عن اجازته في ذلك والا فيفسد من اصله وتقدم الجواب عن الوجه الاول واما الثاني ففيه انه لا تنافي بين الصحة
وتوقفه على الاجازة لان في اصل الصحة يكفي قصد التبديل بين المالين وقصد مال نفسه او غيره لا ينفع ولا يقدح ولكنه من
جهة الرضا المالكي من حيث انه ماله يتوقف على الاجازة وحاصل الثاني ان ادلة اعتبار الرضا وطيب النفس دالة على اعتبار
الرضا بنقل ماله من حيث انه ماله وهو لما لم يكن عالما بانه ماله فالرضا بهذا النحو لم يحصل فيتوقف الصحة على الاجازة كتوقف
عقد المكره عليها وهنا قول اخر وهو اعتبار الاجازة في اللزوم دون الصحة واستدلوا له بقاعدة نفي الضرر وحاصل تقريبه ان
لزوم هذا النقل على المالك بحيث لا يتوقف على طيب نفسه بما انه ماله ضرر عليه فيكون له الخيار في الرد والاجازة واجاب عنه
المص بما لا يخلو عن خفاء واشكال وحاصل ما اورده على هذا القول هو ان التمسك بقاعدة الضرر لاثبات الخيار وتوقف
اللزوم على الاجازة انما هو بعد الفراغ عن صحة العقد والكلام الان في صحته لان العقد ناقص من حيث الحدوث لا من حيث البقاء

في بيان وجه اعتبار الاجازة وعدمه

وبعبارة اخرى المالك الموجب لاعتبار الاجازة في عقد الفضولي هو الموجب لاعتبارها في عقد من باع ماله باعتقاد انه لغيره وهو الادلة الدالة على اعتبار طيب نفس المالك في نفوذ التصرف في ماله الا الادلة الثانوية كقاعدة الضرر الموجبة لثبوت الخيار للمضرور لكنه لا يجدي في المقام ايضا الان مفادها اعتبار الاجازة في الصحة لا اللزوم لان نقل مال الغير بدون اعتبار رضا انه مال المضرور عليه فيرتفع لا ان لزوم مضرور عليه بعد الفراغ عن صحته كما في الضرر المترتب على لزوم البيع لامر راجع الى احد العوضين ولكنك خبير بانه لو اكتفى قدس سره في الجواب بان المقابلين من مفاد التمسك بالقاعدة الثانوية لان نفس الادلة الاولية قاضية باعتبار الاجازة في انتقال المال لكان في محله ولكنه حيث جعل الضابط في التمسك بقاعدة نفي الضرر كون الضرر مترتبا على لزوم البيع لامر راجع الى احد العوضين لا الامر راجع الى نفس العقد والى المتعاقدين فانه ليس مفاد التمسك بالقاعدة ثم اعترف بعدم التمسك بها لنفي الصحة فيرد عليه اولا انه يمكن التمسك بها الامر يرجع الى المتعاقدين كاعتبار علمهما بالعوض والمعوض فان الجهل بهما يوجب الضرر وثانيا ان التمسك بها لنفي الصحة لا يستقيم رأسا لان الصحة ليست امرا مجعولا حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الاسباب والمسببات فنفس هذا الدليل كاف لاثبات هذا القيد كالدليل الدال على اعتبار رضا المالك بما انه مالك والدليل الدال على اعتبار كون المشتري مسلما لو كان المبيع عبدا مسلما او مصحفا ولو لم يدل فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لانها حاكمة على الاحكام الثابتة ولا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر وحاصل الكلام انه لو استفدنا من قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه اعتبار طيب النفس على التصرف بعنوان انه مال المرء اما للظهور اللفظي او لمناسبة الحكم والموضوع فيغنينا عن التمسك بقاعدة نفي الضرر والا فلا يمكن اعتبار هذا القيد لو لا لزوم منه الضرر قوله قدس سره ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولي اه وجهه انه ليس من افراد الفضولي لانه وقع ممن امره بيده فلا يشمله الادلة الدالة على نفي الفضولي من الاجماع والكتاب والسنة نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير المستتبع لحكم شرعي بحرمة التصرف المستلزمة للفساد اذا رجعت الى السبب فتجري الطلاق في المقام ولكنه لا يخفى ان هذا مبني على ان يكون حكم العقل بقبح التصرف في ما يعلم انه مال الغير وما لا يعلم انه مال الغير بمناط واحد حكم بقبح التشريع الذي هو عبارة عن الاسناد الى الشارع ما لم يعلم انه من فتجري الفساد في المقام واما لو قلنا بان العقل يحكم في صورة العلم بانه مال الغير وفي صورة الشك في هذا العلم بمناطين اي في المال الذي هو في الواقع ليس ماله بمناط واقعي وفي المال الذي هو ماله ولا يعلم بانه ماله بمناط طريقي لحكمه في الظلم فلا يستلزم الفساد في الفضولي الفساد في المقام لانه وان قبح التصرف الا ان حكمه طريقي فالحكم الشرعي المستفاد منه من باب الملازمة ايضا طريقي فاذا انكشف مخالفته الاعتقاد للواقع فلا يكون الا تجريا هذا تمام الكلام في الصورة الاولى واما الصورة الثانية وهي ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له فوجه عدم توقفها على الاجازة تمامية اركان العقد حتى بعنوان انه ماله لان البايع بعد فرض نفسه مالكا للمال اما للشارفة واما للاستيلاء عليه

عدوانا يبيعه بعنوان انه ماله واعتقاد انه لغيره لا يوجب توقف عقده على اجازته ولكنه يمكن ان يقال بالفرق بين الغاصب و
غيره فان الغاصب بعد ما جعل نفسه مالكا واستولى على المال يبيعه بعنوان انه ماله واما الذي يريد ان يشتري من مالكه ويسلمه
الى المشتري فهو وان باعه لنفسه الا انه لا بعنوان انه ماله فعلا فيتوقف على الرضا بعد انكشاف الحال كتوقف عقد المكره عليه فان
الرضا باصل التبديل غير الرضا بانه ماله فعلا فصحته تتوقف على الاجازة فتدبر **قوله** قده واما القول في المجاز فاستقصاؤه
يكون ببيان امور الاول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك اه لا اشكال في انه يعتبر في
عقد الفضولي جميع ما يعتبر في سائر العقود حتى الشروط المعتبرة في تأثير العقد مثل القدرة على التسليم فلا خصوصية فيه من بين العقود
الا انه يتطرق فيه احتمالات بل اقوال لا تجري في غيره وهي اعتبارها حين العقد او حين الاجازة او من زمان العقد الى زمان
الاجازة ولا يبعد ان يكون اقوى الاحتمالات هو الاول من غير فرق بين الكشف والنقل نعم من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد
اعتبار بعض الشرائط حين تسليم المبيع الى المشتري كالقدرة على التسليم وكون مشتري المصحف والعبد المسلم مسلما فلا تعتبر حال
العقد ولا حال الاجازة الا ان يكون زمان الاجازة زمان لزوم التسليم اما عدم اعتبار وجود هذه الشرائط حين العقد فلان
مناط اعتبارها لا يقتضي الا ان يكون حال لزوم التسليم هذا الشرط موجودا فلو باع الفضولي سلما فوجود القدرة حال العقد
او حال الاجازة لا اثر له وهكذا كون المشتري حال العقد كافرا لا يضر بشرائه المصحف او المسلم اذا كان مسلما حال وصولهما تحت
استيلائه لان اعتبار هذا الشرط انما هو لعدم استيلاء الكافر على المصحف والعبد المسلم واما اعتبار وجود سائر الشرائط حال العقد
فلان المفروض ان الاجازة ليست عقدا مستأنفا بل هي انفاذ للعقد السابق وامضاء له فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود اما
شرائط نفس العقد فواضح واما شرائط المتعاقدين من البلوغ والعقل ونحو ذلك وشرائط العوضين من كونه معلوما و
مملوكا شرعا ونحو ذلك فلان التبديل والعقد بين الشيئين انما يصدر من الفضولي وطرفه كصدوره من الوكيل المفوض وطرفه
فكما يشترط ان يكون طرف الفضولي جامعا للشرائط فكذلك الفضولي ولا يمكن قياس عقد الفضولي على عقد الوكيل في اجراء الصيغة
من عدم اعتبار علمه بالعوض واوصافه لان القياس مع الفارق فان الوكيل في اجراء الصيغة ليس الا آلة وهو بمنزلة لسان الموكل
وقلم الكاتب وهذا بخلاف الفضولي فانه هو الذي يعقد ويوقع التبديل بين العوضين فعلم المجيز لا اثر له مع جهل الفضولي هذا
ولكن التحقيق هو اعتبارها حين العقد والاجازة معا لان الاجازة وان لم تكن عقدا مستأنفا الا انها دخيل في الاستناد
الى المالك فمع فقد الشرائط حينها لا يمكن ان يستند العقد اليه نعم لا يعتبر استمرار جميع الشرائط من زمان العقد الى زمان الاجازة
فان بقاء المتعاقدين على شروط الصيغة لا وجه له بلا اشكال انما الاشكال في شروط العوضين فانه لو كان المبيع حين العقد
خلا ثم صار خمرا ثم تبدل وانقلب الى الخل حين الاجازة فتأثير الاجازة في غاية الاشكال لانه يمكن ان يقال ان الخل بمجرد
انقلابه الى الخمر يخرج عن قابلية تعلق الاجازة بالعقد الواقع عليه وعلى هذا فالوجوه المحتملة خمسة كفاية وجود الشرائط حين العقد

في شرائط المجاز

وكفاية وجودها حين الاجازة واعتبار وجودها حينها واعتبار استمرارها من حين العقد الى حين الاجازة والتفصيل بين شرط العوضين وشرط المتعاقدين وعلى اي حال كفاية وجودها حين الاجازة لا وجه له فان البيع لو كان خمرا حين العقد فهذا غير قابل لان تتعلق به الاجازة وان انقلب الى الخل قبلها قوله قدس سره الثالث هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل اه لا يخفى انه لا يجري في المقام ما يجري في الوكالة فانها تصح على نحو الاطلاق وان لم تصح على نحو الابهام واما الاجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لان عقد الفضولي وقع على شيء خاص وهو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الادلة الدالة على نفوذ الاجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالامر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء مع انها تندرج في عموم نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر وبالجملة مقتضى ما ذكرنا من ان الاستناد يتحقق بالاجازة عدم صحة تعلقها بالامر المبهم تعلقها بالامر المشكوك بان يجيز على تقدير وقوعه فانها تقع لغوا وان انكشف وقوعه لما ذكره المصنف قدس سره من ان الاجازة تخاطب المالك بالوفاء بالعقد فتشبه العقود فبطلان التعليق فيها مستلزم لبطلانه فيها فان مجرد الشباهة لا يوجب الالحاق في الحكم بل لما ذكرنا من ان بها يتحقق الاستناد وهو من الايقاعات والايقاع لا يقبل التعليق ثم ان هذا كله بناء على بطلان التعليق مطلقا واما بناء على صحته اذا كان المعلق عليه حاصلا كما في المقام وصححنا فيما اذا كان موضوعا كتعليق الطلاق على الزوجية فلا وجه لاحتمال البطلان ولعله لهذا امر قدس سره بالتامل قوله قدس سره الثالث المجاز اما العقد الواقع على نفسه فالظاهر لا يخفى ان محل البحث انما هو في العقود الطولية من حيث الترتب لا في العقود العرضية ولو كانت طولية بحسب الزمان وبعبارة اخرى موضوع بحث الفقهاء في العقود المرتبة على مال المجيز او على عوضه انما هو فيما اذا وقع المشتري العقد على مال المجيز كما اذا اشترى كاتب زيد من الفضولي ثم باع المشتري الكتاب من عمرو ثم باعه عمرو وهكذا في طرف العوض كما اذا وقع المعاملة على ثمن الكتاب اما اذا وقع عقود متعددة من فضولي واحد او متعدد في زمان واحد او ازمنة مختلفة على مال المالك فهو خارج عن محل الكلام لانه ليس للمالك الا اجازة واحد منها فلو بيع كتابه بدرهم ثم بيع هذا الكتاب في زمان البيع الاول او بعده بدينار ثم بيع هذا الثالث بثوب فلا يكون التصحيح من هذه العقود الا ما اجازه المالك وصحته لا تتوقف على صحة غيره ولا تستلزم فيقع غيره الاجازة باطلا نعم بناء على عدم اعتبار المالكية المجيز حين العقد فللمجاز له اجازة عقد آخر من العقود السابقة كان او لاحقا بناء على الكشف والنقل لان المجاز له اجازة المالك صار المالك فله اجازة اي عقد تعلق بماله سواء وقع من غيره او منه ويحتمل ان يصح له ولو بلا اجازة اذا صدر منه فان المقام من صغريات من باع ثم ملك وبناء على اعتبار مالكية المجيز حين العقد فعلى الكشف له اجازة ما وقع بعد عقده دون ما وقع قبله وعلى النقل ليس له الا اجازة مطلقا وبالجملة محل البحث انما هو في العقود المترتبة وترتبها اما بوقوع العقود من اشخاص متعددة على نحو تعاقب الايدي واما بوقوعها على اثمان متعددة ولو من شخص واحد او الترتب بان يقع في احد العوضين او اخرى في العوض والمعوض والمضاف انما عدل عن تعبير الفقهاء من ان

يشترط في المجاز ان يكون معلوما للمجيز بالتفصيل

في تعلق الاجازة بالعقود المترتبة على اموال المجيز او الثمن المثمن

في العقود الواقعة على المثمن يصح المجاز وما بعده وفي العقود الواقعة على الثمن يصح وما قبله الى ما ذكره لادخال الترتب التركيبي
فان تعبيرهم مختص بالترتب البسيط اي الواقع على احد العوضين وحيث ان تصوير الصور في غاية الصعوبة وان كان حكمها
في غاية السهولة فلا باس بذكر جميع الصور التي فرضها المص ثم ان قوله قده وعلى كل منهما اما ان يكون المجاز اول عقد وقع على المال
او عوضه او اخره او وسطه ليس لبيان التقسيم لكل من القسمين بل المراد ان المجاز اما اول عقد وقع على المال واما اخره او وسطه
وهكذا المجاز اما اول عقد وقع على عوضه او اخره او وسطه ثم الوسط اما ان يكون مثل الاول والاخر في وقوعه على ما وقعا
واما ان يكون غيرهما فلو كان مثلهما فهذا ترتب بسيط وهو ما عنونه الفقهاء كما لو باع الفضولي عبد زيد بدرهم من عمرو
فباع عمرو المشتري العبد بدينار من بكر ثم باعه بكر بثوب من خالد وهكذا فكل بايع يبيع العبد الذي اشتراه واما لو كان واقعا
على غير ما وقع الاول والاخر فهذا ترتب تركيبي وكل وسط من المال او العوض يتصور على اقسام اربعة فيصير المجموع ثمانية
وبانضمام الاربعة الواقعة على المال او العوض يصير المجموع اثني عشر لان العقد المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك او اخر
عقد او وسط واقع بين عقدين واقعين على مال المالك او وسط بين عقدين واقعين على عوض مال المالك او وسط اوله
وقع على المال واخره على العوض او بالعكس وهكذا لو كان المجاز العقد الواقع على العوض فانه اما اول عقد وقع على العوض
او اخر عقد كذلك او وسط بين عقدين واقعين على العوض او بين عقدين واقعين على المعوض او بين عقد وقع على المعوض
وعقد وقع على العوض او بالعكس فهذه اثني عشر ولكل صورة صور كثيرة لامكان ترامي العقود بالنسبة الى كل عوض وعوض
عوضه والامثلة التي ذكرها المص جامعة لجميع الصور الاثني عشر فاول عقد وقع على مال المالك بيع عبده بفرس ووسطه
بيع صاحب الفرس العبد بكتاب واخره بيع صاحب الكتاب العبد بدينار واول عقد وقع على عوض مال المالك اي الفرس هو
بيع الفضولي الفرس بدرهم ووسطه بيع الدرهم الذي هو عوض عن الفرس برغيف واخره بيع الرغيف بالعسل فان الرغيف
عوض عن الدرهم والدرهم عوض عن الفرس والفرس عوض عن العبد وقلنا ان الترامي في العوض انما هو بتبدل الاثمان و
اما تبديل الثمن الواحد وهو الفرس مرارا فهو كبيع مال المالك مرارا ثم ان الوسط الذي ذكرناه في القسمين هو الوسط الواقع بين
عقدين واردين على مورده عوضا كان او معوضا وهذه الاقسام هي التي ذكرها الفقهاء فبقي ست صور للوسط ثلاث منها
كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على مال المالك وكان قبله وبعده واردين على العوض او كان قبله مثله دون بعده او بالعكس
وثلث منها كون الوسط المجاز هو العقد الواقع على عوض مال المالك وكان قبله وبعده واردين على المعوض او كان قبله
مثله دون بعده او بالعكس فالاول كبيع العبد بكتاب الواقع بين بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بجارية والثاني كما لو بيع
اولا عبد المالك بفرس ثم باع العبد صاحب الفرس بدينار ثم بيع الفرس بدرهم والثالث كما لو بيع بعد بيع العبد بفرس الفرس
بالدرهم ثم العبد بالكتاب ثم العبد بالدينار فاجازة بيع العبد بالكتاب اجازة متعلقة بالعقد على مال المالك الذي هو الوسط

بين العقد الواقع على العوض والعقد الواقع على المعوض نعم في مثل هذه الصورة لا بد من فرض اربعة عقود حتى يكون قبل
الثالث العقد واقعا على العوض والرابع كبيع العبد اولا بفرس ثم بيع الفرس بدرهم ثم بيع العبد بكتاب والخامس كبيع الدرهم
الذي هو بدل البدل برغيف والرغيف بعسل ثم بيع العبد بكتاب والسادس كبيع العبد بفرس ثم العبد بكتاب ثم الفرس بدرهم
ثم الدرهم برغيف ولا يخفى ان بيع الدرهم بالرغيف الذي ذكره المص في بدل البدل من جهة هو الوسط الذي قبله عقد وارد
على مورده وهو بيع الفرس بالدرهم وبعده كذلك ايضا وهو بيع الدرهم بحمار ومن جهة هو الوسط الذي قبله عقد وارد على غير
مورده وبعده كذلك ايضا فان قبله اولا بيع العبد بالفرس ثم بيع الفرس بدرهم فالفرس بدل الدرهم والعبد بدل الفرس و
بعده اولا بيع الدرهم بحمار ثم بيع الرغيف بعسل فالرغيف بدل للدرهم ثم لا يخفى ان في الصورتين من تعلق اجازة المالك بماله
وفي الصورتين من تعلق اجازته ببدل المال لا محل للترتب الطبعي وانما هو ترتب زماني فلا ترتبط بما هو المهم من محل البحث
من ان اجازة البيع الواقع على المال فسخ لما قبله ومستلزم لصحة ما بعده واجازة البيع الواقع على البدل متوقف على اجازة
ما قبله وغير متعرض لما بعده وذلك لان المجاز لو كان العقد المتعلق بالمال فلو كان قبله وبعده واردين على مورده او بعده
وحده واردا على غير مورده لكان الامر كما ذكره المص من ان اجازة الوسط اسقاط لما قبله واجازة لما بعده واما لو كان القبل و
البعد كلاهما واردين على غير مورده او خصوص ما قبله كبيع الفرس بالدرهم الواقع قبل بيع العبد بالكتاب فاجازة العبد بالكتاب
لا تستلزم فسخ بيع الفرس بالدرهم وان استلزمت فسخ بيع العبد بالفرس لان صحة بيع الفرس بالدرهم تدور مدار اجازة مالكه
وفسخه وهكذا لو كان بعد بيع العبد بالكتاب وقع عقد على غير مورد مال المالك كبيع الدينار بالجارية هذا حال تعلق الاجازة
بمال المالك واما لو تعلق ببدل المال فالعقد المجاز لو كان قبله وبعده واردين على مورد البدل او كان خصوص قبله كذلك
فالامر كما ذكره المص واما لو كان كل منهما واردين على غير مورد البدل اي على بدل البدل او خصوص ما قبله فاين التوقف لان
الترتب الطبعي لا يتصور بين بدل البدل ونفس البدل الا ان يكون البيع واقعا اولا على البدل ثم على بدله واما لو كان واقعا اولا
على بدل البدل ثم على البدل فهذا ليس الا ترتبا زمانيا كما اذا وقع البيع اولا على الدرهم برغيف ثم بيع الدينار بالجارية نعم لو كان
المراد من بدل البدل بدل المورد لا مطلق بدل بدل المالك فلا محالة العقد المجاز لو كان واردا على بدل المال فقبله هو الواقع
على بدل مال المالك كما لو اجاز بيع الدرهم بالرغيف الذي قبله بيع العبد بالفرس والفرس بدل المورد فان الدرهم بدل الفرس
وبيع العبد بالفرس لا محالة يقع قبل بيع الدرهم بالرغيف فان صحة بيع الدرهم به مترتب طبعا على صحة بيع الفرس بالدرهم
وبالجملة وان اجاد المص في ادخال الترتب التركيبي في محل البحث الا انه لا يدخل في الترتب الطبعي الا بعض صوره فلا بد من
تقييد قوله بما يقتضيه الترتب كذلك وتوضيح ذلك ان كل عقد يتوقف صحته على صحة ما قبله فاجازته اجازة لما قبله فاجازة
بيع الرغيف بالعسل تتوقف على اجازة بيع الدرهم بالرغيف وهو على بيع الفرس بالدرهم وهو على بيع العبد بالفرس وكل عقد

يستلزم صحة المجاز صحة فهو يصح ايضا بصحة المجاز فاجازة بيع الفرس بالدرهم يستلزم صحة كل عقد وقع على العبد من صاحب الفرس الذى ملكه اى تستلزم صحة بيع العبد بالدينار وبيع الدينار بالجارية وهكذا (تعليقة) فيخصص صحة العقد بالتوقف والاستلزام بما اذا وقع فى سلسلة المجاز كما اذا باع بايع الفرس الدرهم بالزغيف فان صحة بيع الفرس بالدرهم مستلزم لصحة بيع الدرهم بالزغيف واما لو وقع فى غير هذه السلسلة كما اذا بيع العبد اولا بفرس ثم باع فضولى اخر غير مالك الفرس الفرس بدرهم ثم بيع الدرهم بزغيف من غير مالك الدرهم فلا تقتضى صحة بيع الفرس بالدرهم صحة بيع الدرهم بالزغيف بل يحتاج الى اجازة مالك العبد التى هى صاف الكاللفرس فصاف الكاللدرهم ثم ان توضيح حكم جميع الصور يتوقف على تمهيد امور قد تقدم الاشارة الى بعضها الاول ان الترتب فى المال مختص فى صدره لعقود من اشخاص متعددة وفى عوضه فى صدوره من شخص واحد على اثمان مختلفة الثانى ان اجازة الوسط لو تعلقت بالمال تقتضى فسخ ما قبله وتستلزم اجازة ما بعده ولو تعلقت بالبدل فتوقف على اجازة ما قبله وساكنة عما بعده فلو باع الفضولى عبد المالك بفرس ثم المشترى للعبد باعه بكتاب ثم من اشتراه بالكتاب باعه بدينار فاجازة مالك العبد بيع العبد بالكتاب تستلزم بيع العبد بالفرس وتستلزم لصحة بيعه بالدينار ولو باع الفضولى الفرس الذى كان بدلا للعبد بدرهم وباع الدرهم بزغيف توقف على اجازة بيع الفرس بالدرهم واما بالنسبة الى الزغيف بالعسل فلا تستلزم صحة مالك الزغيف الذى صاف الكاله باجازة بيع الدرهم بالزغيف اجازة بيعه بالعسل الثالث ان ما ذكر من حكم الرد والاستلزام والتوقف انما هو بالنسبة الى سلسلة المعاملات الواقعة على الثمن والمثمن واما المعاملة الواقعة على بدلهما فى جميع السلسلة فليس كذلك وحكم الجميع انه لو اجاز المالك بيع العبد بالكتاب اجازة فسخ بالنسبة الى بيع العبد بالفرس واما بالنسبة الى بيع الفرس بالدرهم فهو غير متعرضة له فلمالك الفرس اجازته ولو اجاز المالك بيع الدرهم بزغيف اجازة توقف على اجازة بيع الفرس بالدرهم وهى على اجازة بيع العبد بالفرس وساكتة عن بيع الزغيف بالعسل ولكنها مستلزمة لصحة بيع الدرهم بالحمار لان الدرهم صاف لكاله صاحب الزغيف فلو باعه بالحمار صح هذا البيع واما بيع صاحب الفرس العبد بالكتاب فاجازة بيع الدرهم بالزغيف لا توقف على صحته بل مستلزمة لها وحاصل الكلام ان توقف صحة عقد على صحة عقد اخر انما هو بالنسبة الى ما كان الثانى مترتبا طبعا عليه لا بالنسبة الى غيره فكلام المصنف لا يتم باطلاقه ثم ان اقتضاء اجازة عقد رد عقد اخر او عدم تعرضه لغير موجب لبطلان العقد لا سابقا قد يرجع الى الرد وقد او السكوت عنه الى مالك المال كاجازة بيع الزغيف بالعسل وقد يرجع امره الى الثالث كبيع الدرهم بحمار وقد يرجع الى الطرف كبيع الفرس بدرهم الرابع ان الاقوى الصحة بالاستلزام انما هو على الكشف دون النقل واما بناء عليه فيبتنى على ما تقدم من اعتبار ملكية المجيز حال العقد وعدمه ثم ان صحتها بالكشف انما هو بعد اجازة من انتقل اليه المال كشفا لما تقدم من اعتبار كون البيع بعنوان انه ماله فلو علم المشترى بكون البائع فضوليا او غاصبا فلا يبيع ما اشتراه بعنوان انه ماله فبعد

(تعليقة) فى بيع الفضولى بعنوان انه مال المالك

تحقق الاجازة من المالك يتوقف صحة بيع المشتري على الاجازة منه نعم بناء على كفاية بيع المالك لواقعي في الصحة فبيعه صحيح بالاستازام مط قوله ثم ان ههنا اشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود صورة علم المشتري بالغصب لا يخفى ان منشأ الاشكال هو فتوى المشهور بان الثمر اذا تلف عند البايع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب مطالبة الغاصب بمثله او قيمته فينبغي البحث اولا عن المنشأ وثانيا عما نشأ عنه اما المنشأ فمقتضى تسلط المشتري الغاصب على الثمن ان لا يكون له المطالبة ولا يقال انه سلطه عليه بازاء الثمن لان مع علمه بانه ليس له لا يمكن ان يجعله ضامنا بالضمان المعاوضي بان يكون الثمن عوضا عن الثمن والمفروض عدم جريان ضمان اليد فيه ايضا لعلم المشتري بكونه غاصبا ولانه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده التي استدل لتشخيص موارد تخصيص قاعدة اليد اما ما نشأ عنه وهو البحث عن تتبع العقود فمادة بقرر الاشكال بالنسبة الى نفس بيع الغاصب حتى يسري منه الى العقود المترتبة واخرى بالنسبة الى العقود المترتبة وبانه على الاول يظهر من حواشي التمهيد فنقول وحاصله ان تسلط المشتري الغاصب انما هو بنفس المعاملة معه والاشتراء منه وهذا على وجهين الاول ان يكون مرجع الاشتراء من الغاصب الى هبته وتملك المبيع مجانا فكانه صدر منه ايقاعين هبة مجانية بالنسبة الى الغاصب وتملك كذلك بالنسبة الى المغصوب منه والثاني ان يكون الغرض من اشتراء منه استنقاذ المبيع منه كاشتراء الحر المسلم من الكافر وبيع المنتزع من مستحليه ونحو ذلك مما لا يقصد فيه المعاوضة الحقيقية ومقتضى ذلك دخول الثمن في ملك الغاصب مع عدم دخول المبيع في ملك المشتري وبانه على الثاني يظهر من فخر المحققين وحاصله ان التسلط انما هو بدفع الثمن اليه واقباضه اياه فعلى الاول لا يصح للمالك اجازة بيع الغاصب ايضا لانه لم يجعل بازاء المبيع ثمن وعلى الثاني لا يصح اجازة العقود المترتبة على الثمن لان الثمن بتسليم المشتري الى الغاصب وتصرف الغاصب فيه يصير ملكا له فعقده عليه يكون عقدا في ملكه فليس للمالك اجازته وهذا بخلاف العقد الاول فان للمالك اجازته واخذ الثمن من المشتري ولكنه لا يخفى ان تقرير الاشكال على الوجه الاول فاسد فان هذا اشكال في اصل بيع الغاصب وبعد ما عرفت صحته لتحقق قصد المعاوضة منه فيندفع باشكال قصد المشتري فانه لا يقصد بتراضيه التسليط المجاني بل يقصد التبديل بين المالين حقيقة فانه يفرض الغاصب مالكا ويعامل معه معاملة المالك مع المالك فلو قلنا بانه ليس للمشتري مطالبة الغاصب بالمثل والقيمة عند التلف فلا يقتضي عدم صحة البيع للمالك اذا الجامع بقاء عين ماله عند المشتري وتصرف الغاصب فيها بنقلها الى المشتري ليس بحكم التلف حتى لا يقبل التعلق الاجازة به وبالجملة توهم ان المشتري لم يقصد المعاوضة بل قصد الهبة او التملك مجانا او الاستنقاذ فاسد جدا فالبيع الاول قابل لتعلق الاجازة به اذا كان الثمن عينا تالفا بالتلف السماوي سواء تلفوا التلف الخارجي او الحكمي كما اذا اشترى الغاصب شيئا وكان باقيا عنده وسواء قلنا بالكشف او النقل لان على جميع هذه التقادير للمغصوب منه اجازة البيع فيملك الثمن ويرجع الى الغاصب بناء على ان التمليك بالتسليط الخارجي مقيد بصورة الرد دون الاجازة

فان هل عدم جواز حكم المشتري بالعقود في صورة علم المشتري بالغصب امر

وهذا وان لم يكن في بادي النظر خاليا عن الاشكال من حيث ان المالك لم يقيد في مقام التسليم تمليك الغاصب بصورة الرد
الا ان مقتضى ما ذكرنا من قابلية العقد الاول للاجازة ان يكون التسليم مبنيا على المعاوضة ومن جهة فرض الغاصب مالكا
فله الرجوع الى الغاصب اذا اجاز مع بقاء الثمن عنده بل مع التلف الملحق بالبقاء وعلى كل حال فنفس المعاملة معه لا يقتضي عدم
قصد المعاوضة واما تقرير الاشكال على الوجه الثاني ففيه اولا ان هذا الاشكال مبني على النقل دون الكشف الا ان يقال بالطراوة
حتى على الكشف لان التسليم الى الغاصب على هذا المبنى وان كان تسليما من غير المالك فلا يصير الغاصب مالكا الا انه يشترط
في صحة العقد كشفا بقاء قابلية العقد للاجازة الى زمان الاجازة وبعد اتلاف المشتري الثمن بتسليمه الى الغاصب واتلافه الغاصب
بنقله الى الغير لا يبقى محل للاجازة فتدبر وثانيا لا يثمر هذا التسليط اثرا في المقام لما ذكره فخر المحققين من ان الغاصب يؤخذ
باخس الاحوال والمالك باجودها فان هذا الكبرى على فرض تسليمها لا تنطبق على المقام لان مقتضاها ان ما يؤخذ منه يؤخذ
باشق الاحوال واما اذا فرض ان تسليط المشتري يقتضي تملك الغاصب الثمن فتعلق الحق من المالك بالمال ممنوع وحق الاجازة
ليس من الحقوق بل هو حكم شرعي معناه جواز التملك بها في المحل القابل لان التسليط المالكي لا يقتضي الا الاباحة نعم مقتضى الاباحة
عدم ضمان المباح له عند التلف وبالجملة انما قلنا بجواز التصرفات المتوقفة على الملك في المعاطاة بناء على الاباحة لقيام السيرة والاجماع
عليه ولا فمجرد التسليط الخارجي من دون هبة ولا تضمين معاوضي لا يقتضي الملك والمفروض عدم كون التسليم هبة وعدم امكان تضمين
الغاصب ايضا حتى يملك المضمون فان مع تضمين المغصوب منه الذي هو مقتضى قابلية العقد لاجازته لا يعقل ان يكون في عرض هذا
الضمان ضمان آخر فلا يمكن ان يكون التسليم الى الغاصب موجبا لتمليكه الا في صورة الرد لانه ليس بازائه شيء فمرجعه الى الهبة فتمليك
الغاصب الثمن يتوقف على امرين الاول ان يكون تسليطا من المالك والثاني ان يكون مجانيا فعلى الكشف كلاهما منتفيان لان المال
ليس له حتى يقتضي تسليطه تمليكا وعلى النقل ليس تسليطا مجانيا لانه دفعه اليه مبنيا على المعاوضة فالتسليط انما هو بازاء ملك
المغصوب منه ولا يمكن قياسه على ما اذا دفع الثمن الى الاجنبي للفرق بينهما فان التسليم اليه ليس مبنيا على المعاوضة فيقتضي ان يكون
هبة وفي المقام مبني على المعاملة فيكون الاقباض فيه كالاقباض في العقود الفاسدة والمشتري يسلط الغاصب على الثمن بازاء تسليط
الغاصب المثمن له لبنائهما على مالكية الغاصب فيوقعان التبديل بين ملكي المالكين ان قلت فهذا يقتضي ان يكون الغاصب ضامنا
في صورة التلف وان لم يجز المغصوب منه لان تسليط الغاصب مبني على كونه مالكا ففي الحقيقة قصد المشتري تسليط المالك فلو تلف
عند الغاصب ضمنه لعدم تحقق رافع الضمان وبعبارة اخرى ان كان التسليم مبنيا على المعاوضة ويسلمه اليه بما انه مالك فلم يقصد
التسليط المجاني فلا وجه لرفع الضمان عنه عند التلف فضلا عن الاتلاف والنقل الى الغير وان لم يكن مبنيا عليها لزم جواز
تصرف الغاصب وضعا وتكليفا فليس للمالك تتبع العقود اذا اشترى به شيئا قلت لا اشكال في ان التسليم مبني على المعاوضة
فانه بعد فرض المشتري الغاصب مالكا يملكه الثمن الا ان هذه الجهة التعليلية وهي كون الغاصب مالكا ادعاء مصححة للقصد المعاوضي

فقط لا للتسليم الخارجي ايضا وذلك لان الجهات والعناوين يمكن ان تكون موضوعا للأمورات الاعتبارية كالاحكام الشرعية والانشائات المعاملية فيشاء المشتري مع الغاصب عالما انه مال الغير وبهذا اللحاظ تصح اجازة المغصوب منه وينفذ لان هذه الجهات لا يمكن ان تكون موضوعا للأمور الخارجية فانها لا تتغير بالقصد والحال فلو ضرب احد لكونه عدوا وقع الضرب عليه ولو كان صديقا فتسليم المشتري الثمن الى الغاصب لكونه مالكا لا يجعل المسلم اليه هو المالك الحقيقي بل المسلط هو شخص الغاصب وكونه مالكا جهة تعليلية فلا يمكن تضمين الغاصب بهذا الدفع لان المفروض ان القيمة المعاوضية مع المالك وفي مال واحد لا يمكن جعل ضمانين فالتسليم اليه كالتسليم الى الاجنبي فاذا تلف المال عنده لا يضمن لان نفس التسليط الخارجي رفع ضمان اليد فلا تنافي بين كون طرف المعاوضة هو الغاصب لكونه مالكا وعدم كونه ضامنا في صورة التلف لتسالمهما ونعم يضمنه في صورة الاتلاف لان التسليم غير موجب لجواز التصرف تكليفا ووضعا الا اذا اذن لمن في الاتلاف كما لا يشهد في جواز الاسترداد منه اذا كان باقيا عنده لان التسليم لا يزيد من الهبة المجانية فالمحصل مما ذكرنا صحة ما افتى به الماتن من عدم ضمان الغاصب اذا تلف الثمن عنده بتلف سماوي وجواز اجازة المغصوب منه اصل البيع وفرعه وفيما اذا ذهب اليه بعض من عدم جواز استرداد الثمن منه ولو كان باقيا عنده وظهر ايضا عدم جواز تصرف الغاصب فيه وضعا وتكليفا وكل ذلك ليس الا لان الغاصب من حيث جهة المعاملة بمنزلة المالك ومن حيث التسليم اليه بمنزلة الاجنبي واسطة في ايصال الثمن الى المالك فلو تلف عنده من غير تفريط لا ضمان عليه تدبر بعد ما ظهر عدم الفرق في العقود المترتبة بين ان يكون العقد الاول صادرا من الغاصب او من صادرا من غيره فيجري فيها الوصولي من الغاصب ما يجري فيها اذا صدر من غيره وتقدم ان الاجازة المتعلقة بما المجز بناء على الكشف الحقيقي مستلزمة لصحة ما بعده تماما ورد على مورده وفسخا بالنسبة الى ما قبله والاجازة المتعلقة بالعوض موقوفة على صحة ما قبله وساكتة عما بعده واما بناء على النقل فيبنى على اعتبار مالك المجز حين العقد وعدمه وعلى هذا فيقع البحث في الكشف الحكمي في ان التوقف والاستلزام هل يجري فيه ايضا او انه في هذا الحكم كالنقل والظاهر انه في مسئلة الاستلزام كالكشف الحقيقي فان العقود المترتبة على مال المجز صحتها باجازة العقد السابق عليها اذا كان من هذه السلسلة من الآثار الممكنة الترتب على الاجازة لان من آثار اجازة مالك العبد بيع العبد بالفرس هو ان يصح بيع مشتري العبد العبد بكاتب وهكذا بيع الثالث العبد بدينار واما في مسئلة التوقف فيشكل الامر لان توقف صحة العقد المجاز على صحة العقد السابق عليه ليس من المدالبل للتفطن حتى يطرد الحكم بناء على الكشف الحكمي بل مرجعه الى دلالة الاقتضاء وحاصلها ان صحة المجاز يتوقف على صحة ما هو بمنزلة العلة له وجريان هذه الدلالة الاقتضائية على الكشف الحكمي في غاية الاشكال سيما بناء على كونه من باب التعبد فان الحكم بتحقق علة الامر المتأخر سابقا ليس من الامور الممكنة الترتب حتى نرتب من حين العقد بسبب تحقق الاجازة بعد ذلك بل يمكن منع ذلك بالنسبة الى الكشف الحقيقي ايضا فان الالتزام بهذا المحال انما هو فرع قابلية

فان الكشف الحقيقي والاستلزام هل يجري على الكشف الحكمي والاستلزام

العقد للاجازة وقابليته اذا توقف على صحة البيع السابق لا يمكن ان يصحح البيع السابق بهذا الاجازة وبعبارة اخرى لو دل دليل على صحة تعلق اجازة المالك باي عقد من العقود لقلنا صحة اجازة العقد لو سلط تقتضي صحة العقد السابق عليه بدلالة الاقتضاء واما لو لم يكن هناك دليل خاص فدلالة الاقتضاء جارية قوله رتة مسئلة في احكام الرد اه بعد ما تبين سابقا ان مرد المالك كاجازته وان من شرائط الاجازة ان لا يسبقها الرد فالكلام يقع في احكام الرد فنها اعتبار وقوعه اما بالقول الصريح او الفعل الذي هو مصداق لهذا العنوان بالحمل الشايع ولا يتحقق بمجرد الكراهة بالمناوبة الرد قلبا لما تقدم من ان عناوين العقود والايقاعات من الانشائيات فلا بد من تحققها بما هو الانشاء من القول والفعل وعلى هذا فالبحث يقع في مقامين الاول في تحققه بالقول وهذا الاشكال فيه لان الالفاظ الدالة على هذا المعنى الانشائي فيقع بقوله رددت وفسخت ونحوهما ثم قد تقدم انه لو وقع الرد بالقول بطل العقد رأسا ولم يبق قابلا للحوق الاجازة به لان من هذا الرد ولا من غيره فلو انتقل بعد الرد الى الغير فلا يؤثر اجازة الغير ايضا وارثا كان او غيره الثاني في تحققه بالفعل ولا اشكال فيه بحسب الكبرى فان الرد من العناوين القابلة لتحققها بالفعل وليس كالنكاح الذي لا يقبل تحققه بالفعل فان الفعل فيه من السفاح الذي هو ضد للنكاح وانما الاشكال في الصغرى فانا لا نجد فعلا يكون مصداقا للرد بالحمل الشايع الصناعي الا يقاس على الجناني في تحقق طرفيه من الفسخ والامضاء بالفعل فان تصرف ذي الخيار انما انتقل عنه انما يكون فسخا لكونه تشبثا بالملكية السابقة وهو يحصل بكل تصرف حتى بالبيع الفاسد وعرض البيع للبيع بل بانكار البيع واما تصرف المالك في المقام فهو بمقتضى طبعه الاصلي ذاك شفيعة النوعية عن الرد في محل المنع ولو مع القرائن الى عقد اقتضى فلو قصد الرد بفعل لا يكون مصداقا له بالحمل الشايع دخل في القصد المجرد الذي لا اثر له في العقود والايقاعات وبالجملة الاشكال في الصغرى في محله نعم بعض الافعال مما يوجب فوات محل الاجازة وتوضيح ذلك ان تصرفات المالك على اقسام ثلاثة الاول ان يكون متلفا للموضوع حقيقة او حكما كاكله وحرقه او عتقه ووطيه الامة المزوجة فضولا وتزويجها من الغير الثاني اخراجه عن الملك كبيعه وهبته الثالث استيفاء منفعته اما بنفسه واما باجارته من الغير وبلحق بالاجارة الرهن على اشكال وفي جميع هذه الاقسام لو قلنا بعدم صحة الاجازة فليت من جهة كونها فسخا فعلا بل لعدم قابلية العقد للاجازة ولذا نقول لو باعه فللمشتري اجازة العقد بناء على عدم اعتبار المالكية المجوزة حال العقد فالبطلان بالنسبة اليه لا يلازم البطلان رأسا ولكن التحقيق هو الفرق بين هذه الموارد اذ لا يبقى للاجازة محل في القسم الاول والثاني من غير فرق بين الكشف والنقل وتوهم اتربنا على الكشف تكشف الاجازة عن وقوعه في ملك الغير فقد ظهر سابقا انه وان قلنا بالكشف الحقيقي الا انه لا بد من كشف اجازة المالك عن الملك من حين العقد لا اجازة من هو اجنبي لا علقة له بالمال فلو فرض صحة التصرف البيعي من المالك قبل الاجازة فهو يصير اجنبيا فكيف يؤثر اجازته ونكشف عن تحقق الملك

في احكام الرد

في الرد بالتصرف

في الرد بالفعل

لمن اشترى له الفضولي حال العقد وبعبارة اخرى كاشفية الاجازة عن الملك ليست اثرا قهريا للفظ اجزت حتى تفيد صدورها
من كل شخص بل انما هي حكم شرعي مترتب على اجازة المالك حال الاجازة وعلى هذا فالتصرف المتلف للمال حقيقة او حكما اولى
بعدم بقاء محل للاجازة من التصرف الناقل فان المال التالف يخرج عن ملكية المجيز فلا يبقى محل للاجازة نعم ثبت بالدليل ان
موت احد الزوجين غير مانع عن اجازة الآخر مع ان موت احدهما كتلف احد العوضين وكيف كان ففي القسمين الاولين لا
تؤثر الاجازة ولو قلنا بالكشف الحقيقي وانما الكلام في القسم الثالث وهو التصرف الغير المخرج عن الملك اما باستيفاء منفعته
او تلفها تحت يده او اجارته او تزويج الامة المبيعة او جعل حق للغير فيه كالرهن وقبل بيان حكمه ينبغي التنبيه على امر وهو ان
الحاق مسئلة الاستيلاد بهذا القسم لا وجه له لان حكمه حكم القسمين الاولين في انه مفوت لمحل الاجازة لان المدار في تاثير
اجازة المالك صحة بيعه ابتداء والاستيلاد مانع من البيع اذا عرفت ذلك فنقول كما يصح اجازة المالك اذا فاتت منفعة
العين تحت يده او استوفيها بنفسه فكذلك تصح اذا تعلق الاجازة بها فان حكمها حكم استيفاء منفعة العين بنفسه فانها من
احد مصاديق استيفاء المنفعة وذلك لان الاجازة تتعلق بالعين لا بالمنافع وتملك المشتري المنافع انما هو لتبعيتها للعين
شرعا فبناء على النقل لا اشكال في ان العين تنتقل من حين الاجازة الى الطرف فكل منفعة تلفت تحت يد المالك او استوفيها
فلا ضمان عليه حتى في مورد الاجازة فان العين تنتقل الى الطرف مسلوبة المنفعة في مدة الاجازة غاية الامر ان له الخيار لو لم يعلم
كونها كذلك وعلى اي حال لا موجب لعدم تاثير الاجازة ولا لضمان المالك واما بناء على الكشف الحقيقي فحيث ان الاجازة
تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه اجرة المثل ولا اشكال ايضا في صحة الاجازة وهكذا حكم تزويج الامة التي بيعت
فضولا فان تزويجها لا ينافي الاجازة على النقل والكشف وان اوجب الخيار للمشتري في بعض الصور وعلى اي حال هذا الترديد
والدوران في المتن غير وجيه لانه قده في رد صاحب المقابس التزم بتاثير الاجازة حين الامكان فما ذكر اخيرا وهو ايقاع
الاجازة على غير ما تقع في سائر المقامات لا سبيل الى منعه وبالجملة لا ينبغي الاشكال في تاثير الاجازة على النقل ولا اشكال
ايضا على الكشف الحقيقي لان تبعية النماء للعين لا تقتضي الا ضمان المجيز لو استوفيها فلا ينافي صحة استيفائه لها مع اجازة
العقد الواقع على العين غاية الامر انه يضمنها لان صحة الاستيفاء انما تنافي الاجازة لو كان العقد واقعا على النماء كان اجر
الفضولي العين واجرها المالك بعد ذلك من الغير واما بيع الفضولي واجارة المالك فلا تنافي بينهما وانما يتوهم الاشكال
على الكشف الحكمي وحاصل التوهم هو ان تصرف المالك بالاستيفاء غير موجب للضمان والاجازة تؤثر في الآثار الممكنة وضمان
ما لا موجب لضمانه ليس من الآثار الممكنة فالجمع بين عدم ضمان المنافع وكشف العقد عن تبعية النماء للعين تعبدا من حين العقد
ممتنع ولكنه فاسد لان تصرفاته بمقتضى اجازته وقعت في حكم التصرف في مال الغير فيضمنها كضمانه لها بناء على الكشف الحقيقي
وبالجملة اذا امكن ملكية المجاز له للعين في زمان العقد كما على الكشف الحقيقي امكن ملكيته للمنافع من حين العقد بناء على الكشف

الحكمي فالجمع بين جواز تصرفه تكليفا ووضعا وكونه في حكم مال الغير هو ضمانه للمنافع التي استوفيها فتدبر جيدا نعم
يقع الاشكال بناء على الكشف الحقيقي والحكمي في المنافع الفائتة تحت اليد فان المنافع مطلقا مضمونة بضمان اليد على من انتقل
عنه العين قبل القبض وعلى من انتقل اليه بعده اي لو باع المالك فمنافع المبيع مضمونة عليه قبل تسليمه المبيع الى المشتري
الا اذا كان مأذونا من قبل المشتري او الشارع فانه لا يضمن المنافع الفائتة وبعد القبض يضمنها المشتري اي لو طرء فسخ او
انفساخ فما استوفيها المشتري او تلف تحت يده يضمنه للبايع ومقتضى ذلك هو الضمان في المقام فان الاجازة تكشف عن
كون المبيع ملكا للمشتري حقيقة او حكما من حين العقد فمنافعه مضمونة عليه بضمان اليد وكيف كان لا منافاة بين الاجازة و
تأثير الاجازة لان حكمها حكم استيفاء نفس البايع المنفعة والظاهر ان وجه التأمل في قوله قده فتأمل هو عدم الفرق بقي الكلام
في حكم الرهن ونحن في الدورة السابقة قوينا الحاقه بالاجازة لانه ليس من التصرفات الناقلة للعين ولا المتلفة لها فلا
يفوت به محل الاجازة ولكن الاقوى الحاقه بهما للتنافي بين كون المبيع للمشتري من حين العقد وصحة رهن المجيز فان رهن مال
غير المديون انما يصح اذا رهنه نفس المالك بالمباشرة او بالاذن منه واما اذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانة واما الاجازة
والمفروض صحة الرهن فلا محل للاجازة ولا يقال لا مانع من تعلق اجازة المجيز بما رهنه غاية الامر انه يصير فضوليا ويتوقف
نفوذه على اجازة المجاز له لانا نقول لا معنى لكون رهن المجيز فضوليا الا اذا كان المال ملكا للمجاز له من غير جهة اجازة المجيز
واما لو فرض انه بالاجازة ينكشف انه مالك فكاشفيتها تتوقف على عدم تصرفه في المال على نحو يخرجه عن الطلقية وبعبارة
اخرى كون المجيز هو الراهن ينافي اجازته ولا شبهة انه قبل الاجازة كان هو الراهن فكيف ينقلب الامر بالاجازة ويصير المجاز
له هو الراهن ولو صح ذلك لجرى في البيع ونحوه وعلى هذا فلا يصح الاجازة من مالك العبد الجاني في بعض فروضه كما اذا تعلق
دية الجناية بذمة المولى فانه مع ضمانه لا يمكن ان يكون عبده ملكا لغيره واما اذا تعلق القصاص على رقبة العبد فلا مانع من
الاجازة وتمام الكلام في محله **قوله** قده بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد كتعريض المبيع
للبيع اه لا يخفى ان التفصيل الذي افاده في المقام من كون العرض على البيع ردا لو التفت الى عقد الفضولي دون ما اذا لم
يلتفت به غير وجيه والفحوى الذي استدل بها غير تامة فان الدفع وان كان اسهل من الرفع في الجملة ومقتضاه ان يكون ما به يرفع
الامر الثابت يدفع به اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث بطريق اولى فاذا كان العرض على البيع بل انكار البيع فسخا من ذي
الخيار فكونهما ردا للبيع الفضولي اولى ولكن هذه الاولوية معارضة باولوية اخرى وهي انه اذا لم يكن بيع المالك ردا فعليا
فعرضه على البيع اولى بعدم كونه ردا وبالجملة قد تقدم منا ان قياس المقام على فسخ ذي الخيار قياس مع الفارق لان اجازة
ذي الخيار وفسخه ليس الا لاعمال الحق من اقرار الالتزام او رفعه وهما يحصلان بمجرد التشبث بالمنتقل اليه او المنتقل عنه
لان العقد لا يقتضي بطبعه التصرف فاذا تصرف في المعقود عليه فيقتضي ان يكون تصرفه عن حق ولازمه الفسخ او الامضاء

لا يخفى ان التصرفات وان لم يكن مأذونا من قبل المالك الا ان المبيع تحت يده امانة شرعية فلا وجه لضمان المنافع الفائتة نعم يضمن ما استوفيها لقاعدة الاتلاف منه عفي عنه

في ان التصرفات الغير المنافية لملك المشتري ليست ردا

واما تصرف المالك في المقام فليس الا لاقتضاء طبع الملك ذلك وليس التصرف ولو مع الالتفات الى عقد الفضولي ردا والا
لزم عدم امكان الاجازة غالبا لملازمة غالب ما وقع عليه العقد فضولا مع تصرف مالكه فينحصر امكان اجازة عقد الفضولي
بما اذا وقعت الاجازة فورا وحاصل الكلام ان الفعل في المقام ليس كالقول مسقطا لعقد الفضولي رأسا عن قابلية تعلق
الاجازة به بل اذا باع المالك فللمشتري اجازة عقد الفضولي فاذا لم يكن البيع فسخا بل كان مفوتا لمحل الاجازة بالنسبة الى
المالك فعدم كون التعريض على البيع فسخا بطريق اولى واما ما استدل به قده من الاخبار الدالة على حصول الرد بالفعل
ففيه نظر اما ما ورد في نكاح العبد بغير اذن مولاه كما في موثقة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام سئلته عن مملوك تزوج بغير
اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما وكما في خبره الاخر عنه ع سألته عن رجل تزوج عبده
بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال ع ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما وللمرئة
ما اصدقها الخ فلا يدل الا على ان امر النكاح بيد المولى ان شاء اجاز وان شاء رد واما ان الرد بم يتحقق فلا تعرض له
فيه واما ما ورد فيمن زوجته امه كما في خبر محمد بن مسلم عن الباقر ع انه سئله عن رجل زوجته امه وهو غائب قال ع النكاح جائز
ان شاء المزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المزوج تزويجه فالمهر لازم لامه فهو في غاية الضعف من الظهور لانه يدل على ان
الخيار بيد الزوج ان شاء اجاز وان شاء لم يجز وعلى فرض حمل الترك على الامر الوجودي فغايته انه كخبر تزويج العبد ودلالته
على انه بالفعل يسقط العقد عن قابلية لحوق الاجازة ممنوعة ثم لا يخفى ان الحاق الرد في المقام بالفسخ في العقود الجائزة حكما
كالهبة والجائزة حقا كالبيع الخياري وبالفسخ في الوكالة والوصاية لا وجه له لعدم الجامع بينهما اما فسخ العقود الجائزة فلما عرفت
ان المناط في تحقق الفسخ فيها هو التشبث بالملكية السابقة وهو يحصل بالفعل كحصوله بالقول وهذا المناط غير موجود في
رد عقد الفضولي واما العقود الاذنية كالوكالة والعارية ونحوهما فلان المدار فيها على الاذن وهو يرتفع بالكراهة الباطنية
فضلا عن الفعل المنافي واما الوصاية التمليكية والسبق والرماية بناء على القول بجوازهما فالظ الحاقها بالعقود الجائزة في حصول
الفسخ بها بكل فعل مناف وتمام الكلام في هذه الابواب موكول الى محله وكيف كان الفعل الذي يتحقق به الرد في مقابل الاجازة
بحيث يسقط العقد عن القابلية لا وجود له بين الافعال **قوله** قده مسئلة لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو والا فله
انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه اه تنقيح هذه المسئلة يتوقف على البحث من جهات ثلاث الاولى في حكم رجوع المالك الى
الغاصب الثانية في حكم رجوعه الى المشتري الثالثة في حكم رجوع المشتري الى الغاصب اما رجوع المالك الى الغاصب او المشتري
فيقع الكلام تارة في صورة الاجازة واخرى في صورة الرد اما صورة الاجازة فلو كان الثمن باقيا عند الغاصب او عند المشتري
فله الرجوع الى كل واحد منهما ولو كان تالفا فتأثير اجازته يتوقف على عدم انفساخ العقد بتلف الثمن قبل قبضه كما في صورة
اتلاف احدهما او الاجنبي وسيجيء حكمه واما صورة الرد فلو كان المبيع في يده فهو والا فمع بقائه فله انتزاعه ممن وجده في يده

في حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

او الزام غيره ممن دخل تحت يده برده لان كل من اخذه فهو مامور بالرد الا ان يرجع المالك الى غيره ممن كان العين في يده و
بالجملة المالك مخير في الرجوع الى كل من ترتب يده على ماله وله الزامه برده وان كان فيه مؤنة على تفصيل تقدم ويرجع بمنافعه من
المستوفاة وغيرها وبصفاته الفائتة الى كل من ترتب يده عليه الا اذا دخل العين خالية من الصفات تحت يد احد مع عدم تجددها
بعد ذلك عند من تلقى منه وبعبارة واضحة للمالك ان يرجع الى الضامن الاول بالصفات التي فاتت عند الثاني سواء كانت هذه
الصفات موجودة في العين حين كانت العين في يده ام تجددت في يد الثاني ثم زالت نعم من لم تحصل في يده ولا في يد من تأخر عنه
فلا يرجع المالك اليه لانه تلقيها من السابق خالية من الصفات ولم تتجدد عنده ولا عند من تأخر عنه ايضا فلا يضمنها ثم ان قرار
الضمان على من تلفت الصفة عنده بمعنى انه لو رجع المالك اليه فهو لا يرجع الى سابقه الا اذا كان مغرورا فانه يرجع الى من غره
واما لو رجع المالك الى السابق فهو يرجع الى اللاحق الذي تلفت عنده او عند من تأخر عنه ووجه جواز رجوع المالك الى
من تلفت الصفة عنده هو ان مقتضى تعاقب الايدي الغاصبة كون كل من وقع المال بيده ضامنا للعين بجميع خصوصياتها
من ماليتها ومنافعها وصفاتها سواء كانت الصفة حاصلة بفعله كما لو علم العبد المغصوب صنعة فنسيها او سمنت الدابة
فهزلت ام كانت حاصلة بفعل الله سبحانه لان جميع هذه الصفات موهبة من الله سبحانه حصلت في ملك المالك فهو يستحقها
لا غير فيضمنها كل من وضع يده على هذا المال الا من وضع يده عليه بعد تلفها واما وجه جواز رجوعه الى السابق مع
ان الصفة لم تتلف عنده بل لم تكن موجودة كما في بعض الموارد فلان مقتضى قوله ص على اليد ما اخذت حتى تؤدي ان يكون
ضمان العين مع خصوصياتها من منافعها وصفاتها الموجودة والمتجددة على الاخذ فالجميع على عهدته ما لم يرد العين غاية
الامر انه لو رجع اليه المالك فله الرجوع الى من تأخر عنه لو لم يكن غارا له هذا مع بقاء العين وتلف المنافع والصفات واما لو تلفت
هي ايضا فحكمها حكم المنافع والصفات في استقرار الضمان على من تلفت عنده ثم انه لو قلنا في القيميات بقيمة يوم التلف فالحكم
واضح واما لو قلنا باعلى القيم فمقتضاه ان زيادة القيمة السوقية كنفس القيمة في عهدة الغاصب وعلى هذا فلو كانت قيمة
العين حين ما وقعت في يد الغاصب الاول عشرة وحين ما ترتبت عليها يد الغاصب الثاني اثني عشر ثم تنزلت قيمته فدخلت
بعد ذلك تحت يد الثالث فتلفت عنده او عند الرابع من دون ترق فللمالك مطالبة الاعلى من الاول او الثاني دون
الثالث او الرابع لانها دخلت تحت يد الثالث ومن بعده نازلة القيمة فلا وجه لضمانها الاعلى وانما يضمنان القيمة التي وصلت
العين اليها وهذا هو مقصود المص قده في قوله ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر وفرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الاخير
اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه اي نقصت قبل دخوله تحت يد الاخير وبالجملة حكم تفاوت الرغبات بناء على القول باعلى
القيم في القيميات حكم الصفات التالفة فمن تلفت عنده او عند من ترتبت يده عليه فهو ضامن دون من اخذه في حال النقصان
ولم يترق عنده ولا عند من يده مترتبة عليه وذلك واضح جدا واما حكم رجوع المشتري الى الغاصب بعد فرض رجوع المالك

في حكم رجوع المشتري الى الغاصب

اليه فالكلام فيه تارة في الثمن الذي سلمه الى الغاصب واخرى فيما يغرمه للمالك زايدا على الثمن فهنا مسئلتان الاولى في اصل الثمن وللكلام
فيه تارة مع بقائه عند الغاصب او عند من انتقل اليه واخرى عند تلفه اما مع بقائه فلا ينبغي الاشكال في جواز رجوعه اليه
واسترداده منه سواء كان عالما بالغصبية ام جاهلا الا اذا اعترف بكونه هو المالك واما لو لم يقر بكونه مالكا او اقر ولكن
اقراره كان مستندا الى اليد التي ثبت عدم كونها حقا فله الرجوع اليه وعلى فرض شمول اطلاق قول المش بعدم جواز الرجوع
اليه اذا كان عالما بكونه غاصبا لصورة بقاء الثمن فقد عرفت ضعفه لان الدفع اليه لا يزيد عن الهبة فمع بقاء الثمن يجوز له الرجوع اليه
ولو مع العلم بكونه غاصبا لا لما استدل به المص بقوله اذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا ومجرد تسليطه عليه لو كان
بالانتقال لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز
المالك كما هو المش يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البايع قبله يلزم فوات محل الاجازة اذ يمكن الخدشة في كلا
الوجهين اما في الاول فلامكان الفرق بين البيع الفاسد من غير جهة العوض والفاسد من جهة العوض كما سيجيء واما
في الثاني فلان القائل بانتقال الثمن الى الغاصب بمجرد التسليط يمكن التزامه بعدم قابلية هذا البيع لاجازة المالك كما
تقدم الاشكال فيه سابقا او عدم قابليته لها على النقل هذا مع انه قد تقدم انه يمكن التفصيل بين الاجازة والرد فيكون
ملكية الغاصب مراعى بعدم الاجازة وبالجملة ليس جواز رجوع المشتري الى الغاصب في صورة بقاء الثمن للوجهين المذكورين في
المتن كما اشار الى بطلانهما او بطلان خصوص الاخير بقوله فتأمل بل لما ذكرنا من ان التسليط لا يزيد على الهبة المجانية فلا فرق بين
صورة العلم والجهل ثم انه لا ينبغي الاشكال في حرمة تصرف الغاصب في الثمن وضعا وتكليفا لان المشتري دفعه اليه مبنيا على
المعاوضة لا مع الغض عنها فلا ينتقل اليه حتى يجوز تصرفه فيه تكليفا وينفذ وضعا وهذا هو ظاهر المتن في صدر المسئلة فانه
قال وهل يجوز للبايع التصرف فيه وجهان بل قولان اقويهما العدم لانه اكل المال بالباطل ولكنه يظهر من موضعين من كلامه
جواز التصرف الاول قوله قده لان طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل والثاني قوله وحاصله ان دفع
المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع فان مقتضى هذين الكلامين جواز التصرف التكليفي او مط
فان الاذن في الاتلاف وان لم يكن مشرعا الا انه يوجب جواز التصرف اما تكليفا او مط بناء على ان التصرفات المتوقفة على الملك
نافذة من المباح له ولو في غير المعاطاة وكيف كان فالاقوى جواز استرداد الثمن منه اذا كان باقيا واما في صورة التلف فالاقوى
هو التفصيل بين العلم والجهل فلو كان عالما فقد ظهر في مبحث ترتب العقود انه ليس له الرجوع اليه بالمثل او القيمة واما لو كان
جاهلا فله الرجوع كما هو المش وقد يتوهم ان حكمه حكم صورة العلم وحاصل التوهم ان التسليم الخارجي كما لا يوجب الضمان على
الغاصب في صورة العلم اذ لا يصح جعل ضمانين لمال واحد عرضا فكذلك في صورة الجهل لان المفروض ان التضمين وقع على ملك
غير الغاصب حقيقة لان المعاملة وان كانت واقعة بين الغاصب والمشتري الا ان الغاصب جعل طرفا بعد البناء على كونه مالكا

ولذا صح تعلق اجازة المالك بهذا العقد فمع ضمان المالك لا يمكن ان يكون الغاصب ضامنا وبعبارة اخرى يجب القول اما
بعدم قابلية هذا البيع لاجازة المالك وعدم صحتها كما في ساير البيوع الفاسدة واما بعدم ضمان الغاصب ولكن التوهم فاسد كما قدمنا
وجهه وتنقيحه توضيحا لما سبق وتتميما للجواب موقوف على بيان امور الاول ان المناط في الضمان المعاوضي عدم اقدام المتعاملين
على المجانية وقد اوضحنا في قاعدة ما يضمن ان المقصود من القاعدة اصلا وعكسا انما هو تمييز مورد الاقدام على المجانية عن
عدمه لان اليد تقتضي الضمان فيبحث عن وجود المانع وعدمه لا في المقتضي وعدمه الثاني انه لا فرق بين العلم والجهل في العقد الفاسد
من غير ناحية العوض فكما ان في البيع الفاسد من جهة شروط الصيغة مثلا مع الجهل بالفساد لم يتحقق رافع الضمان فكذلك مع
العلم لان علمهما بالفساد لا يقتضي المجانية بل لا شبهة ان كل واحد منهما يضمن صاحبه غاية الامر ان الشارع لم يمض تضمينهما ولذا
لا يصير ما جعلاه مضمونا بدلا عند التلف بل البدل هو المثل او القيمة وبالجملة حكم الشارع بالفساد لا يلازم عدم البناء على
الضمان لان التضمين العرفي يجتمع مع العلم بان المبيع لا ينتقل الى المشتري شرعا الثالث ان التسليم في العقود الفاسدة طرا
ليس كالتسليم الى الاجنبي المحض كالتسليم الى غير الوكيل بل هو مبني على المعاوضة فيسلم المشتري الثمن الى الغاصب ليتصرف فيه
كما كان يتصرف في المثمن ويجعله بدلا له الرابع ان حكم التسليم الى غير المالك مع الجهل حكم التسليم الى الطرف في ساير المعاوضات
الفاسدة بخلافه مع العلم وذلك لان مع الجهل لم يتحقق رافع الضمان لانه سلم اليه معتقدا بانه مالك ومتخيلا ان البدل
ينتقل اليه عوضا عما سلمه اليه فجعل التضمين عليه من ماله لاعتقاده كونه ملكا له وحيث ان مالكيته ليست ركنا في عقود المعاوضة
بل التبديل واقع بين المالين وانما يبنى كونه مالكا لصحة توجيه الخطاب معه فيلغى اعتقاد كونه مالكا وينتسب العقد الى
المالك الحقيقي لو اجاز فينتقل الضمان الى ذمته واما لو رد واخذ المبيع من المشتري فيبقى الضمان في عهدة نفس الغاصب لان
لازم جعل الضمان على عهدته تحققه طولا وقهرا عليه لان يده ليست يدا امانية فلم يتحقق رافع الضمان وفي صورة العلم ايضا وان
كان التسليم وقع مبنيا على المعاوضة الا انه حيث يعلم بانه ليس مالكا ويسلمه اليه فهو مقدم على المجانية لما عرفت ان التسليم
الخارجي لا يمكن تقييده بالتسليم الى المالك الحقيقي لان البناء والعدوان مصحح للمعاوضة لا للفعل الخارجي ولم يجعل ضمانا
تقديريا على الغاصب في صورة الرد فلا يندرج تحت عموم على اليد بعد خروج اليد الغير العادية منه وهذه لو لم تكن اولى
في عدم الضمان من الوديعة والعارية والتسليط على العين المستأجرة فلا اقل من كونها مثلها بل لا يمكن انكار اولويتها منها
لان المالك سلطه على التصرف في العين واتلافها مجانا بلا جعل عوض اذا عرفت ذلك ظهر وجه صحة تمسك المص قده بفحوى
الامانات لان غرضه بيان رافع الضمان وهو الاقدام المجاني وظهر الفرق بين العلم والجهل في المقام دون ساير العقود الفاسدة و
سيجيء توضيحه ايضا وظهر ايضا ان عدم الضمان عند التلف لا يلازم جواز التصرف تكليفا ووضعا قوله قده نعم لو كان فساد
العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر والخنزير والحر قوي اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك

في الفرق بين فساد العقد من جهة ناحية العوض ومن غيره

بالحال آه لا يخفى ان فساد العقد تارة من غير ناحية العوض واخرى منها وظهر ان قاعدة ما يضمن اصلا وعكسا اسست لبيان حكم
القسم الاول وعرفت ان الفساد اذا كان لاختلال شرايط هذا القسم كانتفاء شروط الصيغة او المتبايعين او لزوم الربا او
الجهل باحد العوضين ونحو ذلك فلا فرق بين صورة العلم والجهل في الضمان كما تقدم انه احد الامور المترتبة على المقبوض بالعقد
الفاسد والسر فيه ما تقدم ان كلا منهما في العقود المعاوضية يضمن الاخر بماله ولو مع العلم بالفساد فلا رافع للضمان واما الفساد
من جهة العوض فله مراتب منها ما كان احد العوضين مال الغير كالمعاوضة مع الغاصب وقد ظهر حكمه ومنها البيع بلا
ثمن والاجارة بلا اجرة ومنها جعل العوض ما ليس مالا عرفا وشرعا كالحشرات ومنها جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر والخنزير
اما البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة فقد تقدم حكمه في التنبيه الثاني من تنبيهات قاعدة ما يضمن وقوينا اخيرا عدم الضمان نعم لا يبعد
القول بالتفصيل بين ما لو قال بعتك بلا ثمن وما لو قال بعتك بثمن كذا واسقطت الثمن بان يحكم بالضمان على الاول وبعدمه
في الثاني وما يقال في توجيه ما اختاره الشهيد من عدم الضمان في الاول ايضا من باب ان ذيل الكلام يصير قرينة على الصدر فيدل
المجموع على ان التسليم مجاني ففيه ما لا يخفى فان باب القرينة غير باب ما ينافي مقتضى العقد والا يرجع كل شرط مناف لمقتضى
العقد الى القرينة وحاصل الفرق بينهما ان القرينة هي التي تنافي الظهور البدوي لذي القرينة فهي تصرف لفظي في ذيها وهذا
بخلاف تناقض الذيل مع الصدر فان المناقضة بينهما في المعنى لا اللفظ فلا وجه لجعل الذيل قرينة على الصدر بل لا بد اما
من الاخذ بما هو مقتضى قاعدة ما يضمن فيحكم بالضمان واما من القول بان البايع لما ناقض صدر كلامه الدال على التضمين بذيله
الرافع للضمان فيتساقطان فالتسليم بعد هذا يكون مجانيا وهذا لا ربط له بمسئلة القرينة وجعل مجموع الكلام انشاء للهبة المجانية
واما جعل العوض ما ليس مالا عرفا وشرعا فقد تقدم في التنبيه الاول من هذه القاعدة ايضا ان الاقوى فيها الضمان على ما بينا
من معنى القاعدة وهو ان كل عقد لو فرض صحيحا كان موجبا للضمان ففاسده ايضا كذلك وفرض صحة هذا العقد معناه فرض ما
ليس مالا مالا فلا محيص عن الضمان واما مسئلة الحر ونحوه فثبوت الضمان فيه اظهر لان عدم كونه مالا شرعا لا يوجب ان يكون العقد
واقعا بلا تضمين عرفا والمدار في الضمان على عدم الاقدام على المجانية ولكن الانصاف ان الحكم في جميع ذلك مشكل لانه لا فرق بين
عدم جعل العوض اصلا كالبيع بلا ثمن او جعله ما ليس مالا اما لقصور في المقتضي كالحشرات او لوجود المانع كالطير في الهواء و
السمك في الماء والظبي في البيداء او جعله ما ليس مالا شرعا كالخمر ونحوه وعلى اي حال ليس الحكم في تلف الرشوة كالحكم في تلف
المبيع في البيع بلا ثمن لان الرشوة ليست من قبيل الثمن وليس مقصود الراشي شراء الدين ولا مقصود المرتشي بيعه فلا يلازم عدم
الضمان في مسئلة البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة بل الاقوى ان جهة الضمان فيها هي جهة الضمان في باب الرباء فكما ان الشارع لم يبح
للمالك هذا النحو من السلطنة ولم يسلطه على اعطاء الزيادة في المتجانسين فكذلك لم يبح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند
المرتشي فحيث ان يده يد عدوان يجب عليه المثل او القيمة قوله قده ثم ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع

