

# عَدَّةُ الْمَطَالِبِ

في التعليق على المجتبى

للشيخ محمد بن أبي

نابت آل العباد

الحاج آية الله في الطب طباطبائي أتمى

عن

إسناده الشريف محمد بن محمد

آية الله في الدين - بإسناد صحيح الزمان

# عَدَّةُ الْمُطَالِبِ

فِي التَّعْلِيقِ عَلَى الْمَكَّاسِبِ

الْجُزْءُ الثَّانِي

تَأْلِيفُ أَقْلِ الْعِبَادِ

السَّحَابُ السَّيِّدُ تَقَى الطَّبَّاطُبَانِي الْقَهْمِي

عَفَى عَنْهُ

لَا نَسْأَلُكَ إِلَّا بِحَقِّكَ يَا مُحَمَّدُ

م - جَهَارِ مَرْدَان - پَاسَارْ صَاحِبِ الزَّمَانِ ع



- الكتاب: عمدة المطالب في التعليق على المكاسب ج ٢
- المؤلف: الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي
- الناشر: انتشارات محلاتي
- المطبعة: سيدالشهداء (ع) تلفون ٣٣٧٦٢
- العدد: ١٠٠٠ نسخة
- الطبعة: الاولى
- التاريخ: ١٤١٤ هـ ق - ١٣٧٢ هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## الكلام فى تحقيق مفهوم البيع

«قوله قدس سره: وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة  
مال بمال»

لايبعد ان قوله فى الاصل اشارة الى ان استعمال لفظ البيع تارة  
فى الشراء واخرى فى تمليك المنفعة وكيف كان لا اشكال فى أن  
البيع ليس عبارة عن المبادلة بل البيع عبارة عن تبديل عين بعوض  
ولولم يكن احد الطرفين مالا والشاهد عليه انه لو بدل شخص مالا  
مالية له كحبة حنطة بشيء يصدق عليه البيع فالبيع عبارة عن تمليك  
العين بالعوض.

ويمكن الاستدلال على المدعى بالتبادر الذى هو آية الحقيقة  
بل وبصحة السلب فان المتبادر من لفظ البيع تمليك العين ويصح  
سلب العنوان عن نقل المنافع واذا ثبت كون لفظ البيع حقيقة فى  
المعنى الخاص وشك فى كونه كذلك فى عصر المعصوم سلام الله  
عليه يكون مقتضى الاستصحاب القهقري انه كذلك فى ذلك العصر  
واعتبار الاستصحاب المذكور ليس بلحاظ حجية الاستصحاب فان  
دليله لايشمل الاستصحاب القهقري بل الدليل عليه السيرة التجارية



بين العقلاء ولولاها لم يمكن اثبات حدود المفهوم في ذلك العصر وينسد باب الاستنباط لاحتمال الاختلاف بين المعنى الفعلي والمفهوم في ذلك الزمان.

وفي المقام شبهة وهي ان تحقق البيع هل يتقوم بالقبول والاشتراء بحيث لا يصدق هذا المفهوم الا بعد تحقق القبول أم لا؟ فان قلنا بتقومه به وعدم تحقق مفهومه الا به يلزم عدم صدق العنوان قبل القبول والحال ان البيع يتحقق من قبل البايع والقبول يتعلق به.

وان شئت قلت يتوقف تحقق مفهوم البيع على قبوله من قبل المشتري والحال ان القبول فرع تحقق الايجاب ووجوده وبعبارة اخرى تحقق البيع يتوقف على القبول والحال ان القبول يتوقف على تحقق البيع فيلزم الدور وان لم نقل بتقومه به وقلنا بأن البيع يتحقق بلا تعلق القبول به يلزم كون البيع من الايقاعات ولا اشكال في أن البيع من العقود المتقومة بالايجاب والقبول فما الحيلة؟

والذي يختلج بالبال أن يقال: البيع بماله من المفهوم يصدق ويتحقق بالانشاء من قبل البايع ولا يتوقف تحققه على القبول بل ربما يتعقبه القبول واخرى لا يتعقبه ولكن لا اشكال في أن الاثر عند العقلاء يترتب على القسم الخاص وهو الايجاب المتعقب بالقبول من قبل المشتري والادلة الشرعية كقوله تعالى «احل الله البيع وحرم الربا»<sup>١</sup> ناظرة الى ما يكون ممضاة عند العقلاء.

مضافاً الى أنه لا اشكال في ان الايجاب وحده وبلا ضم القبول اليه لا أثر له ولا يكون مورداً للامضاء فتحصل مما ذكرنا ان البيع لا يكون عبارة عن المبادلة التي تقوم بطرفين بل البيع عبارة عن تبديل عين

بمعرض وتمليك به والمراد من العين ليس الامر الخارجي بل أعم منه ومن الكلى وان شئت قلت: ان البيع عبارة عن تمليك جسم طبيعي خارجي أو كلي بمعرض.

«قوله قدس سره: كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدير...»

وهو ما رواه أبان عن أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يمتق جاريته عن دبر أيتها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته قال: نعم أي ذلك شاء فعل<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: ويبيع سكنى الدار...»

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تنزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا ظنه يجيء لها رب<sup>٢</sup> ابدأ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: ابيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي قال: نعم يبيعها على هذا<sup>٣</sup>.

«قوله قدس سره: وكاخبار بيع الارض الخراجية...»

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم قال: سألته عن شراء أرضهم فقال: لا بأس أن تشتريها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي فيها كما يؤدون فيها<sup>٤</sup>. وغيره من الاحاديث.

(١) من لاهجزة الفقيه ج ٣ ص ٧٢ الحديث: ٧.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث: ٥.

(٣) الوسائل الباب ٢١ من هذه الابواب الحديث: ٧ وغيره من الاحاديث.

فالمتحصل ان المبيع لابد أن يكون عيناً وأما الثمن فيمكن أن يكون عيناً ويمكن أن يكون منفعة من المنافع.

«قوله قدس سره: كما ان لفظ الاجارة...»

الظاهر انه لا يمكن مساعدته فان الثمرة اذا كانت موجودة على الشجرة فلا تتعلق بها الاجارة وان كان المراد شأنية الشجرة لظهور الثمر وبعبارة أخرى قابلية الشجر للثمار، فيمكن تعلق الاجارة بالشجر باعتبار ثمره ويكون خارجاً عن محل الكلام.

«قوله قدس سره: وأما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة...»

الظاهر انه لا بأس بكون الثمن من المنافع ولا يلزم أن يكون من الاعيان ونسب الى البهيهاني الخلاف في المسألة وما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على الاشتراط وجوه:

الوجه الاول: ما اشتهر بين القوم من أن البيع لنقل الاعيان. والجواب: انه لا يبعد أن يكون غرضهم المقابلة بين البيع والاجارة حيث ان الاجارة لنقل المنافع مضافاً الى أن البيع فعل البايع والاشتراء فعل المشتري فلا يرتبط احدهما بالآخر ولا تنافي بين كون البيع لنقل الاعيان والحال انه لا يشترط في الثمن كونه كذلك.

الوجه الثاني: ان دليل نفوذ البيع منصرف الى المتعارف الخارجي والمتعارف الخارجي جعل الثمن من الاعيان. وفيه ان المتبادر عن لفظ البيع تمليك العين بعوض والمتعارف الخارجي لا يكون ميزاناً كي يقال: انه مانع عن انعقاد الاطلاق وان شئت قلت: الانصراف الى المتعارف الخارجي على فرض تسلمه بدوي لا يعتد به فالمرجع اطلاق الدليل ومقتضاه عدم الاشتراط.

الوجه الثالث: ان المنفعة أمر عديمي والملكية من الاعراض

المحتاجة الى الموضوع فلا مجال لجعل المنفعة ثمناً.  
وفيه اولا ينقض ما ذكر بالاجارة فان الاجارة تمليك المنفعة  
فيكون كلا المقامين من واد واحد.  
وثانياً ان الملكية المبحوثة عنها في المقام لا تكون من الاعراض  
بل من الامور الاعتبارية فلا مورد للاشكال المزبور.  
الوجه الرابع: ان البيع عبارة عن تبديل مال بمال والمنفعة  
لا تكون مالا وفيه ان البيع تمليك عين بعوض ولا يشترط فيه كون  
المبيع أو الثمن مالا مضافاً الى أن سلب عنوان المال عن المنافع  
من غرائب الكلام فان المال ما يبذل بازائه الشيء وهل يتوهم انه لا  
يبذل بازاء المنافع شيء فان المنافع المترتبة على الاعيان توجب  
الرغبات وبذل الاموال بازائها ولولا المنافع المترتبة على الاعيان  
لم تكن الاعيان بنفسها مورد للرغبات.

### «قوله قدس سره: وأما عمل الحر...»

الاشكال ناش عن اعتبار المالية في الثمن قبل وقوع البيع عليه  
وحيث ان عمل الحر قبل وقوع العقد لا يكون مالا ولذا نقول ان حبس  
الحر لا يوجب الضمان لعدم صدق اتلاف المال وايضاً لا يصدق عنوان  
الغني على الحر الذي يمكنه الكسب فاذا لم يكن مالا لا يصح جعله  
ثمناً في البيع بتقريب ان البيع مبادلة مال بمال.  
وفيه اولا انه لا دليل على الاشعراط المذكور فانه لا تشترط  
المالية لا في المبيع ولا في الثمن وثانياً انه على فرض الاشتراط  
لا يلزم تحقق العنوان قبل وقوع البيع بل يكفي تحققه بوقوع البيع  
ولذا لا اشكال في صحة بيع الكلي في الذمة والحال ان الكلي في الذمة  
لا تحقق له قبل العقد فلاحظ.



«قوله قدس سره: وأما الحقوق فإن لم يقبل...»

الذي يختلج بالبال أن يقال: كل حق إذا كان قابلاً للنقل إلى الغير يمكن جعله ثمناً في البيع.

وقال سيدنا الاستاد على ما في التقرير في جملة كلام له: ألا أنه لا يمكن جعله ثمناً في البيع بدهاءة أن الحق حكم شرعي غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكية أو غيرها<sup>١</sup>.

وفيه أنا نسأل أي دليل دل على لزوم ما ذكر وبعبارة أخرى: لا بد في البيع من مبيع و ثمن أي لا يكون تملك المبيع بلا عوض ومجانياً. ان قلت: يلزم التبديل في طرفي الإضافة أي يدخل الثمن مكان المبيع في وعاء الاعتبار فلو خرج الكتاب مثلاً من ملك البائع ودخل في ملك المشتري في مقابل دينار يلزم خروج الدينار من ملك المشتري ودخوله في ملك البائع وهذه المبادلة لا يمكن تحققها في مورد الحق.

قلت: لا دليل على هذه الدعوى والمقدار اللازم أن لا يكون التملك بلا عوض فلا مانع من انتقال الحق من ذي الحق إلى غيره على نحو كان عنده.

وببيان أوضح: أنه هل يتصور كون شخص ذا حق أم لا؟ أما على الثاني فلامجال للبحث وأما على الأول فنقول يكفي للعوضيّة انتقال الحق إلى البائع بعنوان الثمن على ذلك النحو الموجود عند المشتري كما أنهم قائلون بانتقال الحق كحق الخيار بالارث فيكون المقام كذلك أي ينتقل الحق إلى البائع كما ينتقل إلى الوارث فلا اشكال من هذه الجهة إنما الاشكال في إحراز قابلية الحق للانتقال إلى الغير

ويحتاج اثباته الى الدليل ومقتضى الاصل الاولي عدمه فانه لو شك في القابلية يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال كما ان مقتضى الاصل عدم ثبوت هذه السلطنة لذي الحق اى مقتضى الاصل عدم تسلط ذي الحق على نقل حقه الى الغير فلا اشكال من هذه الجهة.

ويمكن اثبات المدعى بتقريب آخر وهو: ان الدليل المثبت للحق الفلاني اذا كان له اطلاق يكون مقتضى اطلاقه بقاء ذلك الحق لذيه حتى بعد النقل الى الغير كما انه لو شك في قابلية الحق للاسقاط وعدمها يكون مقتضى اطلاق دليل ذلك الحق بقاءه حتى بعد اسقاطه كما ان مقتضى استصحاب بقاءه كذلك.

لكن هذا التقريب انما يتم على مسلك المشهور القائلين بجريان الاستصحاب في الحكم الكلي وأما على المسلك المختار فلا. وربما يشكل كما في كلام الشيخ قدس سره بأنه لا يمكن أن يتسلط الانسان على نفسه فلا يمكن أن يكون من له الخيار ومن عليه الخيار متحداً.

ويرد عليه اولاً: انه يمكن أن يجعل الخيار ثمناً لغير من عليه الخيار كي لا يتوجه المحذور المذكور.

وثانياً: ان الخيار متعلق بالعقد فذو الخيار مسلط على العقد لاعلى الشخص.

وثالثاً: ان الكلى في الذمة مادام لا يعتبر في الذمة لا يكون مالاً ولا يكون قابلاً لان يجعل مملوكاً للغير بالبيع ونحوه ومع ذلك قائلون بجواز تملك الانسان لما في ذمته.

ورابعاً: انه أي مانع في الاتحاد الذي صار منشأ الاشكال، ان قلت: ان عنواني المسلط والمسلط عليه متضائفان فلا يمكن تصادقهما على شيء واحد قلت: العالم والمعلوم متضائفان والحال انهما

مجتمعان في ذات الباري فانه تعالى عالم بنفسه .  
وبعبارة واضحة: التضائف بما هو لا يقتضي التعدد في المصداق  
الخارجي نعم بعض أقسام التضائف يستلزم التعدد الخارجي كالمالية  
والمعلولية .

وصفوة القول: انه لو استفيد من الدليل الشرعي جواز نقل  
الحق الفلاني فلا يبقى اشكال انما الاشكال تمام الاشكال كما سبق  
في احراز امكان الانتقال .

وربما يقال: ان الحق لا يمكن جعله ثمناً لاشتراط المالية في  
التمن والحق لا يكون مالا فانه يرد عليه اولاً: انه لا دليل على الاشتراط  
المذكور وثانياً ان سلب المالية عن الحق من غرائب الكلام فان المال  
ما يبذل بازائه الشيء .

وان شئت قلت: المال ما يكون مورد الرغبات والحق يكون كذلك  
بلا اشكال ولا كلام ولعل قوله قدس سره فافهم اشارة الى ما ذكرنا  
أو الى بعضه والله العالم .

ولمّا انجر الكلام الى هنا ناسب التعرض لبيان الحق والفارق  
بينه وبين الحكم فنقول: الحكم عبارة عن الاعتبار بلا فرق بين أقسامه  
وافراده غاية الامر الاختلاف في متعلق الاعتبار فان المولى ربما  
يعتبر فعلاً في ذمة المكلف بلا اعتباره الترخيص فيكون ذلك الفعل  
واجباً واخرى مع اعتباره الترخيص فيكون ذلك الفعل مستحباً وثالثة  
يعتبر بين المكلف والفعل الفلاني حريماً بلا اعتباره الترخيص  
فيكون ذلك الفعل حراماً ورابعة مع الترخيص فيكون ذلك الفعل  
مكروهاً وخامسة يعتبر المكلف مطلق العنان بالنسبة الى فعل كشرب  
الماء مثلاً فيكون ذلك الفعل مباحاً وسادسة يعتبر الملكية لزيد

فيكون زيد مالكا وسابعة يعتبر زوجية هند لبكر فتكون هند زوجة. وهكذا وهكذا.

وبعبارة واضحة: الاحكام الشرعية تكليفية كانت أم وضعية كلها امور اعتبارية ولا نتصور في قبال الاحكام المجعولة امرأ نسيمه حقاً نعم جميع الاحكام داخلية تحت عنوان الحق فان الحق مقابل الباطل: «الا كل شيء ما خلا الله باطل».

ومن الظاهر ان الحكم المجعول للشارع الاقدس لا يكون باطلا فان وجوب الصلاة حق والزواج حق والملكية حق الى غيرها من الاحكام.

ان قلت: كيف والحال ان الحق قابل للاسقاط والحكم الشرعي لا يكون قابلا للاسقاط قلت: هذا توهم فاسد فان حق الخيار في بعض الاحيان غير قابل للاسقاط ومثله كثير من الحقوق التي لا تكون قابلة للسقوط مضافاً الى أنه لانضائق من القول بأن الاحكام الشرعية على قسمين قسم منها قابل للسقوط كحق القسم فانه قابل للسقوط وقسم منها لا يكون قابلا كحق رد السلام.

وصفوة القول: انه لا نتصور كما قلنا غير الحكم غاية الامر الاحكام الشرعية تختلف بحسب ما يستفاد من ادلتها فلاحظ ولا تغفل.

«قوله قدس سره: ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية...»

البيع عبارة عن تمليك العين بعوض مع ابرازه بمبرز وبعبارة واضحة: اذا اعتبر شخص ملكية عين لشخص آخر بعوض وأبرز اعتباره الكذائي بمبرز من لفظ أو فعل يصدق انه بايع ويصدق انه باع العين الفلانية.

وقد عرف البيع بتعاريف منها «ان البيع انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي» .  
وفيه ان البيع عبارة عن فعل البايع والانتقال اثر البيع لانفسه ولعل الماتن ناظر الى ما ذكرنا حيث قال «في هذا التعريف مسامحة واضحة» .

ومنها تعريفه «بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال» .  
وفيه ان البيع ليس مركباً من فعلي البايع والمشتري بل البيع فعل البايع

وأورد الشيخ على التعريف المذكور بأن البيع من مقولة المعنى لامن مقولة اللفظ ولا المجموع من اللفظ والمعنى والا لم يعقل انشاءه باللفظ .

ويرد عليه: ان البيع لا يكون من مقولة المعنى فقط ولا من مقولة اللفظ فقط بل البيع كما ذكرنا آنفاً عبارة عن الاعتبار النفساني المبرز بمبرز فعلي أو قولي فالبيع عبارة عن مجموع المبرز بالفتح والمبرز بالكسر .

وان شئت قلت: المجموع من الانشاء والمنشأ عبارة عن البيع .  
ومنها تعريفه «بنقل العين بالصيغة المخصوصة» .  
ويرد عليه انه لا يعتبر في انشاء البيع الصيغة الخاصة بل يتحقق البيع بكل مبرز بلافق بين كونه فعلاً أو لفظاً .

وأورد الماتن عليه بايرادين الاول: ان النقل لا يكون مرادفاً للبيع ولذا لا يجوز انشاءه بلفظ نقلت . الثاني: انه لا يمكن انشاء النقل بالصيغة .

ويمكن أن يقال ان النقل أي نقل العين بالعوض مرادف للبيع فالاشكال الاول غير وارد وأما الاشكال الثاني فيدفع بأن غرض

المحقق ان كان مثل ما ذكرنا لا يتوجه عليه اشكال بأن يقول البيع اسم للمركب من الانشاء والمنشأ نعم يرد عليه اشكال آخر وهو: انه لا يلزم في البيع أن يكون انشائه باللفظ بل يكفي ابرازه بكل مبرز كما تقدم.

ومنها ما ذكره سيدنا الاستاد بقوله: «انه انشاء تبديل شيء من الاعيان بموضع في جهة الاضافة».

ويرد عليه: ان البيع اسم للمركب من الانشاء والمنشأ لأنه اسم لخصوص الانشاء ولذا لو أنشأ ولم يكن معتبراً للملكية في اعتباره لا يصدق عليه عنوان البايع.

ومنها ما أفاده الماتن بقوله: «انه انشاء تمليك عين بمال». ويرد عليه اولاً ما أوردنا على تعريف سيدنا الاستاد وثانياً ان الثمن لا يشترط فيه أن يكون مالا.

فالحق ان يقال ان البيع عبارة عن تمليك عين بموضع في عالم الاعتبار وابرار ذلك الاعتبار بمبرز من قول أو فعل.

ان قلت: يلزم جواز انشائه بلفظ ملكت قلت: نلتزم بالجواز الا أن يدل دليل معتبر على المنع. ان قلت: هذا التعريف لا يشمل بيع الدين على من هو عليه لان الانسان لا يملك ما في ذمته قلت: لا مانع عن الالتزام به ونتيجته السقوط عن الذمة.

ان قلت على هذا تدخل المعاوضة تحت عنوان البيع قلت: الحق ان المعاوضة من مصاديق البيع ومشمولة لادلة جوازه كما ستقف عليه انشاء الله تعالى فانتظر والاجماع المدعى على انها لا تكون بيعاً ليس تحته شيء.

ان قلت: يلزم أن يكون الاشتراء بيعاً لصدق التعريف عليه. قلت: الاشتراء تقبل تمليك الهايع ولا يكون تمليكاً بموضع ابتداءً

ومما ذكرنا يعلم عدم صحة الانتفاض بمستأجر العين فان المستأجر يقبل تمليك المنفعة من قبل المؤجر وتمليكه للمعين تبعية وايضاً يعرف عدم الانتفاض بالصلح على عين بمال وبالهبة المعوضة فان الصلح عبارة عن التسالم ونتيجته تختلف بحسب الموارد وأما الهبة المعوضة فلا معاوضة بل تمليك بلا عوض غاية الامر يشترط فيه التمليك من طرف المتهب ايضاً شيئاً.

«قوله قدس سره: بقي القرض داخل في ظاهر العدد...»

فانه انتقض التعريف بالقرض بتقريب: ان القرض تمليك عين بعوض والحال ان القرض لا يكون بيعاً.

وأجاب الماتن بان القرض ليس معاوضة بل تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة. ويرد عليه انه على هذا لا يكون للمقترض رد نفس العين في مقام الاداء والحال انه لا اشكال في جوازه فالحق أن يقال: ان القرض تمليك عين على وجه ضمان الجامع بين العين والمثل أو ضمان الجامع بين العين والقيمة فان العين ان كانت مثلية يدخل القرض تحت القسم الاول وان كانت قيمية يدخل تحت القسم الثاني.

واستدل الماتن على عدم كون القرض معاوضة بعدم جريان ربا المعاوضة فيه اي الربا القرضي أووسع دائرة من الربا الجاري في المعاوضة وبعبارة اخرى: مطلق الزيادة ممنوع في باب القرض.

واستدل على مدعاه ثانياً بعدم جريان الفرر فيه فان قرض المجهول جايز واستدل ثالثاً بعدم ذكر العوض فلا يكون القرض داخل في المعاوضات وأخيراً أمر بالتأمل بقوله: «فتأمل».

ولعله اشارة الى أن الوجوه المذكورة لا تدل على المدعى اذ يمكن



أن يكون القرض من المعاوضات ومع ذلك الشارع الاقدس خصصه بأحكام خاصة ولكن الحق كما تقدم ان القرض تمليك على وجه الضمان على النحو الذي ذكرنا.

«قوله قدس سره: احدها التملك المذكور لكن بشرط تعقبه...»

الظاهر انه لا يمكن الالتزام بكون لفظ البيع اسماً للمركب من الايجاب والقبول لانه اذا باع زيد داره من عمرو بقوله بعتك دارى بعوض كذا فلاشكال فى أنه أنشأ البيع ومع تقييد مفهوم البيع بالقبول كيف يمكن انشاء البيع وكيف يصدق مفهوم البيع.

وبعبارة واضحة لو قلنا بأن مفهوم البيع متقوم بالايجاب والقبول لا يمكن انشاء البيع قبل القبول اذ يلزم الخلف المحال وأما كون البيع اسماً للآثر الحاصل فقد مر انه غير سديد وقلنا: ان البيع اسم للمؤثر لا للآثر وأما كونه اسماً لنفس العقد المركب فقد مر آنفاً ان البيع اسم لفعل البائع لا للمجموع من فعلي البائع والمشتري.

«قوله قدس سره: لا الكسر والانكسار...»

الظاهر انه لا فرق بين الايجاب والوجوب وبين الكسر والانكسار فان الايجاب اذا تحقق فى الخارج يتحقق الوجوب فان الايجاب عبارة عن ايجاد الوجوب كما ان الكسر اذا تحقق لا يعقل ان لا يتحقق الانكسار وبعبارة واضحة: الانكسار عبارة عن قبول الكسر واذا فرض تحقق الكسر يتحقق الانكسار بلا اشكال ولا كلام.

«قوله قدس سره: فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها...»

حق العبارة ان يقال: احد معانيه بتذكير الضمير فان الضمير يرجع الى لفظ البيع فلا بد من كونه مذكراً والظاهر ان غرضه ان

القيد المذكور غير داخل فى المصطلح فى لفظ البيع فضلاً عن أن يكون داخلًا فى أحد معانيه لفة.

«قوله قدس سره: ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع وغيره من العقود حقيقة فى الصحيح...»

يقع البحث فى هذا الموضع فى جهات: الجهة الاولى فى انه ما الوجه فى أن الفقهاء رضوان الله عليهم يتمسكون بالاطلاق فى أبواب المعاملات حتى على القول بكون الفاظها موضوعة للصحيح وأما فى باب العبادات فيفصلون بين القول بكون الفاظها موضوعة للاعم وبين القول بكون الفاظها موضوعة لخصوص الصحيحة فعلى القول بالاعم يأخذون بالاطلاق وأما على القول بالصحيح فلا.

فنقول الظاهر ان وجه التفصيل ان الاخذ بالاطلاق متوقف على صدق المفهوم الذي يكون موضوعاً للحكم أو يكون متعلقاً له ويشك فى قيد زايد فيؤخذ بالاطلاق وينفى القيد الذي احتمل كونه قيداً مثلاً لو قال المولى اعتق رقبة وشك فى اشتراط الرقبة بكونها مؤمنة يؤخذ باطلاق الرقبة بأن يقال الرقبة الكافرة رقبة ويصدق عليها عنوان الموضوع المأخوذ فى الدليل ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المؤمنة والكافرة أو لو قال المولى اكرم العالم يكون مقتضى اطلاق الاكرام عدم الفرق بين انواعه فباي نحو يصدق الاكرام يحصل لامتشال وعلى هذا الاساس نقول: اذا كان لفظ الصلاة موضوعاً للصحيح وشك فى جزئية السورة لامجال للاخذ بالاطلاق اذ صدق لفظ الصلاة بماله من المفهوم على الفاقد للسورة مشكوك فيه ومع الشك فى الصدق لامجال للاخذ بالدليل فانه قد قرر فى محله انه لا يجوز الاخذ بالعام أو المطلق فى الشبهة المصداقية وأما على

الاعم فلا مانع عن الاخذ بالاطلاق اذ قد فرض صدق المفهوم على الفاقد للسورة والشك في أمر زائد فلا مانع عن الاخذ باطلاق الدليل. وأما في باب المعاملات فمع فرض كون اللفظ اسماً لخصوص الصحيح لا مانع عن الاخذ بالاطلاق لان المقصود بالبيع ونحوه من بقية العقود امور عرفية ولا تكون من مخترعات الشارع كالصلاة مثلاً فحدود المفهوم واضحة عند العرف ودليل الامضاء قد أمضى العقد العرفي.

وصفوة القول: ان صدق الموضوع في العقود محرز فلا مانع عن الاخذ باطلاق دليل الصحة وأما في العبادات فحيث أن حدود الموضوع أو المتعلق غير محرزة على القول الصحيحي فلأجل ذلك لا اخذ بالاطلاق وهذا هو الفارق بين المقامين.

الجهة الثانية في ان ألفاظ العقود والايقاعات هل تكون موضوعة لخصوص الصحيح أو للاعم من الصحيح؟ فنقول تارة يقع الكلام في الصحة الشرعية ولا اشكال في ان الصحة الشرعية لا تدخل لها في الموضوع له والوجه فيه: ان الامضاء الشرعي تعلق بما يكون بيعاً في نظر العرف فمفهوم البيع مثلاً مثل مفهوم العالم فكما ان العالم مفهوم عرفي ربما يتعلق به حكم شرعي كوجوب الاكرام كذلك مفهوم البيع يلا فرق.

وان شئت قلت: لفظ البيع وبقية الفاظ العقود والايقاعات لا تكون لها حقيقة شرعية بل لأجل ان الصحة الشرعية تكون دخيلة في الموضوع له فان البيع عبارة عن فعل البائع ويتحقق بفعله اعم من أن يتمقبه القبول ام لا كما تقدم والحال ان الصحة الشرعية لا تتحقق الا بعد تحقق القبول واجتماع جميع الشرائط المقررة الدخيلة في

حصول الملكية وتحقيق النقل والانتقال فكيف يتصور أن تكون الصحة الشرعية دخيلة في الموضوع له؟

ولكن مع ذلك الحق ان لفظ البيع مثلاً موضوع لخصوص الصحيح كما قلنا سابقاً فان لفظ البيع اسم للاعتبار المبرز بمبرز من فعل أو لفظ بل لا يتصور فيه الفساد.

وبعبارة واضحة: كما ان لفظ سقمونيا موضوع لمركب خاص كذلك لفظ البيع موضوع لمركب اي الاعتبار المبرز وان شئت قلت: كما ان لفظ الذهب اسم لجوهر خاص وربما يترتب عليه حكم شرعي كحرمة لبسه مثلاً كذلك لفظ البيع فهل يصح أن يقال: ان لفظ الذهب هل هو موضوع للصحيح أو للاعم.

نعم يصح أن يقال: ان البيع الذي يكون مورد الامضاء الشرعي مشروط بشروط مقررة في محالها فالحق أن يقال - كما قلنا سابقاً: - ان لفظ البيع مثلاً اسم للاعتبار المبرز بمبرز من قول أو فعل وهذا الاعتبار المبرز لو تعقبه القبول من قبل المشتري يمكن أن يقع مورداً لامضاء العقلاء وايضا يمكن ان يقع مورداً لامضاء الشارع ويمكن ان يقع مورداً لامضاء العقلاء ولا يقع مورد امضاء الشارع كما في بيع الغرر.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما أفاده الشهيدان من أن الفاظ العقود موضوعة لما هو الصحيح فان الظاهر من كلامهما بل من صريحه ان لفظ البيع مثلاً اسم للبيع التام الاجزاء والشرائط المترتب عليه النقل والانتقال فان الامر ليس كذلك كما اتضح كمال الوضوح.

ان قلت: فما الوجه في أخذ المقر بالبيع باقراره؟ قلت: الظاهر ان الوجه فيه الانصراف فان المقر اذا قال بعث داري من زيد يكون المنصرف اليه من كلامه انه باع داره من زيد مع الشرائط المقررة

وتحقق القبول من قبل زيد.

وبعبارة اخرى: يكون قوله «بعت داري من زيد» في قوة قوله ان دارى انتقلت الى زيد بالبيع» ولاشكال في حجية ظهور اللفاظ عند العقلاء و أخذ المقرين باقراراتهم وترتيب الاثار عليها.

الجهة الثالثة: في أنه هل يمكن ان يقال ان البيع مثلا اسم للصحيح الجامع للاجزاء والشرائط وإنما الاختلاف بين الشرع والعرف في الامور الدخيلة فيه وبعبارة اخرى لاختلاف في أن اللفظ موضوع لذلك المفهوم الجامع لجميع الخصوصيات؟

الظاهر انه لامجال للقول المذكور فان البيع ليس من الامور المتأصلة الخارجية كالذهب والفضة وامثالهما كى يقال بأن الانظار في تشخيصها مختلفة بل البيع أمر اعتباري امره بيد معتبره ومن الظاهر ان الامر الاعتباري يختلف باختلاف الانظار والاشخاص فلامجال للتخطة.

الجهة الرابعة: انه على القول بكون الفاظ العقود اسامي لخصوص الصحيح الشرعي هل يمكن الاخذ بالاطلاق ام لا؟ الحق أن يفصل ويقال أما الاطلاق اللفظي فلامجال له فان الاخذ بالاطلاق اللفظي يتوقف على احراز صدق المفهوم ومع الشك في الصدق لامجال للاخذ بالدليل لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصدقية كما تقدم.

وأما الاطلاق المقامي فالحق انه يمكن الاخذ به بتقريب: ان الشارع الاقدس بقوله احل الله البيع في مقام الافادة واعطاء ضابطة كلية في جميع الموارد واعلام المكلفين بأن البيع في قبال الربا امر جازم مؤثر شرعاً.

وبعبارة واضحة: يكون الشارع الاقدس في مقام البيان فلولم يكن

البيع على نحو الاطلاق صحيحاً مؤثراً وتكون صحته منحصرة بخصوص البيع الواجد لجميع الشرائط المقررة الشرعية لا يترتب على كلامه الاثر المرغوب منه ولعل قول الماتن «فتأمل» اشارة الى فساد اصل المبنى كما هو كذلك فانه ظهر مما ذكرنا فساد توهم كون الفاظ العقود والايقاعات موضوعة لخصوص الصحيحة شرعاً فلاحظ.

«قوله قدس سره: اعلم ان المعاطاة على ما فسرہ جماعة أن يعطى كل من اثنين عوضاً عما يأخذه...»

يقع الكلام في هذا المقام في جهات: الجهة الاولى: في بيان معنى المعاطاة والمعاطاة لغة عبارة عن اعطاء كل واحد من شخصين شيئاً لآخر على ما هو مقتضى ما يفهم من باب المفاعلة وأما اصطلاحاً فهي عبارة عن انشاء البيع بالفعل وبعبارة اخرى: لا يكون المراد من المعاطاة في اصطلاح الفقهاء تحقق مفهوم المفاعلة بل المراد منها البيع الفعلي في مقابل البيع اللفظي.

الجهة الثانية: في الاقوال الواردة في المعاطاة وبيان المختار منها.

القول الاول: ان المعاطاة تفيد الملكية الجائزة. وفيه ان المعاطاة اما يصدق عليها عنوان البيع واما لا يصدق أما على الثاني فلامقتضي لترتب الملكية عليها فلاموضوع للجواز واللزوم وأما على الاول فلاوجه للالتزام بكونها جائزة فان الجواز كاللزوم محتاج الى الدليل فلا بد من ملاحظة النصوص الخاصة كي نرى انه هل فيها ما يدل على القول المذكور.

القول الثاني: ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة ان كان الدال عليها اللفظ.

وفيه انه ان كان المراد من التفصيل المذكور انه لا بد من اقامة

قرينة على أن المراد من المعاطاة والمقصود منها البيع بالتفصيل المذكور حق اذ مع عدم اقامة قرينة على ارادة البيع تكون المعاطاة أعم وان كان المراد ان اللفظ له خصوصية، فيرد عليه انه لخصوصية لكون القرينة لفظاً بل الميزان يكون المراد بالمعاطاة البيع.

القول الثالث: ان المعاطاة تفيد اباحة جميع التصرفات الا التصرفات التي تتوقف على الملك.

وفيه ان الكلام في المعاطاة التي يقصد بها الملك ويقصد به البيع فاما يصدق عليها البيع ويصح فلا بد من ترتب آثار البيع عليها واما لا يصدق عنوان البيع عليها فتكون لغواً وبلا اثر فالقول به بالاباحة المجردة قول بلا دليل.

القول الرابع: انها معاملة فاسدة. وفيه انه لا بد من ملاحظة ادلة صحة البيع وانها هل تقتضي بطلان البيع اذا كان بالمعاطاة. القول الخامس: انها معاملة مستقلة مفيدة للملكية ولا تكون بيعاً.

وفيه انه قد تقدم منا أن البيع عبارة عن اعتبار الملكية وابرار ذلك الاعتبار بمبرز من قول أو فعل فاذا قصد بها مفهوم البيع تكون من مصاديق البيع واذا لم يقصد بها مفهوم البيع فما هو المقصود منها؟ القول السادس: انها تفيد اباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك مع بقاء كل من العوض والمعوض على ملك المالك والانتقال يتوقف على التلف فانه بتلف احدى العينين ينتقل كل من العوضين.

وفيه: انه قول بلا دليل فان المعاطاة المقصود بها البيع اما يشملها دليل صحة البيع واما لا يشملها اما على الاول فلا بد من ترتب الاثر المترتب على البيع وأما على الثاني فلا وجه لما افيد لعدم الدليل عليه.

القول السابع: ان المعاطاة كالبيع اللفظي بلافرق بين المقامين بتقريب أن المعاطاة المقصود بها البيع من مصاديق البيع فتكون كالبيع اللفظي مشمولاً لدليل الامضاء وهذا القول موافق مع القاعدة فلا بد من الالتزام به.

اذا عرفت ما تقدم نقول يمكن الاستدلال على كون المعاطاة مفيدة للملكية كالبيع بوجوه.

الوجه الاول: السيرة المستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام فانه لا اشكال في تحقق السيرة المذكورة ان قلت: ان السيرة المشار اليها ناشية عن قلة المبالاة بالدين قلت: ليس الامر كذلك فان السيرة جارية بين جميع الطبقات من المتدينين والعلماء وهذه السيرة مستمرة الى زمانهم عليهم السلام.

ان قلت: الاجماع المدعى على أن المعاطاة لا تفيد الملك بل تفيد اباحة التصرف رادع للسيرة قلت: لم يقدح الاجماع تعبيدي فان أقوالهم مختلفة مضافاً الى أن الاجماع على فرض تحققه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعاً به.

الوجه الثاني: قوله تعالى «قالوا انما البيع مثل الربوا واحل الله البيع وحرم الربوا»<sup>(١)</sup>.

ويمكن الاستدلال بالاية الشريفة بنحوين: أحدهما: ان الاية الشريفة تدل على امضاء المعاطاة بالدلالة المطابقة فان الحل في اللغة بمعنى الاطلاق والارسال وهذا المعنى يناسب التكليف والوضع كليهما فان المستفاد من الاية الشريفة ان البيع مطلق ومرسل لاحرمته فيه ويناسب الحلية الوضعية والتكليفية كليهما.

وبعبارة اخرى: يراد من الكلمة الاطلاق على نحو الاطلاق



فلا يتوجه الاعتراض بأن استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد خلاف القاعدة الاولى.

وان ابيت عن ذلك نقول: لاشكال في أن المراد من الاية الحلية الوضعية فان جواز الاعتبار النفساني بمبرز لفظي أو قولي كما لاشكال فيه وغير قابل للذكر فيكون المراد الحلية الوضعية. وبعبارة واضحة: يكون المولى في مقام جعل القانون للناس في معاملاتهم فلا يناسب بيان التكليف فقط بل اللازم بيان الوضع. فلاشكال في تمامية الاستدلال بالاية.

ثانيهما: ان الحل تعلق بالتصرفات الواقعة بعد البيع. وبعبارة واضحة: ان الاستفادة من قوله تعالى حرم الربا، حرمة الربا تكليفاً فيناسب أن المراد من الحلية المتعلقة بالبيع الحلية التكليفية وحيث ان الحلية التكليفية بالنسبة الى نفس الانشاء أمر غير قابل للذكر كما سبق يكون المراد تحليل التصرفات الواقعة في المأخوذ بالمعاطاة فتدل الاية الشريفة على خصوص الملكية بالمعاطاة بالدلالة الالتزامية فان حلية التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك يستلزم عقلاً تحقق الملكية بالمعاطاة.

ويمكن أن يرد على التقريب المذكور بأن حلية التصرف لاتدل على تحقق الملكية من اول الامر بل يكفى تحققها حين وقوع التصرف.

وربما يقال: ان جواز التصرف ثابت من اول الامر فيدل على تحقق الملكية من زمان حدوث البيع.

ويجاب عن التقريب المذكور ان جواز التصرف لا يستلزم تحقق الملكية بل المستلزم لها وقوع التصرف خارجاً.

ان قلت: الحكم لا يمين موضوع نفسه وبعبارة اخرى: الحكم

لا يتعرض لموضوعه وجوداً وعدمياً بل نسبة الموضوع الى الحكم نسبة الشرط الى المشروط فكيف يمكن أن يستفاد من جواز التصرف حصول الملكية؟

بل يمكن أن يقال: ان دليل التوقف يخصص دليل جواز التصرف قلت: ان الحكم لا يتعرض لموضوعه وهذا صحيح ولا اشكال فيه لكن ندعي ان دليل جواز مطلق التصرف وعمومه يكشف عن حصول الملكية ومع كشف حصول الملكية لامجال لتقريب التخصيص فان دليل الكشف وارد على دليل اشتراط التصرف الكذائي بالملكية فان المفروض تحقق الملكية غاية لامر لا دليل على حصول الملكية من اول الامر.

ويمكن اثبات حصول الملكية من اول الامر بتقريب آخر وهو ان المستفاد من قوله تعالى «احل الله البيع» جواز التصرفات المرتبة على البيع وان شئت قلت: العرف يفهم من هذه الجملة ان الشارع الاقدس جعل البيع على ما هو عليه عند الناس فبالظهور العرفي يتم الامر.

مضافاً الى أنه لو تم هذا الاشكال يعم العقد اللفظي ولا يختص الاشكال بخصوص العاطاة والذي يهون الخطب ان الاية الشريفة تدل على المدعى بالمطابقة فلا تصل النوبة الى التقريب الاخر. فلاحظ.

الوجه الثالث: قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»<sup>١</sup> فان المراد من الاكل في الاية الشريفة التملك وعليه اما يكون الاستثناء الواقع في الاية الشريفة متصلاً واما يكون منقطعاً أما على الاول فتدل الاية

على عدم جواز تملك مال الغير باي سبب من الاسباب لكون الاسباب كلها باطلة الا التجارة عن تراض فان المستفاد من الاية ان السبب الوحيد الشرعي لتمكنك مال الغير عبارة عن التجارة عن تراض وحيث ان المعاظة مصداق للتجارة عن تراض يحكم بصحتها.

وعن صاحب البلغة: ان الاستثناء الواقع في الاية اذا كان متصلا يلزم اما النسخ واما التخصيص المستهجن اذ لا ينحصر جواز التملك بالتجارة عن تراض فانه يجوز تملك مال الغير بالهبة والوصية والوقف والصدقة واروش الجنایات والاباحة وغيرها من النواقل الشرعية.

والجواب عن الاشكال المذكور ان جملة من النواقل داخله تحت عنوان التجارة عن تراض كالاجارة والهبة والصدقة ونحوها والباقي لا يصل الى حد يوجب تخصيص الاكثر المستهجن.

مضافاً الى أن الموضوع الذي جعل مستثنى منه عنوان التملك وجملة من الاسباب خارجة عن العنوان المذكور كالارث والزكوات والاخماس والوقوف والوصية التمليلية على احد الوجهين.

وصفة القول: انه على القول بالاتصال يستفاد حصر السبب في التجارة وأما على فرض كون الاستثناء منفصلاً فإيضاً تدل الاية على الحصر وذلك لان المستفاد من الاية ان الشارع الاقدس في مقام بيان تميز السبب الصحيح عن السبب الباطل فبإطلاق المقامي يتم الامر.

وبعبارة اخرى: على القول بالانقطاع لا دلالة في الاية على الحصر ولكن حيث ان المقام مقام بيان الضابطة فاهمال بعض الاسباب وعدم التعرض له يخل بالبيان فبمقتضى الإطلاق المقامي يتم تقريب الحصر فعلى كلا التقديرين يستفاد من الاية الشريفة حصر السبب المملك

شرعاً في التجارة عن تراض وحيث ان المعاطاء مصداق للتجارة عن تراض يتم الاستدلال.

ولكن في المقام شبهة وهي ان اثبات كون التجارة أعم من البيع مشكل قال في أقرب الموارد: «تجر تجراً وتجارة باع واشترى» الى أن يقول «التاجر الذي يبيع ويشترى» فانه يستفاد من كلامه اختصاص مفهوم التجارة بخصوص البيع والشراء.

وقال في المنجد: «التجارة البيع والشراء» وهذه العبارة ايضاً تدل على ترادف التجارة مع البيع ويدل على الاختصاص ايضاً حديث تحف العقول<sup>١</sup> فان عنوان المكاسب جعل في هذه الرواية مقسماً للاقسام وجعلت اقسامه اربعة الولاية والتجارة والصناعة والاجارة فيعلم ان التجارة من اقسام المكاسب ولا يكون لفظ التجارة مرادفاً للمكاسب وايضاً يعلم ان الاجارة قسيم للتجارة كما ان الصناعة كذلك وفسرت التجارة في الحديث بقوله عليه السلام وأما تفسير التجارات في جميع البيوع الخ فيعلم ان التجارة عبارة عن البيع فاذا علمنا ما ذكر ان التجارة عبارة عن البيع فهو والا فلا قل من الشك ولا طريق الى اثبات كون التجارة أعم من البيع.

ومع الشك يكون مقتضى الاستصحاب عدم عمومية المفهوم فلا مجال للاخذ بعنوان التجارة عن تراض المذكور في الآية الشريفة لاثبات صحة غير البيع بتقريب: انه تجارة عن تراض فيحل اكل مال الغير بها فانه قد ظهر مما ذكرنا ان صدق التجارة على غير البيع مشكوك فيه وعليه يستفاد من الآية الشريفة انحصار جواز تملك مال الغير بالتجارة عن تراض.

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

ان قلت يستفاد من قوله تعالى «رجال لاتلمههم تجارة ولا بيع عن ذكر الله»<sup>١</sup>، ان البيع غير التجارة فانه عطف لفظ البيع على التجارة وحمل العطف على التفسيرى خلاف الظاهر قلت: الامر كما ذكرت فان الظاهر من الاية ان البيع يغاير التجارة ولو بكونه اخص منه ولكن لابد من رفع اليد عن الظهور المذكور بتصريح اهل اللغة وبحديث تحف العقول بالتقريب الذي ذكرنا.

اضف الى ذلك ان غاية ما في الباب ان لفظ التجارة استعمل في الاعم من البيع كى لا يلزم كون العطف تفسيرياً لكن الاستعمال أعم من الحقيقة واصالة الحقيقة لاتكون اصلاً تعبدياً كى يقال: ان مقتضى اصالة الحقيقة ان الموضوع له للفظ التجارة أعم من البيع.

فالنسبة انه لادليل على تغاير اللفظين من حيث المعنى بل يمكن أن يقال انه يتبادر من لفظ التجارة البيع ومقتضى الاستصحاب القهقري كون لفظ التجارة مرادفاً للبيع في زمان الصادقين عليهما السلام.

ان قلت: على فرض اختصاص عنوان التجارة بالبيع يلزم تخصيص الاكثر فانه يحل اكل مال الغير بالاتهاب والاجارة والصلح والقرض الى غيرها من الاسباب المملكة.

قلت يبقى تحت العام جميع التملكات الحاصلة بسبب العقود الفاسدة بالبيع الفرري أو الربوي وبانواع القمار والمنازعة والملامسة والغارة والنهب وعلى الجملة كل سبب موجب لملك مال الغير اذا لم يكن تجارة عن تراض مع اجتماع الشرائط المقررة يكون باطلا الا موارد خاصة مع الشرائط المقررة ولا يلزم تخصيص الاكثر المستهجن.

الوجه الرابع: قوله تعالى «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»<sup>١</sup> فان مقتضى عموم الآية وجوب الوفاء بكل عقد والمعاطاة من العقود ووجوب الوفاء يستلزم صحة ذلك العقد فتكون المعاطاة صحيحة شرعاً بمقتضى الآية الشريفة.

وفيه: ان وجوب الوفاء المستفاد من الآية ليس وجوباً تكليفاً اذ من الظاهر ان الفسخ ليس محرماً شرعاً فيكون مفاد الآية ارشاداً الى اللزوم وعليه نقول: الاهمال غير معقول في الواقع فالعقد الذي حكم بلزومه اما يكون خصوص الصحيح أو الاعم منه ومن الفاسد أو خصوص الفاسد لاسبيل الى الثاني والثالث فيكون الشق الاول متعيناً فيلزم فرض العقد صحيحاً كي يترتب عليه اللزوم وكون المعاطاة من العقود الصحيحة اول الكلام.

وعلى الجملة الآية الشريفة لا يمكن جعلها دليلاً على صحة العقود بل الآية دليل على لزوم العقد الذي فرض كونه صحيحاً في الرتبة السابقة.

الوجه الخامس: قوله صلى الله عليه وآله ان الناس مسيطون على أموالهم<sup>٢</sup> وتقريب الاستدلال بالحديث ان المستفاد منه ان كل احد مسلط على أن يتصرف في ماله ومقتضى اطلاق التصرف عدم الفرق بين التصرف الخارجى والتصرف الاعتبارى والمعاطاة تصرف اعتبارى في المال فيجوز ويصح بمقتضى الحديث المزبور.

ويرد عليه: اولاً ان الحديث ضعيف سنداً فلا يكون قابلاً للاستناد اليه.

(١) المائدة/١.

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٧.

ان قلت: ان المشهور عملوا بالخبر وعمل المشهور بالخبر الضعيف جابر لضعفه قلت: عمل المشهور به غير معلوم بل المشهور صحة المعاطاة وهذا اعم من العمل بالخبر اذ دليل صحة المعاطاة غير منحصر في الحديث المشار اليه مضافاً الى ان عمل المشهور لا يكون جابراً لضعف الخبر كما قلنا مراراً والمعجب من البناء على عدم حجية الشهرة الفتوائية والالتزام بكونها جابرة للخبر الضعيف والحال ان ضم غير حجة الى مثله لا يترتب عليه الاثر هذا اولاً.

وثانياً انه قيل في المراد من الحديث وجوه: الوجه الاول: أن يكون المراد منه تجويز كل تصرف على نحو الاطلاق خارجياً كان أو اعتبارياً أى يكون المراد من الحديث تجويز كل تصرف في المال كما وكيفاً وبعبارة واضحة: يكون الحديث في مقام تشريع كل تصرف ففي كل مورد شككنا في جواز تصرف يكون جازياً بمقتضى الحديث. وفيه ان لازم هذا القول تحليل جملة من المحرمات كأكل الميتة مثلاً وأمثاله بأن نقول بين هذه الرواية وادلة المحرمات عموم من وجه وفي مورد الاجتماع يتعارض الدليلان فان قلنا بالتساقط يكون المرجع بعده أصل البرائة وان قلنا بلزوم اجراء قانون باب التعادل والترجيح يلزم رعاية اجراء ذلك القانون وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا.

الوجه الثاني: أن يكون المراد من الحديث بيان الكمية فقط بأن نقول لو شك في جواز العقد الفلاني كعقد السرقلية أو التأمين يستدل على الجواز بالحديث وأما من حيث الكيفية فلا يكون الحديث في مقام بيان حكمها وهذا الوجه ايضاً مردود اذ لازمه أن يكون الحديث في مقام التشريع.

الوجه الثالث: أن يكون المراد من الحديث ان الناس مسلطون

على أن يتصرفوا في أموالهم على الطرق الشرعية ولا يكون الحديث مشرعاً فعلى جميع التقادير لا يترتب أثر على الحديث ولا يستفاد منه المدعى أما على التقدير الاول والثاني فلما تقدم وأما على التقدير الثالث فلان الجواز متوقف على احراز مشروعيته في الرتبة السابقة فان المستفاد من الحديث ان التصرفات التي تكون جائزة في الشرع لا يكون الناس محجورين في تلك التصرفات.

الوجه السادس: اطلاق بعض ادلة الاجارة والهبة فان تلك الاطلاقات تقتضي صحة المعاطاة في الهبة والاجارة وبعدم القول بالفصل يثبت المدعى في بقية العقود أو بالاجماع المركب. وفيه انه قد ثبت في الاصول عدم حجية الاجماع المحصل فكيف بالمنقول والذي يهون الخطب ان ما تقدم من الوجوه كافية لاثبات المدعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه...»

يظهر من هذه العبارة ان محل الكلام مورد عدم قصد البيع اذ مع قصد البيع يحصل قصد التمليك من قبل البائع ويحصل قصد التملك من قبل المشتري.

«قوله قدس سره: ولا ينافي ذلك قوله وليس هذا من العقود

الفاصلة...»

لا يبعد أن يكون نظره في وجه عدم التنافي الى أن العقد الفاسد لا يترتب عليه اثر وفي المقام المفروض انه تترتب عليه الاباحة فلاحظ.

«قوله قدس سره: على التأويل الاخر...»

لعل المراد بالتأويل الاخر عدم تحقق العقد اللفظي والتأويل



الاول لزوم الفرر.

«قوله قدس سره: فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى

يده...»

نفرض انه لو كان كتاب زيد فى يد بكر وعباء بكر فى يد زيد فتلف كتاب زيد فى يد بكر يصير العباء ملكاً لزيد. وكيف تتحقق الملكية لزيد أى كيف يصير العباء ملكاً لزيد بتلف ملكه فى يده بكر والظاهر ان العبارة غير وافية بالمراد.

«قوله قدس سره: ومن منع فقد أغرب...»

لعل المراد ان من منع عن الوطىء فقد أغرب.

«قوله قدس سره: لكنه محل تأمل...»

لعل وجه التأمل ان الظاهر من كلمة احل الواقعة فى الاية الشريفة الحكم التكليفي فلا يستفاد الحكم الوضعي منها لكن قد سبق منا انه لا مانع من ارادة الحكم الوضعي من كلمة الاحلال وقلنا تدل الاية على الجواز الوضعي والتكليفي بالمطابقة ولولاه لا يتم الامر اذ جواز البيع تكليفاً لا يستلزم الصحة الوضعية ولذا نقول لا اشكال فى جواز بيع مال الغير تكليفاً مع عدم جوازه وضعياً الا أن يقال: حيث ان الشارع الاقدس فى مقام جعل القانون والضابطة يفهم من حكمه بحلية البيع تكليفاً ان المقصود انفاذ البيع ايضاً فلا حظ.

«قوله قدس سره: ولذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على

القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة المجردة مع فرض

قصد المتعاطيين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة»

أى يلزم تأسيس قواعد جديدة فى جملة من الموارد المورد الاول:

ان العقود تابعة للمقصود فاذا قلنا ان المعاطاة لاتفيد الملك وتفيد الاباحة يلزم أن لا يكون العقد تابعاً للمقصد فان المفروض ان المتعاملين قصدا الملكية والمترتب على معاملتهما الاباحة.

واجاب الماتن عن الاشكال الاول بجوابين احدهما: ان القائل بالاباحة في المعاطاة لا يرى المعاطاة من العقود ولا من القائم مقامها وبعبارة اخرى: تبعية العقد للمقصد باعتبار ان صحة العقد معناها ترتب ذلك الاثر المقصود على ذلك العقد فالتخلف غير معقول وأما في المعاطاة فليس الامر كذلك فان المعاطاة على ذلك المسلك لاتكون عقداً ولا قائماً مقامه والشارع الاقدس لا يرى المعاطاة مؤثرة في الملكية وانما رتب عليها الاباحة في الاشكال المذكور غير وارد على كلام القائل بالاباحة.

ثانيهما: ان تخلف العقد عن المقصد في الشريعة المقدسة له مواضع منها: ان العقد الفاسد عندهم يوجب ضمان كل من العوضين بالقيمة والحال ان المقصود ضمان كل من العوضين بالآخر وعلى الجملة انهم اطبقوا على أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقالوا بأن العقد الفاسد يوجب ضمان القيمة فالنتيجة ان العقد لم يتبع المقصد لان المقصود ضمان كل من العوضين بالآخر والحكم الشرعي الضمان بالقيمة.

ان قلت: المدرك للضمان بالقيمة قاعدة اليد قلت: قد عطفت القاعدة في كلام بعضهم على الوجه الاول وهو اقسامها على الضمان فالمقصود قسم خاص من الضمان ولكن المترتب عليه قسم آخر منه. اقول على فرض كون المدرك قاعدة اليد يتم النقص ايضاً على كلام بعض الاساطين أي كاشف الغطاء فان المدعى تخلف العقد عن المقصد وفي مورد العقد الفاسد تخلف العقد عن المقصد.

لكن الذي يهون الخطب ان عدم التخلف وتبعية العقد للقصد لا يكون من القواعد العقلية التي لا تكون قابلة للتخصيص بل المراد من هذه القاعدة ان الشارع لو أمضى عقداً فلانياً يترتب عليه ذلك الغرض وهذا يحتاج الى دليل الامضاء وأما اذا فرض عدم امضاء الشارع ذلك العقد فاما يترتب عليه اثر آخر واما لا يترتب أما على الاول فيترتب عليه ذلك الاثر الاخر بمقتضى دليله وأما على الثاني فلا يترتب عليه اثر ويكون فاسداً على الاطلاق وعلى كل تقدير لا يتوجه اشكال فان الاحكام الشرعية تكليفية أو وضعية وجودية كانت أو عدمية تابعة للدالة فلا حظ

ومنها: انهم قائلون بان الشرط الفاسد لا يفسد العقد والحال ان مقصود المتعاملين تحقق العقد مع ذلك الشرط فلم يتبع العقد القصد نعم لوقلنا بفساد العقد رأساً كما عليه بعض لم تنتقض القاعدة .

وقال سيدنا الاستاد 'مامضونه تارة يكون الشرط شرطاً لاصل العقد والانشاء كما لو قال لوجاء زيد من السفر بعتك والالم ابع واخرى يكون الشرط شرطاً للالتزام آخر غير الالتزام باصل العقد أما على الاول فالعقد باطل من رأسه للاجماع على بطلان التعليق بلا فرق بين كون الشرط صحيحاً أو فاسداً وأما على الثاني فلم تنتقض القاعدة ولو قلنا بصحة العقد وفساد الشرط..

اقول: الشرط اذا كان لاصل العقد وكان وجود الشرط محرزاً لا يكون العقد باطلاً مثلاً لو قال بعتك ان كان هذا اليوم الجمعة والمتعاملان يعلمان بكون اليوم يوم الجمعة لا يكون التعليق مبطلاً. وعلى الجملة: كون التعليق مبطلاً لا يكون بحكم العقل كي لا يكون

قابلاً للتخصيص بل بالاجماع والاجماع دليل لبي يقتصر فيه بالمقدار المتيقن والقدر المتيقن منه مورد الشك وأما مع العلم بتحقيق المعلق عليه لا يبطل وعليه نقول اذا علق العقد على شرط فعل كما لو قال بعتك بشرط أن تخطط ثوبي يكون العقد صحيحاً فان البيع لا يكون معلقاً على الخياطة الخارجية بل يكون معلقاً على عزم الطرف على الخياطة والمفروض ان عزمه على الخياطة امر محرز ولو من باب كون الظهور حجة.

وبعبارة اخرى: المعلق عليه عزمه على الفعل بالفعل ولو لم يعمل بعد ولذا يكون العقد صحيحاً ولو لم يخط بعد غاية الامر التخلف يقتضي الخيار بالجعل الاخر فعلى هذا نقول لو قال بعتك بشرط أن تشرب الخمر وقبل المشتري البيع على الشرط المذكور يصح العقد ويبطل الشرط لكونه خلاف الشرع فطبعاً تكون القاعدة منقوضة فما افاده الشيخ من انتقاض القاعدة تام لكن لا يترتب عليه محذور فان مقتضى الجمع بين القواعد المستفادة من الشرع هكذا.

ومنها: بيع ما يملك وما لا يملك معاً فانهم قائلون بالصحة مع ان العقد لم يتبع القصد فان المقصود ببيع المجموع والحال ان الصحة تختص بما يملك.

واجاب عنه سيدنا الاستاد: بأن البيع فيما هو محل الكلام وان كان واحداً صورة ولكن يكون متعدداً في الحقيقة غاية الامر احد البيعين منجز والاخر معلق على اجازة المالك فلم تنقض القاعدة. وفيه اولاً: انه لو كان البيع متعدداً يلزم ان يتعلق بكل واحد منهما خيار مستقل وهل يمكن الالتزام بالخيار المتعدد بتعدد البيع بالانحلال؟

وثانياً: ان حكم الامثال واحد فاذا باع احد داره بالف دينار مثلاً

فعلى مبنى الانحلال يلزم أن يتحقق بيوع غير متناهية لاستحالة الجزء الذي لا يتجزى وهل يمكن الالتزام به؟ مضافاً الى أنه كيف يتحقق في مورد بيع ما يملك وما لا يملك بيعان فانه على هذا المبنى كل جزء تعلق به البيع فلا يكون البيع منحلأ الى بيعين بل الى بيع غير متناهية. والحق أن يقال: ان البيع في أمثال المقام بيع واحد ومقتضى القاعدة الاولى بطلانه اذ المجموع من حيث المجموع لا يشمل دليل الامضاء لكونه مقارناً مع المانع وأما صحة الجزء بما هو جزء فلا يمكن أن يشمل دليل الامضاء اذ ليس بيعاً مستقلاً نعم بمقتضى النص الخاص يمكن الالتزام بالتبعية بالالتزام بالصحة في البعض دون البعض الاخر وتعرض ان شاء الله لجهات المسألة عند تعرض المصنف فانتظر وعلى الجملة الحق ان البيع الواقع على المركب بيع واحد ومقتضى القاعدة الاولى هو البطلان ولكن بناء الاصحاب على التفكيك والحكم بالصحة فيما يملك فطبعاً تكون القاعدة منقوضة فلاحظ.

ومنها: مالو باع الفاصب مال الغير لنفسه فاجازه المالك يقع البيع للمالك فلم يتبع العقد القصد اذ القصد كان لنفسه والعقد يقع للمالك فالقاعدة منقوضة.

وأجاب عنه سيدنا الاستاد: بأن البيع تبديل عين بم عوض وقصد وقوعه عن المالك أو عن البايع خارج عن حدود البيع فلا يكون نقضاً للقاعدة.

وفيه ان القاعدة عبارة عن تبعية العقد للقصد ومعناه ان العقد يكون على طبق القصد طابق النحل بالنحل والمفروض ان الفاصب قصد تملك الثمن لنفسه ودليل الامضاء لم يعض العقد على طبق القصد فالنقض وارد.

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة أن يقال: تارة يقصد الغاصب البيع عن المالك ويدعي انه مالك وفي هذه الصورة اذا أجاز المالك يقع البيع للمالك بلا توجه النقص اذ المفروض ان البيع وقع عن المالك غاية الامر الغاصب يدعي المالكية ودعوى الغاصب لا تؤثر في الواقع واخرى يبيع لنفسه بمعنى انه يقصد خروج المبيع عن كيس المالك ودخول الثمن في كيس نفسه ثم أجاز المالك العقد الفضولي على ما وقع عليه فان قلنا بأنه لا مانع عن بيع العين بم عوض بقصد دخول العوض في كيس غير المالك يصح العقد بالاجازة لما قرر في محله من صحة العقد الفضولي بالاجازة وان قلنا بعدم الجواز وعدم صحة قصد دخول العوض في كيس غير البائع لا يكون العقد صحيحاً. وثالثة يبيع لنفسه بمعنى انه يقصد خروج المبيع عن كيسه ودخول العوض في كيسه فاجاز المالك العقد الواقع بهذا النحو والظاهر فساد له لعدم دليل على صحته وعلى جميع التقادير لا تنقض القاعدة وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر.

ومنها: انه لو نسي ذكر الاجل في المتعة يصير العقد عقد دائم فالحق لم يتبع القصد فان المقصود الانقطاع والذي وقع عقد دائم.

ويمكن أن يقال: ان العاقد تارة يكون بنائه على الانقطاع لكن نسي أو غفل عن البناء المذكور وحين العقد يقصد الدوام واخرى يقصد الانقطاع لكن لا يذكر المدة غفلة أو نسياناً أو عمداً أما على الاول فلا يلزم الانتقاض اذ المفروض انه قصد الدوام فالحق على طبق القصد وأما على الثاني فالحق باطل لتقوم الانقطاع بذكر الاجل وعلى كلا التقديرين لا يلزم الانتقاض وتبرئنا للفرع في كتاب النكاح من كتابنا «مباني منهاج الصالحين» فراجع ما ذكرناه هناك.

المورد الثانى: الالتزام بكون ارادة التصرف أو نفس التصرف من المملكات فانه لو قلنا بأن المعاطاة لاتكون مملكة والمأخوذ بالمعاطاة مباح للاخذ وانما المملك ارادة التصرف أو نفس التصرف والحال ان المالك لم يخطر بباله التصرف في ماله ولم يأذن فيه بل قصد التمليك فالالتزام بكون الارادة أو التصرف مملكة أمر جديد وقاعدة جديدة تأسيسية.

وأجاب الماتن عن الاشكال المزبور بأن الجمع بين الادلة يقتضى ذلك فانه لو لم تكن المعاطاة مشمولة لدليل صحة البيع يكون مقتضى الاصل بقاء العين في ملك مالكة ومن ناحية اخرى علمنا من الشرع جواز جميع التصرفات حتى التصرف الموقوف على الملك للاخذ بالمعاطاة فنلتزم بكون الارادة أو التصرف موجباً لتحقيق الملكية ومع قيام دليل شرعي على الحكم لاوجه للاستبعاد.

اقول: أما كون التصرف مملكاً فلا محصل له اذ المفروض توقف جواز التصرف على الملكية وبعبارة اخرى: رتبة الملكية مقدمة على الحكم فكيف يمكن أن يكون التصرف مؤثراً في وجود ما يكون متقدماً عليه بالرتبة.

وان شئت قلت: التصرف الخارجي يتوقف على كون المتصرف فيه ملكاً والحال ان الملك لا يحصل الا بالتصرف فالتصرف متوقف على الملك والملك متوقف على التصرف وهذا دور وأما كون ارادة التصرف مملكة فايضاً لاملزم له و لا دليل عليه بل مقتضى الجمع بين الادلة الالتزام بتحقيق الملكية قبل التصرف الذي يتوقف على الملك أنا ما وكذا فى مورد اتلاف الاخذ ما في يده فانه قبل تلف العين بتحقيق الملكية أنا ما كي يتحقق الضمان بالمسمى وهذا الذي نقول نغليظ تصرف ذي الخيار والواهب في العين التي باعها أو وهبها ان

قلنا بجواز تصرفهما في العين تصرفاً موقوفاً على الملك .  
 المورد الثالث: انه لو قلنا يكون المعاطاة التي يراد بها الملك  
 مفيداً للإباحة وبقاء العين في ملك مالئها تلزم مخالفة جملة من  
 الاصول المسلّمة في الفقه .  
 منها: تعلق الاخماس بما في يد الاخذ مع ان الخمس لا يتعلق  
 الا بالملك .

واجاب الشيخ قدس سره بأن تعلق الخمس بغير المملوك مجرّد  
 استبعاد وانه لا مانع عنه ان قلت: يمكن دفع الاستبعاد المذكور بأن  
 السيرة قائمة على حصول الملكية بالمعاطاة فلا وجه للاستبعاد فان  
 تعلق الخمس بالملك أمر على القاعدة قلت: مرجع هذا البيان الى  
 الالتزام بأن المعاطاة تفيد الملك بمقتضى السيرة فيرجع الامر  
 بالاستدلال بالسيرة على كون المعاطاة مفيدة للملكية لا الاباحة .  
 اذا عرفت ما ذكرنا نقول: المستفاد من الادلة كتاباً وأوسنة واجماعاً  
 ان الخمس يتعلق بالملك فان قلنا ان المعاطاة لا تفيد الملك نلتزم  
 بعدم تعلق الخمس بالمأخوذ ولا يتوجه اشكال ولكنه مجرّد فرض اذ  
 قد ثبت بالادلة المتقدمة ان المعاطاة كالبيع اللفظي تفيد الملكية  
 فلاحظ .

ومنها: تعلق الزكاة بما لا يكون مملوكاً وبعبارة اخرى: اذا قلنا  
 ان المعاطاة لا تفيد الملكية ولم يوجد احد اسبابها وتمت شرائط  
 تعلق الزكاة بما أخذ بالمعاطاة والحال ان الزكاة تتعلق بالملك  
 فالالتزام بتعلق الزكاة بما اخذ بالمعاطاة التزام بتعلقها بغير الملك .  
 ويظهر الجواب في المقام مما ذكرناه في الخمس فانه ان قلنا  
 بأن المعاطاة لا تفيد الملك مع الالتزام بأن الزكاة تتعلق بالمملوك  
 نلتزم بعدم تعلق الزكاة بما اخذ بالمعاطاة ولكن قلنا ان الذي يهون



الخطب ان مقتضى الادلة عدم الفرق بين البيع اللفظي والمعاطاتي في أن كليهما يقتضيان الملك، وان قلنا ان المعاطاة من أقسام البيع فيترتب عليها ما يترتب على العقد اللفظي بلا فرق.

وأفاد سيدنا الاستاد - على ما في التقرير - كلاماً لامحصل له فانه دام ظله فصل بين المأخوذ بالمعاطاة بعد النصاب وبين ما يكون المتمم مأخوذاً بالمعاطاة فقال: أما اذا كان المأخوذ بالمعاطاة بعد النصاب فتعلق به الزكاة لاطلاق الادلة وأما اذا كان المتمم مأخوذاً بالمعاطاة فلا تتعلق الزكاة بتقريب: ان ما يكون مملوكاً لا يكون بعد النصاب وما اخذ بالمعاطاة لا يكون مملوكاً على الفرض فشرط تعلق الزكاة مفقود.

ويرد عليه: انه اذا فرض ان المأخوذ بالمعاطاة لا يكون مملوكاً كما هو المفروض فلا مجال للتمسك باطلاق دليل تعلق الزكاة فان الزكاة تتعلق بما يكون مملوكاً وان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك فلا فرق بين المتمم وغيره ولعله ناظر الى امر لم يخطر ببالي لقاصر الفاتر والله العالم.

ومنها: حصول الاستطاعة بما اخذ بالمعاطاة والحال ان الاستطاعة تتوقف على كون المكلف مالكاً لمؤنة الحج.

والجواب: انه لا يبعد ان يستفاد من الادلة حتى من اطلاق قوله تعالى «ولله على الناس حج البيت الاية» انه يصدق المستطيع على من يكون في امكانه أن يحج وبعبارة اخرى: من كان عنده مال مباح له التصرف فيه باي نحو من التصرف يصدق عليه عنوان الاستطاعة والمستطيع فوجوب الحج عليه على القاعدة.

ومنها: صدق عنوان الغني المانع عن اخذ الحقوق الشرعية على الاخذ والحال ان المباح له لا يكون مالكاً على الفرض.

والجواب عنه: انه ان قلنا بأن تحقق الغني وصدق عنوان الغني بالاباحة ولا يكون صدقة متوقفاً على خصوص كون الشخص مالكا فلا موضوع للاشكال وان قلنا ان المباح له فقير ولا توجب الاباحة سلب عنوان الفقير عنه نلتزم بجواز الاخذ فلا اشكال ايضاً.

ومنها: تعلق حق الشفعة بما اخذ بالمعاطاة والحال ان حق الشفعة عبارة عن أن الشريك له ان يخرج الحصة المباعة عن ملك المشتري ويدخلها في ملكه.

والجواب: انه ان قلنا بأن المعاطاة لاتفيد الملك لايثبت حق الشفعة.

وعن صاحب الكفاية ثبوت الحق بالمعاطاة ولو على القول بكونها مفيدة للاباحة لان موضوعه البيع والمفروض تحققه.

ويرد عليه: انه ان فرض صدق البيع على المعاطاة فلا وجه لعدم تحقق الملكية وان لم يصدق فلا موضوع للتقريب المذكور فلا حظ.

الا أن يقال: انه لا اشكال في صدق عنوان البيع عليها لكن حيث ان الاجماع قائم على عدم افادتها الملكية نلتزم بالاباحة ولكن مع ذلك نقول: يجري فيها حق الشفعة لصدق البيع عليها فيشملة دليل حق الشفعة والله العالم.

ومنها: ان القول بالاباحة يستلزم جريان الربا في المباحات. وفيه انه ان قلنا بأن المعاطاة يبيع فلازمه بطلانه اذا كانت ربوية ولازم البطلان عدم ترتب اثر عليه وان قلنا انها لاتكون بيعاً فان قلنا بجريان أحكام الربا في كل معاملة فالكلام هو الكلام وان لم نقل به لانتلزم بجريان الربا فيها.

ومنها: ان القول بالاباحة يستلزم ترتب الارث على المباحات مع عدم كونها مملوكة للاخذ.

وأجاب عن هذا سيدنا الاستاد بأن موضوع الارث ما تركه الميت والمباح مما تركه الميت ولا تكون للملكية موضوعية.

وما أفاده غريب فان المال المباح لا يكون مما تركه الميت بل ملك لمالكه والمقصود مما ترك مملوكاته لا أموال الناس والحق في الجواب ان يقال: انه ان قلنا بأن موت احد المتعاملين يلزم المعاطاة يتم الامر اذ يموت الاخذ تتبدل الاباحة بالملكية فيرتفع الاشكال ولا موضوع للاستبعاد.

ومنها: تعلق حق المقاسمة والمفازة بالمباح. والجواب انه ان قلنا بأن حق المقاسمة يتعلق بمن يجوز له التصرف ولو كان بالاباحة فلا يتوجه اشكال من هذه الجهة كما هو ظاهر.

ومنها: تعلق حق المقاصة بغير الملك والجواب انه على القول بكون المعاطاة مفيدة للاباحة لا الملك نلتزم بعدم جواز المقاصة من المال المأخوذ بالمعاطاة

ومنها: تعلق حق النفقات بغير المملوك والجواب انه اذا كان التصرف في المأخوذ جازياً للاخذ فيجب عليه أن يعطي نفقة من تجب عليه نفقته.

ومنها: تعلق الدين بغير المملوك. وفيه ان كان المراد حق الديان يوجب حجب الاخذ فلا دليل عليه لان المفلس يحجر عن التصرف في مملوكه وان كان المراد انه يجب عليه اداء دينه فيمكن أن يكون ما ذكر على القاعدة اذ بعد جواز التصرف في المال يجب عليه اداء ما يجب عليه.

مضافاً الى أن مثل هذه التصرفات يوجب خروج العين عن ملك

المالك الاصلي ودخوله في ملك الاخذ.  
ومنها: جواز الوصية في المباح. وفيه: ان الوصية تؤثر بعد الموت وبالموت ينتقل المال اليه فمادام حياً لا اثر للوصية واذا مات فالمال يصير ملكاً له فلاموضوع للاشكال.

«قوله قدس سره: ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع اليها...».

يمكن أن يكون المراد من العبارة انه لو دفع احداً الاستبعاد المذكور بالسيرة بأن يقول: لوجه للاستبعاد المذكور فان السيرة جارية على الامور المذكورة نقول: مرجع هذا الكلام الى الرجوع الى السيرة والعمل بها واذا رجعنا اليها نلتزم بكون المعاطاة مفيدة للملكية فلاموضوع للاستبعاد المذكور فلاحظ.

المورد الرابع: انه لو قلنا بعدم كون المعاطاة مملكة وقلنا انها مفيدة للاباحة يلزم كون التصرف من أحد الطرفين ملكاً للطرف الاخر فانه لا قائل بكون التصرف الصادر من احد مملكاً للآخر مضافاً الى أن استناد تحقق الملكية الى التصرف غريب.

والجواب انه لو اقتضى الجمع بين الادلة نلتزم بمقتضاه ولاغرابية بعد تمامية المقتضى وعدم المانع فانه استفيد من الشرع ان الوطيء يلزم أن يكون في الملك مثلاً ومن ناحية اخرى لا يمكن الجمع بين العوض والمعوض فلو اشترى احداً بالمعاطاة بفرش ثم وطئها يلزم أن تدخل الامة في ملك المشتري كي يقع الوطي في الملك ولا بد من الالتزام بدخول الفرش في ملك بايع الامة والا يلزم الجمع بين العوض اي الفرش والمعوض اي الامة وهو غير ممكن.

المورد الخامس: ان القول بكون المعاطاة مفيدة للاباحة لا الملك يترتب عليه الالتزام بجملته من المفساد.

الاول: كون التلف من احد الطرفين ملكاً للطرف الاخر فانه لو

اشترى كتاباً بدرهم بالمعاطاة ثم تلف الكتاب بالتلف السماوي يلزم أن يكون تلف الكتاب مملكاً للدرهم وهو غريب وبعبارة اخرى: ان قلنا بأن الملكية تحصل بلاسبب فهو محال وان قلنا بأن تلف احدى العينين يوجب ملكية الاخرى فهو غريب.

الثاني: يلزم انه لو تلف كل من العوضين مع التفريط يكون التلف معيناً للمسمى بالنسبة الى الطرفين ولاحق في الرجوع الى المثل أو القيمة وهذا غريب ايضاً.

وبعبارة اخرى على القول بعدم الملكية في المعاطاة مقتضى القاعدة الرجوع الى المثل أو القيمة فالقول بضمان المسمى يستلزم الالتزام باحد الامرين وهما حصول الملكية بلاسبب أو حصولها بالتلف وكلاهما محذور.

الثالث: انه ان قلنا بأن من تلف عنده المال يملك التالف قبل التلف فتحقق الملكية قبل التلف ان كان بلاسبب يلزم المعلوم بلاعلة وان قلنا بأن التلف مملك يلزم تقدم المعلوم على علته وان قلنا يملكه حين التلف فان زمان التلف زمان انعدام الملكية لا زمان حدوثها.

مضافاً الى أنه لا موجب للالتزام بالملكية في زمان التلف وان قلنا بحصول الملكية بعد التلف يلزم تملك المعلوم وهو غير معقول مضافاً الى أنه لغو محض وان قلنا بعدم دخوله في ملك من تلف عنده يلزم تملك الطرف المقابل البديل بلاعوض وهو غريب ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاملين.

الرابع: انه اذا وضع الفاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف عنده فان قلنا بأن الفاصب ضامن للمباح له يلزم أن يكون الغصب

أو التلف عند الغاصب مملوكاً وهو غريب وإن قلنا بأنه ضامن للمبيع فهو غريب ومناف للسيرة الخارجية.

ويرد عليه أن الأحكام الشرعية لا ترتبط بالأمور الخارجية ولا مجال لأجراء الأحكام العقلية فيها فلامجال للاستدلال بعدم جواز تقدم المعلول على علته أو استحالة وجود شيء بلا علة أو غيرهما من المحاذير العقلية بل الأحكام الشرعية تابعة لادلتها فباي نحو استنفيد الحكم الشرعي من دليله يلتزم به.

وعلى هذا الأساس لانبالي بالاستبعادات المذكورة فكل أمر اقتضاه الدليل نحكم به لكن الذي يهون الخطب أنه لا وجه للالتزام بالاباحة كي تفتح الباب لهذه الأبحاث فلاحظ.

المورد السادس: أن التصرف أن جعلناه من النواقل القهرية فهو بعيد فإن تحقق الملكية بالتصرف الخالي عن قصد التملك أمر بعيد وإن قلنا بتوقفه على نية التملك فالواطيء للامة من غير نية التملك يكون واطئاً بالشبهة والجاني عليها والمتلف لها جان على مال الغير ومتلف له وهل يمكن الالتزام به؟

ومما ذكرنا آنفاً في الرد على المورد الخامس يظهر الجواب عما ذكر في المورد السادس فإنه لو اقتضى الجمع بين الأدلة نلتزم به ولا يترتب عليه اشكال.

المورد السابع: أن تصرف الاخذ في نماء العين المأخوذة بالمعاطاة هل يكون جازياً أم لا؟ أما الثاني فلا سبيل إليه إذ لا اشكال في جواز التصرف وأما الاول فما هو المجوز لجواز التصرف فإن قلنا بأن إذن المالك في التصرف يشمل التصرف في العين وفي نمائها يقال أن شموله للتصرف في النماء أمر خفي فإن المالك الاصيل لم يأذن الا في التصرف في نفس العين وإن قلنا بأن حدوث النماء مملوك

وعليه ان قلنا بأن حدوثه مملك لخصوص النماء فقط فهو بعيد اذ لا وجه للتفكيك خصوصاً فى النماء المتصل.

مضافاً الى عدم معهودية كون حدوث النماء من المملكات فى الشريعة المقدسة وان قلنا بأن حدوث النماء مملك للاصل والبناء اما بالاصالة فى كليهما واما بالاصالة بالنسبة الى العين وبالتبع بالنسبة الى النماء فهو غريب وينافى مع قولهم بعدم حصول الملك الا بعد التصرف المتوقع على الملك كالوطيء مثلاً.

وأجاب الشيخ قدس سره عن هذا المورد بجوابين الاول: ان النماء كالاصل لا يكون ملكاً للاخذ نعم يجوز له التصرف كما يجوز له التصرف فى الاصل.

الثانى: انه يمكن أن يكون اباحة التصرف فى العين موضوعاً لحكم الشارع بحدوث النماء فى ملك المباح له.

وأورد سيدنا الاستاد على كلا الوجهين أما الاول فلان المالك الاصلي اذا لم يأذن فى التصرف فى النماء فما وجه جوازه؟ وأما الثانى فلانه لا وجه لحدوث الملكية بعد عدم حصول مملك لاصله ولانمائيه ولا لهما.

وأفاد فى مقام الجواب عن الاشكال وجهين آخرين وقال: يجب ان الاشكال المذكور بهما على نحو المنفصلة الحقيقية.

الوجه الاول: ان الاذن فى التصرف فى شيء اذن فى التصرف فى توابعه عرفاً.

الوجه الثانى: ان المعاطاة بيع حقيقي ويراد بها التمليك كبقية موارد البيوع غاية الامر الاجماع قائم على عدم تحقق الملكية والقدر المتيقن من الاجماع ما قبل حدوث النماء فلا يشمل الاجماع بعده

فنرفع اليد عن مقتضى البيع بهذا المقدار وأما الزائد عليه فيبقى بحاله.

ويرد على الوجه الاول الذي أفاده ان المفروض ان المالك الاصلي لم يبيع التصرف بل ملك العين وربما لم يخطر بباله التصرف في العين كي يبيع أو لا يبيع مضافاً الى أنه يرى نفسه اجنبياً عن العين بعد البيع فلاموضوع للتقريب المذكور.

اضف الى ذلك ان كون الاذن في التصرف في عين اذن عرفاً في التصرف في توابعه اول الكلام والاشكال مثلاً لو اذن المالك أن يتصرف فلان في ناقته بأن يركبه هل يكون اذنًا في شرب لبنها أيضاً.

ويرد على الوجه الثاني ان المفروض ان المالك ملك العين من حين العقد والمفروض عدم تحقق ماقصده وبعبارة اخرى: قام الاجماع على تخلف العقد عن القصد فالالتزام بالملك من زمان حدوث النماء يحتاج الى الدليل وبيان آخر: المالك قصد خروج العين من ملكه من زمان العقد ومقصوده لم يحصل ولم تخرج العين عن ملكه ولا مقتضى لخروجها بعد ذلك فالالتزام به يحتاج الى قيام دليل عليه.

وعلى الجملة: ما افاده دام ظله في غاية الغرابة فالاولى أن يقال: اذا اقتضى الدليل نلتزم بمفاده والحكم الشرعي تابع لدليله ولا يكون للعقل سبيل الى الرد والایراد فيه.

المورد الثامن: قصر التملك على التصرف مستنداً الى اذن المالك في التملك فيلزم كون الاخذ بالمعاطاة موجباً وقابلاً مضافاً الى أن التصرف المأذون فيه يتحقق بالقبض فلاوجه لتأخر الملكية



عن زمان القبض بل القبض أولى بالتأثير لاقتترانه باذن المالك بخلاف غيره.

وفيه انه لامحذور في اتحاد الموجب والقابل مضافاً الى أنه مع اقتضاء الادلة نلتزم بأن التصرف بنفسه يقتضي الملكية كي لا يتوجه اشكال اتحاد الموجب والقابل وأما القبض فلامجال لقياسه بالتصرفات المملكة لان القبض لا يتوقف على كون المقبوض مملوكاً للقباض بخلاف الوطيء ونحوه فان الوطيء يتوقف على كون الموطوءة مملوكة للواطي فانه لا وطيء الا في ملك كما انه لا بيع الا في ملك.

«قوله قدس سره: أوفقها بالقواعد هو الاول...»

ان الماتن قدس سره بعد اختياره للزوم في المعاطاة استدل على مختاره بوجوه الوجه الاول: استصحاب الملكية بعد الفسخ فان مقتضاه بقاء الملكية بعد الفسخ.

ان قلت: لامجال للاستصحاب لان الامر دائر بين الفرد القصير الزائل بالفسخ والفرد الطويل الباقي بعد الفسخ ومقتضى الاستصحاب عدم تحقق الفرد الطويل. وان شئت قلت: ان كان الفرد الذي وجد في الخارج هو الفرد القصير فهو زائل بلا كلام وان كان هو الفرد الطويل فهو باق لكن حيث انه مشكوك الحدوث يجري فيه استصحاب عدم تحققه وعدم وجوده فمقتضى ضم الاصل الى الوجدان احراز هدم بقاء الملكية.

قلت: هذا التقريب غير تام فان الملكية لا تنقسم الى الجائزة واللازمة بل الجواز واللزوم من أحكام الملك لامن أنواعه. وبعبارة واضحة: الاستصحاب الذي مورد البحث في المقام الاستصحاب

الشخصي لا الاستصحاب الكلي.

ان قلت: نشك في بقاء العلقة للمالك الاول وعدمه ومقتضى الاستصحاب بقائها فله استرجاع العين بتلك العلاقة الباقية . قلت: لانتصور للمالك الاول علقة بالنسبة الى العين غير الملكية الزائلة بالبيع فلا موضوع لاستصحابها بل مقتضى الاستصحاب عدم تحقق العلقة غير العلقة الملكية الزائلة نعم يمكن ثبوت الخيار له بجعل الشارع ولكن الخيار على فرض وجوده حق جديد يحدث بعد البيع.

ان قلت: يمكن جريان الاستصحاب في حق الاسترجاع قلت: ظهر الجواب مما ذكرنا فان حق الاسترجاع ان كان فهو يحدث بعد البيع ومقتضى الاستصحاب عدم حدوثه وان شئت قلت: أن وجوده قبل البيع ايضاً مشكوك الحدوث ومقتضى الاستصحاب عدمه .

ان قلت: ان الملكية ذات مراتب وبعض مراتبها زال بالبيع وشك في بقاء بعضها الاخر ومقتضى الاستصحاب بقائه .

قلت: اولاً: لانتصور مراتب للملكية وثانياً: نسلّم كونها ذات مراتب ولكن نقول اعتبار كل مرتبة مغاير مع الاعتبار الاخر وان شئت قلت: كل مرتبة منها منوط باعتبار تلك المرتبة وبدون الاعتبار لا توجد والمفروض ارتفاع تلك المرتبة العليا واما غير تلك المرتبة فلا دليل على تحققها بل مقتضى الاستصحاب عدم تحققها .

ان قلت لا اشكال في انتفاء الملكية لكن السلطنة على المال وقدرته على التصرف في العين غير الملكية والاستصحاب يجري في بقاء تلك السلطنة .

قلت: هذه السلطنة موضوعها الملك فلا مجال لبقائها بعد

زوال الملك فلاحظ وعلى الجملة مقتضى الاستصحاب بقاء ذلك الملك الشخصي كبقية موارد الاستصحابات الشخصية.

ولو سلم ما ذكر من دوران الامر بين القصير والطويل نقول: لا مانع من جريان استصحاب الجامع بين الفردين فانه قد حقق في الاصول جريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلّي.

ان قلت: لامجال للاستصحاب الكلّي اذ امر الكلّي دائر بين مقطوع الانتفاء ومشكوك الحدوث وبعبارة اخرى: وجود الكلّي عين وجود الفرد والمفروض ان الفرد مردد بين مقطوع الزوال ومشكوك الحدوث.

قلت: الكلّي ليس عين الفرد بل الكلّي موجود بوجود الفرد وبعبارة اخرى: الفرد والكلّي كلاهما موجودان في الخارج وحيث نقطع بتحقيق الكلّي في الخارج ونشك في بقاءه وزواله يكون موضوع الاستصحاب تاماً ولا مانع من جريانه.

مضافاً الى أنه نسلم ان الكلّي عين الفرد لكن نقول: لا اشكال في تحقق فرد في الخارج ولا اشكال في الشك في بقاءه فيجري الاستصحاب لتمامية اركانه.

ان قلت: الشك في بقاء الكلّي مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل ومقتضى الاستصحاب عدم حدوثه فلا تصل النوبة الى جريان الاصل في الكلّي .

قلت: الشك في بقاء الكلّي مسبب عن الشك في أن الفرد الذي وجد هو الطويل أو القصير ولا مجال لتشخيصه مضافاً الى أن التسبب المذكور عقلي لا شرعي ولا دليل على اعتبار الاصل المثبت ومع الاغماض عن هذا يكون جريان الاصل في كل طرف يعارض بجريانه

في الطرف الاخر فانه على هذا الاساس يمكن أن يقال: مقتضى الاصل عدم حدوث الفرد القصير فالكلي باق ببقاء الفرد الطويل وبعد التعارض تصل المنوبة الى استصحاب الكلي الجامع بين الفردين ولعل الشيخ قدس سره اشار الى ما ذكر من الاشكال مع جوابه بقوله «فتأمل».

ثم انه افاد الشيخ بأنه لو سلمنا عدم جريان الاستصحاب في الكلي ويختص جريان الاستصحاب بالشخصي لكن يكفي للجريان الشك في أن اللزوم والجواز من أحكام الملك أو من خصوصيات السبب.

ووجه الميرزا النائيني - على ما نقل عنه - بأن التمسك بالعام في الشبهة المصدقية غير جازم ولكن يجوز فيما يكون المخصص عقلياً وفي المقام كذلك اذ عدم جريان الاستصحاب فيما يدور الامر بين الفرد الطويل والفرد القصير فان الامر دائر بين مطلق الزوال ومشكوك الحدوث فلو شك في فرد انه داخل في هذا القسم أم لا؟ لا يكون مانع من الجريان اذ المفروض ان المخصص عقلي ويقتصر فيه على القدر المتيقن.

وأورد عليه سيدنا الاستاد بأن هذا التقريب انما يصح فيما نحرز كون فرد من أفراد العام ونشك في خروجه عن تحت حكمه كما لو قال المولى لعن الله بنى امية وعلمنا من الخارج انه لا يشمل اللعن المؤمن منهم فلو علمنا بكون فرد من بنى امية وشككنا في ايمانه يمكن الاخذ بعموم العام وأما اذا لم نحرز كونه من العام فلا مجال للاخذ بعموم العام وما نحن فيه كذلك اذ مع الشك المذكور لانحرز كون المورد من موارد نقض اليقين بالشك فلا مجال للاستصحاب.

ثم ان الشيخ قدس سره أيد عدم كون اللزوم والجواز من خصوصيات الملك بأن المحسوس عدم الفرق بين الهبة اللازمة

والجائزة ثم قال: ان قلنا بأن اللزوم والجواز وان كانا من خصوصيات الملك فاما يكون التخصيص بجعل المالك واما بحكم الشارع أما على الاول فلازمه ان لزوم العقد وجوازه لابد أن يكونا منوطين بقصد المالك الرجوع وعدم قصده وهو بديهي البطلان وأما على الثاني فيلزم انتقاض كون العقود تابعة للقصد.

ان قلت: قد سبق انه ترفع اليد عن القاعدة المذكورة في المعاطاة انتصاراً للقائل بالاباحة فايضاً ترفع اليد عن تلك القاعدة في المقام. قلت: قاعدة اللزوم اى استحباب الملك بعد الفسخ تشمل العقود اللفظية وبجريانها في العقود اللفظية يثبت عدم تنوع الملك بحكم الشارع وعدم الاختلاف في السبب في وعاء الشرع وبعد ثبوت المدعى في العقود اللفظية يثبت في المعاطاة بعدم القول بالفصل فالنتيجة: انه لو شك في أن العقد الفلاني جازي أو لازم تكون اصالة اللزوم محكمة كما انه لو شك في أن ماوقع في الخارج عقد لازم أو جازي يحكم باللزوم لاصالة لزوم كل عقد.

«قوله قدس سره: نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة...»

يمكن أن يكون المراد من العبارة انه تارة يدعي أحدهما جواز العقد وثبوت الخيار فمن يدعى كون العقد هبة يكون مرجع دعواه الى أن له الخيار ومن يدعى ان العقد صلح ينفي الخيار وحكم هذه الصورة ان المنكر للخيار ان يحلف فان قوله موافق للأصل وعلى مدعي الخيار اقامة البينة وأما لو ادعى كل واحد منهما عقداً بخصوصه بحيث يكون المنظور اثبات ذلك الخاص يدخل المقام في باب التداعي وحكمه التحالف فيحتمل أن يكون من القسم الاول ويحتمل أن يكون من القسم الثاني فان كان داخلاً في القسم الاول يدخل في باب المدعي والمنكر وان كان داخلاً في القسم الثاني

يدخل في باب التداعي فتحقق التحالف في الجملة لابلجملة هكذا ينبغي أن يفسر هذه العبارة.

ويرد على الشيخ قدس سره أولاً: ان مرجع النزاع بين كون العقد هبة أو صلحاً الى اثبات الخيار وعدمه وبعبارة اخرى: المدعي لكون العقد هبة في مقام اثبات الخيار والمدعي لاثبات كونه صلحاً في مقام نفي الخيار فيكون مدعي الهبة مدعياً ومدعي الصلح منكرأ ولا مجال للتحالف.

وثانياً: انه سلمنا كون كل واحد مدعياً لكن مع ذلك لا يصل الامر الى التداعي لان مقتضى الاصل عدم كون العقد الواقع في الخارج هبة فلا خيار.

وبعبارة اخرى: اصالة عدم كون العقد الواقع في الخارج هبة يترتب عليها عدم الخيار بلا وساطة واسطة وأما اصالة عدم كونه صلحاً فلا يترتب عليها الخيار الاعلى تقدير اثبات كون الواقع في الخارج هبة ومن الظاهر انه لا دليل على الاصل المثبت فلاحظ.

والمتحصل مما تقدم انه لا مانع عن التمسك باستصحاب اللزوم لاثبات عدم كون المعاطاة خيارياً لكن الذي ذكرنا من حيث الاقتضاء ومع قطع النظر عن ابتلاء الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي باستصحاب عدم جعل الزائد وأما بلحاظه فلا مجال له اذ بالمعارضة يسقط كلا الاستصحابين فلا تغفل.

الوجه الثاني: قاعدة السلطنة المستفادة من قوله صلى الله عليه وآله: ان الناس مسلطون على اموالهم<sup>(١)</sup>.

وتقريب الاستدلال بالحديث: ان المعاطاة مفيدة للملكية والملكية لا تنفك عن السلطنة الفعلية ومقتضى السلطنة أن لا يمكن

لاحد أن يزاحم من له السلطنة فلا يكون لاحد أن يخرج الملك عن ملك ماله.

ان قلت: ان السلطنة عارضة على الملك ولا تنافي بين هذه السلطنة وخروج الملك عن الملكية باعمال الخيار. لايقال: بعد اعمال الخيار والفسخ يشك في زوال الملكية وعدمه وبالاستصحاب يحكم ببقائها فانه يقال: هذا رجوع عن الاستدلال بالرواية وقاعدة السلطنة الى الاستصحاب.

قلت: السلطنة المطلقة على المال تمنع عن تأثير اعمال الخيار والفسخ. ويرد على الاستدلال اولاً: ان مدرك الاستدلال عبارة عن المرسله المشار اليها والمرسل لااعتبار به وثانياً انه قد قلنا سابقاً ان مفاد الحديث عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة في ماله وهي التصرفات التي قد ثبت في الشرع جوازها.

وبعبارة اخرى: لاتكون قاعدة السلطنة مشرعة فلا يدل الحديث على مشروعية كل تصرف وان لم يثبت كونه مشروعاً في الرتبة السابقة كما انه لايدل على عدم تأثير الفسخ فالحديث قاصر عن افادة المدعى سنداً ودلالة فلاحظ.

وبما ذكر ظهر انه لامجال للاستدلال بالحديث على لزوم القرض بعد القبض كما استدل به المحقق قدس سره في الشرايع - على ما نقل عنه - فان الحديث المذكور لا يكون قابلاً للاستدلال لاسنداً ولا دلالة.

الوجه الثالث: قوله صلى الله عليه وآله في حديث سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لايجل دم

امريء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه<sup>١</sup>.

بتقريب انه لا يجوز التصرف بأي نحو في مال الغير الا باذنه ومن الظاهر ان تملك مال الغير من انواع التصرف فيه وعدم جواز التملك معناه عدم تأثيره شرعاً.

ان قلت: الحكم دائر مدار موضوعه والمفروض ان بقاء الملكية بعد الفسخ مشكوك فيه. قلت: مقتضى التقريب الذي ذكرنا ان نفس التملك ممنوع شرعاً فلا تصل النوبة الى الاشكال المشار اليه.

ولكن الاستدلال بالحديث بالتقريب المتقدم مخدوش من ناحية اخرى وهي ان عدم الحل تعلق في الحديث بالمال ولا يعقل تعلق الحرمة بالمال عيناً كان او منفعة الا بتقدير ما يناسب الحرمة والظاهر بحسب الفهم العرفي انه تحرم التصرفات الخارجية التي تقع في الاعيان وعليه لا يرتبط الحديث بما نحن بصدد.

الوجه الرابع: قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض»<sup>٢</sup> فان للاستدلال بالاية الشريفة على لزوم المعاطاة تقريبيين: الاول انه يستفاد من جملة المستثنى حصر سبب التملك في التجارة عن تراض وحيث ان تملك مال الغير بالفسخ ليس داخلاً في التجارة عن تراض لا يمكن أن يكون سبباً للتملك.

وبعبارة اخرى: الفسخ ليس مشمولاً للتجارة عن تراض فلا يجوز التملك به شرعاً ولا مجال للتوهم المتقدم وهو ان بقاء المال في ملك ماله بعد الفسخ اول الكلام اذ قد فرض ان التملك منحصر

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١.

(٢) النساء/٢٩.



بالتجارة فلا يتحقق بالفسخ فلا مجال لان يشك في بقاء المال في ملك ماله.

الثاني: ان يستدل بجملة المستثنى منه بتقريب ان الاستفادة من الاية النهي عن التملك بالباطل وحيث ان الفسخ من طرف واحد مستقلا باطل عرفاً فلا يجوز ولا يصح.

وأورد عليه سيدنا الاستاد بأن الاستدلال المذكور مبني على أن يكون المراد بالبطل، الباطل العرفي والحال ان المراد به الباطل الواقعي وحيث انه لاندري ان الفسخ باطل واقعي أم لا لا يمكن التمسك بالاية لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقيه.

وفيه انه ما المراد من الباطل الواقعي فان الباطل من الامور التي تختلف فيه الانظار مثلاً البيع الربوي باطل في نظر الشارع وصحيح في نظر العقلاء الذين لا يعتقدون بالشريعة.

مضافاً الى أن الخطاب الى العرف والظاهر ان المراد بكلمة «الباطل» الباطل العرفي فعلياً لا مانع من التمسك بالجملة الاولى ايضاً والله العالم.

«قوله قدس سره: والتوهم المتقدم في السابق غير جارها...»

الظاهر ان الوجه فيه ان التملك ونقل مال الغير الى نفسه يتوقف على التجارة عن تراض والمفروض ان الفسخ ليس تجارة عن تراض فلا مجال لاحتمال انتقال المال الى الفاسخ.

«قوله قدس سره: لان حصر مجوز اكل المال...»

ربما يتوهم كما هو الظاهر من العبارة ان العلة المذكورة علة لقوله «والتوهم المتقدم غير جارها» ولكن الظاهر ان الامر ليس كذلك لعدم ارتباط بين الامرين بل هذا جواب عن اشكال وهو انه

لو قيل: ان جواز التصرف لا ينحصر بالتجارة بل يجوز التصرف في مال الغير باباحة المالك أو باباحة الشارع كما في المارة فانه يقال: الكلام في التصرف والاكل الذي يكون المأكول ملكاً للاكل اقول: الاكل في الاية الشريفة عبارة عن التملك، والتصرف في مال الغير بالاباحة المالكية أو الشرعية، يباين التملك فلا ربط بين المقامين فلا مجال للايراد المذكور فلاحظ.

«قوله قدس سره: ولذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها..»  
قد ظهر بما ذكرنا انه لا مجال للنقض بأكل المارة فان المار، يجوز له أن يأكل من الثمرة الممرور بها والكلام في التملك نعم النواقل الشرعية كما في حق الشفعة والخيار مصاديق للاكل ومع ذلك لا تكون باطلة لكونها مأذونة من قبل الشارع.

الوجه الخامس: لاثبات اللزوم عند الشك فيه والجواز قوله عليه السلام، في رواية فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما<sup>١</sup> فان الحديث المذكور يدل على أن كل بيع يصير لازماً بعد افتراق المتبايعين.

الوجه السادس: قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»<sup>٢</sup> فان الاية الشريفة تدل على لزوم كل عقد بيعاً كان أو غيره لفظياً كان أو غيره فان الوفاء عبارة عن الاتمام ولذا يقال: الدرهم الوافي أي الدرهم التام ومن الظاهر ان عدم الوفاء وعدم الاتمام والفسخ لا تكون محرمة شرعاً.

وبعبارة اخرى: فسخ العقد لا يكون من المحرمات الالهية فالامر

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) المائدة/١.

بالوفاء ارشاد الى اللزوم ويكون المراد ان العقد لا يفسخ بالفسخ فلا تفسخ.

الوجه السابع: قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز<sup>١</sup>.

بتقريب: ان الشرط عبارة عن مطلق الالتزام فيكون الالتزام البيعي من الشروط ويجب الوفاء به فلا يجوز الفسخ.

ويرد عليه ان الشرط على ما يظهر من اللغة ومن موارد استعمالاته عبارة عن ارتباط احد الامرين بالآخر فالالتزام الابتدائي لا يصدق عليه عنوان الشرط.

وأورد سيدنا الاستاد على الاستدلال بالحديث اشكالا آخر وهو ان الظاهر من الحديث ان المراد منه الالتزامات الفعلية أي الالتزامات التي تتعلق بالافعال فوزان الحديث وزان قوله عليه السلام «المؤمن عند عدته» فلو سلم صدق الشرط على الالتزام الابتدائي لا يشمل الالتزام الوضعي كالبيع والاجارة ونحوهما.

وما أفاده دام ظله غير تام اذ لا وجه للتقييد بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المقامين نعم يشكل الامر من ناحية اخرى وهي ان الالتزامات الوضعية لها اسباب خاصة وتحققها بالاشتراط يحتاج الى الدليل مثلاً لو اشترط في ضمن البيع أن يكون الملك الفلاني مملوكاً للمشتري والتزم به فان قلنا ان الهبة لا تتوقف على صيغة خاصة نلتزم بتحققها.

والذي يدل على تمامية المدعى ان الاصحاب ومنهم سيدنا الاستاد قائلون بأنه يصح شرط النتيجة والشرط عبارة عن الالتزام العقدي أو الايقاعي فلاحظ.

فتحصل مما تقدم ان مقتضى القواعد كون المعاطاة مقيدة للملكية اللازمة ورفع اليد عن القواعد والالتزام بالجواز فيها يتوقف على قيام دليل عليه وما قيل في هذه المقام وجوه.

الوجه الاول: ما نقل عن صاحب الفنية من دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً فانه لو اريد من هذه الجملة ما ظاهرها اي تكون المعاطاة خارجة عن دائرة البيع ولا يصدق عليها عنوان البيع فبطلان الدعوى المذكورة أوضح من أن يخفى ولو اريد من الجملة نفي لزومها فيدخل الوجه الاول في الوجه الثالث.

الوجه الثاني: الشهرة الفتوائية على عدم لزوم المعاطاة وقد تحقق في محله عدم حجيتها.

الوجه الثالث: الاجماع. وفيه ان الاجماع المنقول غير حجة وأما المحصل منه فعلى تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجة ايضاً فالنتيجة عدم تمامية الوجوه المذكورة لاثبات المدعى.

«قوله قدس سره: وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار...»

الظاهر من العبارة انه يظهر من بعض الاخبار اعتبار اللفظ في انشاء البيع فيمكن أن يكون ناظراً الى ما ورد في بيع المصحف لاحظ ما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن بيع المصاحف وشرائها فقال لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين وقل اشترى منك هذا بكذا وكذا<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من هذه الطائفة اشتراط الصيغة في صحة البيع.

ويمكن أن يكون ناظراً الى ماورد في بيع أطنان من قصب لاحظ ما رواه بريد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى

من رجل عشرة آلاف طن قصب في أتبار بعضه على بعض من أجمة واحدة والانبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت واشتريت ورضيت فأعطاه من ثمنه ألف درهم ووكل المشتري من يقبضه فأصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن فقال العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي احترقت من مال البائع<sup>١</sup>.

ويمكن أن يكون ناظرأ الى النصوص الدالة على حصر المحلل والمحرم في الكلام لاحظ مارواه ابن الحجاج، قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب واربعك كذا وكذا قال: أليس ان شاء ترك وان شاء أخذ؟ قلت: بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام<sup>٢</sup>.

«قوله قدس سره: بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفا بين اهل السوق والتجار».

لاحظ ما رواه بريد<sup>٣</sup> وعلى جميع التقادير لا يتم ما أفاده فان هذه النصوص لا تكون في مقام بيان كيفية انشاء البيع كى يقال: ان المستفاد منها اشتراط كون انشاء البيع باللفظ فان الحديث الوارد في بيع المصحف اريد منه ان البيع يلزم أن لا يقع على نفس القرآن كما أن الحديث الوارد في بيع الاطنان من القصب في مقام بيان انه لو باع الكلبي في المعين وتلف من المبيع مقدار ما حكمه؟ ومن ناحية اخرى بيع الكلبي في المعين كعشرة آلاف طن لابد ان يبين باللفظ.

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٢٦ الحديث ٢٠.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤.

(٣) قد تقدم آنفاً.

وعلى الجملة: لا يستفاد من هذا الحديث اشتراط البيع بكونه لفظياً وأما حديث خالد بن الحجاج فهو ضعيف سنداً مضافاً الى أنه قد فرض فيه الكلام فقال عليه السلام: الكلام المفروض ان كان بعنوان المقاوله فلا بأس وان كان على نحو المعاملة فلا يجوز كما ان المتعارف الخارجي على فرض تسلمه لا يكون دليلاً على لزوم اللفظ.

ويستفاد من الشيخ انه لو كان دليل لفظي دالاً على الاشتراط كان الانسب أن يستدل به والحال انه استدل بالسيرة والاجماع والشهرة فلاحظ.

ويمكن أن يكون ناظرأ الى ما ذكره آنفاً من قوله ام وجد ولكن لم ينشأ به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار الخ فيفهم من هذه الجملة انه يظهر من الاخبار ان اللفظ يكون قرينة على المراد لا أن الاخبار تدل على الاشتراط.

«قوله قدس سره: بل يمكن دعوى السيرة...»

يرد عليه ان الامر ليس كذلك فان السيرة الجارية في زماننا ليست كذلك فان السيرة جارية على مجرد التعاطي وعلى فرض تحقق السيرة لا أثر لها فان مجرد جريان السيرة على أمر في الخارج لا تدل على الوجوب واللزوم فالادلة الدالة على كون المعاطاة تفيد الملكية اللازمة محكمة.

اضف الى ذلك ان المستفاد من كلامه ان السيرة جارية على عدم الاكتفاء بالمعاطاة في بيع الامور الخطيرة اي لا يرون تحقق النقل والانتقال بها فيها فكان المعاطاة الواقعة في الامور الخطيرة

باطلة والحال ان الكلام فى لزوم المعاطاة لا فى صحتها.

«قوله قدس سره: بل ينكرون على الممتنع...»

ليس الامر كذلك بل الانكار على الرد والفسخ وبعبارة اخرى: يرون الفسخ من طرف واحد والاستبداد به أمراً مستنكراً ولا يقبلون وهذا العرف وسوقهم فلا حظ.

