ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچه‌ئي الاصفهاني

المجلد الحادي عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الاشكوري

الطبعة الاولى

١٤٣١ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش



مِيزَانُ الفِقَاهَةِ

سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ،۱۳۸۹ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ - ۲۰۰ - ۹۸۸ - ۹۶٤ - ۹۷۸؛ ج۱۱: ٦ - ۲۱۱ - ۹۸۸ - ۹٦٤- ۹۷۸
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۱۸۳/۵BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچه‌ای الاصفهانی

المجلد الحادی عشر

اعداد

السيد صادق الحسيني الشكوري

بمساعدة

محمد علي باقرزاده ، السيد محمد جواد الشكوري ، السيد محمود نرياني

الطبعة الاولى

١٤٣١ هـ.ق - ١٣٨٩ هـ.ش

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپى رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشى از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشى از آنها در ضمن بانكهاى اطلاعاتى و تهيهٔ برنامه‌هاى رايانه‌اى يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوى، بدون اجازهٔ قبلى ناشر بصورت كتبى، ممنوع مى‌باشد.

©MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2010

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية ـ قم ، ايران

ميزان الفقاهة / ج ١١

(كتاب البيع، كتاب الرهن)

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اي الاصفهاني قدس سره الشريف

اعداد : السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة :محمد علي باقرزاده، السيد محمد جواد الاشكوري، ، السيد محمود نريماني

نشر وتنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١١ م (١٤٣٢ ق – ١٣٨٩ ش)

مطبعة روح الامين ـ قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

ردمك : دورة ٠ – ٢٠٠ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨؛ ج ١١ : ٦ – ٢١١ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، قم المقدسة ، مجمع الذخائر الاسلامية

هاتف: ٣٧٧٤٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

نقال: ٩٩١٩٣٧٠٤٢٠ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

Email: info@zakhair.net

(١)

كتاب البيع

٦٥٤

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

كتاب البيع والكلام يقع في ماهيته وشرائطه واحكامه اما الماهية فقد

اختلفوا فيه وعرفوه كل واحد بتعريف والاختلاف في التعريف فيما نحن فيه يكون

منشائه الاختلاف في المحدود لا ان يكون منشائه مجرد صيرورة الحد حدا

لاختصاره او لغير ذلك واذا كان الاختلاف في المحدود فلابد ان نعين

المحدود اولا ثم نعرضه على كل شخص على وفق ما اختاره في ماهيته فنقول

فنقول مقدمة لتعريف البيع ان الفقهاء اختلفوا في ماهية البيع وخصوصا

المأخوذة فيه من وجوه الاول انهم اختلفوا في نفس ماهيته من انه النقل او العقد او

الانتقال فطائفة منهم يفسرونه باللفظ الدال او يفسرونه بالعقد الدال او يفسرونه

بالايجاب والقبول والظاهر ان مرادهم من العقد او بالايجاب والقبول

ايضا هو اللفظ المعنى وطائفة منهم يعبرون عنه بالنقل او التمليك او المعاوضة

او المبادلة واشباه ذلك مما يدل على ان البيع ليس من قبيل الالفاظ بل يكون من

قبيل المعنى وانه فعل للموجب وبعض منهم يعبر عنه بالانتقال الذي

هو انفعال من النقل فيكون البيع من المعاني الا انه ليس من قبيل الانفعال

بل هو قبول الفعل والظاهر انه لا اشكال انه المعنى الاخير لا دخل له

بكيفية البيع ومرادهم فسره بذلك ليس بيان ماهية البيع وانما مراده

الصفحة الأولى من كتاب البيع بخط السيد الدرچهاي



صفحة أخرى من كتاب البيع بخط السيد الدرچه‌اي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

كتاب البيع

والكلام يقع في ماهيته وشرائطه وأحكامه:

[ماهية البيع]

أمّا الماهيّة؛ فقد اختلفوا فيه وعرفوه كلّ واحد بتعريف، والاختلاف في التعريف فيما نحن فيه يكون منشأه الاختلاف في المحدود، لا أن يكون منشأه مجرد صيرورة الحدّ حسناً لاختصاره أو لغير ذلك.

وإذا كان الاختلاف في المحدود، فلابدّ أن يعين المحدود أوّلاً، ثمّ يعرفه كلّ شخص وفق ما اختاره في ماهيته، فعلى هذا نقول مقدمة لتعريف البيع: إنّ الفقهاء اختلفوا في ماهية البيع وخصوصياته المأخوذة فيه من وجوه:

[البيع هو النقل أو العقد أو الانتقال]

الأوّل: إنّهم اختلفوا في نفس ماهيته من أنّه النقل أو العقد أو الانتقال. فطائفة منهم يفسرونه باللفظ الدالّ أو يفسرونه بالعقد الدالّ، أو يفسرونه بالإيجاب والقبول.

والظاهر أنّ مراد من عبّر بالعقد أو بالإيجاب والقبول أيضاً، هو المعنى.

وطائفة منهم يعبّرون عنه بالنقل والتمليك أو المعاوضة أو المبادلة وأشباه ذلك مما يدلّ على أنّ البيع ليس من قبيل الألفاظ؛ بل يكون من قبيل المعنى، وإنّه فعل للموجب.

وبعض يعبر عنه بالانتقال الذي هو انفعال من النقل، فيكون البيع من المعاني، إلاّ أنّه ليس من قبيل الأفعال؛ بل هو قبول الفعل.

والظاهر أنّه لا إشكال أنّ المعنى الأخير لا دخل له بحقيقة البيع، ومراد من فسّره بذلك ليس بيان ماهية البيع؛ وإنّما مراده / ٦٥٥ / مجرد ذكر تعريف جامع للأفراد ومانع للأغيار أعمّ من أن يكون حدّاً أو رسماً.

وإنّما قلنا: إنّ الانتقال لا دخل له بحقيقة البيع؛ لأنّه مخالف للعرف واللغة، ولذا يوجّهه بعضهم كما في المكاسب[1]؛ بأنّ المراد من البيع المحدود المصدر المبني للمفعول؛ أعني المبيعية، ومعنى المبيعية هو كون الشيء منقولاً، وهو عبارة أخرى عن الانتقال.