اذا باع البايع الفضولي غير بايع لنفسه بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة في ايصاله الى المالك فتلف في يده
اه لا يخفى ان الفضولي وان لم يكن وكيلا عن المالك الا انه لو اقبضه المشتري الثمن لايصاله الى مالك المبيع يكون وكيلا عن المشتري
فاذا لم يفرط فيه ولا اتلفه بل تلف بتلف سماوي فلا وجه لضمانه مع كونه امينا منه ولولا قوله اذ لم يسلطه عليه ولا اذن له في التصرف
فيه فضلا عن اتلافه لقلنا ان قوله فتلف فيه من غلط الناسخ والصواب هو ان يكون فاتلفه وبالجملة في مورد التلف لا وجه للضمان نعم
يثبت الضمان لو اخذ البايع الثمن من دون اذن المشتري لان يده على هذا ليست يدا امانية كما انه يثبت الضمان لو اشترط على البايع
الغاصب الرجوع اليه بالثمن لو اخذ العين صاحبها لان التسليط ليس مجانيا فلو تلف او اتلفه يضمنه بلا اشكال كما لا فرق
في عدم الضمان لو لم يشترط الرجوع اليه بين الثمن الشخصي والكلي فيما اذا كان عالما بالغصبية كما لا فرق بينهما في الضمان اذا كان
جاهلا هذا كله في بيان حكم الرد واما حكم الاجازة فلو لم نقل بانفساخ العقد بالتلف عند الاجنبي فلو اجاز العقد والاقباض
ايضا وقلنا بتاثير الاجازة في الفعل الخارجي بلحاظ اثره المترتب عليه وهو رفع الضمان فاذا تلف عند البايع بتلف سماوي فليس له
الرجوع الى المشتري لاجازته اقباضه ولا الى الغاصب لكونه امينا منه ولو اتلفه فله الرجوع اليه دون المشتري واما لو لم نقل بتاثير الاجازة
في القبض فله الرجوع الى كل منهما مطلقا كما هو واضح واما لو اجاز العقد ولم يجز القبض فان كان الثمن كليا فليس له الرجوع الى
البايع لان المدفوع اليه لم يتعين كونه ثمنا واما لو كان شخصيا فله الرجوع الى كل منهما ثم انه لو رجع الى المشتري فللمشتري الرجوع
الى البايع مطلقا لان قابلية العقد للاجازة تقتضي كون الثمن للغاصب على تقدير الرد لا على جميع التقادير سواء قيل بالكشف ام
النقل اما على الكشف فلان المشتري سلطه على مال المجيز واما على النقل فلانه وان سلطه على مال نفسه الا انه لم يسلطه عليه مجانا
بل بازاء المعوض فاذا انتقل اليه باجازة المالك فلا محالة ينتقل العوض الى المالك لا الى الغاصب وبالجملة معنى تاثير الاجازة
ان الثمن عند البايع مراعى فلا ينتقل اليه بالتسليط الخارجي منجزا وملكا مطلقا والتسليط الخارجي كما لا يرفع الضمان مع الجهل
مطلقا كذلك لا يرفعه مع العلم في صورة الاجازة لانه لا معنى لان يكون التسليط مسقطا للضمان الذي لم يتحقق فان الضمان
الحاصل للبايع انما هو بعد رد المشتري الثمن الى المالك وقبله لا يكون البايع ضامنا حتى يكون التسليط مبرأ له لانه ضمان
ما لم يجب بل ولو قيل بصحة اسقاط ضمان ما لم يجب ايضا لا يصح رجوع كل واحد من الغارمين الى الآخر في خصوص الغرامة الناشئة
عن تعاقب الايدي الا بعد رجوع ذي الحق اليه فان قبله لا غرامة حتى يكون له الرجوع ليكون له الاسقاط قوله قده المسئلة الثانية
ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن اه لا يخفى ان البحث في هذا العنوان انما هو في مورد الرد دون الاجازة كما ان مفروض
البحث ايضا فيما لو كان المشتري جاهلا واما لو كان عالما فليس له الرجوع الى البايع الغاصب او الفضولي مطلقا باي غرامة اغترمها
وذلك واضح ثم ان الغرامة التي قيل بلزومها عليه على انحاء اربعة الاول ما يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن
الذي اشترى به كما لو اشترى المبيع بعشرة واخذ منه المالك عشرين اما لكونه يسوى عشرين حين البيع او زادت قيمته بعد ذلك

في الغرامة التي اغترمها المشتري زائدا على الثمن

وعلى اي حال هذه الغرامة انما تتوجه عليه اذا تلف المبيع واما لو كان باقيا فليس للمالك الا اخذ العين منه دون زيادة القيمة
السوقية نعم لو سقط عن القيمة بالكلية فهو مطلب آخر تقدم حكمه في مسئلة الجمد في الصيف والماء في المفازة الثاني قيمة المنافع
المستوفاة الثالث قيمة المنافع الغير المستوفاة ولم يبين المصنف قده حكم هذا القسم ولعله احاله الى ما تقدم منه في المقبوض
بالعقد الفاسد او ادرجه في القسم الآتي الرابع ما اغترمه من جهة حفر او غرس او نفقة او قيمة ولد او نقص جزء او وصف مما لا
يرجع نفعه اليه بل ولو رجع اليه كالولد المنعقد حرا الا انه لا يعده العرف والشرع منفعة وكيف كان فلا اشكال في الجملة ان
للمالك الرجوع الى المشتري وانما الكلام في رجوع المشتري الى البايع وقبل ذكر الاقوال ينبغي بيان ما يمكن به الاستدلال
لرجوع المشتري اليه بعد استقرار الضمان عليه بمقتضى تعاقب الايدي وهو على ثلاثة وجوه الاول قاعدة نفي الضرر الثاني
قاعدة التسبيب الثالث قاعدة الغرور الدال عليها النبوي المعمول بين الفريقين وهو قوله ص المغرور يرجع الى من غره
وتقريب الاول انه لو لم يجز رجوع المشتري فيما اغترمه الى البايع لزم الضرر عليه وحيث انه منفي في الشريعة فيحكم بضمان البايع له
وبعضهم استشكل في اطراد القاعدة فيما اذا اغترم في مقابل المنافع المستوفاة وتقريب الثاني ان البايع هو السبب لفوت
المنافع او الاجزاء او الاوصاف على المالك لضعف المباشر من جهة جهله كما هو المفروض وتقريب الثالث واضح لان البايع
في المقام كمقدم طعام الغير للاكل ولكنك خبير بما في الاستدلال بالقاعدتين الاوليين اما قاعدة الضرر فلما بينا في محله
انها حاكمة على الاحكام الثابتة في الشريعة ولا يمكن اثبات حكم بها لولا تشريعه لزم منه الضرر فلو لم ينهض دليل على ضمان
البايع ما اغترمه المشتري فكون الغرامة ضررا عليه لا يوجب تعلق الضمان على البايع وعلى هذا فيسقط ما استشكله بعض بان
الضرر لا يطرد في جميع الغرامات لانه ليس المقام مقام التمسك بقاعدة نفي الضرر رأسا اطردت او لا تطرد وحاصل
الكلام ان قاعدة الضرر لو كانت مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر ولزم تأسيس فقه جديد ولزم تدارك كل خسارة من بيت
المال او من الاغنياء وبعض الاعاظم ممن عاصرناهم وان افتى بجواز طلاق زوجة الغائب لرفع ضرر الزوجة استنادا اليها
ولكن لا يمكنه الالتزام بتشريع الاحكام حتى فيمن تضرر بالمال وخسر في التجارة مع ان المسئلتين من واد واحد ومن جوز
من الاصحاب ذلك فانما هو للاخبار الواردة في المقام لا لان الصبر ضرر عليها واما قاعدة التسبيب فالمسلم منها ما لا يتوسط
بين فعل الفاعل والاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار او اذا لم يكن مستندا اليه شرعا لكونه واجبا عليه فالاول كمن فتح قفص
الطائر فطار او فتح فم قربة السمن فذابته الشمس فان فعل الطائر والشمس غير اختياري فالضمان يستند الى الفاتح والثاني كحكم الحاكم
بشهادة شهود الزور فان المال وان اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم الا انه حيث يجب عليه الحكم لعدم علمه بكذب الشهود فهو ليس
ضامنا والضمان على الشهود وهكذا فعل المكره باكراه الجائر ونحو ذلك وبالجملة قاعدة التسبيب وان كانت من القواعد المسلمة
ولذا حكموا بضمان من حفر بئرا في طريق المسلمين اذا وقع احد فيه فمات وحكموا بضمان من نصب في قعره السكين اذا مات بالسكين

وحكموا بضمان من دفع الواقع في البئر ولكنه انما تجري فيما لم يكن هنا واسطة اختيارية بحيث كان عمله الجزء الاخير للعلة وكان
فعل السبب هو المعد والا يحكم بضمان المباشر كمن باشر بالاختيار اكل طعام الغير ولو لتغرير غيره المقدم اليه بل ولو قيل بان الضمان
على المقدم هناك الا انه لا يصح القول به في المقام لان مورد ضمان السبب هو الذي يرجع اليه ابتداء لا في مثل المقام الذي لا
اشكال في جواز رجوع المالك الى المشتري ابتداء فلو قيل بضمان البائع فليس مستنده الا قاعدة الغرور نعم هنا كلام اخر به يصح
الجمع بين كلامي المص في المقام فانه بعد منعه من التمسك بقاعدة التسبيب بقوله واما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها
دليلا على رجوع المغرور الا اذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا اليه كما في المكره الى ان قال والمتجه في مثل ذلك عدم
الرجوع الى المباشر اصلا قال فلا بد من الرجوع بالاخرة الى قاعدة الضرر او الاجماع المدعى في الايضاح على تقديم
السبب اذا كان اقوى او بالاخبار الواردة في الموارد المتفرقة فيتوهم التنافي بين الصدر والذيل ولكنه بالتامل فيما ذكره قده
يتضح عدم التنافي وتوضيح ذلك ان ما يطلق عليه السبب على اقسام ثلاثة الاول ما اذا كان اثر السبب صرف احداث الداعي للمباشر
من دون استناد الفعل الى السبب كمن امر غيره بقتل شخص او علمه طريق سرقة الاموال فالضمان هنا على المباشر دون السبب الثاني
ما اذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر اما لكون المباشر حيوانا او صبيا او كان مختارا خارجا ولكنه كان ملزما
شرعا كالامثلة المتقدمة وما يحذو حذوها فهنا مورد قاعدة التسبيب والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا
فاذا امر الحاكم الشرعي النافذ حكمه بقتل احد فلو كان الحاكم جائرا في حكمه واقعا فالضمان عليه دون المباشر للقتل لوجوبه عليه فهو في
حكم غير المختار واذا كان مستند حكمه شهادة شهود الزور فالضمان على الشهود دون الحاكم والثالث ما اذا كان الفعل مستندا الى
المباشر ولكن كان الضمان المترتب عليه مستندا الى السبب اما لكون امره امرا بالضمان كمن امر غيره بان يضمن عن دينه واما لكونه
موقعا له في الضمان كمن قدم الى غيره طعاما ليأكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له والمتجه في ذلك تعلق الضمان اولا بالمباشر ثم
بالسبب برجوع المباشر اليه وعلى هذا القسم تنطبق قاعدة الغرور ايضا فارتفع التنافي بين كلامي المص نعم يرد عليه المناقشة
في المثال فان ضمان ما يؤخذ بشهادة شاهد الزور ليس من قبيل ضمان الغار فانه يجب على الحاكم الحكم على طبق الشهادة فهو مسلوب
الاختيار فيرجع في الضمان الى الشهود ابتداء والمثال المطابق للمقام هو ضمان المقدم طعام الغير فان الضمان على الاكل ابتداء
وهو يرجع الى المقدم وبالجملة اذا كان الفعل مستندا الى السبب فهو الضامن دون غيره واذا كان الفعل مستندا الى المباشر
وكان غير مقدم على ما يترتب عليه من الضمان كمن اكل طعاما بتغرير غيره انه له مجانا او كان اقدامه على الضمان بازاء العوض كمن امره
المديون باداء دينه بازاء العوض او ضمن دين غيره كذلك فلا يرجع الى السبب الا بعد اداء المباشر الغرامة ثم انك بعد ما عرفت
ان النبوي الدال على رجوع المغرور الى الغار معمول به بين الفريقين كالنبوي الدال على ضمان اليد فضعفه بالارسال لا يضر
بالاستدلال لان العمل يجبره مع ان الحكم في الجملة يستفاد من الادلة الخاصة ايضا منها رواية جميل المذكورة في المتن ومنها

في ضابط الفرق بين باب السبب والمباشر

الاخبار الكثيرة الواردة في النكاح في باب التدليس وبعضها معللة بعلة مطردة قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرأة
زوجها وليها وهي برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذي زوجها وانما صار عليه المهر لانه دلسها وفي
بعضها علل بالتغرير كما في قوله ع وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه اذا عرفت ذلك
فلنرجع الى الاقوال في المسئلة وقد اختار صاحب الحدائق ره عدم رجوع المشتري الى البايع في الغرامة التي اغترمها للمالك مع
عدم رجوع نفع اليه ولازم كلامه عدم رجوعه اليه فيما اغترمه في مقابل المنافع التي استوفيها بطريق اولى ومستنده سكوت
الاخبار الخاصة عن الرجوع الى البايع كخبر زريق ورواية زرارة مع انها في مقام البيان ولا يخفى ان احراز كونها في مقام
البيان من جميع الجهات مشكل بل الظاهر كونها مسوقة لجواز رجوع المالك الى المشتري لا رجوع المشتري الى البايع فلا تعارض
بين هذين الخبرين وبين رواية جميل مع انه لو احرزنا كون هاتين الروايتين في مقام البيان من جميع الجهات فان رواية جميل تقدم
عليهما لانهما غاية الامر ظاهرتان في عدم الرجوع الى البايع وهي نص في الرجوع اليه واختار صاحب الرياض عدم رجوعه
اليه فيما اغترمه في مقابل المنافع المستوفاة ومستنده عدم ورود ضرر عليه لاستيفائه المنافع وفيه ان المستند ليس منحصرا في
قاعدة الضرر بل عرفت عدم كونها مستندا هنا اصلا وانما المستند للرجوع هو رواية جميل والاخبار الواردة في باب النكاح
وقاعدة الغرور ولو منعنا عن كون حرية ولد المشتري نفعا عايدا اليه الا انه لا ريب في ان الزوج الذي يرجع بالمهر الذي يؤخذ منه
الى المدلس انتفع بالبضع وبالجملة يستفاد من الاخبار الخاصة ان المدار في رجوع المغرور الى الغار هو مجرد ضمانه بما يؤخذ منه
بسبب القائه الغار في الضمان سواء انتفع ام لم ينتفع وسواء كان الضمان هو زيادة القيمة على الثمن ام غيرها مما خسره فتحصل مما
ذكرنا امور ينبغي التنبيه عليها الاول ان مورد الرجوع الى السبب ابتداء غير مورد الرجوع اليه في المرتبة الثانية فان مورد
تعلق الضمان بالسبب ابتداء لا بالمباشر هو ما اذا لم يكن الفعل مستندا الى المباشر اما لكونه غير ذي شعور كالطاير ونحوه واما
لكون فعله كالعدم كالصبي والمجنون واما لكونه واجبا عليه كالحاكم ومن كان مأمورا من قبله ومورد تعلق الضمان ابتداء بالمباشر
ثم بالسبب في المرتبة الثانية هو ما اذا كان الفعل صادرا منه بالاختيار من دون اكراه خارجي ولا لزوم شرعي غاية الامر كان
غيره ملقيا اليه في الضمان اما لالتماس الضمان منه واما لتغريره له بما يوجب الضمان الثاني ان ضمان السبب في القسم الثاني انما هو
بعد اداء المباشر الغرامة واما قبله فلا يؤخذ بالضمان فليس للمغرور مطالبة الغرامة من الغار ابتداء كما انه ليس للضامن مطالبة
المضمون عن المضمون عنه في الضمان العقدي وسيجيء في مسئلة تعاقب الايدي ان ما يظهر من بعض عباير القواعد من ان للضامن
الرجوع الى المضمون عنه قبل ادائه المضمون الى الداين لا وجه له وبالجملة لو لم يرجع ذو الحق الى المباشر فليس للمباشر الرجوع الى
من القاه في الضمان وهكذا ليس للضامن قبل مطالبة الداين واخذ الدين منه الرجوع الى المديون المضمون عنه ثم من هذين
الامرين تبين ان مسئلة حكم الحاكم من القسم الاول لا الثاني وان قاعدة الغرور من احد مصاديق القسم الثاني فان السبب للضمان

لا ينحصر في جعل المباشر وان الضمان بالاتلاف والضمان في تعاقب الايدي من موارد القسم الثاني الثالث ان الضمان في القسم الثاني لا ينحصر في موارد التصرف على المباشر بل يضمن الغاصب ما اغرمه المغرور سواء انتفع امر لا لان المدار في تحقق الضمان ما يغرمه الغير هو الغرر ايما تحقق سواء استوفى المغرور نفعا كاكل الطعام واستيفاء منافع ما اشتراه من الغاصب ونحو ذلك او لم يستوف نفعا اصلا والسر فيه عدم اقدام المغرور بضمان ما يستوفيه وانما القاء الغاصب الضمان فعلى هذا يجب على الغاصب غرامة ما يغرمه المغرور زائدا على القيمة المسماة حال العقد فانه وان اقدم على ان يكون ضمان العين وتلفها منه لانه اقدم على مقدار ما سماه من القيمة لا زائدا عليها فلو اشترى ما يسوى عشرين بعشرة او اشترى ما يسوى عشرة بعشرة ولكن زادت قيمته وتلف فالزائد على العشرة ليس ضمانا مسببا عن الاقدام بل عن التغرير فقرار ضمان الزائد على الغار مع ان مجرد الاقدام لا يوجب الضمان وان قيل بان المشتري اقدم على ان يكون ضمان العين عليه كما استدل به الشيخ في ضمان ما يضمن بصحيح يضمن بفاسده وقد ذكرنا ما فيه هناك وبالجملة جميع ما يغرمه المشتري يرجع به الى البايع الغار الا القيمة التي وقع المبيع بازائها فان خسارتها لم تنشأ عن كذب البايع وتغريره سواء كان في مقابل المنافع المستوفاة ام غيرها تماما فات تحت يده او تماصر فيها بامر المالك من بناء او هدم او غرس او قلع وسواء كان بازاء الاجزاء التالفة امر الاوصاف كذلك وسواء كانت الاوصاف موجودة حال العقد والقبض او تجددت بعده ثم تلفت وسواء كان في مقابل زيادة القيمة عن الثمن المسمى حال العقد امر كان في مقابل القيمة التي زادت بعد العقد بل حال زيادة القيمة المتجددة والصفة الحادثة اولى بوجوب الرجوع فيها الى الغار لانه ربما يمكن ان يقال ان المشتري اقدم على ان يكون التلف من كيسه اذا كان اتلاف موجودا حال العقد لكنه لا يمكن ان يدعى الاقدام في الامور المتجددة بعد العقد مع ان الاقدام على كون التلف من كيسه فيما كان موجودا حال العقد ممنوع ايضا صغرى وكبرى لانه لم يقدم الا على ما يقابل الثمن المسمى مع ان الاقدام بنفسه غير موجب للضمان لا سيما اذا كان سبب الغرور كما في المقام وبالجملة لا ينبغي الاشكال في ان المشتري يرجع في الزيادة التي حصلت بعد العقد واغرمها للمالك الى البايع لانه لم يكن مستقلا في حصولها حتى يقال بانه اقدم على ان يكون تلفها منه كما ان الرجوع في زيادة القيمة الواقعة على القيمة المسماة والحاصل ان الرجوع اليه فيما اغرمه بازاء المنافع المستوفاة لا مكان ان يقال باختصاص قاعدة الغرور بمورد الضرر فما اغرمه بازاء المنافع لا يرجع فيه الى غيره ولكنه لا يمكن ان يقال بعدم رجوعه اليه فيما اغرمه بازاء زيادة القيمة فانه وان لم يخسر واقعا لفرض كون قيمة المبيع زائدا على المسمى فهما مشتركان في عدم الخسارة الا ان الالتفات الى حصول المنافع غالبا موجب للاقدام على ان يكون تلفها منه بخلاف زيادة القيمة على المسمى فانه لا يقدم عليها ثم لا يخفى ان المضمون قد الترم بالفرق بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف فقال في الغرامة التي اغرمها بازاء وصف الصحة لا يرجع بها الى البايع لان هذا الوصف بمنزلة الجزء يقسط عليه الثمن فتلف على المشتري لانه اقدم عليه كالاقدام في الجزء واما غير وصف الصحة كالكتابة ونحوها فاذا اغرم للغير

يرجع بر الى البايع ولكن الحق ان الاوصاف لا يقسط عليها الثمن كالشروط ولا ينافي ذلك ما يقال ان للوصف او الشرط قسطا من الثمن لان معناه ان قيمة العين تزداد بالوصف او الشرط لا ان مقدارا من الثمن في الانشاء العقدي يقابل الوصف او الشرط وهذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الرد والارش في العيب لما سيجيء في باب العيب ان الارش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف والموصوف والا وجب ان يكون الارش من نفس الثمن قوله قده ثم مما ذكرنا كلا من رجوع المشتري على البايع بما يغرمه انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البايع غير مالك اذ اختصاص قاعدة الغرور في المقام بالعقد الذي هو قابل للصحة باجازة المالك واضح فانه لو لم يؤثر اجازة المالك بان كان العقد فاسدا من جهة فقد سائر الشرائط او وجود الموانع فالضمان الحاصل فيه لا يستند الى المغرور فان الفساد من جهة اخرى هو سبب العلل فلا يكون البايع غير مالك هو منشأ الفساد ولا المجموع بالتشريك لان العقد الفاسد من جهة كون البايع غير مالك بمنزلة وجود المانع والفاسد من جهة اخرى بمنزلة فقد المقتضي فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضي لا الى وجود المانع لانه سواء كان البايع صادقا او كاذبا كان المشتري ضامنا فلا وجه لرجوعه الى البايع فيما اغرمه المالك لو ظهر كذب البايع وبالجملة مع فساد العقد من جهة اخرى فتمام ما يغرمه المالك بمنزلة ما يغرمه بازاء الثمن المسمى لو كان الفساد من جهة كون البايع غير مالك وقد عرفت ان كلما يغرمه على تقدير صدق البايع وكذبه فليس له الرجوع اليه على تقدير كذبه قوله قده ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كلما يرجع المشتري به على البايع اذا رجع اليه فلا يرجع البايع به على المشتري اذا رجع اليه لانه لا يخفى عليك انه بعد ما ظهر مما ذكرنا التسبب بالضمان وانه فرق بينه وبين التسبب بالفعل وان سبب الفعل هو الضامن لا غير دون الملقي في الضمان فان المباشر هو الضامن من ابتداء غاية الامر انه يرجع بعد اداء المضمون الى سبب الضمان فمقتضى الامر ان الاقدام في سبب الفعل ليس الا ضامن واحد واما في سبب الضمان فهما ضامنان والثاني انه ليس للمالك ابتداء الرجوع الى المتسبب بل هو يرجع الى المباشر ثم يرجع المباشر الى المتسبب فما افاده قده من انه كلما يرجع المشتري به الى البايع اذا رجع المالك اليه فلا يرجع البايع به الى المشتري اذا رجع المالك عليه مخصص في بعض اقسام التسبب في الضمان وهو مورد تبايع الغاصب مع جهل المشتري دون سائر اقسام الضمان فانه لو ضمن احدا بالتماس المديون دينه فالدائن يرجع الى الضامن دون المديون وهكذا في بعض موارد التغرير والتدليس كما اذا لم يتضرر الغار في المال الذي اتلفه المغرور واتلف تحت يده فان المالك والزوجة يرجع ابتداء الى المغرور دون الغار والمدلس فهذه الكلية المذكورة في المتن انما تجري في موضوع البحث وحاصلها انه اذا رجع المالك الى البايع في الغرامات التي لو رجع فيها الى المشتري كان هو يرجع فيها الى البايع لقاعدة الغرور فلا يرجع هو الى المشتري لان المفروض ان قرار الضمان على البايع الغار فلا وجه لرجوع الى المشتري فيما اخذه المالك منه واما ما لا يرجع فيه المشتري الى البايع كمساواة الثمن المسمى على المختار او مقابل المنافع على ما مر الوجه

في التبيين فاذا كان قرار الضمان على الغار كان غرامة

فاذا رجع المالك الى البايع فهو يرجع الى المشتري لان قرار الضمان على المشتري لعدم جريان قاعدة الغرور فيه ومن هنا توجه
اشكال اشار اليه المص بقوله ان قلت وحاصله ان المفروض ان المبيع كان تحت استيلاء البايع ومنه انتقل الى المشتري ودخل
تحت يده فاذا تلف فكما يكون المشتري ضامنا له وللمالك الرجوع اليه فكذلك البايع ضامن له ايضا فاذا رجع المالك اليه
فلا وجه لرجوعه الى المشتري مع انه في عرض المشتري من جهة الضمان فان كلا منهما وضع يده على المال ومقتضى قوله ص على اليد
ما اخذت انه كالمشتري يجب عليه رد العين ما دامت باقية وبدلها لو صارت تالفة نعم لو اتلفها المشتري فقرار الضمان من جهة
قاعدة الاتلاف عليه واشار الى جوابه بقوله قده وتوضيح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين
ببدل التالف لا يخفى ان ظاهر تمثيله المقام بباب الضمان على مذهب الجمهور ونحو ذلك انه قده بصدد توجيه ثبوت ضمان
مال واحد على شخصين او ازيد عرضا والتحقيق انه لا يمكن ثبوتا كون المال الواحد في عهدة شخصين على نحو الاستقلال
في عرض واحد بان يجب تكليفا على كل منهما عينا الخروج عن عهدته ويتعلق بذمة كل منهما وضعا في عرض واحد فلو
حدث سببان للضمان في زمان واحد فلا بد للقائل بصحته ان يكون الضمان على كل من الضامنين بنحو الاشتراك او كون ضمان
احدهما في طول ضمان الاخر فلو ضمن شخصان في ان واحد عن مديون تمام ما في ذمته للداين ورضي الداين بضمانهما دفعة
او رضي هو بضمان احدهما ورضي وكيله بضمان الاخر في زمان واحد فعلى القول بالصحة يكون الدين في ذمتهما بالاشتراك
لعدم امكان تعلق مال واحد بذمة شخصين على ان يكون على كل منهما اداء تمام المال وتصحيحه بنحو الواجب الكفائي انما يتم
لو قلنا بان اداء المال انما هو على نحو الواجب التكليفي فيخاطب كل منهما بان يجب عليك الاداء ان لم يؤده الاخر واما
لو كان الضمان وضعيا فلا يمكن تضمين كل منهما عرضا ولو بنحو تقييد الاطلاق بان يقال انت ضامن لو لم يضمنه الاخر فان
هذا لا محصل له لان نتيجة كون ضمان كل منهما في مورد عدم ضمان الاخر عدم ضمان كل منهما فعلا وعلى هذا فكلما قيل بانه من
هذا القبيل كدرك المبيع او الثمن او ضمان الاعيان المضمونة او ضمان الضامن والمضمون عنه بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال
الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن اما ممنوع صغرى اي ليس من هذا القبيل او كبرى اي ليس بصحيح اما درك المبيع او
الثمن فهو عبارة عن ضمان شخص عن البايع للمشتري عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقا للغير او ضمان شخص عن المشتري للبايع
عهدة المبيع اذا خرج الثمن مستحقا للغير ومعنى ضمانه انه لو تلف المضمون او امتنع اخذه من المضمون عنه يكون عوضه على الضامن
ففي مورد التلف والامتناع لا تشتغل الا ذمة الضامن وفي مورد البقاء وعدم الامتناع ليس المكلف بالرد والضامن
الا المضمون عنه نعم لو قيل بان كلا منهما في مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمتين عرضا لمال واحد وهذا
ممنوع جدا بل غاية ما يمكن ان يقال انه يجب على الضامن الزام المضمون عنه بالرد الى المالك لا الضمان الفعلي وبالجملة
لو قيل بان المال حين البقاء في عهدة الضامن ايضا فمرجعه اما الى لزوم الزامه المضمون عنه واما الى ان ما للمالك في عهدة

في كيفية اشتغال ذمة متعددة بمال واحد

المضمون عنه فهو في عهدة الضامن ايضا وهذا ليس الا ضمانا طوليا كما سيجيء توضيحه واما ضمان الاعيان المضمونة فحكمها حكم
درك المبيع او الثمن فان من ضمن عن المستعير في العارية المضمونة او ضمن في مورد الغصب او المقبوض بالعقد الفاسد فليس
ضامنا مطلقا بل عند التلف وفي هذا الحال لا تشتغل الا ذمة الضامن واما في مورد البقاء فمعنى ضمانها ان عليه الزام
المضمون عنه بالرد الى المالك واما الضمان على مذهب الجمهور في الديون فالاقوى فساده لما ذكر في محله من انه ينتقل الدين
بمجرد الضمان الى ذمة الضامن وحاصل الكلام انه يمتنع ثبوتا ضمان شخصين لمال واحد في زمان واحد على نحو الاستقلال
عرضا واما الضمان طولا على ازيد من شخص واحد في زمان واحد فيمكن ثبوتا ودلت عليه الادلة اثباتا اما ثبوتا فلامكان
ان يكون كل واحد من الضمناء ضامنا لما يضمنه الاخر فتشتغل ذمة احدهم بما تشتغل ذمة الاخر به اي يخرج من كيس احدهم
ما يؤديه الاخر وهذا النحو من الضمان يمكن ان يكون سببه العقد او الاتلاف او اليد فالعقد كالضمان بالالتماس فاذا التمس
المديون من شخص ان يؤدي دينه ورضي الداين به فالضامن يصير ضامنا للدين والملتمس يكون ضامنا لما يؤديه
الضامن بمقدار ما يؤديه والاتلاف كضمان الغار ما يغترمه المغرور واليد كتعاقب الايدي الغاصبة فالغاصب الاول
ضامن للمالك ما يضمنه الثاني اي يجب ان يخرج من كيس الثاني ما يغترمه الاول فالغاصب الثاني ضامن لما يضمنه
الاول واما اثباتا فادلة هذه الابواب تكفي لاثبات هذا المعنى اما مسئلتا الضمان بالالتماس والغرور فقد اتضحتا في
محلهما وقد اشرنا نحن الى مدركهما فالعمدة هي مسئلة اليد وقبل توضيحها لا بأس بالاشارة الى جهة اشتراك هذه الابواب
الثلاثة وجهة افتراقها اما الاثر المشترك بينها فهو ان الضامن لما يضمنه الاخر ليس ضمانه فعليا بل يكون تقديريا اي ضامن
على تقدير اداء الاخر وبمقدار ما يؤديه واشرنا الى ان ما افاده العلامة من كونه ضامنا على اي حال لا وجه له الا بارجاع
كلامه الى ان عليه ان يلزم الاخر بالاداء وكيف كان فالتحقيق ان المديون لا يضمن للملتمس حقيقة الا بعد ادائه دينه وكذلك
الغاصب الثاني لا يضمن للغاصب الاول الا بعد اداء الاول نعم هو ضامن فعلا للمالك على ما سيجيء وهكذا الغار ليس
ضامنا للمغرور قبل ادائه المال والسر في ذلك هو ما اشرنا اليه وهو كونه ضامنا لما يضمنه الاخر وملتزما بما يؤديه فما لم
يؤد شيئا لا معنى لان يكون ضامنا وقد تقدم في اول البيع ان كلما كان من قبيل الضمان بالالتماس وهو استيفاء الاموال
او الاعمال بالامر المعاملي الغير المبني على التبرع لا يضمن الامر ما يأمر به الا بعد استيفائه العمل اي بعد عمل المأمور بأمره
واما الاثر المختص ففي مورد الضمان العقدي لا يتعدد الضامن للمالك لان الدين قبل قبول الملتمس الضمان على عهدة
المديون دون غيره وبعد قبوله فالدين على عهدته لا غير لخروجه عن ذمة الملتمس واما الضمان بالتغرير او تعاقب الايدي
فكل من الغار اذا كان غاصبا والمغرور وكل واحد من الغاصب الاول والثاني ضامن للمالك بنحو الطولية على ما سيجيء
نعم بينهما فرق وهو ان المالك اذا رجع الى الغار لا يرجع هو الى المغرور بخلافه في تعاقب الايدي فان كل سابق يرجع

الى اللاحق بعد رجوع المالك اليه والسر فيه هو التغرير في الاول دون الثاني بل قيل بفرق آخر بينهما وهو ان سبب ضمان
الغار للمغرور متحقق وان كان ضمانه فعلا يتوقف على رجوع المالك الى المغرور بخلاف تعاقب الايدي فان سبب ضمان
الثاني للاول ايضا غير موجود بل الموجود هو ضمانه للمالك بمقتضى اليد ولكن الحق عدم الفرق بينهما من هذه الجهة لان الثاني
ايضا بالنسبة الى الاول كالغار بالنسبة الى المغرور فان الثاني يضمن ما ضمنه الاول والاول حيث انه ضامن للمالك
فعلا والمفروض ان يد الثاني نشئت من يد الاول فسبب ضمان الثاني للاول موجود وان كان ضمانه الفعلي له يتوقف على اداء
الاول بدل مال المالك اذا عرفت ذلك ظهر انه يمكن تعدد الضمان لمال واحد اذا كان ضمان احدهم في طول ضمان الآخر
رتبة وان كان في عرض الآخر زمانا فان في تعاقب الايدي اجتمع ضمان كل واحدة من الايدي للمالك في زمان واحد و
ضمان كل لاحق لسابقه اما ضمان اللاحق للسابق طولا فواضح لان كيس اللاحق مخرج لما ضمنه السابق بمعنى انه لو ادى
السابق بدل مال المالك فاللاحق ضامن له لا مطلقا بل صح ان يقال ان الضمان الفعلي على اللاحق بالنسبة الى السابق
متأخر زمانا ايضا واما ضمانه للمالك فانه وان كان بمقتضى اليد كالسابق ضامن للمالك ايضا لانه كما يضمن الغاصب
الاول مال المالك وضعا ويجب عليه الاداء تكليفا فكذلك الغاصب الثاني الا انه فرق بينهما وهو انه ليس الثاني
ضامنا للمال كضمان الاول له بل ضامن لمال هو في ذمة الاول وعهدته ونتيجة هذا النحو من الضمان هو وحدة ما يؤدي عن
المضمون ذاتا وحقيقة من دون تقييد اطلاق وامكان هذا النحو من الضمان لا اشكال فيه ثبوتا انما الكلام في نهوض الدليل عليه
اثباتا فانه قد يقال ان عموم على اليد بالنسبة الى جميع الايدي بنسق واحد فكيف لا يضمن الثاني للمالك على طبق ما ضمنه الاول
ولكنك خبير بان دليل على اليد وان كان عاما وكما يشمل كل يد عادية بالنسبة الى كل مال فكذلك يشمل جميع الايدي
المتعاقبة بالنسبة الى مال واحد الا انه قد يكون بين افراد العام فرق من غير ناحية شمول العام لهذه الافراد المختلفة ومن غير
احتياج الى مؤنة زائدة لشموله لها كما اذا نشأ الاختلاف من ناحية الافراد فقد يكون مال زيد في عهدة عمرو ومال
بكر في عهدة خالد وهكذا وقد يكون مال زيد في عهدة عمرو واخذه بكر من عمرو واخذه خالد من بكر وهكذا فاذا كان
من قبيل الاول فمعنى الضمان عند العقلاء والعرف هو كون المال مجردا عن خصوصية الشخصية في عهدة الضامن وبهذا
المعنى يصح ضمان الاعيان فان الالتزام بان ضمان الاعيان الخارجية عبارة عن كونها عند التلف على ذمة الضامن بلا موجب
لان الاعيان وان لم تكن قابلة كالديون قابلة لان تكون بنفسها في الذمة كما لا يمكن ان تكون في الحس المشترك ولا في المتخيلة
ولا في القوة العقلائية الا انها حال تجردها عن خصوصيتها الشخصية قابلة لان تكون في الذمة اي العين بماليتها
الغير المتقدرة بالقيمة في عهدة الضامن وهذا اعتبار عقلائي ومال كلي عرفي لا بأس بالتزامه ولا موجب لان يقدر
الضمان عند التلف واما ما كان من قبيل الثاني فاعتبار ضمانه عرفا ان يكون بدل المضمون واحدا ذاتا وفردا حقيقة لان

الاول ضامن لما يكون مخرجه في ذمة الثاني والثاني ضامن لما يضمنه الاول فالثاني وان كان ضامنا للمالك ايضا باطلاق
الدليل او عمومه كالاول الا ان كل واحد ليس ضامنا مطلقا لان حقيقة ضمان المال الذي هو في عهدة الاخر وذمته ان لا
يكون الضمان مطلقا وعلى كل تقدير فالضمانان وان اجتمعا في الزمان بمقتضى عموم اليد الا انهما لم يجتمعا في الرتبة لان
الغاصب الاول ضامن للمالك ما يجب ان يؤخذ من الثاني وما في عهدة الثاني هو الذي ثبت في عهدة الاول فلم يجتمع
الضمانان عرضا كاجتماعهما على مذهب الجمهور فانهم ايضا وان لم يلتزموا بضمان كل منهما مستقلا بحيث يرجع المالك الى كليهما
الا انهم قائلون بضمان كل منهما عرضا وبالجملة لتعدد الضمنا طولا اثار منها ان لازمه وحدة بدل المضمون خارجا بل حقيقته
تضاد الجمع في الوجود فلا يرد على اصحابنا بانهم التزموا بما التزم به الجمهور مع انهم يشددون النكير عليهم حتى قال بعضهم باستحالته
للفرق بين المسلكين في الطولية والعرضية ومنها ان في باب تعاقب الايدي اذا لم يكن الثاني مغرورا من الاول اذا رجع المالك
اليه لا يرجع هو الى الاول لان لازم ضمان الاول شيئا يجب تداركه على اللاحق وضمان اللاحق شيئا كان في عهدة السابق هو
ان يرجع السابق الى اللاحق دون العكس وهذا عكس قاعدة الغرور ومنها انه لا بأس بالتزام اجتماع الضمانات المتعددة
في زمان واحد كما هو مقتضى على اليد فان في تعاقب الايدي سواء كان هناك غرور او لم يكن سبب الضمان للمالك موجود في
كل واحد من الضمنا فان مقتضى وضع اليد من كل منهم على مال المالك ان يكون ذمته مشغولة بماله نعم في الضمان العقدي لا
يقتضي ثبوتا واثباتا اجتماع ضمانين في زمان واحد فان المديون الذي هو ضامن للضامن كان اولا هو الضامن للدين ولم
يكن الضامن قبل ضمانه ضامنا وبعده برئ ذمته وصار الضامن ضامنا لان حقيقة ضمان شخص ما في ذمة الاخر مع وحدة الدين
ان لا يكون للمالك حق على المديون ولذا لو اشترط بقاء ذمته يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد والكتاب والسنة **قوله قده**
هذا حال المالك بالنسبة الى ذوي الايدي واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض فلا ريب في ان اللاحق اذا رجع اليه لا يرجع الى
السابق اه لا يخفى انه ظهر مما ذكرنا امور اربعة الاول جواز رجوع المالك الى كل من شاء من الايدي المتعاقبة ووجهه هو تحقق
سبب الرجوع في الجميع وهو اليد العادية وان على اليد ما اخذت كما يشمل الايدي المختلفة على الاموال المختلفة كذلك يشمل
الايدي المختلفة على المال الواحد كما هو شان كل قضية حقيقية الثاني انه لو رجع الى احدهم واخذ عوض ماله منه ليس له الرجوع
الى الاخر ووجهه هو وحدة الحق وكون ما في ذمة السابق هو ما في ذمة اللاحق اي مخرج ما في ذمة الاول ذمة الثاني فليس
هناك ذمتان عرضيتان الثالث رجوع السابق الى اللاحق لو لم يكن غارا له ولو لم يتلف المال عنده بل تلف عند غيره ووجهه
ان ذمة اللاحق مشغولة بما يجب خروجه عن ذمة السابق اي ذمته مخرج لما يضمنه الاول فما يؤديه الاول يؤخذ من الثاني
لاشتغال ذمته للمالك بماله بدل اي عهدة في ذمة الاول فاذا رجع المالك اليه فهو لا يرجع الى السابق لعدم كونه مغرورا
منه بالفرض واما لو رجع المالك الى السابق فهو يرجع الى الثاني لانه ضمن شيئا له بدل في ذمة السابق والبدل يجب ان يخرج

في انه لو رجع المالك الى الغاصب اللاحق ليس للاحق الرجوع الى السابق

من الثانى وهذا هو المراد من البدل فى كلام المصنف اى ما فى ذمة الاول فى ذمة الثانى فيضمن الاول ما يضمنه الثانى فقد ضمن اللاحق شيئا للبدل اى عهدة كما اشار اليه بقوله قده فما يدفعه الثانى فانما هو بدل لما استقر ذكره فى ذمة الاول وليس المراد من البدل بدل اصل المال نظير المنافع حتى يقال ان الثانى وان ضمن ما للبدل الا ان الاول كذلك ايضا لان كل ما يضمن للمال فى السلسلة الطولية من المنافع وعلو القيمة والبدل ثابت على السابق ايضا فيصدق ان السابق ايضا ضامن لما للبدل الى اخر الاحتمالات السبعة المذكورة فى حاشية السيد الطباطبائى قده وبالجملة غرض المصنف ان اللاحق ضامن للمال للسابق لان ذمته مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمة السابق واما ما يؤخذ من السابق فلا يرد عليه ان كلا منهما ضامن للبدل وذلك لان الاول ليس ضامنا للثانى فكيف يكون كل منهما ضامنا منهين للبدل وبالجملة بعد ما عرفت من ان ورود المال من يد السابق الى يد اللاحق يقتضى ان يكون اللاحق مشغول الذمة بما يؤخذ من الاول فمقتضاه ان يكون اللاحق ضامنا للسابق دون العكس وحيث ان المحشى قده حمل البدل على المثل او القيمة الذى يكون كل يد مشغولة له مشروطا بالتلف اورد ثانيا بقوله ان ضمان العين التطها بدل اى عوض فى ذمة الاخر لا يقتضى ما ذكره من ضمان احد من البدل والمبدل كيف وقد لم يتحقق فيه سبب الضمان اذ لم يثبت تحت يد الضامن ولا التلف ولا غير ذلك فلا وجه لكونه مضمونا ورد يكون من توابع العين كما ترى اه وانت خبير بان غرض المصنف اثبات الضمان الطولى وبيان عدم اجتماع الضمانين عرضا واين يد اللاحق ليست كيد السابق ضامنا للمال المجرد عن خصوصية كونه فى ذمة غيره وتوضيح ذلك مضافا الى امتناع اجتماع الضمانين عرضا ولو بنحو تقييد الاطلاق والواجب الكفائى لما عرفت ان التقييد انما يصح فى التكليف دون الوضع ومضافا الى ما قيل لو كان خلاف المختار انه لو لم يكن للمال خصوصية عند وضع السابق يده عليه وحدث عند اللاحق فضمنها اللاحق دون السابق وهذا يقتضى الاختلاف فى كيفية الضمان مقتضى عموم على اليد وانحلاليته بالنسبة الى كل يد كما هو شأن كل عام اصولى فى القضايا الحقيقية ان يكون يد السابق مشغولة بالمال المجرد عن خصوصية كونه فى ذمة احد وما يد اللاحق فلا يمكن ان يكون مشغولة بالمال المجرد لان المفروض ان المال وصل الى اللاحق بعد اشتغال ذمة السابق به فشمول على اليد بالنسبة الى السابق كشمول دليل حجية الخبر للخبر بلا واسطة بالنسبة اليه وشموله بالنسبة الى اللاحق كشمول دليل الحجية للخبر مع الواسطة فانه كما ثبت موضوع بتوسط شمول فرد من الحكم لفرد من الموضوع ولا مانع من شمول فرد اخر من الحكم الا نحلالى لهذا الموضوع المتولد فكذا ثبت خصوصية المال واعتبار عقلائى له بتوسط شمول على اليد للفرد الاولى فاذا عم فرد من الحكم اليد الثانية مع الخصوصية التى ثبتت من قبل شمول على اليد للفرد الاولى فمقتضاه ان لا تكون اليد اللاحقة ضامنة للمال المجرد عن الخصوصية كضمان اليد السابقة بل هى تضمن العين للمالك بخصوصية كونها فى ذمة الاولى وهذه الخصوصية اعتبار عقلائى لا يمكن ان تجرد اليد اللاحقة عنها

الا بدليل خارجي والا فمقتضى عموم على اليد ما اخذت وانحلالية القضية ثبوت هذه الخصوصية في ذمة الثاني وهذا عين
الضمان الطولي والعجب ان المحقق الخراساني في حاشيته مع تصريحه بهذا المعنى في قوله واما حديث جواز رجوع اليد السابقة
الى اللاحقة لو رجع اليها المالك المستلزم لكون قرار ضمان التالف على من تلف عنده مع المساوات فيما هو سبب الضمان
فهو ايضا من اثار حدوث سبب ضمان ما كان في ضمان الاخر لواحد اخر واحكامه عند العرف الى اخر كلامه قدس سره التزم
بالضمان العرضي في اول هذه الحاشية على نحو الواجب الكفائي وقد عرفت ان تساوي اليدين في سبب الضمان لا وجه له بل
الاول يضمن المال مجردا والثاني بما انه في ذمة الاخر وهذا عبارة اخرى عن ضمان ما كان في ضمان الاخر واما الاول
فلا يضمن ما في ضمان الاخر بل يضمن المال مجردا وبالجملة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمة كل منهما ظرفا
لمال واحد من المستحيل فانه نظير ثبوت شيء واحد في ان واحد في الامكنة المتعددة فما يمكن ثبوتا هو التعهدات الطولية
والذمم المترتبة وهذا هو مقصود المص فاندفعت الايرادات السبعة عنه لان مبناها على كون مقصوده من البدل هو العوض
مع ان مقصوده ان السابق متعهد للمال قبل اللاحق واللاحق متعهد لما في ذمة الاول وعهدته فالمال الواحد في ذمم كثيرة
بهذا النحو من الظرفية وهذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس ثم مما ذكرنا من ان ذمة الثاني مخرج لما في ذمة
الاول ظهر الامر الرابع وهو ان السابق ليس له الرجوع الى اللاحق ما لم يخرج من وظيفته وقد ذكرنا ان هذا هو الاثر
المشترك في جميع ابواب تعدد الضمان لمال واحد وكيف كان فما افاده في الجواهر في وجه رجوع غير من تلف المال في يده
الى من تلف في يده من ان خطاب الثاني بالاداء ذمي واما خطاب الاول تكليفي لا نعرف وجهه مع ان دليل الضمان واحد
في الجميع هذا مضافا الى ما اورد عليه المص قده من انه لو كان خطاب الاول مجرد التكليف لا الوضع لم يكن وجه لاجباره على
دفع بدل المال او دفع الحاكم عنه وتقديمه على الوصايا ونقل المالك البدل بالمصالحة ونحوها من غيره ثم انه كيف يملك
غير من تلف المال في يده باداء بدل المال ما في ذمة من تلف في يده مع انه لم يقم دليل على المعاوضة الشرعية القهرية بل ولو
قلنا بما اختاره صاحب المقابس بان من تلف العين في يده يملك العين التالفة حين التلف انا ما بالملك القهري الا ان
اطراده في غير مورد التلف لا وجه له لانه لم يقم دليل على ان كل غارم يملك العين التي غرمها او بدلها الذي في ذمة الاخر
فلا معنى للمعاوضة القهرية وبالجملة قد تقدم سابقا ان باب الغرامات غير باب المعاوضات فالغارم لا يملك بغرامته شيئا
وحاصل الكلام ان عمدة الاشكال في مسئلة تعاقب الايدي هو رجوع كل سابق الى لاحقه اذا رجع المالك اليه واما
ساير الاحكام مثل انه لو رجع المالك الى احد فليس له الرجوع الى غيره ثانيا وعدم ثبوت حق للسابق على اللاحق قبل دفع
الغرامة وعدم ثبوت حق للاحق على السابق اذا رجع المالك اليه فهي من الامور الواضحة وتقدم وجه الجميع ووجه رجوع السابق
الى اللاحق ايضا وهو ان اللاحق يضمن ما في عهدة السابق وهذا عبارة اخرى عن كون ذمته مخرجا لذمة السابق والدليل

على ذلك اطلاق على اليد بالنسبة الى اليد اللاحقة اى يشمل اطلاقه ضمان اللاحق قبل خروج السابق عن عهدة
مال المالك وبعده ونتيجته انه لو رجع المالك اليه فهو يرجع الى لاحقه دون سابقه لو كان هناك لاحق ولو رجع الى
السابق فهو يرجع اليه لانه كان ضامنا على اى حال اما كونه ضامنا للمالك فلدخول المال تحت يده واما كونه ضامنا
للسابق فلان شمول على اليد لليد الاولى اقتضى كون خصوصية ما فى اليد الاولى مضمونا على اليد اللاحقة فتامل فى اطراف
ما ذكرناه فان هذا غاية ما يمكن ان يقال فى هذا المقام ثم ان هنا فروعا ينبغى التنبيه عليها الاول اذا تلف العين
فاذا ابرء المالك جميعهم فلا اشكال فى سقوط حقه انما الاشكال فيما لو ابرء احدهم فهل يبرء الجميع او خصوص ذلك
او التفصيل بين السابق عليه فيبرء ذمته واللاحق فلا وجوه وجه الاول هو وحدة الحق وان كان سبب الضمان متعددا
والابراء يرجع الى المسبب فاذا اسقطه سقط عن ذمة الجميع كما لو اخذ بدله من بعض ووجه الثانى ان الابراء يرجع الى
السبب فيسقط عن ذمة خصوص من ابرء ذمته دون غيره ولا يخفى ضعف هذا الوجه ووجه الثالث هو ان الحق وان كان
واحدا الا ان السبب متعدد ومقتضى ابرائه احدهم ان يبرء هو ومن لا يمكن مع فراغ ذمته اشتغال ذمته وليس هو الا
السابق فان ذمته كانت مشغولة بما يكون مخرجه من اللاحق فاذا ابرء اللاحق فلا يعقل بقاء الاشتغال للسابق لان
معنى بقائه ان يكون مخرجه من اللاحق والمفروض فراغ ذمته بابراء المالك الا ان يلتزم بعدم تاثير ابراء المالك فى
السلسلة الطولية بالنسبة الى واحد وهذا لا يمكن الالتزام به واما اللاحق فبرائة ذمة السابق لا يستلزم عقلا برائة
ذمته ونحن اخترنا سابقا هذا التفصيل ووجهنا بان الابراء ليس بمنزلة استيفاء الحق بل هو بمنزلة اعدام موضوع المطالبة
من المبرء عنه فاذا استلزم هذا الاعدام ابراء ذمة واحد اخر كالسابق فهو والا لا وجه لسقوط حق المالك عن غير المبرء
عنه فعلى اللاحق خروجه عن عهدة ما ضمنه للمالك وان لم يكن ضامنا للسابق وبالجملة الابراء ليس كالهبة والمصالحة
ولذا وقع الخلاف فى مسئلة ابراء الزوجة الزوج الصداق فى انه لو طلقها بعد ذلك قبل الدخول فهل له المطالبة منها
بنصف المهر او ليس له ولم يقع الخلاف فى جواز المطالبة لو وهبته او صالحته كذلك ولا وجه لهذا الفرق الا من جهة
ان الصلح او الهبة تمليك للزوج ما فى ذمته وان كان اثره الابراء لعدم معقولية تملك الانسان ما فى ذمة نفسه واما الابراء
فهو اعدام الموضوع فحكم المبرء عنه حكم احد الشخصين فى الواجب الكفائى اذا تعذر عليه التكليف فان سقوط التكليف عن
احدهم لا يوجب سقوطه عن الاخر ولكن الحق ان الابراء ايضا كاستيفاء الحق فى المقام لان البرهان الجارى فى السابق
على المبرء عنه يجرى فى اللاحق ايضا فانه كما لا يمكن مع فراغ ذمة الوسط اشتغال ذمة السابق عليه فكذلك لا يمكن مع
فراغ ذمته اشتغال ذمة اللاحق لان اللاحق على ما قدمناه ليس فى عرض السابق عليه ضامنا للمالك بل هو ضامن
للمالك ما فى ذمة سابقه اى ذمته مخرج لذمة السابق فيستحيل مع فراغ ذمة الوسط اشتغال ذمة اللاحق وبعبارة اخرى

فى حكم ابراء المالك واحدا من الضمنا

اذا فرضنا ان اللاحق يضمن ما يضمنه السابق لا غيره فكيف يبرء ذمة السابق ولا يبرء اللاحق عليه فالحق ان الابراء من واحد
يوجب فراغ ذمة الجميع الثاني لو وهب المالك ما في ذمة احدهم اجنبيا او صالحه بعوض او مجانا فحكم هذا الاجنبي حكم
المالك في جواز رجوعه الى اي واحد من الايدي واما لو وهب او صالح واحدا من السلسلة فلا اشكال في ان المالك
يسقط حقه من الجميع لانه مقتضى وحدة الحق انما الاشكال في ان المتهب والمتصالح من هذه السلسلة هل هو كالاجنبي
في جواز رجوعه الى من شاء منهم او كما يبرء ذمته لان هذا اثر الهبة والصلح يبرء ذمة الجميع او يبرء ذمة السابق دون اللاحق
وجوه اقويها الاخير اما برائة ذمة الجميع فلا وجه له فان المالك الاصلي وان سقط حقه من الجميع لانتقال الملك الى
غيره الا انه يقوم هذا المالك الفعلي مقام الاصلي فله المطالبة من اللاحق فان المصالحة او الهبة لها اثران ابراء المتهب او
المتصالح وتملكه المال فيترتب عليها اثار الملكية فاذا كان اللاحق ضامنا للسابق الذي هو ضامن لسابقه او للمالك
فاذا ملك الضامن السابق فله الرجوع الى الضامن اللاحق الذي هو ضامن للضامن واما برائة ذمة السابق عليه فلان
المتهب او المتصالح لم يكن حين وصول المال الى السابق مالكا فلا وجه لضمان السابق ومجرد تملكه فعلا لا يقتضي جواز
رجوعه اليه لان تعاقب الايدي يقتضي ان يرجع السابق الى اللاحق لا العكس وبالجملة مقتضى تملك واحد من هذه السلسلة
ثبوت حق الرجوع له الى اللاحق الا ان يقال ان مقتضى الملكية وان كان ذلك الا ان هذا مختص بما اذا استقر الملك في ملكه
واما الملك التقديري كما في المقام فلا اثر له الا الابراء وابراء واحد يقتضي ابراء الجميع كما هو المختار بل مقتضى ما تقدم من انه
لا تشتغل ذمة اللاحق للسابق الا بعد اداء الغرامة فالسالبة هنا بانتفاء الموضوع لان السابق لم يغترم للمالك شيئا
حتى يكون مخرجه ذمة اللاحق نعم لو لم تكن المصالحة مجانية بل كانت بعوض فللمتصالح الرجوع الى اللاحق لان المال التالف
او بدله صار ملكا له فله الرجوع الى اللاحق الثالث اذا اقر احدهم بالغصبية دون غيره فهو الملزم باداء المال الى المالك دون
غيره وليس له الرجوع الى لاحقه لانكار اللاحق بان المال له ولو اقام مدعي الملك البينة عند الحاكم فحكم به فيترتب على ملكه
جميع اثار الملكية لان لوازم البينة حجة فله الرجوع على كل من وضع يده على ملكه الا ان يكون واحدا منهم غائبا فله الحجة
لامكان جرحه الشهود هذا اذا كان وضع اليد على الملك معلوما وكونه ملكا للمدعي مشكوكا فاثبته عند الحاكم واما اذا
كان الوضع مشكوكا فلا بد من اثباته ايضا فيمكن له المرافعة مع غير واحد ثم ان هذا كله حكمه رجوع المالك الى كل واحد
واما رجوع السابق الى اللاحق فلو كذب الشهود وانكر الحكم وادعى ان المال له فليس له الرجوع الى اللاحق لو باعه منه او
وهبه اياه ونحو ذلك ولو رجع المالك الى اللاحق فلو انكر الحكم وادعى ان المال للسابق فاذا اعطاه بدله فليس له الرجوع
الى البدل كما انه ليس له الرجوع اليه بالنسبة الى الغرامة التي اغترمها للمالك هذا اذا ثبت الحق بالاقرار والبينة وحكم الحاكم
واما اذا وصلت النوبة الى الحلف فتارة يحلف واحد منهم واخرى يحلف المدعي برد المنكر او الحاكم فاذا حلف واحد

في اقرار واحد من الايدي بالغصبية

منهم فالاقوى سقوط حق المدعي عن الجميع سواء قلنا بان الحلف يذهب حق المدعي واقعا ام قلنا بانه يذهبه ظاهرا لان
هذا النزاع لا اثر له في المقام بل انما يؤثر في مسئلة التقاص واقرار الحالف على خلاف حلفه ونحو ذلك لانه على كلا القولين
يرفع الخصومة ويقطع الدعوى فلا يمكن للمدعي بعد حلف واحد منهم الرجوع الى غيره لانه لو رجع الى السابق فهو لا محالة
يرجع الى الحالف ومع حلفه لا يمكن اشتغال ذمته ولو رجع الى اللاحق فاللاحق لا يشتغل ذمته الا بما هو في ذمة سابقه
والمفروض براءة ذمة سابقه فيقتضي براءة ذمة احد السلسلة براءة الجميع وليس له الترافع مع غيره واما لو حلف المدعي فلا
شبهة في ثبوت حقه على الراد وانما الاشكال في ثبوت حقه على غيره فقد يبتني المسئلة على ان حلف المدعي بمنزلة البينة فله
الرجوع الى كل واحد او بمنزلة الاقرار حتى يختص بالراد دون غيره ولكن الحق انه اصل برأسه ولازم ذلك عدم جواز رجوعه
الى غير الراد لان رده اليمين على المدعي لا يلازم ثبوت حق له على غيره نعم لو قيل هنا بجواز رجوعه الى اللاحق دون السابق
وكذا رجوع الراد في الغرامة التي اغترمها الى اللاحق دون السابق فله وجه لان حكم مسئلة الاثبات بالحلف عكس حكم
مسئلة الاسقاط بالابراء فلو قلنا بالتفصيل في مسئلة الابراء فالتفصيل جار هنا ايضا غاية الامر عكس التفصيل السابق
فراجع وتمام الكلام موكول الى مبحث القضاء الثالث لو رجع المال من يد اللاحق الى السابق فتلف في يده فلا شبهة
في جواز رجوع المالك الى كل منهما انما الكلام في انه لو رجع الى السابق الذي تلف المال في يده فهل له الرجوع الى اللاحق
بمقتضى ما تقدم من ان كل سابق يرجع الى لاحقه ام لا الحق هو الاخير لان وجه جواز رجوع كل سابق الى لاحقه هو ما
تقدم من ان ما يخسره على اللاحق وهنا انعكس الامر لان السابق صار لاحقا باخذه ثانيا فانه وان لم يضمن للمالك
ضمانا جديدا الا انه صار ضامنا للضامن فيصير هو محلا للخسارة فلا يمكن ان يرجع هو الى غيره بل لو رجع المالك الى
اللاحق فهو يرجع الى السابق الذي صار لاحقا وهذا واضح **قوله قده** مسئلة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه فعلى
القول ببطلان الفضولي فالظاهر ان حكمه حكم ما يقبل التملك مع ما لا يقبله اه لا اشكال فيما ذكره قده فانه لو قيل ببطلان
الفضولي يكون ضم مال غيره الى مال نفسه وبيعهما صفقة حكم ضم الخمر الى الخل فان الاشكالين المذكورين فيه من انه من
بيع المجهول ومن عدم وقوع ما قصد وعدم قصد ما وقع جاريان فيه ودفعهما مشترك وعلى فرض صحة تلك المعاملة فضم مال
غيره الى مال نفسه اولى بالصحة لورود النص الصحيح فيه وهو صحيحة صفار المتقدمة وقيام الاجماع الصريح على صحته ولو قيل
بصحة الفضولي فلا اشكال في الصحة مع الاجازة وانما الكلام في صحته مع الرد ويظهر من المص قده ان في صورة الرد لا ملازمة
بين هذه المسئلة ومسئلة بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله لانه يمكن القول بالصحة في المقام دون تلك المسئلة وذلك لان
الاشكالات الواردة في تلك المسئلة ورودها في المقام اضعف فان الاشكال فيها منحصر في ثلاثة الاول اعتبار
وقوع الانشاء فيما يقبل التملك اي يشترط في العقد ان يكون عوضه مما يقبل التمليك والتملك الثاني ان التراضي

لو رجع المال الى السابق وتلف في يده

في حكم ما لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع فما قصد لم يقع وما امضاه الشارع لم يقصد الثالث ورود الغرر بمعنى الجهل في
ثمن المبيع ولا شبهة ان الاشكال الاول لا يجري هنا فان المبيع ملك ويقبل التمليك والتملك الا ان يعتبر شرط اخر في
الانشاء وهو اعتبار وقوعه من المالك او وكيله دون الفضولي وهذا يرجع الى القول ببطلان الفضولي وكلامنا مبني على
الصحة فبناء عليها لا يرد الاشكال الاول وكذلك الثاني ايضا فان الشارع امضى التراضي بالمجموع غاية الامر جعل اختيار
بعض المبيع بيد مالكه فلا اخلال فيه من جهة الانشاء العقدي والثالث وروده في المقام اضعف لان في تلك المسئلة
يتوقف التقسيط على فرض مالية للخمر مثلا بخلاف المقام فانه مال حقيقة وبالجملة بناء على ما سيجيء في محله من انه لا اشكال
في الصحة فيما لو جمع بين مختلفي الحكم كالخمر والخل او الحيوان مع غيره فلا اشكال ايضا في بيع مال الغير مع مال نفسه لانه
ينحل العقد بالنسبة الى كل جزء الى ما يقتضيه حكمه ولا يرد ايضا اشكال كون البيع امرا بسيطا فكيف ينحل الى جزئين لان
بساطة البيع لا يلازم بساطة المبيع اي المنشأ به فان الانحلال في المقام نظير انحلال التكليف بالمركب الارتباطي بالنسبة
الى اجزائه وشروطه فرد الغير لا يضر بصحة بيع مال نفسه غاية الامر انه لو لم يعلم المشتري بكون بعض المبيع مال الغير يثبت له
الخيار من جهة تخلف الشرط الضمني وهذا بخلاف ما اذا كان عالما به فانه مع علمه لا معنى لان يشترط على البايع انضمام
بعض الاجزاء الى الاخر لانه شرط غير مقدور وبالجملة مع العلم لا يصح الشرط فلا خيار الا انه يسقطه وانما الخيار له مع
الجهل بناء على ما سيجيء من ان تخلف الشروط الضمنية والصريحة موجب للخيار وعلى هذا فقد يثبت الخيار للبايع ايضا
اذا كان جاهلا بان بعضه مال الغير او اعتقد كونه مأذونا من قبله لتبعض الصفقة عليه وتخلف الشرط الضمني ثم ان
صحة البيع في مفروض المقام مقيدة بما اذا لم يلزم من التبعيض محذور اخر كلزوم الربا ونحوه من بيع ما لا يقدر على تسليمه
ومن بيع المجهول فاذا باع دينارا من ماله مع درهم من غيره بدرهمين ودينارين ورد مالك الدرهم فسد المعاملة رأسا
لان ما بازاء ديناره حين التقسيط ازيد من الدينار والربا تفسد المعاملة ولو في باب الغرامات فضلا عن مثل المقام الذي يكشف
الرد عن وقوع المعاملة الربوية من اول الامر وحكم الربا في المعاملات حكم القياس في الاحكام والربا في العبادات واذا باع
عبده الابق مع ضميمة من مال غيره فلو رد الغير يقع العبد مبيعا بلا ضميمة فيفسد واذا باع الموصى له العبدين اللذين اوصى
الميت بكون احدهما له بعد الموت فرد الورثة يلزم كون المبيع مبهما وبالجملة كل شرط اعتبر في المعاملة استمراره من اول وقوع
العقد الى حين التقسيط لو فقد يوجب بطلان المعاملة واما لو لم يعتبر استمراره بل كفى وجوده حين التسليم او حين العقد
فالمدار وجوده على نحو ما اعتبر ولا ينبغي الاشكال في ان المدار في اعتبار العلم في العوضين كونهما معلومين حين العقد
فلا يضر الجهل حين الرد فلو باع عبدين فلا فرق في الصحة بين ان يكون عبده معلوما وضمه الى عبد غيره المعلوم او المجهول
وان يكون عبده مجهولا وضمه الى عبد غيره المعلوم او المجهول لان العبدين معلومان من حيث المعارضة وان كان مال نفس

البايع مجهولا في مثل الوصية قبل تعيين الموصى به فان الجهل بعين المال لا يضر في مقام التقسيط لان المشتري يقوم مقام
الموصى له فكما كان له احد العبدين اللذين يعين احدهما بالقرعة او بتعيين الورثة او غيرهم ممن ينفذ تعيينه كان لمشتري
احدهما ذلك ايضا وبالجملة لو كان مدار الصحة على معلومية ما وقع عليه البيع فالمبيع في كلتا الصورتين معلوم لان البيع
وقع على مجموع العبدين وهما معلومان وثمنهما ايضا معلوم وحين التوزيع ايضا يعين المبيع ويتبين مقدار ما وقع من
الثمن بازائه ولا دليل على اعتبار استمرار العلم من حين البيع الى زمان تسليم المبيع الى المشتري وكيف كان سواء قلنا باعتبار
الشروط دائما ام حين البيع ام حين التسليم فليس بيع المال الزكوي قبل اخراج نصابه من مسئلة بيع مال نفسه مع مال غيره
ولو قلنا باشتراك الفقراء مع من عليه النصاب في المال الزكوي لان ولاية الاخراج على اي حال لمن عليه الزكوة فرد
الفقراء لا يؤثر في البطلان الا اذا ماطل المالك في اخراجها فللساعي ان يتبع مقدار الزكوة اينما وجده فاذا اخذه
من المشتري فله استرجاع الثمن بالنسبة ثم ان مقتضى مقابلة مجموع المبيع بمجموع الثمن ان يفرق الثمن على اجزاء المبيع بقيمتها
الواقعية فيرد على المشتري ما يقابل مال الغير وطريق التوزيع في القيمي غير طريقه في المثلي اما في القيمي فيظهر من مجموع الكلمات
انه على انحاء ثلاثة الاول ما اختاره المص تبعا للارشاد وهو ان يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن
نسبة اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين فاذا باع مجموع المالين بثلاث دنانير وقوم مال الغير باربع دنانير ومال البايع
بدينارين فيرجع المشتري بثلثي الثمن الثاني ما يظهر من الشرايع واللمعة وهو ان يلاحظ قيمة المجموع ثم يقوم احدهما ثم تنسب قيمته
الى قيمة المجموع الثالث ما اختاره السيد الطباطبائي في حاشيته وهو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام
لا في حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبة اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين ولا يخفى ان طريق التوزيع في الصور
المتعارفة هو ما ذكره المص وتوضيح ذلك ان هيئة الاجتماع قد لا توجب زيادة في قيمة كل من المالين ولا نقيصة فيها وهو
الاغلب وعلى هذا ينطبق جميع انحاء التقويم لانه اذا ضم عبد غيره الى عبده وباعهما اثني عشر دينارا فسواء قوم كل منهما منفردا
ونسب الى مجموع القيمتين واخذ لكل واحد جزء نسبة الى الثمن كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين ام لوحظ قيمة المجموع ثم قوم احدهما
ثم نسب قيمته الى قيمة المجموع وسواء على الاول قوم كل منهما منفردا بملاحظة حال الانضمام او حال الانفراد لا يتفاوت الصور
في الاثر لان المفروض ان انضمام عبد الى عبد لا يوجب زيادة ولا نقيصة بالنسبة الى قيمة كل منهما منفردا وعلى هذه الصورة
المتعارفة يمكن حمل عبارة الشرايع واللمعة ونحوهما وقد توجب زيادة في قيمة كل منهما كمصراعي الباب وفردتي الخف وقد توجب
نقصا في كل منهما كضم جارية مع امها وهاتان الصورتان ايضا كثيرتان اذا صارت هيئة الاجتماع موجبة للزيادة او النقصان
بالسوية وهنا صور نادرة وهي ما اذا صارت هيئة الاجتماع موجبة لزيادة قيمة احدهما دون الاخر او موجبة لزيادة قيمة
احدهما ونقص الاخر ثم فيما اذا صارت موجبة لزيادة قيمة كل منهما او لنقيصة كل منهما قد توجبهما كذلك بالسوية وقد