«قوله قدس سره: بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب

المعاطاة»

وهو ما رواه ابن الحجاج<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: الاول أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ»

اساس الاستدلال بالحديث على المدعى هذا الوجه بأن يكون المراد من الحديث ان المحلل والمحرم منحصران فى اللفظ فلا يحل شيء ولا يحرم الا باللفظ فلا اثر للفاعل فى التحليل والتحريم ومنه المعاطاة فلا يترتب عليها أثر من حيث الحلية والحرمة.

ويرد على الاستدلال بالرواية على المدعى اولاً ان الحديث ضعيف سنداً فلا يعتمد به فان خالد بن الحجاج لم يوثق.

ان قلت: ان عمل المشهور به يجبر ضعفه قلت: يرد عليه اولاً:

ان عمل المشهور به اول الكلام والاشكال.

وثانياً: انه قد ذكرنا مراراً ان عمل المشهور بالحديث الضعيف

لا يكون جابراً لضعفه فالحديث من حيث السند لا يكون قسابلًا للاستدلال به.

وثانياً: انه لا يرتبط الحديث بالمدعى فان المستفاد من الحديث

ان ايجاب البيع يحرم والمقاولة عليه يحلل فيكون الحديث من حيث المفاد اجنبياً عن المدعى.

وثالثاً: انه كيف يمكن الالتزام بحصر المحلل والمحرم في الكلام والحال ان تحقق التحليل والتحریم بغير اللفظ كثير جداً.

واليك جملة منها فمنها اذا تنجس المأكولات والمشروبات محرم وتطهيرها محلل وصيرورة العصير خمراً محرم وتخليطها محلل وغليان العصير العنبي محرم وذوات ثلثيه محلل وجلل الحيوان محرم واستبرائه محلل وخلط المال الحلال بالحرام محرم وتخميسه محلل ووطيء الحيوان محرم ووطيء المرأة محرم لتزويج بنتها والايقاب بالغلام محرم لتزويج امه وبنته واخته والتصرف في الاراضي المتسعة والانهار الكبار جاز مع عدم محلل لفظي وكذلك الاكل من الشجرة الممرور بها.

وايضاً يجوز التصرف في أموال الناس مع احراز رضاهم ولو من القرائن وايضاً يجوز الاكل من بيوت الاصدقاء وجملة من الارحام الى غيرها من الموارد وايضاً نقل الاتفاق من العامة والخاصة على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة فانه لا يتوقف التحليل في هذه الموارد على محلل لفظي، فالتحليل غير اللفظي أمر كثير.

«قول قدس سره: الثاني أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه»

فيكون المراد ان المضمون الواحد اذا ابرز بلفظ كذائي يكون محللاً والا يكون محرماً فان المتعة لو ابرزت بلفظ متمتك نفسي يحصل الحلية والا فلا وهذا الاحتمال لا يناسب مع مورد السؤال كما هو ظاهر لمن يتأمل في الحديث.

«قوله قدس سره: منها ما في التهذيب»

لاحظ ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام



عن الرجل يزارع فيزرع أرض آخرفيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً قال لا ينبغي أن يسمّي بذراً ولا بقرأ فانما يحرم الكلام<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: الثالث أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام الواحد»

وهذا الاحتمال يناسب مورد السؤال في الرواية كما في كلام الشيخ قدس سره فيكون المراد ان وجود انشاء البيع محرم وعدمه محلل.

وأورد عليه سيدنا الاستاد أولاً بأن الظاهر من هذه الجملة ان المحلل والمحرم منحصران في الكلام اي منحصران في الكلام الموجود وبعبارة واضحة: ان وجود الكلام محلل كما ان وجود الكلام محرم لا أن وجود الكلام محلل أو محرم وعدمه محلل أو محرم وثانياً ان الالتزام به يستلزم التفكيك بين الجملتين وبين الفقرتين وهو «وجب لصيرورة الكلام مستهجناً هذا كلامه.

اضف الى ذلك ان بقاء كل عين في ملكه ببقاء علته لا بعدم علة ضده كما ان الايجاب المتعلق بما ليس عنده لا يكون محرماً بل المحرم عدم تحقق الايجاب الصحيح لا تحقق الايجاب الفاسد.

الا أن يقال: انه لا بد منه وبعبارة اخرى: قوله عليه السلام انما يحرم الكلام الخ لا ينطبق على مورد السؤال الا بهذا النحو بأن نقول المقابلة محللة أي لا توجب الحرمة وايجاب البيع محرم اذ يوجب التصرف في مال الغير بلا سبب شرعي فلاحظ.

«قوله قدس سره: ويحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة»

بأن نقول المراد من تلك الروايات ان الاتيان باللفظ على النحو

الخاص المفسد للقصد محرم وعدم الاتيان به محلل.

«قول قدس سره: الرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص  
المقابلة»

وهذا الاحتمال ظاهر من الرواية ومنطبق على مورد السؤال فيها  
فلا يرتبط الحديث بمسألة المعاطاة.

«قول قدس سره: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب  
البيع بوجه آخر»

وحاصل كلام الماتن انه يستفاد الحصر بوجه آخر وهو ان  
المستفاد من الرواية ان المحلل والمحرم منحصران في الكلام ومع  
صحة المعاطاة لا يصح الحصر هذا حاصله كلامه.

ويرد عليه اولاً ان ما افاده عين الوجه الاول من الوجوه الاربعة  
التي ذكرها وليس شيئاً جديداً وثانياً ان الحصر اضافي أي الرواية  
ناظرة الى مورد السؤال وقد فرض في مورد السؤال وجود الكلام  
فلا تدل الرواية على الانحصار على نحو الاطلاق ولعله اشار الى ما  
ذكرناه بقوله «فتأمل» والله العالم.

«قوله قدس سره: اذ المفروض ان المبيع عند مالكة الاول»

وأورد عليه سيدنا الاستاد اولاً بأن المتاع عند الدلال بقرينة  
قول المشتري اشتر هذا وأشار الى الثوب فالثوب حاضر.

ويرد عليه انه يمكن أن يشير المشتري الى الثوب الموجود عند  
مالكه في دكانه فلا يتوجه ايراده على الشيخ.

وأورد عليه ثانياً بأنه يكفي لتحقيق المعاطاة وجود الثمن وحده  
ولا تتوقف المعاطاة على وجود المبيع وبعبارة اخرى: تتحقق  
المعاطاة باعطاء الثمن من قبل المشتري واخذه من قبل البائع.

ويرد عليه ان ايجاب البيع قائم بالبائع فمادام لم يتحقق الايجاب لا مجال لتحقيق القبول وعليه لا اثر لاعطاء الثمن قبل اعطاء المبيع لان اعطاء الثمن لا يمكن أن يكون ايجاباً كما هو ظاهر فلا بد من كونه قبولا ومن الظاهر ان القبول متفرع على الايجاب فلا يتم الامر باعطاء الثمن فلاحظ.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انه لتوضيح المدعى وترتيب البحث نقول ما يمكن ان يذكر لاشتراط اللفظ في العقود وعدم صحة المعاطاة وجوه.

الوجه الاول: الشهرة الفتوائية وقد ثبت في بحث الشهرة عدم اعتبارها فلا يترتب اثر عليها.

الوجه الثاني: الاجماع المنقول وفيه انه قد ثبت في محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه.

الوجه الثالث: حديث خالد بن الحجاج<sup>١</sup> وقد مرَّ الكلام حوله وقلنا انه غير معتبر سنداً مضافاً الى عدم تماميته دلالة فراجع ما ذكرناه حول الحديث.

الوجه الرابع: النصوص الواردة في النهى عن بيع المصحف<sup>٢</sup> وقد ذكرنا عدم ارتباط تلك النصوص بالمقام فراجع ما ذكرناه. الوجه الخامس: ما ورد في بيع اطنان من القصب لاحظ ما رواه بريد بن معاوية<sup>٣</sup> وقد ذكرنا عدم ارتباط بين الحديث وبين المقام فراجع ما ذكرناه.

(١) قد تقدم فى ص ٥٩.

(٢) قد تقدم فى ص ٥٩.

(٣) قد تقدم فى ص ٥٩.

الوجه السادس: جملة من النصوص الواردة في المزارعة وقد استدل الامام عليه السلام بجملة انما يحرم الكلام وانما يحلل الكلام منهما ما رواه الحلبي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً قال لا ينبغي أن يسمي شيئاً فانما يحرم الكلام<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزارع فيزرع ارض آخر فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً قال لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ فانما يحرم الكلام<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يزرع ارض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقرة فقال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ ولكن يقول لصاحب الارض أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ولا يسمي بذراً ولا بقرأ فانما يحرم الكلام<sup>٣</sup>.

وهذه الطائفة من النصوص لا ترتبط بالمقام كما تقدم.

الوجه السابع: ما يدل من النصوص الدالة على النهي عن بيع الملامسة والمنازمة والحصة بتقريب ان النهي عن المذكورات بلحاظ عدم اللفظ وفيه اولا ان السند مخدوش وثانياً انه يمكن أن يكون الوجه فيه الجبهالة مضاعفاً الى أنه يكفي عدم العلم بوجه الفساد فالنتيجة عدم تمامية دليل على المطلوب ومقتضى الادلة العامة كون المعاطاة كالبيع اللفظي في كونها مفيدة للملكية اللازمة فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ١٠.

(٤) مصباح الفقاهة ج ٢ ص ١٥٤.

«قوله قدس سره: كما يشعر به قوله عليه السلام...»

لاحظ مارواه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيهما أربحك فيها كذا وكذا قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها<sup>١</sup>.

لا اشعار فى الرواية على المدعى اذ غاية ما يستفاد منها ان مورد السؤال ايجاب البيع باللفظ ولا اشعار فيه على لزوم اللفظ فى انشاء البيع مضافاً الى عدم دلالة فى الرواية على وقوع البيع باللفظ والظهور المدعى فى كلام الماتن عهدة اثباته عليه.

«قوله قدس سره: ويشعر به ايضاً رواية العلاء»

قال قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: ابيعك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا بأس انما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة<sup>٢</sup>.

قد ظهر ما فى كلامه مما ذكرناه آنفاً فان مورد الحديث فرض فيه الانشاء باللفظ وهذا لا يدل على عدم كفاية المعاطاة كما هو ظاهر.

«قول قدس سره: وفى صحيحة ابن سنان...»

عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد<sup>٣</sup> والكلام فيه هو الكلام فلا حظ.

«قوله قدس سره: الاول الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم...»

ملخص ما افاده انه ان قلنا: ان المعاطاة تفيد الملكية الجائزة

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ١٣.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ٥.

(٣) عين المصدر الباب ٨ من هذه الابواب الحديث ١.

تشتترط فيها شرائط البيع والوجه فيه انها من مصاديق البيع فلا بد من رعاية شرائط البيع فيها وأما ان قلنا بكونها مفيدة للإباحة لا الملك فتارة نقول: المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الاباحة واخرى نقول: المعاطاة المقصود بها الاباحة تفيدها أما على الاول فلا بد من رعاية جميع شرائط البيع فيها اذ المعاطاة على هذا القول بيع عرفي والشارع الاقدس لم يرتب الملكية عليها فلا بد من اجتماع الشرائط فيها كي تحصل الاباحة بدل الملكية.

وبعبارة واضحة: الدليل قائم على ترتب الاباحة على المعاطاة التي تكون بيعاً ففي الحقيقة هي مصداق للبيع غاية الامر يختلف الاثر عن المؤثر في حكم الشارع وأما على الثاني فلا ترتبط بالبيع بل تكون داخلة في الاباحة بالعوض.

وأفاد الشيخ قدس سره: لا بد في نفي القيود المحتملة والشرائط الممكنة من التمسك بقاعدة السلطنة المستفادة من الرواية.

ويرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً وثانياً: انه قد ذكرنا سابقاً ان المستفاد من الحديث ان المالك لا يكون محجوراً عن التصرف فالمستفاد منه ان التصرفات الجائزة في الرتبة السابقة جائزة للمالك

وبعبارة اخرى: الناس مسلطون على أموالهم بالتصرفات الجائزة لا أن الناس مسلطون على أحكامهم.

وأفاد الشيخ قدس سره انه لو تمسك بالسيرة فلا بد من رعاية الشرائط المحتملة حيث ان السيرة دليل لبي ولا بد فيها من الاقتصار على القدر المتيقن.

اقول: لا اشكال في أن الاباحة المالكية تقتضي جواز التصرف وعدم المنع من ناحية حرمة التصرف في مال الغير وأما لو شك في

جواز تصرف خارجي او اعتباري من غير ناحية كون المال ملكاً للغير فلا بد من ملاحظة دليل ذلك التصرف مثلاً لو شك في جواز اكل التفاح قبل طلوع الشمس لابد من ملاحظة دليل جواز اكله من حيث ان اطلاقه يشمل اكله قبل طلوع الشمس ام لا وهكذا وهكذا.

وعلى الجملة: المعاطاة التي يقصد بها الملكية من مصاديق البيع فيشتترط فيها ما يشترط في البيع بلا فرق بين الالتزام بكونها مفيدة للإباحة أو الملكية أما على فرض افادتها الملكية فظاهر وأما على تقدير الالتزام بكونها مفيدة للإباحة فلان هذه الاباحة لا تكون مالكية بل اباحة شرعية والمفروض ترتبها على المعاطاة التي من مصاديق البيع ومن ناحية اخرى قد دلت الادلة على اشتراط البيع بشروط وقيود فلا بد من رعايتها.

وان شئت قلت: ان موضوع الاباحة الشرعية المعاطاة الخاصة لا مطلق المعاطاة بأي وجه كانت والا يلزم ترتب الاباحة على المعاطاة التي يكون احد المتعاطيين صغيراً أو مجنوناً فان حكم الامثال واحد وهل يمكن الالتزام به؟

وفي مقابل هذا القول قول بعدم الاشتراط بشروط البيع على الاطلاق أي اعم من القول بافادتها الاباحة ومن القول بافادتها الملك اما على القول بالاباحة فواضح حيث انها خارجة عن دائرة البيع فلا يشترط فيها ما يشترط في البيع وأما على القول بافادتها الملك فلان المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم.

والوجهان المذكوران كلاهما باطلان أما الوجه الاول فلان البيع مفهوم عرفي ولا تكون له حقيقة شرعية والمفروض ان الشارع الاقدس اعتبر فيه شروطاً لابد من رعايتها وقد علم من الخارج ان المعاطاة التي من مصاديق البيع قد رتبت عليها الاباحة فمادام لا

تتوفر فيه الشرائط المقررة لا يترتب عليه الاثر ولا تفيد الاباحة اذ المفروض ان الاباحة لا تكون مالكية بل اباحة شرعية فلا بد من ملاحظة القيود المستفادة من دليلها.

وبعبارة واضحة: المستفاد من الدليل ترتب الاباحة على البيع المعاطاتي فلا تترتب على المعاطاة التي لا تكون واجدة للشرائط وأما الوجه الثاني فهو أوهن من الاول فان البيع مشروط في وعاء الشرع بشرائط ولا فرق فيه بين كونه لازماً أو جازياً.

وببيان واضح: قد سبق ان الخيار واللزم حكمان شرعيان مترتبان على البيع لا أن الملكية قسمان بل الملكية أمر واحد وهذا الامر الواحد قد يكون لازماً واخرى يكون جازياً فلا حظ.

ومما ذكرنا علم فساد التفصيل الذي يستفاد من كلام الشيخ بأن نقول: ان قلنا بأنها تفيد الاباحة لا تشترط فيها الشرائط المقررة وان قلنا بأنها تفيد الملك تشترط بتقريب: انها على الاول لا تكون بيعاً وعلى الثاني تكون من مصاديق البيع فعلى الاول لا تشترط فيها وعلى الثاني تشترط.

وصفوة القول: انه لا بد من اجتماع الشرائط المقررة في البيع بلافق بين كون الدليل اللفظ وكونه الاجماع اذ بدون رعاية الشروط المقررة لا يتحقق عنوان البيع الصحيح ومع عدم تحقق العنوان المذكور لا طريق الى احراز ان الشارع الاقدس رتب الملكية أو الاباحة عليها فلا تغفل.

«قوله قدس سره: حيث ان الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم»

لم يظهر لي وجه ما أفاده فان مقتضى اطلاق ادلة الشروط



المعتبرة اعتبارها فى مطلق البيع بلا فرق بين البيع العقدي اللفظي والبيع المعاطاتي ولا وجه للاختصاص والذي يهون الخطب ان الماتن بنفسه يصرح بخلاف ما أفاده فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن ان الوجه فى الامر بالتأمل ان كونها معاوضة عرفاً لا تقتضى جريان الربا فيها فان الربا يختص بالمعاوضة التمليكية والكلام فى المعاطاة التي قصد بها الاباحة فلا وجه لجريان الربا فيها.

والحق أن يقال ان الاحكام الشرعية امور تعبدية ولا بد فيها من الاقتصار على مقدار قيام الدليل وحيث ان الدليل الدال على حرمة الربا يختص بالبيع فلا وجه للالتزام بسريانه فى غيره.

«قوله قدس سره: لانها اباحة عندهم فلا معنى للخيار»

الامر كما افاده اذ الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد والمفروض ان العقد المعاطاتي لا يؤثر الاثر المقصود وبعبارة اخرى: لا موضوع للخيار على القول بالاباحة فان العين باقية فى ملك مالكمها وله التصرف فيها.

«قوله قدس سره: بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم»

على هذا القول تكون المعاطاة بيعاً من أول الامر وبعبارة اخرى: تكون المعاطاة من اول تحققها بيعاً لا انها تصير بيعاً بعد اللزوم. وان شئت قلت: الشي لا ينقلب من قبل نفسه فاذا لم تكن بيعاً حدوثاً لا يكون بيعاً بقاء لكن الحق كما ذكرنا كونها بيعاً من اول الامر وعليه يترتب عليها الخيار بمقتضى ادلته.

«قوله قدس سره: لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم»

لا مقتضي لهذا التفصيل فان لزوم كل عقد بحسب طبعه الاول  
اي مع قطع النظر عن دليل الخيار فلو كان دليل الخيار مختصاً بالعقد  
الذي يكون لازماً من قبل بقية الجهات لزم تعدد الخيار في عقد واحد  
وهو كما ترى فموضوع الخيار العقد الذي يكون لازماً في حد نفسه  
فلا ينافي كونه جازماً من قبل خيار آخر فلاحظ.

«قوله قدس سره: الامر الثاني ان المتيقن من مورد المعاطاة هو

حصول التعاطى فعلا من الطرفين»

لا اشكال في أن الميزان صدق عنوان البيع ولا خصوصية لصدق  
المعاطاة بمالها من المفهوم كما انه لا اشكال في صدق عنوان البيع  
بالا قباض والاعطاء من قبل البائع والقبض والاخذ من قبل المشتري  
فيثرتب عليه ما يثرتب على البيع العقدي اللفظي.

هذا على تقدير أن يقصد بالمعاطاة البيع والتملك وأما اذا  
قصد بها الاباحة فالكلام فيها هو الكلام والتقريب هو التقريب  
وأما اذا قصد بها التملك لكن يثرتب عليها الاباحة بحكم الشارع  
فلا بد من الاقتصار على مقدار قيام الدليل اذ المفروض ان ترتب  
الاباحة مع قصد التملك على خلاف القاعدة وعلى خلاف كون العقد  
تابعاً للقصد ومن ناحية اخرى التصرف في مال الغير حرام فلا بد  
من الاقتصار على مقدار دلالة الدليل الشرعي على الجواز.

«قوله قدس سره: فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول

بالمالك والبيع اشتراءً»

قد مرّ منا سابقاً ان الاشتراء عبارة عن قبول ايجاب البيع  
والقبول لا يمكن تقدمه على الايجاب الا على نحو التعليق والاشتراط.

وبعبارة واضحة: قوام القبول بوقوعه بعد الايجاب والا لا يكون قبولاً لما أوجبه الموجب بل امر مستقل فيلزم الخلف.

«قوله قدس سره: وأما على القول بالإباحة فيشكل»

قد اشرنا آنفاً الى ما أفاده وقلنا على القول بالإباحة لابد من التماس دليل وأما التمسك بالسيرة كما في كلامه فغريب اذ المفروض ان المعاطاة من مصاديق البيع فهي مفيدة للملكية والسيرة شاهدة للمدعى فلامجال للتمسك بالسيرة على الإباحة.

«قوله قدس سره: كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع

الفلس».

ليس هذا شاهداً على المدعى فانه لا اشكال في جواز التصرف في مال الغير برضاه ووضع الفلس في المكان المعد له وفاء لما في الذمة فان السقاء انما يرضى بالشرب مع العوض لامجاناً فاذا شرب الظامي تشتغل ذمته بالعوض فوضعه الفلس في ذلك المكان اداء لما في ذمته ولا يمكن جعل الشرب ووضع الفلس بيعاً معاطاتياً اذ قبل الشرب لم تتحقق المعاطاة وبعد الشرب لاموضوع للبيع فانه يتلف بالشرب فلاموضوع لان يباع فهذا لا يكون شاهداً على ما ادعاه من تحقق المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ الثمن.

«قوله قدس سره: وكذا غير الماء من المحقرات»

لا يبعد أن يكون ما ذكر داخل في التوكيل العام بأن نقول المالك يوكل من يريد الاشتراء أن يبيع من قبل المالك وكالة فيكون الاخذ وكيلة من قبل المالك فيبيع وكالة من قبله ويشترى اصالة فان بيعه بالوكالة واشترائه بالاصالة.

وربما يقال: ان هذه الوكالة لا تكون شخصية فتكون باطلة فانه يقال الوكالة الشخصية انما تعتبر في الوكالة الشخصية وأما الوكالة النوعية فلا تكون وكالة شخصية فلا تكون باطلة.

ان قلت : الوكالة من العقود والعقد يحتاج الى الايجاب والقبول والمفروض عدم تحققهما في المقام قلت: الوكالة من العقود الاذنية فيكفي الاذن من المالك وان لم تتحقق الوكالة وبعبارة واضحة: المالك اذا اذن في التصرف في ماله يجوز التصرف فيه بلا فرق بين التصرف والتصرف الاعتباري.

«قوله قدس سره: ومن هذا القبيل دخول الحمام ووضع الاجرة في كوز»

الذي يختلج بالبال أن يقال ان صاحب الحمام يرضى بالاغتسال لمن يدفع كذا مقدار فان دفع الداخل في الحمام ذلك المقدار يكون مصداقاً لمورد رضى المالك وان لم يدفع يكون تصرفه عدوانياً وتشغل ذمته باجرة المثل وأما وضع الفلس في الكوز فهو مصداق للاقباض والقبض فان كوزه كيمده فكأن صاحب الحمام خرج عن الحمام ولكن يده مبسوفة لاخذ الاجرة فلا اشكال.

«قوله قدس سره: ثم انه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر».

مراده قدس سره من العبارة المذكورة غير واضح فان المراد ان كان مجرد المقابلة والتباني فلا يصدق عليه العقد البيعي فلا يترتب عليه اثر وان كان المراد ان البيع ينشأ باللفظ الفاقد للشرائط المقررة شرعاً فلا أثر له فان القضية بشرط المحمول ضرورية.

لكن الذي يهون الخطب ان الحكم مترتب على عنوان البيع والتجارة فلو صدق العنوان يتحقق النقل والانتقال ولذا نقول: يتحقق البيع بالمعاطاة فالميزان الوحيد صدق عنوان البيع والتجارة

بأي وجه لا أزيد من هذا المقدار.

«قوله قدس سره الامر الثالث: تمييز البايع عن المشتري في المعاطاة الفعلية.»

الذي يختلج بالبال أن يقال ان البيع عبارة عن الايجاب والقبول ومن ناحية اخرى كما ذكرنا سابقاً ان القبول من ناحية المشتري فمادام لا يتحقق الايجاب من قبل البايع لامجال لان يتحقق القبول من ناحية المشتري فعليه يكون المقام في الانشاء بايعاً.

وببيان واضح: البيع عبارة عن تمليك عين بعوض والاشتراء عبارة عن قبول تمليك البايع فلا يعقل تقديم الاشتراء على البيع اذ يلزم الخلف فتميز البايع عن المشتري امر واضح ظاهر واذا فرض ان كل واحد من المتعاملين ملك ماله بالعوض يكون كل منهما بايعاً ولا يرتبط فعل احدهما بالآخر بل يكون كل من الانشائين انشاءً مستقلاً ولا يترتب على انشائهما اثر اذ المفروض ان البيع مركب من الايجاب والقبول لا من الايجابين.

وصفوة القول: ان البيع عبارة عن تمليك العين بالعوض والاشتراء عبارة عن قبول التمليك المذكور ولا فرق بين أن يكون كل من العوضين عروضاً أو نقداً فكل عين ملكت بالعوض يكون بيعاً فلو ملك دينار بمن من الحنطة يكون المملك للدينار بايعاً ويكون الدينار مبيعاً كما ان القابل والمملك للدينار مشترياً والحنطة تكون ثمناً فلا تغفل.

«قوله قدس سره: ففي كونه بيعاً وشراء بالنسبة الى كل منهما»

على ما ذكرنا لامجال لهذا التقريب لاننا ذكرنا ان البيع عبارة

عن تمليك عين بعوض والاشترء عبارة عن قبول التملك المذكور فلا يعقل اجتماع العنوانين المذكورين في عقد واحد بل لا بد من اختصاص كل واحد من المتعاملين بعنوان من العنوانين وقلنا يلزم أن يكون عنوان البيع متقدماً على عنوان الاشتراء.

«قوله قدس سره: أو كونها معاطاة مصالحة»

الصلح عبارة عن التسالم لاتملك عين بعوض فلامجال للترديد وبعبارة اخرى: اذا ملك المالك مملوكه بالعوض يكون بيعاً واذا تسالم مع الطرف المقابل على أمر يكون صلحاً فكل يغاير الآخر فكيف يتردد الامر بين العنوانين.

«قوله قدس سره: ولذا حملوا الرواية»

لاحظ مارواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت أنفسهما<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: لا يخلو ثانيهما عن قوة».

هذا هو المتعين فان من يملك العين بالعوض يكون بايعاً والطرف المقابل اذا قبل التملك المذكور يكون مشترياً وأما اذا ملك أيضاً العين بالعوض يكون كل منهما بايعاً ولا يرتبط احدهما بالآخر بل كل واحد منهما ايجاب مستقل ولا يترتب عليه اثر شرعاً.

«قوله قدس سره: احدها أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال

الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً»

الظاهر ان ما افاده في المقام ينافي ما افاده في الامر الثاني

حيث قال «المتقين من المعاطاة حصول التعاطي فعلا من الطرفين» فان المعاطاة اذا فرض تحققها بالاعطاء من جانب والاخذ والقبول من جانب آخر ويكون دفع العوض وفاءً بالعقد كما هو كذلك فلا مجال لان يقال: المتيقن من مورد المعاطاة أن يتحقق العطاء من الطرفين.

وعلى الجملة: ان العقد المعاطاتي عبارة عن تحقق العقد بالفعل الخارجي في مقابل القول اللهم الا أن يكون غرض الماتن مما أفاده في الامر الثاني ان تحقق المعاطاة بمالها من المفهوم متوقف على العطاء من الطرفين فان مفهوم باب المفاعلة متقوم به وكيف كان الامر كما أفاده فان المراد من المعاطاة تحقق المعاملة بالفعل دون القول وليس المراد تحقق هذا المفهوم كى يحتاج الى تحقق العطاء من الطرفين.

**«قوله قدس سره: ومثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة»**

الظاهر ان مقصود الماتن ان المصالحة وما ذكره بعدها لا يتوقف تحققها بمالها من المفهوم بل باعتبار تحقق الصلح من طرف وقبوله من الطرف الاخر.

**«قوله قدس سره: وبهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة»**

اي باعتبار تحقق العقد بالفعل الخارجي يستعمل لفظ المعاطاة في الموارد المذكورة مع ان المعاطاة بمالها من المفهوم القائم بالطرفين لا تتحقق في الموارد المذكورة.

**«قوله قدس سره: وفي صحته تأمل»**

حيث ان مفهوم المفاعلة بمفهومها متقوم بالطرفين.

«قوله قدس سره: وهذا بعيد عن معنى البيع»

بل اجنبي عن البيع بالكلية فان البيع عبارة عن تمليك عين بعوض والمفروض في المقام انه جعل التمليك في مقابل التمليك ولا بد من تحقيق الحال فنقول: تارة يملك التمليك بازاء التمليك بأن يملكه تمليكه في مقام تمليك الاخر تمليكه وعلى هذا الفرض لا يتحقق بالانشاء الاول تمليك العين بل يملك كل واحد من المتعاملين تمليكه في مقابل تمليك الاخر تمليكه.

ولا دليل على صحة هذا النحو من التمليك الا على القبول بأن التجارة عن تراض مفهوم يشمل كل معاملة وعقد وهذه الدعوى بلا دليل.

واخرى يملك العين ويشترط تمليك الاخر ايضاً عينه وهذا يكون هبة معوضة وتتحقق الملكية بالتمليك الاول غاية الامر لو لم يملك الثاني ولم يف بالشرط يحصل للواهب الاول خيار الفسخ. وثالثة يملك العين بداعي ان الطرف المقابل يملك ايضاً وفي هذا الفرض لو لم يملك الطرف لا يحصل خيار تخلف الشرط بل يترتب على العقد المذكور أحكام الهبة غير المشروطة فان تخلف الداعي لا يقتضي الخيار.

«قوله قدس سره: اذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك

من الاول»

قد ظهر مما ذكرنا عدم تمامية ما افاده قدس سره فان التمليك اذا تعلق بالتمليك فكل من الطرفين يملك تمليك الاخر وان تعلق التمليك بالعين فان كان تمليكاً بعوض يكون بيعاً وان كان مشروطاً يكون هبة مشروطة وان لم يكن مشروطاً يكون هبة غير مشروطة



فعلى جميع التقادير ما افاده غير تام.

«قوله قدس سره: ثالثها أن يقصد الاول اباحة ماله بعوض»

اقول: تارة يملك اباحته في مقابل تمليك الاخر اي تجعل المبادلة بين الاباحة والتمليك ويقع الكلام في صحة هذه المعاوضة والمبادلة وقد مرّ الكلام حوله آنفاً واخرى يبيع لمن يملك وفي هذا الفرض تتحقق الاباحة لكن لمن يكون مملكاً وفي الفرض المزبور لامعاوضة ولا اشكال في جواز مثلها فان هذه الاباحة كأباحة المالك ملكه لمن يكون زائراً للحسين عليه السلام مثلاً وبعبارة اخرى: لا كلام ولا اشكال في جواز اباحة المالك ماله لشخص خاص أو في زمان مخصوص.

«قوله قدس سره: رابعها أن يقصد كل منهما الاباحة بازاء

اباحة».

الكلام في هذا القسم هو الكلام فانه تارة تجعل المبادلة بين الاباحتين واخرى يبيع ماله لمن يبيع ماله وقد مرّ الكلام حول الفرع السابق وما ذكرناه يجرى في هذا الفرع ايضاً فلا نعيد.

«قوله قدس سره: ومنشاء الاشكال اولاً الاشكال في صحة اباحة

جميع التصرفات»

الوكالة من العقود الاذنية فكل ما يترتب على الوكالة يترتب على الاذن مثلاً يجوز بيع مال الغير بالوكالة فيجوز بالاذن فيه وقس عليه العتق وهكذا وهكذا في التصرفات الاعتبارية وأما التصرف التكويني الخارجي فالظاهر جوازها بالاباحة مثلاً وطيء امة الغير يجوز بالتحليل فاذا أباح وطيء امة يكون مرجعها الى تحليلها فعليه يمكن أن يقال: انه يجوز للمالك اباحة جميع التصرفات اعتبارية كانت أو تكوينية.

الا أن يقال: ان تحليل الامة يشترط بصيغة خاصة فلا يتحقق بالاباحة وصفوة القول: ان دليل سلطنة الناس على أموالهم لا يمكن جملة مستنداً في الموارد المشار اليها اذ قد قلنا سابقاً ان دليل السلطنة مخدوش سنداً.

مضافاً الى أنه لا يكون مشرعاً فلا مجال لاستفادة جواز التصرف في المال كيف ما كان والاجاز اكل لحم ما يكون حراماً بأباحة المالك الى غيره من المحرمات الشرعية وهو خلاف الضرورة.

ولكن الذي يهون الامر ما قلناه وهو ان كل تصرف اعتباري من التصرفات التي تكون جايزة للمالك يجوز التوكيل فيها للغير وكل أمر يجوز فيه الوكالة يجوز بالاذن فان المطلوب حصول الاذن المالكى والاذن المالكى تارة يحصل بالوكالة واخرى يحصل بلا تحقق الوكالة بأن يأذن المالك لغيره في التصرف الفلاني كما لو اذن للغير في بيع داره أو اجارتها أو طلاق زوجته وهكذا فلاحظ نعم اذا كان التصرف الاعتباري أو الخارجي لم يكن جايزاً للمالك لا يجوز بالاذن للغير بلا كلام.

«قوله قدس سره: فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول»

لم يظهر لي وجه عدم معقوليته بل لا مجال في مثل المقام الاستدلال بحكم العقل فان مثله لا يرتبط العقل بل يرتبط بالعرف والشرع والظاهر انه امر واقع في العرف مثلاً اذا سئل السائل بالكف أن يشتري له رغيفاً فاشترى المسئول من الخباز رغيفاً للسائل يخرج الثمن من كيس المسئول ويدخل الرغيف في ملك السائل هذا بحسب العرف وأما شرعاً فالظاهر انه لا دليل على المنع عنه فالنتيجة انه جايز عرفاً وشرعاً.

«قوله قدس سره: ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله»

كيف يمكن ما أفاده والحال ان البيع على حسب تقريره يتوقف على صيرورة العين ملكاً له وبعبارة اخرى: مادام لم تدخل العين في ملكه لا يجوز له البيع والمفروض ان الملكية تتحقق بالبيع وان شئت قلت: لازم هذا الكلام ان العين الواحدة في زمان واحد تدخل في ملك البائع وايضاً تخرج عن ملكه وهذا امر غير معقول.

«قوله قدس سره: ويقدر وقوعه قبل العتق»

لا اشكال في أن الالتزام بمثله متوقف على قيام دليل عليه وبيان واضح هذا وأمثاله لا يمكن الالتزام بها على طبق القواعد الاولى كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: مع ان الاباحة المتحققة من الواهب يعم جميع

التصرفات»

الواهب لا يقصد الاباحة بل يقصد التملك فاذا لم يتحقق التملك يكون العقد فاسداً بلا اثر نعم اذا قام الدليل على أن الهبة الكذائية تترتب عليها الاباحة نلتزم بها والميزان في سعة دائرة الاباحة وضيقها مقدار دلالة ذلك الدليل الدال على تحقق الاباحة فلاحظ.

«قوله قدس سره: وعرفت ايضاً ان الشهيد في العواشي لم يجوز

اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة»

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاة بالعين فلا يجوز تبديلها بمال الغير وبعبارة اخرى لا يجوز الاخراج من مال الغير لعدم الدليل عليه نعم يجوز الاخراج من مال نفسه اذا كان من التعدد للدليل الخاص وأما ان كان متعلقاً بالذمة فإداء ما في الذمة بمال الغير على طبق

القاعدة الاولى هذا بحسب الكبرى الملكية.

وأما المأخوذ بالمعاطاة فلا اشكال في أن المالك لم يقصد بمعطائه الخارجي الاباحة بل قصد البيع والتملك والاباحة على القول بها اباحة شرعية فلا بد من ملاحظة مقدار الدليل عليها فان كان مقتضى الدليل اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك نأخذ به فان الميزان في الامور التعبدية المتابعة للشارع الاقدس ولكن هذا مجرد فرض وخيال اذ قد علم مما تقدم وسبق ان مقتضى الادلة ان المعاطاة كالبيع اللفظي تؤثر في حصول الملكية وانها قسم من أقسام البيع بلا فرق بينها والعقد اللفظي.

«قوله قدس سره: وضمن المهدي»

قال سيدنا الاستاد في هذا المقام<sup>١</sup> الظاهر عدم اعتبار الملك في ثمن المهدي فان ما يظهر من الاخبار وجوب سوق المهدي في حج القران ووجوب ذبحه هناك في حج التمتع وليس في شيء منهما تعرض لملك الثمن أصلاً بل لا يبعد استفادة عدمه مما ورد في بذل الحج هذا.

مضافاً الى أنه لا يتصور لاجراج ثمن المهدي من مال الغير معنى معقول وذلك لان المهدي اما أن يشتري المهدي بذمته ثم يؤديها مما ابيع له وعليه يكون الثمن مال نفسه وانما أوفاه من مال الغير وأما أن يشتريه بشخص مال الغير وعليه ان قصد الشراء للمالك فالمهدي بنفسه يكون للمبيع فهو نظير أن يبيع له سوق المهدي الموروث له من والده مثلاً وان قصد الشراء لنفسه فهو داخل فيما هو معلوم من شراء احد بمال الغير لنفسه شيئاً ولا معنى لاجراج ملك الغير في ثمن المهدي.

### «قوله قدس سره: ولا وطى الجارية»

المستفاد من الآية الشريفة توقف الجواز على الملكية وأما التحليل فإن كان المستفاد من الدليل لزوم كونه بلفظ خاص فلا يجوز بمطلق الإباحة ولكن الكلام في المقام في الإباحة الشرعية فالميزان بسعة دائرة دلالة الدليل وضيقها وحيث أن التوقف شرعي لا عقلي يمكن للمشارع أن يجوز الوطى ولو مع عدم الملك بلا كلام ولا إشكال.

### «قوله قدس سره: مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة».

مقصود المتعاطيين التملك لا الإباحة لا المطلقة ولا المقيدة فلا تغفل.

### «قوله قدس سره: إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة».

مضافاً إلى أنه قد سبق وتقدم أن سند الحديث ضعيف ولا جابر له.

### «قوله قدس سره: بمقتضى العقل والنقل»

لم يقم دليل على بطلانه لامن العقل ولا من النقل أما العقل فلا يرتبط بالمقام وأما النقل فقد دل على صحة البيع والبيع أمر عرفي لغوي ولم يستفد من العرف لزوم دخول كل من العوضين في محل خروج العوض الآخر عن ذلك المحل بل قوام البيع بالتمليك بالعوض بلا فرق بين دخول المعوض في كيس من خرج عنه العوض وبين دخوله في كيس غير من خرج عنه الثمن كما مثلنا باشتراء أحد الخبز من الخباز للفقير فلاحظ.

ولقد اجاد السيد قدس سره فى الحاشية حيث قال: «قد عرفت امكان اعتبار البدلية بين المالكين مع قطع النظر عن المالكين ولذا يطلق على بيع الغاصب لنفسه البيع مع ان المعوض للغير ودعوى ان ذلك من جهة ادعائه الملكية كما ترى اذ كثيراً لا يخطر بباله هذا التنزيل وهذا الادعاء ومع ذلك يطلق عليه البيع. نعم لا يبعد أن يقال بأن قوام البيع عرفاً بخروج المبيع عن كيس البائع ودخول الثمن في كيسه فلا يمكن أن يبيع احد داره في مقابل مائة دينار تدخل في كيس ثالث وعلى فرض الشك في الصدق لا يمكن الاخذ باطلاق دليل الامضاء لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية مضافاً الى أنه يمكن احراز عدم كون المصداق المشكوك فيه من مصاديق العام أو المطلق باستصحاب عدم كونه كذلك فلا حظ.

«قوله قدس سره: نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لاجل الآخر» .

اذا كان التعارض من الطرفين بحيث لا يكون احدهما مقدماً على الآخر بالتخصيص أو بالحكومة كما لو كانت النسبة بين الدليلين عموماً من وجه لا مجال لتخصيص احدهما بالآخر بل اللازم في مثله اما التساقط لعدم الترجيح اذ المفروض عدم مرجح لاحدهما على الآخر واما الترجيح بمرجح خارجي ان كان.

ولعل الوجه في امره بالتأمل بقوله «فتأمل» ما ذكرنا والله الهادى الى سواء السبيل والعجب من السيد قدس سره في الحاشية حيث صرح بأن اللازم تخصيص احدهما بالآخر مع كون النسبة بالعموم من وجه.

«قوله قدس سره: من جهة كشف البيع عن الرجوع»

ان قام دليل على صحة الرجوع المشار اليه فهو والا فيشكل الالتزام بتماميته اذ الرجوع من الامور الانشائية المحتاجة الى الابرار و ابرازه بالبيع أو بالعقد دوري اذ المفروض انه ما لم يتحقق الرجوع ولم يتحقق الملك لا يصح البيع والعقد والحال ان الرجوع المعتبر يتوقف على البيع أو العقد فلا حظ.

«قوله قدس سره: وبالجمله فما نحن فيه لا ينطبق»

توضيح كلامه: انه لا يمكن تصحيح التصرف الموقوف على الملك كالبيع لنفسه في المقام لا بالتملك الضمني لعدم قصد التملك من قبل المالك على الفرض ولا بالتملك الفرضي التقديري لعدم التنافي لان المفروض ان قاعدة السلطنة لا تكون مشرعة ولا يكشف البيع عن تحقق سبب الملك كما هو كذلك في بيع الواهب أو عتقه اذ المفروض انه لم يتحقق سبب ملك بالنسبة الى المباح له بل العين باقية في ملك المبيع.

«قوله قدس سره: وقع البيع للمالك اما لازماً»

مقتضى الصناعة عدم وقوع البيع للمالك لابتحوا للزوم ولا بنحو الجواز اما عدم تحققه لازماً فلعدم قصد المباح له المالك بل انما قصد نفسه وأما عدم وقوعه للمالك بالاجارة فلما ذكرنا من عدم قصده فلا موضوع للاجازه.

«قوله قدس سره: ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين»

المشتري لا يبيع للبائع الغاصب التصرفات في الثمن بل تسليم الثمن بعنوان الوفاء بالمقد ولذا قالوا بأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ولعل الماتن اشار الى ما ذكر بقوله «فتأمل».

«قوله: قدس سره: ليست معاوضة مالية»

ان قلنا بأن كل واحد يملك اباحته في مقابل تملك اباحة الاخر تكون المعاوضة متحققة لكن الظاهر ان المقصود الاباحة في مقابل الاباحة أي في ظرف اباحة الاخر ومن الظاهر انه لا معاوضة في الصورة المفروضة.

«قوله قدس سره: من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة

شرعاً وعرفاً»

بل لامعاوضة اصلاً فلا تصل النوبة الى أنها معاوضة عرفاً أو شرعاً وقلنا انها اباحة في ظرف خاص وفي هذه الصورة لا تكون تجارة بلا كلام بل قد قلنا سابقاً ان صدق عنوان التجارة على غير البيع اول الكلام والاشكال.

«قوله قدس سره: الا أن يكون نوعاً من الصلح»

الصلح عبارة عن التسالم ونتيجته تختلف باختلاف قصد المتصالحين.

«قوله قدس سره: كما يستفاد من بعض الاخبار»

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم<sup>١</sup> ولايستفاد من هذه الرواية عدم اشتراط الاتيان بلفظ الصلح في المصالحة بل المستفاد من هذه الرواية جواز المبادلة بهذا النحو من التراضي وبعبارة اخرى: يستفاد من هذا الحديث جواز المبادلة والمعاوضة بين المالين بهذا النحو ولكن مع ذلك لا يمكن الحكم بجواز الاباحة بالاباحة وبالتمليك بهذا النحو لان المستفاد من الحديث المبادلة بين العيينين فلاحظ.

«قوله قدس سره: ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين»

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن قول



الله عزوجل «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً» فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: اني اريد ان اطلقك فتقول له: لا تفعل اني اكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله تعالى «فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً» وهذا هو الصلح<sup>١</sup>.

وما عن علي بن أبي حمزة قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عزوجل «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً» قال اذا كان كذلك فهتم بطلاقها فقالت له امسكني وادع لك بعض ما عليك واحلللك من يومي وليلتي حل له ذلك ولا جناح عليهما<sup>٢</sup>.

وما رواه ابو بصير عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألت عن قول الله جل اسمه «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً» قال هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له امسكني ولا تطلقني وادع لك ما على ظهرك واعطيك من مالي واحلللك من يومي وليلتي فقد طاب ذلك كله<sup>٣</sup>.

وما رواه زرارة قال سئل ابو جعفر عليه السلام عن النهرية يشترط عليها عند عقدة النكاح أن يأتيها ما شاء نهراً أو من كل جمعة أو شهر يوماً ومن النفقة كذا وكذا؟ قال فليس ذلك الشرط بشيء من تزوج امرأة فلمها ما للمرأة من النفقة والقسمة ولكنه ان تزوج امرأة فخافت منه نشوزاً أو خافت أن يتزوج عليها فصالحته من

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب القسم والنشوز والشقاق الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

حقها على شيء من قسمتها أو بعضها فان ذلك جائز لا بأس به.<sup>١</sup>  
**«قوله قدس سره: ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون»**

العجب كل العجب من الماتن حيث افاد آناً بعدم كون القاعدة مشرعة ومع ذلك يقول في المقام بكفاية القاعدة لاثبات المدعى والعصمة مخصوصة باهلها وعلى الجملة: لا مجال للاستدلال بالقاعدة فانها مخدوشة سنداً ودلالة كما مر الكلام حول كلا الامرين.

**«قوله قدس سره: والمؤمنون عند شروطهم»**  
 الشرط لا يصدق على الجعل الابتدائي فلا مجال لاتمام الامر بقاعدة نفوذ الشرط ولكن ذكرنا سابقاً ان جواز الاباحة المقيدة على طبق القواعد الاولية ولا تحتاج الى التماس دليل فانه لا اشكال في أن المالك له أن يبيح التصرف في ماله لغيره.  
**«قوله قدس سره: ففي لزومها مطلقاً لعموم المؤمنون عند شروطهم»**

الاشكال في صحة مثل التملك المذكور وعلى فرض الاغماض يمكن الاستدلال على اللزوم بوجوب الوفاء بالعقد بمقتضى قوله تعالى «أفوا بالعقود» وأما لو قلنا بأنها اباحة في ظرف خاص فلا اشكال في عدم لزومها لعدم ما يقتضي اللزوم فلاحظ  
**«قوله قدس سره: سيما»**

الظاهرا انه لا موقع لهذه الكلمة لانه مع فرض فساد الاجارة لا يجوز التصرف في مال المستأجر.

«قوله قدس سره: لا يدل على جريان المعاطاة فيها»

بل يدل<sup>١</sup>، اذ مع فرض كون الهبة فاسدة لا يجوز للمتهب التصرف في العين الموهوبة.

«قوله قدس سره: ولكن الاظهر بناء على جريان المعاطاة في

البيع جريانها في غيره»

الحق جريان المعاطاة في جميع العقود الا فيما قام الدليل على عدم كفاية المعاطاة وتقريب المدعى هو التقريب الذي ذكرناه في البيع. وملخص الكلام: انه لا فرق بين الفعل والقول فكل فعل صدق عليه عنوان البيع أو الاجارة أو الهبة الى غيرها من العقود والايقاعات نلتزم بالكفاية لاطلاق الدليل والاجماع المدعى على عدم الكفاية غايته اجماع منقول وقد حقق في الاصول انه لا اعتبار بالاجماع المحصل فكيف بمنقوله.

«قوله قدس سره: ولعل وجه الاشكال عدم تاتي المعاطاة

بالاجماع»

ظهر بما ذكرنا فساد أصل الاشكال وان الحق جريان المعاطاة في عامة العقود والايقاعات الا ما خرج بالدليل المعتبر فلا تصل الذوبة الى الاشكالات المتفرعة عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاطلاق بعض ادلة الرهن»

لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً قال نعم استوثق من مالك<sup>١</sup> فان مقتضى الاطلاق المستفاد من الحديث عدم الفرق بين وقوعه بالقول وبالفعل.

«قوله قدس سره: فتأمل»

قال السيد قدس سره في الحاشية «لعل وجهه ان مجرد عدم معروفة الجواز فيه غير مانع ولا يكون دليلاً على كون بنائه شرعاً على اللزوم بأن يكون من لوازمه هذا على أن القبض عند بعضهم شرط في اللزوم فيكون الوقف قبله صحيحاً جازياً» انتهى محل الحاجة من كلامه والحق ان المعاطاة جارية في الوقف ولعل السيرة جارية عليه والله العالم.

«قوله قدس سره: من الوجوه الثمانية»

اي الوجوه التي استدل بها على لزوم المعاطاة سابقاً.

«قوله قدس سره: واصالة سلطنة المالك»

لا يحتاج الى الاصل المذكور اذ المفروض ان العين باقية في ملك مالكمها ومقتضى اطلاق دليل جواز التصرفات الصادرة من المالك جوازه حتى بعد تحقق الاباحة الشرعية المفروضة في مورد المعاطاة وأما على فرض الاحتياج الى اجراء الاصل فيشكل بكون الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

«قوله قدس سره: وهي حاکمة»

لان الشك في بقاء الاباحة ناش من بقاء تلك السلطنة ومع جريان الاصل في السبب لاتصل التوبة الى الاصل في المسبب.

«قوله قدس سره: لو سلم جريانها»

لعل وجه الترديد ان المورد من موارد الشك في المقتضي والماتن لا يرى جريان الاستصحاب فيما يكون الشك في المقتضي.

«قوله قدس سره: مندفع بما سيجيء»

وهو ان الضمان قبل التلف لم يكن وبعبارة اخرى لم تكن اليد

قبل التلف يد ضمان وبعد التلف نشك في الضمان ومقتضى استصحاب عدمه بقاء العدم بحاله وببيان آخر نشك في حدوث الضمان ومقتضى الاستصحاب عدم حدوثه.

«قوله قدس سره: وحيث ارتفع مورد التراد امتنع»

وعلى الجملة موضوع الخيار العين الخارجية ومع عدم بقائها لامجال لتوهم الخيار ولا فرق فيما ذكر بين تلف كلتا العينين وتلف احدهما اذ المتيقن جواز التراد ومع عدم امكانه لا خيار هذا على تقدير العلم بكون الموضوع للخيار عبارة عن تراد العينين وأما اذا شك في أن الموضوع العين الخارجية أو العقد فايضاً تكون النتيجة عدم الخيار فان المحكم اصالة اللزوم فيلزم قيام دليل معتبر على الخيار وحيث ليس فليس.

وعلى الجملة: اذا قلنا: ان المستفاد من الاجماع ان موضوع الخيار متقوم بتراد العينين فلا اشكال ولا كلام في انتفائه مع تلف العينين وأما لو شك في أن متعلقه التراد أو العقد أو العين كما في الهبة يكون دليل اللزوم محكماً ومقتضياً للحكم باللزوم.

«قوله قدس سره: لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة

وملكه لها»

لا مجال لهذا الاصل فان استصحاب الحكم الكلبي معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد لكن لا يحتاج الى الاستصحاب المذكور فان خروج العين عن مالك مالكتها يتوقف على الدليل ولا دليل على الخروج فيمكن الرجوع الى القاعدة الاولى.

الا أن يقال: لا يمكن الالتزام به اذ يلزم الجمع بين العوض والمعوض وصفوة القول: انه لو قلنا بأن المستفاد من الشرع الاقدسي انه لا يمكن الجمع بين عدم ضمان من تلفت احدى العينين

عنده وبقاء العين الاخرى الباقية في ملكه فلا مجال للرجوع بل مقتضى القاعدة الالتزام بصيرورة العين الباقية مملوكة لمن تكون عنده.

«قوله قدس سره: انما الكلام في الضمان اذا اراد الرجوع»  
قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لرجوعه فانا لو قلنا بأنه لا يمكن الجمع بين العوض والمعوض والمفروض عدم ضمان من تلفت عنده العين فلا مجال لرجوعه.

«قوله قدس سره: وليس هذا من مقتضى اليد»  
اذ المفروض ان العين التالفة قبل تلفها لم تكن مضمونة وبعد تلفها لا موضوع للضمان.

«قوله قدس سره: ولكن يمكن أن يقال: ان اصاله بقاء السلطنة حاکمة على اصاله عدم الضمان»

الظاهر ان مراده ان مقتضى الاستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وبعد رجوعه في العين لا يبقى مجال لاصالة البرائة عن الضمان بالمثل أو القيمة لكن الاشكال في أن الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد والمتعين أن يقال: ان العين الموجودة باقية في ملك مالکها فرجوعه فيها لا يتوقف على الاصل بل الرجوع على طبق القاعدة الاولى وان قلنا بصيرورتها مملوكة لذي اليد فلا مجال للرجوع.

ويمكن أن يقال: ان مقتضى بقاء العين الموجودة في ملك مالکها جواز استردادها لمالکها ولازمه كون الاخذ ضامناً للتالف بالمثل أو القيمة.

ولقائل أن يقول: لا مجال لهذا البيان وان اصاله بقاء السلطنة واستصحابه حاکم على اصاله عدم الضمان لان الاستصحاب معارض

باستصحاب عدم الجعل الزائد وعلى فرض جريانه لا يكون حاكماً على اصالة عدم الضمان الاعلى القول بالمثبت لان لازم بقاء السلطنة كون التالف مضموناً بالمثل أو القيمة ولا نقول بالمثبت. وان شئت قلت: يمكن تقرير الحكومة بوجهين الوجه الاول: أن يقال: ان الشك في ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة مسبب عن الشك في بقاء سلطنة المالك الاول وعدم بقائها والاصل السببي حاكم على الاصل المسببي .

وفيه ان مجرد كون احداً اصليين مسبباً عن الاخر لا يوجب الحكومة بل الحكومة تتوقف على كون الاثر المترتب على الاصل المسببي اثرأ للاصل السببي ومن الظاهر ان المقام لا يكون كذلك اذ الاثر المترتب على اصالة بقاء السلطنة جواز رجوع المالك في العين ولازمه ضمان من تلفت العين عنده بالمثل أو القيمة وهذا من مصاديق الاصل المثبت الذي لانقول به.

الوجه الثاني: أن يقال: ان الاستصحاب الجاري في طرف يتقدم على البرائة في الطرف الاخر ففي المقام الاستصحاب الجاري في طرف مالك العين الباقية يتقدم على اصالة برائته عن المثل أو القيمة.

ويرد عليه اولاً: ان تقدم الاستصحاب على البرائة فيما يكون مجراها واحداً مثلاً لو شك في حلية لحم وحرمة من حيث الشك في التذكية وعدمها يكون استصحاب عدم التذكية حاكماً على اصالة البرائة وأما اذا لم يكن كذلك كما لو علم اجمالاً بأنه اما وقع نجاسة في الاناء الفلاني وتنجس ما فيه من المايع الموجود فيه واما يكون ذلك المايع الاخر بولاً لا يمكن أن يقال ان استصحاب عدم وقوع النجاسة في الاناء يجري وبه يحرز كون المايع الاخر بولاً الاعلى

القول باعتبار الاصل المثلث بل يقع التعارض بين الاستصحاب وقاعدة الطهارة الجارية في الاناء الاخر.

وثانياً: انه يمكن أن يقال: ان مقتضى الاستصحاب عدم اشتغال ذمة مالك العين الموجودة بالمثل أو القيمة فالتعارض بين الاستصحابيين لا يبين الاستصحاب والبرائة.

اضف الى ذلك كله: ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد والحق أن يقال - كما قلنا : - لا دليل على ضمان التالف ومن ناحية اخرى لا يمكن الجمع بين العوضين فنقول: القاعدة دخول العين الباقية في ملك ذي اليد بمجرد تلف العين الاخرى أي بتلف العين التالفة تدخل العين الباقية في ملك من تكون في يده.

وقال سيدنا الاستاد: مقتضى استصحاب بقاء العين التالفة في ملك مالكيها تحقق الضمان بالمثل أو القيمة.

ويرد عليه اولاً: ان الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد وثانياً انه باي دليل نحكم بالضمان مع عدم كون اليد ضمان.

وقال ايضاً في هذا المقام: ان المعاطاة تقتضي الملكية غاية الامر الاجماع قائم على عدم تحقق الملكية وتحقيق الاباحة الى زمان تلف احدى العينين فنلتزم بدخول العين قبل التلف في ملك من تلفت عنده ودخول مقابل التالف في ملك من تكون العين باقية في يده فلا تصل النوبة الى استصحاب بقاء السلطنة ولو اغمض عن الدليل الاجتهادي نقول: مقتضى استصحاب بقاء كل من العينين في ملك مالكيه الضمان بالمثل أو القيمة فلا تصل النوبة الى استصحاب بقاء السلطنة.



ويرد عليه: ان المستفاد من الاجماع ان الملكية لم تحصل فيكون البيع الصادر من المالك غير مؤثر وبعبارة اخرى: بعد قيام الاجماع نعلم ان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد فاذا كان كذلك يكون الالتزام بتحقيق الملكية حين التلف محتاجاً الى قيام دليل شرعي عليه. وعلى الجملة: بعد قيام الاجماع يسقط البيع الواقع الصادر عن المالك عن الاعتبار هذا بالنسبة الى ما أفاده اولاً ويرد عليه بالنسبة الى ما أفاده ثانياً بأن "استصحاب بقاء الملكية معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد".

مضافاً الى انه ما الدليل على تحقق الضمان بالمثل أو القيمة فلاحظ .

اذا عرفت ما ذكرنا فالحق كما تقدم ان نقول: ان العين الثالفة مضمونة بالعين الباقية بمقتضى السيرة العقلية ولكن الذي يهون الخطب انه لا اساس لهذا البحث المذكور والحق ان المعاطاة قسم من البيع فلامجال لهذا البحث الطويل العريض الا من باب تبعية الاساطين حيث تعرضوا لهذا الفروع التي لا أصل لها.

ويمكن أن يقال: ان مقتضى قاعدة التسلط على المال تسلط المالك على ارجاع العين الموجودة وحيث ان قاعدة التسلط دليل اجتهادي يترتب عليه ان ضمان التالف بالمثل أو القيمة الا أن يقال: انه لا دليل على أن كل دليل اجتهادي يترتب عليه اللوازم العقلية وبعبارة اخرى: لا دليل على اعتبار مثبتات الامارة على الاطلاق فلاحظ .

«قوله قدس سره: فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه»

كما هو المعروف عندهم من أن نتيجة ملك ما فى الذمة السقوط

عما في الذمة وربما يرد عليه بأن ملكية الانسان لما في نفسه ان كانت امراً ممكناً فلا وجه للسقوط وان لم تكن ممكنة فلا وجه للحدوث وبعبارة اخرى: لا وجه للتفريق بين الحدوث والبقاء. ويمكن أن يجاب عن الاشكال المذكور ان المراد من الحدوث الملك التقديري الفرضي نظير ملكية الانسان للعمودين.

### «قوله قدس سره: ويحتمل العود وهو ضعيف»

بل لا وجه له ويمكن الاستدلال على المدعى بوجه آخر ايضاً وهو ان القدر المعلوم من الاجماع صورة امكان التراد وحيث انه لا مجال له فلا خيار فلاحظ.

### «قوله قدس سره: والظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة»

بأن نقول: يملك المدين ما في ذمته فيسقط. ويرد عليه انه لا موجب لتملكه ما في ذمته بمجرد الاباحة ولعله اشار الى هذا بقوله «فافهم» والله العالم.

### «قوله قدس سره: ولو نقل العينان»

فان القدر المعلوم من الاجماع صورة امكان التراد وأما اذا لم يمكن فلا خيار.

### «قوله قدس سره: وكذا على القول بالاباحة»

الكلام فيه هو الكلام بلا كلام.

### «قوله قدس سره: فيستصحب»

لا مجال للاستصحاب المذكور اذ المفروض ان موضوع التراد انعدم وارتفع الخيار وعوده خلاف مقتضى الاستصحاب فان مقتضاه عدم العود مضافاً أن استصحاب الحكم الكلي معارض بعدم الجعل الزايد.

**«قوله قدس سره: لكن الوجهين ضعيفان»**

أما وجه ضعف الوجه الاول فلان دخول العين في ملك البايع يقطع علقة العين عن المالك الاول ولا دليل على رجوعها وأما وجه ضعف الوجه الثاني فلما تقدم من الماتن من عدم جواز البيع من غير المالك وقد تقدم منّا النقاش في الدعوى المذكورة فلا نعيد.

**«قول قدس سره: نعم لو كان غير المعاوضة كالمهبة».**

بلا فرق بين كون الاباحة شرعية أو مالكية اذ على كلا التقديرين تكون العين باقية في ملك المالك الاول.

**«قوله قدس سره: لم يبعد كون اجازته رجوعاً»**

بل يبعد اذ على القول بالملكية لا بد من انتقال العين الى ملك المالك الاول فتأثير الاجازة يتوقف على الفسخ والحال ان الفسخ يتوقف على الاجازة.

**«قوله قدس سره: لغى الرجوع»**

ما ذكر مبني على كون الاجازة معرفة محضة وهذا القول فاسد مضافاً الى أن القول المذكور مبني على صدور الاجازة من المالك والمفروض ان الرجوع الذي فرض قبلها اخرج العين عن ملك المجيز فلا اثر للاجازة بعد رجوع المالك الاول.

**«قوله قدس سره: وهو ضعيف»**

اذ لا وجه للرجوع بعد عدم امكان التراد.

**«قوله قدس سره: فالاصل بقاء التسلط على ماله»**

ان كان المراد من الاصل المذكور الاستصحاب فيرد عليه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجبل الزائد كما مرّ مراراً وان كان المراد قاعدة سلطنة المالك على ماله

فالظاهر تمامية المدعى بلا فرق بين كون الاباحة مالكية أو شرعية.

«قول قدس سره: فلا لزوم على القول بالاباحة».

لعدم المقتضي لتحقيق اللزوم كما مرّ آنفاً.

«قوله قدس سره: ففي اللزوم وجهان»

لا مجال للاستصحاب أما أولاً فلان مقتضى دليل كون العقد لازماً  
لزومه وأما ثانياً فلعدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلّي.

«قول قدس سره: ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز

الرجوع»

تارة نقول بأن المعاطاة توجب الملكية والانتقال غاية الامر  
بلحاظ الاجماع نلتزم بالملكية الجائزة واخرى نقول: بأن المعاطاة  
التي قصد بها الملكية توجب الاباحة وثالثة نتكلم في المعاطاة التي  
قصد بها الاباحة أما على الاول فنقول: القدر المعلوم من الاجماع  
وجود الخيار مادام كون المتعاملين في قيد الحياة ولم يعرضهما  
جنون أو سفه فيؤخذ بدليل اللزوم الا في المقدار الذي علم بوجود  
الخيار كما ان مقتضى الاقتصار على القدر المعلوم عدم الخيار على  
فرض الاسقاط.

وبعبارة اخرى: المقتضي لبقاء الخيار بعد الاسقاط احد أمرين  
احدهما: اطلاق دليل الخيار ثانيهما: استصحاب الخيار بعد الاسقاط  
وشيء من الوجهين لا يؤثر أما الوجه الاول فلان المفروض عدم  
الاطلاق والدليل هو الاجماع والاجماع دليل لبي لا اطلاق له.

وأما الوجه الثاني فلان الاستصحاب لا يجري في الحكم الكلّي  
وأما على الثاني فلا بد من متابعة الدليل اذ قد مر منا ان مقتضى  
دليل الاباحة الشرعية ان ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد ولا مجال

لان يقال: ان البيع الصادر من المالك أثر في الانتقال والملكية فنأخذ بمقتضاه ونرفع اليد بالمقدار الذي دل الدليل على ارتفاعه فان المقصود للمالك البايع والمشتري الانتقال من أول الامر والمفروض عدم تحققه و ايضاً المفروض انهما لم يقصدا الا الملكية الخاصة ولم تحصل وغيرها لم يكن مقصوداً والتمسك لاثبات القسم الاخر بالسيرة غير صحيح اذ المفروض ان السيرة جارية على الملكية من أول الامر على نحو اللزوم ولا سيرة على فرض القول بالاباحة.

وأما على الثالث فالامر أشكل فان المفروض ان المتعاملين لم يقصدا البيع بل مقصودهما الاباحة وتحقق الملكية بلا معاملة جديدة يحتاج الى الدليل ولولاه فمقتضى القاعدة بقاء العين في ملك مالکها وعدم انتقالها الى غيره فلاحظ.

«قوله قدس سره: السابع: ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف»

تارة يقصد المتعاقد ان بالمعاطاة الاباحة واخرى يقصد ان الملكية وعلى الفرض الثاني تارة نقول بأنها تفيد الملك اللازم كالعقد اللفظي واخرى نقول انها تفيد الملك الجائز وثالثة نقول انها تفيد الاباحة فالصور المتصورة اربع.

أما الصورة الاولى فلا كلام في كونها خارجة عن دائرة البيع ولا مجال لتوهم جريان احكام البيع عليها اذ المفروض ان المالك قصد الاباحة فان لكل مالك أن يبيع التصرف في ماله لغيره وبقاء الاباحة ببقاء اباحة المالك ومن بيده الامر.

وأما الصورة الثانية فلا اشكال في ترتب احكام البيع عليها ولا

اختصاص لتلك الاحكام بالعقد اللفظي ولا دليل عليه وعهدة دعوى انصراف ادلة تلك الاحكام الى العقد اللفظي، على مدعيها.

وأما الصورة الثالثة فايضاً الامر كذلك اى يترتب عليها احكام البيع من الخيار وغيره واختصاص حكم الخيار بالعقد الذي بنائه على اللزوم لو لا ترتب الخيار، لا وجه له والا يلزم عدم ترتبه على البيع الذى اشترط فيه الخيار من اول الامر.

وأما الصورة الرابعة فان قلنا بأنه استفيد من الشرع الاقدس انه لا تترتب عليها الملكية الا بعد عروض احد الملزمات نلتزم بجريان احكام البيع عليها من ذلك الزمان كزمان التلف مثلاً نظير تحقق الانتقال في الصرف والسلم من زمان تحقق القبض.

وعلى الجملة: ان تم الدليل يمكن أن يقال ان البيع المؤثر الشرعي عبارة عن المعاطاة وتحقق الملزم فتكون المعاطاة قسماً من البيع ويترتب عليها احكام البيع من الخيار وغيره وعليه يكون مبدأ الخيار من زمان اعتبار الشارع كونها بيعاً وهو زمان الانتقال وقبله تكون العين باقية على ملك مالکها غاية الامر الشارع الاقدس جوز التصرفات التي تصدر ممن تكون العين في يده وهذا الذى نقول لا ينافي مع ما مرّ منا من أن الحكم بالاباحة ينافي الصحة بل لا بد من الحكم بالبطلان فان ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع، فان ما ذكرناه سابقاً مبني على عدم قيام دليل على الصحة من زمان اللزوم وأما مع قيام الدليل فلا مانع عن الالتزام بهذه المقالة كما ان الامر كذلك في بابي الصرف والسلم.

وبما ذكرنا ظهر ان المعاطاة بيع من اول الامر لا انها تصير بيعاً بعد التلف كى يقال: انه لا مقتضي لكونها بيعاً بعد ما لم تكن فانها بيع من اول الامر غاية الامر الشارع الاقدس قيدها بقيد

واشترط فيها شرطاً.

«قوله قدس سره: لا طباقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها»  
الظاهر ان مرادهم بالنفي عدم ترتب اثر البيع عليها حال وقوعها لا سلب العنوان اي عنوان البيع عنها وبين المقامين بون بعيد.

«قوله قدس سره: فهل الثلاثة من حين المعاطاة»

قد ظهر مما ذكرنا ان مبدأ الخيار من حين اللزوم لا من باب ان الخيار لا يتصور مع الجواز بل من باب ان الخيار حكم للعقد الصحيح والمفروض ان العقد قبل تحقق الملزم غير تام في نظر الشارع.  
«قوله قدس سره: اللهم الا أن يجعل المعاطاة جزء السبب»  
فانه المتعين.

«قوله قدس سره: والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان»

بل مقتضى القاعده جريان خيار الحيوان فيها بعد تحقق اللزوم وأما قبله فلا يجري فيه خيار الحيوان ولاغيره لعدم تمامية العقد شرعاً كما مر.

«قوله قدس سره: وأما خيار العيب والغبن»

قد ظهر بما ذكرنا عدم الفرق بين أقسام الخيار وان جميع اقسامه تجري في المعاطاة.

«قوله قدس سره: كما ان خيار المجلس منتف»

لا فرق بين خيار الحيوان والمجلس فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو بيعاً متزلزلاً»

هذا هو المتعين فانه لا اشكال في كونها بيعاً غاية الامر تكون جائزة.

«قوله قدس سره: حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم»  
بل تعرضها احكام البيع قبل اللزوم كما مرّ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله اشارة الى ان القول بالاباحة لاتنافي الالتزام بالملكية بعد تحقق احد الملزمات.

«قوله قدس سره: فهل يرجع ذلك الانشاء القولي الى حكم المعاطاة»

الذي يختلج بالبال أن يقال انه لا وجه لاشتراط قيد في العقود والايقاعات بل الميزان بصدق العنوان المأخوذ في دليل صحة ذلك العقد أو الايقاع فانه مع صدق العنوان يؤخذ باطلاق دليل الصحة مثلا الميزان في باب البيع صدق عنوانه وبعد فرض الصدق يؤخذ باطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» وهكذا في بقية العقود والايقاعات ولا يشترط في شيء منها خصوص اللفظ فضلا عن اشتراط شروط في اللفظ فان الامر الانشائي متقوم بالاعتبار النفساني وابرار ذلك الاعتبار بمبرز بلا فرق بين الفعل والقول.

نعم يشكل الامر في موردين احدهما: في مورد لا يكون لدليل الامضاء اطلاق فلا بد فيه من الاقتصار على القدر المتيقن اذ مع الشك يكون المرجع في باب الوضعيات التقييد والتضييق بخلاف باب التكاليف فان المرجع فيها أصل البرائة.

ثانيهما: أن يقوم دليل على الاشتراط في مورد خاص كما هو كذلك في باب الطلاق فانه لا يتحقق الا بالصيغة الخاصة فعلى هذا الاساس لا يبقى مجال لهذا البحث لكن لو اغمض عما ذكرنا وقلنا: ان البيع لا يتحقق الا بالصيغة الخاصة فلو تحقق اللفظ خالياً عن



الشرط فهل يترتب عليه حكم المعاوضة؟

الحق انه لا يترتب عليه فانه على هذا الاساس يكون الالتزام بتأثير المعاوضة في الاباحة الشرعية بدليل خاص ولا وجه لتسرية ذلك الحكم الوارد في ذلك المقام الى غيره بلا فرق بين تحقق التقابض بعد العقد اللفظي الفاسد وعدمه اذ التقابض الواقع بعد اللفظ كالتقابض الواقع بعد كل عقد فاسد وكالتقابض الواقع بعد القمار فانه وفاء بذلك العقد الفاسد نعم لو قصدا المعاملة وتعاملا معاوضة يترتب عليها ذلك الاثر اذ لا نشترط في المعاوضة أن لا يسبقها عقد فاسد لكن هذا استثناء منفصل وايضاً لو كان المالك راضياً بتصرفات الطرف الاخر في ماله يجوز التصرف له بجواز التصرف في مال الغير برضاه وهذا فرض خارج عن محل الكلام ولو أراد كل منهما اباحة ماله للاخر باللفظ تتحقق الاباحة بلا كلام ولا اشكال.

«قوله قدس سره: ولا يكفي فيه عدم العلم»

قال سيدنا الاستاد في هذا المقام: «انه لامجال لاستصحاب بقاء الرضا اذ كل تصرف يحتاج الى الرضا ومقتضى الاصل عدمه فالاستصحاب يقتضي الحرمة لا الجواز».

والذي يختلج بالبال أن يقال: تارة يتعلق رضى المالك بالتصرف في ماله بمقدار ساعة فلو شك في الزائد يكون مقتضى الاصل عدم حدوثه، واخرى يتعلق بالتصرف بمقدار ساعة وقبل انتهاء الساعة يشك في رجوعه فلا اشكال في أن مقتضى الاستصحاب عدم رجوعه وثالثة نعلم بتعلق رضاه ولكن نشك في بقائه مثلاً يأذن في أن يسكن الغير في داره ويقول في الحال الحاضر انا راض بسكونتك في داري وأما بعد فلعل الله يحدث امراً فلا ارى مانعاً من استصحاب بقاء رضاه

بالسكونة لو شك في بقاء رضاه كما ان الامر كذلك في بقية الموضوعات مثلاً لو كان زيد مشغولاً بالتكلم ونشك في بقاءه وعدمه يجري الاستصحاب ونحكم ببقائه على التكلم وكذا لو كان قائماً وهكذا وهكذا فلاحظ.

«قوله قدس سره: جهة تقييدية»

أي دفع العين بعنوان ان المدفوع اليه مالك للعين وداين وبعبارة اخرى: لا يرضى بالدفع الا بعنوان الوفاء بالعقد ولا يكون راضياً بالدفع على الاطلاق.

«قوله قدس سره: فان بناء الناس على أخذ الماء»

لا يبعد أن تتحقق المعاطاة بما ذكر فان المالك أي صاحب الدكان قد اذن بقبض الماء والبقل ووضع الفلوس في المحل المعدله فكأن القابض والاخذ بالوكالة من المالك يأخذ البقل وبالأصالة يدفع الفلوس وصاحب البقل باذنه في الوضع في المحل المعد له كانه يقبض الفلوس بالواسطة وبالالة فيتحقق البيع والشراء بهذا النحو.

«قوله قدس سره: وعلى دخول الحمام»

لا يبعد أن يكون صاحب الحمام راضياً بالفسل بالضمان فالداخل في الحمام يصير ضامناً ويدفع دينه بوضع الفلوس في الكوز وكان الحمامي يأخذ الفلوس بالواسطة فلاحظ.

«قوله قدس سره: على القول بالاباحة»

بل الامر كذلك على القول بالملكية ولم يعلم وجه تخصيص الحكم بصورة القول بالاباحة أما الاباحة المالكية أي يكون أخذ البقل يقصد الاباحة فهو خارج عن محل الكلام اذ الكلام في المعاملات المتعارفة

التي يقصد بها التملك ومع قصد التملك لا فرق في النتيجة بين أن يحكم الشارع بالملكية وبين ما يحكم بالاباحة فلاحظ.

مقدمة في خصوص الفاظ البيع:

«قوله قدس سره: قد عرفت ان اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه الاجماع»

ربما يقال: انه يمكن الاستدلال على المدعى أي اعتبار اللفظ في العقود بامور: الاول الشهرة العظيمة الفتوائية. وفيه انه قد ثبت في محله ان الشهرة الفتوائية لا تكون حجة بلا فرق بين العظيمة منها وغيرها.

الثاني: الاجماع المنقول. وفيه: انه قد تقرر في محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه سيما في المقام حيث انه يحتمل استناد المجمعين الى بعض النصوص الذي نشير اليه انشاء الله تعالى.

الثالث: جملة من النصوص وقد تعرضنا لهذه النصوص في اوائل بحث المعاطاة تبعاً للشيخ حيث قال قدس سره «وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار» فراجع ما ذكرناه هناك وملخص ما قلناه هناك ان الاخبار المشار اليها لا تدل على المدعى أما النص الوارد في بيع المصحف<sup>١</sup> فيدل على النهي عن بيع المصحف وجواز بيع الغلاف ونحوه.

وأما الخبر الدال على تحليل الكلام وتحريمه<sup>٢</sup> فقد فرض في

(١) تقدم في ص ٥٩.

(٢) تقدم في ص ٥٩.

مورده الكلام وأما الخبر الوارد في بيع القصب<sup>١</sup> فقد فرض كون البيع واقعاً على الكلي ولا يتحقق بالمعاطاة بالاضافة الى أن السائل يسأل عن حكم مالهو احترق القصب فلا يستفاد من تلك الاخبار الاشتراط ويضاف الى ذلك عدم تمامية اسناد تلك الروايات فلاحظ. «قوله قدس سره: لا لاصالة عدم وجوبه»

فان مقتضى الاصل في الامور الوضعية هو الاشتراط والتقيد مثلاً لو شك في اعتبار العربية في صيغة النكاح لابد من الالتزام باعتبارها اذا لم يكن اطلاق لان مقتضى الاستصحاب عدم تحقق الزوجية وقس عليه بقية الموارد بخلاف باب التكليف فان مقتضى البرائة السعة وعدم الالتزام.

وربما يقال - كما عن المحقق الايرواني قدس سره - : انه لا فرق بين التكليف والوضع من هذه الجهة أي يمكن رفع الحكم الوضعي بحديث الرفع حيث ان الامام عليه السلام استدل بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه.

لاحظ ما عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: لا ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا<sup>٢</sup>.

ولاحظ ما رواه سعد بن أبي خلف قال: قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني كنت اشترت أمة سرأ من امرأتي وانه بلغها ذلك فخرجت من منزلي وأبت أن ترجع الى منزلي فاتيتها في منزل أهلها فقلت لها ان الذي بلغك باطل وان الذي أتاك بهذا عدو لك أراد أن

(١) تقدم في ص ٥٩

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث ٦.

يستفززك فقالت: لا والله لا يكون بيني وبينك خير ابدأ حتى تحلف لي بعق كل جارية لك وبصدقة مالك ان كنت اشتريت جارية وهي في ملكك اليوم فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين وقالت لي: فقل: كل جارية لي الساعة فهي حرة فقلت لها: كل جارية لي الساعة فهي حرة وقد اعتزلت جارياتي وهممت ان أعتقها واتزوجها لهواي فيها فقال ليس عليك فيما احلفتك عليه شيء واعلم انه لا يجوز عتق ولا صدقة الا ما اريد به وجه الله عزوجل وثوابه<sup>١</sup>.

فانه يستفاد من النص الخاص ان الحديث الرفع يرفع الحكم الوضعي كما يرفع الحكم التكليفي.

اقول: يرد على الاستدلال المذكور اولا ان حديث الرفع المتضمن لرفع ما لا يعلم ضعيف سنداً وعلى فرض تسلم ان المشهور عمل به لا اثر له لما ذكرناه مراراً من عدم جبر الحديث الضعيف سنداً بعمل المشهور.

وثانياً: ان الرفع قسابل في مورد يكون الوضع قابلاً وحيث ان الجزئية والشرطية والمانعية والقاطعية امور واقعية انتزاعية وغير قابلة للجعل لا يمكن رفعها ايضاً الا برفع منشأ انتزاعها.

توضيح المدعى: ان الامر اذا تعلق بمركب اعتباري كالصلاة مثلاً ينتزع من المركب المأمور به ان الركوع جزء للصلاة وايضاً السجود من أجزائها وهكذا والا فلا يتصور كون الامر الفلاني جزءاً للصلاة وهذا الجزء المنتزع لا يسقط عن الجزئية الا برفع الامر عن المركب واذا فرض رفع الامر عن المركب فتعلق الامر بالمركب الفاقد لذلك الجزء يحتاج الى دليل آخر غير حديث الرفع.

وان شئت قلت: ان حديث الرفع يكون متكفلاً للرفع لا للوضع

وقس على الجزئية بقية المذكورات من الشرطية والمانعية والقاطعية.

وما ورد من الامام عليه السلام من الاستدلال بحديث الرفع لرفع الاثر عن الطلاق الاكراهي مغاير مع المقام فان المستفاد من حديث الرفع وكذلك من استدلال الامام عليه السلام ان الامر الاكراهي لا أثر له ولا يكون موضوعاً للحكم الشرعي.

وبعبارة اخرى: يكون الرفع واقعياً وتكون النتيجة انه يشترط الطلاق مثلاً بعدم كونه اكراهياً ولا يقاس مقامنا بذلك المقام حيث ان ما لا يعلم يكون الحكم الواقعي محفوظاً فيه في الواقع فان الاحكام الواقعية محفوظة في حال الجهل كما حقق في محله.

فغاية ما يمكن أن يقال ان حديث الرفع لا يختص بالتكليف بل يشمل الامور الوضعية فتكون النتيجة رفع الحكم عن المجهول ولكن لا دليل على تعلق الاثر بالفاقد فطبعاً يكون داخلاً في مورد الشك ومقتضى الاصل عدم ترتب الاثر وعليه لا بد من الالتزام بالتفصيل بأن نقول في كل عقد أو ايقاع اذا كان اطلاق أو عموم موجوداً يرجع اليه في كل مورد مشكوك فيه ويدفع احتمال القيد الفلاني والشرط الكذائي ومع عدم الاطلاق والعموم لا مناص عن الاحتياط والتحفظ على كل قيد وشرط الا مع قيام اجماع تعبدي كاشف في مورد خاص.

«قوله قدس سره: بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الاخرس»

لاحظ مارواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ثم يصمت فلا يتكلم قال:

يكون أخرس؟ قلت: نعم فيعلم منه بغض لامراته وكراهته لنها يجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت: لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ فقال بالذي يعرف منه من فعالة مثل ما ذكرت ومن كراهته وبغضه لنها

«قوله قدس سره: ثم لو قلنا ان الاصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها الملكية»

يختلج بالبال ان مرداه قدس سره من العبارة ان المعاطاة على فرض عدم كونها كالبيع اللفظي وعدم جوازها انما يختص الحكم بالخروج بالنسبة الى القادر على الانشاء باللفظ وأما من لا يقدر على اللفظ فالمعاطاة الصادرة عنه كالبيع اللفظي بلا فرق.

«قوله قدس سره: لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق»

لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: طلاق الآخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعتزلها<sup>٢</sup> والحديث ضعيف سنداً.

«قوله قدس سره: وفي بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس» لاحظ ما رواه البزنطي<sup>٣</sup> فانه يفهم من الحديث ان الكتابة مقدمة على الاشارة فلاحظ.

«قوله قدس سره: عملاً باصالة بقاء الملك» قد ذكرنا مراراً ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ باب طلاق الآخرس الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

(٣) تقدم في ص ١٠٨.

باستصحاب عدم الجعل الزائد فلا يجري استصحاب بقاء الملك ولكن لا تصل النوبة اليه بل لو لم يتم الدليل على النقل لكفى لبقاء كل عين في ملك صاحبها قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» فان المستفاد من الاية الشريفة بقاء كل ملك في ملك مالكة ويكون السبب الوحيد للخروج التجارة عن تراض.

«قوله قدس سره: ولأن المخاطب لا يدري بم خطوب»

هذا الاشكال في غاية السقوط اذ يمكن افهام المخاطب باقامة القرينة بحيث لا يبقى له شك في المراد ومقتضى القاعدة أن يقال كما مر: ان كل عقد أو ايقاع يكون لدليل امضائه الاطلاق وصدق عنوان ذلك العقد أو الايقاع في الخارج يحكم بصحته بمقتضى ذلك الاطلاق الذي فرض بلا فرق بين كون المبرز لذلك الاعتبار النفساني لفظاً أو فعلاً وعلى تقدير كونه لفظاً لا فرق بين كونه باللفظ الصريح وكونه بالظاهر في المراد وبلا فرق بين كونه مجازاً أو كناية ولا وجه لاشتراط أمر آخر بل الميزان انطباق ذلك العنوان على ما في الخارج .

«قوله قدس سره: فيفيد ارادة نفسه بالقرائن»

الظاهر انه لا مصداق لهذا الكلّي المذكور فان البايع اذا قال ادخلت الدار في ملكك بكذا مقدار واراد البيع يتحقق البيع وبعبارة اخرى: الادخال في الملك له مصاديق فان كان مع العوض يكون بيعاً وان كان بلا عوض يكون هبة وهكذا.

وببيان آخر: الانشاء يقع من أول الامر على التملك الخاص الا أن يقال هذا هو المقصود اي المقصود ان الادخال في الملك لازم اعم.



وفيه ان الادخال في الملك مع العوض ليس الا البيع ولا يقاس بقول القائل زيد كثير الرماد فانه يخبر عن كثرة رماده لكن مراده الجدي كونه جواداً نعم لا يبعد أن ينطبق على المقام ما لو قال البائع للمشتري تصرف في هذه العين تصرفاً جازياً وأراد بهذا الجملة بيع العين فان جواز التصرف في العين لازم أعم للبيع اذ جواز التصرف يجتمع مع البيع والاجارة والهبة والعارية والقرض الى غيرها فلاحظ.

### «قوله قدس سره: والذي يظهر من النصوص المتفرقة»

قد اشيرت الى هذه النصوص سابقاً وقلنا هذه النصوص لاتدل على اشتراط اللفظ في الايجاب والقبول فراجع ما ذكرناه هناك.

### «قوله قدس سره: فتأمل»

لعل وجه الامر بالتأمل ان الفقهاء الذين لم يتعرضوا لخصوص لفظ خاص في الايجاب لم يكونوا في مقام البيان من هذه الجهة بل كانوا في مقام بيان لزوم كون العقد باللفظ فقط فلا يمكن الاستفادة الاطلاق من كلامهم لعدم تمامية مقدمات الحكمة هذا.

ولكن يرد على هذا البيان انه لو فتح باب هذا التقريب لا نسد باب الاخذ باطلاق الكلام في كل مورد شك في كون المتكلم في مقام البيان ام لا والحال ان مقتضى اصالة البيان حمل كون المتكلم في مقام البيان فلاحظ.

### «قوله قدس سره: بلفظ السلم»

السلم عبارة عن تعجيل الثمن والتأخير في المبيع وبعبارة اخرى دفع الثمن عاجلاً وتسليم المبيع آجلاً.

«قوله قدس سره: وليتك العقد...»

التولية في البيع، بيع السلعة برأس المال فان هذا كله يؤيد ما قلناه من عدم وجه لاشتراط مادة خاصة ونحو مخصوص في صيغة البيع بل ينعقد بكل لفظ يدل على المراد ويصدق عليه في العرف عنوان البيع.

«قوله قدس سره: والتشريك في المبيع بلفظ شركتك»

لا يبعد أن يكون المراد من الجملة أن المشتري بعد اشتراء العين يشرك صديقه في المبيع ويبيع نصف العين منه ويقول له شركتك.

«قوله قدس سره: فالخطاب في نفسه محتمل لا يدرى المخاطب...»

لا اشكال في أن ابراز ما في النفس يمكن باللفظ فابراز المقصود باللفظ أمر ممكن وعليه لا يتجه ما أفاده الماتن ولا يصح ما أفيد في المقام فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكن هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكره من

أمثله الكناية»

مثلا لو قال البائع: أدخلت الدار في ملكك بكذا يكون الدال على البيع اللفظ الكنائي ومع ذلك يكون باللفظ اضم الى ما مرّ آنفاً من أنه يمكن الابراز باللفظ في جميع الموارد.

«قوله قدس سره: دخلت في الكناية التي عرفت ان تجويزها

رجوع الى عدم...»

قد عرفت انه يمكن الانشاء باللفظ ولا ينافي الاتيان بالكنايات مع الانشاء باللفظ فلا يتم التوجيه المذكور وصفوة القول: انه لو صدق في العرف ان زيدا باع داره من بكر يترتب عليه الاثر اعم من أن يكون انشاءه بلفظ بعث أو بغيرها فلاحظ.

«قوله قدس سره: منها لفظ بعث فى الایجاب»

لا اشكال فى تحقق ایجاب البیع بلفظ بعث انما الاشكال فى أن المستفاد من كلام المصباح - حیث قال فى مقام تعریف البیع - «مبادلة مال بمال» ان مفهوم البیع مفهوم متقوم بالطرفین و من ناحية اخرى الصحة الوضعية عارضة على البیع بمقتضى قوله تعالى «احل الله البیع» فیقع الکلام فى أنه ان قلنا ان البیع عبارة عن مجموع الایجاب والقبول یلزم أن یكون استعمال البیع فى قول البایع بعث استعمالاً مجازياً أو نلتزم بكون لفظ البیع مشترکابین معنیین والالتزام بكل الامرین مشکل.

وان قلنا البیع اسم لخصوص الایجاب فتعریف المصباح یقع مورد الاشكال مضافاً الى أن لازمه أن یكون البیع فى قوله تعالى «احل الله البیع» مجازاً اذ من الظاهر ان مجرد الایجاب لا یكون مورد الامضاء فما الحيلة.

والذى یختلج بالبال أن یقال لفظ البیع موضوع لخصوص الایجاب مقابل الاشتراء وایضاً مفهوم البایع فى مقابل المشتري ولا یتوجه اشكال.

وأما امضاء البیع فنقول المراد من البیع الذى یكون مورد الامضاء الحصة الخاصة منه وهى الایجات المتعقب بالقبول مع بقية الشرائط. وان شئت قلت: لا اشكال فى أن البیع على اطلاقه وارساله لا یكون مورد الامضاء بل الممضى بالفتح البیع مع جمیع الشرائط المقررة ومن جملة تلك الشرائط أن یتعلق به القبول.

وأما تعریف المصباح فیمكن أن یقال ان مراده من المبادلة التبدیل واستعمال باب المفاعلة بالفعل القائم بطرف واحد كثير وليس بعزیز ویمكن أنه أراد بالبیع الحصة الخاصة منه مضافاً الى

أن الامر اذا وصل الى كلامه يكون سهلاً اذ غاية ما يلزم أن يكون كلامه ناشياً عن الاشتباه وهو أمر ممكن.

«قوله قدس سره: ولا يخلو عن وجه»

ولكنه غير وجيه فان الميزان الذي ذكرناه صدق عنوان ذلك العقد أو ذلك الايقاع ولا دليل على أكثر من هذا المقدار فلاحظ.

«قوله قدس سره: وفيه اشكال»

لعمل وجه الاشكال ان مقتضى اطلاق كلامهم عدم الفرق فلا وجه للتفصيل.

«قوله قدس سره: وأما القبول فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت»

ظهر مما تقدم منا ان هذه التفصيلات بلا طائل فان الميزان بصدق عنوان العقد المقصود أو الايقاع كذلك والزائد عن هذا المقدار لا دليل عليه.

ولسيدنا الاستاد كلام في المقام وهو انه لو تحقق الايجاب من الطرفين بأن قال احدهما بعث داري ببستانك ومقارناً لهذا الايجاب قال الاخر بعثك بستانني بدارك يتحقق العقد ويترتب عليه الاثر لصدق العقد والتجارة فان العقد ارتباط احد الالتزامين بالآخر والتجارة لا تتقوم بالايجاب والقبول.

ويرد عليه اولاً ان قد ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء بالعقد لا يمكن أن يكون ناظراً الى جعل الصحة بل متعرض للزوم العقد الذي فرض كونه صحيحاً وذكرنا ايضاً ان صدق التجارة على غير البيع محل الكلام والاشكال وثانياً: انه كيف يرتبط احد الايجابين بالآخر مع فرض كون ايجاب كل واحد من الطرفين ايجاب مستقل

وانشاء اجنبی عن انشاء الطرف المقابل.

«قوله قدس سره: وجمین»

ربما یقال بأن القبول لا یتحقق بلفظ الامضاء اذا الامضاء یتعلق بالعقد والعقد مرکب من الایجاب والقبول فالامضاء متأخر عن القبول رتبة.

وبعبارة واضحة ان الامضاء فرع تحقق العقد والعقد مرکب من الایجاب والقبول فكیف یمکن تحقق القبول بلفظ الامضاء وفيه انه یمکن فی تحقق القبول انشاءه فاذا فرض صدق انشاءه بانشاء مفهوم الامضاء یتحقق الموضوع ولاوجه للاشکال فالصحيح تحققه به.

«قوله قدس سره: لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة»

یمکن تصویر المقام على نحو یدخل فی باب المدعى والمنکر مثلاً لوکان احد العوضین حیواناً فادعى من انتقل الیه حیوان کونه مشتریاً وادعى الاخر کونه بایعاً یمکن المدعى للخیار قوله خلاف الاصل ویلزم علیه أن یقیم البینة وأما الطرف الاخر فیکون قوله موافقاً للاصل وهو للزوم وعدم الخیار فیکون القول قوله.

«قوله قدس سره: مسئلة المحکى عن جماعة منهم السيد عمید

الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهید الثانیان اعتبار العربية فی العقد»

ما یمکن أن یدکر أو ذکر فی وجه الاشتراط امور: الامر الاول: التأسی بالنبی صلی الله علیه وآله فانه کان ینشیء العقود والایقاعات بالعربی وفعله حجة کقوله وتقریره.

وفیه انه لا دلیل على وجوب التأسی به على الاطلاق الا فیما علم ان فعله بعنوان التشريع و بیان الحکم ولم یعلم منه ذلك فی المقام بل علم عدمه فانه لو كانت العربية شرطاً فی عقد البیع لذاع وشاع

ولم يقع مورد البحث مع عموم البلوى به في كل زمان ومكان مضافاً الى أن احتمال اشتراطها مرفوع باطلاق دليل صحة البيع والتجارة فالوجه المذكور في غاية السقوط.

الامر الثاني: ان عدم جواز انشاء البيع بالعربي غير الماضي يدل بالاولوية على عدم جوازه بغير العربي.

وفيه: اولاً ان عدم الجواز بغير الماضي لا يدل بالاولوية على المدعى فانه لا ارتباط بين المقامين.

و ثانياً: ان عدم الجواز بغير الماضي ممنوع فلا موضوع للاولوية المدعاة.

وثالثاً: انه قد دل بعض النصوص على جواز انشاء البيع بغير الماضي وغير العربي لاحظ حديث محمد قال: قال أبو عبدالله عليه السلام أني لاكره بيع عشرة باحدى عشر وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، قال: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعك كذلك وعظم عليّ فبعته مساومة<sup>١</sup>.

وحديث العلاء قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول أبيعك بده دوازه أو ده يازده فقال لا بأس انما هذه المروضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة<sup>٢</sup>.

ورابعاً: انه لا مجال لتوهم الاشتراط المذكور فان السيرة جارية في تمام انحاء العالم الاسلامي غير العربي بانشاء البيع بلغات مختلفة وهل يمكن الالتزام ببطلان معاملاتهم كلا.

الامر الثالث: ان مفهوم العقد لا يصدق على الانشاء بغير العربي فلا بد من التحفظ على العربية.

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

وبطلان دعوى المذكور أوضح من أن يخفى فإن الانشاء عبارة عن ابراز ما في النفس بأي نحو بلا تقيده بقيد من القيود فاذا كان امراً قائماً بالطرفين يصدق عليه العقد وان كان قائماً بالطرف الواحد يصدق عليه الايقاع فلاحظ.

«قوله قدس سره: وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والمهيئة بناءً على اشتراط العربي الاقوى ذلك».

قال سيدنا الاستاد في هذا المقام: لابد من التفصيل بين كون الملحون غلطاً كلفظ «بغت» بدل «بعت» وما لم يكن غلطاً فنقول بعدم الصحة في الاول وبها في الثاني.

ويرد عليه اولاً انه كيف يجمع بين كونه ملحوناً وعدم كونه غلطاً قال في مجمع البحرين «يقال لحن فلان في كلامه اذا مال عن صحيح النطق» وقال ايضاً «غلط في منطقه كفرح غلطاً بالتحريك خطأ وجه الصواب» والحاصل انه لا واسطة بين الغلط والصحيح. وثانياً: ان الميزان صدق عنوان البيع فان صدق العنوان يحكم بصحته لعدم دليل على التقييد في مقابل دليل الامضاء فكل قيد وشرط يرفض بالاطلاق الا أن يقوم دليل معتبر على الاعتبار فنأخذ به.

«قوله قدس سره: وحكى عن فخرالدين الفرق»

بما ذكرنا ظهر انه لا وجه للتفصيل المذكور وأمثاله فان كلها بلا وجه والمتبع اطلاق دليل الامضاء المقتضي لالغاء جميع القيود.

«قوله قدس سره: الا مع العجز عن التعلم والتوكيل»

لا فرق بين القادر والعاجز فان القادر العالم بجميع الخصوصيات لو أنشأ البيع بغير العربي أو بالعربي غير الماضي غلطاً يداع من

الدواعي يكون مؤثراً لاطلاق الدليل حتى في صورة تغير المعنى اذ الميزان الكلي كما ذكرنا صدق عنوان البيع.

«قوله قدس سره: ثم هل المعتبر عربية جميع أجزاء الايجاب»

على ما ذكرنا لا مجال لهذه الابحاث ولكن على القول به لا بد من ملاحظة المدرك فان كان المدرك الاجماع فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن منه حيث انه دليل لبي الا أن يفرض اطلاق في معقد الاجماع وهذا فرض في فرض.

وان كان المدرك للاشتراط الاقتصار على القدر المتيقن بدعوى ان مقتضى الاصل الفساد فلا بد من رعاية جميع القيود المحتملة كما لا بد من رعاية الخصوصيات المعتبرة في قراءة الصلاة اذ بدون رعايتها لا يحصل اليقين ومقتضى الاصل الفساد.

«قوله قدس سره: ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً»

الحق انه يصدق انه انشاء البيع بالعربي ولا يتوقف على معرفة المتكلم الخصوصيات المذكورة في كلام الماتن والله العالم.

«قوله قدس سره: المشهور كما عن غير واحد اشتراط

الماضوية»

يظهر من كلامه قدس سره أن ما يمكن ان يذكر في مقام الاستدلال على الاشتراط وجوه: الوجه الاول الشهرة الفتوائية وقد حقق في محله عدم كون الشهرة حجة.

الوجه الثاني: الاجماع المدعى. وفيه انه حقق في الاصول عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بمنقوله.

الوجه الثالث: عدم صراحة المضارع والامر في انشاء البيع. وفيه اولاً انه لا وجه للصراحة بل يكفي الظهور. وثانياً: انه تتحقق



الصراحة مع القرينة.

وان شئت قلت: لافرق بين قول البائع «بعت» وقوله «أبيع» فان كل واحد من اللفظين مع القرينة يمكن أن يكون صريحاً في المراد وأما مع عدم القرينة فشيء منهما لا يكون صريحاً ولا ظاهراً. الوجه الرابع: عدم التعارف الخارجي: وفيه: انه على فرض التسليم لا يشترط في صيغة البيع التعارف الخارجي بل بمقتضى الاطلاق أي اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» وقوله تعالى «تجارة من تراض» كفاية صدق العنوان.

«قوله قدس سره: في بيع الابق»

لاحظ ما رواه رفاعة النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الابقة وأعطيتهم الثمن وأطلبها انا؟ قال: لا يصلح شراؤها الا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم اشتري منكم جاريتمك فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز<sup>١</sup>.

ولاحظ ما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو أبق عن أهله قال: لا يصلح الا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه<sup>٢</sup>.

«قوله قدس سره: واللبن في الضرع»

لاحظ ما رواه سماعة قال: سألت عن اللبن يشتري وهو في الضرع فقال لا الا أن يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضروعها بثمر مسمى فان لم يكن

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: وفحوى ما دل عليه في النكاح»

وهي جملة من النصوص منها ما رواه ابا ن بن تغلب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام كيف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوماً وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً وتسمى (من الاجر) ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك وانت أولى الناس بها<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه ابن أبي نصر عن ثعلبة قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحاً غير سفاح وعلى أن لا ترثيني ولا ارثك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً وعلى أن عليك العدة<sup>٣</sup>. ومنها ما رواه هشام بن سالم قال: قلت كيف يتزوج المتعة؟ قال يقول أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً فاذا مضت تلك الايام كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه ابو بصير قال: لا بد من أن يقول فيه هذه الشروط أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه وعلى أن لا ترثيني ولا ارثك وعلى أن تعتدي خمسة واربعين يوماً وقال بعضهم حيضة<sup>٥</sup>.

(١) الوسائل الباب ٨ من هذه الابواب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعة الحديث ١.

(٣) عين المصدر الحديث ٢.

(٤) عين المصدر الحديث ٣.

(٥) عين المصدر الحديث ٤.

ومنها ما رواه الاحول قال: سألت أباعبدالله عليه السلام قلت: ادنى ما يتزوج الرجل به الممتعة قال كف من بر يقول لها زوجيني نفسك ممتعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحاً غير سفاح على أن لا ارثك ولا ترثيني ولا أطلب ولدك الى أجل مسمى فان بدالى زدتك وزدتنى<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه هشام بن سالم الجواليقي عن أبي عبدالله عليه السلام فى حديث قال قلت ما أقول لها قال تقول لها اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه والله وليي ووليك كذا وكذا شهراً بكذا وكذا درهماً على أن لي الله عليك كفيلاً لتفين لي ولا أقسم لك ولا أطلب ولدك ولا عدة لك علي<sup>٢</sup> فإذا مضى شرطك فلا تتزوجي حتى يمضى لك خمسة وأربعون يوماً وان حدث بك ولد فاعلميني<sup>٣</sup>.

### «قوله قدس سره: على وجه لا يحتاج الى قرينة»

يرد عليه اولاً انه لا وجه لهذا الاشتراط فان الميزان صدق عنوان البيع أو غيره من العقود والايقاعات باي وجه كان وثانياً انه كيف يمكن تصوير ما أفاده فان فعل المضارع لا يستفاد منه انشاء البيع أو غيره الا مع القرينة الحالية أو مقالية أو غيرهما فصراحته فى الانشاء بلا قرينة أمر غير ممكن ظاهراً.

### «قوله قدس سره: فتأمل»

لعل وجه الامر بالتأمل ما ذكرناه فلاحظ.

بقي شيء وهو ان سيدنا الاستاد أفاد فى المقام بانه يجوز انشاء البيع بالجملة الاسمية كما لو قال هذا لك بكذا اذا قام قرينة على أن القائل فى مقام البيع وأما انشاء البيع بقوله انا بايع ونحوه فلا

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الممتعة الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

يجوز اذ يعد في نظر العرف من الاغلاط ومع عدم صدق عنوان البيع على ما يتحقق في الخارج من الانشاء لا يصح البيع. وفيه اولا انا نمنع عن كون مثله غلطاً وثانياً انه يفرض كونه غلطاً لكن لا نسلم ان عنوان البيع لا يصدق على الانشاء الغلط والله العالم.

«قوله قدس سره: مسألة الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول»

ربما يستدل على المدعى بالاجماع وحال الاجماع في الاشكال ظاهر مضافاً الى أنه على تقدير تحققه يحتمل استناده الى بعض الوجوه المذكورة في المقام.

كما ان الاستدلال عليه بأن تقديم القبول على الايجاب خلاف المتعارف مردود بأن مقتضى اطلاق الدليل عدم الفرق بين المتعارف وغيره.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان القبول على قسمين احدهما: أن يكون متضمناً للمطاوعة للايجاب ثانيهما: أن لا يكون كذلك بل ينشأ به الاشتراء من دون قصد المطاوعة قال الراغب في مفرداته: «البيع اعطاء المثلث وأخذ الثمن» «والشراء اعطاء الثمن وأخذ المثلث» فالشراء عبارة عن اخذ المبدل واعطاء البديل فان كان القبول بعنوان المطاوعة فلا بد أن يكون متأخراً عن الايجاب اذ قوام المطاوعة بقبول ما وقع في الخارج فلا يعقل فيه التقدم.

وأما ان لم يكن كذلك فلا محذور في تقدمه على الايجاب ويؤيد المدعى بل يدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه رفاعة<sup>١</sup> فان المستفاد من الحديث جواز تقديم الاشتراء على ايجاب البيع.

ومنها مارواه سماعه<sup>١</sup> والتقريب هو التقريب ومنها مارواه سماعه ايضاً<sup>٢</sup> والتقريب هو التقريب.

وصفوة القول: ان القبول اذا كان متضمناً للمطوعة فلا بد من تأخره عن الايجاب والا فلا.

وما فى كلام سيدنا الاستاد من التفصيل بين مطوعة المصدر واسم المصدر بأن المطوعة للمصدر غير لازم ومطوعة معنى اسم المصدر لايتوقف على التأخر لايرجع الى محصل صحيح اذ المقصود ان العقد مركب من الايجاب والقبول ولا دليل على لزوم تقدم الايجاب لكن القبول اذا كان عبارة عن انشاء الرضا بما تحقق من قبل الموجب فلا يعقل تحققه قبل الايجاب الا على نحو الوعد ولا يكون قابلاً للتفصيل والظاهر ان عنوان القبول لا يمكن تحققه الا أن يقع بعد الايجاب.

فالنتيجة انه لا يشترط فى القبول أن يكون متأخراً عن الايجاب بل البيع متقوم بالتبديل بين المثلين والثلث وان الموجب يعطي المعوض ويأخذ الثمن والمشتري يأخذ المعوض ويدفع الثمن بلافق بين تأخره عن الايجاب وتقدمه عليه.

وأما لزوم تأخره عنه فيما يكون بعنوان القبول فهو من باب خصوصية فى عنوان القبول ومادته.

وربما يقال: يمكن الاستدلال على المدعى أى على عدم اشتراط تأخر القبول عن الايجاب بالنصوص الواردة فى المتعة الدالة على جواز تقدم القبول على الايجاب<sup>٣</sup>.

(٢٠١) لاحظ ص: ١١٩.

(٣) تقدم تلك النصوص فى ص ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١.

بتقريب ان النصوص المشار اليها تدل على المقصود في المقام بالاولوية: وفيه انه لا أولوية بل الامر على العكس اذ يمكن ان الشارع الاقدس سهل الامر في باب النكاح حذراً عن وقوع الزنا فمادونه بخلاف غيره فالتسهيل في ذلك الباب لا يدل على أن غيره مثله في السهولة.

«قوله قدس سره: ولعله الاصل»

قد ظهر بما ذكرنا انه لا أصل للاصل المذكور وان المتعارف الخارجى لا يكون مانعاً عن الاخذ بالاطلاق ولا يوجب الانصراف فلاحظ.

«قوله قدس سره: وزاد بعضهم ان القبول فرع الايجاب»

قد ظهر مما تقدم ان القبول الذي شرب فيه مفهوم المطاوعة والرضا بما وقع في الخارج لا بد من أن يكون متأخراً عن الايجاب لكن قد ذكرنا ان البيع متوقف على البيع من قبل البايع والاشتراء من قبل المشتري باي نحو تحقق ولا دليل على لزوم تأخر الاشتراء عن ايجاب البيع بل الدليل على خلافه.

«قوله قدس سره: ورواية السهل الساعدي»

لاحظ ما رواه سهل الساعدي ان النبي صلى الله عليه وآله جاءته اليه امرأة فقالت: يا رسول الله اني قد وهبت نفسي لك فقال صلى الله عليه وآله لا اربة لي في النساء فقالت زوجني بمن شئت من أصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها فقال: هل معك شيء تصدقها فقال والله ما معي الا ردائي هذا فقال ان اعطيتها اياه تبقى ولا رداء لك هل لك شيء من القرآن فقال نعم سورة كذا وكذا فقال صلى الله عليه وآله زوجتكها على ما معك من القرآن<sup>١</sup>.

(١) المستدرک الباب ١ من ابواب عقد النكاح واولياء المقد الحديث ٤.

«قوله قدس سره: والتحقيق ان القبول اما أن يكون بلفظ قبلت ورضيت»

قسم القبول الى اقسام الاول: أن يكون بلفظ قبلت ورضيت وأفاد بأنه لا يجوز تقديمه على الايجاب واستدل عليه بوجوه. الوجه الاول: الاجماع. الوجه الثانى: انه خلاف المتعارف من العقد.