وقال الشيخ: إنّه تكلّف حسن.

وقال الأستاد: إنّه ليس بحسن باعتبار أنّه ليس بمعلوم أوّلاً: [!]جواز أن يأتي كلّ مصدر بمعنى المفعول، فراجع إلى مظانّها حتى تفهم.

وثانياً: إنّ المبيعية مفهوم ذهني مغاير للانتقال، حيث* إنّه لوحظ في المبيعية وقوع البيع على الشيء، والانتقال عبارة عن قبول هذا الشيء للبيع الواقع عليه، ونقل عن الجواهر[2] أنّه يوجّهه بأنّ حمل الانتقال على المبيع من باب المبالغة نظير

---

١) كتاب المكاسب ١٨/٣.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

٢) جواهر الكلام ٢٠٧/٢٢.

«زيد عدل»، وذلك* لأنّ البيع بمعنى النقل، والمقصود من النقل حصول الانتقال، فحمل نفس الانتقال على البيع مبالغة باعتبار أنّ المبادي صار نفس الغاية.

وإذا عرفت أنّ الانتقال لا دخل له بحقيقة البيع، فانحصر أن تكون حقيقة البيع ما يكون معنى من قبيل اللفظ أو يكون معنى من قبيل الفعل، نظير النقل والتمليك وأشباه ذلك.

فنقول: لا يخفى عليك أوّلاً: أنّ معنى اللفظ تارة يكون هو اللفظ نظير لفظ الصدق والكذب، ولفظ الأمر بناء على بعض الأقوال، وتارة يكون المعنى غير اللفظ كما في جلّ الألفاظ، وتارة يكون المعنى هو اللفظ وغير اللفظ نظير لفظ النكاح حيث يكون معناه هو الوطي والعقد، كما في قوله تعالى: ﴿**وأنكحوا الأيامى**﴾[1]** الآية.

وإذا عرفت أنّه يجوز أن يكون معنى اللفظ، هو اللفظ أو المعنى أو كليهما، وعرفت أنّه ما نحن فيه مما يكون محل النزاع من أنّه من أيّ واحد منها، فنقول: إنّ حال ذلك حال سائر الألفاظ الموضوعة بإزاء الإنشاءات نظير لفظ الأمر والطلب، حيث إنّهما موضوعان بإزاء الإنشاء الحاصل من لفظ «افعل»؛ لأنّ البيع أيضاً وكذا سائر تعاريفه يكون موضوعاً بإزاء الإنشاء الحاصل من لفظ «بعت»، وكذلك لفظ النكاح والصلح وأشباه ذلك.

[هل الطلب عين الإرادة؟]

ومقتضى ظاهر ما اختاره الأستاد سابقاً من أنّ الطلب عين الإرادة، وأنّه ليس في البين إنشاء أن يقول: إنّ البيع عبارة عن اللفظ، وذلك لأنّه إذا جرى عقد البيع

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

١) النور: ٣٢.

**) *هذا مثال لكونه بمعنى العقد. (منه قدس سره).*

فيقولون إنّه حصل البيع هنا، والمفروض أنّه بناء على القول بإنكار الإنشاء النفساني لم يوجد في البين إلاّ المراضاة النفسانية التي هي عبارة عن الإرادة وإلّا حركة الجوارح التي هي عبارة عن التلفظ بلفظ «بعت».

وأمّا المراضاة النفسانية فهي كيفية من كيفيات النفس، ولا دخل له بحقيقة البيع، فلابدّ أن يكون البيع عبارة عن اللفظ؛ إذ ليس في البين غير ذلك مما يصلح لأن يكون معنى البيع.

هذا كله على ما يقتضيه ظاهر ما اختاره الأستاد سابقاً إلاّ أنّ ذلك مخالف للعرف واللغة؛ بل لا شك أنّ معنى البيع هو النقل؛ إذ جلّ أدلّة يثبت به الوضع يكون مقتضاه ذلك من قبيل التبادر، وصحّة الشك وأشباه ذلك، فلابدّ أن نعترف بوجود النقل في البين؛ بل مقتضى لفظ النقل أيضاً أن يكون له معنى؛ إذ ليس معناه صرف اللفظ.

وعلى هذا فلابدّ أن نقول: لا إشكال أنّ البيع عبارة عن النقل إلاّ أنّه / ٦٥٧ / يختلف المراد من النقل بناءً على القول بأن الطلب عين الإرادة، وبناءً على القول بأن الطلب غير الإرادة وأنه يوجد عند اللفظ إنشاء نفسانيّ فيكون هذا الإنشاء هو النقل؛ إذ المراد بالانشاء هنا إنشاء النقل وإيجاد النقل عبارة عمّن قصد حصول النقل من اللفظ كما سيأتي توضيحه منا ـ إن شاء الله ـ.

وأما بناءً على أن الطلب عين الإرادة وأنه ليس في البين إنشاء نفسانيّ فنقول نظير ما قلنا سابقاً في معنى الأمر من أن النقل عبارة عن عنوان ثانويّ يحصل بنفس لفظ «بعت».

وبيان ذلك أنه كما أن لفظ السجدة قد يطلق على وضع الجهة على الأرض وقد يطلق على غاية الخضوع من باب أن غاية الخضوع عنوان ثانويّ يطرء على وضع الجبهة على الأرض كذلك لفظ البيع قد يطلق على اللفظ وقد يطلق على العنوان الثانوي التي يطرء على هذا اللفظ، وهو النقل، ويكون لفظ «بعت» محققاً لعنوان

النقل، ويكون لفظ «بعت» مصداقاً للنقل ومحققاً له، ويجوز حمل النقل عليه باعتبار أنه لا شكّ أن كلّ مفهوم يحمل على كلّ واحد من مصاديقه ويكون لفظ «بعت» علة لحصول عنوان النقل.

وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن النقل عبارة عن إنشاء نفساني يوجد مستقلاً عند ذكر لفظ «بعت». فإنه على هذا يكون اللفظ كاشفاً عنه لا سبباً لوجوده. ولا يجوز الحمل أيضاً؛ لأن معنى اللفظ يكون مبايناً مع اللفظ.

وبناءً على ما ذكرنا يرفع النزاع بين القوم؛ فإنه لما يكون وضع الجهة عين الخضوع فيجوز تفسير السجدة بكلّ واحد منها.

وأيضاً لما يكون عقد البيع عين / ٦٥٨ / النقل، فيجوز تفسير البيع بكلّ واحد من العقد والنقل.

إن قلت: إنه بناء على ما ذكرت من أن النقل يكون من العناوين الثانية الحاصلة بنفس لفظ «بعت» فكيف يمكن أن يكون معنى «بعت» هو هذا النقل الحاصل بنفس لفظ «بعت». وذلك لأن المعنى ما يقصد تفهيمه من اللفظ، فلابدّ أن يكون للمعنى وجود قبل ذكر اللفظ، والمفروض فيما نحن فيه أن المعنى يحصل بنفس اللفظ، فيكون مؤخراً عن ذكر اللفظ*.

---

*) / ٦٥٨ /لا يخفى أن الأحسن على مذاق الأستاد ـ سلّمه الله ـ المنكر لوجود الإنشاء أن نقول هنا في الجواب مما قاله في مقام الجواب عن هذا الإشكال في مسألة أن الطلب عين الارادة أم لا، وهو أن لفظ «إفعل» أو «بعت» وأمثالهما إنما يذكر لأجل تفهيم الارادة والمراضاة التي هو أيضاً عبارة عن الارادة.

ثمّ إذا ذكر اللفظ في مقام الإخبار عن الارادة فيحدث في البين عنوان ثانويّ وحينئذٍ ليس معنى لفظ البيع هو النقل، بل معناه هو الارادة على وجه التصديق.

وبناءً على ما ذكره الأستاد في المتن أيضاً لم يصحح وجهاً لكون العنوان الثانوي معنىً للفظ كما لا يخفىٰ.

نعم، يمكن أن يقال إن «بعت» وساير تصاريف البيع موضوع للإخبار عن الارادة ولفظ البيع صار مجازاً مشهوراً أو منقولاً في العنوان الثانوي يحصل بإجراء الصيغة عند البيع،

وأجيب عن ذلك أنه ألزم وأوجب الفعل مع أن الالزام والايجاب يكون من العناوين الثانية التي يكون موجدها هو لفظ «إفعل».

وثانياً بالحل بأن نقول: إن معنى «بعت» هو اظهار الارادة فكأنه حين يريد البيع يحرك بلفظ «بعت» إلى البيع لأجل اظهار إرادة البيع.

أقول فيه: أولاً إنه إذا كان معنى «بعت» هو التحريك نحو البيع لأجل اظهار الارادة فلا نحتاج إلى أن نقول: إن معنى البيع هو العنوان الثانوي، بل لابدّ أن يقال: إن معناه هو التحريك إلى جانب البيع اظهاراً للإرادة مع أنك قد عرفت أنه لا يمكن تصحيح أن يكون العنوان الثانوي الحاصل بلفظ «بعت» معنى لـ«بعت» لأن كون لفظ «بعت» موضوعاً لإظهار إرادة البيع لا يصحّح ذلك.

وأما الجواب النقضي فأيضاً في غير محله لأنه إذا فرض عدم امكان أن يكون العنوان الثانوي الحاصل من اللفظ معنى لهذا اللفظ فيكشف ذلك من فساد أصل المبنىٰ، وهو انكار الإنشاء بالمرّة / ٦٥٩ / سواء كان في لفظ «إفعل» أو غيره.

وثانياً: أنه لابدّ لنا من بيان اجمالي للإنشاء حتى يظهر حقيقة الحال ـ إن شاء الله ـ وملخّصه أنا قد ذكرنا في الأوامر قبل مسألة مقدمة الواجب أن وضع الألفاظ يكون على قسمين:

الأول: أن يكون موضوعاً بإزاء المعاني الموجودة في الخارج أو الذهن كجلّ الألفاظ. وتارة يكون موضوعة بإزاء الأفعال الخارجية يعني يجعل اللفظ بمنزلة فعل خارجي.

فترتفع الاشكالات؛ إذ حينئذٍ لا مانع من كون المتبادر من لفظ البيع هو النقل مع أن يكون لفظ «بعت» مستعملاً للإخبار عن الإرادة نظير لفظ الطلب وصيغة «إفعل».

لا يقال: إن الإشكال من أول [الأمر] غير واردٍ لأن معنى اللفظ يكون مفهومه مقدماً على اللفظ ولا يلزم التقدم أكثر من ذلك.

قلت: ليس المراد من لفظ «بعت» هو الإخبار عن مفهوم النقل، بل يذكر لأجل التصديق. (منه قدس سره).

وبيان ذلك أنه لو لم يكن في العالم لفظ موضوع لشيء من الأشياء وكان زيد مريداً لأن يبعث عبده إلى فعل ليفعله، فهنا لابدّ لزيد أن يكشف إرادته من أن يأخذ يد عبده ويجرّه إلى ذلك الفعل حتى يفهم العبد أن المولى يريد منه ذلك الفعل فعلاً.

فالواضع وَضَعَ لفظاً يكون بمنزلة أن يجرّ المولىٰ عبده مثلاً إلى الفعل، وهو «إفعل».

فقوله «إفعل» بمنزلة أن يجرّه إلى الفعل. وإرادة تفهيم هذا المعنى عبارة عن الإنشاء؛ لأنه كما أن الفعل يوجد في الخارج فارادة تفهيم ذلك يكون بمنزلة إيجاد هذا الجرّ.

ثمّ إنه كما أن المراد من جرّ العبد إلى الفعل هو اظهار ارادته كذلك يكون المراد من وضع اللفظ بإزاء جرّ العبد إلى الفعل أيضاً هو اظهار ارادته.