توجيهها كان ذلك بالاختلاف وعلى اي حال لا يطبق كيفية تقسيط ظاهر بيع واللمعة الا على ما يوجب الضم نقيصا
ولا زيادة ولا يطبق كيفية تقسيط المضم الا على ما يوجب الضم زيادة او نقيصة في كل منهما بالسوية وانما لا يطبق على
صور الاختلاف ولم يزد قيدا في الكلام حتى يشملها ايضا لخروجها عن الصور المتعارفة وندرتها جدا فتدبر جيدا
واما في المثلي فقوله قده في كيفية التقسيط فيه لا يصح باطلاقه لا في المشاع ولا في المفروز لامكان ان يكون المثلي
مشاعا ومع ذلك تتفاوت قيمة حصة كل منهما بتفاوت الحصتين في المقدار كان يكون لاحدهما اسعة امنان من
الحنطة وللآخر من وليس دائما قيمة من واحد تسعا لتسعة امنان ولو كان كل منهما في الجودة والردائة مثل الآخر كما
هو المفروض على الاشاعة ولا امكان ان يكون المثلي مفروزا ويكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة
خاصة فيجب ان يقابل كل من حصتي البايع والمشتري بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلي المشاع لا كالمتعين ولعل قوله
فافهم اشارة الى ذلك قوله قده مسئلة لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار لا يخفى ان ظاهر العنوان
اختصاص مورد البحث بما اذا علم بان البايع لم يقصد من قوله بعت نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ واما لو علم بانه اراد
من النصف شيئا معينا من نصفه المخصوص او نصف غيره او النصف المشاع في الحصتين واشتبه المراد فخارج عن موضوع
البحث مع انه لا شبهة في تعيم النزاع لانه اذا حمل النصف على الاشاعة او على النصف المخصوص فيما اذا علم بانه لم يقصد من
قوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ اجمالا وهو مما لا تكرر في اذهان الناس فليحمل على هذا او ذاك فيما علم انه اراد
شيئا معينا واشتبه المراد لان الظهورات النوعية والمرتكزات الذهنية طرق لاحراز المراد فلا فرق بين الصورتين بل يظهر
من بعض ان موضوع البحث هو الصورة الثانية واما اذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ فيكون باطلا لعدم تعين المبيع وكذلك
خيار ان الجهل هنا لا يتطرق الى المبيع بل الى المالك وقد تقدم انه لا يضر الجهل به وكيف كان الظاهر تعيم موضوع البحث
والظهورات اللفظية متبعة في كلا المقامين ولذا يتمسك بظاهر عبارة الاستئجار للوصية والوقف ونحو ذلك ثم
هل يختص موضوع البحث بما اذا كان نصيبه مشاعا في مجموع الدار واما في صورة الافراز فيحمل النصف على نصف المجموع او
يعم الصورتين ثم هل يختص النزاع بما اذا كان البايع اجنبيا بالنسبة الى النصف الآخر بحيث لو تعلق قصد بيعه بنصيب
الآخر او بنصف نصيبه وحمل اللفظ عليهما في صورة عدم القصد كان البيع فضوليا او يعم ما اذا كان وليا او وكيلا
في نصيب الآخر يحتمل في بادي البحث ان بعض الوجوه وان لم يجر على هذين الفرضين الا انه يجري فيهما بعض اخر فالاقوى
تعيم النزاع من الجهات الثلاث فلو كان الدار مشاعة وكان البايع اجنبيا فالاقوى في كلا المقامين حمل النصف على
نصف المخصوص لا على الاشاعة ولا على خصوص نصف الشريك بناء على ما عدا حمله على تمام نصيب الشريك فلا نزاع مفروغ عنه في
المقام لان قصد الغير يتوقف على مؤنة وليس هنا ما يدل على نصيب الغير فيبقى في المقام الوجهان الاولان واقواهما حمله

فيما اذا كان البايع اجنبيا من النصف الآخر نصف نصف

على نصفه المختص للوجهين المذكورين في المتن الاول ظهور الفعل اي التصرف في التصرف فيما يملكه ويختص به والثاني
ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه فان مال الغير اذا كان متعينا في الخارج فصحة بيعه لا يتوقف على تعيين مالكه واما في المقام
وبيع الكلي في الذمة فلو لم يعين الغير حمل على ملك نفس البايع ولا يعارض هذين الظهورين ظهور لفظ النصف في الاشاعة
لانه ظهور اطلاقي ينشأ من انتفاء ما يوجب التعيين فاذا قامت قرينة على التعيين وهي هذان الظهوران ارتفع موضوعه
كما هو الشأن في ارتفاع موضوع كل محكوم بالدليل الحاكم هذا هو الوجه الاول واما الثاني فهو حمل النصف على
الاشاعة كما افاده في المتن ويكون هذا معارضا لظهور الفعل في تمليك مال نفسه وظهور انشاء البيع في البيع لنفسه
ويقدم عليهما لقرينته عليهما لكون ظهور النصف في الاشاعة من باب ظهور القيد كما سيظهر منه فيما اذا كان البايع
وكيلا او وليا ولكنك خبير بان ظهور النصف في الاشاعة ليس الا من جهة انتفاء ما يوجب التعيين فيرتفع بادنى ظهور
على خلافه وهو ظهور مجموع الكلام في النصف المختص وبالجملة فالحق ان النصف ليس ظاهرا في الاشاعة لا من حيث
الوضع ولا من حيث الانصراف وانما يحمل عليها في باب الاقرار ونحوه من جهة انتفاء ما يوجب التعيين فاذا وجد قرينة
على التعيين فلا موجب للحمل عليها وليست القرينة كون الفعل وهو لفظ بعت ظاهرا في البيع لنفسه بل مجموع الجملة
وهو ظهور واحد فلا يقال ان ظهور المتعلق وهو النصف يصلح قرينة على الفعل كما ان ظهور احد في قوله لا تضرب احدا
في الاحياء قرينة على ان المراد من الضرب هو الضرب المولم فان هذا مضافا الى عدم كونه مطردا لامكان ان يكون الفعل
قرينة على المتعلق كما في قوله لا تنقض اليقين بالشك فان ظهور النقض في تعلقه بامر مبرم وهو مورد الشك في الرافع
اقوى من ظهور اليقين في الاعم ولذا لا نقول بحجية الاستصحاب في الشك في المقتضي يرد عليه ان القرينة على التعيين مجموع
الجملة لا خصوص الفعل بمعناه اللغوي ولا انشاء البيع منضما اليه وعلى هذا فلا فرق في لزوم العمل على ظهور الجملة بين وجود
لفظ النصف كما في المقام وعدمه كما لو قال بعت غانما وكان غانم مشتركا بين عبده وعبد غيره فقياس فخر المحققين المقام
على مسئلة العبد في محله لان المدعى مشترك مع مسئلة العبد من الجهة التي ندعيها فبناء عليه لو كان البايع اجنبيا وكان
نصف كل منهما مفروزا فليحمل على نصفه المختص لانه نظير مسئلة العبد ومجرد امكان انطباق النصف على ملك الاجنبي
لا يوجب ان يتردد الامر بين احد النصفين وهذا واضح واما لو كان البايع وكيلا او وليا في النصف الاخر فيظهر من المص
قده ان في كونه كالاجنبي وجهان ومراده من احد الوجهين كون الشريك للموكل او المولى عليه كالاجنبي في جريان الاحتمالين
وفيه من الاخر تعين الاشاعة لانه لو كان المعارض لظهور النصف في الاشاعة ظهور النصف في مقام التصرف في النصف
المختص وظهور البيع من حيث الانشاء ايضا في النصف المختص او كان المعارض خصوص الاخير يكون الولي او الوكيل
كالاجنبي في جريان الاحتمالين فيهما لانه وان كان قد تصرف فيما له الولاية فيه الا ان ظهور البيع في البيع للنفس يكفي للمعارضة

واما لو كان المعارض لظهور النصف في الاشاعة خصوص ظهور التصرف فيما له التصرف فيه فيتعين الاشاعة فيهما لان الوكيل
او الولي قد تصرف فيما له التصرف فيه قوله قده الاقوى هو الاول اه يعني الاقوى ان المعارض لظهور النصف في الاشاعة
هو الظهور الاول لا كلاهما ولا الثاني فيتعين الاشتراك هنا لان المعارض الاول لا يعارض في المقام والمعارض الثاني
غير قابل للمعارضة اما لان ظهور البيع في البيع للنفس يكون من باب الاطلاق فيكون ظهور النصف في النصف المشاع مقيدا
له وان كان ظهوره في المشاع ايضا من باب الاطلاق لحكومة اطلاق النصف في النصف المشاع على اطلاق البيع في البيع
للنفس وليس هنا اطلاق حاكم او وارد على ظهور النصف في النصف المشاع وما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي
مدلول اللفظ وان كان مرجعه الى ظهور حاكم على ظهور النصف في النصف المشاع لان حاصل كلامه انه لو حمل على الاشاعة
كان البايع فضوليا والفضولي غير قاصد للمدلول وعدم قصد المدلول خلاف ظاهر كلام المتكلم فيحمل على الاصالة حتى لا
يلزم خلاف ظاهر كلام المتكلم الا ان كلامه لا يجري في مفروض المقام من كون البايع وليا او وكيلا لان القصد موجود
فيهما وبالجملة ظهور النصف في الاشاعة يقيد اطلاق البيع لكونه صالحا للتقييد واما لان ظهور البيع في البيع للنفس من باب
ظهور الفعل وظهور النصف في النصف المشاع من باب ظهور المتعلق وظهور المتعلق يصلح للقرينية على الفعل هذا غاية توجيه
ما اختاره قده وقد ظهر مما تقدم ان الامر بالعكس وان ظهور البيع في البيع للنفس مقدم على ظهور النصف في النصف المشاع
وقد تقدم ان كلا من الفعل والمتعلق صالحان للقرينية على الاخر ولم يحرز قرينية المتعلق للفعل كاحراز قرينية يرمي للاسد
حتى يقال بحكومة اصالة الظهور في طرف القرينة على اصالة الظهور في ذي القرينة ثم ان هذا كله مبني على ظهور النصف في النصف
المشاع ولكنه قده رجع عنه ثانيا فقال الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع واما ملاحظة حقي المالكين
وارادة الاشاعة في الكل من حيث انه مجموعهما فغير معلومة اه وحاصله ان النصف وان كان ظاهرا في الاشاعة الا ان الاشاعة
لا تقتضي الاشاعة في الحصتين حتى يكون المبيع ربعا من حصة نفسه وربعا من غيره بل مقتضى الاضافة الى الدار هي الاشاعة
بالنسبة الى المضاف اليه لان الاشاعة في المضاف تابعة للمقصود من المضاف اليه والمفروض انه لم يعلم قصد البايع او لم يقصد
الا مفهوم هذا اللفظ اي بعت نصف الدار فالمضاف اليه هو العين الخارجية والنصف المشاع منها ينطبق على حصة البايع
لانه مالك لكل نصف فرض من الدار على ما هو معنى الاشاعة والمالك للكلي مالك لمصداقه ايضا فهو كما لو باع منا
من الحنطة من دون اضافتها الى ذمته فانه يقع في ذمته ولو كان وكيلا في بيع هذا المقدار فضلا عما لو كان اجنبيا وتوهم
ان معنى الاشاعة ان يكون كل من الشريكين شريكا في كل جزء جزء بحيث لو كان كل جزء قابلا لان يتجزى الى ما لا نهاية له
لكان كل منهما مالكين له كذلك فنصف الدار على الاشاعة يقتضي تعلق البيع بكل جزء على الاشاعة فاسد مع قطع النظر
عن ان قابلية كل جزء للتجزية الى ما لا نهاية له يلزم حصر ما لا نهاية له بين حاصرين ان الشركة على نحو الاشاعة ليست الا

بمعنى ان كل نصف فرض من هذا الدار ولو كان بمقدار غير محصور يكون لهذا الشريك لا ان كلا منهما فى الكل شريكان فى
كل جزء سيجئ توضيح ذلك ان شاء الله تعالى فى بيع الصاع من الصبرة وحاصل الكلام انه لا فرق بين كون البايع اجنبيا عن
النصف الآخر وكونه وليا او وكيلا فى ظهور مجموع الفعل ومتعلقه فى النصف المختص وظهور النصف فى الاشاعة لا يناف
ذلك فان الاشاعة فيما اضيف اليه لفظ النصف هو الدار قابلة لان يطبق عليها النصف المختص وهذا هو الصحيح لما
افاده المصنف قبل ذلك والعجب منه قدس سره كيف جعل المعارض للاشاعة فى مجموع حتى انا لكن احد الظهورين ومن هنا فرق
بين كونه اجنبيا وكونه وكيلا او وليا مع ما فيه اولا ان الظهور فى الاشاعة لا ينافى الحمل على النصف المختص وثانيا اذا كان
الظهوران انحا لفان الظهور النصف فى الاشاعة فى مجموع حتى انا لكن متوافقين فلا وجه لجعل المعارض لزنا احدهما
واخرى الآخر منهما ثم انه لا يناف فى الحمل على النصف المختص فى المقام الحمل على الاشاعة فى الاقرار فان باب الاقرار لم
يعلم بكون القائل بان نصف الدار لزيد مقرا وشاهدا فيحمل على مجموع الحصتين لاحتمال النصف الى الدار وظاهر الاضافة
ان زيدا مالك النصف ما يبد المقر ونصفا يبد الآخر لا مجموع ما فى يد القائل ولذا قيل بالفرق بين ما لو قال بلا مقر
بان نصف الدار لزيد وما لو قال بان نصف الدار لزيد فيحمل النصف على الاول على تمام النصف الذى فى يد المقر للظهور
انا مقر فى ذلك دونه على الثانى فانه يحمل على نصف ما فى يده وهو ربع الدار ونصف ما فى يد الآخر قوله قدس سره ولعله لما ذكرنا
ذكر جماعة اى لما ذكرنا من حمل النافى بين ظهور النصف فى الاشاعة وانطباق المبيع على نصفه المختص من باب اتحاد من ملك
كليا ملك مصداقا ذكر جماعة انه لو اصدق المرئة عينا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف الباقى
بالطلاق لا نصف الباقى وقيمة النصف الموهوب ولا وجه لهذا القول الا من جهة صدق النصف على الباقى فقول الله سبحانه
فنصف فارض يطبق على النصف الباقى وتملك الزوجة الزوج نصف الصداق يطبق على النصف الآخر من العين من باب
اتحاد من ملك كليا ملك مصداقا لانها مالكة لنصف النصف لا يخفى ان وجه التظير بباب الطلاق مخدوش فى هذا الوجه كما
ذكرناه ولا فى حاشية السيد قدس سره فراجع قوله قدس سره لكن الظاهر انهم لم يريدوا هذا الوجه اما احتمال كون الحكم بالنصف الباقى
من العين الموجود فى باب الطلاق من باب تساوى ربع الباقى للمرئة من الموجود مع الربع التالف نظير دفع المفترض نفس العين التى
اقترضها الى المقرض لا من باب اتحاد من ملك كليا ملك مصداقا فاجاب عنه بان حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقى ليس نظير
دفع المقترض نفس العين المقترضة الى المقرض مع كونها قيمة من باب تساوى العين القيمة مع قيمتها والا وجب القول بجواز
اعطاء المرئة للزوج النصف الباقى وجواز اعطائها الربع الباقى ونصف التالف كجواز رد المقترض نفس العين وقيمتها
مع انهم افتوا باستحقاق خصوص النصف الباقى وعللوا استحقاقه بقاء مقداره قوله قدس سره فلا يخلو عن مناقشة للقائل
اه لا يخفى انه قدس سره بعد ان ذكر ان القائلين باستحقاق الزوج النصف الباقى ما ارادوا هذا الوجه وهو قياسه

على القرض فيسئل عن وجه المنافاة فان الحكم بالنصف المختص في البيع والصداق من باب واحد ولا فرق بينهما الا ان يكون مراده قدس سره بعد امكان التوجيه في قولهم بالاختصاص بالنصف الباقي في مسئلة الصداق بحمل المسئلة على مسئلة القرض اي مع كون ظاهر النصف في هبة الصداق هو النصف الشاع ومع ذلك افتوا بالمختص فانما هو لقياسه على مسئلة القرض لا ظهور نفس النصف في النصف المختص نعم يصير مسئلة هبة الصداق منافيا لما ذكرنا من ظهور النصف في مسئلة البيع في النصف المختص ولذا عبر عن المنافاة بين الجانبين بقوله فلا يخلو عن منافاة لهذا المقال الذي يرجع حاصله الى انه مع امكان هذا التوجيه في باب هبة الصداق وان كان بعيدا يقع التنافي بينه وبين ما ذكرنا في مسئلة البيع من ظهور النصف في النصف المختص او يكون مراده ان الاتفاق في مسئلة الطلاق على الحمل على النصف المختص بنا في الاختلاف في مسئلة البيع الا انه بنا في هذا الاحتمال قوله قدس سره ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره في باب الصلح الخ لانه لو كان مراده هذا التوجيه الاخير وهو التنافي بين الاتفاق في مسئلة الطلاق مع الاختلاف في مسئلة البيع لم يكن الصلح نظير الطلاق بل كان منافيا بالرنا على ما هو ظاهر العبارة من ان ضمير نظيره يرجع الى الطلاق والمشار اليه بقوله هنا هو مسئلة الطلاق نعم لو رجع ضمير نظيره الى البيع وكان المشار اليه بقوله لما هنا مسئلة الطلاق لم يكن هذا التوجيه منافيا مع هذه العبارة واستقام المطلب وتم المقصود لان مفاد مجموع الكلام يصير هكذا لكن الظاهر ان الاصحاب لم يريدوا في مسئلة الطلاق هذا الوجه بل ارادوا ظهور النصف في حد ذاته في النصف المختص ففي ادعى الظهور في الاختصاص اتفاقا في الصداق مع دعوى بعضهم ظهور النصف في الاشاعة في مسئلة البيع فظهر بنا في الدعويين ظهور الصلح في الاشاعة اي كما ان ظهور لفظ النصف في الاشاعة في مسئلة البيع ينافي دعوى الاختصاص في مسئلة الطلاق فكذلك ظهور النصف في الاشاعة في باب الصلح ينافي دعوى الاختصاص في باب الطلاق الا انه خلاف ظاهر العبارة كما لا يخفى وكيف كان فلا يخفى ان الحمل على الاشاعة على القول به في باب الصلح ليس لظهور النصف في حد ذاته فيها بل لان المدعى الذي صالح مع المنكر الذي اقر له هو يعترف بان المقر به مشترك بينه وبين المدعى الاخر فاذا صالح المقر له على ذلك المقر به مع من بيده المقر به الذي هو منكر بالنسبة الى المدعى الاخر فنفوذ صلحه في جميع المقر به يتوقف على اجازة المدعى الاخر الذي هو باعتراف المقر له شريك معه لان الاحمال على الاشاعة لو صالح المقر له قبل الاقرار نصفه او صالح بعد الاقرار حقه الواقعي بل بنصف صلحه الى نصفه المختص وبالجملة الظاهر ان مسئلة الصلح وكذلك مسئلة الاقرار بالنسب وكذلك الاقرار بالدين لا يزيد على الاشاعة الا ان يقوم دليل تعبدي او قرينة خارجية كاقرار المقر له بالشركة فالاولى في تنقيح المسئلة اذا كانت الدار مشتركة بين الاثنين بنحو الاشاعة ان يقال تارة يقع الكسر المشاع في كلام احدنا الكبير في مقام التصرف كالبيع والصلح ونحوهما فيجب ان يحمل على المختص لان ظهورها في الاشاعة في مجموع الحصتين على القول به وعدم ظهورها في الاشاعة في المضاف اليه القابل لان ينطبق على حصة المتكلم لكان انتزاع ملك كليا ملك معينا انما هو لاجل الاطلاق وعدمه يوجب تعيينه في المختص

او المشترك فاذا وجد موجب التعيين كون المتكلم فى مقام البيع وسائر انحاء النقل من الصلح او الهبة مع فرض كونه مالكا مثلا فليحمل على ملكه وان كان وليا او وكيلا فى الكسر المشاع الآخر فضلا عما كان اجنبيا لان وقوعه من الوكيل او المولى عليه يحتاج الى مؤنة زائدة وهى قصد عنه واما لو علم عدم قصده عنه كما فى مفروض المقام او احتمل كما لو قصد معنا واشتبه المراد فليحمل على ما هو ظاهر فعله وهو تصرفه فى ملكه عن نفسه اخرى يقع الكسر فى كلام غير المالكين كما لو باع الفضولى نصف الدار المشتركة بين الاثنين على نحو الاشاعة فيجب ان يحمل على الاشاعة لانه لا موجب لحمل البيع على تمام حق احد الشريكين وثالثة يقع مقام الاقرار كما لو اقر من كان شريكا مع غيره فى دار بان نصف هذه الدار لزيد فليحمل ايضا على الاشاعة لان مرجع كلامه الى ان ربع ما فى يده وربع ما فى يد شريكه لزيد وذلك لعدم ما يوجب صرف لفظ النصف عن الاشاعة وحمله على حق زيد مما فى يد المقر لان اخباره بان نصف الدار لزيد يتضمن امرين اقرار على النفس فيسمع وشهادة على غيره فموقوف على شرائط البينة نعم لو وجد ما يوجب التعيين حمل على الاختصاص كما فى كلام كاشف الغطاء على ما حكى عنه بانه لو قال انا غاصب بان نصف هذه الدار لزيد فيحمل على نصفه المختص بخلاف ما لو قال نصف هذه الدار لزيد فانه يحمل على الاشاعة فعلى هذا الاقرار الذى لم يتضمن الشهادة محمول على الاختصاص ايضا كالمحمل عليه فى البيع والصلح والهبة وانما حملوا صلح المقر له مع المقر على الاشاعة مع ان نفس الصلح لا يقتضى ذلك لاقتضاء اقرار المقر لبان المدعى الآخر شريك معه فى العين التى بيد المقر او لحكم الشارع بان ما حصل لهما وما تواى كذلك بناء على شمول الرواية للمقاسمة وبالجملة مقتضى الصلح هو الاختصاص كما فى الصلح فى غير مورد التزاحم وانما يحمل فى مورد التزاحم على الاشاعة اما من باب التعبد او من باب ان من بيده العين لا يقر للمقر الا ما يدعيه وما يدعيه باقراره مشترك ففى مقام الصلح كانه يصالح ربع ماله لانه نصف المقر به ولذا قلنا انه يحمل على الاختصاص لو وقع الصلح على حقه الواقعى او على نصف الدار قبل الاقرار فتفصيل صاحب المسالك فى غير محله لان فى مفروض الكلام لا يقبل غير الاشاعة لانه لا يمكن حمل الصلح على النصف المختص والا يلزم اقرار المقر للمقر له بالاقرار باع الدار نصفه من جهة الاقرار وربعه من جهة الصلح مع ان المقر له يعترف له الا بما يدعيه ولا يقع عقد الصلح منهما الا عليه قوله قده ولذا افتوا ظاهر اعلى انه لو اقر احد الشريكين ان الثابت يد كل منهما على نصف العين بان ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع فى النصيبين اه لا يخفى ان حمل الثلث على الاشاعة فيما اذا كان كلام من بيده النصف مجردا عن القرينة على الاختصاص او الاشاعة مبنى فى قوله قده لو كذب بالشريك الآخر دفع المقر الى المقر له نصف ما فى يده لان من بيده العين اذا اقر بشريك ثالث وان ثلث العين له فمعنى كلامه ليس الا ان ما زاد عن حقى من العين هو الثالث ولم يقر بان نصف ما فى يده له فانه خلاف الاشاعة لان معنى الاشاعة ان الثلث الذى هو للشريك الثالث نصفه وهو السدس على الشريك الآخر وليس على ما سلكناه ان كل ما حصل لهما وكل ما تواى كذلك لا يرتبط بالمقاسمة فان هذه المسئلة تعبدية صرفة دلت عليها الاخبار

ففي الوسائل في كتاب الدين عن سليمان بن خالد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه
منفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان في ايديهما وما كان غائبا عنهما فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا واستوفى الآخر
عليه ان يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وفيه في كتاب الضمان عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه
غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الآخر قال ما قبض احدهما فهو
بينهما وما ذهب فهو بينهما وفيه في كتاب الشركة عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجلين بينهما
مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للآخر ايرد على صاحبه
قال نعم ما يذهب بماله ولا يخفى ان مفاد هذه الاخبار ان قسمة الدين لا تصح قبل القبض وان نية المديون بكون ما يدفعه
الى احد الشريكين مختصا به لا تؤثر في الاختصاص وهذا لا ربط له بالمقام وعلى فرض التعدي عن مورد الدين الى العين فانما
يصح التعدي فيما اذا كانت العين المشتركة في يد الثالث واقر لاحدهما بنصفها وانكر كون نصفها الآخر للآخر فحيث ان
المدعيين يقران بالشركة فمقتضى الاقرار ان يكون ما حصل لهما وما توى عليهما واين هذا مما اذا اقر احد الشريكين بشريك
ثالث وانكر الآخر فانه لا وجه لتنصيف المقر نصف العين التي في يده من باب انه ما توى عليهما وبالجملة لولا اقرار كل واحد
من الشريكين المدعيين للعين التي بيد الثالث بالشركة لم يقتض اقرار من بيده العين لاحدهما التنصيف بينهما فلا يمكن قياس
ما اذا كان العين بيد الشريكين واقر احدهما لثالث على تلك المسئلة فان في مسئلة المدعيين نفس اقرار المقر له بالشركة
تقتضي الاشتراك لانه باقراره بان المال مشترك يكذب من بيده العين المقر لاحدهما في تمام النصف ويصدقه في نصف النصف
فما يحصل لهما وما توى عليهما واما في مسئلة الاقرار بالثالث فلا تحصيل حتى يكون مورد قوله ما قبض احدهما فهو
بينهما ولا يكون مورد دليل آخر ايضا فلا وجه لحصول النقص على المقر والمقر له لان اقرار المقر لا يقتضي الا الاشاعة ومعناها
ان الزائد عن حقي للثالث ولا يقر بان المنكر غاصب لحقنا على السوية حتى يجب عليه دفع نصف ما في يده ومما ذكرنا ظهر ان
حكم مسئلة الاقرار بالنسب حكم مسئلة الاقرار بالشركة من غير جهة الارث في ان احد الوارثين لو اقر بوارث آخر يدفع
اليه الزائد عما يستحقه لا نصف ما في يده وانكشاف الواقع والعلم بصدق المقر لا ينافي ما ذكرنا بل يؤيده لان الواقع مطابق
لما ذكرنا من عدم وجوب دفعه الى المقر له الا الزائد عما يستحقه فان بانكشاف الواقع يعلم ان الوارث ثلاثة ويستحق كل واحد
منهم ثلث المال فيجب على المقر دفع السدس وعلى المنكر دفع السدس الآخر ويتم بمجموع السدسين حق المقر له وهو الثلث و
لذا لو فرضنا ان الشركاء كانوا اولا ثلاثة واخرج اثنان منهما واحدا من الدار فكل واحد من الاثنين في الواقع متصرف
في نصف الدار على الاشاعة ويد كل منهما على نصفها فاذا اقر واحد منهم بان الدار مشتركة اثلاثا فهو لا يقر الا بان
ثلث الدار في يد اثنين ومرجعه الى ان سدسها تحت تصرفه ولا وجه لحمل اقراره على نصف ما في يده ولا يقتضي الاشاعة ذلك

وما ذكرناه لا يتوقف على صحة تقسيم الغاصب مع الشريك كما هو واضح مع انه يكفي لصحته تعلق الغصب بالمشاع وتعلقه به
لا اشكال فيه بحيث انه يتمحض الغصب في حق احد الشريكين مع اشاعة المال بينهما وذلك كما اذا استأجر احد دارا من شريكين واعطى
نصف الاجرة لاحدهما وانكر ان الدار بينهما نصفان ومنعه من الآخر فان المعطى به هنا نصيب للمعطى له والاخبار الدالة
على ان ما توى عليهما وما حصل لهما لا تشمل المقام وكما اذا اخرج غاصب احد الشريكين من الدار واستأجر نصفها المشاع
من الآخر او سكن معه فان الموجر اذا استوفى الاجرة لا يشترك معه الشريك الآخر وهكذا لو سكن احدهما مع الغاصب سكن في
نصيبه نعم مجرد نية الغاصب بان ما يأخذه نصيب احدهما لا تؤثر في تعلق الغصب بحق احدهما كما لو غصب صاعا من صبرة
مشتركة وقصد كون الصاع من احدهما فان الغصب لا محالة يتعلق بحقهما والتالف محسوب عليهما وكما لو تصرف في بيت من الدار
المشاع او الشرقي منها فان الغصب يتعلق بكلا الحقين وكيف كان فالاقوى انه لو لم نقل بصحة تقسيم الغاصب الا انه لا اشكال
في صحة التقسيم مع الغاصب فانه لو استدعى احد الشريكين من الحاكم قسمة الدار وكان الاشاعة ضررا عليه وجب على الحاكم افراز
حقه وجعل الدار نصفين مفروزين بينه وبين الغاصب وعلى اي حال سواء قلنا بهذا ام لم نقل به لتوقف التقسيم على رضا
الشريك وليس للغاصب ذلك ولا للحاكم فمسئلتنا هذه لا ربط لها بمسئلة تقسيم الغاصب بل لا ينبغي الاشكال في ان السدس
الآخر للمقر له عند المنكر ويختص هو به ولا يشترك المقر والمقر له فيما عنده بل لو قلنا بان الاجرة التي يأخذها احد الشريكين
من الغاصب مشتركة بينه وبين شريكه وما عند الغاصب ايضا مشتركة بينهما الا ان مقامنا هذا لا يرتبط بهذه فان الاشتراك
فيما يؤخذ من الغاصب لو قيل به فانما هو لدعوى شمول الاخبار الواردة في تقسيم الدين له والا فلا شبهة في ان تعيين المديون
حق احد الديان يوجب التعين له وليس من قبيل العين الخارجي التي ليس لغير الشريكين تقسيمها واما في مقامنا فليس اقرار احد
الشريكين بشريك ثالث موجبا لان يكون ما عند المنكر مشتركا بينه وبين المقر له ثم انه كما في العين الخارجي لا تقتضي الشركة على
نحو الاشاعة ان يكون نصف ما في يد المقر مشتركا بينه وبين المقر له فكذلك في الاقرار بالدين والنسب ونحوهما فلو اقر احد
الورثة بدين على ابيه فهو ملزم بمقدار حقه من الارث وكذا لو اقر باخ آخر او اخت له فيلزمه ذلك في حصته اي هو مقر بما زاد
عن حقه على فرض ثبوت نسب المقر له واقعا وعلى طبق ما يرتكز في الذهن وتقتضيه قاعدة الاقرار وورد عن ابي جعفر عن ابيه ع
قال قضى علي ع في رجل مات وترك ورثة فاقر احد الورثة بدين على ابيه انه يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك
في ماله كله وان اقر اثنان من الورثة وكانا عدلين اجيز ذلك على الورثة وان لم يكونا عدلين الزما ذلك في حصتهما بقدر ما ورثا
وكذلك ان اقر بعض الورثة باخ او اخت انما يلزمه في حصته ونقل الصدوق بهذا السند ما هو المروي في المتن ثم قال وفي
خبر آخر ان شهد اثنان من الورثة وكانا عدلين اجيز ذلك على الورثة وان لم يكونا عدلين الزما ذلك في حصتهما وفي الوسائل
في كتاب الاقرار عن ابي عبد الله ع في رجل مات فاقر بعض ورثته لرجل بدين قال يلزمه ذلك في حصته وفيه في آخر كتاب الميراث

عن منصور بن حازم قال سئلت ابا عبد الله ع عن رجل هلك وترك غلاما مملوكا فشهد بعض الورثة انه حر فقال تجاز شهادته
في نصيبه ويستسعى الغلام فيما كان لغيره من الورثة ولا يخفى ظهور هذه الروايات في ان المقر بالدين او بالاخ او العتق يلزم
بما زاد على نصيبه لا ان المال يوزع على المقر والمقر له وبعبارة اخرى ظاهر قوله ع يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث ان الضرر لا
يرد على المقر وانه ليس ملزما بما زاد عن حقه فما افاده السيد الطباطبائي قده في حاشيته من عدم صراحة الروايات في ذلك
وانها بصدد ان ذلك ليس في تمام المال حتى في حصة من لم يعترف بذلك غير مسموع منه ثم مما ذكرنا من اول المسئلة الى
هنا ظهر ان حكم المفروز حكم المشاع في انه لو قال بعت نصف الدار يحمل على نصفها المختص به لا على نصف مجموع الدار بل الحمل
على نصف المختص في المفروز اظهر من الحمل عليه في المشاع لانه لو كان مقصوده في المشاع هو الاختصاص كان الانسب ان يقول
بعت حقي ونحو ذلك هذا مضافا الى ان الاشاعة في المضاف اليه تقتضي ان يكون المبيع نصف مجموع الدار واما في المفروز
فنفس الافراز يقتضي الحمل على الاختصاص بلا مؤنة ولكنه مع هذا الاختصاص اظهر عن الاشاعة حتى في المشاع لان ظهور
مجموع الكلام في مقام التصرف يوجب حمل النصف على الاختصاص لانه مالك لمصداق نصف الدار ونصفه المختص به احد
مصداقيه **قوله** قده مسئلة ما لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة اه لا يخفى ان الاولى تعميم عنوان
البحث بالنسبة الى ما لا يقبل التملك من حيث عدم قابليته له شرعا كالمثالين مع كونهما مالا عرفا وعدم قابليته له عرفا ايضا
كالخنفساء ونحوها وعلى اي حال لا اشكال في فساد البيع بالنسبة الى ما لا يقبل التملك مطلقا انما الكلام في صحته بالنسبة الى
ما يقبله والاقوى هو الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع اما وجود المقتضي فلشمول العمومات له مضافا الى اطلاق صحيحة صفار اما
شمول العمومات فلان مثل قوله عز من قائل احل الله البيع وقوله اوفوا بالعقود وقوله تجارة عن تراض كما يشمل ما اذا كان تمام
المبيع قابلا للتملك كذلك يشمل ما اذا انضم اليه ما لا يقبل التملك لان العقد ينحل بالنسبة الى جزئي المبيع الى عقدين احدهما
صحيح والاخر فاسد نظير انحلال التكليف المتعلق بالمركب المشتمل على الاجزاء ودعوى انصرافها عن هذا المبيع غير مسموعة لانه
على فرض التسليم فهو انصراف بدوي ونظير انصراف الماء في اطراف الدجلة الى ماء الدجلة والانصراف المؤثر لعدم تمامية الاطلاق
هو الانصراف الناشي عن التشكيك في الوجود او المهية لا الانصراف البدوي الناشي عن كثرة الوجود واما اطلاق صحيحة الصفار
فلان توقيع العسكري ع الى الصفار وان ورد فيمن باع قطاع ارضين التي يملكها منضمة الى ملك الغير فوقع عليه السلام
لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك الا ان المدار على عموم الجواب وان قوله ع وجب الشراء من البايع
على ما يملك يدل على تحليل العقد ونفوذه فيما يملكه وان اختص قوله ع لا يجوز بيع ما ليس يملك بما يقبل التملك ولم يكن
ملكا للبايع بناء على قراءة يملك مبنيا للفاعل وبعبارة اخرى لا يدور صحة الاستدلال مدار عدم نفوذ البيع بالنسبة الى
الضميمة بل انما يدور مدار نفوذ البيع في الجزء الاخر الذي يملكه والصحيحة تدل باطلاقها على صحته وبالجملة مع قطع النظر

في بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

عن تنقيح المناط القطعي مدعى شمول التوقيع للمقام وان كان مورد السؤال غيره فما ذكرناه سابقا من عدم الشمول لا وجه له
واما عدم المانع فلان ما توهم من المانع على وجوه الاول ان ما قصد وهو التراضي على المجموع لم يقع وما وقع لم يقصد الثاني
ان النهي عن الغرر المطلق او الغرر في البيع يشمله من جهة الجهل بثمن المبيع الثالث ان اللفظة الواحدة لا يمكن تبعيضها والمفروض
ان ما لا يقبل التملك لا يمكن الالتزام بصحته من جهة غلبة ما يقبل التملك عليه فيغلب لا محالة الفاسد على الصحيح الرابع ان
الجمع بين ما يقبل التملك وما لا يقبله نظير الجمع بين الاختين في عقد واحد ولا يخفى ما في هذه الوجوه اما الاول منها
فلان بعض المبيع وان لم يقصد مستقلا ولم ينشأ بصيغة تخصه الا انه انشأ ضمنا فينحل الانشاء باعتبار تعدد متعلقه الى
انشاءات متعددة كانحلال التكليف المتعلق بالمركب الى تكاليف متعددة بمقدار تعدد قيوده نعم تخلف وصف الانضمام
يوجب الخيار لان منشأ الخيار في تبعض الصفقة مطلقا هو تخلف الشرط الضمني بل هو المنشأ له في الغبن والعيب ايضا لا الضرر
كما سيجيء توضيحه وقياس فساد الجزء على فساد الشرط حيث قيل بانه مفسد للعقد مع الفارق مضافا الى عدم تمامية الحكم
في المقيس عليه الا اذا رجع فساد الشرط الى اختلال احد اركان العقد كما سيجيء في محله وليس منشأ الفرق ان الشرط يوجب
تقييد العقد المشروط به بخلاف الجزء فان بيع المجموع في قوة شرط انضمام كل جزء الى اخر ولذا قلنا بان تخلفه الذي هو عبارة
عن تبعض الصفقة على المشتري يوجب ثبوت الخيار له بل للفرق بين الشرط الفاسد وشرط انضمام الجزء الفاسد فان الشرط
الفاسد لا يملكه المشروط له اي لا يصير الشارط مالكا لالتزام الطرف لان نفس جعل هذا الالتزام على المشروط عليه باطل
وفاسد مع قطع النظر عن الملتزم به وهذا بخلاف شرط الانضمام فان نفس جعل هذا الالتزام ليس باطلا بل الملتزم به لا
يصح الالتزام به لخروجه عن قابلية التملك فيصير الاشتراط سببا لتملك المشروط له الشرط ويصير فساد المشروط سببا لتحقق
الخيار من باب تعذره شرعا وبعبارة اخرى الشرط الضمني في المقام كالشرط المتعذر الذي لا يوجب تعذره الا الخيار بخلاف
الشرط الفاسد فانه ليس قابلا للملكية اصلا واما الثاني فلان الجهل بثمن المبيع وان كان موجبا للفساد اما للاجماع على اعتبار
العلم به واما للغرر بمعنى الخطر المنهي عنه في الخبر المتلقى بالقبول بين الفريقين وهو قوله نهى النبي عن الغرر او عن بيع الغرر
الا ان الثمن في المقام معلوم فانه وقع جميع الثمن بازاء جميع المبيع وعدم صحة البيع شرعا بالنسبة الى بعض المبيع لا يقتضي عدم
قصد المتعاملين مقابلة المجموع بالمجموع ولا خطر ايضا لو جعل المجموع بازاء المجموع لان البيع الغرري المنهي عنه هو ما كان في
حد ذاته خطريا لا من جهة حكم الشارع بعدم وقوع بعض الثمن بازاء بعض المبيع بل قيل بانه لا يؤثر الغرر حال العقد اذا
ارتفع بالتقسيط اي المدار في الصحة ان لا يكون البيع غرريا حين التسليم والتسلم لا حين انشاء البيع ولكن الصواب في
الجواب هو ما ذكرناه من ان البيع في نفسه ليس غرريا ابتداء والا لو سلم بكونه غرريا حين البيع فارتفاعه بعد ذلك لا
يؤثر في الصحة والا لصح بيع كل مجهول اذا آل الى العلم بعد ذلك مع انه لا اشكال في فساده واما الثالث فلان اللفظة

الواحدة اذا انشأ بها امور متعددة فلا مانع من تبعيضها بل لا محيص عن تبعيضها فيما لو جمع بين مختلفي الحكم كما لو جمع
بين ملكه وملك غيره او جمع بين الحيوان وغير الحيوان فالجمع بين ما يقبل التملك وما لا يقبله ايضا كذلك واما الرابع فلان
فساد عقد الاختين جمعا يقتضي فساد عقد احديهما ايضا من باب عدم ترجيح احديهما على الاخرى وفي المقام فساد المجموع لا يقتضي
فساد عقد ما يقبل التملك وذلك واضح بعد ما ظهر لك من انحلال العقد في المقام الى عقدين ولحوق كل جزء حكم ما يقتضيه
هذا كله مضافا الى النقض بالجمع بين ملكه وملك غيره فان هذه الاشكالات ترد عليه ايضا وبالجملة ولو قلنا بان فساد
الشرط يوجب فساد العقد المشروط به الا انه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لان الشرط لا يقع بازائه شيء من الثمن بل يوجب
زيادة قيمة المشروط فاذا قيد به وكان فساده موجبا لعدم امكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق واما الجزء الفاسد فحيث
ان الثمن يوزع عليه وعلى الجزء الاخر ففساده لا يقتضي الا رد الثمن الذي وقع بازائه اي يفسد العقد بالنسبة اليه دون
الجزء الاخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله او تحققه مع انه سيجيء ان الحكم في المقيس عليه ايضا ليس البطلان فان تخلف
الشرط ليس الا من قبيل تخلف الداعي وانما يوجب الخيار في المقام ولا يوجبه في ساير الموارد للفرق بينهما وهو ان المشترط
بمقتضى شرطه صريحا او ضمنا في المقام لم يلتزم بفاقد الشرط فله الفسخ وله الالتزام بالفاقد حين العلم بالفقد واما تخلف
الداعي فيما لم يكن مذكورا صريحا او ضمنا فانما لا يوجب الخيار مع انه في نفس الامر غير ملتزم بما كان مخالفا لغرضه لاجل
ان الشروط البنائية لا اثر لها ما لم يجعل في قالب الانشاء وبالجملة تارة يتحقق الخيار بجعل الهي كخيار الحيوان ونحوه او بجعل من
المتعاقدين كخيار الشرط واخرى يتحقق من باب عدم الملزم ففي القسم الاول قد تحقق الالتزام العقدي ولكن الله سبحانه
او نفس المتعاقدين جعل امر الالتزام العقدي بيد ذي الخيار نظرة له وارفاقا واما في القسم الثاني فلم يتحقق الالتزام العقدي
فليس المتعاقدان ملزمين بالتبديل والمعاملة الصادرة منهما فلهما الفسخ او الالتزام بمضمون المعاملة مجددا وحيث ان من تبعض
الصفقة عليه لم يلتزم بوقوع بعض المبيع بازاء بعض الثمن فله الفسخ او الالتزام مجددا ولا موجب لبطلان العقد بالنسبة
الى ما يقبل التملك قوله قده نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري اه لا يخفى ان التفصيل بين صورة الجهل والعلم في غير
محله لان العلم بان احد الجزئين ليس قابلا للتملك لو كان موجبا للجهل بثمن المبيع لوجب تقييد الصحة بما اذا كان البائع
ايضا جاهلا مع انه لم يفصل بين علمه وجهله فمنه يستكشف ان العلم لا يضر بالصحة وسره ان مقابلة المجموع بالمجموع في
الانشاء المعاملي ليس الا بقصد تمليك المجموع وتملكه عرفا وان علم الناقل او المنقول اليه ان الشارع لم يمض البيع بالنسبة
الى بعض المبيع والعلم بالحكم الشرعي لا ينافي البناء على خلافه في الانشاء المعاملي نعم يتولد هنا اشكال على القائل بعدم
رجوع المشتري العالم بالغصبية الى الغاصب اذا تلف الثمن فانه لو اقتضى العلم بالفساد من جهة الغصب تمليك المشتري
للغاصب مجانا لاقتضى التمليك في المقام المجانية ايضا بل عرفت ان بعضهم عمم عدم الرجوع الى الغاصب حتى في مورد

بقاء العين ايضا ولكنك عرفت ضعف هذا القول وعلى اي حال فلو قيل بان في مورد رد المغصوب منه لا يرجع المشتري
العالم الى الغاصب في مورد تلف الثمن فمقتضاه عدم وقوع بعض الثمن بازاء غير المملوك في المقام مع ان ظاهر المشهور هو
التقسيط وعدم التزامهم بوقوع مجموع الثمن مقابل المملوك او وقوع ما بازاء غير المملوك للبايع مجانا ولكنه يمكن دفع الاشكال
بدعوى الفرق بين المقام وبين الفساد من جهة الغصب وهو ان في الغصب حيث ان المشتري العالم لم يضمن البايع الغاصب الا
بمال الغير فيقع الثمن للغاصب مجانا اذا رد الغير الذي هو صاحب المبيع وليس على الغاصب ضمان بالنسبة الى الثمن الا اذا
كان موجودا فيسترد منه لانه في حكم الهبة المجانية واما في المقام فبعد جعل بعض الثمن بالانشاء المعاملي مقابلا لما لا
يقبل التملك فلا وجه لان يكون مجموع الثمن مقابلا لما يقبل التملك او يكون ما بازاء غير المملوك للبايع مجانا نعم قياس
المقام على باب الغصب انما يصح فيما اذا كان ما لا يقبل التملك غير مال عرفا ايضا كالقاذورات والحشرات وتوضيح
ذلك ان ما لا يقبل التملك على اقسام ثلاثة قسم لا يقبله شرعا مع قبوله عرفا كالخمر والخنزير وقسم لا يقبله شرعا وعرفا
كالحشرات ونحوها وقسم متوسط بينهما كالحر فان مقتضى التملك فيه موجود ولكنه لا يقبله شرعا ولذا يفرض عبدا في
الجنايات الواردة عليه الغير المقدرة شرعا ويؤخذ دية الجناية الواردة على العبد من الجاني وهكذا يصح استرقاقه في بعض
الموارد بل يصلح ان يصير مالا عند العرف في جميع الموارد وبعبارة اخرى الحر وان لم يكن مالا عند العرف فعلا الا
انه مال شانا لقابليته للاسترقاق عندهم ففي القسم الاول والمتوسط لا بد من التوزيع لانه لم يجعل المشتري مجموع الثمن
بازاء ما يقبل التملك ولا مقابلا لما لا يقبله للبايع مجانا واما في القسم الاخير فحيث انه يعلم ان بعض المبيع ليس مالا
لا شرعا ولا عرفا ولا يقع بازائه ثمن فاما يجعل المقابل له للبايع مجانا واما يجعل المجموع بازاء ما يقبل التملك كما صرح به
الشهيد في الحواشي المنسوبة اليه حيث قال ان هذا الحكم اي التوزيع مقيد بجهل المشتري بعين المبيع وحكمه والا كان البذل
بازاء المملوك ضرورة ان القصد الى الممتنع كلا قصد انتهى فان كلامه ينزل على ما اذا امتنع القصد بازاء المجموع عرفا
والا فمجرد امتناعه في الشرع لا يجعل القصد اليه كلا قصد فان التوزيع من اثار القصد تكوينا والاثر التكويني للقصد
لا يمكن ان ينفك عنه بمجرد الحكم الشرعي بانه كالعدم وبالجملة القصد المعاملي يتمشى حقيقة من العالم بان الخمر لا يقبل التملك
وانما لا يتمشى في مورد العلم بان المبيع لا مالية له كالخنفساء ونحوها لان القصد المعاملي ليس مجرد الخيال كتصور انياب
الاغوال حتى يمكن تصور المالية للخنفساء ويفرض كونها مالا في عالم الخيال بل له واقع في عالم الاعتبار وذلك يتوقف على
عد العرف المبيع مالا قوله قده ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتهما اذا باع الخنزير بعنوان انها شاة والخمر بعنوان انها خل
فبان الخلاف اه لا اشكال في انه لو ضم الخمر مثلا الى الخل وباعهما بعنوان انه خمر فيقوم عند مستحليه واما لو باعه بعنوان انه
خل فقد يتوهم انه لا وجه لملاحظة قيمة الخمر عند مستحليه بل يقوم بما انه خل اي يفرض كونه خلا على طبق عنوان المبيع

فان له دخلا في القيمة بل سيجيء ان مناط مالية الاموال هو عناوينها اي صورها النوعية لا المادة الهيولانية ولذا
يكون تخلفها موجبا للفساد وان جعلها وصفا او شرطا للمبيع فقال بعتك هذا الذي هو عبد او بعتك هذا ان كان
عبدا وتبين كونه حمارا بل وان تبين كونه امة لان العبد والامة جنسان عند العرف وفيه ان العناوين الجنسية وان
كانت في باب البيع هي مناط مالية الاموال وتخلفها موجبا لفساد البيع دون تخلف الوصف وان جعله عنوانا للمبيع
وقال بعتك الكاتب الا انها في باب التقويم من الدواعي وتخلفها لا يوجب تبدل الموضوع فلو قال بعتك هذين الشاتين
مع كون احدهما خنزيرا فلا وجه لرد قيمة الشاة بمجرد جعله معنونا بها مع انه اشار الى ما هو في الخارج خنزير فالاشارة هنا
تقدم على العنوان والعنوان من قبيل الداعي وتخلفه لا يضر بتقويم ما هو المشار اليه واقعا فلا مناص الا عن تقويم ما لا
يقبل التملك بما يقوم عند مستحليه وبالجملة وان كان مدار الصحة والفساد على مطابقة المعنون لعنوانه ومخالفته له ولا
اثر للبحث من هذه الجهة في المقام لانه على اي حال بيع الخنزير باطل باعه بعنوان نفسه او بعنوان كونه شاة الا ان مدار
التقويم على واقع الشيء لا على العنوان فان العنوان لا يغير الخنزير عما هو عليه **قوله** قده مسئلة يجوز للاب والجد ان يتصرفا
في مال الطفل بالبيع والشراء اه هذه المسئلة من فروع مسئلة شروط المتعاقدين حيث قال ومن شروطهما ان يكونا
مالكين او المأذونين من المالك او الشارع فالمأذون من المالك هو الوكيل والمأذون من الشارع هو من له الولاية
على التصرف في مال الغير والولاية على اقسام قسم منها ذاتي ويعبر عنه بالاجباري وهو ولاية الاب والجد على اليتيم وماله
وثبوتها لهما في الجملة ضروري يطلع عليه المتتبع في الابواب المتفرقة ففي باب الوصية ينفذ اذن الوالد في المضاربة بمال ولده
الصغير بحيث لا ضمان على المأذون وفي باب الحجر ولي الطفل قبل البلوغ والمتصرف في ماله هو الاب والجد وفي باب النكاح
ينفذ عقد الاب والجد على الصغير وقسم منها مجعول بجعل شرعي تعبدي كولاية الحاكم وقسم منها مجعول بجعل خلقي كولاية
القيم من قبل الاب والجد بعد موتهما على الصغير وبالجملة ولاية الاب والجد من ضروريات الفقه ولا شبهة ان تصرفهما نافذ
في مال الطفل وانما الاشكال في جهات ثلاث الاولى في اعتبار عدالتهما او ثبوتها لهما مط الثانية في اعتبار المصلحة او كفاية
عدم المفسدة او جواز التصرف ولو مع المضرة الثالثة في اشتراك جد الجد مع الجد ايضا في الولاية او الاشتراك يختص بالاب
مع الجد وان علا واما مع عدم الاب فالجد القريب هو الولي دون البعيد لا مستقلا ولا مشتركا مع القريب اما الجهة
الاولى فالحق عدم اعتبار العدالة لا لما افاده المص من الاصل فان الاصل بالعكس لان نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقف
على الدليل ومع عدمه فالاصل يقتضي عدم نفوذه بل لاطلاق الادلة فان الاخبار المستفيضة الدالة على نفوذ وصيته في المضاربة
بماله ونفوذ عقد الاب والجد ونفوذ عقد الجد بدون اذن الاب معللا بان البنت واباها للجد والاخبار الدالة على انه وماله
لابيه اطلاقها شامل لما اذا كان الاب فاسقا والطائفة الثانية وان كانت في مقام حكم اخلاقي لا فقهي لعدم كون الولد

ولا ماله مملوكا للاب وليس حكمه حكم العبد في كون نفسه ملكا لسيده حقيقة وماله مالا له طولا الا ان مقتضى تمسك
الائمة عليهم السلام بقوله صلى الله عليه وآله انت ومالك لابيك لجواز تصرف الوالد في مال الولد هو ثبوت الولاية له وان لم
يكن عدلا ففي الوسائل بعد ما نقل في كتاب التجارة عن الشيخ باسناده عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ع قال سألته عن
الرجل يحتاج الى مال ابنه قال يأكل منه ما شاء من غير سرف قال وقال في كتاب علي ع ان الولد لا يأخذ من مال والده
شيئا الا باذنه والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء وله ان يقع على جارية ابنه اذا لم يكن الابن وقع عليها وذكر ان رسول الله
قال لرجل انت ومالك لابيك ثم روى عنه ايضا عن ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر ع ان رسول الله ص قال لرجل انت ومالك
لابيك ثم قال ابو جعفر ع ما احب ان يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد وفي
الوسائل ايضا عن العلل باسناده الى محمد بن سنان ان الرضا ع كتب اليه فيما كتب من جواب مسائله وعلة تحليل مال الولد
لوالده بغير اذنه وليس ذلك للولد لان الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور
مع انه المأخوذ بمؤنته صغيرا وكبيرا والمنسوب اليه والمدعو له لقوله عز وجل ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله ولقول
النبي ص انت ومالك لابيك اه وفي كتاب الحجر عن ابي عبد الله ع قال انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان احتلم
ولم يؤنس منه رشده وكان سفيها او ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله وبالجملة الاخبار باطلاقها تدل على ثبوت الولاية
للولي وان لم يكن عدلا وليس في البين دليل على اعتبار العدالة حتى يقيد ما يكون مطلقا او يبين ما يكون مجملا وما
تمسكوا به لاعتبارها مثل قوله عز من قائل ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار لا يدل على المقصود كما لا يخفى فان
الظالم هنا هو السلطان الجائر والركون اليه هو الاعتماد عليه والدعاء له بالبقاء وهكذا ما قيل من انه يستحيل من حكمة الصانع
ان يجعل الفاسق امينا فان على ما في الاخبار من ان الولد وماله لابيه لم يجعل الفاسق امينا على مال الغير بل المال ومالكه
له وعلى هذا يرد ايضا الاستدلال بالآية الشريفة بناء على كون مطلق الفاسق ظالما وكون جواز تصرف كل فاسق في كل
ما لم يكن له ركونا اليه لان المال اذا كان مالا لشخص الظالم فلا يشمله عموم الآية بل لو قلنا بان هذه الادلة في بيان امر اخلاقي
وهو اثبات الولاية من باب الشفقة والمحبة او اثبات مرتبة من الاختصاص والملكية دون الولاية المصطلحة الفقهية الا ان
كون الولي فاسقا لا يضاد مع حكمة الصانع لان الفاسق لو تعدى وفرط في مال الطفل يحجره الحاكم كحجر السفيه في ماله نعم
لا يمكن عزله لما ذكرنا ان هذه موهبة غير قابلة لسلبها عنه ولذا يسمى بالولي الاجباري وكيف كان فلا يظهر لاعتبار العدالة
ثمرة عملية الا بناء على اعتبارها موضوعيا كما في امام الجماعة والمفتي والقاضي لانه لو قلنا في الجهة الثانية باعتبار المصلحة
في نفوذ تصرفه فمع عدمها يبطل حتى تصرف العادل ولو قلنا بكفاية عدم المفسدة من باب ان مجرد الشفقة يكفي لجعل هذه
الولاية له فالشفقة حاصلة للفاسق ايضا ولو قلنا بنفوذه حتى مع المفسدة فعدم اعتبار العدالة بناء عليه اولى وبالجملة لا دليل

على اعتبار العدالة فالاقوى ثبوت الولاية للفاسق ايضا نعم ثبوتها للكافر اذا كان المولى عليه مسلما كما اذا كان
الجد كافرا وكان الوالد مسلما او كانت الام مسلمة لا يخلو عن اشكال بل الاقوى عدمه لان الولد اذا كان مسلما من
حيث تبعيته للاب والام فلا يمكن ان تكون للجد ولاية عليه لانها سبيل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
وتمام الكلام في هذا الشرط وساير الشرايط كالحرية والايمان موكول الى محله واما الجهة الثانية فالحق ثبوت الولاية
له ولو مع المفسدة والمضرة للطفل وذلك لاطلاق الادلة واستدراك المص لما افاده من التمسك بالاطلاق بقوله لكن
الظاهر منها اي من اخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه تقييدها بصورة حاجة الاب متمسكا بقول الصادق عليه السلام
في جواب من سئله عما يحل للرجل من مال ولده وهو قوله ع قوته بغير سرف اذا اضطر اليه وبقول الباقر ع لا تحب ان يأخذ
من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد وبالاية الشريفة ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن
ونحو ذلك لا يضر بالمقصود لان المفروض ان من هذه الادلة يستفاد جواز اخذ الاب من مال الابن ما يحتاج اليه وهو
ضرر على الطفل الا ان يقال ان مسئلة نفقة الاب او الجد من مال الولد صغيرا كان او كبيرا خارجة عن موضوع البحث
وانما الكلام في جواز تصرف الولي الاجباري فيما يرجع الى امر الطفل وهذه الادلة ليست ناظرة الى اثبات الولاية بالمعنى
الذي هو موضوع البحث وهو نفوذ تصرف الولي في مال الطفل بالبيع والشراء والصلح والهبة وامثال ذلك حتى يتمسك
باطلاقها لجواز تصرفه فيما كان مضرا بالطفل وانما هي في مقام جواز اخذ الوالد مال الولد وان كان كبيرا نعم يستفاد
من هذه الاخبار ان للوالد نحو سلطنة على مال الولد ونفسه لا سيما بضميمة اخبار عقد الجد بدون اذن الوالد ولا نعني
بالولاية الا هذا المعنى لانه لو كان الولد وماله تحت سلطنة الوالد فله التصرف في ماله تصرف الملاك في املاكهم ومقتضى
مفادها ان نحو ولاية الاب والجد غير ولاية ساير الامناء والولاة لان حكمة جعل الولاية قد تكون المصلحة والغبطة كولاية
الحاكم ونحوه وقد تكون الشفقة والمحبة كولاية الاب والجد وعلى هذا فكما يجوز تصرف الجد والاب في مال نفسه لو
لم يكن سفهيا وان كان ضرريا فكذا يجوز تصرفه في مال المولى عليه كذلك الا ان ينعقد اجماع على خلافه او يتمسك بقوله
سبحانه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والخطاب فيه وان لم يشمل الاب لفرض اليتم فيه الا انه يشمل الجد ويتم في الاب
بعدم القول بالفصل او يقال شمول اليتيم لمن ماتت امه ولو كان ابوه حيا فتأمل فان الحكم بالاطلاق لا يخلو عن وجه و
ان اختار شيخنا الاستاد مدظله في هذه الدورة عدم جواز التصرف مع المفسدة واما الجهة الثالثة فلا ينبغي الاشكال
في ان الجد وان علا يشارك الاب في الولاية عرضا فمع وجود الاب جد الجد حكمه حكم الجد في اشتراكه مع الاب لان رواية
النكاح شاملة للجد العالي وانما الاشكال في ان مع فقد الاب هل الحكم بين الاجداد عرضي او طولي اي الاقرب
يمنع الابعد ام لا فقد يتمسك للاول بقوله عز من قائل واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولكن الظاهر ان الاية

واردة لحكم الارث ولا تشمل الولاية وهكذا لا تشمل المقام الادلة الدالة على ان الاولى بامر الميت من كان اولى بالميراث
فانها في مقام بيان الولاية في امر التجهيز والمناط في عدم مزاحمة الاب مع الجد في تزويج البنت مشترك بين الاجداد فان
الطبقات النازلة مملوكة للعالية فيشترك العالي مع النازل **قوله** قده مسئلة من جملة اولياء التصرف في مال من لا
يستقل بالتصرف في ماله الحاكم اه لا شبهة في ان للحاكم الذي هو الفقيه الجامع للشرايط التصرف في مال الصغير والغائب
في الجملة وانما الكلام في ان جواز تصرفه فيه هل هو من جهة الولاية العامة الثابتة له على قول او لكون هذا التصرف من شئون
القضاء الثابت له بلا خلاف وتوضيح ذلك ان للولاية مراتب ثلاث احديها وهي المرتبة العليا مختصة بالنبي و
اوصيائه الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين وغير قابلة للتفويض الى احد واثنتان منها قابلتان للتفويض اما غير
القابلة فهي كونهم عليهم السلام اولى بالمؤمنين من انفسهم بمقتضى الاية الشريفة النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وهذه
المرتبة غير قابلة للسرقة ولا يمكن ان يتقمص بها من لا يليق بها واما القابلة للتفويض فقسم يرجع الى الامور السياسية التي
ترجع الى نظم البلاد وانتظام امور العباد وسد الثغور والجهاد مع الاعداء والدفاع عنهم ونحو ذلك مما يرجع الى وظيفة
الولاة والامراء وقسم يرجع الى الافتاء والقضاء وكان هذان المنصبان في عصر النبي والامير صلوات الله عليهما بل في
عصر الخلفاء الثلاثة الطائفتين وفي كل بلد او صقع كان الوالي غير القاضي فصنف كان منصوبا لخصوص القضاء و
الافتاء وصنف كان منصوبا لاجراء الحدود ونظم البلاد والنظر في مصالح المسلمين نعم اتفق اعطاء كلتا الوظيفتين
لشخص واحد لاهليته لهما الا ان الغالب اختلاف الوالي والقاضي ولا اشكال في ثبوت منصب القضاء والافتاء للفقيه في
عصر الغيبة وهكذا ما يكون من توابع القضاء كاخذ المدعى به من المحكوم عليه وحبس الغريم المماطل والتصرف في بعض الامور
الحسبية كحفظ مال الغائب والصغير ونحو ذلك وانما الاشكال في ثبوت الولاية العامة واظهر مصاديقها سد الثغور و
نظم البلاد والجهاد والدفاع وهنا مصاديق مشكوكة في انها من منصب القاضي او الوالي كاجراء الحدود واخذ الزكوة و
اقامة الجمعة ولاثبات دخولها في اي واحد من المنصبين محل اخر والمهم اثبات الكبرى وهي ثبوت الولاية العامة للفقيه
في عصر الغيبة فانها لو ثبتت بالادلة المعتبرة فالبحث عن الصغرى لغو لانها على اي حال من وظيفة الفقيه واستدلوا
لثبوتها له بالاخبار الواردة في شأن العلماء وبالتوقيع الشريف المروي في اكمال الدين وهو قوله ارواحنا له الفداء واما
الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله وبمقبولة عمر بن حنظلة وبالمشهورة وبروايتي
ابي خديجة ولكنك خبير بعدم دلالتها على المدعى اما قوله ص علماء امتي كانبياء بني اسرائيل فلعل التنزيل كان بلحاظ تبليغ
الاحكام بين الانام كما هو شأن اغلب انبياء بني اسرائيل فانهم ع كانوا مبلغين لاحكام موسى على نبينا واله وعليه السلام
وقل من كان منهم واليا وسلطانا كداود وسليمان ع واما قوله ع مجاري الامور بيد العلماء وقوله العلماء ورثة الانبياء

في ولاية الحاكم

ونحو ذلك من الاخبار الواردة في علو شأن العالم فمن المحتمل قريبا كون العلماء فيها هم الائمة عليهم السلام كما في الخبر المعروف
مداد العلماء كدماء الشهداء ولا سيما الخبر الاول الدال باطلاقه على الولاية العامة فان فيه قرائن تدل على ان المراد من العلماء
فيه هم الائمة عليهم السلام فانهم هم الامناء على حلال الله وحرامه واما التوقيع الشريف فغاية تقريبه للمدعى ما افاده في المتن
من الوجوه التي منها ظهور الحوادث في مطلق الوقايع التي لا بد من الرجوع فيها الى الامام ع مع خصوصه من غير فرق بين
الاحكام والسياسات من اجراء الحدود واخذ الزكوات ونحو ذلك ومنها ارجاع نفس الحوادث الى رواة الاحاديث
الذين هم الفقهاء فتكون ظاهرة في الامور العامة لا احكامها حتى تكون ظاهرة في الافتاء والقضاء ومنها التعليل بكونهم
حجة من قبله كما انه ع حجة من قبل الله فما كان له عليه السلام من قبل الله سبحانه وكان قابلا للتفويض فهو للرواة ومنها
ان مثل اسحق بن يعقوب اجل شأنا من ان يخفى عليه لزوم الرجوع في المسائل الشرعية الى الفقهاء بخلاف الرجوع اليهم في
الامور العامة فانه يحتمل ان يكون الامام ع قد جعله لشخص خاص او اشخاص معينة من ثقات ذلك الزمان فيريد معرفته
فيوقع الامام ارواحنا له الفداء بان جميع الرواة مراجع لهذه الامور هذا ولا يخفى ما في هذه الوجوه من المناقشة اما الاول فلان
السؤال غير معلوم فلعل المراد من الحوادث هي الحوادث المعهودة بين الامام ع والسائل وعلى فرض عمومها فالمتيقن منها هي
الفروع المتجددة والامور الراجعة الى الافتاء لا الاعم واما الثاني فلان ادنى المناسبة بين نفس الحوادث وحكمها كاف
للسؤال عن حكمها فيكون الفقيه هو المرجع في الاحكام لا في نفس الحوادث واما الثالث فلان الحجة تناسب المبلغية في الاحكام
والرسالة على الانام ايضا كما في قوله عز من قائل قل فلله الحجة البالغة وقوله تلك حجتنا آتيناها ابراهيم ونحو ذلك مما ورد
بمعنى البرهان الذي به يحتج على الطرف وبهذا المعنى ايضا ورد قوله ع ان الارض لا تخلو من حجة لان به يتم الحجة ويهلك من هلك
عن بينة ويحيى من حي عن بينة ولذا وصفهم برواة الاحاديث الذين شأنهم التبليغ واما الرابع فكون محمد بن اسحق
من اجلاء العلماء لا ينافي سؤاله عن امر جلي ولذا يسئل مثل زرارة ومحمد بن مسلم من الامام ما لا يخفى على احد هذا مع
ان سؤاله لا يكون ظاهرا في تكليف المسلمين في الغيبة الكبرى حتى يكون الجواب ظاهرا في عموم الوقايع بل يسئل عن حالهم
في الغيبة الصغرى فان العمري الذي بتوسطه سئل محمد بن اسحق عن حكم الوقايع عن الامام ع هو محمد بن عثمان العمري كما يظهر
من قوله ع في ذيل الخبر واما محمد بن عثمان العمري فرضي الله عنه وعن ابيه من قبل فانه ثقتي وكتابه كتابي وهو كان سفيرا من قبله
فلعله يسئل بتوسطه عن المرجع في الفروع المتجددة في ذلك العصر لا عن المرجع في الامور العامة واما روايتا ابي خديجة
فاختصاصهما بالقضاء واضح مضافا الى ضعفهما لان له حالة اعوجاج عن طريق الحق وهي زمان متابعته للخطابية
وحالتي استقامة وهما قبل الاعوجاج وبعده ولم يعلم انه رواهما في اي الحالات وكيف كان لا تدلان الا على نفوذ قضاء
المجتهد المطلق او المتجزي ايضا دون مطلق الامور العامة فان احديهما قوله ع اجعلوا بينكم رجلا ممن عرف حلالنا وحرامنا

والأخرى قوله ع انظروا الى رجل منكم يعلم من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه وفي سند الكليني اليه
بدل قضايانا قوله قضائنا ولا يخفى ان القاضي غير الوالي واما المشهورة وهي قوله السلطان ولي من لا ولي له فلا تدل ايضا على
مرجعية السلطان في الامور العامة فانه لو لم نقل بما قيل من ورودها بالنسبة الى الميت الذي لا ولي له بل قلنا بولايته على
كل من لا ولي له حتى الموقوف عليهم في الاوقاف العامة فضلا عن مثل الصبي والمجنون والغائب الا انه حيث ان ظاهرها ولاية
السلطان على من يحتاج الى الولي فتختص بالامور الحسبية فلا تدل على ولايته على اقامة الجمعة واجراء الحدود واخذ الزكوة
جبرا ونظم البلاد وما يرجع الى الامور العامة نعم لا بأس بالتمسك بمقبولة عمر بن حنظلة فان صدرها ظاهر في ذلك حيث
ان السائل جعل القاضي مقابلا للسلطان والامام ع قرره على ذلك فقال سئلت ابا عبد الله ع عن رجلين من اصحابنا
تنازعا في دين او ميراث فتحاكما الى السلطان او الى القضاة ايحل ذلك آه بل يدل عليه ذيلها ايضا حيث قال ع ينظر الى من كان
منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فان الحكومة
ظاهرة في الولاية العامة فان الحاكم هو الذي يحكم بين الناس بالسيف والسوط وليس ذلك شأن القاضي ثم ان وجوب اداء
سهم الامام ارواحنا له الفداء الى الفقيه ليس الا من باب انه ابصر بموارد صرفه بعد العلم بانه ع لو كان حاضرا لصرفه وكيف
كان فاثبات الولاية العامة للفقيه بحيث تتعين صلوة الجمعة في يوم الجمعة بقيامها او نصب امامها مشكل **قوله** قده
الولاية تتصور على وجهين الاول استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه او غير منوط
به ومرجع هذا الى كون نظره سببا في جواز تصرفه الثاني عدم استقلال غيره بالتصرف وكون تصرف الغير منوطا به و
ان لم يكن هو مستقلا بالتصرف ومرجع هذا الى كون نظره شرطا في جواز تصرف غيره وبين موارد الوجهين عموم من وجه
لا يخفى ان هذين القسمين المتصورين في الولاية لا يوجبان اختلافا في حقيقتها لان لنظر الولي جهة موضوعية في كلا القسمين
غاية الامر ان ما يراه صلاحا تارة لا بد ان يقع عن الفقيه بالمباشرة كالفتوى والقضاء واخرى لا بد ان يقع بمباشرة غيره كما
اذا عجز احد الوصيين اللذين اشترط الموصي اجتماعهما او مرض على وجه لا يقدر على القيام بتمام ما اوصى به ولو بالتوكيل او
الاستيجار فان الحاكم يضم اليه من يقويه ويعينه فان في هذا المثال ليس للحاكم المباشرة مع ان تصرف غير الوصي منوط باذنه
وثالثة يمكن ان يقع من الحاكم او من غيره باذنه كوكيله او متولي الوقف من قبله او المأذون في الصلوة على ميت لا ولي له و
على هذا فالمثال الثالث هو مادة الاجتماع وبالجملة ان رجع جهة العموم من وجه بين القسمين الى مباشرة الحاكم والغير
فلا بد ان يفرض مادة الاجتماع ما يمكن ان يصدر من كليهما واما لو رجع الى غير هذه الجهة فلا نجد بينهما هذه النسبة اذ
لا ينفك توقف التصرف على نظر الفقيه عن استقلاله في التصرف بل يمكن ان يق لا اختلاف في حقيقتهما بل كل منهما من افراد
الولاية العامة فان كون نظر الحاكم شرطا لجواز تصرف الغير او سببا لجواز تصرف نفسه لا يوجب اختلافا في هويتها فان هذه