الوجه الثالث: ان الرضا بالايجاب يستلزم النقل في الحال لا مجرد ابراز الرضا كى يقال انه يمكن ابراز الرضا بالامر المستقبل. ويرد على الوجه الاول ان الاجماع المحصل لا اعتبار به فضلا عن المنقول منه سيما في مثل المقام. ويرد على الوجه الثانى ان المتعارف الخارجى لا يكون مانعاً عن الاطلاق كما تقدم. ويرد على الوجه الثالث ان القبول متضمن للنقل بلا فرق بين تقدمه على الايجاب وتأخره عنه فان الملكية المتحققة في البيع اماملكية شرعية وأما عقلائية واما من قبل البايع واما من قبل المشتري.

توضيح المدعى: انه لو قال البايع للمشتري بعتك دارى بكذا تكون الدار منتقلة الى المشتري والتمن منتقلا الى البايع واذا قال المشتري قبل ايجاب البايع اشتريت منك دارك بكذا يتحقق الانتقال كذلك فاذا وقع انشائهما مورداً لامضاء العقلاء يتحقق الملكية العقلائية واذا وقع مورد امضاء الشرع تتحقق الملكية الشرعية.

وصفوة القول: ان الملكية والانتقال يتحقق من قبل كل واحد من البايع والمشتري بالفعل غاية الامر تارة يكون صحيحاً بلحاظ الشرع واخرى لا يكون صحيحاً فهذا الوجه ايضاً غير صحيح. وعلى الجملة: ان القبول على الاطلاق متضمن للنقل بالفعل ولا

يفرق فيه بين تقدمه على الايجاب وتأخره عنه فالحق أن يقال كما تقدم ان القبول اذا كان بعنوان المطاوعة والرضا بما تحقق فلا بد من كونه متأخراً عن الايجاب ولا يمكن تقدمه عليه والا فلا مانع من تقدمه والظاهر ان مادة القبول لا بد فيها من تأخرها.

ثم ان الماتن منع عن جواز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر واستدل عليه بأن الامر يدل على الرضا بالمعاوضة ولا يدل على تحقيقه خارجاً.

وبعبارة اخرى: الامر طلب للمعاوضة لارضاء بها وببيان واضح: لا يتحقق النقل بالفعل بالطلب فلا يتحقق القبول.

ويرد عليه انه تارة يراد بالامر والطلب مجرد الاستدعاء وطلب انشاء المعاملة واخرى يقصد بالطلب والامر الاشتراء اي ينشئ بالامر ما ينشئ بقوله اشتريت فعلى الاول لا يتحقق القبول وأما على الثاني فيمكن القول بتحقيق احد ركني العقد والالتزام بتقدم الاشتراء على البيع.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله اشارة الى ان دعوى الاجماع موهونة بكثرة الخلاف والله العالم.

«قوله قدس سره: متعاكسان»

لا يبعد أن يكون المراد من العبارة ان لفظ رضيت لو تأخر عن الايجاب يدل بالمطابقة على القبول وبالملازمة على نقل مال البائع الى نفسه وأما لفظ اشتريت لو تأخر عن الايجاب يدل بالمطابقة على النقل وبالملازمة على الرضاء وأما لو تقدم على الايجاب فلا تدل على الرضاء بالايجاب حتى التزاماً ويدل على النقل بالمطابقة



وأما لفظ رضى لو تقدم على الايجاب فلا يدل على النقل بل يدل على الرضاء بالايجاب.

«قوله قدس سره: ولا يخفى انه لا يصدق الارتهان»

لو فرض عدم صدق الارتهان الا بعد تحقق الرهن من الراهن فما افاده تام بلاشكال لكن الكلام والاشكال فى أصل الدعوى فان باب الافتعال لم يشرب فيه عنوان المطاوعة ولذا يصدق عنوان الاكتساب وأمثاله على فعل الشخص ابتداءً.

ودعوى ان اخذ شيء بعنوان الوثيقة متوقف على الايجاب السابق من قبل الراهن بلا دليل وعلى الجملة: يتصور تقديم القبول على الايجاب فى جميع الموارد المذكورة فلا وجه للتفصيل نعم عنوان المطاوعة وقبول ما وقع من قبل الموجب يتوقف على التأخر والا يلزم الخلف المحال.

وصفوة القول: انه لا دليل فى مقام الثبوت على لزوم تأخر القبول عن الايجاب نعم لا بد فى مقام الاثبات من وجود دليل يمكن الاخذ به والا يكون مقتضى الاصل الاولي الجارى فى المعاملات الفساد فلاحظ.

«قوله قدس سره: ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه

وقبوله»

قال سيدنا الاستاد فى منهاج الصالحين فى بحث شروط العقد فى مسألة ٣ «يعتبر فى تحقق العقد الموالاة بين الايجاب والقبول فلو قال البايع بعث فلم يبادر المشتري الى القبول حتى انصرف البايع عن البيع لم يتحقق العقد ولم يترتب عليه الاثر أما اذا لم ينصرف وكان ينتظر القبول حتى قبل صح».

وهذه العبارة تدل على أن سيدنا الاستاد لا يرى الموالاة بين الإيجاب والقبول معتبرة وكيف كان الذي يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه:

الوجه الاول: الاجماع واشكاله ظاهر.

الوجه الثاني: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره وهو انه مع عدم الموالاة ان القبول أما يطابق الإيجاب وأما يخالفه أما على الاول فيلزم تحقق الملكية من حين الإيجاب نظير كون الاجازة في البيع الفضولي كاشفاً عن صحة العقد من حين تحققه وأما على الثاني فلا يكون العقد صحيحاً لاشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول. وفيه اولاً: ان الاشكال المذكور جار فيما يكون الفصل قصيراً فان حكم الامثال واحد.

وثانياً: انه لا دليل على لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول بهذا المقدار فان البائع يعتبر المبادلة بين العوضين من زمان الإيجاب والمشتري يعتبر المبادلة بينهما من زمان القبول والشارع الاقدس يمضي العقد من زمان تحققه.

الوجه الثالث: ما عن الشهيد قدس سره من أن كل أمرين أو امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة والاذان وأمثالهما تشترط الموالاة بينهما ويعتبر عدم الفصل بين أجزائها بحيث لا تنعدم الصورة الاتصالية ومن هذا القبيل العقد فانه لا بد في تحققه من عدم الفصل بين ايجابه وقبوله والا لا يصدق عليه عنوان العقد.

وبعبارة اخرى: الامر المتدرج الذي له صورة اتصالية لا بد فيه من الموالاة كي لا تختل صورته وأما اذا اختلت الصورة لا يترتب عليه الاثر المطلوب شرعاً والعقد من هذا القبيل فلا بد فيه من رعاية الموالاة.

وفيه اولاً: ان العقد عبارة عن ارتباط احد الالتزامين بالالتزام الاخر وليس العقد من باب الالفاظ كى يجري فيه هذا التقريب نعم يحتاج العقد الى الابرار ومبرزه ربما يكون اللفظ كما انه يمكن أن يبرز بالفعل كما لو أبرز بالمعاطاة.

وثانياً: انا نفرض كونه من عالم الالفاظ لكن لا تشترط في صدق العنوان الموالاة ولذا نرى انه لو قرء وختم القرآن احد في مدة شهر يصدق انه ختم القرآن وعليه الديدن الخارجى والمتعارف عند المؤمنين فصدق العنوان لايتوقف على الموالاة على نحو الاطلاق.

ولا يقاس المقام بالفصل بين الاستثناء والمستثنى منه فانه مع الاتصال يكون للكلام ظهور واحد بخلاف صورة الانفصال ولذا يقال الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات واذا قال احد لا اله ولم يقل الا الله يحكم عليه بالكفر.

وعلى الجملة: الظهورات العرفية معتبرة عند العقلاء والمستفاد من جملة الاستثناء والمستثنى منه يتوقف على الاتصال.

وبعبارة واضحة: قوامه بالاتصال وأما مسألة استتابة المرتد وايضاً مسألة وجوب تحريم المأموم قبل ركوع الامام فلا يرتبطان بالبحث بل ترتبطان بالدليل الشرعى فان تم الدليل على الفورية نلتزم بها والا فلا كما ان لزوم الموالاة في التعريف في مسألة اللقطة متقوم بالدليل الدال عليه ولا يرتبط بالمقام.

نعم لا اشكال في أن الامر التدريجي المتصل المتوالى اذا صار موضوعاً للحكم لا بد من رعاية الموالاة فيه فان القضية بشرط المحمول ضرورية لكن الكلام في الصغرى.

وثالثاً: انا نفرض عدم صدق عنوان العقد لكن يكفي عنوان البيع والتجارة.

الوجه الرابع: ما عن الميرزا النائيني وهو ان العقد المعاوضي خلع ولبس ومع عدم الموالاة يلزم أن يتحقق الخلع بلا لبس فيلزم الخلف.

وفيه اولاً: ان الاشكال المذكور على تقدير تماميته جار في الفصل القصير فان حكم الامثال واحد.

وثانياً: ان الخلع من قبل البايع ملازم مع اللبس كما ان الامر كذلك بالنسبة الى المشتري بيان ذلك: ان البايع اذا باع داره من احد بالف دينار يخلع ملكية الدار عن نفسه ويجعل تلك الملكية للمشتري ويخلع ملكية الدينار عن المشتري ويجعل لنفسه والمشتري ايضاً يفعل مثل فعل البايع غاية الامر ينعكس الامر من قبله وتتحقق المبادلة بفعلهما والعرف يمضي المبادلة المذكورة وكذلك الشارع ففي جميع المراحل يكون الخلع ملازماً مع اللبس ولا يلزم الانفكاك فلا يتم الوجه المذكور ايضاً.

الوجه الخامس: ان المتعارف الخارجي تراعى فيه الموالاة. وفيه ان الاطلاق كما ذكرنا مراراً لا ينصرف الى المتعارف الخارجي والتعارف الخارجي لا يكون مانعاً عن الاخذ بالاطلاق.

فالنتيجة انه لا دليل على اشتراط الموالاة بين الايجاب والقبول بل يمكن الاستدلال على عدم لزوم الموالاة بوجوه.

الوجه الاول: اطلاق دليل صحة البيع كقوله تعالى «احل الله البيع» فان مقتضى الاطلاق عدم اشتراط الموالاة.

الوجه الثاني: السيرة العقلائية الخارجية بل السيرة الجارية بين المشرعة فانا نرى بالعيان والوجدان عدم رعايتهم للموالاة

فى عقودهم فانهم يرسلون الهدايا من البلاد النائية ويحصل قبولها بعد زمان طويل وايضاً يوكلون غيرهم فى أمر ويحصل قبول الوكالة من الوكيل بعد فصل زمانى طويل.

والحاصل انه لا اشكال فى تحقق المعاملات والعقود بين العقلاء مع كونهم متباعدين والسيرة جارية بينهم بلا نكير من احد.

الوجه الثالث: ما رواه الساعدي<sup>١</sup> فان المستفاد من الحديث تحقق الفصل بين ايجاب المرثّة وقبول نكاحها.

الوجه الرابع: ما رواه ابن صدقة عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال ولد لرسول الله صلى الله عليه وآله من خديجة القاسم والطاهر، الى أن قال ثم ولد لرسول الله صلى الله عليه وآله من ام ابراهيم ابراهيم وهي مارية القبطية أهداها اليه صاحب الاسكندرية مع البغلة الشهباء وأشياء معها<sup>٢</sup>.

فانه يستفاد من هذه الرواية الفصل بين الايجاب والقبول ان قلت: الكلام فى العقد اللفظى وقصة المارية تحققت بالمعاطاة قلت: الكلام فى اشتراط الموالاتة بين الايجاب والقبول فلا فرق بين اللفظ والفعل.

«قوله قدس سره: ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد»

ما يمكن أن يذكر لتقريب المدعى وجوه الوجه الاول: الاجماع. وقد حقق فى محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه مضافاً الى امكان استنادهم الى الوجوه المذكورة فى المقام ان لم يكن مقطوعاً به.

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ١٢٤.

(٢) البحار ج ٢٢ ص ١٥١.

الوجه الثاني: ان التعليق في العقد غير معقول. وفيه ان التعليق في الانشاء غير معقول اذ الانشاء أما يتحقق وأما لا يتحقق وأما التعليق في المنشأ فأمر معقول وواقع في الخارج فان الوصية انشاء للملكية مثلاً بعد الموت وقد حقق في الاصول ان الواجب ينقسم الى المطلق والمشروط فالتعليق اذا تعلق بالمنشأ فلا مانع منه.

الوجه الثالث: ان وجوب الوفاء بالعقد لا ينفك عن العقد فلا بد من كون العقد منجزاً كي يترتب عليه وجوب الوفاء.

ويرد عليه اولاً: ان وجوب الوفاء ليس وجوباً تكليفاً بل وجوب وضعي أي يكون العقد لازماً ولا تنافي بين التعليق واللزوم وبعبارة اخرى: مقتضى وجوب الوفاء انه ليس للعاقد الفسخ.

وثانياً: انه سلمنا ان وجوب الوفاء وجوب تكليفي لكن وجوبه تابع لموضوعه فان كان موضوعه فعلياً يكون مترتباً عليه بالفعل والا يترتب عليه عند تحققه.

وثالثاً: ان هذا التقريب على فرض تماميته يتم فيما لو كان المعلق عليه أمراً استقبالياً كما لو قال بعتك بعد قدوم زيد من السفر وأما لو علق على أمر فعلي كما لو قال بعتك ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فلا يتوجه الاشكال.

ورابعاً: انا فرضنا عدم ترتب اللزوم على العقد لكن نقول لا ينحصر دليل صحة العقد بدليل وجوب الوفاء كي يتم التقريب المذكور فان قوله تعالى «احل الله البيع» وايضاً قوله تعالى «تجارة عن تراض» يدلان على صحة العقد فهذا الوجه ايضاً غير تام.

الوجه الرابع: ان دليل صحة العقود توقيفي فلا بد من الاقتصار على ما علم من الشرع كونه مؤثراً والا يكون محكوماً بالفساد بمقتضي اصالة الفساد.

ويرد عليه ان الميزان اطلاق دليل الامضاء والمفروض ان اطلاق دليل الصحة يقتضي صحة المعلق.

الوجه الخامس: ان اطلاق الدليل ينصرف الى المتعارف فاذا كان التعليق خلاف المتعارف لا يشمل دليل الصحة. وفيه انه لا دليل على كون المطلق منصرفاً الى المتعارف مضافاً الى أن كون التعليق غير المتعارف غير تام.

وربما يقال ان التقريب المذكور على فرض تماميته انما يتم بالنسبة الى الدليل المطلق كقوله تعالى «احل الله البيع» لكن لا يتم بالنسبة الى العموم كقوله «اوفوا بالعقود».

وهذا التوهم فاسد اما اولاً فلان دليل وجوب الوفاء لا يكون دليلاً للصحة بل دليل للزوم العقد الصحيح فانا ذكرنا سابقاً ان الوجوب المستفاد من دليل وجوب الوفاء ليس وجوباً تكليفاً اذ من الظاهر ان الفسخ لا يكون حراماً فيكون ارشاداً الى اللزوم ومن الظاهر ان اللزوم فرع الصحة ومن ناحية اخرى الحكم غير متعرض لموضوع نفسه بل الحكم تابع لوجود موضوعه فلا بد من فرض وجوده كى يترتب عليه الحكم.

وعليه نقول: العقد الذي يترتب عليه اللزوم اما خصوص العقد الباطل أو الجامع بين الفاسد والصحيح أو خصوص الصحيح لاسبيل الى الاول والثاني فيكون المراد منه خصوص الصحيح فالنتيجة ان دليل وجوب الوفاء لا يكون دليلاً للصحة هذا اولاً.

وثانياً: ان الاطلاق عبارة عن الشمول المستفاد من دليل الحكمة وبعبارة واضحة: الشمول والسريان تارة يستفاد من دليل الحكمة واخرى من الوضع فاذا قال المولى اكرم العالم يستفاد سريان الحكم

من اجراء مقدمات الحكمة في مفهوم العالم واذا قال اكرم كل عالم يستفاد العموم من وضع لفظ الكل للعموم والسريان ولكن الحكم يشمل لكل فرد قابل لان يكون مصداقاً لمفهوم العالم ولذا لا يشمل من لا يكون عالماً.

وبعبارة واضحة: العموم المستفاد من لفظ الكل يقتضي سريان الحكم بالنسبة الى كل فرد من أفراد العالم وأما غير العالم فلا فلو ثبت انصراف لفظ العالم الى خصوص الفقيه لا يستفاد من دليل وجوب الاكرام وجوب اكرام غير الفقيه من العلماء ولا مجال للدعوى ان العموم يقتضي الشمول و عليه لو ادعى احد ان العقد منصرف الى العقد المتعارف الخارجي وفرضنا ان المتعارف الخارجي ما لا يكون فيه التعليق يثبت المدعى ولا اثر للعموم اذ العموم ناظر الى تسرية الحكم الى كل فرد من أفراد مدخول الكل .

وبعبارة اخرى: ما يفهم من المدخول يصير عاماً ببركة الكل فالعمدة في الجواب عن الاشكال ان الانصراف البدوي لا اثر له .  
الوجه السادس: انه يشترط الجزم في العقد والتعليق ينافي الجزم.

ويرد عليه اولاً: انهم قائلون بالصحة في مورد التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد كما لو قال الموكل اذا كانت هذه الدار مملوكة لي فانت وكيلى في بيعها والحال ان الجزم هنا ايضاً مفقود. وثانياً: انه ما المراد من الجزم اذ مع تحقق الشرط يجزم بالصحة والتمامية وبعبارة اخرى: يجزم العاقد بتحقيق العقد مع تحقق الشرط وأي دليل دل على اشتراط الجزم على الاطلاق.

وان شئت قلت: الاستدلال على المدعى بهذا الوجه مصادرة بالمطلوب مضافاً الى أنه يلزم القول بالصحة فيما لو علق على أمر



استقبالي يجزم بتحقيقه كما لو قال بعتك داري ان جاء زيد من السفر يوم الجمعة ويلزم القول بالبطلان مع عدم الجزم ولو فيما علق على امر تتوقف صحة العقد عليه كما لو قال ان كان لي هذا بعتك والحال انه لا يدري له أم لا والاصحاب قائلون بعدم الصحة في الصورة الاولى وبالصحة في الصورة الثانية.

والانصاف انه لا ترجع كلماتهم تحت ضابط كلي ولذا نرى ان بياناتهم متناقضة حيث يقولون اذا قال الموكل للوكيل في يوم الاربعاء مثلاً انت وكيل في يوم الجمعة في بيع داري تكون الوكالة باطلة للتعليق واما لو قال انت وكيل في بيع داري ولا تبع داري الا في يوم الجمعة تصح الوكالة والحال انه لا فرق بين الموردين الامن حيث اللفظ فان الوكالة في المورد الثاني أما مطلقه وأما معلقة وأما مهملّة أما الاهمال فهو غير معقول وأما التعليق فالمفروض انه باطل وأما الاطلاق فهو ينافي النهي الواقع في الذيل فان الوكالة الطلقة تقتضي كون الوكيل مطلق العنان وأما الذيل فهو يقتضي التقييد فالذيل ينافي الصدر.

فالنتيجة: انه لا دليل على لزوم التنجيز في العقود لكن هل يمكن الالتزام بالجواز على الاطلاق وهل يمكن أن يلتزم الفقيه بجواز بيع زيد داره بعد مضي عشرة أيام؟ أو هل يمكن أن يلتزم بجواز تزويج المرأة نفسها من أول السنة الاتية؟ وهكذا كلا ثم كلا.

«قوله قدس سره: وان كان الشرط المشية»

المراد من المشية مشية المشتري الاشتراء ومن الظاهر ان البيع غير معلق على مشية المشتري ولذا يمكن أن يقال ان المشتري اذا كان جامعاً للشرائط وكان عازماً على عدم البيع ومع ذلك باع

البايع منه متاعه وقال بعتك داري وبعد ايجاب البايع بداله وعزم على القبول وقبل وقال اشتريت دارك، يصح البيع.  
الا أن يقال: ان المراد من العبارة ان التعليق يضر بصحة العقد ولو كان المعلق عليه المشية وليس المراد اشتراط العقد بالمشية فلا يرد الاشكال على العبارة.

«قوله قدس سره: لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد»  
يمكن أن يكون المراد من العبارة ان اطلاق العقد من المشتري يدل على مشيته اذ لو لم يرد لم يشترط الامر سهل .

قوله قدس سره: ولهذا احتمل العلامة في النهاية وولده في الايضاح بطلان بيع الوارث»

الظاهر انه لا وجه للبطلان فان التعليق على موت المورث تعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد ومثله غير مضر بالصحة جزماً فلا وجه للاشكال.

«قوله قدس سره: كما لو شرط في البيع تسليم الثمن»  
الظاهر ان مثله خارج عن محل الكلام فان الكلام في تعليق نفس العقد على أمر و تسليم الثمن متفرع على العقد فلو علق العقد على تسليمه لدار فلا حظ.

«قوله قدس سره: أو ان المشتري راض حين الايجاب»  
قد تقدم منا ان ايجاب البايع لا يشترط برضى المشتري لا شرعاً ولا عقلاً ولا عرفاً ولا عند البايع فلا يكون داخلاً في محل البحث.

«قوله قدس سره: كعدم الزوجية»  
الانشاء خفيف المؤنة ويتحقق على كل تقدير فلا فرق بين العلم

بالزوجية والشك فيها والقطع بعدمها فان اعتبار طلاق الاجنبية أمر ممكن فلا تغفل.

«قوله قدس سره: ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول»

اشتراط التطابق من الامور الواضحة فان العقد مركب من الايجاب والقبول واشرب في القبول المطاوعة ومع عدم المطابقة لا تحصل المطاوعة ولا يرتبط احد الامرين بالآخر فلا بد من التطابق بين الايجاب والقبول في الثمن والمثمن.

وأما الشروط فافاد سيدنا الاستاد ان الشروط لا ترتبط بالعقد والا يلزم التعليق في العقد.

وما أفاده غريب اذ يرد عليه اولاً: ان لازم كلامه انه لو باع احد داره من شخص واشترط عليه أن يخطط ثوبه لم تكن الخياطة على المشتري واجباً اذ لا يرتبط بالعقد.

و ثانياً: ان الشرط لا يتحقق بماله من المفهوم الا مع الارتباط كما ذكرناه مراراً فالحق أن يقال ان جميع الشروط مربوطة بالعقد فلو باع داره بشرط الخياطة يكون معناه تعليق البيع على الالتزام بالخياطة فالبيع معلق على الالتزام وبهذا الاعتبار يصدق مفهوم الشرط ويتعلق به الوجوب فان المؤمن عند شرطه ولا ينفك عنه.

وأما تعليق العقد على الالتزام فهو غير مضر فان التعليق على الامر الموجود بالفعل المحرز عند المتعاملين خارج عن مورد الاجماع مضافاً الى أنه لا اشكال في صحة مثله والا يلزم بطلان الشرط على الاطلاق وهو خلاف ضرورة الفقه فان شرط الفعل جاز بالضرورة.

نعم لو تخلف المشروط عليه وعصى ولم يخط الثوب يترتب

عليه الخيار فان المستفاد من الشرع جواز جعل الخيار على الاطلاق  
أو عند التخلف وبعبارة اخرى: جعل خيار الشرط ارتكازي ويجوز  
بلا اشكال.

«قوله قدس سره: ولو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه  
بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد»

قال السيد اليزدي قدس سره في حاشيته في هذا المقام: «اقول  
فيه اشكال ولا يبعد الصحة بل ينبغي القطع بها فيما لو قال بعتك  
الكتاب بدرهم والثوب بدرهم وكذا لو قال بعتك الكتاب بدرهم  
وبعتك الثوب فقال قبلت البيع دون الهبة أو قال بعتك كذا وانكحتك  
بنتي فقال قبلت البيع أو النكاح وهكذا فيما يرجع الى تعدد المعاملة  
في الحقيقة» انتهى موضع الحاجة من كلامه.

والذي يختلج بالبال أن يقال انه تارة يكون العقد متعدداً وانما  
الوحدة في مقام الانشاء كالجمع بين البيع والنكاح واخرى لا يكون  
كذلك كببيع الدار فان المشتري لو قبل البيع ولم يقبل النكاح يكون  
صحيحاً لتامة المقتضي وعدم المانع غاية الامر ثبوت خيار الفسخ  
للبيع ان قلنا بأن المستفاد من كلامه بحسب الفهم العرفي جعل  
الخيار لنفسه في ظرف عدم قبول التكاك.

وأما لو وقع البايع البيع على الدار وقال بعتك داري بمائة دينار  
فقال المشتري اشتريت نصفها بالمائة أو بخمسين ديناراً لم يصح  
العقد لعدم التطابق ويترتب على ما ذكرناه لو باع الدار وبعد البيع  
انكشف ان الدار مشتركة بين البايع وغيره يكون البيع باطلاً لان  
ما وقع غير قابل شرعاً للصحة وما يكون قابلاً لها لم يقع.

والالتزام بالصحة بالنسبة بتقريب الانحلال غير تام والا يلزم  
تعدد البيع الى ما لا نهاية له لامتناع الجزء الذي لا يتجزى وثبوت

خيار المجلس كذلك وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ وهل يمكن أن يلتزم الفقيه بتعدد الخيار باعتبار كون المبيع ذا اجزاء؟ كلا ثم كلا. وصفرة القول: ان الميزان تعدد العقد ووحدته فمع التعدد يمكن الالتزام بجواز التبعض من قبل المشتري وأما مع عدمه فلا مجال للصحة وليكن هذا في ذكرك كي ينفعك فيما بعد انشاء الله تعالى.

### «قوله قدس سره: لم يقع»

الامر كما أفاده اذ المفروض انه بيع واحد وعقد فارد ولا مجال للتبعض وما أفاده يؤيد ما بيناه ونعم المؤيد.

### «قوله قدس سره: لا يبعد الجواز»

يمكن أن يقال ان ما أفاده قدس سره يرجع الى التناقض اذ لو فرض التعدد في الإيجاب فما الوجه فيما أفاده اولاً بقوله لم يقع؟ وإذا فرض ان العقد واحد فما الوجه فيما أفاده ثانياً بقوله لا يبعد. والحق أن يقال: يتوقف العقد على قبولهما معاً بأن يقولوا قبلنا البيع فكأن المشتري مجموعهما والمبيع مجموع الدار فالمشتري واحد كما ان المبيع كذلك.

### «قوله قدس سره: وفيه اشكال»

قد ظهر مما ذكرنا وجه الاشكال فان المفروض ان البيع واحد والمبيع واحد ايضاً فلا مجال لقول المشتري قبلت كل نصف فان العقد لم يتعلق بالنصف وبالكسر المشاع والا فلا يقف الى حد معين فلاحظ.

وفي المقام رواية وهي مكاتبة الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع ارضين

«الارض» فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما ياتي بحدود ارضه وعرف حدود القرية الاربعة فقال للشهود اشهدوا اني قد بعث فلاناً يعني المشتري جميع القرية التي حدّ منها كذا والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد اقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك<sup>١</sup>.

فانه ربما يستفاد من الحديث انحلال البيع بانحلال أجزاء المبيع ويمكن أن يقال: ان القاعدة الاولى كما بينا عدم الجواز فلا بد من رفع اليد عن القاعدة بمقدار دلالة المكاتبة وأما الزائد فلا والمقدار المستفاد من الحديث ان البايع لو باع مملوكه وغير مملوكه صفقة واحدة يصح البيع بالنسبة الى مملوكه ولا يصح بالنسبة الى غير مملوكه وأما لو باع داره وقبل المشتري بيع نصف الدار فهل يمكن الحكم بالجواز بلحاظ حديث الصفار؟ الانصاف انه يشكل الالتزام بعموم الحكم فالنتيجة الحكم بعدم الجواز الا بالمقدار المستفاد من الحديث فلا حظ.

«قوله قدس سره: ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء»  
لم يرد في هذا المقام دليل خاص لا من الكتاب ولا من السنة وانما الميزان صدق العناوين المأخوذة في لسان ادلة الامضاء من البيع والتجارة وأمثالهما.

فنقول: لا دليل على لزوم كون المشتري واجداً لشرائط الصحة

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه.

حين انشاء البايع فلو كان محجوراً حين انشاءه وبعد تمامية انشاءه زال عنه الحجر وقبل يصح العقد وهكذا ولذا نرى ان فلاناً يكتب كتاباً الى غيره ويبيعه كذا مقدار حنطة بثمان ويصل المكتوب الى الطرف بعد شهر وفي اثناء الشهر المذكور يمكن أن لا يكون الطرف قابلاً للمعاقدة لجنون أو حجر أو غيرهما وأما عند وصول الكتاب يكون جامعاً للشرائط يكون العقد صحيحاً لو تم القبول من قبل الطرف المقابل.

نعم لو زال جواز التصرف من قبل البايع كما لو صار مجنوناً قبل قبول الطرف لا يصح العقد وأما لو غفل أو نام أو نسي كما هو المتعارف الخارجي فلا يضر بصحة القبول فالميزان الكلي صدق العنوان المأخوذ في موضوع الدليل وعدم قيام دليل من الخارج على الخلاف فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم انهم صرحوا بجواز حقوق الرضا لبيع المكره»

المصنف يتعرض لحكم بيع المكره وتعرض هناك لما يخطر ببالنا القاصر انشاء الله تعالى فانتظر.

«قوله قدس سره: فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز العقد بالفارسي أردئها اخيرها»

يمكن أن يكون وجه كونه اردء الوجوه ان عدم القائل بالفارسية مثلاً ان كان موجباً لكشف بطلان القول بها فالقائل بها ايضاً يرجع

من قوله فلا يبقى موضوع للاختلاف وان لم يكن موجباً لكشف البطلان فلا خصوصية لعدم القول بها.

«قوله قدس سره: والاولان مبنيان»

أما على القول بالطريقة في باب الامارات فالامر ظاهر فان الاثر مترتب على الواقع ولا اثر لوجود الامارة وبعبارة اخرى: وجود الامارة كعدمها والميزان هو الواقع وأما على السببية فالشيخ قدس سره في مقام التصحيح.

وقد فسر مرامه بعض المحققين بأنه فرق بين الامور التكليفية والامور الوضعية فان الامور التكليفية تختص بالقائل بها حتى على القول بالموضوعية مثلاً لو ذهب مجتهد الى القول بجواز شرب العصير قبل ذهاب الثلثتين لا وجه لتسرية الحكم الى غيره والنتيجة ان الشرب يكون للقائل جازياً ولغيره حراماً وأما في البيع وأمثاله فلا مجال للتفصيل مثلاً لو ذهب فقيه الى جواز البيع بالعقد الفارسي وباع داره به تكون الدار خارجة عن ملكه واقعاً ويكون الثمن داخلاً في ملكه واقعاً فكيف يمكن أن لا تكون الدار داخلة في ملك الطرف المقابل القائل بالبطلان هذا ملخص التقريب المستفاد من كلام بعض اهل النظر في مقام توجيه كلام الشيخ قدس سره.

والذي يختلج ببالي القاصر أن يقال لا يتم التقريب المذكور ولا وجه للتفصيل بين التكليف والوضع فان الاعتبار خفيف المؤنة وأي تناف بين اعتبار كون شيء ملكاً لزيد بالنسبة الى احد وعدم اعتباره بالنسبة الى الآخر ولا نرى تلازماً بين الامرين فكما انسه يمكن التفكيك في الحكم الظاهري كذلك يمكن في الحكم الواقعي فلاحظ.



### «قوله قدس سره: وأما الموالة والتنجيز»

فعليه لابد من التفصيل بين القسم الاول والثاني بأن يلتزم بالصحة فى الاول والفساد فى الثاني بالتقريب المذكور فى العبارة. ويرد عليه انه ان قلنا والتزمنا بالصحة فى القسم الاول لابد من الالتزام بها فى القسم الثاني ايضاً اذ لا اشكال فى ارتباط احد الامرين بالآخر فان الايجاب لو لم يكن تاماً عند القابل يكون قبوله لغواً وايضاً لو كان القبول باطلاً فى نظر الموجب يكون ايجابه لغواً فلا مجال للتفصيل اذ لو كانت الصحة عند احدهما كافية بالنسبة الى الآخر يتحقق العقد على نحو الكمال عنده والا فلا ولعل أمره بالتأمل فى ذيل كلامه اشارة الى ما ذكرنا.

### «قوله قدس سره: مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم

يملكه»

هذا من الواضحات اذ المفروض فساد العقد والفارق بين السبب الفاسد والصحيح عدم ترتب الاثر على الاول وترتبه على الثاني وبعبارة واضحة: دليل الامضاء اما يشمل السبب الفاسد وأما لا يشمل أما على الاول فيلزم الخلف المحال فانه فرض فساد السبب وأما على الثاني فيتم المدعى وعلى الجملة: فهذا المقدار مما لا كلام فيه ولا ريب يعتريه فلاحظ.

### «قوله قدس سره: وأما الضمان بمعنى كون تلفه عليه»

المدعى ان المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف فى يد القابض يكون ضمانه عليه وما يمكن أن تذكر فى تقريب الاستدلال عليه وجوه: الوجه الاول: الاجماع. وفيه ان الاجماع المحصل لا يكون حجة كما ثبت فى محله فكيف بالمنقول منه مضافاً الى أن المظنون بل المقطوع به ان المجمعين مستندون الى الوجوه المذكورة فى المقام.

الوجه الثاني النبوي المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>١</sup> وهذه الرواية ضعيفة سنداً ولا جابر لها.

ان قلت: ان المشهور عملوا بها وعملهم بالحديث الضعيف جابر له قلت: اولاً ان عملهم بها اول الكلام والاشكال فتأمل وثانياً: انه قد ذكرنا مراراً ان عمل المشهور بحديث ضعيف لا يجبر ضعفه.

وان شئت: فقل ان الشهرة بنفسها لا تكون حجة فكيف توجب اعتبار ما لا اعتبار له وبعبارة اخرى: ضم ما لا حجة له الى مثله لا يوجب الا تكثير عدد غير المعتبر هذا بالنسبة الى سند الحديث. وأما من حيث الدلالة فان الحديث لا ينطبق على ما هو المشهور عند القوم من ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي من أول الامر فان المستفاد من الحديث ان المأخوذ بعينه في عهدة الاخذ ولا يستفاد التفصيل منه.

ويمكن أن يقال: ان المستفاد من الحديث ان المأخوذ ما لم يرد الى مالكه يكون ضمانه على الاخذ وبعبارة اخرى: الحديث متعرض لاصل الضمان وأما ما يضمن به فالحديث ساكت عنه ولا ينطبق على القول المشهور فان المدعى ان الاخذ ضامن للبذل الواقعي والحال ان الحديث غير متعرض لهذه الجهة.

الوجه الثالث: ما رواه ابو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمة معصية وحرمة ماله كحرمة دمه<sup>١</sup>.

وفيه اولاً: ان الموضوع المأخوذ في الدليل عنوان المؤمن فالدليل اخص من المدعى.

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب الفصيح الحديث: ٤.

(٢) الوسائل الباب ١٥٨ من أبواب العشرة الحديث ٣.

وثانياً: ان الظاهر من الدليل بيان الحكم التكليفي اي يحرم التصرف في مال المؤمن بدون اذنه وأما الضمان فلا يستفاد من الرواية.

وثالثاً: ان الحديث على فرض دلالة على الضمان انما يدل عليه في مورد الاتلاف والكلام في المقام في التلف ولو كان تلفاً سماوياً وهل يتوهم احد انه يستفاد من الحديث المذكور ان تلف مال احد بالتلف السماوي يوجب الضمان.

ان قلت: ان المستفاد من الحديث عدم جواز مزاحمة المالك لا حدوثاً ولا بقاءً وهذا لا يستفاد منه الا الحكم التكليفي لكن يدل على الضمان بالالتزام أي لا يجوز المزاحمة حتى بعد التلف فيدل على الضمان بالالتزام.

قلت: الدلالة الالتزامية المذكورة فرع تحقق الضمان ولا دليل عليه وبعبارة اخرى: مادام لا يكون ضمان لا يكون موضوع للمزاحمة ولا دليل على الضمان.

وان شئت قلت: دلالة الحديث على الضمان بالتقريب المذكور متوقف على فرض الضمان فلو توقف الضمان على دلالة الحديث لدار فلاحظ.

الوجه الرابع: ما يدل على عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه لاحظ مارواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من هذه الطائفة ان عدم حلية ماله يقتضي

الضمان عند التلف. ويرد عليه أولاً: ان المذكور في النص عنوان المسلم. فالدليل اخص من المدعى.

وثانياً: انه لا مجال لتعلق الحرمة بالعين الخارجية فان الحكم الشرعي لا يتعلق بالاعيان بل يتعلق بالافعال فلا بد من التقدير فيكون المراد انه لا يجوز التصرف في مال الغير كما ورد التصريح به في حديث الاحتجاج «واما ما سئلت عنه عن أمر الضياع لناحيتنا هل يجوز الى أن قال فلا يحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنه فكيف يحل ذلك في مالنا الخ»<sup>١</sup>

وثالثاً: انه على فرض الاغماض عما ذكرنا يدل الحديث على الضمان في مورد الاتلاف والكلام في كون التلف موجباً للضمان ولو كان تلفاً سماوياً اذ كيف يمكن ان يكون تلف مال المسلم بنفسه موجباً للضمان الغير.

الوجه الخامس: النصوص الدالة على ان الامة المسروقة اذا وجدت بعد ان أولدها المشتري أخذها صاحبها واخذ المشتري ولده بالقيمة، لاحظ مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلمّا أخذ البيع الابن قال ابوه أرسل ابني فقال لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه<sup>٢</sup>.

ومارواه زرارة قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري

(١) احتجاج الطبرسي المطبوع بالنجف ص ٢٦٨.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البيئنة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب فقال يرد اليه جاريته ويعوضه بما انتفع قال: كان معناه قيمة الولد<sup>١</sup>.

وما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته<sup>٢</sup>.

ومارواه زرارة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه أولاداً ثم ان أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيئنة فقال يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها<sup>٣</sup>. وما رواه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه<sup>٤</sup>.

فان الحكم بضمن الولد مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يدل على ضمان الاصل بالاولوية ان قلت: الكلام في المقام في التلف والمفروض في الرواية الاتلاف قلت: الاستيلاء لا يكون من قبيل اتلاف النماء بل من قبيل احداث نمائها غير قابل للمملوكية فهو كالتالف لا كالتلف.

وفيه ان الانصاف يقتضي أن يكون من قبيل الاتلاف اذ قد فرض انه قد اشتغل رحمها وجعلها معطلة ولعل أمر الماتن بالفهم بقوله

(١) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

«فافهم» اشارة الى ما ذكرنا.

مضافاً الى أن الكلام في المقام في أخذ العين من مالها بالعقد الفاسد والنصوص المشار اليها موردها الاخذ من الغاصب ولا اشكال في أن الاخذ من الغاصب يوجب الضمان ولو كان الاخذ بعنوان الهبة فلا وجه لقياس المقام على ذلك الباب. وان ابيت عما ذكرنا فلا اقل من الاجماع وعدم الظهور في مدعى الخصم.

الوجه السادس: النصوص الدالة على عدم صلاح ذهاب حق احد لاحظ ما رواه سماعة قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة أهل الملة قال: فقال لا تجوز الاعلى أهل ملتهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق احد<sup>١</sup>.

ولاحظ ما رواه الحلبي قال سألت أبا عبدالله عليه السلام هل تجوز شهادة أهل الذمة على غير أهل ملتهم قال نعم ان لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لا يصلح ذهاب حق احد<sup>٢</sup>.

بتقريب ان اطلاق النص يشمل المقام. وفيه: ان الاستدلال يتوقف على كون المراد من الحق المال وكون المراد من عدم الذهاب الضمان ولا دليل على شيء من الامرين فان النص في مقام بيان اثبات حق الوصية فيجوز اشهاد غير أهل الملة على الوصية.

مضافاً الى أنه لو قلنا بأن الحديث يدل على الضمان فانما يدل على مورد الاتلاف والكلام في التلف وهل يمكن الالتزام بأن المستفاد من النص انه لو تلف مال احد بتلف سماوي يكون غيره ضامناً؟

الوجه السابع: النصوص الدالة على نفي الضرر في الشريعة المقدسة منها ما عن أبي عبيدة الحذاء قال: قال أبو جعفر عليه السلام كان لسمرة بن جندب نخلة في حائط بني فلان فكان اذا جاء

الى نخلته ينظر الى شيء من أهل الرجل يكرهه الرجل قال فذهب الرجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فشكاه فقال: يا رسول الله ان سمرة يدخل عليّ بغير اذني فلو أرسلت اليه فأمرته أن يستأذن حتى تأخذ أهلي حذرهما منه فأرسل اليه رسول الله صلى الله عليه وآله فدعاه فقال يا سمرة ما شأن فلان يشكوك ويقول يدخل بغير اذني فترى من أهله ما يكره ذلك يا سمرة استأذن اذا أنت دخلت ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله يسرك أن يكون لك عذق في الجنة بنخلتك؟ قال: لا قال: لك ثلاثة قال: لا قال: ما أراك يا سمرة الا مضارباً اذهب يا فلان فاقطعها [فاقلعها] واضرب بها وجهه او منها ما عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان الجار كالنفس غير مضارب ولا اثم<sup>٢</sup>.

الى غيرها من النصوص بتقريب انه لو تلف مال البايع بالبيع الفاسد في يد المشتري ولم يصير المشتري ضامناً للتالف يكون عدم الحكم بالضمان ضرراً على البايع وبمقتضى نفي الضرر في الشريعة ينفي عدم الالتزام بالتدارك.

ويرد عليه اولاً انا قد ذكرنا في بحث لاضرر ان حديث لاضرر غير ناظر الى نفي الاحكام الضرورية في الشريعة بل مفاد الحديث النهي عن الاضرار بالغير فلا يرتبط مفاد الحديث بالمقام.

وثانياً: انه على فرض الاغماض عما ذكرنا هناك وسلمنا مقالة المشهور في مفاد الحديث نقول: المستفاد من الحديث نفي الحكم الضرري مثلاً لو كان الموضوع ضررياً ينفي وجوبه بالحديث وتصل النوبة الى التميم وبعبارة واضحة: المستفاد من الحديث النفي لا الاثبات فلا يستفاد منه اعتبار الضمان.

وثالثاً: ان الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد يكون بالبدل الواقعي لا بالمسمى فربما يكون أزيد من المسمى بكثير فالحكم بضمان القابض بالبدل الواقعي مع عدم اقدمه عليه ضرر بالنسبة اليه فيقع التعارض بين الضررين.

الوجه الثامن: قاعدة الاقدام بتقريب ان كل طرف من طرفي المعاملة أقدم على الضمان وبعبارة اخرى: القابض أقدم على الضمان بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى يرجع الى المثل في المثلي والى القيمة في القيمي.

وفي التقريب المذكور ايرادات: الايراد الاول: انه ربما يكون الاقدام وجوداً ولاضمان فانه لو تلف المبيع قبل القبض يكون ضمانه على البايع والحال ان المشتري أقدم على الضمان.

وهذا الايراد غير وارد على الوجه المذكور اذ عدم الضمان قد ثبت بدليل قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وقالوا بمقتضى القاعدة المذكورة يفسخ العقد وفي فرض الانفساخ لاموضوع للضمان.

وربما يقال: ان المشتري يشترط بالشرط الضمني على البايع أن يكون ضامناً لو تلف المبيع قبل القبض بل يمكن أن يقال: ان مقتضى الارتكاز العقلاني اشتراط الضمان بالقبض فلاحظ.

الايراد الثاني: انه ربما لا يكون اقدام ومع ذلك يتحقق الضمان كما لو شرط المشتري في ضمن العقد كون ضمان المبيع على البايع اذا تلف المبيع في يد المشتري.

وفيه ان الاقدام بالضمان تحقق غاية الامر قد شرط المشتري على البايع شرطاً فاسداً.



الايراد الثالث: ان البيع بلائمن والاجارة بلا اجرة وأمثالهما ليس فيها اقدام ومع الوصف الضمان موجود.  
وفيه ان البيع بلائمن مرجعه الى التملك المجاني فلا يكون بيعاً ولا مقتضي للضمان فيه.

الايراد الرابع: ان اقدام متعلق بالضمان الخاص وهو ضمان المسمى فما وقع لم يمض وما امضى من قبل الشارع لم يتحقق. وعن المحقق الخراساني ان المتعاقدين أقدا على أصل الضمان في الضمان الخاص والشارع الاقدس أمضى اصل الضمان ولم يمض الخصوصية.

وفيه: انهما لم يقدموا على امرين بل أقدا على امر خاص والمفروض انه لم يمض وهذا الاشكال متين.  
الوجه التاسع: السيرة الارتكازية التشريعية فان مقتضاها الضمان وبعبارة واضحة: السيرة جارية على أن وضع اليد على مال الغير بلا اذن شرعي يوجب الضمان.

لا يقال: على هذا الاساس لابد من الالتزام بالضمان في الهبة الفاسدة وأمثالها والحال انهم غير ملتزمين بالضمان هناك.  
قلت: في مورد الهبة الفاسدة وان كان وضع اليد بلا مجوز شرعي لكن حيث ان دليل الضمان السيرة ولا اطلاق لها فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن منها فلاحظ والله العالم بحقائق الامور.

«قوله قدس سره: ثم ان هذه المسئلة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن»

فلا بد من ملاحظة المراد من القاعدة.

«قوله قدس سره: ان المراد بالعقد اعم من الجايز واللازم».

اذ ملاك الضمان موجود حتى في مورد العقد غير اللازم وايضاً ملاك الضمان موجود في الايقاع الذي فيه شائبة العقد أى يكون الامر قائماً بالطرفين كالجمالة مثلاً فان الجماله لاتتم الا بقيام الغير بالعمل الذي لاجله جعل الجعل وايضاً الامر كذلك في الخلع فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو كان أقرب اليه».

بتقريب ان الجمالة تحقق بفعل الجاعل فيكون أقرب الى الايقاع وكذلك الخلع طلاق فيكون أقرب الى الايقاع ولكن مع ذلك لايتحقق الجعل الا بالعمل ولايتحقق الخلع الا بالعوض من ناحية الزوجة فلاحظ.

«قوله قدس سره: والمراد بالضمان فى الجملتين»

أى المراد بالضمان الزامه.

«قوله قدس سره: مثل تلف الموهوب»

يظهر من كلماتهم في المقام ان الاقوال حول المسألة مختلفة القول الاول: عدم الضمان.

القول الثانى: تعيّن دفع العوض المسمى اذ انه كان مخيراً في صورة عدم التلف بين رد نفس العين ودفع العوض المسمى فاذا تلفت العين تعين الاخر.

القول الثالث: وجوب اقل الامرين من المسمى والعوض الواقع للعين اذ المتتهب مخير بين رد العين والعوض المسمى فان كان العوض المسمى اقل فقد رضي الواهب به وان كان الاقل العين فقد فرض ان المتتهب مخير بين رد العين والعوض فاذا تلفت يمكنه رد عوضه الواقعي.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان المتعين دفع العوض المسمى

فان المفروض انه المجمعول بالعقد فيلزم القيام على مقتضاه  
وللمسألة مجال آخر.

«قوله قدس سره: فافهم»

يمكن أن يكون امره بالفهم اشارة الى أن الضمان بقول مطلق  
عبارة عن كون خسارته على الضامن أي اذا تلف يضمن الضامن بمثله  
أو قيمته فلا بد من التفكيك وبعبارة واضحة: الضمان بالعوض  
المسمى غير الضمان بالعوض الواقعي.

«قوله قدس سره: ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح»

لا ينبغي بسط الكلام حول هذه الجملة اذ المفروض انها لم تصدر  
عن مخزن الوحي فلا وجه للتطويل حول مفرداتها وجملتها ولكن لو  
اغمض عما ذكر فالحق ان يقال: ان مقتضى القاعدة ان ما يضمن  
بصحيحه ولو بالشرط يضمن بفاسده كذلك فلا وجه لما أفاده الشيخ  
قدس سره من التفصيل.

«قوله قدس سره: ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي»

أفاد سيدنا الاستاد في المقام ان المراد شخص العقد بأن يقال  
كل شخص من العقد اذا فرض الضمان فيه على تقدير كونه صحيحاً  
يكون فاسده ايضاً موجباً للضمان فليس المراد النوع أو الصنف  
والسرّ فيه ان هذه الجملة لم ترد تحت دليل لفظي كى يحمل على  
النوع أو الصنف.

ويرد عليه ان الكلام فيما يظهر من هذه الجملة والظاهر منها  
كما يقول الشيخ قدس سره ان كل عقد له فردان بالفعل ويكون  
أحدهما صحيحاً والاخر باطلا اذا كان الصحيح منه موجباً للضمان  
يكون فاسده ايضاً يوجب.

### «قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشارة الى أنه لاتنافي بين كون السبب للضمان العقد وبين اشتراط كونه مؤثراً بالقبض.

### «قوله قدس سره: بشرط القبض»

قد ذكرنا سابقاً ان مقتضى السيرة تحقق الضمان بوضع اليد على مال الغير بلا اذن شرعي فلادخل للعقد الفاسد في الضمان بل الدخيل القبض فلاحظ. والاولى أن يكون الجار للظرفية لا للمسببية لكن الانصاف ان الظاهر من اللفظ السببية.

### «قوله قدس سره: الا ان مورده مختص بالاعيان».

لا اشكال في أن الضمان على خلاف الاصل الاولي وعلى خلاف القاعدة فان الضمان أمر حادث ومسبوق بالعدم ومقتضى الاستصحاب عدم تحققه فيحتاج الالتزام به من التماس دليل معتبر عليه وقلنا مقتضى السيرة تحقق الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد كما ان اتلاف مال الغير يوجب الضمان بمقتضى الارتكاز والسيرة وأما المنافع فلاشكال في أن استيفاء منافع مال الغير يوجب الضمان بمقتضى السيرة والارتكاز بل من الواضحات كما أن الامر بعمل محترم يوجب الضمان بمقتضى السيرة العقلائية.

### «قوله قدس سره: لم يعد نفعه الى الاخر»

الظاهر ان عود النفع لاموضوعية له بل الميزان في تحقق الضمان الاستيفاء أو الامر ولذا لامقتضى للضمان في السابقة الفاسدة فلاضمان للمسبوق بالنسبة الى السابق.

### «قوله قدس سره: شرعيته على خلاف القاعدة»

بتقريب انه مصداق للاكل للمال بالباطل فلايجوز ولايصح

ولكن ذكرنا مراراً ان الجار في الاية الشريفة لا يكون للمقابلة كي يتم التقريب المذكور بل الجار سببية نعم المسابقة نوع من أنواع القمار فحرمتمها تكليفاً وفسادها وضماً على طبق القاعدة الاولى وانما الشارع جوزها تكليفاً ووضماً لمصلحة ومن الممكن أن تكون المصلحة المجوزة كونها سبباً لكون الشخص مستعداً للحرب ومن الفنانين في هذا المجال فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم انه لافرق فيما ذكرنا من الضمان»

ربما يقال: بأن الدافع المالك اذا كان عالماً بالفساد وكان القابض جاهلاً به لا يكون قبضه موجباً للضمان بتقريب: ان المالك بنفسه أقبض مملوكه من الغير فيكون المدفوع من مصاديق الامانة المالكية فلا ضمان.

وفيه ان المفروض ان دفع المالك العين لا يكون بعنوان الامانة بل من باب ترتيب الاثر على العقد الصادر منهما ولذا لا يجوز للقابض التصرف في العين اذ فرض نساد العقد والتصرف في مال الغير غير جائز.

ومن ناحية اخرى قد مر ان وضع اليد على مال الغير بلامجوز شرعي يوجب الضمان.

وربما يتوهم ان القابض لا يكون ضامناً لقاعدة الغرور وفيه: ان المفروض ان قبضه على مبنى المعاملة والمعاوضة وليس قبضاً مجانياً وتمليكاً بلاعوض نعم اذا كان الدافع عالماً وكان القابض جاهلاً جهلاً قصورياً وكان اقدامه على العقد الفاسد ناشياً من ناحية الدافع بحيث صدق عنوان الغرور لا يكون ضامناً بالنسبة الى أزيد من المسمى اذ المفروض ان الدافع اي المالك غرره وخدعه واما

إذا كان المال مملوكاً لثالث يضمن القابض له ويرجع فان المفروور يرجع الى من غره فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة»  
ربما يقال: ان العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة في يد المستأجر مضمونة لقاعدة اليد. وفيه: ان قاعدة اليد دليلها ضعيف فلا يعتد بها والذي يختلج ببالي القاصر أن يقال: ان الموجب لضمان العين اما الاتلاف واما وضع اليد على مال الغير بلامجوز شرعي بمقتضى السيرة والارتكاز العقلاني المتشرعي أما الاتلاف فلم يفرض في المقام فان الكلام في التلف السماوي وأمثاله وأما وضع اليد على مال الغير وان كان مفروضاً لكن الوضع المفروض في المقام لا يكون موجباً للضمان اذ المفروض ان اليد موضوعة على الامانة المالكية. توضيح ذلك ان الموجر للدار مثلاً يقبض الدار من المستأجر ويجعلها في يده امانة فوجه عدم ضمان العين في الاجارة الصحيحة كون العين امانة في المستأجر والامين لا يكون ضامناً الا مع الاتلاف أو التفريط والخيانة.

وهذا الوجه اي كون العين امانة مشترك بين الاجارة الصحيحة والفاصلة فان المالك يجعل العين امانة في يد المستأجر غاية الامر بداعي كونه ملزماً بمقتضى الاجارة والميزان في تحقق الامانة التي لاضمان فيها على الامين قصد المالك ووضع العين بهذا العنوان ولا يؤثر في حكم الامانة اختلاف الدواعي مثلاً اذا تخيل زيد ان وضع ماله عند بكر امانة واجب عليه ووضع بعنوان الامانة والحال انه مشتبه ولا يكون الوضع واجباً عليه فهل يتوهم احد ان الامين في الصورة المفروضة ضامن؟ كلا ثم كلا.

ان قلت: ما الفرق بين المقام وبين اقباض العين المبيعة بالبيع

الفاسد وبأي بيان يفرق بين المقامين ويقال هناك يكون القبض موجباً للضمان وأما في المقام فلا.

قلت: المفروض عدم صحة العقد هناك والشارع لم يمسح العقد ولا يكون قبض العين بعنوان الأمانة بل بعنوان أنها مملوكة للمشتري والمفروض أن الشارع لا يرى العين مملوكة للمشتري إذ المفروض أنه لم يتحقق التجارة عن تراض ويكون أكل المال بالباطل فوضع اليد على المال غير جائز شرعاً واليد عدوانية فلا بد من الالتزام بالضمان لتامة أركانه.

وأما في مسألة الإجارة فالمفروض تحقق عنوان الأمانة والأمين ليس عليه إلا اليمين والله العالم بالأمور.

وصفة القول: أن الميزان لعدم ضمان القابض تحقق عنوان الأمانة من قبل المالك وهذا الميزان متحقق في الإجارة الفاسدة كما أنه متحقق في الإجارة الصحيحة بلا فرق.

«قوله قدس سره: منها: الصيد الذي استعاره المحرم»

وقع الكلام بين القوم في استعارة المحرم الصيد من المحل بأن مقتضى قاعدة عدم الضمان فيما لا يضمن بصحيحة عدمه والحال أنهم حكموا بالضمان وما ذكر في تقريب المدعى وجهان:

الوجه الأول: أن الكلام في التلف وأما الاتلاف فلا إشكال في كونه موجباً للضمان والمفروض أن المحرم المستعير يجب عليه إرسال الصيد وإرساله إتلافه فالضمان بلحاظ الاتلاف لا التلف.

وفيه أولاً: أنه يرد عليه النقض بمورد يجب إتلاف العارية كما لو توقف أنجاء نفس محترمة على إتلاف العارية فهل يحكم بالضمان بمجرد الإيجاب؟ أو أن الضمان متوقف على الاتلاف؟

وثانياً: انا نجيب بالحل وهو ان مجرد الايجاب الشرعي لا يقتضي الضمان فان الضمان مترتب على عنوان الاتلاف ومادام لا يتحقق الموضوع في الخارج لا يترتب عليه الحكم ولذا لو عصى المحرم ورد الصيد الى مالكه فهل يكون ضامناً؟ كلا أو اذا ارسل الصيد فأخذه مالكه هل يمكن القول بالضمان؟ فهذا الوجه غير تام.

الوجه الثاني: ان اخذ المحرم الصيد من المحل يوجب خروجه عن ملكه فيكون اتلفاً لمال الغير فالضمان بلحاظ الاتلاف فلا تتحرم القاعدة.

وفيه: انه قول بغير دليل وبعبارة اخرى قيام الدليل على عدم تملك المحرم الصيد لا يدل على خروج الصيد عن ملك مالكه باستعارة المحرم. فالحق ان يقال: انه لا دليل على الضمان ومقتضى القاعدة الاولية عدمه اذ المفروض انه امانة مالكية ولا ضمان فيها فلا حظ.

«قوله قدس سره: ويشكل اطراد القاعدة ايضاً في البيع الفاسد بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها»

وقع الكلام في انه ما الوجه في تخصيص الاشكال بالمنافع المستوفاة ويمكن أن يكون الوجه في التخصيص ان المنفعة المستوفاة تدخل تحت قاعدة الاتلاف والكلام في التلف والذي يختلج بالبال أن يقال: ان المدرك في اصل القاعدة وعكسها هي السيرة ومقتضى السيرة الضمان بالنسبة الى المنافع بلافق بين المستوفاة وغير المستوفاة فلا حظ.

«قوله قدس سره: بحمل المبيع فاسداً»

ما أفاده قدس سره في مقام المصالحة بين الجانبين متين فانه لو جعل جزء المبيع يترتب عليه حكم المبيع والنتيجة الضمان ولولم



يجعل جزءاً له لا مقتضي للضمان لانه يكون امانة عند المشتري وليس على الامين الا اليمين.

«قوله قدس سره: بناءً على أنه لا يجوز»

عدم جواز التصرف تكليفاً لا يقتضي الضمان فان لمس الامة الاجنبية حرام ومع ذلك لا يكون موجباً للضمان كما ان جواز التصرف لا يلزم عدم الضمان فانه يجوز للمستعير التصرف في العارية المضمونة ومع ذلك ضامن.

والحق: ان المقام ليس من موارد النقض فان المال المشترك في عقد الشركة اذا كان في يد الشريك وتلف لا يوجب الضمان لان المالك جعله في يد الشريك امانة والامين لا يكون ضامناً .

«قوله قدس سره: هي الاولوية»

لا مجال للاخذ بالاولوية اذ لا أولوية فان الحكم بالضمان وعدمه تابع لدليله فان دلّ الدليل على الضمان نلتزم به والا فلا وقد تقدم ان مدرك الضمان عبارة عن السيرة الجارية والارتكاز والمفروض انه لا سيرة على الضمان في أمثال الموارد المذكورة ومقتضى الاصل الاول عدم الضمان فان الضمان أمر وجودي يحتاج اثباته الى دليل شرعي ومع الشك يحكم بعدمه ببركة الاستصحاب.

«قوله قدس سره: وجوب رده فوراً الى المالك وانظahr انه مما

لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه»

يقع الكلام في مقامين: المقام الاول: في أنه هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد أم لا.

المقام الثاني: في وجوب رد المقبوض الى مالكه أما المقام الاول فنقول: لا يجوز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد اذ

المفروض ان العقد فاسد ومن ناحية اخرى لا يجوز التصرف في مال الغير بدون اذنه .

ان قلت: ان المالك بنفسه سلط الغير على مملوكه فالتصرف يكون باذن المالك . قلت: تسليم المالك واقباضه للمال مبني على كون العين مملوكة للطرف ولا مجال لان يقال: ان التصرف باذنه فان الانسان يأذن للغير أن يتصرف في ماله لا أن يتصرف في مال نفسه . وبعبارة اخرى: بعد العقد يكون المالك أجنبياً عن مملوكه فلا مجال لان يأذن في التصرف فيه والا يلزم القول بجواز التصرف في المال المأخوذ بعنوان القمار لعين المالك وهل يمكن الالتزام به؟

ثم انه هل يفرق بين علم الدافع بالفساد وجهله به ام لا؟ الحق هو الثاني اذ على القول بالتفصيل يلزم أن يفصل في المأخوذ بالقمار ايضاً وهل يمكن الالتزام به؟ مضافاً الى أنه قد تقرر آنفاً تحقق الضمان والسر في تحقق الضمان على ما ذكرنا ان القابض وضع يده على مال الغير بلا مجوز شرعي وبعد اتمام الامر لاتصل التوبة الى البحث المذكور.

وصفة القول: ان الدافع في المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان راضياً بالتصرف مع قطع النظر عن العقد فهو خروج عن الفرض ويترتب عليه عدم الضمان وان لم يكن كذلك كما هو المفروض فلا اشكال في عدم جواز التصرف فلاحظ هذا تمام الكلام في المقام الاول.

وأما المقام الثاني ففي وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً الى مالكة وما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى أو ذكر وجوه:

الوجه الاول: الاجماع . وحال الاجماع في الاشكال ظاهر خصوصاً

مع كثرة الوجوه المذكورة في المقام.

الوجه الثاني: النبوي المعروف وهو قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي<sup>١</sup>. وهذا الحديث ضعيف سنداً ولا جابر له وعليه لا وجه لملاحظة تقريب دلالته على المدعى.

الوجه الثالث: ما رواه سماعة<sup>٢</sup> بتقريب ان الحكم الشرعي التكليفي يتعلق بافعال المكلف فالمقدر في الرواية التصرف أي لا يحل التصرف في مال المسلم الا باذنه. ويرد عليه اولاً: ان الدليل المذكور اخص من المدعى اذ الحديث يختص بحرمة التصرف في مال المسلم.

وثانياً: ان مجرد امساك مال الغير لا يكون تصرفاً ولذا لو وقع ثوب زيد في دار عمرو باطارة الريح لا يكون تسليمه واجباً نعم الامتناع عن التسليم والكف عن الدفع مصداق للمتعدي ومن مصاديق الغصب وأما مجرد الامساك فلا.

وان شئت قلت: التخلية بين المال ومالكه تكفي في اداء الوظيفة ولا دليل على الازيد من ذلك.

الا أن يقال: لا وجه للمقايسة بين المقام واطارة الريح ثوب الغير فان المفروض في المقام انه وضع يده على مال الغير وأخذه بلا مجوز شرعي فانه يصدق عرفاً انه متصرف في مال الغير بامساكه وعدم رده والا يلزم انه لو سرق سارق فرش الغير ثم تاب لم يكن الرد واجباً عليه بتقريب: ان الامساك بما هو لا يكون تصرفاً وهل يمكن الالتزام به؟

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث ٤.

(٢) قد تقدم الحديث في ص ١٤٥.

الوجه الرابع: قوله تعالى «ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلهما»<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الاية الشريفة وجوب رد أموال الناس اليهم والظاهر ان الاستدلال المذكور على المدعى تام.

الوجه الخامس: التوقيع الشريف<sup>٢</sup> بتقريب ان امساك مال الغير نوع تصرف فيه ولا يجوز والسند مخدوش مضافاً الى الاشكال المتقدم ذكره مع رده.

الوجه السادس: جملة من النصوص التي تدل على وجوب رد المال الى صاحبه منها ما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه أيحل له امساكه؟ فقال اذا عرف صاحبه رده عليه وان لم يكن يعرفه ومملك جناحه فهو له وان جاءك طالب لا تتمه رده عليه<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال لا يرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيّرته بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له<sup>٤</sup> فان المستفاد من هذه الطائفة وجوب رد المال الى مالكه.

(١) النساء/٥٨.

(٢) وقد تقدم ذكره في ص ١٤٦.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من اللقطة الحديث ١.

(٤) الوسائل الباب ١٨ من اللقطة.

«قوله قدس سره: لوجوب ما لا يتم الرد إلا به»

الامر كما أفاده قدس سره فان مقدمة الواجب واجبة عقلا فيلزم كبقية الموارد.

«قوله قدس سره: إلا أن يقيد»

تارة نقول بأن المستفاد من دليل لاضرر الحكم التكليفي فقط أي حرمة الاضرار كما عليه شيخ الشريعة واخترناه واخرى نلتزم بمفاد القاعدة على طبق المشهور فيما بين القوم أما على الاول فلا مجال للبحث كما هو ظاهر وأما على الثاني فلا وجه للتفصيل بين المؤنة الكثيرة والقليلة فان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين القليل والكثير والميزان صدق الضرر.

والمعجب من سيدنا الاستاد حيث انه يظهر من كلامه في المقام - على ما في التقرير - ان الضرر يوجب ارتفاع الايجاب الضرري والحال ان رفع الضرر حكم امتناني ورفع الايجاب خلاف الامتنان بالنسبة الى صاحب المال نعم على ما هو الحق عندنا في الحكم الامتناني لا يتوجه الاشكال فانا ذكرنا وقلنا مراراً ان الامتنان يلزم أن يتحقق بالنسبة الى من يشمله دليل الحكم فان رفع وجوب الموضوع الضرري يلزم أن يكون امتنائياً بالنسبة الى من يرتفع عنه وجوب الموضوع لا بالنسبة الى غيره ولذا نلتزم برفع الوجوب عن الموضوع ولو كان الرفع خلاف الامتنان بالنسبة الى الغير فلاحظ.

بقي شيء وهو انه لو قلنا بوجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه كما قلنا فهل يفرق بين موارد به بأن يفصل بين نقل العين من بلد القبض الى ذلك البلد وبين انتقال المالك من بلد القبض الى بلد آخر بأن يقال: يجب الرد في الصورة الاولى ولا يجب في الثانية ام لا يفرق بين الموارد؟

الظاهر انه لا فرق في الحكم المذكور بين المصاديق فانه سادام لم يعرض عنوان ثانوي كالخرج أو التفرير من قبل المالك يجب الرد بلافق بين الصور لوحدة الملاك نعم يرتفع الوجوب بالخرج الراجع للاحكام الاولية كما انه لو صار القابض مغروراً من قبل المالك يمكن أن يقال: انه لا يجب عليه الرد بل تكفى التخلية بين المال ومالكه.

«قوله قدس سره: الثالث انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد كان عليه عوضها»

وقع الكلام بين الاصحاب في أن استيفاء المنافع من العين المقبوضة بالعقد الفاسد هل يوجب الضمان ام لا، وما يمكن أن تذكر في تقريب الاستدلال على الضمان وجوه الوجه الاول الاجماع واشكاله واضح ولا يحتاج الى البيان.

الوجه الثاني قاعدة على اليد<sup>١</sup> وقد تقدم ان الحديث ضعيف سنداً وغير منجر فلا يعتد به مضافاً الى أن الظاهر منه ان الموضوع المذكور فيه العين الخارجية فلا يصدق العنوان المأخوذ في الحديث على المنافع.

الوجه الثالث: ما عن النبي صلى الله عليه وآله<sup>٢</sup> وقد تقدم ان المستفاد من الحديث الحكم التكليفي وأما الحكم الوضعي أعني الضمان فلا.

وبعبارة اخرى: يستفاد من الحديث انه كما يكون دم المؤمن محترماً لا تجوز اراقتة كذلك لا يجوز اتلاف ماله وان ابیت عما ذكر

(١) تقدم ذكر الحديث في ص ١٦١.

(٢) تقدم ذكره في ص ١٤٦.

فلا اقل من الاجمال مضافاً الى أن الموضوع المأخوذ في الدليل عنوان المؤمن فلا يشمل غير المؤمن.

الوجه الرابع: مارواه سماعة<sup>١</sup> وفيه ان الظاهر من الحديث الحكم التكليفي وأما الضمان فلا يستفاد منه مضافاً الى أن العنوان المأخوذ في الدليل عنوان المسلم فالدليل اخص من المدعى.

الوجه الخامس: التوقيع الشريف<sup>٢</sup> وفيه ان الحديث بصراحته يدل على عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفاً ولا يرتبط. بالمقام مضافاً الى أن السند مخدوش.

الوجه السادس: النصوص الدالة على نفي الضرر في الشريعة<sup>٣</sup> بتقريب ان عدم تضمين القابض يوجب تضرر الدافع وهو منفي في الشريعة المقدسة.

وفيه اولاً: انا ذكرنا في بحث القاعدة ان المستفاد من النصوص المشار اليها النهي لالنفي فلا ترتبط تلك القاعدة بما نحن فيه.

وثانياً: انا نفرض ان المستفاد منها النفي كما عليه المشهور لكن نقول: المستفاد منها نفي الحكم الضرري لا اثبات الضمان.

وبعبارة اخرى يستفاد من القاعدة نفي الاحكام الضررية وان الشارع لا يجعل حكماً موجباً للاضرار لا أن الشارع يحكم بتدارك الضرر الوارد.

مضافاً الى أن الحكم بضمان القابض حكم ضرري بالنسبة اليه ولاوجه لترجيح احد الطرفين على الاخر.

الوجه السابع: السيرة العقلائية الممضاة عند الشارع فانه

(١) تقدم ذكره في ص ص ١٤٦.

(٢) تقدم ذكره في ص ١٤٨.

(٣) تقدم ذكر تلك النصوص في ص ١٤٨ و ص ١٤٩.

لا إشكال في أن استيفاء منافع مال الغير يوجب الضمان عند العقلاء ولا يمكن الاستيفاء مجاناً وبلا عوض مع عدم ما يقتضي العدم.

الوجه الثامن: قاعدة «من أتلّف مال الغير فهو له ضامن» فانه يمكن أن تستفاد القاعدة المذكورة من جملة من النصوص وان اتلاف مال الغير يوجب الضمان منها ما رواه أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه وان استهلكه ترادف<sup>١</sup> الفضل بينهما<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا رهنّت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك وان هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم لانه اخذ رهناً فيه فضل وضيعه قلت: فهلك نصف الرهن قال: «على» حساب ذلك قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه ابو حمزة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام يترادان الفضل فقال: كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادان فقال ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وان كان لا يسوي رد الراهن

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

(٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب الرهن الحديث ٢.



مانقص من حق المرتهن<sup>١</sup>.

ومنها مارواه ابن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال: ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان اقل من ماله فهلك الرهن أدسى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء<sup>٢</sup>.

ومنها مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن اذا كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدسى الى صاحبه فضل ماله وان كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء<sup>٣</sup>.

ومنها مارواه عبد الله بن الحكم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم والرهن يساوي ألفين وضاع قال: يرجع عليه بفضل مارهنه وان كان انقض مارهنه عليه رجع على الراهن بالفضل وان كان الرهن يسوى مارهنه عليه فالرهن بما فيه<sup>٤</sup>.

ومنها مارواه وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان علياً عليه السلام كان يقول من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن<sup>٥</sup>. ومنها مارواه محمد بن الحسن قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الرهن الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

(٣) عين المصدر الحديث ٤.

(٤) عين المصدر الحديث ٥.

(٥) الوسائل الباب ١ من ابواب العارية الحديث ١١.

عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام: هو ضامن لها ان شاء الله<sup>١</sup>.

ومنها مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سئل عن القصّار يفسد فقال كلّ اجير يعطي الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن<sup>٢</sup>.

ومنها مارواه الحلبي ايضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الغسال والصبّاغ ماسرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين انه قد سرق وكل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شيء وان لم يقم البينة وزعم انه قد ذهب الذي ادّعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله<sup>٣</sup>.

ومنها مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمّن الصبّاغ والقصّار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس وكان لا يضمن من الفرق والحرق والشبيء الغالب... الحديث<sup>٤</sup>.

ومنها مارواه أبو الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الثوب أدفعه الى القصّار فيخرقه قال أغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ولم تدفع اليه ليفسده<sup>٥</sup>.

ومنها مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه فضرب المسمار

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الوديعة .

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجارة الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

(٤) نفس المصدر الحديث ٦.

(٥) نفس المصدر الحديث ٨.

فانصدع الباب فضمّنه أمير المؤمنين عليه السلام.<sup>١</sup>  
ومنها مارواه ابو الصباح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن  
القصاص هل عليه ضمان؟ فقال: نعم كل من يعطي الاجر ليصلح فيفسد  
فهو ضامن.<sup>٢</sup>

ومنها مارواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي  
الثوب ليصبغه فيفسده فقال: كل عامل اعطيته اجراً على أن يصلح  
فأفسد فهو ضامن.<sup>٣</sup>

هذا تمام الكلام في الوجوه التي يمكن أن يستدل بها على الضمان  
وفي مقابل هذا القول قول بعدم الضمان ونسب هذا القول الى  
ابن حمزة واستدل على المدعى بالنبوي وهو قوله صلى الله عليه وآله  
«الخراج بالضمان».<sup>٤</sup>

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان منافع العين في مقابل  
ضمانها فمن يكون ضامناً لنفس العين لا يكون ضامناً لمنافعها وقد  
احتمل في معنى الحديث احتمالات عديدة وحيث ان الرواية ضعيفة  
سنداً وغير قابلة للاستناد اليها لا وجه لملاحظة معناها فالمتعين  
صرف النظر عنها.

مضافاً الى أنه يستفاد من حديث أبي ولاد الحنات قال: اكرت  
بغلاً الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب  
غريم لي فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت ان صاحبي توجه  
الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبّرت ان صاحبي

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجارة الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ١٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ١٩.

(٤) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٢١ نقلنا المدرك عن الجزء الثالث من كتاب مصباح  
الفقهاء ص ١٣٣.

توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت ممّا بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت ان اتحلل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبي أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل.

فقال لي ما صنعت بالبغل. فقلت: قد دفعته اليه سليماً قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: اريد كراء بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً فقال: ما أرى لك حقاً لانه اكتراء الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل و الى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلمّا رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة فاعطيته شيئاً وتحللت منه وحجبت تلك السنة فاخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مساءها وتمنع الارض بركتها، قال: فقلت لابي عبدالله عليه السلام: فما ترى انت؟ فقال: أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ومثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه.

قال: فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفة؟ فقال لا لانه غاصب قال: فقلت: له أرايت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردده عليه فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: انت وهو اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمه ذلك أو ياتي

صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك.

فقلت: انى كنت اعطيته دراهم ورضي بها وحللتني فقال: انما رضى بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم ولكن ارجع اليه فأخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.... الحديث<sup>١</sup>، فساد القاعدة المذكورة حيث ان الامام عليه السلام رد على أبي حنيفة وقال عليه السلام: «لمثل هذا ينقطع المطر من السماء».

لكن يرد عليه ان حديث أبي ولاد وارد في الغصب والكلام في المقام في المقبوض بالعقد الفاسد.

وربما يقال: ان مذهب ابن حمزة وهو عدم الضمان يستفاد من جملة من الروايات منها ما رواه اسحاق بن عمار قال حدثني من سمع أبا عبدالله عليه السلام وسأله رجل وانا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء ألى اخيه فقال ابيعك دارى هذه وتكون لك احب اليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي ان انا جئت بك بثمانها الى سنة أن ترد علي فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنة ردها عليه قلت: فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك أن اتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال: له شرطه قال له

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الاجارة الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١.

ابو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال: هو ماله وقال أبو عبدالله عليه السلام رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من يكون؟ قال على مولاه ثم قال: رأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد قال ألا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه قال كذلك يكون عليه ما يكون له<sup>٢</sup>.

بتقريب: ان المستفاد من هذه النصوص ان ضمان العين يقتضي عدم ضمان المنافع . وفيه: ان المستفاد من هذه الروايات ان منافع العين تابعة للعين في كونها مملوكة لمالك العين ولا ترتبط بما نحن بهدده فالحق هو القول المشهور فلاحظ.

### «قوله قدس سره: فتأمل»

لعله قدس سره بأمره بالتأمل يشير الى أنه لا تنافي بين الامرين وبعبارة اخرى: ضمان العين يقتضي عدم ضمان المنافع أعم من أن يكون الضامن مالكا للمنفعة أو مالكا للانتفاع.

### «قوله قدس سره: وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء»

يظهر من كلماتهم ان المشهور بين الاصحاب ضمان المنافع غير المستوفاة وما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوء: الوجه الاول: الاجماع وحال الاجماع في الاشكال - خصوصاً في امثال المقام - واضح.

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ٦.

الوجه الثاني: قاعدة على اليد بتقريب ان وضع اليد على العين وقبضها يستلزم تسلم المنافع فالمنافع مأخوذة. وفيه ان حديث على اليد ضعيف سنداً فلا يكون قابلاً للاستناد اليه.

الوجه الثالث: قاعدة الاتلاف فان امساك مال الغير وحبسه وعدم تسليمه منه اتلاف لمنافعه وقد تقدم ان المستفاد من جملة من النصوص الخاصة كون الاتلاف موجباً للضمان.

الوجه الرابع: السيرة العقلائية الممضاة عند الشارع فانها جارية على احترام أموال الناس وان حبسها من غير حق يوجب الضمان والظاهر عدم الفرق بين علم المالك بالفساد وجهله فان الميزان في تحقق الضمان عدم كون الاستيلاء عن حق.

«قوله قدس سره: وانما يتحقق ذلك في الاستيفاء»

قد ظهر مما ذكرنا عدم اختصاص عنوان الاتلاف بصورة الاستيفاء.

«قوله قدس سره: موافق للاصل»

جريان الاصل متوقف على عدم الدليل على الضمان وأما مع قيام الدليل كما قام فلا مجال لجريانه.

«قوله قدس سره: شمول قاعدة ما لا يضمن»

هذه القاعدة المشهورة لا اساس لها فلا وجه للتعرض لها واللازم ملاحظة الادلة المعتمدة والالتزام بمقتضاها.

«قوله قدس سره: مضافاً الى الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة»

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص<sup>١</sup> ان الامام عليه السلام في

(١) قد تقدم ذكر تلك النصوص في ص ١٤٧ وص ١٤٨.

مقام بيان حكم المنافع ولم يتعرض لضمان المنافع غير المستوفاة ومقتضى عدم تعرضه لهذه الجهة مع كونه في مقام البيان، عدم الضمان.

ويرد عليه انه عليه السلام تعرض في هذه النصوص لحكم الولد ولعله لدفع توهم كون الولد رقاً ولم يتعرض لحكم المنافع المستوفاة والحال انه لا اشكال في ضمانها. وبعبارة واضحة: عدم التعرض من ناحيته عليه السلام لا يدل على العدم والا يلزم أن تكون النصوص المشار اليها دليلاً على عدم ضمان المنافع المستوفاة وهو كما ترى. بقي شيء وهو انه هل يكون فرق بين العين المفصوبة والمقبوض بالعقد الفاسد؟ أفاد سيدنا الاستاد على ما في تقرير مقرر بحثه ان: الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء لان الغاصب يأخذ المال من المفصوب منه بالقهر والغلبة فيكون ضامناً لجميع الخصوصيات وأما في المقبوض بالعقد الفاسد فالمالك يدفع العين باختياره الى القابض والمفروض ان القابض لا يمنع الدافع عن التصرف في العين ففوت المنافع مستند الى نفس المالك فلا وجه لقياس المقام بالمفصوب.

وفيه انه لو فرض ان الغاصب لا يمنع عن التصرف في العين فلازم كلامه عدم الضمان أيضاً وهل يلتزم به؟

وثانياً: ان المفروض في العقد الفاسد ان دفع المالك لا أثر له ولذا لا يجوز التصرف في العين وقد تقدم ان يد القابض يد ضمان ويجب عليه أن يرد العين الى مالكه فما الفارق بين المقامين؟ وانا لا نرى فارقاً بينهما.

ويؤيد ما ذكرنا ما عن التذكرة وهذا لفظه: «ان منافع الاموال



من العبد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدة فى يده لا يستعملها عند علمائنا اجمع» النخ.

فنسئل ان اليد على المقبوض بالعقد الفاسد عادية أو أمانية فان كانت امانية فما الوجه فى الضمان اذا تلفت العين؟ وان كانت عادية فتشمله العبارة المنقولة عن التذكرة.

ويؤيد المدعى ايضاً ما عن السرائر فى آخر باب الاجارة من الاتفاق على ضمان منافع المنصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع ان البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلة الشيء المنصوب النخ.

«قوله قدس سره: وان كان المترائى من ظاهر صحيحة أبى ولاداً»

الانصاف ان ما أدعاه الماتن من الظهور فى الحديث محل الاشكال والكلام اذ لم يفرض نفع غير مستوفى كى يكون عدم تعرضه عليه السلام لضمانه دليلاً على عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة مضافاً الى أن عدم الضمان فى المنصوب خلاف الاجماع والتسالم فلا يعتد بالظهور المدعى على فرض تسليمه فلاحظ.

«قوله قدس سره: الرابع: اذا تلف المبيع فان كان مثلياً

وجب مثله»

ما يمكن أن يذكر أو ذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه: الوجه الاول: الاجماع وعدم الخلاف واشكال الوجه المذكور واضح. الوجه الثانى: حديث على اليد<sup>٢</sup> ويرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً ولا جابر له وثانياً انه لا ينطبق الحديث على المشهور

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٩ و ١٧٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦١.

بين الاصحاب في باب الضمان فانهم قائلون بضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي من أول الامر ولا يستفاد مدعاهم من الحديث بل المستفاد منه ان نفس العين العين في العهدة.

وثالثاً: انه يمكن أن يقال: ان الحديث في مقام بيان ان الاخذ للعين ضامن لها الى زمان تأديتها الى مالکها ولا تعرض في الحديث بأنها اذا تلفت بماذا تشتغل ذمة القابض ومن في يده العين.

الوجه الثالث: مارواه ابوبصير<sup>١</sup> وفيه انه قد تقدم ان المستفاد من الحديث الحكم التكليفي وانه كما يحرم اراقة دمه يحرم التصرف في ماله فلا تعرض في الرواية للحكم الوضعي مضافاً الى أنه على فرض التسليم لاتدل على التفصيل بأن نقول: يجب المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

وبعبارة اخرى: على فرض التعرض تكون الرواية متعرضة لاصل الضمان لا للتفصيل المذكور اضع الى ما ذكر ان الدليل اخص من المدعى حيث ان المأخوذ في الموضوع عنوان المؤمن.

الوجه الرابع: النصوص الواردة في الامة المسروقة<sup>٢</sup> فانها تدل على أن المشتري يأخذ الولد بالقيمة.

وفيه ان هذه النصوص لاتدل على ضمان المثل في المثلي بل لاتدل على ضمان القيمة في القيمي وانما تدل على ضمان القيمة في المورد الخاص نعم لاتخلو من الاشعار بالنسبة الى ضمان القيمة في القيمي.

الوجه الخامس: قوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»<sup>٣</sup>. بتقريب ان المستفاد من الاية الشريفة

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٤.

(٢) قد تقدم ذكر تلك النصوص في ص ١٤٧ و ١٤٨.

(٣) البقرة/١٩٤.

المماثلة فىما يعتدى به فان كان مثلياً يجب المثل وان كان قىمياً تجب القىمة.

وقال سيدنا الاستاد فى هذا المقام: ان استفادة المدعى عن الاية تتوقف على ثلاثة امور:

الامر الاول: أن يكون لفظ «ما» المذكور فى الاية موصولاً لامصداً.

الامر الثانى: أن يكون المراد بالموصول الشىء المعتدى به .  
الامر الثالث: أن يكون المراد من المعتدى به المثل فى المثلى والقىمة فى القىمى وهذه المقدمات كلها مخدوشة أما الامر الاول فيخدش بأنه يمكن أن اللفظ يكون مصداً أى يكون الفعل الصادر مثل ما صدر عن المعتدى فان كان ضرباً يكون مثله وان كان شتماً يكون كذلك وهكذا.

وأما الامر الثانى فيمكن أن يكون المراد من الموصول الفعل لالعين الخارجية أى يكون ما يعتدى به مثل ما اعتدى به المعتدى ابتداءً فلا ترتبط بالمقام.

وأما الامر الثالث ففيه انه على تقدير تسليم المدعى يكون المستفاد من الاية وجوب المثل على الاطلاق لا التفصيل المذكور فى كلام القوم من وجوب المثل فى المثلى والقىمة فى القىمى .  
اضف الى ما ذكر انه بعد تمامية المقدمات فرضاً لا يستفاد من الاية الحكم الوضعى الذى هو محل الكلام بل المستفاد من الاية الشرىفة الحكم التكليفى .

الوجه السادس: ان مقتضى السيرة العقلية والارتكاز ان الانسان اذا وضع يده على مال غيره بلامجوز يكون ضامناً لذلك المال وتلك العين فى عهده وضماته فمادامت موجودة يجب اداؤها

وايصالها الى مالكمها واذا تلفت يجب عليه اداء مثلها من باب أن المثل اقرب الى التالف ومع عدم المثل تصل النوبة الى القيمة.

وبعبارة واضحة: في المرحلة الاولى يجب اداء نفس تلك العين التالفة ولذا لو عادت بعد التلف الى صورتها الاولى يجب ردها ولا تصل النوبة الى المثل أو القيمة.

والعجب من سيدنا الاستاد حيث أفاد في المقام بأنه يجب المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا يكفى اداء احدهما عن الآخر الا أن يرضى المالك<sup>١</sup>.

فانه يرد عليه اولاً: انه كيف يمكن اداء المثل في القيمي فان القيمي قوامه بعدم المماثل. وثانياً: ان الحق ان العين بنفسها في العهدة وانما الاكتفاء بغيرها من باب الاقربى بالتالف وعلى هذا الاساس لامجال لما اشترى بين القوم من وجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي بل الواجب في المرحلة الاولى اداء نفس العين ومع عدم الامكان تصل النوبة الى الاقرب ولا اشكال في أن المثل أقرب الى التالف وعلى تقدير عدم امكان المثل تصل النوبة الى القيمة.

«قوله قدس سره: وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي»

مفهوم المثل من المفاهيم الواضحة العرفية ولا يحتاج الى تطويل البحث فيه والقليل والقال فان أصناف الحنطة من المثليات والبقرة من القيميات.

وعلى الجملة: الاحالة الى العرف تكفي لبيان الموضوع ولا موضوعية للتحديد كي يشكل تارة بعدم كونه جامعاً واخرى بعدم كونه مانعاً ولا أثر للاجماع المدعى في المقام لا الاجماع على الحكم ولا القائم على الموضوع أما القائم على الحكم فان كان منقولاً فقد

حقق فى الاصول عدم اعتباره وان كان محصلا فعلى فرض تحققه يرد فيه بأنه لا اعتبار به خصوصاً مع الاحتمال بل القطع بكونه مدركياً وأما القائم على الموضوع فحاله أسوء فان المثل مفهوم عرفى واضح ولا يحتاج الى قيام الاجماع عليه الا أن يرجع الى الحكم فيدخل تحت القسم الاول.

«قوله قدس سره: فلا بد من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع اليه» مقتضى ما ذكرنا عدم وصول النوبة الى الشك فان الثابت فى الذمة بمقتضى السيرة العقلانية نفس العين التالفة ووصول النوبة الى المثل ثم الى القيمة من باب عدم امكان اداء نفس العين أو المثل فلامورد للشك نعم بعد وصول النوبة الى القيمة يمكن أن يشك فى مقدارها من حيث الزيادة والنقيصة ومقتضى الاصل عدم وجوب الاكثر مثلاً لو تردد أمر قيمة الشيء الفلانى بين الخمسة والسبعة يكون مقتضى الاصل عدم وجوب السبعة وهذا الذى نقول لافرق فيه بين الجهة الوضعية والتكليفية فان مقتضى الاستصحاب عدم ثبوت الضمان بالاكثر كما ان مقتضى البرائة عدم وجوبه.

ويظهر من كلام الشيخ قدس سره ان الاحتمالات المتصورة فى المقام متعددة ووجوه عديدة الوجه الاول: أن يكون الواجب من أول الامر المثل من باب ان الاقرب الى التالف المثل وانما يكفي اداء القيمة فى القيميات من باب الارفاق بالضا من فلودار الامر بين كون الضمان بالمثل أو القيمة يتعين المثل فان الامر دائر بين التعيين والتخير.

وأورد على التقريب المذكور اولاً: ان الثابت فى القيميات القيمة فالكبرى الكلية المدعاة غير تامة.

وثانياً: ان دوران الامر بين التعيين والتخير اذا كان بين الحكمين

المتزاحمين ودار الامر بين محتمل الاهمية وغيره يكون المتممين  
الاخذ بما يكون محتمل الاهمية لسقوط الاطلاق عن الطرف الاخر  
وعدم سقوطه في هذا الطرف وأما اذا كان المورد مورداً لحكم واحد  
ودار الامر بين تعلقه بالجامع أو بالمقيد يكون المرجع البرائة لا  
الاشتغال.

ويرد عليه: ان هذا التقريب انما يتم فيما يكون الشك في  
التكليف وفي المقام لا اشكال في تعلق المثل بالعهد فان الضمان  
لا يكون تكليفاً محضاً وأنما الشك في الارفاق وعدمه والاصل عدم  
الارفاق. وان شئت قلت: لا ريب في ثبوت المثل في الذمة وانما  
الشك في سقوطه باداء القيمة وعدمه ويكون مقتضى الاصل بقاءه.  
ان قلت: استصحاب بقاء المجمعول يعارض باستصحاب عدم الجعل  
الزائد قلت: الشك في البقاء مسبب عن الشك في الارفاق والاصل  
عدمه فلاحظ.

الوجه الثاني: الضمان بالقيمة عند الشك في المثلية والقيمة  
وتقريب الاستدلال عليه: ان المقام من موارد دوران الامر بين الاقل  
والاكثر فلا بد من الاخذ بالاقل فان المراد بالقيمة المالية المشتركة  
بين جميع الاشياء فالجامع بين جميع الموارد الجهة الجامعة غاية  
الامر في المثلي ذلك الجامع مقيد بقيد خاص وعلى هذا الاساس  
في مورد الشك يكون الامر دائراً بين الاقل وهو الجامع والاكثر وهو  
المقيد بالقيد الخاص ومقتضى البرائة عدم وجوب الزائد وعليه  
يكون الضامن مخيراً بين اداء المثل واداء القيمة.

وفيه: ان القيمة في القيمي المالية المتقيدة بالنقود وفي  
المثلي الجامع المقيد بالمثلية فالامر دائر بين المتبائنين لا الاقل  
والاكثر.

الوجه الثالث: خيار الضامن بين اداء المثل والقيمة بتقريب: انه اما ضامن للمثل واما ضامن للقيمة وبمقتضى الضرورة والاجماع وقاعدة الضرر لا يكلف بكلا الامرين فيحكم بالتخير.

ويرد عليه اولا: ان الالتزام بحكم العقل لا بحكم الشارع وثانياً: انه يمكن أن يرجع الامر الى الحاكم الشرعى ويتصلح المالك والضامن على شىء واحد فان الحاكم مرجع الامور عند التشاح والنزاع وأما احتمال الرجوع الى القرعة فهو بعيد اذ لا دليل عليها في الشبهات الحكمية بل هي تختص بالشبهة الموضوعية.

ويمكن تقريب الاكتفاء باحد الامرين وكون الضامن مخيراً بوجه آخر وهو انه بعد اداء المثل أو القيمة يشك في بقاء الاشتغال فيتعارض الاصل الجارى في المجمعول مع الاصل الجارى في مقدار الجعل وبعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى البرائة عن الالتزام فلا حظ.

الوجه الرابع: خيار المالك بين الامرين بأن يكون الاختيار بيده بتقريب: ان ذمة الضامن وان كانت مشغولة باحد أمرين لكن ما يختاره المالك اما بدل واقعي وأما بدل البدل وعلى كلا التقديرين يكفي أما على الاول فظاهر وأما على الثاني فلرضا المالك ولا بد من تحصيل رضاه فان مقتضى الاصل عدم فراغ ذمة المالك الا برضا المالك.

ويرد عليه انه لا بد من مراجعة الحاكم في أمثال المقام كما مرّ آنفاً وأما استصحاب بقاء الاشتغال فهو معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد.

وببيان واضح. بعد اداء المثل أو القيمة لوشك في الفراغ يكون

مقتضى استصحاب. اشتغال الذمة بقاء الشغل ومقتضى استصحاب عدم الجعل الزايد عدم الاشتغال وبعد التعارض والتساقط تكون اصالة البرائة عن التكليف محكمة فلاحظ.

وأما ما أفاده الشيخ قدس سره من تخيير المجتهد في الفتوى فلا دليل عليه فان تخيير المجتهد في باب تعارض الاخبار وأما في المقام فلا وجه له ولعله اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

والذي يختلج بالبال ما تقدم منا من أن الثابت في الذمة نفس العين وعند التعذر تصل الى المثل ومع تعذره تصل النوبة الى القيمة.

ويؤيد المدعى بل يدل عليه بعض النصوص منها ما رواه محمد ابن عيسى عن يونس قال كتبت الى أبي الحسن الرضا عليه السلام انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان أسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم الاولى ولهم اليوم وضیعة فاي شيء لي عليه الاولى التي اسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب عليه السلام الدراهم الاولى<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه صفوان قال سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء ألساحب الدراهم الدراهم الاولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ قال: فقال: لسااحب الدراهم الدراهم الاولى<sup>٢</sup>.

الا أن يقال: ان النصوص المشار اليها لا يؤيد المدعى حيث ان الدرهم مثلي. لكن يرد عليه: انه لو كان مثلياً يلزم أن يدفع بدل الدرهم درهم والحال انه يكفي دفع نصفى درهم بدل الدرهم الواحد.

(١) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ١١٧ الحديث ٥٠٧.

(٢) عين المصدر الحديث ٥٠٨.



وايضاً يؤيدنا في هذه المقالة انه يظهر من الماتن الميل الى هذا القول حيث قال: «ولكن يمكن أن يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات والامانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل لانه أقرب الى التالف من حيث المالية والصفات ثم بعده قيمة التالف من النقيدين وشبههما» الى آخر كلامه رفع في علو مقامه.

### «قوله قدس سره: فتأمل»

لعل أمره بالتأمل اشارة الى أنه لا يترتب اثر شرعي على مثل هذه الاجماعات وبعبارة أخرى لا يمكن جعل الاجماع مدركاً للحكم والله العالم.

### «قوله قدس سره: الخامس ذكر في القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر»

مقتضى القاعدة انه يلزم اداء المثل ولو مع كون ثمنه اكثر لا للوجوه المذكورة في كلام الشيخ فان الوجوه المذكورة مخدوشة أما الاجماع فلا يكون حجة وأما النصوص فقد مرّ الاشكال فيها اما سنداً وأما دلالة وأما من كلتا الناحيتين وأما الفتاوي فلا أثر لها ولا اعتبار بها وأما الفحوى فايضاً لا يترتب عليه اثر اذ الحكم في الاصل مستند الى الفتاوي.

### «قوله قدس سره: وهو ضرر»

أما على مسلكنا في مفاد القاعدة فلا مجال للاستدلال بها على المدعى كما هو ظاهر وأما على مسلك القوم وان مفادها النفي، فتارة تكون الزيادة زيادة سوقية واخرى تكون الزيادة باعتبار طمع البائع في الزيادة والحال ان القيمة السوقية اقل أما على الاول فلا

مجال للاخذ بالقاعدة لان المفروض ان الحكم الشرعي وارد في مورد الضرر ولا بد من تخصيص القاعدة كما في نظائر المقام.

وأما على الثاني فايضاً يشكل الاخذ والاستدلال بها لان الالتزام بحكم العقل لا بحكم الشارع فلا بد من الالتزام بوجوب الشراء ولو باضعاف القيمة الا أن يقال ان مدرك وجوب المثل السيرة وفي الفرض المذكور لا سيرة.

«قوله قدس سره: ثم انه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل»  
الظاهر ان ما أفاده تام والامر كما قرره قدس سره وصفوة القول:  
ان الذي يختلج بالبال ان المالك له المطالبة في كل مكان فانه مسلط على مملوكه ويجب على الضامن رد المثل الى المالك ولو ببذل مال كثير لكن لقائل أن يقول: العمدية في مستند الحكم السيرة العقلانية فلا بد من رعايتها ومقدار تحققها.

«قوله قدس سره: السادس: لو تعذر المثل في المثلي فمقتضى القاعده وجوب دفع القيمة»

يقع الكلام في المقام في فروع: الفرع الاول: انه لا اشكال انه لو تعذر المثل تصل النوبة الى القيمة فان السيرة جارية عليه فوجوب القيمة مع تعذر المثل في الجملة مما لا اشكال فيه.

الفرع الثاني: ان الميزان قيمة يوم التلف أم قيمة يوم الاخذ أم قيمة يوم الدفع أم اعلى القيم من زمان الاخذ الى يوم الدفع أو الى يوم التلف وهذا الاختلاف ناش من تبدل المثل الى القيمة فوقع الكلام بين القوم في أن التبدل المذكور متى يتحقق وأما اذا لم نلتزم بالتبدل فلا موضوع لهذا الاختلاف.

وربما يقال: ان الضمان لا بد أن ينتقل الى القيمة عند اعواز

المثل فى الخارج والا لم ينتقل الى المثل ايضاً عند تلف العين الشخصية.

وأجاب عنه سيدنا الاستاد بأن انتقال العين بعد التلف الى المثل أمر قهري لانه لا معنى لبقائها فى الذمة مع تلفها وأما المثل فهو امر كلي قابل للبقاء فى الذمة الى حين الاداء.

والذي يحتلج بالبال أن يقال: ان التالف بشخصه ثابت فى الذمة ولا مانع من اعتباره وبقائه فيها فان الاعتبار خفيف المؤنة ولا فرق بين الجزئي الخارجى والكلي من هذه الجهة.

والذي يدل على المدعى ان التالف لو رجع الى ما كان اولاً ببركة دعاء ولي من الاولياء يجب رده الى صاحبه ولا مجال لاداء المثل أو القيمة وعلى هذا يكون المناطق قيمة يوم الاداء.

الفرع الثالث: انه لا يجوز للضامن اجبار المالك بأخذ القيمة مع الاعواز فانه لا وجه له وبعبارة اخرى لا يجوز اجبار المالك على قبول شيء آخر بدلاً عن ملكه ولذا لا اشكال فى عدم جواز اجبار مالك المين الموجودة على قبول شيء آخر بدلاً عن العين الموجودة .

وهذا مع رجاء وجدان المثل ظاهر وأما مع اليأس فأفاد سيدنا الاستاد قدس سره: بأنه لا يجوز الاجبار ايضاً. ولكن لقائل أن يقول: مع فرض اليأس لا وجه لامتناع المالك عن القبول فان التأخير وابقاء ذمة الضامن مشغولة بالعين لا وجه له والله العالم.

الفرع الرابع: انه يجوز اجبار المالك الضامن بدفع القيمة فان المالك مسلط على حقه ويجوز له أن يأخذ القيمة مع الاعواز والصبر. وان شئت قلت: لا اشكال فى تحقق السيرة العقلائية على ذلك.

ولا مجال لتوهم ان اجباره على دفع القيمة اضرار بالنسبة الى الضامن فلا يجوز فانه يقال: هذا التوهم فاسد وذلك لانه ليس

اضراراً بالنسبة اليه بل ارفاق حيث رفع اليد عن الخصوصية واكتفى بالقيمة ولا فرق فيما ذكر بين التعذر الابتدائي والتعذر العارضي كما انه لا فرق فيما ذكر بين كون التعذر مستمراً أو مؤقتاً فلاحظ .

الفرع الخامس: في مناهات التعذر والاعواز لا يبعد أن يقال ان الميزان التعذر الشخصي فمع التمكن من تحصيل المثل ولو من البلاد البعيدة التي لا يتعارف نقل المثل منها يجب تحصيله على الضامن. وبعبارة واضحة: يجب عليه تحصيله باى وجه ممكن ولا وجه لجعل ميزان ومعيار له .

وقال سيدنا الاستاد قدس سره: انه لو كان في نقله من بلد بعيد مؤنة زائدة بحيث يتضرر نحكم بعدم الوجوب لقاعدة نفي الضرر . ويرد عليه اولاً: ان الاخذ بدليل نفي الضرر متوقف على مقالة المشهور في مفاد القاعدة وأما على مقتضى مختار شيخ الشريعة قدس سره فلا مجال للاخذ بها كما هو ظاهر .

وثانياً: ان الاخذ بالقاعدة لنفي الوجوب ينافي مسلكه حيث انه يقول ان القاعدة قاعدة امتنائية ولا بد أن لا يكون اجرائها على خلاف الامتنان والمفروض ان الاخذ بها في المقام ونفي وجوب التحصيل خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك .

فالحق أن يقال: يجب تحصيل المثل على الضامن مطلقاً ولا وجه لقياس المقام بباب السلف اذ يمكن أن يقال ان مقتضى الانصراف تحصيل المبيع من بلد المعاملة فتأمل مضافاً الى النصوص الواردة في ذلك الباب منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجدعان وغير ذلك الى اجل مسمى؟ قال: لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس مال ما بقي

من الغنم دراهم ويأخذون دون شروطهم ولا يأخذون فوق شرطهم والاكسية ايضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في الطعام الى أن قال: أرايت ان أوفاني بعضاً وعجز عن بعض أيسلح أن أخذ بالباقي رأس مالي قال: نعم ما أحسن ذلك<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في الزرع فيأخذ بعض طعامه ويبقى بعض لا يجده وفاء فيعرض عليه صاحبه رأس ماله قال يأخذه فانه حلال الحديث<sup>٣</sup>. ورواه الشيخ باسناده عن احمد مثله وزاد: قلت فانه يبيع ما قبض من الطعام فيضعف قال وان فعل فانه حلال<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن بعض اصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسلم الدراهم في الطعام الى اجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه فقال لا بأس بذلك<sup>٥</sup>.

ومنها ما رواه العيص بن القاسم عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة حتى اذا حضر الاجل لم يكن عنده طعام ووجد عنده دواب ومتاعاً ورقيقاً يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمّى كذا وكذا بكذا وكذا اصاعاً<sup>٦</sup>.

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

(٥) عين المصدر الحديث ٥.

(٦) عين المصدر الحديث ٦.

ومنها غيرها.

فانه ربما يدعى ان المستفاد من تلك الروايات ان الميزان بالقدرة على التحصيل في بلد المعاملة وان كان للنقاش في هذه المقالة مجال اذ يمكن أن يقال ان المستفاد من النصوص المشار اليها ان الميزان عدم القدرة على الاطلاق فلاحظ.

ثم ان الميزان بالقيمة في بلد المطالبة ولا مدخلة لبلد الضمان وببيان واضح: ان المفروض ان المثل ثابت في ذمة الضامن فلا بد من اداء قيمته عند التعذر ولا فرق فيما ذكر بين عزة الوجود وعدمها لوحدة الملاك.

وقال سيدنا الاستاد لو طالب من عنده المثل بأزيد من القيمة السوقية لم يجب الدفع لقاعدة الضرر. ويرد عليه ما أوردناه عليه آنفاً من الايرادين فلاحظ.

الفرع السادس: انا ذكرنا انه لو تلف المأخوذ بالعقد الفاسد تصير ذمة الضامن مشغولة بنفس العين أو بالمثل على المعصروف بين القوم فلو فرض سقوطه عن المالية كالماء على الشاطي اذا أتلفه في المفازة والمهلكة والثلج في الشتاء اذا أتلفه في الصيف فما حكمه؟ قال سيدنا الاستاد تثبت في ذمة الضامن قيمة يوم السقوط عن المالية بتقريب ان المثل ثابت في ذمته الى ذلك الزمان والمثل في ذلك الزمان في حكم التالف فالميزان بقيمة ذلك الوقت.

ويترتب على ما أفاده انه لو لم يدفع القيمة النازلة وهي قيمة ذلك الزمان المشار اليه وصار الماء أو الثلج عزيز الوجود وترقت قيمته لا يجب على الضامن الا اداء ذلك المقدار القليل الذي أنتقل الى ذمته وعلى الشاطي مثلاً وهل يمكن الالتزام به؟

وايضاً يترتب عليه انه لو قنع المالك بالمثل مع عدم كونه

متمولاً لا يجب على الضامن دفع الماء أو الثلج وهل يمكن الالتزام به؟ والله العالم.

الفرع السابع: لو دفع القيمة فى المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فما حكمه؟ أفاد الشيخ قدس سره: الظاهر عدم عود المثل بذمته لان المثل كان ديناً سقط عن الذمة بالتراضى فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

وهذا على المختار من كون المثل ثابتاً فى الذمة ظاهر وأما على القول بعدم بقاء المثل فى الذمة بل يتبدل بالقيمة فان قلنا بأن التالف بالاعواز يصير قيمياً فالامر أوضح اذ المدفوع مصداق للثابت فى الذمة فلا وجه للعود وأما لو قلنا ان المثل الثابت فى الذمة يصير قيمياً فيحتمل العود ويكون المدفوع بدل الحيلولة.

ويرد عليه: ان الالتزام ببديل الحيلولة متوقف على بقاء العين فى ملك مالكة وفى المقام المفروض انقلاب ما فى الذمة الى القيمة فلا مجال لاجراء قاعدة بدل الحيلولة فى المقام.

مضافاً الى فساد اصل المدعى فانه لا وجه لهذا التقريب بل الحق بقاء نفس العين فى الذمة بلافراق بين الموارد وبعبارة واضحة: انه لا وجه للالتزام بالقسمين بل الامر منحصر فيما ذكرنا وهو ثبوت نفس العين فى ذمة الضامن.

«قوله قدس سره: فليتأمل»

يمكن أن يكون اشارة الى أن المراد بيوم المطالبة يوم الدفع اذ لا خصوصية ليوم المطالبة بلا دفع فالمناط والميزان الدفع.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله اشارة الى ضعف المبني فلاحظ.

### «قوله قدس سره: السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً»

أقول: اذا تلف القيمي فهل يضمن التالف بمثله أو يضمن بقيمته والكلام حول هذه المسألة يقع في مقامات المقام الاول: في مقتضى القاعدة الاولى فنقول: القاعدة تقتضي أن يضمن التالف بعينه على ما قلنا أو يضمن بمثله كما ذهب اليه سيدنا الاستاد قدس سره ونسب الى المشهور انه يضمن بالقيمة. والحق ما ذكرنا فانه لو خلي وطبعه يكون المضمون نفس العين بلافرق بين تعذر المثل وعدمه.

وقال سيدنا الاستاد قدس سره: انه مع التعذر المطلق ينتقل الضمان الى القيمة بتقريب: ان اعتبار الاشتغال مع عدم امكان اداء المثل لغو.

وفيه: ان لازم ما أفاده انه لو وجد المثل اتفاقاً وعلى خلاف القاعدة الطبيعية لا يكون دفعه مؤثراً وموجباً للبرائة بل الواجب رد القيمة بدلا عن التالف وهل يمكن الالتزام به؟ فالحق ما أفاده السيد قدس سره في الحاشية من المنع عن الانتقال على الاطلاق ولا يرد عليه ما أورده عليه سيدنا الاستاد: من أن لازم كلامه جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمة ولو مع التعذر على الاطلاق لان المفروض ان الذمة مشغولة بالمثل.