ثمّ إنه لسنا هنا بصدد أنه يصير الطلب عين الارادة أم لا ـ ولعلّه يمكن التصالح بين العلماء بما ذكرنا ـ بل المهمّ هنا بيان أن الإنشاء موجود في البين / ٦٦٠ / وهذا الإنشاء في البيع عبارة عن النقل، وذلك لأن اللفظ قصد منه النقل الخارجي، مثلاً إذا تعلق إرادة شخصين بتبادل ماليهما التي هي عبارة عن البيع فيضع أحدهما ماله عند الآخر ويضع مال الآخر عند نفسه، وهذا نقل خارجي.

ثمّ تارة يذكر اللفظ ويريد منه هذا الفعل كلفظ «بعت»، فيصير ذكر لفظ «بعت» باعتبار ما قصد منه بمنزلة أن يضع ماله عند المشتري ويأخذ المال المُشترىٰ عوضاً عن ماله، وهذا هو المراد من إنشاء النقل والنقل الانشائي.

[النقل الإنشائي]

ثمّ إن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادعىٰ أنه لو قلنا بوجود النقل الانشائي وأنكرنا أن الطلب عين الارادة فحينئذٍ لانسلّم أن يكون معنى البيع هو النقل، بل يحتمل أن يكون معناه هو اللفظ.

وهذا بظاهره غريب حيث إنّه بناء على كون الطلب عين الارادة مع أنّه لم يكن في البين نقل قال: إن معناه هو البيع حتى التجأ بأن يقول: إن البيع هو العنوان الثانوي.

وبناءً على أن الطلب غير الارادة مع أنّه يكون في البين إنشاء ونقل، يقول: إنا لا نسلّم كون النقل معنى البيع.

وهو غريب.

ولعلّ نظره إلى أنه لو قلنا إن الطلب عين الارادة فهنا لما لم يكن غير اللفظ في البين شيء فحينئذٍ لو قلنا إن معنى البيع هو اللفظ، فلابدّ أن نقول: إن معناه هو اللفظ المجرد وذلك مخالف للمتبادر عند العرف.

وهذا بخلاف ما لو لم نقل إن الطلب عين الارادة. فحينئذٍ يكون غير اللفظ في البين شيء، وهو إنشاء النقل.

فحينئذٍ لا مانع أن نقول: إن معنى البيع هو اللفظ الذي قصد به إنشاء البيع.

/ ٦٦١ / هكذا يمكن أن يقال، ولكن فيه ما لا يخفىٰ*.

ثمّ لا يخفىٰ أن عمدة الثمرة في هذا النزاع أنه لو قلنا إن البيع لفظ فحينئذٍ ليس المعاطاة بيعاً، فيشكل الأمر فيها.

وكذا يشكل الأمر في المعاطاة لو اعترفنا بأن البيع هو النقل، الّا أنه قيّدناه باللفظ بأن نقول إنه عبارة عن النقل بصيغة مخصوصة.

وأما لو قلنا بأن البيع هو النقل وقلنا بأنه ليس مقيداً باللفظ أيضاً فحينئذٍ قد يقال: إن صحة البيع المعاطاتي يصير مبنياً على كون لفظ البيع موضوعاً للأعمّ من الصحيح حتى يجوز التمسك بقوله تعالى ﴿ أحل الله البيع ﴾[1] للمعاطاة. وسيجيء

---

*) *لأنه بناءً على كون الطلب عين الإرادة أيضاً لا مانع أن يقال إن البيع هو اللفظ المقيد بالعنوان الثانوي. (منه قدس سره).*

١) البقرة: ٢٧٥.

تفصيل ذلك ـ إن شاء الله ـ.

[المراد من القبول وكونه مأخوذاً في معنى البيع]

الوجه الثاني من الوجوه التي قد أشرنا سابقاً أنه سواء قلنا في الوجه الأول إن البيع هو اللفظ أو النقل يأتي هنا نزاع آخر في أن التعقب بالقبول مأخوذ في ماهية البيع أو أن البيع عبارة عن النقل فقط، والمراد من القبول هنا أعمّ من أن يكون باللفظ أو بالانشاء أو بالفعل.

واستدلّ لكون التعقب بالقبول مأخوذاً في معنى البيع بتبادر التمليك المقرون بالقبول من لفظ البيع وبصحة سلب البيعية عن التمليك المجرد عن القبول.

وأورد في المكاسب[1] على التبادر هنا بأن التمليك المتعقب بالقبول فرد من البيع ينصرف إليه اللفظ بواسطة القرينة، والقرينة هي كون القائل بقول «بعت» في مقام الإخبار عن البيع المثمر. فهذه القرينة المقامية تصير سبباً لأن يتبادر /٦٦٢/ من قوله «بعت» التمليك المتعقب بالقبول حيث إنّ التمليك المجرد لا فائدة فيه والّا فلا يدلّ اللفظ من حيث هو على هذا التقييد.

وأورد على ذلك بأنه مجرد ادعاء، بل الوجدان على خلافه حيث إنّا نرىٰ أنا المتكلمين بذلك ليسوا ملتفتين إلى المثمر من البيع حتى يستعملون اللفظ فيه بالقرينة، ومع ذلك يتبادر من كلامهم التمليك المتعقب بالقبول.

هذا، مع أنّه لو أغمضنا عن ذلك أيضاً نقول: إنه غاية الأمر أن يكون الأمر مردداً بين أن يكون التبادر مستنداً إلى حاقّ اللفظ أو مستنداً إلى القرينة المقامية. ومقتضى القاعدة* أنه إذا كان أمر التبادر مردداً بين أن يكون مستنداً إلى القرينة أو إلى حقيقة اللفظ أن يعيّن ذلك بصحة السلب وعدمه أو غيرها من أمارات الحقيقة،

---

١) كتاب المكاسب ١٧/٣.

*) *هنا مسامحة. (منه قدس سره).*

والمفروض أن المستدلّ هنا استدلّ بصحة السلب أيضاً.