ولا يخفى ان المقبولة ايضا ليست ظاهرة في المدعى لاطلاق الحاكم على القاضي في غير واحد من الاخبار كما يظهر عن الوسائل في كتاب القضاء وكفى في ذلك تفسير الآية المباركة ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام بما في المكاتبة فانه كتب بخطه الحكام القضاة فالمتيقن هو الرجوع الى الفقيه في الفتوى وفصل الخصومة بتوابعها ومن جملتها النصرة في الامور الحسبية

الاختلافات راجعة الى الشخصات الفردية وكل من هاتين المرتبتين من شئون ولاية الفقيه ومن كان واليا من قبل الامام في البلاد بل لا يمكن صدور جميع الامور من نفس الوالي بالمباشرة كما لا يخفى قوله قده ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في اذن الشارع في كل معروف لكل احد مثل قوله كل معروف صدقة وقوله عون الضعيف من افضل الصدقة وامثال ذلك ان كانت عموما من وجه الا ان الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها اه الظاهر ان مراده من العموم من وجه بين التوقيع والعمومات هو ان الحوادث التي يكون المرجع فيها الفقيه هي الاعم من كونها معروفا او غير معروف لان جميع الوقايع العامة الحادثة يكون المرجع فيها الفقيه سواء كانت من الامور التي علم من الشارع بوجوب وجودها في الخارج ام لم تكن كذلك كحكم بثبوت الهلال ونحو ذلك واما العمومات المعروف فيمكن ان يكون بلحاظ شموله للامور الكلية والجزئية ويمكن ان يكون بلحاظ شموله للحادث في عصر الغيبة ولما كان في عصر الائمة وكيف كان لو قيل بان مرجعية الفقيه لا تختص بالقضاء والافتاء فلا اشكال في حكومة هذا التوقيع على العمومات الان مقتضى ان صدر كل قضية يجب ان يكون بنظر الفقيه فكون القضية معروفة لا ينافي كونها مشروطة باذن الفقيه قوله قده وعلى اي تقدير فقد ظهر مما ذكرنا ان ما دل عليه هذه الادلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الامور التي يكون مشروعية ايجادها في الخارج مفروغا عنها فانه قد عرف بان النسبة بين التوقيع والعمومات الظاهرة في اذن الشارع في كل معروف لكل احد هي العموم من وجه وقد تقدم ان اعمية الحوادث انما هي باعتبار شمولها للمعروف وغيره وعلى فرض عدم اعترافه قده بذلك فقوله واما الحوادث لا يختص هذه الامور وكذا قوله مجاري الامور بيد العلماء وقوله فاني قد جعلته حاكما وبالجملة حيث انه قده جعل الولاية على قسمين استقلال الولي بالتصرف وعدم استقلال غيره بالتصرف بعض لاثبات الثاني بالادلة الدالة على ان مرجع الامور هو الفقيه مع انك قد عرفت ان هذا التقسيم ليس الا باعتبار نصب نفس الحاكم او المأذون من قبله ومع الغض عن هذا والتسليم بصحة التقسيم على وجه التباين ولو في الجملة فالدليل الدال على الثاني يدل على الاول ايضا والخبير يعرف مواقع اخر للنظر في كلامه قده وبالجملة المقصود من اثبات الولاية للفقيه هو اثبات ما كان للائمة

وقيس بن سعد بن عبادة ومحمد بن ابى بكر ونظرائهم رضوان الله تعالى عليهم ولا اشكال فى انه كان لهم اجرا الحدود واحذ الزكوة جبرا والخراج والجزية ونحو ذلك من الامور العامة فراجع قوله ره مسئلة فى ولاية عدول المؤمنين الا يخفى انه لو ثبت الولاية العامة للفقيه ملكها الامام خرج كاقامة الجمعة التى قيل باختصاصها بالامام عليه السلام فاذا اسند الرجوع اليه فى الامور التى يتوقف حفظ النظام عليها فلا شبهة فى سقوطها اعتبارا مباشرتها او اذنه لاستقلال العقل بلزوم القيام بما يحفظ به النظام غاية الامر ما دام العادل قادرا على القيام هو المتعين والا فعلى كل من يتمكن منه واما الامور التى لا يتوقف حفظ النظام الكلى عليها ولكنها من المعروف فلعموم من قبيل فصل الخصومات والافتاء فى الاحكام الكلية فتارة يعلم من مناسبة الحكم والموضوع ان ولايته انما هو لنظره واجتهاده غاية الامر اعتبر فيه العدالة ايضا موضوعا واخرى يعلم بان ولايته لعدالته اولرياسته وحكومته اى يعلم بان الاجتهاد لم يكن دخيلا اصلا او لم يكن دخيلا فى الموضوع ففى الاول اذا فقد الفقيه ليس لغيره التصدى له فلا يجوز للعامى الافتاء ولا القضاء وفى الثانى يقوم عدول المؤمنين هم من باب كونه المتيقن او مطلق من يوثق به ولو تعذر فيقوم به سائر المؤمنين وبالجملة الامور التى يعلم من الشرع مطلوبيتها فى جميع الازمان ولم يؤخذ فى دليلها صدورها من شخص خاص فمع وجود الفقيه هو المتعين للقيام بها اما لثبوت ولايته عليها بالادلة العامة او لكونه هو المتيقن من بين المسلمين او لئلا يلزم الهرج والمرج فيعتبر قيام الفقيه به مباشرة او اذنا واستنابة ومع تعذره فيقوم به سائر المسلمين ولما كان العدل اولى بالحفظ والاصلاح فمع وجوده هو المتعين كما يدل عليه الادلة التى نشير اليها او هو المتيقن ومع فقده فمطلق الثقة ومع عدمه فكل من كان صالحا فكون هذه الامور مطلوبة لا ينافى اعتبار قيام شخص خاص بها على الترتيب كما لا ينافى مطلوبيتها الزوم تحصيلها اذا قلنا باعتبار قيام خصوص الفقيه بها عند فقده نعم لو كانت مطلوبة على كل تقدير ولو مع فقد الفقيه فلا بد من القيام بها على الترتيب المذكور وقد يستدل لولاية عدول المؤمنين على اصحابنا الذين لا ولى لهم بما رواه فى الكافى عن محمد بن اسمعيل بن بزيع قال مات رجل من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضى الكوفة نصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى فباع عبد الحميد القيم فلما ان اراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه وصيته وكان قيامه بهذا بامر القاضى لا نهن فروج فذكر ذلك لابى جعفر عليه السلام فقلت له يموت الرجل من اصحابنا ولم يوص الى احد ويخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منا يبيعهن او قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لا نهن فروج فما ترى فى ذلك القيم قال فقال اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس وتقريب الاستدلال على العدالة ان الوجوه المحتملة للمماثلة اربعة الاول المماثلة فى التشيع والثانى المماثلة فى الفقاهة الثالث المماثلة فى الوثاقة وملاحظة مصلحة اليتيم الرابع المماثلة فى العدالة والاول بعيد جدا والا كان المناسب ان يقال اذا كان من اصحابنا او من اصحابك ومن يعرف امرنا فلا بأس والثانى ابعد لانه لو كان كذلك فمقتضى الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها فقيه لبأس وهذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم والقيام بامره من الامور التى لا تسقط بتعذر اذن الفقيه فيدور الامر

بين الاحتمالين الاخيرين والنسبة بين الوثاقة والعدالة وان كانت عموما من وجه الا انه لا شبهة ان العدل ايضا لا بد من
ان يتصرف فيما هو مصلحة اليتيم فالعدالة في هذا الباب هي الاخص من الوثاقة وفي الدوران بين الخاص والعام الخاص
هو المتيقن هذا مضافا الى اعتبار العدالة صريحا في رواية اسمعيل بن سعد قال سئلت الرضا عليه السلام عن رجل يموت
بغير وصية وله ولد صغار وكبار ايحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض
قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا قال ع اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي
الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك نعم ظاهر صحيحة علي بن رئاب وموثقة زرعة عن سماعة كفاية الوثاقة ولكنهما قابلتان
للتقييد بالعدالة فمع وجود العدل لا شبهة ان المتيقن نفوذ خصوص ما يقوم به نعم مع تعذره يقوم الفساق من المؤمنين
بعد عدم احتمال تعطيله لكونه ضروريا ومما يستقل العقل بلزوم وجوده ثم انه لا اشكال في ان ثبوت الولاية للعدل او
الثقة ليس كثبوتها للفقيه فان الفقيه لو وضع يده على مال اليتيم او الغائب يخرج المولى عليه عمن لا ولي له وليس لفقيه آخر
مزاحمته وهذا بخلاف ولاية العدل او الثقة فان ولايته عبارة عن ان له ان يفعل في مال المولى عليه ما يراه صلاحا فما
لم يفعل ولم يتصرف في المال يجوز تصرف العدل الآخر وبعبارة اخرى حكم ولاية العدل حكم ولاية الاب والجد فما دام الموضوع
باقيا له التصدي واما ولاية الفقيه فلا يقبل المزاحمة وان لم يتصرف بعد لانه ولي من لا ولي له فاذا تحقق الولي فلا ولاية
لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لا ولي له ثم لا يخفى انه يستفاد من مجموع الادلة ان ولاية الفقيه والعدل ومطلق المؤمن
ليس كولاية الاب والجد حتى يكون لهم التصرف مط بل الظاهر منها اناطة جواز التصرف بما كان صلاحا لليتيم او الغائب ونحوهما
لان مفهوم قوله ع في حسنة الكاهلي ان كان في دخولكم عليهم منفعة فلا بأس انه لو لم يكن الدخول صلاحا لهم سواء كان ضروريا
او لا ففيه البأس وذكر احد فردي المفهوم لخصوصية موجبة لذكره في الشرطية الثانية لا يوجب ان تكون الشرطية الاولى ساكتة
عما لم يكن فيه صلاح وفساد لان ظاهر الشرط في الثاني ان المدار على الاول فهو تابع للاول مع انه لو كان كذلك فمقتضى
الاصل وهو عدم ولاية احد على مال غيره هو اعتبار الصلاح فلا تعارض بين الصدر والذيل وترك الاستفصال في رواية
مغيرة انما هو لان الغالب في الهدايا للايتام ان تبديلها بالثمن صلاح لهم قوله قده يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا
او مثمنا ان يكون مسلما اه لا يخفى ان الدليل الدال عليه الخالي عن الاشكال والمناقشة هو النص الوارد في عبد كافر
اسلم فان امر الامير عليه الصلوة والسلام بالبيع من المسلم ونهيه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمة العقلية على عدم
تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهو نظير ما لو قيل ازل النجاسة عن المسجد فكما يفهم منه حرمة ادخال النجس فيه كذلك
يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك وما افاده المص قده من ان عدم الحدوث تابع لعدم
الرضا بالبقاء فكما ان عدم الرضا بالبقاء لا يدل على خروج ملك الكافر عن ملكه بمجرد اسلام عبده بل هو مجرد تكليف بعدم

في اعتبار الاسلام فيمن ينتقل اليه العبد المسلم

الابقاء ولا يستتبع وضعا فكذلك عدم حدوثه ايضا ليس معناه عدم تملكه اصلا بل مع تملكه له يجب اخراجه عن ملكه ففيه انه
لا اشكال في المتابعة وان حكم الحدوث ويستفاد من حكم الابقاء الا ان منع استتباع النهي عن الابقاء للوضع مناقض لما هو
المستفاد منه قده في الاصول على ما في التقرير من ان النهي الراجع الى المسبب يقتضي الفساد كما هو الحق فان النهي اذا تعلق
بنتيجة الفعل وقيل بانه لا تقروا المسلم تحت يد الكافر يدل عقلا على ان الكافر مسلوب التصرف وليس له ابقاء الملك على ملكه
فاذا كان كذلك في مرحلة البقاء يكون كذلك في مرحلة الحدوث واي ليس له احداث الملك المستقر ولذلك ذهب المش الى انه
لو نذر ان يتصدق فليس له بيع المنذور لانه بنذره سلب عن نفسه جميع التصرفات المنافية للصدقة وهكذا لو اشترط ان يبيع
من زيد او لا يبيع من عمرو فليس له الا البيع من زيد في الاول ولا ينفذ بيعه من عمرو في الثاني وليس ذلك الا لان الشرط
او النذر يوجب سلب سلطنة المالك على غير العمل بالنذر او الشرط فحاصل الرواية انه يجب عليه وضعا البيع من المسلمين
ويحرم عليه وضعا البقاء عنده اي انه مسلوب التصرف ولا معنى للفساد الا عدم سلطنته على التصرف وهذا نتيجة حكومة الادلة
الدالة على العناوين الثانوية كالنذر والشرط ونحو ذلك على العمومات الاولية كاوفوا بالعقود والناس مسلطون على
اموالهم **قوله** قده واما الاية فباب الخدشة فيها واسع اه لا يخفى انه لو سلم الخدشة الاولى من جهة ان ظاهر كلمة لن في
قوله عز من قائل لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ان جعل السبيل للكافر على المؤمن امر لم يكن ولا يمكن ان
يكون ابدا وهذا المعنى غير قابل للتخصيص مع انه لا اشكال في تملك الكافر المؤمن بالارث ابتداء وتملكه له استدامة كما لو
كانا كافرين واسلم العبد او كانا مسلمين وارتد المولى فلا بد من جعل السبيل المنفي غير الملكية حتى لا يلزم تخصيص ولم نقل
بان لزوم التخصيص انما هو لو التزمنا ان السبيل مطلق التملك القهري والاختياري واما لو قلنا بان التملك القهري ليس
سبيلا له على المؤمن فلا يلزم تخصيص الا انه لا يرد عليها الخدشة الثانية والثالثة اما الثانية فلان تفسيرها في بعض الاخبار
بنفي الحجة للكفار على المؤمنين لا ينافي الاخذ بظاهرها وهو نفي كل ما يعد عرفا سبيلا ومن افراده الظاهرة كون العبد
المسلم مملوكا له كسائر املاكه بحيث يكون له جميع انحاء التصرف من الاستخدام وبيعه من الكافر ونحو ذلك فان هذه التفاسير
من بطون القران ومن المعاني الطولية الغير المستلزمة لاستعمال لفظ واحد في اكثر من معنى واحد فلا تنافي ما هو ظاهره
واما الثالثة فلان مجرد كون النسبة بين الاية وادلة صحة البيع عموما من وجه لا يوجب معاملة التعارض بينهما لان حكومتها
عليها يرفع التعارض ولا وجه لما افاده في قوله وحكومة الاية عليها غير معلومة لان الحكومة لا تحتاج الا الى كون احد الدليلين
ناظرا الى الاخر بان يتعرض الحاكم الى عقد وضع المحكوم او حمله ومعلوم ان الاية كذلك بالنسبة الى العمومات لو لم يكن هناك
محذور فالعمدة اباء سياق الاية عن التخصيص وعلى هذا فيحمل الاية على نفي السلطنة التامة لا اصل الملكية ومقتضى نفي التسلط
التام ان يكون المالك محجورا عن التصرف الصادق عليه الاستيلاء والسبيل ومجبورا على البيع وبالجملة مقتضى الرواية الشريفة

عدّ تملّك الكافر المسلم ومقتضى الآية المباركة عدم استيلائه عليه على هذا ففي الموارد التي لا يدخل قهرا المسلم تحت يد الكافر كملك المنافع اذا صدق الاستيلاء عليه ليس له ذلك ايضا كما سيجيء اذ فرق بين مفاد الآية المباركة والروايات الشريفة فان الآية غير ناظرة الى ادلة المعاوضات وانما هي حاكمة على مثل الناس مسلطون لان السبيل السلطنة الناقدون التملك واما الروايات الشريفة فهي حاكمة على ادلة المعاوضات اذا اقتضت الملكية المستقرة ولا تشمل الملكية الاستطراقية على المسلم ولا الملكية الحاصلة للكافر قهرا كالارث ونحوه كالوقف عليه لان قوله لا نقره عنده لا يدل على خروج الملك عن ملك الكافر قهرا بل على عدم استقراره عنده فلا يدل على عدم حدوثه عنده وانما الملازمة بين البقاء والحدوث وتقتضي عدم الحدوث وعلى نحو الاستقرار فالعقود المقتضية للبقاء كالبيع ونحوه محكومة بالروايات لا كلما يوجب الملك ولو آنا ما قوله قدّه هذا مضافا الى ان استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضي الصحة آه لا يخفى ما في هذا الكلام من الغرابة فان عدّ القول بالفصل مضافا الى انه لا اثر له الا اذا رجع الى الاجماع على الاتحاد لا وجه له في باب تعارض الاصول فان التفكيك بين اللوازم والملزومات لا محذور فيه فاذا اجرى الاصل في مورد ولم يجر في آخر فلا وجه لالحاق هذا المورد بمورد جرى الاصل وبالجملة محل التمسك بعد القول بالفصل انما هو الاحكام الواقعية لا الاحكام الظاهرية وفيها ايضا يتوقف على الملازمة القطعية بين الموارد واما مجرد عدّ القول بالتفكيك فلا اثر له وبعبارة اخرى استفادة حكم موضوع من موضوع آخر يتوقف على امرين الاول ان يكون الملازم بينهما قطعيا الثاني ان يكون حكم الاصل الذي يستفاد منه الفرع ثابتا بالامارة واما اذا لم يكن الملازم قطعيا او ثبت حكم احد الملازمين بالاستصحاب ونحوه فلا يمكن اثبات حكم الملازم الآخر ولذا يحكم في مقدار خاص من الماء نجاسة بالقلة اذا كان مسبوقا بها واخرى بالكثرة اذا كان مسبوقا بها ويحكم في مكان خاص بوجوب القصر تارة وبوجوب الاتمام اخرى لاختلاف الحالة السابقة واغرب من هذا ما افاده في قوله قدّه ولا يعارضه الفساد في غير هذه الموارد لان استصحاب الصحة مقدم عليها آه لانه لو كان الملاك الحكم بالصحة في غير مورد جرى استصحاب الصحة من باب عدم القول بالفصل بين الموردين والحكم بالفساد في غير مورد استصحاب الفساد من باب عدم القول بالفصل بين الموردين فلا يصح الجواب عنه بان اصالة الفساد محكومة باصالة الصحة لان مورد الحكومة انما هو لو كان الاصلان واردين في مورد واحد واما لو كان مورد احدهما غير مورد الآخر ولا سببية ومسببية بينهما فلا وجه للحكومة فالالتزام بملكية الكافر فيما لو كان مسلما وارتد وما لو كانا كافرين واسلم العبد ونحو ذلك كالارث لا يلازم الالتزام بتملكه بالشراء ونحوه كالهبة والصلح بل الوصية والحيازة وبالجملة مقتضى الرواية عدم تملك الكافر المسلم واستصحاب صحة تملكه في بعض المقامات لا يقتضي صحته في الموارد الاخر سيما اذا فرضنا وجود اصل موضوعي يقتضي الفساد ومقتضى الآية الشريفة نفي استيلاء الكافر على المؤمن سلطنة عليه فالروايات خاصة من جهة لاختصاصها بملك الذمة

ولا تشمل المنافع والآية خاصة من جهة اخرى ولا تشمل الملكية المسلوبة عنها الآثار واما شمولها لملك المنفعة او الانتفاع
اذا فرضنا اقتضاء تملكه لهما السلطنة على المسلم والاستيلاء عليه كالاجارة المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر والعبد المسلمين
فلا ينبغي الاشكال فيه وعلى هذا فالصواب ان يقال ان كل ما اقتضى استيلاء الكافر على المسلم لا يصح من غير فرق بين
تمليك المنفعة كالاجارة وتمليك الانتفاع كالعارية ومن غير فرق بين ان يكون المسلم حرا او عبدا وكل ما لم يقتض ذلك
فلا مانع منه مطلقا والتفصيل بين الذمة والعين او بين كون المسلم حرا او عبدا او بين كون الكافر مسلطا على استيفاء المنفعة
واستيفاء الانتفاع ان رجع الى البحث عن الصغرى وانه هل هذا سبيل او لا فللبحث عنها مجال واما ان رجع الى البحث عن الكبرى
وانه هل يشمل آية نفي السبيل جميع هذه الاقسام او لا فلا شبهة انه لم يقم دليل خاص على خروج بعض الاقسام مع كونه من
افراد العام ولا على الحاق بعضها بها مع كونه خارجا عنها فالصواب هو تنقيح الصغرى حتى يظهر ان الجواز مطلقا كما في التذكرة و
غيرها او المنع مطلقا كما عن الايضاح لا وجه له فنقول كما انه قد تقتضي اجارة الاموال كون العين كالدار تحت يد المستأجر
وقد لا تقتضي ذلك كاجارة الدابة والسفينة للحمل فكذلك في اجارة الاعمال قد تقتضي استيلاء المستأجر على العامل سواء
كان هو الموجر نفسه كالحر او كان غيره كالعبد وقد لا تقتضي ذلك فالاول كالاجارة المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر
والعبد ومجرد ان الحر ليس قابلا للتملك والغصبية لا يقتضي سلب سلطنة الكافر فاذا اجر رقبته بحيث كان جميع منافعه
للكافر فهذا سبيل منه عليه وهكذا الاجير الخاص كما لو استأجر الكافر المسلم في مدة من الزمان لعمل خاص بحيث لم يكن للموجر ان
يعمل في هذه المدة لغير المستأجر الكافر وبعبارة اخرى اذا ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه
عليه والثاني كالاجارة المتعلقة بذمة المسلم كما لو اجر نفسه لان يخيط له ثوبا او اجر عبده كذلك فان مجرد ذلك ليس سبيلا
عليه فهذه الاجارة نظير الاقتراض من الكافر في ان مجرد مطالبة الدين ليس سبيلا منه عليه **قوله قده** واما الارتهان
عند الكافر ففي جوازه مطلقا اه لا يخفى انه من احكام الرهن شرعا عند الاطلاق ان تكون العين المرهونة تحت يد المرتهن فاذا كان
المرتهن كافرا وكانت العين المرهونة عبدا مسلما لا يمكن ان يؤثر عقد الارتهان ما يقتضيه اطلاقه لان كون العبد المسلم تحت
يد الكافر سبيل منه عليه فاذا اشترطا ان يكون عند ثالث مسلم فلا اشكال في صحته لان مجرد الزامه المسلم باداء الدين وفكه
الرهانة او الزامه ببيع العين المرهونة ليس سبيلا منه عليه ولا يشمله الرواية الشريفة ايضا كما هو واضح واما لو لم يشترطا ذلك
فتارة يصرحان بما يقتضي اطلاقه لولا التصريح به ايضا فهذا مخالف للكتاب لان مرجعه الى اشتراط كون الكافر مستوليا
على المسلم واما لو اطلقا فهل يكون الرهن باطلا او ان نفي السبيل بنفسه يوجب التقييد وجهان من ان الحكم الشرعي بنفي السبيل
لا يمكن ان يقيد قصد المتعاقدين فمع فرض قصدهما الاطلاق فحكمه حكم ما لو صرحا بالاطلاق ومن ان تأثير الاطلاق
انما هو من باب عدم ما يوجب التقييد فاذا دل نفي السبيل على عدم صحة كون المسلم تحت يد الكافر لا على فساد الرهن فهذا

بنفسه يوجب التقييد ولا يختص صحته بما لو صرحا بالتقييد والحكم الشرعي في المقام نظير الحكم الشرعي بحرمة صوم يوم العيد
فكما ان حرمته تقتضي تقييد النذر المتعلق بصوم كل يوم خميس بما عدا العيدين فكذلك الحكم الشرعي في المقام يقتضي التقييد بعدم كون العبد
تحت يد المرتهن ومما ذكرنا من التفصيل في باب الرهن ظهر حكم جميع العقود الامانية اما الاجارة فقد تقدم حكمها واما العارية
فلا تجوز لانها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا واما الوديعة فلا مانع منها لان حفظ الكافر مسلما ليس سبيلا عليه وهكذا
توكيل الكافر على بيع المسلم فان مجرد وكالة الكافر على بيع المسلم من قبل المولى المسلم ليس سبيلا واستيلاء منه عليه وهكذا توكيله
في التجارة ومطالبة الدين من المسلم ونحو ذلك ثم انه لا فرق في الكافر بين ان يكون كبيرا او صغيرا فاطفال الكفار بحكمهم ولا
وجه لاشكال المص في الالحاق كما انه لا فرق في المسلم بين ان يكون كبيرا او صغيرا وكذلك لا فرق بين ان يكون مؤمنا او مخالفا وذلك
واضح قوله قده ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع اه لا يخفى ان السبيل المنفي هو الملك المستقر
بحيث يكون للمالك انحاء التصرف وانواع السلطنة والاستيلاء واما مجرد شراء الكافر من ينعتق عليه او دخول المسلم في
ملكه مقدمة للانعتاق فهذا لا يعد سبيلا وسيادة وعلوا فالاية الشريفة وحديث المسلم يعلو ولا يعلى عليه لا يشملان
هذا النحو من التملك انما الكلام في صحة تملكه بمقتضى النص المروي عن الامير عليه السلام في بيع عبد اسلم فان مقتضى كون
النهي عن المسبب موجبا لعدم حصوله وضعا هو عدم تملك الكافر بالشراء اصلا فكيف يترتب عليه العتق ولكن الذي يهون
الخطب ان الانعتاق على المشتري ولو على القول بالملكية انا ما ليس داخلا في مدلول النص لانصراف قوله ولا تقروه عنده
عن مثل هذا الملك فان الملكية بالنسبة الى اقسامها من الكلي المشكك وهذا الفرد منه ينصرف عنه الكلي هذا بالنسبة الى شراء العمودين
واما بالنسبة الى شرائه من ينعتق عليه ظاهرا كما لو اقر بحرية مسلم ثم اشتراه فالحق صحة شرائه وانعتاقه عليه ايضا بمقتضى اقراره
والعلم الاجمالي بكونه اما صادقا فلا يصح شراء الحر واما كاذبا فكذلك لعدم صحة شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان
الشراء غير وجيه لامكان اختيار كلا الشقين والالتزام بصحته على اي حال اما بناء على صدقه فلادراجه في المعاملة
الاستنقاذية فانه بعد ما ثبت في الشريعة صحة هذا النحو من المعاملة فليكن هذا من ذاك كما لو اشترى المسلم مسلما من كافر
استرقه فانه قيل بان الثمن يدخل في ملك الكافر بحيث لو حاربه المسلمون وغنموا امواله التي منها الثمن المعين يدخل الثمن في
فيء المسلمين ولا يرجع الى المشتري المسلم واما بناء على كذبه فلان الكافر وان لم يملك المسلم الا انه قد ظهر ان الملك الذي
يكون مقدمة للانعتاق ليس سبيلا من الكافر على المسلم ولا يشمله النص ايضا كما تقدم فيملك واقعا وينعتق عليه ظاهرا
لاقراره بحريته والتفكيك بين الواقع والظاهر في مورد الاقرار ليس عزيز الوجود ثم ان اقرار المقر له على خلاف ما اقر به
المقر لا يبطل اقرار المقر في المقام فتصدي المولى لبيع العبد وعدم استنكاف العبد ذلك لا يبطل اقرار الكافر بحريته ولا
يقاس على ما اذا اقر المولى بحرية عبده واقر العبد بعبوديته له وذلك للفرق بينهما فان اقرار المقر له او مولاه في المقام

ان يكون م

بعبودية العبد لا اثر له لانه على اي حال لا يستقر في ملك الكافر سواء كان حرا ام عبدا فيسمع اقرار الكافر بحرية العبد
ينعتق عليه ظاهرا وهذا بخلاف ما اذا اقر المولى بحرية عبده واقر العبد بعبوديته له ثم ان مما ذكرنا يظهر ان قوله قده
فتأمل اشارة الى عدم العلم التفصيلي ببطلان الشراء لا ان العلم الاجمالي في المقام لا اثر له واما الثالث وهو العتق
بامر الكافر فاولى بالصحة من القسم الاول لان احتمال شمول النص لشراء من ينعتق عليه يجري في القسم الاول دون
هذا القسم وذلك لان في مورد الشراء قد انشأ الملكية باللفظ فيمكن ان يقال المنشأ اذا كان منهيا عنه فلازمه
عدم تحققه اي فساد المعاملة واما قول الكافر اعتق عبدك عني وقول المأمور اعتقته عنك فليسا انشاء للملكية صريحا
وانما قلنا بحصولها اناما للجمع بين الادلة حيث انها دلت على صحة استيفاء مال او عمل محترم بامر معاملي ودلت
على انه لا عتق الا في ملك فمقتضاها استطراق الملك من ملك المالك الى ملك الامر وخروجه عنه الا ان يقال
انه ليس الغرض من النهي الا بيان عدم حصول النتيجة للكافر باي سبب سواء كان من الاسباب المتعارفة ام غيرها ولكنه
قد ظهر ان النص منصرف عن هذا النحو من الملك وعلى اي تقدير هذه الاقسام الثلاثة مستثناة من عدم تملك الكافر
كخروج تملكه بالارث عن مورد النص اما الاية المباركة فواضح لانها تنفي السلطنة لا اصل التملك واما الرواية فلانها
تنفي استقرار الملك ولا تدل على خروجه عن ملكه قهرا حتى يقتضي عدم دخوله فيه رأسا لا سيما اذا كان استطراقيا كشراء
من ينعتق عليه واولى من ذلك كله استيفاء مال محترم بامر معاملي يقتضي دخول المال في ملك المستوفي الكافر وخروجه
عنه فان الملكية اناما للملازمة بين العتق والملك لا يندرج في قوله لا تقروه عنده وحاصل الكلام انه فرق بين
شراء العمودين وعتق المسلم بامر الكافر لانهما لا يدخلان تحت كبرى واحدة فان شراءه من ينعتق عليه داخل في الملكية الصريحة
بخلاف العتق فانه لم ينشأ الملك الا ضمنا فلا بد من قيام دليل اخر يدل على المنع عن الملك الضمني وعلى اي حال لا ينبغي
الشبهة في ان شرط البايع على الكافر المشتري عتق العبد المسلم لا يؤثر في الصحة لان المبيع قابل لان يستقر في ملك الكافر باسقاط
المشروط له شرطه ومجرد تسلط المشروط له على الزام المشروط عليه لا يقتضي عدم شمول النص لهذا النحو من الشراء والا فانه
مجبور على البيع في غير مورد الشرط ايضا فيجب ان يقال بانه يملكه من دون شرط قوله قده ثم ان ما ذكرنا كله حكم ابتداء
تملك الكافر للمسلم اختيارا اما التملك القهري فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر اجبر على البيع فمات قبله اه لا يخفى ما
في كلامه قده في ذيل هذا العنوان اما اولا فلما ظهر من ان اية نفي السبيل لا تدل على نفي الملكية بل هي دالة على نفي السلطنة
والاستيلاء فالملك المسلوب عنه الاثار ليس من مصاديق السبيل فلو قيل بان المال ينتقل من المورث الكافر الى الوارث
الكافر بمقتضى ادلة الارث ثم يحجره الحاكم ويبيعه عليه كحجر المورث لا يرد عليه محذور والرواية الشريفة ايضا لا تدل
على نفي التملك رأسا بحيث ينعتق العبد المسلم على الكافر ويخرج عن ملكه اذا كانا كافرين واسلم العبد بل تدل على

في تملك الكافر العبد المسلم بالارث

نفي الاستقرار فتختص بما اذا حصل له الملك القابل للاستقرار بالاسباب الاختيارية كالبيع ونحوه لانه هو الذي يجري فيه
النزاع بان النهي المتعلق بالمسبب هل يقتضي الفساد ام لا واما في الارث فليس هناك سبب ومسبب حتى يقال ان النهي عن المسبب
يقتضي الفساد وبالجملة بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملك الكافر بمجرد اسلام العبد او ارتداد المولى بل يبقى
على ملكه ويباع عليه او يجبر على البيع وبعد الفراغ عن ان الارث ليس كالبيع بحيث يكون التبديل في طرف الملك بل مع
بقاء الملك على ما كان عليه يتبدل المالك فلا اشكال فيه وعلى هذا لو اجبر الكافر على بيع عبده المسلم ومات قبل البيع
يقوم مقامه الوارث ويكون الملك على ما كان عليه قبل قيام الوارث مقام مورثه واما ثانيا فلانه لو سلم دلالة اية نفي
السبيل على نفي تملك الكافر رأسا حتى بالاسباب القهرية فلا وجه لتوهم معارضتها مع ادلة الارث وتساقطهما ثم الرجوع
الى استصحاب بقاء العبد على عبوديته فان الاستصحاب وان كان جاريا بعد التساقط الا انه لا تصل النوبة الى التعارض فان
ادلة نفي السبيل حاكمة على ادلة الارث لانها تثبت الارث للوارث بالعنوان الاولي وليست ناظرة الى اعتبار الخلو عن
الموانع وعدمه فكما ان الدليل الدال على ان القاتل لا يرث حاكم على ادلة الارث فكذلك الدليل الدال على ان الكفر
مانع فالصواب هو المنع عن شمول اية نفي السبيل للمقام لانه بعد الفراغ عن عدم خروج العبد المسلم عن ملك الكافر قهرا
فالوارث حيث انه ليس كالمشتري الذي يتبدل ملكه بملك الاخر بل مع بقاء الملك على ما هو عليه يقوم مقام مورثه وقيامه
مقامه ليس سبيلا على المسلم لانه لم يوجد في البين سبيل اخر غير ما كان للمورث بل لو سلمنا عدم تملك الكافر اصلا حتى
بالاسباب القهرية الا ان الارث خارج عن هذا العنوان رأسا لانه لم يملك الوارث الكافر ملكا جديدا بسبب قهري او
اختياري بل انتقل اليه على ما كان عليه من تملك الكافر له ولو قيل بان هذا ايضا سبيل فلا بد من الالتزام بخروج العبد
المسلم عن ملك المورث والا فلا وجه لعدم قيام الوارث مقامه واما ثالثا فلو سلم المعارضة فلا وجه لرجوع العبد الى الامام
عليه السلام لانه انما يكون وارثا لمن علم انه لا وارث له واما لو شك في وراثة غيره لشبهة حكمية كما في المقام ونحوه او شبهة
موضوعية كما لو احتمل وجوده في البلاد البعيدة فكونه عليه السلام وارثا غير معلوم الا ان يقال بمجرد الشك في وراثة الطبقة
السابقة يتحقق مورد ارث الطبقة اللاحقة ولو لم يحرز عدم كون السابق وارثا وفي المقام وان لم يجر استصحاب عدم كون الكافر
وارثا بالعدم النعتي الا ان العدم المحمولي ايضا كاف لان تملك الوارث العبد الباقي على رقيته بالاستصحاب مسبوق بالعدم
فاذا جرى استصحاب عدم ملكيته له ينتقل الى الامام ولذا لو شك في تقدم اسلام الوارث على موت المورث وتأخره عنه ولم
يكن اصل يحرز احدهما كما في مجهولي التاريخ يرث غيره ممن هو في طبقته لو كان والا يرثه الطبقة اللاحقة ثم انه بناء على ما
اخترناه من عدم شمول اية نفي السبيل لارث الكافر العبد المسلم من الكافر فلا يمكن ان يقاس عليه ساير الاملاك القهرية
لا من باب قيام الاجماع على ثبوت الارث كما يظهر عن جامع المقاصد وعدم قيامه في غيره فان تحقق الاجماع في الارث

ايضا ممنوع بل الماذكرنا من ان الارث لا يبدأ فى الملكية وهذا بخلاف سائر الاملاك القهرية سواء كان سببها قهريا كدخول الكافر فى من اوقف عليه العبد المسلم او الانتقال اليه بالانفساخ كما اذا تلف المبيع الذى جعل بازاء العبد قبل القبض ام كان اختياريا كالملك الحاصل له بفسخ من انتقل اليه العبد المسلم لانه ملك جديد بدليل ظهور الملك الحاصل له بالشراء او الهبة او المصالحة فبناء على دلالة الاية نفى السبيل على عدم تملك الكافر لا يصح الفسخ من ذى الخيار ويبطل الوقف اذا انحصر الموقوف عليه فى الكافر لان التملك بالوقف الحاصل حكمه حكم التملك بالمعاوضة ولا يبعد الوقوف عليه مصرفا فى الثانية ويحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم اه هذا هو الاقوى لان ظاهر قوله اذهبوا فبيعوه على المسلمين ان ولاية البيع لهم والا كان المناسب ان يقول الزموه على البيع وعلى اى حال لا شبهة ان الملك لا يزول عنه بمقتضى النص والفتوى فاف الايضاح من زوال ملك السيد عنه لا وجه له مع انه لو زال فاستحقاقه للثمن بلا موجب لانه لو قلنا بانه لو اسلم العبد يعتق على مولاه ويصير حرا فلا استحقاقه للثمن وجه فيجب على العبد ان يسعى فى قيمته لتعلق تمنير قيمته واما لو لم نقل بانعتاقه بل قلنا بزوال ملكه عنه فيصير ملكا بلا مالك او ملكا للمسلمين وعلى اى حال لا وجه لان يباع من المسلمين ويعطى المولى الكافر ثمنه وبالجملة الجمع بين زوال الملكية عنه مع بيعه ودفع الثمن اليه لا محصل له قوله رفع وكيف كان فاذا تولاه المالك بنفسه فالظاهر انه لا خيار له ولا على اه لا يخفى انه لا وجه لجعل موضوع البحث تولى المالك لبيعه الذى قد ظهر عدم ثبوت الولاية له بل الصواب ان يجعل موضوع البحث تولى الحاكم او غيره من المسلمين فيقال لو لم يسترق المسلم على ملك الكافر فمقتضى ان البيع الذى هو مقدمة لسلب ملكية الكافر لا يكون خيارا الا لمالك العبد ولا لمن انتقل اليه من غير فرق بين الخيارات وعلى اى حال فالاحتمالات التى ذهب الى كل منها قائل كثيرة منها ما ذكرناه من ان الكافر لا يملك المسلم فى غير مورد الارث ولو كان منشأ التملك فسخ العقد فلا خيار فى هذا العقد لا للكافر ولا للمشترى ومنها مقابل هذا القول هو عدم الفرق بين هذا العقد والعقود الاخر فيجرى فيه ما يجرى فيها ومنها التفصيل بين الخيارات الثابتة بالتعبد الشرعى كخيار المجلس والحيوان فلا يجرى والثابتة بجعل من المتعاقدين بوصف كونها اوضح كخيار الشرط ونحوه الغبن

لا يخفى ان مما ذكرنا من الامثلة يظهر دفع ما اورده الاشكورى قدس سره على حاشية شرائع المحقق الثانى قدس سره حيث قال المراد بالملك القهرى الملك الحاصل بالارث لان المراد ان كان قهرية التعبير فقط وان كان السبب اختياريا فيصح الحاقه بالاختيارى كما لو كان المراد كونه مقدمة من مقدمات السبب كما مر اختيار بحيث كان حصول الملك محتاجا الى سبب قهرى فلم نجد له مثالا اه وذلك لانه فرق بين كون الملك قهريا والفسخ فان المعاملة على تقدير الفسخ بل نفس النتيجة هى المنشأ بالمعاملة حقيقة وهذا بخلاف الفسخ فانه لو كان ذو الخيار هو الكافر فنفس دفع الثمن الذى هو شئ يرجع الى الكافر اشتراه من غيره شئ فالعبد يرجع الى الكافر بسبب اختيارى كما مر الى من ذكر وانما الفرق بين تملك العبد من الكافر بالمجانة فرق بين البيع والفسخ فان التفصيل فى البيع اختيار بين شرائط هو معصوص بحالها بخلاف الفسخ فانه قد لا يكون الفاسخ مالكا الى رجوع العبد الى الكافر فتدبر

فلا مانع منه ومنها التفصيل بين الخيارات الثابتة من غير ناحية الضرر فلا يثبت حتى خيار الشرط والثابتة من ناحية الضرر كخيار الغبن والعيب ونحوهما فيثبت ومنها التفصيل في الخيار الثالث الناشئ من الضرر بين كون المتضرر مسلما فيثبت وكونه كافرا فلا ومنها ابتنا المسئلة على ان الزائل العائد كالذي لم يزل والمفروض ان الملكية قبل البيع كانت ثابتة للكافر فلا مانع من تأثير الفسخ وعود الملكية السابقة وقلنا بالثاني فلا يمكن ان يؤثر الفسخ لان ما يرجع بالفسخ ملك جديد والكافر لم يجعل له الملك الجديد ولا يخفى ان مدارك هذه المحتملات مذكورة في المتن فلا يهمنا بيانه انما المهم بيان امور ينبغي التنبيه عليها الاول انه لو مضى عن جريان خيار العيب في هذا العقد فانما الممنوع هو التخيير بين الرد والارش واما الارش فقط فلا مانع منه كما هو الثاني في كل مورد تعدد احد فردي التخيير الثاني سيجيء في باب الخيارات انه لا يمكن ان تكون قاعدة لا ضرر منشأ لثبوت الخيار اصلا بل المنشأ هو تخلف الشرط الصريح او الضمني في غير مورد الخيارات المجعولة الشرعية فاذا تخلف الشرط فحينئذ ان المشروط له واجد للشرط وبفقده يتضرر فيثبت له الخيار الثالث ان هذه القاعدة وهي ان الزائل العائد كالذي لم يزل وكالذي لم يعد مضافا الى ما اورده المصنف عليها من انها لا يبتنى على اساس ولا كبرى لها لا عقلا ولا شرعا لا تنطبق على المقام فان هذه القاعدة انما تستفيد مما ورد من النقل عن المشتري اليه بسبب جديد او بفسخ ونحوه وكان لمن له البيع الاول الخيار فلو قيل بان الزائل عن ملك المشتري العائد اليه ممنزلة الغير الزائل اي كأنه لم يخرج عن ملكه فالمبيع قائم بعينه فللبائع الاول او المشتري الاول الفسخ بالخيار ولو قيل بانه كالذي لم يعد اي كأنه باق في ملك الثالث الذي هو المشتري الثاني فليس المبيع قائما بعينه فليس للبائع ولا للمشتري الاول الفسخ وفي المقام ثبوت الخيار من اصله مشكوك اي لم يعلم قابلية المبيع للعروض حتى يقال ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد الرابع ان ما افاده قدس سره في قوله ويشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة ادلة نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فان هذا الضرر انما حصل من كفره اه من الغرابة بمكان اما اولا فمضافا الى ما اشرنا اليه من ان نفي الضرر بنفسه لا يقتضي الخيار ان قوابته نفي الضرر من نفي السبيل غير معلومة لان كلا منهما حاكم على ادلة الاحكام كقاعدة نفي الحرج ولا منشأ لاظهرية نفي الضرر من نفي السبيل بل العكس هو المتعين فان اية نفي السبيل ابى عن التخصيص واما قاعدة لا ضرر فقابلة للتخصيص بل قيل بوهنها لكثرة التخصيص الواردة عليها واما ثانيا فالتفصيل بين المسلم والكافر لا وجه له لان الكافر لم يقدم على الضرر وانما اقدم على الكفر فكيف لا يثبت له الخيار وبالجملة الاقدام على نفس الضرر هو الموجب لعدم جريان قاعدة لا ضرر لا الاقدام على المقدمة الاعدادية لجعل الحكم الضرري الخامس مما ذكره جامع المقاصد من ان نفي السبيل لو اقتضى خروج العقد عن مقتضاه وهو الخيار لاقتضى خروج العبد المبتاع عن ملك الكافر ابتداء بالارث ونحوه لا يقتضي تملكه بالفسخ والبيع ونحوهما السادس ما يظهر

من القواعد من انه لا مانع من ثبوت الخيار في هذا العقد استردادا لقيمة دون نفس العبد لا وجه لها صلا سواء قلنا بتعلق الخيار بالعين او بالعقد سواء كان الخيار للمشتري او للبائع اما بناء على تعلقه بالعين فواضح لان حق الفسخ وان لم يكن دائرا مدار بقاء شخص العين ولذا لا يسقط بتلفها الا انه لا بد من تعلقه بالعين وله حتى يرد مثلها او قيمتها في مورد تعذر ردها والمفروض امتناع تعلقه بها لان الكافر لا يملك المسلم بای سبب سواء كان عقدا كالبيع او ايقاعا كالفسخ فاذا امتنع تعلقه بها فلا مقتضى لتعلقه ببدلها واما بناء على تعلقه بالعقد فيمتنع ان تعلقه برابس الا طريقا ووسيلة لاسترداد العين فيمتنع تحققه ايضا لان اعمال المسلم لا ترد العين الى المالك اذ لا معنى لان يكون العين باقية وتعلق الضمان بالبدل وفرضها تالفة ورد مثلها او قيمتها بلا موجب والجمع بين الحقين هو بنفسه ليس من الادلة بل لو اقتضى الدليل رجوع قيمة العبد الى الكافر فهو والا يسقط الخيار ويبقى في خيار المجلس تمام الكلام في شراء من يعتق على المشتري ثم انه لا فرق فيما ذكرنا بين خيار الكافر والمشتري المسلم لان تقدير العبد المسلم في ملك الكافر مقدار يثبت عليه بدله وان لم يكن سبيلا له عليه لان التقدير يحتاج الى الدليل كما في مسئلة اعتق عبدك عني وتلف المبيع قبل القبض على ما تقدم تفصيله والادلة العامة المثبتة للخيار ان غير متكفلة للتقدير وليست كالادلة الخاصة حتى تلتزم بالتقدير بدلالة الاقتضاء فتحصل مما ذكرنا ان هذا العقد لا يقتضي الخيار للكافر ولو كان اعماله بولاية الحاكم وله للمشتري لان مقتضى الروايات الشريفة ان كل سبب يترتب عليه تملك الكافر بالملك المستقر لا يؤثر سواء كان عقدا كالبيع ونحوه او ايقاعا كالفسخ او ملحقا باحدهما كالاقالة للملازمة التي تستفاد منها وهي عدم الفرق قطعا بين البقاء والحدوث نعم لا تشمل مثل الارث ونحوه قوله قدس سره مسئلة المشهور جواز نقل المصحف الى الكافر لا يخفى انه وان لم يرد النص في المصحف الا انه لا بعد الحاقه بالعبد المسلم بل الحاق كل كلام منقوش محترم من الروايات الواردة في الاحكام او الادعية والاذكار وبه للاولوية القطعية من غير فرق بين ان تكون من المتواترة او الاحاد لانها بعد حجيتها حكمها حكم المتواتر الا ان يمنع القطع بالمناط وان كان الالحاق احوط ثم ان فيها فروعا من حيث الابتداء والاستدامة ومن حيث شمول الحكم للترجمة وعدمه ومن حيث الخطوط وغير ذلك مذكورة في كتب القوم فراجعها قوله قدس سره القول في شرائط العوضين شرط في كل منهما كونه متمولا اه قد تقدم سابقا ان البحث في شرائط المعاوضات في مقامات ثلاثة وتقدم شرائط العقد وشرائط المتعاقدين وبقي شرائط العوضين فمنها ان يكون كل منهما متمولا اى يبذل بازائه المال وتقدم ان المالية التي اما باعتبار قابليته للانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات ونحوها واما للخاصية المترتبة عليه وهو ما يتوقف الانتفاع به على اتلافه كالجواهر والفواكه ثم الشيء الذي له خاصية تارة يكون محل ابتلاء عامة البشر دائما واخرى لا يبتلي به الا نادرا ثم ان القسم الثاني قد يتعارف اقتناؤه لرفع الحاجة الا نفاقية او لا يتعارف فلو كان اقتناؤه متعارفا فلا اشكال في صحة المعاملة عليه لا ذاتية

والعقاقير وامّا لو لم يتعارف في ذلك كالخافس والديدان فيفسد المعاملة عليه وان اتفق الحاجة اليه لان منافعه الحلالية اذا كان بذل المال بازائه فلا يشمله ادلة ذلك وعلى هذا فلا يصح المعاملة على لحم الحنظل والجاعل الثاني لعدم بذل المال بازائه امّا لقلته ولكثرته وان قلنا بكونهما مملوكين فلذا يحرم غصبهما لانّ التحريم بين الملكية والمالية عموم من وجه فانه قد يكون الشيء مالا وليس بملك كالكلي قبل استقراره في الذمة ولذا يجوز بذل المال وقد يكون ملكا لا مالا كحبة الحنطة ثم انه كما يعتبر في العوضين ان يكون مالا عرفا يعتبر ان يكون كذلك شرعا فلو اسقط الشارع حرمة مالية العرفية كالخمر والخنزير لا يصح جعلهما عوضا ولا معوضا ثم بقي الكلام في بيان الحد الفارق بين المال وغير المال فلا يصح الاعتماد على الاعتبار المالية العرفية في العوضين بمثل قولهم لا يباع الا في ملك كما انه لا يصح في مورد الشك في كون شيء مالا عرفا التمسك بعمومات صحة البيع والتجارة لان هذه الادلة امضت ما عليه العرف والعادة فما دام شك في جريان العادة على العمل بشيء فبدليل الامضاء لا يمكن ان يحكم بصحته **قوله قده** ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين عن بيع ما يشترك فيه الناس اه لا يخفى ان ظاهر هذا التفريع تساوي الملكية والمالية والا كان حق العبارة ان يقال انما يشترط في كل منهما ان يكون متموّلا كذلك يشترط ان يكون ملكا فعلا وعلى اي حال لا اشكال في عدم جواز بيع السمك في الماء والطير في الهواء قبل اصطيادهما وبعبارة اخرى كل ما يباح لجميع الناس والمسلمين لا يجوز بيعه قبل تملكه بالاصطياد او الاحتطاب او التحجير ونحو ذلك فان بذل المال بازائه سفهي فلا يمكن ان يقاس الطير في الهواء على بيع الخمر للتخليل بناء على صحته لان الخمر يبقى فيه حق الاختصاص لمن صانه خلا حتى افتى صحة بيعه للتخليل ثم انهم كما احترزوا باعتبار الملكية عن المباحات الاصلية كذلك احترزوا بها عن الاراضي المفتوحة عنوة فانها وان كانت ملكا الا انها لجميع المسلمين لا يرى في بيعها وشرائها فلا يجوز بيعها وشرائها فمن جهتها الذي قد يعبر عنه بالوقف العام وكالعلماء والمؤمنين وان كانت ملكا لشخص بنفسها قائما مستقلا وتوضيح ذلك ان الملك باعتبار المالك على اقسام خمسة الاول الملك المطلق لكل شخص كدار زيد وثياب عمرو ونحو ذلك من المنقول وغيره الثاني ملك المتولي للموقوف عليهم للعين الموقوفة في الوقف الخاص كملك الطلق الثالث ملكهم لها في الوقف العام فالطائفة الاولى يملكون منفعتها على نحو الاشاعة والثانية يملكون منفعتها على نحو الاختصاص وفي كلا القسمين يمكن ان يعرض عليها الطلقية على شرائط سيجيء انشاء الله تعالى الرابع ملك السادات بنذر الفقراء للخمس والحاكم فانهما يملكانها بالقبض الخامس الملك المفتوحة عنوة فانه نحو مستقل عن الملكية بل احكام خاصة لا يترتب على غيرها ومن جملتها عدم امكان عرض الطلقية لها ولا يبعد ذلك صحة بيعها للامام ان رأى فيه المصلحة لانه على فرض تسليم ذلك فموضوع البحث هو جواز بيعها مع قطع النظر عن ان الامام راع وهو مع بعد ان يرى بيعها في زمان الغيبة **قوله قده** وحيث جرى الكلام في بعض افعال الاولياء فلا بأس بالاشارة اجمالا الى جميع افعالهم

في عدم جواز بيع ما يشترك فيه الناس

في الاراضي المفتوحة عنوة

الارض لانه حاصل لانه ان الارض اما موات او عامر وكل منهما فان يكون كذلك بالاصل او بالعرض فاذا
كانت مواتا بالاصالة الى لم تكن مسبوقة بالعمارة احداثا وهى للامام عليه السلام بلا خلاف فيه بل عليه الاجماع المنقول بل المحصل والاخبار
المستفيضة بل المتواترة بل هو ضروري كما يظهر للمتتبع الخبير الكتاب على مالك من احياها من الانفال ثم لا اشكال في انه لو
احياها الشيعة بملكها كما هو صريح قوله ع فما كان لنا فهو لشيعتنا وقوله كل ما كان في ايدي شيعتنا من الارض فهم
فيه محللون ولعل الكلام في ان المحلل هو الاحياء خاصة لهم او لغيرهم من المحللين بل لكل من احياها مسلما كان او كافرا
ثم هل يملكه الحي احياء او يجب عليه دفع العوض الى الامام عليه السلام الكلام في جميع ذلك الاولى بالحق فيه هو العموم وان كان ظاهر
بعض الاخبار هو الاخصاص اما قوله الاذن في الاحياء والاباحة والتحليل لمطلق المسلم فلنوبين احدها قوله ع
موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ايها المسلمون فانه قوله ع انها الارض لله ورسوله ثم هي لكم منه واما شموله
لمطلق من احياها ولو كان كافرا فلقوله في صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن الشرائع من ارض الجور والصلح فقال ليس بها
الى ان قال اتمار قوم اصابوا شيئا من الارض او عملوه فهم احق بها وهي لهم وفي صحيح الحلبي الصحيح الى ابا عبد الله ع عن شراء
الارض من اهل الذمة فقال لا بأس ان يشتري منهم اذا عمروها واحيوها فهي لهم الى غير ذلك من الاخبار ولا يأبى ذلك
ما يدل على تخصيص الشيعة بذلك غاية الامر ان لا يكون الجمع بين الطائفتين بان الغرض الاصلي من الاذن هم الشيعة ولكنه حيث
يمتنع تخصيص الاذن بخصوص الشيعة فاذن لهم السلام لكل من احياها وظهر ذلك من مسئلة العدة فان حكمة تشريعها
مختصة بمورد اختلاط المياه ولكن الحكم عام وفي المقام ايضا حكمة الاذن مختصة بالشيعة لطيب ولادتهم وتحللهم
ومناكحهم ولكن الحكم عام من حيث توقف الحلية على الشيعة على الحلية لكل من احياها والا لا يترتب الغرض فان
الارض التي لم يحيها الشيعة لو لم تكن ملكا لمحييها لما جاز للشيعة التصرف في غلاتها ومنافعها فان جواز التصرف
فيها يتوقف على الاحياء والمفروض عدم احياء الشيعة لها واما الجهة الثالثة وهي تعلق الخراج بها فالحق عدمه و
الظاهر كون الحكم اجماعيا كما يظهر ذلك بالمراجعة الى كتاب الخمس واحيا الموات واما اذا كانت عامرة بالاصالة اي
لامن معمر كاطراف الشطوط وسواحل البحار والاجام والغابات فالكلام فيها ايضا من جهات الاولى في كونها
من الانفال التي لا اشكال في انها للامام عليه السلام وعدم والاقوى كونها منها لقول الباقر والصادق عليهما السلام
حيث سئلا عن الانفال فعدا من جملتها وكل ارض لا رب لها على ما في تفسير علي بن ابراهيم والمأثور على ما في اللئ
ان كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام عليه السلام نعم ناقش في هذه الادلة صاحب الجواهر وبظهر منه تقييد
الارض التي هي من الانفال بما كانت ميتة او كانت عامرة في بلاد الكفار واخذت منهم من دون خيل ولا ركاب واما
العامرة التي لا يد لاحد عليها فهي من المباحات الاصلية يملكها كل من حازها فان قوله ع وكل ارض لا رب لها

وان كان مطلقا الا انه يقيده قوله ع وكل ارض ميتة لا رب لها واجاب عنه المص بان الوصف المسوق للاحتراز
وان كان له المفهوم الا انه لو لم يكن واردا مورد الغالب والغالب في الارض التي لا مالك لها كونها مواتا ولكن الحق
انه وان لم يكن القيد واردا مورد الغالب فللمنع عن التقييد ايضا مجال لان التقييد في المثبتين منوط بما اذا كان المطلوب
صرف الوجود كما في قوله اعتق رقبة مؤمنة المقيد لاطلاق قوله اعتق رقبة واما اذا كان المطلوب مطلق الوجود كما في
قوله اكرم هاشميا فلا موجب لتقييد اطلاقه بقوله اكرم هاشميا عالما مع انا نمنع كون قوله ميتة مسوقا لتقييد قوله
كل ارض بل المسوق له هو قوله لا رب لها فمحصله ان كل ارض سواء كانت عامرة ام ميتة اذا لم يكن لها رب فهي للامام
فتخرج ما كان لها رب فهذا التقييد تقييد لاطلاق ما دل على ان جميع الاراضي للامام ع الثانية في انه هل تملك
هذه بالحيازة ام لا والاقوى انها في هذا الحكم كالموات بالاصالة تملك بوضع اليد عليها لا لما استدل به المص قده من
عموم النبوي من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احق به لان هذا العموم في مقام بيان احقية السابق وعدم جواز مزاحمته و
هذا يفيد فيما اذا ثبت استحقاق كل احد في السبق اليه كالرباطات والخانات والمساجد والمدارس الموقوفة على عموم من
يستوفي منافعها وليس بصدد بيان ان كل شيء يتعلق به حق بالسبق اليه هذا مضافا الى ان الحق ظاهر في غير التملك بل لما
ورد انهم ع اباحوا لشيعتهم ما كان لهم ثم ان اكثر ما ورد في هذا الباب وان كان مختصا بخصوص الشيعة الا انه قد
تقدم ان مقتضى تعليلهم ع الاباحة بان تطيب ولادة الشيعة كون التملك بالتصرف عاما لكل احد وممن صرح بذلك
الشهيد في حواشيه على القواعد عند قول العلامة ولا يجوز التصرف بغير اذنه والفائدة ح له قال ولو استولى غيرنا من
المخالفين عليها فالاصح انه يملك لشبهة الاعتقاد كالمقاسمة وكتملك الذمي الخمر والخنزير فح لا يجوز انتزاع ما يأخذه
المخالف من ذلك كله وكذا ما يؤخذ من الآجام ورؤس الجبال وبطون الاودية لا يحل انتزاعه من اخذه وان كان كافرا
وهو ملحق بالمباحات المملوكة بالنية لكل متملك واخذه غاصب تبطل صلوته في اول وقتها حتى يرده انتهى الثالثة ان
هذا القسم ايضا كالسابق لا خراج عليه كما يظهر من اخبار التحليل فراجع واما اذا كانت مواتا بالعرض اما لاستيلاء الماء
عليها بان غرقها واما بانقطاع الماء عنها واما باستنجامها بما لا ينتفع به او بنحو ذلك مما تعد ميتة فهي على قسمين قسم
كانت معمورة بالذات وقبل ان يملكها احد عرض لها الموت فهذا لا اشكال في كونها للامام ع وقسم كانت مواتا بالاصل
ثم عمرها معمر فماتت او كانت عامرة وتملكها احد ثم ماتت ففيه قولان احدهما بقائها على ملك مالكها وثانيهما صيرورتها
في حكم الموات الاصلية فيملكها الامام ع ثم يملكها كل من عمرها ثانيا وقد ذكروا قولا ثالثا لم يشر اليه المص في المقام
وهو الفرق بين ما اذا ملك المالك لها حال العمارة بالشراء او العطية او نحو ذلك وبين ما اذا ملكها بالاحياء فاذا
ملكها بالشراء وما يلحق به لا يزول ملكه بعد موتها ولا يصح لاحد احيائها الا باذنه واما اذا ملكها بالاحياء وماتت

فتملك بالاحياء واصل هذا التفصيل من التذكرة قال لو لم تكن الارض التى من بلاد الاسلام معمورة فى الحال ولكنها كانت قبل ذلك معمورة وجرى عليها ملك مسلم فلا يخلو اما ان يكون المالك معينا او غير معين فان كان معينا فاما ان ينتقل اليه بالشراء او العطية ونحوهما او بالاحياء فان ملكها بالشراء ونحوه لم تملك بالاحياء بلا خلاف قال ابن عبد البر اجمع الفقهاء على ان ما عرف بملك مالك غير منقطع اثره لا يجوز احياؤه لاحد غير اربابه ولا يخفى ان الفهم من هذا الكلام جريان التفصيل فى الملك الذى كان عامرا بالاصل ثم تملكه احد ثم مات الملك بعد انتقاله الى غيره من تملكه بالشراء لان التملك بالشراء اذا كان له خصوصية فيجرى عليه احكامه لهم كما انه لو كان التملك بالاحياء لخصوصية فيجب ان لا يكون فرق بين ما اذا عرض الموت فى ملك المحيى او فى ملك فاشتراه ومن انتقل اليه بالشراء وبالجملة لو علم مراعاة هذا التفصيل فى اثر فى ملك المعمور بالاحياء وعلى اى حال لا نعرف وجها للفرق بين عروض الموت على ملك من كان ملكه بالشراء ونحوه او ملكه بغيره من الاحياء والتملك بالاخذ والتصرف وعليك بمراجعة كتاب احياء الموات واما اذا كانت عامرة بالعرض فهى ملك للمحيى بالشروط الخمسة المذكورة فى كتاب احياء الموات ثم اذا كان محييها مسلما فملكها لا يزول الا بالنقل الى غيره او بعروض الموت عليها ثانيا بناء على احد القولين فى الصورة السابقة واما اذا كان كافرا فبناء على ما اخترناه من انه يملكها بالاحياء سواء كان فى بلاد الاسلام او الكفر فملكها اذا كان فى بلاد الاسلام حكم ملك المسلم واذا كان فى بلاد الكفر فيمكن ان يزول بالاغتنام ايضا واما لو قلنا بانه لا يملك فهى باقية على ملك الامام عليه السلام **قوله قده** ثم ما ملكه الكفار من الارض اما ان يسلم عليه طوعا او لا يخفى انه قده بعد ما بين اقسام الارض وحكمها اجمالا اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة وهى معينة بحسب المفهوم وهى عبارة عن ارض فتحت قهرا بالخيل والركاب اى رفعت يد الكافر عنها بغلبة من المسلمين لا انها مجهولة مصداقا والمسلم منها على ما يظهر من التواريخ المستفيضة والاخبار المتظافرة هى ارض العراق المعروفة بارض السواد المشهورة بما بين النهرين على حدودها المعينة وهى ملك للمسلمين بشروطها المعروفة التى منها الاذن الآتى بالمقاتلة ولا شبهة فى حكمها اذا كانت مشتملة على الشرايط فانها لا يجوز بيعها مستقلا على ما يظهر من الاخبار وما استدل به للمنع من الوجوه ان لم نقل بعضها عن قصور فى الدلالة لتركبها اسماعيل الها شبه الآن من المجموع يستفاد عدم جواز بيعها على نحو سائر الاراضى ولكن الذى يهون الخطب انه لا فائدة فى البحث عن حكمها بعد تقييد موضوعها بما اذا كانت عامرة حال الفتح واما اذا كانت موانا فهى للامام فيملكها كل من احياها وعلى هذا فلا مانع من شراء كل ما احتمل كونه موانا حال الفتح فان يده من حيث هى امارة على كونها ملكا له ولا يبعد ان يكون منشأ سيرة الخلف عن السلف على بيع ما يصنع من تراب ارض العراق من الاجر والكوز والاوانى والتربة الحسينية على مشرفها الاف السلام والتحية عدم احراز كون هذه الاراضى معمورة حال الفتح ومجرد العلم الاجمالى

ما نقل عن المصنف فى الهامش

بعمارة اغلب اراضي العراق لا اثر له بعد عدم كون جميعها محلاً للابتلاء نعم لو احرز عمارة ارض خاصة حال الفتح ولم
يحتمل عروض الموت عليها او استصحب بقائها على عمارتها الى الآن فيجري فيه الاحتمالات بل الاقوال الخمسة واوفقها
بالقواعد هو توقف التصرف في زمان الغيبة على اذن الفقيه والسلطان الجائر الذي حل قبول الخراج والمقاسمة منه بناء
على ما تقدم في كتاب المكاسب انه يستفاد من الائمة عليهم السلام الاذن العام للتصرف فيما يأخذه الشيعة باذن سلطان الجور
وبالجملة مع الشك في كون ارض ميتة او محياة او مع العلم بكونها ميتة كارض الغري على مشرفها واولاده الطاهرين
آلاف التحية والسلام فلا مانع من شرائها والتصرف فيها بجميع انحاء التصرف قوله قده واعلم انه ذكر الفاضلان وجمع
ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً آه لا يخفى ان مقصود الاساطين من هذا الشرط اعتبار
امر آخر في العوضين مضافاً الى اصل الملكية وهو كون المالك تام السلطنة وعدم كونه محجوراً عن التصرف اما لقصور في
المقتضي كما اذا كان ملكه محدوداً كالوقف الخاص فان الموقوف عليه في هذا الوقف وان كان مالكاً للعين الموقوفة
على ما هو الحق كما اختاره المش الا انه لا يصح بيعه لها لان البيع الموقت لا يصح في الشرع واما لوجود المانع كالرهانة و
الجناية والاستيلاد فلا يرد عليهم ما افاده المص من ان مرجع هذا الشرط الى انه يشترط في البيع مثلاً ان يكون متعلقه
مما يصح للمالك بيعه مستقلاً وهذا لا محصل له لانه عبارة اخرى عن انه يشترط في المبيع صحة بيعه ثم انه قده وجه
اعتبار هذا الشرط بقوله فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون و
ام الولد بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الى ان قال فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة
عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً بل الامر في الفرعية والاصالة بالعكس آه ولكنك عرفت ان الامر بالعكس
وان الطلقية شرط وعدم جواز بيع الوقف ونحوه فرع له لان الطلقية عبارة عن عدم قصور السلطنة ويتفرع عليه عدم
جواز بيع الوقف ونحوه وعلى اي حال الحقوق المانعة عن الاستقلال بالبيع وان عدت اكثر مما ذكره الاساطين
وقد انهاها صاحب المقابس الى ازيد من عشرين الا ان بعضها ليس داخلاً في الحقوق المانعة كحق الشفعة وبعضها
يرجع الى هذه الثلاثة بل امهات الحقوق اثنان ولذا يقال في تمييز الحق انه هل هو من قبيل حق الجناية او من قبيل حق
الرهانة نعم بعضهم جعل تعلق حق السادات والفقراء بالخمس والزكوة حقاً برأسه واصلاً مستقلاً قوله قده لا يجوز
بيع الوقف اجماعاً آه لا يخفى ان موضع البحث هو الوقف الخاص وقد استدل على بطلان بيعه بان حقيقة الوقف
تقتضي ذلك لان معناه لغة ايقاف الشيء فاذا انشأ الواقف هذا المعنى الذي عرف في النبوي المعروف بحبس الاصل و
سبل الثمرة وعرفه الاصحاب بقولهم تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة فينافي البيع مع مقتضاه ولكنه لا يخفى ان مجرد كون المنشأ
وقف الشيء لا يقتضي لزومه وعدم جواز بيعه من الواقف او الموقوف عليه فان الهبة تمليك من المتهب مع انه يجوز و

من شروط العوضين ان يكون كل منهما طلقاً

في عدم جواز بيع الوقف

الرجوع فيه نعم لو انضم الى ذلك امران آخران احدهما بالنسبة الى الواقف وهو خروج العين عن ملكه فرجوعها اليه
يتوقف على دليل وثانيهما بالنسبة الى الموقوف عليه وهو ان الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فليس لغيره التبديل
لان اهله جعله حبسا وموقوفا فاطلاقه او تبديله لا بد له من دليل وعمدة الدليل على عدم نفوذ بيعه هو الاخبار الخاصة
المذكورة في المتن واقوى دلالة منها هو قوله ع صدقة لا تباع ولا توهب فان الظاهر ان قوله لا تباع صفة لقوله ع
صدقة التي هي المفعول المطلق النوعي فرجع هذا الكلام الى ان سنخ هذه الصدقة سنخ من صفتها ومن احكامها شرعا
عدم جواز بيعها ولا هبتها والغرض من هذا التوصيف الاشارة الى القسم المعروف من الصدقة وهو الوقف واحتمال
كونها صفة لشخص هذه الصدقة او ما يرجع الى ذلك بان يكون شرطا خارجيا من الواقف لا صفة للنوع بعيد غايته
فانه بلا قرينة وهذا بخلاف كونه صفة للنوع فانه يكفي في كونه كذلك قوله صدقة التي هي المفعول المطلق النوعي هذا
مضافا الى انه لو كان شرطا لاقتضى تأخره عن ركن العقد اعني الموقوف عليهم مع ان التعبير عن الشرط بمثل هذا الكلام
في غاية البعد وبالجملة ظاهر ما ورد عنهم في بيان الاوقاف هو ان الوقف ملازم لعدم الانتقال فان من مجموع الروايات
يظهر ان مثل قوله ع لا تباع ولا توهب ومثل قوله ع لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيعها ولا يبتاعها الى
آخر الحديث في مقام بيان ما يقتضيه الوقف بحسب الحكم الشرعي لا بيان شرط خارجي فالعمدة ظهور الروايات في ذلك
لا ما افاده المص بقوله مع انه لو جاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته
للمشروع فانه مضافا الى ما نبه عليه فقال مع ان هذا التقييد مما لا بد منه سواء قلنا بان قوله ع لا تباع صفة للنوع
او الشخص يرد عليه ان جواز البيع شرعا لا ينافي اشتراط الواقف عدم البيع فان الجواز في مورده انما يكون منافيا
لمقتضى قوله ع الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فيخصص بادلة الجواز سواء كان عدم البيع وصفا نوعيا او شرطا خارجيا
وبعبارة اخرى جواز البيع في بعض الموارد لا ينافي ما انشأه الواقف بل ينافي حكمه الذي ثبت بقوله ع الوقوف على حسب ما
يوقفها اهلها لان مرجع هذا الكلام الى ان ما انشأه الواقف ممضى فيخصص دليل الامضاء بما دل على جواز البيع
في بعض الموارد كما انه لو كان قوله ع لا تباع ولا توهب وصفا نوعيا لكان دليل الجواز مخصصا له ايضا وحاصل الكلام
ان شرط الواقف على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفة ليس منافيا لجواز البيع شرعا في بعض الموارد لان الواقف
لا يشترط عليه ان لا يكون الحكم الجواري اصلا حتى مع طرو المسوغ للبيع بل يشترط امرا خارجيا لا يقتضيه حقيقة الوقف
ولا اطلاقه بناء على ان لا يكون عدم البيع وصفا للنوع والشارع امضى هذا الشرط بقوله الوقوف على حسب ما يوقفها
اهلها واستثنى منه مورد طرو احد موجبات جواز البيع كما انه لو كان عدم جواز البيع وصفا نوعيا ومن احكام مطلق
الوقف فلا مانع من تخصيصه ببعض الموارد ومن ذلك يظهر النظر في ما افاده في بيان لزوم التقييد بناء على