فان ما أورده عليه غير تام اذ ذكرنا سابقاً انه مع اليأس عن الوجدان لا وجه لبقاء ذمة الضامن مشغولة فانه خلاف سلطنة الناس على انفسهم وذمهم.

وصفوة القول: ان القاعدة الاولى تقتضي الاشتغال بالعين أو المثل بلافرق بين المثلي والقيمي ويؤيد المدعى بعض النصوص منها ما رواه الصباح بن سيابة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام ان



عبدالله بن أبي يعفور أمرني ان أسألك قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنردّه أصغر منه أو اكبر فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيكون فيه الكبيرة والصغيرة فلا بأس<sup>١</sup>. ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران وتأخذ كبيراً ونعطي صغيراً وتأخذ صغيراً ونعطي كبيراً قال لا بأس<sup>٢</sup>.

المقام الثاني: انه لا بد من رفع اليد عن القاعدة الاولية بالدليل الدال على أن التالف في القيمي يضمن بالقيمة وما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجهان:

الوجه الاول الاجماع وفيه: ان الاجماع المنقول لا يكون حجة وعلى فرض تحصيله محتمل المدرك.

الوجه الثاني: ما أفاده الشيخ قدس سره بقوله وتدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من القيميّات ولا بد من ملاحظة هذه الاخبار المشار اليها في كلامه منها ماورد في تحرير بعض الشركاء نصيبهم من العبد.

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه، فقال: ان ذلك فساد على أصحابه (فلا يستطيعون) بيعه ولا مؤاجرته فقال: يقوّم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه «عقوبة» لما أفسده<sup>٣</sup>. فانه يستفاد من الحديث ان الملاك والميزان في ضمان القيمة الافساد حيث قال في ذيل الرواية وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب الدين والقرض الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١٨ من المتق الحديث ١.

أفسده فبعموم العلة نحكم بضمان القيمة في القيمي فلامجال لان يقال: ان الحكم المذكور وارد في موضوع خاص ولا مجال لتسريته الى غير مورده.

ومثله في الدلالة على المدعى بالتقريب المذكور مارواه سماعة قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال: هذا فساد على أصحابه يقوّم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لانه أفسده على أصحابه<sup>١</sup>.

ويمكن التعرض لاشكالين في المقام الاول: انه ما الوجه في اختصاص الحكم بخصوص القيمي فان عموم العلة يقتضي الحكم بضمان القيمة في كلية الموارد بلافرق بين القيمي والمثلي. الا أن يقال: لاشكال في ضمان المثل في المثلي بالتسالم والسيرة الجارية بين العقلاء الممضاة من قبل الشارع الاقدس.

الثاني: انه بمقتضى العلة لابد من تخصيص الحكم بمورد الاتلاف وأما في مورد التلف فلامجال للاخذ بعموم العلة فان الموضوع المأخوذ في لسان الدليل كما ترى عنوان الافساد.

ان قلت: حيث انه لا قول بالفصل يلزم عموم الحكم أي لاجل عدم الفصل في التقييمات لابد من الالتزام بعموم الحكم فيها قلت: عدم القول بالفصل غايته الاجماع ولا يترتب على الاجماع اثر مع احتمال كونه مدركياً ومن الممكن استناد الاجماع الى النصوص المشار اليها.

ومنها ماورد في بيان حكم سفرة مطروحة لاحظ مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها

وبيضها وفيها سكين فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم منافياها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الشمن فليل يا أمير المؤمنين عليه السلام: لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسى فقال: هم فى سعة حتى يعلموا<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الحديث انه يضمن المأكول بالقيمة والحديث ضعيف سنداً بالنوفلى.

ومنها رسالة الصدوق قال الصادق عليه السلام أفضل ما يستعمله الانسان فى اللقطة اذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها فلو ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت فى الحرم ديناراً مطلسا فهو لك لا تعرفه وان وجدت طعاماً فى مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فردّه عليه القيمة فان وجدت لقطة فى دار وكانت عامرة فهي لاهلها وان كانت خراباً فهي لمن وجدها<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من الحديث ان الضمان بالقيمة والمرسل لا اعتبار به.

ومنها مارواه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاة فى الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله هي لك أو لأكيك أو للذئب فخذها وعرفها حيث أصبتها فان عرفت فردّها الى صاحبيها وان لم تعرف فكلها وانت ضامن لها ان جاء صاحبيها يطلب ثمنها أن تردّها عليه<sup>٣</sup>.

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب اللقطة.

(٢) الوسائل الباب ٢ من هذه الابواب الحديث ٩.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الحديث ٧.

فان المستفاد من الحديث ان الشاة تصير مضمونة بالقيمة ويشكل بأنه حكم وارد في مورد خاص ولاوجه لاسرائه الى غيره من الموارد مضافاً الى أن الظاهر من الرواية ان المضمون عين الشاة حيث قال عليه السلام: «فكلها وانت ضامن لها» فان الظاهر أن تحقق الضمان زمان الاكل والظاهر من قوله في ذيل الحديث: «ان جاء صاحبها يطلبها أن ترد عليه ثمنها» ان الضمان يرتفع برد ثمن الشاة حين الرد.

وبعبارة واضحة: ان الواجب عليه قيمة الشاة حين الدفع فالثابت في الذمة عين الشاة ولذا الميزان قيمتها في ذلك الزمان. ومنها ما رواه ايضاً علي بن جعفر عن أخيه قال: وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ولمن الاجر هل عليه أن يرد على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها والاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها والاجر له<sup>(١)</sup>

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الضمان بالقيمة. وفيه انه حكم خاص في مورد مخصوص فلاوجه للتعدي مضافاً الى أن المستفاد من الحديث ان الضامن ضامن للقيمة في زمان التفرير أي قيمة ذلك الوقت والحال ان مقتضى ضمان المضمون بالقيمة القيمة الثابتة للمعين في زمان التصديق فلاحظ.

ومنها ما رواه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام قال: أتاه رجل تكارى دابة فهلك وأقر انه جاز بها الوقت فضمنه الثمن ولم يجعل عليه كراء<sup>(٢)</sup>.

(١) الوسائل الباب ٢ من هذه الابواب الحديث ١٤.

(٢) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث ٥.

والمستفاد من الحديث ان الضامن ضمن بقية زمان التفرير فلا تدل الرواية على المدعى.

ومنها ما رواه ابو حمزة<sup>١</sup> بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الذي يثبت فى الذمة القيمة ولذا حكم عليه السلام بالتهاتر والا لم يكن وجه له: والظاهر ان التقريب تام كما ان السند لا خدر فيه لكن لادليل الحديث لتخصيص الحكم بخصوص القيمي بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المثلثى والقيمي.

ومنها ما رواه ابن عمار<sup>٢</sup> والتقريب هو التقريب ومنها ما رواه ابن بكير<sup>٣</sup> ومنها ما رواه محمد بن قيس<sup>٤</sup> والتقريب هو التقريب ومنها ما رواه ابا ن عثمان<sup>٥</sup> ومنها ما رواه سليمان بن خالد<sup>٦</sup>.

ويستفاد من الحديث التفصيل بين التفريط وعدمه باثبات الضمان على نحو التهاتر فى الاول وعدم الضمان فى الثانى والظاهر ان الاستدلال بهذه النصوص على المدعى لا اشكال فيه غاية الامر يلزم عدم التفصيل بين المثلثى والقيمي الا أن يتم التفصيل بالاجماع والتسالم ووضوح الحكم والله العالم.

وايضاً يلزم أن يفصل بين الاتلاف والتلف فان المستفاد من نصوص الرهن الضمان بالقيمة فى صورة الاتلاف أى فى صورة التفريط وعدم التحفظ والحال انهم لم يفرقوا بين الصورتين فى

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

(٦) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

ضمان القيمي الا أن يستند عموم الحكم الى الاجماع وهل يمكن  
تحصيل اجماع تعبدي كاشف في المقام؟

«قوله قدس سره: ويدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من  
القيميات»

قد اشرنا الى جملة من الاخبار التي اشار اليها في كلامه.

«قوله قدس سره: فلاحاجة الى التمسك بصحيفة أبي ولاد»<sup>١</sup>  
وحديث أبي ولاد مورده الغصب والخيانة ولا اطلاق فيه فباي  
وجه نتعدي الى مطلق التحالف ولولم يكن مورده التعدى والعدوان  
اللهم الا أن يتم الامر بالاجماع التعبدي فلاحظ.

«قوله قدس سره: ولايقوله عليه السلام من أعتق شقصاً»  
لاحظ مارواه في عوالي اللئالي قال النبي صلى الله عليه وآله:  
من أعتق شقصاً له من مملوك وله مال قوم عليه الباقي<sup>٢</sup>.  
ولا يخفى انه اذا قطع النظر عن واحد واحد من هذه الاحاديث  
لا يبقى مستند لما ادعاه وان شئت قلت: كيف يجمع بين قوله يدل  
عليه الاخبار المتفرقة وبين قوله لا حاجة الى التمسك الخ.

«قوله قدس سره: بل قد عرفت ان مقتضى اطلاق ادلة الضمان»  
ما أفاده مخدوش فانا ذكرنا ان مقتضى القاعدة الاولى ان التحالف  
بشخصه مضمون ويستفاد المدعى من جملة من النصوص كما اشرنا  
الى بعضها.

«قوله قدس سره: بقوله تعالى «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى  
عليكم»»

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٦٩.

(٢) المستدرک الباب ١٦ من المتق الحديث ٥.

كيف يستدل بالاية على المدعى والحال ان موردها الاعتداء مضافاً الى أنه لا يبعد أن يستفاد من الاية الشريفة ان العدو ان كالمضرب والشتم وأمثالهما يجوز مثله وأما الضمان فلا يستفاد منها فلاحظ.

«قوله قدس سره: فيكون الفصل يبين التيسر وعدمه قولاً ثالثاً»

فيكون خرقاً للاجماع المركب هذا تقريب كلامه. ويرد عليه ان الاجماع البسيط مع كونه محتمل المدرك لا أثر له فكيف بالمركب منه. وبعبارة واضحة: مع ذهاب الاصحاب الى القولين المذكورين واختلافهم لا اجماع لهم على أمر فعلى تقدير اعتبار الاجماع لا اعتبار له في أمثال المقام اذ عدم قول كل واحد من القولين بالقول الثالث ناش من التزامه بما ذهب اليه.

وببيان أوضح: ان الاصحاب لم يجمعوا على نفي القول الثالث فلا اجماع لهم فلا تغفل.

«قوله قدس سره: ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة»

وقع الخلاف بين القوم في تعيين القيمة المضمونة وقد ذكرت في المقام أقوال: القول الاول: المضمون قيمة زمان التلف واستدل عليه ان العين مادامت باقية يجب ردها والانتقال الى القيمة زمان التلف فالميزان ذلك الزمان.

وأورد فيه بأن زمان الانتقال وان كان زمان التلف ولكن مجرد الانتقال لا يقتضي تعيين قيمة العين في ذلك الزمان.

وهذا الاشكال غير تام لانه تارة نقول بأن العين التالفة مطلقاً بنفسها باقية في الذمة الى زمان ارتفاع الضمان أي زمان الدفع كما هو ليس ببعيد فلاموضوع للانتقال وأما على القول بالانتقال الى القيمة فلامناص عن الالتزام بانتقال القيمة الثابتة في ذلك

الزمان الا أن يقوم دليل على الخلاف.

القول الثاني: ان الميزان قيمة يوم الدفع بتقريب ان العين ثابتة في الذمة فلا بد من ملاحظة قيمة ذلك الزمان أي زمان الدفع. وبعبارة اخرى: زمان الدفع يتبدل ما في الذمة بالقيمة فلا بد من ملاحظة ذلك الزمان.

وقال سيدنا الاستاد قدس سره: ان هذا القول ينافي ان الضامن له الزام المالك بقبول القيمة فانه يقتضي أن لاتجب على الضامن الا القيمة فلا تكون العين ثابتة في ذمته.

ويرد عليه ان المبنى الذي بنى عليه فاسد فان اليأس من الظفر بالعين كما تقدم منا يقتضي جواز الزام المالك لان الضامن مسلط على نفسه لكن قبل اداء القيمة لوجود المثل أو لو اعيد التالف بدعاء ولي من أولياء الله يكون الواجب رده.

وهذا القول تام بحسب القاعدة الاولى الا أن يقوم دليل على الخلاف فلنا ان نقول ان حديث الحنات مرجع في جميع الموارد حتى فيما لا يكون الاخذ غاصباً ويلزم رفع اليد عن القاعدة الاولى ونلتزم بأن الواجب دفع قيمة يوم الغصب.

القول الثالث: وجوب رد أعلى القيم من زمان القبض الى يوم الاداء وقد استدلل على القول المذكور بوجوه: الوجه الاول: ان الضمان لا يختص بوقت معين ففي كل يوم ارتفعت القيمة تكون الذمة مشغولة بها والنتيجة اعتبار أعلى القيم من زمان القبض الى زمان الاداء.

ويرد عليه: ان العين مادامت موجودة لاتصل النوبة الى ضمان القيمة بل الواجب ادائها وأما بعد التلف فكما تقدم تكون ثابتة في الذمة ولا مقتضي لانتقالها الى القيمة بل هي بنفسها في الذمة



فالميزان قيمة وقت الاداء لا أعلى القيم وعلى القول بانتقال القيمة الى الذمة يكون الميزان قيمة زمان التلف فعلى كلا التقديرين لوجه للالتزام بضمان أعلى القيم.

الوجه الثانى: ان المستفاد من حديث أبي ولاد الحنات ' ان المنصوب مضمون على الغاصب من يوم الغصب وكل يوم يصدق عليه هذا العنوان فان رد نفس العين فهو والا فان رد أعلى القيم فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول السفلى في العليا ضرورة عدم وجوب رد قيمة كل يوم واذا رد القيمة النازلة لم يرد القيمة بقول مطلق فلا بد من دفع أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء.

وفيه اولا: ان المقبوض بالعقد الفاسد مع جهل الاخذ بالغصبية لا يكون غصباً وثانياً: انه مع بقاء العين لاتصل النوبة الى القيمة وأما مع التلف فالمستفاد من حديث الحنات وجوب اداء يوم الغصب والدليل عليه قوله عليه السلام «ولو شهد شاهدان على قيمة يوم الاكتراء» فان يوم الاكتراء هو يوم الغصب اذ الاكتراء في الاسفار القريبة نفس يوم السفر لا من قبل ذلك اليوم بايام.

هذا بالنظر الى الرواية وأما مع قطع النظر عنها فان قلنا ببقاء نفس العين في الذمة فلا تصل النوبة الى ملاحظة القيمة الا حين الاداء كما هو ظاهر وان قلنا بالانتقال فالمنتقل اليه فرد من أفراد القيمة فلا وجه لملاحظة أعلى القيم.

الوجه الثالث: ان الغاصب بمجرد وضع يده على العين تشتغل ذمته فان أدى العين أو أعلى القيم تفرغ ذمته قطعاً وأما في غير

هذين التقديرين يشك في البرائة والاشتغال اليقيني يقتضي البرائة كذلك.

ويرد عليه ان العين قبل التلف في عهدة الاخذ وبعد التلف ان قلنا ببقائها في ذمته فالميزان قيمة يوم الدفع وان قلنا تشتغل الذمة بالقيمة حين التلف فلازمه اشتغال الذمة بقيمة ذلك الزمان هذا بالنسبة الى القاعدة الاولى وأما بلحاظ حديث الحناط فالميزان قيمة يوم الغصب.

اضف الى ذلك انه قد ثبت في محله من الاصول انه لو دار الامر بين الاقل والاكثر خصوصاً مع عدم كونهما مرتبطين كالمقام يكون المرجع البرائة من الاكثر فلا مجال للاشتغال.

وان شئت فقل: ان قاعدة الاشتغال عند القائلين بها انما تجري فيما يشك في الفراغ بعد العلم بالاشتغال وأما مع الشك في الاشتغال فلا مجال للقاعدة والمقام كذلك اذ الشك في اشتغال الذمة بالاكثر والاصل عدمه.

الوجه الرابع: ان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال الا فيما يدفع الاعلى. وفيه اولاً: انه مع وجود النص لا مجال للاصل وثانياً: ان مقتضى الاستصحاب عدم الاشتغال الا بالاقل.

وثالثاً: ان استصحاب بقاء الاشتغال يعارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

الوجه الخامس: ان قاعدة لا ضرر تقتضي دفع أعلى القيم والا يتضرر المالك.

ويرد عليه اولاً ان ضرر المالك يعارض بضرر الغاصب ان قلت: الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال قلت: لا أصل صحيح لهذه الكلية مضافاً الى أن كل ضامن لا يكون غاصباً.

وثانياً: ان المستفاد من حديث الحناط ان المناط قيمة يوم الغصب.

وثالثاً ان الاستدلال بقاعدة لا ضرر انما يتم على مسلك المشهور في مفادها وأما على مسلك شيخ الشريعة الذي اخترناه فلا يتم الاستدلال فان مفاد لا ضرر على مسلكه النهي عن الاضرار لا نفي الضرر كي تكون القاعدة حاکمة على ادلة الاحكام. و رابعاً: ان حديث لا ضرر يقتضى النفي أي ينفي الاحكام الضرورية لانه يثبت امراً.

الوجه السادس: ان الغاصب ازال يد المالك عن العين في جميع الازمنة ومنها زمان علو القيمة فان رد العين فقد خرج من الضمان وأما مع تلف العين فلا يخلص من الضمان الا بدفع أعلى القيم اذ المفروض انه حال بين المال ومالكة ولذا يجب بدل الحيلولة. ويرد عليه اولاً: ان وجوب بدل الحيلولة اول الكلام والاشكال ونتمرض لحكمه تبعاً للماتن انشاء الله تعالى فانتظر.

وثانياً: ان قياس المقام بذلك الباب مع الفارق فان بدل الحيلولة مع بقاء العين والمفروض في المقام تلف العين فان قلنا المرجع حديث الحناط فالمستفاد منه ان اللازم دفع قيمته يوم الغصب وان قلنا لا بد من العمل على طبق القاعدة فان قلنا العين بعد التلف موجودة في الذمة فالميزان قيمة يوم الدفع وان قلنا انها تنتقل الى القيمة فالميزان قيمة يوم التلف اذ يوم التلف يوم الانتقال. اضع الى جميع ذلك ان اسراء حكم الغصب الى مطلق موارد الضمان يتوقف على قيام دليل عليه. الوجه السابع: قوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه

بمثل ما اعتدى عليكم<sup>١</sup> فان الاعتداء يلزم أن يكون بمقدار من الاعتداء الذي تحقق لا أزيد وحيث انه يصدق الاعتداء بأعلى القيم اذ المفروض ان العين في ضمان الغاصب في ذلك الزمان فيجوز الاخذ منه بهذا المقدار.

ويرد عليه اولاً: انه قد تقدم انه لا يستفاد من الاية الشريفة الحكم الوضعي بل المستفاد منها مجرد الحكم التكليفي فلا يرتبط الاية بالمقام.

وثانياً: انه مادام العين موجودة لا تصل النوبة الى اشتغال الذمة بالبدل وأما بعد التلف فان عملنا بحديث الحنائط فالميزان المذكور فيه قيمة يوم الغصب وان لم نعمل به فاما نقول ببقاء العين في الذمة الى زمان الدفع فالميزان ذلك الزمان وان قلنا بالانتقال الى القيمة فالميزان قيمة يوم التلف.

الوجه الثامن: ان اليد يد ضمان في جميع الازمنة ومن جملة تلك الازمنة زمان علو القيمة فلا بد من رعاية الاعلى.

وفيه: انه مع بقاء العين لا ضمان للقيمة والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض مضافاً الى أنه خلاف الاجماع والتسالم وان كان المراد انه يلزم رعاية الاعلى بعد تلف العين فلا دليل عليه مضافاً الى أنه خلاف النص المشار اليه فتحصل ان هذا القول ايضاً غير تام.

القول الرابع: ان العبرة بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف بتقريب: ان مراتب القيمة كلها مضمونة وبعبارة اخرى: العين مادامت باقية تكون مضمونة فمراتب قيمتها مضمونة الى زمان التلف وأما بعد التلف فلا أثر للتفاوت اذ المفروض ان القيمة تنتقل الى الذمة.

ويرد عليه: ان العين مادامت باقية مضمونة بنفسها فلا تصل  
النوبة الى زمان القيمة وأما بعد التلف فان قلنا ان العين تنتقل الى  
الذمة يكون الميزان قيمة يوم الدفع وان قلنا بتبدل العين بالقيمة  
حين التلف يكون الميزان قيمة يوم التلف.

هذا بحسب القاعدة الاولى وأما بحسب حديث الحنات فلا بد من  
ملاحظته والحكم على طبق ما يستفاد منه.

القول الخامس: ان العبرة بأعلى القيم من يوم التلف الى زمان  
الاداء ويمكن أن يقال في تقريب وجهه ان الضمان بالقيمة انما  
يتحقق عند التلف فمادام لا يخرج الضامن عن عهدة الضمان تكون  
القيمة في ذمته.

وبعبارة اخرى: المفروض تبدل العين بالقيمة هذا من ناحية  
ومن ناحية اخرى ان المفروض اختلاف القيمة بحسب اختلاف  
الازمان.

وفيه انه ان قلنا بكون العين في الذمة الى زمان اداء القيمة  
يكون الميزان قيمة يوم الاداء وان قلنا يلزم العمل بحديث الحنات  
فالمستفاد منه ان الميزان قيمة يوم الغصب.

القول السادس: ان العبرة بقيمة يوم القبض بتقريب ان المستفاد  
من حديث الحنات ان المناط قيمة يوم الاكتراء والمفروض ان يوم  
الاكتراء يوم القبض هذا على تقدير العمل بالنص الخاص الوارد  
في المقام وهو حديث الحنات بتقريب ان الحديث وان كان وارداً  
في مورد الغصب ولكن ببركة الاجماع المستفاد من كلام الشيخ  
الاعظم قدس سره يعم الحكم المقبوض بالعقد الفاسد قال قدس سره  
في جملة كلام له في هذا المقام «نعم لو تم ما تقدم عن الحلبي في هذا  
المقام من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب

الا في ارتفاع الاثم الحقناه بالمغصوب<sup>١</sup> الخ.  
 واما لو لم نتعد من مورد الحديث وخصّصناه بمورد الغصب  
 نقول: ان قلنا ببقاء نفس العين حتى بعد التلف في الذمة يكون  
 الميزان قيمة يوم الدفع وان قلنا بانتقال العين الى القيمة حين التلف  
 يكون الميزان قيمة يوم التلف.

الثقول السابع: ان الميزان قيمة يوم البيع قال السيد قدس سره  
 في الحاشية نقل عن المفيد والقاضي والحلي وقال: لا بد من تأويله  
 الى القول الاول أي كون الميزان بيوم القبض هذه هي الاقوال  
 المذكورة في كلمات القوم قدس الله اسرارهم.

«قوله قدس سره: فالمهم حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحة»  
 المراد منها ما رواه الحنّاط<sup>٢</sup>.

«قوله قدس سره: اما لما ادعاه العلي»

حيث ادعى كما تقدم قريباً ان المبيع بالبيع الفاسد بمنزلة  
 المغصوب اتفاقاً الا في ارتفاع الاثم.

وقد ثبت في محله من الاصول عدم اعتبار الاجماع المنقول بل  
 ثبت هناك عدم اعتبار المحصل منه ومع كيف يمكن تأسيس قاعدة كلية  
 جارية في جميع الموارد مضافاً الى أنه لو تم الاجماع بالنسبة الى  
 المقبوض بالعقد الفاسد فما الوجه في سراية الحكم الى بقية الموارد  
 وببيان واضح: لا وجه للالتزام بالكبرى الكلية.

«قوله قدس سره: واما لكشف الصحيحة»

الظاهر انه لا طريق الى كشف هذه الجهة من الحديث كما

(١) كتاب المكاسب المطبوع في التبريز ج ١ ص ١٠٩.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٦٩.

سيظهر عنقريب انشاءالله تعالى وصفوة القول: انه ان قلنا لابد من العمل على طبق القاعدة الاولى فالذي يختلج بالبال كما ذكرنا كراراً أن نقول: اذا تلفت العين المضمونة تنتقل بنفسها الى الذمة فالمدار بيوم الدفع.

نعم هنا اشكال لا يختص بصورة تلف العين بل يعم صورة بقائها وهو ان تنزل القيمة السوقية لا يوجب الضمان عند القوم والحال ان الجزم به وبأنه موافق مع السيرة العقلائية مشكل لكن الشك في السيرة يكفي لعدم الضمان فان عدمه على طبق الاصل الاولى والضمان يحتاج الى الدليل والله العالم.

وأما ان قلنا بأن المستفاد من النص الخاص أي حديث أبي ولاد جار في جميع الموارد ولو بضميمة الاجماع المدعى فلا بد من ملاحظة مدلول النص وعليه ينبغي بل يلزم النظر في مفاد الحديث واستخراج الحكم الكلي منه كى يكون مرجعاً في جميع الموارد وقد مرّ ان الالتزام بقيمة يوم الغصب الذي هو احد الاقوال مستفاد من حديث الحنات<sup>١</sup> ومحل الشاهد في الرواية قوله عليه السلام «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

وفي المراد من الجملة اختلاف واحتمالات: الاحتمال الاول: أن يكون لفظ القيمة مضافاً الى البغل ولفظ البغل يكون مضافاً الى اليوم بتتابع الاضافات فيكون المراد القيمة يوم الغصب. وفيه ان تتابع الاضافات وان كانت امرأ جائزاً كقول الشاعر.

«وليس قرب قبر حرب قبر»

لكن في المقام لا يمكن الالتزام به لوجهين احدهما: ان لفظ البغل في بعض النسخ ذكر مع الالف والكلام والمعرف بهما لا يضاف.

ثانيهما: ان لفظ البغل من أسماء الذوات واسماء الذوات لا تضاف الى الزمان ولا يقيد بها مثلاً لا يصح أن يقال رجل يوم الجمعة.

ويمكن أن يقال ان الوجهين المذكورين غير واردين أما الوجه الاول فانا لم نظفر بنسخة يكون لفظ البغل مع الالف واللام وأما الوجه الثاني فالظاهر ان الاستعمال المذكور لا بأس به فلو قيل ان فلاناً رجل اليوم يصح الاستعمال كما انه لو قيل ان فلاناً كان من رجال الزمان السابق يكون الاستعمال صحيحاً.

الاحتمال الثاني: أن يضاف لفظ القيمة اولا الى البغل وثانياً يضاف الى اليوم وهذا الاحتمال وان كان مصوناً من الاشكاليين لكن الاستعمال المذكور غير معهود فلا يصار اليه.

الاحتمال الثالث: أن يضاف لفظ القيمة اولا الى لفظ البغل ثم يضاف المجموع من المضاف والمضاف اليه الى اليوم كقولهم ماء رمان زيد والحال انه لا يكون رمان له بل له مائه.

ويتوجه اليه انه قد مرّ ان لفظ البغل في بعض النسخ معرف باللام والمعرف لا يضاف وقد مرّ الجواب عن الاشكال المذكور.

فالنتيجة انه استعمال صحيح كما يقال ماء رمان زيد لكنه صرح سيدنا الاستاذ على ما في التقرير بان لفظ البغل في بعض نسخ التهذيب ونسخة الوافي معرف باللام فلا يمكن الالتزام بصحة اضافة لفظ البغل الى اليوم.

الاحتمال الرابع: أن يكون الظرف أي قول عليه السلام «يوم خالفته» متعلقاً بقوله عليه السلام «نعم» أي يلزمك يوم المخالفة فيكون المراد ان الضمان بالقيمة يحصل يوم المخالفة ولكن لا تعرض لمقدار القيمة.



وفى هذا الاحتمال اشكالان: احدهما: ان لازمه تحقق الضمان بالقيمة قبل تلف العين وهذا خلاف الاجماع فان العين مادامت باقية مضمونة بها.

ثانيهما: ان تحقق الضمان يوم المخالفة أمر ظاهر ولا يحتاج الى البيان. ان قلت: أصل الضمان أمر ظاهر ولكن الضمان بالقيمة أمر غير ظاهر. قلت: ان كان المراد الضمان بالقيمة على الاطلاق حتى قبل تلف العين فهو خلاف الاجماع وان كان المراد أصل الضمان فهو أمر معلوم. مضافاً الى أنه لا وجه لذكر القيمة.

الاحتمال الخامس: أن يكون اليوم ظرفاً للقيمة بلا اضافة ويؤيد هذا الاحتمال كون لفظ البغل معرّفاً في بعض النسخ والمعرف لا يضاف وايضاً يؤيده كون لفظ القيمة أقرب الى لفظ اليوم من لفظ نعم والاقرب يمنع الابعد فيكون المستفاد من الحديث ان الواجب قيمة يوم الغصب.

وأورد في المقام وجوه من الاشكال: الوجه الاول: انه لو كان المناط قيمة يوم المخالفة فما الوجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء بقوله عليه السلام أو يأتي صاحب البغل الخ فلا خصوصية ليوم الغصب.

والجواب انه يمكن أن يكون الوجه فيه ان يوم الاكتراء هو يوم الغصب اذ الاكتراء في الاسفار القريبة يوم السفر بخلاف الاسفار البعيدة حيث يتحقق الاكتراء قبل يوم السفر بايام وقصر ابن هبيرة قريب من الكوفة فيوم الاكتراء يوم السفر كما ان يوم السفر يوم الغصب كما انه يظهر من نفس الحديث.

الوجه الثاني: ان ابا ولاد قال قلت: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال عليه السلام: «عليك قيمته ما بين الصحة والعيب

يوم ترده عليه» حيث ان الظاهر من الجملة ان الميزان قيمة يوم الرد فتكون منافية مع كون الميزان قيمة يوم الغصب.

والجواب ان المستفاد من هذه الجملة ان اللازم رد ما به التفاوت في يوم الرد ولم يتعرض الامام عليه السلام لمقدار التفاوت بالنسبة الى أي يوم فيعلم انه اكتفى بما يفهم من الجملة السابقة الصادرة عنه عليه السلام حيث علم من كلامه ان المناط قيمة يوم الغصب.

الوجه الثالث: ان الظرف متعلق بلفظ القيمة فيكون الميزان قيمة يوم الرد. وأورد عليه الشيخ قدس سره بأن الاجماع قائم على عدم التفكيك بين ضمان العين وضمان العيب في المقدار وان الارش تابع لضمان أصل العين.

وأورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن الاجماع على عدم التفكيك لا يقتضي أن يكون الميزان بقيمة يوم الغصب بل يمكن أن يكون المناط قيمة يوم الرد.

والذي يختلج بالبال ان يقال: ان المستفاد من ذيل الخبر ان المناط بقيمة يوم الغصب حيث ان السائل يسأل الامام عليه السلام بقوله: «فقلت من يعرف ذلك» قال عليه السلام: «انت وهو» الى آخر كلامه عليه السلام فان المستفاد بالصراحة من كلام الامام عليه السلام ان الميزان قيمة يوم الاكتراء ومن الظاهر ان الفصل الزمني بين يوم الاكتراء ويوم الرد كثير ولا يكونان متحدين ولكن يوم الاكتراء ويوم الغصب متحدان فيكون الميزان بيوم الغصب.

وان ابيت عن ذلك نقول: مقتضى قوله عليه السلام «قيمة ما بين الصعة والعيب يوم ترده» ان الميزان يوم الرد ومقتضى قوله عليه السلام «يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى» ان الميزان يوم الغصب وبالتعارض يتساقطان فتصل النوبة الى الاخذ بقوله عليه السلام

«قيمة بغل يوم خالفته» حيث ان المستفاد من كلام الامام عليه السلام كما تقدم ان الميزان يوم الغصب وبعد قياس الاجماع على عدم التفكيك بين ضمان العين والارش في المقدار نلتزم بأن الميزان في كلا الموردین يوم الغصب فيتم الاستدلال.

لكن تبقى شبهة ان الحديث مورده الغصب فلا وجه للتعدي الى المقام الا أن يتم اجماع تعبدى كاشف عن قول المعصوم عليه السلام الدال على عموم الحكم وهل يمكن الجزم بتحقيق مثل هذا الاجماع؟ والله العالم.

«قوله قدس سره: اما باضافة القيمة المضافة الى البغل

اليه ثانياً»

قد تقدم ان تعدد الاضافة في كلمة واحدة غير معهود وخلاف الاستعمالات المتعارفة فلا يصار اليه مضافاً الى أنه على هذا التقدير لا وجه لاسقاط التعريف من البغل فان الحذف في صورة اضافة لفظ البغل والمفروض في كلامه ان لفظ القيمة اضيف الى البغل اولاً والى اليوم ثانياً.

ان قلت: المراد اضافة لفظ القيمة الى البغل ثم اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه الى اليوم كقولهم «ماء رمان زيد» فيلزم حذف حرف التعريف للاضافة قلت: على هذا التقدير لا يتم قوله ثانياً فان المجموع لم يضاف اولاً كى يصح أن يقال ثانياً فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثانية قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود»

بتقريب ان يوم الاكتراء بما هو لا موضوعية له فيفهم ان الميزان قيمة يوم الغصب والا فلا وجه لذكر يوم الاكتراء وبعبارة اخرى: انه يفهم من الخبر ان المستأجر للبغل خالف وصار غاصباً في نفس يوم الاكتراء فيوم الاكتراء نفس يوم الغصب وعليه يكون المراد

من يوم الاكتراء يوم الغصب وهذا هو المقصود.

«قوله قدس سره: فالظرف متعلق بعليك»

أي يلزمك في ذلك اليوم.

«قوله قدس سره: اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعاً»

أورد عليه السيد قدس سره في الحاشية بأن التبعية المذكورة محل المنع وعلى فرض تحقق الاجماع يمكن أن يقال بأن الميزان قيمة يوم الرد بأن نقول: المستفاد من هذه الجملة ان الميزان قيمة يوم الرد هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الاجماع قائم على الاتحاد فيعلم ان الميزان في ضمان العين قيمة يوم الدفع فيؤيد ما ذكرناه من ان العين بنفسها تبقى في الذمة فيكون المدار يوم الرد.

أقول: لا اشكال في أن ذكر يوم الاكتراء يدل على كون الميزان يوم الغصب وقوله عليه السلام في الذيل «يوم ترده» يدل على كون العبرة بيوم الرد فيقع التعارض بين الجملتين وبالتعارض يتساقطان. ولقائل أن يقول: على هذا الاساس تقع المعارضة بين قوله عليه السلام «يوم ترده» وقوله «يوم الاكتراء» وأيضاً يقع التعارض بين قوله عليه السلام «يوم ترده» وقوله «نعم قيمة بغل يوم خالفته» فان قوله «قيمة بغل يوم خالفته» يدل على أن الميزان يوم الغصب وكذا قوله عليه السلام «يوم الاكتراء» يدل على أن الميزان بيوم الغصب وأما قوله في الذيل «يوم ترده» فيدل على أن الميزان يوم الرد فان تم الاجماع التعبدي الكاشف على اتحاد الميزان في كلا الموردين كما يدعيه الشيخ قدس سره لا بد من السقوط بالتعارض ولا يبعد أن يقال: الميزان يوم الرد واما ان قلنا بأن تحقق الاجماع محل الاشكال والكلام فنفصل بين ضمان العين والارش بأن نقول

الميزان فى ضمان العين يوم الغصب لحديث الحناط والميزان فى ضمان الارش يوم الرد للقاعدة الاولى.

«قوله قدس سره: ويحتمل أن يكون قيداً للعيب»

الظاهر انه لافرق بين كون اليوم متعلقاً بالعيب وكونه متعلقاً بالقيمة من حيث النتيجة وان الظاهر من سوق العبارة رجوعه الى قوله عليه السلام «قيمة ما بين» الخ.

«قوله قدس سره: لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على

مقتضى الفتوى»

قال السيد قدس سره فى الحاشية: «فيه منع لان الواجب رد العين كما كانت وهو متحقق مع عود الصحة والظاهر ان فتواهم أيضاً على هذا لاعلى ما ذكره الشيخ والمصنف بل لم اجد من صرح بما ذكره وان لم اتبع نعم صرح فى المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان ويظهر منه المسلمية» الى آخر كلامه.

ونعم ما افاده قدس سره فانه لامقتضى للضمان مع العود والواجب رد العين على ما كانت والمفروض تحققه ويظهر من كلامه عدم تحقق الفتوى مضافاً الى أن غاية ما يتحقق الشهرة الفتوائية ومن الظاهر عدم اعتبارها فلا بد من العمل على طبق القواعد الاولى.

«قوله قدس سره: فتعين تعلقه بقوله عليه السلام عليك»

قد ظهر مما ذكرنا انه لاتعين له بل الظاهر من كلامه عليه السلام انه متعلق بلفظ القيمة فالميزان ان فى الارش قيمة يوم رد العين وهذا موافق مع الاعتبار ومع السيرة العقلانية الجارية فيما بينهم.

«قوله قدس سره: تعين حمل هذا أيضاً»

لاوجه للتعين أما مع عدم تمامية الاجماع على اتحاد الحكمين

فلاربط بين ضمان العين وضمان الارش وأما مع تمامية الاجماع المدعى فغاية ما في الباب تسلم الاتفاق في الحكمين وهذا لا يقتضي تسلم كون المناط بيوم الغصب بل يتم الامر بكون الميزان بيوم الرد.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن أن يكون اشارة الى أن التنبيه المذكور يوجب الوقوع في خلاف الواقع مع ان تعليم معرفة القيمة لا يكون من شأن الامام عليه السلام والحاصل: ان الشيخ قدس سره في مقام ان المستفاد من الحديث كون الميزان بيوم الغصب وتغيير العبارة والاثيان بيوم الاكتراء لفرض التعليم ثم أمر بالتأمل ولعله اشارة الى ما ذكرناه والله العالم.

«قوله قدس سره: ويؤيده ايضاً قوله عليه السلام فيما بعد في

جواب قول السائل «ومن يعرف ذلك»».

أي يؤيد كون المدار بيوم التلف لا يوم المخالفة ولعله ناظر الى أن الامام عليه السلام جعل الحلف والبينة كليهما على المالك والحال ان مقتضى القاعدة المستفادة من الدليل الشرعي ان البينة على المدعي واليمين على المنكر فالمالك ان كان مدعياً فلاوجه لكون اليمين عليه وان كان منكراً فلاوجه لاقامة البينة فلا بد من تصحيح الامر والخلاص عن هذه العويصة.

فنقول: ان كان المدار بيوم التلف يمكن تصوير تمامية الامر وانطباقه على القاعدة المقررة بأن نقول: ان كان الغاصب والمالك متفقين على القيمة قبل يوم التلف لكن الغاصب يدعى تنزل القيمة والمالك ينكر التزل يكون البينة على الغاصب لكونه مدعياً واليمين على المالك لكونه منكراً.

وأما لو اتفاقاً على عدم التغير وان القيمة ثابتة لكن اختلافهما في الأقل والاكثر في تلك القيمة الثابتة بأن يدعي المالك الاكثر والغاصب ينكرو ويدعي الأقل فالبيئة على المالك لكونه مدعياً واليمين على الغاصب لكونه منكراً.

وأما لو قلنا بأن المناط قيمة يوم المخالفة فيتوقف توجيه الرواية بأن نقول: انهما كانا يتفقان على القيمة قبل يوم المخالفة ولكن الغاصب يدعي التنزل والمالك ينكره فيكون اليمين على المالك والبيئة على الغاصب وأما ان كانا مختلفين في أصل القيمة بين الاكثر والأقل بأن يدعي المالك الاكثر والغاصب أنكره يكون المالك مدعياً والغاصب منكراً وحيث ان توجيه الرواية بهذا النحو بعيد وذاك قريب يؤيد الحكم بكون المدار قيمة يوم التلف.

ويرد عليه اولاً: ان كلا التوجيهين من واد واحد بل افرق ولا يكون أحدهما أقرب من الآخر. وثانياً: ان الوجه الاعتبارية كالوجه الاعتباري المذكور في المقام لا تكون مناط الظهور. وثالثاً: انه يستلزم التوجيه المذكور التفكيك في مورد اقامة البيئة والحلف والحال ان الظاهر من الحديث ان كلا الامرين في موضوع واحد.

«قوله قدس سره: وحمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له»

الانصاف انه حمل لطيف وأما كونه خلاف الظاهر فلا يكون مانعاً اذ ما حملة عليه الشيخ قدس سره أيضاً خلاف الظاهر.

«قوله قدس سره: يعلم من حكم عكسها»

أي صورة توجه اليمين على المالك.

«قوله قدس سره: أو اللاحق له»

الظاهر ان مراده انه لو اتفاقاً على قيمة يوم قبل المخالفة واختلفا

فيها بالنسبة الى يوم المخالفة فادعى الغاصب تنزله وتغيره وأنكر المالك التغير يكون القول قول المالك وأما اذا اتفقا على قيمة يوم بعد المخالفة واختلفا في قيمة يوم المخالفة فادعى المالك ان قيمته في يوم المخالفة كان ألف درهم وانكر الغاصب وقال كان أقل يكون القول قول الغاصب.

«قوله قدس سره: ولا يخفى بعده»

الانصاف انه لا بعد فيه وأما كونه خلاف الظاهر فهو أمر مشترك.

«قوله قدس سره: وأبعد منه حمل النص على التعبد»

الانصاف انه حمل قريب ومناسب مع الموضوع فان كبرى ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال وان لم تكن حديثاً تاماً من حيث السند لكن التناسب بين الحكم والموضوع يقتضيه مضافاً الى أن تخصيص العموم وتقييد الاطلاق ليس أمراً عزيزاً فمن الممكن ان قاعدة كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر قد خصصت بمورد الغاصب فلاحظ.

«قوله قدس سره: من قاعدة نفى الضرر»

تقدم منا الاشكال في الاستدلال على المدعي بالقاعدة وايضاً تقدم الاشكال في الوجوه الاخر التي استدلت بها على المدعي فراجع.

«قوله قدس سره: وفيه نظر»

لعله ناظر في وجه النظر الى ما تقدم منا والله العالم.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله ناظر في أمره بالتأمل ان مقتضى القاعدة القيمة عند الدفع حيث ان العين بنفسها في العهدة وفي زمان الدفع بمطالبة المالك يجب على الغاصب دفع البديل وهي القيمة الثابتة للعين في ذلك الزمان ويمكن أن يكون ناظراً الى أن القيمة العليا ان كانت مضمونة



فما الوجه فى عدم ضمانها مع رد العين؟  
وان شئت قلت: هذان القولان متضادان فان القيمة ان كانت لها  
موضوعية فى نظر العقلاء فما الوجه فى عدم الضمان فى صورة رد  
العين؟ وان لم تكن لها موضوعية فما الوجه لرعاية أعلى القيم عند  
التلف؟ فلاحظ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعل الامر بالفهم اشارة الى بعد الحمل المذكور ولكن لا بد منه  
صونا لكلامهم عن الفساد واللفوية وكيف كان لا وجه لتخصيص  
الحكم بخصوص صورة التفويض بل مقتضى القاعدة سريان الحكم  
الى كل مورد يكون مصداقاً للغصب وبعبارة واضحة: ان المستفاد  
من النص ان الحكم المذكور للمغصوب.

«قوله قدس سره: ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف»

ان قلنا بأن العين بنفسها باقية فى الذمة كما هو كذلك على  
طبق القاعدة الاولى المستفاد من السيرة العقلية، يكون الميزان  
قيمة يوم الاداء والالتزام بخلافه يحتاج الى الدليل الخاص وقد  
تكلمنا حول النصوص الواردة فى الابواب المتفرقة على نحو  
التفصيل.

«قوله قدس سره: فالظاهر اعتبار محل التلف»

لا اشكال فى اختلاف العين من حيث القيمة بحسب اختلاف الامكنة  
كما تختلف باختلاف الازمنة وعليه لو قلنا باعتبار يوم الرد يكون  
المعيار مكان الرد وان قلنا المناط يوم التلف كما عليه الشيخ يكون  
المناط مكانه وان قلنا بان الميزان يوم المخالفة يكون المناط  
مكانها فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان

## أعلى القيم»

هذا على طبق القاعدة الاولى والذهاب الى خلافه يحتاج الى الدليل الدال عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة»

فانه مع تعذر الوصول وعدم رجاء وجدانه ووصوله يكون محكوماً بكونه تالفاً ويترتب عليه حكم التالف وهذا ظاهر والنصوص المشار اليها في كلامه قدس سره تدل على الضمان في صورة صدق عنوان التلف.

لاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقّع عليه السلام: هو ضامن لها ان شاء الله<sup>١</sup>.

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن القصّار يفسد فقال: كل اجير يعطى الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن<sup>٢</sup>.

وما رواه الحلبي ايضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الفسال والصباغ: ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق وكل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شيء وان لم يقيم البيّنة وزعم انه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بيّنة على قوله<sup>٣</sup>.

وما رواه الحلبي ايضاً مثله وزاد قال: وعن رجل استأجر اجيراً

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الوديعة الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب الاجارة الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

فاقعده على متاعه فسرقه قال هو مؤتمن<sup>١</sup>.

وما رواه الحلبي ايضاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصّار والصائغ احتياطاً للناس وكان أبي يتطول عليه اذا كان مأموراً<sup>٢</sup>.

وما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألت عن قصّار دفعت اليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه قال: فعليه أن يقيم البيّنة انه سرق من بين متاعه وليس عليه شيء فان سرق متاعه كله فليس عليه شيء<sup>٣</sup>.

وما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ والقصّار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس وكان لا يضمن من الفرق والحرق والشيء الغالب... الحديث<sup>٤</sup>.

وما رواه الكاهلي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألت عن القصّار يسلم اليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت؟ قال: اذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن<sup>٥</sup>.

وما رواه اسماعيل بن أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألت عن الثوب ادفعه الى القصّار فيخرقه؟ قال: اغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ولم تدفع اليه ليفسده وايضاً عن اسماعيل بن الصباح نحوه الا انه قال عن القصّار يسلم اليه المتاع فيخرقه أو يحرقه أيغرمه قال: غرمه بما جنت يده<sup>٦</sup>.

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب الاجارة الحديث ٣.

(٢) عين المصدر الحديث ٤.

(٣) عين المصدر الحديث ٥.

(٤ و ٥) عين المصدر الحديث ٦ و ٧.

(٦) عين المصدر الحديث ٨.

وما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلا يصلح بابيه فضرِب المسمار فانصدع الباب فضمنه امير المؤمنين عليه السلام<sup>١</sup>.

وما رواه أبو بصير «يعنى المرادي» عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبيئة ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً، وفي رجل استأجر حمالاً فيكسر الذي يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن<sup>٢</sup>.

وما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان علي عليه السلام يضمن القصّار والصائغ يحتاط به على أموال الناس وكان أبو جعفر عليه السلام يتفضل عليه اذا كان مأموناً<sup>٣</sup>.

وما رواه أبو الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصّار هل عليه ضمان فقال: نعم كل من يعطى الاجر ليصلح فيفسد فهو ضامن<sup>٤</sup>.

وما رواه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالاجر وعليه ضمان مالهم قال: انما كره ذلك من أجل اني أخشى أن يغرموه اكثر مما يصيب عليهم فاذا طابت نفسه فلا بأس<sup>٥</sup>.

وما رواه بكر بن حبيب قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام اعطيت جبة الى القصّار فذهبت بزعمه قال: ان اتهمته. فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء<sup>٦</sup>.

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجارة الحديث ١٠.

(٢ و ٣) عين المصدر الحديث ١١ و ١٢.

(٤ و ٥ و ٦) عن المصدر الحديث ١٣ و ١٥ و ١٦.

وبهذا الاسناد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يضمن القصّار  
الا ما جنت يده وان اتهمته احلفته<sup>١</sup>.

وما رواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى الفقيه عليه  
السلام في رجل دفع ثوباً الى القصّار ليقصّره فدفعه القصّار الى  
قصّار غيره ليقصّره فضاع الثوب هل يجب على القصّار أن يردّه  
اذا دفعه الى غيره وان كان القصّار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: هو  
ضامن له الا أن يكون ثقة مأموناً ان شاء الله<sup>٢</sup>.

وما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى  
الثوب ليصبغه فيفسده فقال كل عامل أعطيته اجراً على أن يصلح  
فأفسد فهو ضامن<sup>٣</sup>

قال: وقال عليه السلام كان ابي عليه السلام يضمن الصائغ  
والقصّار ما أفسدا الحديث<sup>٤</sup>.

وما في كتاب (المقنع) قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام  
بضمن القصّار والصائغ وكل من أخذ شيئاً ليصلحه فأفسده<sup>٥</sup> وكان  
ابوجعفر عليه السلام يتفضّل على القصّار والصائغ اذا كان  
مأموناً<sup>٦</sup>.

وغيرها ما ورد في الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة من  
الوسائل.

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجارة الحديث ١٧.

(٢) عين المصدر الحديث ١٨.

(٣) عين المصدر الحديث ١٩.

(٤) عين المصدر الحديث ٢٠.

(٥ و ٦) عين المصدر الحديث ٢٢ و ٢٣.

«قوله قدس سره: لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير»

وقع الكلام في تمامية قاعدة بدل الحيلولة وعدمها ولا بد من النظر في وجهها فنقول: ما يمكن أن يستدل به عليها عدة وجوه: الوجه الاول: الاجماع. وفيه ما فيه.

الوجه الثاني: قاعدة نفي الضرر في الشريعة المقدسة فان صبر المالك الى زمان وصول ماله بيده ضرر عليه فينفي بالقاعدة. ويرد عليه اولاً: ان الاستدلال بالقاعدة على فرض تماميتها انما يمكن اذا قلنا بمقالة المشهور وأما على قول شيخ الشريعة فلا اذ على قوله يكون مفاد القاعدة النهي عن الاضرار لا نفي الاحكام الضررية.

وثانياً: ان مقتضى القاعدة على مسلك المشهور نفي الاحكام الضررية ولا تنطبق القاعدة على المقام فان الاضرار ورد على المالك بفعل الغاصب وحديث القاعدة لا يفي بوجود التدارك والا يلزم انه لو ورد ضرر سماوي على احد تداركه بالقاعدة وهو كما ترى. وان شئت قلت: ان المستفاد من الحديث نفي الاحكام الضررية ولا تدل القاعدة على اثبات حكم في مورده.

وثالثاً: انه يتعارض ضرر المالك بضرر الغاصب ولا مرجح وقاعدة ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال قاعدة شعرية ولا اساس لها مضافاً الى أن باب الضمان أعم من الغصب.

اضف الى ذلك ان المستفاد من كلمات القوم ان بدل الحيلولة يجب في مورد تعذر وصول المال الى مالكه مدة طويلة والحال انه يمكن أن يتضرر المالك ببعده عن ماله في مدة قصيرة الا أن يقال: انه يظهر من كلام الشيخ قدس سره ان مقتضى اطلاق كلماتهم وجوب بدل الحيلولة ولو كانت مدة البعد عن المملوك قصيرة.

الوجه الثاني: قاعدة الناس مسلطون على اموالهم بتقريب: ان مقتضى السلطنة على المال السلطنة على المالية وهذه السلطنة تمكن المالك من التصرف فيها يأخذه بدل الحيلولة.

ويرد عليه اولاً: ان حديث السلطنة ضعيف سنداً ولا جابر له وثانياً: ان المستفاد من الحديث ان المالك يجوز له أن يتصرف في ماله التصرفات الجائزة في الشريعة وأخذ بدل الحيلولة أجنبي عن مفاد الحديث.

وثالثاً: انه لو كان تعذر الوصول الى المال مجزواً لاخذ بدل الحيلولة يلزم انه لو حبس احد غيره وبعده عن ماله وجب عليه اعطاء بدل الحيلولة والقوم غير ملتزمين به فلاحظ.

الوجه الثالث: قاعدة الاتلاف بتقريب ان الغاصب فوت سلطنة المالك على ماله في موارد بدل الحيلولة فحيث انه غير قادر على اعادة تلك السلطنة بعينها تصل النوبة الى مثلها فيجب عليه اداء بدل الحيلولة.

ويرد عليه اولاً: ان هذه القاعدة مستفادة من النصوص الخاصة الواردة في الموارد المتفرقة ومن السيرة الجارية بين العقلاء فلا بد من الاقتصار على المقدار المستفاد من النصوص والسيرة والمستفاد منهما ليس وجوب بدل الحيلولة بل المستفاد منهما ضمان نفس العين.

وثانياً: انه يرد عليه انه لو فوت الجائر المنفعة بحبس الغير وتبعيده عن ماله وجب الضمان والحال انهم لا يقولون به.

الوجه الرابع: قاعدة اليد بتقريب: ان اداء العين في صورة التلف باداء البدل وايضاً باداء البدل في فرض الحيلولة.

ويرد عليه اولاً: ان الرواية ليس لها مدرك صحيح ولا جابر لها فلا يعتمد بها.

وثانياً: انه لا يبعد أن يستفاد من الجملة المذكورة ان المأخوذ مادام لم يصل الى مالكة يكون في ضمان الاخذ اي لو تلف يكون دركه عليه فلا يرتبط الحديث بالمقام اصلاً.

وثالثاً: ان المستفاد من الحديث ولو مع قطع النظر عن الاشكال الثاني ان المأخوذ بنفسه في عمدة الاخذ ويجب عليه أن يؤديه الى مالكة فلا ترتبط ايضاً بما نحن بصدد.

الوجه الخامس: اطلاق كلمات القوم فان مقتضاه شمول الحكم لصورة رجاء الوجدان وعدم اليأس بل صورة القطع بالوصول بعد مدة قصيره ولا اشكال في عدم اعتبار كلامهم فان غاية التقريب المذكور تحقق الاجماع وقد تقدم عدم اعتباره.

الوجه السادس: انه جمع بين حقي المالك والغاصب بتقريب: ان أخذ بدل الحيلولة ايصال المال الى مالكة وبعد وصول العين يرجع بدل الحيلولة الى الغاصب والعدل والانصاف يقتضيان أن يجمع بين حقوق الاطراف.

ويرد عليه ان التقريب المذكور خطابي ولا واقعية له فان الكلام في أصل الموضوع ومع الشك فيه لا يترتب عليه الحكم. وبعبارة اخرى: ثبوت الحق للمالك أول الكلام والاشكال.

الوجه السابع: النصوص الواردة في الموارد المختلفة الدالة على الضمان ويرد عليه ان الظاهر منها ترتب الضمان على التلف الحقيقي أو الحكمي ولا صلة لها بباب بدل الحيلولة. ان قلت: المالك يتضرر بكونه بعيداً عن ماله فما الحيلة؟ قلت: لا اشكال في أن الغاصب يضمن المنافع الفائتة.



وصفوة القول: ان الالتزام بالضمان الشرعي كبقية الاحكام الشرعية يتوقف على قيام دليل معتبر ومع عدمه لا يمكن الحكم به غاية ما في الباب امكان الضمان واحتماله ومقتضى الاصل هو العدم كما هو كذلك في كافة موارد الشك في الضمان بل في كل مورد يشك في حكم شرعي وضعياً كان أو تكليفاً يكون مقتضى الاصل الاولي عدمه ويحتاج الاثبات الى الدليل.

**«قوله قدس سره: ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر»**

الظاهر انه ليس وجهاً آخر بل عين الوجه المذكور في كلامه بقوله «لكن ظاهر اطلاق الفتاوى» الخ.

**«قوله قدس سره: فتأمل»**

لعله اشارة الى ما ذكرنا ويمكن أن يكون اشارة الى ان اصابة عدم الضمان لا تقاوم الدليل فان مقتضى سلطنة الناس على أموالهم وجوب بدل الحيلولة ولكن قد تقدم آنفاً فساد الاستدلال بالقاعدة على المدعى فلاحظ.

**«قوله قدس سره: ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس**

**كثبوتها»**

التحقيق يقتضى أن يقال الامر يختلف باختلاف المدرك للحكم فان مدرك بدل الحيلولة ان كان هو الاجماع فقيامه ووفائه بهذا المقدار غير معلوم وان كان المدرك قاعدة السلطنة فمقتضاه ان الامر والاختيار بيد المالك وهكذا ان كان المدرك قاعدة العدل والجمع بين الحقين وأما ان كان المدرك قاعدة الاتلاف أو قاعدة اليد أو اطلاق كلمات القوم أو النصوص الخاصة فلا مجال لبقاء

الاختيار للمالك بل الاختيار بيد الضامن فاذا اراد افراغ ذمته من الضمان أمكنه هكذا ينبغي أن يفصل والله العالم.

«قوله قدس سره: و كما ان تعذر رد العين»

الظاهر ان ما أفاده تام فان الساقط عن المالية في حكم التالف انما الكلام في ان المقدار بأي يوم هل المدار يوم النصب أو يوم السقوط أو أعلى القيم وبمقتضى حديث أبي ولاد يكون المدار بيوم النصب وأما على مقتضى القاعدة فالمدار يوم السقوط.

«قوله قدس سره: ثم ان المال المبذول يملكه المالك»

وقع الكلام بين القوم في أن المال المبذول في مقابل الحيلولة هل يملكه المالك أم لا؟ وعلى الاول هل يكون ملكاً لازماً أو ملكاً جازياً وانت خبير بأن الوجوه التي يمكن أخذها للاستدلال على ثبوت بدل الحيلولة كلها مخدوشة فلا يبقى موضوع لهذه الابحاث والقييل والقال الاعلى سبيل الفرض والخيال ولا اشكال ظاهراً في أن بدل الحيلولة لا يصير ملكاً للمالك في سيرة العقلاء بل يبقى البديل في ملك مالكة الاول.

مثلاً لو حال الغاصب بين زيد وداره يكون بدل الحيلولة للدار دار اخرى في زمان تحقق الحيلولة ولا اشكال في أن العقلاء لا يرون الدار الثانية مملوكة للمغصوب منه وترجع الدار الى مالكةا بعد رد الدار المغصوبة الى مالكةا ولما انجر الكلام الى هنا نقول على فرض القول بوجوب بدل الحيلولة لاوجه لدفع القيمة بل مقتضى القاعدة دفع المثل نعم اذا لم يمكن المثل تصل النوبة الى القيمة.

«قوله قدس سره: ولولا ظهور الاجماع»

كيف يدعى الاجماع والحال انه قدس سره تعرض لاستشكال المحقق

والشهيد الثانىين وأيضاً يتعرض لنقل حكاية جزم القمى بعدم صيرورة بدل الحيلولة ملكاً وأيضاً نقل مقالة السبزواري من الاشكال فكيف يتحقق الاجماع مضافاً الى أنه قد حقق في الاصول عدم تمامية اعتبار الاجماع لامنقوله ولا محصله اصف الى ذلك انه على تقدير تحقق الاجماع يحتمل كونه مدركياً ان لم يكن مقطوعاً به.

### «قدس سره: قيام مقابله مقامه فى السلطنة»

أى دليل دل على لزوم تدارك السلطنة الفائتة فان دليل الضمان احد الامور الثلاثة وهى قاعدة الاتلاف والتلف والسيطرة العقلانية الجارية فيما بينهم وشيء من هذه الوجوه لايفي باثبات المدعى فان مقتضى قاعدة الاتلاف ان المتلف ضامن للتالف كما ان مفاد على اليد كذلك على بعض الوجوه وأيضاً السيطرة جارية على الحكم بضمان المتلف بالنسبة الى العين وعلى جميع التقادير لوجه لضمان السلطنة.

«قوله قدس سره: فيقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة

### مع بقاء العين»

ما المراد من القاعدة المذكورة؟ فان المرجع فى هذه الامور السيطرة العقلانية والسيطرة الجارية بينهم على خلاف مدعاه فان العقلاء لا يرون المالك مالاً لاجزاء العين التالفة بعد أخذ المثل أو القيمة وهذا العرف ببابك فلو كسر احد كأساً لآخر ودفع عوضه لمالك الكأس يرون الضامن مالاً للمقطعات المكسورة بلا اشكال ولا كلام. ويستفاد من كلام السيد فى العاشية ان مالا مالية له لا يكون مملوكاً بل للمالك حق الاولوية. وما أفاده ليس تاماً فان النسبة بين الملكية والمالية عموم من وجه فان الجوهر الذى لا يكون ملكاً لاحد مال ولا يكون ملكاً والكأس المكسور كسراً تاماً لا يكون مالا ولكن يكون ملكاً والاموال المملوكة للناس مجمع للملكية والمالية.

«قوله قدس سره: فيقوى عدم جواز...»

لاقوة فيه بل يقوى جواز المسح به بعد خروج الضامن عن الضمان والسيرة العقلائية اكبر شاهد على ما ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: من ان جنائية الغاصب»

هذه المسئلة لا ترتبط بالمقام فانها من باب التعبد وبعبارة اخرى: تجب اطاعة الشارع في أوامره ونواهيه وهذا احد مصاديق تلك الكبرى ولا صلة له بالمقام.

«قوله قدس سره: بل قال: يمكن أن لايجوز»

لايبعد أن يكون الوجه في الحرمة صدق الاسراف المحرم شرعاً.

«قوله قدس سره: يمكن جواز الصلاة»

لا بد من أن يفرض الكلام فيه بعد اداء العوض كي تصير الخيوط المنصوبة ملكاً للغاصب بقانون المعاوضة القهرية العقلائية الممضاة شرعاً. ولا يخفى ان الجواز وعدمه مبنيان على فساد الصلاة في اللباس المنصوب وأما على طبق المسلك المنصور فلا مقتضي للفساد والتفصيل موكل الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل أمره بالتأمل اشارة الى ان اجراء قاعدة لاضرر ينافي كونها امتنانية والحكم بعدم وجوب الرد وان كان امتناناً بالنسبة الى الضامن لكن يكون خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك فيتعارض الضرران وبعد التساقط تصل النوبة الى وجوب رد العين الى مالكمها.

«قوله قدس سره: مع بقاء حق الاولوية»

اثبات حق الاولوية مشكل مضافاً الى أننا قلنا ان الغرامة توجب ازالة علاقة المالك عن العين المضمونة بتمام معنى الكلمة فلا مقتضي لحق الاولوية. اصف الى ذلك انه لو شك في حق الاولوية يكون مقتضى

الاصل عدمه .

ولما انجر الكلام الى هنا لا بأس بارسال عنان الكلام وبيان ماهو مقتضى النظر الدقيق في هذا المجال فنقول: ما يمكن أن يذكر في مستند حق الاختصاص والاولوية وجوه:  
الوجه الاول: ان حق الاختصاص سلطنة في قبال الملكية فاذا زالت الملكية يبقى حق الاختصاص بحاله .

ويرد عليه اولاً: انه لادليل على هذه الدعوى ومجرد الامكان لا يقتضي الوقوع والتحقق بل مقتضى الاصل عدمه . وثانياً: انا فرضنا وجوده ولكن بقاءه بعد زوال الملكية دعوى ثانية بلا دليل . وبعبارة اخرى: غاية ما يمكن أن يقال: ان حق الاختصاص تابع للملكية ويدور مدارها وأما الزائد عليه فيحتاج في مقام الاثبات الى الدليل وبقائه بعد زوال الملكية بالاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد .

الوجه الثاني: ان حق الاختصاص مرتبة ضعيفة عن الملكية توجد معها ولكن يبقى بعد زوالها وان شئت قلت: تابع لها في الحدوث لا في البقاء والزوال .

ويرد عليه ان الملكية امر بسيط لاجزاء لها فلاموضوع لهذه الدعوى مضافاً الى انه لو سلمنا تركيبها، لكن نقول عند زوالها يرتفع المركب من الاجزاء والا يلزم الخلف اذ فرض ارتفاعها . اصف الى ذلك: ان رفع بعض المركب وابقاء بعضه الاخر بيد من بيده الامر وابقائه للجزء اول الكلام والاشكال بل مقتضى القاعدة عدم ابقائه وبقاء البعض بالاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد .

الوجه الثالث: انه لو ثبت في الشريعة المقدسة حرمة التصرف

في مال الغير وبعد زوال الملكية نشك في بقاء الحرمة نحكم ببقائها ببركة الاستصحاب.

ويرد عليه ان الثابت في الشريعة حرمة التصرف في مملوك الغير ومع زوال الملكية وارتفاع الموضوع لامجال لاستصحاب الحكم مضافاً الى أنه معارض باستصحاب عدم الجعل الزايد.

الوجه الرابع: قاعدة «من سبق الى مال يسبقه اليه مسلم فهو احق به». ويرد عليه اولاً: ان القاعدة لا اساس لها ولاسند معتبر لها وثانياً: ان القاعدة لا يثبت للسابق حقاً في قبالة الملكية بل مقتضاها ان السابق يحدث له حق السبق كالسابق في المسجد وغيره من الاوقاف العامة والخاصة.

الوجه الخامس: الاجماع. وفيه انه على فرض تحققه مدركي والحق انه لا اجماع.

الوجه السادس: السيرة العقلائية والشرعية فانه لا اشكال في أن المالك للعين اذا زالت ملكيته عن عين كما لو صار الخل خمرأ يكون للمالك حق الاختصاص ولا يجوز لغيره التصرف في العين الا باذنه.

«قوله قدس سره: ولعله من استصحاب وجوب ردها»

يرد عليه اولاً: انه لامجال للاستصحاب بعد رد البديل كما تقدم وثانياً: ان الموضوع متقوم بعنوان المملوك والمفروض زوال العنوان وثالثاً: ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي يعارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع»

لا بد من ملاحظة المدرك في الالتزام ببديل الحيلولة فان كان المدرك قاعدة الاتلاف أو التلف فالظاهر ان بدل الحيلولة يقوم

مقام العين فلامقتضى للضمان بعد وايضاً لوكانت السيرة العقلائية مستندة للحكم وأما ان كان المدرك قاعدة السلطنة فالمقتضى للضمان موجود فتأمل. والعمدة ان البحث لا واقع له وفرض في فرض وتقدير على تقدير فلاحظ.

### «قوله قدس سره: لان مع التلف يتعين القيمة»

الحق انه لا يتعين القيمة فانا قلنا: ان العين بنفسها تبقى في الذمة وانما تسقط عنها بدفع البدل من المثل أو القيمة فعلى القاعدة يكون المعيار يوم الرد والدفع و مقتضى حديث الحنات كون المعيار يوم الغصب

وصفوة القول: انه لا مقتضى لانتقال القيمة الى ذمة الضامن بل ذمته مشغولة بنفس العين وانما تسقط بالدفع أو البراء أو الصلح وهكذا.

### «قوله قدس سره: وان كان فى احضارها مؤنة»

يمكن أن يقال: انه على رأى المشهور في مفاد قاعدة لا ضرر يشكل الحكم بوجوب الرد في صورة توقفه على دفع المؤنة فانه يقال يتعارض ضرر الضامن بضرر المالك والمرجع بعد التعارض دليل وجوب رد كل مال الى ماله.

### «قوله قدس سره: لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة»

لو وصلت النوبة الى الاستصحاب يتعارض الاصل الجاري في المجمالي مع الاصل الجاري في الجعل وبعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى الاخذ بالدليل الاول الدال على كون الغرامة مملوكة للضامن. وبعبارة اخرى: المدفوع بعنوان الغرامة مملوك للضامن وعلمنا من الدليل دخوله في ملك المالك في هذا المقدار من الزمان وأما الزائد عليه فلا.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعمل الامر بالتأمل اشارة الى أنه لولا الوضع لم يكن وجه للتكليف  
وبعبارة اخرى: تكون الغرامة في مقابل نفس العين.

«قوله قدس سره: ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة»

أي لا يباح العين لغير المالك بمجرد بذل الغرامة وبعبارة واضحة:  
الغرامة بدل عن السلطنة الفائتة لا عن مطلق السلطنة حتى السلطنة  
على المطالبة بل بدل عن السلطنة على الانتفاع والذي يدل على  
عدم قطع علاقة المالك عن العين انه بعد دفع الغرامة لا يجوز لغير  
المالك التصرف في العين ولا مجال لان يقال: علقه المالك انقطعت  
عن العين فتكون من المباحات الاصلية التي يجوز لكل احد التصرف فيها.

«قوله قدس سره: مسألة المشهور كما عن الدروس والكفاية»

بطلان عقد الصبي»

وقع الكلام بين القوم في نفوذ تصرفات الصبي وعدمه والمسألة  
ذات اهمية فانها من المسائل التي تعم جميع المكلفين ويقع الكلام  
فيها في مقامين:

المقام الاول: في مقتضى القاعدة الاولى. المقام الثاني فيما  
تقتضيه الادلة الخاصة أما المقام الاول فنقول: يمكن أن يقال ان  
مقتضى الادلة العامة نفوذ تصرفاته فان مقتضى اطلاق قوله تعالى  
«احل الله البيع» وقوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» وغيرهما  
من ادلة الصحة والنفوذ عدم الفرق بين البالغ وغيره.

وأما المقام الثاني فنقول ما يمكن أن يستدل به أو استدل به  
على المنع وجوه: الوجه الاول: الاجماع فغن الغنيه دعوى الاجماع  
على ذلك وعن العلامة في التذكرة ان الصبي محجور عليه بالنص  
والاجماع.



وحال الاجماع فى الاشكال ظاهر اذ قد ثبت فى الاصول عدم اعتبار الاجماع منقولا ومحصلا مضافاً الى أن الاجماع على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يكون كاشفاً تعبدياً.

الوجه الثانى: قوله تعالى «وابتلوا اليتيم حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم»<sup>١</sup>.

بتقريب: ان المستفاد من الاية انه يشترط فى دفع ماله اليه بلوغه ورشده فلا ينفذ أمره قبل بلوغه ورشده.

وفيه: ان المستفاد من الاية الشريفة عدم جواز دفع ماله اليه قبل بلوغه ورشده ولا تدل الاية على عدم نفوذ تصرفاته.

الوجه الثالث: النصوص منها مرواه حمران قال: سألت ابا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها؟ قال اذا خرج عنه اليتيم وأدرك قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال اذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامة واخذ بها واخذت له قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها ويؤخذ لها؟ قال: ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع اليها مالها وجاز أمرها فى الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذ لها وبها قال: والغلام لا يجوز أمره فى الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك<sup>٢</sup>.

بتقريب: ان المستفاد من الحديث انه لا يجوز أمر غير البالغ.

(١) النساء/٦.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ٢ والباب ٣ من ابواب الحجر الحديث ١.

وفيه: ان الحديث ضعيف سنداً فلا يكون قابلاً للاعتماد ولا تصل النوبة الى ملاحظة دلالة.

ومنها: ما أرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام انه سئل عن قول الله عزوجل «فان آنستم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» قال ايناس الرشد حفظ المال<sup>١</sup>.

وظهر تقريب الاستدلال بالحديث على المدعى من الاستدلال بالاية والمرسل لا اعتبار به مضافاً الى النقاش في الدلالة على المدعى كما سبق.

ومنها ما ارسله ايضاً قال: قال أبو عبدالله عليه السلام اذا بلغت الجارية تسع دفع اليها مالها وجاز أمرها في مالها واقامت الحدود التامة لها وعليها<sup>٢</sup>. والمرسل لا اعتبار به.

ومنها ما رواه الخادم بيّاع اللؤلؤ عن ابي عبدالله عليه السلام سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ اشده قال وما أشده؟ قال: احتلامه قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو اقل أو اكثر ولم يحتلم قال: اذا بلغ وكتب عليه شيء جاز أمره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً<sup>٣</sup>.

والمستفاد من الحديث ان البلوغ دخیل في نفوذ الامر فالتصرف الصادر عن غير البالغ لا أثر له ولا يبعد أن يكون السند معتبراً وان كان للنقاش فيه مجال فان النجاشي وثق آدم بن المتوكل أبا الحسين بيّاع اللؤلؤ والمذكور في السند أبو الحسين الخادم بيّاع اللؤلؤ ومن الممكن عدم انطباق من وثق على المذكور في السند فلاحظ.

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا بلغ اشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما

وجب على المحتملمين احتلم أو لم يحتلم وكتب عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء إلا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط عدم نفوذ أمر غير البالغ والحديث ضعيف بالوشاء.

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل «حتى إذا بلغ اشده» قال: الاحتلام قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال لا إذا اتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً فقال وما السفيه؟ فقال: الذي يشتري الدرهم باضعافه قال وما الضعيف قال الابله<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط عدم نفوذ أمر غير البالغ والحديث ضعيف بضعف اسناد الشيخ الى ابن الفضال. ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد<sup>٣</sup>.

فان المستفاد من الحديث ان عمد الصبي خطأ فكل ما يصدر عنه يكون في حكم الخطاء في اعتبار الشارع الاقدس والحديث تام سنداً فيمكن الاستناد اليه في جميع الموارد الا فيما يقوم دليل على الخلاف.

وأورد على الاستدلال بالرواية سيدنا الاستاد بايرادين: احدهما: بوجود المانع ثانيهما: بعدم المقتضي أما الاول فبتقريب

(١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصية الحديث ١١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

(٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب الماكلة الحديث ٢.

ان لازم هذا القول ان تعتمد الصبي للافطار لا يوجب فساد صومه  
وتعتمد الصبي للاخلال في الصلاة لا يوجب بطلان صلاته فيلزم أن  
تكون صحيحة وأيضاً لازمه تمامية صومه والحال انه خلاف لضرورة  
المذهب.

وأما عدم المقتضي فلان تنزيل العمد منزلة الخطاء يتوقف على  
أن يكون لكل من العمد والخطاء حكم غير ما يكون للآخر وبعده يصح  
أن يعتبر العمد في حكم الخطاء فان الجنائية كذلك فان الجنائية العمدية  
لها حكم خاص في مقابل الجنائية الخطائية فيكون الحديث ناظراً الى  
باب الجنائيات والديات وأما في المقام فلا اذ لا يكون للخطاء في باب  
المعاملات حكم فان الحكم الشرعي يختص بالعمد فلا مجال للاخذ  
بالحديث فانه لا مقتضي للاستدلال به اولا والاخذ به ممنوع ثانياً  
هذا ملخص ما افاده في المقام.

وما أفاده غير تام أما ما أفاده من حيث المانع فيرد عليه ان  
تخصيص العام أو تقييد المطلق أمر على طبق القاعدة الاولية  
والكلية المستفادة من الحديث ليست قضية عقلية كى يقال: الحكم  
العقلي لا يكون قابلاً للتخصيص فلا بد من رفع اليد عنه بعد قيام  
الدليل على التخصيص ويكفي دليلاً قيام الضرورة المدعاة في كلامه.  
وأما ما أفاده من حيث المقتضي فيرد عليه ان الشرط الذي ذكره  
لصحة التنزيل لا دليل عليه وعهدة دعواه عليه فان التنزيل يقتضي  
أن يكون عمد الصبي في اعتبار الشارع الاقدس خطاء ولا يلزم أن  
يكون الخطاء محكوماً بحكم بل يكفي نفي احكام العمد عن أفعاله  
وأقواله والعرف بيباك.

ومنها مارواه ابن ظبيان قال: اتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت

فأمر برجمها فقال علي عليه السلام: أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ؟<sup>١</sup>.

بتقريب ان القلم مرفوع عن غير البالغ فلا اثر لافعاله فلا يرتب أثر على عقده وايقاعه والحديث ضعيف سنداً بالاعمش وغيره. ومنها ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة فقال اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة أو حاضت فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط ان غير البالغ لا يجري عليه القلم لا قلم التكليف ولا قلم الوضع والحديث تام سنداً فتحصل مما تقدم ان مقتضى الدليل عدم نفوذ تصرفات غير البالغ ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين اذن الولي وعدمه كما ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين تصديه لامر بالاصالة أو بالوكالة فلا اثر لانشائه على الاطلاق.

واستدل على نفوذ امر غير البالغ ايضاً بوجوه: الوجه الاول: قوله تعالى «وابتلوا اليتيم حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم»<sup>٣</sup>.

وللاستدلال بها على المدعى تقريبان التقريب الاول ان

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ١١.

(٢) نفس المصدر الحديث ١٢.

(٣) النساء/٦.

المستفاد من الآية ان الميزان هو الرشد والبلوغ اماره عليه .  
وفيه : ان جعل البلوغ اماره على الرشد خلاف الظاهر لا يصار اليه .  
التقريب الثاني : ان المستفاد من الآية ان الموضوع غير البالغ  
فيعلم ان غير البالغ يترتب الاثر على ما يصدر عنه بشرط الرشد .  
وفيه اولاً : انه يمكن أن يكون الابتلاء بلحاظ استعمال بلوغه  
وعدمه لا بلحاظ رشده . وثانياً انه لا تنافي بين كون الابتلاء بلحاظ  
رشده وبين اشتراط البلوغ وعلى الجملة لامناص عن العمل بالظاهر  
وظاهر الآية يقتضى اشتراط البلوغ فلاحظ .

الوجه الثاني ما ورد من النصوص الدالة على جواز وصية غير  
البالغ وعتقه منها مارواه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا عبد الله  
عليه السلام يقول : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك  
جازت وصيته لذوي الارحام ولم تجز للمغرباء<sup>١</sup> .

ومنها مارواه أبو بصير «يعني المرادي» عن أبي عبد الله عليه  
السلام انه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق  
جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير  
في حق جازت وصيته<sup>٢</sup> .

ومنها مارواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه  
السلام في حديث قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته<sup>٣</sup>  
ومنها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال اذا أتى  
على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق  
أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز<sup>٤</sup> .

(١) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث ١ .

(٢) عين المصدر الحديث ٢ .

(٣) عين المصدر الحديث ٣ .

(٤) عين المصدر الحديث ٤ .

ومنها مارواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا بلغ الصبي خمسة أشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته<sup>١</sup>.

ومنها مارواه أبوأيوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال اذا أصاب موضع الوصية جازت<sup>٢</sup>.  
ومنها ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته<sup>٣</sup>.

فان مقتضى هذه النصوص جواز وصيته وعتقه. وفيه: انه ان تم أسناد هذه النصوص يؤخذ بها ويلتزم بمفادها ويخصص بها عموم حجره والتخصيص في الاحكام الشرعية لا يكون عزيزاً.  
الوجه الثالث: ما أرسله في المبسوط على ما نقل عنه «وروي انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جازي التصرف» والمرسل لا اعتبار به.

الوجه الرابع: السيرة الجارية الخارجية فانها جارية على ترتيب الاثر على عقده ومعاملاته.

وفيه انه ان كان المراد من السيرة الجارية بين المتشركة والمباين بالدين وشريعة سيد المرسلين فتحققهما اول الكلام والاشكال بل يمكن الجزم بالعدم وان كان المراد السيرة الجارية بين الناس فلا أثر لها فالنتيجة عدم اعتبار معاملات الصبي وایقاعاته

(١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ٧.

بل المستفاد من مجموع ما تقدم عدم ترتب اثر على فعله حتى لو أتلّف مال الغير لا يكون ضامناً الا أن يقوم دليل بالخصوص في مورد خاص وأطار مخصوص فلاحظ ما بيناه واغتنم.

«قوله قدس سره: فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف»

الحق انه ينافي فان مقتضى الاطلاق عدم ترتب الاثر عليه على الاطلاق ولذا قلنا لا اثر لما يصدر عنه حتى فيما لو كان باذن الولي فكما ان الاذن السابق لا يؤثر كذلك الاجازة اللاحقة لا اثر لها.

«قوله قدس سره: كما يقال بيع الفضولي...»

الامر في البيع الفضولي أيضاً كذلك ونعرض للمسألة فيما يأتي عنقریب انشاء الله تعالى فان مقتضى قوله «لا تبع ما ليس عندك» عدم جواز بيع الفضولي وان لحقه الاجازة من المالك وانما نلتزم بالصحة مع الاجازة بلحاظ النص الخاص والتفصيل موكول الى ذلك الباب فانتظر.

«قوله قدس سره: ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الاخبار»

لاحظ ما رواه ابن سنان<sup>١</sup> بتقريب: ان الوجه في الشهادة ان السفیه لا يكون مسلوب العبارة هذا تقريب ما أفاده والحق عدم تماميته فان المستفاد من الحديث ان ما يصدر عن غير البالغ لا اثر له على الاطلاق وأما البالغ فيؤثر ما يصدر عنه الا أن يكون سفیهاً فلا يرتبط احد الموردين بالآخر والعرف ببإبلك.

«قوله قدس سره: ففيه اولا ان الظاهر منه قلم المؤاخذه»

بل الظاهر من الحديث قلم التكليف والوضع.



«قوله قدس سره: ولذا بنينا...»

شرعية عبادات الصبي مستفادة من النصوص مضافاً الى التسالم.

قوله قدس سره: وثانياً ان المشهور...

الشهرة الفتوائية لا تكون حجة وقد تقدم ان النصوص الخاصة تكفي لاثبات المدعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلان مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء

بعد البلوغ»

الظاهر من العبارة ان الشيخ يرى وجوب الوفاء وجوباً تكليفاً والحال ان وجوبه وضعي سلمنا كون الوجوب تكليفاً لكن لامجال لتوجيهه بعد البلوغ اذ المستفاد من الدليل كما تقدم ان ما يصدر عنه في حكم عدم ولا يترتب عليه الاثر فلامجال لان يكون موضوعاً للوجوب بعد البلوغ وبعبارة واضحة: لم يتحقق الموضوع في اعتبار الشارع ومع عدم الموضوع لا مجال لترتب الحكم كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: كما يكون جنابته...»

القياس مع الفارق فان الجنابة بحسب المستفاد من الدليل تحصل بالتقاء الختانين ولادخل في تحققها فعل اختياري وبعبارة اخرى: تحقق الجنابة بالتقاء الختانين كتتحقق النجاسة بتلاقي شيء مع الجنس وان كان سبب التلاقي أمراً تكوينياً خارجياً.

«قوله قدس سره: لكن لا مانع»

نعم لا مانع لكن مجرد عدم المانع لا اثر له مادام القصور في المقتضي فاننا بينا ان النصوص دالة على بطلان ما يصدر عن غير البالغ فلا مجال لان يترتب عليه اثر في وعاء الشرع والشرعية.

«قوله قدس سره: فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع»  
بل العمدة الاخبار والنصوص الواردة في المقام.

«قوله قدس سره: ما عن قرب الاسناد»

لاحظ مارواه أبوالبختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام انه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفיק والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: ولا يخلو من بعد»

بدعوى ان اللسان غير قابل للتخصيص وأبائه عنه وهو كماترى.

«قوله قدس سره: من احتمال كونه معلولاً...»

يرد عليه اولاً انه يمكن أن يقال: بأن المتفاهم العرفي من العبارة ان قوله عليه السلام «رفع القلم علة» للحكم لا العكس وثانياً: ان الرواية ضعيفة سنداً والعمدة في الاستدلال على المدعى غيره كحديث ابن مسلم<sup>٢</sup> فان المستفاد منه ان عمده خطأ وكحديث السباطي<sup>٣</sup> فان المستفاد من الحديث انه لايجري على غير البالغ القلم على نحو الاطلاق.

«قوله قدس سره: فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات»

بل ينافي فان مقتضى حديث عمار عدم جريان القلم عليه على نحو الاطلاق فلا يكون اتلافه موجباً للضمان ولا بد في اثبات الضمان بفعله من التماس دليل والاجماع المدعى في المقام لا اثر له فانه مدركي لا تعبدى كاشف.

(١) الوسائل الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس الحديث ٢.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٣٥.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٣٦.

«قوله قدس سره: ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معاملة الصبي بين أن يكون في الاشياء اليسيرة أو الخطيرة»

وما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على صحة تصرفاته في الاشياء اليسيرة وجوه:

الوجه الاول حكاية أبي الدرداء التي نقلها الشيخ قدس سره وهي ان أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي فأرسله بتقريب: ان عمل أبي الدرداء يدل على صحة بيع غير البالغ.

ويرد عليه اولاً انه لا طريق الى صحة القضية ولعلمها لا تكون مطابقة مع الواقع. وثانياً: ان عمل أبي الدرداء لا يكون من الادلة الشرعية.

وثالثاً: انه من الممكن ان أبا الدرداء رأى ان الطفل أخذ العصفور وحيث ان أخذه كلا اخذ يجوز التصرف في مأخوذه فاشترائه صوري وغرضه انقاذ العصفور.

الوجه الثاني: ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان النهي بلحاظ سرقة الطفل في صورة عدم الوجدان فيعلم ان معاملته بلا اشكال فانه لو كان عقده فاسداً لم يكن وجه للتعليل المذكور.

ويرد عليه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً ولا جابر له وثانياً: انه لا وجه لاختصاص مدلوله بخصوص المحقرات بل مدلوله مطلق

فلا يكون سنداً للتفصيل.

وثالثاً: انه لا وجه لرفع اليد عن ظاهر الدليل فان مقتضى النهي الارشاد الى فساد ما يصدر عنه من العقود معللاً بالعلة المذكورة وبعبارة اخرى: المستفاد من النهي المذكور ان عقد الطفل باطل وهذا هو المدعى غاية الامر بهذا السبب.

الوجه الثالث: ان السيرة جارية على المعاملة مع الصغير في الامور اليسيرة. وفيه: ان المراد بالسيرة ان كانت سيرة العقلاء فهي مردوعة بالنصوص وان كانت سيرة المتشعبة بما هم كذلك فتحققها اول الكلام والاشكال.

الوجه الرابع: انه يلزم الحرج والحرج مرتفع في الشريعة بدليل نفيه. وفيه اولا ان لزوم الحرج اول الكلام بل لا يلزم وثانياً: ان دليل لا حرج يقتضي نفي الاحكام الحرجية وبعبارة اخرى: مفاده نفي الحكم لا الاثبات وان شئت قلت: لا يستفاد من دليل نفي الحرج اعتبار العقد الفلاني وصحة الايقاع الكذائي فالمتحصل مما تقدم عدم الدليل على التفصيل بل مقتضى اطلاق النصوص فساد ما يصدر عن غير البالغ بلافرق بين الموارد فلاحظ.

**قوله قدس سره: من التقاط...**

اذا قلنا ان مقتضى النصوص عدم ترتب أثر على ما يصدر عنه يكون التقاطه بلا اثر.

**«قوله قدس سره: فاعطاه المستاجر...»**

مقتضى القاعدة عدم اعتبار أخذه اجرة المثل من المستاجر أو الامر فلا يتشخص المأخوذ ولا يصير مملوكاً له نعم يصير مالكا في ذمة المستاجر والامر اجرة المثل.

«قوله قدس سره: لكن يستحب...»

يرد عليه اولا انه أي دليل دل على الاستحباب المذكور فان الفتوى بالاستصحاب لا بد أن يكون مستنداً الى دليل شرعي كالفتوى بالوجوب. و ثانياً: ان المأخوذ من المستأجر أو الامر كما قلنا آنفاً لا يصير مملوكاً للصغير.

«قوله قدس سره: بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من

وجوه:»

قال الشهيد قدس سره في تعليقه<sup>١</sup> على المتن أقول: أحدها تخصيص المال في المقام باليسير وتعميمه في الهدية له وللخطير على ما هو ظاهر اطلاقهم وثانيها: وجود الامارات المفيدة للظن بالاذن مثل القعود في الدكان والمعاملة بمرئى ومسمع من الناس هنا دون الهدية وثالثها: ان المقام من باب الاباحة والهدية من باب التملك ويتسامح في الاول بما لا يتسامح به في الثاني ورابعها: ان المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

«قوله قدس سره: وان كان بمجرد العلم برضاه فالافتاء به في

الخروج عن موضوع الفضولي مشكل»

يستفاد من مكاتبة الحميري الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجانب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة واكرته ربما زرعوا وتنازعوا في حدودها وتؤذيهم عمال السلطان وتعرض في الكل من غلات ضيعة وليس لها قيمة لخرابها وانما هي باثرة منذ عشرين سنة وهو يتجرع من شرائها لانه يقال ان هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان

فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً وصلاً له وعمارة لضيعته وانه يزرع هذه الحصنة من القرية البائرة يفضل ماء ضيعته العامرة وينحسم عن طمع أولياء السلطان وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكها أو بأمره أو رضاً منه<sup>١</sup>، كفاية الرضا الباطني في صحة المعاملة لكن الاشكال في سند الحديث من حيث الارسال فلاحظ. وفي المقام فروع ينبغي التعرض لها فانها مورد الابتلاء الفرع الاول: انه لو اذن الصبي في الدخول في الدار فهل يكون قوله معتبراً أم لا؟

والحق ان يقال انه لو حصل الاطمينان من اذنه بالدخول بأن المالك اذن كما هو كذلك بحسب الطبع الاولى فيجوز الدخول ويجوز ترتيب الاثر على قوله لكن هذا لا يرتبط بالبحث في المقام فان الاطمينان حجة عقلائية فلا يرتبط بعدم اعتبار ما يصدر عن الصبي. وان شئت قلت: المستند الاطمينان وهو حجة بلافرق بين أسباب حصوله.

الفرع الثاني: اذا كان الطفل واسطة في ايصال الهدية هل يترتب اثر عليه ام لا؟ الكلام في هذا الفرع هو الكلام فان وصول الهدية بواسطة الطفل كوصوله بواسطة سبب خارجي أو حيوان فانه اذا وصل الهدية الى المهدي اليه يترتب عليه الاثر ولا فرق بين الوسائط فلا يرتبط ايضاً بما نحن بصدد فلاحظ.

الفرع الثالث: انه هل يصح اسلام غير البالغ أم لا؟ واعلم انه لو قلنا بصحة عبادات الصبي نقول بصحة اسلامه بالاولوية وأما لو لم نقل بصحة عباداته فيجري الكلام في اسلامه فنقول: مقتضى

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

القاعدة الاولى صحة اسلامه فان مقتضى اطلاق الادلة الدالة على أن شهادة ان لا اله الا الله وان محمد رسول الله صلى الله عليه وآله توجب دخول الشاهد في زمرة المسلمين، اسلام كل من يشهد بالشهادتين ولو كان غير بالغ.

لاحظ مارواه سماعة قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: اخبرني عن الاسلام والايمان أهما مختلفان؟ فقال: ان الايمان يشارك الاسلام والاسلام لا يشارك الايمان فقلت: فصفاهما لي فقال: الاسلام شهادة ان لا اله الا الله والتصديق برسول الله صلى الله عليه وآله به حققت الدماء وعليه جرت المناكح والمواريث وعلى ظاهره جماعة الناس والايمان الهدى وما يثبت في القلوب من صفة الاسلام وما ظهر من العمل به والايمان أرفع من الاسلام بدرجة ان الايمان يشارك الاسلام في الظاهر والاسلام لا يشارك الايمان في الباطن وان اجتماعا في القول والصفة<sup>١</sup>.

فان مقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين البالغ وغير البالغ وان كل مميز يعتقد بالتوحيد والرسالة يكون محكوماً في الشريعة المقدسة بكونه مسلماً.

ولكن مقتضى خبر ابن مسلم<sup>٢</sup> ان عمداً الصبى وخطاه واحد فلا اثر لقوله وشهادته بالتوحيد والرسالة نعم لامجال للتوقف في صحة اسلامه فانه قد ثبت بالدليل المعتبر صحة عباداته وهل يمكن أن تكون عبادته صحيحة ولم يكن اسلامه صحيحاً والحال ان الايمان شرط في صحة العبادة.

بقي شيء وهو ان المستفاد من جملة من النصوص ان اطفال

(١) الاصول من الكافي ج ٢ ص ٢٥ الباب ان الايمان يشرك الاسلام والاسلام لا يشرك الايمان الحديث: ١.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٣٣.

المشركين يلحقون بأبائهم أو انهم يمتحنون يوم القيامة فمن أطاع يدخل الجنة ومن عصى يدخل النار<sup>١</sup>.

ولا يمكن الالتزام بمفادها مضافاً الى أنه لا منافاة بين كونهم محكومين بالاسلام وبين إلحاقهم بأبائهم في الآخرة فتأمل.

الفرع الرابع: هل تصح عبادات الصبي أم لا؟ قال سيدنا الاستاذ<sup>٢</sup>: «العبادات المستحبة الصادرة من الصبي صحيحة بلا اشكال فان ادلتها تشملهم كما تشمل البالغين وحديث رفع القلم لا ينافيها لان الاستحباب لا كلفة فيه».

ويرد عليه ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الوجوب والاستحباب وان شئت قلت: لا اشكال في صدق وضع القلم وان كان استحبابياً مضافاً الى أن مقتضى اطلاق حديث ابن مسلم فساد ما يصدر عنه فان عمده خطأ ولكن ترفع اليد عن تلك الرواية بالنصوص الدالة على صحة عباداته منها ما رواه معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وست سنين الحديث<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الصبي متى يصلّي؟ فقال: اذا عقل الصلاة قلت: متى يعقل الصلاة وتجب عليه؟ قال لست سنين<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال سألته عن الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة؟ قال اذا راهق الحلم وعرف الصلاة والصوم<sup>٥</sup>.

(١) الكافي ج ٣ ص ٢٤٨ الباب الاطلاق.

(٢) مصباح الفقاهة ج ٣ ص ٢٤١.

(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض الحديث ١.

(٤ و ٥) عين المصدر الحديث ٢ و ٣.



ومنها ما رواه عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا اتى على الصبي ست سنين وجب عليه الصلاة واذا أطاق الصوم وجب عليه الصيام<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه قال انّا نأمر صبياننا بالصلاة اذا كانوا بني خمس سنين فمروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا بني سبع سنين الحديث<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه الحسن بن قارن انه قال: سألت الرضا عليه السلام أو سئل وأنا أسمع عن الرجل يجبر ولده وهو لا يصلي اليوم واليومين فقال: وكم أتى على الغلام؟ فقلت: ثماني سنين فقال: سبحان الله يترك الصلاة قال: قلت: يصيبه الوجل قال يصلي على نحو ما يقدر<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه عبدالله بن فضالة عن أبي عبدالله أو أبي جعفر عليهما السلام في حديث قال سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين فاذا تم<sup>٤</sup> له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك وكفّيك فاذا غسلهما قيل له: صل ثم يترك حتى يتم له تسع سنين فاذا تمت له علم الوضوء وضرب عليه وامر بالصلاة وضرب عليها فاذا تعلم الوضوء والصلاة غفر الله لوالديه ان شاء الله<sup>٥</sup>.

ومنها ما رواه في الخصال عن علي عليه السلام في حديث الاربعمائة قال: علّموا صبيانكم الصلاة وخذوهم بها اذا بلغوا ثماني سنين<sup>٥</sup>.

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

(٣) عين المصدر الحديث ٦.

(٤) عين المصدر الحديث ٧.

(٥) عين المصدر الحديث ٨.

ومنها ما رواه الفضيل بن يسار قال: كان علي بن الحسين عليه السلام يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب والعشاء ويقول هو خير من أن يناموا عنها<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الصبيان اذا صفّوا في الصلاة المكتوبة قال لا تؤخروهم عن الصلاة وفرقوا بينهم<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه زرارة وعبيد الله بن علي الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الصلاة على الصبي متى يصلّي عليه؟ قال اذا عقل الصلاة قلت: متى تجب الصلاة عليه؟ فقال: اذا كان ابن ست سنين والصيام اذا اطاقه<sup>٣</sup>.

ومنها مرسل الصدوق قال وسئل ابو جعفر عليه السلام متى تجب الصلاة عليه فقال اذا عقل الصلاة وكان ابن ست سنين<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: ما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فمركته<sup>٥</sup>.

ومنها ما رواه سماعة قال سألته عن الصبي متى يصوم؟ قال اذا قوى على الصيام<sup>٦</sup>.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال انّا نأمر صبياننا بالصيام اذا كانوا بني سبع سنين بما أطاقوا من صيام

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب اعداد الفرائض الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب صلاة الجنابة الحديث ١.

(٤) عين المصدر الحديث ٢.

(٥) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ١.

(٦) عين المصدر الحديث ٢.

اليوم فان كان الى نصف النهار أو اكثر من ذلك أواقئل فاذا غلبهم العطش والغرث أفطروا حتى يتعودوا الصوم ويطيقوه فمروا صبيانكم اذا كانوا بني تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام فاذا غلبهم العطش أفطروا<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه الزهري عن علي بن الحسين عليهما السلام في حديث قال: وأما صوم التأديب فأن يؤخذ الصبي اذا راهق بالصوم تأديباً وليس بفرض<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا أطاق الغلام صوم ثلاثة ايام متتابعة فقد وجب عليه صوم شهر رمضان<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألته عن الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة؟ قال اذا راهق الحلم وعرف الصلاة والصوم<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال اذا اطاق الصبي الصوم وجب عليه الصيام<sup>٥</sup>.  
ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سئل عن الصبى متى يصوم؟ قال اذا أطاقه<sup>٦</sup>.

ومنها ما رواه سماعة انه سأل الصادق عليه السلام عن الصبي متى يصوم؟ قال: اذا اقوى على الصيام<sup>٧</sup>.

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ٥.

(٤) نفس المصدر الحديث ٦.

(٥) عين المصدر الحديث ٨.

(٦) عين المصدر الحديث ٩.

(٧) عين المصدر الحديث ١٠.

ومنها ما رواه الصدوق: وقال الصادق عليه السلام الصبي يؤخذ بالصيام اذا بلغ تسع سنين على قدر ما يطيقه فان اطاق الى الظهر أو بعده صام الى ذلك الوقت فاذا غلب عليه الجوع والعطش افطر<sup>١</sup>. ومنها ما رواه العباس بن عامر عن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام قال يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة الى ست عشرة سنة<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه في المقنع قال: روى ان الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربع عشرة سنة الا ان يقوى قبل ذلك<sup>٣</sup> ومنها ما رواه ابن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه عيسى بن زيد يرفعه الى أبي عبدالله عليه السلام قال: يشغل الغلام لسبع سنين ويؤمر بالصلاة لتسع ويفرق بينهم في المضاجع لعشر ويحتلم لاربع عشرة ومنتهى طوله لاثنتين وعشرين ومنتهى عقله لثمان وعشرين سنة الا التجارب<sup>٥</sup>.

ومنها ما رواه القداح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انا نأمر الصبيان أن يجمعوا بين الصلاتين الاولى والعصر وبين المغرب والعشاء الاخرة ما داموا على وضوء قبل ان يشتغلوا<sup>٦</sup>.

ومنها ما رواه ابان بن الحكم قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ١١.

(٢) عين المصدر الحديث ١٣.

(٣) عين المصدر الحديث ١٤.

(٤) الوسائل الباب ٧٤ من ابواب أحكام الاولاد ١.

(٥) عين المصدر الحديث ٥.

(٦) عين المصدر الحديث ٧.

يقول الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر... الحديث<sup>١</sup>  
ومنها ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام  
في حديث قال: لو ان غلاماً حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه  
فريضة الاسلام<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:  
سمعتة يقول مر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بروثة وهو  
حاج فقامت اليه امرأة ومعها صبي لها فقالت: يا رسول الله أيجع عن  
مثل هذا؟ قال: نعم ولك اجره<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت أبا جعفر الثاني  
عليه السلام عن الصبي متى يحرم به قال اذا ائفر<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه ايوب اخي اديم قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام  
من أين يجرد الصبيان فقال كان أبي يجردهم من فخ<sup>٥</sup>.

ومنها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام  
في حديث قال: قلت له: ان معنا صبياً مولوداً فكيف نصنع به؟ فقال  
مر امه تلقى حميدة فتسألها: كيف تصنع بصبيانها فأتتها فسألتها  
كيف نصنع فقالت: اذا كان يوم التروية فاحرموا عنه وجردوه  
وغسلوه كما يجرد المحرم وقفوا به المواقف فاذا كان يوم النحر  
فارموا عنه واحلقوا رأسه قم زوروا به التيت ومري الجارية ان تطوف  
به بالبيت وما بين الصفا والمروة<sup>٦</sup>.

ومنها رواه عن اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب وجوب الحج وشرائطه الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب وجوب الحج وشرائطه الحديث ١.

(٤) عين المصدر الحديث ٢.

(٥) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب الاحرام.

(٦) الوسائل الباب ١٧ من ابواب اقسام الحج الحديث ١.

عن غلمان لنا دخلوا معنا مكة بعمره وخرجوا معنا الى عرفات بغير احرام قال: قل لهم يفتسلون ثم يحرمون واذبحوا عنهم كما تذبحون عن أنفسكم<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال انظروا من كان معكم من الصبيان فقدموه الى الجحفة أو الى بطن مر ويصنع بهم ما يصنع بالمحرم ويطاف بهم ويرمى عنهم ومن لا يجد المهدي منهم فليصم عنه وليته<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه الصدوق: قال وكان علي بن الحسين عليهما السلام يضع السكين في يد الصبي ثم يقبض على يديه الرجل فيذبح<sup>٣</sup>. ومنها ما رواه زرارة عن احدهما عليهما السلام قال: اذا حج الرجل بابنه وهو صغير فانه يأمره ان يلبي ويفرض الحج فان لم يحسن أن يلبي لبوا عنه ويطاف به ويصلى عنه قلت ليس لهم ما يذبحون قال: يذبح عن الصغار ويصوم الكبار ويتقى عليهم ما يتقى على المحرم من الثياب والطيب وان قتل صيداً فعلى أبيه<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه يونس بن يعقوب عن أبيه قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام ان معي صبية صفاراً وانا اخاف عليهم البرء فمن أين يحرمون قال: أتت بهم العرج فليحرموا منها فانك اذا أتيت بهم العرج وقعت في تهامة ثم قال: فان خفت عليهم فات بهم الجحفة<sup>٥</sup>. فانه يستفاد من النصوص المشار اليها مطلوبية العبادات

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب اقسام الحج الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٧.

مستحبها وواجبها عن غير البالغ.

«قوله قدس سره: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما...»

الاشتراط انما يتصور بعد فرض تحقق المشروط مثلاً نقول: يشترط في الصلاة اباحة المكان فلا بد من فرض الصلاة ثم يتصور اشتراطها بأباحة مكانها وبعبارة اخرى: الشرط في مقابل الجزء فلا بد من فرض المركب أولاً ثم فرض اشتراطه بأمر كذائي والقصد في باب العقود مقوم وركن اساسي فلا مجال لان يقال القصد شرط في العقد.

ولتوضيح المدعى نقول: العقد أو الايقاع عبارة عن الاعتبار القائي المبرز بمبرز من قول أو فعل وهذا الاعتبار المبرز الذي نسميه عقداً ربما يصير موضوعاً لاعتبار العقلاء أو الشارع الا قدس وربما لا يقع وبيان واضح: يلزم تحقق الاعتبار المبرز كي يبحث في أنه هل يتعلق به الامضاء العقلاني أو الشرعي ام لا ومن الظاهر الواضح الاعتبار لا يتحقق بلا قصد.

«قوله قدس سره: فهو شبيه الكذب في الاخبار»

الذي يكذب يقصد المعنى كالذي يصدق بلا فرق بينهما انما الفرق بين الصادق والكاذب في المطابقة مع الواقع وعدمها.

«قوله قدس سره: ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد

الفضولي والمكره»

هذه المقالة من جملة المقالات التي لا محصل لها فان الكلام في عقد الفضولي والمكره يدور حول صحة العقد وعدمها وبعبارة واضحة: قد فرض تحقق العقد ويقع الكلام في أنه صحيح أو باطل ولا كلام في أصل تحقق العقد وذكرنا آنفاً ان قوام العقد بالقصد. وان شئت قلت: لافرق بين العقد الصادر عن الفضولي والعقد

الصادر عن المالك وأما المكروه فربما لا يقصد العقد ولا يقصد البيع مثلاً وهذا خلف الفرض وتارة أخرى يقصد ويقع الكلام في أن حديث رفع الاكراه يبطله أم لا وتعرض لحكم المكروه والفضولي عند تعرض الماتن لهما فانتظر.

### «قوله قدس سره: هل يعتبر تعيين المالكين»

الذي يختلج بالبال أن يقال: يكفي التعيين الواقعي وان لم يكن معيناً حين العقد عند المتعاقدين مثلاً لو فرض ان زيداً وكيل عن واحد في بيع داره والوكالة تحققت في يوم السبت وأيضاً يكون وكيلاً عن شخص آخر في بيع داره والوكالة تحققت في يوم الاحد وهكذا حتى يكون وكيلاً عن جماعة ولا فرق خارجاً في الدور التي تكون مورداً للوكالة بل كلها من قسم خاص فلو باع واحدة منها وأشار اليها بوصف عنواني وهي التي يعينها بعد ذلك ما المانع عن الصحة وما المانع عن شمول دليل الامضاء؟ فان البيع صدر من أهله ووقع في محله والمبيع مشخص في متن الواقع فلا وجه للبطلان.

ان قلت: دليل الامضاء منصرف عن مثل هذا العقد قلت: لا وجه للانصراف فان قلة الوجود لا تكون موجبة للانصراف وان شئت قلت: المطلق لا ينصرف الى الفرد النادر لا أنه ينصرف عنه وعلى تقدير تسليم الانصراف يكون بدوياً وناشئاً عن عدم الانس ويزول بالتأمل فلا حظ.

### «قوله قدس سره: أو مع التلفظ به»

الظاهر انه لا يلزم التلفظ به بل يكفي التعيين الذهني فان الالتزام باشتراط التلفظ به يحتاج الى قيام دليل عليه.



### «قوله قدس سره: في بيع واحد»

قال السيد في الحاشية «كما لو كان وكيلا عن اثنين في اشتراء كتاب واحد» ويرد عليه ان الاشتراء غير البيع وهل المراد من العبارة ان كل واحد من المالكين وكل الوكيل في بيع داره في الساعة الفلانية التي لا يمكن تحقق البيع المتعدد في تلك الساعة بل لابد من تحقق بيع واحد فلا يمكن الجمع بين بيعين بل لابد من تحقق واحد منهما والامر سهل.

### «قوله قدس سره: وان أطلق»

هذا يرجع الى مقام الاثبات والدعوى والكلام في مقام الثبوت.

### «قوله قدس سره: والواقع لاغيا»

بل لا يكون لاغياً فانه لو قصد البيع أو الشراء من قبل يختاره بعد ذلك يصح على القاعدة لان المختار مقصود في مقام البيع وبعبارة اخرى: يكون عند الله وفي الواقع معيناً ومقصوداً غاية الامر غير مميز في مقام المعاملة والانشاء مثلاً اذا قال البايع بعث من قبل اول من يدخل الدار يقع البيع لاول من يدخل فانه معلوم عند الله فلا وجه لكون البايع لاغياً بل صدر العقد عن أهله اذ انه وكيل على الفرض وبيع الوكيل بيع الاهل ووقع في محله.

### «قوله قدس سره: لزم بقاء الملك بلا مالك»

مما ذكرنا ظهر انه ليس الامر كذلك فان الملك لا يبقى بلا مالك بل ينتقل الى ملك من قصد البايع وقبله المشتري.