هذا، مع أنّه لو أغمضنا عن ذلك كلّه نقول: إذا دار الأمر بين أن يكون اللفظ موضوعاً للعام أو الخاص فطريقة العلماء أنهم يقولون من باب أصالة عدم لحاظ الخصوصية في الوضع أن اللفظ موضوع للعام.

ونحن ذكرنا هذه القاعدة في الأوامر عند التعرض لكلام صاحب المعالم[1] في مسألة أن الأمر حقيقة في الوجوب أم لا ظاهراً. وقلنا لو كانت الخصوصية محتاجةً إلى لحاظ مستقل فهنا أصالة عدم اللحاظ تكون معتبرة*، ولعلّ ما نحن فيه من هذا القبيل.

[مقتضى التبادر و صحة السلب]

ثمّ إن مقتضى ما ذكرنا إلى الآن أن يكون التعقب بالقبول مأخوذاً في معنى البيع إلّا أنه يرد على ذلك إشكال، وهو أن المعنى لابدّ أن يكون متحداً في جميع التصاريف، مثلاً إذا كان / ٦٦٣ / المصدر موضوعاً لمعنى، فلابدّ أن يكون هذا المعنى موجوداً في المضارع والماضي وغير ذلك من التصاريف من غير تفاوت.

وفيما نحن فيه لا يجوز أن يكون التعقب بالقبول مأخوذاً الّا في خصوص المصدر.

وبيان ذلك أن الايجاب والقبول ليسا صادرَين من شخص واحد، فلو كان التعقب بالقبول مأخوذاً في معنى البيع، فلا يجوز أن يقول البايع «بعت» الّا بطريق المجاز في الإسناد نظير «بنىٰ الأمير الدار». وهكذا في سائر التصاريف حيث إنّ كلّ من ينسب إليه البيع ليس البيع صادراً منه بتمامه. وكذا في صيغة الأمر يقولون: إن متعلق الأمر لابدّ أن يكون مقدوراً للمخاطب.

---

١) معالم الدين: ٤٦.

*) *فيه أن مقتضاه أن لا يكون التعقب بالقبول مأخوذاً في معناه. (منه قدس سره).*

وفيما نحن فيه لو كان التعقب بالقبول مأخوذاً في معنى البيع فليس المخاطب بخطاب «بع» قادراً على إتيان البيع الّا بالواسطة، فلابدّ أن يرتكب نوع مجازٍ في صيغة الأمر كما يقولون بذلك في الأمر بالإحراق وأشباه ذلك.

والحاصل أنه لو قلنا بكون التعقب بالقبول مأخوذاً في معنى البيع فلما لا يجوز اختلاف التصاريف في ذلك فلابدّ أن نقول بكون التعقب بالقبول مأخوذاً في جميع التصاريف.

فعلى هذا لابدّ لنا من ارتكاب نوع مجازٍ في الاسناد أو في غيره في جميع التصاريف، بل لابدّ أن نقول إنها لم يستعمل استعمالاً حقيقياً قطّ الّا في لسان هاذل. ولا يجوز حمل اللفظ على معنى يلزم منه المجاز الكذائي*.

وعلى هذا فلابدّ لنا من أن نوجّه تبادر التمليك المتعقّب بالقبول من اللفظ، وذلك بأن نقول: إن هذا التبادر ليس مستنداً إلى حقيقة اللفظ ولا مستنداً إلى القرينة بل التبادر إنما يكون لأجل / ٦٦٤ / الملازمة الخارجية.

وذلك نظير أنه إذا قيل جاء الامير، فيتبادر منه مجيء الجند مع الأمير أيضاً من باب أنه في الخارج قد اتفق أن الأمير يكون ملازماً مع الجند ولا ينفك عن الجند.

فليس مراد المتكلم تفهيم مجيء الامير مع الجند استناداً إلى القرينة، بل المراد مجرد مجيء الامير، الّا أنه مع ذلك يتبادر مجيء الجند من باب الملازمة الخارجية، فكذلك نقول في لفظ البيع، يعني نقول: إن القائل بقول «بعت» ليس مراده الّا بيان تفهيم التمليك الخاص الّا أنه مع ذلك يتبادر منه التمليك المتعقب بالقبول من باب أنه قد اتفق في الخارج أن التمليك البيعي لا ينفك عن القبول في الخارج، وإن كان مراد المتكلم بيان صرف التمليك الخاص من غير نظر إلى القبول.

هذا كلّه في الجواب عن التبادر.

وأما الجواب عن صحة السلب فقد يقال: إنا نمنع صحة سلب البيعية عن البيع

---

*) *كما يقولون بنظائره في أسماء الاشارة والموصولات. (منه قدس سره).*

الغير المتعقّب بالقبول، ولكن الانصاف أن صحة السلب في الجملة غير قابل للإنكار حيث إنّا نرىٰ أنه لو قال أحد «بعت هذا الكتاب بهذا الثمن» ولم يتعقّب القبول من مالك الثمن فيقولون إنه ما باع الكتاب الّا أن سلب البيعية عن الايجاب يحتمل أن يكون من باب سلب الفائدة أو سلب الماهية.

وذلك لأن هذا القبيل من الالفاظ مستعمل على وجهين. مثلاً قد يقال: «لا رجل في الدار» ويريد سلب الماهية وقد يريد سلب الكمال، يعني لا رجل شجاع مثلاً في الدار وهكذا.

أيضاً «**لا صلاة إلّا بطهور**» لعلّه لنفي الماهية وقوله ﷺ «**لا صلاة لجار المسجد الّا في المسجد**»[1] يريد سلب الكمال.

والحاصل أن السلب تارة يكون لأجل سلب الماهية وتارة يكون لأجل سلب الكمال والفائدة. فمجرد صحة السلب في الجملة ليست دليلاً على المجازية مالم يحرز كونها من باب سلب الماهية* / ٦٦٥ /.

---

١) تهذيب الأحكام ٩٢/١، باب صفة الوضوء والفرض منه والسنة والفضيلة فيه، ح ٩٣ وفيه: «إلا في مسجده».