لو يكون الوصف وصفا للنوع دون ما اذا كان شرطا خارجيا من انه لو كان شرطا خارجيا من الامام عليه السلام يستغنى علم بعد طرو الامور المسوغة عن تقييد اطلاق عقد البيع بعد طرو هذه الامور دون ما اذا كان وصفا للنوع فان العلم بعد طرو هذه الامور في شخص هذا الوقف الصادر منه عليه السلام لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع فانه بعد ما كان دأب الائمة عليهم السلام اتكالهم على القرائن المنفصلة فهذا الوصف ان كان للنوع الا انه لا يلزم ان يكون التقييد بعد طرو المسوغ متصلا بهذا الكلام وبالجملة بعد حكم الشارع بان الوقف لا يباع ولا يوهب وحكم بان الوقوف على ما يوقفها اهلها قابل للتقييد ثم لا يخفى ان دعوى انصراف المطلق الى البيع لا عهد وان كان الشرط شرطا خارجيا لا محصل لها لان الشخص الخارجي وان امكن تصوير الاطلاق له باعتبار الحالات الا ان الانصراف الى بعض الافراد دون بعض يختص بالكلي المقول بالتشكيك واما الشخص فلا يتصور فيه التشكيك في الماهية او الوجود نعم يمكن التفاوت بين الاحوال في غلبة الوجود وعدمها الا ان هذا انصراف ابدوي لا اعتبار به قوله قدس سره وما ذكرنا لهم ان المانع عن بيع الوقف موروث الخ اه لا يخفى ان ما افاده قدس سره قد سبق اليه بعض الاعلام ايضا فقال في الوقف حقوق ثلاث حق الله سبحانه وحق الواقف وحق البطون ونظير ذلك في كرسي العبد المشروط عتقه فقيل يتعلق به حقوق ثلاث حق الله سبحانه وحق المشروط وحق العبد ولكنك خبير بان تعلق حق من الله بالوقف لا معنى له الا يعني اطاعة حكمه وامتثال امره بمقتضى حكمه المستفاد من قول سفراء الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها واما تعلق حق الهي مقابل للحكم كتعلق حق الخمس بمقتضى قوله عز من قائل واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله الآية فلا دليل عليه مجردا ان الواقف يطلب الاجر والثواب وعلى الله سبحانه عوضه لا بوجب ان يثبت حق من الله سبحانه على العين الموقوفة واما حق الواقف فبمجرد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه انشاء الدائمي لان الحبس من مقتضيات تمام الملك لان العين على جميع التقادير ليست متعلقة لحقه وكون الوقف صدقة جارية ينتفع بها لا يقتضي ان يكون العين متعلقا لحقه وان توقف انتفاعه بها على بقائها موقوفة فضلا عما اذا لم يتوقف عليه فان الثواب والاجر يمكن ان يترتب على نفس الوقف بقصد البقاء الى الابد وان لم يبق كذلك واما حق البطون نعم عند وجودهم كيف يتعلق حقهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا يكون ذا حق مع انه لو قبل به فانما يمنع حقهم عن بيع العين وصرفها الى الموجودين واما الواشي به بدلها يتعلق به حقهم على نحو تعلقه بالمبدل فلا مانع منه فالعمدة من الادلة المانعة هي الاخبار الدالة على عدم جوازه لا سيما قوله الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فان الواقف حيث ينشأ الوقف الذي هو عبارة عن حبس المال وابقائه وقد امضاه الشارع بقوله الوقوف فلا يجوز تغييره عما جعله وانشاه قوله قدس سره ثم ان جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف الخ اي فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه اه لا يخفى ان ما افاده هو الحق الذي لا محيص عنه وما افاده صاحب الجواهر قدس سره تبعا لاستاذه

فان يبطل بالبيع الوقف ايضا بجواز البيع

كاشف الغطاء لا يمكن الالتزام به لان غاية ما يوجه به كلامهما على ما يظهر من عبارتهما انه يشترط في صحة البيع الطلقية
فلا بد اولا من بطلان الوقف لطرو المجوز حتى يصح بيعه والا فبقاء الوقف مع صحة البيع متضادان وببيان اخر نفس
حقيقة الوقف تقتضي عدم جواز بيعه فكل مورد قيل بصحة بيعه يجب ان يقال ببطلان الوقف اولا حتى يصح بيعه ولا يخفى
انه بناء على هذا البيان الاخير لا يرد عليهما النقض بجواز الرجوع في الهبة للفرق الواضح بين الهبة والوقف فان الهبة ليس من
مقتضاها الا تمليك المتهب لا عدم جواز الرجوع فيه بخلاف الوقف فان مقتضاه وقوف العين على حالها فينافيه بيعها
فالصواب ان يقال في ردهما انه على فرض ان يكون عدم البيع مأخوذا في قوامه وحقيقته الا ان هذا المعنى ما لم يمضه
الشارع لا اثر له والحكم الممضى قابل للتخصيص فالاولى هو البيان الاول وهو اعتبار الطلقية قبل البيع في صحته حتى
يرد على المحل القابل والجواب عنه اولا عدم امكان الزامهم ببطلان الوقف مطلقا بمجرد طرو المسوغ فان من موارد جواز
بيعه شدة حاجة اربابه ولا شبهة انه لو ارتفع ضرورتهم قبل البيع يبقى الوقف على حاله ولا يمكن ان يبطل الوقف بطرو
الضرورة ويعود بارتفاعها لانه لا دليل على عوده بعد بطلانه وثانيا ان صحة البيع لا تتوقف على الطلقية قبله بل يكفي
جوازه للبايع وقابلية المبيع له ولذا يصح لذي الخيار بيع ما انتقل عنه وبنفس البيع ينفسخ العقد الاول وبالجملة لا دليل
على المنع عن البيع الا كون العين موقوفة وبعد ان ثبت جواز بيع العين الموقوفة نستكشف منه عدم اعتبار الطلقية قبل
البيع بل قابلية البيع ومالكية البايع وسلطنته عليه يكفي في صحة البيع فعلى هذا لا الوقف مانع عن البيع ولا البيع يعتبر
في متعلقه ان لا يكون وقفا قبله نعم البيع والوقف لا يجتمعان قوله قده اذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز
البيع فاعلم ان لاصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا اه لا يخفى ان موضوع البحث وان كان الوقف الخاص
الا ان الاولى ذكر جميع اقسامه على الاجمال وبيان احكامها على مقتضى الاصل فنقول للوقف اقسام خمسة الاول وقف
المشاعر كالمسجد والمشهد ولا يبعد الحاق الحسينية بهما وهذا هو الذي يقال انه تحرير وفك ملك اي ابطال للملكية و
ليس تمليكا للمسلمين فهو بمنزلة عتق العبد الثاني ما يلحق بالاول كوقف الخانات والقناطر وما يشبه ذلك مما يوقف
لانتفاع كل من سبق اليه فانه ايضا تحرير الثالث ما كان وقفا على الجهة كالوقف على العلماء وطلاب المدارس و
الزوار ونحو ذلك والفرق بينه وبين القسمين الاولين ان الوقف في هذا القسم ليس تحريرا وادخالا له في المباحات
بل تمليك للجهة ولذا لو غصبه غاصب يحكم بضمانه دون الاولين الرابع ما كان وقفا خاصا كالوقف على الذرية في
مقابل القسم الثالث الذي يطلق عليه الوقف العام ايضا ثم هذا القسم قد يكون مؤبدا وقد يكون منقطع الاخر اي تارة
يجعله بعد فرض انقطاع الذرية لمصرف خاص وقد لا يجعله كذلك الخامس الوقف على الموقوفات كالحصير على المسجد
او الفرش على المدارس والفرق بينه وبين القسم الثالث ان في القسم الثالث يملك الموقوف عليه المنفعة ولذا

في مسوغات بيع الوقف

يصح اجارته امّا هذا القسم فيجوز ابداً لانتفاع اذا عرفت ذلك فاعلم ان مقتضى الاصل عدم جواز بيع القسم الاول والثانى لخروجهما عن الملكية وبالجملة مالتيهما اشرعاً ومقتضى الاصل جواز بيع القسم الخامس اذا لم يمكن الانتفاع به لان الوقف ان اوقف عين الموقوفات فملكيتها باقية لاصحابها الخصوصية فكانوا وقفها بمنزلتها وتعلق نظرها والانتفاع بها تعلق بمالتيها فاذا لم يمكن الانتفاع بخصوصيتها الخاصة فيتعلق بمالتيها فللحاكم او المتولى ان يبيعها ويصرف ثمنها او وقفاً كما تقدم نظير ذلك فى باب الغصب فان العين المغصوبة ما دامت موجودة يجب ردها بخصوصها واذا تلفت وجب بدلها وان ملكها بردّ مثلها او قيمتها واما القسم الثالث والرابع فالاقوى الحاقهما بالقسم الخامس لانهما ايضاً من المحرر والتلف المالية بل الثالث بملك للجهة والرابع بملك لاشخاص خاصة فاذا توقف انتفاع الجهة او الاشخاص على تبديله فلا مانع منه فيكون ثمنه وقفاً بعده واذا اشترى به شيئاً صار وقفاً من دون توقف على اجراء صيغة الوقف وعلى هذا فلا يتوقف العبد الموقوف على الجهة او على الاشخاص على تحرير ويحكم بحكم العبد فى صيرورته وقفاً بنفسه على كونه مملوكاً للاعم الصادق وعن الجناية الواردة عليه لكونها عامة منتفعاً به وحاصل الكلام ان ما كان محرراً او ملكاً للكلية واذا لم يمكن الانتفاع به فلا يبعد حق يصح بيعه او اجارته او صلحه او هبته وما عن كاشف الغطاء من انه لا يصح بيعه لانه تعالى مالك على الاطلاق والعباد على الملك فلكن يصح اجارته للزراعة مع المنافاة عن الانتفاع بترقى الجهة المقصودة مع مراعاة الآداب اللائقة ان كان مسجداً الى آخر ما افاده لا نعرف له وجهاً وهو عرت بمدلوله فتأمله وكلامه يخرج عن الملكية كوقف الدكاكين على الطلاب او وقف الدار على الذرية او وقف الحصير على المسجد واجراء بيان المسجد كالجذوع والآجر ونحو ذلك الا ترى هو ملحق بالحصير الذى يوقف على المسلمين ويوضع فى المسجد لانتفاعهم فحينئذ ملك غاية الامر ليس طلقاً فلا مانع من بيعه اذا طرء ما يوجب بيعه ورأى ولى الموقوف عليه المصلحة فى ذلك وعلى هذا فلا يقال كيف لا يجوز بيع المسجد ويصح بيع جذوعه اذا انكسر وذلك لان ما وقع عليه التحرير هو نفس الارض لا اجزاء بنا المسجد وقد ذكرنا ظهور الملازمة بين بقاء الملكية وتعلق الضمان به فلو ثبت فى مورد عدم الضمان نستكشف انه تحرير لا وقف على الجهة كما انه لو ثبت فى مورد انه تحرير ثبت به عدم الضمان والجمع بين كلمات العلماء غير ممكن واستفادة الاتفاق منهم مطلقاً فى مورد خاص ممنوع وعليك بمراجعة المتن قدس سره قد بذل جهده فى استقصاء الكلمات شكر الله سعيه وكيف كان الفرق بين بنا المسجد ونحوه والعرصة واضح فانه لو جعل شخص عرصة مثلاً بيتاً لاختاً والا لان مسجداً ووقفها كذلك فالعرصة لا يجوز بيعها واما الآلات فيجوز لانه لو جعل ما يعرض عليه الخراب والانهدام وقفاً يتعلق النظر لا محالة بالاعم من نفس العين بخصوصيتها ومن مالتيتها وهذا بخلاف نفس الارض فانها قابلة للبقاء فلا يجوز بيعها ولا يأتى فى ذلك كون المجموع من الارض والبناء وقفاً بصيغة واحدة لان اختلاف اجزاء الموقوف انما هو لاختلاف حقيقتها فيلحق كل جزء حكمه ثم انه قبل بيان المسوغات للبيع

لا باس بالتنبيه على فروع الاولى انه لو بيع العين واشترى بثمنها عين اخرى فهل حكمها حكم العين الاولى في انه لا يجوز
بيعها الا بطرو المسوغ او يجوز بيعها وتبديلها اذا رأى المتولي المصلحة مطلقا وجهان والاقوى الثاني لان عدم جواز
البيع ليس من انشاء الواقف حتى يقال ان حكم البدل حكم المبدل بل هو من احكام الوقف شرعا والحكم الشرعي انما ثبت
في نفس العين التي وقفها الواقف دون العين الاخرى التي اشتريت بثمن العين الاولى وبالجملة وظيفة الواقف
ليس الا ايقاف العين وليس حكم الوقف من منشئات الواقف وليس له انشاؤه وليس حكم البدلية الا تعلق حق البطون
اللاحقة في الوقف الخاص او تعلق حق الجهة في الوقف العام بالبدل وتعلق حقهم به لا يقتضي عدم جواز بيعه للمتولي
فله تبديله واشتراء عين اخرى ثم ان حكم ما يشترى من منافع مثل الدكان الموقوف على المسجد ونحوه حكم العين التي
تشترى من ثمن العين الموقوفة في انه يجوز للمتولي تبديله بلا طرو احد مسوغات بيع الوقف اذا رأى فيه المصلحة وذلك لعدم
قيام دليل على تبعية الحصير الذي يشتريه المتولي من منافع الدكان او العقار لنفس الدكان والعقار بل نفس وجود المصلحة
في التبديل كاف في جواز البيع نعم لو اشترى الحصير مثلا من غير منافع الموقوفة شخص ثالث ووقفه على المسجد فحكمه حكم
الاعيان الموقوفة فيحتاج جواز بيعه الى مسوغات البيع والفرق بين القسمين واضح فان الحصير الذي وقفه اجنبي على المسجد
هو بنفسه ايضا من اقسام الوقف وهذا بخلاف ما يشتريه المتولي من منافع الاعيان الموقوفة على المسجد والمدرسة فانه
ليس من الاعيان الموقوفة فيجوز تبديله مطلقا مع المصلحة الثاني اذا اتجر بثمن العين الموقوفة فهل ربحه كمنافع العين الموقوفة
للبطن الموجود او انه كالعين في اشتراك البطون فيه وجهان والاقوى هو الثاني لان الثمن كالمبيع وربحه بمنزلة جزء المبيع
لا بمنزلة منفعته لان ربح الثمن بمنزلة ارتفاع القيمة السوقية للمبيع فلا يختص بالبطن الموجود وليس حكمه حكم منافع العين
الموقوفة الثالث هل يجب شراء المماثل للوقف مع الامكان ولو كان غيره اصلح ام يجب رعاية الاصلح فيه وجهان و
الاقوى هو الثاني لان غاية ما يوجه به الاول ما افاده العلامة ومن تبعه من ان المثل اقرب الى مقصود الواقف و
فيه مضافا الى ان مقصود الواقف لا يدخل تحت ميزان منضبط انه لا دليل على رعاية مقصوده الا اذا كان من منشئاته
فان الغرض تارة يكون من الدواعي فلا اثر له في شيء من العقود ولا يوجب تخلفه خيارا ولا بطلانا واخرى يكون قيدا
في ما انشئه وهذا في الوقف انما يتصور بالنسبة الى المراتب الطولية للمال كما هي كذلك في باب الضمان دون بدل العين
الموقوفة وتوضيح ذلك ان مقتضى تعلق الوقف بما يطرئه الفساد ان يكون متعلق الوقف اولا هو العين بخصوصيتها
الشخصية وثانيا بماليتها ولذا يجوز بيعها اذا لم يمكن الانتفاع بشخصها فيتعلق الوقف ثانيا بمالية الشيء ولذا
نقول بانه لا يجب اجراء صيغة الوقف بالنسبة الى بدل العين بل نفس شرائه بنفسه يقتضي كونه وقفا واما تعلق الوقف
بما هو اقرب من العين الموقوفة فهذا ليس من مقتضيات الوقف ومن منشئات الواقف بل اذا قيل به فلا بد ان

يستند الى حكم شرعى وحيث لم نحض عليه دليل فلا وجه لشراء المماثل بل يجب ملاحظة مصلحة البطون الآن يقال ان المثل مقدم على المالية بحسب المرتبة فانه كنفس العين بعد تعذر العين فبحسب المراتب الطولية ما دام المثل موجودا لا تصل النوبة الى غيره فبعد جواز تبديل العين يقدم شراء المثل على غيره كما فى باب الضمان الرابع هل المتصدى لبيع العين الموقوفة هو الناظر المنصوب من قبل الواقف لو كان او هو وظيفة الحاكم وجهان والاقوى هو الثانى لعدم شمول دليل النصب لهذا التصرف فيرجع الى الحاكم وان كان الاحوط مراجعة كليهما ثم بناء على هذا فليس له النظارة فى بدل العين الموقوفة بل حكمه حكم الاوقاف التى لا متولى لها قوله قده فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الاولى ان يخرب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لا يخفى ان هذه الصورة هى المتيقن فى كلام كل من قال بجواز بيع الوقف عند خرابه واما اذا سقط عن الانتفاع المعتد به الذى هو الصورة الثانية فى المتن فالحاقها بالصورة الاولى مشكل فضلا عن الصورة الثالثة وهى ما اذا قلت منفعته وبالجملة لو لم يمكن الانتفاع بالعين الموقوفة اصلا او حدا الانتفاع المتصور فيه فى حكم العدم كما اذا غرقت الارض المعدة للزراعة ولم يمكن الانتفاع بها الا لاصطياد السمك منها الذى هو فى حكم العدم فيجوز بيعها واما اذا سقط عن الانتفاع المعتد به ولكن لم يلحق بالعدم فلا يجوز بيعها فضلا عما اذا قلت منفعتها ولو امكن الانتفاع بها فعلا ولكن يعلم بخرابها بعد ذلك فلو علم بانه لو لم يبع فعلا فلا يشترى بها احد حين خرابها فلا يبعد ان يكون بيعها جائزا ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة اذا لم يلحق قلة الانتفاع بها بالعدم تمام اذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة واما اذا تبدلت بصورة اخرى فيجوز بيعها وان لم تلحق بالعدم ولا يبعد ان يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فان النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفا مباينة للنخلة لانها عبارة عن الشجرة لا المادة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب وبطلان الصورة النوعية عبارة اخرى عن خراب الوقف وسيجىء انشاء الله تعالى فى باب الخيار ان مناط مالية الاموال انما هو بالصورة النوعية لا المادة المشتركة ثم المدار فى الصورة النوعية على الصورة النوعية العرفية لا العقلية فاذا تبدلت الصورة النوعية التى تعلق الوقف بها بطل الوقف وبقى ذات الجسم فيباع ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة فان الدار مركبة من البناء والارض وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا بقاء العرصة وبالجملة حيث ان قوام الوقف بامرين بقاء العين الموقوفة وكونها ذات منفعة لانه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة فكما يجوز بيعها اذا لم تكن لها منفعة اصلا فكذلك يجوز بيعها اذا لم تبق صورتها العينية التى هى احد ركنى الوقف

ولا يخفى انه لو قلنا بان الوقف كبس العين وتسبيل الثمرة وزوال الصورة النوعية للعين يبطل الوقف فمقتضاه بطلان اذا لم يمكن الانتفاع بالعين وهذا هو الذى اختاره صاحب الجواهر تبعا لاستاذ كاشف الغطاء فانه اختاره شيخنا الاستاذ مدظله تبعا للمتن من ان الخراب لا يبطل اذا بطلت المنفعة بل يجوز بيعه لا وجه له وبالجملة الفرق بين انتفاء هذا الركن والركن الاخر لا وجه له ثم لا يخفى ما فى استدلال المتن لجواز بيع الوقف اذا طرء عليه الخراب بتبديله بعين اخرى بما حاصله ان الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بغير فرق بين انتفاع البطن الموجود بالاتلاف

قوله قده الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف انفع واعود للموقوف عليه الا يخفى ان هذه الصورة والصورة الخامسة وهي ان يلحق الموقوف عليه ضرورة شديدة متحدان في الحكم وهو المنع كما افاده المصنف قده اذ لا دليل على جواز بيع الوقف بمجرد كون بيعه انفع وبمجرد لحوق الموقوف عليه ضرورة شديدة ولا ينسب جواز البيع في الصورة الرابعة الا الى المفيد ولم يرض العلامة بصدر هذا الكلام منه فقال ان كلامه متأول ولا دليل عليه الا رواية ابن محبوب ورواية الاحتجاج وعلى فرض دلالتهما وصحة سندهما فحيث اعرض الاصحاب عنهما فلا يمكن التمسك بهما ثم انه لا فرق في الانفعية الملحوظة بين ان تكون للجهة الموجودة او لجميع البطون لانه على اي حال لا دليل على جواز البيع واما الصورة الخامسة فالقائل بجواز البيع فيها جماعة كثيرة وادعي الاجماع عليه في الانتصار والغنية ولكن حيث ان مصطلحهم في الاجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يصح الركون اليه فلم يبق دليل الا رواية ابن محبوب وهي تدل بظاهرها على كفاية اصل الحاجة ولو لم تكن شديدة وهي بهذا المعنى غير معمول بها وبالجملة بعد ما ثبت ضرورة من الشرع ان من احكام الوقف عدم جواز بيعه فلا بد في تخصيصه من مخصص قوي تام الدلالة وهذان الخبران غير قابلين للتخصيص هذا مع ان النسبة بين الجواب المذكور في رواية الاحتجاج والادلة الدالة على عدم جواز بيع الوقف هي التباين واذا قيدت الادلة المانعة بعدم طرو الخراب اخرج عن الحلاقها صورة الخراب فتنقلب النسبة وتصير الادلة المانعة اخص مطلقا من دليل الجواز فيخصص بما اذا طرء الخراب بالجملة على فرض صحة سندهما بتين الروايتين وتماميتهما بمورد لا يمكن الانتفاع بالعين الموقوفة والا فمجرد الانفعية والحاجة لا يوجب جواز بيع العين الموقوفة قوله قده الصورة السادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة اه لا يخفى انه مع قطع النظر عما رواه في الكافي في صدقة امير المؤمنين صلوات الله عليه على الطاهرين لا بد من صرف عنان الكلام الى بيان ان شرط بيع الوقف هل ينافي مقتضى الوقف حتى يأول الرواية على فرض دلالتها على صحة الشرط او لا ينافيه فنقول المدار في مخالفة الشرط لمقتضى العقد على ان يكون المنشأ في العقد مضادا للشرط ومناقضا له كما لو اشترط في البيع ان يكون بلا ثمن او اشترط في الاجارة ان تكون بلا اجرة او اشترط عدم تصرف المستأجر في الدار المستأجرة اصلا واما اذا لم يكن الشرط منافيا لنفس ما انشأ بالعقد بل كان منافيا لاطلاقه فلا مانع منه كما لو اشترط في البيع ان يكون الثمن مؤجلا او ان يكون من غير نقد البلد ونحو ذلك اذا عرف ذلك فنقول لو كان التأبيد من منشئات الواقف فاشتراط بيع الوقف عند الحاجة منافٍ لمقتضاه واما لو كان من مقتضيات الاطلاق فلا مانع منه ثم ان شرط بيعه عند الحاجة على قسمين لانه تارة يشترط بيعه وشراء غيره بثمنه واخرى يشترط بيعه واتلاف ثمنه اما القسم الاول فلا ينبغي الاشكال فيه لانه لا ينافي مقتضى العقد على اي حال فان عقد الوقف لا يتعلق بنفس الخصوصية العينية والا لما صح بيعها عند طرو الخراب وتبديلها بغيرها بل يتعلق بالاعم منها ومن ما يليها نعم

مقتضى الاطلاق ان يتعلق الوقف بعينها وتعلقه ببدلها في طول تعلقه بعينها فيحتاج الى مؤنة زائدة دائما لو اشترط التبديل فرجعه الى جعل الوقف متعلقا بالجامع بين المال وبدله واما القسم الثاني فيبتني صحته على صحة الوقف المنقطع الآخر وكونه وقفا الا حبسا وحيث ان المختار صحته لا سيما اذا كان مردد ابين الانقطاع وعدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرط الى ذلك ان يجعله منقطعا او ان يبقيه على حاله وعلى هذا يترل الروايات الشريفة الواردة في صدقة امير المؤمنين وتأويلها بتنزيلها على الوصية لا الوقف لا وجه له لان العمل بظاهرها لا اشكال فيه نعم بناء على ما اختاره صاحب الجواهر تبعا للشيخ من بطلان الوقف في كل مورد جاز بيعه ولو لم يبع فرجع الشرط الى جعله منقطعا او كيف كان فبناء على ما اخترناه من ان جواز البيع لا يستلزم البطلان فلا مانع من جعل الواقف الخيار لبعض البطون حتى البطن الاول كما في صدقة امير المؤمنين صلوات الله عليه وآله الطاهرين قوله رتقه الصورة السابعة ان يؤدي بقائه الى خراب عما اوظنا به لا يخفى ان هذه الصورة ملحقة بالصورة الاولى وهي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته الى الخراب والظن بالمعبر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه وبعبارة اخرى اذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب لكن من حيث كونه طريقا الا ان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا واما الصور الثلاث التي بعد هذه الصورة وهي وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن من تلف المال والنفس او ادائه الى ضرر عظيم او استلزام فساد يستباح منه الانفس فلا دليل على جواز البيع فيها الا اذا التزم احد بجواز البيع كالخراب ونحوه واما مجرد تضرر الموقوف عليهم او تلف المال والنفس منهم او من غيرهم فليس بنفسه من الموجبات فتوهم ان الباب باب التزاحم فيراعى ما هو الاهم فاسد لانه لو تم لدل على جواز التصرف في الموقوفة لحفظ الغريق والطفل الحريق فانما هو فيما انفق ذلك قهرا من دون دخل فاعل مختار واما اذا كان تلف الموقوف عليهم نفوسهم او اموالهم باختيارهم فبيع المتولي العين الموقوفة وصرف ثمنها لحفظ نفوسهم لا دليل عليه فضلا عن بيعها لحفظ اموالهم وهكذا لو فرضنا ان الاختلاف صار منشأ لتلف نفس الموقوفة بان يكون المراد من المال الذي يؤدي الاختلاف الى تلفه هو نفس الموقوفة فان بيعه ايضا غير جائز الا ان يرجع الى الصورة الاولى وهي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به والظن ان المراد منه خرابه قهرا لا اختلاف الموقوف عليهم وبالجملة مقتضى قوله لا يجوز شراء الوقف ولا يدخل الغلة في ملك احد جواز البيع الا اذا ثبت التخصيص او التخصص بان يكون المورد خارجا من الاطلاق كما في صورة الخراب على ما يقال من ان الاطلاق لا يجوز منصرف عنه واما اذا كان من افراد المطلق ولم يدل دليل على خروجه فحيث دار بقاء الوقف يؤدي الى تلف المال والنفس او الضرر العظيم على الموقوف عليهم لا يقتضي جواز بيعه انا قد بنينا في قاعدة لا ضرر انها

لا تجري في مورد الشك في قابلية المال للنقل والانتقال كالشك في طرو المسوغ لبيع الوقف وعلى هذا يرد على ما افاده
في قوله بعد الاستدلال بعموم لا يجوز شراء الوقف من ان ترك الاستفصال عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على
بعض الوجوه المجوزة وعدمه الموجب لحمل فعل البايع على الصحة يدل على ان الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه اه ان المورد
حمل فعل بايع الوقف على الصحة ولو لم يعلم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة بل احتمل ذلك وكيف
كان الاستدلال بمكاتبة ابن مهزيار لجواز بيع الوقف في الصورة السابعة وبعدها من الصور لا وجه له اما اولا فلاجمال
الرواية من جهتين الاولى ظهورها في جواز بيع سهم الامام عليه السلام من دون طرو مسوغ فلا بد اما من حمله على ان سهمه
كان من حقه وهو الخمس اي اشترى بعض الضيعة من سهم الامام وجعله وقفا او حمله على قضية خاصة غير معلومة
الوجه والثانية عدم دلالتها على تحقق شرط الوقف من القبض كما لو كان المال بيد المالك وجعله وقفا ثم وقع
الاختلاف قبل القبض واما ثانيا فلان الاستدلال بها للصورة السابعة انما هو بقوله ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال
بناء على ان يكون المراد من الاموال هو العين الموقوفة وهذا مضافا الى انه لا يناسب التعبير عنها بالجمع لا ينطبق على هذه
الصورة لان القائلين بالجواز فيها انما يقولون به في مورد العلم باداءه الى الخراب والظن ولفظ ربما يستعمل لمجرد الاحتمال
وهذا لا يلتزم به احد هذا مع ان الاستدلال بها لهذه الصورة ينافي الاستدلال بها للصورة الثامنة وهي ان يقع بين
الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال او النفس لان الاستدلال بها لها يتوقف على ان يكون المراد من الاموال
هي العين الموقوفة والاستدلال بها للصورة الثامنة يتوقف على ان يكون المراد منها غيرها من ساير الاموال ثم ان الاستدلال
بها على الصورة التاسعة وهي اداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل وهو قوله فانه ربما جاء
في الاختلاف تلف الاموال والنفوس وهذا لا يمكن الالتزام به والا اقتضى جواز بيع الوقف لاصلاح كل فتنة واما
الاستدلال بها على خصوص الصورة العاشرة وهي خوف تلف النفس فيتوقف على القاء كفاية تلف المال عن الاعتبار وجعل
ضم تلف النفس اليه كاشفا عن لزوم بلوغ الفتنة الى هذا الحد دون ما دونه وهذا خلاف الظاهر منها فان الظاهر ان
كل واحد من تلف المال والنفس موضوع مستقل كاف لجواز البيع فتحصل مما ذكرنا كله ان الجايز من بيع الوقف هو
الصورة الاولى وهي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به رأسا وما يلحق به من انتفاء الصورة النوعية واما الباقي من الصور
فلا دليل معتد به يدل على جواز بيعه الا الصورة السادسة وهي صورة شرط الواقف على ما عرفته من التفصيل والصورة السابعة
قوله قده واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض اه ينبغي اجمالا بيان حكم الوقف المنقطع اولا ثم بيان
جواز بيعه فنقول الوقف المنقطع على قسمين قسم يجعله موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين وهذا لا اشكال في
بطلانه وقفا اجماعا لان التأبيد اما شرط في الوقف او مأخوذ في حقيقته انما الكلام في انه بقرينة التوقيت يصير حبسا

ليس مورد

في حكم الوقف المنقطع

او انه يدور مدار القصد فلو قصد به الحبس يكون حبسا ولو قصد به الوقف يكون باطلا ولو لم يقصد شيئا فلا حبس ولا
وقف وقسم يجعله على من ينقرض غالبا وفي صحته وقفا او حبسا قولان والاقوى وقوعه وقفا كما هو مدلول كلامه
ويدل عليه مضافا الى قوله الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها الخبران الدالان على ان الوقف الموقت مطلقا صحيح و
غير الموقت باطل والمراد من الموقت هو الذي جعله وقفا على اشخاص خاصة او مصرف خاص وغير الموقت ما لا يكون كذلك
كما لو قال هذا وقف فالمنقطع يصح وقفا ما دام الموقوف عليه باقيا واذا انقرض يبطل ولا وجه لاحتمال كونه حبسا
الا توهم اعتبار التأبيد في الوقف ولكنه فاسد لان المراد منه ليس الا عدم توقيته مدة لا كونه دائما بحيث يبقى الى ان يرث
الله الارض ومن عليها هذا مضافا الى ما يقال من عدم القول بكونه حبسا بل قيل بانه وقف ملحق بالحبس وعلى اي حال
لا وجه لكونه حبسا بل لا بد اما من القول بالبطلان رأسا واما بوقوعه وقفا وذلك لانه لا نرى الفرق فيما ينشئه
الواقف بين قوله وقفت على ذريتي وقوله وقفت على ذريتي وان انقرضوا فللفقراء فحمل الاول على الحبس والثاني
على الوقف لا وجه له وبالجملة للحبس عنوان مستقل لانه بمنزلة الاجارة والوقف بمنزلة الهبة وكل منهما يحتاج الى
القصد فلو قصد الوقف واجرى الصيغة لا يمكن ان يقع حبسا نعم لو قيل بان الوقف المنقطع الآخر باطل رأسا يدخل
ما يعلم الواقف بانقراضه في الوقف الموقت فيقع النزاع في انه يبطل رأسا او يقع حبسا وكيف كان بعد القول بصحته
فهل يرجع بعد الانقراض الى ورثة الواقف او ورثة الموقوف عليه او يصرف في وجوه البر اقوال والاقوى هو الثاني
لان غاية ما يوجه به رجوعه الى الواقف او ورثته هو ان الموقوف عليه لم يخلف مالا حتى يرثه وارثه لانه وان ملكه بتمليك
الواقف الا انه ملكه ما دام حيا ولذا لو كان بعده طبقة اخرى يملك تلك الطبقة دون وارث الموقوف عليه فاذا فرض
انقطاع الموقوف عليه يصير مصداقا للوقف الغير الموقت الذي ورد في الصحيح انه باطل مردود على الورثة والمراد من
الورثة هي ورثة الواقف وبالجملة لو فرض ان نقل الواقف كان بمقدار حيوة الموقوف عليه فبعد ذلك يرجع الى نفسه
ان كان حيا والا فالى ورثته حين الوقف او حين الانقراض وعلى اي حال لا وجه لرجوعه الى ورثة الموقوف عليه ولا
صرفه في سبيل الله الذي يتوقف على بقاء الوقف على وقفيته وتعذر صرفه في مصرفه الخاص ولكنه مع هذا كله فمقتضى ما
ورد في صدقة امير المؤمنين ع هو انه بعد الانقراض ينتقل الى ورثة الموقوف عليه وذلك لانه عليه السلام جعل الخيار
لابي محمد الحسن عليه السلام في ابطال الوقف وصرف ثمنه لنفسه دون شراء بدله وذلك يكشف عن تملكه ملكا تاما لا
حق للواقف عليه نعم لو لم يبعه ينتقل الى غيره بعد وفاته فاذا انقرض قهرا وبطل الوقف ينتقل ممن انقرض الى وارثه
لانه صار مالكا بالاستقلال من دون تعلق حق عليه من الواقف لفرض انتقاله منه الى الموقوف عليه ولا من الطبقة الاخرى
لفرض عدمهم فرجوعه الى الواقف او ورثته او الى سبيل الله لا وجه له بل يمكن ان يقال بجواز بيع من في الطبقة الاخيرة

بلا مجوز وان توقف جواز بيع السابق عليه على المبيع لانه يملكه ملكا تاما واعتبار الواقف بقائه في يده الى انقراضه لو كان شرطا خاصا جبا منه عليه للزم اتباعه واما لو كان غرضه من البقاء في يده رعاية حق الطبون اللاحقة ومقدمة لانتفاعهم فمع فرض انتفاء بطن اخر لا مانع من بيعه ولكن الاقوى عدم جواز بيعه الا بالشرط لان الواقف وقفه عليه فاذا لم يجعل الخيار للموقوف عليه فجواز بيعه منافٍ للوقف بالجملة فالاقوى انه بعد انقراض الطبقات ينتقل الى وارث الطبقة الاخيرة و انقراض الموقوف عليه ليس من مصارف الوقف الغير الموقف الذي يرد في التصحيح انه باطل مردود الى الورثة اي ورثة الواقف وتمام الكلام موكول الى محله قوله رقمه مسئلة ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة ام ولد لسيدها هذا هو القسم الثاني من الاملاك الخارجة عن الطلقية والظاهر كون خروجها عنها من الامور المسلمة بين المسلمين فلا وقع للبحث عن دلالة الادلة التي اقيمت عليه وعددها كما في حاشية المحقق الخراساني قدس سره كما انه لا وقع للبحث عن ان خروجها عن الطلقية هل هو لحق من الله سبحانه عليها او لحق الولد او لحق نفسها الان هذه كلها من علل التشريع لا من علة الحكم حتى يكون وظيفة الفقيه تنقيحها فلا يهمنا البحث عنها انما المهم امور اخر ينبغي ايضاحها الاول هل يختص المنع عن التصرف فيها بخصوص البيع او يعم مطلق المعاوضة او مطلق النقل ولو لم يكن معاوضة كالهبة وجوه بل اقوال والاقوى هو الاخير وتوضيح ذلك ان الاحكام المترتبة على العناوين تارة يستفاد من نفس ادلتها او من مناسبة الحكم والموضوع انها مختصة بالبيع ولا تجري في غيره كخيار المجلس والحيوان واخرى يستفاد انها جارية في مطلق المعاوضة بيعا كانت او صلحا او اجارة كتلف المبيع قبل قبضه على ما سيجيء من ان قاعدة الانفساخ قبل التلف تجري في عوض الخلع والمهر ونحو ذلك لان المدار فيها على الضمان المعاوضي وثالثة يستفاد انها جارية في مطلق النقل والانتقال ولو لم يكن معاوضة كالهبة و نقل ام الولد فانه لا يجوز نقلها عن ملك سيدها ولو بالهبة فان من مناسبة الحكم والموضوع يستفاد ان الاستيلاد مانع عن التصرفات الناقلة بل ادعى بعضهم المنع عن كل تصرف كان في معرض النقل كالرهن ولكن الحق ان المنع عن الرهن لو قلنا به فليس من جهة المنع عن مطلق التصرف فيها فان التصرفات الغير المزاحمة لعنقها من نصب دليل على المنع عنها ولذا لا ينبغي الاشكال في جواز عتقها بل المنشأ في المنع عن الرهن قصور ادلة الرهن لان الغرض منه كون المرهون وثيقة للدين فيباع ويؤخذ الدين من ثمنه وحيث ان ام الولد لا يجوز بيعها فلا يجوز رهنها الا ان يقال ان مرجع ذلك الى امتناع رهنها لان الرهن يقتضي طبعا ان تكون العين المرهونة مخرجا للدين وحيث انها غير قابلة لذلك فلا يصح رهنها فالمانع ليس مجرد قصور الادلة بل لامتناع تحقق حقيقة الرهن في ام الولد الثاني انه لا اشكال في ان عدم جواز التصرفات الناقلة فيها يدور حدوثا وبقاء مدار حياة الولد فلو مات ولم يخلف ولدا تصير طلقا انما الاشكال في انه لو مات وخلف ولدا فهل تبقى على ما كانت عليه من المنع مطلقا لصدق كونها ام ولد او تخرج مطلقا لكون الولد حقيقة

في ولد الصلب ولا اقل من كونه ظاهرا فيه او يفصل بين كون ولد الولد وارثا للمولى فتبقى على المنع وعدم كونه وارثا له
فتخرج عنه وجوه والاقوى هو الاخير لانها وان كان يصدق عليها ام الولد الا انها اذا لم يكن للولد نصيب منها فلا مانع
من جواز بيعها الثالث يكفي الحمل في المقام وان قلنا بان الولد لا يصدق عليه حقيقة بل يعتبر فيه الانفصال وذلك لقوله ع
هي امته ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل ثم انه لا يعتبر في الحمل ولوج الروح بل يكفي استقرار النطفة في الرحم اذا كان
منشأ نشوء الادمي ولا يدل على خلاف ذلك قول سيد الساجدين ع في مكاتبة يطئها مولاها فتحبل حيث قال ع يرد عليها
مهر مثلها وتسعى في رقبتها فان عجزت فهي من امهات الاولاد لعدم الملازمة بين زمان السعي والعجز وبين ولوج الروح
غالبا فان السعي في اداء مال الكتابة لا يحتاج الى زمان طويل ولا سيما ان الغالب انكشاف الامر في العجز والقدرة الرابع
يعتبر في الحمل ان يكون ملحقا بالمولى فاذا زوج امتها ثم وطئها زناء واستولدها فهي ليست بام الولد شرعا لان للعاهر
الحجر انما الكلام في انه هل يعتبر الوطي من المولى او يكفي كون النطفة منه وان حصل الحمل بالمساحقة مع من وطئها المولى
وجهان من دعوى الانصراف ومن ان المدار كون الولد ملحقا بالمولى شرعا ولو كان الوطي محرما كما في حال الحيض و
الاقوى هو الاخير لانه اذا كان الولد ملحقا به فيصدق عليها كونها ام الولد ولا وجه للانصراف قوله قده ثم ان المنع
عن بيع ام الولد قاعدة كلية مستفادة من الاخبار اه لا يخفى ان استفادة القاعدة الكلية من الاخبار او انعقاد الاجماع
عليها لا ينافي وقوع الخلاف في بعض صغرياتها والاتفاق على خروج بعض اخر لان جميع القواعد العامة قابلة للتخصيص
ففي الموارد التي انعقد الاجماع على الخروج لا كلام فيها واما في مورد الخلاف فيتمسك بعموم القاعدة ويمنع جواز
نقلها لا من باب قاعدة المقتضي والمانع فانها لا اساس لها اصلا مضافا الى المنع عن وجود المقتضي في المقام فان
المخالف في بعض الصغريات لا يسلم وجود المقتضي للمنع حتى يرد عليه ان مع احراز المقتضي والشك في المانع يجب الحكم بترتب
المقتضي بالفتح بل من باب ان هذه القاعدة الكلية من قبيل العناوين الاولية التي لا ينافيها طرو عنوان ثانوي فاذا
احرز العنوان الاولي وشك في طرو العنوان الثانوي الرافع لعموم المنع يتمسك بالعموم حتى يثبت التخصيص كما يتمسك به في
الشك في رافعية الموجود لشبهة حكمية او مفهومية وبالجملة يستفاد من الاجماع والاخبار ان نفس عنوان كون الامة ام الولد
من العناوين الموجبة لخروج الملك عن الطلقية فاذا ثبت بدليل قطعي جواز نقلها في مورد فهو والا يحكم بالعدم
ثم ان الموارد التي قيل بالتخصيص فيها صور يجمعها تعلق حق للغير بها او تعلق حق تعجيل العتق لها او تعلق حق بها سابق
على الاستيلاد مانع عن تأثيره او انعدام الموضوع كموت الولد فمن موارد القسم الاول ما اذا كان على مولاها دين و
لم يكن له ما يؤدي هذا الدين به والمتيقن منه ما اذا كان الدين ثمن رقبتها بعد موت المولى واما اذا كان حيا او كان له
مال اخر او لم يكن الدين في ثمن رقبتها فخروجها عن عموم المنع ممنوع لا سيما اذا كان له مال اخر وان كان الدين مستغرقا

فان صاحب العین وان کان احق بماله فی الدین المستغرق فیما اذا کان المدیون حیا ولا یضرب مع الغرماء الا ان هذا
الحکم مخصوص بالمفلس واما المیت الذی لا ذمة له فصاحب العین ایضا کسایر الغرماء فاذا کان بعض امواله متعلقا لحق
الهی او حق اخر لا یمکن تعلق الدین به ککونه ام الولد مثلا لا یصح اخذه للدین وبالجملة المتیقن من الخروج عن القاعدة
هو المشتمل علی القیود الثلاثة ویدل علیه صحیحة عمر بن یزید قلت لابی ابراهیم اسئلک عن مسئلة قال سل قلت لم باع
امیر المؤمنین صلوات الله وسلامه علیه امهات الاولاد قال فی فکاک رقابهن قلت فکیف ذلک قال ایما رجل اشتری
جاریة فاولدها ولم یؤد ثمنها ولم یدع من المال ما یؤدی عنه اخذ منه ولدها وبیعت وادی ثمنها قلت فیبعن فیما
سوی ذلک من دین قال لا ولا یخفی ان هذه الصحیحة صریحة فی القیدین منها وهما کون الدین فی ثمن رقبتها وعدم مال اخر
لمولاها وظاهرة فی القید الاخر وهو موت المولی فان ظاهر سؤاله عن انه لم باع امیر المؤمنین ان البیع وقع منه علیه السلام
بعد موت المولی والا کان المناسب ان یقول لم امر امیر المؤمنین ببیع امهات الاولاد وهکذا ظاهر قوله ولم یدع
من المال ان هذه القضیة کانت بعد موت المولی ولا وجه لدعوی اطلاق صحیحة الاخری عن ابی الحسن عن بیع ام
الولد تباع فی الدین قال نعم فی ثمن رقبتها فان هذه ایضا ظاهرة فیما بعد الموت فان تباع یستعمل فی هذا الحال نعم هی
مطلق من حیث وجود مال اخر وعدمه ولکن بعد صراحة الصحیحة الاولی فی اختصاص الحکم بما اذا لم یدع مال اخر فتقید هذه
بتلک مع ان مدعی منع الاطلاق لها غیر مجازف فان قوله نعم فی ثمن رقبتها لم یعلم کونه واردا فی مقام البیان عن جمیع الجهات
فلعله کان علیه السلام بصدد بیان جواز بیع ام الولد فی الجملة ای کان فی مقام اصل التشریع وقد ذکرنا فی الاصول ان شرط
التمسک بالاطلاق ان لا یکون الحکم فی مقام اصل التشریع کالاوامر الواردة فی الکتاب المتعلقة بالمهیات کقوله عز من قائل
اقیموا الصلوة واتوا الزکوة وان لا یکون واردا مورد حکم اخر کقوله سبحانه کلوا مما امسکن فانه مسوق لحلیة ما اصطاده
الکلب المعلم فلا یمکن التمسک باطلاقه للحکم بطهارة محل عضه نعم لو اخترنا ما اختاره المش قبل السلطان من ان المطلقات
موضوعة للمهیة اللابشرط القسمی بان تکون موضوعة للاطلاق لکان للتمسک باطلاقها ما لم یعلم تقییدها مجال لا یقال
کون المتکلم فی مقام البیان یحرز بالاصل العقلائی وان قیل بمقالة السلطان من کون المطلق موضوعا للمهیة اللابشرط القسمی
واذا ثبت الاطلاق فلا یمکن تقییده بالصحیحة الاولی لان مورد التقیید انما هو فی العموم البدلی لا الشمولی لعدم التنافی بین
جواز بیعها مع القیود الثلاثة وجوازه مط غایة الامر یقع المعارضة بینه وبین صحیحة ابن مارد الدالة علی عدم جواز بیعها مط
والنسبة بینهما عموم من وجه فان روایة ابن مارد خاصة من جهة وهی کون البایع نفس المولی وعامة من اخری وهی عدم
الفرق فی کون البیع لثمن رقبتها او لغیره وهذه الروایة خاصة من جهة وهی کون البیع لثمن رقبتها وعامة من اخری وهی
کون البایع مولاها او غیره وشمول هذه الروایة لمادة الاجتماع وهی کون البایع مولاها فی ثمن رقبتها اظهر من صحیحة

ابن مارد لكون صحيحة ابن مارد بمنزلة الادلة الواردة للعناوين الاولية وهذه الرواية بمنزلة العنوان الثانوى الطارى
فهى حاكمة على الصحيحة لا انا نقول انما الاجمال المطلق على المقيد فى العموم الاستغراقى اذا لم يكن المقيد فى مقام التحديد
الاحتراز لانه فى غير هذا المورد لا موجب للحمل لامكان ان لا يكون السؤال عن تمام موارد جواز بيع ام الولد فالجواب
لا يفيد الحصر كما هو منشأ نظر المضقدة فى قوله واندفاع التوهم بكلا شقيه واضح واما اذا كان فى مقام التحديد كما
هو ظاهر السؤال فى قوله فكيف ذلك فالجواب بما يدل على الحصر بقوله ايما رجل اشترى جارية فاولدها او يؤدى عنها
ولم يدع من المال ما يؤدى عنها موجب لتقييد ما يدل بالطلاق على جواز بيعها فى ثمن رقبتها ودعوى اظهرية
الروايتين من صحيحة ابن مارد فى مادة الاجتماع اما لما ذكرناه واما لما ذكره المضقدة من ان الصحيحة ليست فى مقام بيان
البيع لثمن رقبتها لقوله فتمكث عنده ما شاء الله فان من البعيد عادة اداء ثمنها فى خلال هذه المدة المديدة مع ان ظاهره
جواز بيعها اقتراحا لا لاضطرار لقوله فيبدو له فى بيعها غير مسموعة لان المدار فى التعارض انما هو على جواب الامام
فان قوله هى امنه ان شاء باع ما لم يحدث عنده حمل عام يشمل جميع الموارد وظاهره فى ان الحمل مطلقا موجب لخروج الامة
عن استيلاء المولى وكيف كان فالحق انه لا تصل النوبة الى تعارض رواية عمر بن يزيد مع صحيحة ابن مارد لان الصحيحة
الاخرى عن عمر بن يزيد تقيدها بما بعد الموت على فرض ظهورها فى العموم مع انه ممنوع فان قوله تباع ظاهر فى ان المولى
غير البايع وعلى اى حال فلو قلنا بجواز البيع ايضا فى حال الحجوة فى ثمن رقبتها فالاقوى اختصاصا اذا لم يكن للمولى لها
اصلا لا من المستثنيات ولا من غيرها وتوهم ان مستثنيات الدين يزاحم حق الدبان فمزاحمتها لحق الاستيلاد الغير المزاحمة
لحق الدبان اولى فاسد لانا لا ندعى وجوب بيع المستثنيات لاداء الدين الذى على المولى فى ثمن رقبتها حتى يقال
ههنا حقوق ثلاثة حق ام الولد وحق الدبان وحق المالك فى المستثنيات عن الدين فاذا لم يزاحم الاول الثانى فكيف
يزاحم الثالث بل ندعى ان كلا من المستثنيات والاستيلاد مزاحم لحق الدبان لا مزاحمة بينهما لامكان ورود كل
منهما على المال الذى تعلق به الدين فيكون كل منهما مخصصا لادلة وجوب اداء الدين بل يمكن دعوى اقوائية حق الاستيلاد
من حق المالك فى المستثنيات لان الاستيلاد يخرج المملك عن الطلقية بخلاف حق المالك فانه لا شبهة فى انه يجوز له
بيعها واداء الدين منها وان لم يجب عليه وبالجملة لا تزاحم بين الاستيلاد وحق المالك فالعمدة ملاحظة الدليل الوارد
فى المقام فنقول ظاهر قوله ولم يدع من المال ما يؤدى عنه بناء على شموله لحال الحجوة انه لو يدع ما يمكن ان يؤدى
عنه ومع وجود المستثنيات يمكن اداء الدين منها وان لم يجب نعم لو كان المولى مبتلى مؤونة التجهيز مما لا يمكن ان يؤدى
عنه الدين فتباع ام الولد ثم هل الثمن الذى يجوز بيعها لمخصوص مما اذا كان الثمن الواقع فى عقد المعاوضة بنفسه
دينا او يشمل جواز البيع لغاية اداء الثمن سواء كان من قبيل الاول ام استدان الثمن واشترى الامة نقدا بل ولو استدان

لا يخفى ان السؤال
اذا كان فى مورد
خاص فالجواب
وان لم يكن عموما
فى الخصائص
بالمورد بل الاقل
من ظهوره فيه
على فرض ان لا يكون
ان يكون منها
لو لم نقل بعمومه
لكل مورد
من فقد

لا يخفى ان ما
اختاره المصنف
انما هو فى
صحيحة الحلبى
الاخرى وهى
رواية عمر
بن يزيد

ثمنا لاداء الثمن الذي في ذمته عوضا عن الامة وجوه اقويها الاول وقد اختار المصنف اولا الحاق الثاني بالاول ثم تامل
فيه ووجه تامله ان ظاهر النص والفتاوى اختصاص جواز البيع بما اذا كان عوض الامة بنفسه في ذمته لا عوض العوض فان
قوله ع ولم يؤد ثمنها ظاهر في ان الثمن عوض عما يطلبه البايع وبالجملة هنا موارد خمسة يحتمل جواز البيع في جميعها الاول
بيعها في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضة الثاني بيعها في الدين الذي استقرضه المولى واشترى به الامة الثالث
بيعها لوفاء الثمن الذي استدانه لوفاء ثمن الرقبة الذي كان في ذمته الرابع بيعها لاداء ما اشترط عليه في عقد المعاوضة كما
اذا اشترط البايع على المشتري ان ينفق عليه مدة ولم يتمكن من الانفاق الا ببيع الجارية او اشترط عليه ان يخيط له ثوبا او يعمل
عملا يتوقف الوفاء به على بيع الامة فان بيعها للوفاء بالشرط بمنزلة بيعها لاداء بعض ما عليه من الثمن لان للشرط قسطا
من الثمن الخامس بيعها لاداء قيمتها اذا تعلق بها ضمان اليد كما اذا كان للبايع حق الفسخ وفسخ بعد الاستيلاد بناء على
جواز تصرف المشتري في زمان خيار البايع وبناء على ان الاستيلاد اللاحق مانع عن الحق السابق فحيث لا يمكن رد نفس
الرقبة فهي بمنزلة التلف فلا بد من رد قيمتها واذا لم يتمكن منه فتباع لاداء القيمة التي يضمنها للمشتري ولكن الاقوى عدم
جواز البيع الا في القسم الاول لانه هو الذي يصدق عليه انها تباع في ثمن رقبتها واما في سائر الاقسام فبيعها ليس الا
لامر خارج لا سيما في الرابع والخامس اما الرابع فان قسطا من الثمن وان كان في اللب واقعا بازاء الشرط الا ان في عقد
المعاوضة لم يجعل بازائه شيء فكيف يصدق انها تباع في ثمن رقبتها واما الخامس فامره اوضح لانه بمنزلة بيعها في دين اخر
لان المفروض انه ادى ثمن رقبتها والبدل الذي يجب عليه الرد بعد الفسخ لا ربط له بثمن رقبتها مع انه لو جاز بيعها لاداء
هذا الثمن وصح انتقالها الى غير المولى المستولد لجاز انتقالها الى المولى الاصلي الذي باعها فالاقوى انه لا يصح بيعها
الا بعد موت المولى في ثمن رقبتها الذي وقع في عقد المعاوضة هذا كله في ثمن رقبتها او ما ينتهي اليه واما بيعها في دين اخر
فالاقوى عدم جوازه مطلقا كان المولى حيا او ميتا كان الدين مستغرقا ام لا خلافا للشيخ والشهيدين والفاضل المقداد و
الشيخ مفلح الصيمري فجوزوا البيع بعد موته اذا كان الدين مستغرقا ولعل منشأ فتواهم بالجواز في هذه الصورة ما ذكره في
الروضة من انها انما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها ولا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق بل تصرف في الدين
ويؤيده ايضا مقطوعة يونس فان قوله فان كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد بمفهومه يدل على عدم كونها للولد
ان كان على مولاها دين ومعلوم انه ليس مطلق الدين مانعا عن الارث بل هو الدين المستغرق ولكنك خبير بان الرواية
مع كونها مقطوعة مطلقة فتقيد بما دل على جواز بيعها في خصوص ما اذا كان الدين ثمن رقبتها واما ما اختاره
الشيخ ومن تبعه في مسئلة الدين المستغرق فالاقوى خلافه لان التركة تنتقل الى الورثة غاية الامر لا يجوز لهم التصرف
ما لم يؤدوا الدين فاذا انتقلت اليهم تعتق الامة من نصيب ولدها وهذا هو الذي اختاره الشهيد الثاني في المسالك

نعم استشكل عليه صاحب المقابس انتصارا للشيخ بامور اربعة احدها ان المستفاد مما دل على انها تعتق من نصيب ولدها ان
ذلك من جهة استحقاقها لذلك النصيب من غير ان تقوم عليه اصلا وانما الكلام في باقي الحصص اذا لم يف نصيبه من جميع
التركة بقيمة امه هل تقوم عليه او تسعى هي في اداء قيمتها انتهى وحاصل ايراده ان ادلة الانعتاق من نصيب ولدها تختص بما
اذا انعتقت عليه مجانا من دون ان يكون عليه شيء وهذا يتم فيما اذا لم يكن الدين مستغرقا واما اذا كان مستغرقا فلا تقوم
على الولد فلا وجه للانعتاق فلا مانع من بيعها وبالجملة اما لا تنعتق عليه واما اذا انعتقت فتنعتق عليه مجانا فاذا
امتنع الاخير تعين الاول وثانيها ان النصيب اذا نسب الى الوارث فلا يراد منه الا ما يفضل من التركة بعد اداء الدين
وساير ما يخرج من الاصل والمقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له تفصيا من
لزوم بقاء الملك بلا مالك انتهى هذا الوجه يرجع الى الوجه الاول لان حاصله ان ادلة الانعتاق من نصيب الولد
لا تشمل هذا الملك الثاني بل يختص بالنصيب الذي للولد بعد اخراج الدين والحقوق المتعلقة باصل المال كالحج
الميقاتي والخمس والزكوة ونحو ذلك وهذا انما يجري فيما اذا بقي للميت مال زائد على الحقوق المتعلقة به لا ما اذا كان الدين
مستغرقا بحيث كان الحكم بانتقال المال الى الورثة من باب احتياج الملك الى المالك وثالثها الذي هو الرابع في كلامه
ان ما ادعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الاصحاب ولا دل عليه دليل معتبر وما يوهمه الاخبار
وكلام الاصحاب من اطلاق الملك فالظاهر ان المراد به غير هذا القسم ولذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق
عليه بناء على صحة الوقف وانتقال الموقوف الى الموقوف عليه انتهى ومرجع هذا الوجه ايضا هو الوجه الاول لان حاصله
ان ادلة الانعتاق لا تشمل هذا النحو من الملك والاصحاب ايضا لم يصرحوا بذلك لان ظاهرهم اختصاص الانعتاق بالملك
المستقر ولذا لا يلتزمون بانعتاق العمودين على الموقوف عليه اذا وقفهما الواقف عليه مع انهم يلتزمون بصحة الوقف وتملك
الموقوف عليه العين الموقوفة ورابعها الذي هو الثالث في كتابه انه يلزمه على كلامه انه متى كان نصيب الولد من اصل التركة باجمعها
يساوي قيمة امه تقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق ام لا وسواء كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون ونحوها يساوي
قيمتها ام لا وكذلك لو ساوى نصيبه من الاصل نصفها او ثلثها او غير ذلك فانه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان ويسقط
من القيمة نصيبه الباقي الثابت ان كان له نصيب ويطالب بالباقي وهذا مما لا يقول به احد من الاصحاب وينبغي القطع ببطلانه
وحاصل هذا الوجه ان كلام المسالك في قوله والاقوى انتقال التركة الى الوارث مطلقا وان منع من التصرف فيها على تقدير
استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ويلزمه اداء مقدار قيمة النصيب من ماله لازمه ان يخسر الولد
قيمة امه او بعضها للديان وان تنعتق الام عليه ايضا لان مقتضى ما ادعاه من انتقال المال الى الورثة هو انعتاق الام عليه
اما بتمامها لو لم يكن وارث غيره واما بمقدار نصيبه من التركة لو كان هناك وارث غيره ومقتضى قوله ويلزمه اداء مقدار

قيمة النصيب من ماله ان يتضرر هذا المقدار للديان او للورثة ولازم هذا الكلام هو التزامه بالتقويم عليه في صور ثلث
الاولى ما اذا كان نصيب الولد من مجموع التركة يساوي قيمة الام سواء كان هناك دين مستغرق ام لا فاذا فرضنا عدم
استغراق الدين بان كان الدين مائة والتركة مائتين وقيمة الامة مائة وباقي التركة مائة والورثة منحصرة بولد ام الولد
واخ له من غير امه فلو قلنا بانتقال التركة باجمعها الى الورثة فتنعتق الام باجمعها على الولد لان نصيبه من التركة بمقدار
قيمة الام فيجب عليه ح خمسون وعلى اخيه كذلك فيحصل لاخيه خمسون وهو تضرر بخمسين ولا شيء له سوى الام نعم اذا
استغرق الدين يخسر كل منهما ما انتقل اليه الثانية ما اذا كان نصيبه الثابت في الباقي بعد الديون ونحوها مما يخرج
من المال مساويا لقيمة امه او اقل لان المفروض انتقال ما يساوي قيمتها اليه قبل الدين فاذا فرضنا ان الورثة كالصورة
السابقة والتركة ثلثمائة وقيمة الام مائة والدين وما يلحق بالدين مائة فنصيب الولد من التركة بعد الدين ونحوه يساوي
قيمة امه فالام تنعتق جميعها عليه ويقوم عليه نصف قيمتها لاخيه ونصف المائة الباقية له فيتهاتر النصيبان فيكون تمام
المائة في الحقيقة لاخيه والام بتمامها له واذا فرضنا ان الدين ونحوه مائتان فنصيبه منها بعد الدين ونحوه اقل
الا ان نصيبه من التركة ازيد من قيمة الام لان نصيبه مع قطع النظر عن الدين مائة وخمسون فلا بد من ان تنعتق الام
باجمعها عليه وان يخسر نصف قيمتها لاخيه فان ما بقي من التركة يرد الى الديان والامة مشتركة بين الاخوين فاذا
انعتقت عليه يجب ان يخسر قيمة نصفها لاخيه الثالثة ما اذا كان نصيبه من الاصل نصفها او ثلثها او غير ذلك فانه يقوم
عليه نصيبه كائنا ما كان ويسقط من القيمة نصيبه الباقي الثابت ان كان له نصيب ويطالب بالباقي مثلا اذا فرضنا ان
الدين مستغرق ومجموع التركة يساوي مائة وعشرين وقيمة الام تسعين وباقي التركة ثلاثين والوارث كالسابق فنصيب
الولد من التركة النصف وهو يقابل ثلثين من الام فينعتق عليه ثلثان منها وينعتق الباقي بالسراية فتسعى الام في
ثلثها للديان وعليه ستون وعلى اخيه ثلاثون واذا فرضنا انحصار التركة في هذه الصورة بالام وقيمتها مائة وعشرين فنصيبه
منها نصفها فعليه ستون وعلى الام ستون ولو فرض ان التركة كالسابق بان كان قيمة الام تسعين وباقي التركة ثلثين
والدين مستغرق والورثة ثلاثة فنصيب ولد ام الولد منها ثلثها ومن باقي التركة ايضا ثلثها والمجموع اربعون فتنعتق
عليه اربعة اتساع من الام ويسري العتق في الباقي فعلى الام خمسون وعليه اربعون وباقي التركة ايضا للديان من سهم الاخوين
ومن سهم ولد ام الولد ولو فرض في هذه الصورة ان الدين تسعون فينعتق عليه ايضا اربعة اتساع الا انه يسقط من الاربعين
نصيبه الباقي في الثلثين وهو عشرة فيطالب بالثلثين فعليه ثلاثون غير هذه العشرة وعلى اخويه ستون الا ان الام تسعى
في خمسين من نصيبهما من الدين ويدفعان الى الديان ايضا العشرة التي كانت من نصيب ولد ام الولد فيبقى لهما من التركة
عشرون وحاصل اشكال المقايس على المسالك ان اللازم من كلامه ان ينعتق نصيب الولد منها او ما يساوي نصيبه منها

من اصل التركة ويغرم الولد مع ذلك قيمة ما انعتق منها وهذا لم يقل به احد فان في مورد الانعتاق القهري لم يقل احد
بالتقويم على من ينعتق عليه الا الشيخ في الخلاف ورجع عنه في المبسوط بل قيل ان الشيخ ايضا لم يقل بذلك الا في مورد عدم
استغراق الدين للتركة فقال يجب على الولد فك الباقي من ماله بعد بذل ما قابل سهمه الذي ورثه من الميت ووافقه
ابن حمزة فقال بانه يسعى في الباقي ومدركه الخبر المذكور في باب الاستيلاد فراجع هذا حاصل ما اورده صاحب المقابس
على الشهيد الثاني واورد عليه المص قده بقوله ويمكن دفع الاول اه توضيح ما افاده ردا على ايراداته الاربعة وعلى ما افاده
بقوله وبالجملة فالجمع بين ادلتهم وفتاويهم مشكل يتوقف على تمهيد مقدمتين الاولى يظهر من الفقهاء قدس الله تعالى اسرارهم
انه لو انعتق مقدار من الرق على شخص فتارة يكون المنعتق عليه هو المباشر لعتقه بالاختيار كعتق احد الشريكين نصيبه او شراء
شخص او اتهابه مقدارا ممن ينعتق عليه واخرى يكون العتق بغير اختياره كارث العمودين مط وارث الرجل احدى المحرمات
عليه نسبا فاذا كان بسبب اختياري فيسري عتق البعض الى الكل ويقوم عليه نصيب ساير الشركاء اذا كان موسرا واما اذا
كان بسبب قهري فقد اختلفوا في وجوب السعي على الرق او على من انعتق عليه بعد الاتفاق على سراية انعتاق البعض الى
الكل فالمش انه على نفس الرق ومختار الشيخ في الخلاف الذي رجع عنه في المبسوط وابن حمزة انه على من انعتق عليه لخبر غير معمول
به كما اشرنا الى ذلك ثم ان مقدار الانعتاق في الانعتاق القهري في غير ام الولد هو مقدار نصيب الوارث من نفس الرق
واما في ام الولد فلو لم يكن هناك دين مستغرق للتركة فهو مقدار نصيب الولد من جميع التركة والفرق بينهما هو النص ولو
لا ذلك لكان مقتضى الاصل عدم انعتاقها عليه الا بمقدار نصيبه من الام وعلى اي حال لو لم يف نصيبه من التركة
بمقدار الام لم يقل احد بانه ينعتق عليه من ساير امواله لعدم الدليل عليه واما اذا كان الدين مستغرقا فلا وجه لانعتاق
نصيبه من جميع المال عليه وان قلنا بان التركة تنتقل الى الورثة حتى مع احاطة الدين بالتركة وذلك لان ساير التركة
غير ام الولد قابل لان يكون مخرجا للدين سواء كان رقا او غيره من ساير الاموال واما ام الولد فحيث ثبت بالنص انها
لا تباع في غير ثمن رقبتها فهي ليست قابلة لتعلق الدين بعينها فلا يجوز للورثة ان يدفعها بدلا عنه ولا للديان اخذها تقاصا
لو امتنع الوارث من اداء الدين وحاصل الفرق بين ام الولد وغيرها من العبيد امران الاول ان ام الولد تنتقل الى الولد
وتنعتق عليه بمقدار نصيبه من التركة واما غيرها فينعتق على من ينعتق عليه بمقدار نصيبه منه الثاني ان ام الولد لا يتعلق
بعينها حق الديان فلا يمكن ان لا تنعتق على ولدها واما غيرها فيتعلق بعينه حق الديان فمع استغراق الدين لا وجه لانعتاقه
وان قلنا بانتقالها الى الورثة لان موت المولى علة لامرين احدهما انتقال تركته الى وارثه والثاني تعلق حق الديان بتركته
وهذان المعلولان يوجدان في رتبة واحدة والانعتاق امر مترتب على احد المعلولين وهو لا يمكن ان يتحقق مع مزاحمة حق
الديان مع ما هو علته وهي تملك الورثة لمن ينعتق عليه فاذا تعذر انعتاق ساير من ينعتق على الورثة مع احاطة الدين

فكذلك لا يمكن انعتاق ام الولد من جميع نصيب الولد من التركة مع احاطة الدين لان غير ام الولد من سائر الاموال قابل لتعلق
الدين بعينه فلا يرثه الولد بلا مزاحم حتى يدخل في نصيبه ويشمله النصوص الدالة على ان ام الولد تنعتق على ولده بمقدار نصيبه
من التركة الثانية ان منشأ عدم التزام الفقهاء بان ام الولد من مستثنيات الدين مع انهم خصوا جواز بيعها بما اذا كان في
ثمن رقبتها هو ان لازم فتويهم بانعتاقها على الولد بمقدار نصيبه من التركة وسعيه او سعيها في مقدار حصة باقي الورثة لو لم
يكن على الميت دين هو ان صفة كون الامة ام الولد لا تقتضي سقوط حق الديان عنها راسا بحيث يكون حكمها حكم الكفن لان تعلق
حق ساير الورثة بها ممن لا تنعتق عليه يقتضي تعلق حق الديان بها لان هذا الحق اسبق من حق الورثة لكون الارث بعد الوصية
والدين اذا عرفت ذلك ظهر ان الجمع بين ادلتهم وفتويهم ليس بتلك المثابة من الاشكال كما هو مقتضى المقدمة الثانية واما
ايراداته على المسالك فالثلاثة الاول غير واردة عليه اصلا اذا كان ضمير منها في كلامه راجع الى الام لا الى التركة لما عرفت من
ان مقتضى النص على ان ام الولد لا تباع في غير ثمن رقبتها ان لا يكون حق الديان متعلقا بعينها ومقتضى ما عرفت من ان ام
الولد ليست كمؤنة التجهيز بحيث لا يتعلق الدين بها راسا هو الجمع بين حق ام الولد وحق الديان ومقتضاه هو انعتاق
ام الولد بمقدار نصيبه منها وسراية العتق الى البقية بمقتضى ادلة العتق بالسراية وحيث ان المختار في الانعتاق القهري هو
سعاية نفس المعتق بالفتح فتسعى الام في الزائد عن نصيب الولد منها وتقوم على الولد قيمة نصيبه منها وتدفع الى الديان نعم
لو رجع ضمير منها الى التركة فلا يصح جزء من كلام المسالك كما سنشير اليه وبالجملة لا وجه لدعوى عدم انعتاق ام الولد في الدين
المستغرق سواء قلنا بانتقال التركة الى الورثة او قلنا ببقائها على حكم مال الميت لان ام الولد ليست من قبيل ساير الاموال
القابلة لتعلق حق الديان بعينها وقياسها على العبد الموقوف على الطبقات مع الفارق لان عدم انعتاقه على ولده اذا صار
الولد موقوفا عليه ليس من جهة عدم كونه ملكا تاما له بل لتعلق حق ساير الطبقات به واما الديان فلم يتعلق حقهم بعين
الرقبة فلا مانع من انعتاقها على ولدها بمقدار نصيبه منها واما الايراد الرابع فقد اجاب عنه المص بانه انما يرد عليه
اذا قلنا بان قيمتها بعد الانعتاق تتعلق بالولد واما اذا قلنا باستسعائها فلا يرد عليه شيء ومبنى هذا الجواب على تسليم
الاشكال في جزء من كلام المسالك وهو التقويم على الولد والدفع عنه في الجزء الاخر وهو انتقال التركة الى الورثة وحاصل
ايراد المص على المقابس ان عدم امكان التقويم على الولد ليس مانعا من انتقال التركة الى الورثة لامكان الجمع بينه وبين عدم
التقويم عليه بان يجب السعي على الام ولا يخفى ان الصواب اولا توضيح ما افاده المقابس ردا على المسالك ثم الدفع عنه
فنقول قد ظهر مما ذكرنا من تفصيل الصور انه لا يندفع اشكال المقابس على المسالك لو كان ضمير منها في قوله والاقوى
انتقال التركة الى الوارث مطلقا وان منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن
دين ويلزمه اداء قيمة مقدار النصيب من ماله اه راجعا الى التركة كما هو ظاهر كلامه من قياس صورة استغراق الدين