### «قوله قدس سره: اقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة»

مقتضى المعاوضة بين المالين أن يكون احدهما عوضاً عن الاخر لكن لا يلزم أن يدخل كل منهما في موضع الاخر بحيث يدخل كل من

الموشرين في كيس من خرج عنه العوض الاخر ولذا يصح أن يشتري احد قرصة خبز من الخباز للفقير مع رضاه فان ثمن الخبز يخرج من كيس المشتري ويدخل الخبز في كيس الفقير.

«قوله قدس سره: غير معهود»

فان الواحد المردد مجرد المفهوم والمردد لا واقع له وان شئت قلت: المردد لا مصداق له والا يلزم الخلف فلاحظ.

«قوله قدس سره: لعدم مفهوم المعاوضة معه»

قد تقدم الاشكال في كون المعاوضة متقومة بما ذكر نعم هذه المعاملة فاسدة لان العقد المذكور فضولي وتصرف في سلطان الغير بلا اذن منه.

«قوله قدس سره: وفي وقوعه اشترء فضولياً»

مقتضى ما أفاده كونه فضولياً لمرو.

«قوله قدس سره: لانه أمر غير معقول»

ما أفاده غريب فانه كيف يكون غير معقول والحال انه يقع في الخارج كراراً ومراراً فلاحظ.

«قوله قدس سره: وقع للغير»

ليس الامر كذلك بل لا بد اما من القول بأنه يقع للفضولي وأما الالتزام بالبطلان وأما وقوعه للبائع فلا مقتضى له.

«قوله قدس سره: وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري»

يقع الكلام في ثلاثة مواضع: الموضع الاول: في أنه لا اشكال في لزوم التطابق بين الايجاب والقبول كما سبق فلو باع المالك داره من زيد الذي تصدى للقبول وزيد قبل البيع لموكله لا يصح

العقد فان العقد عبارة عن مجموع الايجاب والقبول والمفروض عدم تعلق القبول بالايجاب وهذا واضح ظاهر.

الموضع الثاني: انه لو وقع الخلاف والنزاع بين البايع والمشتري فادعى المشتري بأنه اشترى لموكله وادعى البايع انه اشترى لنفسه يكون القول قول البايع لكونه موافقاً مع الظاهر وعلى المشتري اقامة البينة لكن لو كان العقد للموكل صحيحاً لايتوقف على اقامة دليل عليه في مقام ايقاع العقد.

وبعبارة اخرى: اذا كان امراً متعارضاً خارجاً فلا مجال للظهور المدعى ولا يكون قول من يدعي انه اشترى لموكله مخالفاً للظاهر فلا تغفل.

الموضع الثالث: انه هل يجوز المعاقدة مع المخاطب الوكيل عن الغير أو يلزم أن يذكر الموكل؟ الظاهر ان ما أفاده الماتن من التفصيل متين ففي كل مورد صدق العنوان على الوكيل كعنوان المشتري أو البايع أو الموجر والمستأجر وأمثالها يجوز وفي كل مورد لا يصدق العنوان كعنوان الزوج ونحوه لايجوز.

والوجه في عدم الجواز ان مثل هذا الاستعمال يكون غلطاً في نظر العرف مثلاً لو قالت المرأة لوكيل الزوجزوجتك نفسي وأرادت من حرف الخطاب موكله يكون الاستعمال غلطاً الا أن يقال ما الدليل على بطلان العقد اذا كان غلطاً فاذا أقامت قرينة على ان مرادها من حرف الخطاب الموكل لباً فما الدليل على بطلان العقد.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشارة الى أن المنافاة موجودة اذ لو كان الغالب كذلك فلا بد من سماع دعواه هذا وجه الامر بالتأمل.

واكن يمكن أن يقال انه لا تنافي بين الامرين فان الظهور الاطلاقي يقتضي أن يكون العقد للطرفين والخروج عن الروية الكذائية يحتاج الى بيان نعم الظاهر ان التنافي موجود فانه لو كان الغالب وقوع المعاملة للموكل بل ولو لم يكن غالباً بل يقع كثيراً لا مجال لدعوى الظهور فلاحظ.

«قوله قدس سره: ومن شرائط المتعاقدين الاختيار»

المسئلة السابقة كانت متكفلة للزوم القصد وفي المقام اشتراط القصد أمر مفروغ عنه انما الكلام في اشتراط كون القصد ناشئاً عن طيب النفس لاعن الاكراه

«قوله قدس سره: لا الاختيار في مقابل الجبر»

الحركة الجبرية كحركة يد المرتعش وهذا خارج عن محل الكلام وما يمكن أن يستدل به على بطلان العقد الاكراهي امور: الامر الاول: الاجماع. وحال الاجماع في الاشكال ظاهر.

الامر الثاني: قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» فان المستفاد من الاية الشريفة عدم جواز تملك مال الغير الا بسبب التجارة عن تراض فلا أثر للبيع الاكراهي.

وببيان آخر: ان الاستثناء الواقع في الاية اما متصل أو منقطع وعلى كلا التقديرين يدل على حصر جواز تملك مال الغير في التجارة عن تراض أما على الاول فظاهر فان مرجعه الى النهي عن كل اكل بأي سبب الا ان يكون تجارة عن تراض وأما على الثاني فالنهي عن الاكل بالباطل وتجويز الاكل بالتجارة عن تراض ولا وجه للحصر لكن حيث ان المولى في مقام البيان وجعل الضابط الكلي يفهم أن الجواز منحصر في التجارة عن تراض.

وان شئت قلت: لا اشكال في أن العرف يفهم من ظاهر الكلام حصر جواز الاكل فيها والظواهر حجة.

الامر الثالث: قوله صلى الله عليه وآله فانه لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه<sup>١</sup> بتقريب ان تملك مال الغير تصرف فيه ولا يجوز الا مع طيب نفسه والمفروض عدمه.

واكن التقريب المذكور يتوقف على شمول الحديث للتصرف الاعتباري مضافاً الى التصرف الخارجي والظاهر من الحديث التصرف الخارجي فلا يرتبط الحديث بالمقام. وان شئت قلت: الظاهر من الرواية بحسب الفهم العرفي بيان الحكم التكليفي لا الاعم منه ومن الوضعي فلاحظ.

الامر الرابع: حديث الرفع لاحظ ماروي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعقاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا<sup>٢</sup>.

فان مقتضى اطلاق الحديث عدم اختصاص الرفع بخصوص الاحكام التكليفيه بل مقتضاه رفع الاحكام الوضعيه عند الاكراه فالعقد الاكراهي لا يترتب عليه الاثر المرغوب فيه مضافاً الى أن المدعى يستفاد من تطبيق الامام عليه السلام الحديث على مورد الاكراه على الامر الوضعي وحكمه بعدم ترتب الاثر عليه لاحظ الحديث الذي مر آنفاً فان الامام عليه السلام حكم بعدم لزوم شيء على المكره بالفتح مستشهداً بقول رسول الله صلى الله عليه وآله حيث قال «وضع عن امتي ما اكرهوا عليه».

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٥٣ و ٥٤.

(٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الايمان الحديث ١٢.

### «قوله قدس سره: وظاهره وان كان رفع المؤاخذه»

ليس الامر كذلك ولا يكون قوله صلى الله عليه وآله ظاهراً في رفع المؤاخذه والذي يدل على المدعى انه نسأل ونقول: البيع الاكراهي أو الطلاق الاكراهي هل يكون مشمولاً لحديث الرفع أم لا أما على الاول فنقول: لا مؤاخذه على البيع كي ترفع بالاكره وايضاً لا مؤاخذه في الطلاق كي ترفع بالاكره وأما على الثاني فلا اظن ان القائل برفع المؤاخذه يلتزم بهذا اللزوم الفاسد. والحاصل: ان الحديث يشمل هذه الموارد ومقتضاه رفع الاثار المترتبة على الفعل حين تعنونه بأحد العناوين المذكورة في الحديث.

### «قوله قدس سره: مضافاً الى الاخبار»

منها مارواه عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول لا يجوز طلاق في استكراه ولا تجوز يمين في قطعية رحم الي أن قال: وإنما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضرار. الحديث<sup>١</sup>.

### «قوله قدس سره: مع ما توهمه»

لم يظهر لي المراد من المتوهم فان الشيخ قدس سره في مقام دفع التوهم المذكور عن الشهيد وأضرابه فمن المتوهم ولم يشر في عبارته سابقاً الى المتوهم والله العالم.

### «قوله قدس سره: فيمن طلق مداراة بأهله»

لاحظ مارواه منصور بن يونس قال سألت العبد الصالح عليه السلام وهو بالعريض فقلت له جعلت فداك انني تزوجت امرأة وكانت تحبني فتزوجت عليها ابنة خالي وقد كان لي من المرأة ولد فرجعت الى بغداد فطلقتها واحدة ثم راجعتها ثم طلقتها

(١) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث ٤.

الثانية ثم راجعتها ثم خرجت من عندها أريد سفري هذا حتى اذا كنت بالكوفة اردت النظر الى ابنة خالي فقالت اختي وخالتي: لا تنظر اليها والله ابدا حتى تطلق فلانة فقلت: ويحكم والله مالي الى طلاقها من سبيل فقال لي هو ما شأنك ليس لك الى طلاقها من سبيل فقلت: انه كانت لي منها ابنة وكانت ببغداد وكانت هذه بالكوفة وخرجت من عندها قبل ذلك بأربع فابوا عليّ الا تطليقها ثلاثاً ولا والله جعلت فداك ما اردت الله ولا اردت الا ان داريهم عن نفسي وقد أمتلاء قلبي من ذلك فمكث طويلاً مطرقاً ثم رفع رأسه وهو مبتسم فقال: أما بينك وبين الله فليس بشيء ولكن ان قدموك الى السلطان ابانها منك<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير»

وفي المقام فروع الفرع الاول: انه هل يلزم وهل يشترط في صدق الاكراه وجود شخص يكره غيره على أمر أو يكفي في صدق الاكراه اعتقاد المكره بالفتح بوجود مكره وحامل؟ الظاهر انه لا يصدق الاكراه مع عدم وجود حامل ومكره فان اللفاظ موضوعة للمعاني الواقعية ومع عدم المكره بالكسر واقعاً لا يكون الاكراه متحققاً، بل يتخيل الاكراه وعليه لو باع داره بثوهم الاكراه لا يشمل بيعه حديث الرفع لعدم تحقق موضوعه ولكن مع ذلك يكون بيعه باطلا لعدم صدور التجارة عن الرضا وطيب النفس.

لكن لازم هذه المقالة ان البيع الاكراهي باطل على طبق القاعدة الاولى ولو مع فرض عدم حديث الرفع اذ لو قلنا ان الاكراه يضاد طيب النفس ومن ناحية اخرى قلنا: ان المستفاد من آية تجارة عن تراض اشتراط التجارة بطيب النفس لا يكون العقد الذي ناش

عن عدم طيب النفس صحيحاً فلاحظ.

الفرع الثاني: انه هل يصدق الاكراه فيما لا يخاف المكره بالفتح من الضرر المتوجه اليه من ناحية المكره بالكسر لكن يتوجه اليه في ظرف التغلف عن أمر المكره من ناحية بعض من يتعلق به كابنه مثلاً؟ الظاهر انه يصدق الاكراه فلو أمر الامير شخصاً ببيع داره والمأمور يعلم بأنه لو لم يبيع داره يضربه ابن الامير يكون يبيعه داره في الفرض المذكور اكرهياً وباطلاً نعم لابد من صدق الاكراه ولا يبعد انه يلزم في صدقه تحقق الوعيد غاية الامر يكفي في صدقه تحقق الوعيد ولو من بعض متعلقي المكره بالكسر فلاحظ.

الفرع الثالث: انه هل يشترط في صدق الاكراه العلم أو الظن يترتب الضرر المتوعد عليه أم يكفي الاحتمال؟ الحق انه يصدق عنوان الاكراه ولو مع الاحتمال فقط وهذا العرف ببابك نعم يلزم في صدقه الاحتمال العقلائي وأما مجرد الاحتمال الموهوم فلا اثر له اذ معناه ان الاطمينان حاصل بخلافه.

الفرع الرابع: انه هل يشترط في صدق الاكراه أن لا يكون الضرر المتوجه بالوعيد بحق كما لو اكرهه على بيع داره وأوعده في صورة ترك البيع بقتل ولده قصاصاً أو بالتزويج ثانياً وثالثاً؟ الذي يختلج بالبال انه يصدق الاكراه ومجرد كون المتوعد به حقاً لا يقتضي عدم صدق عنوان الاكراه والعرف ببابك.

وأفاد سيدنا الاستاد قدس سره في المقام: ان الدليل منصرف عن صورة كون المتوعد به حقاً مضافاً الى أن رفع الاكراه حكم امتناني وشموله للمقام خلاف الامتنان.



ويرد عليه: انه لا وجه للانصراف وأما كون شمول الدليل خلاف الامتنان فيرد عليه اولاً: انه لا دليل على كون القاعدة امتنانية بالنسبة الى المكلف بل امتنانية بالنسبة الى النبي الاكرم صلى الله عليه وآله حيث قال صلى الله عليه وآله «رفع عن امتي» فان المنة عليه صلى الله عليه وآله تقتضي أن يسهل على امته.

وثانياً: انه يصدق الامتنان بالنسبة الى من يحكم على عقده بعدم الصحة ولا يلزم أن يكون امتنانياً بالنسبة الى جميع الاطراف. الفرع الخامس: انه لو لم يكن الايعاد من الغير ولكن يعلم المكلف بأنه لو لم يعقد العقد الفلاني يصير كذا مثلاً يعلم بأنه لو لم يبيع داره يقع معرضاً لخطر مهم مثلاً يعلم بأنه يقتل ولده أو يهتك عرضه فهل يصدق الاكراه أم لا؟ الظاهر هو الثاني فان مثله لا يصدق عليه عنوان الاكراه بل يصدق عليه عنوان الاضطرار. فلاحظ.

الفرع السادس: انه هل يعتبر في صدق الاكراه عدم امكان التفصي ولو بالتورية أم لا؟ الظاهر انه مع امكان التفصي ولو بالتورية لا يصدق عنوان الاكراه.

الفرع السابع: لو اكرهه المسكره على الجامع بين أمرين أو أمور كما له اكرهه على شرب احد ما يعين نجسين بالكلام يقع في موضعين الموضع الاول: الاكراه على الجامع بين الافراد العرضية كالمثال الذي ذكرناه آنفاً.

الموضع الثاني: ماله اكرهه على الجامع بين الافراد الطولية كما لو اكرهه على شرب كأس من خمر مخيراً من الظهر الى الغروب أو اكرهه على بيع داره من الظهر الى الغروب فنقول: أما الموضع الاول فلا اشكال في تحقق الاكراه لكن للمسألة صور متعددة. ولا بد من العمل في كل صورة على طبق القاعدة فلو اكرهه على

الجامع بين محرمين فعلى تقدير التساوي بين الامرين في المغبوضية يكون المكروه بالفتح مخيراً بين الامرين وعلى تقدير كون احدهما اشد حرمة لا بد من اختيار الاقل كما انه لو اكراه على الجامع بين الحرام والحلال لا بد من اختيار الحلال وقس على ما ذكرنا بقية الصور وتطبيق القاعدة على كل صورة.

وأما الموضع الثاني فالظاهر عدم تحقق الاكراه وعدم جواز البدار والعرف ببابك فانه لو شرب الخمر في أول الظهر أو باع داره في أول الظهر لا يصدق ان شربه اكراهي وكذلك لا يصدق انه باع داره بالاكراه فيكون بيعه صحيحاً ويكون شربه حراماً.

الفرع الثامن: انه لو اكراه الجائر احد شخصين على فعل واحد فقد يكرههما على فعل محرم واخرى يكرههما على عقد واحد فالكلام يقع في مقامين.

المقام الاول: مالمو اكراه الجائر احد شخصين على محرم كشرب الخمر مثلاً فلو علم احدهما أو اطمئن ان الآخر لا يرتكب الحرام يجوز له الارتكاب لصدق الاكراه الموضوع لرفع الحرمة وأما لو احتمل أو ظن بأن الآخر يفعل فله يجوز الاتيان ام لا؟ الظاهر انه يجوز لصدق الخوف. المقتضي لصدق الاكراه نعم ان علم أو اطمئن بأن الآخر يرتكب المحرم لايجوز الارتكاب اذ مع فرض ارتكاب الآخر لا يصدق عنوان الاكراه المقتضي للجواز.

وأما المقام الثاني فالظاهر انه كذلك. وبعبارة اخرى ما ذكرناه في المقام الاول يجري في المقام الثاني بلافرق بينهما.

الفرع التاسع: لو اكراه على التوكيل في طلاق زوجته فوكل شخصاً لان يطلقها لا يكون التوكيل صحيحاً اذ فرض ان التوكيل اكراهي ولا يترتب اثر على طلاق الوكيل فان المفروض انه غير

مستند الى الزوج فلا يكون صحيحاً.

الفرع العاشر: انه لو اكره المالك غيره في بيع داره فهل يكون البيع الاكراهي الصادر عن الوكيل المكروه صحيحاً ام لا؟ قال سيدنا الاستاذ قدس سره: يصح البيع اذ المفروض ان المالك راض بالعقد ولا مجال لتوهم فساد عقد الوكيل بحديث الرفع ضرورة انه لا يترتب اثر على الفعل المكروه عليه بالاضافة الى المكروه وأما بالنسبة الى المالك فالمفروض انه راض بالعقد مضافاً الى أن شمول الحديث للمقام خلاف الامتنان» هذا مفاد كلامه.

ويرد عليه ان العقد الصادر عن المكروه كالعدم والمفروض ان العقد أي الانشاء لازم في كل معاملة فاذا فرض انه كالعدم كما هو المفروض يكون العقد باطلاً.

وأما كون شمول الحديث للمقام خلاف الامتنان فيرد عليه اولاً: انه قد سبق منا ان الامتنان يمكن أن يكون من الله على نبيه لا المنة على الامة. وثانياً: انه نفرض ان الامتنان بلحاظ الامة لكن لا بد أن يلاحظ الرفع بالنسبة الى من يشمل الحديث ومن الظاهر ان فساد عمل المكروه بالفتح امتنان بالنسبة اليه.

«قوله قدس سره: بعيد جداً»

لا بعد فيه بل لا بد منه فان ترتب الاحكام على الموضوعات متوقفة على تحقق تلك الموضوعات في الخارج.

«قوله قدس سره: بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد»

الظاهر ان الامر ليس كما أفاده وصفوة القول: انه لو قلنا بأن الاكراه لا يتحقق ولا يصدق الا مع عدم امكان التورية وعدم امكان التفصي بنحو من الانحاء لا يتحقق المفهوم الا في الفرض

المذكور وان كان الفرض نادراً واكل قليل في الخارج. وان شئت قلت: بعض الموضوعات الشرعية أمر قليل الوجود ويندر تحققه في الخارج فلا مجال لان يقال ان حمل الدليل عليه بعيد فان حمله عليه لازم وضروري على طبق القاعدة الاولى وحمله على غير ذلك المورد على خلاف القاعدة.

«قوله قدس سره: مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام» الامر ليس كذلك فانه مع امكان التخلص ولو بالتورية يمنع عن صدق الاكراه فلا حظ.

«قوله قدس سره: وربما يستظهر من بعض الاخبار»

لاحظ مارواه عبدالله بن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام لا يمين في غضب ولا في قطعية رحم ولا في جبر ولا في اكراه قال: قلت أصلحك الله فما فرق بين الجبر والاكراه قال: الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء<sup>١</sup>.

ويمكن أن يكون في دعواه الظهور ناظراً الى مقابلة الاكراه مع الاجبار فانه يستفاد من المقابلة انه لا اجبار في الاكراه ويتحقق الاكراه في مورد عدم الاجبار فلا يلزم عدم امكان التفصي.

وفيه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً فلا يكون قابلاً للاستناد وثانياً: ان المستفاد من الحديث ان الاجبار من السلطان فانه قادر عليه ولا يدل على أن الاكراه يتحقق ولو مع امكان التفصي فالميزان في رفع الاثر تحقق عنوان الاكراه ولا يتحقق عنوان الاكراه مع امكان التفصي فلا حظ.

## «قوله قدس سره: قضية عمار»

لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام ان الناس يروون ان علياً عليه السلام قال على منبر الكوفة: ايتمها الناس انكم ستدعون الى سبي فسيبوني ثم تدعون الى البراءة مني فلا تبرؤوا مني فقال ما اكثر ما يكذب الناس على علي عليه السلام ثم قال انما قال: انكم ستدعون الى سبي فسيبوني ثم تدعون الى البراءة مني وانتي لعلي دين محمد صلى الله عليه وآله ولم يقل ولا تبرؤوا مني فقال له السائل: رأيت ان اختار القتل دون البراءة فقال والله ما ذلك عليه وماله الا ما مضى عليه عمار بن ياسر حيث اكرهه أهل مكة وقلبه مطمئن بالايمان فأنزل الله عزوجل فيه «الا من اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان» فقال له النبي صلى الله عليه وآله عندها يا عمار ان عادوا فعد فقد أنزل الله عذرك وأمرك أن تعود ان عادوا.

## «قوله قدس سره: باعتبار شفقتة على عمار»

يمكن أن يكون الوجه في عدم الإشارة أن التورية في مثل قضية عمار لا أثر لها فان مجرد التكلم المشعر على التبريء حرام وجسارة فلا فرق بين التورية وغيرها.

## «قوله قدس سره: وهذا المعنى يصدق مع امكان التورية»

لا أدري ما يقول ولا افهم مقصده والذي افهم انه لا فرق بين التورية وغيرها فكما ان غيرها يوجب عدم صدق الاكراه كذلك التورية اذا امكنت تكون مانعة عن صدق الاكراه.

## «قوله قدس سره: فافهم»

لعله إشارة الى ما ذكرنا من الاشكال فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالظاهر صدق الاكراه»

بل الظاهر خلافه فانه مع امكان دفع المكره كيف يصدق عليه انه مكره بالفتح فان الاكراه لا يتحقق الا مع الالجاء والمفروض انه ليس ملجأً.

«قوله قدس سره: لكن الداعي على اعتبار ما ذكرنا»

كأن المصنف في مقام بيان ان الوجه في اشتراط طيب النفس في المعاملات الاية الشريفة لا حديث الرفع وما أفاده غريب اذ الماتن بنفسه قد استدل على اشتراط القصد بالاختيار بحديث الرفع مضافاً الى أنه كيف يمكن أن لا يستدل بالحديث والحال انه لا اشكال في أنه يستفاد من الحديث اشتراط العقد والايقاع بعدم الاكراه.

«قوله قدس سره: العموم من وجه»

قد يتحقق الاكراه مع طيب النفس كما لو اكرهه على شرب الخمر وهو مايل الى شربه وقد يتحقق عدم الطيب ولا اكراه وربما يجتمعان وهو كثير.

«قوله قدس سره: لم يقع باطلا»

كيف لا يكون باطلا مع ان الاكراه يرفع الاثر المرغوب فيه وعلى الجملة: ان الاكراه يرفع الاثر وان كان الاكراه على الحق نعم اذا كان الاجبار من ولي الامر لا يرتفع الاثر اذ يلزم الخلف لكن يمكن أن يقال: ان الحاكم ولي الممتنع ففي فرض الامتناع يتصدى الحاكم بنفسه وأما اكراه الغير فلا أثر له وأما في غيره فلا مثلاً اداء الحق اذا كان بتشخيص الكلّي في فرد منه على نحو الاكراه لا يتشخص فان التشخيص لا بد أن يكون صادراً عن بيده

الامر ومع الاكراه يكون لغواً فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الماتن في أمره بالتأمل ناظر الى منع جريان الاصل العقلائي في صورة الاكراه ويمكن أن يكون ناظراً الى أن تحقق القصد مع الاكراه لا أثر له.

«قوله قدس سره: فرع ولو أكرهه على بيع واحد غير معين...»

إذا كان المراد ان البيع يقع على عنوان احدهما يكون الاكره على أمر غير مشروع فلو باع كليهما أو باع احدهما المعين أو نصف احدهما يكون العقد صحيحاً لانه غير مكروه عليه وأما ان كان المراد من العبارة ان الاكراه تعلق بواحد بحيث يكره أن يختار احدهما ويسعه كما هو ليس ببعيد فلو باع كليهما يكون العقد صحيحاً لعدم تعلق الاكراه به.

وبعبارة اخرى: لا يصدق عنوان الاكراه على المجموع فلا بد من الالتزام بالصحة وأما لو باع احدهما المعين بعنوان انه مكروه عليه يكون باطلاً للاكراه فلو باع الفرد الثاني يكون صحيحاً لعدم تعلق الاكراه به وأما لو باع نصف احدهما فان كان اكراه المكروه بالكسر يشمله أي كان امره بالبيع مطلقاً بحيث كان المكروه بالفتح مختاراً في بيع عبد من عبيدين دفعة أو تدريجاً وكان بيع النصف من باب العمل بأمر المكروه يكون بيعه فاسداً لانه وقع مكروهاً عليه.

«قوله قدس سره: مع احتمال الرجوع اليه»

لا مجال لهذا التقريب اذ بعد البيع الاول لا موضوع للاكراه وان شئت قلت: البيع الاول أما يقع بعنوان انه مكروه عليه وأما يقع بالرضا والاختيار وعلى كل تقدير يكون البيع الثاني صحيحاً أما

على الاول فظاهر اذ المفروض انه ليس مصداقاً للمكره عليه وأما على الثاني فلانه بعد وقوع البيع الاول لا اكراه من قبل المكره فلا يكون البيع الثاني اكراهياً فيكون صحيحاً.

«قوله قدس سره: نظر»

لعله قدس سره ناظر الى أن المقام داخل في كلى ما لا يعلم الا من قبله فقوله حجة و من ناحية اخرى ان الظاهر ان بيعه باختياره وارادته.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان الاكراه اذا كان شاملاً لبيع النصف يكون الظاهر ان بيعه اكراهي فيكون باطلا والله العالم.

بقي شيء وهو انه لو باع احدهما لا على التعيين فهل يمكن تعيينه بالقرعة أم لا؟ الظاهر هو الثاني فانه ليس في ادلة القرعة ما يمكن أن يستدل به على جريان القرعة في كل مورد حتى فيما لا واقع له كالمثال الذي تقدم ذكره وعليه يكون بيع احدهما لا على نحو التعيين باطلا.

وبعبارة اخرى: اجراء القرعة فيما لا واقع له أمره على خلاف القاعدة الاولى ويحتاج الى دليل شرعي والظاهر انه لا يكون في نصوص القرعة ما يشمل باطلاقه أو عمومه كل مورد لا يكون له واقع نعم قد وردت في نصوصها ما يختص بجملة من الموارد الخاصة وتفصيل الكلام موكول الى بحث القرعة.

«قوله قدس سره: بقي الكلام فيما وعدنا ذكره»

قد تعرض الشيخ قدس سره: لجملة من الفروع وينبغي التعرض لكل واحد منها مستقلاً وذكر ما يكون قابلاً للاستناد اليه الفرع الاول: انه لو اكراه على الطلاق فطلق ناوياً للطلاق مع قدرته على



التفصي بالتورية أو بعدم القصد فعن المسالك احتمال كون الطلاق في هذه الصورة باطلاً.

وما أفاده الشهيد تام اذ كل عقد وايقاع مركب من الاعتبار النفساني وابرار ذلك الاعتبار بمبرز خارجي من قول أو فعل هذا من ناحية ومن ناحية اخرى المستفاد من دليل الرفع ان ما يصدر عن المكلف بالاكره لغو وكالعدم فالانشاء الصادر عن اكره بلا أثر فيكون الطلاق فاسداً فعلى هذا الاساس كل عقد أو ايقاع يكون اكرهياً يكون فاسداً بأي نحو يقع اذ الابرار الاكره في حكم عدم الابرار والعقد أو الايقاع اذا لم يكن مع المبرز لا أثر له وهذا جار في جميع العقود والايقاعات فليكن هذا في ذهنك لعله ينفعك فيما يأتي من المباحث.

الفرع الثاني: أن يكون الطلاق الناشي من الاختيار مقترناً بالاكره ولا اشكال في صحته اذ المفروض انه لا يكون اكرهياً بل يقارن مع الاكره ولا اثر للتقارن.

الفرع الثالث: أن يكون الاكره جزء للسبب والجزء الاخر الرضا أفاد سيدنا الاستاد قدس سره بأن الطلاق في هذه الصورة باطل لعدم صدور الطلاق عن الارادة والرضا.

ويرد عليه انه لو لم يصدق عليه انه اكره فيكون وجه لفساده اذ المفروض انه صدر عن اختياره وارادته ولا مقتضي لازيد من هذا المقدار.

الفرع الرابع: أن يكون كل من الرضا والاكره علة تامة بحيث يكون كل واحد منهما مقتضياً لتحقيق الطلاق والحق في هذا الصورة صحة الطلاق.

وربما يقال: كما عن الميرزا النائيني بأن المفروض توارد علتين على معلول واحد ومع التعدد لا يؤثر كل منهما في معلول واحد فالمعلول منسوب اليهما.

وأجاب سيدنا الاستاد عن الاشكال بأن المقام داخل في تعارض المقتضى وما لا اقتضاء له فان الاكراه لا يقتضي الفساد بل لا اقتضاء له وأما الرضا فهو يقتضي الصحة فالتأثير لمقتضي الصحة فلا وجه للبطلان.

وهذا الجواب لا يكون جواباً للميرزا اذ هو لا يدعي ان الاكراه يقتضى الفساد بل يدعي ان العقد مركب من سببين الرضا والاكراه فلا استقلال لاحدهما.

والحق في الجواب أن يقال: ان كل عقد أو ايقاع يكون صادراً عن الارادة والاختيار يكون صحيحاً الا أن يكون اكراهياً والمفروض ان المقام لا يكون داخلاً تحت الايقاع الاكراهي فيصح.

الفرع الخامس أن يكون الاكراه سبباً لتوطين النفس على الطلاق بأن يخيّل المكره بالفتح ان الحذر والفرار عن المكره بالكسر لا يتحقق الا بتحقيق الطلاق حقيقة فيقصد الطلاق. وان شئت قلت: الاكراه سبب للقصد الى الطلاق حقيقة فيكون الاكراه أسبق علل الطلاق.

والحق في هذه الصورة هو البطلان لانه يصدق انه اكراهي فيكون باطلاً الا أن يقال: ان الحكم تابع للموضوع الواقعي لا للموضوع الخيالي والمفروض ان المطلق تخيل انه مكره فقصد الطلاق حقيقة فلا وجه للبطلان، لكن لقائل أن يقول: انه لا اشكال في أن تصديه للطلاق اكراهي فيكون باطلاً فلا حظ.

«قوله قدس سره: ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله صح»

قد وقع الخلاف بين الاصحاب في أن المكره اذا رضى بما فعله هل يقتضي صحة ما صدر عنه أم لا؟ وقد ذكر في تقرير عدم التأثير وجوه: الوجه الاول: ان الرضا بالعقد مأخوذ في مفهوم العقد فاذا لم يكن الرضا متحققاً لم يتحقق عقد كي يصح أو لا يصح. وأورد فيه بأنه لا شاهد على هذه الدعوى مضافاً الى أنه يلزم أن لا يصح العقد الفضولي بالاجازة وايضاً يلزم أن لا يصح العقد الاكراهي فيما يكون الاكراه بحق.

ولا يخفى ان العمدۃ الاشكال الاول وأما كون الاجازة في الفضولي موجباً للصحة فهو مستفاد من النص كما نتعرض له انشاء الله تعالى وأما الاكراه بحق فلا ندري المراد منه فان الحاكم الشرعي ولي الامر ومع امتناع من عليه الحق يتصدي بنفسه للعقد ولا تصل النوبة الى الاكراه.

وبعبارة اخرى: لا يتحقق الاكراه الا بالتوعيد وهل يجوز للحاكم أن يوعد الممتنع عن العقد بالضرب وأمثاله وان شئت قلت: الحاكم ولي الممتنع فاذا لم يمتنع فلا موضوع للاكراه كما هو واضح وأما مع الامتناع فوظيفة الحاكم التصدي للامر بنفسه فلا مجال للاكراه. الوجه الثاني: ان الرضا المقارن مع العقد مأخوذ في صحته والمفروض عدمه فلا يصح ولو مع الرضا المتأخر. وقال سيدنا الاستاد قدس سره في هذا المقام: ان الرضا متحقق غاية الامر نلتزم بالصحة من حين تحقق الرضا.

ويرد عليه ان المستفاد من قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» انه يشترط في جواز تملك مال الغير تحقق التجارة التي

تكون ناشية عن الرضا ومن الواضح ان البيع الاكراهي لا يكون كذلك فيكون باطلا والشيء لا ينقلب عما هو عليه وهذا التقريب تام فان المستفاد بحسب الفهم العرفي انه لا بد في تملك مال الغير من التجارة الناشية عن تراض والمفروض ان هذا المعنى غير متحقق في عقد المكره.

ولا اشكال في أنه يستفاد الحصر من الاية بلا فرق بين كون الاستثناء متصلاً أو منقطعاً أما على الاول فظاهر وأما على الثاني فلان المولى في مقام بيان الضابط الكلي فمقتضى الاطلاق المقامي الحصر.

ولسيدنا الاستاد قدس سره كلام في المقام وهو: ان العقد بالمعنى المصدري وان تحقق سابقاً وانعدم ولم يكن ناشياً عن الرضا ولكن بمعنى اسم المصدر يكون باقياً ويكون ناشياً عن الرضا. وما أفاده من غرائب الكلام اذ يرد عليه اولاً: انه كيف يمكن أن يكون المصدر فانياً وزائلاً واسم المصدر يكون باقياً فان اسم المصدر تابع للمصدر حدوثاً وبقاءً و ثانياً: انه لو سلمنا بقائه لكن لا يكون متعدداً بحيث يكون في كل زمان تجارة غير ما تحقق سابقاً كي يكون ناشياً عن الرضا.

الوجه الثالث: حديث الرفع فانه يقتضي فساد العقد الاكراهي ومقتضى اطلاق الحديث عدم ترتب الاثر على الرضا المتأخر وعلى الجملة: مقتضى حديث الرفع ان العقد الاكراهي وجوده كالعدم وعليه لا مجال لان يصح بعد ذلك.

وقال سيدنا الاستاد: ان مقتضى حديث الرفع ان العقد مادام يكون اكراهياً لا يكون مؤثراً وأما بعد تبدل اكراهه بالرضا فلا

وجه للفساد بل القاعدة تقتضي الصحة مضافاً الى أن حديث الرفع متعرض لحكم امتناني ومن الظاهر ان رفع الاثر ماسدام وجود الكراهة موافق للامتنان وأما الحكم بالفساد بعد تبدل الكراهة بالرضا فيكون خلاف الامتنان فلا بد في الالتزام بالفساد من الاقتصار بمقدار يكون الكراهة موجودة وأما بعد رفع الكراهة فيلزم الحكم بالصحة لان رفع الاثر بعد ارتفاع الكراهة خلاف الامتنان.

ويرد عليه أن المفروض ان ما تحقق وصدر عن المكره عقد واحد وايضاً المفروض كونه اكراهياً ومن ناحية اخرى الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه فكيف يمكن الحكم بالصحة مع كون الصادر اكراهياً وان شئت قلت: يمكن للمكره أن يعقد عقداً جديداً مقارنة للرضا وأما العقد الصادر عن الاكراه فلا يمكن أن يصير عقداً مقارنة للرضا فلاحظ.

**«قوله قدس سره: اللازم منه عدم كون عقد الفضولي»**

عقد الفضولي لا يكون ملازماً مع عدم رضى المالك بل اللازم في عقد الفضولي عدم انتساب العقد الى المالك فلا تغفل.

**«قوله قدس سره: ويؤيده فحوى صحة عقد الفضولي»**

قياس المقام بعقد الفضولي مع الفارق فان العقد الفضولي غير منتسب الى المالك و بالاجارة ينتسب اليه فكأنه يعقد حين الاجازة وفي المقام العقد صادر عن نفس المالك فما لانتساب اليه مفروض مضافاً الى الاشكال في العقد الفضولي وتعرض له انشاء الله تعالى عن قريب نعم العقد الفضولي يصح بالاجارة اللاحقة بمقتضى النص الخاص ولكن لا يستفاد من تلك الرواية حكم المقام لا بالفحوى ولا بغير الفحوى.

«قوله قدس سره: ولا حصر»

قد ظهر مما تقدم انه يستفاد الحصر من الاية الشريفة بالتقريب الذي ذكرناه فراجع.

«قوله قدس سره: وهذا حق له لا عليه»

نعم هذا حق له ولكن مقتضي لاحقاق هذا الحق وان شئت قلت: ثبوت هذا الحق يحتاج الى الدليل في مقام الاثبات ولا دليل عليه بل الدليل قائم على خلافه اذ قد ذكرنا ان مقتضى اطلاق حديث الرفع فساد العقد الاكراهي حتى بعد الرضا. وبعبارة واضحة: العقد الصادر عن اكراه لا أثر له والمفروض عدم تحقق عقد جديد فلا حفظ.

«قوله قدس سره: نعم قد يلزم الطرف الاخر»

لاوجه لهذا الالتزام أصلاً أما على مسلكتنا من عدم ترتب الصحة على الرضا اللاحق فظاهر وأما على القول الاخر وهو تحقق الصحة بالرضا المتأخر فلان المستفاد من دليل وجوب الوفاء للزوم الوضعي واللزوم فرع الصحة والمفروض ان العقد الاكراهي قبل تعلق الرضا به لا يكون صحيحاً فلا مجال لان يقال ان العقد يلزم من الطرف الاخر فلا حفظ.

«قوله قدس سره: ثم ان ما ذكرنا واضح على القول بكون

الرضا ناقلاً»

اذ قبل الرضا لا يكون الطرف مالاً فلامؤاخذه ولا الزام بالنسبة الى المكروه بالفتح.

«قوله قدس سره: بعد التأمل»

اذ لا اشكال في أن الملكية للطرف تتوقف على الرضا المتأخر

ولو على القول بالنقل فلا فرق بين النقل والكشف من هذه الجهة.

«قوله قدس سره: لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض»

الحق انه لا موضوع لهذه المقالة ولا مجال لها فان السببية لا تتصور في الاحكام الشرعية بل الصحيح فيها الحكم والموضوع والمفروض ان الشارع الاقدس لم يرتب حكمه على العقد الاكراهي على الاطلاق فلا يبقى مجال للرضا المتأخر ولا اثر له.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله اشارة الى أن الشارع يمكنه سلب الاثر الناقص ايضا فكما انه يمكنه أن ينفي الاثر التام ويقول لا يكون البيع الاكراهي سبباً مستقلاً كذلك يمكنه أن يقول العقد الاكراهي لا يكون جزءاً للسبب أو يكون اشارة الى ما ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: كما سجيىء فى مسألة الفضولي»

لا مجال لان يستفاد حكم المقام من مسألة الفضولي فان الانتساب الى المالك متحقق من اول الامر في المقام وأما في مسألة الفضولي فلا انتساب الى المالك قبل الاجارة فلا جامع بين المقامين.

«قوله قدس سره: وربما يدعى ان مقتضى الاصل هنا وفى

الفضولي هو الكشف»

هذه الدعوى تامة فان الاجازة والرضا قابلتان لان تتعلقا بالمتقدم فاذا فرض ان المجاز متحقق من السابق فالاجازة تابعة له فالكشف على طبق القاعدة .

«قوله قدس سره: وفيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من

حينه بل نفس النقل»

اقول: لا يمكن مساعدته فان الاهمال غير معقول في الواقع

فلا بد من اليقين بنحو من الانحاء والظاهر ان النقل يتحقق من حين الانشاء ومن حين العقد وان شئت قلت: العقود تابعة للقصد والامضاء الشرعي تابع لما قصد والا يلزم ان ما قصده لم يقع وما وقع لم يقصد وحيث ان الانشاء من حين العقد فالامضاء الشرعي يمضيه من ذلك الزمان ايضاً.

«قوله قدس سره: ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول» مقتضى القاعدة ان الملكية تحصل من زمان الايجاب لكن يمكن أن يقوم دليل على حصول الملكية من زمان القبول أو من زمان القبض

«قوله قدس سره: ولا معنى لتخلف زمانه»

لا اشكال في عدم التخلف ولكن حكم الشارع على طبق الرضا المتأخر والمفروض ان الرضا يتعلق بالامر المتقدم فالملكية الشرعية تتحقق من زمان العقد فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلاحظ مقتضى فسخ العقد»

القياس مع الفارق فان الفسخ حل العقد من الحين لكن الاجازة اثبات العقد من ذلك الزمان فلامجال لقياس احد المقامين بالمقام الاخر.

«قوله قدس سره: ثم على القول بالكشف هل الطرف»

قد تقدم منا تحقيق هذا الامر وقلنا لا اشكال في أنه يجوز له رفع اليد والتعبير بالفسخ مسامحي.

«قوله قدس سره: من اللزوم»

بل من الصحة فان اللزوم فرع الصحة وبيع الفضولي قبل الاجازة

غير صحيح.



«قوله قدس سره: لعله فى غير محله»

كأنه اعترض عليه بأنه اذا كان عقد الفضولى لفقدانه الشرط فاسداً فكيف يتوقف على الاجازة وهذا الاعتراض لعله فى غير محله لان المقصود من الفساد انه بلا اجازة المالك لا يترتب عليه الاثر فلاوجه للاعتراض.

«قوله قدس سره: ولعله تسامح»

لاوجه للتسامح فان العقد الصادر عن الفضولى غير صادر عن أهله ولا واقع فى محله فالعقد ايضاً فضولى.

«قوله قدس سره: فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضا المالك»

وقع الكلام فى أن مجرد الرضا الباطنى هل يكفى للصحة أم لا؟ والكلام تارة فى مقتضى القاعدة الاولى واخرى فيما يستفاد من النص الخاص فيقع الكلام فى مقامين أما المقام الاول فنقول: مقتضى النصوص الدالة على بطلان بيع غير المالك بطلان البيع الصادر عن غير المالك ولو مع رضاه الباطنى.

منها ما رواه سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين فى بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه فى مناهى النبى صلى الله عليه وآله قال: ونهى عن بيع ما ليس عندك ونهى عن بيع وسلف<sup>٢</sup>.

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب أحكام العقود الحديث ٢.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

ومنها ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل قال سألت أبا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها اشد المنع فانّها باعته مالم تملكه<sup>١</sup>. ان قلت مقتضى اطلاق قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» صحة البيع الذي يكون مقروناً برضا المالك فان النسبة بين الاية الشريفة والنص عموم من وجه فان ما به الافتراق من ناحية الاية صورة كون البيع صادراً عن المالك وما به الافتراق من ناحية النص صورة صدور البيع عن غير المالك بدون رضا المالك وما به الاجتماع صورة صدور البيع عن غير المالك مع رضا فيقع التعارض بين الجانبين والترجيح مع الكتاب فان ما خالفه يضرب على الجدار.

قلت: الظاهر من الاية الشريفة ان السبب المملك منحصر في التجارة الناشئة عن رضا المالك فلا يكفي المقارنة الا أن يقال: انه يمكن فرض كون التجارة ناشئة عن رضا المالك مع عدم تصديه للعقد بأن يطلع غير المالك على رضا المالك بالبيع فيقدم به فانه يصح أن يقال: ان البيع الكذائي نشأ عن رضا المالك والعرف ببابك.

اللهم الا أن يقال ان الاية الشريفة منصرفة الى خصوص البيع الصادر عن نفس المالك وبعبارة واضحة: يلزم أن يكون العقد منتسباً اليه وأما مع عدم الانتساب فلا يصح هذا تمام الكلام في المقام الاول.

وأما المقام الثاني فنقول: ربما يستدل بخبرين مرويين عن المعصوم على صحة العقد الصادر عن غير المالك اذا كان مقارناً مع رضاه احدهما ما ارسله الطبرسي عن محمد بن عبدالله بن جعفر

الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجانب ضيعة خراب للسلطان فيها حصّة واكرته ربما زرعوا وتنازعوا في حدودها وتؤذيهم عمال السلطان وتعرض في الكل من غلات ضيعة وليس لها قيمة لخرابها وانما هي بائرة منذ عشرين سنة وهو يتجرّح من شرائها لانه يقال ان هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً وصلاً له وعمارة لضيعة وانه يزرع هذه الحصّة من القرية البائرة يفضل ماء ضيعة العامرة وينحسم عن طمع أولياء السلطان وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فأجابته عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها او بأمره أو رضاً منه<sup>١</sup>

والمستفاد من هذه الرواية بالصراحة كفاية رضا المالك في صحة العقد ولكن سند الرواية مخدوش بالارسال.

ثانيهما: مارواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل وأهل الارض يقولون: هي أرضهم وأهل الاسنان يقولون هي من ارضنا فقال لا تشتريها الا برضا اهلها<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من الحديث انه يكفي رضا المالك وهذه الرواية تامة سنداً لكن لا تدل على المطلوب فان المستفاد من الحديث ان رضا المالك مقوم لصحة البيع لا أنه يكفي مجرد رضاه وبعبارة اخرى هذا استثناء من النفي كقوله لا صلاة

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٨.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

الا بفاتحة الكتاب أو لا صلاة الا بطهور فان المستفاد من الجملة اشتراط الصلاة بالفاتحة وبالطهارة لا أن الصلاة تتحقق بالفاتحة فقط أو الطهور فقط وعلى الجملة: المستفاد من الحديث في المقام ان رضا المالك شرط في البيع فلاحظ.

### «قوله قدس سره: لعموم الوفاء بالعقود»

لامجال للاستدلال على المدعى بدليل وجوب الوفاء فان الامر بالوفاء ارشاد الى اللزوم ودليل اللزوم لا يمكن أن يكون دليلاً على الصحة وبعبارة اخرى: اللزوم حكم مترتب على العقد الصحيح فلا يمكن دليلاً على أصل الصحة.

### «قوله قدس سره: وقوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض»

قد ظهر مما تقدم ان المستفاد من الآية الشريفة ان السبب المملك منحصر بالتجارة الصادرة عن المالك فلا اثر للتجارة الصادرة عن غير المالك ولو كان المالك راضياً.

### «قوله قدس سره: ولا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه»

لو فرض كون سند الحديث تاماً لا يبعد أن يكون المستفاد منه بحسب الفهم العرفي التصرفات الخارجية وعلى فرض الاغماض عن هذه الجهة ايضاً لا يبعد أن يكون الظاهر من الحديث تصرف نفس المالك فلا يشمل تصرف الغير في مال الاخر.

### «قوله قدس سره: وما دل على علم المولى»

لاحظ مارواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكاً لقوم واني تزوجت امرأة حرة بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي ايّاها حين

اعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي<sup>١</sup> قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول<sup>١</sup>.

ولاحظ مارواه أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث المكاتب قال: لا يصلح له أن يحدث في ماله الا الاكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل: فان سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئاً فقال: اذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر قيل فان المكاتب عتق أفترى يجدد نكاحه أم يمضي على النكاح الاول؟ قال: يمضي على نكاحه<sup>٢</sup>.

ولاحظ مارواه الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: انني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فاجد النكاح؟ قال: فقال: علموا انك تزوجت؟ قلت نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً قال ذلك اقرار منهم انت على نكاحك<sup>٣</sup>.

فان المستفاد من هذه النصوص ان نفس سكوت المولى امضاء لعقد العبد. ويرد عليه اولاً: انه لا وجه للقياس بين المقامين فان العبد تزوج لنفسه غاية الامر يحتاج تزويجه الى اذن وليه وفي المقام يبيع الاجنبي مال غيره الا أن يقال كلا المقامين مشتركان في كون العقد فضولياً محتاجاً الى اذن الغير.

وثانياً: ان المستفاد من النصوص المشار اليها كفاية السكوت عن الاجازة وفي المقام الكلام في كفاية مجرد الرضا عن الاذن.

(١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

وثالثاً: ان المستفاد من هذه النصوص حكم خاص في اطار مخصوص فلاوجه لتسرية الحكم الى غير ذلك المورد ولعل النكاح بلحاظ كونه أمراً مهماً يختص بأحكام خاصة فلاوجه لاسراء حكمه الى غير مورد النكاح.

«قوله قدس سره: ورواية عروة البارقي»

يرد عليه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً وثانياً: انه يمكن ان عروة كان مأذوناً عن النبي صلى الله عليه وآله في تلك البيوع فيكون بيعه خارجاً عن الفضولي فلاحظ.

«قوله قدس سره: هذا مع ان كلمات الاصحاب»

لا اثر لكلماتهم فان غايته الاجماع ولا اثر له للقطع بكونه مدركياً ولا اقل من احتماله.

قوله قدس سره: لكن ليس كل فضولي»

الامر دائر بين كفاية الرضا وخروج العقد به عن الفضولي وتوقفه على الاجازة وقد تقدم عدم كفاية الرضا الباطني فلاشكال في التوقف على الاجازة.

«قوله قدس سره: كما هو احد الاحتمالات فيمن باع»

الكلام فيه هو الكلام فلاحظ.

«قوله قدس سره: والمشهور الصحة»

مايمكن أن يقال في تقريب تماميته وجوه الوجه الاول: الشهرة الفتوائية. وفيه انه قد ثبت في الاصول عدم كون الشهرة الفتوائية حجة. الوجه الثاني: الاصل بتقريب: انه نشك في اشتراط مقارنة العقد مع الرضا والاصل عدمه. ويرد عليه اولاً: انه لامجال للاصل

مع الدليل الاجتهادي ومقتضى ظاهر قوله تعالى «تجارة عن تراض» كما مرّ ان السبب الوحيد لجواز تملك مال الغير صدور التجارة الناشئة عن الرضا عن المالك والمفروض عدم تحقق العقد بهذا النحو وان المالك لم يبيع

وثانياً: ان الاصل العملي لا مجال له في الامور الوضعية فان غاية ما يستفاد من الاصل أي استصحاب عدم الاشتراط ان الشارع الاقدس لم يشترط الشرط الفلاني ولا يترتب على الاستصحاب المذكور الاطلاق الا على القول بالثبت الذي لا نقول به.

الوجه الثالث: حديث العروة بن جعد البارقي قال: قدم جلب فاعطاني النبي صلى الله عليه وآله ديناراً فقال اشتر بها شاة فاشتريت شاتين بدينار فلحقني رجل فبعت احدهما منه بدينار ثم أتيت النبي صلى الله عليه وآله بشاة ودينار فردّه عليّ وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك ولقد كنت اقوم بالكناسة أو قال بالكوفة فاربح في اليوم اربعين ألفاً<sup>١</sup>.

بتقريب ان عروة كان مأذوناً ووكيلاً في اشتراء شاة واشتراء شاتين ثم بيع احديهما من الاخر فضولي والنبي صلى الله عليه وآله امضى ما فعله وارتكبه فيكون الحديث دليلاً على صحة الفضولي. وفيه ان الحديث ضعيف سنداً فلا يكون قابلاً للاستناد مضافاً الى انه قضية شخصية ولا ندرى ما وقع بينه وبين النبي صلى الله عليه وآله ولا كيف لم يعترض عليه النبي صلى الله عليه وآله في ارتكابه خلاف الشرع اذ لو كان فضولياً كان تصرفه في الشاتين تصرفاً في مال الغير ثم تصرفه في ثمن الشاة المشتراة حرام ايضاً فان الفضولي كالغاصب.

(١) مستدرک الوسائل ج ١٣ الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

الوجه الرابع: اطلاق دليل صحة التجارة عن تراض المستفاد من قوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»<sup>١</sup>.

بتقريب ان مقتضى الاطلاق كفاية تحقق العقد وتحقق الرضا والمفروض تحققهما. وفيه انه قد مر ان المستفاد من الاية والرواية لزوم كون العقد صادراً عن المالك ناشياً عن الرضا والمفروض انتفاء كلا الأمرين في الفضولي ولا اقل من احدهما اذ لا اشكال في أن العقد لا يصدر عن المالك في العقد الفضولي.

ان قلت: ان العقد وان صدر عن غير المالك حدوداً ولكن الاجازة توجب انتساب العقد الصادر عن غير المالك الى المالك فكأن المالك باجازه للعقد الصادر باع ملكه من زمان العقد فالتجارة صادرة عن المالك ناشية عن الرضا.

قلت: المفروض ان العقد صادر عن غير المالك ومن الظاهر ان الشيء لا ينقلب عما هو عليه غاية الامر ان المالك رضي بما صدر عن غيره ومقتضى اطلاق دليل المنع عن بيع مال الغير عدم تأثير الاجازة اللاحقة كبقية الشروط مثلاً بمقتضى الدليل البيع الغرري باطل ومقتضى اطلاقه كونه فاسداً ولو مع ارتفاع الغرر بقاءً.

وببيان واضح: ان البيع عبارة عن الاعتبار النفساني وابرار ذلك الاعتبار بمبرز خارجي وكلا الأمرين من الامور التكوينية وكيف يمكن انتساب الامر التكويني الصادر عن واحد الى شخص آخر فانه امر غير معقول.



الوجه الخامس: قوله تعالى «احل الله البيع»<sup>١</sup> بتقريب ان الاجازة اللاحقة توجب انتساب البيع السابق الى المجيز وبعد الانتساب وصيرورة البيع بيعاً للمالك يصح بمقتضى حلية البيع. والكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل.

الوجه السادس: قوله تعالى «أوفوا بالعقود»<sup>٢</sup> بتقريب ان الخطاب في الاية الشريفة الى الملاك والمالك بعد اجازته للعقد الفضولي يصير في زمرة المخاطبين اذ بالاجازة يستند العقد الذي وقع فضولياً الى المالك فيشملة خطاب أوفوا بالعقود.

ويرد عليه ما اورده آناً وقلنا المفروض ان العقد صدر عن غير المالك هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الشيء لا ينقلب عما هو عليه فالبطلان على القاعدة.

وصفوة القول: ان العقد الصادر عن غير المالك لا يزول عنه هذا العنوان غايته يصير مرضياً به وأما الانتساب الى المالك فلا وكيف يمكن أن يصدق صدوره عن المالك والحال ان العقد مركب من الامور التكوينية والامر التكويني الصادر عن شخص لا يستند الى شخص آخر بالاجازة.

مضافاً الى أن دليل وجوب الوفاء دليل للزوم العقد ولا يكون دليلاً للصحة فلا مجال للاستدلال به عليها.

وتقريب المدعى ان الاهمال غير معقول في الواقع هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لا ريب ان فسخ العقد لا يكون حراماً تكليفاً فيكون ايجاب الوفاء ارشاداً الى لزوم العقد وان الفسخ لا يؤثر فلا بد من فرض وجود عقد في الرتبة السابقة كى يتعلق به الفسخ وهذا

(١) البقرة/٢٧٥.

(٢) المائدة/٢.

العقد الذي يكون موضوعاً للفسخ اما مطلق العقد أي أعم من الصحيح والفساد أو خصوص الصحيح أما الاطلاق فلا يمكن اذ كيف يمكن أن يحكم الشارع بلزوم العقد الفاسد فيكون المراد بالعقد خصوص الصحيح فلا مجال لان يكون دليل وجوب الوفاء دليلاً على الصحة.

ان قلت: اذا حكم الشارع بلزوم عقد يفهم بالملازمة ان ذلك العقد صحيح. قلت: اذا كانت القضية خارجية يتم التقريب المذكور وأما ان كانت القضية على نحو القضية الحقيقية كما هو كذلك فلا مجال لهذا البيان لان مرجع القضية الحقيقية الى الشرطية والتالي في الشرط لا يكون متعرضاً لتحقيق المقدم وعدمه بل يترتب عليه على تقدير وجوده ولا يترتب على تقدير عدم وجوده فلا بد من فرض وجود العقد صحيحاً كي يترتب عليه الحكم باللزوم.

الوجه السابع: اخبار التحليل لاحظ ما روي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام: هلك الناس في بطونهم وفروجهم لانهم لم يؤدوا اليينا حقنا الا وان شيعتنا من ذلك وآباءهم في حل<sup>١٣</sup>.

ولاحظ ما رواه ابن مهزيار قال: قرأت في كتاب لابي جعفر عليه السلام من رجل يسأله أن يجعله في حل<sup>١٤</sup> من مأكله ومشربه من الخمس فكتب بخطه: من أعوزه شيء من حقي فهو في حل<sup>١٥</sup>.

ولاحظ ما رواه الكناسي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام اتدري من أين دخل على الناس الزنا فقلت: لا ادري فقال: من قبل خمسنا اهل البيت الا لشيعتنا الاطيبين فانه محلل لهم ولميلادهم<sup>١٦</sup>.

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

بتقريب ان ما يصل من حق الامام عليه السلام بالبيع والشراء الى الشيعة من قبل المخالفين يكون حلالا لهم فيكون البيع الفضولي جازياً بالاجازة.

وفيه: ان اخبار التحليل على قسمين احدهما ما يدل على عدم وجوب الخمس على الشيعة كالحديث المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام وهذا القسم لا يرتبط بالمقام بل المستفاد منه عدم وجوب الخمس على الشيعة ويعارض هذا القسم ما يدل على الوجوب والترجيح مع دليل الوجوب وتفصيل الكلام موكول الى كتاب الخمس راجع ما ذكرناه في هذا المقام في كتاب الخمس من مباني منهاج الصالحين.

ثانيهما: ما يدل على حلية ما وصل الى الشيعة من حقهم عليهم السلام لاحظ ما رواه يونس بن يعقوب قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من القماطين فقال: جعلت فداك تقع في أيدينا والاموال والارباح وتجارات نعلم ان حقك فيها ثابت وانا عن ذلك مقصرون فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما أنصفناكم ان كلقناكم ذلك اليوم<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الحديث انه ربما يعلم بوجود حق الامام عليه السلام فيما يصل اليه بالتجارة والامام عليه السلام أجاب بالتحليل وعدم البأس وهذا القسم ايضاً لا يرتبط بمسألة الفضولي بل المستفاد منه ان التصرف في حقه جازي و الشيعة في حل من قبلهم. الوجه الثامن: النصوص الدالة على جواز الفضولي في النكاح لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سأل عن رجل زوجه امه وهو غائب قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج

قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه<sup>١</sup>.  
 ولاحظ ما رواه ابو عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن  
 غلام وجارية زوجتهما وليّان لهما وهما غير مدركين قال: فقال:  
 النكاح جائز ايّهما أدرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا  
 ميراث بينهما ولا مهر الا أن يكونا قد أدركا ورضيا قلت: فان أدرك  
 احدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه ان هو رضي قلت: فان كان  
 الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك  
 الجارية أثره قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله  
 ما دعاها الى أخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها  
 الميراث ونصف المهر قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت  
 أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لان لها الخيار اذا أدركت قلت: فان  
 كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج  
 الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية<sup>٢</sup>.

بتقريب ان النكاح الفضولي اذا صح مع الاجازة اللاحقة مع  
 كون النكاح أهم يجوز البيع الفضولي بالاجازة بالاولوية.  
 وفيه انه لا اشكال في كون النكاح أهم من البيع ولكن الاولوية  
 المدعاة ممنوعة اذ يمكن ان الشارع الاقدس وسّع الامر في النكاح  
 لسد باب الفجور والزنا فهذا الوجه ايضاً لا يثبت المدعى.

الوجه التاسع: ما رواه الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام  
 عن رجل اشترى ثوباً (ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه) ثم  
 رده على صاحبه فأبى أن يقبله الا بوضيعة قال: لا يصلح له أن

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الأزواج الحديث ١.

يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول مازاد<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الاقالة بالوضيعة باطلة فالبيع الواقع بعدها فضولي وصحيح. ويرد عليه انه لم يتعرض في الرواية ان المشتري أجاز البيع كي يكون داخلا في الفضولي مضافاً الى أنه لو كان داخلا في الفضولي لكان اللازم تسليم تمام الثمن الى المشتري وأخذ ما أعطاه اولاً بعنوان الثمن ولذا نقول انه حكم وارد في مورد خاص ولا نعلم وجهه ويمكن أن يكون الوجه فيه ان المشتري بعد ما رضي بالوضيعة يكون راضياً ببيع ماله فلا يكون فضولياً فعلى كل تقدير لا يكون داخلاً في كبرى الفضولي فلاحظ.

الوجه العاشر: ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالاجر فيدفع اليه الورق ويشترط عليه انك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ماكرهت قال لا بأس<sup>٢</sup>.

بتقريب انه يحتمل في الحديث أن يكون السمسار وكيلًا في الاشتراء وجعل الخيار للموكل ويحتمل أن يكون عمل السمسار بعنوان الفضولي فان أراد المالك يجيز وان لم يرد ولم يجز ويرد العقد. ويمكن أن يكون دفع الورق بعنوان القرض لان يشتري السمسار لنفسه ثم ان أراد المالك أن يشتري منه يشتري وان لم يرد لا يشتري وحيث ان الامام عليه السلام في مقام الجواب لم يفصل يفهم من الاطلاق وعدم التفصيل جواز الفضولي بالاجازة.

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام العقود.

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

وَذِيهِ اِنْ الظَّاهِرُ وَلَوْ بِمَعُونَةِ التَّعَارُفِ الْخَارِجِيِّ وَهُوَ التَّوَكُّيلُ فَلَا مَجَالَ لِلتَّقْرِيبِ الْمَذْكُورِ مُضَافًا إِلَى أَنَّهُ لَا مَجَالَ لِلَاخْذِ بِالْإِطْلَاقِ فَإِنَّ السُّؤَالَ عَنْ نَاحِيَةٍ خَاصَّةٍ وَالْجَوَابُ يَرْجِعُ إِلَى تِلْكَ النَّاحِيَةِ وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ نَاحِيَةَ السُّؤَالَ مَجْهُولَةٌ عِنْدَنَا فَيُصِيرُ الْحَدِيثُ مَجْمَلًا غَيْرَ قَابِلٍ لِلِاسْتِدْلَالِ.

الوجه الحادي عشر: ما رواه ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة واعتقمها عنّي وحجّ عنّي بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاخصموا جميعاً في الألف فقال موالي العبد المعتقد انما اشتريت أباك بمالنا وقال الورثة انما اشتريت أباك بمالنا وقال موالي العبد انما اشتريت أباك بمالنا فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقدمت بما فيها لا ترد وأما المعتقد فهو رد في الرق لموالي أبيه وإي الفريقين بعد أقاموا البيّنة على انه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً.

وتقريب الاستدلال بالرواية ان الشراء ان كان بمال مالك العبد المعتقد بالفتح يكون الشراء باطلاً لانه اشترى بمال مالكه وان كان بمال مالك العبد المأذون فالبيع صحيح اذ المفروض كون العبد مأذوناً في التجارة ولكنه خارج عن مسألة الفضولي وان كان بمال الميت فالبيع يكون فضولياً اذ المفروض ان البيع بعد موته وانتقال ماله الى الورثة ولم يكن العبد مأذوناً منهم والمفروض اجازتهم والدليل عليها مطالبتهم للعبد والامام عليه السلام حكم بأنهم اذا أقاموا البيّنة بأنه اشتراه بمالهم يكون العبد رقاً لهم فالرواية دليل

على جواز الفضولى وتمايمته بالاجازة. وهذه الرواية ضعيفة سنداً بابين اشيم فلا أثر لها وان كانت دلالتها تامة على المدعى.

الوجه الثانيعشر: النصوص الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم منها ما رواه أسباط بن سالم قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام كان لي اخ هلك فأوصى الى اخ اكبر مني وأدخلني معه في الوصية وترك ابناً له صغيراً وله مال أفيضرب به اخي فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله؟ فقال: ان كان لاختك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس به وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في مال اليتيم قال: العامل به ضامن ولليتيم الربح اذا لم يكن للعامل مال وقال: ان عطب أداها<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسه ماله وان هو أتجر به فالريح لليتيم وهو ضامن<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام فقلت: اخي أمرني ان أسألك عن مال اليتيم في حجرة يتجر به فقال ان كان لاختك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف أو أصابه شيء غرمه له والا فلا يتعرض لمال اليتيم<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: مال اليتيم ان عمل به الذي وضع على يديه ضمن ولليتيم ربحه

(١) الوسائل الباب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

قالا: قلنا له قوله «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف» قال انما ذلك اذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم<sup>١</sup>.

فان هذه النصوص تدل على جواز اتجار غير الولي بمال اليتيم وهذا الجواز ان كان مع اجازة الولي يعلم ان البيع الفضولي مع الاجازة يصح وان كان بدون اجازته يسدل على الصحة مع الاجازة بالاولوية.

ويرد عليه انه لم يفرض في الحديث صدور الاجازة عن الولي فلا ترتبط بالمقام ولا مجال للاولوية لانه حكم خاص وارد في مورد مخصوص ومما يؤيد بل يدل على عدم ارتباطها بالمقال انه عليه السلام حكم بأن الربح لليتيم والخسارة على العامل فان لم تصح المعاملة فما الوجه في كون الربح له؟ وان صحت فما الوجه في عدم الخسارة عليه فيكون تعبداً خاصاً من الشارع الاقدس في مورد مال اليتيم فلا حظ.

الوجه الثالث عشر: ما رواه محمد بن قيس<sup>٢</sup> وتقريب الاستدلال بالحديث على المدعى ان يبيع الابن وليدة ابيه كان فضولياً ولكن المستفاد من كلامه عليه السلام انه يصح بالاجازة فدلالة الحديث على المدعى تامة كما انه لا اشكال في سنده.

ان قلت: الحديث المشار اليه غير معمول به في مورد فكيّف ببقية الموارد فان المفروض ان اجازة المالك للبيع بعد الرد والاصحاب لا يرتبون الاثر على الاجازة الواقعة بعد الرد.

قلت: لا دليل على الرد فان مجرد اخذ الوليدة لا يكون دالا على

(١) الوسائل الباب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٤٦.



زد البيع فتأمل مضافاً الى أنه لا دليل على الاشتراط المذكور فان الاجازة بعد الرد يؤثر مثل الاجازة قبل الرد وعدم عمل المشهور بالحديث لا يسقطه عن الاعتبار كما ذكرناه مراراً.

نعم يمكن أن يشكل الاستدلال بالحديث من ناحية اخرى وهي ان العموم لا يستفاد من الحديث فلعل الفضولي في بيع العبيد والا ماء مع الاجازة صحيح وأما في غيره فلا.

الوجه الرابع عشر: النصوص الدالة على ان العامل في المضاربة اذا خالف ما أمره به المالك يكون الخسران على العامل والربح بينهما منها ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألت عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج قال يضمن المال والربح بينهما<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في الرجل يعطي المال فيقول له: ائت ارض كذا وكذا ولا تتجاوزها واشتر منها قال: فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه ابو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال: له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف عن شيء مما أمر صاحب المال<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال<sup>٤</sup>.

(٢٠١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الحديث (٢٠١).

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

ومنها ما رواه الحلبي أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامن والربح بينهما<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه الكنانى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض وينهى أن يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان سلم فربح فالربح بينهما<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شي الا أن يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا ذا كبد رطبة فان خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن المال<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في مضارب يقول لصاحبه ان انت أدنته أو أكلته فأنت له ضامن قال فهو له ضامن اذا خالف شرطه<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط<sup>٥</sup>.

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ٧.

(٤) عين المصدر الحديث ٨.

(٥) عين المصدر الحديث ٩.

ومنها ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال: هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام في المضاربة اذا اعطى الرجل المال ونهى أن يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به فقال هو ضامن والربح بينهما<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه احمد بن محمد بن عيسى في (نواذره) عن ابيه قال: قال أبو عبدالله عليه السلام كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً فان فعلتم فانتم ضامنون فاببلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فاجاز شرطه عليهم<sup>٣</sup>.

بتقريب ان الاستفادة من تلك النصوص صحة المعاملة المذكورة فان كانت الصحة متوقفة على الاجازة تكون النصوص المشار اليها دالة على صحة الفضولي وان لم تكن متوقفة عليها تكون النصوص مؤيدة للمدعى.

ويرد عليه ان الحكم بالصحة هناك حكم خاص في مورد مخصوص ولا ترتبط تلك النصوص بمسألة الفضولي والا لم يكن وجه لكون الخسران على العامل فلاحظ.

الوجه الخامس عشر: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء أجازته وان شاء فرق بينهما قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون ان أصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال ابو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله وانما

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الحديث ١٠.

(٢) عين المصدر الحديث ١١.

(٣) عين المصدر الحديث ١٢.

عصى سيده فاذا أجازته فهو له جائز<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال بالحديث على المدعى: ان المفروض ان العبد تزوج بغير اذن سيده والامام عليه السلام حكم بجواز تزويجه مع اجازة السيد معللاً بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده واذا أجاز جاز.

فانه يعلم من الحديث ان كل عقد أو إيقاع اذا كان فاقداً لشرط من شرائط صحته فان كان المفقود من الشرائط التي اشترطها الشارع الاقدس ولم يكن مرتبطاً بشخص كاشتراط عدم الفرار وعدم الجهالة وأمثالهما لا يكون الفاقد قابلاً لان يصح وان كان مرتبطاً بشخص وحقاً من حقوق الناس يصح الفاقد بلحقوق اجازة من بيده الامر ومقامنا كذلك فان البيع الفضولي فاقد للاذن المالكى فيصح باجازة المالك فالنتيجة التفصيل بين الحق الخالفي والحق المخلوقي فان فقدان القسم الاول يضر وفقدان القسم الثاني لا يضر لانه قابل لان يصح بالاجازة اللاحقة.

بقي شيء وهو انه هل يمكن اعطاء سهم الامام عليه السلام بدون الاذن من الحاكم وهل يصح باجازة الحاكم الشرعي أم لا؟ الذي يختلج بالبال في هذه المجالة أن يقال: ان لم يكن قصد القرية معتبراً في تأدية الخمس فلا وجه للاشكال اذ المفروض ان من عليه الخمس دفع سهم الامام عليه السلام الى من يكون مورداً له وقد فرض لحوق اجازة الحاكم فيتم الامر.

وأما ان كان قصد القرية شرطاً فتارة يحصل قصد القرية ويتحقق ولو من باب غفلة المعطى عن التنافي بين قصد القرية والدفع بلا اذن من الحاكم واخرى لا يحصل أما في الصورة الاولى فالكلام هو الكلام اي

يتم الامر بالااجازة اللاحقة من ولي الامر اى الحاكم وأما فى الصورة الثانية فيشكل اذا المفروض ان المأمور به لم يتحقق بتمام معنى للكلمة فلا مجال للحقوق الاجازة.

وان شئت قلت: كان الاعطاء فاقدًا مضافاً الى حق المخلوق حق الخالق ايضاً فلا يكون قابلاً لان يصح بالااجازة اللاحقة فلاحظ.  
«قوله قدس سره: توهن بالنص الوارد»<sup>١</sup>.

«قوله قدس سره: ويمكن أن يكون الوجه فى ذلك»  
الظاهر انه لا يمكن مساعدته فسان الحكم بالصحة وعدمها بيد الشارع والظاهر من كلام الامام عليه السلام ان جعل الحكم الواقعي روعي فيه الاحتياط لا الاحتياط فى مقام الظاهر والشك فلا يتم ما أفاده قدس سره والذي يختلج ببالي القاصر ان النكاح فى نظر الشارع أولى بجعل التوسعة فيه كى لا يتحقق الفجور ولا يكسر ولد الزنا.

«قوله قدس سره: فتأمل»  
لعل الامر بالتأمل اشارة الى أن الكلام فى تأثير الاجازة المالكية وعدمها وأما اجازة الشارع الاقدس وحكمه بالصحة فهمي لا ترتبط بمسألة الفضولي وبعبارة واضحة: ان المستفاد من الدليل ان الله تبارك وتعالى أنفذ البيع فى هذا المورد كما أنفذه فى بقية الموارد فلا مجال لتوهم ان المقام من مصاديق الفضولي فلاحظ.

«قوله قدس سره: واحتج للبطلان بالادلة الاربعة»  
ما يمكن أن يذكر فى مقام الاستدلال على بطلان الفضولي ايضاً وجوه: الوجه الاول: قوله تعالى «ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل

الا ان تكون تجارة عن تراض» فان المستفاد من الاية الشريفة حصر سبب التملك في التجارة الناشئة عن تراض بشرط صدورهما عن نفس المالك فلا اثر للتجارة عن تراض الصادرة عن غير المالك . والاشكال في الاستدلال بمنع الحصر كما في كلام الماتن غير سديد فانا ذكرنا ان الحصر يستفاد من الاية ولو على القول بعدم كون الاستثناء متصلا .

الوجه الثاني: ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل قال سألت أبا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال: قل له ليمنعها اشد المنع فانها باعته ما لم تملكه<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الرواية فساد بيع ما لا يملك ولذا نهى عن دفع المال اليه وفيه ان الحديث ضعيف سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالاته .

الوجه الثالث: ما عن النبي صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك<sup>٢</sup> فانه ارشاد الى فساد بيع غير المملوك . وفيه ان السند مخدوش فلا اثر للحديث .

الوجه الرابع: ما عن الحميري<sup>٣</sup> فان المستفاد من الحديث عدم جواز اشتراء الارض الا من مالكمها والسند ضعيف بالارسال .

الوجه الخامس: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٢ .

(٢) نقل عن سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٢٤ باب ١٩ الحديث ١٣٣٢ .

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٤٣ و ٢٤٤ .

وأهل الارض يقولون هي ارضهم وأهل الاسنان يقولون هي من ارضنا فقال: لا تشتريها الا برضا أهلها<sup>(١)</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث فساد الاشتراء الا مع رضا المالك فالاشتراء من الفضولي فاسد.

وفيه ان المستفاد من الحديث اشتراط صحة البيع برضا المالك ويمكن أن يكون بيع الفضولي برضا المالك.

الوجه السادس : الاجماع. وفيه ان المحصل منه غير حاصل والمنقول منه غير حجة مضافاً الى أنه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجة.

الوجه السابع: ما دل من العقل والنقل على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه وحرمة التصرف تستلزم الفساد.

وفيه ان العقل لا دخل له في استنباط الاحكام الشرعية ودين الله لا يصاب بالعقول وأما النقل فلا يدل على حرمة التصرف الاعتباري في مال الغير وانما الدليل قائم على حرمة التصرف الخارجي مضافاً الى أن المستفاد من النقل جواز التصرف في مال الغير مع رضاه ولا يلزم الاذن ويتصور أن يكون بيع الفضولي مع علمه برضا المالك وكون بيعه ناشئاً عن رضاه فلا يكون فضولياً.

الوجه الثامن: ان القدرة على التسليم شرط في صحة البيع والفضولي لا يكون قادراً عليه. وفيه اولاً: ان المال ربما يكون في يد الفضولي فيكون قادراً على تسليمه.

وثانياً انه يكفي قدرة المالك عليه كما انه يكفي قدرة الموكل على التسليم ولا يشترط قدرة الوكيل.

الوجه التاسع: ان الفضولي غير قاصد لمدلول اللفظ فيكون

كالهازل. وفيه ان الامر ليس كذلك بل الفضولي قاصد للمعنى كالمالك فلاحظ.

الوجه العاشر: ما عن عوالى اللالى: عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لا طلاق فيما لا تملك ولا عتق فيما لا تملك ولا بيع فيما لا تملك<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال واضح. وفيه اولاً: ان السند ضعيف وثانياً انه لا يبعد أن يكون المراد ان البيع لابد أن يكون متعلقاً بما يكون قابلاً للملكية.

«قوله قدس سره: من دون مراجعة المشتري»

الظاهر انه لابد تبديل لفظ المشتري بالبائع فان التصرف وقع في مال البائع.

«قوله قدس سره: والمشهور أيضاً صحته»

ما يمكن أن يذكر في تقريب منع الرد عن الاجازة بعده وجوه الوجه الاول: الاجماع. وفيه ما فيه. الوجه الثاني: ان العقد ارتباط بين طرفيه فلا بد من بقاء الالتزام في كل من الطرفين الى تمامية العقد كي يمكن تحقق الارتباط المذكور.

وفيه: ان طرف العقد في الفضولي غير المالك وهو الفضولي مضافاً الى ما في أصل الدعوى فان القابل لو قبل ايجاب الموجب مع التحفظ على الموالاة لكن بعد الرد يتحقق العقد بلا اشكال. وبعبارة اخرى: يلزم بقاء اعتبار الموجب الى زمان تحقق العقد ولا ينافيه ان القابل يرد ثم يقبل فغاية ما في الباب أن تكون الاجازة

(١) مستدرک الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٢ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه الحديث ٥.



كالقبول لكن الرد لا ينافي القبول.

الوجه الثالث: انه يوجد بعد العقد الفضولي شأنية وقابلية فى المال لقبول المالك واجازته والمالك بمقتضى قاعدة سلطنة المالك على ماله يمكنه سلب القابلية المذكورة.

وفيه انه لا يوجد فى المال شي كى يفنى بالرد.

الوجه الرابع: ان الاجازة بعد الرد كالرد بعد الاجازة فكما انه لا أثر للثنائي كذلك لا اثر للاول. وفيه انه قياس مع الفارق فان الاجازة توجب الانتقال فلا اثر للرد بعدها فان المالك بالاجازة يصير اجنبياً ولا يكون له حق فى التصرف فيما انتقل عنه وأما الاجازة بعد الرد فهي مؤثرة على القاعدة الاولى وعدم تأثيرها يحتاج الى قيام دليل معتبر.

الوجه الخامس: ان مستند صحة العقد الفضولي حديث البارقي والاجازة فيه لم يكن بعد الرد. وفيه ان القائل بالفضولي لا يكون دليله منحصراً فى حديث البارقي كى يصح التقريب المذكور بل مستنده الادلة العامة مضافاً الى النصوص الخاصة كحديث زرارة<sup>١</sup>.

الوجه السادس: ان الرد فسخ ولا مجال للاجازة بعد الفسخ. وفيه اولاً: ان العقد قد تحقق بين الفضولي والاصيل من الطرف الاخر ولا أثر لفسخ المالك.

وثانياً: ان الكلام فى العقد المسبوق بالرد والنهي ومجرد النهي السابق لا يقتضي الفسخ بعد العقد فان الفسخ من الامور الانشائية ويحتاج الى الابرار ومجرد عدم الرضا الباطني لا أثر له فتحصل من جميع ما تقدم ان الاجازة بعد النهي السابق على العقد بل

الاجازة المسبوقة بالرد بعد المقد تؤثر لعدم الدليل على تأثير  
النهي أو الرد فلاحظ.

«قوله قدس سره: حقيقة نظير المجاز الادعائي في الاصول»  
كما لو قال جاء أسد وأراد بالاسد زيدا ففي المقام يقصد  
الغاصب المعاوضة الحقيقية غاية الامر يدعي ان مالك العين نفسه.  
ويرد عليه انه اذا اراد تملك الثمن وقلنا لا يعقل خروج العين  
من كيس المالك ودخول الثمن في ملك الغاصب يكون البيع باطلا لانه لم  
يقصد ما به قوامه وقياس المقام بالمجاز في الاسناد مع الفارق اذ  
يمكن أن يقال ان المخبر يسند الفعل الى الاسد ويدعي ان زيدا  
أسد فلا يكون مجاز لا في الكلمة ولا في الاسناد اذ لفظ الاسد اريد  
منه الحيوان المفترس والفعل اسند اليه غاية الامر يدعي المخبر  
ويرى ان زيدا أسد.

وصفة القول: انه لا اشكال في ان من يبيع مال الغير لنفسه  
يقصد تملك الثمن فان قلنا بأن قانون المعاوضة يقتضي دخول كل  
من العوضين في مورد خروج العوض الاخر عنه لا يكون مثل هذا  
البيع قابلا للاجازة وان لم نقل بذلك - كما لانقول به - نقول ببطلان  
البيع المذكور ايضا اذ لا دليل على صحته فان شراء شيء للغير - كما  
لو اشترى شخص قرص خبز للفقير - أمر موافق للسيرة الجارية  
وأما بيع شيء للغير بأن يكون الثمن للغير والمبيع للبايع فلا دليل  
عليه ومع عدم الدليل لا مجال لجريان الفضولي فيه فلاحظ.

«قوله قدس سره: والعقل»

قد ذكرنا مراراً ان العقل لا دخل له في الاحكام الشرعية والميزان  
اتباع الادلة الشرعية.

«قوله قدس سره: فايجاب البيع ساكت عنه»

كيف يكون ساكتاً عنه والحال ان قوام البيع بنفس تملك الثمن في مقابل تمليك المبيع.

«قوله قدس سره: ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة»

المبادلة تتحقق بين العوضين ولا تتوقف المبادلة بينهما بأن يدخل احدهما في محل خروج العوض الاخر عنه نعم يتوقف الجزم بالصحة على مساعدة اللغة والعرف ولذا قلنا لو اشترى احد بماله شيئاً للغير كما لو اشترى رغيف خبز للسائل يصح البيع لصدق الاشتراء عليه عرفاً وأما لو باع أحد داره للغير بأن يدخل الثمن في كيس الغير فلا نجزم بصدق البيع عليه ومع الشك في الصدق لا مجال للاخذ بدليل الامضاء فان الاخذ بالدليل في الشبهة المصداقية غير جازم مضافاً الى أن مقتضى استصحاب عدم صدق المفهوم على المصداق المشكوك فيه عدم كونه مصداقاً للبيع.

«قوله قدس سره: من حيثية تقييدية ثابتة لنفس تلك الحيثية»

يقع الكلام تارة في الكبرى واخرى في الصغرى أما الكلام في ناحية الكبرى فنقول: الذي يختلج بالبال انه لا فرق بين الجهة التقييدية والجهة التعليلية الا في مقام الاثبات والدلالة وأما بحسب مقام الثبوت واللب فلا فرق بين الامرين اذ العلة مقومة للحكم ولذا تخصص وتعمم نعم الحكم لا يدور مدار حكمة الجعل ولذا تجب العدة حتى مع القطع بعدم الاختلاط بل حتى مع القطع بعدم الانزال فان تمام الموضوع لها التقاء ختائين.

وأما العلة فالحكم دائر مدارها وجوداً وعدماً فلا فرق بين الجهتين الا في مقام الاثبات فهذه الكبرى كلام شعري وليس تحتها شيء.

وأما الكلام في الصغرى فعلى فرض تمامية الكبرى لا يتم الامر فيما هو محل الكلام اذ لا اشكال في أن البائع يملك العين للمشتري وان كان فضولياً كما ان المشتري يملك العين وان لم يكن مالئاً للثمن فمالك الثمن اذا أجاز فان أجاز ما وقع يكون على خلاف قانون المعاوضة على ما راموه من عدم المعقولية وان أجاز غير ما وقع لا مجال للصحة لان المفروض ان ما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع نعم على ما سلطنا لا مانع من اجازة ما وقع ولا يتوجه الاشكال المذكور فلا حظ .

«قوله قدس سره: فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء» تارة يقوم دليل شرعي على الدعوى المذكورة في مورد واخرى يتكلم على طبق القاعدة أما مع ورود نص عليه فلا كلام ولا اشكال فان الحكم الشرعي متبع وأما في الصورة الثانية فلا مجال للقول المذكور اذ كيف يمكن أن يتحقق التملك والتملك في زمان واحد. وببيان واضح: لابد من تصور امور ثلاثة: الاول: التوكيل في التمليك من قبل المالك وقبول الوكالة. الثاني: التمليك من قبل الموكل وكالة وقبول الملكية اصالة. الثالث: البيع أو العتق وكل واحد من الامور المذكورة يتوقف على الاخر ويتقدم التوكيل على التمليك زماناً كما انه يتقدم التمليك على البيع أو العتق زماناً.

«قوله قدس سره: فلما عرفت من منافاته»

وقد عرفت عدم المنافاة ولذا قلنا ان السيرة العقلائية جارية على جواز اشتراء مالك الثمن شيئاً للغير كاشتراء الخبز للسائل.

«قوله قدس سره: فليس للمشتري الرجوع على البائع»

لا وجه لهذا القول اذ المفروض ان دفع الثمن الى الفاصب مبني على المعاوضة وبعبارة اخرى: المقام احد مصاديق العقد الفاسد والمفروض ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان.

والوجه فيه ان ما يتحقق أمران احدهما: العقد ثانيهما: تسليم العوض أما العقد فلا أثر له اذ المفروض كونه فاسداً وأما دفع العوض فهو مبني على ذلك العقد الفاسد كما لو كان العقد على نحو المعاطاة للفاسدة فلا وجه لعدم الضمان والرجوع على القاعدة.

وببيان واضح: ان المعاوضة فرضنا كونها متقومة بما يقوله الماتن ولا بد من دخول كل من العوضين في محل خرج عنه العوض الاخر لكن لا اشكال في أن التبادل في العوضين كان مقصوداً في مورد المعاملة الفضولية ولم يقصد التملك المجاني فلا وجه لسقوط الضمان فالرجوع الى الفضولي بعد رد المالك على القاعدة فلاحظ.

«قوله قدس سره: وأما على القول بالكشف فلا يتوجه اشكال»

هذا التفصيل انما يتم على القول بالكشف الحقيقي الذي لانقول ولا يقولون به وأما على التقدير الاخر فالكشف على جميع تقاديره نقل في الحقيقة كما هو ظاهر عند الخبير فلا مجال لما أفاده.

«قوله قدس سره: الاول: انه لا فرق على القول»

تارة يقع الفضولي على الكلي الموجود في الذمة واخرى يقع على الكلي ابتداءً أما الصورة الاولى فلا اشكال فيها فانها من مصاديق الفضولي ويجري فيها ما يجري في غيرها بلا فرق اذ لا فرق بين وقوع العقد على المملوك الشخصي ووقوعه على الموجود في الذمة وأما الصورة الثانية فيمكن الاستدلال على اتمامها بعموم

التعليل المستفاد من حديث زرارة<sup>١</sup> فانه لا اشكال في جواز بيع الانسان الكلي المضاف الى ذمته اصالة فلا اشكال ايضاً اذا بيع فضولا غاية الامر يحتاج اتمامه الى الاجازة فاذا اجاز من بيده الامر جاز فلاحظ.

**«قوله قدس سره: ويحتمل الغاء احد القيدتين»**

لا وجه لهذا الاحتمال فان التعارض يوجب السقوط اذ لاخذ بكلا الامرين غير ممكن وترجيح احدهما على الاخر بلا مرجح فيسقطان.

**«قوله قدس سره: يوجب الغاء ما ينافيه»**

مما تقدم آنفاً ظهر فساد القول المذكور فان الجمع بين المتنافيين يوجب السقوط ولا وجه للاخذ بما تكلم به أولاً وهذا العرف ببابك.

**«قوله قدس سره: ولزمه اداء الثمن»**

لا وجه له اذ المفروض ان العاقد قبل الثمن في ذمته لا في ذمة الغير فيدور الامر بين الصحة وكون الثمن في ذمة الفضولي، وبين الفساد رأساً وقد ذكرنا سابقاً ان الاشتراء للغير اذا كان الغير راضياً كي لا يلزم التصرف في سلطانه بعد اذنه، يكون صحيحاً.

**«قوله قدس سره: الثاني الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام**

**بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة»**

الامر كما افاده فانه لا فرق بين العقد والمعاطاة من هذه الناحية فان الانشاء في العقدي باللفظ وفي المعاطاة بالفعل فلا فرق بين الموردين وكون اقباض مال الغير محرم لا يكون مانعاً عن تحقق العقد فان الحرمة التكليفية لا تدل على الفساد الوضعي مثلاً البيع

وقت النداء يكون حراماً تكليفاً لكن يوجب الملكية مع اجتماع الشرائط.

«قوله قدس سره: فأفهم»

لعل الامر بالفهم اشارة الى أن الاجازة لو كانت كاشفة كشفاً حقيقياً لكان مجال لما افيد وأما لو لم تكن كذلك بل كانت كاشفة كشفاً حكماً فلا مجال له اذ قبل الاجازة لا تكون اباحة كي يقال ان الاباحة موجودة في الواقع فلاحظ.

«قوله قدس سره: أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة

الفضولي»

وقع الكلام بين الاعلام في أن الاجازة نافذة أو كاشفة فربما يقال: ان الاجازة نافذة أي انها جزء اخير للسبب فالأثر مترتب عليها ويحصل النقل بها فالاجازة كالقبض في بيع الصرف والسلم. وربما يقال: انها كاشفة والاراء أيضاً مختلفة فربما يقال: ان الاجازة علامة وامارة لتأثير العقد في زمانه ولا موضوعية للاجازة أصلاً وانما شأنها الامارية.

وربما يقال ان العقد المتعقب بالاجازة المتأخرة مؤثر.

وربما يقال: ان الاجازة كاشفة كشفاً حكماً أي يكون أثرها ترتيب آثار الملكية من زمان تحقق العقد.

وربما يقال: انها كاشفة كشفاً انقلابياً أي بعد الاجازة تنقلب الملكية في عالم الاعتبار مثلاً لو باع زيد دار بكر يوم الخميس فضولاً وأجاز بكر بيع داره في يوم السبت تكون الدار الى ما قبل الاجازة باقية في ملك بكر وأما بعد الاجازة فتصير الدار مملوكة للمشتري من يوم الخميس في عالم الاعتبار.

ان قلت: الشيء لا ينقلب عما هو عليه فكيف تنقلب الملكية بالاجازة؟ قلت: لا تنافي بين القاعدة العقلية والالتزام بالانقلاب في المقام فان الانقلاب المحال الانقلاب الواقعي الذي يرجع الى الخلف وأما الانقلاب في المقام فهو انقلاب في عالم الاعتبار. ويظهر المدعى في ضمن مثال وهو انه لو باع زيد داره من بكر من الامس بأن يقول بعثك داري من أمس فهل يلزم الانقلاب؟ كلا بل مادام لم يبيع تكون الدار مملوكة له في عالم الاعتبار ومن زمان البيع تصير الدار مملوكة لبكر في وعاء الاعتبار فلا محذور عقلا هذه هي الاقوال المتصورة.

اذا عرفت ما تقدم نقول: لا دليل على أن الاجازة امارة وعلامة بل المستفاد من الادلة العامة والخاصة كون الاجازة ركناً مقوماً للصحة وأيضاً لا دليل على أن العقد المتعقب بالاجازة مؤثر فان الاجازة مادام لم تتحقق في الخارج لامقتضي للصحة فهذا الاحتمال ضعيف.

بل الحق ان نقول: مقتضى القاعدة كون الاجازة كاشفة كشفاً انتلابياً بتقريب: ان الاجازة من الامور المتعلقة أي قد تتعلق بالامر الفعلي واخرى تتعلق بالامر الاستقبالي وثالثة تتعلق بالامر السابق فان المالك يمكنه أن يأذن في بيع ملكه في الحال ويمكن أن يأذن في بيع ملكه في المستقبل ويمكنه من الزمان الماضي وقلنا ان اجازة بيع الفضولي كالبيع من السابق فلو باع زيد دار بكر فضولا في يوم الجمعة وبكر في يوم الاحد اجاز البيع الفضولي تكون اجازته موجبة لصحة البيع من يوم الجمعة أي الشارع الاقدس في يوم الاحد يعتبر كون الدار من يوم الجمعة مملوكة للمشتري.



وبعبارة واضحة: الاهمال غير معقول في الواقع فان البايع اذا باع دار زيد فضولا يوم الجمعة فاما يهمل في التملك فانه لا يعقل وأما يملكها من زمان البيع وأما يملكها بعد يومين.

لا اشكال في أن البيع من اول زمان وقوعه ولا يكون البيع مثل الاجارة التي يمكن تعلقها بالمنفعة المستقبلية فالملكية تحققت في اعتبار الفضولي للمشتري الاصيل من يوم الجمعة والاجازة الواقعة في يوم الاحد تتعلق بالبيع الواقع يوم الجمعة فالملكية تتحقق من ذلك اليوم وهذا معنى الكشف الانقلابي أي الملكية الاولى تنقلب الى ملكية اخرى.

والفرق بين هذا القول والقول بالكشف الحكمي ان المراد بالكشف الحكمي ان آثار الملكية الى يوم الاحد للمالك وأما من يوم الاحد ففي حكم الشارع يحكم بكون الآثار للاصيل أي المشتري وأما على القول بالانقلاب ففي يوم الاحد يحكم بكون الدار مملوكة للمشتري من يوم الجمعة.

والوجه فيه: ان امضاء الشارع على طبق اجازة المجيز والمفروض ان اجازة المالك تتعلق بالملكية الثابتة للمشتري من يوم الجمعة.

ويؤيد ما ذكرنا - لو لم يدل عليه - انه لو لم نقل بالانقلاب وقلنا بالكشف الحكمي نسأل انه بعد يوم الاحد هل تكون الدار مملوكة للمشتري أو تكون مملوكة للمالك لا سبيل الى الثاني فانه لا شبهة في كون الدار مملوكة للمشتري وعلى الاول يتوجه السؤال بأنه بأي وجه صارت الدار مملوكة للمشتري اذ الامر منحصر في الاجازة فهذه الاجازة ان كانت مملوكة تكون مملوكة من حين البيع

وان لم تكن مملكة فما هو المؤثر في التملك؟  
وفي المقام شبهة وهي: ان القبول اذا كان متأخراً عن الايجاب  
كما هو المتعارف يلزم أن يكون الملكية من زمان الايجاب فان  
الايجاب اعتبار الملكية من زمانه والقبول يتعلق بما أوجبه الموجب  
والحال ان السبب مركب من الايجاب والقبول.

وأجاب عن الاشكال سيدنا الاستاد بأن الايجاب معلق على القبول  
وأما الاجازة في الفضولي فلا يكون العقد المتقدم فضولاً معلقاً  
عليها وأما الايجابات فهو معلق على القبول.

ويرد عليه: ان الايجاب عبارة عن تملك العين في مقابل الثمن  
فالبائع يعتبر ملكية المبيع للمشتري ويعتبر ملكية الثمن لنفسه  
والقبول يتعلق بهذا الايجاب.

وان شئت قلت: تعنون القبول بهذا العنوان يتوقف على الايجاب  
فلو توقف الايجاب على القبول لدار.

فالحق في الجواب أن يقال: ان مقتضى السيرة العقلائية والسيرة  
المتشرعية ترتب الاثر بعد تمامية العقد بايجابه وقبوله أي ترتب  
الملكية العقلائية والشرعية بعد العقد وأما في باب الفضولي  
فالمستفاد من الادلة الخاصة كما تقدم تحقق الاثر من زمان العقد.  
ومما يدل على المدعى بالصراحة ما رواه ابو عبيدة<sup>١</sup> فان  
المستفاد من الحديث ان الزوجية كانت متحققة من حين العقد وأما  
لو كانت الاجازة ناقلة فلم يكن مجال لتحقيق الزوجية بعد الموت  
فانقذ بما تقدم ان مقتضى القاعدة الالتزام بالكشف الانقلابي  
في الاجازة.

ان قلت: العبرة بالانفاذ وترتيب الاثر بزمان المعتبر لا بزمان

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٩٠.

الاعتبار فلا اثر لاختلاف زمان الاعتبار في رفع غائلة اجتماع المتنافيين ولذا لا يمكن الالتزام بتعلق الوجوب والحرمة بالخروج عن الدار الفصية بأن نقول: الخروج قبل الدخول حرام وبعد الدخول واجب ففي المقام لا يمكن الالتزام بكون الدار مملوكة لملكها في يوم الجمعة وايضاً مملوكة للمشتري لكن زمان الاعتبار مختلف.

قلت: فرق بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي فان الحكم التكليفي ناش عن الملك في المتعلق فان كان الملك المصلحة يكون المتعلق محبوباً وان كان الملك المفسدة يكون الفعل مبغوضاً ولا يعقل أن يكون الفعل الواحد مبغوضاً ومحبوباً لاستحالة اجتماع الضدين وأما الحكم الوضعي فالملك قائم بنفس الحكم والجعل تابع للملاك الموجود فيه فيمكن أن يكون الجعل الفلاني ذا ملك في زمان ولا يكون ذا ملك زمان آخر فيمكن أن يكون جعل الملكية لزيد ذا ملك بالنسبة الى زيد ونفس ذلك الجعل ذا ملك بالنسبة الى بكر في زمان آخر ولا يلزم التضاد.

ان قلت: ان ما ذكرت يتم في القضايا الخارجية حيث انه ينفصل احد الاعتبارين عن الاعتبار الاخر فيمكن تصور الاختلاف فيه وأما الاحكام الشرعية فهي ثابتة من اول الشرع والشرعية وكلها على نحو القضايا الحقيقية فالاعتبارات باجمعها موجودة في زمان واحد أي في اول الشريعة فيلزم اجتماع المتنافيين في زمان واحد.

قلت: الاحكام الشرعية وان كانت من قبيل القضايا الحقيقية ولكن الاحكام في تلك القضايا مترتبة على وجود موضوعاتها ووزانها وزان القضايا الشرطية والتالي في الشرطية تابع وجوداً

وعدماً لمقدمها فمادام الموضوع لم يكن متحققاً في الخارج لا يترتب عليه التالي والمفروض ان الزمان يختلف مثلاً في يوم الجمعة موضوع اعتبار ملكية الدار لمالكها متحقق ومقتضى الاعتبار الشرعي كون الدار لمالكها وفي يوم الاحد أي يوم الاجازة يتغير الموضوع ويتحقق موضوع ملكية الدار في يوم الجمعة للمشتري والجعل الشرعي يتبعه فلاحظ.

وصفة القول ان المستفاد من الادلة العامة على القول بأن صحة الفضولي مع الاجازة مستفادة منها والنصوص الخاصة الواردة في الابواب المختلفة كون الاجازة كاشفة كشفاً حقيقياً انقلابياً أما تقريب الاستدلال بالادلة العامة على المدعى فان البيع مثلاً يقع في يوم الجمعة والبايع يعتبر ملكية المبيع للمشتري من ذلك اليوم والمالك في يوم الاحد يجيز البيع الفضولي الواقع في يوم الجمعة والشارع الاقدس يعتبر هذه الاجازة ويمضيها فتكون النتيجة كون المبيع ملكاً للمشتري الاصيل من يوم الجمعة غاية الامر ظرف الاعتبار يوم الاحد فان البيع يستند الى المالك في يوم الاحد ولا يتوجه أي اشكال كي يحتاج الى الجواب.

وبعبارة اخرى: لا تكون الاجازة المتأخرة شرطاً كي يقع الكلام في أن الشرط لا يمكن أن يتأخر والا يلزم تأثير المعدوم في الموجود بل الاجازة توجب استناد العقد الصادر عن الفضولي الى المالك فكان المالك باع في يوم الاحد من المشتري من يوم الجمعة.

هذا بحسب المستفاد من الادلة العامة ولكن قد تقدم منا انه لا يمكن الاستناد الى الادلة العامة وقلنا المستفاد من النص الخاص بطلان بيع مال الغير واطلاق الدليل يقتضي البطلان ولو مع لحوق الاجازة نعم انما رفعنا اليد عن دليل المنع في صورة الاجازة اللاحقة

بالنصوص الخاصة الواردة في المقام ومن تلك النصوص ما رواه ابو عبيدة<sup>١</sup>.

فان المستفاد من هذه الرواية ان الاجازة المتأخرة تؤثر في تحقق الزوجية من زمان العقد كما ان المستفاد من حديث زرارة<sup>٢</sup> كذلك. فان المستفاد من قوله عليه السلام « انّه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجازته فهو له جاز » ان الاجازة تؤثر في تحقق الزوجية من زمان العقد وهذا هو المدعى في المقام فالنتيجة ان القول بالكشف وان الاجازة كاشفة أمر على طبق القاعدة الاولى مضافاً الى أنه مستفاد من النصوص الخاصة.

وعن جملة من الاعيان الاستدلال على الكشف بوجهين: الوجه الاول: ان العقد بسبب تام للملك لعموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود»<sup>٣</sup> وتماه في الفضولي انما يعلم بالاجازة فاذا أجاز تبين كونه تاماً ويوجب ترتب الملك عليه والالزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شيء آخر.

ويرد على الوجه المذكور اولاً: ان دليل وجوب الوفاء بالعقد لا يكون دليلاً على الصحة بل دليل على اللزوم كما ذكرناه سابقاً واستدلنا عليه.

وثانياً: انه ما المراد من كون العقد سبباً تاماً؟ فان كان المراد ان العقد بنفسه سبب تام ولا دخل للمالك في تحقيقه فهو خلاف الضرورة وان كان المراد ان العقد سبب تام اذا كان مقارناً مع رضا

(١) لاحظ ص: ٢٩٠.

(٢) لاحظ ص ٢٩٧.

(٣) المائدة/١.

المالك وكونه مستنداً اليه فهو تام لكن الاجازة المتأخرة لا تكشف عن هذا المعنى.

وان شئت قلت: ان كانت الاجازة دخيلة في تحقق السبب فلا يتحقق المسبب الا بعد الاجازة وان لم تكن دخيلة يلزم الخلف.

ان قلت: الشرط الشرعي غير الشرط العقلي فلا يلزم كونه مقارناً مع السبب قلت: مرجع هذا الكلام الى أن الامر المحال في الشرعيات جازي فالتناقض وان كان محالاً عقلاً ولكن التناقض الشرعي أمر جازي وفساد هذه الدعوى أوضح من أن يخفى.

ان قلت: تعقب العقد بالاجازة شرط لا نفس الاجازة والتعقب أمر مقارن مع العقد. قلت: هذا ينافي ظاهر الأدلة فان المستفاد منها ان الشرط نفس الاذن والرضا لا التعقب به.

ان قلت: الشرط لحقوق الاجازة والحقوق وصف حالي ومقارن مع العقد قلت: ما المراد من اللقوق فان كان المراد تحقق الوصف المذكور خارجاً فيقال الاجازة لحقت بالعقد فلا ريب في تأخره عن العقد وقبل تحقق الاجازة لا يصدق انها لحقت بالعقد وان كان المراد ان الشرط عنوان انه يلحق بعد ذلك وهذا العنوان فعلي ومقارن، فلا اشكال في مقارنته للعقد لكن لا دليل على كفايته بل الدليل قائم على موضوعية نفس الاجازة.

الوجه الثاني: ان الاجازة متعلقة بالعقد والمفروض ان العقد تمليك من حينه فأثر الاجازة المتعلقة به تحقق الملكية من ذلك الحين فتكون الاجازة كاشفة.

وأورد عليه الشيخ قدس سره اولاً: بأن العقد لا يكون تمليكاً من ذلك الحين بل العقد حيث انه من الامور الزمانية يكون واقماً في ذلك الزمان الخاص فالزمان المشار اليه ظرف للعقد لا قيد

للتملك كما أن إيجاب الموجب لا يكون تمليكاً من زمان الإيجاب وعليه يتحقق المسبب من حين الامضاء فكما ان الامضاء لو تعلق بالعقد في زمان تحققه بلا تأخير يتحقق المسبب من ذلك الزمان كذلك يتحقق المسبب من حين الاجازة فان زمان الاجازة زمان الامضاء الشرعي وكما ان الفسخ يكون رداً للعقد من حينه لا من أصله كذلك الاجازة.

ويرد على الشيخ قدس سره انا قد ذكرنا مراراً ان الاهمال غير معقول في الواقع فالبايع الذي يملك العين من المشتري لا بد من توقيت التملك فاما يملكه من الزمان السابق وأما يملكه من الزمان اللاحق وأما يملكه من زمان العقد فاذا فرضنا ان تمليكه من زمان العقد كما هو كذلك، والاجازة تتعلق بما اعتبره وانشأ الفضولي تكون النتيجة حصول الملكية من ذلك الزمان ويترتب عليه الكشف. وأما قياس الاجازة بالفسخ فمع الفارق فان الفسخ كالطلاق فكما ان الطلاق من الحين كذلك الفسخ. وبعبارة اخرى: وقع الكلام بين القوم في أن الفسخ حل العقد من الاصل أو من الحين والمشهور عندهم انه من الحين وأما الاجازة فالمفروض تعلقها بما وقع سابقاً فهي تابعة له.

وببيان واضح: ان القاعدة الاولى تقتضي أن تكون الاجازة كاشفة والا يلزم أن لا تكون الاجازة تابعة لما وقع وصدر عن الفضولي فيلزم الخلف.

ان قلت: مجرد رضا المالك بالمعاوضة بين ماله ومال المشتري يكفي في تحقق الاجازة فالمجيز لا يكون ناظراً الى زمان خاص فلا وجه للكشف.

قلت: المالك اما يلتفت الى ما فعل الفضولي ويجيزه وأما لا

يلتفت اليه أما مع الالتفات والاجازة فلا اشكال في كونها تابعة للمجاز في جميع الخصوصيات والا يلزم الخلف وأما مع عدم الالتفات فلا يكفي رضاه في الاجازة بل يكون اجنبياً عن العقد الفضولي بالمرة.

وأورد عليه ثانياً: ان الامر بالوفاء بالعقد لا يتوجه الى المالك الا بعد الاجازة والمفروض ان الحكم الوضعي ينتزع عن الحكم التكليفي فالملكية لا تحصل الا بعد الاجازة فكيف يمكن الالتزام بالكشف؟ وقس عليه قوله تعالى «احل الله البيع»<sup>١</sup>.

والجواب عن الاشكال المذكور انه لا اشكال في أن الخطاب لا يتوجه الى المالك الا بعد الاجازة كما ان اطلاق حلية البيع لا يشمل انشائه الا بعد الاجازة لكن السر الوحيد فيما ندعي ان الاجازة أمر تعلقي يتعلق بأمر آخر وفي المقام تتعلق بالبيع الفضولي وقلنا انها تابعة للمجاز والا يلزم الخلف والمفروض ان البيع الفضولي تمليك من زمان الفضولي فالاجازة المتعلقة به في حكم البيع من السابق فكأن المالك قال بعث داري من المشتري الاصيل من الامس فلاحظ واغتنم.

وأورد عليه ثالثاً: بأننا سلمنا ان المستفاد من الادلة الكشف الانقلابي لكن لا بد من رفع اليد عن الظهور اذ لا يمكن ابقاء الظهور بحاله مع منافاته لحكم العقل بعدم الامكان والمقام كذلك اذ يلزم خروج الشيء عما هو عليه فان العقد الصادر عن الفضولي قد فرض غير مؤثر في حصول الملكية فكيف يمكن ان الاجازة تؤثر وتجعله مؤثراً فان مرجعه الى انقلاب الشيء عما هو عليه ويكون غير المؤثر مؤثراً.



والجواب عن الاشكال المذكور ان العقد مادام لا يكون مورد الاجازة لا يكون مؤثراً وفي زمان الاجازة يكون مؤثراً، ولا ينقلب الشي مما هو عليه فان الانقلاب المحال ان نلتزم بكون العقد مؤثراً في زمان حدوثه ولا نقول به بل نقول حدث غير مؤثر وبقاء يكون مؤثراً فلا يلزم الانقلاب ولا يلزم المحال.