*) / ٦٦٤ /*لا يخفىٰ أنه يدعى تبادر لفظ البيع في النقل المجرد وفي النقل المتعقّب بالقبول وفي نفس العقد وفي البيع الصحيح كما سيأتي قبل المعاطاة.*

والصحيح عبارة عمّا يترتب عليه الأثر ونحن [نقول:] إن البيع ليس عبارة عن النقل والتمليك، بل عبارة عن المبادلة والمعاوضة / ٦٦٥ /كما هو مقتضى كلام المصباح وغيره.

نعم، يلزمها النقل والتمليك، فالتعريف بهما من التعريف باللازم كما سيوضح.

والدليل على ما رجّحناه أنه يصحّ سلب البيعية عن البيع بلا عوض، فيشهد على أن عنوان المعاوضة مأخوذ في ماهية البيع.

ثمّ إن المبادلة أو المعاوضة لابدّ أن يكون بعنوان البيعية.

لا يقال: إن أخذ البيع في تعريف البيع يوجب الدور.

لأنا نقول: إن البيع من أظهر المفاهيم العرفية والغرض شرح اللفظ.

والدليل على أن عنوان البيعية مأخوذ في مفهوم البيع أنه يصحّ سلب البيعية عن المعاوضة المطلقة، فيقال: إنه معاوضة وليس ببيع. وهذا هو السرّ في أن بعضهم أخذ الصيغة

المخصوصة في تعريف البيع ليتحقق / ٦٦٣ / عنوان البيع .

وسيأتي منا في شرايط صيغة البيع أنه لو اعتبرنا الصراحة فنقتصر على خصوص لفظ « بعت » كما أنه لو جوّزنا لفظاً آخر فنقول لا يصير بيعاً مالم يستعمل في معنى « بعت » ولا يثمر قصد مفهوم نفس المعاملة من قولك « بادلت » في ترتب أحكام البيع لو قلنا بكفايته في نفس النقل والانتقال .

ثمّ المراد بالمبادلة المبادلة في الملكية كما أوضحته في بيع الفضولي لنفسه . وهذا يلزمه التمليك والنقل من الطرفين . ومنه قد تقدم منا أن التعريف بالنقل والتمليك من التعريف باللازم .

ثمّ إن المبادلة هي المبادلة الخارجية في نظر العرف أو الشرع أيضاً بأن يعتبر بعده ملكية ـ / ٦٦٢ / المبيع للمشتري والثمن للبايع ، وليس المراد مجرد إنشاء المبادلة المشار اليها لوضوح صحة سلب البيعية عن مجرد الإنشاء .

وما نقلنا في المتن من المناقشة على صحة السلب من أن السلب تارة يكون لنفي الماهية وتارة لنفي الفائدة وغيرها ولا معين للأول ، فمردود أولاً بأن سلب الشيء ظاهر في سلب ماهيته .

وثانياً أن هذا الايراد إنما مناسب لو كان لفظ السلب في كلام غيرنا ونحن نريد أن نعين مراده لا أن يكون السلب في كلامنا ، فإن مرادنا معلوم عندنا ، ونحن نقول إن سلب ماهية البيع وحقيقته صحيح عن الإنشاء المجرد .

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم فلنرجع إلى ما ادعى تبادر لفظ البيع فيه ، فنقول : منها تبادره في البيع الصحيح كما / ٦٦١ / سيأتي الكلام فيه قبل المعاطاة .

وفيه أنه لو كان المراد أن التبادر مفهوم الصحيح فممنوع ، ولو كان المراد مصداقه فنقول : تقدم أن المصداق الخاص بأن يكون باللفظ أو الفعل غير مأخوذ فيه ، وأن المعنى في جميع الموارد شيء واحد وليس الّا تحقق النقل والانتقال في الخارج ، وهو المراد من المبادلة الخارجية وهو نتيجة الصحيح .

ومنها تبادره في العقد كما هو مقتضى كلام [من] عرفه بالعقد أو الايجاب والقبول .

وأيضاً نقول : لو كان تبادر نفس العقد فممنوع ولو كان المراد تبادر ما هو أثر العقد وهو المبادلة في الخارج فهو عين ما قلنا .

ومنها التمليك المتعقّب بالقبول .

وفيه أيضاً أنه لو كان المراد أن المتبادر من قوله / ٦٦٠ / هذا العنوان فممنوع ، ولو كان

وإذا عرفت ذلك فنقول: نحن ندعي أن المتبادر من البيع هو الايجاب المجرد عن القبول، فلابدّ أن يؤخذ به وسيأتي في بيان الجمع بين التبادر التي ادعيناه مع التبادر المدّعىٰ على عكس المسألة.

المراد تبادر ما هو أثره من المبادلة الخارجية فهو عين ما قلناه.

ويشهد على ذلك أنه لو فرضنا توقف ترتب الأثر على شرط آخر غير القبول أيضاً فيصح سلب البيعية عن الفاقد لذاك الشرط أيضاً كما يصحّ السلب عن الفاقد للقبول.

ومنها مجرد النقل الانشائي.

وفيه أنه يصح سلب البيعية عنه.

وأما ما أورد على صحة السلب [فقه] تقدم الجواب عنه.

ثمّ إنا لم نتمسك لإثبات أصل المدعىٰ وهو أن معنى البيع المبادلة الخارجية دون مجرد الإنشاء بالتبادر لئلا يورد عليه بأن هذا التبادر مستند إلى القرينة الخارجية أو مستند إلى الملازمة الخارجية كما تقدم في كلام الشيخ (ره) والأستاد (ره) / ٦٥٩ / في ردّ التبادر في التمليك المتعقّب بالقبول.

إن قلت: إن تحقق المبادلة الخارجية يتوقف على الايجاب والقبول، وهو مستند إلى الموجب والقابل مع أنّا نرىٰ أنه في جميع تصاريف البيع مثل « باع » و« يبيع » وغيرهما يستندون البيع إلى الموجب، فيلزم المجاز في الاسناد في جميع تصاريف البيع.