على ما لم يكن دين لانه لو لم يكن دين فينعتق على الولد نصيبه من جميع التركة على ما صرح به في كلامه قبل هذا باسطر فلو
انعتق عليه امه من نصيبه من جميع التركة فالالتزام بوجوب السعي على الام لا يدفع الاشكال لان حاصل اشكال المقابس
هو انه لو قلنا بانعتاق ام الولد في جميع الصور فانما هو من جهة عدم قابلية ام الولد لان تكون مخرجا للدين واما سائر التركة
فلا مانع من ان يكون مخرجا للدين ومقتضى قول المسالك بانه يقوم عليه مقدار قيمة النصيب من ماله ان ام الولد في
جميع الصور حتى في غير الدين المستغرق تنعتق بمقدار تمام نصيب الولد من التركة فلا يكون شيء مما يرثه من التركة مخرجا
للدين بل انما يقوم عليه بمقدار سهمه من الدين الذي لولا ام الولد لكان للوارث ان يؤديه من عين التركة ولو امتنع لكان
للديان اخذه منها وهذا مما لا يقول به الاصحاب ومما ينبغي القطع ببطلانه سواء قيل بالتقويم على الولد ام قيل بسعي الام
واما لو كان ضمير منها راجعا الى الام فلا يرد عليه اشكال والظ ذلك لانه قده بصدد بيان ان احاطة الدين بالتركة غير
مانع عن انتقالها الى الوارث غاية الامر يجب عليه دفع ما قابل سهمه ممن ينعتق عليه الى الديان جمعا بين الحقين وهذا لا
يلازم التقويم عليه في جميع الصور حتى مع الدين الغير المستغرق ولا يلازم القول بانعتاق الام على الولد بمقدار تمام نصيبه
من التركة ولتوضيح ذلك لا بأس بذكر بعض عبائر القوم وعبارة المسالك في نكاح الاماء قال في الشرايع في باب
الاستيلاد اذا مات مولاها وولدها حي جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه ولو لم يكن سواها اعتق نصيب
ولدها منها وسعت في الباقي وقال في نكاح الاماء فام الولد لا تنعتق الا بعد وفات مولاها من نصيب ولدها ولو عجز
النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم ولدها السعي فيه او الفك من ماله وقيل يلزم ومراده من هذا القائل هو الشيخ في النهاية
حيث قال يجب السعي على الولد اذا كان ثمنها دينا على مولاها ولم يخلف سواها وعن الوسيلة انه يجب السعي عليه ان كان
عليه دين في غير ثمنها وعنها ايضا انه يجوز بيعها في دين مولاها وان لم يكن ثمنا اذا كان الدين محيطا بالتركة وقال في المسالك
لا ريب ان مجرد الاستيلاد ليس سببا للعتق نعم تتشبث بالحرية وانما تعتق بموت المولى لان ولدها ينتقل اليه منها شيء
او ينتقل جميعا اذا كان هو الوارث خاصة فتنعتق عليه ما يرثه منها لان الولد لا يملك الام ولو بقي منها شيء خارج عن
ملكه سرى اليه العتق ان كان نصيبه من التركة يفي به والا عتق بقدره ولو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت هي دون الولد
ولا يسري اليه لو كان له مال من غير التركة لان السراية مشروطة بالملك الاختياري والارث ليس منه وانما سرى اليه في
باقي نصيبه من التركة لاطلاق النصوص في انها تعتق من نصيبه من التركة والا لكان الاصل ان لا ينعتق عليه سوى
نصيبه منها ثم نقل عن النهاية وجوب السعي على الولد الى ان قال الاقوى انتقال التركة الى الوارث مط وان منع من
التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين ويلزمه اداء مقدار قيمة النصيب من
ماله انتهى وفي الجواهر في كتاب الاستيلاد بعد ان نقل عن الدروس جواز بيعها في الدين المستغرق لانه لا نصيب

ولدها الذي عتقها بعد الوفاة مستدلا له قال وان كان قد يناقش بان الاصح انتقال التركة الى الوارث وان كان الدين مستغرقا فتجب اعتاق نصيبه منه بملكه وان كان الدين مستغرقا لكن قد يدفع لظهور التصوف في اعتاقها من نصيب ولدها الذي لا تعلق حق فيه والفرض في المقام تعلق حق الدين فيها وان قلنا بملك الوارث اللهم الا ان يكلف الولد بما يخصها من الدين او هي بالسعي وهما الا دليل عليهما بل الظاهر الاداء خلافه ولا يخفى ان هذا الكلام الا يخص من الجواهر هو الوجه الاول في كلام المقابس وهو قوله ان المستفاد مما دل على انها تعتق من نصيب ولدها ان ذلك من جهة استحقاقها ذلك النصيب من غير ان تقوم عليه صلاة اذا عرفت ذلك فنقول على فرض رجوع ضمير منها في عبارة المسالك الى التركة حتى يكون مختاره انعتاقها الا على الولد بمقدار نصيبه من التركة الا ان ظاهر كلامه انما هو فيما لم يكن على الميت دين واما اذا كان عليه دين فلم يظهر منه ذلك فيمكن ان يلتزم بانعتاقها عليه بمقدار نصيبه من تمام التركة او بمقدار نصيبه من الام فلو اراد الاول يرد عليه انه لا وجه لانعتاقها هذا المقدار مع قابلية غير الام لتعلق حق الدين به ولو اراد الثاني لا يرد عليه الا ما افاده صاحب الجواهر من ان نصوص الانعتاق ظاهرة في النصيب الذي لا يتعلق حق به وفي مورد الدين المستغرق يتعلق حق الدين به ولكنك خبير بان نصوص الانعتاق غير معرضة لهذه الجهة ولا ينافيها انه اذا انعتقت الام على الولد لا تقوم عليه ولو فرض دلالتها على ذلك يلتزم بوجوب السعي على الام فذعوان ما افاده المسالك قطعي البطلان ولم يقل احد من اصحابنا بما لا يصغى اليها وعلى اي حال سقوط حق الدين عن ام الولد عينا وقيمة بحيث تكون من قبيل مؤنة التجهيز لا وجه له فان الانعتاق لا يقتضي ذلك قوله قده ومنها تعلق كفن مولاها الخ هذه هي الصورة الثانية من موارد القسم الاول الذي قبل تعلق حق المولى بها على ما حكاه في الروضة ولكن قيد جواز بيعها لكفنه بما اذا لم يمكن بيع بعضها والا اقتصر عليه بلحق بالكفن سائر مؤنة التجهيز فانها ايضا كالكفن يقدم على الارث ثم ان الكلام قد يقع تارة بنا على عدم جواز بيعها الا في ثمن رقبتها واخرى بنا على جوازه في مطلق الدين اما على الاول فالحق انها كالاباق لمؤنة التجهيز ايضا وما يقال من ان المنع عن بيعها انما هو لغاية الارث ومع احتياج الميت الى التجهيز فالارث مدفوع بان هذه حكمة لا علة حتى يدور الحكم مدارها هذا مضافا الى ان هذا فرع تقدم حق الميت ومقتضى ما يستفاد من الروايات المتقدمة من انهن لا يبعن في غير فكاك رقابهن هو تعلق حق الورثة بها واما على الثاني فقد يتوهم انه لا مانع من بيعها لمؤنة التجهيز لانه لا اشكال في ان الارث واقع في المرتبة الرابعة من مراتب تعلق الحقوق بمال الميت فان اول المراتب هو مؤنة التجهيز على ما يستفاد من النصوص من انه يبدء بالكفن والثاني هو الدين والثالث هو الوصية والرابع هو الارث فاذا كان الكفن مقدما على الدين الذي هو مقدم على الارث بمرتبتين فتقدم على الارث بطريق اولى ومن هذا البيان يمكن القول بتقديم الكفن على

في النصوص الثانية

الا ارث بل على الدين الذي في ذمته المولى من ثمن رقبتها حتى بناء على اختصاص جواز بيعها بذلك ولكنك خبير بفساد التوهم
المذكور سيما بناء على اختصاص جواز بيعها في ثمن رقبتها فان الارث لو كان في المرتبة الرابعة من الحقوق المتعلقة بمال الميت
الا ان اولوية تعلق حق التجهيز من الاستيلاد ممنوعة لانه يمكن ان يقال بتقدم حق الميت على الاستيلاد اذا كان له مال
بمقدار التجهيز فيؤخذ منه الكفن ولا يصرف في ثمن رقبة الامة فضلا عن سائر الديون بل تباع الامة في ثمن رقبتها ولا يكون هذا
التقدم فيما اذا لم يكن له مال غير الامة بل يمكن الجمع بين الحقين بان تعتق الامة من نصيب ولدها ويتعلق برقبتها مؤونة التجهيز
فتوجر نفسها لها وكيف كان فدعوى الاولوية القطعية غير مسموعة فما يستفاد من اخبار تقدم حق الميت على حق امر
الولد اذا كان له مال بمقدار تجهيزه حيث انه يصرف المال في التجهيز ولا تخلص الامة من ثمن رقبتها بهذا المال بل تباع هي
لهذا الدين بمقتضى ترجيح حقه على حقها فيما اذا لم يكن له مال بهذا المقدار فلا يبعد ان يصح بيعها لصرف ثمنها في مؤونة التجهيز اذا
لم يكن عليه دين غير ارث الاملاز قوة بين الصورتين فلعل بيعها في ثمن رقبتها كان لخصوصية لا تجري في غير هذا المورد وبالجملة لما
ثبت بالدليل جواز بيعها في ثمن رقبتها فتباع اذا لم يكن للمولى مال اخر وكان ولم يمكن ان يصرف في الدين كفن كفنه او ثمنه و
اما اذا لم يكن ثمن رقبتها دينا على المولى فلا وجه لان يتقدم حق المولى على حق الامة مع عدم قيام الدليل على جواز بيعها في ثمن
كفن المولى مع كون الاستيلاد سابقا وعدم احراز اهمية حق المولى حتى لا يكون موقع لترجيح الاسبق زمانا على اللاحق ثم انه
لو قيل بالجواز فانما هو فيما لم يكن متزعزع لمؤونة التجهيز بل قيل انه لو امكن استئجار الامة لها بان توجر نفسها لها بقي حق الاستيلاد
لامكان الجمع بين الحقين وارتفاع الضرورة وتغلب جانب الحرية ثم لا يخفى ما في قوله قده ولو فرض تعارض الحقين فالمرجع
الى قاعدة السابق قبل الحاجة الى الكفن لانه لو فرض الشك في اهمية حق يقدم على حق الامة ولو كان سابقا واهمية حق الامة
او تساوي الحقين حتى يقدم حق الامة لسبقه فلا يمكن التمسك باستصحاب المنع لعدم احراز اتحاد القضية المشكوكة مع المتيقنة
لان بيعها قبل الموت لم يكن بيعا في الكفن الان يقال ليس هذا اختلافا في الموضوع بل انما هو من الاحوال العارضة له التي
لم تكن في السابق ثم عرضت بعد ذلك فصار منشأ للشك في الحكم قوله قده ومنها ما اذا جنت على غير مولاها في حال حرية
اه اي عن موارد القسم الاول جنايتها على غير مولاها في حرية المولى واما بعد موته فهي اما حرة فخالصة او امة فكذلك والحكم
في كلتا الصورتين واضح ثم ان جنايتها في حرية المولى اما عمدية واما خطائية اما العمدية فحيث ان الجناية اللحقي عليها او ورثته فلا
اشكال في قابليتها لان تسترق وتصير قنا خالصا وملكا طلقا اما كلا او بعضا ولا وجه لتوهم انتقالها الى المجني عليه او
ورثتها على نحو كان ملكا للمولى من التشبث بالحرية لانها لم تنتقل اليه بنقل من المولى حتى تكون كما كانت بل انما انتقل
قهرا عليه ومن دون اختيار ومباشرة منه والا كان باطلا لما تقدم من ان عمد جواز النقل لا يختص بالبيع بل من مناسبة الحكم
والموضوع يستفاد ان ذكر البيع في قوله الاتباع من باب التنبيه على العام بذكر الخاص فلا يصح النقل من المولى طلقا

قوله قده والاقوى في الصورة الثالثة

فالجناية العمدية لا اشكال فيها واما الخطائية فالحق انه لا يجوز للمولى تسليمها الى المجنى عليه او ورثته سواء قلنا بان التخيير بين الفداء والتسليم من التخيير بين الامرين الوجوديين او من التخيير بين الوجود والعدم وهما الفداء والتخلية بينها وبين المجنى عليه او ورثته لان ترك الفداء والتسليم والتخلية يقتضى استحقاق المجنى عليه او ورثته استرقاقها اما على الاول فواضح لان فى جميع موارد التخيير بين الوجودين اذا تعذر احدهما تعين الاخر فى المقام تسليمها من المولى متعذر لما عرفت من ان كل نقل ضمنى ممنوع فيتعين عليه الفداء واما على الثانى فان الترك وان كان عدميا الا ان المولى صار سببا للاسترقاق والانتقال الى غيره حقيقة وفى المعنى هو نقلها من ملكه الى ملك غيره فيمنع عليه ايضا فيحصر المخلص بالتقدية قوله قدس سره ومنها ما اذا جنت على مولاها اه لا يخفى ان جواز بيعها فى هذه الصور وما يتلوها من الصور لا يخلو من الاشكال اما هذه الصور فلان جنايتها على مولاها لا توجب جواز بيعها المولاها مطلقا بعد ما ثبت عدم صحة النقل من مولاها وانما اثرت جنايتها العمد هو جواز قتلها او الوجوب التى قبل بها لصحة التصرف الناقل من مولاها او ورثته استحبابا وامّا الصور الاخرى وهى جناية الحر عليها واسترقاقها بعد لحوقها بدار الحرب وخروج مولاها عن الذمة وقتل مولاها الذمى مسلما فالمشهور فى الاولى والثانية هو عدم دخولها فى المستثنيات بين المتن وحجر فى المتن واما الثالثة فالمشهور ان الذمى اذا خرق الذمة جرى عليه حكم الحربى فيلزم استرقاق ولده فيجعل التصرف فيها واما الرابعة فظاهر فتوى الفقهاء فى قولهم ويدفع هو وماله الى اولياء المقتول ان شاؤا اقتلوه وان شاؤا استرقوه ان جميع امواله ينتقل الى ورثة المقتول حتى ام الولد الا ان المسئلة لا تخلو عن الاشكال هذا تمام الكلام فى القسم الاول واما موارد القسم الثانى وهو ما اذا عرضها حق لغتها اولى بالمراعات من حق الاستيلاد فمنها بيعها على من تعتق عليه ومنها بيعها بشرط العتق ومنها بيعها ممن اقر بحريتها ومنها بيعها للرث ممن لا وارث له سواها والحق صحة البيع فى الجميع اما بيعها على من تعتق عليه فلان ادلة المنع عن جواز التصرف الناقل من المولى لا تشمل ذلك فان ظاهرها المنع عن اخراجها عن ملكه الموجب لتفويت اثر الاستيلاد و بعبارة اخرى تنصرف الادلة الى الملك المستقر لا الملك ناما والنقل الموجب لعتقها فوزا على من اشتراها واما بيعها بشرط العتق فكذلك ايضا بناء على ان اثر الشرط وضعا بحيث لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط اجبره الحاكم عليه ولو لم يمكن فيعتقها بنفسه واما بيعها ممن اقر بحريتها فالاشكال عليه بانه لا يجوز بيعها على اى حال سواء علم المولى بكذبه او علم بصدقه لان الحر لا يجوز بيعه تما يتجر لو لم يعلم منا المنع سواء الوطء فلا مانع من بيعها لانصراف ادلة البيع الى الملك المستقر واما بيعها للارث وتعتق فلان النقل بهذا اختيارا من المولى لانه لو امتنع عنه يباع عليه قهرا وادلة المنع عن البيع لا تشمل

الصور التى يجوز فيها بيع ام الولد

الصور التى يجوز فيها بيع ام الولد على خلاف القاعدة

فيها

فروع على القسم الثانى

لا يخفى انه بناء على ما تقدم فى بيع العبد المسلم من الكافر من عدم جوازه ولو بشرط العتق فيجرى المنع هنا ايضا لان الشرط لا يمكن اسقاط الشرط الا ان يقال بانه لا دليل له ذلك فى المقام وهذا لا دليل عليه منه عفى عنه

في صور القسم الثالث

هذا المورد كما لا يخفى قوله قده ومن القسم الثالث وهو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد ما اذا كان علوقها
بعد الرهن اه لا يخفى ان نسبة الرهن الى الاستيلاد نسبة التزاحم لا التعارض وذلك لعدم امتناع تشريع الحكمين
ثبوتا وانما لا يمكن الجمع بينهما في الخارج لتزاحم الحقين فهما كتزاحم الحكمين فاذا كان كذلك فلا بد من اعمال مرجحات
باب التزاحم ومن المرجحات كون احد الحكمين مشروطا بالقدرة عقلا والاخر مشروطا بها شرعا وهذا المرجح مقدم رتبة
على الاسبق زمانا فانه متأخر عن جميع المرجحات الخمسة المذكورة في التزاحم ولا شبهة انه يشترط شرعا في صحة الرهن حدوثا
وبقاء قابلية العين المرهونة لان تكون مخرجا للدين فمع حدوث حق الاستيلاد ليست الامة قابلة لان تكون كذلك
واما في طرف الاستيلاد فلم تؤخذ القدرة شرطا شرعا فمع امكان تأثير الاستيلاد يتقدم على المزاحم له هذا مع انه يظهر
من بعض الاساطين حرمة وطي الامة المرهونة على المالك الراهن بدون اذن المرتهن وعللها بانه تعريض لابطال
الرهانة فيستكشف من ذلك ان بطلان الرهن بالاستيلاد مسلم والا لم يكن وجه لحرمة وطي الامة على مالكها فحرمة
وطي الامة على المولى الراهن كحرمة وطيها في حال الحيض والحرمة التكليفية لا توجب رفع اثر الاستيلاد غاية الامر حيث
ان الراهن اتلف على المرتهن العين المرهونة يجب عليه تبديلها بعين اخرى تكون رهنا كما ذكروا ذلك في مسئلة اتلاف
الراهن ولا يمكن قياس الوطي على البيع فان بيع الراهن لو كان محرما لا يؤثر في النقل الى المشتري لانه لا اثر له الا النقل
وهذا بخلاف الوطي فان حرمته لا توجب عدم ترتب الاثر التكويني عليه ولم يقم دليل على اعتبار حلية الوطي في تأثير
الاستيلاد الا دعوى انصراف ادلته الى ذلك وهو ممنوع او شبهة احتمال اعتبار الطلقية ومانعية الرهانة عنه وهو دور
واضح لانه لا يمكن ان يحفظ الحكم موضوع نفسه فان تأثير الرهن يتوقف على قابلية العين المرهونة لان تكون مخرجا للدين
وقابليتها تتوقف على عدم مزاحمة الاستيلاد لها وعدم مزاحمته لها يتوقف على ان يكون الرهن مانعا عن تأثير الاستيلاد
ولا عكس لان الاستيلاد لا يتوقف الا على كون الامة ملكا للمولى واما كون المولى مالكا للوطي بان لا يكون عليه محرما
فلم يقم عليه دليل كما قام الدليل على عدم تأثير الاستيلاد فيما اذا كان ثمنها دينا على المولى ومما ذكرنا ظهر حكم ما اذا كان
علوقها بعد اشتراط المولى اداء مال الضمان منها وما اذا كان علوقها بعد افلاس المولى والحجر عليه وكانت فاضلة عن
مستثنيات الدين اما مسئلة اشتراط اداء مال الضمان منها على فرض صحته كما هي الاقوى فلانها داخلة في باب الرهن
لان اشتراط الضمان من مال معين مرجعه الى جعل المال رهنا على دين الغير فعلى ما اخترناه من تأثير الاستيلاد المتأخر
ومانعيته عن كون الامة مخرجا للدين لا يصح اداء مال الضمان منها واما مسئلة الحجر فحاله اردء من الرهن لان مجرد
حجر الحاكم على اموال المفلس لا يوجب تعلق حق الديان بالاموال غاية الامر انه ممنوع من التصرف ويحرم عليه وطي
الامة التي تعلق الحجر بها ولو ادعى اختصاص تأثير الحجر بقاء بما هو قابل للبيع بنفسه وام الولد ليست كذلك لا يصح

الجواب عنه بان الحجر السابق موجب للقابلية وبالجملة كل حق معلق على عدم شيء لا يمكن ان يزاحم مع هذا الشيء فلا وجه
لتأثير الحجر في المقام لا يقال مقتضى ما تقدم سابقا من ان ادلة عدم جواز بيع ام الولد لا يتعدى منها الا الى كل ناقل اختياري
من طرف المالك كالصلح والهبة ونحو ذلك ان تكون النواقل القهرية مانعة عن تأثير الاستيلاد اذا كانت سابقة عليه ولذا
يقدم حق المجني عليه على الاستيلاد اذا كانت الجناية عمدية لانا نقول مناط عدم جواز النقل من طرف المالك هو لزوم بقاء الامة
في ملك المولى لتنعتق من نصيب الولد فالاستيلاد موجب لتعلق حق من الامة على المولى او على ولدها اي موجب لتشبثها
بالحرية فالمناط يجري في مطلق النواقل وان كانت قهرية الا اذا كانت رافعة لموضوع الاستيلاد كالجناية العمدية حيث
ثبت ان لورثة المجني عليه قتل الامة او الاسترقاق واما سائر الحقوق فحيث انها علقت على امكان استيفائها من متعلق الحق فحق
الاستيلاد رافع لموضوعها وبالجملة فرق بين الرهانة وما يحذو حذوها كتعلق الضمان بها وتعلق حق الغرماء ونحو ذلك
وبين الجناية العمدية فان الجناية العمدية ولو كانت متأخرة عن الاستيلاد ترفع موضوع حق الامة واما في الجناية
الخطائية ونحوها من الحقوق فالامر بالعكس ولو كانت سابقة على الاستيلاد لانه رافع لموضوعها ومما ذكرنا ظهر حكم
الاستيلاد في زمان خيار بايعها فان علوقها في ملك المشتري يمنع من تأثير حق الخيار في استرداد عين الامة سواء قلنا بتعلق
حق الخيار بالعقد كما هو الاقوى او قلنا بتعلقه بالعين اما على الاول فواضح لان الامة ملك طلق للمشتري فتصرفه فيها
ليس محرما فضلا عن عدم كونه مؤثرا اثره التكويني واما بناء على تعلقه بالعين فغاية الامر يصير الوطي محرما عليه كوطي الامة
المرهونة وقد عرفت ان في باب التزاحم ليس المدار على تقدم السابق الا اذا كان المتزاحمان متساويين من جميع الجهات
والا كان اللاحق مقدما على السابق قوله قده ومنها ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة اه لا يخفى ان النذر
تارة يكون من نذر النتيجة كنذر كونها صدقة واخرى يكون من نذر الفعل بان نذر ان يتصدق بها وعلى التقديرين فتارة
النذر مطلق واخرى معلق والمعلق عليه اما معلوم التحقق او مشكوك فاذا نذر كونها صدقة وكان مطلقا فلا اشكال في
عدم تأثير العلوق لخروجها عن ملكه بمجرد النذر واما اذا كان معلقا فاستولدها قبل حصول المعلق عليه ففي تأثير النذر
او تأثير الاستيلاد وجهان وقبل تحقيق الحق ينبغي بيان حكم منذور الصدقة اجمالا فنقول بناء على صحة نذر النتيجة كما
هو المشهور فلو نذر ان تكون الشاة صدقة بلا قيد فبمجرد النذر تخرج عن ملكه ولا يجوز له التصرف فيها مطلقا وذلك واضح
وهكذا لو نذر ان يجعلها صدقة فانه حيث لم يعلق الفعل على شيء يجب عليه الوفاء به تكليفا ولا ينفذ تصرفاته فيها وضعا نعم
في خروجها عن ملكه بمجرد النذر خلاف ويظهر من صاحب المقابس انه لو كان النذر بصيغة لله علي او علي عهد الله ان
هذا المال المعين صدقة للفقراء فبمجرد النذر يخرج المنذور عن ملكه ويبطل جميع تصرفاته الا في موردين احدهما ما اذا
كان مقصوده كون قيمته صدقة فيصح تصرفه لذلك وثانيهما ما اذا نذره لمعين فرده ولم يقبل فينفسخ النذر واما في نذر

الفعل كنذر الهبة والوقف والإبراء والإعتاق والوصية والتدبير والتصدق والإهداء والتضحية ونحوها ففي الستة الأولى لا يخرج المال عن الملك بالنذر وفي الأخيرين وجهان ثم نقل عن العلامة وابن ادريس ان في نذر الإهداء يخرج عن الملك بمجرد النذر ثم قال وعندي ان لهذا النذر معنيين احدهما ان ينذر جعل الغنم هديا او اضحية وثانيهما ان ينذر فعل الإهداء والتضحية فعلى الأول لا يخرج عن الملك فالمقبول بعد النذر جعلت هذا هديا او اضحية على القول بانه يتعين بالتعيين وخروجه بذلك عن الملك على القول الأخير وعلى الثاني يخرج عن الملك بالنذر وحمل كلام العلامة وابن ادريس على الثاني ولكنك خبير بعدم الفرق بين نذر جعل الغنم هديا او نذر فعل الإهداء فانه لو قلنا بخروج المال بمجرد النذر عن الملك في الثاني لكان اللازم ان يكون المال خارجا عن ملكه بالأول ايضا وعلى اي حال سواء قلنا بخروجه عن ملكه كما في القسم الأول وهو ما اذا نذر ان تكون الشاة صدقة ام لم نقل لا يجوز لها التصرفات المنافية ويجب عليه الوفاء بالنذر بحيث لو امتنع فعلى الحاكم ان يتصدق بل يظهر من العلامة ان المسئلة مسلمة حتى في النذر المشروط الذي حصل شرطه وكيف كان لا فرق بين نذر التبرع ونذر الفعل في انه لا يصح للناذر التصرفات المنافية اذا كان مطلقا او مشروطا بشرط حاصل قلنا بخروجه عن الملك في الصورة الثانية او لم نقل واما النذر المشروط الذي لم يحصل شرطه فهو على قسمين قسم يعلم بتحقق شرطه كما اذا علقه على الوقت الذي يعبر عنه بالتعليق على الوصف او علقه على الشرط المعلوم تحققه كموت شخص وقسم لا يعلم تحقق الشرط في كلا القسمين لا يخرج المال عن ملكه بمجرد النذر انما الكلام في جواز التصرف المنافي فالمشهور لو علم بتحقق الشرط دون ما لو شك فيه لان مع علمه بحصول شرطه يجب عليه ابقاء ما في ملكه ليتمكن من الوفاء بالنذر ولكن الأقوى انه لا يجوز له التصرف المنافي مطلقا لان مرجع الشك في تحقق الشرط الى الشك في القدرة على الأمتثال وكلما كان الشك في ذلك يجب عليه الفحص والأحتياط كما بيناه ذلك في الأصول فمن نذر الصدقة على جميع الصور والأقسام لا يجوز للناذر التصرف المنافي فلنرجع الكلام في ان وطي الأمة التي نذر التصدق بها هل يكون منافيا للنذر ام لا والأقوى ابتناء جواز الوطي على عدم تأثير العلوق في انعتاق الأمة على الولد وتأثيره فيه فلو كان العلوق مؤثرا يحرم عليه التصرف لان ام الولد لا يمكن معها في النذر ولو لم يكن مؤثرا فلا مانع من وطيها اذا لم تخرج عن ملكه بمجرد النذر كما اذا كان النذر مشروطا بشرط غير حاصل لعدم تقدمه في باب تزاحم الحقوق ليس المدار على السبق واللحوق وتقديم السابق مطلقا بل اذا كان المتزاحمان متساويين من جميع الجهات فالسابق مقدم على اللاحق واما اذا اختلفا بان كان احدهما مقيدا بعدم رفعه للاحق بوجوده فلا اثر للسبق ولذا قلنا ان الأستيلاد مقدم على حق الرهانة وحق الغرماء ونحو ذلك وموخر عن الجناية المتقدمة وان سبقها في الزمان ولا يقال ان النذر والأستيلاد كلاهما حقان واردان على الأمة في رتبة واحدة وكل واحد قابل لان يرفع موضوع الآخر لان في موضوع النذر اخذ القدرة على العمل بره والأستيلاد مانع عنه

فينحل النذر وفي موضوع الاستيلاد ايضا اعتبر بقاء الامة في ملك المالك الى زمان موته حتى تنعتق من نصيب ولدها
واذا كان كل منهما قابلا لان يرفع موضوع الاخر فيتزاحمان ويقدم الاسبق زمانا لانا نقول ان النذر المشروط سواء
علم بتحقق شرطه كالمعلق على الزمان او شك فيه لا يمكن ان يزاحم حق الاستيلاد اذا تحقق العلوق قبل الشرط سواء تحقق
الشرط قبل الموت او بعده اما اذا تحقق الشرط بعد الموت فواضح لان المفروض بقاء الامة في ملك المولى قبل حصول
الشرط فاذا مات تنتقل الامة الى ولدها فتنعتق عليه قهرا ولا يمكن بقائها في ملك الولد الى زمان حصول الشرط واما اذا
تحقق الشرط قبل الموت فلان القدرة اخذت في موضوع النذر واما الاستيلاد فلم يؤخذ في موضوعه سوى تحقق
العلوق في الملك واما كون المال باقيا في ملك المولى الى زمان موته فهو من احكام الاستيلاد وعدم ترتب هذا الحكم
عليه فرع تأثير النذر وتأثيره يتوقف على بقاء موضوعه والاستيلاد يرفع موضوعه وان كان متأخرا زمانا ثم انه اذا اثر
الاستيلاد وقدم على النذر فهل ينحل النذر كما احتمله المص قده ووجهه بصيرورة النذر مرجوحا او يتحقق الحنث ويجب عليه
الكفارة ويضمن عوض المنذور وجهان والاقوى هو الثاني وتوضيح ذلك ان انحلال النذر مورده ما اذا كان المنذور
راجحا فعله ظاهرا حين النذر وانكشف كونه مرجوحا في ذاته من دون اختيار الناذر بناء على ما هو الاقوى من ان المدار
في الرجحان المعتبر في متعلق النذر انما هو حين العمل لا حين النذر لان حكمه حكم الايجاب من الشارع فكما يعتبر شرايط
التكليف من القدرة والبلوغ والعقل حين الوجوب لا حين الايجاب فكذلك يعتبر الرجحان في متعلق النذر حين العمل
فاذا نذر المستطيع قبل الموسم ان يزور الحسين عليه السلام في عرفة لا ينعقد نذره لكونه حين العمل مرجوحا واذا نذر غير المستطيع
ان يزوره في كل سنة ينحل نذره في سنة الاستطاعة كما لو نذرت المرئة صوم سنة فحاضت في بعض الشهور واما اذا جعله الناذر
على نفسه مرجوحا باختيار منه كمسئلتنا هذه فانه وطئ الامة المنذور التصدق بها واحبلها فحكمه حكم ما اذا اعدم الموضوع
بالاختيار كما اذا قتلها فانه كما يجب عليه الكفارة والعوض لو قتلها فكذلك لو احبلها ولا يتوهم انه لو كان الوطي حراما
لا يؤثر الاستيلاد لما ذكرناه من ان تأثيره موجب للحرمة فلا يمكن ان يكون الحرمة علة لعدم تأثير الاستيلاد نظير ما ذكروه
من حرمة السفر بعد ظهر يوم الجمعة وحرمة السفر على من تضيق عليه وقت قضاء صوم شهر رمضان وبالجملة فرق بين وطي الامة
المزوجة من الغير ووطي الامة المنذور التصدق بها فان الاول لا يملك وطيها لكون بضعها حقا للغير فحكمه حكم وطي امة
الغير في عدم تأثير الوطي وهذا بخلاف وطي الامة المنذور التصدق بها فان حكمه حكم وطي امته في حال الحيض فالحرمة التكليفية
الصرفة غير مؤثرة في رفع اثر العلوق بل لو لم تؤثر الحرمة في المقام يلزم من وجودها عدمها وبعد تأثير الوطي فمقتضاه تحقق
الحنث لا الانحلال ثم ان هذا كله بعد فرض بقاء المنذور التصدق به في ملك الناذر كما في غير نذر النتيجة اذا كان مطلقا
والا لا اثر للعلوق كما لا يخفى قوله قده ومنها ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط اه لا يخفى ان المكاتب المشروط

صور القسم الرابع

قبل اداء جميع مال الكتابة اذا وطئ الامة التي اشتراها بناء على انه في حكم الحر تصير الامة المستولدة ام الولد فعلا ولذا لا اشكال
في ان ولده منها حر الا انه اذا فسخت كتابته يرجع الى الرقية فيجوز لمولاه ان يبيع امته المستولدة فيصير المقام من موارد القسم
الثالث قوله قده والقسم الرابع آه لا يخفى انه بعد ما علم من ان المدار في انعتاق ام الولد ارث الولد منها فاذا حرم من
الارث لاحد موانع الارث من القتل او الارتداد او لعدم تحقق العلوق على وجه ينسب الولد الى احد ابويه فلا مانع من
بيعها لانه لا اثر لابقائها في ملكه هذا تمام الكلام في هذا القسم من الملك الغير الطلق والانصاف ان المص قد اجاد في
تبويب المواضع القابلة للاستثناء فجزاه الله عن الاسلام واهله خير الجزاء ولكن الاسف ان هذه المسئلة لا موضوع لها
في عصرنا قوله قده ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا آه لا اشكال في ان الرهن يوجب منع المالك
عن التصرف في العين المرهونة كمنع المرتهن عن التصرف فيها ولا اشكال ايضا في انه لو تصرف المرتهن فيها يتوقف نفوذ تصرفه
على اجازة الراهن انما الكلام في ان تصرفات الراهن ايضا حكمها حكم تصرف المرتهن في انها تنفذ باجازة المرتهن وبفك الرهانة
وباسقاط المرتهن حقه او ابرائه الراهن من الدين او انها تقع باطلة لا تصححها الاجازة ولا غيرها قولان ثم على الصحة هل
يجري نزاع الكشف والنقل ولا بد من القول بالنقل فالبحث فيها من جهات الاولى في صحتها بالاجازة والاقوى هو
الصحة لان غاية ما استدل به للبطلان هو ما افاده صاحب المقابس من ان القدر المتيقن من صحة الفضولي هو ما اذا قصد الفضولي
البيع من المالك فاجازه المالك وذلك لا يتصور في بيع الراهن لانه هو بنفسه يكون مالكا فلا يمكن ان يقصد البيع من
غيره ولكنه ممنوع جدا لان التمسك بالقدر المتيقن مبني على كون الفضولي مخالفا للقاعدة وبعد ما عرفت في بحث
الفضولي كونه على طبق القاعدة فلا وقع له اصلا واجمال ذلك ان الافعال على قسمين قسم لا يقبل النيابة اصلا فهذا
خارج عن محل بحث الفضولي موضوعا لان ما لا يقبل النيابة في اصل صدوره فعدم قبول وقوعه عن الغير باجازة منه
اولى وقسم يقبل النيابة وهذا ايضا على قسمين قسم لا ينفك الفعل عن الاثر المترتب عليه والموجد به كالضرب وهذا ايضا
لا يقبل لان يستند الى الغير باجازة منه لان الفعل لا ينقلب عما هو عليه ولا يتغير بامضاء الغير عما وقع ويلحق بهذا القسم
مطلق الافعال التي ليس لها مسبب توليدي كالصلوة والصوم ونحو ذلك فانها وان كانت قابلة للنيابة في بعض الموارد الا
انها ليست قابلة لوقوعها عن غير الفاعل باجازة منه لان الفعل بما هو فعل صادر عن الفاعل لا ينقلب عما هو عليه وقسم
يمكن ان ينفك الاثر عنه وهذا يمكن ان يستند الى الغير باجازة منه والعقود والايقاعات من هذا القبيل غاية الامر ان
بعض الايقاعات خرج بالاجماع عن باب الفضولي وقد عرفت ان بعضها لا يمكن ان يكون من مصداق الفضولي وعلى اي
حال لا اشكال في ان العقود لها جهتان جهة نفس الكلام الصادر عن الفضولي ومن هذه الجهة القول غير قابل لان يستند الى
الغير بالاجازة وجهة مترتبة عليه وهو الموجد بهذا الكلام والمنشأ بهذا الانشاء الذي يعبر عنه بالمسببات المترتبة على

صور القسم الرابع

في ان الرهن يخرج الملك عن كونه طلقا

الاسباب في هذا الموجد حيث انه مجرد ايجاد الله لا يتحقق في عالم الاعتبار من كل من اوجده بل يعتبر ان يكون له الولاية على ذلك فاذا صدر الايجاد من الغير فيمكن ان يتعلق الامضاء بر من المالك ومن له الولاية وحيث ان ما اوجده الفضولي ليس الا تبديل المالين وتغيير طرفي الاضافتين وهو الركن في باب العقود لا قصد كونه لنفسه ولغيره فانه لغو وهذا التبديل لا يتحقق بمجرد بيع الفضولي بل يقع موقوفا فباجازة من له الولاية يستند اليه هذا المنشأ والموجد ولا يتوقف الى دليل خاص غير عموما ادلة العقود مع ان من التعليل الوارد في باب نكاح العبد يستفاد صحة الفضولي في جميع ابواب العقود فانه اما من منصوص العلة او مستنبط العلة القطعية فيتعدى منه الى كل ما هو مشترك معه في العلة فان قوله معللا صحة نكاح العبد بالاجازة بانه لم يعص الله وانما عصى سيده يمكن ان يكون من قبيل قوله الخمر حرام لانه مسكر في كونه منصوص العلة فان ضابطه ان يكون العلة بمنزلة الكبرى الكلية والمورد بمنزلة الصغرى لها وهذا يتوقف على ان لا يكون للمورد خصوصية يحتمل ان يكون العلة مخصوصة به كما اذا قيل الخمر حرام لاسكاره وان لا يكون الحكم المعلل مختصا بخصوصية موجبة للفرق بين الموارد المحكومة بهذا الحكم كما في المثال فان الحرية في جميع الموارد على نسق واحد وتقريب منصوص العلة في المقام ان يكون قوله عصى سيده بمنزلة عصى غيره بحيث يفهم عرفا عدم دخلية التصرف في سلطان السيد بل المدار على التصرف في متعلق حق الغير مطلقا ويمكن ان يكون من قبيل مستنبط العلة بحيث لم يكن اللفظ بمدلوله شاملا لغير مخالفة العبد سيده بل يستفاد من المناط فيه هو التصرف في حق الغير واذا كان استفادة هذا المعنى قطعيا فيخرج عن القياس والاقلا اعتبار ولا شبهة في نفع المناط القطعي والجزم بعدم الفرق بين تصرف العبد في سلطان المولى او تصرف الراهن في متعلق حق المرتهن او تصرف المفلس في متعلق حق الغرماء او تزويج الامة على الحرة او تزويج بنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة او بيع من عليه الزكوة المال الزكوي فان في جميع موارد تصرف من ليس له السلطنة التامة اما لقصور في القضية كبيع مال الغير او لوجود المانع كبيع الراهن العين المرهونة اذا جاء من له الحق بفك التصرف بل لو ارتفع المانع بفك الراهن او ابراء المرتهن صح بيع الراهن لانه لم يكن غير جهة نقص الا كون المبيع متعلقا لحق الغير فاذا ارتفع حق الغير يرتفع النقص بل صحة بيع الراهن باجازة المرتهن ونحوها اولى من صحة بيع الفضولي باجازة المالك وبالجملة ما اعتبر حتى المقابن في صحة الفضولي من قصد النيابة عن المالك تمام يقع عليه ليدل هذا مع انه لم يعلم انه قيد هل اكتفى في صحة هذا القسم بامكان قصد الفضولي النيابة عن الغير واعتبر فعليته وعلى كلا التقديرين لا وجه له فان مجرد الامكان مع عدم قصده النيابة لا اثر له ولا يجعل العقد بما هو فعل صادر من الفضولي عقدا للغير باجازته ولا يخرجه عن الحرية على ما ادعاه من ان العقد والايقاع ان وقع بطريق الاستقلال في الامر لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر انه محرم واعتبار الفعلية ايضا لا دليل عليه بعد كون الثمن والمثمن معينين في الخارج فان قوام المعاوضة ليس بتعيين المالكين كما تقدم وما افاده في قوله الذي يظهر من تتبع ادلة العقود انها ما لم تنته الى اللزوم

فيمكن وقوعها موقوفة على اجازته واما اذا انتهت اليه صدت منه فاما تقع باطلة او صحيحة ففيه انه لا وجه للفرق بين القسمين فانها لو صدرت من المالك ايضا اذا تعلق بمتعلقها حق الغير امكن وقوعها موقوفة على اجازته وما افاده من ان التعليل المستفاد من الروايات المرتبة في النكاح وهو قوله لم يعص الله وانما عصى سيده انما يجري فيمن لم يكن مالكا كالعبد واما المالك فهو خاص لله ففيه ما لا يخفى فان المراد من عصيان الله هو مخالفته فيما لو يمضه كالنكاح في العدة لا مخالفته في التعدي في حق الغير فان هذا هو معصية الغير فاذا اجاز جاز وما افاده من ان الحرمة لو لم تكن لامر خارج عن عنوان المعاملة توجب الفساد ففيه ما تقدم من الاجوبة الخمسة عن استدلال البطلان بالفضولي بحكم العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه وهي منع كون مجرد العقد على متعلق حق الغير تصرفا او لا ومنع حرمة كل تصرف ثانيا وامكان فرض رضا المرتهن ثالثا ومنع اقتضاء كل حرمة فسادا رابعا وان الفساد من قبل الفضولي لا يلازم الفساد المطلق خامسا هذا مع ان الحرمة المتصورة في المقام هي تسليم الراهن العين المرهونة الى المشتري دون مجرد العقد عليها ولذا اعترف بصحة بيع المرتهن باجازة الراهن مع ان كلا منهما ممنوع عن التصرف في العين المرهونة فكيف لا تقتضي حرمة تصرف المرتهن فسادها بعينه تقتضي فساد بيع الراهن ولو اجاب بان توقع المرتهن اجازة الراهن يخرج تصرفه عن الحرمة ففيه انا نفرض الكلام ايضا فيما اذا باع الراهن موقعا لاجازة المرتهن نعم ههنا اشكالان اخران قد توهم اختصاصهما بالمقارن وسائر اقسام الفضولي احدهما انه بناء على الكشف كما هو مختار جمع من المحققين يلزم ان يكون ملك غير الراهن رهنا لان الاجازة تكشف عن كون البيع ملكا للمشتري فيلزم ان يكون ملكه من زمان العقد الى زمان الاجازة وثبقة لدين البائع فيجب اما الحكم ببطلان البيع او ببطلان الرهانة ويدفعه ان القائل بالكشف اذا تخلص من اشكال الشرط المتأخر فهذا الاشكال ونظائره لا تضره لانه يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع ولا يلزم محذور هذا مع ان هذا الاشكال بعينه يجري في سائر اقسام الفضولي فان في المقام يجري اشكال اجتماع البيع والرهن وفيما اذا باع مال الغير يجري اشكال اجتماع ملاكين في زمان واحد على شيء واحد وهكذا ثانيهما انه يدخل المقام في مسئلة من باع شيئا ثم ملك غاية الفرق ان في تلك المسئلة صار البائع الفضولي مالكا للمبيع وفي المقام صار مالكا للمبيع فانه قبل اجازة المرتهن لم يكن مالكا للمبيع وبعد الاجازة ينكشف كونه مالكا لان اجازة المرتهن عبارة عن اسقاط حقه واذا اثر اسقاط حقه حين الاجازة في سقوطه من زمان البيع ينكشف كون الراهن مالكا للمبيع فيدخل في مسئلة من باع شيئا ثم ملك التي اخترنا فيها فساد البيع سواء اجاز المالك او لا وفيه ايضا ان ادخال المقام في مسئلة من باع شيئا ثم ملك غيره اخرى عن الاشكال الوارد على الكشف هو انه كيف يكون ما هو جزء العلة لتحقق الملك كاشفا عن تحقق المعلول قبل ذلك ففي المقام ايضا يلزم ان يكون ما هو جزء العلة لسلطنة البائع على البيع وهو الاجازة كاشفا عن سلطنته قبل ذلك ومرجع الاشكال الى انه كيف يكون الشيء علة لعدم وكيف يجتمع جعل الراهن عن البيع مع سلطنته عليه والا فغير

هذا الاشكال لا يرد على الاجازة لان توقف بيع الراهن على اجازة المرتهن كالعكس ليس من صغريات من باع شيئا ثم ملك بل الصغرى هذه الكبرى هى ان تحقق الملك بعد البيع بغير اجازة المالك الاول وبغير اجازة المرتهن وسائر ذوى الحقوق وهذا انما يجرى فى المقام اذا ارتفع موضوع الرهانة باداء الدين او باسقاط المرتهن ويأتى الكلام فيه فى الجهة الثانية فى ان النزاع فى الكشف والنقل هل يجرى فى اجازة المرتهن ام لا فذهبوا انه لا موضوع لاجازة المرتهن فى المقام حتى يجرى فيه نزاع الكشف والنقل بل يتوقف صحة بيع الراهن اما على اسقاط المرتهن حقه او على فك الراهن الرهانة واما اجازة المرتهن فلا اثر لها الان لان الاجازة انما تؤثر فى عقد لفضولى من باب انها توجب استناده الى المجيز وبها يصير مخاطبا بوفوا بالعقود والمرتهن لا يمكن ان يتوجه اليه خطاب اوفوا فلا اثر لاجازته ولا لرده لانه بالنسبة الى اصل الملك اجنبى غاية الامر ان حق بالنسبة الى العين يوجب عدم نفوذ بيع الراهن الا بزوال هذا الحق اما باسقاط او بابراء من الدين او بفك الراهن الرهانة ولكنه لا يخفى فساد التوهم فان خطاب اوفوا بالعقود ليس تكليفا حتى يقال بانه لا يتوجه الى المرتهن بل هو خطاب وضعى وكناية عن ان العقد نافذ وممضى فكل من له اضافة الى الملك له انفاذه ولا شبهة ان المرتهن له حصة من الاضافة ومرتبة منها بالمقدار الذى ينقص من الراهن ولذا يعبر عن ملكه بالملك لغير الطلق وعن طلقته ليس الا من جهة واجدية المرتهن مرتبة منه فله ملك اقرار العقد وازالته بل ينفذ اجازة كل من هو نظيره كاجازة الغرماء عقد المفلس واجازة الوارث وصية الميت فيما زاد عن الثلث واجازة العمة والخالة العقد على بنت الاخ والاخت وغير ذلك فاذا كانت الاجازة مؤثرة فى هذه الموارد فمقتضى المران احدهما ان ترد ذى الحق ايضا مؤثر ويوجب بطلان اثر العقد فان فى جميع هذه الموارد ملك كلا الامرين من الاقرار والازالة ثابت لذى الحق فبعد الرد لا يؤثر الاجازة ثانيا نعم انما يؤثر الرد فى المقام فى مورد غلبة حق المرتهن وهو ما اذا حل اجل الدين واما لو لم يحل فلا يؤثر لان العين انما تكون مخرجا للدين اذا كان للدين حق المطالبة وقبل ذلك وان كان له الاجازة التى اثرها اسقاط حقه الذى يتحقق بعد ذلك واما ارده فحيث انه لم يمكن للراهن فك الرهانة قبل حلول الاجل فلا يؤثر فعلا فله الاجازة بعد ذلك وثانيهما جريان نزاع الكشف والنقل فيها على ما تقدم سابقا من ان اركان العقد ثلاثة منها ما يتحقق عقيبه العقد كشرايط الايجاب والقبول ومنها ما هو فى عرض اجزاء العقد جزء مؤثر فى المنشأ وان تم العقد بدونه كالقبض فى بعض العقود ومنها ما يوجب نفوذ العقد كالاجازة وما لا يجرى فيه نزاع الكشف والنقل هو القسمان الاولان واما الاجازة كانت من المالك وغيره فيجرى فيها النزاع لان مناط جريانه فى اجازة المالك ليس من باب ان المالك يسند عقد الفضولى الى نفسه حتى يقال ان اجازة المرتهن ليس فيها هذا المناط بل من باب ان ما اوجده الفضولى انما وجد فى عالم الانشاء لا فى عالم الاعتبار وتحقق فى عالم الاعتبار انما هو بامضاء المالك ومن له الحق وهذا وان اقتضى التنقل على ما هو الصواب ولكن القائل

بالکشف الذی یدعی ان بالاجازة یستکشف تحقق المنشأ فی عالم الاعتبار حین الانشاء یجب ان لا یفرق بین اجازة المالک
واجازة المرتهن لان کلا منهما کاشف عن تحقق المنشأ حین الانشاء لان المفروض ان العقد فی جهة العقدیة تام ولا
یتوقف تحقق المنشأ علی امر آخر کتوقف بعض العقود علی القبض فاذا کان العقد سببا تاما فلا فرق بین الابواب اصلا و
قد تقدم فی الفضولی انه لا وجه لما عن المحقق الثانی مع توغله فی الکشف من اختیار النقل فی اجازة المرتهن وبالجملة بناء علی
صحة الکشف الحقیقی لا فرق بین الابواب انما الکلام فی الکشف الحکمی ومقتضی ما وجهنا به من انه علی القاعدة وانه متوسط
بین النقل والکشف الحقیقی لا بد من الاطراد فی جمیع الابواب واما بناء علی انه ثبت بالتعبد فلو علم اطراد المناط فی الابواب
قطعا فهو والا یجب البناء علی النقل الجهة الثالثة فی صحة بیع الراهن بفک الرهانة او اسقاط المرتهن حقه او ابرائه الراهن
من الدین وعدمها ومنشأ الاشکال توهم دخول بیع الراهن فی مسئلة من باع شیئا ثم ملکه وحیث ان الاقوی هو البطلان
سواء اجاز البایع ام لا فینبغی الحکم بالبطلان فی المقام وحاصل الاشکال هو الفرق بین اجازة المرتهن وسایر ما یوجب سقوط
حقه فان مفاد اجازته حیث انه انفاذ بیع الراهن وامضائه فیوجب صحته ویکون اثرها سقوط حقه لانه انفذه وامضاه فی زمان
ثبوته وسقوط حقه مترتبا علی انفاذه یرفع المنع عن صحة بیع الراهن واما السقوط بغیر جهة الاجازة فحیث انه لا تعرض فیه
للعقد فالعقد باق علی حاله فلا اجازته بعد ذلک مؤثرة لخروج المبیع عن کونه متعلقا لحقه ولا اجازة الراهن لانه باع
فی زمان لم یملک البیع ونفس الاجازة لیست عقدا مستأنفا ولا معنی لتنفیذ ما صدر عن نفسه وبالجملة المسئلة بعینها داخلة
فی باب من باع شیئا ثم ملک لانه لا فرق بین ان لا یملک الفضولی المبیع ثم ملکه او لا یملک البیع ثم ملکه ولکنه لا یخفی علیک
فساد هذا التوهم لانه لم یکن تمام الملاک فی صحة بیع الراهن باجازة المرتهن کون الاجازة مفادها الامضاء والانفاذ
حتی لا یجری هذا الملاک فی السقوط بنحو آخر بل مناطها کون الاجازة رفعا للمانع وبعبارة اخری فرق بین العقد الذی
صدر ممن لا یملک المبیع او ممن لا یملک البیع فان الاول عقده موقوف لقصور فی المقتضی ویشبهه العبد اذا تزوج بغیر اذن
السید والثانی عقده موقوف لوجود المانع فاذا کان لقصور فی المقتضی فلو ملک المبیع لا یمکن ان یصح البیع بالملکیة الحاصلة
بعد العقد فانه حین وقوعه کان موقوفا علی اجازة مالکه ومن کان مالکا لم یجزه حین البیع ولا مجال لتأثیر اجازته بعد
ذلک لصیرورته بالنسبة الی المبیع اجنبیا ومن صار مالکا لا یفید اجازته لعدم کونه مالکا حین البیع فضلا عما اذا لم یجز
واما اذا کان لوجود المانع فعقده لا قصور فیه الا کون المبیع غیر طلق ومتعلقا لحق الغیر فاذا تم طلقیته وزال حق الغیر فلا
مانع من صحته ثم ان نزاع الکشف والنقل یجری فیه ایضا لما عرفت من ان المدار لیس علی مدلول لفظ اجزت حتی یقال السقوط
بنحو آخر غیر متعرض للعقد بل علی تمامیة العقد وکشف السقوط عن کونه سببا تاما فیؤثر من اول الامر نعم القول بالکشف فاسد
من اصله لامتناع الشرط المتأخر ولکنه علی فرض صحته فبرهان الصحة یجری فی جمیع الابواب قوله قده مسئلة اذا جنی

العبد عمدا بما يوجب قتله واسترقاق كله او بعضه فالاقوى صحة بيعه لا يخفى ان مقتضى ما ذكره الفقهاء فى مقام تمييز الحقوق من جعل حق الجناية مقابلا لحق الرهانة هو صحة بيع العبد الجانى وان جنى عمدا فضلا عما اذا جنى خطأ او شبه العمد وذلك لان مقصودهم من قولهم ان حق الفقراء مثلا على المال الزكوى هل هو من قبيل حق الرهانة او حق الجناية ان الجناية وان كانت من الحقوق المتعلقة بالعبد الجانى الا انها ليست من قبيل الرهانة التى يعتبر فيها ان يكون المال المرهون مخرجا للدين من مال الراهن فاذا صح بيعه فلا بد من ان يبطل الرهن وحيثئذ لا وجه لبطلانه مع كونه اسبق من البيع فلا محالة يبطل البيع واما حق الجناية فلا يشغل لها فى استيفائه بقاء الجانى فى ملك من كان مالكا حين الجناية فلا مانع من بيعه مجردا تعلق حق المجنى عليه او ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاه بعد كون البيع مانعا من استيفاء الحق بل يتبعه المجنى عليه او ورثته اينما انتقل وبالجملة نفوذ بيع الراهن يتوقف على تعلق حق المرتهن اما باجازته للبيع او اسقاطه حق الرهانة او ابرائه الدين واما نفوذ بيع مولى الجانى فلا يتوقف على امضاء المجنى عليه او اوليائه لان فى الجناية العمدية لا الخطائية نعم لو قتل يخرج العبد عن ملك المولى بمجرد جنايته عمدا وانتقاله الى المجنى عليه او ورثته بدخل بيع المولى فى عقد الفضولى ولكن الظاهر ضعف هذا القول وان حكى عن الشيخ انه استدل باجماع الفرقة على انه اذا جنى عمدا ينتقل الى ملك المجنى عليه واستظهر ذلك بعض عبارات الاسكافى المحكية عنه فى الرهن واستدل ايضا بما رواه فى الوسائل عن الشيخ باسناده عن على بن عقبة عن ابى عبد الله قال سئلته عن عبد قتل رجلا حرا واحدا بعد واحد قال فقال هو لاهل الاخير من القتلى ان شاؤا قتلوه وان شاؤا استرقوه لانه اذا قتل الاول استحق اولياؤه فاذا قتل الثانى استحق من اولياء الاول فصار الاولياء الثانى فاذا قتل الثالث استحق من اولياء الثانى فصار الاولياء الثالث فاذا قتل الرابع استحق من اولياء الثالث فصار الاولياء الرابع ان شاؤا قتلوه وان شاؤا استرقوه وجه الضعف ان الاجماع المبنى على قاعدة اللطف ليس بحجة ولم ينعقد اجماع فى المسئلة على مصطلح المتأخرين كما يطلع عليه الفقيه بالمراجعة الى مصنفات الاصحاب وعليك بمراجعة المقابس فان مصنفه قد بذل جهده فى نقل اقوال القوم جزاه الله واياهم عن الاسلام خير الجزاء واما الرواية فهى وان كانت دالة عليه صدرا وذيلا الا انه يعارضها روايات اخرى ففى صحيحة زرارة عن ابى جعفر فى عبد جرح رجلين قال هو بينهما ان كانت جنايته تحيط بقيمته قيل له فان جرح رجلا فى اول النهار وجرح اخر فى اخر النهار قال هو بينهما ما لم يحكم الوالى فى المجروح الاول فدفعه اليه يتبعانه فمتى بعد ذلك الحديث فان ذيلها ظاهر فى ان المجنى عليه لا يملك بالجناية والا لكان من الثانى وان دفعه الحاكم الى الاول وعن الكافى باسناده عن ابى بصير قال سئلت ابا جعفر عن عبد قتل رجلا عمدا فقال يقتل به قال قلت فان قتل خطأ قال فقال يدفع الى اولياء المقتول فيكون لهم رقا فان شاؤا باعوا وان شاؤا استرقوا ولهم ان يقتلوه فان الدفع ظاهر فى ان القتل بنفسه ليس من اسباب الملك فتقبل ظاهر ذيل رواية عقبة ايضا ذلك فان الاسترقاق فى مقابل القتل يقتضى

عدم انتقال العبد الى ملك ورثة المجني عليه بمجرد القتل وكيف كان بناء على عدم خروج العبد عن ملك المولى لا مانع من
تصرف المولى فيه من غير فرق بين العتق وغيره ومن غير فرق في الجناية بين العمدية والخطائية ومن غير فرق في الخطا بين كون
المولى موسرا او معسرا لا لانه في حكم الارمد والمريض فان الفرق بينهما وبين الجاني في غاية الظهور فان الجاني قد تعلق به
حق الغير دونهما بل لانه ليس كل حق مانعا عن نفوذ التصرف وانما المانع هو التصرف الموجب لزوال الحق كتصرف الراهن
فان نفوذه مع بقاء الرهانة لا يجتمعان وعلى هذا فلمالك الجاني ان يتصرف في العبد من دون مراجعة ذي الحق ولا يحرم
عليه التصرف تكليفا ايضا وهذا بخلاف مالك المرهون فانه يحرم عليه التصرف تكليفا كعدم نفوذه منه وضعا ثم انه لا يتوقف
صحة بيعه في الجاني خطأ على افدائه اولا او الالتزام بالفداء ثم البيع بل يصح بيعه من دون ذلك ولا وجه لما افاده العلامة
من ان البيع بنفسه هو التزام بالفداء فان البيع بناء على ما تقدم ليس اتلافا للعبد حتى يكون بيعه التزاما بالفداء لان المجني عليه
او وليه يتبع العبد اينما انتقل غاية الامر لو كان المشتري جاهلا بذلك فله الخيار نعم صحة عتقه تتوقف على ذلك لان العتق لا
يجتمع مع تعلق حق الغير به الا ان يكون الحق قصاصا فانه يجتمع مع الحرية ولذا قال في الشرايع اذا قتل العبد حرا عمدا فاعتقه
مولاه صح ولم يسقط القود نعم لو كان لورثة المجني عليه القصاص او الاسترقاق فالعتق ينافي حقهم ولذا قال المحقق بعد الكلام
المتقدم ولو قيل لا يصح لئلا يبطل حق الولي من الاسترقاق كان حسنا وعليك بمراجعة كتب القوم فان كلماتهم مضطربة

في اعتبار القدرة على التسليم

قوله قده مسئلة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم اه قد يتخيل ان عد هذا الشرط من شروط المتعاقدين
انسب من جعله من شروط العوضين لان مرجعه الى مانعية عجز البايع عن صحة العقد ولكن الاولى هو ما صنعه المص قده تبعا
للاساطين لان مناط مالية المال هو كونه بحيث يتسلط مالكه على قلبه وانقلابه باي نحو من انحاء التصرف ومع عدم تمكنه من
التصرف فيه بنحو من الانحاء كالسمك في البحر والطير في الهواء لا يعد من الجدة الاعتبارية فان المال وان لم يكن من الجدة الاصطلاحية
الا انه مثلها في مقام الاعتبار العقلائي فلو لم يكن قابلا لتصرف مالكه الا بنحو العتق الذي لا يعد اثرا لمالية لا يكون مالا
اعتبارا بحيث يكون منشأ للآثار عند العقلاء وبالجملة مالية الاموال في عالم الاعتبار انما هي باعتبار كونها منشأ للآثار و
اذا لم يكن كذلك فلا يعده العقلاء مالا وان ترتب عليه بعض الآثار الجزئية فهذا الشرط في الحقيقة من شروط العوضين
وكيف كان فينبغي التنبيه على الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع وتعذره الموجب للخيار فنقول لو لم يمكن
التسليم من المنتقل عنه ولا التسلم من المنتقل اليه فهو مورد عدم صحة البيع فيرجع شرطية القدرة على التسليم الى اعتبارها
في الجامع بينهما واما لو كان المنتقل عنه عاجزا دون المنتقل اليه او كان المنتقل عنه قادرا ابتداء ثم طرء العجز فهو مورد الخيار والسر
في ذلك هو انه لو لم يمكن التسليم والتسلم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا واما اذا كان المنتقل عنه متمكنا من التسليم في وقت
لزومه وماطل حتى طرء العجز او كان من اول الامر عاجزا ولكن كان المنتقل اليه متمكنا من التسلم فمناط مالية المال موجود فيه

ويتدارك نقصه بالخيار للمنتقل اليه اذا كان جاهلا بعجز المنتقل عنه لان منشأ الخيار في غير خيار الحيوان والمجلس هو تخلف
الشرط الصريح او الضمني الذي يتضمنه كل عقد معاوضي التزاما وهذه الدلالة الالتزامية فرع تمامية العقد من حيث الاركان
واما اذا كان العقد متعلقا بما كان فاقد المناط مالية المال ولا يمكن التبديل والتبدل من حيث المدلول المطابقي فهو موجب
للفساد فالدليل على اعتبار هذا الشرط في صحة العقد هو عدم عد العرف والعقلاء ما لا يمكن تسليمه ولا تسلمه مالا ولا يرتبون
عليه اثرا ولذا مثل الاساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك في الماء والطير في الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما الى الحالة
التي يمكن اقباضهما وقبضهما ولا يقال لو كان في هذا النحو من المال قصور في جهة المالية لزم جريان قاعدة التلف قبل البيع
فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الاموال ثم قبل التسليم صار كذلك لانا نقول وان كان هذا المال في عالم الاعتبار
قاصرا عما عليه سائر الاموال الا انه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا وقاعدة كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص
بما اذا تلف حقيقة ولا تشمل ما اذا نقصت ماليته ولذا لو باع الجمد في الصيف والماء في المفازة ولم يسلمه الا في مكان
نقصت قيمته وضعفت اعتباريته العقلائية لا يلتزمون بانفساخ المعاملة لقاعدة التلف قبل القبض وكيف كان فهذا
المناط ايضا يقتضي فساد الاجارة لو لم يمكن لمالك الدار تسليمها الى المستأجر ولا للمستأجر تسلمها ويقتضي الصحة مع الخيار
لو طرأ العجز للمالك او كان المستأجر قادرا على الاستيفاء نعم استدل العلامة ايضا على ذلك بالنبوي المشهور بين الفريقين وهو
نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر والظاهر انه من اقضيته صلى الله عليه وآله التي جمعها احمد بن حنبل في مسنده ورويها عنه
عبادة بن الصامت الذي هو من خيار الصحابة ولكن اصحابنا رضوان الله عليهم فرقوها في الابواب وحيث ان الرواية
مشهورة وهي مستند الاصحاب في الفتوى فلا يضر ارسالها واما دلالتها فاهل اللغة وان اختلفوا في تفسير الغرر فبعضهم
جعله من الغرة بمعنى الغفلة وبعضهم من التغرير بمعنى الخدعة والاغفال وبعضهم فسره بالخطر الا ان مرجع الكل واحد غاية
الامر بعضهم اخذ بالمبادي وبعضهم اخذ بالغايات وترك المبادي ولذا فسره بالخطر الذي هو نتيجة الغفلة والاغفال ثم ان كلا
من الغرة والغرور والغرر يستلزم الجهل بواقع الامر لانه لو كان الشخص عالما به فاقدامه يوجب سلب هذه العناوين عنه
نعم قد يكون هذه المعاملة سفهيا وهذا امر آخر غير عنوان الغرر فالغرر سواء كان بلحاظ سببه وهو الغفلة او الخدعة او بلحاظ
المسبب وهو الخطر يقتضي الجهل بما يغتر به وما يقع في ضرره سواء كان جهلا بالوجود او الحصول او بصفات المبيع ثم ان تقريب
الاستدلال بالنبوي على فساد المعاملة اذا كان المبيع مجهول الحصول كما هو مفروض البحث موقوف على ذكر محتملات النبوي
الشريف فنقول نهيه صلى الله عليه وآله عن الغرر يحتمل ان يكون حفظا للنظام وسياسة للعباد لئلا يقعوا في المشاجرة والتنازع
ويحتمل ان يكون ارشادا لدخل القدرة على التسليم ولبيان شرطيتها او مانعية العجز نظير النواهي الغيرية الواردة في اجزاء المركب
العبادي ويحتمل ان يكون نهيا عن المسبب كالنهي عن بيع العبد المسلم من الكافر او عن بيع المصحف منه ودلالته على الفساد

يتوقف على كونه على احد الوجهين الاخيرين والاقوى ذلك لان استدلال العامة والخاصة به يكشف عن كونه مسوقا لذلك
والدلالة السياقية وان كانت موقوفة على كونها قطعية وفهم العلماء لا يوجب الظهور في اللفظ ولذا لا نقول بان العمل يجبر
ضعف الدلالة الا انه في المقام خصوصية يمكن استفادة هذه الدلالة منه وهي انه لو لم يكن الكلام الصادر عنه ص في مقام بيان
الفساد بل كان للنصح والارشاد الى ما لا يوقع في النزاع والتشاجر لم يتمسكوا به في باب اعتبار القدرة على التسليم فمن ذلك
يستكشف ان مع نهيه ص قرينة على كونه مسوقا للنهي عن المسبب او شرطية القدرة دون المعنى الاول فتم ومما استدلوا به على شرطية
القدرة ايضا قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام الدلال لا تبع ما ليس عندك بتقريب انه ليس مرجع النهي الى اعتبار حضور
العين خارجا والا لما جاز بيع الكلي والغايب ولا الى اعتبار الملكية والا كان المناسب ان يقال لا تبع ما ليس لك فلا بد
ان يكون كناية عن المنع عن بيع ما لا يقدر عليه وليس تحت استيلائه سواء كان منشأ عدم الاستيلاء كونه ملكا للغير او كونه غير
قادر على تسليمه فيشمل ما هو مورده وهو بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها وتسليمها بعد الشراء الى
المشتري كما هو ديدن الدلالين وبيع العين التي لا يقدر على تسليمها فان المورد لا يوجب التخصيص ولكنك خبير بما في هذا
التقريب لان عدم كون المورد مخصصا معناه ان شخص حكيم بن حزام الذي توجه هذا النهي اليه لا خصوصية فيه بل النهي يشمل
كل من هو يبيع مال غيره ثم يشتريه من مالكه ليسلمه الى المشتري واما التعدي عنه الى المقام فهو فرع عموم للكلام وهو ممنوع ثم لا
يخفى ما في كلام المص في هذا المقام لانه على فرض شمول قوله ص للمقام بان يكون ما ليس عندك كناية عن اعتبار امرين في البيع احدهما
الملكية وثانيهما القدرة على التسليم فاخراج الفضولي عنه بادلته لا وجه له لان من انتقل عنه الملك واجد للامرين وعدم
مالكية مجرى العقد وعدم كون المال تحت يده لا يضر بتحقق المعاملة لانه اجنبي عن المبيع ولا يتوجه اليه قوله ص لا تبع وبالجملة
اعتبار الملكية وكون المال تحت اليد انما هو في ناحية المسبب لا في السبب ثم لا وجه لاستدراكه بقوله نعم يمكن ان يقال ان غاية
ما يدل عليه هذا النبوي بل النبوي الاول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعى
بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده لان كون البيع مراعى الذي هو عبارة عن كونه مشروطا بالشرط المتأخر على النحو الصحيح
وهو كونه مشروطا بوصف التعقب يتوقف على دليل عقلي او نقلي يساعد عليه العرف والعادة كاشتراط صحة كل جزء من
اجزاء المركب التدريجي بالآخر واما في المقام فلم يقم دليل على كون البيع مراعى بانتفاء صفة الغرر فاذا كان العجز عن التسليم موجبا
للغرر او مشمولا لخطاب لا تبع ما ليس عندك فلا بد من الالتزام بلغوية العقد رأسا ثم لا وجه لقوله قده ولو ابيت الا عن ظهور
النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الامر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر وبين اخراج بيع الراهن
الى آخر كلامه اما اولا فلان مسئلتي الرهن والعبد الجاني لا تندرجان في جامع واحد كما ذكرنا ذلك في بيع العبد الجاني واما
ثانيا فما للبايع من الحق في المبيع في هذه الموارد قادر على تسليمه وتوضيح ذلك انه لو كان المال مشتركا بين شخصين فعدم