والعجب من الشيخ قدس سره كيف أورد الاشكال المذكور مع كونه خريت الفن ويشار اليه في جميع ميادين الفقه والاصول ولا غرو فان العصمة خاصة باهلها وفي أثناء كلامه أمر بالتأمل بقوله فتأمل ولعله ناظر الى ان الامر في القبول كذلك والقبول كالاجازة في هذه الجهة وانما لانقول بتحقيق الملكية من زمان الايجاب للسيرة العقلائية والشرعية على عدم تحقق الملكية قبل القبول والله العالم. والمتحصل مما تقدم انه لو قلنا بان الدليل على صحة الفضولي الادلة العامة كان مقتضى القاعدة كما تقدم كون الاجازة كاشفة كشفاً انقلابياً ولكن قد تقدم منا الاشكال في تمامية الاستدلال بالادلة العامة والعمدة في الاستدلال على الصحة النصوص الخاصة والعمدة فيها مارواه زرارة<sup>١</sup>.

فان المستفاد من التعليل الواقع في كلامه روعي فداء ان الميزان في مقابلية الصحة مع الاجازة عدم عصيان الله تعالى وأما مع عدم تحقق عصيانه تعالى فيكون ما وقع فضولا قابلاً للصحة مع الاجازة ومعها يجوز ويمضي ومقتضى اطلاق الجواز جواز ما انشأ الفضولي فيكون فعل الفضولي فعل المجيز بعد الاجازة وهذه الرواية هي العمدة في الاستدلال على تمامية الفضولي بالاجازة. وصفوة القول: ان المستفاد من كلامه عليه السلام انه لم يعص

الله وانما عصى سيده ان الملاك الموجب للفساد وعدم قابلية ما وقع للصحة أن يكون عصياناً له تعالى وخلاف حقه.

وان شئت قلت: التقسيم قاطع للشركة فالمانع الوحيد عدم رعاية الحق الالهي وأما الحق الخلقي فلا يكون مانعاً فاذا ارتفع واجيز ما وقع يصح.

وأما النصوص الخاصة الدالة على الصحة في الموارد الخاصة بكتاب النكاح أو باب بيع العبيد والاماء فلا يمكن الاستدلال بها على الكبرى الكلية السارية في جميع الموارد، بقي الكلام في حديث أبي عبيدة<sup>١</sup> فانه قد أمر عليه السلام بعزل سهم غير المدرك الى أن تبلغ الجارية وفي صورة اجازتها النكاح بعد الحلف يدفع اليها سهمها من الارث والحال ان عزل السهم من الارث لا ينطبق على القاعدة حتى على القول بالكشف الحقيقي اذ مقتضى الاستصحاب الاستقبالي انها لا تجيز فلا وجه لحبس الحق عن بقية الورثة ولكن لا بد من العمل بالحديث تعبداً وعلى كل تقدير لا يمكن أن يستفاد من الحديث الحكم الكلي في جميع الموارد وفي جميع الابواب فالمدرك للكلية منحصر في حديث زرارة فلاحظ.

«قوله قدس سره: وقد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة»

قد ظهر مما ذكرنا ان هنا وجهاً آخر للكشف وهو الكشف الانقلابي وهو الحق وقد تبين مما تقدم انه لا يتوجه به اي محذور واشكال.

«قوله قدس سره: فان الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً»

لاستصحاب عدم لحوق الاجازة فيكون حراماً ظاهراً وأما بحسب الواقع فيكون حلالاً فان المفروض تحقق الاجازة وهذا على القول بالكشف الحقيقي وأما على القول بالكشف الانقلابي فيكون الوطى حراماً اذ قبل الاجازة تكون الامة مملوكة لمالكها فالوطى يكون مصداقاً للزنا نعم بعد الاجازة يعتبر كونها مملوكة للمشتري من ذلك الوقت انما الكلام في الاثار المترتبة على العصيان فهل ترتفع بالاجازة أم لا؟

وسيدنا الاستاد فرق بين الحد والتعزير وقال: أما الحد فيسقط بالاجازة وأما التعزير فلا أما عدم الحد فلان الاجازة توجب اعتبار المرأة زوجة للاصيل من زمان العقد فوطيه اياها يحسب وطياً للزوجة وهذا معنى الانقلاب ومن الظاهر ان وطى الزوجة لا يكون سبباً للحد وأما التعزير فلان الحرمة لا تتبدل بالحلية بالاجازة كما ان المبغوضة لا تتبدل بعدمها.

ويمكن أن يناقش فيما أفاده بأنه لا اشكال في أن الحرمة لا تتبدل بالاباحة أما قبل الاجازة فظاهر وأما بعد الاجازة فقد انقضى ذلك الوقت واعتبار الاباحة لفعل بالنسبة الى الزمان الماضي غير معقول. وبعبارة اخرى: الترخيص انما يعقل بالنسبة الى فعل قابل للوجود والعدم وأما اذا لم يكن قابلاً كما في المقام- فاعتبار الحكم لغو صرف لكن نقول بعد الاجازة ان المرأة يعتبر كونها زوجة للاصيل وتكون المرأة في وعاء الشرع زوجة للوطى في زمان الوطى ومن الظاهر ان وطى الزوجة لا يكون فيه تعزير كما لا يكون فيه حد نعم لا اشكال في كونه مستحقاً للعقاب فان الاستحقاق للعقاب

ليس حكماً شرعياً كى نقول بارتفاعه بالاجازة.

وللمناقشة في اصل الدعوى مجال وهو انه لا اشكال في تعنون  
الواطيء حين الوطيء بكونه زانياً وعاصياً والشيء لا ينقلب عما  
هو عليه وبعبارة اخرى: لا اشكال في صدور الزنا عنه ومن صار  
زانياً يستحق الحد فلا يسقط عنه الحد كما انه لا اشكال في صيرورته  
عاصياً وساقطاً عن العدالة فلا مجال لان يقال يسقط عنه الحد  
بالاجازة والا يلزم أن يعود الى كونه عادلاً ولو مع عدم التوبة والندم  
وهل يمكن الالتزام به؟

وببيان اوضح: مقتضى اطلاق وجوب الحد على الزاني وجوبه  
وعدم سقوطه ولو مع اعتبار الوطيء وطياً للزوجة بقاءً فان حدوث  
الزنا يكفي لترتيب الاثر بالاطلاق ولعمري ما اقول نعم القول فافهم  
واغتنم.

«قوله قدس سره: ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى  
لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك»

الظاهر ضعف الاحتمال المذكور فان مقتضى الكشف الحكمي  
ترتيب جميع الاثار ومنها اعتبار الامة ام ولد.

«قوله قدس سره: مع احتمال كون النقل».

الاجازة التي تؤثر هي التي تصدر عن المالك الذي بيده الامر  
والمفروض انه بالنقل يصير اجنبياً عن العين فلامجال لاجازته بعد  
ذلك هذا على القول بالكشف الحقيقي وأما على بقية الاقوال حتى  
الكشف الانقلابي فالامر اوضح فلاحظ.

«قوله قدس سره: وعلى المجيز قيمتها»

الظاهر انه لا مجال لما أفاده فان الاجازة الواقعة بعد النقل ان

كانت واقعة في محلها وتكون كاشفة عن بطلان النقل فأنته نقل مال الغير وان لم تكن واقعة في محلها وكانت واقعة في غير محلها فلا اثر لها فعلى كلا التقديرين لاوجه لدفع قيمة ام الولد.

### «قوله قدس سره: كما في الفسخ بالخيار»

القياس مع الفارق فان الفسخ حل العقد من الحين أي من حين الفسخ لا من الاصل ومقتضى الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى صاحبه هذا من ناحية ومن ناحية اخرى التصرف من المالك في ملكه قبل الفسخ صادر من أهله وواقع في محله فيؤثر أثره وبعد الفسخ يعتبر ما نقل الى الغير تالفًا بالتلف الحكمي وتصل النوبة الى البدل من المثل أو القيمة وأما الاجازة في المقام فتكون كاشفة عن الملكية من وقت العقد فلاوجه للمقايضة بين المقامين فلا تغفل.

### «قوله قدس سره: مع احتمال الرجوع الى البدل»

أما على الكشف الحقيقي فالرجوع الى البدل منحصر في الاتلاف التكويني الخارجي ولايلحق به العتق اذ العتق وقع في ملك الغير ولم يصح فلا تصل النوبة الى البدل وأما على الكشف الحكمي فلامجال للاجازة اذ التلف تكوينياً كان أو تشريعاً لايبقى مجالاً للاجازة.

- وبعبارة واضحة: في صورة تلف العين يكون مورد الاجازة - منعدماً وان شئت قلت: الاجازة تكون كالبيع من الزمان السابق ومع نقل العين الى الغير أو انعدامها خارجاً لا مجال للبيع فلاحظ.
- «قوله قدس سره: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل اليه

### «العين»

الظاهر ان الامر كما أفاده فان اثر الكشف أن يكون نماء العين لمن انتقل اليه بخلاف النقل اذ النماء الحاصل قبل الاجازة مملوك لمن انتقلت العين عنه.

«قوله قدس سره: دون الكشف»

اذا كان كشفاً حقيقياً وأما على القول بالكشف الحكمي فلا فرق بينه وبين النقل وفي الحقيقة الكشف الحكمي هو النقل.

«قوله قدس سره: وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز ابطال احد المتعاقدين»

لا وجه لعدم الجواز لا تكليفاً ولا وضعاً أما تكليفاً فلعدم الدليل على حرمة الابطال وأما وضعاً فباطاله على القاعدة اذ يلزم بقاء المعاقدة والمعاهدة العقدية كي تكون قابلة لتعلق الاجازة بها وأما مع زوالها برفع يد احد الطرفين فلا موضوع للاجازة.

«قوله قدس سره: لا مدخل لاختيار المشتري فيه»

قد ظهر مما ذكرنا انه مع فسخ الاصيل لا يبقى موضوع للاجازة فلامجال للتقريب المنقول عن البعض.

«قوله قدس سره: فالاولى في سند المنع»

قد انقذ مما ذكرنا انه لا مجال للاخذ بالعموم والاطلاق بعد الفسخ ورفع اليد عن المعاقدة والمعاهدة ولعله يشير الى ما ذكرنا بقوله «ولا يخلو عن اشكال».

«قوله قدس سره: ولعله لجريان عموم وجوب الوفاء»

لا مجال لهذا التقريب فانا قلنا ان دليل وجوب الوفاء ارشاد الى اللزوم وغير متكفل للصحة ومن الظاهر ان اللزوم عارض على الصحة والحال ان العقد قبل الاجازة لا يكون صحيحاً فلامجال لهذا التقريب.

مضافاً الى أن الوجوب التكليفي الذي يستفاد من كلام الشيخ

انما يتصور فيما يكون العقد صحيحاً والا فلا مقتضي لوجوب الوفاء وببيان واضح: العقد الفضولي قبل الاجازة اما صحيح شرعاً واما غير صحيح أما على الاول فيلزم الخلف لان المفروض ان الاجازة لم تتحقق بعد مع انها مقومة لتحقق الامضاء الشرعي وأما على الثاني فلا مقتضي للوجوب.

«قوله قدس سره: اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء»

قد ظهّر مما ذكرنا ان ما أفاده مشكل وانه لا مقتضى لوجوب الوفاء وما أفاده بطوله وتفصيله لا يمكن المساعدة عليه.

«قوله قدس سره: والحاصل انه اذا تحقق العقد فمقتضى العموم

على القول بالكشف»

أصل المبني فاسد ولذا يفسد البناء المبني على الاساس الفاسد وصفوة القول: انه قبل تعلق الاجازة لا مقتضي لوجوب الوفاء وببيان آخر: قبل تحقق الصحة وقبل تمامية الامضاء الشرعي لا الزام من قبل الشارع وهذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره: ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة»

لا وجه للحرمة لا على النقل ولا على الكشف أما على النقل فظاهر فانه قبل الاجازة لا تتحقق العلقة العقدية شرعاً ومع عدمها لا موضوع للحرمة وأما على الكشف فلان اصاله عدم تحقق الاجازة تقتضي عدم الصحة نعم لو علم بلحوقها تترتب الاثار على القول بالكشف الحقيقي ولكن الكشف الحقيقي لا دليل عليه ومجرد فرض وخيال.

مضافاً الى أن الفسخ لا اثر له فان المعاودة تحققت بين الفضولي والاصيل ولا تنفسخ الا بفسخهما أو بفسخ احدهما وأما فسخ احد

الزوجين في النكاح أو المالك في البيع فلا أثر له فلاحظ.

«قوله قدس سره: على اشكال في الام»

الظاهر ان وجه الاشكال ان العقد اذا وقع على البنت تتعنون الام بعنوان ام الزوجة وبمجرد تعنونها بالعنوان المذكور تحرم على الزوج مؤبداً.

وقال السيد قدس سره في الحاشية: «ان الفسخ يكشف عن عدم تحقق الزوجية ولكن وجه التردد، التردد بين كون الفسخ كاشفاً عن الفساد من أول الامر أو رافعاً للعقد من الحين فعلى الاول لا تحرم وعلى الثاني تحرم والحق ان الفسخ كاشف عن الفساد من أول الامر فلا وجه للحرمة» انتهى.

ولا يكاد ينقضي تعجبي عن المقالة المذكورة فانا قد ذكرنا انه لا أثر للفسخ ومع ذلك لا وجه للحرمة اذ قبل الاجازة لا زوجية ولا ملكية ولا غيرهما فلا موضوع لهذه التفاصيل والحق هو الجواز على الاطلاق وبعبارة واضحة: اذا صارت المرئة زوجة للرجل تكون امه محرمة على الزوج والمفروض عدم تحقق الزواج الشرعي فلا تغفل.

«قوله قدس سره: وفي الطلاق نظر»

النظر ناش من أن المفروض ان الطلاق صادر من أهله وواقع في محله هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الطلاق متوقف على الزواج والمفروض عدم صحة الزواج قبل الاجازة فلا ترتفع المصاهرة. ان قلت: اما تلحق الاجازة فالزوجية متحققة واما لا تلحق فلا زوجية فلا وجه للحرمة. قلت: بعد صدور العقد عن الاصيل يجب عليه ترتيب الاثر عليه الى زمان تحقق الفسخ.



ولكن الحق عدم تمامية التقريب المذكور فان الاجازة اما كاشفة  
كشفاً حقيقياً واما لا تكون كاشفة أما على الاول فالزواج متحقق  
فالطلاق واقع في محله وأما على تقدير كون الاجازة ناقلة فلا  
موضوع للطلاق نعم على القول بكون الاجازة كاشفة كشفاً حقيقياً  
واحتمال لحوق الاجازة، يكون الطلاق باطلا لعدم الجزم به .

وفيه اولاً: ان الطلاق التعليقي لا مانع عنه ولا دليل على بطلانه  
وثانياً ان مقتضى الاستصحاب الاستقبالي عدم تحقق الاجازة .

### «قوله قدس سره: والطلاق هنا معتبر»

يمكن أن يكون الوجه في اعتبار الطلاق انه اذا اطلق الزوج يدل  
طلاقه على اجازته للعقد الفضولي ومع تحقق الزوجية يكون الطلاق  
صحيحاً ومؤثراً .

ويرد عليه اولاً: انه يتوقف على التفصات الزوج لوقوع العقد  
فاجازته وثانياً: انه كيف يمكن وقوع الطلاق والاجازة بلفظ واحد  
مع ان الطلاق يتوقف على تحقق الزوجية في الزمان السابق .

### «قوله قدس سره: وعن كشف المثلث نفى الاشكال»

لعل معنى العبارة انه نفى الاشكال عن الحرمة في حق المباشر .

«قوله قدس سره: وقد صرح ايضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور

من طرف الاصيل»

قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال لهذه الدعوى وانه لا موضوع  
للبزوم من الطرف الواحد فان اللزوم مترتب على الصحة وقبل  
الاجازة لا صحة فلا لزوم فلا مقتضى لترتب حكم من أحكام المصاهرة  
لا وضعاً ولا تكليفاً

«قوله قدس سره: ما لو انسلخت قابلية»

لقائل أن يقول: انه مع انسلاخ القابلية لا مجال للاجازة فلا موضوع لهذا البحث مضافاً الى أنه لا أصل للمقول بالكشف كي تصل النوبة الى بيان هذه الثمرات وبعبارة اخرى: على القول بالنقل لا يبقى مجال للاجازة مع انسلاخ القابلية وأما على الكشف فربما يقال بأن صحة الاجازة تتوقف على قابلية الاجازة فلا مجال لها ايضاً مضافاً الى أنه لا دليل على الكشف الحقيقي.

«قوله قدس سره: كما لو تجددت الثمرة وبدأ صلاحها»

بيع الثمرة قبل بدو صلاحها باطل على كلا التقديرين فلا مجال لعهده من الثمرات وبعبارة اخرى: لا يصح بيع المعدوم فلا فرق بين الكشف والنقل: ان قلت: الثمرة حين العقد معدومة فلا يصح العقد عليها ولكن حين الاجازة موجودة فيصح العقد عليها فتظهر الثمرة. قلت: العقد الفضولي يلزم أن يقع صحيحاً كي يكون قابلاً لان يعرضها الاجازة وبيان واضح الاجازة لا تكون معاملة مستأنفة بل انفاذ لما وقع فضولا فلا بد من أن نفرضها صحيحة والا فلا تكون قابلة للانفاذ والاجازة فلاحظ.

«قوله قدس سره: وفيما قارن العقد فقه الشروط ثم حصلت

وبالعكس»

اذا فرض فقدان العقد بعض الشروط كما لو كان غررياً وارتفع حين الاجازة لا تؤثر الاجازة فيه فان العقد الفضولي حين وقوعه لا بد أن يقع صحيحاً كي يكون قابلاً لان يجاز بالاجازة اللاحقة واما

مع بطلان العقد من ناحية فقدان بعض الشروط أعم من أن يكون من ناحية فقدان شرط من شروط العقد أو فقدان شرط من شروط المتعاقدين فلا يمكن أن يجاز بالاجازة اللاحقة نعم لو كان المميز فاقداً لبعض شرائط التصرف قبل الاجازة وحين الاجازة كان واجداً أو كان حين الاجازة واجداً وبعد الاجازة صار فاقداً تكون الاجازة مؤثرة لان الميزان يكون الاجازة صادرة عن الذي يكون قابلاً للتصرف.

ولما انجر الكلام الى هنا ينبغي أن يذكر ميزان كلي وهو انه في كل مورد يجوز لمن بيده الامر حين الاجازة ايقاع العقد ابتداءً يجوز له ايضاً اجازة العقد الواقع فضولاً مثلاً اذا فرضنا انه باع الفضولي العبد المسلم من مسلم اصيل ثم أرتد المشتري فهل يكون الاجازة جايذة أم لا؟ أما على النقل فلا يجوز لانه لا يجوز نقل المسلم الى الكافر على الفرض ولا فرق فيما نقول بين القول بالنقل المحض والقول بالكشف الحكمي لان المفروض ان الاجازة ناقله ولا يجوز نقل المسلم الى الكافر.

وأما على الكشف الحقيقي فالظاهر جوازه لان المفروض كون الاجازة كاشفة عن تحقق الملكية في زمان البيع ولم يكن مانع عن النقل في ذلك الزمان وقس على بيع العبد المسلم من الكافر بيع المصحف من الكافر.

واذا باع الفضولي مناً من الحنطة وقبل الاجازة تلفت الحنطة فعلى الكشف تكون الاجازة المتأخره مؤثرة وأما على النقل فلا اثر للاجازة اذ المفروض ان البيع من زمان الاجازة مستند الى المالك ولا يكون للمالك بيع المعدوم والمفروض ان الحنطة المبيعة معدومة حين الاجازة وقس بقية الموارد على المورد المذكورين

ففي كل مورد يكون العقد جازماً ابتداءً، تكون الاجازة صحيحة والا فلا.  
«قوله قدس سره: وكما يشعر به بعض اخبار المسألة»

لا يبعد أن يكون ناظراً الى حديث ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع اليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة واعتقمها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الالف فقال موالي العبد المعتقد انما اشتريت أباك بمالنا وقال الورثة انما اشتريت أباك بمالنا وقال موالي العبد انما اشتريت أباك بمالنا فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد وأما المعتقد فهو رد في الرق لموالي أبيه وأي الفريقين بعد اقاموا البيئته على أنه اشترى أباه من اموالهم كان له رقاً<sup>(١)</sup>.

والحديث ضعيف سنداً.

«قوله قدس سره: مضافاً الى فحوى خبر تزويج الصغيرين»

الجزم بالفحوى والاولوية مشكل فانا ذكرنا سابقاً انه يمكن ان المصلحة تقتضي التسمهيل في باب النكاح وعلى الجملة لا وجه للتعدي.

«قوله قدس سره: مضافاً الى اطلاق رواية عروة»

وقد تقدم الاشكال في رواية عروة سنداً ودلالة فراجع.

«قوله قدس سره: الا ان الارجح في النظر ما ذكرناه»

الانصاف انه لا رجحان فيما أفاده فان الكشف لا دليل عليه وأما على النقل فلا مجال للاجازة بعد الانسلاخ لعدم الدليل على امكان

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان.

الاجازة بعد الانسلاخ فان عمدة دليل صحة الفضولي حديث زرارة<sup>١</sup> ولم يفرض فى تلك الرواية صورة انسلاخ القابلية فلا مجال للقول بالصحة بعد الانسلاخ.

«قوله قدس سره: وربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات»

بأن يقال المدار فى خيار العيب بزمان العقد على القول بالكشف وبزمان الاجازة على القول بالنقل مثلاً لو كانت العين صحيحة حين العقد ولكن تعيبت بعد ذلك فعلى الكشف لا خيار على الفرض وعلى النقل يثبت خيار العيب لان زمان الاجازة زمان النقل والمفروض ان العين معيبة .

وكذلك تظهر الثمرة فى اختلاف القيمة الموضوع لخيار الغبن فانه على الكشف لا بد من ملاحظة ذلك الزمان وعلى النقل يكون الميزان زمان الاجازة.

وأما خيار المجلس فقال السيد قدس سره فى الحاشية: «وكذا بالنسبة الى خيار المجلس فانه بناءً على الكشف يكون المدار على زمان العقد وعلى النقل على زمان الاجازة» انتهى.

والذى يختلج بالبال أن يقال: انه لا تظهر الثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة الى خيار المجلس فان المستفاد من ادلة خيار المجلس ثبوته للبائع والمشتري فالميزان مجلس العقد على كل حال ومن ناحية اخرى لا مقتضى لثبوت الخيار للفضولي فان الفضولي أقل رتبة من الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة والاصحاب لا يلتزمون بثبوت الخيار له.

نعم لو كان المالك حاضراً فى مجلس العقد لا يبعد أن يقال بثبوت الخيار له وللاصيل لكن هذا على فرض الاجازة وأما مع عدم

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

الاجازة فلا خيار كما انه لو لم يكن حاضراً في مجلس العقد يشكل الالتزام بالخيار ولو مع الاجازة أعم من القول بالكشف أو بالنقل فانه لا اعتبار بمجلس الاجازة نعم اذا طال مجلس العقد الى زمان الاجازة والمجيز في زمان الاجازة كان حاضراً في مجلس العقد لا يبعد أن يكون الخيار ثابتاً له و للمشتري الاصيل.

### «قوله قدس سره: وحق الشفعة»

فعلى القول بالكشف يكون مبدأ الحق زمان العقد وعلى النقل زمان الاجازة وبعبارة اخرى: على القول بالكشف يثبت الحق بعد العقد وعلى النقل يتحقق الاثر أي يترتب الحق بعد الاجازة.

### «قوله قدس سره: واحتساب مبدأ الخيارات»

فخيار الحيوان مثلاً يكون مبدأ الثلاثة فيه على الكشف من زمان العقد وعلى النقل من زمان الاجازة.

### «قوله قدس سره: ومعرفة مجلس الصرف والسلم»

بأن يقال على الكشف الميزان مجلس العقد فلا بد من القبض في مجلس العقد وعلى النقل يكون المناط مجلس الاجازة. وأفاد السيد في العاشية «لا اعتبار بمجلس الاجازة بل لابد من بقاء مجلس العقد الى حين الاجازة».

والحق ان يقال: المناط بمجلس العقد ولا يلزم بقائه الى حين الاجازة بل يكفي القبض في مجلس العقد لان العقد يلزم أن يكون جامعاً للمشرائط الخالقية فاذا تحقق العقد مع جميع قيوده وشرائطه يكون قابلاً للحقوق الاجازة به ولا دليل على بقاء مجلس العقد الى حين الاجازة.

«قوله قدس سره: والايمان والنذور».

بأن يحلف أو ينذر أن يتصدق جميع ما يملكه يوم الجمعة فبإع الفضولي داره يوم الخميس وأجاز البيع يوم الاحد فعلى الكشف لا يكون تصدق الدار واجباً اذ المفروض عدم كونها مملوكة له يوم الجمعة وعلى النقل يجب فلاحظ.

«قوله قدس سره: وجهان»

الظاهر ان وقوع الامضاء الشرعي على طبق اجازته ذو وجهين والحق انه لا وجه للصحة فان المستفاد من الادلة عموماً وخصوصاً ان الاجازة اذا تعلقت بالعقد الفضولي على ما هو عليه تؤثر والا فلا وعليه لا وجه للصحة.

ويمكن أن يكون المراد من العبارة انه بعد فرض عدم وجه للصحة فهل يمكن الالتزام بتأثير الاجازة وصيرورة العقد مؤثراً على ما هو عليه؟ وجهان.

احدهما: انه لا أثر لها اذا كان التقييد الواقع في كلام المجيز مضيقاً لدائرة الامضاء فانه لا يمكن الالتزام بالصحة اذ المفروض ان العقد لم يجز والمجاز لم يقع ويمكن الالتزام بالجواز بأن نقول اذا كان ذكر القيد بعنوان الداعي فانه يصح العقد بالاجازة لان المفروض ان من بيده الامر اجاز العقد غاية الامر الذي يدعوه الى هذا الامر تحقق الملكية مثلاً أو الزوجية من الزمان الكذائي وتغلف الداعي لا يضر بالانشاء فلاحظ.

«قوله قدس سره: وظاهر رواية البارقي»

قد تقدم انه لا اعتبار بحديث البارقي فانه ضعيف سنداً وقاصر دلالة ولكن لا يحتاج الى الدليل بل مقتضى القاعدة الاولى كفاية انشاء الاجازة بما يكون مصداقاً عرفياً بلا فرق بين اللفظ والفعل

وبلا فرق في اللفظ بين كونه صريحاً أو ظاهراً أو كناية.

«قوله قدس سره: ومنه اجازة البيع الواقع عليه»

يشكل ما أفاده لان اجازة العقد الواقع على الثمن يتوقف على كون الثمن ملكاً له وكونه ملكاً له يتوقف على اجازة العقد الاول فكيف يمكن الالتزام بأن اجازة العقد الواقع على الثمن اجازة للعقد الواقع على المثلثن وبعبارة واضحة: دخول الثمن في ملكه يتوقف على اجازة العقد السابق واجازة العقد الثاني تتوقف على كون الثمن داخلاً في ملكه فزمان ملكية الثمن متقدم على زمان اجازة العقد الواقع عليه ففي زمان واحد كيف يمكن الجمع بين الامرين.

«قوله قدس سره: وكتمكنين الزوجة»

الكلام فيه هو الكلام والاشكال فيه هو الاشكال فلاحظ.

«قوله قدس سره: وهو يشبه المصادرة»

مضافاً الى أنه لا يشترط اللفظ في البيع ولذا نقول يتحقق البيع بالمعاطاة كما يتحقق بالعقد اللفظي بلا فرق.

«قوله قدس سره: وفيه نظر»

اذ الاستقراء لا يقتضي تحقق المدعى فان المعاطاة كالعقد اللفظي في ترتب الاثر والسيرة العقلائية الممضاة شرعاً جارية عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: والنصوص»

يمكن أن يكون مراده من النصوص الروايات التي يشير اليها في طي كلامه ولا بد من ملاحظة تلك النصوص كي نرى بأنه هل يستفاد منها المدعى أم لا وكيف كان مقتضى القاعدة عدم كفاية مجرد الرضا أما العموم والاطلاق كقوله تعالى «احل الله البيع» فلا



يشمل مجرد الرضا لانه يلزم أن يستند العقد الى من بيده الامر كي يشمل  
الدليل ومجرد الرضا بالعقد لا يقتضي الاستناد وأما النصوص فهي  
لا تدل على كفاية الرضا.

«قوله قدس سره: لا من جهة سببية الفعل تعبدًا»

الفعل كالقول في كونه مبرزاً عن الاعتبار وقابلاً لان ينشأ به  
ولا يرتبط بالتعبد ولادليل على كفاية الرضا وبديان واضح: الاجازة  
كالبيع أمر انشائي ومجرد الرضا النفساني لا يكون انشاءً.

«قوله قدس سره: صح ولم يعبروا بالاجازة»

لا يبعد أن يكون مرادهم بالرضا الاجازة لا مجرد الرضا القلبي.

«قوله قدس سره: دونها خرط القتاد»

لا نحتاج الى الاجماع بل الادلة الاولى كافية لاثبات المدعى  
مضافاً الى أنه لا يترتب على الاجماع المذكور أثر اذ على تقدير  
تحققه وتحصيله محتمل المدرك فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن  
قول المعصوم عليه السلام.

«قوله قدس سره: أقوى حجة في المقام»

العمومات لا تفيد اذ قبل تحقق الاجازة من قبل من بيده الامر  
لا يستند العقد اليه ومع عدم الاستناد اليه لا يتحقق شيء ولا يصح  
العقد الفضولي.

«قوله قدس سره: في عدة أخبار»

منها ما رواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبد الله  
عليه السلام فقال: اني كنت مملوكاً لقوم واني تزوجت امرأة حرة  
بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي اياها حين  
اعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك

لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول<sup>١</sup>. ويمكن أن يقال بأن تحقق الاقرار بالسكوت بعد العلم بالنكاح بالتعبد الشرعي مضافاً الى أن الكلام في كفاية مجرد الرضا ولو مع عدم الابرار والحوال ان السكوت في مثل هذه المقامات نحو اعضاء فلا يثبت المدعى بهذه الاخبار.

«قوله قدس سره: وما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه طلق»

لاحظ مارواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علي عليهم السلام انه أتاه رجل بعبد فقل ان عبدي تزوج بغير اذني فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق فقال له علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق فقال علي عليه السلام للعبد: اما الان فان شئت فطلق وان شئت فأمسك فقال السيد يا أمير المؤمنين امر كان بيدي فجعلته بيد غيري قال: ذلك لانك حين قلت له طلق اقررت له بالنكاح<sup>٢</sup> وهذه الرواية ضعيفة سنداً فلا يعتد بها.

«قوله قدس سره: وعلى أن المانع»

لاحظ مارواه زرارة<sup>٣</sup> فان المستفاد من الحديث لزوم الاجازة حيث قال «فاذا اجازه فهو له جاز» ومقتضى مفهوم الشرط انه لا يجوز مع عدم الاجازة.

(١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٩٧.

### «قوله قدس سره: وما دل على أن التصرف»

لاحظ ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري أشتترط أم لم يشتترط فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له وما الحدث قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء... الحديث<sup>١</sup>. ولا يبعد ان يستفاد من هذه الرواية ان مجرد الرضا الباطني بالعقد وبقائه يكفي في سقوط خيار الحيوان ولكن لا يترتب على الحديث الكلية السارية في جميع الموارد بل حكم خاص وارد في اطار مخصوص مضافاً الى أنه هل يمكن الالتزام بكفاية الرضا الباطني حتى في مورد سقوط خيار الحيوان فكيف ببقية الموارد.

### «قوله قدس سره: بعد ظهور الاجماع»

لا أثر للاجماع المدعى فانه على فرض تحصيله محتمل المدرك فلا يكون معتبراً ومؤثراً.

### «قوله قدس سره: ما يسقطهما»

اذا انشأ احد المتعاقدين كما لو باع داره من زيد وزيد قال لا اريد وبلا فصل قبل فهل يكون باطلا فانه لا وجه له مضافاً الى أن القياس مع الفارق فان رد المالك لا يوجب فسخ العقد فضولا اذ المعاقدة قائمة بالمتعاملين والمالك اجنبي عن هذه الجهة.

### «قوله قدس سره: هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على أموالهم»

مرجع الكلام المذكور الى أن المالك يمكنه الغاء الاهلية عن العقد الفضولي فان العقد الفضولي له أهلية لان تلحقه الاجازة

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١.

والمالك يلغى الاهلية واذا كان الغاء الاهلية ممكناً له يمكنه أن يسقط العقد عن الاعتبار من أول الامر بأن يجعله غير مؤثر وغير قابل للاجازة من أول الامر وهل يمكن الالتزام به؟  
مضافاً الى أنه لا دليل على هذه الدعوى أي لا دليل على أن السلطنة على المال يقتضي ذلك وبعبارة واضحة: أي دليل دل على سلطنة المالك على الالغاء.

### «قوله قدس سره: الصحيحة»

لاحظ مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال: خذ وليدتك وابنها فيناشده المشتري فقال خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال ابوه ارسل ابني فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه<sup>١</sup>.

### «قوله قدس سره: لامثل اخذ المبيع»

لم افهم وجه الفرق فان أخذ المبيع كعتق المبيع في كونه من لوازم ملك المبيع فما هو الفارق بين المقامين ولعل مراده من العبارة ان الذين صرحوا بحصول الفسخ مرادهم غير أخذ المبيع فلاحظ.

### «قوله قدس سره: فليطرح»

لاوجه لطرح الحديث أو تأويله اذ لم يقم في قبالة دليل معتبر كي يرفع اليد عنه.

«قوله قدس سره: فقولنا له أن يجيز مثل قولنا له أن يبيع»

وان شئت قلت: قولهم له أن يجيز مثل قولهم له أن يستطيع وله أن يسافر وبعبارة اخرى: يمكن للمكلف ايجاد موضوع جملة من الاحكام الوضعية والتكليفية ولا يكون معناه انه حق له وبعبارة واضحة: لا مانع من قبل الشارع عن ايجاد الموضوع.

«قوله قدس سره: فلو مات المالك لم يورث»

لعدم الدليل عليه بل ذكرنا في محله انه لا دليل معتبر على ارث الحقوق فراجع ما ذكرناه في هذا المقام من كتابنا «مباني منهج الصالحين».

«قوله قدس سره: يظهر بالتأمل»

يظهر الاثر في موردين: احدهما: فيما لو باع الفضولي ما يحرم عنه بعض الورثة كالزوجة بالنسبة الى العقار فعلى القول بعدم كونه حقاً وغير قابل للارث لا ترث منه الزوجة وأما ان قلنا بأنه من الحقوق القابلة للانتقال وقلنا بقيام الدليل على أن الحق يورث ترث الزوجة من الحق المذكور وان كانت محرومة من ارث المبيع. ثانيهما: انه وقع الكلام بينهم في أن الحق كيف يورث فقول بأن الوارث الطبيعي فكل من سبق الى اعماله يؤثر أثره وقول بأن الوارث مجموع الورثة وقول بأن ارث الحق بمقدار الارث من المال فلو قلنا بكونه حقاً يورث يقع فيه الاحتمالات الثلاثة المذكورة وان قلنا بأنه لا يورث يكون لكل من ورثة العين الاجازة في مقدار انتقل اليه على طبق القاعدة الاولى على كلام في امكان التبعض.

«قوله قدس سره: اجازة البيع ليست اجازة...»

في هذا التنبيه فروع الفرع الاول: انه أفاد الشيخ قدس سره

ان اجازة البيع لا تكون اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض المبيع والامر كما أفاده فان أحد الامرين أجنبي عن الآخر ولا وجه لكون اجازة العقد اجازة لامر آخر كالقبض والاقباض.

الفرع الثاني: انه هل تجري الفضولية في الافعال الخارجية كالقبض والاقباض أو لا تجري؟ الذي يختلج ببالي القاصر وفكرى الفاتر انها لا تجري ولا يقاس الفعل الخارجي على المعاملات الاعتبارية.

وبعبارة واضحة: انهم يدعون ان الفضولي لو باع دار زيد فضولا من بكر أو انكح المرأة الفلانية من شخص ثم أجاز العقد من بيده الامر توجب الاجازة اللاحقة استناد ما صدر عن الفضولي الى المجيز فكأن مالك الدار بالاجازة باع داره من زمان وقوع العقد وكان المرأة المزوجة فضولا باجازتها أنكحت نفسها من ذلك الشخص من زمان وقوع النكاح وهكذا وهكذا.

وانا استشكلنا في التقريب المذكور وقلنا العقود المعاملية امور تكوينية مثلا البيع عبارة عن الاعتبار النفساني وابرار ذلك الاعتبار بمبرز خارجي وكلا الامرين امران خارجيان وعلان تكوينيان نعم متعلق الاعتبار أمر اعتباري فكيف يمكن أن يستند الامر التكويني الصادر عن احد الى غيره بالاجازة.

ان قلت: فما تقول في الوكالة والاذن؟ قلت: قام الدليل القطعي على جواز التوكيل والاذن والنصوص وافية الدلالة على المدعى مضافاً الى السيرة الخارجية العقلائية الممضادة من قبل الشارع الاقدس فلا وجه للمقايضة مضافاً الى أن القبض والاقباض أمران خارجيان وليس فيهما شائبة الاعتبار.

ان قلت: فكيف سلمتم جواز الفضولي وصحة الاجازة كما سبق؟ قلت قد استندنا في جوازه وصحته بالاجازة بالنص الخاص اي حديث زرارة<sup>١</sup> ولا يستفاد من ذلك الحديث جواز تعلق الاجازة بالامور التكوينية الخارجية كالقبض.

ان قلت: لا اشكال في تحقق القبض والاقباض بالاذن السابق الصادر عن بيده الامر فيكون الاجازة اللاحقة مثله. قلت: لا وجه للمقايضة بين المقامين والقياس ليس من مذهب الامامية فما أفاده سيدنا الاستد قدس سره في هذا المقام من قياس الاجازة اللاحقة بالاذن السابق لا وجه له فلاحظ.

الفرع الثالث: ان الفضولي لو اقبض المعين من المشتري والمالك أجاز البيع وعلم بالاقباض ورضي به فهل يصدق القبض ويترتب عليه الاثار كسقوط الضمان لو تلف قبل القبض ام لا؟ وانعقاد هذا الفرع متفرع على عدم صحة الاجازة بالنسبة الى القبض كما سبق وقلنا لا دليل على صحتها ولا يبعد أن يقال بأن القبض الموضوع للحكم كسقوط الضمان يحصل بالرضا والاذن اللاحق وذلك لان أصل القبض قد حصل على الفرض ويكون المال مقبوضاً بالفعل ويكون مرضياً به من قبل المالك ويكون المقام مثل ما لو كان مال شخص عند آخر فاشتراه منه فهل يجب أن يرد المال وثنائياً يقبضه منه؟ لا اظن أن يلتزم بهذا اللزام فقيه هذا بالنسبة الى المبيع.

وأما بالنسبة الى الثمن فكونه مقبوضاً من الفضولي لا أثر له والمفروض عدم تحقق القبض من قبل البائع وقد فرضنا عدم صحة

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٩٧.

الاجازة بالنسبة اليه فمادام لم يصل الى يد المالك لا يترتب عليه الاثر.

وبعبارة واضحة: قبض الثمن من قبل البايع لم يتحقق نعم اذا قلنا مجرد رضا المالك يكفي في رفع الضمان وكان المالك راضياً بقبض الفضولي يحصل المطلوب ولكن على هذا لا فرق بين قبض الفضولي وكونه باقياً في يد الاصيل.

وببيان آخر: ان مرجعه الى كون المالك راضياً بعدم القبض واكتفائه بهذا المقدار فلا بد من ملاحظة الدليل وان أي مقدار يقتضي؟ وهل يسقط الضمان بهذا المقدار؟

ان قلت: يمكن للمالك أن يسقط الضمان المعلق على عدم القبض قلت: هذا اسقاط لما لم يجب اذ الضمان متفرع على التلف والمفروض انه لم يتلف ان قلت: ما المانع عن اسقاط مالم يجب فانه يسقط الضمان الذي سيوجد غاية الامر على نحو التعليق.

قلت: لا بد من وجود الدليل على جوازه والا فمقتضى الاصل الاولى عدم تأثير الاسقاط المشروط ولا يخفى ان هذا التقريب انما يتم لو قلنا بعدم انفساخ العقد بتلف الثمن واما ان قلنا بأن العقد ينفسخ بتلف الثمن فلا تصل النوبة الى الاسقاط أي بانفساخ العقد يرجع المبيع الى ملك المالك الاصيل فلاحظ.

الفرع الرابع: انه هل تجري الفضولية في تشخيص الكلي في الفرد وهل تكون الاجازة مؤثرة ام لا؟ فنقول: تتصور لهذا الفرع صور الصورة الاولى: أن يبيع الفضولي الكلي في ذمة زيد كمن من حنطة ثم يشخص الكلي في ضمن من شخصي مملوك لزيد فالذي يختلج بالبال عجالة انه لا بأس به ويصح مع الاجازة اللاحقة بأن



يجيز زيد أولاً اصل المعاملة ثم التشخيص المذكور فان التشخيص نحو معاوضة أي معاوضة بين الكلي والشخص الخارجي وفرضنا ان الفضولي يصح بالاجازة مثلاً اذا باع الفضولي عباء زيد بدرهم ثم أشتري بالدرهم مناً من الحنطة والمالك أجاز العقد الاول أولاً ثم أجاز العقد الثاني الظاهر انه لا بأس به والمقام كذلك.

الصورة الثانية: أن يبيع الفضولي مناً من الحنطة في ذمة زيد ثم شخص الكلي في من من الحنطة الخارجية المملوكة لنفسه ومن له البيع أجاز كلا الامرين فالظاهر صحته أيضاً ولا أرى فيه اشكالا. الصورة الثالثة: أن يكون الثمن كلياً من قبل الاصيل ثم شخصه في شخص ودفعه الى الفضولي ومن بيده الامر أجاز كلا الامرين فالظاهر أيضاً صحته اذ لم يظهر وجه للبطلان.

الفرع الخامس: انه لو باع الفضولي ما يشترط فيه القبض في المجلس ولكن لم يحصل القبض فهل يكون العقد المذكور قابلاً للاجازة وهل يكون القبض حين الاجازة كافياً ام لا؟ الظاهر انه لا يكون قابلاً للاجازة فان الاجازة كما ذكرنا سابقاً انما تؤثر فيما يكون المجاز تاماً وكاملاً من جميع الشرائط وتكون الشرائط الشرعية الالهية كاملة.

وبعبارة اخرى: العقد الفضولي لا بد أن يكون جامعاً للشرائط كي يكون قابلاً للاجازة والا فلا وحيث ان المفروض ان القبض شرط في مجلس العقد وقد فرض عدمه فلا أثر للاجازة وتحقق القبض حين الاجازة لا أثر له فان المستفاد من الدليل اشتراط القبض في مجلس العقد والبيع والمفروض ان البيع تحقق سابقاً والاجازة لا تكون بيعاً بل الاجازة انفاذ البيع السابق.

والذي يدل على ما نقول ان البيع ليس من الايقاعات بل من العقود واذا كان اجازة المالك بيعاً فيلزم أن يتحقق الاشتراء أيضاً والحال ان الاشتراء قد تحقق حين العقد ولا يكون اشتراءً جديداً. الفرع السادس: انه لو باع الفضولي ما يشترط فيه القبض وقد حصل القبض فأجاز المالك العقد ولم يجز القبض أو قلنا بأن اجازة القبض لا أثر لها كما قلنا فهل تكون الاجازة مؤثرة أم لا؟ الظاهر انها مؤثرة اذ المفروض ان الشرائط الراجعة الى حق الله كانت حاصلة حين العقد فالحق الواقع حين الفضولي كان جامعاً لجميع الشرائط والشيء لا ينقلب عما هو عليه فالاجازة تؤثر اثرها وبتقريب آخر: ان البيع قد وقع جامعاً للشرائط الالهية والاجازة لا تكون بيعاً جديداً وعقداً مستأنفاً بل الاجازة توجب نفوذ العقد السابق فيكفي كون العقد في ظرفه جامعاً للشرائط.

الفرع السابع: انه افاد سيدنا الامتداد بأن النزاع في الكشف والنقل لا يجري في القبض وكل عقد يشترط فيه القبض يتحقق الاثر فيه بعد الاجازة وبعبارة اخرى: اجازة القبض كقبض المجيز فكما ان قبض المجيز يكون جزءاً متمماً لحصول الملكية وقبضه لا يحصل الانتقال كذلك الاجازة فاجازة القبض تكون ناقلة دائماً ولا يتصور فيها الكشف بتقريب ان القبض لا يكون من الامور المتعلقة كى يؤثر في الواقع سابقاً فلامجال لجريان بحث الكشف والنقل في القبض.

ولا يكاد ينقضي تعجبي انه كيف صدر عنه التقريب المشار اليه فان القبض لا يكون أمراً تعلقياً ولكن الاجازة امر تعلقى يتعلق بالقبض السابق كما انها يتعلق بالبيع السابق مضافاً الى أن لازم كلامه انه لو باع الفضولي مال زيد بالبيع الذي يشترط فيه القبض

ولم يحصل القبض يصح باجازة البايع اذا حصل القبض حين الاجازة وهل يمكن الالتزام به؟

وعلى فرض الالتزام به يلزم جواز العقد الفضولي فاقداً لشرائط الصحة الشرعية اذا توفرت الشرائط عند الاجازة والالتزام بهذا اللازم الفاسد يناهض صريح حديث زرارة حيث قال الامام عليه السلام «فانه لم يعص الله وانما عصى سيده».

فان المستفاد من الحديث ان عصيان الله غير قابل للاصلاح ومن الظاهر ان القبض في الصرف والسلم شرط الهبي وخالقي لا خلقي فلا حظ.

الفرع الثامن: لو أجاز العقد دون القبض فيما يشترط فيه القبض فهل تصح الاجازة بالنسبة الى العقد وتوجب رد القبض أم تبطل اجازة العقد فلا يصح فنقول: اذا قلنا بأن القبض غير قابل بلاجازة كما سبق فلا أثر لرد القبض وأما ان قلنا بأنه تصح اجازة القبض فان قلنا بأنه يمكن التفكيك بين الاجازتين فالنتيجة صحة العقد وبطلان القبض وان قلنا بأنه لا يمكن التفكيك فالظاهر بطلان العقد اذ المفروض انه لا يصح العقد بدون القبض والمفروض ان القبض مردود فلا يمكن تصحيح العقد.

«قوله قدس سره: فالاقوى تداركه بالخيار أو اجبار المالك على أحد الامرين»

لامجال لا للخيار ولا للإجبار على أحد الامرين أما الخيار فانه متفرع على صحة العقد ولزومه والحال ان العقد لا يصح الا بالاجازة ومع عدم الصحة لا موضوع للزومه فلا وجه للخيار.

وأما اجبار المالك فأيضاً لا وجه له ولكن الذي يهون الخطب انه

لا يكون الاصيل ممنوعاً عن التصرف أما على النقل فواضح فان الانتقال يحصل بالاجازة وأما على الكشف فمقتضى الاستصحاب عدم تحققها فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه وعلى فرض العلم بالاجازة يجوز التصرف فيما انتقل اليه فانه ملكه على الفرض فلا اشكال.

«قوله قدس سره: السابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد»

اقول: الاجازة تارة تطابق العقد واخرى تخالفه وعلى التقدير الثاني قد تخالفه بالتباين واخرى تخالفه بالكلية والجزئية وثالثة بالاطلاق والاشتراط فهنا صور اربعة: أما الصورة الاولى فلا اشكال في صحة العقد بها على ما هو المقرر من أن الاجازة تفيد الصحة. وأما الصورة الثانية فلا اشكال في فساد الاجازة ولا اثر لها كما هو ظاهر.

وأما الصورة الثالثة فأفاد الشيخ بأنها تفيد وتوجب نفوذ العقد بالمقدار المجاز وتبعه سيدنا الاستاد وتقريب الاستدلال على المدعى: ان وقوع البيع على المركب يوجب انحلاله بانحلال الاجزاء فكل جزء مبيع ويترتب عليه حكمه فلا مانع عن المخالفة أي المخالفة بالكلية والجزئية فلو باع الفضولي دار زيد من الغير يمكن للمالك اجازة البيع بالنسبة الى نصف الدار أو ثلثها وهكذا غاية الامر يثبت خيار تبعض الصفقة للمشتري الاصيل.

ويرد على هذا التقريب أولاً: بالنقض وثانياً بالحل أما النقض فانه يلزم على التقريب المذكور أن يثبت للبائع والمشتري في بيع المركب كبيع الدار خيار المجلس باعتبار كل جزء منه فيكون لكل منهما خيار بالنسبة الى النصف والثلث والربع وهكذا وهل يمكن

الالتزام بهذا اللازم؟ وهل يلتزم القائل بالتعدد في المبيع؟  
وأما الحل فان بيع الدار بيع واحد وهكذا بقية الموارد وربما يكون المبيع متعدداً وثمن كل واحد من المتعدد معين وانما يجمع البيوع المتعددة في انشاء واحد وهذا الفرض خارج عن محل الكلام نعم يتعدد البيع بتعدد البايع فتعدد البيع يتحقق أما بتعدد البايع أو بتعدد المشتري أو بتعدد المبيع وأما مجرد كون المبيع مركباً فلا يوجب تعدد البيع ولا دليل عليه لا من العرف ولا من الشرع وما نقول موافق مع ما اختاره السيد قدس سره في الحاشية ونعم المؤيد هو.

وأما الصورة الرابعة فلها أقسام متصورة القسم الاول: أن يكون العقد مشروطاً بفعل كما لو باع الفضولي دار زيد من بكر بشرط أن يختم قرآنًا والمالك أجاز البيع بلا شرط فالظاهر عدم صحة الاجازة بلا فرق بين كون المدرك في صحة الاجازة الأدلة العامة أو النص الخاص وذلك لان ما صدر عن الفضولي ما اجيز فلا يستند ما صدر عنه الى المجيز كما ان قوله عليه السلام في حديث زرارة «انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز» لا يشمل.

القسم الثاني: أن يشترط الفضولي الخيار على الاصيل والمالك أجاز العقد مطلقاً فالكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل والقول بأنه تجاوز عن حقه فما وجه عدم الصحة لا يرجع الى محصل صحيح فان ثبوت الحق له يتوقف على الاجازة والمفروض انه لم يجز المشروط فلا حق له كي يتجاوز عنه.

والحاصل: انه لا يمكن الالتزام بالصحة لا مشروطاً ولا مطلقاً أما مشروطاً فلعدم المقتضي وأما مطلقاً فلعدم التطابق بين الاجازة والمجاز.

القسم الثالث: أن يشترط الفضولي شرطاً على الاصيل وأجاز المالك بلا شرط والكلام فيه هو الكلام.

القسم الرابع: أن يبيع الفضولي مطلقاً والمالك يجيز العقد مشروطاً كما لو باع الفضولي دار زيد من بكر بلا شرط وأجاز المالك العقد مشروطاً بفعل كزيارة المشهد الرضوي مثلاً فهل تصح الاجازة أم لا؟ الظاهر هو الثاني وعدم الصحة في الفرض المذكور أوضح.

وإذا فرض ان الاصيل قبل الشرط فهل يصح أم لا؟ الظاهر هو الثاني اذ المفروض ان العقد الواقع مطلقاً لا ينقلب عما هو عليه والمفروض انه لم يتحقق عقد مستأنف فما وقع يجز وما اجيز لم يقع.

وصفة القول: ان المستفاد من كلام الامام عليه السلام في حديث زرارة انه لا بد من أن ما وقع فضولاً يقع مورد الاجازة كي يصح وأما اذا اختلف المجاز مع الاجازة فلا يستفاد من الحديث كونه تاماً بل المستفاد من مفهوم الشرط انه مع اختلاف الاجازة لا يصح العقد فلاحظ.

«قوله قدس سره: يشترط في المجيز أن يكون حين الاجازة

جائز التصرف»

والوجه فيه ان الاجازة مؤثرة في ترتب الاثار فيلزم أن يكون المجيز جائز التصرف وبعبارة واضحة: الاجازة مثل البيع فكما أن البائع يلزم أن يكون جائز التصرف كذلك يلزم أن يكون المجيز جائز التصرف.

«قوله قدس سره: ولا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف والنقل»

اذ على القول بالكشف ايضاً يلزم أن تصدر الاجازة ممن بيده الامر فلا فرق بين القولين من هذه الجهة كما أفاد.

«قوله قدس سره: اولهما للعلامة»

وأجاد فيما أفاد ذكرنا كراراً ان العقد الفضولي يلزم أن يكون جامعاً للشرائط المقررة الخالقية كي يكون قابلاً لان تلحقه الاجازة والمفروض ان عدم المفسدة أو وجود المصلحة شرط في بيع مال اليتيم فاذا فقد الشرط المذكور لا يكون قابلاً لان يجاز وان الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

«قوله قدس سره: من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيداً امتنع

الوصول اليه»

هذا الانتقاض غير وارد فان الكلام في فقدان الشرائط الشرعية وعدم بعد المالك ليس من الشرائط.

«قوله قدس سره: يمنع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في

زمان يقتضى امتناعه...»

الامر كما أفاده فان الشيء لا ينقلب عما هو عليه واذا كان العقد فاقداً لشرط من الشرائط يلزم فساده الا أن يقوم دليل في مورد خاص يدل على الصحة ومعنى الامتناع ان الحكم مترتب على موضوع خاص وسبب مخصوص والمفروض ان الواقع في الخارج مغاير معه فلا يكون قابلاً للصحة.

«قوله قدس سره: مضافاً الى الاخبار الواردة في تزويج الصغار

فضولاً»

هذه الاخبار لا تدل على مدعى الشيخ قدس سره فان الكلام في

كون العقد الفضولي فاقداً لبعض الشرائط حين حدوثه ووجود الولي ومن بيده الامر وامكان الوصول اليه عاجلاً ليس من الشرائط المقررة الالهية فلا ربط بين المقام وبين تلك الروايات.

«قوله قدس سره: فانه لا حاجة الى الاجازة»

كيف لا يكون محتاجاً اليها والحال انه وقع فاسداً وفاقداً للشرط المقرر والشيء لا ينقلب عما هو عليه بل مع الاجازة لا يصح لما ذكر.

«قوله قدس سره: للاصل»

الظاهر انه لا أصل للاصل المذكور فان مقتضى الاصل في جميع موارد الاحكام الوضعية البطلان وعدم ترتب الاثر المطلوب الا أن يكون المراد بالاصل القاعدة المستفادة من العمومات فعطف لفظ العمومات على قوله الاصل عطف تفسيري.

«قوله قدس سره: والعمومات»

قد تقدم منا انه لا مجال للتمسك بالعمومات وانما اعتمدنا في الالتزام بصحة البيع الفضولي بالنص الخاص ولعل وجه الاشكال في الاستدلال بالعمومات يظهر من الايرادات الواردة في المقام التي اشار اليها الشيخ قدس سره بقوله «عدا امور لفقهاء بعض من قارب عصرنا» وذكرها بعد الاشارة اليها على نحو التفصيل.

«قوله قدس سره: وقد مر» الاشكال فيه»

وهو ان البايع الفضولي اذا باع لنفسه لا يكون قاصداً لمفهوم المعاوضة فان قوام المعاوضة بدخول كل من العوضين في محل خرج منه العوض الاخر والمفروض ان الفضولي لم يقصد المعاوضة على هذا المنوال فيكون عقده باطلا مضافاً الى أن الاجازة الصادرة



عن المالك لا تتعلق بما انشأه الفضولي اذ المفروض ان الفضولي قصد دخول الثمن في كيسه والمالك أجاز دخول الثمن في ملكه فما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع.

وهذا الاشكال لا يجري في المسئلة التي بأيدينا اذ المفروض ان المجيز والبايع شخص واحد ولعل قوله قدس سره «وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك» اشارة الى هذا الوجه.

اضف الى ذلك النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عند البايع وقد تعرضنا لهذه النصوص هناك.

وقد أجاب عن الاستدلال بهذه النصوص على بطلان الفضولي سيدنا الاستاد بأنه يمكن أن يكون المراد من النصوص المشار اليها النهي عن كون الفضولي طرفاً للمعاملة والمعاقدة بحيث يتوجه اليه خطاب أو فوا بالعقود.

وما أفاده غير قابل للقبول وغير تام فان بعض نصوص الباب صريح في أن بيع مال الغير غير صحيح لاحظ ما رواه الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه وعرف حدود القرية الاربعة فقال للمشهود اشهدوا اني قد بعث فلاناً يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا والثاني الثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك<sup>١</sup>. فانه قد صرح في المكاتبه على أن بيع المملوك جاز نافذ وأما

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه.

بيع مال الغير فلا يكون صحيحاً ومقتضى اطلاقه عدم صحته ولو مع حقوق الاجازة من المالك.

ان قلت: بعد اجازة المالك يكون البيع بيعاً للمالك فما الايراد؟ قلت: الاجازة انفاذ للعقد السابق وليس عقداً جديداً ولذا لا يشترط فيها الشروط المعتبرة في البيع ومقتضى دليل المنع عن بيع مال الغير عدم تماميته حتى مع الاجازة فتحصل انه لا مجال لتصحيح العقد في الصورة المفروضة لا بالادلة العامة ولا بالنص الخاص أي حديث زرارة<sup>١</sup> أما عدم امكان الاستناد الى الادلة العامة فقد ظهر الوجه فيه آنفاً وسابقاً وذكرنا ان الاجازة لا تكون عقداً مستأنفاً ولا تكون مصداقاً للبيع كى يشملها قوله تعالى «احل الله البيع» أو قوله تعالى «تجارة عن تراض».

وأما حديث زرارة فأيضاً لا يشمل المقام لان الفضولي لم يقصد حقيقة البيع فلا يكون العقد المذكور قابلاً لان يجاز فعلى تقدير رد بقية الوجوه المذكورة للمنع وعدم تماميتها يكفي للمنع الوجه الاول من تلك الوجوه بالتقريب الذي ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثاني انا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك»

تعرض الشيخ قدس سره لامرين: احدهما: ان رضا المالك حين العقد مفقود ثانيهما: انه لا قدرة على التسليم وأجاب عن الاشكال الاول بأن رضا المالك حين الاجازة يكفي وبعبارة اخرى: يلزم أن يكون المجيز مالكاً للمبيع وفي المقام كذلك وأزيد من هذا المقدار غير لازم.

وأجاب عن الاشكال الثاني بأن العقد يلزم أن يكون جامعاً

للشرائط كي يكون قابلاً لان يجاز وأما مع عدم كونه جامعاً للشرائط فيبطل العقد من غير ناحية الاجازة فلو لم تكن القدرة على التسليم حين البيع يكون العقد باطلاً والعقد الباطل لا يكون قابلاً لان يجاز.

«قوله قدس سره: الثالث ان الاجازة حيث صحت كاشفة على

الاصح مطلقاً»

حاصل الاشكال ان مقتضى دليل صحة الفضولي الكشف فيلزم خروج الملك عن ملك البايع قبل دخوله في ملكه وأورد عليه الشيخ قدس سره: بأننا نلتزم بالكشف من زمان امكانه فنلتزم بدخوله في ملك المشتري بعد دخوله في ملك البايع.

ويرد عليه انه لو اغمض عما ذكرنا وقلنا بإمكان الاخذ بالعمومات لتصحيح البيع الفضولي لكن نقول: الاجازة اما توافق العقد في المفاد أو تخالفه أما على الاول فلا مجال لكونها موجبة لتنفيذ العقد اذ يلزم الخروج قبل الدخول.

وأما على الثاني فيرد عليه ان ما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع هذا.

وعن الميرزا ان البيع الصادر عن المالك رد للبيع الفضولي هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان المالك يمكنه اسقاط لحوق الاجازة فان الناس مسلطون على أموالهم.

ويرد عليه اولاً: ان بيع العين لا يستلزم الرد بل يمكن أن يكون حين البيع غافلاً أو جاهلاً بوقوع الفضولي في ماله وثانياً: انه سلمنا انه رد لكن لا نسلم كون الرد مسقطاً للعقد عن قابلية لحوق الاجازة فان شأنية العقد للحقوق الاجازة به من شأن العقد ولا يكون قابلاً للزوال وقد سبق منا ان الحق ان الاجازة بعد الرد مؤثرة مضافاً الى أن المال انتقل الى الغير ولا دليل على كون المالك مسلطاً على

مال الغير فلاحظ.

«قوله قدس سره: الرابع ان العقد الاول انما صحح وترتب عليه أثره باجازه الفضولي»

حاصل الاشكال: ان العقد الاول الصادر عن الفضولي يتوقف صحته على اجازة الفضولي وتأثير اجازة الفضولي يتوقف على صحة العقد الثاني والعقد الثاني يتوقف على بقاء الملك في ملك مالكة الاصيلي فيلزم تعدد المالك على ملك واحد في زمان واحد وهو محال مثلاً نفرض ان الفضولي باع دار زيد في يوم الجمعة وفي يوم السبت اشترى الدار عن مالك الدار ثم أجاز البيع الاول فعلى القول بالكشف يكون المبيع للبائع الاصيلي وللمشتري من الفضولي بعد البيع الفضولي وقبل البيع الثاني وهذا أمر غير معقول ولا يقاس بيع المالك على اجازته فانه يكفي في الاجازة الملك الصوري وأما في البيع فلا يكفي الملك الصوري بل يلزم الملك الواقعي.

وأجاب الشيخ عن الاشكال بأنه نلتزم بالملكية من الزمان المقابل لا من حين العقد فنقول: العين تبقى في ملك المالك الاصيلي الى زمان بيعها ويدخل المبيع في ملك الفضولي باثرائه ثم يدخل في ملك المشتري الاول بعد اجازته.

ويرد عليه ان ما ادعاه لا ينطبق على القاعدة ولا يمكن الالتزام به فنقول: على مذهب الكشف الحقيقي يلزم اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد: المالك الاصيلي وهو مالك للعين على طبق القاعدة والمشتري يملك العين من حين العقد والبائع الفضولي أيضاً مالك اذ مع عدم كونه مالكاً لا مجال لتمامية اجازته.

هذا على القول بالكشف الحقيقي ولكن الكشف الحقيقي لا دليل عليه وأما على الكشف الانقلابي الذي قلنا به فهل يمكن اتمام

الامر وهل يسلم عن الاشكال أم لا؟ الذي يختلج بالبال أن يقال: العين تبقى في ملك المالك الاصلي الى حين البيع فيكون داخلة في ملك الفضولي المشتري الى زمان الاجارة ومن حين الاجارة يحكم بكونها مملوكة للمشتري الاول الذي اشترى العين من الفضولي فلا يتوجه الاشكال المذكور وبعبارة اخرى: لا يتحقق التضاد بين الملاك وبعبارة واضحة: يمكن دفع تعدد الملاك بهذا التقريب فلاحظ.

«قوله قدس سره: الخامس ان الاجارة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول»

توضيح المراد: ان زيدا مثلاً يبيع مال بكر يوم الجمعة من خالد ويوم السبت يشتري ذلك المال من بكر ويجيز في يوم السبت العقد الواقع يوم الجمعة والاجارة الواقعة يوم السبت تكشف عن كون المال مملوكاً لخالد ونفرض الثمن في العقد ديناراً وفي العقد الثاني دينارين فيلزم توقف تمامية العقد الاول على العقد الثاني اذ مادام لا يصير البائع الفضولي مالكا للمال ولم يجز لا يصير المال ملكاً للمشتري في العقد الاول وايضاً يلزم أن يكون العقد الثاني متوقفاً على اجارة المشتري الاول اذ المفروض انه ملك للمشتري الاول قبل العقد الثاني فيلزم صحة كل واحد من العقدين على اجارة المشتري في العقد الاول.

ويلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئاً لا من الثمن ولا من المثمن اذ المفروض خروجه عن ملكه قبل أن يبيع ويلزم تملك المشتري الاول وهو خالد العين بلا ثمن ان كان الثمن في كل واحد من العقدين مساوياً مع الثمن في العقد الاخر ومع زيادة ان كان الثمن في العقد الثاني ازيد كما لو كان الثمن في العقد الاول ديناراً وفي العقد الثاني دينارين ودون تمام الثمن الاول ان كان الثمن في العقد

الثاني أقل من الثمن في العقد الاول كما لو كان الثمن في العقد الاول دينارين وفي العقد الثاني ديناراً وايضاً يلزم خروج الثمن عن ملك المشتري في العقد الثاني بلا عوض.

وأجاب عنه الشيخ قدس سره بأن الاشكال ناش عن كون الاجازة كاشفة عن الملكية من حين العقد وأما لو قلنا بكونها كاشفة من زمان ممكن فلا يتوجه الاشكال.

اقول: قد تقدم منا انه يلزم القول بعدم تمامية الاجازة وعدم صحة العقد الفضولي في الفرض المذكور اذ لا دليل على تأثير الاجازة بنحو لا يكون تطابق بين المجاز والاجازة في الاثر فان الاجازة اذا لم تكن موافقة ولم تتعلق بالعقد الصادر عن الفضولي فلا مقتضي للصحة وأما مع المطابقة فلا مجال للقول بالصحة مع توجه اللوازم الفاسدة والالتزام بالصحة على نحو يكون خالياً عن اللازم الباطل كما ارتكبه الشيخ لا دليل عليه هذا على القول بالكشف الحقيقي.

وأما على القول بالكشف الانقلابي الذي قلنا به فهل يسلم عن الاشكال المذكور؟ الظاهر انه لا يمكن اذ يلزم أن يحكم بقاءً بعدم تملك المالك الاصلي شيئاً و خروج الثمن عن ملك المشتري في العقد الثاني بلا عوض و تملك المشتري الاول باحد الوجوه المذكورة الباطلة.

«قوله قدس سره: السادس ان من المعلوم انه يكفي في اجازة المالك وفسخه»

حاصل كلامه: ان المفروض في المقام ان المالك الاصلي قد باع العين من الفضولي هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يكفي في

الفسخ فعل ما ينافي الامضاء كما لو تصرف ذو الخيار تصرفاً اعتبارياً فيما انتقل عنه مثل أن يبيع العين المبيعة بالبيع الخياري فان بيعه يوجب فسخ العقد الاول فالبيع في المقام قبل اجازة العقد الفضولي يكون دالا على رده وبعد الرد لا يبقى مجال وموضوع للاجازة فيبطل العقد الصادر عن الفضولي.

وأورد عليه الشيخ قدس سره بأن الرد من الامور الانشائية ويحتاج الى القصد فمجرد البيع خصوصاً مع جهله بالعقد الفضولي أو غفلته عنه لا يكون رداً ولا وجه لقياس المقام على بيع ذي الخيار ما انتقل عنه فان التصرف هناك فيما انتقل عنه يتوقف على الفسخ بخلاف المقام نعم البيع الصادر عن المالك الاصلي اذا كان صحيحاً يوجب انتفاء قابلية العقد الفضولي للاجازة من قبل المالك الاصلي وأما بالنسبة الى المالك الجديد فلا وجه لسقوط العقد عن قابلية اجازته هذا حاصل كلامه.

اقول: مضافاً الى ما أفاده انا نفرض ان بيعه رد للعقد الفضولي ولكن أي دليل دل على أن الرد يسقط العقد الفضولي عن قابلية الاجازة وقد مرّ منّا ان الاجازة بعد الرد تؤثر.

اضف الى ذلك ان تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه لا يكون دليلاً على الفسخ بالنسبة الى العقد الخياري بل يكون غير معقول لان الفسخ أمر انشائي كما ان البيع كذلك والفسخ يقتضي ارجاع العين الى ملكه وارجاع بدل العين الى وعائها والحال ان البيع يقتضي اخراج العين عن ملكه وكيف يمكن أن يتحقق الامران بانشاء واحد في زمان واحد والحال انهما متناقضان ومتنافيان فلا حظ.

### «قوله قدس سره: السابع الاخبار المستفيضة»

منها ما رواه سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: ونهى عن بيع ما ليس عندك ونهى عن بيع وسلف<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من هذه الاخبار ان بيع الفضولي باطل على الاطلاق فلا يصح بالاجازة اللاحقة.

### «قوله قدس سره: وخصوص رواية يحيى»

لاحظ ما رواه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها اربحك فيهما كذا وكذا قال: لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها<sup>٣</sup>.

### «قوله قدس سره: ورواية خالد»

لاحظ ما رواه خالد بن الحجاج قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يحيى فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال: أليس ان شاء ترك ان شاء اخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به انما يحل الكلام ويحرم الكلام<sup>٤</sup>.

(٢٥١) الوسائل الباب ٧ من ابواب أحكام العقود الحديث ٢ و ٥.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ١٣.

(٤) نفس المصدر الحديث ٤.



### قوله قدس سره: وصحیحة ابن مسلم

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلني اشتريه منك، بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه<sup>١</sup>.

### «قوله قدس سره: وصحیحة منصور»

لاحظ ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه<sup>٢</sup>.

### «قوله قدس سره: وصحیحة معاوية»

لاحظ ما رواه معاوية بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولوني عليه واقاوله في الربح والاجل حتي نجتمع على شيء ثم أذهب فأشترى له الحرير فأدعوه اليه فقال: أرايت ان وجد بيعاً هو احب اليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف اليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف اليه وتدعه؟ قلت: نعم قال: فلا بأس<sup>٣</sup>.

فان المستفاد من هذه النصوص عدم جواز البيع قبل الاشتراء فيكون بيع مال الغير لنفسه باطلاً.

واجاب الشيخ قدس سره عن الاخبار عموماً وخصوصاً بأن المراد منها ان بيع مال الغير مجرداً عن الاجازة لا يفيد وبعبارة اخرى: تكون دالة على البطالان من هذه الجهة فالحكم حيثي فلا تنافي تامة

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ٨.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) نفس المصدر الحديث ٧.

العقد بالاجازة اللاحقة.

ويرد عليه ما ذكرناه سابقاً وقلنا ان مقتضى الاطلاق عدم تأثير الاجازة اللاحقة وبييان واضح: ان المستفاد من هذه النصوص انه يشترط في البيع أن يصدر من المالك أو من الولي أو من الوكيل فلو كنا نحن وهذه الاخبار لكننا نلتزم ببطلان الفضولي غاية الامر انما نقول بالصحة مع الاجازة ببركة حديث زرارة الوارد في نكاح العبد بلا اذن مولاه فان مقتضى عموم التعليل الوارد في الحديث جواز الفضولي بالاجازة.

بقي شيء وهو ان الروايات الدالة على المنع عن بيع غير المملوك هل تكون تامة سنداً أم لا فنقول أما حديث سليمان بن صالح وهو الحديث الثاني من الباب السابع من أبواب احكام العقود فالظاهر انه تام سنداً فلاحظ كما ان الحديث الثامن من الباب الثامن تام سنداً كما ان الحديث السابع كذلك ويدل على المطلوب ايضاً ما رواه الصفار فان هذه الرواية تدل بالصراحة على عدم جواز بيع غير المملوك.

«قوله قدس سره: فلا تعرض فيه لحال المالك»

قد ذكرنا ان مقتضى النهي عن بيع غير المملوك فساد البيع على الاطلاق ومقتضاه ان البيع المذكور لا يقع لا للبايع ولا للمالك لا قبل الاجازة ولا بعد الاجازة ولذا بنينا على أن القاعدة الاولى تقتضي بطلان الفضولي على الاطلاق.

مضافاً الى أن البيع في المقام لا يعقل أن يقع للمالك بالاجازة اذ المفروض ان الفضولي باع مال الغير لنفسه ومعناه أن يخرج العين

من ملك المالك ويدخل الثمن في ملكه والمالك اما يجيز العقد الواقع من الفضولي بقيوده وخصوصياته واما يجيز غيره أما على الاول فلا يصح كما مرّ وبنى الشيخ عليه.

وأما على الثاني فلا يصح ايضاً لان المجاز لم يقع وما يقع لم يجز اصف الى جميع ذلك انه قد تقدم منا ان المفروض ان الفضولي باع مال الغير لنفسه وهذا ليس مصداقاً للبيع.

ان قلت: البيع تمليك عين بعوض وهذا التحديد ينطبق على ما صدر عن الفضولي قلت: اولاً: ننقض ونقول: اذا ملك الفضولي دار زيد ليكر في مقابل ألف دينار يخرج عن كيس خالد ويدخل في كيس غلام عمرو فهل يكون هذا مصداقاً للبيع؟ وهل يشمل ادلة صحة البيع والتجارة ووجوب الوفاء بالعقود؟

وثانياً نجيب بالحل وهو ان المتبادر من لفظ البيع تمليك عين من شخص في مقابل عوض من ذلك الشخص بحيث يتبادل العوضان أي يدخل كل من العوضين في مكان العوض الاخر.

وصفوة القول: ان مجرد انشاء المعاوضة ليس بيعاً فالتصور يكون في الموضوع ومادام لا يتحقق الموضوع في الخارج لا تصل النوبة الى البحث في ترتب الحكم عليه.

ويترتب على ما ذكرنا ان المالك لو باع داره من زيد في مقابل ألف دينار يدخل في ملك خالد لا يكون العقد صحيحاً ولو مع الاستيذان من خالد اذ تعريف البيع اما لا يصدق على ما فرض وأما مشكوك فيه وعلى كلا التقديرين لا مجال للاخذ بدليل الصحة أما على تقدير عدم الصدق فظاهر وأما في صورة الشك فلعدم جواز الاخذ بالاطلاق أو العموم في الشبهة المصداقية كما هو المقرر.

### «قوله قدس سره: رواية الحسن بن زياد الطائي»

لاحظ ما رواه الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا انك تزوجت قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك<sup>١</sup>.

وهذه الرواية ضعيفة سنداً ولكن في نفس الباب حديث آخر بمضمونها والظاهر كونه تاماً سنداً وهو ما رواه معاوية بن وهب<sup>٢</sup>.

### «قوله قدس سره: لم يحتاج الى الاستفصال»

استدل قدس سره بالتقريب المذكور على أن الاجازة لا اثر لها والا لا وجه للاستفصال الواقع في كلام الامام روحيفداه والمعجب من الشيخ الاعظم كيف صدر عنه التقريب المذكور والحال انه في غاية الضعف فان الاستفصال راجع الى زمان الرقية اذ اجازة المولى في زمان الرقية توجب صحة العقد فلا تصل النوبة الى الاجازة ولا الى تجديد العقد وبعبارة اخرى الاستفصال المذكور لا ينافي صحة الاجازة لكن اذا كان العقد صحيحاً بالاذن الصادر عن المولى لاتصل النوبة الى التجديد ولا الى الاجازة.

### «قوله قدس سره: ولاشتمالها على الغرر»

الغرر عبارة عن الخطر فاذا فرض عدم الخطر فلا يتم الاستدلال وبعبارة واضحة هذا البيان لا يكفي للحكم بالفساد.

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٣٣٧.

«قوله قدس سره: ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الاشكال في عكس المسألة»

بأن يبيع عن نفسه مال الغير فاجاز المالك لنفسه وقد ذكرنا انه لا دليل على صحة العقد حتى على القول بصحة الفضولي لانه يلزم أن تكون الاجازة مطابقة مع العقد ان قلت: الفضولي يبيع للمالك ويدعي نفسه مالكا قلت: هذا خيال محض فان الفضولي يبيع لنفسه لا أنه للمالك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن أن يكون الامر بالتأمل اشارة الى ما ذكرنا ويمكن أن يكون ناظراً الى الفرق بين المسألتين بأن البائع قصد البيع للمالك الاصلي والمفروض ان الفضولي بعد صيرورته مالكا لا يكون مالكا اصلياً بل يفايره فلا مجال للاجازة.

«قوله قدس سره: فان اجاز المالك فلا كلام في الصحة»

ما أفاده في المقام يناقض كلامه قريباً حيث قال «فالانصاف ان ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الانشاء المقصود منه مطلقاً حتى مع الاجازة» وفي المقام يقول: فلا كلام في الصحة.

وكيف كان الحق أن يقال: انه لا كلام في عدم وقوعه لمن يبيع له وهو الثالث مضافاً الى ما تقدم منا في مقام تقريب البطلان ان البيع لشخص كالبيع لنفسه وقلنا انه مضاد وينافي مفهوم البيع فلا يكون قابلاً لان يصح بالاجازة.

«قوله قدس سره: فالظاهر انه داخل في المسألة السابقة»

وقد مرّ كلام حولها وقلنا لا مجال لجعلها صحيحة.

«قوله قدس سره: اللهم الا أن يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود»

لا مجال لهذا القول فانه قد تقدم منا وقلنا ونقول الان: ان وجوب الوفاء بالعقد ارشاد الى اللزوم واللزوم فرع الصحة والمفروض ان العقد لم يصير صحيحاً فكيف يلزم وقس عليه وجوب العمل بالشرط فان لزوم الشرط فرع صحته وامضائه شرعاً والصحة لم تتحقق بعد بل قلنا بعدم امكان تحققها.

«قوله قدس سره: من دون توقف على الاجازة»  
ليت شعري كيف يصح العقد بلا صدوره عن المالك وبلا اجازته بعد صيرورة العاقد مالكا اذ لا مقتضي للصحة.

«قوله قدس سره: والمقام مقام استصحاب حكم الخاص»  
مع الاغماض عما ذكرنا من أنه لا مجال للاخذ بدليل وجوب الوفاء بالعقود نقول: المقام ليس مقام الاخذ بالاستصحاب بل المقام مقام الاخذ بعموم وجوب الوفاء وذلك لوجهين:  
الوجه الاول: انه لا مجال للاصل العملي مع وجود الدليل اللفظي والمفروض ان عموم العام محكم. وبعبارة واضحة: موضوع العموم تحقق في الخارج غاية الامر في مقدار من الزمان لا بد من رفع اليد عنه وأما في مورد الشك فلا بد من الاخذ به مثلاً اذا قال المولى اكرم كل عالم وبعد ذلك خصص الحكم بمورد أو موردين فشك في مورد ثالث لا اشكال في لزوم الاخذ بالعام والحكم بوجوب اكرام بقية العلماء للشك في التخصيص.

وأيضاً لو قال المولى اكرم هؤلاء العشرة وبعد ذلك أخرج فرداً أو فردين يجب اكرام البقية وبعبارة واضحة: لا فرق بين العموم

الاستغراقي والعموم المجموعي من هذه الجهة.

الوجه الثاني: ان الشبهة حكمية والاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد ولعله ناظر بقوله فتأمل الى الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرنا.

«قوله قدس سره: مضافاً الى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم»

لا مجال لهذه المعارضة فانه يرد عليه اولاً: ان حديث الناس مسلطون على أموالهم لا سند له فلا يكون قابلاً لان يعارض غيره. وثانياً: ان الخبر الواحد المعارض مع الكتاب يضرب عرض الجدار. وثالثاً: ان عموم وجوب الوفاء وضمي وعموم دليل السلطنة اطلاقى والعموم الوضعي يتصرف في العموم الاطلاقى. وان شئت قلت: لا يبقى موضوع للاطلاق مع العموم الوضعي. وببيان أوضح: ان العموم الوضعي يكون كالقرينة المنفصلة ومع القرينة لا يبقى الاطلاق بحاله.

ورابعاً: ان دليل السلطنة ليس مشرعاً كي يعارض دليل وجوب الوفاء بل دليل السلطنة ناظر الى أن المالك له أن يتصرف في ماله بانحاء التصرفات الجائزة للمالك فيكون دليل وجوب الوفاء حاكماً عليه ومضيقاً لموضوعه.

«قوله قدس سره: وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد»

تقريب الفحوى: أن تملك النفس اذا لم يفد في صحة العقد فتملك المال أولى بذلك هذا ما يرجع الى كلامه وقد تقدم منا ان

الامام عليه السلام ليس في مقام نفي تأثير الاجازة اللاحقة فراجع ما ذكرناه سابقاً.

«قوله قدس سره: أشكل»

اذ يشكل الالتزام بخروج المال عن ملك المالك بدون اختياره ورضاه.

«قوله قدس سره: نعم يقع للوارث مع اجازته»

الكلام فيه هو الكلام والاشكال هو الاشكال فانه لا مقتضى للصحة اذ الاجازة أما تطابق ما وقع في الخارج واما لا تطابق معه أما على الاول فلا يمكن أن تؤثر اذ معناه أن يخرج المبيع من كيس الميت ويدخل الثمن في كيسه والحال ان العين خرجت عن ملكه بموته مضافاً الى أنه لا دليل على ادخال مال في كيس الميت بعد موته وأما على الثاني فلا مقتضى للصحة اذ المجاز لم يقع وما وقع لم يجز فلاحظ.

«قوله قدس سره: الاولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً

على البيع»

الامر كما أفاده فان العقد صدر من أهله ووقع في محله فيؤثر أثره والحكم تابع لموضوعه ولا يكون العلم دخيلاً في ترتب الحكم.

«قوله قدس سره: وهو حسن»

الامر كما أفاده اذ المفروض انه تحقق الاذن من المولى فالعبد مأذون في عمله فيكون عمله صحيحاً تاماً نعم اذا كان اذن المولى محصوراً ومخصوصاً بناحية خاصة يكون عمل العبد مؤثراً في تلك الناحية وفي ذلك المورد فقط.



«قوله قدس سره: الثانية أن يبيع لنفسه فأنكشف كونه ولياً  
فالظاهر ايضاً صحة العقد»

بل الظاهر عدم صحته اذ المفروض انه قصد البيع عن نفسه  
وبيع غير المملوك غير صحيح بل قلنا ان بيع مال احد عن غيره  
لا يكون مصداقاً للبيع.

وعلى الجملة: ما كان قابلاً للوقوع والصحة لم يقصد وما قصد  
غير قابل للصحة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى العقود تابعة للقصد.  
وما قيل في هذا المقام من أن الركن في باب البيع العوضان  
بخلاف باب النكاح فان الركن هناك الزوجان؛ كلام لا يرجع الى محصل  
فان الاهمال غير معقول في الواقع وعليه البائع حين البيع اما يقصد  
دخول الثمن في كيسه وخروج العين من كيس الاخر أو لا يقصد  
شيئاً أما على الثاني فمرجعه الى الاهمال المحال وأما على الاول  
فلم يقصد مفهوم البيع فلا مجال لصيرورة العقد الكذائي صحيحاً.

«قوله قدس سره: وفي توقفه على اجازته للمولى عليه وجه»  
لا وجه للاجازة فان العقد الفاسد في حد نفسه غير قابل لان  
يجاز بل لو أغمضنا عن الاشكال وقلنا يمكن أن يكون العقد للمولى  
عليه فأيضاً لا مجال للاجازة اذ العقد من اول حدوثه صار للمولى  
عليه فلا يحتاج الى الاجازة.

«قوله قدس سره: فتأمل»

ولعله بقوله «فتأمل» يشير الى ما ذكرنا والله العالم.

«قوله قدس سره: الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه  
مالكاً وقد مثل له الاكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً

### والمشهور الصحة».

تارة يقصد البيع عن المالك بهذا العنوان ويتخيل ان أباه مالك وبعبارة اخرى: يكون الخطاء في التطبيق فيكون العقد صحيحاً اذ صدر من أهله ووقع في محله واخرى يقصد خروج العين عن ملك أبيه ودخول الثمن مكانه فالظاهر هو بطلان العقد اذ المفروض انه لم يقصد مفهوم البيع بل قصد أمراً لا يكون له واقع اذ قصد خروج العين عن ملك أبيه والحال انها خرجت عن ملكه، بموته مضافاً الى أنه لا دليل على جواز ادخال مال في ملك الميت.

### «قوله قدس سره: والتقدير ان مات مورثي...»

هذا الوجه لا يرجع الى محصل لان الوارث اما يبيع عن أبيه كما هو الظاهر واما يبيع عن نفسه أما على الاول فلامجال للتعليق وأما على الثاني فالتعليق غير مضر لان التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد لا يكون موجباً للبطلان كما لو قال: ان كانت هذه العين مملوكة لي فقد بعته.

وببيان واضح: ان بطلان التعليق ليس بحكم العقل كي يقال: ان الدليل العقلي غير قابل للتخصيص بل دليله هو الاجماع فيقتصر فيه على القدر المعلوم. واما يقصد بيع مملوك أبيه لنفسه فيكون كالفاسد فلا يكون تعليق ايضاً فلاحظ.

### «قوله قدس سره: كالعابث»

يرد عليه اولاً: ان الفضولي لا يصدق عليه العابث وثانياً: أنا نفرض انه كالعابث لكن أي دليل دل على بطلان العقد العبثي الا أن يستلزم عدم قصد الانشاء ويترتب عليه ان العقد الفضولي على الاطلاق باطل لكونه عبثاً فعليه ما الوجه في هذه الاطالة والقييل

والقال نعوذ بالله من الثزلة...

«قوله قدس سره: لعدم طيب نفس المالك للعقد»

الظاهر انه جمع بين المتنافيين فان البايع حين البيع عن المالك بلا تقيد به بكونه والده ان لم تكن نفسه راضية بالبيع ولم يكن عنوان التجارة عن تراض صادقاً على عقده لا يكون ما فعله قابلاً للاجازة اذ المفروض ان التجارة لم تصدر عن الرضا والتجارة اذا لا تكون عن الرضا تكون باطلة في حد نفسها والعقد الباطل في نفسه غير قابل لان يجاز.

مثلاً اذا كان العقد اكرهياً حدوثاً فهل يمكن أن يصير صحيحاً بالاجازة اللاحقة؟ مع ان الاكراه يوجب البطلان لقوله صلى الله عليه وآله «رفع ما استكروهوا عليه».

ولو سلمنا تمامية ما ادعى في باب الاجازة وهو ان الاجازة توجب اسناد ما وقع في الخارج فضولاً الى نفسه نقول أيضاً لا اثر لها اذ المفروض ان الذي وقع في الخارج تعنون بعنوان الاكراه والشئ لا ينقلب عما هو عليه والمفروض ان العقد الاكراهي باطل فلا اثر للاسناد.

وان شئت قلت: الاسناد لا يكون موجباً لصيرورة الباطل صحيحاً ولا يكون الممنوع مجازاً فلا تغفل واغتنم وان كانت نفسها راضية فلا تحتاج التجارة الى الاجازة اذ المفروض انه باع عن المالك وكان راضياً والمفروض انه مالك في الواقع فالعقد واقع في محله وموضعه ولا يحتاج الى الاجازة وأما ان لم يقصد المالك على اطلاقه بل قصد والده كما هو الظاهر فلا يكون العقد قابلاً للاجازة فلان مجال للاجازة على كل تقدير.

«قوله قدس سره: لان ذلك لا يجامع ظن الحياة»

لا اشكال في أن التعليق لا ينافي ظن الحياة فان الظان شاك ومادام لا يكون الشخص قاطعاً بأمر يمكنه التعليق وهذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره: لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد

الى البيع الناقل للملك الان»

الشيخ قدس سره فهم من كلام المحقق انه تخيل ان وجه الاحتياج الى الاجازة ان البايع قصد النقل من حين الاجازة فأورد عليه بأن قصد النقل عن زمان الاجازة ينافي الكشف الذي بنى عليه المحقق قدس سره.

وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام: مراد المحقق من كلامه ليس تعيين زمان الانتقال كي يتوجه اليه ما أورده الشيخ عليه بل مراد المحقق ان البايع قاصد للانتقال مع الاجازة فالصحة متوقفة على الاجازة.

«قوله قدس سره: فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة في اللزوم

هو عموم تسلط الناس على أموالهم»

قد ظهر مما ذكرنا لاتنافي بين القول بعدم الاحتياج الى الاجازة وتسلط المالك على ماله لانا ذكرنا ان البايع ان قصد خروج العين عن ملك أبيه فلا مجال للاجازة ويكون العقد باطلاً وان قصد خروجها عن ملكه فلا يحتاج الى الاجازة وان قصد خروجها عن ملك مالكتها على الاطلاق فأيضاً لا يحتاج الى الاجازة وان أهمل في مقام القصد فكيف يمكن الاهمال في الواقع فلا تغفل.

كما انه لا اشكال من حيث طيب النفس اذ لو باع عن المالك ولم يقيد المالك بوالده بل عن مطلق المالك يكون عقده مصداقاً للتجارة عن تراض فيكون اكلاً للمال بالتجارة عن تراض لا بالباطل.

«قوله قدس سره: وبالجمله فاكثر ادلة اشتراط الاجازة في الفضولي جارية هنا»

وبعضها لايجري اذ المفروض انه تصرف في مملوكه فلايشمله دليل منع بيع غير المملوك فلاحظ.

«قوله قدس سره: وقصد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطاه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر ولاينفع»

مرجع ما أفاده الى عدم مدخلية للقصد والحال ان الامور الاعتبارية قوامها بالقصد فكما تقدم ان كان قصده خروج العين عن كيس والده يكون عقده باطلا وان كان قصده خروج العين عن ملكه وطابت نفسه بذلك يكون عقده صحيحاً بلا احتياج الى الاجازة فعلى كلا التقديرين لوجه للاجازة أما على تقدير الفساد فلعدم تأثير الاجازة فيما يكون فاسداً وأما على تقدير الصحة فلتحصيل الحاصل المحال.

فتحصل مما تقدم ان الحق أن يقال: اذا قصد خروج العين عن كيس المالك وطابت نفسه به يكون عقده صحيحاً والموانع التي يمكن أن تذكر للفساد وجوه:

الوجه الاول: أن العاقد البايع في مفروض الكلام عاثر فلا يترتب أثر على عقده. وفيه اولاً: ان الفضولي لا يكون عاثراً بل يقصد البيع جداً.

وثانياً: ان العبث لا يكون مانعاً عن الصحة.

الوجه الثاني: ان عقده تعليلي والتعليق باطل. وفيه ان التعليق كما ذكرنا لا يكون مبطلاً للعقد في كل مورد مضافاً الى أنه لا تعليق في انشائه.

الوجه الثالث: ان البايع الفضولي يملك العين بشرط الاجازة فبدون الاجازة لا يصح. وفيه: ان البايع يملك العين بلا قيد غاية الامر في بعض الاعيان يحتاج الى الاجازة وأما مع كون العين ملكاً للبايع فلا مقتضى للاجازة.

الوجه الرابع: ان التجارة عن الفضولي خالية عن طيب النفس فلا بد من الاجازة. وفيه انه قد مر منا ان التجارة التي لم تكن مقارنة لطيب النفس لا تكون قابلة للاجازة.

الوجه الخامس: ان قاعدة السلطنة تقتضي اشتراط الصحة بالاجازة والا كيف يجتمع كون العقد بلا اجازة مع كون المالك مسلطاً على ماله. وفيه ان قاعدة السلطنة تقتضي كون المتصرف حراً في تصرفاته ولم يكن مجبوراً والمفروض انه كذلك في المقام. «قوله قدس سره: فلو اذن في التصرف في مال يعتقد انه لغيره والمأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن»

القياس مع الفارق لان اذنه في التصرف لا اطلاق فيه وبعبارة اخرى: أما يأذن في التصرف على الاطلاق أي يأذن ولو أن يكون المال ملكه غاية الامر يعتقد انه ليس له ففي هذه الصورة يجوز للمأذون التصرف وأما مع عدم الاطلاق فلا مقتضى للجواز والمقام أيضاً كذلك.

«قوله قدس سره: ولو فرضنا انه أعتق عبداً عن غيره فبان انه له لم ينعقد»

الكلام فيه هو الكلام.

«قوله قدس سره: ولو غرر الغاصب فقال هذا عبدي اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له فالاقوى أيضاً عدم النفوذ»  
الكلام فيه هو الكلام.

«قوله قدس سره: لان العتق لا يقبل الوقوف»

بتقريب ان العتق من الايقاعات ولا يجري الفضولي في  
الايقاعات اجماعاً وهل يمكن تحصيل اجماع تعبدى كاشف عن رأى  
المعصوم عليه السلام؟

«قوله قدس سره: ثم انه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على  
الاجازة ان هذا الحق للمالك من باب الاجازة لا من باب خيار الفسخ»  
الامر كما أفاده فان الخيار فرع الصحة والمفروض ان العقد  
قبل الاجازة فاسد وذهب صاحب المقاييس الى أنه من باب خيار  
الفسخ واستدل عليه بأنه يتضرر بدون الخيار فيكون له الخيار  
لقاعدة نفي الضرر في الشريعة.

ويرد عليه اولاً: ان التمسك بدليل لا ضرر لاثبات الخيار  
يتوقف على الالتزام بمذهب المشهور في مفاد لا ضرر وأما على ما  
مسلكننا تبعاً لشيخ الشريعة وهو ان مفاد القاعدة النهي عن الاضرار  
لا نفى الضرر في الشريعة، فلا يتم الاستدلال كما هو واضح.  
وثانياً: ان حديث لا ضرر مفاده النفي للاثبات فلامجال لاثبات  
الخيار به.

وثالثاً: ان الضرر ناش عن صحة العقد لا عن لزومه والخيار  
يتدارك به الضرر فعلى تقدير الاخذ بالقاعدة يلزم الحكم بفساد  
العقد لا بكونه خيارياً.

ورابعاً: انه لامجال للخيار قبل تحقق الصحة والمفروض ان  
العقد بعد لم يصح.

«قوله قدس سره: ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير

**متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي بل يجيء على القول بالبطلان»**

لان الفضولي يتصرف في مال الغير والمفروض في المقام ان البائع يتصرف في ماله وملكه فلا يكون المقامان من واد واحد فلا تغفل.

**«قوله قدس سره: الا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير»**

بتقريب انه مع اعتقاد كونه مال الغير يكون التصرف حراماً فيكون باطلاً. ويرد عليه اولاً: ان التصرف الاعتباري في مال الغير ليس حراماً بلا اشكال ولا كلام مثلاً لو اعتبر أحد كون أموال الغير مملوكة له هل ارتكب حراماً وصار فاسقاً بهذا الاعتبار؟ كلا ثم كلا.

وثانياً: ان المفروض انه تصرف في مال نفسه وغاية ما في الباب يكون تجريباً وقد ذكرنا في محله ان التجري لا يكون حراماً والفعل لا يصير قبيحاً. وثالثاً: انه سلمنا كون الفعل حراماً لكن الحرمة التكليفية لا تلازم الفساد الوضعي بل قيل كما عن أبي حنيفة ان الحرمة التكليفية تدل على الصحة وتفصيل هذه الجهة مؤكول الى مجال آخر.

**«قوله قدس سره: الرابعة أن يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له والاقوى هنا أيضاً الصحة»**

تارة يقصد خروج العين عن ملك الغير ودخول الثمن في ملكه فمهما باطل اذ لم يقصد مفهوم البيع مضافاً الى أن مقصوده لا واقع له واخرى يقصد خروج العين عن ملك المالك على الاطلاق ويتصور ان المالك غيره وفي هذه الصورة يكون العقد صحيحاً اذ صدر عن



أمله ووقع في محله وثالثة يدعى انه مائل ويقصد الخروج عن ملكه فلا اشكال في صحة العقد ولا مجال للاجازة على جميع التقادير أما على تقدير البطلان فان الباطل لا يصح بالاجازة وأما على تقدير الصحة فلتحصيل الحاصل.

«قوله قدس سره: وفي عدم الوقوف هنا وجه لايجرى في الثالثة»

الظاهر ان الفارق بين هذه المسئلة وتلك المسئلة ان طيب النفس بالتجارة موجود هنا بخلاف تلك المسئلة ولكن قد مر منا انه لا مورد للاشكال فان الطيب هناك موجود ايضاً فلاحظ.

«قوله قدس سره: الاول يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط

المعتبرة في تأثيره»

يمكن تقريب المدعى بوجهين: احدهما: ان الدليل على صحة العقد الفضولي بالاجازة من باب ان الاجازة المتأخرة توجب اسناد العقد السابق الى المجيز فيلزم أن يكون العقد في حد نفسه تاماً وجامعاً للشرائط كي يكون قابلاً لان يستند الى المالك بالاجازة وأما مع فرض فقدانه لبعض الشرائط يصح أن يقال ان العقد الصادر عن الفضولي فاسد ومن الظاهر ان الاجازة لا تجعل العقد الفاسد صحيحاً بل بها تستند العقد الى المجيز فيلزم أن يكون تاماً صحيحاً كي يسند الى المالك بالاجازة.

ثانيهما: ان المستفاد من حديث زرارة ان الاجازة انما تؤثر فيما لا يكون معصية له تعالى بل تكون المعصية منحصرة بعصيان السيد حيث قال عليه السلام «انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز له» فانه يفهم من هذه الجملة ان العقد اذا كان فاقداً لشروط من الشرائط المقررة لا يكون قابلاً للاجازة وانما يكون قابلاً في

ظرف كونه واجداً للشرائط وكان النقصان منحصراً بعدم اجازة السيد ومن بيده الامر.

وان شئت قلت: الاجازة لا تكون اشد تأثيراً من الاذن السابق ومن الظاهر ان الاذن السابق لا يؤثر الا فيما يكون المأذون فيه واجداً لجميع الشرائط المقررة فلاحظ. ولا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف والنقل لوحدة المناط.

«قوله قدس سره: ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة أم لا؟ لا ينبغي الاشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما»

اذ قلنا ان الاجازة كاشفة كشفاً حقيقياً وقلنا انها امارة وعلامة أمكن القول بكفاية اجتماع الشرائط حين العقد لان العقد على المسلك المذكور يكون مؤثراً حين وجوده فيكفي اجتماع الشرائط في ذلك الزمان ولكن هذا القول باطل من أصله وبمراحل من الواقع.

وأما على المسلك الاخر أعم من النقل أو الكشف الانقلابي أو الحكمي فلا يمكن الالتزام بكفاية تأخر الشرائط من زمان العقد فان الاصيل اذا مات أو جن أو صار محجوراً عليه بفلس أو سفه هل يمكن الالتزام بصحة لحوق الاجازة من المالك؟ فان العين تخرج عن ملك المشتري الاصيل زمان الاجازة وكيف يمكن التصرف في مال من يكون ممنوعاً من التصرف أو لا يكون قابلاً للمالكية وقد خرج المال المبيع عن ملكه بموته وانتقل الى وارثه.

وان شئت قلت: ان الاجازة في صورة موت المشتري الاصيل تكون تصرفاً في مال الوارث بلا اذن منه هذا على فرض أن يكون المدرك لصحة الفضولي ان الصادر فضولاً يستند الى المجيز بالاجازة. وأما لو استند في القول بصحة الفضولي بالاجازة بحديث زرارة

فالامر فى الاشكال اوضح اذ المفروض فى مورد الرواية التحفظ على جميع الشروط وبقاء الزوجين الى حين اجازة المولى .  
وبعبارة اخرى: لا يستفاد من الحديث ان اجازة المولى تؤثرحتى مع موت احد الزوجين أو موتهما أو عروض جنون أو سفه على احدهما.

وببيان واضح: ان الامام عليه السلام حكم بتأثير الاجازة فى أطار خاص وظرف مخصوص فلاوجه لسريان الحكم الى بقية الموارد .  
وبتقريب اوضح: انه لا مجال للاطلاق اذ الاطلاق انما ينعقد فيما يكون الجواب الصادر عن المولى قابلا له كما لو سأل الراوي عن الصلاة فى جلد السمرور فيجب الامام عليه السلام بقوله «لا تصل فيما لا يؤكل لحمه» فنقول: الميزان باطلاق الجواب لا بخصوص السؤال وأما اذا أجاب عليه السلام فى مورد المثال بقوله لا تصل فيه لا مجال للاطلاق اذ الحكم وارد فى مورد خاص وأطار مخصوص والمقام كذلك فلا بد من التحفظ على جميع الخصوصيات فلاحظ .  
«قوله قدس سره: وأما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها ببناء على النقل»

يقع الكلام تارة فى اشتراط العوضين بالشرائط المقررة فيهما المستفادة من الأدلة حين العقد واخرى فى لزوم بقاء تلك الشرائط الى زمان الاجازة فيقع الكلام فى مقامين .  
أما المقام الاول فنقول: لا اشكال ولا كلام فى الاشتراط اذ المفروض ان بدونها يكون باطلا هذا من ناحية ومن ناحية اخرى قلنا الاجازة انما تكون مؤثرة فيما تكون متعلقة بالعقد . الصحيح فهذا مما لا اشكال فيه ولا ريب يعتره .

وأما المقام الثاني: فنقول: لابد من التفصيل فإذا استفيد من الدليل ان الشرط الفلاني لا يكون شرطاً للتملك بل شرط في البيع كما ان الامر كذلك بالنسبة الى ام ولد فان المستفاد من الدليل فساد البيع الواقع على ام ولد وأما كونها مملوكة فلا دليل على اشتراط عدمه وعليه نقول: لو أوقع الفضولي عقد البيع على أمة احد ثم صارت الامة ام ولد فإذا قلنا بكون الاجازة كاشفة محضة تكون الاجازة اللاحقة مؤثرة بلا اشكال اذ الاجازة تكشف عن تحقق الانتقال من زمن العقد.

وأما على القول بالنقل الذي هو المشهور المنصور فيمكن القول ايضاً بالصحة كما ذهب اليه سيدنا الاستاد على ما في تقريره الشريف بدعوى: ان الاجازة لا تكون عقداً جديداً والمفروض ان العقد في زمان وقوعه كان واجداً للشرائط وفاقداً للموانع فاي مانع عن تأثير الاجازة في العقد الكامل في زمان تحققه. ولكن يمكن أن يرد عليه الايراد بتقريبين: التقريب الاول: ان المستفاد من الدليل ان الشارع الاقدس منع عن نقل ام ولد وان الاجازة ناقلة فلا تكون صحيحة.

وبعبارة اخرى: العرف يفهم من دليل منع بيع ام ولد ان نقلها غير جائز وهذا العرف ببابك.

التقريب الثاني: ان دليل صحة الفضولي بالاجازة منحصر في حديث زرارة فباي تقريب من التقاريب نحكم بالجواز اللهم الا أن يقال: انه عليه السلام قال: «انه لم يعص الله وانما عصى سيده فإذا أجاز جاز» فان عموم العلة يقتضي السريان والتعميم وحيث ان المفروض ان البيع في زمن حدوثه لم يكن واجداً لعصيانه تعالى فيصح.

وعلى الجملة: لا بد من ملاحظة الشرائط كل واحد بحياله واستقلاله واستفادة الحكم من دليله مثلاً لو قلنا بأنه يشترط في المبيع كونه مالا فاذا باع الفضولي مال زيد وبعد البيع سقط المبيع عن المالية لا يكون مانع عن الاجازة اذ زمان العقد كان اذا مالية وفي زمان الاجازة لا دليل على الشرط المذكور فبمقتضى عموم التعليل نحكم بالجواز والصحة فلاحظ والله العالم.

«قوله قدس سره: الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل»

الحق أن يقال: لا يشترط في المجيز الشرط المذكور لعدم الدليل عليه أما على تقدير كون المستند في حكم الفضولي العمومات الاولى، فواضح لان المالك باجازه يسند ما وقع في الخارج من العقد الجامع للشرائط الى نفسه فيصح العقد بالنسبة اليه باجازه وأما على تقدير الاستناد في الصحة بحديث زرارة فأيضاً الامر كذلك للاطلاق المستفاد من التعليل فانه يستفاد من التعليل ان من بيده الامر اذا أجاز العقد الفضولي تؤثر ولم يفصل في الحديث التفصيل المذكور فلاحظ الحديث واغتنم ما نقول.

هذا بالنسبة الى الابهام المتصور في مورد العقد الفضولي مع علم المجيز بأصل العقد وأما اذا لم يعلم بالعقد فهل يجوز له الاجازة على نحو التعليق والفرض؟ الحق جوازها اذ المانع المتصور الذي يمكن أن يذكر في المقام بطلان التعليق ومن الظاهر ان التعليق ليس من أحكام العقل كي لا يكون قابلاً للتخصيص.

وأيضاً لا يكون مدلول دليل عام أو مطلق كي يؤخذ بعمومه أو اطلاقه بل غايته انه مورد الاجماع والاجماع دليل لبي يعمل به على

فرض العمل به بالمقدار المتيقن وأما الزائد فلا سيما اذا كان المعلق عليه من مقومات العقد والايقاع كما في المقام فان تحقق العقد في الفضولي في الخارج مقوم للاجازة فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثالث المجاز أما العقد الواقع على نفس مال الغير»

ما أفاده في المقام يختلف على حسب اختلاف المباني مثلاً على القول بالكشف لا تكون النتيجة متحدة مع القول بالنقل كما ان النتيجة على القول بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملك تغاير مع النتيجة الحاصلة على القول بالفساد والميزان الكلي ان الاجازة توجب صحة العقد المجاز وايضاً توجب صحة كل عقد يكون ملازماً مع العقد المجاز في الصحة.

وتوضيح المراد بحوله وقوته في ضمن مثال فنقول: نفرض ان عبد المالك بيع بفرس ثم بيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار فبيع العبد بكتاب واقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار فاذا أجاز مالك العبد بيعه بكتاب يبطل بيعه بفرس اذ يكون بيعه بفرس اجنبياً عن مالك العبد فلا مقتضي لصحته باجازة مالك العبد بيع العبد بكتاب. وأما بالنسبة الى بيع العبد بكتاب فلا اشكال في صحته بالاجازة على ما هو المقرر من صحة بيع الفضولي بالاجازة.

وأما بيع العبد بدينار فعلى القول بكون الاجازة كاشفة لا اشكال في تماميته اذ بالاجازة يكشف ان البيع صدر من أهله ووقع في محله.

وأما على المسلك المنصور أي النقل فيبتنى الحكم على القول بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملكه بالاجازة أو بدون الاجازة وقد مر»

ان الحق عدم الصحة وفي المثال المذكور اذا فرضنا انه بيع الفرس بثوب وبيع الدينار بتومان يكون بيع الفرس باطلا ولا يصح باجازه بيع العبد بكتاب فانه اجنبى عن مالك العبد.

وأما بيع الدينار بتومان فعلى القول بالكشف يصح كما هو ظاهر وأما على القول بالنقل فيبتنى على حكم من باع شيئاً ثم ملك فالنتيجة ان العقود الواقعة على العين أو عوضها قبل العقد المجاز من قبل المالك باطلة لكونها اجنبية عن المالك. وأما العقود الواقعة على العين أو بدلها ففيها التفصيل المذكور.

هذا كله فيما يكون المجاز العقد الواقع على عين مال المميز وأما لو كان الاجازة متعلقة بالعقد الواقع على عوض ماله فايضاً نذكر مثالا ونقول: اذا بيع عبد المالك بفرس والفرس بدرهم والفرس برغيف فبيع الفرس بدرهم واقع بين بيع العبد بفرس وبيع الفرس برغيف فاذا أجاز مالك العبد بيع الفرس بدرهم يكون بيع العبد بفرس صحيحاً اذ مادام لايجزى المالك بيع العبد بفرس لا يملك الفرس ومادام لا يملك الفرس لا يمكنه اجازة بيع الفرس بدرهم وهذا على القول بالكشف ظاهر.

وأما على القول بالنقل فيبتنى على الالتزام بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملك هذا ما أفاده في المقام.