قلت: ارتكاب نوع مجاز في التصاريف غير مضرٍّ بعد أنا نرىٰ صحة البيع عن النقل الانشائي، ومجرد الايجاب مع أن المجاز الذي يلزم في التصاريف مجاز مليح.

وتوضيحه أن إنشاء البيع ليس عبارة عن قصد حصول المبادلة الانشائية لأنه لا معنى له بل عبارة عن قصد حصول المبادلة الخارجية / ٦٥٧ /.

وهذا بنفسه شاهد على أن معنى البيع هو المبادلة الخارجية وإن لم يعتبر العرف ولا الشرع ترتب المبادلة الخارجية على مجرد إنشاء الموجب، بل يعتبر تعلق القبول والرضاء من مالك العوض على هذا الإنشاء. ففي الحقيقة الذي يقع الامضاء عليه من العرف أو الشرع هو ما فعله الموجب من إنشاء المبادلة الخارجية.

نعم، يكون هذا الامضاء بعد تعلق القبول بالايجاب، فالبيع الذي يقع الامضاء عليه فعل الموجب، فيصح استناد البيع إليه بالمجاز المليح، حيث إنّ القبول وإن كان [له] مدخلية الّا أن له مدخلية في تمامية ما فعله الموجب؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

[الإستدلال على أن معنى البيع هو الايجاب والقبول معاً]

ونسب إلى [ ][1] أنه قال: إن البيع معناه هو الايجاب والقبول معاً لا الإيجاب فقط ولا المتعقّب بالقبول.

واستدلّ لذلك بوجهين:

الأول: التبادر.

والثاني: أنهم أجمعوا على أن البيع عقد* حيث يذكرونه في العقود، والعقد مركب من الايجاب والقبول. ونحن نقول: نحن ادعينا تبادر الايجاب المجرد من لفظ البيع فكيف يجمع ذلك مع التبادر في الايجاب والقبول؟

[توضيح عن التبادر في المقام]

وتوضيح المقام أن اللفظ إذا كان معناه واحداً فيتبادر منه ذلك المعنى فحينئذٍ ليس يتبادر خلافه في البين، وإذا تعدد المعنى الحقيقي فذلك يوجب ترديد الذهن بين المعنيين وليس تبادر في البين أصلاً.

نعم، يمكن تحقق التبادرين إذا كان أحدهما في العرف والآخر في الاصطلاح أو كان واحد منهما في اصطلاحٍ دون الاصطلاح الآخر، وعلى هذا فطريق الجمع بين التبادرين فيما نحن فيه بأن نقول: إن التبادر في الايجاب فقط إنما هو في عرف العام والتبادر في الايجاب والقبول في اصطلاح الفقهاء. وذلك لأنا نرىٰ تبادر الايجاب المجرد في العرف العام من حاقّ حقيقة لفظ البيع.

أقول: وإن كان التبادر بلحاظ الملازمة الخارجية على خلاف ذلك، لكن لا من حاقّ اللفظ.

وعلى هذا نقول: إن كون البيع في اصطلاح الفقهاء معناه / ٦٦٦ / هو الايجاب

---

١) هنا فراغ في المخطوطة.

*) *في المخطوطة: أقول. (منه قدس سره).*

والقبول لا يضرّ بما نحن في صدده؛ لأن مقصودنا إثبات كون البيع في عرف العام معناه ذلك حتى يجوز التمسك به في الألفاظ الواردة في الكتاب والسنة. وأما كون معنى البيع في اصطلاح الفقهاء فلان إنما يثمر في مقام فهم فتاواهم من كلماتهم.

وظهر مما ذكرنا أن الإجماع التي ادّعوا أيضاً لابدّ أن يقال: إنه في عرف الفقهاء لا في عرف العام كما لا يخفىٰ.

أقول: لا يخفىٰ أن هذا التوجيه للجمع بين هذين التبادرين لا يصحح الجمع بين التبادرين السابقين أعني تبادر الايجاب فقط وتبادر الايجاب المتعقب بالقبول حيث إنّه يظهر من الأجوبة التي قالوا عن التبادر المدعى في الايجاب المتعقّب بالقبول أن تبادر الايجاب المتعقب بالقبول أيضاً كان في عرف العام، وكيف يجمع ذلك مع ادعاء التبادر في الايجاب فقط بالنسبة إلى العرف العام؟

فهنا لابدّ لنا إما من انكار أحد التبادرين أو نقول: إنه يتبادر من حاقّ اللفظ الايجاب للّفظ.

وأما تبادر الايجاب المتعقّب بالقبول فواضح عند الناس أنه ليس من اللفظ، وإنما هو من الملازمة الخارجية الغالبية.

وبهذا الوجه لا مانع من تحقق التبادرين في لفظ واحد الّا أن ذلك أيضاً مخالف لما قلنا في أول الأوامر في معنى التبادر.

ويعلم مما ذكرنا هناك أنه لو كان المعنى متبادراً من اللفظ دائماً ونحتمل أن يكون من باب القرينة الملازمة معه فهنا لا يمكن تشخيص ذلك بالتبادر.

/ ٦٦٧ / فالاولى أن يتمسك لعدم اشتراط التعقّب بالقبول في معنى البيع بغير التبادر مما ذكرنا سابقاً؛ فافهم.

[النقل المطلق أو المقيد باللفظ]

الوجه الثاني أنه بعد ما بيّنّا أن البيع ليس من قبيل الألفاظ بل إنما هو من قبيل

المعاني، فحينئذٍ يأتي نزاع آخر في أن معناه هو النقل* المطلق أو المقيد باللفظ ؟

نقل عن العلامة[1] (ره) ظاهراً أن البيع هو التمليك** المقيد باللفظ للاجماع على أن البيع عقد والعقد هو العهد الموثق. وقالوا: إنه لا يوثق العهد الّا باللفظ. ولذا قصد النذر لا يوجب شيئاً.

أقول: ولعلّ ادعاء الإجماع يكون ناشياً من باب أنهم يذكرون البيع في العقود والّا فلا وجه له مع الاختلاف الشديد من الفقهاء في معنى البيع.