قدرة كل منهما على تسليم جميع المال لا يضر بالبيع بلا اشكال لان المناط هو القدرة على مقدار المبيع لا القدرة على غيره
فلو قيل فى باب الرهن بان للمرتهن حصة من الاضافة المالكية وللراهن ايضا حصة فبالمقدار الذى للراهن يقيد على تسليمه
وتوقف تسليم المبيع الى المشترى على اجازة المرتهن او فك الرهن ونحوه لا يوجب عجز الراهن عن تسليم مقدار حصته ولو قيل ان
ملكية المرتهن ملكية طولية لا اشتراكية بمعنى ان ما يملكه الراهن هو تحت استيلاء المرتهن فعدم قدرة الراهن على تسليم المبيع
ليس الا لعدم استيلائه على اصل البيع لا بد من بقاء الملك فى ملكه حتى يستوفى المرتهن حقه فنقول بيع الراهن ليس من جهة عدم
القدرة بل لوجود المانع وبعبارة اخرى وان كان العجز شرعيا كالعجز الخارجى الا ان محط نظر الاساطين فى هذا الشرط هو عدم
القدرة خارجا ولذا يمثلون لما لا يقدر على تسليمه ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء واما عدم القدرة شرعا على تسليمه لتعلق
حق الغير به او لوجه آخر من وجوه فقد ان شرائط المعاوضة فهو خارج عن موضوع البحث ثم على فرض شمول قوله لا تبع ما
ليس عندك لمن لا يقدر على تسليم المبيع الا انه لا يوجب اخراج بيع الفضولى بجميع اقسامه عن عمومه اما بيع من لا يملك المبيع فلان
اعتبار القدرة على التسليم انما هو فى ناحية السبب حيث انه باجازة المالك يقع عنه فعدم قدرة موجد السبب لا يضر لما قلنا
اصلا سواء قصد البيع لنفسه كالغاصب او قصده عن المالك وسواء قلنا بالكشف الحقيقى او الحكمى او قلنا بالنقل واما بيع
الراهن ومن بحكمه كالمجور لسفه او رق او فلس فبناء على كون الفضولى بجميع اقسامه على طبق القاعدة حتى بيع الراهن ونكاح
الاخ والاخت على العمة والخالة ونحوهما فالامر واضح لان قوله لا تبع ما ليس عندك ونهيه عن بيع الغرر لا يشمله واما
بناء على التعبد فيمكن دعوى عدم شمول بعض ادلة بيع الفضولى لبيع الراهن بدون الاذن السابق من المرتهن الا انه لا اشكال فى
ان ادلة صحة نكاح العبد بدون اذن المولى اذا تعقبه الاجازة يشملها اذا اجازه المرتهن وعليك بما احتجنا عليه فى مسئلة
بيع الراهن قبل ذلك وكيف كان فعدم القدرة على التسليم قبل اجازة المرتهن لا يضر بعقد الراهن ونحوه لانه لم يتم سبب النقل
قبلها واما يتم بها ويؤثر العقد تحققها ومجرد ان العاقد والمجيز فى عقد الفضولى شخصان وفى عقد الراهن ونحوه للعقد حالتان
لا يوجب فرقا فى القدرة على التسليم وتمام الكلام فى ما استدل به على شرطية القدرة ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين
الى صاحبه فيجب ان يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالممتنع ولا يخفى انه ان كان نظر المستدل الى ما ذكرناه من اعتبار القدرة
فى حقيقة المعاوضة من باب ان ما لا يمكن فيه التسليم والتسلم قاصر من حيث المالية فهو واما لو كان المراد منه الوجوب الشرعى
فلو اريد منه الوجوب التكليفى فلا معنى لتضعيف البرديين الوجوب المطلق ومطلق وجوبه ولا للاعتراض عليه باستلزام عدم
تقييد الوجوب ولا لدفع الاعتراض باستلزام تقييد البيع بهذا القيد لان الوجوب التكليفى لا يعقل ان يتعلق بالاعم من
المقدور والممتنع وغرض المستدل من قوله فيجب ان يكون مقدورا هو انحصار صحة البيع بما اذا كان المبيع تحت استيلائه
فلا بد ان يقال فى جوابه بانه لم يتم دليل غير نهى النبى عن بيع الغرر وقوله لا تبع ما ليس عندك على انحصار صحة البيع بما اذا

كان المبيع تحت استيلائه وبعبارة اخرى يمكن منع الملازمة بين صحة العقد ووجوب التسليم لانا نوجب المطلق ولا مطلق الوجوب لان العقد لا يقتضي الا تحقق مضمونه واما وجوب التسليم فهو اما من جهة الدلالة الالتزامية او من احكام حرمة التصرف في مال الغير وبالجملة نفس العقد لا يقتضي وجوب التسليم سواء تمكن منه ام لم يتمكن واما ما قلنا باقتضائه فانما هو عند التمكن لاستحالة تعلق التكليف بالممتنع فلا يمكن ان يقال الاصل عدم تقييد الوجوب بالتمكن هذا مع انه لا اصل لهذا الاصل كما انه لا يمكن دفع هذا الاصل بمعارضته باصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط لان هذا الاصل ايضا لا اصل له الا ان يرجع الى الاطلاق ومرجعه الى انكار اقتضاء العقد وجوب التسليم هذا اذا كان المراد من الوجوب هو التكليفي واما لو كان المراد منه الوضعي الذي مرجعه الى بيان شرطية القدرة في صحة العقد فيمكن تضعيفه بالترديد بين الشرطية المطلقة التي مقتضاها انتفاء المشروط بانتفاء شرطه والشرطية المقيدة بالتمكن التي مقتضاها عدم اشتراط العقد بلزوم التسليم حين العجز عنه وما استدلوا به على اعتبارها ايضا هو ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما ينتقل اليه ولا يتم ذلك الا بالتسليم ولا يخفى انه لو رجع هذا الى ان ما لا يمكن تسليمه ناقص من حيث المالية فيرجع الى ما ذكرناه واما لو كان المقصود منه ان المدعى على البيع ذلك فغير ان تخلف المدعى لا اثر له مع ان المدعى قد لا يكون ذلك كما انه لا يصح الاستدلال لاعتبارها بان بيع ما لا يمكن تسليمه سفهي لانه غرر مطرد قوله قدس سره قال وبظهر الثمرة في موضع الشك اه لا يخفى عليك ان ما دار على الالسن من انه لو تردد الامر بين شرطية احد الضدين ومانعية الآخر فبناء على الشرطية يجب احراز الشرط عند الشك وبناء على المانعية يكفي الصاحد وجود المانع لا يرجع الى محصل وعلى فرض صحة هذا الكلام فهو انما يصح فيما اذا دار الامر بينهما في الوجوبين لا في مثل شرطية القدرة ومانعية العجز الذي يكون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ونحن وان اشبعنا الكلام في ذلك في الاصول وفي مسئلة اللباس المشكوك فيه الا انه لا باس بالاشارة اليه اجمالا فنقول لو دار الامر بين شرطية الشيء ومانعية ضده كشرطية الماكولية ومانعية غير الماكول في لباس المصلي فظهر الثمرة بينهما في جزئية البرائة لاصالة عدم المانع سواء اريد منها الاستصحاب او اصلا برأسه كما صرح به جملة من الاساطين وذلك لانه تارة بناء على الشرطية لو شك في اللباس انه مأخوذ من المأكول او غيره لشبهة حكمية او موضوعية لا تصح الصلوة فيه لان اشتراط الماكولية معلوم فلا يمكن جزئية البرائة في اصل الشرطية نعم لو صحت الصلوة فيه فانما توجب توسعة في ناحية الامتثال واصل البرائة لا تجري في مرحلة الامتثال واما بناء على المانعية فحيث ان منشأ انتزاع المانعية وهو النهي عن لبس غير المأكول في الصلوة يحل بعدد كل موضوع الى حظا مستقلا فيتعدد المنتزع عنه بتعدد الموضوع فيرجع الشك في المانع الى الشك في زيادة قيد في متعلق التكليف والمرجع هو البرائة واما اصالة العدم فلو كان مفادها غير الاستصحاب فلا دليل على اعتبارها الا في باب الالفاظ فان بناء العقلاء في مورد الشك في التخصيص بالقيد وقرينة المجاز والنقل على العدم واما في غير هذا الباب فليس بناؤهم عند الشك فيه على العدم فاصالة عدم وجود

في الثمرة بين شرطية الشيء ومانعية ضده وغيره عند الشك

المانع عند الشك فيه مع قطع النظر عن الاستصحاب مما لا اساس له وان رجعت الى الاستصحاب يدور الامر مدار وجود الحالة السابقة
وكون الاثر الشرعي مترتبا على النحو الذي له حالة سابقة وما يتوهم من ان العدم اولى من الوجود بالنسبة الى الممكن حيث يقال انه من
طرف علته ايس ومن طرف نفسه وذاته ليس ففيه انه على فرض صحته وعدم الالتزام بما هو المسلم عند المحققين من الحكماء من تساوي
الوجود والعدم بالنسبة اليه فهو انما يصح بالنسبة الى العدم المحمولي المسبوق به كل مهية ممكنة ويغني عنه الاستصحاب لان للعدم
المحمولي حالة سابقة فسواء كان اصل العدم حجة مستقلة ام لا يجري في مورده الاستصحاب فلا اثر له الا في موارد شاذة كتعاقب
الحالتين اللتين يتعارض فيه الاستصحابان واما العدم النعتي فلا معنى لان يكون العدم بالنسبة اليه اولى من الوجود لان اتصاف
الممكن بالعدم النعتي يتوقف على استمرار العدم المحمولي الى زمان وجود المنعوت فاذا استمر عدم القيام مثلا الى زمان وجود زيد يتصف
زيد بانه لا قائم واما قبل وجود زيد فليس عدم القيام نعتا له فان النعتية مساوقة لوجود المنعوت واما حال عدمه فليس هناك الا
العدم المحمولي وبالجملة الاتصاف والنعتية من الامور الوجودية المتوقفة على تحقق موصوف يتصف بالنعت العدمي وعدم العرض بنفسه
ليس مساوقا لكونه نعتا ولا يمكن قياسه على وجوده لان وجوده مساوق لنعتيته من باب ان وجوده لنفسه عين وجوده لمعروضه و
اما عدمه فلو استمر الى زمان وجود ما يكون قابلا لان يستمر هذا العدم فيه وان يطرء عليه نقيضه فاتصافه بالنعتية لا اشكال فيه
واما حين عدم وجود المعروض فلا معنى لان يكون العدم نعتا للعدم مع ان الاعدام لا ميز لها فاصالة العدم النعتي غير الاستصحاب
لا اساس لها واما الاستصحاب فجريانه ايضا يتوقف على وجود معروض يستمر العدم المحمولي الى زمان وجوده فلو شك في ان البايع قادر
او عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا واما العدم المحمولي الذي يشك في استمراره في اول وجود المعروض كالقرشية ومخالفة
الشرط للكتاب ونحو ذلك فالاستصحاب ايضا غير جار الا بمقاليس التامة وهو لا اثر له واجرائه لاحراز النعتية مثبت وعلى
اي حال ففي باب تقابل العدم والملكة الذي هو احد فردي تقابل الوجود والعدم غاية الامر هو عدم ما من شانه ان يتصف بالوجود
لا يجري هذا النزاع بل لا بد من الالتزام بشرطية القدرة اذ العجز امر عدمي غير قابل لان يكون مانعا اذ المانع هو الامر الوجودي
الذي يمنع عن تاثير المقتضي ثم لو سلم اطلاق المانع عليه فلا ثمرة لهذا النزاع سواء جعل القدرة شرطا ام العجز مانعا لان منشا
الشك في القدرة او العجز تارة هو الشبهة الحكمية او المفهومية كالشك في ان الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر او العجز
في الجملة او الشك في ان العجز يعم التعسر او يختص بالتعذر واخرى هو الشبهة الخارجية فاذا كان من جهة الشك في الحكم فلا
شبهة في ان اصالة العموم متبعة واذا كان من جهة الشك في المفهوم كالمثال الثاني فحيث ان المخصص المنفصل لا يسري اجماله الى
العام يتمسك بالعام فلا ثمرة للنزاع بين شرطية القدرة ومانعية العجز ولو كان من جهة الشبهة الخارجية فاذا كانت الحالة السابقة
من العجز او القدرة معلومة فالمرجع هو الاستصحاب ولو لم تكن معلومة يجب الفحص او الاحتياط كما هو الشان في جميع موارد الشك
في القدرة فلا ثمرة للنزاع ايضا ولا يمكن ان يقال الاصل عدم العجز لان العجز حيث انه عدمي فمرجع الاصل الى ان الاصل عدم

عدم القدرة ولهذا لا اساس له بلا اشكال قوله قده ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم اه لا
يخفى وضوح ما افاده قدس سره سواء قلنا بان التسليم من الشروط الضمنية او من باب التعبد اما للاجماع واما لاستفادته من
النبويين وذلك لان مناط هذا الشرط هو وصول العين الى من انتقل اليه حين استحقاقه له فالقدرة حين العقد لا اثر لها اذا لم
تكن المعاملة نقدية وعلم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها حال العقد اذا كانت حاصلة حين لزوم التسليم كما في
السلم وعلى هذا فلا تعتبر اصلا فيما اذا كانت العين في يد المشتري وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا كما لو باع من ينعتق على المشتري
لانه بعد فرض صحة هذا البيع اجماعا وبعد عدم امكان الاستيلاء على العمودين فلازم ذلك عدم اعتبار هذا الشرط في هذه
المعاملة فلا يقال ان انعتاق المبيع من احكام البيع ولا تترتب عليه احكامه الا اذا كان واجدا لشرائط الصحة ومنها القدرة على التسليم
فكيف يسقط ما يعتبر في صحته بما يترتب عليه من الاحكام وهكذا لا يعتبر القدرة حال العقد فيما اذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد
اما لاشتراط تأخيره مدة واما لتزلزل العقد كما اذا اشترى فضولا واشكال المص قده في الفضولي على الكشف غير وارد لانه سواء
قيل بالكشف او النقل فما لم تتحقق الاجازة لا يستحق المطالبة وان كان مالكا حال العقد بناء على الكشف اذ لا ملازمة بين
الملكية واستحقاق التسليم وبعبارة اخرى العاقد الفضولي لا يجب عليه التسليم رأسا ومن يجب عليه هو المالك وهو ملزم به
بعد اجازته الموجبة لاستناد البيع حين صدوره اليه فما لم يجز لا يكون مخاطبا باوفوا بالعقود ولا ملزما بتسليم ما باعه الفضولي
حتى بناء على الكشف واللزوم من طرف الاصيل لا يختص بباب الكشف بل قد تقدم منا انه ملزم بالعقد حتى بناء على النقل فاذا
استلزم الغرر بالنسبة اليه فلا فرق بين الكشف والنقل ولا بين الفضولي من طرف واحد او من الطرفين لانه لو سبق اجازة احدهما
على الاخر مدة فبين الاجازتين يقع المجيز الاول في الخطر ولكن قد عرفت انه ما لم تتحقق الاجازة لا يستحق التسليم وبهذا
المناط نقول بعدم لزوم التسليم في الخيارات الزمانية كالمجلس والحيوان ونحو ذلك فان لزوم التسليم واشتراط القدرة عليه
انما هو بعد تمامية اركان العقد واستحقاق المشتري التسلم واما اذا لم يتحقق اركان العقد او لم يستحق المنتقل اليه التسلم فلا
وجه لاعتبار هذا الشرط رأسا وبالجملة لو سلم وقوع الاصيل في الخطر فلا فرق بين النقل والكشف ولا بين الفضولي من طرف
واحد ومن الطرفين لو سبق اجازة احدهما على الاخر مدة معتد بها الا ان وقوعه في الخطر ممنوع لانه لو وجب عليه التسليم
بمجرد ايقاعه العقد مع الفضولي ولم يستحق التسلم يقع في الخطر واما اذا كان التسليم والتسلم من احكام العقد التام وعقد
الفضولي لم يكن تاما الا بعد اجازة المالك ولو على الكشف فكيف يقع في الخطر ومجرد لزوم العقد من طرف الاصيل وعدم
جواز تصرفه فيما انتقل عنه بالتصرف المنافي للعقد الواقع مع الفضولي لا يوجب وقوعه في الخطر اذا لم يجب عليه التسليم وكان
منافع ما انتقل عنه له ما لم تتحقق الاجازة نعم لو لم يكن للاجازة دخل في تحقق الملك وكانت امارة صرفة والملك حاصلا
من اول الامر لكان لوقوعه في الخطر وجه واما مع مدخليتها في تحقق الملكية فلا وجه له اصلا وينبغي التنبيه على امور

في ان المدار في القدرة على القدرة حال لزوم التسليم

الاول ان المص جمع في قوله ويتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا اذا كانت العين في يد المشتري وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأسا
آه بين ما لا يمكن التسليم فيه خارجا وما لا يمكن شرعا وجمع ايضا بين ما يكون التسليم فيه من شرائط تأثير العقد كالصرف والسلم
والرهن وما يكون من شرائط تأثيره غير التسليم كاجازة المالك لعقد الفضولي واجازة المرتهن لعقد الراهن وجمع بين ما
لا يعتبر فيه التسليم كالمثالين الاولين وما لا يجب لاشتراط تأخيره مدة او لتزلزل العقد مع انه لا يجمعها ضابط واحد
اما المثال الاول فعدم اعتبار القدرة فيه ليس لعدم اشتراط هذا العقد بها بل انما هو لحصول النتيجة واما المثال الثاني فلا
يجب فيه التسليم شرعا من باب عدم بقاء الملك لمشتري العبد واما مسئلة اشتراط التأخير مدة فلا يجب فيه التسليم مع تمامية اركان
العقد من باب الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية وهذا بخلاف عقد الفضولي فانه لا يجب التسليم عليه لعدم
ارتباط العقد به ولا على المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الاجازة ثم كان الاولى ان يفرق قده بين الفضولي والرهن بان
يفرض عدم القدرة بالنسبة الى المالك عدم القدرة الخارجية واما في عقد الراهن فعدم قدرته انما هو للعجز الشرعي وعلى
اي حال لا فرق بين عقد الصرف والسلم والرهن وساير العقود فاذا كان العجز عن التسليم مانعا عن تأثير العقد او موجبا للخيار
فكذلك في باب الصرف والسلم والرهن لان القبض وان كان شرطا في هذه العقود الثلاثة دون غيرها الا انه ليس جزأ للسبب
الناقل وليس حكمه حكم القبول وانما هو شرط للملكية في باب الصرف والسلم واما الالزام والالتزام العقدي فقد تحقق بنفس العقد
ولذا اختار المش وجوب التقابض كما سيجيء في خيار المجلس ويدل عليه قوله فان نزى حائطا فانز معه الوارد فيمن تفرق بدون
رضا صاحبه فاذا كان العقد تاما تكون القدرة على التسليم شرطا في الصرف ونحوه فلو تعذر يفسد العقد كما في سائر العقود
نعم لو كان القبض جزأ للعقد كما هو المحتمل في عقد الرهن فحيث لا عقد اذ لا قبض فالعجز عن التسليم لا اثر له لانه بعد حصول
التسليم لا موضوع لوجوبه وقبله لا عقد الا على ما احتمله المص قده من صدق الغرر عرفا وان لم يصدق بالدقة العقلية ولكنه
قده استشكل فيه بان صدق الغرر عليه انما هو بالنظر البدوي والعرف بعد الاطلاع على الحكم الشرعي وهو ان اثر المعاملة لا
يتحقق الا بعد التسليم لا يحكمون بانه غرري ثم امر بالتأمل ووجهه ان الحكم الشرعي بلزوم القبض لا يرفع الغرر مع العجز عن
تسليم الثمن في بيع السلم الثاني لا فرق في جهة الفساد بين ما كان المشتري عالما بعجز البايع وما كان جاهلا سواء اعتبرنا القدرة
على التسليم من باب القاعدة لدخلها في مناط مالية الاموال او اعتبرناها لحديث نفي الغرر لان علم الطرف لا يوجب تحقق
ملاك المالية ولا يرفع الغرر الا اذا فسر بالخديعة وهو خلاف الظاهر الثالث ان هذا الشرط ليس كساير الشرايط المعتبرة
في العقود في كون المدار على وجودها الواقعي سواء كانت معلومة او مجهولة بل يعتبر مضافا الى ذلك علم العاقد به فلو كان في
الواقع قادرا ولكنه اعتقد عجزه لا يمكنه الالتزام العقدي ولا يرفع الخطر ومقتضى ذلك فيما لو كان في الواقع عاجزا ولكنه
اعتقد قدرته فتبين عجزه في زمان يعتبر فيه التسليم هو البطلان ايضا لا الصحة واعطاء بدل الحيلولة لانه لم يقم دليل على

كون الاعتقاد تمام الموضوع حتى يحكم بصحته ويتدارك المتعذر تسليمه ببدل الحيلولة او اجراء حكم التلف قبل القبض عليه
الرابع بعدما اعتبرنا القدرة على التسليم حال الاستحقاق فلو تعذر مدة فمقتضى الفساد سواء كانت المدة مضبوطة او لا الا
اذا كانت قليلة جدا بحيث لا يعد التعذر في هذه المدة تعذرا والا فمجرد كون المدة مضبوطة لا يقتضي كون التسليم مقدورا
للبائع حال استحقاق المشتري للتسلم نعم اذا علم المشتري بعجز البائع في مدة معينة وقدرته بعد ذلك لا يبعد ان يكون شرائه و
الحالة هذه متضمنا لاشتراط تأخير التسليم مدة التعذر الخامس لو كان المالك عاقدا بالمباشرة فلا اشكال في ان المعتبر
قدرة نفسه واما لو كان العاقد غيره فلو كان الغير وكيلا في اجراء الصيغة لا غير فلا اثر لقدرته وعجزه كما لا عبرة بعلمه وجهله
بشرائط طلاق زوجته موكله واما لو كان وكيلا مفوضا فلا اشكال في كفاية قدرته وفي كفاية قدرة موكله لو كان عاجزا وجهان
والاقوى كفاية سواء علم المشتري بذلك ام لا لانه اذا كان مناط اعتبار القدرة وصول المال الى المتقل اليه حين استحقاقه
فلو كان كل من الوكيل والموكل قادرا على التسليم يكفي في المناطية وهذا لا ينافي شرطية القدرة في صحة الالتزام العقدي
من الوكيل وذلك لانه وان كان عاجزا عن التسليم لانه من حيث كونه بمنزلة الموكل وكونه بدلا نزيليا له يكفي قدرة الموكل في
صحة التزام التسليم من الوكيل وبالجملة ما افاده المضقة من ان الظرف اذا اعتقد قدرة الوكيل لا يشترط علم بقدرة الموكل
واذا علم بعجزه يعتبر علم بقدرة الموكل هو الصحيح الذي ينبغي عليه قاعدة الطولية فانه لو اعتقد قدرة الوكيل يصح الالتزام العقدي
من المشتري وتحقق منه الاقدام على الشراء وان كان الوكيل في الواقع عاجزا وهذا بخلاف ما اذا كان كل من الوكيل والموكل
عاجزا عن التسليم فان البيع فاسد اذا فرضنا عدم قدرة المشتري ايضا على التسلم وخيار اذا كان قادرا وفي الجواهر انه ربما قيد
الحكم بالكفاية بما اذا رضي المشتري بتسليم الموكل ورضي الموكل ايضا برجوع المشتري اليه وبني عليه بطلان عقد الفضولي لانه عاجز
عن التسليم وقدرة المالك انما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع لما عرفت ان في بيع المأذون لا يكفي
قدرة الاذن هم بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعية باطل اذ القدرة المشروطة هي
القدرة المعلومة دون الواقعية والقدرة الواقعية من الفضولي على التسليم انما تحقق باجازة المالك عقدا لفضولي او قبلها و
المعتبر هو القدرة حال العقد الى ان قال ولا يقال قد يحصل الوثوق للفضولي برضا المالك فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم
حال العقد فاجاب عنه بان هذا يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لانه يدخل بذلك في المأذون بالفحوى وشاهد الحال و
لو سلمنا بقائه على صفة الفضولية الا ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض انتهى ملخصا والظاهر ان صاحب
هذا الكلام هو صاحب المصابيح قده ولا يخفى ما فيه اما اولا فلان اصل تخصيص الحكم بكفاية قدرة الموكل بما اذا رضي المشتري
بتسليم الوكيل ورضي هو ايضا برجوع المشتري اليه فاسد لان المناط في اعتبار القدرة هو وصول المال الى المتقل اليه فيصح ان يلتزم
الوكيل بالتسليم من باب كونه بدلا عن المالك وبما انه مفوض اليه البيع ولا يشمله حديث نفي الغرر ايضا لانه مع قدرة الموكل

لا غرر على المشتري وثانيا الفضولي خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصا وهو اسوء حالا من الوكيل في اجراء العقد الذي لا شبهة
في ان قدرته وعجزه لا اثر له فانه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلانه وثالثا لا وجه لاعتراضه على ذلك بقوله لا
يقال قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك حتى يجيب عنه اولا وثانيا لانه لو اعتبر قدرة العاقد الا اذا رضي المشتري بتسليم
الموكل فمجرد وثوق الفضولي بارضاء المالك لا يوجب قدرة الفضولي وليس في البين رضا من المشتري بتسليم المجيز ولا رضا من المالك
برجوع المشتري اليه فلا محل لهذا الاعتراض وبالجملة لا شبهة في ان مع قدرة كل من الموكل والوكيل في تسليم المبيع يصح البيع

في حكم بيع الآبق

قوله قده مسئلة لا يجوز بيع الآبق منفردا اه هذا هو التنبيه السادس المتفرع على عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء
جعلنا مدرك الفساد وعدم صحة الالتزام العقدي انتفاء مناط مالية المال او جعلنا مدركه نفي الغرر المستلزم للجهل بجميع معانيه
ومقتضى ذلك عدم الفرق بين الآبق والمجحود بغير بينة لمالكه والضال والمغصوب ونحو ذلك وعدم الفرق بين اليأس عن
حصوله ورجائه لانه على جميع التقادير لا يصح الالتزام العقدي بالتسليم منجزا ولا يندفع الغرر بمجرد احتمال الحصول ثم ان موضوع
البحث وان كان المبيع الا انه بناء على القاعدة المتقدمة ينبغي ان لا يفرق بينه وبين الثمن نعم بناء على النص يمكن الاختصاص
بالمبيع لو لم يكن المرسل وهو نهي النبي ص عن الغرر معمولا به على الاطلاق ولكن الظ كونه معمولا به ولذا يجرون حكم البيع على ساير
المعاوضات من الاجارة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك نعم الصلح المبني على التسالم والمسامحة لا يجري فيه حكم البيع وكيف كان
فلا يمكن منع الغرر من باب انه بعد اليأس يكون المبيع في حكم التلف قبل القبض المقتضي لانفساخ البيع او من باب ان المشتري
ما لم يتسلم المبيع لا يجب عليه تسليم الثمن فلا خطر عليه وان لم يفسخ المعاملة لرجاء حصول المبيع لان هذه الاحكام الشرعية انما
تترتب على العقد الصحيح في حد نفسه فلا يمكن اثبات الصحة بما يترتب على الصحيح والا لزم ان يكون الحكم حافظا لموضوعه نعم في هذه الصورة
لو اشترط المشتري الخيار لنفسه بين الفسخ والامضاء فلا يبعد ان يقال بعدم صدق الغرر كما انه لو اشترط البايع الضمان على نفسه
فكذلك وذلك للفرق بين ما يترتب على البيع الصحيح وما اخذ في نفس العقد فان الاول لا يرفع الغرر لان ترتبه عليه فرع
عدم كونه غرريا في نفسه واما ما اخذ قيدا في العقد فيلاحظ الغرر فيه بالنسبة الى المجموع من القيد والمقيد السابع مقتضى القاعدة
بطلان البيع ولو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لان جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غرري الا انه ثبت بالنص جواز بيع الآبق
مع الضميمة ففي صحيحة رفاعة النخاس قلت لابي الحسن ع ايصلح ان اشتري من القوم الجارية الآبقة واعطيهم الثمن واطلبها انا فان
لا يصلح شراؤها الا ان تشتري منهم ثوبا او متاعا فتقول لهم اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما فان
ذلك جايز وموثقة سماعة عن ابي عبد الله ع في الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن اهله قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا
فيقول اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا درهما فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه والروايتان وردتا
بطرق متعددة فلا اشكال في سندهما بل مقتضى ما ورد في باب ضم الضميمة الى مجهول الوجود كاللبن في الضرع وما في البطون

من الحمل هو صحة بيع الآبق مع الشك في حيوته فضلاً عن الشك في حصوله فاصل الحكم في الجملة لا اشكال فيه انما الكلام في
اختصاص الصحة بما اذا كان الآبق مرجو الحصول او يصح مطلقاً قولان والاقوى هو الاول لان ظاهر الروايتين هو رجائه
لقوله واطلبها انا في الاولى وقوله في الثانية فان لم يقدر على العبد الظاهر في ان مفروض السؤال كان مع رجاء القدرة فالمتعين
هو الاقتصار على ظاهر النص نعم بناء على صحة الشرط المجهول ففي مورد الشك ايضاً يصح على نحو الاشتراط لا جعله جزءاً للمبيع
ثم ان ظاهر الروايتين اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها منفرداً فلا يجوز ضم ما لا يجوز بيعه اصلاً كالمنفعة ولا ما لا يجوز بيعها
منفرداً وان صح مع الضميمة اما الشرط الاول فلان ظاهرهما ان الضميمة جزء للمبيع فكان البيع ينحل الى بيعين فان قوله فتقول
لهم اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع وقوله فيقول اشتري منك هذا الشيء وعبدك ظاهر في تعلق الشراء بكل من الضميمة و
الآبق فلا بد من اشتمالهما على الشرايط غاية الامر ان العلم بحصول الآبق غير لازم الا انه يعتبر قابلية الضميمة للشراء والمنفعة
لا يصح شراؤها واما اعتبار كونها مما يصح بيعها منفردة فلانه لو ضم ما يتعذر تسليمه الى مثله لا يوجب صحة بيع ما يفسد
بيعه فعلى فرض اطلاق الروايتين من هذه الجهة الا ان مناسبة الحكم والموضوع توجب تقييده ثم لا يخفى عليك ان مجرد
اليأس عن الظفر بالآبق لا يجعله في حكم التلف حتى يقع البحث في ان احكام التلف قبل القبض يجري في ذلك او لا فان
موضوع البحث في قاعدة التلف هو التلف الحقيقي وظاهر المتن انه لو تلف قبل اليأس ففي تلفه على المشتري وجهان ولكن
الاقوى انه لا يوزع الثمن على الآبق فلو تلف لا يرجع المشتري الى البايع لانه جعل في الروايتين الثمن بازاء الضميمة في مورد
عدم القدرة على الآبق ولا فرق في عدم القدرة عليه بين تلفه او اليأس من حصوله ومقتضى ذلك انه لو تلف الضميمة قبل القبض
فان كان قبل حصول الآبق يرد الثمن باجمعه ولو كان بعده يوزع الثمن لانه ما دام ابقاً لا يقابله شيء من الثمن فاذا انفسخ العقد
بالنسبة الى الضميمة اما لتلفها او لخيار يختص بها كما اذا كانت حيواناً يبطل بيع الآبق ايضاً ثم انه لو كانت الضميمة من مالك
آخر ففي صحة العقد كلام ولو اجازه قوله قده مسئلة المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً آه الظاهر ان من شرايط صحة البيع
اتفاقاً هو العلم بمقدار الثمن ولعل منشأ الاتفاق هو الحديث المتقدم المشهور بين الفريقين وهو نهي النبي ص عن بيع الغرر و
عن الغرر وقد عرفت ان الغرر بجميع معانيه يستلزم الجهل فالبيع بحكم احدهما باطل ويؤيده التعليل في رواية حماد بن ميسر عن
جعفر عن ابيه ع انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم فانه اذا كان استثناء الدرهم من الدينار
موجباً للجهل بالثمن لعدم العلم بنسبة الدينار من الدرهم فالبيع بحكم احدهما اولى بان يكون باطلاً لان الثمن مجهول رأساً
ولا ينافي ذلك ما في صحيحة رفاعة النخاس الظاهر في صحة البيع بحكم المشتري لان الظاهر من هذه القضية ان بايع الجارية
وكل المشتري في تعيين القيمة لا انه باعها بثمن يعينه بعد المعاملة مع انه لا يمكن الاخذ بظاهر هذه الصحيحة لانه لو كان البيع
بحكم المشتري جائزاً لم يكن وجه لقوله ع ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة وبالجملة لا اشكال في تفاوت مالية الاموال بحسب

في اشتراط العلم بمقدار الثمن والمثمن

المقدار والكمية فلا بد من العلم بها ولا يصح جعل الثمن او المثمن قابلا للانطباق على القليل والكثير بل يستفاد من الاخبار الواردة
في خصوص المكيل والموزون وجوب الوزن والكيل فيهما وكذا وجوب العد في المعدود الا ان يكون احد هذه الامور طريقا للآخر
كما في صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله ع انه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب
ذلك العدد قال لا بأس وعلى هذا فان كان الشيء مذروعا كالثياب ونحوه فلا بد من ذرعه الا اذا كان الوزن طريقا
لذرعه كالاقمشة المصنوعة بالمكاين فانها يعلم مقدار اذرعها بوزنها ثم ان ظاهر الاخبار الواردة في المكيل والموزون و
المعدود وجوب اعتبار الكيل والوزن والعد فيها سواء كان عدمها غرريا او لا فكون الغرر شخصيا او نوعيا لا دخل له في
هذه الابواب الا ان هذا الظهور متبع فيما كان مقدار مالية المال غير محرز الا بالكيل او الوزن او العد واما اذا احرز
بالمشاهدة ونحوها فيصح بيعه بلا تقديره بهذه الامور ولذا جرت السيرة على بيع مقدار من الدهن والحبتين والثلاثة من
الحنطة وزبرة من الحديد لخروج هذه الاشياء عن ادلة اعتبار الوزن وتوضيح ذلك ان المخصص المنفصل اذا كان مجملا
مفهوما يخصص العموم به بالقدر المتيقن منه ويتمسك بالعموم في المشتبه ففي المقام مقتضى عمومات ادلة البيع عدم اعتبار الكيل و
الوزن ولا العد والذرع الا انه ثبت في الجملة اعتبار هذه الامور ولكن الدليل الدال عليه لا اطلاق له اما دليل العد فلانه
ليس الا رواية الجوز وهي ناظرة الى جهة اخرى وهي كفاية الكيل عن العد ولا تدل على اعتبار العد الا لاستفادة كونه مفروغا
عنه عند السائل واما خصوصيات اعتباره فالدليل مجمل بالنسبة اليها واما ادلة الكيل والوزن فاظهرها هو ذيل صحيحة الحلبي و
هو قوله ع وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام وظهورها في اعتبار الكيل في
المكيل لا شبهة فيه الا انها تختص بما كان مناط مقدار ماليته الكيل او الوزن مثلا واما لو كان مناطه العدد وان كان
الوزن فيه ملحوظا ايضا بحيث انه لو نقص عن هذا الوزن كان معيوبا فلا يضر عدم كيله او وزنه وكذلك تختص بما اذا كان
عدم كيله مستلزما للجزافية واما اذا خرج عنها ولو لكونه مضبوطا في نفس الامر وان كان مجهولا عند المشتري بل البايع فلا يضر
عدم كيله ووزنه وبهذا المناط يحكم بصحة المعاملة بالدراهم والدنانير وان لم يعلم مقدارهما من حيث الوزن فان السكة
طريق الى مقداره المقرر عند السلطان وبهذا الوجه فصل الصادق ع بين الدراهم الوضاحية وغيرها فان الدراهم
الوضاحية هي الدراهم الصحيحة التي لا تنقص عن الوزن شيئا واما غيرها فمن جهة نقصانها الموجب للغش نهى عن المعاملة
بها الا بعد بيان مقدار نقصها وبالجملة عدم اعتبار الكيل والوزن في الدراهم والدنانير اما لكون مقدار ماليتها بالعدد و
الوزن بمنزلة وصف الصحة واما لان السكة طريق الى مقدارها فيخرج عن كونه من بيع الجزاف وكيف كان فلا شبهة في
صحة بيع ما يكال بكيل مجهول عند المشتري كالغريب الوارد الى بلد فانه وان لم يعلم غير العراقي بمقدار الحقة ولا العراقي
بمقدار المن الشاهي او التبريزي الا ان المن او الحقة حيث انه مضبوط في الواقع يخرج المعاملة به عن كونها معاملة جزافية

وحاصل الكلام انه ينشأ من ادلة اعتبار الكيل والوزن امران احدهما ان اعتبارهما انما هو لكونهما طريقا الى مقدار الثمن وكمّيته فلو كان له طريق آخر كمكة المكرمة ونحوها فالادلة دليل على اعتبارهما وبهذا المناط يصح شراء المكيل بلا كيل لو اخبر البائع بكيله وكان موثوقا به ويصح كيل المعدود وزن المكيل ثانيهما كون البيع بدونهما جزافا فلو لم يكن كذلك بكفي الكيل والوزن وان لم يعرف المشتري مقدارهما وبهذا يصح بيع مقدار من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه ومن غيره المساوي له في القيمة وعلى اي حال يستفاد من هذه الادلة ان الجهل بمقدار المبيع يوجب البطلان سواء كان غرريا او لا وفي نفس هذه الاخبار لم يعلل ما في الجهل بالغرر حتى يبحث في ان حكمة التشريع فيكون المدار على النوع او علة للحكم الموضوع فيكون المدار على الغرر الشخصي وعلى فرض التعليل بذلك لا شبهة ان حكمة وبيان ذلك انه قد بينا في قاعدة لا ضرر انه لو علق الحكم على عنوان كالضرر والحرج ونحوهما بكون ذلك العنوان موضوعا للحكم ويدور الحكم مداره وبذلك يكون لا ضرر او لا حرج حاكما على ادلة الاحكام لا محالة بكون الضرر او الحرج المنفي شخصيا واما لو علق الحكم على عنوان اخر غير عنوان الضرر والحرج وعلل بهما فلا محالة يكونان علة للتشريع ولا يطردان ولا ينعكس فيكون نوعيا والحرج ورد على كلا الوجهين ففي الحديد يكون الحرج حكمة لرفع نجاسته وفي مثل ما جعل عليكم في الدين من حرج يكون حاكما على ادلة الاحكام واما نفي الضرر فكونه حاكما على ادلة الاحكام لا اشكال فيه كما في قضية سمرة واما كونه علة للتشريع فتوقف على ورود هذا اللفظ منه صلى الله عليه وآله في ذيل حكمه بالشفعة او حكمه بكراهة منع فضل الماء واما في المقام فلم يرد منه صلى الله عليه وآله الا النهي عن الغرر اما مطلقا في البيع من دون تعليله بعلة فيكون الحكم دائرا مدار الغرر الشخصي او النوعي لا موضوع لان نفس عنوان الغرر اذا كان متعلقا للنهي فلا محالة يدور الحكم مداره نعم لهذا البحث مجال اذا استفيد من ادلة اعتبار الكيل والوزن كون عدم غرريا فحينئذ ان اعتبارهما وكذا اعتبار العدد انما هو لرفع الغرر فلا محالة يكون الحكم تابعا ولو لم يكن غرريا واما في الذرع فالدليل عليه لا تقي الغرر وهي عنه فلا بد ان يكون المدار على تحقق الغرر ولكنك خبير بان التفصيل في الابواب الاربعة لا يمكن الالتزام به للقطع باتحاد احكامها فلا بد اذا من احراز مقدار ماليه المال بالكيل او الوزن فالجهل به يوجب فساد المعاملة ولكن ذلك انما هو بالنظر الى الامر المتقدم وهو احد طريقي احراز الاحراز وكون البيع بدونه جزافا واما لو لم يكن كذلك كبيع مقدار من الطعام بما يقابله من جنسه خلا خصوصيته لها ايضا وتمام الكلام في ذلك موكول الى محله

قوله قدس سره مسئلة لو قلنا بان المناط في اعتبار تقدير المبيع في الكيل والوزن والعدد بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي فلا اشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به اذا انتفى الغرر بذلك وذلك لما عرفت من انه لو علل اعتبار هذه التقديرات بالغرر نعم يمكن ان يقال ان حكمته سد باب الغرر المؤدي الى التنازع وعلى هذا فلا يدور الحكم مدار الغرر بل لا بد من التقدير باحد هذه الامور انما الكلام في انه هل يختص كل واحد منها بما يتعارف التقدير به او يجوز التقدير باحد هذه الامور مطلقا ونفصل بين الوزن وغيره فنكتفي بالتخمين في

دون غيره والاقوى هو الاول وتوضيح ذلك انه لا شبهة ان للوزن دخلا في مالية الاموال غالبا حتى في المعدود اذا كان
ماكولا فان الجوز والبيض ونحوهما يختلف قيمته باختلاف وزنه وقد يتفق مدخلية عدد الشيء او كيله او ذرعه في ماليته و
على هذا فاذا كان لحجم الشيء دخل في المالية لا يكفي الوزن عن الكيل كما انه لو كان للذرع او العدد دخل في المالية لا يكفي الوزن
عنه نعم يصح جعل الوزن طريقا الى الذرع او العدد او الكيل اذا ثبت طريقيته لها بالامتحان والتجربة وعلى هذا فلا نعرف وجها
محصلا لما افاده المصنف قده من ان الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالاخر من حيث جعله دليلا على التقدير
المعتبر فيه واخرى في كفايته فيه اصلا من غير ملاحظة تقديره المتعارف لان الكلام اما فيما لا دخل لغير الوزن في ماليته و
اما فيما له دخل فيها فاذا كان المناط منحصرا في نفس المقدار لا يجوز تقديره الا بالوزن الا ان يكون غيره طريقا مضبوطا
اليه بحيث لا يتخلف عنه اصلا او بمقدار يتسامح فيه واذا كان للعدد او الحجم او الذرع ايضا دخل يجب مضافا الى الوزن تقدير
كل بما له دخل في ماليته ولا يصح الوزن او العد بدل الكيل ولا الكيل او الوزن بدل العد الا ان يكون طريقا مضبوطا
اليه بحيث لا يتخلف عنه الا بمقدار يتسامح فيه ولا يدل رواية وهب على تقدير ما يكال بالوزن وما يوزن بالكيل لان
قوله ع لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ليس معناه ان كل واحد يصح بدلا عن الاخر بل معناه ان ثمن
المكيل يمكن ان يكون موزونا وبالعكس وبالجملة احتمال كفاية احد التقديرين عن الاخر اصالة من غير ملاحظة التقدير الاخر
لا وجه له فيما كان لغير المقدار والكم ايضا دخل في مقدار المالية وعدم كفاية جعل احدهما طريقا للاخر لا معنى له اذا كان هو
في الواقع طريقا معتبرا واما اذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا والبناء على
ذلك المقدار لان البناء عليه لا يخرجه عن الجهالة والا لصح بيع الموزون مشاهدة مع البناء على انه مقدار خاص ولا يمكن
قياسه باخبار البايع بالكيل فانه طريق معتبر شرعي وحاصل الكلام ان نية كون شيء طريقا او لحاظ كونه اصلا والبناء على
كونه مقدرا بمقدار خاص ونحو ذلك من الامور البنائية والقلبية لا اساس لها في باب المعاملات فالعمدة لحاظ الروايات
الواردة في هذا الباب فلو دلت على ان نفس الجهل بالمقدار يوجب فساد المعاملة سواء كان غرريا او لا يجب رفعه باحد
هذه المقادير كل منها في مورده او بما هو طريق اليه وعلى هذا فلا وجه للتفصيل بين الوزن والكيل كما لا وجه لجعل احد
التقديرات دليلا على الاخر لو لم يكن هو بنفسه طريقا له فان مجرد لحاظه طريقا لا يرفع الغرر والا لصح بيع الموزون مشاهدة
مع البناء على كونه بالوزن الخاص قوله قده بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا او موزونا اه بعد ما ظهر الكبرى
وانه يعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون وكذا العدد والذرع في المعدود والمذروع فيقع البحث في الصغرى وتعيين ما هو
من المكيل او الموزون او المعدود او المذروع وما يصح بيعه مشاهدة قد يقال باعتبار الوزن او الكيل فيما بيع بهما في زمان
الشارع وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها ونسب صاحب الحدائق ذلك الى الاصحاب ومنعه صاحب الجواهر قده وقال

في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا او موزونا

ان لحاظ زمان الشارع مختص بباب الربا واما بالنسبة الى الغرر فلا مدخلية له لزمان الشارع فيه فاشكل المتن عليه بما حاصله ان الموضوع في كلتا المسئلتين شيء واحد وهو المكيل والموزون وقد حمل عليه حكمان احدهما عدم صحة بيعه جزافا والآخر عدم صحة اخذ الزيادة في بيع بعضه ببعض والأنصاف ان كلمات الأعلام في المقام مضطربة وعنوان الموضوع في المسئلتين شيء واحد لا دليل عليها فالأبراد الثاني من المتن عليه غير وارد كما انه لا يرد عليه ايراده الأول بتجريد عبارة المبسوط والتذكرة وقوله في المبسوط بلا خلاف لا يدل على الاجماع المعتبر عندنا فان الاجماع وعدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على امر اخر غير الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم فاذا لم يثبت الاتفاق على اعتبار الكيل والوزن فيما كان مكيلا او موزونا في عصر الشارع فلا بد من التشبث بما تقتضيه القاعدة الكلية حتى يكون المدار عليها الا ما ثبت خروجه عنها فنقول قولة بما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازا فرد من القضايا الحقيقية التي انشأ الحكم بها على الموضوع المقدر وجوده فكل مصداق انطبق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم سواء كان هذا المصداق مكيلا في عصر الشارع او لم يكن وكل ما لم يتسم فيه بالكيل اي لم يجعل له الكيل يصح بيعه بلا كيل سواء كان هذا الشيء مكيلا سابقا او في خصوص عصر النبي صلى الله عليه وآله او لم يكن وبالجملة هذه القضية حقيقية كسائر القضايا الشرعية وعلى فرض اختصاصها بباب الربوا بان يقال المدار فيه على المصداق الخارجي من المكيل والموزون وهو الذي كان معنونا بهذا العنوان في عصر الشارع بحيث اذا كان شيء مكيلا في عصره لا يجوز التفاضل عليه الى يوم القيمة ولو بيع في العصر السابق على عصره مثلا هذا وبيع بعد عصره كذلك الا انه لم يقم دليل على ان المدار في الغرر على الكيل في زمانه بحيث انه اذا كان شيء مكيلا في المدينة المنورة او في سائر البلاد في عصره ثم يباع بغير كيل ووزن في الأعصار المتأخرة يبطل بيعه وما افاده المضمر في قوله ثالثا الى اخره لا يستقيم لان حاصل ما ذكره مركب من مقدمتين اولاهما ان ما كان ربويا في عصر الشارع ربوي الى يوم القيمة وثانيهما ان من شرط جريان الربا في معاملة كون المكيل والموزون شرطا في صحة بيعه فضم المقدمة الثانية الى الأولى ينتج ان ما كان مكيلا في عصر الشارع لا بد ان يكال الى يوم القيمة وما كان موزونا لا بد ان يوزن وما يباع في عصره جزافا يصح بيعه كذلك فان تعارف وزنه لغرته وقلة وجوده والسرفي استفادة هذه النتيجة ظاهر لانه لو قام الاجماع على ان ما كان ربويا في عصره يكون ربويا الى الأبد وثبت ان شرط الربا هو ان يكون المكيل او الموزون شرطا في صحة فيثبت الملازمة بين كون الشيء مكيلا في عصره وكونه مكيلا في الأعصار اللاحقة ولكن كل من هاتين المقدمتين الأولى فان ظاهر ادلة الربوا انه يدور الحكم مدار كون الشيء مكيلا وموزونا وهذه قضية حقيقية يدور الحكم مدار تحقق موضوعه في كل عصر وذلك لا يستلزم النسخ لانه رفع الحكم عن موضوعه لا اختلاف يتبدل موضوعه وثانيا على فرض تسليم هذه المقدمة والالتزام بان كل ما كان ربويا في عصر الشارع فهو ربوي الى يوم القيمة بان يقيد عنوان المكيل والموزون بما كان

مكيلا او موزونا فى عصره لا مطلقا الا ان اشتراط جريان الربا فى معاملة يكون الكيل والوزن شرطا فى صحة بيعه لا ينفع الا انه من حيثية التخلص عن الربا وعدم التفاضل لا بد من الكيل والوزن حتى يباع الشئ متساويا واما اعتبار الكيل والوزن من حيثية الغرر فلا يستفاد من هذه الشرطية وبعبارة اخرى كون جريان الربا فى معاملة مشروطا بان يكون الكيل والوزن شرطا فى صحة بيعه بمنزلة شرط الوجوب واما كون الربا فى عصره مستلزما لجريان الربا الى الأبد ملازما لاعتبار الكيل والوزن فى الأعصار اللاحقة فهو بمنزلة شرط الواجب فيعتبر للتخلص من الربا الكيل او الوزن واما اعتبار اصل الكيل والوزن فى صحة المعاملة فلا دليل عليه وحاصل الكلام انه لو سلمنا قيام الاجماع على ان ما كان ربويا فى عصر الشارع فهو ربوى دائما وسلمنا الملازمة بين كون الشئ ربويا وكون الكيل والوزن شرطا فى صحة بيعه بان رتبنا القياس الاستثنائى وهو ان كل ما كان ربويا يشترط فى صحة بيعه الكيل او الوزن وهذا ربوى فيشترط فى صحة بيعه الكيل او الوزن الا ان هذا الاجماع مع هذا القياس لا ينتج الا ضد ما قصده المصنف لان توقف جريان الربا فى معاملة على كون الكيل او الوزن شرطا فى صحة بيعه لا يخلو اما ان يكون منشأه هو التخلص عن الربا بحيث انه لو جعل الأثمان مقابل هذا الشئ لا جنسه يصح بيعه بلا كيل ولا وزن واما ان يكون منشأه ان قوام ماليته بالقدر لكونه فى غاية العزة والغلاء وعلى كلا التقديرين لا ينتج ما قصده بل التقدير الاخير مناقض لما قصده اما على الأول فلان توقف التخلص عن الربا على الكيل او الوزن لا يلازم كون الشئ مكيلا او موزونا لانه تصح بيعه بعوض من غير جنسه بلا كيل او وزن واما على الثانى فعدم صحة بيع الشئ بلا كيل ولا وزن لتوقف معرفة مقدار ماليته عليهما يقتضى صحة بيعه بدنهما اذا صار الشئ مبدوا لا محيث لا يتوقف معرفة مقدار ماليته عليهما فتوقف جريان الربا فى معاملة على كون الشئ مكيلا او موزونا من باب توقف ماليته على التقدير بهما مناقض لما ادعاه من اعتبار الكيل او الوزن فى شئ كان مكيلا او موزونا فى عصر الشارع فتدبر جيدا هذا مع انه يمكن ان يقال ان تقييد جريان الربا فى معاملة بكون الكيل او الوزن شرطا فى صحة بيعه انما هو فى مرحلة الحدوث دون البقاء وذلك لما حكى عن التنقيح من دعوى الاجماع على ان ما كان مكيلا او موزونا فى عصر النبى فى جميع البلدان وكل بلد جرى فيه الربا وان تغير بعد ذلك وما لم يكن من احدهما لا يجرى فيه الربا وان تغير بعد ذلك وصار من احدهما ولازم ذلك ان جريان الربا فى معاملة وان اعتبر فيه الكيل او الوزن الا ان اعتبارهما انما هو فى عصر الشارع واما التغير بعد ذلك وصيرورة الشئ غير مكيل او موزون فلا يأتى فى ثبوت الربا فيه ومرجع هذا الكلام الى ان الربا ربوى فى عصر الشارع دائما ولكن كون الشئ مكيلا او موزونا يختلف باختلاف الأعصار وحاصل الكلام ان ما اسنده صاحب الحدائق الى الأصحاب من ان المناط فى الكيل والموزون المعتبرين فى صحة البيع ما كانا كذلك فى زمان الشارع ولو فى غير مسئلة الربا وايده المصنف قده من غرائب الكلام واغرب من ذلك تمسكه لذلك بان المرجع فى الألفاظ الواردة فى لسان الشارع الى عرفه لان هذا الكلام انما يتم فى المفهومات المحضة من

لا مطلق الالفاظ الواردة والمستعملة في لسانه فان مرجعها الى العرف وذلك واضح وعلى هذا فلو سلم ان موضوع المسئلتين
شيء واحد الا انه لو شك في شيء كونه مكيلا او موزونا وكونه يباع مشاهدة او عددا او ذرعا في عصر الشارع فمقتضى
اصالة البراءة عدم حرمة التفاضل وان كان من حيث صحة البيع الاصل الفساد الا ان يقدر على نحو يرتفع به الغرر وكيف
كان فالمسئلة في غاية الاشكال من حيث الصغرى وما هو المناط في الكيل والوزن وان كان الاقوى هو ما ذكرناه من
حيث ظهور القضية في كونها حقيقية فالمدار على تحقق المصداق في اي عصر ومع اختلاف البلدان فلكل بلد حكم نفسه
ثم ان استفادة كون المدار على العرف العام لو كان ومع عدمه فلكل بلد حكمه ومع الاختلاف في البلد الواحد فالتخيير
من الاخبار الواردة في المكيل والموزون ليست بهذه المرتبة من الصعوبة والاشكال لان الكلي اذا كان ذا مراتب و
مقولا بالتشكيك بالنسبة الى ما يندرج تحته فشموله لجميع المراتب لا اشكال فيه فقولهم عليهم السلام ما كان مكيلا
فلا يباع جزافا وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة يشمل جميع هذه المراتب قوله قده مسئلة اذا
اخبر البايع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه اه لا يخفى ان توضيح هذا العنوان يتوقف على ذكر امور الاول انه لا ينبغي
الاشكال في صحة الاعتماد على اخبار البايع بالكيل والوزن والعد والذرع لما عرفت من ان اعتبار هذه الامور انما هو
لخروج بيع الشيء عن كونه جزافا والاعتماد على اخباره بها يخرجه عنه وتدل عليه مضافا الى ذلك الروايات الواردة في
هذا الباب فعن عبد الكريم بن عمرو قال قلت لابي عبد الله ع اشتري الطعام فاكتاله ومعي من قد شهد الكيل وانما اكيله لنفسي
فيقول بعنيه فابيعه اياه على ذلك الكيل الذي اكتلته قال لا بأس وعن ابن بكير عن رجل من اصحابنا قال سئلت ابا عبد الله ع
عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل فقال اما ان يأخذ كله بتصديقه واما ان يكيله كله وعن محمد بن
حمران قال قلت لابي عبد الله ع اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال لا بأس وبهذا المضمون
ايضا روايات اخرى ولا يعارضها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله ع انه قال في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وان
صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت قال لا يصلح الا بكيل وقال و
ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام لانها لا تدل على ان البايع اخبر بالكيل عن
حس لان قوله فان فيه مثل ما في الآخر ظاهر في انه يحدس المقدار من غلبة تساوي العدلين فيه هذا مع انه على فرض الظهور
يحمل على الكراهة المصطلحة لصراحة تلك الاخبار في الرخصة الثاني هل اخبار البايع بالمقدار من الامارات التعبدية حتى
لا يدور حجيته مدار الظن الفعلي فضلا عن الاطمينان او من باب كونه طريقا عرفيا اليه ولا هذا ولا ذاك بل يدور مدار كونه
رافعا للغرر وعدمه وجوه والاقوى هو الاخير لعدم استفادة جعل الطريقية لقول البايع من هذه الاخبار وليس طريقا
عرفيا مضبوطا ايضا بل يظهر من ذيل رواية ابي العطارد ان المدار على الوثوق والاطمينان فقال ع اذا ائتمنك فلا بأس

وعلى اى حال فمجرد بناء المتعاملين على مقدار خاص لا يفيد صحة بيع ما يكال بغير الكيل ولا يقاس على بيع العين الغائبة باوصاف مذكورة لان ذكر الوصف يخرج المبيع عن الجهالة وعلى هذا فلو قلنا بان اخبار البايع طريق تعبدى الى المخبر به يكفى نفس اخباره لان مجرد تبين ارتفع الجهالة واما لو قلنا بانه طريق عرفى فى معرفة المبيع فاذا لم يرتفع به الجهالة لا يصح المعاملة بمجرد بناء المتعاملين على انه بمقدار خاص فتعين ان يكون وجه اعتباره خروج البيع باخبار عن كونه مجازفة نظير بيع العين الغائبة باوصاف مذكورة فى العقد فان ذكرها يرفع الجهالة والخطر الثالث لو تبين الخلاف تخير المشترى بين الفسخ والامضاء سواء كان زايدا على ما اخبر به او ناقصا عنه اما اذا كان زائدا فلان الزيادة ملك للبايع ويصير شريكا على نحو الاشاعة مع المشترى والشركة عيب يوجب الخيار واما اذا كان ناقصا فلتخلف وصف الاتصاف الذى اشترط ضمنا واما احتمال بطلان اصل المعاملة من باب تخلف عنوان المبيع فبعيد ثم فرق بين ما اذا باع عينا بعنوان انها عبد فتبين كونها حمارا او جارية وما اذا باع عشرة امنان من الحنطة وتبين كونها ثمانية فبعنوان تبين كونها حمارا تخلف عنوان المبيع عرفا وعقلا وفى الثانية تبين كونها جارية تخلف عنوان المبيع عرفا لا عقلا وعلى اى تقدير يبطل البيع لان مناط مالية الاموال بصورتها النوعية العرفية لا بالمادة المشتركة بين جميع الاشياء ولذا لا فرق فى مورد تخلف العنوان بين جعله موضوعا كما لو قيل بعتك العبد وجعله وصفا او شرطا كما لو قيل بعتك هذا الذى هو عبد وبعتك هذا ان كان عبدا واما اذا تخلف مقدار المبيع فلا وجه لبطلان اصل البيع بل اما يبطل البيع بالنسبة الى المقدار الناقص اى يحل البيع الى بيوع متعددة بالنسبة الى كل من واما يصح البيع بالنسبة الى الجميع ويخير المشترى كتخلف الوصف الذى لا يوزع الثمن بازائه وعلى كلا التقديرين فلا وجه لاحتمال انفساخ البيع ولا يقال لم تخلف المقدار كتخلف عنوان المبيع لان كلا منهما مما يتوقف صحة البيع عليه فكما انه لا يصح البيع اذا كان العنوان مجهولا فكذا يفسد اذا كان المقدار مجهولا وكما انه لو نادى بعنوان خاص فتخلف يوجب البطلان فكذلك لو ناعبه على مقدار خاص فلا بد ان يكون تخلفه موجبا للبطلان رأسا لانا نقول فرق بين مقدار المالية وعنوان المبيع فان كلا منهما وان كان من شرائط صحة البيع الا ان تخلف العنوان يوجب تغير ما هو المبيع رأسا وهذا بخلاف تخلف المقدار فان المبيع لم يتخلف الا من حيث انضمامه منفكى الحكم والقيمة فانحلال العقد بالنسبة الى الثانى هو المتعين دون الاول وبالجملة تخلف المقدار حيث لم يتخلف الوصف لا يتخلف العنوان وان شئت قلت فرق بين شرائط صحة البيع فما هو راجع الى عد الغرر فتخلفه لا يوجب الا الخيار وما هو راجع الى الصورة النوعية للمبيع تخلفه يوجب البطلان وان شئت قلت فرق بين الاوصاف المشروطة فى البيع صريحا او ضمنا فالاوصاف اذا كانت خارجية ككاتبة العبد ونحوها بحيث لا يتوقف صحة البيع عليها تخلفها لا يوجب الا الخيار بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن واما اذا كانت داخلية كمقدار المبيع بحيث يتوقف صحة البيع على العلم

بها فتخلفه يوجب الخيار بين الفسخ والامضاء بمقدار من الثمن وهذا هو الاقوى فانه لا وجه لالحاق نقص المقدار
بتخلف وصف الكتابة فان بازاء وصف الكتابة لا يقع جزء من الثمن وانما يصير وجوده منشأ لزيادة قيمة الموصوف به
واما المقدار فالثمن يوزع عليه فاذا بيع عشرة امنان بعشرة دراهم فقد قوبل كل من بدرهم فاذا تبين نقص المبيع
وكونه ثمانية فلا محيص الا من نقص درهمين فله الامضاء مع استرداد التفاوت وله الفسخ لتخلف وصف الانضمام
الذي اشترط ضمنا وما اختاره شيخنا الاستاد مدظله في الوسيلة من انه لو اشترى عشرة امنان التي هي هذه الصبرة فتخلفه
موجب للخيار مع التقسيط واما لو اشترى هذه الصبرة الخارجية مقدرة بكونها عشرة امنان فتخلفه موجب للخيار بلا
تقسيط لان حكمه حكم تخلف الشرط والمبيع نفس العين الخارجية وهكذا الحكم فيما لو كانت الاجزاء مختلفة من حيث الجودة
والرداءة كما لو اشترى عشرة اجرب التي هي هذه الارض او اشترى هذه القطعة المحسوسة مقدرة بكونها عشرة اجرب لم يتضح لنا
وجهه وان اختلاف التعبير لا يغير الواقع والمقدار دائما جزء المبيع سواء كان كيلا او وزنا او عددا او ذرعا وان جعل في
مقام التعبير شرطا وجعل عنوان المبيع نفس العين الخارجية فالجزء دخيل في قوام المعاملة والعوض يقع بازاء كل جزء جزء
فعدم وجود مقدار من المبيع يوجب استرداد مقدار من الثمن واما الاوصاف الخارجية كالكتابة ونحوها فهي وان كانت
دخيلا في عالم اللب في زيادة الثمن الا ان العوض لا يقع في مقام الانشاء المعاملي الا بازاء الموصوف وبالجملة المقدار متوسط
بين الصور النوعية والاوصاف الخارجية فمن جهة ملحق بالصور النوعية فيسترد من الثمن بمقدار الناقص ومن جهة ملحق بالاوصاف
فتخلفه موجب للخيار وبعبارة اخرى من جهة داخل في الالتزام الاولي الذي هو نفس المنشأ بالعقد ومن جهة داخل في الالتزام
الثانوي اي التزام في التزام وتخلفه لا يوجب بطلان اصل المعاملة ثم انه لا وجه لثبوت الخيار للبايع فيما تبين زيادة
المقدار الذي اخبر به لانه وان صار شريكا مع المشتري بنحو الاشاعة الا ان كل شركة لا تقتضي ثبوت الخيار فانها وان كانت
عيبا الا انه ما لم يدخل ضده وهو السلامة عن العيب تحت الالتزام الضمني فتحققه لا يوجب الخيار فالزيادة توجب الخيار للمشتري
لان المبيع الذي انتقل اليه لو لم يكن مفروزا فهو معيوب لانه اشترط ضمنا كونه مفروزا واما البايع فيثبت له الخيار لو كان في
الثمن شركة واما الشركة في المثمن فلا وجه لكونها موجبا للخيار وهذا من غير فرق بين علم البايع بالزيادة وجهله لانه على
اي حال لم يشترط على المشتري عدم الشركة فلا يملك عليه شيئا **قوله** قده مسئلة قال في الشرايع يجوز بيع الثوب والارض
مع المشاهدة وان لم يمسحا اه لا يخفى ان ما يصح بيعه بالمشاهدة على قسمين قسم لا يعتبر فيه الكيل والوزن والعد و
المساحة من جهة مبذوليته وكثرة وجوده بحيث يتسامح فيه قلة وكثرة ولا يعد بيعه بلا تقدير مجازفة وقسم تكون المشاهدة
طريقا معتبرا لمعرفة مقداره بحيث لا يتخلف عادة الا بمقدار يتسامح فيه واما لو لم يكن من هذين فلا وجه للقول بصحة بيعه
كذلك ومجرد كون المبيع مختلف الاجزاء لا يوجب صحة بيعه بالمشاهدة لا سيما في مثل قطيعة الغنم التي تتفاوت ماليتها

في حكم بيع الثوب والارض مشاهدة

قلة وكثرة حسب افراد القطيعة قوله قده مسئلة بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان او متفرقتها او ذراع من كرباس او عبد من عبدين وشبه ذلك يتصور على وجوه اه لا يخفى ان الوجه الاول وهو بيع الكلي لا ينبغي الاشكال في صحته من غير فرق بين ان تكون الجملة التي يباع بعضها متساوية الاجزاء من حيث الصفة المسارة لتساوي قيمتها او ان تكون مختلفة كاحد العبدين واحد الثابين فانهما قيمتان لاختلاف افرادهما غالبا الا نادرا كما لو باع صاعا من صبرة مشتملة على عشرة اصوع فقد باع عشر امن الصبرة فكذا لو باع عبدا من العبدين فقد باع النصف من كل منهما لان نسبة المبيع الى الجملة في الاول هي العشر ونسبته اليهما في الثاني النصف ويتوان ظاهر الثاني هو الوجه الثاني والثالث من وجوه بيع البعض من الكل لا الوجه الاول وهو الكر المشاع لا شاهد لها الان غاية ما يتوهم من الفرق بين الصبرة والعبدين امران احدهما انصراف اطلاق المبيع في قوله بعتك عبدا من العبدين الى واحد منهما اما على الوجه الثاني والثالث لا الى النصف من كل منهما واثباتهما توقف الحمل على الاشاعة في مورد العبد على تنزيل العبدين منزلة امر واحد حتى يباع جزء مشاع منه ولا يتوقف على هذا التنزيل في مثل الصبرة لانها بنفسها امر واحد خارجي وبعبارة واضحة الوحدة الحقيقية او الاعتبارية اللازمة في كل مركب هي موجودة بنفسها في الصبرة وهذا بخلاف الوحدة في العبدين فانها لا حقيقية ولا اعتبارية معتبرة من الشارع او العقلاء بل انما تحقق بنظر اعتبار المتعاقدين والاثنان الواحد لا يمكن ان يتكفل امرين الاول تنزيل الثنين منزلة شئ واحد والثاني بيع الكر المشاع في المجموع ولكنك خبير بان هذين الفرقين غير فارقين اما الانصراف فلا نتر لبس الكلام في مقام الاثبات حتى يدعى انصراف المطلق الى بعض افراده بل في مقام الاثبات يجب الثبوت وان تو صدالثابت من قوله بعتك عبدا من العبدين نصفا من كل منهما فاحكم وبقي الاخرى عدم ظهور الكلام فيما قصده المتبايعان لا يوجب الفرق بين المثال وغيره من الامثلة بحسب التصور واما توقف الكر المشاع في الثاني على التنزيل فهذا لا يضر بصحة بيع الكر المشاع فان اعتبار الا مؤونة له ولا يلزم ان يتكفل الانشاء حتى يقال انه لا يمكن الجمع بين اللحاظين في انشاء واحد بالجملة لا فرق بين متفوق الاجزاء ومختلفها هذا كله لا اشكال فيه وانما الكلام في تصوير الكر المشاع وان الشركة الحاصلة في المبيع على اي كيفية فقول ذهب اكثر المتكلمين وبعض الحكماء قبل ظهور الاسلام الى ان مادة الجسم المطلق هي الاجزاء التي لا تنقسم لا خارجا ولا ذهنا ويسمى كل جزء من هذه الاجزاء بالجوهر الفرد والجزء الذي لا يتجزى وذهب النظام الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية واحتج بعض المحققين من المتكلمين وجمهور الحكماء الى بطلان الجزء الذي لا يتجزى وعلى فرض تحققه فليس هو مادة الجسم المطلق وصار بطلان عد قابلية الجزء للقسمة من اوضح البديهيات في عصرنا الان كل متحيز بالذات اي كل ما هو قابل للاشارة الحسية اليه لا بد ان يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة التحت وكذا باقي الجهات الست فلا محيص من ان يكون منقسما وان لم يكن فعلا كذلك لم يكن لنا الى تقسيمه هذا مضافا الى

ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحى ونفي الدائرة وهكذا بطلان مذهب النظام صار بديهيا لانه لو كان الجسم مركبا
فعلا من اجزاء غير متناهية يلزم امتناع قطع مسافة معينة في مدة متناهية الا بالطفرة اذا عرفت ذلك فحيث ان الجزء
قابل للقسمة فمعنى الشركة على الاشاعة ان كل جزء يفرض في الجسم فكل واحد من الشريكين المتساويين مالك لنصف هذا
الجزء لا ان كل واحد مالك في تمام الجزء ولا ان لكل واحد جزءا خاصا واقعا غير معلوم ظاهرا نعم لو انتهى الامر الى الالتزام
بصحة الجزء الذي لا يتجزى فلا محيص الا عن القول بان كل واحد منهما مالك لجزء معين او مالك لتمام هذا الجزء وعلى
هذه المسالك يبتني القولين في قسمة المشاع من انها بيع او افراز حق فان كونها افراز حق ملازم لان يكون كل واحد شريكا
مع الاخر في كل جزء بحسب نسبة الملك بان يكون نصفه او ثلثه او غير ذلك من الكسور لاحد الشريكين والباقي للاخر و
حيث ان النصف من كل جزء امر كلي قابل للانطباق على النصف من اي طرف من الجسم فبالقسمة يميز ويخرج عن الابهام
والكلية ويعين في الطرف الشرقي او الغربي وكونها بيعا ملازم لان يبيع كل واحد اضافته بالنسبة الى هذا الجزء باضافته
بالنسبة الى الجزء الاخر وبالجملة من التزم بالجوهر الفرد والجزء الذي لا يتجزى فاما ان يلتزم بان كل جزء له مالكان حتى
يمكنه تصوير الاشاعة واما ان يلتزم بان بعض الاجزاء بتمامه ملك لاحد الشريكين واقعا وبعضه بتمامه ملك للاخر
كذلك الا انه غير متميز خارجا واما القائل بان الجزء قابل للقسمة الى ما لا نهاية له فمعنى الاشاعة على مختاره عدم تميز الكسر
المشاع وكونه كليا قابلا للانطباق على كل كسر وكيف كان فلا اشكال في صحة بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء على نحو
الاشاعة واما الوجه الثاني وهو ان يبيع صاعا من الصيعان او واحدا من العبدين فالمشهور فيه هو البطلان واستدلوا له
بوجوه اربعة فبعضهم استدل بالجهالة التي يبطل معها البيع اجماعا واخر استدل بان الابهام في البيع مبطل له وثالث استدل