ولكن الذي يختلج بالبال أن يقال: انه لا مجال لاجازة بيع العبد بالفرس باجازته بيع الفرس بدرهم اذ يتوقف اجازة بيع الفرس بدرهم على كونه مالكا للفرس والحال ان كونه مالكا للفرس يتوقف على اجازة بيع الفرس بدرهم وهذا دور.

وأما العقد الواقع بعد العقد المجاز أي بيع الفرس برغيف فهو صحيح أما على الكشف فظاهر وأما على النقل فيبتنى على القول

بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملك وصفاة القول: ان اجازة العقد  
توجب صحة المجاز وصحة كل عقد يكون ملازماً مع المجاز في الصحة  
من السابقة واللاحقة فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان هنا اشكالا»

حاصل الاشكال: ان المشتري من الغاصب اذا كان عالماً بكون  
البائع غاصباً ومع ذلك سلطه على ماله يكون تسليطه مجانياً فاذا  
فرض ان الغاصب اشترى بذلك المال شيئاً يكون له ولا يكون ضامناً  
للمشتري الاول اذ بالتسليط المجاني الذي صدر عنه سقطت حرمة  
ماله فلا مجال للاجازة بالنسبة الى مالك العين التي باعها الغاصب  
لا بالنسبة الى العقد الاول الصادر عن الغاصب بالبيع ولا بالنسبة  
الى العقد الثاني الذي صدر عنه بالاشتراف فان المفروض ان المبيع  
الذي يكون مملوكاً للمالك الاصلي بلا ثمن وأما العقد الثاني فيكون  
اجنبياً عنه فعلى كلا التقديرين لا مجال للاجازة فما الحيلة وما  
الوسيلة؟

وقد ذكرت في مقام دفع الاشكال وجوه: الوجه الاول: ان الاجازة  
كاشفة عن تحقق الملكية في زمان العقد فيكون الغاصب آخذاً لمال  
المالك الاصلي فلا مجال للتقريب المذكور.

وفيه ان مسلك الكشف باطل ولا دليل عليه بل الحق مسلك  
النقل غاية الامر في النقل ايضاً أقوال مختلفة وقد تقدم ان المختار  
عندنا الكشف الانقلابي وبيئنا ما عندنا.

مضافاً الى أن التقريب المذكور لا ينطبق على صورة انشاء  
القبول بنفس تسليم الثمن الى البائع الفضولي فان التقريب المشار  
اليه يتوقف على تحقق ملكية الثمن للمالك الاصلي كي يكون تسليم  
الثمن تسليماً لمال الغير وأما اذا كان انشاء الاشتراء بنفس التسليم



الخارجي فلا ملكية قبل الاقباض.

الوجه الثاني: ان حق المالك الاصلى بالنسبة الى الاجازة مقدم على حق الغاصب لان حقه أسبق وأولى من الغاصب فان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال

وفيه اولا انه لا نرى حقاً للمالك الاصلى فان المستفاد من الدليل ان المالك لو أجاز العقد الفضولي تنفذ اجازته وهذا لا يدل على وجود للمالك. وبعبارة اخرى: الدليل الدال على نفوذ اجازة المالك للعقد الفضولي مثل المدليل يدل على أن المكلف اذا صار ثوبه نجساً وغسله بالماء مع رعاية الشرائط المقررة يظهر ثوبه وهل يتوهم احد ان هذا حق للمكلف؟ ونسميه بحق التطهير.

وأما كون حق اسبق فلا مجال للقول به بعد انتفاء الموضوع لما بينا وثانياً: ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال كلام مشهور في ألسنة الفقهاء وليس عليه دليل معتبر وانما المستفاد من الدليل ان الغاصب يرتكب الحرام بالتصرف العدواني في مال الغير وضامن لمال الغير ولا دليل على أزيد من هذا المقدار.

وثالثاً: ان الاشكال المذكور في المقام لا يرتبط بالغاصب فان الغاصب غصب مال المالك الاصلى انما الاشكال في ان المشتري العالم بالغصب قد سلط باختياره الغاصب على الثمن مجاناً وبلا عوض فلا ارتباط بين المقامين.

الوجه الثالث: ان التسليط المجاني من قبل المشتري العالم بالغصب انما يكون في ظرف عدم الاجازة وأما مع الاجازة فلا يكون التسليط مجاناً حتى في نظر الشارع وقد تعرض لهذا الوجه في كلام الشيخ قدس سره وصرح به في كلام سيدنا الاستاد على ما في تقريره الشريف.

وفيه ان الامضاء الشرعي يتحقق بعد الاجازة القابلة للتأثير  
والحال ان التسليط قد يتحقق قبل الاجازة فلا يبقى موضوع للاجازة  
فكيف بالامضاء الشرعي؟ نعم اذا وقع العقد الفضولي بين الغاصب  
والمشتري العالم بالغصب عقداً لفظياً ويكون الاقباض الخارجي  
وفاءً للعقد على تقدير الاجازة ولكن هذا فرض وخيال فان  
المشتري لا يكون قاصداً لمرين بل قاصد لامر واحد اما الوفاء كما  
هو الحق واما التسليط المجاني الذي يكون منشأً للاشكال المذكور  
فلاحظ.

الوجه الرابع: انه ما المراد من التسليط المجاني؟ فان كان  
المراد من المجاني ان المشتري عالم بعدم صحة المعاملة شرعاً فهذا  
المقدار لا يقتضي المجانية وان كان المراد انه سلطه بلا عوض  
وبدل فهو مقطوع البطلان كيف؟ والحال ان المشتري يملك المبيع  
بازاء الثمن والتسليط الخارجي يكون بعنون الوفاء.

وان شئت قلت: ان المقام من مصاديق كبرى المقبوض بالعقد  
الفاسد وقد مر الكلام حول المسألة على التفصيل وقلنا ان المقبوض  
بالعقد الفاسد يوجب ضمان القابض.

ولقائل أن يقول: ان عنوان الشيخ الاعظم قدس سره هذا  
الاشكال في المقام غير سديد فانه ليس بحثاً جديداً. لكن يمكن  
دفع الاشكال المذكور عن الشيخ بأن الوجه في التعرض خصوصية  
علم المشتري بالقبض والمقبوض بالعقد الفاسد أعم من العلم  
المذكور فلاحظ.

وكيف كان لا وجه لهذا الاشكال نعم ان الغاصب اذا أ تلف الثمن  
لا يبقى مجال للاجازة اذ المفروض ان الاجازة ناقله ومع فرض

انعدام الثمن لا يكون مجال للنقل والانتقال وهذا أمر آخر لا يرتبط بالاشكال المذكور في المقام.

ولتوضيح الحال نقول: الاقباض والتسليط اللذان يقعان في الخارج مع علم المشتري بالغصب أما يكونان وفاءً بالعقد الواقع قبلهما وأما يكونان مصداقين لانشاء القبول بهما وعلى كلا التقديرين نسأل ان المشتري العالم بالغصب هل يقصد بالاقباض الهبة أو الاباحة أم يقصد أمراً آخر ان قلت: بأنه قصد الاباحة أو الهبة قلت: لا يكون كذلك قطعاً وهل تكون المعاملات الباطلة في الخارج كالقمار ونحوه مصدايق للهبة أو الاباحة؟ كلا ثم كلا. وان قلت: قصد الوفاء بالعقد أو قصد الانشاء بالاقباض قلت: فما وجه كون المدفوع للقباض واي دليل دل على ان الاقباض الخارجي بنفسه من المملكات في الشرع الاقدس مع ان المستفاد من قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» حصر التملك الجائز في التجارة عن تراض مع الشرائط المقررة وهل العقد الفاسد من صفريات هذه الكبرى؟

### «قوله قدس سره: مسألة في أحكام الرد»

يقع الكلام في هذه المسألة في جهات: الجهة الاولى: في انه لا يترتب أثر على هذا البحث على القول بأن الرد لا يكون مانعاً عن الاجازة كما قويناه اذ على القول بعدم المانعية لا يفرق بين تحقق الرد وعدمه.

الجهة الثانية: في أن الرد القولي هل يلزم أن يكون باللفظ الصريح؟ ربما يقال - كما أفاد الشيخ قدس سره - انه يشترط كونه صريحاً اذ مع عدم الصراحة يكون المرجع اصالة اللزوم وعدم تحقق المانع وبقاء قابلية للاجازة

ويرد عليه اولاً: انه لو استفيد من الدليل تأثير الرد في قابلية الاجازة الواقعة بعده وانها لا اثر لها بعد الرد نأخذ باطلاق ذلك الدليل ونقول: اذا تحقق الرد يسقط العقد الفضولي عن قابليته للمحوق الاجازة به فلا وجه لاشتراط الصراحة.

وثانياً: انه اذا وصلت النوبة الى الشك والاخذ بالاصل يشكل اتمام الامر به اذ استصحاب بقاء القابلية يعارضه استصحاب عدم الجعل الزايد وبعد تساقط الاصلين بالمعارضة تصل النوبة الى استصحاب عدم التأثير وعدم كون العقد صحيحاً فان الميزان الكلي في مورد الشك في صحة الامور الوضعية أن يرجع الى استصحاب عدم الصحة وترتيب الفساد.

الجهة الثالثة: في أن المالك اذا تصرف في العين قبل الاجازة تصرفاً ناقلاً كالبيع أو معدماً للملكية كالعقق فهل يبقى مجالاً للاجازة بعده أم لا؟ أما على النقل فلا مجالاً للاجازة اذ المفروض ان الاجازة ناقلة ومع التصرف المذكور لا موضوع للنقل.

وأما على الكشف فربما يقال: - كما في كلام الشيخ قدس سره - ان الاجازة تكشف عن بطلان التصرف انسابق فتكون الاجازة مؤثرة. ولكن الحق أن يقال: ان الاجازة الواقعة بعد التصرف باطللة وبلا أثر اذ الاجازة انما تؤثر - حتى على القول بالكشف - فيما تكون صادرة عن المالك والمفروض ان المجيز لا يكون مالكاً بعد التصرف.

وبعبارة واضحة: ان الاجازة لا بد من صدورها من شخص يكون مالكاً للمعين لولا الاجازة لا عن الاجنبي والمجيز بعد التصرف يكون اجنبياً هذا بالنسبة الى التصرف في نفس العين.

وأما التصرف في منافع العين كالأجازة مثلاً فالظاهر أنها لا تكون مانعة عن الأجازة اللاحقة غاية الأمر يثبت للمشتري الخيار. وعلى الجملة: التصرف في المنافع بنفسه لا يكون مانعاً عن الأجازة إلا إذا علم من الشرع تنافيهما كالأستيلاد إذا قلنا أن المستفاد من الدليل المنع عن نقل أم ولد بأي نحو كان وتشخيص الموارد بنظر الفقيه الخبير بالصناعة.

الجمعة الرابعة: في أن التصرفات غير المنافية هل تكون رداً أم لا؟ مثلاً: العرض للبيع أو البيع الفاسد هل يكون رداً أم لا يكون؟ والذي ذكر في تقريب كونه مانعاً وجهان: الوجه الأول: أن التصرف غير المنافي كالعرض للبيع مثلاً رد عرفاً.

ويرد عليه أن الرد من الأمور الانشائية التي تتوقف على الانشاء فكيف يحصل بعرض المتاع للبيع.

الوجه الثاني: أن التصرف في العين المنتقلة إلى الغير بالعقد الخياري يكون فسخاً اجماعاً مثلاً إذا باع زيد داره من بكر بالبيع الخياري ثم باع الدار من شخص آخر يكون بيعه الثاني فسخاً للعقد الأول فإذا كان النقل المنافي فسخاً بالبيع الخياري وموجباً لانعدام العقد فبالاولوية يكون رداً للعقد الفضولي.

ويرد عليه أولاً: أن القياس مع الفارق فإن ذا الخيار مادام لا يكون فسخاً للعقد الأول لا يمكنه العقد الثاني لعدم جواز بيع مال الغير فإذا باع يكشف عن الفسخ السابق.

وثانياً: أنه قد مرّ منا أنه لا يمكن الالتزام بكون التصرف موجباً للفسخ ومقتضياً للبيع الجديد إذ قلنا أن البيع لا بد من وقوعه في

ملكه والمفروض ان العين مملوكة للغير فكيف يمكن ان ذا الخيار بانشاء واحد يخرج العين عن ملك الغير ويدخله في ملكه وفي ذلك الزمان يدخلها في ملك ثالث فانه غير معقول وكيف يمكن قيام الاجماع التعبدى على الامر الذي يكون غير معقول.

ان قلت: مقتضى جريان اصالة الصحة في بيعه الحكم بفسخه أولاً ثم بيعه، قلت: ان المفروض ان المبرز منحصر في العقد المنافي وقلنا لا يعقل انشاء كلا الامرين بانشاء واحد مضافاً الى أن اجراء اصالة الصحة في مورد يمكن للمتصدي للعقد الاتيان به وانشائه والمفروض ان العين مملوكة للغير وليس لذي الخيار بيعها فلا موضوع لاصالة الصحة.

بالاضافة الى أن مقتضى الاستصحاب بقائها في ملك من عليه الخيار وعدم الفسخ ومما ذكرنا ظهر انه لا وجه للتفصيل بين كون المتصرف ملتفتاً الى أن العين مبيعة بالعقد الفضولي وبين أن يكون غافلاً بأن يقال في الصورة الاولى بكونه رداً وفي الصورة الثانية بعدم كونه رداً.

الجهة الخامسة: ان الفضولي لو أقبض العين من المشتري الاصيل فلا اشكال ولا ريب في أن للمالك انتزاعها من يد المشتري وهل يكون الانتزاع بنفسه رداً أم لا؟ الحق أن يقال: ان الانتزاع بنفسه يجامع مع عدم الرد ولكن يمكن انشاء الرد بالانتزاع فاذا دلت القرائن على أن المالك قصد الرد بالانتزاع تلتزم به وأما مع عدم دلالة القرينة والشك يكون مقتضى الاستصحاب عدم انشاء الرد من قبل المالك.

«قوله قدس سره: مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده فهو»

الامر كما أفاد فانه مع كون المبيع فى يده لا يكون مجال للرجوع الى أحد.

«قوله قدس سره: والا فله انتزاعه ممن وجده فى يده»  
اذ المفروض ان العين مملوكة له فعلى طبق القانون الشرعى والعقلايى يجوز له أخذه فان الناس مسلطون على أموالهم.  
«قوله قدس سره: ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد»

وقد مرّ الكلام تفصيلا هناك فراجع ما ذكرناه هناك.

«قوله قدس سره: ومع التلف يرجع الى من تلف عنده»

بل يرجع الى من وضع يده على ماله وبعبارة اخرى: اليد اذا لم تكن امانية وكانت ضمانية يكون الاخذ ضامناً وقد مرّ الكلام حول المسألة فى تعاقب الايدي.

«قوله قدس سره: بقيمته يوم التلف»

قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد ان مقتضى القاعدة الاولى كون الميزان بيوم الدفع ولكن بالنسبة الى الفاصب نلتزم بأن الميزان قيمة يوم الغصب بملاحظة حديث أبي ولاد الحنات<sup>١</sup> وتفصيل الكلام موكول الى ذلك المقام.

«قوله قدس سره: اختص السابق»

اذ لا مقتضى للرجوع بالنسبة الى الزيادة الى اللاحق فان المفروض انه لم يضع يده على العين الا فى زمان تنزل القيمة وهذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره: الاولى انه يرجع عليه بالثمن»

اذ المفروض ان وضع الغاصب يده على الثمن يوجب ضمانه ومع الضمان لا فرق بين كون العين باقية أو تالفة.

«قوله قدس سره: ان كان جاهلاً بكونه فضولياً»

يقع الكلام في هذه المسألة في جهات:

الجهة الاولى: في رجوع المشتري على البائع الفضولي مع جهله بالغصب فانه في الجملة بلا اشكال اذ المفروض ان يد البائع الفضولي يد ضمان فيكون ضامناً للمشتري فيجوز للمشتري أن يرجع عليه بعد اطلاعه على كون البائع فضولياً ولا فرق فيما ذكرنا من رجوعه على الفضولي بين كون الثمن باقياً أو تالفاً اذ مقتضى الضمان انتقال العين الى الذمة بعد التلف فلا فرق بين البقاء والتلف.

الجهة الثانية: في أنه هل يكون اعتراف المشتري واقاره بكون البائع مالكاً مانعاً عن الرجوع عليه ام لا؟

فنقول: تارة يبحث في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات أما في مقام الثبوت فجواز الرجوع وعدمه تابع لاعتقاد المشتري فان كان معتقداً بكون البائع مالكاً فلا يجوز وان كان شاكاً واستند في الاشتراء الى اليد يجوز له الرجوع بعد قيام البيئة على أن العين مسلوكة للغير والبائع فضولي.

وأما في مقام الاثبات فتارة يعلم من القرائن ان اعترافه بكون البائع مالكاً مستنداً الى اليد واخرى يعلم انه معترف بكونه مالكاً حتى بعد قيام البيئة وثالثة لا يعلم بالتفصيل احد الطرفين.

أما في الصورة الاولى فلاشكال في جواز رجوعه اذ قيام البيئة



يبطل امارية اليد وأما في الصورة الثانية فيؤخذ باعترافه واقرارہ ولايجوز له الرجوع وأما في الصورة الثالثة فأيضاً يجوز الرجوع اذ البينة تقتضي جواز الرجوع وفي قبالتها ليس شيء يقتضى خلافه . وان شئت قلت: قيام البينة وجداني واقرار المشتري يكون الثمن للبائع مشكوك فيه والاصل عدمه.

الجهة الثالثة: انه لو كان المشتري عالماً بالفضولية وكان الثمن باقياً عند الفضولي فهل يجوز رجوعه وأخذ الثمن منه ام لا؟ مقتضى القاعدة وفاقاً لجملة من الاساطين المذكورين في المتن انه يجوز له الرجوع والاخذ اذ الثمن مملوك له ولم يتحقق في الخارج ما يوجب انتقال الثمن الى الفضولي وقد تقدم آنفاً في الجملة وتقدم في بحث المأخوذ بالعقد الفاسد بالجملة ان التسليط الخارجي واقباض الثمن من الفضولي لا يقتضي صيرورته ملكاً له.

هذا على النقل الذي هو القول المنصور وأما على الكشف فان كان العقد الفضولي الواقع بين الفضولي والاصيل باللفظ وكان الاقباض وفاءً للعقد يكون المثلث ملكاً للمالك الاصلي وكيف يمكن أن يصير الثمن ملكاً للبائع الفضولي مع كونه مملوكاً للمالك الاصلي؟ وعلى اساس كونه ملكاً للبائع الفضولي لا يبقى مجال للاجازة ولكن القول بالكشف على خلاف التحقيق ويمكن ان الماتن يشير الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

الجهة الرابعة: في أنه هل يجوز للبائع الفضولي التصرف في الثمن أم لا؟ لا يخفى انه لا يبقى مجال لعنوان هذا الفرع اذ بعد بقاء الثمن في ملك مالكة الاولى أي المشتري الاصيل لا مقتضي لجواز تصرف البائع الفضولي فيه بل لاشكال في حرمة فانه تصرف عدواني ومصادق للنصب.

الجهة الخامسة: في أنه لو تلف الثمن عند البائع الفضولي فهل يكون ضامناً للمشتري الاصيل مع علمه بالغصب ام لا؟ قال الشيخ قدس سره: المعروف عدم رجوع المشتري بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم رحمهم الله الاتفاق عليه واختار عدم الضمان.

وملخص ما افاده في مقام تقريب عدم الضمان: ان القائل بالضمان اما يتمسك بقاعدة على اليد واما يتمسك بقاعدة الاقدام أما الاول فهو خصص بما يدل على أن الودعي والمستعير لا يكونان ضامين مع ان المالك لم يأذن لهما في الاتلاف فبطريق أولى لا يتحقق الضمان هنا فان المالك أي المشتري الاصيل سلب الفضولي على التصرف في الثمن واتلافه فلا يثبت الضمان من هذه الناحية.

وأما الاقدام فلا اثر له لان المشتري يعلم بأن البائع جعل الثمن في مقابل مال الغير فاقدامه بالنحو المذكور لا يوجب شيئاً عليه وبنحو آخر لم يتحقق فلامقتضي للضمان.

لا يقال: فيلزم عدم الضمان في العقود الفاسدة والحال انه قد سبق في بحث العقد الفاسد ان المأخوذ به يقتضي الضمان، فانه يقال: التضمنين هناك يتحقق غاية الامر يكون فاسداً.

وبعبارة اخرى: قد تحقق هناك أمران: اصل التضمنين وتضمنين خاص والشارع الاقدس لم يمسح الحصة الخاصة فيبقى أصل الضمان بحاله وأما فيما نحن فيه فلا يكون ضمان الا بمال الغير فلا يتوجه الى البائع الفضولي شيء.

اذا عرفت ما تقدم نقول يقع الكلام تارة فيما يرجع الى كلام

الشيخ وان ما أفاده تام أم لا؟ واخرى فيما يقتضيه النظر الدقيق فهنا مقامان أما المقام الاول فيرد على ما أفاده اولاً: انه كيف جمع بين حرمة تصرف الفضولي في الثمن قبل تلفه وعدم ضمانه بعد التلف فان الاقباض ان كان اباحة أو هبة أو عارية فلا وجه لحرمة التصرف وان لم يكن الاقباض باحد هذه العناوين فلا بد من الالتزام بالضمان فالجمع بين الامرين جمع بين المتنافين.

وبعبارة واضحة: ان التسليط على التصرف والاتلاف ان كان موجباً لعدم الضمان فكيف لا يكون مقتضياً لجواز التصرف فانه قدس سره صرح بأنه سلطه على التصرف والاتلاف.

وثانياً: ان المشتري الاصيل العالم بالفضولية لا يسلط البايع الفضولي على مملوكه كي يقال ان التصرف فيما يكون ماذوناً فيه من قبل المالك لا يوجب الضمان كيف وان المشتري يملك العين في مقابل تملك الثمن.

وان شئت قلت: ان المشتري يعتبركون الثمن مملوكاً للفضولي ومع البناء على كونه مملوكاً للفضولي لامجال للاذن فان الانسان انما يأذن في التصرفات الواقعة في مملوكه لا في مملوك الغير.

وبعبارة واضحة: انه يرى نفسه اجنبياً عن الثمن وعلى هذا الاساس يسلمه من البايع فلا يتم ما أفاده هذا تمام الكلام بالنسب الى المقام الاول.

وأما المقام الثاني فنقول: قد سبق منا في بحث المقبوض بالعقد الفاسد ان وضع اليد على مال الغير مع الاقدام على الضمان يوجب الضمان في نظر العقلاء وسيرتهم وهذه السيرة مضاة من قبل الشارع الاقدس غاية الامر ان كان التضمين مطابقاً مع المقررات الشرعية يكون الواضع ضامناً للمسمى والا يكون ضامناً للبذل

الواقعي في صورة تلف المأخوذ ونفس العين في صورة بقائها ووجودها وعلى هذا الاساس نحكم بالضمان في جميع موارد العقود الفاسدة والمعاملات غير الشرعية والا يلزم عدم ضمان المتقارمين ولا فرق فيما نقول بين أن يكون مورد العقد مملوكاً للمتعاملين أو لا يكون أو يكون أحد العوضين مملوكاً لآخرهما دون الآخر والميزان الكلي ما ذكرنا وهو وضع اليد على مال الغير وعدم قصد المجانيه.

ويمكن اثبات المدعى بتقريب آخر وهو ان المستفاد من قوله تعالى «الا أن تكون تجارة عن تراض» ان جواز تملك مال الغير منحصر في التجارة عن تراض مع الشرائط المقررة وفي غير هذه الصورة لا يجوز التملك هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان التصرف في مال الغير بلا رضاه حرام كما ان وضع اليد على مال الغير يقتضي الضمان فالنتيجة انه لو تلف الثمن في يد الفضولي يكون ضامناً للمشتري الاصيل.

ان قلت: فما الوجه لعدم ضمان المستودع والمستعير؟ قلت: الشارع الاقدس حكم بعدم ضمان اليد الامانية مضافاً الى أن قباض المالك مملوكه من المستودع أو المستعير لا يكون مبنياً على الضمان ولذا نفرق بين كون العارية عارية مضمونة أو غير مضمونة حيث نلتزم بالضمان في الصورة الاولى وعدمه في الصورة الثانية.

وصفوة القول: ان وضع اليد على مال الغير بلا قيد عدم الضمان يكون مقتضياً للضمان في وعاء الشرع وعند العقلاء بحسب سيرتهم. ثم انه ينبغي التنبيه بأمور تبعاً للماتن قدس سره التنبيه الاول: ان قاعدة ما يضمن وعكسه لا تكون بهذا العنوان واقعة في كلام

الامام عليه السلام كى نتعرض لمفادها بل هذه الجملة كلام الاعلام ولا يبعد أن يكون الظاهر من الجملة ان كل عقد اذا فرض الضمان في صورة كونه صحيحاً يكون موجباً للضمان في صورة الفساد ايضاً وكذلك في عكس القضية والحق ان الكبرى المذكورة غير تامة فان عقد البيع اذا كان صحيحاً يكون موجباً لضمـان البايـع للمبيـع ولضمان المشتري الثمن والحال ان فاسده لا يقتضى الضمان وهكذا فالحق أن يقال ان المستفاد من الشرع والسيرة ان وضع اليد على مال الغير مع اشتراط الضمان يقتضى أن يكون الواضع ضامناً.

التنبيه الثاني: انه لو باعه ما لا يكون قابلاً للبيع لا شرعاً ولا عند العقلاء كما لو باعه حراً بدينار وقبض الدينار فهل يكون القابض ضامناً للدينار المقبوض ام لا؟

أفاد سيدنا الاستاد قدس سره وفاقاً لجملة من الاساطين ان القابض لا يكون ضامناً بتقريب: ان المشتري اذا علم بالحال لم يقصد المبادلة حقيقة فلا يكون للثمن عوض فلا مقتضى للضمان ويكون كالبيع بلا ثمن.

ويرد عليه ان قياس المقام بالبيع بلا ثمن قياس مع الفارق فان البيع بلا ثمن عبارة عن التملك المجاني غايته انشاء الواهب الهبة بهذا اللفظ وأما في المقام فان المفروض جعل المعاوضة بين الثمن والمبيع الحر.

وقوله «انه لم يقصد المبادلة حقيقة» لا يرجع الى محصل صحيح فان قصد المبادلة والمعاوضة قد تحقق على الفرض وأي فرق بين المقام وبين بقية العقود الفاسدة فالحق ان الضمان متحقق اذ المشتري لم يقصد المجانية وانما سلط البايـع على الثمن من باب كونه مالاً.

وصفوة القول: ان فساد المعاملة ان كان موجباً لعدم الضمان فما الوجه في الحكم بالضمان في بقية الموارد؟ وان كان قصد المعاوضة يقتضي الضمان فالمقام كذلك فالحكم بالفرق تحكم. وبيان اوضح: ان القابض للثمن هل يجوز له التصرف في الثمن وهل يكون الثمن مملوكاً له ام لا؟ ولا بد لمن يقول بعدم الضمان أن يقول هو مملوك له وصار ملكاً له بالهبة فان البيع المذكور في الحقيقة هبة كالبيع بلا ثمن وعليه نقول: هل يصح اطلاق الهبة عليه والعرف ببالك فانه يصح سلب الصديق وصحة السلب علامة المجاز فلاحظ.

التنبيه الثالث: ان البائع الفضولي اذا باع العين للمالك الاصيلي وأخذ الثمن بعنوان ايصاله اليه مع علم المشتري بالحال وتلف في يده قبل الوصول الى المالك فهل يكون ضامناً؟ الظاهر انه لا وجه للضمان اذ يده امانية والمفروض ان المشتري مع علمه بالحال دفع الثمن اليه لان يوصله الى المالك الاصيلي.

التنبيه الرابع: انه لو قلنا بعدم الضمان كما اختاره الشيخ قدس سره وفرضنا ان المشتري لم يقبض الثمن بل البائع الفضولي بنفسه أخذ الثمن من باب أنه ملكه فهل يكون ضامناً ام لا؟ الاشكال في ضمانه في الصورة المفروضة اذ لا وجه لعدم الضمان والتقريب المتقدم لا يتحقق في المقام فان المفروض ان المشتري لم يسلطه بل هو بنفسه وضع يده على مال الغير فيكون ضامناً.

التنبيه الخامس: انه لو اشترط المشتري الضمان في زمان الاقباض بأن يشترط عليه بأنه لو أخذ منه العين يكون الفضولي ضامناً فهل يكون تلف الثمن في هذه الصورة موجباً للضمان ام لا؟ الذي يختلج بالبال أن يفصل بأن يقال: ان كان الاقباض بعنوان

كون البايع مالكاً والاقباض وفاءً بالعقد يكون شرط الضمان يوجب كون اليد موجبة للضمان اذ مرجع الشرط الى أن الاقباض والتسليم لا يكون مجانياً وأما لو كان الاقباض بعنوان ان البايع الفضولي يوصل الثمن الى المالك الاصيل فشرط الضمان يكون فاسداً لكونه على خلاف الشرع.

وبعبارة واضحة: انه قد سبق آنفاً ان الاقباض اذا كان لاجل ايصاله الى المالك الاصيل لا يكون الاخذ ضامناً في صورة التلف فشرط الضمان في الصورة المفروضة خلاف المقرر الشرعي فلا يكون نافذاً.

ان قلت: يجوز شرط الضمان في العارية نصاً وفتوى قلت: العارية لاجل الانتفاع بالعين والمقام ليس كذلك بل الاقباض لاجل الايصال فقط.

التنبيه السادس: لافرق بين كون الثمن كلياً ودفع الى البايع بعض أفراد الكلي وبين كونه شخصياً. فانه لا فرق بينهما من حيث الاثر والاحكام المترتبة.

«قوله قدس سره: المسألة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن»

في هذه المسألة فروع الفرع الاول: اذا اغترم المشتري الاصيل غرامة لم يحصل شيء له في مقابلتها كالمصارف التي صرفها في العمارة مثلاً وأمثالها فهل يمكنه الرجوع بها الى البايع الفضولي أم لا؟ فنقول: تارة يكون المشتري عالماً بالحال وان العين للغير والبايع غاصب واخرى يكون جاهلاً.

أما في الصورة الاولى فلا يكون له الرجوع اذ لا مقتضي للرجوع

وان شئت قلت: لا فرق بين البايع والمشتري في هذه الجهة وانهما غاصبان للعين فلا مقتضي للرجوع.  
وأما ان كان جاهلاً فما يمكن أن يذكر في تقريب جواز الرجوع وجوه:

الوجه الاول: الاجماع عن السرائر انه يرجع قولاً واحداً.  
وفيه ان الاجماع المنقول لا يكون حجة والمحصل منه على تقدير حصول محتمل المدرك فلا يكون حجة ايضاً.  
الوجه الثاني: قاعدة نفي الضرر بتقريب: ان المشتري تضرر بالغرامة والضرر منفي في الشريعة المقدسة.  
ويسرد عليه اولاً: ان التمسك بالقاعدة انما يتم على مسلك المشهور في مفاد القاعدة وأما على مسلك شيخ الشريعة الذي اخترناه فلا مجال للاخذ بها اذ المستفاد من القاعدة على المختار حرمة الاضرار بالغير لا نفي الحكم الضرري في الشريعة وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر وقد تعرضنا حول القاعدة وذكرنا ما اختلف ببالنا ومن أراد الوقوف على ما ذكرنا فليراجع القاعدة في المجلد الثاني من كتابنا «آرائنا في اصول الفقه».

وثانياً: انه ما الفرق بين البايع والمشتري وأي ترجيح في طرف المشتري وبعبارة اخرى اذا لم يرجع المشتري الى البايع يكون الضرر متوجهاً اليه واذا راجع عليه ويأخذ الغرامة منه يكون البايع متضرراً فما وجه الترجيح والتقديم؟

وثالثاً: ان القاعدة تنفي الضرر لا انها تدل على جبران الضرر الوارد مثلاً الوضوء اذا كان ضررياً يرتفع وجوبه بالقاعدة وأما اذا كان الضرر وارداً على شخص فلا تدل القاعدة على جبرانه والا كان اللازم تدراك كل ضرر وارد على شخص من بيت المال وهل



يمكن الالتزام به؟ كلا ثم كلا.

وان شئت قلت: ان القاعدة نافية لاثبتة وفي المقام المفروض وقوع الضرر على المشتري ولا تفي القاعدة بجبران ضرره برجوعه على البائع.

الوجه الثالث: قاعدة السبب والتسبيب فان البائع سبب لوقوع الضرر المفروض على المشتري فيجوز له أن يرجع عليه ويأخذ الخسارة منه.

وفيه ان هذه القاعدة لم تقع في آية أو رواية بل لابد من العمل على طبق القاعدة فان كان التسبيب على نحو يستند الفعل الى السبب كالذي يفتح باب قفس الطائر ويصير سبباً لطيرانه وتلفه فضمامه على القاعدة لان الفعل يستند اليه ويصح أن يقال: ان فلاناً أ تلف الطائر الفلاني.

والميزان الكلي في تقديم السبب على المباشر أن يكون بحيث يستند الفعل اليه فاذا صدق القتل وانه قتل فلاناً يقتص" منه أو يؤخذ منه الدية واذا صدق انه أ تلف يكون ضامناً وهكذا ومن الظاهر انه لا يكون كذلك في المقام.

الوجه الرابع: قاعدة الفرور فان المغرور يرجع الى من غره. وهذه القاعدة قاصرة من حيث السند فانه نقل انها مضمون حديث نبوي ولكن الحديث غير معتبر سنداً وعمل المشهور به أول الكلام بل قيل لم يعمل به المشهور.

مضافاً الى أنا قد ذكرنا مراراً ان عمل المشهور بحديث ضعيف لا يجبر ضعفه ولكن مع ذلك لا يمكن رفع اليد عن القاعدة اذ لا يبعد أن تكون السيرة العقلانية جارية على تغريم الغار" وفي سيرتهم

يرجع المغرور الى من غرّه ويمكن أن يستفاد المدعى أي اعتبار القاعدة من جملة من النصوص منها ما رواه اسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان فأتى أباها فقال: زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد انها غير ابنته وانها امة قال ترد الوليدة على مواليتها والولد للرجل وعلى الذي زوجة قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة اذا أتت الى قوم وأخبرتهم انها منهم وهي كاذبة وادعت انها حرة وتزوجت انها ترد الى أربابها ويطلب زوجها ماله الذي أصدقها ولاحق لها في عنقه وما ولدت من ولد فهم عبيد<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه أبو عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليّتها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها قال: فقال: اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليّتها الذي كان دلسها فان لم يكن وليّتها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و ترد على أهلها قال وان أصاب الزوج شيئاً مما اخذت منه فهو له وان لم يصب شيئاً فلا شيء له قال وتعتد منه عدة المطلقة ان كان دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها ولا مهر لها<sup>٣</sup>.

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١.

ومنها ما رواه رفاعه بن موسى قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام الى أن قال وسألته عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليتها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها وإنما صار عليه المهر لأنه دلّسها ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجه أيتها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه ابن بكير عن بعض أصحابه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بها الجنون والبرص وشبهه ذا فقال: هو ضامن للمهر<sup>٢</sup>.

ومنها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جبار لها لا يعلم دخيلة أمرها فوجدها قد دلست عيباً هو بها قال يؤخذ المهر منها ولا يكون على الذي زوجها شيء<sup>٣</sup>.

ومنها: ما رواه الحلبي أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل قلت أرأيت: أن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال: المهر لها بما استحل من فرجها ويغرم وليتها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها<sup>٤</sup>.

ومنها ما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال:

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٣ و ٤.

(٤) عين المصدر الحديث ٥.

ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها، الحديث<sup>١</sup>.  
ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:  
في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلّسه ولم  
يبيّن ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها  
ويكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها ولم يبيّن<sup>٢</sup>.  
ومنها ما رواه علي بن جعفر عن اخيه قال سألته عن امرأة  
دلّست نفسها لرجل وهي رتقاء قال: يفرق بينهما ولا مهر لها<sup>٣</sup>.  
ومنها ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في  
رجل تزوج امرأة مرة فوجدها امة قد دلّست نفسها له قال: ان كان  
الذي زوجها ايّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد قلت: فكيف يصنع  
بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: ان وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه وان  
لم يجد شيئاً فلا شيء له وان كان زوجها ايّاه ولي لها ارتجع على  
وليها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرأ وان  
كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها قال:  
وتعتد منه عدة الامة قلت: فان جاءت منه بولد قال: أولادها منه  
أحرار اذا كان النكاح بغير اذن الموالي<sup>٤</sup>.  
فان المستفاد من مجموع ما ذكر ان القاعدة المذكورة قاعدة  
فقمية ولذا نرى الفقهاء يقولون بها في موارد التفرير.  
ولكن النصوص المشار اليها لا تفني باثبات المدعى على نحو  
الكبرى الكلية اذ ما يستفاد منه عموم الحكم ضعيف سنداً لاحظ ما

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العيوب والتدليس الحديث ٦.

(٢) عين المصدر الحديث ٧.

(٣) عين المصدر الحديث ٨.

(٤) الوسائل الباب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

رواه اسماعيل بن جابر<sup>١</sup> فان الحديث تام من حيث الدلالة لكن السند ضعيف ولاحظ ما رواه رفاعه<sup>٢</sup> والرواية ضعيفة بسهل وللحديث سند آخر وفيه نقاش ايضاً فراجع.

وفي المقام حديث رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه<sup>٣</sup>.

وهذه الرواية تامة سنداً ولا يبعد أن يكون فيه اشعار على المدعى فلاحظ ولكن يمكن الاستدلال بهذه الرواية على المقام بالتقريب الذي ذكره الشيخ قدس سره بأن نقول: ان حرية الولد اما تعد نفعاً واما لا تعد أما على الاول فيدل الحديث على الضمان في المقام بالاولوية اذ لو ثبت الضمان بالتدليس مع الانتفاع فمع عدمه يتحقق بالاولوية وأما على الثاني فيدل الحديث على الضمان في المقام ايضاً لوحدة حكم الامثال.

ولكن الاشكال كل الاشكال في أن الاحكام الشرعية منوطة بنظر الشارع الاقدس ولا تنالها أفهامنا فالعمدة الاشعار الذي ذكرنا ومن الظاهر ان مجرد الاشعار لا أثر له.

وأما حديث زريق قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً اذ دخل عليه رجلان الى أن قال فقال احدهما: انه كان عليّ مال لرجل من بني عمار وله بذلك ذكر حق وشهود فأخذ المال ولم

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠١.

(٣) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥.

استرجع منه الذكر بالحق ولا كتبت عليه كتاباً ولا أخذت منه براءة وذلك لاني وثقت به وقلت له: مزق الذكر بالحق الذي عندك فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها وعقب هذا ان طالبني بالمال وراثته وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال وكان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة وقبض القوم المال وهذا رجل من اخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي.

ثم ان ورثة الميت اقرؤا ان المال كان أبوهم قد قبضه وقد سألوه أن يرد عليّ معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة فقال: اني احب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا فقال الرجل يعني المشتري جعلني الله فداك كيف اصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها وتخرج يدك عنها قال فاذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة ثمن الثمار وكل ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك الا ما كان من زرع زرعت انت فان للزارع اما قيمة الزرع واما أن يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع فان لم يفعل كان ذلك له و رد عليك القيمة وكان الزرع له.

قلت: جعلت فداك فان كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرس قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه قلت: رأيت ان كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء فقال: يرد ذلك الى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الارض فاذا رد جميع ما أخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الارض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في اصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في

مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود اليه<sup>١</sup>.  
 وحديث زرارة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى  
 جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً ثم  
 ان أباهما يزعم انها له وأقام على ذلك البيعة قال يقبض ولده ويدفع  
 اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها<sup>٢</sup>.  
 فكلاهما ضعيفان سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالتهم  
 مضافاً الى أن الامام عليه السلام لا يكون في مقام بيان رجوع المشتري  
 الى البايع وعدمه كي يقال: ان سكوته عليه السلام يدل على عدم  
 الرجوع فلا مجال لان يقال ان المستفاد من الحديثين انه ليس له  
 الرجوع الى البايع.  
 والحاصل ان الدليل على الرجوع السيرة العقلائية وهي محكمة  
 والله العالم.

ويؤيد المدعى ما رواه وليد بن صبيح<sup>٣</sup> وفي المقام حديث رواه  
 أبو عبيدة<sup>٤</sup> فانه يمكن الاستدلال بالحديث على المدعى بتقريب ان  
 المستفاد من قوله عليه السلام «ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي  
 كان دلّسها» ان التدليس يوجب جواز الرجوع الى المدلس وهذا  
 هو المدعى فلاحظ.

لكن هذا انما يتم في صورة التفرير وأما اذا لم يصدق العنوان  
 المذكور كما لو كان البايع غافلاً أو كان معتقداً لجواز بيع مال الغير  
 فكيف يمكن الاستناد الى قاعدة الغرور فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٢.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٠.

الفرع الثاني: فيما غرمه في مقابل النفع الواصل اليه وهذا ايضاً يتصور بنحوين أي تارة يكون مع العلم بالحال واخرى مع الجهل أما في صورة العلم وعدم صدق الغرور فلا وجه لرجوعه الى البايع وأما في صورة الجهل بالحال فذهب الشيخ قدس سره وفقاً لجملة من الاساطين الى أنه يجوز له الرجوع على البايع. وما يمكن أن يذكر مدركاً للحكم وجوه الوجه الاول: الاجماع فعن التنقيح ان عليه الفتوى وظاهر هذه الجملة ان عليه اتفاق الكلمة.

وفيه ما فيه وقد مرّ قريباً الاشكال في الاجماع فلا نعيد. الوجه الثاني قاعدة نفي الضرر وايضاً قد مرّ الاشكال في الاستدلال بالقاعدة قريباً فراجع ما ذكرناه. الوجه الثالث: قاعدة التسبب وايضاً مرّ الاشكال في الاستدلال بها.

الوجه الرابع: قاعدة الغرور فان مقتضى القاعدة المذكورة المرتكزة في اذهان العقلاء انه يجوز للمغرور أن يرجع الى من غره هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الظاهر انه يصدق عنوان التفرير على البايع الفضولي العالم بكون المال مغسوباً فلا اشكال لا من ناحية الكبرى ولا من ناحية الصغرى بل المقام من الموارد المتيقنة للقاعدة كما افاده الشيخ قدس سره.

الوجه الخامس: حديث جميل<sup>١</sup> ويمكن الاستدلال بما رواه ابو عبيدة<sup>٢</sup>.

الفرع الثالث: انه لو كان الثمن المأخوذ من المشتري الاصيل

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٠.



عشرة دراهم وتلفت العين في يد المشتري وزادت قيمة العين عن الثمن يكون للمشتري الرجوع على البائع الفضولي للاخذ بالنسبة الى مازادت اذ يصدق انه مغرور ومدلس والمغرور يرجع الى من غره ودلسه وأما بالنسبة الى مقدار الثمن الذي اخذ منه فيرجع ويأخذ من البائع كما مر ولكن ليس له أن يأخذ منه مايساوي الثمن. بتقريب: ان المشتري قدغرم بالعشرين فيجوزله أخذ العشرين فان التقريب باطل اذ لا يصدق الغرور والتدليس بالنسبة الى هذا المقدار فلاحظ.

وفي المقام اشكال وهو انه قد تحقق عند القوم ان العقد المقبوض بالعقد الفاسد يوجب ضمان الاخذ ويكون ضامناً لتمام القيمة والوجه فيه ان الاخذ قد أقدم على الضمان وعليه يلزم في المقام أن يكون ضامناً للمبيع ولا يكون للمشتري الاصيل الرجوع فيما زاد على الثمن الذي جعل في قبال العين اذ المفروض ان المشتري أقدم على الضمان فما الوجه في التفصيل؟

وبعبارة اخرى: العلة للضمان في العقد الفاسد الاقدام على الضمان والمفروض ان الموجب المذكور موجود في المقام ايضاً. وان شئت قلت: ان الاقدام على الضمان ان كان موجباً للضمان ولا يكون التفرير والتدليس صادقاً فلا وجه للرجوع حتى بالنسبة الى الزايد وان لم يكن موجباً فما الوجه في الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد؟

ويمكن أن يجاب عن الاشكال المذكور انه في المقبوض بالعقد الفاسد يتحقق القبض مع الاقدام على الضمان والشارع الاقدس ألغى الضمان المعاوضي لبطلان العقد فرضاً وأمضى أصل الضمان لوضع اليد مع عدم المجانية فيكون الاخذ ضامناً للقيمة الواقعية

وأما في المقام فالحق انه يضمن أيضاً القيمة الواقعية بلا فرق لكن حيث انه مغرور بالنسبة الى ما زاد على الثمن يكون له الرجوع. وصفوة القول: ان الفارق بين المقامين صدق التفرير والتدليس والمغرور يرجع الى من غره.

وربما يقال - كما أفاد السيد قدس سره في الحاشية - ان موجب الضمان هو وضع اليد على مال الغير ولذا لو وهبه الفضولي مال الغير وتلف عند المتهب يكون المتهب ضامناً للقيمة الواقعية مع انه لم يقدم على الضمان اذ فرض عدم اقامه على الضمان فالموجب للضمان قاعدة اليد وأما وجه رجوعه الى البايع الفضولي في الزيادة على الثمن فللقاعدة الغرور وأما وجه عدم رجوعه في مقدار الثمن فلا قدامه وعدم صدق الغرور.

ولما انجر الكلام الى هنا ينبغي بل يلزم ارسال عنان الكلام والبحث على النحو المبسوط في هذا المجال فنقول: لو كانت رواية على اليد تامة سنداً لكان القول بالضمان بمقتضى الحديث المزبور في محله ولكن الحديث قاصر سنداً لاحظ ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: «على اليد ما اخذت حتى تؤديه»<sup>(١)</sup>.

فان هذه الرواية قاصرة سنداً وانجبارها بعمل المشهور بها موقوف على القول بانجبار الخبر الضعيف بالعمل وهو اول الكلام والاشكال.

لكن الظاهر انه لا مجال للاشكال صغرياً اذ الظاهر انه لا اشكال في أن المشهور عملوا بالخبر فان الاستدلال به في كلمات الاصحاب أظهر من أن يخفى لمن يراجع كلماتهم في باب الاستدلال على الضمان لكن كل الاشكال في الكبرى فالحديث ساقط عن الاعتبار

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من ابواب الفسخ الحديث ٤.

وعليه العمدة في المستند السيرة العتلائية وهل يمكن للمفقيه أن يجزم بالسيرة على نحو الاطلاق.

وبعبارة اخرى: هل يمكن للمفقيه أن يلتزم بأن مجرد وضع اليد على مال الغير ولو مع الجهل القصورى موجب للضمان واذا وصلت النوبة الى الشك فالاصل عدم الضمان نعم بالمقدار الذي أقدم على الضمان ووضع اليد على العين يكون ضامناً.

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة وان كان يقرع الاسماع أن يقال: ان وضع اليد على مال الغير اذا كان عن عذر كما لو كان جاهلاً أو غافلاً أو ناسياً أو مغروراً أو مأخوذاً بالعقد الفاسد لا يتحقق ضمان اليد فلو تلفت العين بمتلف سماوي لا يكون من وضع يده عليها ضامناً اذ لا دليل على الضمان غير قاعدة اليد وقد مر<sup>١</sup> أنفاً عدم تمامية سند القاعدة فلا بد لمدعي الضمان من اقامة دليل عليه ويترتب على ما قلنا آثار مهمة.

هذا بالنسبة الى التلف وأما بالنسبة الى الاتلاف فلا يبعد أن يستفاد من جملة من النصوص ضمان المتلف<sup>٢</sup>.

فان المستفاد من جملة من نصوص الباب ان المتلف ضامن ولو كان معذوراً كما انه يستفاد من بعض نصوص الباب ان التلف يوجب ضمان ذي اليد لما في يده لاحظ ما رواه الكاهلي<sup>٣</sup> ولكن السند ضعيف.

وايضاً يستفاد من جملة النصوص ان العارية مضمونة مع الشرط منها ما رواه عبدالله بن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: لا تضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها

(١) لاحظ النصوص فى ص ٢١٦ - ٢١٩.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢١٧.

مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: العارية مضمونة فقال: جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه عبدالملك بن عمرو عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس على صاحب العارية ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله أو أبي ابراهيم عليهما السلام قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب أو فضة فانهما مضمونان اشترطاً أو لم يشترطاً كما انه يستفاد من بعض الروايات<sup>٥</sup> ان عارية الذهب والفضة يوجب الضمان فنلتزم بالضمان في هذه الموارد وأما في غيرها فيشكل الالتزام به نعم مع العلم بأنه مال الغير ولا يكون راضياً بالتصرف وبعبارة اخرى اذا كان الاخذ ووضع اليد مصداقاً للغصب يمكن أن يقال بأن المأخوذ يكون في ضمان الاخذ في نظر العقلاء وارتكازهم وسيرتهم واما ان لم يكن كذلك في نظر العقلاء كالمقبوض بالمعد الفاسد وكالمقبوض بالقمار وأمثالها فلا يكون التلف موجباً للضمان ولا يرون الاخذ والذي وضع يده على المال ضماناً فالالتزام

(٢٠١) الوسائل الباب ٣ من ابواب العارية الحديث ٢٠١.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٥٠٤) عين المصدر الحديث ٢٠٤.

بالضمان شرعاً مع ضعف حديث على اليد في غاية الاشكال هذا كله بالنسبة الى التلف.

وأما الائتلاف العدواني فلا اشكال في كونه موجباً للضمان في نظر العقلاء لكن اذا كان الائتلاف اكرهياً أو كان ناشئاً عن النسيان وأمثالهما فما المانع عن شمول حديث الرفع.

ان قلت: حديث الرفع امتناني وعدم الضمان خلاف الامتنان بالنسبة الى من أتلف ماله. قلت: اولاً: اي دليل دل على كون الحديث امتنائياً بالنسبة الى الامة بل يمكن أن يكون الحديث امتنائياً بالنسبة الى رسول الله فان قوله صلى الله عليه وآله «رفع عن امتي» ظاهر في ان الله سبحانه أكرم نبيه ومنَّ عليه برفع جملة من الالتزامات بالنسبة الى الامة المرحومة.

وثانياً يرد على التقريب المذكور ان الامتنان بالنسبة الى من يتحقق في حقه الحكم. وبعبارة واضحة: دليل الرفع في كل مورد شمل واحداً من المكلفين يكون الشمول بالنسبة الى المشمول امتنائياً ولا يلزم أن يكون امتنائاً بالنسبة الى غيره.

مثلاً اذا كان العشرة للزوجة حرجياً يكون مقتضى الحرج رفع وجوب بقائها مع زوجها ويجوز لها هجره وتركه والحال ان الرفع المذكور خلاف الامتنان بالنسبة الى زوجها فليكن.

«قوله قدس سره: فجرى ان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع»

وهذا ظاهر اذ لو كان الغرور موجباً للرجوع الى الغار في صورة انتفاع المغرور من العين فجواز رجوعه في صورة عدم الانتفاع بالاولوية القطعية بلا كلام ولا اشكال فلاحظ.

الفرع الرابع انه لو تجددت زيادة القيمة ولم تكن حين العقد ورجع المالك واخذ القيمة الزائدة فأفاد الشيخ قدس سره: ان جواز رجوع المشتري الى البايع الفضولي المغرر أولى في هذه الصورة ويمكن أن يكون الوجه في الاولوية ان المشتري لم يقدم على ضمان الزائد المتجدد بخلاف الصورة الاولى.

ويرد عليه ان الشيخ يرى ان الضمان مسبب من اليد وسببيه اليد للمضمان سواء.

الفرع الخامس: اذا غرم المشتري باذاء الجزء التالف كما لو اشترى مناً من الحنطة وتلف نصفها يكون حكم النصف التالف كحكم نفس العين فان المشتري يرجع الى البايع بالنسبة الى الزيادة لا فيما يقابله وهذا ظاهر.

الفرع السادس: ان المشتري لو غرم للمالك بازاء وصف من أوصاف المبيع التي لا يقسط عليها الثمن كالكتابة في العبد مثلاً يرجع بها الى البايع لصدق الغرور.

وبعبارة اخرى: على القول بأن اليد توجب الضمان يكون ضامناً للمالك وهذا الضمان مسبب من الغرور فيمقتضى قاعدة الغرور له أن يرجع الى البايع بالمقدار الذي غرم للمالك.

الفرع السابع: ان رجوع المشتري الى البايع لقاعدة الغرور مخصوص بمورد لا يكون العقد باطلاً من غير جهة كون البايع فضولياً وأما لو كان العقد باطلاً من غير هذه الجهة كما لو كان العقد غررياً فلا يجوز للمشتري أن يرجع الى البايع الفضولي اذ لا يكون ضمانه مسبباً عن التفرير والتدليس فلا رجوع.

الفرع الثامن: انه في كل مورد يرجع المشتري لاخذ الغرامة الى البايع الفضولي اذا رجع المالك ابتداءً الى الفضولي لا يرجع

الفضولي الى المشتري والوجه فيه ان قرار الضمان على البائع الفضولي على الفرض فلا معنى لان يرجع الفضولي الى المشتري. وأما فيما لا يرجع المشتري الى البائع كمساوى المثلث اذا رجع المالك الى البائع الفضولي وأخذ منه يرجع به الفضولي ويأخذ منه اذ المفروض انه لم يغره بهذا المقدار فقرار الضمان على المشتري.

ان قلت: المفروض ان مدرك الضمان قاعدة على اليد وتحقق اليد وأخذ مال الغير مشترك فيه بين البائع الفضولي والمشتري فلا ترجيح لاحدهما على الاخر من حيث الضمان نعم لو كان تلف العين باتلاف المشتري يكون رجوع السابق على اللاحق على القاعدة اذ تنجز الضمان على السابق مسبب من اتلاف اللاحق.

وبعبارة اخرى اللاحق يكون سبباً لتنجز الضمان على السابق فرجوع السابق على اللاحق في صورة الاتلاف على طبق القاعدة وأما في صورة التلف فاي وجه للرجوع مع ان الضمان مشترك بينهما وكلاهما ضامنان بملاك واحد وهي قاعدة اليد.

قلت: لابد من تحقيق ضمان الذم المتعددة بمال واحد هذا ما أفاده الشيخ قدس سره في هذا المقام.

وأفاد السيد قدس سره في الحاشية «انه يمكن أن يقال: لا فرق بين الاتلاف والتلف فكما ان الاتلاف يوجب استقرار الضمان في ذمة السابق فصار اللاحق سبباً كذلك في صورة التلف يصدق ان اللاحق بحيلولته بين العين ومالكها وبين العين والسابق صار سبباً لاستقرار الضمان في ذمة السابق ولا حاجة الى التوضيح الذي ذكره الشيخ قدس سره.

والظاهر ان ما أفاده تام اذ تارة نبحت في وجه رجوع السابق الى اللاحق والوجه فيه كون اللاحق سبباً للضمان السابق واخرى نبحت في كيفية اشتغال ذمم متعددة لعين واحدة.

والحق أن يقال: ان الضمان على السابق لقاعدة اليد فلا فرق بين التلف والاتلاف ولولا قاعدة اليد لا مقتضي للضمان بالنسبة الى السابق لا بالتلف ولا بالاتلاف اذ لا دليل على أن اتلاف شخص عيناً أو تلفها عنده يكون موجباً لضمان شخص آخر.

وكيف كان فالشيخ قدس سره بين كيفية اشتغال ذمم متعددة بعين واحدة ويستفاد من كلامه ان كيفية اشتغال ذمم متعددة لعين واحدة نظير الواجب الكفائي فكما ان الاتيان بالواجب الكفائي لازم على الكل غايته على البديل كذلك في المقام ففي المقام يملك المالك ما في ذمة الجميع على البديل وقال: المقام نظير ضمان المال على طريق الجمهور حيث انهم قائلون بضم ذمة الى ذمة اخرى ولا يقولون بالنقل من ذمة الى ذمة اخرى.

وأيضاً الامر كذلك في ضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري فيكون البائع وضامنه كلاهما ضامنان للمشتري وأيضاً المشتري وضامنه ضامنان للمبيع.

وأيضاً الامر كذلك في ضمان الاعيان المضمونة وضمان الاثنين لواحد.

وعن صاحب الجواهر قدس سره انه استحال اشتغال الذمم المتعددة بمال واحد والسيد اليزدي في العاشية استقرب وقال من القريب دعوى صاحب الجواهر.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان الانصاف ان المقام مزال الاقدام فان صاحب الجواهر يقول يجوز للمالك الرجوع على كل واحد من



الذين وضعوا أيديهم على العين ولكن الذي تلف المال عنده مخاطب بالخطاب الذمي والباقون مخاطبون بالخطاب الشرعي فنسأل: اولاً: اذا لم يكن الباقون مخاطبين بالخطاب الذمي فباي ميزان يجوز للمالك أن يراجع كل واحد منهم.

وثانياً: نفرض ان كلهم دفعوا العوض فاي واحد من الابدال يقع بدلاً والحال انه لا مرجح ومن ناحية اخرى البديل بدل واحد. والسؤال الثاني يتوجه الى السيد والى الماتن اي الشيخ الاعظم ونقول: كيف يكون المتعدد ضامناً لمال واحد والحال ان البديل واحد ولا نفهم الضمان على البديل أي واحد منهم ضامن لا كلهم أو ان كل واحد منهم ضامن اذا لم يكن الباقي ضامناً.

وعلى الجملة: لا نفهم المراد ولا نتصور معنى "معقولا" وأجاب سيدنا الاستاد عن الاشكال الوارد في المقام بان الجامع يكون ضامناً كما ان المكلف في الواجب الكفائي هو الجامع بين المكلفين فان سيدنا الاستاد يرى ان المكلف في الواجب الكفائي هو الجامع كما ان الواجب في الواجب التخييري الجامع بين الفعلين أو الافعال.

ويرد عليه انه لو دفع الكل دفعة واحدة فاي فرد يقع بدلاً والحال انه لا ترجيح فلا يقاس بالواجب الكفائي اذ في الواجب الكفائي لو أتى بالواجب جميع المكلفين نلتزم بوقوع كل واحد مصداقاً للمأمور به ويثاب كل مكلف على طاعته فلوسلم الوارد على الجالسين في مجلس واحد وأجابه الكل دفعة لا يختص الامتثال بواحد منهم بل كلهم ممثّل وأما في المقام فلا يمكن الالتزام به كما هو ظاهر.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم ان الذي يختلج بالبال أن يقال: في الواجب الكفائي الواجب هو الفعل لا بشرط من الكثرة والوحدة وقد ثبت في الاصول ان الامر لا يدل على المرة ولا على التكرار

وانما يحصل الامتثال بالمرة من باب صدق الطبيعة والا لو أتى  
المكلف الكلي في ضمن افراد متعددة يحصل الامتثال كما يتحقق  
بالايتان بفرد واحد ولكن في المقام نقول: الثابت على الجامع  
الطبيعة مقيدة بعنوان بشرط لا عن التعدد والمقيد بهذا القيد  
لا يعقل تحققه الا في ضمن فرد واحد وبهذا النحو نتخلص عن  
الاشكال ونرفع العويصة ولعمري ان ما بينته دقيق وبالتأمل حقيق  
فافهم واغتنم.

هذا حال المالك بالاضافة الى ذوي الايدي وأما حال بعضهم مع  
البعض الاخر فاذا راجع المالك الى بعضهم وغرمه وأخذ البديل منه  
فان كان مغروراً من قبل السابق يرجع عليه لقاعدة الغرور وان  
كان غارراً للبديل اللاحقه فلا يراجعه كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: فنقول ان الوجه في رجوعه هو ان السابق  
اشتغلت ذمته له بالبديل»

هذا هو الوجه الاول الذي ذكر في مقام دفع الاشكال في المقام  
وحاصل ما أفاده في تقريب المدعى: ان الواضع الاول بوضع يده  
على العين انتقل المال الى ذمته فهو يصير ضامناً للعين فقط وأما  
الضامن الثاني فقد استولى على العين التي لها بدل وهذا هو الفارق  
بين الضامن الاول والضامن الثاني فاذا رجع المالك الى الضامن  
الاول وغرمه يسقط عن عهدة الضامن الثاني أحد الامرين ويبقى  
الفرد الاخر وهو البديل اذ لا وجه للضمان للمالك بعد وصول حقه  
اليه فيكون الفرد الاخر متعيناً للبديلية ويكون مملوكاً للضامن الاول  
ويكون للاول الرجوع الى الثاني لكن بعد دفع الغرامة للمالك.

وان شئت قلت: ضمان الضامن الثاني يكون نظير الواجب

التخييري فكما ان الواجب هناك احد الامرين على البدل أو فقل:  
الواجب هو الجامع بين الامرين كذلك الضمان في المقام فان الثاني  
ضامن لاحد أمرين فكما ان أحد الفردين من الواجب هناك اذا سقط  
يتعين الفرد الاخر كذلك يتعين في المقام البدل بعد رجوع المالك  
الى الاول وأخذ البدل منه.

ويرد عليه اولاً: ان العين مادامت موجودة لا تنتقل الى الذمة.  
وبعبارة اخرى: لا تشتغل الذمة قبل تلف العين.

وثانياً: انه على هذا يلزم أن يكون الضامن الثاني ضامناً لاحد  
الامرين للمالك اذ المفروض ان المالك مالك لما في ذمة الضامن الاول  
فكل من العين وبدلها مملوك للمالك فلا وجه لرجوع السابق الى  
اللاحق وثالثاً انه يلزم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل الدفع  
والحال انه لا يجوز الا بعد الدفع فانقذح ان الوجه المذكور غير  
صالح لدفع الاشكال.

الوجه الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية وهو انه لا فرق بين  
الاتلاف والتلف فكما ان الاتلاف يوجب تحقق الضمان بالنسبة الى  
الضامن كذلك التلف لان من تلف عنده المال صار سبباً للضمان.

ويرد عليه انه لا دليل على كون التسبب بنفسه موجباً لجواز  
الرجوع الى المسبب مضافاً الى أن نسبة قاعدة اليد الى كل منهما  
سواء فلا موجب للرجوع فانقذح انه لا يمكن القول بجواز رجوع  
السابق الى اللاحق بهذا الوجه ايضاً.

الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره وهو ان من  
تلف المال عنده خطابه بالاداء ذمي وأما غيره من ذوى الايدي  
فخطابه شرعي وتكليفه وذمته غير مشغولة بالعين فاذا رجع المالك

الى من تلف المال عنده وغرمه لا يرجع الضامن الى غيره لعدم المقتضي للرجوع وأما اذا رجع المالك الى غيره من ذوي الايدي وأخدمته البديل يملك المأخوذ منه ما في ذمة الضامن الذي تلف المال عنده بالمعاوضة القهرية أو نقول يملك التالف كذلك.

ويرد عليه اولاً: انه على هذا التقدير لا موجب لرجوع المالك الى غير من تلف المال عنده اذ المفروض ان غيره غير ضامن فما الوجه في الرجوع نعم اذا تم شرائط الامر بالمعروف يجوز أمره بالاداء وهذا لا يختص بالمالك.

وثانياً: ان المقتضي للضمان اليد وهو مشترك بين جميع ذوي الايدي وتلف المال عند الاخير لا يقتضي اختصاص الاشتغال به وعليه لا وجه للتفصيل بين ذوي الايدي.

وثالثاً: انه يلزم على مسلكه انه لو رجع المالك الى غير من تلف المال عنده وأخذ البديل منه لا يجوز للمأخوذ منه الا الرجوع الى من تلف المال عنده والحال ان بنائهم على جواز الرجوع الى كل من وضع يده على المال.

الوجه الرابع: ان المستفاد من قاعدة على اليد ان العين بنفسها في ذمة الضامن ولذا قلنا انه لا فرق في الضمان بين المثلي والقيمي فان العين ثابتة في ذمة الضامن والذي يشهد لما ذكرنا ان العين التالفة لو اعيدت الى عالم الوجود بدعاء ولي من أولياء الله يجب على الضامن ردها وليس له أن يعتذر بأنها مثلية ويجب علي اداء مثلها أو يقول انها قيمية ويجب عليّ اداء قيمتها بل يجب عليه اداء نفسها.

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى لا اشكال في نظر العقلاء

وسيرتهم ان العين المضمونة لو تلفت كما لو أنكسر الكوز ودفع الضامن بدله تكون الاجزاء المنكسرة من الكوز الباقية مملوكة للضامن بعد رد البديل الى المالك ولا يرون العقلاء المالك الاصلي ذا حق بالنسبة الى الاجزاء الباقية.

اذا عرفت هذه المقدمة نقول: بعد تلف العين تكون العين التالفة ثابتة في الجامع بين الذمم فاذا رجع المالك على واحد من ذوي الايدي وأخذ البديل منه يقوم المأخوذ منه مقام المالك ويملك الجامع فله الرجوع الى كل واحد منهم الى أن يصل الامر الى من الذي تلف عنده المال فيجوز لكل سابق أن يرجع الى كل واحد من اللاحقين. ان قلت: ما الوجه في انه لو رجع الى السابق يرجع السابق الى اللاحق وأما لو رجع الى اللاحق فليس له ان يرجع الى السابق.

قلت: الوجه فيه ان السابق الذي يؤخذ منه الغرامة يملك بقاءً ما به الضمان أي البديل أو فقل: يملك نفس العين فله أن يرجع الى من وصلت العين بيده وأما اللاحق فلا مقتضي لرجوعه الى السابق اذ المفروض ان العين خرجت من يده.

وبعبارة اخرى: مقتضى قاعدة اليد أن ترد العين أو بدلها والمفروض ان العين قد خرجت من يد الضامن الاول ودخلت في يد الضامن الثاني فالذي اخذ منه الغرامة لا يمكنه الرجوع الى السابق اذ المفروض انه خرجت العين من يده فيلزم على الثاني أن يرجع العين الى الاول كي يمكنه الرجوع اليه.

وبعبارة واضحة: اذا خرجت العين من يد السابق ودخلت في يد اللاحق ومع ذلك رجع اللاحق على السابق يكون للسابق حق مطالبة العين ويقول سلمني العين.

ان قلت: فعليه ليس للمالك ان يراجع الضامن الاول اذ فرض

خروج العين من يده. قلت: المفروض ان العين لم تصل الى يد المالك ومادام لاتصل الى يده لاتبرأ ذمة الضامن.

بقي شيء وهو انه هل يجوز للضامن السابق أن يراجع اللاحق في أخذ الغرامة قبل دفعها الى المالك أم لا؟ الحق انه لا يجوز والوجه فيه ان السابق مادام لم يدفع العوض الى المالك الاصيلي لا يملك الجامع ولا يصير ما في الذمم ملكاً له فلا مقتضي لرجوعه قبل دفعه الغرامة فلاحظ.

ثم انه هل للمالك ابراء واحد من الضامين بحيث يبرأ وحده ويبقى الباقيون على ضمانهم أم لا؟ الظاهر هو الثاني فان الشخص ليس ضامناً كي يكون قابلاً للابراء.

وان شئت قلت: المملوك بقاعدة الضمان امر واحد فلا مجال لتخصيص الابراء بفرد معين ومشخص بل يلزم اما الابراء على الاطلاق واما الابقاء كذلك.

ثم ان في المقام فروعاً تعرض الماتن لها الفرع الاول: ان العين اذا كانت باقية يجوز للمالك أن يرجع على من في يده العين وأيضاً يجوز أن يراجع كل من جرت يده على العين فان الجميع ضامنون على الفرض فيجب على كل واحد منهم أن يرد العين الى مالكيها.

الفرع الثاني: ان المالك لو رجع على المشتري لاسترجاع ماله ولا يمكن للمشتري انتزاع العين عن يد من تكون العين تحت يده يجب عليه أن يغرم للمالك بدل الحيلولة وهذا مبني على تمامية أخذ بدل الحيلولة وعلى تقدير القول بها وأخذها لا يسقط حقه عن استرداد العين عند الامكان كما هو ظاهر فان بدل الحيلولة بدل موقت.

الفرع الثالث: انه لو توقف ارجاع العين على مؤنة يجب على الضامن القيام بها فانها مقدمة للواجب ان قلت: قاعدة لا ضرر تقتضي عدم صرف شيء في طريق الاسترجاع والرد. قلت اولاً: التمسك بقاعدة لا ضرر في أمثال المقام يتوقف على القول المشهور في مفاد القاعدة وأما على مسلك شيخ الشريعة فلا ترتبط القاعدة بالمقام وأمثاله بل المستفاد منها حرمة الاضرار بالغير.

وثانياً: انه سلمنا اقتضاء القاعدة سقوط الوجوب لكن في عدم الرد والامساك عن الرد ضرر على المالك فيقع التعارض بين الضررين والمرجع وجوب رد المال الى ماله وأما قاعدة ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال فكلام شعري لا أصل لها.

الفرع الرابع: انه اذا انحصر رد العين بالمالك وغيره لا يقدر هل يجوز له أن يأخذ اجرة مثل العمل؟ الظاهر انه يجوز له فان عمل المسلم محترم ولو فرض في هذه الصورة أن يطالب بأزيد من الاجرة المتعارفة فالظاهر انه يجب بذل العوض الزائد اذ المفروض ان المشتري يجب عليه الرد بآي وجه والاخذ بقاعدة لا ضرر لعدم الوجوب مدفوع بما تقدم آنفاً مضافاً الى أنه لا فرق في هذه الجهة بين المتعارفة والزائد عليها.

«قوله قدس سره: مسألة لوباع الفضولي مال غيره مع مال نفسه»

يقع الكلام في هذه المسألة تارة من حيث القاعدة الاولى واخرى من حيث النص الخاص فيقع الكلام في مقامين أما المقام الاول فنقول: الظاهر فساد البيع اذ المفروض ان بعض المبيع مال الغير ولا يشمل دليل صحة البيع وأما صحته فيما يملك فعلى خلاف

القاعدة لان البيع واحد فما صدر عن المالك غير قابل للامضاء فان المركب من الداخل والخارج خارج وما يكون قابلاً للامضاء لم يصدر فان البيع تعلق بالمجموع والمفروض ان المجموع غير قابل للبيع.

ان قلت: بيع المجموع ينحل الى بيع متعده فبالنسبة الى المملوك صحيح وبالنسبة الى غير المملوك يتوقف على اجازة مالكة. قلت: اولاً يلزم تعدد الخيار وهل يمكن أن يقال: انه اذا باع داره زيد ثبت له الخيار بعدد أجزاء داره فله خيار بالنسبة الى تمامه وخيار بالنسبة الى نصفه وخيار بالنسبة الى ثلثه وهكذا وهل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟

وايضاً يلزم انه صدر عن البائع ببيع الى ما لا نهاية نه اذ مقتضى التحقيق استحالة الجزء الذي لا يتجزى وهل يمكن الالتزام به؟

وثانياً: انه لا اشكال في أن البائع اذا باع داره مثلاً يبيع مجموع داره من غير نظر الى الاجزاء. وبعبارة اخرى: لا يبيع كل جزء من داره بل يبيع مجموع الدار فتحصل ان مقتضى القاعدة بطلان البيع بلا فرق بين لحوق الاجازة من مالك الجزء الاخر وعدمه أما على فرض عدم الاجازة فظاهر وأما على فرض الاجازة فلعدم شمول حديث زرارة الدال على الصحة مع الاجازة للمقام اذ المفروض ان البيع واقع على المجموع المركب من الجزئين والمفروض ايضاً عدم امكان الالتزام بصحة المجموع.

وصفوة القول ان بيع المجموع بما هو لا يمكن القول بصحته لكون بعض المبيع ملكاً للغير ولا يبيع الا في ملك وبيع كل جزء



بحياله واستقلاله لا مقتضي لصحته لانتفاء موضوعه اذ المفروض وحدة البيع.

وببيان اوضح: ان بيع مال الغير مع مال نفسه باطل مع قطع النظر عن الاجازة ولا يمكن تصحيحه بالاجازة اللاحقة اذ ما وقع غير قابل للصحة فان بيع المالك مال نفسه مع مال غيره قد فرض وقوعه فاسداً والشئ لا ينقلب عما هو عليه وما يمكن أن يصح بالاجازة لم يقع فلاحظ هذا تمام الكلام في المقام الاول.

وأما المقام الثاني فقد ورد في المقام حديث لاحظ مكاتبة الصفار، انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما ياتي بحدود أرضه وعرف حدود القرية الاربعة فقال للشهود: اشهدوا اني قد بعت فلاناً يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك<sup>١</sup> فان مقتضى هذه المكاتبة صحة البيع بالنسبة الى الجزء المملوك.

«قوله قدس سره: وأما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الاجازة بل وكذا مع الرد»

قد تقدم منا انه لا فرق بين القول ببطلان الفضولي وصحته ولا ادري ما هو وجه التفصيل في كلام الماتن قدس سره اذ لو قلنا بأن ادلة صحة البيع تشمل بيع الجزء المملوك تكون الصحة بالنسبة الى

الجزء المملوك على طبق القاعدة بلا فرق بين القول بصحة الفضولي مع الاجازة وعدم القول بها وان لم نقل بالشمول - كما لا نقول به - فايضاً يكون البطلان على القاعدة بلا فرق بين الصورتين.

ولتوضيح المدعى نقول: اذا فرضنا لحق الاجازة وقلنا انها تؤثر نسأل ان الاجازة في المقام ناقلة مثل بقية الموارد أو كاشفة أما الكشف فلا يمكن الالتزام به وأما النقل فهل يختص النقل بالجزء غير المملوك أولاً يختص أما لو قلنا بالنقل حتى بالنسبة الى الجزء المملوك فلا دليل عليه وأما التفكيك بين الجزء المملوك وغير المملوك بالالتزام بالنقل بالنسبة الى غير المملوك والكشف بالنسبة الى المملوك فايضاً لا دليل عليه بل لنا أن نقول مقتضى المكاتبة فساد بيع الجزء غير المملوك ولو مع لحق الاجازة فان مقتضى اطلاق المكاتبة فساد بيع الجزء غير المملوك.

ان قلت: مقتضى حديث زرارة<sup>١</sup> الوارد في نكاح العبد بلا اذن مولاه الصحة مع الاجازة قلت: نعم ولكن المكاتبة تخصّص الاطلاق وتقيده.

ان قلت: النسبة بين حديث زرارة والمكاتبة عموم من وجه فان حديث زرارة يختص بصورة الاجازة ويعم من غير هذه الجهة وحديث صفار يختص بمورد بيع عين بعضها للبائع وبعضها لمالك آخر ويعم من حيث الاجازة وعدمه فيقع التعارض بينهما.

قلت: سلمنا التعارض لكن الترجيع بالاحديثية مع حديث صفار فالنتيجة ان البيع بالنسبة الى حصة الغير فاسد من حيث القاعدة ومن حيث النص الخاص فلاحظ

### «قوله قدس سره: ثبوت الخيار حينئذ للمشتري»

المسمى بخيار تبعض الصفقة الثابت بالاشتراط الضمني الثابت بالارتكاز ولكن قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لهذا البحث فانه بعد فرض بطلان البيع لا تصل النوبة الى بحث الخيار.

### «قوله قدس سره: تقوية ثبوت الخيار للبائع»

ربما يقال بأن المستفاد من حديث صفار لزوم البيع من طرف البائع بمقتضى قوله عليه السلام «وجب البيع فيما يملك». ويرد عليه اولاً: ان المراد بالوجوب ثبوت البيع في مقابل بطلانه كما هو كذلك بالنسبة الى غير المملوك.

وثانياً: انه لو كان المراد بالوجوب اللزوم وعدم الخيار يلزم عدمه من كلا الطرفين أي البائع والمشتري لا من ناحية البائع فقط فانه ينافي الاطلاق وعلى هذا الجمع بين الالتزام بالخيار من طرف المشتري لتبعض الصفقة وعدم الخيار للبائع لقوله عليه السلام «وجب البيع» جمع بين المتنافيين فلا حظ.

### «قوله قدس سره: وطريق معرفة حصة كل منهما»

الوجه في التقويم بهذا النحو من باب انه يمكن أن يكون لوصف الاجتماع امتياز يوجب زيادة القيمة فيلزم تقويم كل واحد منهما على حياله واستقلاله كما في المتن فعلى هذا لو قوم المملوك وحده بدينار وقوم غير المملوك بدينارين يكون نسبة حصة البائع من الثمن الثلث وهكذا في كل مورد.

وأورد السيد قدس سره في الحاشية بأن وصف الاجتماع ربما لا يوجب تفاوتاً في القيمة وربما يوجب الزيادة في الطرفين بالسوية

وثالثة بالاختلاف ورابعة بالزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر فالاولى أن يقوم كل واحد منهما منفرداً لكن بملاحظة حال الانضمام لا منفرداً ثم الاخذ من الثمن بالنسبة.

والظاهر ان ما أفاده تام وفي المقام اشكال وهو انه لو فرض كون الثمن خمسة دراهم وكانت قيمة كل واحد مستقلا درهماً تكون حصة البائع بحسب النسبة الى المجموع درهم واحد اذ نسبة الدرهم الى الخمسة نسبة الخمس فالزائد ظلم على المشتري.

ويرد عليه ان وصف الاجتماع وان كان موجباً لزيادة القيمة في بعض الاحيان ولكن الاوصاف لا تقابل بالمال في باب المعاوضات فلاشكال غير وارد.

«قوله قدس سره: هذا كله في القيمي أما المبيع المثلي فان كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصي البائع والاجنبي بما يخصه وان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي»

وأورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن ما أفاده في صورة الافراد ان كان من جهة اختلاف الحصتين من حيث الجودة والرداءة فهو وان كان صحيحاً الا انه لم يذكر في كلامه وان كان من جهة اختلاف الرغبات فهو ممكن في صورة الاشاعة فالتفصيل لا وجه له فمراده غير معلوم لنا كما انه غير معلوم لغيرنا.

«قوله قدس سره: مسألة: لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار فان علم أنه اراد نصفه أو نصف الغير عمل به»

الامر كما أفاده فانه واضح.

«قوله قدس سره: والا فان علم انه لم يقصد بقوله: بعثك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان»

اذا فرض انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ فالقاعدة تقتضي أن يحمل اللفظ على النصف بلا قيد والا يلزم الخلف الا أن يكون المراد مفهوم اللفظ مع ملاحظة القرائن والمفروض كما صرح به الشيخ قدس سره ان البايع قصد المفهوم وعليه يكون البيع واقعاً على النصف المشاع المشترك بين البايع وشريكه ويكون المقام من صفريات المسألة السابقة وهي بيع ما يملك مع ما لا يملك وقد قلنا مقتضى القاعدة الاولية الفساد ومقتضى النص الخاص أي مكاتبة الصفار الصحة في الحصة المملوكة والفساد في غيرها فان قلنا بأن الحديث يشمل المقام فحكمه كذلك.

وللمناقشة في شمول الحديث للمقام مجال فان الاستفادة من حديث صفار ان سهم البايع في القرية ممتاز ومفرز عن بقية القطاع فلا اشاعة في السهم فلا وجه لاسراء الحكم الى المقام ولا اطلاق في الحديث كي يؤخذ به.

ثم انه لو فرض ان البايع أراد من لفظ النصف ما يكون ظاهراً ولو مع القرائن فهل يقع التعارض بين ظهور البيع في مملوك نفس البايع وظهور النصف في المشاع بينهما ام لا؟

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يقع التعارض بين الامرين ولا يقاس المقام بقول البايع بعث غانماً اذا كان غانم مشتركاً بين عبيدين احدهما عبد البايع فان لفظ غانم المشترك لفظ مجمل يفسره ويعينه ظهور البيع في التصرف في ملك نفسه وأما في المقام فلا اجمال فيقع التعارض.

وأورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن لفظ النصف وان كان ظاهراً في الاشاعة ولكن لا يكون ظاهراً في المشاع بينهما فمن هذه الجهة مجمل كلفظ غانم وظهور البيع في التصرف في المملوك يرفع اجماله ويختص المبيع بالحصّة المملوكة. هذا ملخص كلامه. والظاهر ان ما أفاده سيدنا الاستاد يستفاد من ذيل كلام الشيخ فانتظر. والحق أن يقال: انه اذا قلنا بأن التصرف ظاهر في التصرف في المملوك لا يبقى مجال للمعارضة اذ على هذا يكون المستفاد من البيع نقل مملوك نفسه فلا مجال للاشاعة من هذه الجهة. لكن يرد على هذا التقريب انه انما يتم اذا لم يكن لفظ النصف ظاهراً في الاشاعة في سهمين.

«قوله قدس سره: ثم انه لو كان البايع وكيلا في بيع النصف أو ولياً عن مالكة»

فان البايع لو كان وكيلا أو ولياً يجوز له أن يتصرف في تمام العين فلا يكون تصرفه دليلاً على وقوع البيع في خصوص المملوك دون غيره وأما ظهور التصرف في كونه اصالياً لا وكالة أو ولاية فحيث انه من باب الاطلاق والمفروض ان متعلق التصرف ظاهر في الاشاعة بين الحصتين ومن ناحية اخرى ظهور القيد حاكم على الاطلاق يحكم بالاشاعة بينهما.

الا أن يقال: ان لفظ النصف ظاهر في الاشاعة في المجموع وأما الاشاعة من حيث ملاحظة حقي المالكين فغير معلوم بل معلوم العدم بالفرض وعليه يحمل على نصفه المملوك بلحاظ ظهور البيع في الاصاله والظاهر ان ما أفاده تام.

«قوله قدس سره: استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي»  
لا أدري بأي وجه يقاس بين المقام والطلاق بعد هبة النصف

فان المفروض ان الصداق قبل الطلاق كله للزوجة فلا تميز بين أجزائه وعلى طبق القاعدة لو وهبت يبقني النصف في ملك الزوجة والمفروض انه يرجع بالطلاق نصف الصداق ومن ناحية اخرى المفروض ان الذي يرجع الى الزوج نصف الصداق والمفروض ان نصفه تلف بالهبة فلا بد من أخذه بدل التالف فلاحظ.

**«قوله قدس سره: ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره في باب الصلح من أنه اذا أقر من يده المال»**

فان المشهور قائلون في المقام بأن بيع البايع يقع على النصف المشاع بين السهمين ولكن ما أفادوه في باب الصلح ينافي ما أفادوه في المقام هذا ما أفاده الشيخ قدس سره.

ولا أدري كيف جعل الشيخ قدس سره ما أفادوه في باب الصلح منافياً مع المقام فانهم بنوا على حمل النصف في مورد الصلح مع المقر على المشترك بين السهمين فيوافق ما أفادوه هناك مع ما أفادوه هنا هذا بالنسبة الى ما أفاده الشيخ قدس سره من المنافاة.

وأما مسألة الصلح الواقعة في كلامهم فأفاد السيد قدس سره تفصيلاً وحاصله: ان لمسألة الصلح خصوصية وهي انه لو كانت عين في يد احد وادعى اثنان كونها لهما بأن ادعى كل واحد منهما ان نصف الدار بنحو الاشاعة مملوك له فتارة لا يكون المدعيان معترفين باشتراك العين بينهما بالاشاعة واخرى يكونان معترفين وعلى الثاني فتارة يعترفان بوحدة السبب لكونهما مالكين واخرى يدعي كل واحد سبباً غير ما يدعيه الاخر فصور المسألة ثلاثة:

الصورة الاولى: أن لا يعترفا بالاشراك وفي هذه الصورة لو أقر ذوي اليد لاحد بالنصف لا يشاركه الاخر ويجوز له أن يصالح مع

المقر له أو غيره ويختص بالعوض وإذا أعطاه المقر يختص به بلا اشكال أي اذا أفرز المقر سهم المقر له وسلمه خارجاً يختص به ولا حق لغيره.

الصورة الثانية: أن يكونا معترفين بالاشتراك ولكن كل يدعي سبباً غير السبب الذي يدعيه الآخر وفي هذه الصورة يمكن للمقر له أن يصالح على حصته ولا يكون اقرار ذي اليد مقتضياً للاشتراك بين المدعيين نعم لو سلمه خارجاً يكون مشتركاً بينهما لاعتراف المقر له بالاشتراك.

الصورة الثالثة: أن يكونا معترفين بوحدة سبب الملك كالارث ونحوه وفي هذه الصورة اذا أقر ذو اليد بكون نصف العين لاحدهما يكون مورد حق لكليهما وليس للمقر له الصلح عليه بلا اذن شريكه وبعبارة اخرى لا يختص بالمقر له.

هذا ما أفاده السيد في الحاشية والظاهر ان الوجه فيه ان المدعيين يدعيان كون ذي اليد غاصباً وحيث ان العين مشتركة بينهما على نحو الاشاعة فمرجع اقرار ذي اليد الغاصب الى اقرار كون النصف لهما لكن لا أدري ما الوجه في التفصيل بين كون السبب أمراً واحداً وبين كون السبب مختلفاً فان الميزان الاشتراك والاشاعة وهما ما به الاشتراك بين الصورتين.

«قوله قدس سره: يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه»  
الظاهر ان ما أفاده في المقام ينافي ما تقدم منه من أنه لا مقتضي لملاحظة الاشاعة بالنسبة الى سهمين وحيث ان الظاهر من البيع التصرف فيما يجوز للبايع التصرف فيه وايضاً ظهور البيع في الاصاله لايبقى مجال للاشاعة من هذه الجهة بل يختص النصف بالنصف المختص. الا أن يقال بأن الشيخ ناظر الى مورد ايقاع البيع



على النصف الذي وقع مورد الاقرار والنصف بهذا العنوان مشترك بينهما.

«قوله قدس سره: ولهذا أفتوا ظاهراً على أنه لو اقرّ أحد الرجلين الشريكين»

استشهد على مدعاه بفتواهم على حمل اقرار احد الرجلين الشريكين بالثلث لثالث على الاشاعة بين السهمين. ولقائل أن يقول: اقرار العقلاء على انفسهم جايز لا على غيرهم وعلى هذا لا يصدق الاقرار بالنسبة الى المقدار الذي في يد الشريك المنكر لشركة الثالث فمرجع الاقرار بالثلث للثالث الى الاقرار بالثلث في نصيبه ومقتضاه كون ثلث سهميه أي سدس المجموع للشريك فلا وجه للتنصيف بل لابد من التثليث.

«قوله قدس سره: مدفوعة بأن ما في يد الغير ليس عين ماله»  
ما أفاده من أن ما في يده ليس عين ماله صحيح لكن لا معنى ولا مجال كما قلنا للاقرار بالنسبة الى الغير فلا نفوذ للاقرار الابلمقدار الثلث في مال المقر كما لو أقر من أول الامر بأن الثلث من سهمي مال الغير فلا يكون للثالث الا سدس الدار وهذا واضح بعد التأمل.

«قوله قدس سره: وهو تعلق الغصب بالمشاع»  
الظاهر انه لا يرتبط المقام بغصب المشاع فان تحقق الغصب اول الكلام والاشكال.

«قوله قدس سره: نعم يمكن أن يقال في هذا المقام بأن التلف في المقام حاصل باذن الشارع»

مما ذكرنا علم انه لا موضوع لهذه المقالة اذ كون الشريك الاخر غاصباً غير ثابت فلا يقاس المقام على مورد غصب المشاع

على القول به اللهم الا أن يقال: ان مرجع اقرار المقر الى الاقرار  
بكون نصف ما في يده للثالث.

وبعبارة اخرى: اقراره بالنسبة الى ما في يد شريكه لا يكون  
نافذاً لكن مرجع قوله ان الثالث شريك معنا في الثلث الى الاقرار  
بأن ما في يدي نصفه للثالث اذ لا ميز في الاشاعة كما هي المفروض  
في مورد الكلام فلاحظ.

### «قوله قدس سره: بعض الروايات الضعيفة»

في هذه الطائفة من الروايات ما يكون تاماً سنداً لاحظ ما رواه  
اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل مات فأقره  
بعض ورثته لرجل بدين قال: يلزم ذلك في حصته<sup>١</sup>.

فلا اشكال من حيث السند انما الاشكال من حيث الدلالة اذ عبّر  
في الحديث بهذه الجملة «يلزم ذلك في حصته» ولم يعين ما يلزمه  
فيعمل على طبق اقراره المقتضي للتنصيف فلاحظ والله العالم.

### «قوله قدس سره: مسألة لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله»

يقع الكلام في هذه المسألة تارة من حيث مقتضى القاعدة  
الاولية واخرى من حيث المستفاد من النص الخاص أو الاجماع  
فيقع الكلام في مقامين فنقول: أما المقام الاول فالقاعدة الاولية  
تقتضي البطلان اذ المفروض ان البيع واحد ومن ناحية اخرى لا  
يمكن الالتزام بصحته في مجموع المبيع وصحة البعض لامقتضي لها.  
وان شئت قلت: ما يكون قابلاً للامضاء لم يقع وما وقع غير قابل  
للامضاء هذا تمام الكلام في المقام الاول وأما المقام الثاني فتارة  
يستدل على الصحة بالاجماع المدعى في المقام واخرى بحديث

(١) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب الوصايا الحديث ٣.

صفار<sup>١</sup> وكلا التقريبيين باطلان أما الاجماع فالمنقول منه غير حجة والمحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك بل مقطوعه وأما المكاتبه فمن حيث الظهور لا تشمل ما نحن فيه اذ موردها يباين المقام وأما من حيث الملاك فيحتاج الى الاحاطة بمناط الحكم الشرعي ولا نحيط به فلا دليل على الصحة والنتيجة هي البطلان.

«قوله قدس سره: ويدل عليه اطلاق مكاتبه الصفار»

لا مجال لهذا التقريب فانه لا اطلاق في الحديث بل الرواية بالصراحة ناظرة الى صورة كون بعض المبيع مملوكاً وبعضها الاخر مملوك الغير.

«قوله قدس سره: عدا ما يقال من أن التراضي والتعاقد»

هذا اساس ما بنينا عليه من الفساد فان ادلة الصحة من الاية والرواية لا تشمل بيع البعض اذ لم يتحقق مصداقه ومع عدم تحقق الصغرى لا مجال للاخذ بالكبرى.

«قوله قدس سره: وذكر ان في الفرق بين فساد الشرط والجزء

عسراً»

بل لا عسر في التفريق بين المقامين بأن نقول: فساد الشرط لا يوجب الفساد وأما فساد الجزء فيفسد وتفصيل الكلام موكول الى بحث الشرط واجماله: ان الشرط عبارة عن الالتزام بشيء كالالتزام بشرب الخمر مثلاً وفي صورة تحقق الالتزام يتحقق العقد ولا وجه لفساده ولذا نقول الشرط الفاسد لا يفسد العقد وأما الجزء الفاسد فلا بد فيه من الالتزام بفساد الكل بالتقريب الذي ذكرناه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ويمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع»

الظاهر ان الامر كما أفاده فانه مع العلم بضمن المجموع لا يصدق الفرر مضافاً الى أن المدرك لمانعية الفرر عن صحة البيع منحصر في الاجماع والاجماع دليل لبي له قدر متيقن فلا اطلاق له كي يؤخذ به.

«قوله قدس سره: لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالضمن مع علمه بعدم سلامة البعض»

ما افيد غريب فان عدم كون الخمر غير قابل لان يقابل بالمعوض لا يكون موجباً لعدم قصد المعاوضة خارجاً وأغرب منه قوله «كلا قصد» والحال انه خلاف الوجدان وعلى الجملة: انه لا اشكال في أن قصد المعاوضة قد تحقق غاية الامر لا يصح وهذا أمر آخر.

«قوله قدس سره: من عدم رجوعه بالضمن الى البايع»

لا يرتبط احد المقامين بالآخر فان عدم الرجوع على القول به من باب عدم الدليل على الضمان مع العلم بالفساد وعدم اعتبار حديث على اليد وقد مرّ الكلام حول هذه الجهة على التفصيل.

«قوله قدس سره: ويشكل تقويم الخمر والغنير»

الذي يختلج بالبال أن يقال: لا بد من التفصيل بأن يقال الخمر والغنير تارة يباعان بعنوانهما واخرى بعنوان الخل والشاة أما على الاول فلا بد من تقويمهما عند من يرى هما مالا وأما على الثاني فلا بد من فرضهما خلا وشاة وتقويمهما بهذا العنوان والله العالم بحقائق الاشياء.

«قوله قدس سره: مسألة يجوز للاب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء»

وقع الكلام بينهم في جواز تصرف الاب والجد في أموال الصغير وعدمه و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:

الوجه الاول: الاجماع. وفيه ان المنقول منه غير حجة كما هو المقرر في محله وأما المحصل منه فعلى تقدير حصوله لا اعتبار به ايضاً لاحتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه المذكورة في المقام.

الوجه الثاني: فحوى ما يدل على جواز نكاح الاب والجد للصغير والصغيرة بتقريب: ان النكاح أهم من التصرف المالي فاذا كان الاهم جازياً فبالاولوية يكون المهم جازياً.

وفيه انه يمكن ان الوجه في الجواز هناك الاحتراز عن الوقوع في الزنا ومقدماته فلا يكون التقريب تاماً. وبعبارة اخرى: لا تكون الاهمية موجبة للفحوى المدعى.

الوجه الثالث: النصوص وهي على طوائف الطائفة الاولى: ما يدل على جواز تقويم جارية الابن على نفسه ثم وطئها فمناها رواه الحسن بن محبوب قال: كتبت الى أبي الحسن الرضا عليه السلام اني كنت وهبت لابنة لي جارية حيث زوجها فلم تزل عندها وفي بيت زوجها حتى مات زوجها فرجعت الي هي والجارية أفحل لي أن أطأ الجارية قال قومها قيمة عادلة وأشهد على ذلك ثم ان شئت فطأها<sup>١</sup>.

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الوالد يحل له من مال ولده اذا احتاج اليه قال نعم وان كان له

جارية فاراد أن ينكحها قومها على نفسه ويعلن ذلك قال: وان كان للرجل جارية فأبوه أملك بها أن يقع عليها ما لم يمسه الابن<sup>١</sup>. ومنها ما رواه ابن سنان قال: سألته يعني أبا عبد الله عليه السلام ماذا يحل للوالد من مال ولده قال: أما إذا انفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً وان كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها الا أن يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه قال ويعلن ذلك. قال: وسألته عن الوالد أيرزأ من مال ولده شيئاً قال نعم ولا يرزأ الولد من مال والده شيئاً الا باذنه فان كان للرجل ولد صغار لهم جارية فأحب أن يقتضيها فليقومها على نفسه قيمة ثم ليصنع بها ما شاء ان شاء وطأ وان شاء باع<sup>٢</sup>. وتقريب الاستدلال بهذه الطائفة على المدعى ان المستفاد منها جواز تقويم الاب جارية الابن على نفسه فيجوز التصرف في مال الولد.

ويرد عليه انه حكم خاص وارد في مورد مخصوص ولا وجه للتعدي الى غيره من الموارد ان قلت: يدل على الجواز بالنسبة الى بقية الموارد بالاولوية قلت: قد تقدم آنفاً انه لا أولوية فانه يمكن أن يكون البضع له خصوصية تقتضي الجواز بخلاف بقية الموارد. مضافاً الى أن مقتضى اطلاق بعض نصوص هذه الطائفة عدم الفرق بين الصغير والكبير وهل يمكن الالتزام بجواز التصرف المالي في مملوك الولد بلا اذنه فلاحظ.

الطائفة الثانية: ما يدل على أن الولد وماله لوالده منها مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل

(١) الوسائل الباب ٧٩ من ابواب ما يكتسب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب الحديث ٣.

يحتاج الى مال ابنه قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف وقال: في كتاب علي عليه السلام ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً الا باذنه والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء وله أن يقع على جارية ابنه اذا لم يكن الابن وقع عليها و ذكر ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لابيكَ<sup>١</sup>

ومنها ما رواه ابو حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: انت ومالك لابيكَ ثم قال أبو جعفر عليه السلام ما احب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يجب الفساد<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه الحسين بن أبي العلاء قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده قال: قوته بغير سرف اذا اضطر اليه قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: انت ومالك لابيكَ فقال: انما جاء بأبيه الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله: هذا أبي وقد ظلمني ميراثي عن امي فأخبره الاب انه قد أنفق عليه وعلى نفسه وقال: انت ومالك لابيكَ ولم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الاب للابن<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه سعيد بن يسار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يحج من مال ابنه وهو صغير؟ قال نعم يحج منه حجة الاسلام قلت: وينفق منه قال: نعم ثم قال: ان مال الولد لوالده ان رجلاً اختصم هو ووالده الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقضى ان المال والولد للوالد<sup>٤</sup>.

(٢) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب الحديث ١ و ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٨.

(٤) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب وجوب الحج الحديث ١.

ومنها ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال اني لذات يوم عند زياد بن عبدالله اذا جاء رجل يستعدي على أبيه فقال أصلح الله الأمير ان أبي زوج ابنتي بغير اذني فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل قال: ثم أقبل عليّ فقال ما تقول يا أبا عبدالله فلمّا سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون انتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله ان رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: انت ومالك لابيک؟ قالوا: بلى فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لابيّه ولا يجوز نكاحه قال: فأخذ بقولهم وترك قولی<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص على المدعى بوجهين احدهما: ان مقتضى النصوص المشار اليها كون مال الولد ملكاً ومالا لوالده وبعد كونه مملوكاً له يجوز التصرف فيه فان المالك يجوز له التصرف في مملوكه. وبعبارة اخرى: مقتضى التقريب المذكور جواز التصرف على نحو الاطلاق وبلا قيد.

ويرد عليه اولاً: انه لا يمكن اعتبار الملكية لمالكين مستقلين على مملوك واحد فانه يرجع الى الخلف والتضاد وعلى فرض عدم استحالته يكون امراً غير معهود في نظر المتشريعة. وثانياً انه ينافيه بعض النصوص لاحظ ما رواه الثمالی<sup>٢</sup> وما رواه محمد بن مسلم<sup>٣</sup> وما رواه حسين بن أبي العلاء<sup>٤</sup>.

وما رواه علي بن جعفر عن أبي ابراهيم عليه السلام قال:

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث ٥.

(٢) قد تقدم ذكر الحديثين في ص ٤٣٧ و ٤٣٦.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٧.



سألته عن الرجل يأكل من مال ولده قال لا الا ان يضطر اليه فيأكل منه بالمعروف ولا يصلح للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً الا باذن والده<sup>١</sup>.

وثالثاً: انه لا يختص بالصغير.

ورابعاً: هذا الحكم مخالف لضرورة الفقه بل لضرورة الدين.  
وخامساً: ان الامام عليه السلام قد جمع في بعض هذه الروايات بين الولد وماله ومن الضروري ان الولد لا يكون مملوكاً للوالد فيعلم ان الحكم المذكور حكم اخلاقي وفي مقام بيان ان مقام الوالد مقام رفيع.

وسادساً: انه لو فرض ان الجد حي يلزم أن يكون الملاك ثلاثة وهكذا وهو كما ترى.

ثانيهما: أن يكون المستفاد من هذه الروايات الحكومة أي نلتزم بأن مال الولد ملك حقيقة له وملك تعبدي بالحكومة لوالده وهذا الوجه وان كان أخف اشكالا من الوجه الاول ولكن لا يمكن الالتزام به ايضاً لوجوه عديدة غير خفية على الخبير بعد الاحاطة بما ذكرناه من وجوه الاشكال فلاحظ.

الطائفة الثالثة: ما يدل على جواز وصية الاب بالمضاربة في مال الابن منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباهم قد اذن له في ذلك وهو حي<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد الطويل قال

(١) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٦.

(٢) الوسائل الباب ٩٢ من ابواب الوصايا الحديث ١.

دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بني اقبط مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاة أبي الى ابن أبي ليلى فقالت: ان هذا يأكل أموال ولدي قال فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي فقال لي ابن أبي ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم اجزه ثم اشهد عليّ ابن أبي ليلى ان انا حررته فأنا له ضامن فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ثم قلت له: ما ترى فقال: أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان<sup>١</sup>.

وقد صرح في بعض تلك النصوص بعدم البأس وعلل في كلامه عليه السلام بصدور الاذن من الاب في حال حياته فيعلم ان الوالد مادام حياً يجوز له التصرف الاعتباري في مال الولد فلا نقاش من حيث المدلالة وأما من حيث السند فلا اعتبار به فان الحديثين المذكورين مخدوشان سنداً.

الطائفة الرابعة: ما يدل على الوصية بمال الصغير وجعل الوصي قيماً عليه ومأذون في التصرف في أمواله لاحظ ما رواه ابن رثاب قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً وترك ممالك غلماناً وجواري ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم قلت: ماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد فقال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر

فيما يصلحهم<sup>١</sup>.

ولاحظ ما رواه سعد الاشعري قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراً وغلماً صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى قال نعم وعن الرجل يموت بغير وصية له ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولي القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه ام لا؟ فقال اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك<sup>٢</sup>.

ولاحظ ما رواه محمد بن اسماعيل بزيع قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره الى قاضي الكوفة فعين عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صيرّ اليه وصيته وكان قيامه فيها بأمر القاضي لانهم فروج قال فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام وقلت له يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي الى أحد ويخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا فيبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهم فروج فما ترى في ذلك؟ قال: اذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس<sup>٣</sup>.

فانا استدللنا في الدورة السابقة بهذه النصوص على المدعى ولكن الانصاف انه لا دلالة فيها على المدعى اذ لا يستفاد منها نفوذ

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب عقد البيع وشروطه.

(٢ و٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١ و٢.

وصية الاب وجواز جعل القيم على الصغير كى يقال: اذا كان جعل القيم نافذاً فبالاولوية التصرف الصادر منه في حال حياته يكون نافذاً هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الاستدلال بهذه الطائفة على المدعى.

ولكن الحق عدم صلاحية النصوص المشار اليها للاستدلال بها على المدعى اذ لم يفرض في هذه النصوص ان المتصدي للتصرف القيم من قبل الموصي بل قد فرض ان الرجل مات ولم يوص نعم قد فرض في بعضها ان المتصرف هو القيم وفي بعضها الاخر قد فرض عنوان الولي ولكن لم يتعرض ان ولايته او قيمومة القيم بأي وجه.

وصفة القول: انه لا دلالة في هذه النصوص على أن جواز التصرف مستند الى وصية الميت فلا مجال للاستدلال بها على المقصود فلاحظ.

الوجه الرابع: السيرة الخارجية الجارية بين المتشرعة على التصرف في أموال الصغار من قبل والدهم من غير نكير مضافاً الى الارتكاز القطعي فان المرتكز في أذهان أهل الشرع الجواز.

اضف الى ذلك انه يمكن دعوى الضرورة على الجواز لكن هذا الوجه لا يمكن الاستناد اليه في القول بالجواز بالنسبة الى الجد بل انما يتم بالنسبة الى الاب وحده وعليه يكون الجزم بالجواز بالنسبة الى الجد مشكلا الا أن يتم التسالم فلاحظ.

«قوله قدس سره: والمشهور عدم اعتبار العدالة للاصل والإطلاقات»

وقع الكلام في المقام في اشتراط جواز التصرف بالعدالة والذي

يمكن أن يستدل به على عدم الاشتراط وجوه:

الوجه الاول الاصل كما في كلام الشيخ قدس سره.

ويرد عليه انه ما المراد من الاصل المذكور فان كان المراد من الاصل اصاله البرائة عن الحرمة فيرد عليه انه لا اشكال في عدم حرمة التصرف بالبيع والشراء حرمة تكليفية وانما الكلام في الحرمة الوضيعة وعدم النفوذ فلا مجال لجريان البرائة عن التكليف.

وان كان المراد من الاصل اصاله عدم المنع الوضعي فعدم المنع الوضعي لا يقتضي الامضاء الا على القول باعتبار الاصل المثبت الذي لا نقول به مضافاً الى أنه يعارضه أصل عدم الامضاء والاعتبار المقتضي للفساد.

الوجه الثاني: اطلاقات النصوص الدالة على الجواز فان اطلاقها يقتضي عدم الفرق بين كون المتصرف فاسقاً أو عادلاً.

ويرد عليه انه قد نوقش في النصوص المستدل بها على جواز التصرف فلا تصل النوبة الى الاخذ باطلاقها.

الوجه الثالث: الاجماع القائم على عدم الاشتراط في نكاح الاب أو الجد الصغير والصغيرة وحيث ان التصرف في البضع اهم من التصرف في المال يفهم عدم المنع في المقام بالفحوى والاولوية. ويرد عليه اولاً: ان الاجماع المدعى هناك ان كان اجماعاً منقولاً فلا يكون حجة هناك فكيف بالمقام وان كان اجماعاً محصلاً فعلى تقدير حصوله يمكن استناد القائلين ببعض الوجوه كما سيظهر انشاء الله تعالى فلا يكون اجماعاً تعبيرياً كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام.

وثانياً: انه قد مرّ منا ان تحقق الجواز في باب النكاح لا يدل على الجواز في المقام اذ قلنا يمكن ان أهمية النكاح تقتضي ان

الشارع الاقدس يسهل الامر فيه كي ينسد باب الفجور والفسوق.  
الوجه الرابع: السيرة القطعية الجارية على التصرف في أموال  
الصغار من قبل الاب بلا نكير ويمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر  
وهو انه لو كان جواز تصرفه منوطاً بالعدالة لشاع وذاع ومع عدم شيوعه  
بل الشايخ خلافه يفهم عدم الاشتراط.

وفي قبال الوجوه المذكورة يمكن الاستدلال على الاشتراط  
بوجوه ايضاً: الوجه الاول: الاصل فان مقتضاه عدم تأثير التصرفات  
الصادرة عن الاب في مال الصغير في صورة عدم كون الاب عادلاً.  
وفيه انه لا اشكال في أن مقتضى الاصل كذلك لكن قلنا السيرة  
جارية على التصرف بلا رعاية الشرط المذكور كما ان الارتكاز  
المتشرعى كذلك فلا بد من رفع اليد عن مقتضى الاصل الاولى وبعد  
تمامية السيرة واتصالها بزمن المعصوم وتحقيقها في ذلك الزمان  
لا مجال لان يقال ان السيرة مردوعة بقوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم  
بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض» وقوله عليه السلام  
«لا تبع ما ليس عندك» اذ المفروض ان السيرة المذكورة ممضاة  
من قبل الشرع الاقدس فلا تكون مردوعة.

مضافاً الى أنه قد علم من الشارع انه لم يخالف العقلاء في  
سيراتهم الجارية بينهم في امورهم فلو لم يسر دعهم بالخصوص  
في مورد تكون سيرتهم ممضاة عنده ولذا نقول: الظواهر حجة  
بالسيرة الممضاة وقول الثقة حجة كذلك وهكذا.

والحال انه لقائل أن يقول: ان قوله تعالى ان الظن لا يغني عن  
الحق شيئاً وقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم رادع عن العمل بغير  
علم فلا حظ.

الوجه الثاني ان الصغير لا يمكن الدفاع عن نفسه وماله فكيف

يمكن جعل الشارع من لا يكون اميناً مسلطاً على غير القادر ويجعل تصرفه في ماله نافذاً واقراره معتبراً.