ولا يخفى ان الجمع بين ما اخترناه من معنى الاشاعة وهكذا ما اختاره بعض من ان لكل جزء مالكين على نحو الملك الضعيف وبين ما اختاره الخاصة
من ان القسمة افراز حق او تعيين حق ممتنع لانه لو فرضنا عبدين مشتركين بين وارثين فتقسيمهما وجعل احدهما لاحدهما والاخر للاخر لا يعقل الا
بان يجعل عوض النصف من هذا العبد النصف من الاخر او تبديل الاضافتين الضعيفتين فيهما باضافة قوية في واحد منهما وهذا يوافق مذهب
الجمهور من ان القسمة بيع نعم لو اخترنا ما يظهر من صاحب الجواهر من ان المراد من اشاعة الشركة لولا الاجماع دوران حق الشريك بين مصاديق الكلي
وان كل واحد منهما مالك لجزء خاص واقعا فكون القسمة افراز حق وتميز حق وتعيين حق ونحو ذلك من العبارات في كمال الوضوح وهو اختيار
هذا المعنى لوجوه يرد على الاشاعة بذلك المعنى الذي اخترناه وهي عدم امكانها في الجزء الذي لا يتجزى وفي قسمة الوقف من الطلق لاستلزامه
صيرورة بعض اجزاء الوقف طلقا وبعض الطلق وقفا وغير ذلك من المحاذير التي ذكرها في كتاب الشركة الا ان يقال لا ينافي ما ذكرناه من معنى
الاشاعة مع ما ذكروه في باب القسمة لان غرضهم في باب القسمة من انها افراز حق انها ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما من انواع المعاوضات
بل هي امر برأسها لا تجري فيها احكام العقود وهذا لا ينافي استلزامها المعاوضة ومرجع القسمة في الحقيقة الى ابطال الاشاعة واحداث نحو
اخر من الملك ولتمام الكلام محل اخر وعلى اي حال فالالتزام بان في ارث العبدين كل واحد من الوارثين يرث نصف المجموع لا نصف كل واحد

بالغرر ورابع بان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به ولا يخفى ان هذه الوجوه لا تجري في موضوع واحد فان الثاني
والرابع يجريان على تقدير والاول والثالث يجريان على تقدير اخر وتوضيح ذلك ان البيع تارة يتعلق باحدهما المفهومي و
اخرى باحدهما المصداقي اي تارة متعلق البيع ليس له واقع بل المبيع قابل لان يكون هذا العبد او ذاك ويعبر عنه بالفرد المنتشر
والفرد المردد واخرى يكون له واقع معين غير معلوم عند المشتري او البايع ايضا ويعبر عنه بالنكرة وبعبارة اخرى تارة المبيع نظير
متعلق التكليف في قوله جئني برجل واخرى من قبيل جاء رجل من اقصى المدينة وهذان المعنيان هما محل النزاع في مورد القرعة
فقيل بانها تختص بما اذا كان له واقع معين ومشتبه عند المكلف كالموطوئة المجهولة في قطيع الغنم وقيل بانها تجري في
تعيين المطلقة المجهولة بحسب الواقع وفي تعيين الزائدة على الاربع اذا اسلم الكافر وكانت زوجاته زائدة عنها فاذا كان
المبيع احدهما المفهومي الذي ليس له وجود متأصل ولا منشأ انتزاع اي ليس له ما بحذاء كالجواهر والاعراض ولا منشأ
انتزاع لا من الذاتيات كالعلية والمعلولية ولا من قيام احدى المقولات بمحالها كالقبلية والبعدية والتقدم والتأخر
بل كان صرف اعتبار واختراع يجري فيه الوجه الثاني من ان المبيع مبهم ولذا منع العلامة في التذكرة عن بيع احد العبدين
المشاهدين مع كونهما متساويين في القيمة ويجري فيه ايضا الوجه الرابع فان البيع لم يتعلق بمحل معين واحدهما على سبيل
البدل غير قابل لقيامه به لانه امر انتزاعي صرف من دون ان يكون له منشأ انتزاع صحيح لا من الذاتيات ولا من قيام احد
الاعراض بمحله واما لو كان احدهما المعين وان كان مجهولا عند احدهما او كليهما فيجري فيه الوجه الاول والثالث نظير ما اذا
باع احدهما بعد تلف الباقي هذا ولكنه يمكن ان يقال ان نظر الاصحاب في هذا الوجه هو خصوص ما اذا لم يكن لمتعلق البيع
واقع معين بل باع صاعا او عبدا مرددا بين ما يمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة في المجموع ولا ينافي ذلك استدلالهم
على البطلان بالجهالة والغرر لتخيلهم جريانهما في المبهم الغير المعين حتى في الواقع غاية الامر لنا منع كون الواحد على سبيل
البدل مجهولا وعلى فرض صدق الجهالة عليه نمنع كون البيع بهذا النحو من الجهالة باطلا ثم نمنع كونه غرريا مع فرض تساوي
الافراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة وبالجملة عمدة الوجوه فيما هو محط نظر الاصحاب هو الوجه الثاني وهو ما اذا
لم يكن لمتعلق البيع واقع معين ومنشأ بطلانه هو انه وان لم يقم دليل خاص على ان الابهام في البيع مبطل له الا ان توقف
البيع على وجود محل يقوم به لا يمكن انكاره فان الملكية وان لم تكن امرا خارجيا وصفة وجودية بل من الاعتباريات الا ان
هذا الامر الاعتباري لا بد له من محل يقوم به فان البيع الذي هو تبديل طرف الاضافة لا بد له من المضاف اليه واحدهما المردد
الغير المعين لا يعتبره العقلاء طرفا للاضافة الملكية ولا يمكن قياس احدهما المبهم ببيع الكلي في الذمة فانه وان لم يكن
موجودا خارجيا فعلا الا ان الذمة امر وسيع يعتبره العقلاء ملكا وهذا بخلاف ما اذا باع احدهما المردد فان المفروض
ان هذا المفهوم ليس من المفاهيم المتأصلة كالرجل والمرئة او البياض والسواد ولا من المفاهيم الانتزاعية التي لها

منشأ انتزاع خارجي كالعلية والمعلولية والقدم والتأخر فانه لو كان كذلك لامكن ان يتعلق التكليف والوضع به كما يقال جئني برجل او تقدم الى كذا واما المفهوم الانتزاعي الصرف الذي ليس له وجود خارجي ولا منشأ انتزاع صحيح فمقتضى القاعدة الاولية عدم تعلق البيع به لان المفروض انه لم يتعلق البيع به لان المفروض انه لم يتعلق البيع بأحد العبدين الموجودين في الخارج الغير المعلوم عند المشتري او البايع او كليهما بل تعلق بهذا المفهوم الصرف القابل للانطباق على كل واحد على البدل ولا يمكن قياسه ايضا بالواجب التخييري فانه مضافا الى الاشكال في تصويره يتعلق التكليف باحد الشيئين على البدل من دون ارجاعه الى الجامع ومن دون جعل الواجب احدهما ومسقطية الآخر عنه انما قام الدليل على التخيير كقيام الدليل على صحة بيع احد العبدين على ما ادعاه الشيخ وان كان الحق عدمه لانه على المدعي ولذا قال في الوسائل بعدما نقل الروايات قول وجهر بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدين ومحل البحث هو الصحة بمقتضى القاعدة وقد عرفت انها تقتضي عدم صحة تعلق البيع ونحوه من سائر العقود والايقاعات بالامور الانتزاعية الوهمية بعد صلاحية الكلي الانتزاعي لقيام البيع والنكاح والطلاق به والعجب من الشيخ قده انه تعدى عن البيع الى الطلاق ايضا على ما حكي عنه في مبسوطه فقال بصحة طلاق احدى الزوجتين واستخراجها بالقرعة مع انه لم يرد فيه نص ولا بالجملة لو قام دليل تعبدي على ذلك نقول بصحته لان للشارع الحكم بملكية احد العبدين وطلاق احدى الزوجتين كحكمه ببينونة الزائد على الاربع فيمن اسلم على الزيادة واما لو لم يقم دليل خاص فالعمومات لا تقتضي صحتها لان هذه العناوين لا يمكن ان تقوم بالمبهم فلا تندرج في مسمى البيع والطلاق والنكاح فلا يمكن الاستدلال لصحتها بالعمومات والاطلاقات الواردة في هذه الابواب وحاصل الكلام ان الملكية والزوجية والبينونة ونحوها وان لم تكن من الصفات الخارجية الا انها في نظر العقلاء في حكمها فكما لا يمكن وجود الحموضة في محل مردد ولا البياض والسواد في محل مبهم وهكذا سائر الاعراض من الكم والفعل والانفعال والجدة فكذلك الجدة الاعتبارية والزوجية والطلاق الا ان يقوم دليل تعبدي على ذلك كالاجماع على وقوع العتق على المبهم لانه يمكن ان يريد من الشارع ان اثر قوله اعتقت احد العبدين اعتاق احدهما فيستخرج بالقرعة ونحوها من القرق المعتبرة لتعيين المبهم ثم ان مقتضى ذلك انه لو اتفق المتبايعان على الرد بعد لم يصح البيع واما لو اختلفا فادعى المشتري الاشاعة وقال البايع اردت معينا او مبهما فالقول قول مدعي الصحة الا ان يكون هناك ظهور لفظي في الابهام فان الاصل العملي لا يعارض الظواهر اللفظية ولا يبعد ان يكون الظهور في مثل العبد ونحوها من الامور المتباينة وفي مثل الصبغ المفترق مع من يدعي البطلان واما الوجه الثالث وهو ان يبيع صاعا كليا فالاقوى صحته لانه وان اضاف الصاع الى الصبرة ولم يجعله كليا مطلقا الا انه مع هذا لم يخرج عن الكلية لانه لا فرق بين ان يبيع صاعا في الذمة وان يبيع صاعا من الصبرة غاية الفرق ان الثاني يكون من الكلي في المعين واما الفرق بين الكلي في المعين

واحدهما المبهم ففى غاية الوضوح فان المبيع فى الثانى جزئى خارجى مردد بين هذا الفرد والفرد الآخر وجه فساده
ايضا المبيع لان ما فى الخارج ليس الا هذا بخصوصيته وذاك بخصوصيته فكل واحد هو هو بنفسه لا مردد ا بينه وبين غيره
فاحدهما المردد مفهوم انتزاعى وهمى لا من المفاهيم المأصلة ولا منتزعة عن منشأ انتزاع صحيح فلا يصح تعلق البيع به واما
المبيع فى الاول فهو امر كلى وهو طبيعى الصاع غاية الامر ينحصر مصاديقه فى افراد تلك الجملة ففى القسم الثالث جميع الخصوصيات
الفردية خارجة عن المبيع وهذا بخلاف القسم الثانى فانه فرد مردد ولا محيص الا عن دخول الخصوصيات فى المبيع اذا كان فردا
وبعبارة اخرى المبيع تارة نفس الطبيعى واخرى هو الفرد المنتشر فى الجنس وهو يحصل بدخول تنوين التنكير فى الجنس ثم انه
ظهر مما ذكرنا فى وجه تصوير هذه الوجوه الثلاثة ان هنا وجها اخر وهو بيع احدهما المعين عند البايع المجهول عند المشترى
ولا ينبغى الاشكال فى بطلانه وان حكمه حكم الوجه الثانى وقد ذكرنا ان هذا الوجه خارج عن محط كلمات الاساطين فى بيع
بعض من جملة متساوية الاجزاء او مختلفتها فالمحصل الوجوه ثلاثة بحسب الثبوت واما بحسب ظاهر المعاملة فلو كانت
الجملة كالعبيد المتباينة او الصيعان المتفرقة فظهور الكلام يقتضى الحمل على الوجه الثانى لا الحمل على الاشاعة ولا الكلى فى
المعين فيفسد البيع لان مع تفرق الاجزاء يمتنع الحمل على الكلى لان الكلى هو الذى لا يمتنع فرضه على كثيرين فتوقف
صدقه على شئ على خروج الخصوصيات الفردية عن المبيع ومع تفرق الصيعان فكل صاع لا محالة يشتمل على خصوصية وفرض الغاء
الخصوصيات وجعل المجموع صبرة واحدة لا يرفع ظهور البيع فى تعلقه بالفرد المنتشر وهكذا يمتنع الحمل على الاشاعة لان عنوان
المبيع فى المشاع ايضا كلى لان التسع او العشر ونحو ذلك ينطبق على التسع او العشر من هذه الصبرة من طرف الشرق او
الغرب على احد معنى الكر المشاع او ينطبق على كل جزء من اجزاء الخطة التى فى هذه الصبرة شرقا او غربا يمينا وشمالا فوقا
وتحتا على المعنى الاخر من الكر المشاع وعلى اى حال الكر المشاع ايضا كلى كالكلى فى المعين بل الصاع من الصبرة على
الاشاعة كلى من جهتين اذا لم يكن مقدار الصبرة معلوما الاولى قابليته انطباقه على كر والثانية انطباق هذا الكر على
كل جهة من الجهات الستة فى الصبرة او فى الخطة واما الكلى فى المعين فكلى من جهة واحدة واما لو كانت الجملة مجتمعة فباع
صاعا منها فهل ينزل على الاشاعة او على الفرد المنتشر او على الكلى فى المعين وجوه ذكرها المصنف قدس سره فى المتن حاصل
الوجه الاول هو ان مقتضى المعنى العرفى ان يكون قوله صاعا اشارة الى مقدار من الصبرة مقدارا بصاع فيلاحظ نسبة
الصاع الى الصبرة وهذا هو الكر المشاع لان المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه وفيانه كما يمكن حمل الصاع على
الاشاعة كذلك يمكن حمله على الكلى بل ظهوره فى الكلى هو المتعين لان الصاع اسم الجنس ولحاظ نسبته الى المجموع يتوقف
على مؤنة زائدة وحاصل الوجه الثانى هو ان تنوين التنكير تقتضى صرف الطبيعى الى الفرد فمقتضى الوضع اللغوى هو الفرد
المنتشر وفيه ان مجرد دخول التنوين على الطبيعى لا يقتضى صرفه الى الفرد الا اذا كان هناك قرينة خارجية كقوله

رأيت رجلاً بالباب فان التنوين قد يكون للتمكن وقد يكون للتنكير فمع ظهور اللفظ في الطبيعي لا وجه لحمله على الفرد و
حاصل الوجه الثالث ان المتفاهم العرفي من قوله بعت صاعاً هو الكلي الطبيعي من الصاع الذي يتعين في الخارج باول
وجود منه وهذا هو الاقوى وعليه يحمل الرواية الواردة في اشتراء عشرة الاف طن من القصب قوله ثم انه يتفرع على
المختار من كون المبيع كلياً امور اه لا يخفى انه يتوقف توضيح الثمرات المترتبة على الكلي في المعين والاشاعة على بيان الفرق
بين الوجهين وقد اشرنا اليه اجمالاً وحاصله ان الصاع بناء على الاشاعة وان كان كلياً ايضاً من جهة او من جهتين لا
انه فرق بين الكلي في الاشاعة والكلي في المعين وهو ان كلية الصاع على الاشاعة عبارة عن قابلية الكسر المبيع لانطباقه
على هذا الكسر وذاك الا ان الخصوصيات الخارجية داخلة في المبيع فان النصف من هذه الصبرة القابل لانطباقه على
كل واحد من النصفين ملحوظ بمشخصاته الخارجية غاية الامر حيث ان النصف كلي فالخصوصية ايضاً كلي اي خصوصية ما داخلة
في المبيع وهذا بخلافه بناء على الكلي في المعين فان المبيع نفس الطبيعي مجرداً عن جميع الخصوصيات وهذا لا ينافي استحقاقه لها
في مقام التسلم لانه فرق بين ان يكون مالكاً للخصوصية فعلاً وبين استحقاقه لان يملكها فعلى الاشاعة مالك لها فعلاً
واما بناء على كون المبيع كلياً فالمشتري لا يملكها فعلاً نعم حيث ان التسليم والتسلم من الشرايط الضمنية فهو مالك لان
يملكها اذا عرفت ذلك فمن الثمرات المترتبة على الوجهين انه بناء على الكلي فاختيار التعيين بيد البايع لان المشتري لا يملك
الا نفس الصاع دون كونه من هذا الطرف من الكومة او من ذاك فحكمه حكم الكلي في الذمة ولا فرق بينهما الا من حيث ضيق
الدائرة في الكلي في المعين وتوسعتها في الكلي في الذمة وهذا بخلافه على الاشاعة فان الخصوصية داخلة في المبيع فتعيين
احديها يتوقف على رضا الطرفين ومنها انه بناء على الكلي اذا تلف مجموع الصبرة ما عدا صاع منها يستحقه المشتري
وهذا بخلافه بناء على الاشاعة فان التالف يحسب عليهما فيجري فيه حكم تلف بعض المبيع قبل قبضه وبالجملة حيث ان المبيع
بناء على الكلي ينطبق عليه صرف الوجود من الطبيعي فما دام مقدار حق المشتري باقياً في الصبرة لا موضوع لقاعدة تلف المبيع
قبل قبضه واما على الاشاعة فالصبرة مشتركة بينهما ثم انه يتفرع على هذه الثمرة انه لو باع البايع ثانياً صاعاً اخر من مشتر
اخر فبناء على الكلي لو تلف المجموع ما عدا الصاع ينطبق الباقي على ملك المشتري الاول ويجري حكم تلف المبيع قبل قبضه
بالنسبة الى صاع المشتري الثاني لان الصاع الثاني يسري كلية الى ما عدا الصاع الاول لان الصاع الاول حيث انه
كلي فصرف الوجود من الطبيعي مصداق له فينحصر ملك البايع فيما عدا صاع من الصبرة واما على الاشاعة فالمبيع لا ينحصر في
الصاع الباقي ولا يسري البيع الثاني الى ما عدا الصاع بل يسري اما الى مجموع الصبرة فيصير البيع الثاني فضولياً بالنسبة
الى مقدار من حق المشتري الاول بناء على احتمال تقدم في مسئلة ما لو باع من له نصف الدار نصفها او يسري الى نصفها
الباقي الذي هو ملك نفسه بناء على الاحتمال الاخر وعلى اي حال فحيث ان المبيع مشاع تجري قاعدة تلف المبيع قبل

في الثمرة بين كون المبيع كلياً في المعين او مشاعاً

قبضه فى حق كل منهما ثم انه لا يبنى فى ما ذكرنا من اختصاص الصاع الباقى بالمشترى الأول بناء على الكلى كون تعيين الصاع للمشترى الثانى قبل تلف المجموع موكولا الى نظر البايع لأن الصبرة اذا بقيت بمقدار حق كل من المشترين فللمالك تعيين حق كل منهما فى اى صاع اراد وامّا اذا لم يبق الا مقدار حق احد المشترين فحيث ان المشترى الأول سابق على الثانى فى المعاملة فهو يتعين فى صاع الطبيعى الى نفسه ويزاحم الآخر فى بعض الوجوه من الطبيعى وبالجملة قياس وقوع المعاملتين على نحو الترتب على ما اذا وقعتا دفعة مع الفارق لأنهما اذا وقعتا دفعة تزاحم احديهما على الأخرى بلا مرجح وهذا بخلاف ما اذا وقعتا مترتبا فان الأول يسقط بحر الطبيعى الى ملكه ويجعله منطبقا على الصاع الباقى ثم انه على تقدير ان تلف الكل من اثنين او باع صاعا من صبرة ينزل على الكلى فى المعين دون الكسر الشاع يبقى سؤال الفرق بين هذه المسئلة ومسئلة ما لو باع ثمرة اشجار واستثنى منها ارطالا معلومة فان فى مسئلة الاستثناء يظهر منهم انهم حملوا الأرطال على الأشاعة ولذا افتوا بانه لو خسات الثمرة او تلف بعضها سقط من المستثنى بحسابهم فى التفصى عن هذه العويصة وجوه منها ان مقتضى ظاهر الكلام فى كلتا المسئلتين هو الأشاعة الا انهم حملوا بيع الصاع من الصبرة على الكلى فى المعين للنص الوارد فى شراء عشرة الأفلز من القصب فبقى مسئلة الاستثناء على طبق قاعدة الأشاعة ولولا ان ظاهر الكلام هو الكلى لا الأشاعة فانهما متوقفان على مؤنة زائدة فى مقام الثبوت والاثبات فالأشاعة على خلاف القاعدة وثانيا ان النص ان استفيد منه قاعدة كلية تحكم الاستثناء حكم مسئلتنا هذه ومجرد كون مسئلة الاستثناء عكس مسئلتنا من حيث ان ملك البايع فيها كلى بخلاف مسئلتنا فان ملك المشترى فيها كلى لا يوجب فرقا بينهما وان استفيد منه القدر المتيقن وانه على خلاف القاعدة يجب الاقتصار على مورده وهو شراء القصب فلا وجه للتعدى الى شراء صاع من صبرة ويبقى سؤال وجه الفرق بين مورد التعدى ومورد عدمه ومنها ان مقتضى ظاهر اللفظ فى البابين هو الحمل على الكلى الا انه قام الاجماع على الحمل على الأشاعة فى باب الاستثناء وفيه ان الاجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر ونحن نقطع بعدم استناد المجمعين الى دليل معتبر ومنها ان وجه حمل الصاع على الكلى فى المقام وحمله على الأشاعة فى مسئلة الاستثناء وظاهرها كالزكوة التى يجب اتلافها على المالك والفقراء هو ان فى المقام حيث يجب الاقباض على البايع من باب الشرط الضمنى فما دام حق المشترى باقيا فى الصبرة يجب عليه جعله فى المشترى ولا وجه لان يجب اتلافه عليه ايضا وفيه مضافا الى ان كون الزكوة كالاستثناء فى الأشاعة لا دليل عليه فليس الفقير شريكا مع من عليه الزكوة على نحو الأشاعة بل يتعلق حق له بمالية المال ووجوب الاقباض على البايع فرع كون المبيع كليا واما اذا كان على الأشاعة فاتلافه يجب عليهما وسقوط البيع بمقدار حق المشترى وقياس المقام بباب الكلى فى الدين فرع احراز كون المقام من باب الكلى فى المعين ومنها ما فى مفتاح الكرامة من ان فى باب البيع وقع التلف قبل قبض المشترى المالك للكلى فيجب على البايع اقباضه من الصبرة وفى الاستثناء وقع التلف بعد قبض المالك للكلى وهو البايع فلا وجه لاحتساب

على مالك المستثنى وحاصل ما افاده من الفرق بعد حمل المبيع والمستثنى في كلا المقامين على الكلي في المعين ان منشأ
جعل التلف على البايع في بيع الصاع من الصبرة وعدم جعل التلف على المشتري في استثناء الارطال هو ان المشتري في
المسئلة الاولى يتلقى الملك من البايع واما البايع في مسئلة الارطال فلا يتلقى المستثنى من المشتري لان الاستثناء ليس
معناه ان البايع ملك المشتري جميع ثمرة الاشجار ثم تملك منه المستثنى بل معناه بقاء المستثنى في ملكه وتمليك ما عداه فاذا كان
المشتري في مسئلة بيع الصاع من الصبرة متلقيا من البايع وفرضنا انه لا يملك الا صاعا كليا مجردا عن جميع الخصوصيات
الخارجية فما دام مصداق من الكلي باقيا في ملك البايع ينطبق على المبيع فلم يتلف حتى يحسب على المشتري فيجب على البايع اقباضه
باقباض المصداق كما في الكلي في الذمة وبعبارة اخرى المشتري يملك الصاع في طول ملك البايع ويتلقيه منه فاذا بقي من
الصبرة مقدار حقه يجب على البايع اقباضه اياه واما البايع في مسئلة الاستثناء فهو وان استثنى مقدارا كليا ولم يعينه في
محل خاص الا ان المستثنى بقي على ملكه مع خصوصياته الخارجية ونسبة التالف الى كل من المستثنى والمستثنى منه على حد سواء
لان كلا منهما يملك مقدارا في عرض الاخر فلا وجه لاحتسابه على المشتري وعلى هذا فمراده من ان التلف في مسئلة الاستثناء
وقع بعد القبض اي بعد ما كان المستثنى مقبوضا في يد مالكه مع تملكه خصوصياته الخارجية فكونه مقبوضا انما هو معلول
لكونه مالكا لخصوصياته الخارجية ودخول الخصوصيات في المستثنى لا يوجب خروجه عن الكلية كدخول الخصوصيات في الفرد المنتشر
فاذا كانت الخصوصيات داخلة في ملك البايع وكان المستثنى تحت يده فدخول الجميع من المستثنى والمستثنى منه بعد ذلك تحت
يد المشتري لا يقتضي ان يكون التالف على المشتري الا اذا فرط واتلف الجميع حتى يجب عليه قيمة المستثنى او اتلف ما عدا المستثنى
حتى يجب عليه دفع الباقي الى البايع واما اذا تلف مقدارا منه بتلف سماوي فلا وجه لان يكون التالف محسوبا على المشتري
مع عدم استحقاق مالك المستثنى الكلي المجرد عن الخصوصيات ومع عدم تلقيه المستثنى من المشتري والعجب من المصنف قده انه اعترف
في المسئلة السابقة بان المشتري لو قبض المجموع وتلف مقدارا منه يحسب التالف على كليهما واستشكل فيما افاده صاحب مفتاح
الكرامة بان قبض البايع في المقام لا يقتضي ان يكون التالف عليهما مع ان المسئلتين من واد واحد فان في المسئلة السابقة لو
كان قبض المجموع موجبا للاشاعة ففي المقام ايضا حيث ان المجموع قبل قبض المشتري كان في يد البايع يلزم تحقق الاشاعة و
لازمه احتساب التالف عليهما ولو بعد قبض المشتري ولو لم يقتض القبض السابق على قبض المشتري في مسئلة الاستثناء الاشاعة
فلا يقتضيها في المسئلة السابقة ايضا نعم لو قلنا بان في مسئلة الاستثناء كون المستثنى والمستثنى منه في قبض البايع يقتضي
الاشاعة فلازمه امران لا يلتزم بهما الاصحاب الاول عدم جواز تصرف المشتري في الثمرة الا باذن البايع الثاني ان يكون
التفريط في البعض كالتفريط في الكل في وجوب دفع القيمة لا اعطاء المستثنى من الباقي فانه لو كان المال مشاعا بينهما فاتلاف
البعض يوجب ان يكون ضامنا للقيمة لا اعطاء البقية فالصواب في الجواب هو الذي اشرنا اليه وهو ان المبيع في بيع الصاع

من الصبرة والمستثنى في مسئلة الاستثناء كل منهما كلي ولا وجه للاشاعة اصلا الا ان المشتري في مسئلة بيع الصاع من
الصبرة لا يملك الا الكلي المجرد عن جميع الخصوصيات فما دام صاع من الصبرة موجودا يستحقه منها ولا وجه لاحتساب التالف
عليه بمقدار نصيبه منها واما البايع في مسئلة الاستثناء فهو يملك الكلي مع الخصوصية فاحتساب التالف على المشتري لا وجه
له بل يحسب عليهما ومقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لو اتلف المشتري مقدارا من الثمرة لان حقه لم يكن مشاعا في مال
المشتري حتى يستحق القيمة وعلى هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البايع لانه لم يكن شريكا معه
بعنوان الاشاعة وعلى فرض حصول الاشاعة بعد العقد من جهة كون الثمرة باجمعها تحت يد البايع فجواز تصرفه بلا اذن
انما هو لبناء المتعاقدين نوعا في هذه المعاملة على استقلال المشتري في التصرف فكانه شرط ضمني نشأ من البناء النوعي
وعلى اي حال هذا الاشكال لا يختص بالاشاعة بل بناء على كون المستثنى كليا يجري الاشكال ايضا فانه لا وجه
لاستقلال المشتري في التصرف مع كون المستثنى منه ايضا كليا بل يجب اما الالتزام بعدم جواز تصرف كل منهما بلا رضا
الاخر واما الالتزام باستقلال كل منهما فيه وكيف كان فانما يحكم في مورد الاتلاف ببقاء حصة البايع في البقية
لا استحقاقه للمثل او القيمة لاجل ان مقتضى البناء المعاملي في هذه المعاملة ان يكون اختيار التصرف بيد المشتري فكما يجوز له
بيع مقدار من الثمرة من ثالث ويسري المستثنى في البقية فكذلك اذا اتلفه يتصرف قهرا حقه الى التالف ويبقى حق البايع
في البقية وذلك لانه اذا كان مختارا في التصرف فيه باي نحو شاء فتصرفه يوجب ان يكون ما تصرف فيه متعينا له وبهذا
الملاك نقول ان اختيار تعيين المستثنى بيد المشتري وبالجملة مقتضى البناء المعاملي ان يكون مسئلة الاستثناء عكس مسئلة بيع
الصاع من الصبرة فان اختيار التعيين في تلك المسئلة بيد البايع وفي مسئلة الاستثناء بيد المشتري والتالف في تلك المسئلة
يحسب على البايع وفي مسئلة الاستثناء على كل واحد بحسابه وانما يشتركان في مورد الاتلاف فانه يتعين حقهما في كلتا
المسئلتين في البقية فافهم واغتنم قوله قده قال في الروضة تبعا للمحكي عن حواشي الشهيد ان اقسام بيع الصبرة عشرة
لا يخفى انه لو كان مقدار الصبرة معلوما فالصحيح من اقسام بيع الصبرة اربعة وهي بيع جميع الصبرة وبيع جزء معلوم منها
كالعشر او التسع ونحو ذلك من الكسور وبيع صاع او صيعان مع العلم باشتمالها على هذا المقدار وبيع الصبرة كل صاع
بكذا ويبطل فيما اذا باع كل صاع منها بكذا ووجه الصحة في الاقسام الاربعة واضح لكون الثمن معينا كالثمن ووجه البطلان
في القسم الخامس عدم العلم بمقدار المبيع لصلاحية انطباق قوله كل صاع بكذا على الواحد والزيادة نعم يظهر مما افاده العلامة

لا يخفى عليك انا قد اشرنا الى ان الاشكالين الواردين على الاشاعة يندفعان ايضا بالبناء المعاملي فبناء على ما يظهر من مفتاح
الكرامة من حصول الاشاعة بعد المعاملة لكون كل من المستثنى والمستثنى منه في قبض البايع لا يرد اشكال عدم جواز تصرف المشتري الا باذن البايع
ولا كون المشتري ضامنا للقيمة في مورد الاتلاف لان استقلال المشتري في التصرف اذا كان للبناء المعاملي فلا محالة يكون ما تصرف فيه مختصا به

قهرا فلا وجه لان يكون ضامنا للقيمة منه عفي عنه

فى بعض كتب من صحة الاجارة لو قال الموجر اجرتك الدار كل شهر بكذا فى الشهر الاول لم تضمن هذا القول اجارة هذا الشهر بقيا صحة البيع فى المقام بالنسبة الى صاع واحد ولكن الاقوى البطلان فى كلا المقامين لان تردد متعلق العقدين الاقل والاكثر يقتضى الجهل بهما وامالو كان مقدار الصبرة مجهولا فيبطل جميع اقسام بيع الصبرة الا اذا باع مقدارا معلوما بشائعا الصبرة عليه فانه لو قال بعتك صاعين منها وعلم باشتمال الصبرة عليهما يقينا فلا مانع من صحته الا توهم ان الجهل بنسبة الصاعين اليها يوجب الجهل بمقدار المبيع لانه لا يعلم بانه باع اى واحد من الكسور ولكنه فاسد لان المدار فى العلم بالمبيع على العلم بنفسه لا العلم بنسبته الى امر اجنبى فكون الجهل بمقدار الصبرة موجبا للجهل بنسبة الصاعين اليها لا يضر بالمعاملة بل قد يقال بالصحة ولو لم يعلم باشتمال الصبرة على مقدار المبيع كما هو ظاهر الدروس واللمعة غاية الامر لو نقصت تخير المشترى بين الفسخ والامضاء بنسبة الثمن ولكنك خبير بان الجهل بوجود المبيع غرر عرفا ولا يرتفع الغرر الذى هو من احكام العقد الصحيح للزوم الدرك فانه يتوقف الخيار على الصحة وهى على عدم الغرر قوله رقة اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليه فان اقتضت العادة تغيره عن صفاته السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصح البيع اه لا اشكال فى ان ما كان قوام ماليته بالاوصاف الخاصة بحيث انه لو شك فى حصولها فيه عند البيع معه غررا لا يصح بيعه الا مع توصيف المبيع بها او اشتراطها فى متن العقد ونحو ذلك من اتباع الغائب كاتباع البايع بوجوهها فيه وعلى هذا فلو شاهد عينا فى زمان سابق على العقد فاذا اقتضت العادة بقاءها على ما كانت عليه فلا اشكال فى الصحة وان انكشف عدم فى الواقع لان البيع وقع مبنيا عليها وان اقتضت العادة تغيرها عما هى عليها لا يصح شراؤها الا بذكر هذه الصفات فى متن العقد او باتباع البايع بقائها لان بهما يرتفع الغرر انما الكلام فى اعتبار الاستصحاب فى هذه الصور والاقوى عدم اعتباره وان قلنا بحجيته حتى مع الظن بالخلاف لان الاثر لم يترتب على الواقع بل على احراز الصفات كانت فى الواقع او لم تكن فان ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحابها استصحاب الصفات لا اثر له وكيف كان فاذا اشتراها مبنيا على الصفات القديمة فانكشف التغير فلو كان موجبا للزيادة فى المالية او لنقص فيها فالاقوى ثبوت الخيار للبايع على الاول وللمشترى على الثانى لان تخلف الوصف بمنزلة تخلف الشرط اما من طرف البايع او المشترى ومراد المصنف قده من المغبون فى قوله تخير المغبون منهما هو المتخلف شرطه لا من له خيار الغبن المصطلح لانه ينشأ عن نقص القيمة السوقية او زيادتها لا عن الزيادة فى المالية او نقصانها وكيف كان فالاقوى هو الصحة مع الخيار لا وجه لتوهم البطلان كما حكى عن العلامة فى نهاية الاحكام معللا بان ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع لان تخلف الوصف بمنزلة تخلف الشرط ومرجع كل واحد منهما الى الآخر وكما ان تخلف الشرط لا يوجب البطلان فى حد نفسه لان الشرط ليس قيدا بل التزاما فى التزام فكذلك تخلف الوصف وقياس تخلف الوصف تخلف العنوان قياس مع الفارق لما تقدم من ان العنوان هو ما يقع الثمن بازائه وهذا بخلاف الوصف والشرط فان الثمن لا يقع

بازائه وانما هو موجب لزيادة قيمة الموصوف والمشروط وكذا الاوجه لدعوى اللزوم بالاجماع من باب ان الوصف الغير المذكور فى متن العقد لا اثر له وان وقع العقد مبنيا عليه فهو كالشروط البنائية التى تخلفها لا يقتضى الخيار لانه فرق بين هذا الوصف وبين الاوصاف الملحقة بالشروط الغير المذكورة فى العقد توضيح ذلك ان الشروط والاوصاف على اقسام اربعة قسم يذكر الوصف والشرط فى متن العقد وهذا لا اشكال فى ان تخلفه يوجب الخيار وثلاثة اقسام يقع العقد مبنيا عليها فالاول منها ما يدل عليه العقد بالدلالة الالتزامية بالمعنى الاعم وهو ما يكون بناء العرف والعادة نوعا عليه كاشتراط سلامة المالين فى المالية واشتراط عدم كونهما معيبا واشتراط التسليم والتسلم واشتراط كون المعاملة نقدية واشتراط كون النقد نقد البلد ويعبر عنها بالشرط الضمنى ولا اشكال فى ان تخلفها ايضا يوجب الخيار والثانى ما يتوقف صحة العقد عليه كالوصف الذى لولاه وجوه لزوم الغرر كموضوع البحث فى المقام فانه وان كان يعتبر فى كل مورد لخصوصيته فيه لا انه يدخل فى كبرى الالتزام النوعى لانه اذا فرض كونه مما يتوقف عليه صحة المعاملة ومن الشروط الراجعة الى العوضين وفرضنا ان المتعاقدين وقعا العقد مبنيا عليه فلو لم يكن اولى من الالتزامات النوعية فلا اقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزام فلا ينافى فى ذلك كونه شخصيا من المتعاقدين لانه فرد حكم البناء النوعى ويدخلان تحت جامع واحد ويفترقان عن القسم الثالث وهو الوصف الخارجى الذى لا يعتبر الا لاظنه فى العقد كون العبد كاتبا ونحو ذلك من الدواعى الوجيهة لا يقع المعاملة لاجلها فانها لا اثر لها الا اذا ذكرت فى متن العقد واما مجرد وقوع العقد مبنيا عليه فلا يوجب تخلف الخيار وبالجملة لا ينبغى الاشكال فى ان مجرد البناء فى باب العقود والايقاعات لا اثر لها بل لا بد ان ينشأ المقصود بما هو الة لايجاده فاذا كان الوصف الذى وقع العقد مبنيا عليه من الاغراض الشخصية او من الاوصاف الخارجية ولم يذكر فى العقد لا صريحا ولا ضمنا فنحو كعدمه واما اذا كان من الاغراض النوعية كالقسم الاول او من الاوصاف الشخصية المتوقف صحة العقد عليها كالثانى فيخرج عن الشروط البنائية ويدخل فى الالتزام العقدى ويكون العقد الة لانشائه غاية الامر لا مدلولا مطابقيا بل التزاميا نوعيا او شخصيا فتخلفه يوجب الخيار ثم ان الخيار بين الفسخ والامضاء يختص بما اذا كان المبيع شخصيا واما اذا كان كليا موصوفا واراد البايع ان يسلم مصداقا منه بلا وصف فللمشترى ايضا الخيار ولكن لا بد لذلك ليعنى بل يعتبر ان لم اسقاط الوصف والرضا بالفاقد فى مقام التسلم والمطالبة بالموصف واما مع فسخ العقد فلا وجه له والفرق واضح فان المبيع اذا كان شخصيا فليس له فرد اخر حتى يطالب بدله واما اذا كان كليا فلا معنى لاسقاط الوصف فيه الا اذا رضا بتعذر الموصوف فيقدر جميع مصاديقه فرق لم يتفرد فرجان الاول لو اختلفا فى التعذر فادعاه المشترى واياه لا يخفى ان رضا الشخص المدعى للمنكر هو مطابق قول المنكر للاصل المعول عليه فى المسئلة ولو كان الاصل الجارى فى المرتبة الاخيرة كالبراءة والاشتغال فمطابق قول المنكر للبراءة ايضا كافية لتميز المنكر عن المدعى بلا اشكال وانما الاشكال فى تشخص المدعى

فى حكم ما لو اختلفا فى التعذر

وان قول اي منهما مطابق للاصل وقد ذهب جل من الاساطين الى ان القول قول المشتري لوجوه الاول ان المشتري هو الذي
ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه الا باقراره او ببينة تقوم عليه وبعبارة اخرى يده على الثمن انما يكون عن استحقاق وهذا عبارة عن
اصالة الصحة في اليد واورد عليه المص بان التشبث باليد في المقام لا ينفع المشتري لاعترافه بتحقق الناقل غاية الامر يدعي سلطنته
على الفسخ فيجب عليه الاثبات وبدونه يجب عليه دفعه الى البايع الا ان يقال ان وجوب التسليم فرع عدم ثبوت الخيار له لان العقد
اذا كان خياريا يكون متزلزلا بجميع اثاره ومنها التسليم فكون يده يد امانة مشكوك لان الشك في ثبوت الخيار له يوجب
الشك في سلطنة البايع على اخذ الثمن ولكنك خبير بان مجرد ثبوت الخيار له لا يقتضي استحقاقه حبس الثمن وتوضيح ذلك
ان الخيار على اقسام ثلثة الاول الخيار المجعول شرعا ارفاقا لذي الخيار ونظرة له في المعاملة كخيار المجلس والحيوان ويلحقه
الخيار المشروط مدة لاحد المتعاقدين او لكليهما وهذا هو الذي قصده العلامة من قوله في التذكرة لا يجب على البايع
تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمن الخيار والمص في احكام الخيار وان اورد عليه بقوله اني لا اجد لهذا الحكم وجها
معتمدا ولم اجد من عنونه وتعرض لوجهه الا انه يظهر منه في خيار المجلس كون الحكم مفروغا عنه فقال ما حاصله انه لو قلنا
بوجوب التقابض في عقد الصرف والسلم فثمرة الخيار واضح وهي عدم وجوب التقابض وكيف كان فمقتضى القواعد عدم وجوب
التسليم على ذي الخيار في الخيارات الزمانية لانه اذا كان الالتزام العقدي متزلزلا بحكم الشارع او بجعل المتعاقدين
فجميع اثار النقل تحت سلطنة ذي الخيار الثاني الخيار الناشي عن تخلف الشرط الضمني كخيار الغبن والعيب ويلحق بهما خيار
تخلف الوصف المشترط في المبيع الثالث الخيار الناشي عن تغيير المبيع عن اوصافه المرئية سابقا وهو المبحوث عنه في المقام
الذي قلنا بانه لو انكشف التغيير تخير المغبون منهما والحق في القسمين الاخيرين عدم ثبوت حق الحبس لذي الخيار فضلا عما اذا شك
في اصل الخيار كما لو اختلفا في التغيير فقال المشتري اشتريت الغنم حال كونه سمينا وقال البايع اشتريته مع هذه الحالة التي
هي عليها فعلا وذلك لان في القسم الاول حيث ان ما تعلق به العقد قد وصل الى ذي الخيار فحقيقة الخيار فيه عبارة
عن كون امر العقد بيد ذي الخيار فجميع اثاره تحت تصرفه ومنها التسليم والتسلم وهذا بخلاف الاخيرين فان حقيقة الخيار
فيهما عبارة عن ثبوت حق استرداده لم يصل الى ذي الخيار عوضه فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانيا فقبل الفسخ لم يرد
تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم فيجب على المشتري تسليم الثمن وان جاز له استرداده بعده وبعبارة اخرى الخيار
في هذين القسمين معناه ان صاحب الخيار له ان يمضي العقد اي يلتزم به فعلا وان يفسخه فمع عدم فسخه ليس له حبس مال غيره و
هذا بخلاف المجعول له ارفاقا اما بجعل شرعي او بجعل منهما فان حق النظر في العقد يقتضي عدم كونه ملزما باثاره الوجه الثاني ما
استدل به العلامة في التذكرة وهو ان البايع يدعي علم المشتري بهذا الوصف الموجود والرضا به والمشتري ينكره واجاب عنه المص
اولا بانه يمكن جعل المشتري مدعيا والبايع منكرا لان الاصل عدم علم المشتري بالوصف الاخر الذي يدعيه حتى يثبت

له الخيار وثانيا ان علمه به او بغيره مسبب عن وجود هذا الوصف فيه سابقا وعدمه فمع الاصل لا تصل النوبة الى الاصل
المسببي والاصل السببي مع البايع وهو اصالة عدم تغير المبيع عما رآه سابقا لا يقال ان اصالة عدم علم المشتري بوصف اخر غير
هذا الوصف الموجود لا اثر له فلا تعارض بينها وبين اصالة عدم علمه بهذا الوصف الموجود وذلك لان دعوى البايع في
المقام هي تعلق العلم بالوصف الموجود الذي اثره اللزوم والمشتري ينكر ذلك ويدعي عدم اللزوم لاصالة عدم تعلق علمه هذا الوصف
الموجود وهذا الاصل وان لم يكن بنفسه ذا اثر شرعا لان الخيار لم يجعل في دليل من اثر هذا الاصل الا انه يجري بلحاظ
رفع موضوع نقيضه الذي له الاثر فيرفع به اللزوم وهذا بخلاف اصالة عدم علمه بوصف اخر فانه لا اثر له اصلا الا اثبات
ضده وهو علمه بالموجود الذي اثره اللزوم وهو مثبت فانه يقال في دفعه ان المشتري يدعي علمه بالوصف المفقود الذي اثره
الخيار فاصالة عدم علمه به يرفع موضوع نقيضه فلا اشكال في التعارض الا ان ما افاده المص قده من السببية والمسببية لا
يستقيم لانه ليس بين العلم والمعلوم سببية ومسببية بل لولا تمسك العلامة بهذا الوجه لم يكن ذكر العلم في المقام مناسبا
للاعلام فان عمدة النزاع هو في تعلق البيع بالوصف الموجود او بوصف اخر مفقود ويتعارض اصالة عدم تعلقه بالموجود مع
اصالة عدم تعلقه بالمفقود فتأمل الوجه الثالث ما استدل به المحقق الثاني من ان الاصل عدم وصول حقه اليه ولا يخفى ان
مرجع هذه الوجوه الثلاثة الى مطابقة قول المشتري لاصالة البرائة لان استصحاب عدم التغير لو لم يفد للبايع فليس هناك اصل
حاكم على اصالة البرائة وهذه التعبيرات المختلفة من الاعلام انما هي لبيان انه لا اصل للبايع لا لاثبات الخيار باستصحاب عدم
وصول حقه اليه حتى يقال انه مثبت فجواب المص عن الوجه الثالث بان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه قطعا وثبوت
حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت لا يفيد الا اذا جرى اصالة عدم التغير او اصالة اللزوم والحق عدم جريانهما اما الاول
فلان استصحاب عدم التغير لا اثر له شرعا فهو كاستصحاب عدم وصول حق المشتري اليه بل الموضوع للاثر هو تعلق البيع بالوصف
الموجود او بغيره حتى يثبت اللزوم على الاول والخيار على الثاني والاستصحابان بالنسبة اليهما مثبتان واما الثاني فتوضيحه
يتوقف على ما افاده المص قده في مبنى المسئلة وحاصله ان كون الاصل مع البايع او المشتري مبني على ان يكون الوصف الملحوظ
في العين المرئية من قبيل الشروط الخارجية حتى يكون النزاع في مفاد كان او ليس الناقصتين وان يكون من قبيل القيد في
المبيع حتى يكون النزاع في مفاد كان وليس التامتين فعلى الاول الاصل مع البايع للشك في اشتراط خلاف هذا الوصف
الموجود على البايع وعدمه فيستصحب عدمه فهو نظير الشك في اشتراط خياطة ثوب المشتري في ضمن البيع على البايع وعدمه
ومعلوم ان الشرط والبيع كلاهما مسبوقان بالعدم وقد وجد البيع يقينا وشك في الشرط وعلى الثاني فالاصل مع المشتري
لان مرجع النزاع الى وقوع العقد على الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه والاصل عدم وقوعه عليه ومعارضته باصالة
عدم وقوعه على الوصف المفقود مدفوعة بانه لا اثر لهذا الاصل الا اثبات ضده وهو وقوع العقد على الوصف الموجود

وهذا اثر عقلي لان الشارع لم يجعل من احكام عدم وقوع العقد على الوصف المفقود اللزوم والاقوى كونه من قبيل
الشروط من حيث الخيار اي التزام في التزام واما من حيث واقع البناء فهو قيد ملحوظ في العقد لان البيع يقع على الشاة
السمينة لا الشاة بشرط كونها سمينة فاذا وقع العقد على الشيء المقيد فالاصل مع المشتري اذا عرفت ذلك ظهر لك ما في
دعوى اصالة اللزوم في العقد فان الشك في اللزوم والجواز مسبب عن الشك في متعلق العقد فاذا جرى اصالة عدم تعلق
العقد بهذا الوصف الموجود يرتفع اللزوم وظهر ايضا انه لا يعارض هذا الاصل اصالة عدم تعلق العقد بالوصف المفقود
لانه لا اثر له نعم لو جرى اصالة عدم تقييد العقد بهذا الوصف المفقود لكان مفيدا لرفع الخيار ولكنه ليس له حالة سابقة
لان العقد حين وقوعه اما مقيد به او بضده وبعبارة اخرى العدم النعتي ليس له حالة سابقة والعدم المحمولي من طرف
البايع لا اثر له فالمقام نظير الدم المشكوك انه حيض او استحاضة ثم انه لا يمكن التمسك لطرف البايع بعموم اوفوا بالعقود
لان الشبهة مصداقية ولا بقوله عز من قائل احل الله البيع لان الشك ليس في صحة البيع وفساده بل في كونه خياريا ام لا
وبالجملة العقود الخيارية الزمانية سواء كان جعل الخيار فيها من الشارع او المتعاقدين خارجة عن العمومات الدالة على
اللزوم بالتخصيص وغير الزمانية خارجة بالتخصص لان الالتزام العقدي مقيد بما عدا مورد الخيار ومع الشبهة الموضوعية
لا يجوز التمسك بها وكذا لا يمكن التمسك بالادلة الدالة على حرمة التصرف في مال الغير مثل قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ع لا يحل مال امرء مسلم وقوله ع الناس مسلطون على اموالهم ونحو ذلك
للعلم بتخصيصها بالمال الذي لم يدفع عوضه الى طرفه فاذا شك في دفعه اليه فالاصل عدمه نعم لو كان التخصيص بامر وجودي
وهو وقوع المعاملة على ما لا يطابق المدفوع فالاصل مع البايع ولكنه حيث ان الامر بالعكس لان منشأ خيار المشتري عدم
وصول حقه اليه الذي هو عبارة عن عدم دفع البايع العوض الذي وقع العقد عليه فالاصل مع المشتري وحاصل الكلام ان
الاصول المفيدة للبايع اما ان لا يكون لها حالة سابقة واما ان لا يترتب عليها اثر شرعي فمن الاول اصالة عدم تقييد
متعلق العقد بما يدعيه المشتري الموجب للخيار ومن الثاني اصالة عدم وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود واصالة عدم
تغيير المبيع اما الاول فلما ظهر من ان نفس عدم وقوع العقد على المفقود لا يثبت اللزوم الا من باب العلم بوقوع عقد مردد
بين تعلقه بالموجود او المفقود فيثبت بعدم تعلقه بالمفقود تعلقه بالموجود الذي اثره اللزوم ورفع الخيار واما الثاني
فمضافا الى انه قد لا يكون للتغير حالة سابقة كما في الاوصاف المقارنة لوجود الموصوف وقد يكون التغير معلوما كما ذكره
المصنف قده ان مجرد عدم تغيير المبيع ايضا لا يثبت اللزوم بل اللزوم مترتب على تعلق العقد بالوصف الموجود واصالة
عدم التغيير بالنسبة الى ماله الاثر مثبت قوله قده ولم يعلم وجهه اه لا يخفى انه وان كان مقتضى الاصول التي ذكرنا
انها في طرف المشتري في دعوى النقص هو مطابقة قول البايع للاصل اذا كان مدعيا للزيادة الموجبة لتضرره الا

ان الغالب انه يقدم على البيع كائنا ما كان ولا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا وعلى هذا فلا مانع
من الاخذ باطلاق ظاهر كلام الشهيد في اللمعة من قوله ولو اختلفا في التغير قدم قول المشتري بيمينه حتى فيما اذا ادعى
البايع تغيره في جانب الزيادة وانكر المشتري ولا وجه لما افاده الشهيد الثاني من ان الظاهر تقديم قول البايع لعين ما ذكر
في المشتري وفي تقديم قول المشتري في كلتا صورتي النقيصة والزيادة جمع بين متنافيين مدعى ودليلا آه نعم ينافي ما
ذكرناه من ان البايع يقدم على بيع المبيع مطلقا قوله بعد ذلك فان ظهرت المخالفة تخير المغبون منهما قوله قده الثاني
لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار
وتأخره عنه آه لا يخفى انه وان اختلف هذا الفرع والفرع الاول في كيفية الدعوى الا انه في النتيجة لا فرق بينهما
فان اصالة عدم وصول حق المشتري اليه تقتضي تقديم قوله مطلقا ثم انه لا بد ان يكون دعوى البايع في هذا الفرع وقوع التغير
بعد قبض المشتري لان تلف الوصف قبل قبضه ضمانه عليه لا على المشتري غاية الامر نتيجة كون تلفه عليه هي تخير المشتري بين
الفسخ والامضاء وبالجملة لو اتفقا على ان الغنم حال المشاهدة كان سمينا وان العقد وقع على الوصف المشاهد و
انه بعد المشاهدة صار مهزولا الا ان البايع يدعي تحقق الهزال بعد قبض المشتري والمشتري يدعي تحققه قبل العقد او
قبل القبض فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في اصل التغير فادعى البايع ان الغنم حال المشاهدة كان مهزولا ووقع
العقد على الوصف المشاهد وادعى المشتري بانه كان سمينا ووقع العقد عليه لان في الفرع الثاني ايضا تسقط الاصول
السببية سواء كان كل من التغير والعقد مجهول التاريخ او كان احدهما معلوما غاية الامر انه في صورة كونهما مجهولي التاريخ
لا يجري الاصلان من جهتين الاولى تعارضهما والثانية كونهما مثبتين فان اصالة عدم وقوع الهزال وبقاء السمن الى
زمان القبض لا يثبت وصول السمين الى المشتري الذي يترتب عليه اللزوم شرعا كما ان اصالة عدم وقوع البيع او القبض الى
زمان الهزال لا يثبت وقوع العقد او القبض على المهزول الذي يترتب عليه الجواز شرعا واما في صورة الجهل بتاريخ احدهما
فلا يعارض المعلوم المجهول الا انه لا اثر لاصالة تأخر المجهول عن المعلوم وعلى هذا فلا حاكم على اصالة عدم وصول الحق الى
المشتري في كلا الفرعين سواء كان الشك في اصل الحق كما في الفرع الاول الذي مرجعه الى الشك في استحقاقه ما وصل اليه
او كان الشك في وصول الحق المعلوم كما في الفرع الثاني ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم ما اذا ادعى البايع الزيادة قبل البيع وادعى
المشتري تأخرها عنه من ان القول قول البايع الا على ما احتملناه سابقا من اقدام البايع على البيع كيفما كان المبيع فتأمل

في حكم ما لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتأخره

نعم بناء على ان تلف الوصف بعد العقد ليس حكمه حكم تلف المبيع وتلف جزئه في كون ضمانه على البايع فيكفي للبايع دعوى التغير بعد العقد
ولو قبل القبض ولا يبعد ان يكون وجه نظر المصنف في جعل التعارض بين اصالة عدم تقدم البيع واصالة عدم تقدم التغير لا بين اصالة
عدم تقدم القبض واصالة عدم تقدم التغير هو الخلاف في كون ضمان تلف الوصف على البايع قبل القبض منه عفي عنه

قوله قده ولو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفي في قبضه التخلية اه انما قيد وجدانه المبيع تالفا بما بعد القبض لانه لو كان تالفا قبل القبض فهو ايضا على البايع كما انه لو تلف في زمان خيار المشتري في الخيارات الزمانية فهو على البايع ولو بعد القبض وعلى هذا فيعتبر في تصوير النزاع بينهما ان يكون القبض مفروغا عنه اما لكفاية التخلية فيه كما في غير المنقول واما لتحقق القبض سابقا قبل البيع كالمنقول الذي كان في يد المشتري امانة فباعه البايع منه وادعى المشتري تلفه قبل البيع وادعى البايع تلفه بعده وبالجملة لو وجد المبيع تالفا فحيث ان الاصل الموضوعي الجاري لكل واحد منهما مع كونه مثبتا معارض بالمثل في مجهولي التاريخ والجاري لاحدهما في ما اذا كان احدى الحالتين بالخصوص مجهولة مثبت فيشك في تاثير البيع وتصل النوبة الى الاصل الحكمي وهو بقاء الثمن في ملك المشتري وتوهم حكومة اصالة الصحة على الاستصحاب الحكمي فاسد لان اصالة الصحة لا تجري في الشك في اركان البيع فضلا عن الشك في اصله فانها تجري في مورد دوران الامر بين الصحة والفساد الراجعين الى فعل المتعاقدين لا في دورانه بين الصحة واللغوية كما في المقام ونظائره كالشك في رجوع المرتهن عن اذنه في البيع قبل بيع الراهن او بعده فانه لا معنى لاصالة صحة رجوعه والحكم بانه وقع قبل البيع وبالجملة قد اوضحنا في الاصول ان المتيقن من قاعدة الصحة هو الشك في الصحة والفساد الناشيين عن اقدام العاقد على بيع ما يجتمع فيه شرايط البيع شرعا وعدمه واما مصادفة العقد لما هو معتبر شرعا وعدمها فلا تجري فيها القاعدة فضلا عن الشك في مصادفته لما هو معتبر عقلا او عرفا وعدمها فعلى هذا لو سلمنا جريانها عند الشك في البيع بلا ثمن والشك في بيع الخمر والخنزير او بيع الخل والشاة الا انها لا تجري في الشك في وجود المبيع وعدمه لانه يرجع الى الشك في الصحة واللغوية واصالة الصحة ليس مفادها ان العاقل لا يصادف عمله مع اللغو بل معناها ان العاقل لا يقدم عمدا على اللغو والعبث لانه يقبح صدوره منه مع علمه بقبحه ثم ان في بعض هذه الامثلة يمكن دعوى عدم صحته عقلا وعرفا ايضا كالبيع بلا ثمن فانه ليس تبديلا لطرف اضافة بطرف اضافة اخرى وقد تقدم الاقوال في هذه المسئلة وفي بعض منها يمكن دعوى صحته شرعا ايضا كبيع ما اتلفه زيد على عمرو فضلا عن الصلح عليه بناء على ما تقدم من ان التالف يبقى في ذمة المتلف ولا يتبدل الى المثل او القيمة بمجرد التلف وعلى هذا يصح بيعه او الصلح عليه بما شاء من العوض ولا يلزم الربا وهذا بخلاف ما اذا انتقل الى القيمة فان المعاوضة بينها وبين النقدين لا تصح الا اذا كانا متساويين نعم بناء على عدم جريان الربا في الصلح يصح جعل كل مقدار عوضا عنها قوله قده لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه اه لا اشكال في انه بعد ما ثبت عدم جواز بيع المجهول اما للاجماع المحصل او المنقول او لحديث نفي الغرر او للاخبار المحكية عن مستدرك الوسائل فمقتضى القاعدة عدم كفاية ضم المعلوم اليه وهو المشهور بين العلماء وقيل ان المشهور بين القدماء هو الصحة وقيل بالتفصيل بين ما اذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال او منضما الى المعلوم وبين ما اذا كان تابعا فيبطل على الاول ويصح على الثاني والحق هو التفصيل ولكنه على بعض الوجوه

في انه لا يصح بيع المجهول والضم معلوم اليه

لا مط وتوضيح ذلك انهم اختلفوا في معنى التابع في المقام فيظهر من العلامة في عد والتذكرة ان التابع ما اخذ شرطا في
المبيع في مقابل ما جعل جزء منه وبناء عليه فلا فرق في الصحة بين ان يكون الشرط اصلا في الغرض او تابعا كما لا فرق في
البطلان على الجزئية بين الصورتين لانه جعل المدار في الصحة والبطلان على التبعية والاصالة في العقد وان كانتا
متعاكستين في الغرض النوعي او غرض شخص المتعاقدين ويرد عليه ما اورد عليه المحقق الثاني من ان هذا الفرق ليس
بشيء لان العبارة لا اثر لها ويظهر من الشهيدين والمحقق الثاني ان المراد من التابع هو ما يعد في العرف تابعا كمفتاح
الدار وحمل الام والبيض الذي في جوف الدجاجة واللبن في الضرع ونحو ذلك مما لا يبعد دعوى الدلالة الالتزامية
بدخوله في المبيع لولا شرط خروجه وعلى هذا ايضا لا نظر الى الغرض الشخصي ولا النوعي فان الحمل في بعض افراد الخيل
لعله الاصل بالنسبة الى الغرض الشخصي بل النوعي ولكنه بالنسبة الى الدلالة الالتزامية تابع ويظهر من العلامة في المختلف
ان المراد من التابع ما يكون تابعا بالنسبة الى الغرض من المعاملة سواء كان غرضا نوعيا او شخصيا ويظهر من المحقق
القمي وصاحب الجواهر ان المراد من التابع هو التبعية في الجعل والتباني بمعنى ان المبيع ولو كان في الواقع هو المجهول
ولكن للتخلص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما في مورد التخلص عن الربا في البيع الخياري في كثير من المعاملات فان التباني
والجعل على البيع والمقصود هو الربا وهكذا ما يستعمله بعض الناس في التخلص عن المخاصمة بايقاع العقد على ما هو ما له
يقينا وجعل ما لا يخلو عن مدع تبعا والاقوى هو الوجه الثاني بل الاول ايضا فان المجهول لو كان تابعا للمبيع او
جعل شرطا لا يضر جهالته لان ما وقع في عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا وما هو مجهول لم يقع عليه العقد وما
اوردنا على الوجه الاول تبعا للمحقق الثاني غير وارد لان الجزء يقسط عليه الثمن فاذا كان مجهولا يفسد البيع وهذا
بخلاف الشرط فان الثمن يقع بازاء المشروط وهو معلوم ثم بعد ما عرفت ما هو المقتضي القواعد الكلية فلو دلت
الروايات الواردة في المقام على خلافها فلا بد من الاقتصار على موردها ولا يمكن التعدي عنه الى غيره لعدم استفادة
القاعدة الكلية منها بحيث تدل على ان المجهول يصح بيعه منضما الى المعلوم مط اصليا كان او تبعيا جعل جزء او شرطا

قوله قده مسئلة يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة على المشهور اه لا يخفى ان
موضوع هذه المسئلة غير موضوع المسئلة الآتية وهي بيع المظروف مع ظرفه فان هذه المسئلة عبارة عن بيع المظروف
دون ظرفه ولذا يتفرع عليه مسئلة اندار الظرف ثم ان الاندار المفروض في المقام تارة يلاحظ قبل رتبة البيع و
اخرى بعدها والمص قده استظهر من عبارات القوم ان مفروض كلامهم هو الثاني ولكن الحق ان عباراتهم ولو لم تكن
ظاهرة في الاول الا انها قابلة للحمل عليه مع ان صحة الصورة الثانية لا تخلو عن اشكال فانه اذا وزن الظرف والمظروف
وبيع المظروف قبل الاندار ثم اندر للظرف بعد البيع يكون المبيع مجهولا ولا يصححه كون هذا العمل متعارفا عند التجار

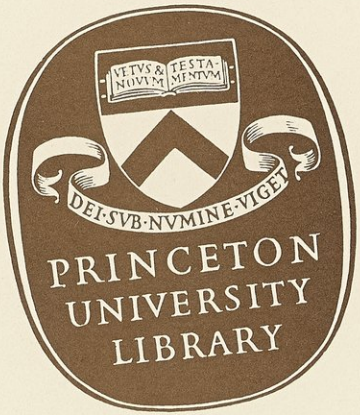
وان تحقق التراضي من المتبايعين ايضا والا لصح بيع كل موزون بلا وزن مع تراضيهما وبالجملة عنوان هذه المسئلة في كلمات
الاساطين انما هو لاستثناء بيع الموزون الذي لم يعلم وزنه تحقيقا وانما علم تخمينا وتقريبا فصورته ان يوزن الظرف بما فيه
ثم يندر مقدار للظرف مع جريان عادة التجار على الاندار ومع تراضي المتبايعين على المقدار ثم يباع المبيع فالاندار يوجب تعيين
المبيع والثمن كليهما وليس مخصوصا لتعيين ما يستحقه البايع من الثمن ثم ان المقدار المندر تارة لا يحتمل الزيادة والنقيصة الا
بمقدار يتسامح فيه واخرى يعلم الزيادة او النقيصة وثالثة يحتمل كلاهما وعلى جميع التقادير يصح البيع مع التعارف والتراضي
غاية الامر في مورد العلم بزيادته على المقدار او نقيصته يتضمن البيع هبة من احدهما بل مقتضى ما ذكرناه من ان المدار على
التعارف والرضا بما يتعارف هو صحة الاندار فيما يباع بلا ظرف كما هو المتعارف في بيع المخضرات فيباع من من البطيخ
ونحوه ويندر مقدار منه ويسمى بالترك وقد يتفق انه بعد وزن مقدار خاص يوضع مقدار من الرقي او البطيخ فوق
الموزون لان هذا مرجعه الى هبة ذلك المقدار فلا يضر زيادته وكيف كان ففيما يوزن مع ظرفه ويباع المظروف فالجهل
بمقداره لا يضر بصحة المعاملة وعلى ما ذكرنا يصح الاندار سواء باع المظروف جملة بكذا او باعه كل رطل بدرهم فانه بعد
ما وزن المجموع وترك للظرف مقدارا وباع المظروف فسواء باعه جملة بعشرة دراهم او باعه كل رطل بدرهم فقد لوحظ
المبيع في الرتبة المتأخرة عن الاندار ثم لا يخفى ان **قوله** قده بان يقول بعتكه كل رطل بدرهم هو القسم الصحيح من اقسام
العشرة من بيع الصبرة وهو بيع الجملة كل قفيز بدرهم لا القسم الباطل وهو بيع كل قفيز منها بدرهم وعلى هذا فالمبيع في
الحقيقة مجموع ما في الظرف سواء قيل بعتكه بكذا او بعتكه كل رطل بكذا ففي كلا القسمين بالاندار يتعين المبيع وما
يستحقه البايع من الثمن **فقوله** قده وقد علم مما ذكرنا ان الاندار الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع
بوزن انما هو لتعيين حق البايع وليس حقا للمشتري اه لا يستقيم لما عرفت ان بالاندار يتعين كلا الحقين والعجب انه
قده استظهر من عبارة فخر المحققين انه جعل عنوان البحث هو الوجه الثاني مع انها لو لم تكن صريحة في ان الاندار في رتبة
قبل البيع فلا اقل من ظهورها فيه ولعل امره قده بالتأمل يرجع الى ذلك وكيف كان فالمتيقن من الصحة هو ما اعتاد الاندار
فيه بين التجار وتحقق رضا المتبايعين بالمقدار لانه ليس في البين دليل يدل باطلاقه على صحته من دون تراض منهما
اما رواية علي بن ابي حمزة ورواية علي بن جعفر فصريحتان في اعتبار التراضي فلم يبق الا موثقة حنان وهي ايضا ظاهرة في
كون المورد مورد الرضا لقوله يحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فان الحاسب والمحسوب له مختاران في اندار المقدار فمفروض
السؤال هو مورد التراضي مع انها على فرض اطلاقها تقيد بالروايتين الصريحتين في اعتبار التراضي منهما ثم ان
المص قده استظهر من الروايات النقصان والزيادة الفعليتين فوقع في محذور توجيهها مع ان الظاهر منها هو احتمالها
ثم لا يخفى ان بعد دلالة الاخبار على صحة اندار ما يحتمل الزيادة والنقيصة لا وقع للتمسك لصحته باصالة عدم زيادة

المبيع عليه وعدم استحقاق البايع ازيد مما يعطيه المشتري من الثمن فان الاصل حجة حيث لا دليل هذا مع انه يمكن ان يقال ليس الناقصة ليست لرحا لزيادة واجزاء العدد المحمولي لترتب اثار النقص مثبت وعلى هذا فلا يبعد صحة الانذار ومدار مطابقة للواقع بل يصح مع زيادة ونقص نعم هذا فيما اذا لم يعلم بالزيادة واما لو علم فيحتاج الى رضا جديد غير الرضا باصل الانذار والا فلا يجوز كما هو ظاهر مما يسقنا من الرواية الاخيرة فان قوله لا بأس في ذيل الرواية وهي مما يشترط الطعام من اهل السفينة ثم يكيله فيزيد قال ربما نقص قلت وربما نقص قال فاذا نقص رد عليه قلت لا قال لا بأس ظاهر في انه اذا زاد دائما فيه بأس او يكره كما هو ظاهر موثقة حنان من قوله وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه فان النهي عن التقريب الى الزيادة ظاهر في الكراهة وكيف كان ففي موضوع البحث وهو احتمال الزيادة والنقصان الاثر لانكشاف الخلاف فان من هذه الاخبار يستفاد امران الاول صحة بيع المجهول في هذا القسم المتعارف بين التجار والثاني عدم استحقاق البايع على المشتري شيئا اذا لم يكن وزن الظرف بالمقدار الذي انذر له بل كان اقل وعدم استحقاق المشتري على البايع اذا كان وزن الظرف في الواقع ازيد فان خبر علي بن جعفر متضمن للسؤال عن صحة هذا البيع وفساده بقرينة قوله ايحل ذلك البيع وخبر حنان متضمن لاستحقاق كل من البايع والمشتري بما وقع بقرينة قول معمر الزيات فيجب لنا النقصان المكان الزقاق قوله فثم الظاهر ان الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن اه قد اشرنا الى ان الانذار والترك اذا كان متعارفا بين التجار يصح مع وانظاهر ان موارده اربعة الاول في ظروف السمن والزيت والدبس والخل ونحو ذلك مما يصعب افراغه وبيع المظروف وحده الثاني ظروف المتاع كالجوالق ونحوها الثالث ما يكون مضافا للمبيع ويصعب التفريق بينهما كالشمع في الحلي المصوغ من الذهب والفضة والتبن يوضع في الجلود لئلا يفسد كالملح في الجلد الذي يراد دبغه فيما يتعارف بيعه بالوزن وهكذا الدبس الذي يصب في الزقاق ونحو ذلك الرابع الزرف المتعارف في الخضروات هذا تمام الكلام في مهمات البيع احكاما وتبعاته

اقسام الخيار احكاما والحمد لله اولا واخرا والصلوة والسلام على مؤسس قواعد الدين محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين

طبع في المطبعة الحيدرية في طهران
كتبه محمد علي المرندي الغروي

0988



WERT
BOOKBINDING
Grantville Pa.
MAR-APR 1993
We're Quality Bound

Princeton University Library
32101 075819100