ويرد عليه اولا ان عدم العدالة لا يستلزم عدم الامانة ولذا نقول قول الثقة حجة ولو لم يكن عادلا فانه يمكن أن لا يكون شخص عادلا يلعب القمار ويشرب الخمر لكن لا يخون في أموال الناس واعراضهم وامين بتمام معنى الكلمة.

وثانياً: انه لا تنافي بين نفوذ التصرف وعدم كون المال في يده بل يمكن أن يكون المال موضوعاً في محل امن ويتصرف الاب فيه تصرفاً مالياً.

اضف الى ذلك انه لو كان البيان المذكور تاماً كان اللازم عدم كونه ولياً في نكاحه ايضاً اذ يمكن أن يخون ويتصدى لغير صلاح الصغير والحاصل انه لا يمكن رد الحكم الشرعي بهذه التقريبات الواهية بل يلزم الاخذ بما صدر عن صاحب الشريعة.

وثالثاً: انه متى ظهر منه الخيانة عند الحاكم جعل عليه ناظراً يمنعه عن الخيانة.

ان قلت: جعل الناظر عليه يوجب لغوية ولايته اذ يلزم أن يكون ما يصدر عنه بأمر من الناظر. قلت: لا تكون ولايته لغوياً بل اللازم رعاية نظر الناظر ورعايته وأما ان لم يمكن جعل الناظر أو يكون حرجياً يعزله الحاكم فانه ولي الامور.

ولنا أن نقول: لا تصل النوبة الى عزل الحاكم بأن نقول في صورة ظهور الخيانة منه وعدم رعاية صلاح الصغير لا دليل على ولايته فان عمدة الدليل السيرة ولا سيرة في الفرض المذكور.

الوجه الثالث: قوله تعالى «ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم

النار ومالككم من دون الله من أولياء ثم لا تنصرون»<sup>١</sup>.  
بتقريب ان هذا نحو من الركون الى الظالم وقد نهى عن  
الركون اليه.

ويرد عليه اولاً: ان المتبادر من الظالم ليس مطلق الفاسق بل  
المتبادر من الاية الشريفة ولا الجور وائمة الضلال والظلمة  
المتصدين للامور.

وثانياً: انه لا اشكال في أن مجرد نفوذ معاملة الفاسق لا يكون  
ركوناً الى الظالم والا يلزم أن يكون كل من يتصدى لمعاملة ان يكون  
عادلاً ويلزم ان جميع الوكلاء في الامور المالية وغيرها وجميع  
الاوصياء وجميع المتولين للموقوفات عدولاً وهو خلاف ضرورة  
الفقه والدين بل يمكن أن يقال ان الالتزام به يوجب الكفر.

وثالثاً: انا سلمنا ان جعل الولاية للفاسق ركوناً اليه ولكن  
الممنوع في الاية ركون المكلف اليه والمفروض ان الولاية له  
مجمولة من قبل الشارع الاقدس فتكون ولاية خارجة عن عمل  
المكلف الذي تستفاد من الاية.

الوجه الرابع: قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا ان جائكم فاسق  
بنياً فتبينوا»<sup>٢</sup> فان المستفاد من الاية الشريفة عدم ترتيب الاثر  
على قول الفاسق وعدم اعتبار اخباره فلو اخبر عن تصرفه الكذائي  
في مال الصغير لا يسمع قوله ولا يرتب الاثر على قوله فلا يكون  
تصرفه نافذاً.

وفيه اولاً: ان قول ذي اليد حجة وتصرفه نافذ ولو كان فاسقاً  
وثانياً: ان عدم ترتيب الاثر على قوله لا يستلزم عدم ولايته ولا

(١) هود/١١٣.

(٢) الحجرات/٦.



يرتبط احد الامرين بالآخر.

وثالثاً: ان التخصيص ليس عزيزاً فانه على تقدير دلالة الاية على المدعى نرفع اليد عن اطلاقها بما يدل على جواز التصرف فلاحظ.

ثم انه هل يشترط جواز التصرف بعدم كونه ضرراً بالنسبة الى الصغير ام لا يشترط؟ ربما يقال بنفوذ تصرفه في ماله حتى في صورة كون التصرف ضررياً وذلك لوجهين الوجه الاول عدم الاشتراط فانه موافق للاصل.

وفيه اولاً: ان التقييد والاطلاق متضادان في مقام الثبوت واصالة عدم احد الضدين لا تقتضي اثبات الضد الاخر الاعلى القول بالمثبت الذي لا نقول به.

وثانياً: ان الاصل المذكور معارض باصالة عدم الاطلاق فان الاهمال محال في الواقع فلا بد من احد الامرين.

الوجه الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص انت ومالك لا بيك لاحظ ما رواه عبيد بن زرارة<sup>١</sup>.

فيجوز للموالد التصرف في مال ولده الصغير على الاطلاق. وفيه انه قد مرّ الكلام في النصوص المشار اليها وقلنا لا بد من حملها على الحكم الاخلاقي مضافاً الى أنه قد دل بعض النصوص على اشتراط كون التصرف بعدم الاسراف لاحظ ما رواه محمد بن مسلم<sup>٢</sup> فانه يستفاد من الحديث انه لا يجوز الاسراف في مال الابن ولا حظ ما رواه ابو حمزة الثمالي<sup>٣</sup> فالنتيجة انه لا يجوز التصرف مع الضرر.

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٨.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٦.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٧.

«قوله قدس سره: وهل يشترط في تصرفه المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم لا يعتبر شيء؟ وجوه»

وقع الكلام بينهم في أنه هل يشترط جواز تصرف الاب والجد بكونه مصلحة للصغير أو يكفي مجرد عدم المفسدة والذي يمكن أن يذكر وجهاً للاشتراط وجوه: الوجه الاول: الاصل فان مقتضى الاستصحاب عدم نفوذ تصرف الولي الا مع رعاية الصلاح والاصل المذكور مرجع مادام لا يوجد دليل على عدم الاشتراط.

الوجه الثاني: الاجماع فانه يستفاد من بعض الكلمات ان الاشتراط متفق عليه بينهم. وفيه ان المنقول منه غير حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك.

الوجه الثالث: قوله تعالى «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن»<sup>١</sup> بتقريب ان اطلاق الاية يشمل الجد بالنسبة الى الصغير الذي لا أب له اذ يصدق عليه عنوان اليتيم فيتم الامر بالنسبة الى الاب بعدم القول بالفصل.

وقد اوردت على الاستدلال المذكور اشكالات: الاشكال الاول: ان صدق عنوان اليتيم على من يكون ذا جد اول الكلام.

وفيه ان المستفاد من كلمات اللغويين ومن مفردات الراغب ان اليتيم من فقد أباه قبل بلوغه الا أن يقال عنوان الاب يطلق على الجد كما يطلق على الاب.

الاشكال الثاني: ان المستفاد من الاية الشريفة اشتراط مجرد الحسن وعنوان الحسن يصدق على ما لا تكون فيه مفسدة ولا يلزم أن تكون فيه مصلحة.

وفيه ان صدق عنوان الحسن على ما لا تكون فيه مفسدة اول الكلام والاشكال.

الاشكال الثالث: ان عدم القول بالفصل غير القول بعدم الفصل مضافاً الى أن غايته الاجماع ولا يترتب عليه اثر والانصاف ان عمدة الوجه الاصل فان مقتضاه عدم ترتب الاثر فيما لم يراع فيه الصلاح فانقدح انه لا بد من رعاية الصلاح.

بقي الكلام في المراد من لفظ الاحسن الوارد في الاية الشريفة وقد ذكرت فيه احتمالات: الاحتمال الاول أن يراد به التفضيل على الاطلاق من الترك وغيره من التصرفات الاخر ولازمه عدم جواز التصرف الا فيما يصدق التفضيل على الاطلاق وربما يرجح هذا الاحتمال باعتبار الاخذ بظهور اللفظ.

وقد اورد في القول المذكور بايرادات الايراد الاول ان هذا الوزن يستعمل في غير التفضيل كثيراً والمؤيد لعدم ارادة التفضيل عدم تذييل الكلمة في الاية الشريفة بلفظة من وايضاً لم يذكر فيه على نحو الاضافة.

وفيه ان استعماله في غير التفضيل مع القرينة لا يقتضي حمله على غيره بلا قرينة بل لا بد من الاخذ بالظهور على ما هو المقرر عند العقلاء وأما عدم تذييله بلفظة من والاضافة فلا يقتضي رفع اليد عن الظهور بل عدم التذييل يقتضي عموم المتعلق.

الايراد الثاني: انه يلزم عدم الاقدام في مورد تكون جملة من التصرفات متساوية الاقدام من حيث المصلحة ولا يكون فيها ما يكون أحسن على الاطلاق. ان قلت: تكفي المصلحة في الجملة قلت: عليه يلزم جواز الاقدام في مورد وجود الصلاح ولو كان الفرد الاخر أصح واحسن.

ويرد عليه ان مقتضى الظهور لزوم التفضيل على الاطلاق غاية الامر في مورد التساوي بين جملة من التصرفات يكون الافضل الجامع بين تلك الافراد ونتيجته التخيير كما ان البيع لو كان أحسن من الاجارة يتعين البيع لكن المتصرف يتخير في اختيار أي فرد من أفرادہ.

الايراد الثالث: انه لو كان مصلحة في فرد وفي غيره لا تكون مصلحة يلزم عدم جواز الاقدام اذ مفهوم التفضيل متقوم بوجود الجامع بين المتفضل والمتفضل عليه.

وفيه ان الجواز في الصورة المفروضة أولى اذ لو كان الاقدام جازياً مع وجود المصلحة في غيره فيجوز الاقدام بالاولوية وان شئت قلت: ان الجواز في الصورة المفروضة ليس بالدلالة اللفظية بل بالدلالة العرفية أي الاولوية.

الاحتمال الثاني: في الاية الشريفة أن يكون المراد من الاحسن الحسن فيجوز التصرف اذا كان التصرف ذا مصلحة وحسناً وان كان غيره احسن.

وفيه انه خلاف الظاهر فان الظاهر من قوله تعالى اشتراط التصرف بكونه أحسن على الاطلاق ورفع اليد عن الظهور بلا دليل خلاف القاعدة.

الاحتمال الثالث: أن يكون المراد من الاية ما لا يكون فيه مفسدة وان لم تكن مصلحة ويلزم جواز التصرف والحال ان الفرد الاخر ذا مصلحة زائدة بل لا يشترط الجواز بالصالح كما هو المفروض. وفيه انه خلاف الظاهر ولا يصار اليه بلا دليل.

الاحتمال الرابع: أن يكون المراد بالاحسن ما يكون أحسن من

تركه وان كان التصرف الاخر أصح وأحسن من التصرف الواقع.  
وفيه انه خلاف الظاهر ولا يجوز التخطي عن الظهور بلا قيام  
دليل على الخلاف

الاحتمال الخامس: ان يكون المراد الاحسن من بقية التصرفات  
وان كان الترك احسن ولازمه جواز التصرف وان كان ترك التصرف  
أصح وأحسن.

وفيه انه خلاف الظاهر من القرآن ولا يجوز رفع اليد عن ظهور  
الكتاب فان الظاهر من قوله تعالى اشترط التصرف بكونه احسن  
على الاطلاق هذا بحسب المستفاد من الكتاب.

وأما السنة ففي المقام عدة من النصوص منها ما رواه اسحاق  
بن عمار قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فخبرتة انه ولد  
لي غلام قال: ألا سميتة محمداً قلت: قد فعلت قال: فلا تضرب محمداً  
ولا تشتمه جعله الله قرّة عين لك في حياتك وخلف صدق بعدك قلت:  
جعلت فداك في أي الاعمال أضعه قال اذا عدلته عن خمسة أشياء  
فضعه حيث شئت لا تسلمه صيرفاً فان الصيرفي لا يسلم من الربا  
ولا تسلمه بيع اكفان فان صاحب الاكفان يسره الوباء اذا كان  
ولا تسلمه بيع طعام فانه لا يسلم من الاحتكار ولا تسلمه جزاراً  
فان الجزار تسلب منه الرحمة ولا تسلمه نخاسا فان رسول الله  
صلى الله عليه وآله قال شر الناس من باع الناس<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال بالرواية على المدعى ان المستفاد من  
الحديث جواز تصرف الاب في نفس الابن فيجوز تصرفه في ماله  
بالاولوية.

وفيه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً وثنائياً انه لا اولوية.

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

ومنها ما رواه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله: قد علمت ابني هذا الكتابة ففي أي شيء أسلمه؟ فقال أسلمه لله أبوك ولا تسلمه في خمس لا تسلمه سبأً ولا صائغاً ولا قصاباً ولا حنطاً ولا نخاساً قال: فقال يا رسول الله ما السبأ قال الذي يبيع الاكفان ويتمني موت امتي وللمولود من امتي احب الي مما طلعت عليه الشمس وأما الصائغ فانه يعالج زين غنى امتي وأما القصاب فانه يذبح حتى تذهب الرحمة من قلبه وأما الحنط فانه يحتكر الطعام على امتي ولئن يلقى الله العبد سارقاً احب الي من أن يلقاه قد احتكر الطعام اربعين يوماً وأما النخاس فانه اتاني جبرئيل فقال يا محمد: ان شرار امتك الذين يبيعون الناس<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال بالحديث هو التقريب. ولكن يرد عليه ان الاولوية اول الكلام والاشكال.

ومنها ما رواه عبد الله بن يحيى الكاهلي قال قيل لابي عبد الله عليه السلام انا ندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعه خدام لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خدامهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك؟ فقال ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وان كان فيه ضرر فلا وقال عليه السلام «بل الانسان على نفسه بصيرة» فانتم لا يخفى عليكم وقد قال الله عز وجل «والله يعلم المفسد من المصلح»<sup>٢</sup>.

والرواية مخدوشة سنداً لعدم ثبوت وثاقة الكاهلي وقال سيدنا

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٤.

(٢) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

الاستاد قدس سره في رجاله: ان الراوي لضمان الامام أبي الحسن عليه السلام للكاھلي الكاھلي نفسه فلا تصل النوبة الى ملاحظة مضمون الحديث.

ومنها مارواه علي بن المغيرة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام ان لي ابنة اخ يتيمة فربما اهدي لها شيء فأكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فاقول: يا رب هذا بذنا فقال عليه السلام: لا بأس<sup>١</sup>.

والحديث ضعيف سنداً بذيان فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالاته اصف الى ذلك انه لو أغمضنا عن السند يكون الحديثان مخالفين مع الكتاب اذ المستفاد منه انه يشترط في التصرف أن يكون أحسن وما خالف الكتاب لا اعتبار به.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان مقتضى قوله تعالى «ولا تقربوا مال اليتيم» عدم جواز التصرف الا ما يكون أحسن وأصلح على الاطلاق كما ان مقتضى الاصل العملي كذلك فان مجرد الشك يكفي لعدم الجواز الا فيما يعلم بالجواز ولكن مقتضى السيرة الخارجية من التصرف في مال الصغير وجعل القيم عليهم وعدم الاشتراط والتقييد لهذا المقدار من التصرف. وببيان ظاهر: ان الاب يتصرف في مال ابنه مع ملاحظة صلاحه ولا يكون تصرفه في مال ولده مع عدم ملاحظة الاصلح مستنكراً فيجوز تصرفه مع لحاظ الصلاح لكن الاية لا تشمل الاب اذ لا يصدق عنوان اليتيم على من يكون واجداً للاب بل صدقه على من له الجد اول الكلام والاشكال.

ولنا أن نقول في فرض الشك في الصدق نحكم بعدمه فانا ذكرنا

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢.

مراراً انه لو شك في صدق مفهوم على فرد يكون مقتضى الاصل عدم صدقه عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم لا خلاف ظاهراً كما ادعى في أن الجد وان علا يشارك الاب في الحكم»

ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه الوجه الاول: عدم الخلاف واشكاله ظاهر فان عدم الخلاف غايته الاجماع واعتباره اول الكلام والاشكال.

الوجه الثاني: ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج احدهما وهوى أبوه الاخر ايّهما أحق أن ينكح قال الذي هوى الجد احق بالجارية لانها وأباها للجد<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الحديث ان الجد له أن ينكح بنته وانه لو دار الامر بين الجد والاب يكون الجد مقدماً في النكاح فتدل الرواية على الولاية في المقام بالاولوية.

ولكن الاستدلال المذكور مخدوش بأن اثبات الولاية للجد في باب النكاح لا يستلزم الولاية في البيع اذ يمكن ان الشارع الاقدس في مقام التسهيل في أمر النكاح بخلاف البيع.

الوجه الثالث: جملة من النصوص التي تدل على أن الولد وماله للاب وقال عليه السلام في الحديث المتقدم ذكره آنفاً في مقام تعليل الحكم «لانها وأباها للجد».

وفيه انه قد مر منا ان الحكم المذكور حكم اخلاقي لاحقيقي والا فهل يتوهم احد ممن تكون له خبرة بالصناعة أن يلتزم بأن الولد

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث ٨.



مملوك لوالده أو ان مال الولد مملوك لوالده وبعد عدم تمامية الوجوه المذكورة لابد من اتمام الامر بالتسالم وكون ولاية الجد أمراً غير قابل للانكار فان تم وامكن فهو والا فمقتضى القاعدة عدم ولايته بعنوان كونه جداً فان الشك يكفي في الحكم بالعدم.

«قوله قدس سره: ولو فقد الاب وبقي الجد فهل ابوه اوجده يقوم مقامه في المشاركة»

أفاد الشيخ قدس سره بأن مشاركة الجد الاعلى مع الادنى في صورة فقدان الاب محل الخلاف بينهم ويختلج بالبال أن ما افاده مناقض لما افاده آنفاً من مشاركة الجد وان علا مع الاب بقوله «لا خلاف ظاهراً كما ادعي في ان الجد وان علا يشارك الاب في الحكم».

فانه لا يتصور عدم الخلاف في المشاركة والخلاف فيها والحال ان موت الاب لا يؤثر في وجود الولاية وعدمها وكيف كان فالذي يمكن أن يقال في وجه المشاركة كون الولد وماله لوالده فتكون النتيجة ان الجد وان علا تكون له الولاية ولكن قد تقدم منا انه حكم اخلاقي فلا يكون الحكم المذكور دليلاً على المدعى فلا بد من التماس دليل آخر.

والظاهر ان اثبات الولاية للجد الادنى حتى مع فقدان الاب في غاية الاشكال اذ لا دليل عليها ومن ناحية اخرى ان الولاية خلاف الاصل الاولي ومن ناحية ثالثة لا سيرة من المتشعبة قائمة عليها فاذا ثبت الامر بالتسالم والاجماع التعبدية الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام فهو والا فلا مناص عن الاحتياط سيما بالنسبة الى مال اليتيم الذي قد علم من الشرع ان التصرف في ماله أمر مهم في نظر الشارع.

وربما يقال: انه يستفاد من قوله تعالى «واولوا الارحام بعضهم

أولى ببعض في كتاب الله<sup>١</sup> أولوية الجد الأدنى.  
وفيه ان المراد من الآية الشريفة غير معلوم ويحتمل أن يكون  
المراد بالتفضيل الترجيح في باب الارث. وربما يقال: انه يمكن  
أن يكون المراد من الآية بيان ان الرحم أولى برحمه من الاجنبي  
وأما الثبوت في الرحم باي نحو فلايستفاد من الآية بل لابد أن يفهم  
من دليل آخر.

«قوله قدس سره: مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من  
لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم والمراد منه الفقيه الجامع  
لشرائط الفتوى»

المشهور فيما بين القوم ان الفقيه الجامع للشرائط له ثلاثة  
مناصب المنصب الاول الافتاء في الاحكام النظرية الشرعية للعوام  
والرأي في الموضوعات المستنبطة والمتكفل لهذا البحث بحث  
الاجتهاد والتقليد وتحقيق الجهات المرتبطة لهذه الجهة موكول الى  
ذلك البحث وخارج عن محور بحثنا في المقام ولكن لاهمية الموضوع  
لا بأس بل يلزم الاشارة ولو على نحو الاجمال الى ما ورد في هذه  
المجال من الايات والروايات فانه يلزم على كل فرد من الافراد الذين  
يمكن دخوله في هذا الميدان الموحش والجادة المخوفة أن يتعوذ  
بالله من شر الشيطان الخناس الذي يوسوس في صدور الناس ومن  
تسويلات النفس الامارة بالسوء والبعد من مقام القدس الربوبي  
ويجب علينا أن لا نبرأ أنفسنا فان النفس لامارة بالسوء الا ما رحم  
الرب.

والانصاف ان الدخول في هذا المضمار معرض للاخطاء سيما  
مع استلزامه للوازم كثيرة كل واحد منها يكفي للانصراف عن الجادة

المستقيمة والوقوع في المهالك العظيمة ولا أنس القضية المعروفة من سيدي الوالد قدس سره فانه قدس سره لما توجه بصيرورته مرجعاً وحيداً عاماً تأثر شديداً وطلب من الله أن يلحقه بالصالحين وينجيه من الغرق في هذا البحر المتلاطم العميق والقضية المشار اليها وقعت في الروضة الحسينية مع حضور بعض الاكابر من اصحابه رضوان الله عليه و حشره مع جده يوم تبلى السرائر.

ورأينا ان المناسب بل الانسب ان نشير كما ذكرنا الى الايات والروايات الواردة في هذه المقام، أما الايات فمنها قوله تعالى «ومن أظلم ممن افترى على الله كذباً أولئك يعرضون على ربهم ويقول الاشهاد هؤلاء الذين كذبوا على ربهم ألا لعنة الله على الظالمين»<sup>١</sup>. ومنها قوله تعالى «اذ تلقوته بالسنتكم وتقولون بأفواهكم ما ليس لكم به علم وتحسبونه هيناً وهو عند الله عظيم»<sup>٢</sup>.

ومنها قوله تعالى «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون»<sup>٣</sup>.

ومنها قوله تعالى «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون»<sup>٤</sup>.

ومنها قوله تعالى «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون»<sup>٥</sup> وغير ذلك من الايات.

(١) هود/١٨.

(٢) النور/١٥.

(٣) المائدة/٤٤.

(٤) المائدة/٤٥.

(٥) المائدة/٤٧.

وأما الروايات الواردة في هذا المقام فكثير منها ما رواه مفضل ابن يزيد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: أنهاك عن خصلتين فيهما هلك الرجال: أن تدين الله بالباطل وتفتي الناس بما لا تعلم<sup>١</sup>. ومنها ما رواه ابن الحجاج قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: إياك وخصلتين فيهما هلك من هلك أيّاك أن تفتي الناس برأيك أو تدين بما لا تعلم<sup>٢</sup>.

ومنها ما رواه عبد الحميد عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اتقوا تكذيب الله قيل يا رسول الله وكيف ذاك؟ قال: يقول أحدكم قال الله فيقول الله عز وجل كذبت لم اقله ويقول: لم يقل الله فيقول عز وجل: كذبت قد قلت<sup>٣</sup>.

ومنها ما رواه أبو عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه<sup>٤</sup> وغير ذلك من الروايات الواردة في هذا المقام.

المنصب الثاني: القضاء وفصل الخصومات عند الترافع ولا اشكال في ثبوت هذا المنصب للفقهاء فان سيرة الفقهاء جارية عليه ولولا الالتزام بذلك لعله يختل النظام وبعبارة اخرى: لا بد في حفظ النظام من يكون مرجعاً لمحل المنازعات .

وأما ما في كلام الشيخ قدس سره من قوله «وغيرها في الجملة» فلعل المراد منه حكم الفقيه بالهلال ولكن الجزم بثبوت مثله للفقهاء مشكل ولا بد من البحث واقامة الدليل عليه.

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ١١١ الباب ١٦ الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) بحار الانوار ج ٢ ص ١١٧ الباب ١٦ الحديث ١٦.

(٤) عين المصدر ص ١١٨ الحديث ٢٣.

المنصب الثالث: ولاية الفقيه على الاموال والانفس وهذا محل البحث في المقام والوجه في عنوان البحث المذكور ان هذه الولاية ثابتة للامام عليه السلام وحيث ان الفقيه نائب عن الامام نيابة عامة في زمان الغيبة وقع الكلام في ثبوتها للفقيه الجامع للشرائط وعدمه فالحري اولا ارسال عنان الكلام والبحث عن ولايته عجل الله تعالى فرجه ثم اتمامه بالبحث عن ولاية الفقيه.

فنقول الكلام في ولاية الامام عليه السلام يقع في موردين المورد الاول: في ولايته التكوينية، المورد الثاني في ولايته التشريعية، أما المورد الاول فيقع الكلام تارة بلحاظ مقام الثبوت والامكان واخرى بلحاظ مقام الاثبات فالكلام يقع في موضعين.

أما الموضع الاول فنقول لا اشكال في مقام الثبوت والامكان اذ الامتناع اما من ناحية قصور في الفاعل واما من ناحية قصور في القابل أما من ناحية فاعلية الفاعل فلا اشكال ولا كلام في أنه تعالى قادر على اقدار الغير فانه لا قصور في قدرته - تعالى وتقدس - على جميع الامور فان قدرته غير متناهية واذا أراد الله شيئاً يقول له كن فيكون.

وأما من ناحية القابل فايضاً لا اشكال في قابلية ذواتهم المقدسة لهذه العناية الالهية فلا اشكال في ناحية الثبوت.

ويؤكد المدعى بل يدل عليه انا قادرون على كثير من الاشياء وهذه القدرة نحو من الولاية التكوينية بل هذه الولاية في الجملة موجودة في الحيوانات فانها تقدر على كثير من الامور.

ان قلت: الالتزام بكون الامام عليه السلام بيده اختيار الكون يستلزم الاعتقاد بالشرك أو الالتزام بعدم كونه تعالى قادراً بل أمر

الممكنات فوض اليهم عليهم السلام وكيف يمكن الالتزام بالشرك أو بعدم كونه قادراً؟

قلت: ليس المراد من ولايتهم استقلالهم في التصرف واستغنائهم عن خالقهم بل نقول: قدرتهم بلطفه وعنايته كقدرة عيسى بن مريم عليهما السلام على احياء الموتى وابرأ الاكمه والابرص فتحصل ان الامكان الثبوتي لا اشكال في تحققه.

وأما الموضوع الثاني فيمكن اثبات المدعى اي ولايتهم التكوينية وقدرتهم على التصرف في الامور الخارجية بتقريبات.

التقريب الاول: ما ورد في القرآن ونص به من معجزات الانبياء وقدرتهم على خوارق العادة بجعل موسى عصاه ثعباناً واحياء عيسى الموتى وابرأ الاكمه والابرص الى غيرها من المعاجز المنقولة عن أنبياء السلف هذا من ناحية ومن ناحية اخرى قد ثبت بالادلة القطعية ان رسول الاسلام وخلفائه والائمة عليهم السلام أفضل من أنبياء السلف فما يكون لهم ثابت لاهل البيت عليهم السلام.

التقريب الثاني: قد ثبت بالدليل القطعي وقد ذكر في الكتاب ثبوت القدرة على بعض خوارق العادة لبعض أفراد الناس كقدرة آصف وزير سليمان وغيره وهل يمكن أن تكون هذه الفضيلة لمثل آصف ولا تكون لاهل بيت الوحي والطهارة والحال انهم أفضل الموجودات وأقرب الناس من مقام القدس الربوبي.

التقريب الثالث: انه لا اشكال في ان الشيطان قادر بارادة الله على التصرف في الانسان واغوائه وقد أوتي هذا الفضل لامتحان الناس ولا اشكال في كونه فضيلة وهل يمكن أن يكون الشيطان الرجيم أفضل من أهل بيت الرسالة؟ كلا ثم كلا.

التقريب الرابع: ان الله تبارك وتعالى ينقل في كتابه «قال

عفريت من الجن انا آتيك به قبل أن تقوم من مقامك واني عليه لقوي امين»<sup>١</sup> وهل يمكن أن يكون العفريت من الجن أفضل من الذوات المقدسة الذين اذهب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا وهل يجوز العقل مع انهم أفضل من جميع المخلوقات.

التقريب الخامس: الروايات الواردة في هذا المقام فانه لو تصور أعظم درجة وارفع مقداراً من التواتر يصدق ويتحقق موضوعه في الروايات المروية في هذا المجال ومن المؤسف جداً عدم الغور في بحار الاخبار ولجج الروايات الواردة في فضائلهم ومناقبهم ونحن بعيدون عن الفوز العظيم مع كونها في أيدينا واختيارنا وليس هذا الامن سوء التوفيق والعتب كل العتب متوجه اليها وانحرفنا بتسويل النفس الامارة واغواء الشيطان الملعون كما يقول الشاعر:

نعيب زماننا والعيب فينا      وليس زماننا فيه المعيب  
وتسلط الشيطان علينا حتى صار المعروف عندنا منكراً وحراماً  
فان ذكر المصائب عار لنا وموعظة الناس وارشادهم هتك لمقامنا  
ولا نفهم بأن مرجع هذه الدعوى الى الرد على الرسول وامير المؤمنين  
صلوات الله عليهم فان رسول الله كان واعظاً وكذلك أمير المؤمنين  
ولنا مصائب كثيرة ومعايبنا وافرة وأفكارنا خاطئة انحرفنا عن  
الصراط المستقيم ورجعنا الاعوجاج على الاستقامة والضلال على  
الهدى يا ولي الله الاعظم ادركنا ونجنا من شرور أنفسنا.

وعلى الجملة الروايات الواردة في المقام على طوائف: الطائفة الاولى ما يدل على علمهم منها ما رواه أبو الجارود قال: قال على ابن الحسين عليه السلام ما ينقم الناس منا فنحن والله شجرة النبوة

وبيت الرحمة ومعدن العلم ومختلف الملائكة<sup>١</sup> وفي هذا الباب ثلاثة أحاديث.

ومنها ما عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام يمصون الثماد ويدعون النهر العظيم قيل له وما النهر العظيم؟ قال رسول الله صلى الله عليه وآله والعلم الذي أعطاه الله أن الله عز وجل جمع لمحمد صلى الله عليه وآله سنن النبيين من آدم وهلم جرأ إلى محمد صلى الله عليه وآله قيل له: وما تلك السنن قال علم النبيين بأسره وإن رسول الله صلى الله عليه وآله صيّر ذلك كله عند أمير المؤمنين عليه السلام فقال له رجل: يا ابن رسول الله فامير المؤمنين أعلم أم بعض النبيين فقال أبو جعفر عليه السلام: اسمعوا ما يقول إن الله يفتح مسامع من يشاء أني حدثته إن الله جمع لمحمد صلى الله عليه وآله علم النبيين وأنه جمع ذلك كله عند أمير المؤمنين عليه السلام وهو يسألني أهو أم بعض النبيين<sup>٢</sup> وفي هذا الباب ثمانية أحاديث.

ومنها ما رواه الكناسي قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام وعنده أبو بصير فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن داود ورث علم الأنبياء وإن سليمان ورث داود وإن محمداً صلى الله عليه وآله ورث سليمان وأنا ورثنا محمداً صلى الله عليه وآله وإن عندنا صحف إبراهيم والواح موسى فقال أبو بصير إن هذا لهو العلم فقال يا أبا محمد: ليس هذا هو العلم إنما العلم ما يحدث بالليل والنهار

(١) باب أن الأئمة معدن العلم وشجرة النبوة ومختلف الملائكة ج ١ من الأصول من الكافي ص ٢٢١ الحديث ١.

(٢) الأصول من الكافي ج ١ ص ٢٢١ باب أن الأئمة عليهم السلام ورثة العلم الحديث ٦.



يوماً بيوم وساعة بساعة<sup>١</sup> وفي هذا الباب سبعة أحاديث.  
ومنها مارواه هشام بن الحكم في حديث بریه انه لما جاء معه الى أبي عبدالله عليه السلام فلقى أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فحكى له هشام الحكاية فلما فرغ قال أبو الحسن عليه السلام لبریه: يا بریه كيف علمك بكتابك قال انا به عالم ثم قال: كيف ثقتك بتأويله قال ما اوثقني بعلمي فيه قال فابتدأ أبو الحسن عليه السلام يقرء الانجيل فقال بریه اياك كنت اطلب منذ خمسين سنة أو مثلك قال فأمن بریه وحسن ايمانه وآمنت المرأة التي كانت معه فدخل هشام وبریه والمرأة على أبي عبدالله عليه السلام فحكى له هشام الكلام الذي جرى بين أبي الحسن موسى عليه السلام وبين بریه فقال أبو عبدالله عليه السلام: ذرية بعضها من بعض والله سميع عليم فقال بریه: أنى لكم التوراة والانجيل وكتب الانبياء؟ قال: هي عندنا وراثه من عندهم نقرؤها كما قرؤوها ونقولها كما قالوا ان الله لا يجعل حجة في أرضه يسئل عن شيء فيقول: لا أدري<sup>٢</sup>.  
وفي هذا الباب حديثان.

ومنها مارواه بريد بن معاوية قال: قلت لابي جعفر عليه السلام «قل كفى بالله شهيداً بيني وبينكم ومن عنده علم الكتاب» قال ايأنا عني وعلي<sup>٣</sup> أولنا وأفضلنا وخيرنا بعد النبي صلى الله عليه وآله<sup>٣</sup>  
وفي هذا الباب ستة احاديث.

- (١) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٢٣ باب ان الائمة عليهم السلام ورثة علم النبي وجميع الانبياء... الحديث ٤.  
(٢) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٢٧ باب ان الائمة عليهم السلام عندهم جميع الكتب التي نزلت من عند الله عزوجل الحديث ١.  
(٣) نفس المصدر ص ٢٢٨ باب انه لم يجمع القرآن كله الا الائمة عليهم السلام ... الحديث ٦.

ومنها ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان اسم الله الاعظم على ثلاثة وسبعين حرفاً وانما كان عند آصف منها حرف واحد فتكلم به فخسف بالارض ما بينه وبين سرير بلقيس حتى تناول السرير بيده ثم عادت الارض كما كانت أسرع من طرفه عين ونحن عندنا من الاسم الاعظم اثنان وسبعون حرفاً وحرف واحد عند الله تعالى استأثر به في علم الغيب عنده ولا حول ولا قوة الا بالله العليّ العظيم<sup>١</sup> وفي هذا الباب ثلاثة أحاديث.

ومنها ما رواه مفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: أتدري ما كان قميص يوسف عليه السلام قال: قلت: لا قال: ان ابراهيم عليه السلام لما اوقدت له النار أتاه جبرئيل عليه السلام بثوب من ثياب الجنة فألبسه ايّاه فلم يضره معه حر ولا برد فلماً حضر ابراهيم الموت جعله في تميمة وعلّقه على اسحاق وعلّقه اسحاق على يعقوب فلماً ولد يوسف عليه السلام علّقه عليه فكان في عضده حتى كان من أمره ما كان فلما أخرجه يوسف بمصر من التميمة وجد يعقوب ريحه وهو قوله «اني لاجد ريح يوسف لولا أن تفندون» فهو ذلك القميص الذي أنزله الله من الجنة قلت: جعلت فداك فالى من صار ذلك القميص قال: الى أهله ثم قال كل: نبيّ ورث علماً أو غيره فقد انتهى الى آل محمد صلى الله عليه وآله<sup>٢</sup> وفي هذا الباب خمسة أحاديث الى غيرها من

(١) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٣٠ باب ما أعطى الائمة عليهم السلام من اسم الله

الاعظم الحديث ١.

(٢) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٣١ باب ما عند الائمة من آيات الانبياء عليهم

السلام الحديث ٥ .

الاحاديث الواردة فى هذا المجال.

فنقول يمكن الاستدلال على المدعى بهذه الروايات بوجه من البيان الوجه الاول: ان العلم هل يكون منشئاً للعمل الخارجى أم لا؟ أما على الاول فيتم الامر كما هو ظاهر وأما على الثانى فنقول: القدرة على كل أمر ممكن هل يكون له سبب أو لا؟ لا سبيل الى الثانى وعلى الاول يتم الامر.

الوجه الثانى: انه يظهر بالصراحة من بعض نصوص هذه الطائفة ان علم الكتاب يقتضى الاقدار على التصرف والاتيان بخوارق العادة لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال الذي عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل أن يرتدّ اليك طرفك» قال ففرج أبو عبد الله عليه السلام بين اصابعه فوضعها فى صدره ثم قال وعندنا والله علم الكتاب كله<sup>١</sup>.

الوجه الثالث: انه يستفاد من بعض نصوص هذه الطائفة ان الائمة عليهم السلام ورثوا من الانبياء العلم الذي يكون منشئاً للقدرة لاحظ ما رواه مفضل بن عمر قال أتينا باب أبي عبد الله عليه السلام ونحن نريد الاذن عليه فسمعناه يتكلم بكلام ليس بالعربية فتوهمنا انه بالسريانية ثم بكى فبكينا لبكائه ثم خرج الينا الغلام فأذن لنا فدخلنا عليه فقلت: أصلحك الله أتيناك نريد الاذن عليك فسمعناك تتكلم بكلام ليس بالعربية فتوهمنا انه بالسريانية ثم بكيت فبكينا لبكائك فقال: نعم ذكرت الياس النبى وكان من عباد انبياء بني اسرائيل

(١) الاصول من الكافى ج ١ ص ٢٢٨ الحديث ٥ باب انه لم يجمع القرآن كله الا الائمة

فقلت كما كان يقول في سجوده ثم اندفع فيه بالسريانية فلا والله ما رأينا قسّاً ولا جاثليقاً أفصح لهجة منه به ثم فسرّه لنا بالعربية فقال: كان يقول في سجوده «أترك معذبي وقد أظلمات لك هو اجري أترك معذبي وقد عفرت لك في التراب وجهي أترك معذبي وقد أجنبتك المعاصي أترك معذبي وقد أسهرت لك ليلي قال فاوحى الله اليه ان ارفع رأسك فاني غير معذبك قال فقال ان قلت لا اعذبك ثم عذبتني ماذا أأست عبدك وانت ربي قال فاوحى الله اليه ان ارفع رأسك فاني غير معذبك اني اذا وعدت وعداً وفيت به<sup>١</sup>.

الطائفة الثانية ماوردت من النصوص المتواتره على صدور المعاجز منهم وقد ذكر كثيراً منها الشيخ الحر قدس سره في كتابه المسمى باثبات الهداة وايضاً قد ذكر المجلسي قدس سره روايات في هذا المجال من أراد الوقوف عليها فليراجع البحار واثبات الهداة وغيرهما من الكتب التي قد ذكرت فيها معاجزهم وصدور خوارق العادة منهم.

الطائفة الثالثة: ما نقل عنهم من دعوى قدرتهم على التأثير في الكون لاحظ ما رواه ابان الاحمر قال: قال الصادق عليه السلام يا أبان كيف تنكر الناس قول أمير المؤمنين عليه السلام لمّا قال: لو شئت لرفعت رجلي هذه فضربت بها صدر ابن أبي سفيان بالشام فنكسته عن سريره ولا ينكرون تناول آصف وصي سليمان عرش بلقيس واتيانه سليمان به قبل أن يرد اليه طرفه اليس نبيّنا صلى الله عليه وآله أفضل الانبياء ووصيته أفضل الاوصياء أفلا جعلوه كوصي سليمان عليه السلام حكم الله بيننا وبين من جهد حقنا وأنكر

(١) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٢٧ باب ان الائمة عليهم السلام عندهم جميع الكتب

فضلنا<sup>١</sup>.

ولاحظ مارواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: دخلت عليه فشكوت اليه الحاجة قال: فقال: يا جابر ما عندنا درهم فلم ألبث ان دخل عليه الكميت فقال له: جعلت فداك ان رأيت أن تأذن لي حتى أنشدك قصيدة قال: فقال انشده فأنشده فقال: يا غلام اخرج من ذاك البيت بدرة فادفعها الى الكميت.

قال فقال له جعلت فداك ان رأيت أن تأذن لي أنشدك قصيدة اخرى قال: انشد فأنشده اخرى فقال: يا غلام اخرج من ذلك البيت بدرة فادفعها الى الكميت قال فأخرج بدرة فدفعتها اليه.

قال فقال له: جعلت فداك ان رأيت أن تأذن لي أنشدك ثالثة قال له انشد [فأنشده] فقال يا غلام أخرج من ذلك البيت بدرة فادفعها اليه قال فأخرج بدرة فدفعتها اليه فقال الكميت جعلت فداك والله ما احبكم لغرض الدنيا وما أردت بذلك الا صلة رسول الله صلى الله عليه وآله وما أوجب الله عليّ من الحق.

قال: فدعا له ابو جعفر عليه السلام ثم قال يا غلام ردها مكانها قال فوجدت في نفسي وقلت: قال ليس عندي درهم وأمر للكميت بثلاثين ألف درهم قال: فقام الكميت وخرج قلت له جعلت فداك: قلت ليس عندي درهم وأمرت للكميت بثلاثين ألف درهم فقال لي يا جابر قم وادخل البيت قال فقممت ودخلت البيت فلم اجد منه شيئاً قال: فخرجت اليه فقال لي يا جابر ما سترنا عنكم اكثر مما اظهرنا لكم فقام وأخذ بيدي وادخلني البيت ثم قال وضرب برجله الارض فاذا شبيهه بعنق البعير قد خرجت من ذهب ثم قال لي يا جابر انظر الى هذا ولا تخبر به احداً الا من تثق به من اخوانك ان الله أقدرنا

على ما نريد ولو شئنا أن نسوق الارض بازمتها لسقناها<sup>١</sup>.  
 هذا تمام الكلام في المورد الاول اي الولاية التكوينية للامام.  
 واما المورد الثاني وهي ولاية الامام عليه السلام ولاية تشريعية  
 أي التصرف في أموال الناس وانفسهم فيمكن الاستدلال عليه بوجوه:  
 الوجه الاول قوله تعالى «النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم»<sup>٢</sup> الاية  
 فان هذه الاية الشريفة تدل على كون النبى صلى الله عليه وآله  
 اولى بالنسبة الى المؤمن من نفسه ان قلت هذه الاية تدل على  
 الاولوية بالنسبة الى النفس ولا دلالة فيها بالنسبة الى المال قلت  
 اولاً ان الاولوية بالنسبة الى النفس تستلزم الاولوية بالنسبة الى  
 المال وبعبارة اخرى تدل الاية على الاولوية بالنسبة الى المال  
 بالفحوى لكون النفس اهم من المال وثانياً ان الولاية على النفس على  
 الاطلاق تستلزم الولاية على المال اذ التصرف في مال الغير بلا ولاية  
 عليه لا يمكن وبعبارة واضحة الولاية على التصرف في مال الغير  
 نوع ولاية على نفسه فالولاية المطلقة على نفس الغير تقتضى  
 الولاية على ماله فدلالة الاية على المدعى تامة ان قلت المستفاد من  
 الاية الولاية للنبى وأما بالنسبة الى الامام عليه السلام فالاية ساكتة  
 عنه قلت المستفاد من كلام النبى صلى الله عليه وآله في خطبة الغدير  
 ثبوت تلك الولاية لعلي عليه السلام فانه صلى الله عليه وآله بعد  
 اقرارهم بولايته عليهم قال من كنت مولاه فهذا علي مولاه الخ  
 مضافاً الى انه لا اشكال عند الاصحاب ان مال الرسول الاكرم ثابت لعلي  
 عليه السلام.

(١) بحار الانوار ج ٤٦ ص ٢٣٩ الحديث ٢٣.

(٢) الاحزاب الاية ٦.

الوجه الثاني قوله تعالى «انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا»<sup>١</sup> فان الاية تدل على ولاية الله ورسوله والذين آمنوا ولاية مطلقة على الناس هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان المراد من الذين آمنوا الائمة عليهم السلام ومقتضى الولاية المطلقة الولاية على النفوس والاموال فهذا الوجه أيضاً تام من حيث الدلالة على المدعى.

الوجه الثالث جملة من النصوص ومن جملة تلك النصوص ما رواه أحمد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل «انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا» قال: انما يعني أولى بكم أي أحق بكم وبأموركم وانفسكم وأموالكم الله ورسوله والذين آمنوا يعني علياً وأولاده الائمة عليهم السلام الى يوم القيامة ثم وصفهم الله عز وجل فقال: الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راکعون وكان أمير المؤمنين عليه السلام في صلاة الظهر وقد صلى ركعتين وهو راکع وعليه حلة قيمتها ألف دينار وكان النبي صلى الله عليه وآله كساه اياها وكان النجاشي أهداها له فجاء سائل فقال: السلام عليك يا ولي الله وأولى بالمؤمنين من أنفسهم تصدق على مسكين فطرح الحلقة اليه وأوصا بيده اليه ان احملها فأنزل عز وجل فيه هذه الاية وصير نعمة أولاده بنعمته فكل من بلغ من أولاده بلغ الامامة يكون بهذه النعمة مثله فيتصدقون وهم راکعون والسائل الذي سأل أمير المؤمنين عليه السلام من الملائكة والذين يسألون الائمة من أولاده يكونون من الملائكة<sup>٢</sup> الى غيرها من الروايات المذكورة في هذا الباب وابواب آخر.

(١) المائدة الاية ٥٥.

(٢) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٨٨ الحديث ٣.

ولا يخفى انه لا تترتب نتيجة عملية على هذا البحث أما في زمان الغيبة كزماننا فظاهر اذ ليس الامام عليه السلام حاضراً فلاموضوع لتصرفه وأما في زمان الحضور فنفس تصرفه في شيء دليل على نفوذه فلاحظ.

**«قوله قدس سره: وبين موارد الوجهين عموم من وجه»**

يمكن أن يقال ان مادة الاجتماع التصرف في مجهول المالك والتصدق به على ما هو المشهور بين القوم فان الحاكم له أن يتصرف فيه بنفسه وتصرف الغير منوط باذنه على ما هو المقرر عندهم من أن التصديق به منوط باذنه ويفترقان في الزكاة فان تصرف المالك لا ينوط باذن الحاكم وتصرف الحاكم في الزكاة وتأديتها على ما هو المقرر من جواز التصدي للحاكم وفي التقاص لوقلنا بانه ينوط باذن الحاكم وليس للحاكم التصرف فيه بنفسه.

**«قوله قدس سره: ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير اما أن يكون على وجه الاستنابة»**

الفرق بين الاستنابة والتولية ان النيابة أي الوكالة تزول بموت المنوب عنه والموكل ولا يعقل بقائها بعد موته فان الوكيل وجود تنزيلي للموكل وفرع من ذلك الاصل ومع انتفاء الاصل لاموضوع للفرع.

وأما التولية فهي لا تزول بموت المولي والجاعل للتولية ولذا المتولي للوقف يكون باقياً على توليته حتى بعد وفات الواقف لكن الاشكال في أصل المسئلة وانه هل يكون للحاكم جعل التولية فانه لولم تثبت ان ولايته على الاموال والانفس كولاية الامام عليه السلام لا يمكن الالتزام بصحة جعله التولية لاحد بل لابد من العمل على



المقدار المعلوم والقدر المعلوم جواز تصرفه بنفسه أو بوكيله فلاحظ.

«قوله قدس سره: اذا عرفت هذا فنقول مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد»

يقع الكلام تارة فى المقام فى مقتضى الاصل والقاعدة الاوية واخرى فى مقتضى الادلة الثانوية فالكلام يقع فى موضعين أما الموضوع الاول فنقول: مقتضى الكتاب والسنة والاصل العملي عدم ولاية احد على غيره أما الكتاب فقوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض»<sup>١</sup> فان مقتضى الاية الشريفة عدم التصرف فى مال الغير وعدم ولاية احد على غيره فى بيع ماله وأما السنة فقوله عليه السلام «لا تبع ما ليس عندك» فان المستفاد من الجملة عدم جواز بيع مال الغير كما ان مقتضى قوله عليه السلام «الطلاق بيد من أخذ بالساق» عدم جواز طلاق زوجة احد لغيره وأما الاصل فمقتضاه عدم تأثير التصرف فى نفس الغير ولا ماله فلو لم يقم دليل على الولاية لا اشكال فى عدمها بمقتضى الادلة الثلاثة فلاحظ.

وأما الموضوع الثانى فما يمكن أن يستدل به على المدعى وجهان الوجه الاول: جملة من النصوص ومنها ما رواه النورى فى مستدركه، قال رسول الله صلى الله عليه وآله الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا قيل: يا رسول الله فما دخولهم فى الدنيا؟ قال: اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على أديانكم<sup>٢</sup>.

والنورى قدس سره صحح طريق الخبر والرواية مخدوشة

(١) النساء/٢٩.

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٨.

سنداً اولاً: بعدم دليل على وثاقة السيد فضل الله الراوندي مؤلف الكتاب.

وثانياً: ان الرواية منقولة عن الجعفریات وكتاب الجعفریات بنفسه لا اعتبار به فان مؤلف الكتاب اسماعيل بن موسى بن جعفر والرجل لم يوثق وانجبار الخبر بعمل المشهور ممنوع صغرياً وكبرياً والنوري نقل الخبر المذكور في موضع مرسل والمرسل لا اعتبار به هذا من حيث السند.

وأما من حيث الدلالة فغاية ما يمكن أن يقال في الاستدلال بالرواية على المدعى ان المستفاد منها ان العلماء امناء الرسل وبطبيعة الحال الامانة تجعل عند الامين وحذف المتعلق يفيد العموم ومقتضاه ان كل ما يكون للرسول يكون امانة عند العالم فكل ما يكون له يكون للعالم فكما ان الرسول له الولاية تكون للعالم.

ويرد عليه ان الحكم لا يتعرض لموضوع نفسه وعليه نقول: المستفاد من الحديث ان العالم لو جعل الشيء عنده من قبل الرسول لا يخون وأما تحديد الامانة وبيان خصوصياته فهو غير معلوم.

وان شئت قلت: ان الولاية لو جعلت عند العالم امانة لا يخون فيها ولكن لا ندري انه هل جعلت عنده أم لا ومقتضى الاستصحاب عدم وضعها عنده. اضعف الى ذلك ان الولاية اذا كانت ثابتة للفقهاء تكون من قبل الله ولا يرتبط بالرسول فلا مجال لان يقال ان الولاية امانة للرسول عند العالم.

ويضاف الى ذلك كله ان ذيل الحديث قرينة على ان المراد من الامانة الاحكام الشرعية فان قوله عليه السلام «فاحذروهم على أديانكم» قرينة على ان المراد من الامانة الاحكام فلاحظ. اللهم الا

أن يقال ان الفقيه اذا لم يكن ورعاً يمكن ان يخون في الولاية ويتصرف في الأمانة بأن يتصرف في الاعراض والاموال والنفوس بنحو غير جايز فاحذورهم.

ومن تلك النصوص ما رواه الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فان قال: فلم جعل أولي الامر وأمر بطاعتهم قيل لعل كثيرة منها أن الخلق لمّا وقفوا على حدّ محدود وامروا أن لا يتعدوا ذلك الحد لما فيه من فسادهم لم يكن يثبت ذلك ولا يقوم الا بأن يجعل عليهم فيه أمينا يأخذهم بالوقف عند ما ابيح لهم ويمنعهم من التعدي والدخول فيما خطر عليهم لانه لو لم يكن ذلك كذلك لكان احد لا يترك لذته ومنفعة لفساد غيره فجعل عليهم قيماً يمنعهم من الفساد ويقيم فيهم الحدود والاحكام.

ومنها انا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق ممّا يعلم انه لا بد لهم منه ولا قوام لهم الا به فيقاتلون به عدوهم ويقسمون به فيئثم ويقيم لهم جمعتهم وجماعتهم ويمنع ظالمهم من مظلومهم.

ومنها انه لو لم يجعل لهم اماماً قيماً أميناً حافظاً مستودعاً لدرست الملة وذهب الدين وغيّرت السنة والاحكام ولزاد فيه المبتدعون ونقص منه الملحدون وشبهوا ذلك على المسلمين لأننا قد وجدنا الخلق منقوصين محتاجين غير كاملين مع اختلافهم واختلاف أهوائهم وتشتت أنحائهم فلو لم يجعل لهم قيماً حافظاً لما جاء به الرسول فسدوا على نحو ما بينا وغيرت الشرايع والسنن والاحكام والايمان وكان في ذلك فساد الخلق اجمعين<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان جعل القيم والامام لازم  
للامة فلا بد في زمن الغيبة من كون الفقيه ولياً.  
وفيه اولاً: ان اسناد الصدوق الى الفضل بن شاذان فيما يرويه  
عن الرضا عليه السلام مخدوش على ما كتبه الحاجياني.  
وثانياً: ان الامام عليه السلام مجعول من قبل الله على الناس وهو  
روحيفداه موجود غاية الامر ان عدمه منا ونحن مقصرون.  
وبعبارة واضحة: لا تدل الرواية على المدعى فان الحديث يدل  
على لزوم وجود الامام والمفروض انه تعالى عيّن الامام عليه السلام  
غاية الامر ان سوء اعمال العباد اوجب غيبته والرواية لا تدل على  
أن غيره في زمن غيبته نائب عنه وولي على الناس فلا حظ.  
ومن تلك النصوص ما رواه في تحف العقول من كلام الحسين  
ابن علي عليهم السلام في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر:  
ويروى عن أمير المؤمنين عليه السلام «اعتبروا ايها الناس بما وعظ  
الله به أوليائه من سوء ثنائه على الاحبار اذ يقول «لولا ينهاهم  
الربانيون والاحبار عن قولهم الاثم» الى أن قال وانتم أعظم الناس  
مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تسعون ذلك بأن  
مجارى الامور والاحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله  
وحرامه فانتم المسلوبون تلك المنزلة وما سلبتم ذلك الا بتفرقكم  
عن الحق واختلافكم في السنة بعد البينة الواضحة ولو صبرتم على  
الاذى وتحملتكم المؤونة في ذات الله كانت امور الله عليكم ترد وعنكم  
تصدر واليكم ترجع» الخبر<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الامور بيد العلماء  
باختيارهم فهم قادرون شرعاً على أن يتصرفوا في الامور وهذا هو

المراد بالولاية.

ويرد عليه اولا ان الحديث ضعيف سنداً وغير قابل للاستدلال به وانجباره بعمل المشهور ممنوع صغرياً وكبرياً.

وثانياً: ان الامور جمع معرف باللام ومفيد للعموم الوضعي فجميع الامور تجري بيدهم بلا فرق بين التكوينية والتشريعية فالعالم خليفة الله في أرضه وسماؤه فكما ان ازمة الامور طرأ بيده كذلك ازمة الامور بيد العالم وهذا المقام لا يكون للفقيه بالضرورة فيكون المراد مجملاً وغير معلوم.

فاما يكون المراد من العلماء الانبياء والائمة فلا يكون اللفظ شاملاً للفقيه واما يكون المراد من الامور الاحكام الشرعية فلا يرتبط بالمقام فعلى كلا التقديرين لا يكون الحديث وافياً لاداء المقصود.

ومن تلك النصوص ما عن الرسول الاكرم صلى الله عليه وآله: اللهم ارحم خلفائي ثلاثاً قليل ومن خلفائك؟ قال الذين يأتون بعدي ويروون حديثي وسنتي<sup>١</sup>.

بتقريب ان الخليفة والنائب يكون له ما للمنوب عنه وللمخلف فالحديث المذكور يفى بالمقصود.

ويرد على الاستدلال اولا: ان الرواية وان كانت منقولة بطرق عديدة لكن لا اعتبار بها سنداً فان الطرق المتعددة المشار اليها كلها ضعيفة ولا جابر لها ومن الظاهر ان التواتر لا يتحقق بهذا المقدار فلا مجال لدعوى التواتر هذا من حيث السند.

وأما من حيث الدلالة فان المستفاد من الحديث انه صلى الله عليه وآله ترحم على خلفائه وعرفهم وشخصهم بكونهم راوين لحديثه

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٧.

ومعلمون لسنته وهذا العنوان المشير يصدق على الرواة وهل يمكن أن يلتزم بكون الراوي للحديث له الولاية كولاية النبي صلى الله عليه وآله؟ فالمراد من الخلافة اما مجمل واما كونهم خليفة له من هذه الجهة وعلى كلا التقديرين لا يستفاد المدعى من الحديث. ومنها ما أرسله العلامة عن رسول الله صلى الله عليه وآله علماء امتي كأنبياء بني اسرائيل<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان منزلة العلماء في هذه الامة كمنزلة انبياء بني اسرائيل وحيث ان الولاية ثابتة لهم فالولاية ثابتة لعلماء هذه الامة ايضاً.

ويرد عليه اولاً: ان الحديث مرسل ولا اعتبار بالمرسلات ولا جابر له. وثانياً: ان وجه الشبهة غير ظاهر اذ لا مجال لان يلتزم بها في جميع الامور فان النبوة الثابتة لهم غير ثابتة لعلماء هذه الامة بالضرورة ومع اجمال وجه الشبهة لا يثبت المدعى كما هو ظاهر.

وثالثاً: انه من اين علم ان الولاية التي مورد الكلام كانت ثابتة لانبياء بني اسرائيل قاطبة فانه اول الكلام فالنتيجة انه لا يتم الاستدلال فلاحظ. ومنها ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان العلماء ورثة الانبياء<sup>٢</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان العلماء ورثة الانبياء فعلماء هذه الامة ورثة لرسول الاسلام ومن ناحية اخرى لا اشكال في أن الولاية ثابتة للرسول الاكرم فايضاً تكون ثابتة للعلماء. وهذه الرواية تارة يبحث فيها من حيث السند واخرى من حيث

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضي الحديث ٣٠.

(٢) الاصول من الكافي ج ١ باب ثواب العالم والمتعلم ص ٣٤ الحديث ١.

الدلالة أما من حيث السند فسندھا تام.

وأما من حيث الدلالة فلا يستفاد المدعى من الحديث بل المستفاد منه ان ارث الانبياء عبارة عن الاحاديث والاخبار بل لقائل أن يقول: المستفاد من الحديث عدم انتقال الولاية من النبي وعدم ارثهم الولاية منه اذ الظاهر من الحديث التحديد واعطاء الضابطة والميزان فلا يتم الاستدلال أيضاً.

ومنها ما رواه فى الفقه الرضوي ان منزلة الفقيه كمنزلة الانبياء فى بني اسرائيل<sup>١</sup>.

وتقريب الاستدلال يظهر مما تقدم فى نظيره. وفيه اولاً: ان كون الكتاب للامام عليه السلام اول الكلام والاشكال وقد مر الكلام من هذه الجهة فى اول الكتاب فراجع ما ذكرناه هناك. وثانياً: انا قد ذكرنا انه لا مجال لاثبات المدعى بالجملة المذكورة فلا وجه للاعادة .

ومنها ما عن نهج البلاغة أولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جاؤا به، بتقريب انهم أولى يستلزم أن يكون ما للانبياء للعلماء ومن جملة ما لهم الولاية فالولاية تكون للعلماء أيضاً.

وفيه اولاً: الاشكال فى السند فان صدور الجملة المذكورة منه عليه السلام اول الكلام والاشكال. وثانياً: ان الاولوية لا تستلزم ثبوت الولاية للعلماء بل الاولوية تدل على أن العلماء أقرب الناس الى الانبياء وأما هذه الاولوية والاقربية تؤثر فى أي شيء وما يترتب عليها فالحديث غير متعرض له ويلزم أن يفهم من الخارج نعم لو ثبت ان الولاية تنتقل من النبي الى غيره نحكم بأنها تنتقل الى العالم لكن الاشكال فى الانتقال ومقتضى الاستصحاب عدمه.

مضافاً الى أنه لا اشكال في أنه على فرض الانتقال تنتقل اولاً الى خليفته ووصيه كأمر المؤمنين بالنسبة الى الرسول الاكرم فلاحظ.

ومن تلك النصوص ما رواه اسحاق بن يعقوب عن الحجة عجل الله تعالى فرجه الشريف وأما الحوادث الواقعة فارجعوا الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله<sup>١</sup>.

وهذه الرواية من حيث السند مخدوشة باسحاق بن يعقوب فانه لم يوثق وقيل في حقه «لا نعرفه مجهول» فلا يعتد بها وأما من حيث الدلالة فالظاهر منها ان الامام عليه السلام ارجع الامة الى رواة الحديث اذ الاحكام تستفاد من الاحاديث فالمراد من الرواية ان حكم كل حادثة من الحوادث التي تقع في الخارج يؤخذ من الرواية وهم حجة على الناس فلا يرتبط مفاد الحديث بمسئلة الولاية بالمعنى الذي نريد اثباتها.

ومن تلك النصوص ما رواه علي بن أبي حمزة البطائني قال: سمعت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام يقول اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الارض التي كان يعبد الله عليها وأبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله وثلم في الاسلام ثلثة لا يسدها شيء لان المؤمنين الفقهاء حصون الاسلام كحصن سور المدينة لها<sup>٢</sup>. بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الفقيه حصن للاسلام ومن ناحية اخرى ان الحصنية لا تتحقق الا بالدخول في الامور والفتق والرتق وأما لو لم يتداخل الفقيه في الشؤون ولم تكن تصرفاته نافذة فهل يمكن أن يصدق عليه انه حصن من حصون الاسلام وهل يمكن أن يقال انه حافظ للاسلام؟

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضي الحديث ٩.

(٢) الاصول من الكافي ج ١. ص ٣٨ باب فقد العلماء الحديث ٣.



ويرد عليه اولا ان الرواية ساقطة عن الاعتبار بالبطائني فلا تكون قابلة للاستدلال بها. وثانياً: انه قد ورد في بعض النصوص ان الاتقياء حصون الاسلام لاحظ ما رواه اسماعيل بن جابر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: العلماء أمناء والاتقياء حصون والاولياء سادة<sup>١</sup>.

فانه ما معنى قوله عليه السلام «الاتقياء حصون» وهل يمكن القول بولاية الاتقياء لكونهم حصوناً وثالثاً: انه يمكن أن يكون المراد بالرواية ان العلماء يبيانهم الاحكام الشرعية وارشاداتهم وأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر حافظون للدين ولشريعة سيد المرسلين.

والانصاف ان الامر كذلك والذي يدل على عدم الملازمة بين الامرين ان الصادقين عليهما السلام مع كونهما مقهورين من قبل حكام الجور وائمة الكفر والضلال وعدم كونهما وليين بحسب الظاهر قد نشرا الاحكام وحفظا الاسلام واركانه ببياناتهما الكافية وارشاداتهما الشافية.

ومما يدل على صدق مقالتنا ان المعاندين في كل زمان ومكان في مقام المعارضة مع الفقهاء المعظام والعلماء الكرام لانهم يعلمون ان الفقهاء سيف قاطع وبرهان ساطع وغير قابل للانكار.

ورابعاً: انه لو اغمض عن جميع ما تقدم نقول: لا يثبت بالتقريب المذكور المدعى على الاطلاق بل يثبت في الجملة فانه لا يستفاد من الحديث المذكور جواز تصرف الفقيه في الاموال والاعراض والانفس على نحو الاطلاق والعموم.

وبعبارة اخرى: ولاية الفقيه وكونها كولاية الامام عليه السلام

(١) الاصول من الكافي ج ١ ص ٣٣ باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء الحديث ٥.

امر وحفظ الاسلام وكيانه أمر آخر ويلزم عدم خلط احد المقامين بالمقام الاخر فلاحظ.

ومن تلك النصوص حديث عمر بن حنظلة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان والى القضاة أيحل ذلك قال: من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقاً ثابتاً له لانه أخذه بحكم الطاغوت وما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى «يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد امرؤ أن يكفروا به» قلت: فكيف يصنعان؟ قال ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الامام جعل الفقيه حاكماً فله الحكومة والولاية.

وفيه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً ولا جابر له. وثانياً: ان المستفاد منه جعل الفقيه حاكماً وقاضياً في باب الترافع والتنازع فلا يرتبط بالمقام.

وثالثاً: ان جعله والياً وحاكماً لا يثبت ولاية الفقيه بالمعنى الذي يكون محل الكلام.

ومن تلك النصوص ما رواه أبو خديجة حيث قال عليه السلام اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا فاني قد جعلته عليكم قاضياً<sup>٢</sup> وتقريب الاستدلال هو التقريب فلا وجه للاعادة.

وفيه اولاً: ان الحديث ضعيف سنداً بابي جهم بل وبغيره وثانياً: ان الرواية لا تدل على المدعى بل غاية ما يستفاد منها ان منصب

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٦.

القضاوة ثابت للفقيه.

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبي «لنبي» أو وصي نبي<sup>١</sup>.

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان مقام القضاوة مخصوص بالنبي ووصيه ومن ناحية اخرى انه لا اشكال في أن الفقيه له القضاوة فتكون له الولاية فانه وصي النبي صلى الله عليه وآله.

وفيه انه لا اشكال في أن وصي النبي أمير المؤمنين فلا يكون الفقيه وصياً لكن حيث ثبت بالدليل القطعي ان له القضاوة نلتزم بالتخصيص أو نقول الفقيه نائب عام عن الامام عليه السلام في هذا المنصب فتحصل انه ليس في النصوص ما يدل على المدعى.

الوجه الثاني لاثبات الولاية للفقيه ان جملة من الامور نعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى ان تعطل ويلزم ان يتصرف فيها كاموال القصر والموقوفات التي لا متولي لها وهكذا واذا لم تكن للفقيه ولاية فمن تصدى لهذه الامور وفيه انه لا اشكال في ولاية الفقيه بهذا المقدار ولا ريب في ان التصدى للامور الحسبية مربوط بالفقيه الجامع للشرائط من باب القدر المتيقن وبعبارة واضحة حيث انه قد علم من الشرع عدم رضاء الشارع بتعطيل الامور المذكورة ومن ناحية اخرى القدر المعلوم جواز تصدى الحاكم لها نلتزم بكون التصدى له بل يمكن ان يقال ان من له الولاية في الامور المذكورة الا علم الاتقى فان من يكون اعلم واتقى اقرب الى ولي الله الاعظم فاذا وصلت النوبة الى تصدى غيره ارواحنا فداء يكون جواز تصدى الاعلم والاتقى معلوماً وجواز تصدى غيره مشكوكاً فيه وبعد

وصول النوبة الى الشك يكون مقتضى القاعدة عدم الجواز فان الاصل الاولى والحجر الاساسي عدم الجواز والجواز يحتاج الى الدليل لكن هل يمكن الالتزام بهذا المعنى وهل يمكن احراز هذا العنوان مع ان مقتضى الاستصحاب عدم صدقه على من يمكن ان يكون مصداقاً له وأيضاً يشكل فيما لو دار الامر بين الاعلم والاتقى الاورع فان الترجيح يحتاج الى الدليل فلا يبعد القول بكفاية الاجتهاد والعدالة الا فيما يحرز ان فلاناً اعلم واورع فاذا احرز وامكن الاستيذان منه يتعين والا فيكفى اجازة المجتهد العادل وعلى الجملة لا اشكال في ثبوت هذا المقدار من الولاية للفقيه لكن لا يتم المدعى بهذا المقدار كما هو ظاهر.

### «قوله قدس سره: وجب الرجوع فيه»

لقائل ان يقول مع الشك في الاشتراط المرجع اصل البرائة فلو شك في انه هل يجوز الامر الفلاني بلا اذن الفقيه ام لا يجوز يكون مقتضى البرائة هو الجواز ولو مع عدم اذن الفقيه كما انه لو علم وجوب امر ويشك في اشتراط ذلك الواجب باذنه ينفي الاشتراط باصالة البرائة كما هو المقرر في محله من الاصول وعلى الجملة تارة يعلم وجوب شيء ويحتمل دخل شيء في المأمور به تجري البرائة عن الاشتراط واخرى لا يعلم بكونه واجباً الا مع الشرط الكذائي وفي هذه الصورة لا يتحقق الوجوب الا مع تحقق الشرط كما هو الميزان الكلي.

### «قوله قدس سره: فيدل عليه مضافاً الى ما يستفاد»

قد ظهر مما ذكرنا النقاش في اسناد هذه الروايات مضافاً الى الاشكال في دلالتها فلاحظ.

«قوله قدس سره: واما ما يشك فى مشروعيته»

الامر كما افاده اذ مقتضى الادلة الاولية عدم الجواز تكليفاً وعدم الصحة وضعاً فان الجلد حرام وايداء الغير غير جاز كما ان نفوذ التصرف الوضعي خلاف الاصل الاولى فلا بد من احراز المشروعية فى الرتبة السابقة.

«قوله قدس سره: احدهما وجوب ايكال المعروف»

قد ذكرنا انه لو علم وجوب امر يمكن الاتيان به بلا اذن من الحاكم فان مقتضى البرائة عند الشك عدم الالتزام نعم فى الامور الوضعية عند الشك يلزم الاحتياط اذ مقتضى الاصل عدم ترتب الاثر الا فيما علم كونه مؤثراً.

«قوله قدس سره: ثم انه قد اشتهر فى الالسن وتداول فى بعض

الكتب رواية ان السلطان ولى من لا ولى له»<sup>١</sup>

فيستدل بالحديث على المدعى والرواية تامة من حيث الدلالة على ان الامام عليه السلام الذي يكون سلطاناً فى وعاء الشرع له الولاية على من يحتاج الى الولي لكن الحديث مخدوش سنداً فان المرسلات لا اعتبار بهامضافاً الى ان الحديث بنفسه لا يثبت المدعى الا بعد تمامية الدليل على كون الفقيه نائباً عن الامام فى جميع الامور التي تكون له وعمدة الاشكال هذا والا فلا اشكال فى كون الامام عليه السلام له الولاية المطلقة على الكل فى الكل.

«قوله قدس سره: وهذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو مضموناً»

ذكرنا ان ولاية الامام عليه السلام لا اشكال فيها فالاشكال تمام الاشكال فى عمومية النيابة ومجرد الشك فيها يكفي للحكم بعدم

لاستصحاب عدمها بل النتيجة كذلك حتى على تقدير فرض عدم الاستصحاب اذ اثبات نفوذ اعمال الولاية والتصرف في مال الصغير مثلاً أو نفسه يحتاج الى الدليل والمفروض عدمه .

«قوله قدس سره: لكن يستفاد منه ما لم يكن يستفاد من التوقيع»

بل لا يستفاد منه شيء ابداً حتى يستفاد منه ما لا يستفاد من التوقيع اذ المستفاد من الحديث كون الامام ولياً ولا اشكال في ولايته عليه السلام نعم لو قلنا بان المراد من السلطان مطلق من بيده السلطة الخارجية كسلطين بني امية وبني العباس وفرضنا ان الفقيه صار سلطاناً خارجياً يشمل الحديث ولكنه فرض في فرض ولا دليل على كون السلطان عبارة عن الذي بيده السلطة الخارجية مضافاً الى انه مع الاغماض لا يتم الامر اذ المدعى كون الفقيه ولياً ولولم يكن سلطاناً في الظاهر ولم تكن له سلطنة ولو في الجملة فلاحظ .

«قوله قدس سره: يراد به كونه ممن ينبغي ان يكون له من

يقوم بمصالحه»

الحق ان ما أفاده تام فان العرف يفهم من العبارة من يكون له

لا عليه فلاحظ .

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله ناظر الى عدم الفرق بين الانتفاع والضرر فافهم .

«قوله قدس سره: اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا»

الامر كما أفاده فانه لو فرض ان مطلوبية أمر للشارع الاقدس

لا تنوط بوجود أو نظر شخص خاص بل مطلوبيته على الاطلاق

وفرض عدم امكان الوصول الى الفقيه فلا ريب في جواز تولي غيره

فى الجملة والقدر المعلوم جواز تصدى من يكون عادلاً وأما اذا شك فى اشتراط المطلوبة والمأذونية باذن الفقيه فلايجوز لغيره التصدى لذلك الامر واصالة عدم الاشتراط لا تثبت الاطلاق الاعلى القول بالاثبات الذى لا نقول به.

مضافاً الى كون الاصل المذكور معارضاً باصالة عدم الاخلاق ومن ناحية اخرى مقتضى الاصل عدم نفوذ تصرف من يشك فى ولايته.

«قوله قدس سره: لعموم وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان»<sup>١</sup>

«قوله قدس سره: وقوله عليه السلام والله فى عون المؤمن» لاحظ ما رواه جميل بن صالح عن ذريح قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول ايّما مؤمن نفس عن مؤمن كربه وهو معسر يسر الله له حوائجه فى الدنيا والاخرة ومن ستر على مؤمن عورة يخافها ستر الله عليه سبعين عورة من عورات الدنيا والاخرة قال والله فى عون المؤمن ما كان المؤمن فى عون أخيه فانتفعوا بالعظة وارغبوا فى الخير<sup>٢</sup>.

«قوله قدس سره: وقوله صلى الله عليه وآله»

لاحظ ما رواه معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله كل معروف صدقة<sup>٣</sup>.

الظاهر انه لا يمكن الاستدلال بهذه المطلقات على المدعى

(١) المائدة/٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب فعل المعروف الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب فعل المعروف الحديث ٢.

فان الاخذ باطلاق الدليل أو عمومه لايجوز في مورد الشك في المصداق والمفروض ان جواز التصدي والتصرف في مال اليتيم مثلاً اول الكلام والاشكال.

بل لنا أن نقول انه يحرز عدم الجواز بالاصل فعلى تقدير جواز الاخذ بالاطلاق في الشبهة المصداقية لا يجوز في المقام اذ يحرز عدم المعروفة بالاصل اي الاستصحاب فان كون التصرف الفلاني معروفاً اول الكلام.

وان شئت قلت: يشترط في الموضوع كونه معروفاً شرعاً ولاندرى كونه معروفاً. وبعبارة واضحة: هل يمكن الاخذ بقوله «كل معروف صدقه» اطعام الفقير باموال الناس بدون رضاهم كلا ثم كلا بل يحرز عدم الجواز بالدليل اللفظي فان مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه»<sup>١</sup> عدم جواز التصرف الخارجى في مال الغير مثلاً كما ان مقتضى قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك عدم جواز التصرف الاعتباري.

وعلى الجملة لا بد اولاً من احراز كون التصرف الفلاني مطلوباً للشارع ولا ينوط باذن الامام عليه السلام أو الفقيه بل يجوز أو يجب في كل زمان غاية الامر مادام يتصدي الامام أو يمكن الاستيذان منه لا يجوز التصدي لغيره كما ان التصدي لغير الحاكم مع امكان الاستيذان منه لا يجوز وأما مع عدم امكان الاستيذان منه فيجوز التصدي لكل احد.

«قوله قدس سره: بقى الكلام فى اشتراط العدالة»

وقع الكلام بين الاصحاب فى أنه هل يشترط العدالة فى

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث ١.



المتصدي للامور الحسبية أم لا والكلام فى هذا المقام تارة يقع فيما هو مقتضى القاعدة الاولى واخرى فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى باب التصدي فهنا مقامان.

أما المقام الاول فنقول مقتضى القاعدة الاولى هو الاشتراط اذ المستفاد من الادلة اللفظية والاصل العملي عدم جواز التصرف فى نفس الغير وماله تكليفاً وعدم نفوذه وضعاً فلا يجوز التصرف الخارجى فى مال الغير كما لا يصح التصرف الاعتبارى فى نفسه وماله والخروج عن القاعدة الاولى يحتاج الى قيام دليل على الجواز والقدر المعلوم جواز تصرفه لمن يكون عادلاً فمادام يمكن تصدي العادل لا تصل النوبة الى الفاسق هذا هو المقام الاول.

وأما المقام الثانى فقد وردت فى المقام عدة روايات منها ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير إليه وصيته وكان قيامه فيها بأمر القاضي لانهن فروج قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي الى احد ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا فيبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى فى ذلك؟ قال: فقال: اذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس. وتقريب الاستدلال بالحديث انه علق جواز التصدي على كون المتصدي مثل ابن بزيع وعبد الحميد ولا ندرى ان الدخيل فى الجواز المشابهة فى التشيع أو فى العدالة أو فى الوثاقة أو فى الاجتهاد

أو في الجميع والقاعدة تقتضي رعاية جميع الجوانب المحتملة إذ  
بلا رعاية جميع القيود المحتملة لا مجال للجزم بالجواز فان مقتضى  
الشرطية عدم الجواز عند انتفاء الشرط فعليه اذا لم يكن المتصدي  
جامعاً للقيود المذكورة لا يجوز تصديه.

وهذا الذي نقول لا بد منه حتى على فرض عدم احراز القيود  
المذكورة في ابن بزيع أو عبد الحميد إذ يلزم بمقتضى الرواية  
احراز الماثلة فيكفي للرعاية مجرد الشك.

ولكن يرد على الاستدلال المذكور أولاً ان الكلام في ولاية العدول  
ومقتضى الحديث انحصار الولاية في المجتهد العادل فلا يتم المدعى  
وثانياً ان الرواية لا ترتبط بالمقام فان مورد الحديث التصرف في  
أموال اليتيم والكلام في مطلق الامور الحسبية ومن الممكن ان  
الشارع الاقدس قد اشترط في مورد التصرف في أموال اليتامى  
شروطاً وقيد قيوداً.

ومن تلك النصوص ما رواه ابن رثاب قال: سألت أبا الحسن  
موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً  
صغاراً وترك مماليسك غلماناً وجواري ولم يوص فما ترى فيمن  
يشترى منهم الجارية فيتخذها أم ولد وما ترى في بيعهم قال: فقال:  
ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً  
فيهم قلت: ما ترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتخذها أم ولد فقال  
لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم  
أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم<sup>١</sup>.

وهذه الرواية علقت جواز التصرف على كون المتصدي ولياً  
والحكم لا يتعرض لموضوع نفسه.

وبعبارة اخرى: قد فرض فى الحديث وجود الولي والكلام فى أنه من يكون ولياً مضافاً الى أن الحديث وارد فى التصرف فى مال اليتيم والكلام فى مطلق التصدي للامور الحسبية.

ومنها مارواه سماعة قال: سألت عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس<sup>١</sup>.

والمستفاد من الحديث المذكور انه يكفي فى قسمة الارث المشترك بين الكبار والصغار الايتام تصدي الثقة ولا بد من الاقتصار على موردده.

ومنها مارواه اسماعيل بن سعد الاشعري قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً غلماناً صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى قال نعم وعن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيجل<sup>٢</sup> شراء شي من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه ام لا فقال اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك<sup>٣</sup>.

ومقتضى هذه الرواية كفاية العدالة وببركة هذه الرواية يتصرف فى تلك الرواية ويقال يكفي العدالة فى جواز التصدي لكن الحديث وارد فى التصرف فى مال اليتيم ولا تستفاد منه الكبرى الكلية فاللازم العمل على طبق القواعد الاولى ومقتضاها الترتيب بالتصدي

(١) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب أحكام الوسايا الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١.

في الدرجة الاولى المجتهد الجامع للشرائط والعاقل في الدرجة الثانية ومطلق المؤمن في الدرجة الثالثة.

وأما بالنسبة الى التصرف في مال اليتيم فيجوز التصدي للعاقل ولو مع وجود المجتهد للنص الخاص هذا ما يختلج ببالي القاصر في هذه العجالة لكن هذا بالنسبة الى التصرف في مال اليتيم.

وأما التصدي للامور العامة كأخذ الزكوات والاحماس والتصرف في الاوقاف العامة التي لا متولي لها وهكذا فان لم يعلم من الشرع جواز التصدي أو وجوبه فلا يجوز التصرف وأما ان علم من الشريعة الجواز أو الوجوب ففي زمان الغيبة كزمننا هذا لا بد من دخالة الفقيه الجامع للشرائط فان ولايته معلومة ومع التعذر تصل النوبة الى العاقل ثم الى الفاسق بل الامر ينتهي الى الكافر فانا نرى ان الكفار مكلفون بالفروع كما هم مكلفون بالاصول.

### «قوله قدس سره: والاحتمال الثالث منافي لاطلاق المفهوم»

الذي يختلج ببالي انه قدس سره أراد من كلامه انه لو اريد من المماثل كون المتصدي فقيهاً يلزم تخصيص المفهوم اذ لا اشكال في جواز التصدي مع تعذر المجتهد وأما الاحتمالات الاخر فلاخذ بها لا يوجب التخصيص وحيث ان التخصيص خلاف الاصل الاولي نأخذ باحد من الاحتمالات الاخر كي لا يلزم التخصيص.

أقول: يرد عليه ان اصالة العموم لا تكون اصلاً تعبيرياً جارياً في مورد الشك على نحو الاطلاق بل اصالة العموم من باب الظهور العرفي ومع فرض كون الكلام مجملاً لا مجال للاخذ بالعموم والاطلاق. وبعبارة واضحة مع اجمال المنطوق - كما هو المفروض اذ قد فرض دوران الامر بين الاحتمالات - يكون المفهوم أيضاً مجملاً لان المفهوم تابع للمنطوق هذا بالنسبة الى عبارته قدس سره

وأما بالنسبة الى ما يستفاد من مجموع الادلة فقد ذكرنا ان القاعدة تقتضي ان ولاية التصرف في مال اليتيم تختص بالعدل فانه يجوز له التصرف حتى مع وجود الامام عليه السلام فضلا عن المجتهد وأما مع فقدته وتعذره فيدخل المقام تحت الامور العامة فان قلنا بأن الامور العامة تكون اموراً حسبية ولا بد من التصدي لها فمع وجود العدل لا مجال لغيره التصدى وأما مع تعذره فتصل النوبة الى غيره كما هو شأن الامور الحسبية.

«قوله قدس سره: أما الاول فالظاهر جوازه وان العدالة ليست معتبرة»

بعد ما فرغ قدس سره عن ولاية عدول المؤمنين أفاد ان الفاسق ايضاً له الولاية واستدل على مدعاه بوجهين.

الوجه الاول: دليل ذلك الامر المعروف كقوله والله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون اخيه<sup>١</sup>.

الوجه الثاني قوله تعالى «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن»<sup>٢</sup> والانصاف ان ما أفاده في المقام غير منقح.

والمناسب أن يقال تارة يقع الكلام في التصرف في مال اليتيم واخرى في غيره من الامور العامة فيقع الكلام في موضعين أما الموضع الاول فقد مرّ الكلام حوله وقلنا لا يجوز التصرف في ماله الا للعدل نعم تكفي الوثاقة في جواز قسمة ماله المشترك كما ذكرنا ولا نعيد.

وأما قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن فلا يقتضي ثبوت ولاية التصرف في ماله فان الظاهر من النهي عن القرب

(١) الاصول من الكافي ج ٢ ص ٢٠٠.

(٢) الانعام/١٥٢.

النهي التكليفي أي لا تتصرفوا تصرفاً خارجياً في مال اليتيم فلا ترتبط الآية بما نحن فيه.

وأما الموضوع الثاني فتارة يكون المستفاد من الدليل توجيه التكليف الى أحاد المكلفين فيكون شاملاً للفاسق كما يكون شاملاً للعادل بل يشمل الدليل الكافر اذ قلنا ان الكفار مكلفون بالفروع كما يكونون مكلفين بالاصول وهذا الفرض خارج عن محل الكلام مثلاً المستفاد من الدليل وجوب دفن الميت على نحو الواجب الكفائي فيكون الفاسق كالعادل في كونه مكلفاً بهذا التكليف واخرى لا يكون من له القيام مشخصاً كالتصدي للوقف الذي لا متولي له وهل يجوز التصدي للفاسق أم لا؟

الظاهر هو الثاني اذ كما تقدم ان التصرف الخارجي وكذلك الاعتباري غير جازٍ وضعاً وتكليفاً في أموال الناس وانفسهم فلا مجال للحكم بالجواز مستدلاً بأن الفعل الفلاني معروف فالاتيان به حسن أو الاستدلال بقوله عليه السلام «عون الضعيف صدقة» على جواز تصدي الفاسق لبيع مال اليتيم وأمثاله فان مقتضى القاعدة كما تقدم منا عدم جواز التصرف في مال الغير ونفسه فكيف يمكن الحكم بالجواز بالتقريب المذكور.

وبعبارة واضحة: يلزم احراز الموضوع قبل احراز الحكم عليه وكون التصرف في مال الصغير أمراً معروفاً اول الكلام والاشكال. وصفوة القول: انه لا مجال لان يقال استحباب ادخال السرور في قلب المؤمن يقتضي أن يكون بيع ماله ولو مع كونه مقروناً بالمانع صحيحاً فانه لا مجال لهذه المقالة ولا يرى العرف تنافياً بين فساد البيع اذا كان مقروناً بالمانع وبين استحباب ادخال السرور في قلب المؤمن.

«قوله قدس سره: ففى قبوله اشكال»

قد تقدم انه لا يقبل قول الغير بالنسبة الى صدور الفعل منه الا اذا كان المخبر ثقة.

«قوله قدس سره: فلا يجوز الشراء منه»

الظاهر انه لا يمكن مساعدته وانه قدس سره جمع بين أمرين متنافيين توضيح المدعى: انه لو كان التصدي للفساق جازياً فلا وجه لاختد المال منه ولا وجه لعدم جواز الشراء منه وعلى الجملة اما يكون ولياً واما لا أما على الاول فلا بد من ترتيب الاثر على فعله ولا يجوز مزاحمته وأما على الثاني فلا أثر لفعله حتى عند نفسه فالتفكيك بين المقامين غير صحيح فلاحظ.

«قوله قدس سره: وانما حمل على موضوع هو اصلاح المال»

يرد عليه اولا النقض بموارد جريان اصالة الصحة مثلاً لو غسل القصار الثوب ولا ندري هل راعى الامور التي امر بها في الغسل أم لم يراع لا اشكال في جريان اصالة الصحة وما الفرق بين المقامين. وثانياً يرد عليه الحل بأن نقول المفروض ان الفاسق له أن يبيع مال الصغير على النحو المقرر ولا ندري هل راعى أم لم يراع تجرّب اصالة الصحة بلا اشكال ولا كلام اذ لا وجه للمعنى.

«قوله قدس سره كما لو شك المشتري فى بلوغ البائع»

القياس مع الفارق فانه لو شك فى البلوغ وعدمه لم يحرز كون البائع صالحاً للبيع وأما فى المقام فالمفروض ان الفاسق له التصدي غاية الامر مع الشرائط المقررة.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشارة الى ما ذكرنا والله العالم.

«قوله قدس سره: لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسخ»

يرد عليه ان ما أفاده هنا مناقض لما أفاده قبل اسطر من وجوب أخذ مال اليتيم من الفاسق.

«قوله قدس سره: وأصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالاول»

ما أفاده ايضاً غريب اذ الاشكال في جريانها على ما رامه ومع عدم جريانها يكون مقتضى الاصل فساد المعاملة فان مقتضى الاستصحاب عدم تحقق الانتقال.

«قوله قدس سره: فتدبر»

لعله بالامر بالتدبر يشير الى ما ذكرنا.

«قوله قدس سره: فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا يوجب منع الاخر»

فان نسبة كل واحد الى مورد التصرف على حد سواء ولا ترجيح لبعضهم على الاخرين وبعبارة اخرى المقتضي في كل عادل موجود فلا وجه للترجيح فلاحظ.

«قوله قدس سره: وأماحكام الشرع فهل هم كذلك»

قد ظهر مما ذكرنا في الوجوه المستدل بها على ولاية الفقيه انه لا يتم الاستدلال بها وولايته من باب الحسبة وعليه فلا مجال لان يقال ان ولايته كولاية الامام عليه السلام بحيث لو تصدي لامر لا يكون مجال لتصدي الاخر بل جميع الفقهاء على حد سواء ولا ترجيح فيجوز لكل واحد منهم التصدي.



«قوله قدس سره: وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء»

لا دليل على أزيد من هذا المقدار فلا وجه لترجيح بعضهم على آخر ولعل امره قدس سره في آخر كلامه بالتأمل اشارة الى ما ذكرنا وان ولاية الفقيه لا تكون أزيد من هذا المقدار فلا يكون دخول بعضهم في أمر مانعاً عن دخول الآخر بل مقتضى محبوبة الاستباق الى الخير رجحان الاستباق فلاحظ.

«قوله قدس سره: مضافاً الى لزوم اختلال نظام المصالح»

هذا أمر آخر فان الكلام في جواز المزاحمة بلا ترتب محذور آخر وأما مع ترتب المحذور كترتب هتك حرمة الذي دخل في الامر أو الاختلال أو غير ذلك فهو غير مربوط بالبحث.

«قوله قدس سره: فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه

لمثله»

بل تبين خلافه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الاب والجد

ملاحظة الغبطة»

وقع الكلام بين القوم في أنه هل يشترط في ولاية غير الاب والجد على اليتيم رعاية الغبطة وذهب الشيخ قدس سره الى الاشتراط واستدل بوجهين:

الوجه الاول الاصل الاولى فان مقتضاه عدم الولاية الا مع الشرط

المذكور.

الوجه الثانى: قوله تعالى «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي

احسن»<sup>١</sup> اقول أما ما أفاده من ان مقتضى الاصل لزوم رعاية القيود

المحتملة فتأم فان الاصل الاولى اى الاستصحاب عدم ثبوت ولاية أحد على غيره ويتوقف الخروج عن الاصل المذكور الى قيام دليل معتبر عليه.

وأما الوجه الثانى وهو قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن» فيقع الكلام اولا فيما يستفاد من النهي وثانياً في أنه هل يستفاد منه الولاية أم لا وثالثاً في بيان المراد من الاحسن. أما المقام الاول فنقول: الظاهر - والله العالم - ان الاية الشريفة لا ترتبط بما نحن فيه فان المستفاد من النهي المذكور في الاية الحكم التكليفي ولا يكون نهياً عن الاعتبار بل النهي تعلق بالقرب من مال اليتيم فكل ما يكون تصرفاً وقرباً في نظر العرف يكون حراماً ولا دليل على كون المراد النهي عن المعاملة.

وبعبارة اخرى: لا دليل على كون المراد النهي الوضعي أي الارشاد الى الفساد بل الظاهر من الاية الشريفة تحريم التصرف في مال اليتيم والقرب منه فالاية اجنبية عن المقام.

وأما المقام الثانى فأفاد سيدنا الاستاد قدس سره على ما في تقريره الشريف ان الاية لا تدل على الولاية ولم اجد في كلامه وجه المدعى المذكور.

والذي يختلج ببالي القاصر أن يفصل ويقال تارة يكون الكلام في الولاية على التصرفات الاعتبارية في أمواله واخرى يقع الكلام في التصرف الخارجى أما الولاية بالمعنى الاول فلا يستفاد من الاية كما ذكرنا هنا وذكرنا سابقاً أيضاً وأما الولاية على التصرف الخارجى اذا كان أحسن فالحق انه يستفاد من الاية الشريفة.

وبعبارة واضحة: انه يستفاد من الاية الشريفة ان كل واحد من

آحاد المكلفين يجوز له أن يتصرف في مال اليتيم تصرفاً خارجياً بالشرط المذكور في الآية فلا وجه لما أفاده سيدنا الاستاد من عدم دلالة الآية على الولاية بل الآية تدل على الولاية بهذا المقدار ومقتضى عدم التقييد جواز التصرف مع رعاية الشرط المذكور في الآية لكل احد لكن بالشرط المذكور أي كون التصرف والقرب بالنحو الاحسن.

وفي المقام حديثان مربوطان بالمقام ذكرهما الشيخ قدس سره الاول ما رواه عبدالله بن يحيى الكاهلي قال: قيل لابي عبدالله عليه السلام انا ندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك فقال: ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وان كان فيه ضرر فلا وقال عليه السلام «بل الانسان على نفسه بصيرة» فأنتم لا يخفى عليكم وقد قال الله عز وجل «والله يعلم المفسد من المصلح»<sup>١</sup>.

فان المستفاد من الحديث جواز التصرف في مال اليتيم في فرض كون التصرف ذا منفعة لليتيم أو بشرط عدم الضرر له.

وفيه اولاً ان السند مخدوش بالكاهلي كما ربما تقدم تضعيفه منا وثانياً ان غاية ما يستفاد من الشرطية الاولى جواز التصرف بشرط الانتفاع ولو لم يكن التصرف على النحو الاحسن والاطلاق يقيد بالاية المباركة.

وأما الشرطية الثانية فغاية ما في الباب ان تدل بالمفهوم على جواز التصرف مع عدم الضرر وحيث انه مخالف للكتاب تضرب عرض الجدار فلاحظ.

الثاني ما رواه علي بن المغيرة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام ان لي ابنة اخ يتيمة فربما اهدي لها الشيء فاكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فاقول يارب هذا بنا فقال عليه السلام لا بأس<sup>١</sup>. بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز التصرف في صورة المعاوضة وعدم الضرر بحال اليتيم ويرد عليه اولاً ان الحديث ضعيف سنداً بذيبيان وثانياً ان اطلاق الحديث يقيد بصريح الاية فلا بد من رعاية الاحسن فلاحظ.

وأما المقام الثالث فالظاهر كما يقول الشيخ التصرف الجائز الذي يكون أحسن على الاطلاق هذا بالنسبة الى التصرف الخارجي وأما التصرف الاعتباري في مال اليتيم فقد تقدم انه يجوز التصدي للتصرف في أمواله للعادل بمقتضى النص الخاص وايضاً تقدم انه يجوز افراز ماله عن الشركة للثقة.

### «قوله قدس سره: وهل يجب مراعاة الاصلح»

يقع الكلام في مقامات ثلاثة المقام الاول في ولاية العدول على مال اليتيم المقام الثاني في ولاية الاب والجد على مال الصغير المقام الثالث في ولاية كافة آحاد الناس على التصرف الخارجي في مال اليتيم أما المقام الاول فنقول مقتضى حديث الاشعري<sup>٢</sup> ان العادل له الولاية في التصرف الاعتباري في مال اليتيم بلا رعاية شرط وقيد ولكن الظاهر انه لا يمكن الالتزام بجواز بيع ماله ولو مع كونه ضرراً عليه بل لا يمكن القول بالجواز حتي في صورة عدم الضرر والنفع فان الارتكاز المتشرعى اشتراط التصرف بكونه مصلحة لليتيم وأما المقام الثاني فالظاهر جواز التصرف ونفوذه

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢.

(٢) تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٩.

إذا كان التصرف مصلحة للصغير.

وأما المقام الثالث فاللزام رعاية الاحسن على الاطلاق كما تقدم.

«قوله قدس سره: مسألة يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمناً أو مثمناً ان يكون مسلماً» الخ

لا يخفى ان المسائل المربوطة بالعبيد والاماء لا تكون مورد الابتلاء في أمثال زماننا فلا وجه للتعرض لها واتلاف الوقت.

«قوله قدس سره: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر» لا يخفى ان انعقاد هذا البحث بعد الفراغ عن الجواز بالنسبة الى المسلم وأما على تقدير عدم الجواز بالنسبة الى المسلم فعدم الجواز بالنسبة الى الكافر بالاولوية القطعية فنقول: يقع الكلام تارة في جواز النقل تكليفاً واخرى في جوازه وضماً فيقع الكلام في مقامين: أما المقام الاول فنقول ما يمكن ان يذكر في تقريب عدم الجواز وجوه:

الوجه الاول: ان نقل المصحف الى الكافر يوجب هتكه وهتك المصحف حرام وفيه انه لا تلازم بين الامرين فالوجه المذكور غير وجيه.

الوجه الثاني: ان نقله يوجب تنجسه وتنجيس المصحف حرام. وفيه أولاً: انه لا ملازمة بين الامرين. وثانياً ان الكافر مكلف بعدم التنجيس فلا وجه للحرمة للمسلم الا من باب الاعانة على الاثم ولا دليل على حرمتها. وثالثاً: ان النقل لا يستلزم التمكين والكلام في النقل لا في التمكين.

الوجه الثالث: ان المشهور فيما بين القوم عدم الجواز. وفيه

ان الشهرة لا تكون من الادلة كما حقق في الاصول فتحصل انه لا دليل على الحرمة التكليفية.

وأما المقام الثاني: وهي الحرمة الوضعية والفساد فيمكن ان يذكر في تقريره وجهان:

الوجه الاول: ان الكافر لا يملك المسلم فكيف يملك المصحف وبعبارة اخرى الدليل الدال على عدم تملكه للمسلم يدل بالاولوية على الفساد في المقام.

وفيه أولا: انه لا دليل على اصل المدعى، ولذا نرى فتواهم بوجوب بيع العبد المسلم اذا كان مملوكاً للكافر، والحال ان البيع يتوقف على كون المبيع مملوكاً. وثانياً: انه لا وجه للاولوية، فان الاحكام الشرعية تعبدية، والوجه فيها غير معلوم.

الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه وآله : الاسلام يعلو ولا يعلى عليه<sup>١</sup>. بتقرير ان الحديث الشريف يقتضى عدم انتقال المصحف الى الكافر والا يلزم علو الكفر على الاسلام.

ويرد عليه أولاً: ان الحديث ضعيف وغير قابل للاستدلال به فان المرسل لا اعتبار به.

وثانياً: انه لا وجه لحمله على المقام، اذ لا يبعد ان يكون المراد منه ان الاسلام ببراهينه الواضحة يكون عالياً ولا دين اعلى منه فلا يرتبط الحديث بالمقام فلاحظ.

## فهرس الكتاب

| الصفحة  | العنوان                                           |
|---------|---------------------------------------------------|
| ٣       | في تحقيق مفهوم البيع                              |
| ٢٠      | الكلام في المعاطاة والاقوال فيها                  |
| ٢٢      | المعاطاة كالبيع اللفظي                            |
| ٣١      | كلام بعض الاساطين                                 |
| ٤٧      | في كون المعاطاة لازمة                             |
| ٤٧      | الوجه الاول من الوجوه المستدل بها على لزومها      |
| ٥٢      | الوجه الثاني                                      |
| ٥٣      | الوجه الثالث                                      |
| ٥٤      | الوجه الرابع                                      |
| ٥٦      | الوجه الخامس والسادس                              |
| ٥٧      | الوجه السابع                                      |
|         | في الوجوه المستدل بها على جوازها وفي الخبر الوارد |
| ٥٧ و ٥٨ | في المعاطاة                                       |
| ٦١      | في الوجوه المستدل بها على اشتراط اللفظ            |
| ٦٥      | هل تشتط في المعاطاة شروط البيع                    |
| ٦٧      | الوجوه المتصوره في المعاطاة                       |
| ٧٦      | جريان المعاطاة في غير البيع                       |

- ٩٠ في ملزومات المعاطاة
- ١٠٥ في أدلة اشتراط اللفظ في البيع
- ١١١ هل تشتط الصراحة في الصيغة
- ١١٣ في الفاظ الايجاب والقبول
- ١١٧ هل يعطبر عدم اللحن في الصيغة
- ١١٨ هل تعطبر العربية فيها
- ١١٨ هل تشتط الماضوية
- ١٢٢ هل تشتط تقديم الايجاب على القبول
- ١٢٧ هل تشتط الموالة بين الايجاب والقبول
- ١٣١ هل تشتط التنجيز في الصيغة
- ١٣٧ هل تشتط التطابق بين الايجاب والقبول
- ١٤١ اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما الى نهاية العقد
- ١٤١ لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً
- ١٤٣ في ادلة ضمان التالف الوجه الاول
- ١٤٤ الوجه الثاني والثالث
- ١٤٥ الوجه الرابع
- ١٤٦ الوجه الخامس
- ١٤٨ الوجه السادس والسابع
- ١٥٠ الوجه الثامن
- ١٥٠ في الوجه الثامن ايرادات الايراد الاول والثاني
- ١٥١ الايراد الثالث والرابع
- ١٥١ الوجه التاسع
- ١٥١ قاعدة مايضمن



- في الوجوه المستدل بها على وجوب رد المقبوض بالعقد  
 ١٦٠ الفاسد الى مالكة فوراً الوجه الاول  
 ١٦١ الوجه الثاني والثالث  
 ١٦٢ الوجه الرابع والخامس والسادس  
 في الوجوه المستدل بها على ضمان المنافع المستوفاة الوجه  
 ١٦٤ الاول والثاني والثالث  
 ١٦٥ الوجه الرابع والخامس والسادس والسابع  
 ١٦٦ الوجه الثامن  
 ١٦٩ في بيان وجه عدم الضمان  
 ١٧٢ في حكم المنافع غير المستوفاة  
 ١٧٥ في المثلي والقيمي  
 ١٧٨ في تعريف المثلي  
 ١٧٩ في الاحتمالات المتصورة في ضمان المثلي  
 ١٨٣ لولم يوجد المثل الا بالاكتر  
 ١٨٤ لو تعذر المثل في المثلي  
 ١٨٤ في المقام فروع الفرع الاول والثاني  
 ١٨٥ الفرع الثالث والرابع  
 ١٨٦ الفرع الخامس  
 ١٨٨ الفرع السادس  
 ١٩٠ لوكان التالف قيمياً  
 ١٩٧ في تعيين القيمة المضمونة والاقوال فيها القول الاول  
 ١٩٨ القول الثاني والثالث  
 ٢٠٢ القول الرابع  
 ٢٠٣ القول الخامس والسادس

- ٢٠٤ ما المراد من حديث الحناط؟
- ٢١٥ لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف
- ٢٢٠ في يدل الحيلولة
- ٢٢٥ حكم اجزاء العين التالفة
- ٢٢٧ في حق الاختصاص والاولوية
- ٢٣٠ في بطلان عقد الصبي
- في الوجوه المستدل بها على نفوذ تصرف غير البالغ
- ٢٣٥ الوجه الاول
- ٢٣٦ الوجه الثاني
- ٢٣٧ الوجه الثالث والرابع
- لا فرق في تصرفات الصبي بين تعلقه بالامور اليسيرة
- والخطيرة
- ٢٤١ من شرائط المتعاقدين القصد
- ٢٥٣ من شرائط المتعاقدين الاختيار
- ٢٥٨ هل يصح عقد المكره بالرضا المتأخر؟
- ٢٧٣ في بيع الفضولي
- ٢٧٩ في الوجوه المستدل بها على صحة بيع الفضولي الوجه الاول
- والثاني
- ٢٨٤ الوجه الثالث
- ٢٨٥ الوجه الرابع
- ٢٨٦ الوجه الخامس والسادس
- ٢٨٧ الوجه السابع
- ٢٨٨ الوجه الثامن
- ٢٨٩

- ٢٩٠ الوجه التاسع
- ٢٩١ الوجه العاشر
- ٢٩١ الوجه الحادي عشر
- ٢٩٢ الوجه الثاني عشر
- ٢٩٤ الوجه الثالث عشر
- ٢٩٥ الوجه الرابع عشر
- ٢٩٧ الوجه الخامس عشر
- ٢٩٩ الوجوه المستدل بها للبطلان الفضولى الوجه الاول
- ٣٠٠ الوجه الثاني والثالث والرابع والخامس
- ٣٠١ الوجه السادس والسابع والثامن والتاسع
- ٣٠٢ الوجه العاشر
- الوجوه المستدل بها على كون الرد مانعاً عن الاجازة
- ٣٠٢ الوجه الاول والثاني
- ٣٠٣ الوجه الثالث والرابع والخامس والسادس
- ٣٠٩ هل الاجازة كاشفة او ناقلة
- ٣٢٠ الوجوه المتصوره في كاشفية الاجازة
- ٣٢١ في ثمره الكشف والنقل
- ٣٣٤ هل يكفي مجرد الرضا في صحة العقد أم لا بد من الاجازة
- ٣٣٩ اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن
- ٣٤٠ هل تجري الفضولية في الافعال الخارجية
- ٣٤١ في القبض من الاصيل وما يترتب عليه
- ٣٤٢ هل تجري الفضولية في تشخيص الكلي في الفرد
- ٣٤٤-٣٤٣ لو باع الفضولى ما يشترط فيه القبض في المجلس
- ٣٤٤ النزاع في الكشف والنقل هل يجري في القبض

- ٣٤٥ لو أجاز العقد دون القبض  
 ٣٤٦ هل يعتبر في الاجازة مطابقتها للعقد  
 ٣٤٨ يعتبر في المجيز أن يكون جاز التصرف حين العقد  
 ٣٥٠ في الايرادات الواردة على صحة الفضولي بالاجازة  
 ٣٥٢ الايراد الثاني  
 ٣٥٣ الايراد الثالث  
 ٣٥٤ الايراد الرابع  
 ٣٥٥ الايراد الخامس  
 ٣٥٦ الايراد السادس  
 ٣٥٨ الايراد السابع  
 ٣٦٦ في أقسام بيع الفضولي و ما يرتبط به  
 ٣٧٣ الاجازة حق للمالك لا من باب خيار الفسخ  
 ٣٧٤ اذا باع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له  
 ٣٧٥ يشترط في المجاز كونه جامعاً لجميع الشروط  
 ٣٧٩ هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل  
 ٣٨٠ اقسام المجاز وحكمه  
 ٣٨٢ وهم ودفع  
 ٣٨٥ في احكام الرد  
 ٣٩٠ الامور المترتبة على عدم الاجازة  
 ٣٩٤ تنبيهات  
 ٣٩٧ اذا اغترم المشتري للمالك غير الثمن  
 ٤٠٦ فيما غرمه المشتري في مقابل النفع الواصل اليه  
 ٤٠٦ اذا تلف الثمن في يد المشتري وزادت قيمة العين

- ٤١٢ لو تجددت زيادة القيمة ولم تكن حين العقد
- ٤١٢ اذا غرم المشتري بازاء الجزء التالف
- ٤١٢ اذا غرم المشتري بازاء وصف من الاوصاف
- رجوع المشتري الى البايع في مورد لا يكون العقد باطلا
- ٤١٢ من جهة اخرى
- ٤١٢ اذا رجع المالك ابتداء الى الفضولي
- ٤١٦ في تعاقب الايدي وما يتعلق به
- ٤٢١ اذا باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه .
- ٤٢٥ طريق معرفة حصة مال الفضولي ومال غيره
- ٤٢٦ لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار
- ٤٣٢ لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله
- ٤٣٥ ولاية الاب والجد
- ٤٤٢ اعتبار العدالة في تصرفات الاب والجد
- ٤٤٨ اعتبار المصلحة في تصرفهما
- ٤٤٩ في المراد من لفظ الاحسن في الاية
- ٤٥٤ في أن الجد وان علا هل يشارك الاب في الحكم
- ٤٥٥ اذا فقد الاب وبقي الجد فهل ابوه أو جده يقوم مقامه
- ٤٥٦ في مناصب الفقيه
- ٤٥٧ ذكر الايات والروايات الواردة في الافتاء
- ٤٦٨-٤٥٩ في ولاية الامام عليه السلام التكوينية واثباتها
- ٤٦٨ في ولاية الامام عليه السلام التشريعية
- ٤٧٠ في الفرق بين الاستنابة والتولية
- ٤٧١ في ولاية الفقيه

- ٤٨٥-٤٩١ في ولاية عدول المؤمنين
- ٤٨٦ اشتراط العدالة في المتصدى للامور الحسينية
- ٤٩٢ في ولاية عامة المكلفين
- ٤٩٥ هل يشترط في ولاية غير الاب والجد ملاحظة الفبطة
- ٤٩٨ هل يجب مراعاة الاصلح
- ٤٩٩ عدم جواز نقل المصحف الى الكافر
- ٥٠١ فهرس الكتاب