وحينئذٍ لو لم يناقش في ذلك أيضاً نقول: إن الإجماع هو في معنى لابدّ وأن يكون في خصوص اصطلاح الفقهاء، وذلك لما نرىٰ أن البيع عند العرف كثيراً ما يطلق في موارد لم يكن عقد بيع في البيع، بل المعاطاة عندهم بيع بالقطع واليقين مع أنّه ليس هناك لفظ، بل لو أرادا بعض المقدسين من إجراء صيغة البيع في كثير من الموارد يضحكون الناس عليهم، بل في زماننا هذا في المعاملات الخطيرة لا سيّما في بعض البلاد يكون مجرد وضع اليد، على اليد وفي الزمان السابق كان*** المعاملة بالصفقة**** أكثر.

وكيف يمكن مع ذلك أن يدعى أنه مأخوذ في المعنى العرفي للبيع /٦٦٨/ أن يكون بصيغة مخصوصة أو غير مخصوصة.

وإذا عرفت أنه لابدّ أن يحمل الإجماع على المنقول المعنى الاصطلاحي، فنقول: إن ثبوت الاصطلاح لا يضرّ بما نحن بصدده حيث إنّا نريد أن نعيّن المعنى العرفي حتى تحمل ألفاظ الكتاب والسنة عليه. وثبوت الاصطلاح للفقهاء إنما ينفع في استخراج فتاواهم من عبائرهم.

---

*) *التمليك. (منه قدس سره).*

١) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

**) *ن خ: النقل. (منه قدس سره).*

***) *كانت. (منه قدس سره).*

****) *دست به دست زدن. (منه قدس سره).*

ثمّ لو فرضنا أنه لم يقم شيء من الأمارات على كون معنى البيع هو التمليك المقيد باللفظ أو التمليك المطلق فحينئذٍ يدور الأمر بعد أنا نرىٰ من استعمال لفظ البيع في كليهما بين أن نقول بالاشتراك اللفظي بينهما أو بالاشتراك المعنوي أو الحقيقة والمجاز.

أما الإشتراك اللفظي فخلاف الأصل.

وأما الإشتراك المعنوي فاستدلّوا لكونه مقدماً على الحقيقة والمجاز بوجهين: الغلبة وأصالة عدم لحاظ الخصوصية.

ونحن في أول الأوامر قلنا: إنا لا نسلّم اعتبار الغلبة في باب الالفاظ.

وأما أصالة عدم لحاظ الخصوصية فتكون معتبرة في كلّ مورد تحتاج الخصوصية إلى لحاظ مستقلّ غير لحاظ القدر المشترك.

وأما في مورد يحتمل أن يكون القدر المشترك مع الخصوصية يكونان ملحوظين بلحاظ واحد، فلا تكون أصالة عدم اللحاظ معتبرةً*.

وفيما نحن فيه لم يحرز أن تكون خصوصية التقيد باللفظ في معنى البيع على فرض اعتبارها في معنى البيع أن يكون بلحاظ آخر غير لحاظ أصل التمسك الذي هو القدر المشترك.

ولا يخفىٰ أنه لو فرض إحراز استعمال لفظ في المعنى / ٦٦٩ / [من] القدر المشترك بين معنيين، فحينئذٍ لابدّ أن نقول هنا بالاشتراك المعنوي؛ إذ لو حمل على الحقيقة والمجاز فيلزم كون استعماله في القدر المشترك على سبيل عموم المجاز، وهو نادر لا يحمل اللفظ عليه إلّا أنه يمكن أن يقال: إن الإستعمال في القدر المشترك فيما نحن فيه غير معلوم؛ فتأمل**.

---

*) *بل في مسألة مفهوم الشرط وغيرها منعنا اعتبار أصالة عدم اللحاظ في إثبات الأوضاع رأساً. (منه قدس سره).*

**) *وجه التأمل أنه لا يمكن انكار الإستعمال في القدر المشترك عند العرف ولو مجازاً. (منه قدس*

فلم يثبت بذلك أيضاً كونه موضوعاً للقدر المشترك؛ فتأمل.

وعلى كلّ حال، قد عرفت أن تقدم الإشتراك المعنوي وإن كان عند العلماء مسلّماً الّا أنه غير معتبر عند الأستاد - سلّمه الله ـ ومع ذلك استدلّ بذلك لكون معنى البيع هو الأعمّ تأييداً؛ إذ قد عرفت سابقاً أن مقتضى الأمارات هو كون البيع موضوعاً للقدر المشترك، فيكون هذا مؤيداً.

ولكن بناءً على ما ذكرنا في وجه التأمل في الحاشية يعلم أن الأصل أيضاً لابدّ أن يكون معتبراً.

[كون لفظ البيع مجازاً في اللفظ أو مشتركاً لفظياً]

ثمّ إن المناسب أن نذكر هنا مقتضى الاصول في دوران الأمر بين كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص التمليك فيكون مجازاً في اللفظ، أو كونه مشتركاً لفظياً بينهما أو غير ذلك.

فنقول: قد عرفت أن لفظ البيع حقيقة في التمليك قطعاً، فحينئذٍ استعماله في اللفظ لابدّ أن يكون إما بطريق المجاز أو الإشتراك اللفظي.

أما الإشتراك المعنوي فلا مسرح له هنا لعدم القدر الجامع بين اللفظ والمعنى؛ إذ هما متباينان.

وعلى هذا نقول: إن الإشتراك اللفظي يكون على خلاف الأصل، فتعين / ٦٧٠ / أن يكون استعماله في اللفظ مجازاً.

وعلى هذا فلابدّ أن يلاحظ أنه أي علاقة من علاقات المجاز صارت مصححة لهذا الإستعمال، فنقول: نقل عن الشهيد الثاني[1] أنه قال: إن العلاقة هو السببية والمسببية؛ لأن العقد سبب للمعنى.

سره).

١) مسالك الأفهام ١٤٤/٣.

ونحن نقول: إنه لابدّ أولاً أن تعين أن المسبب من العقد هل هو النقل أو الانتقال؟ فنقول: قال الشيخ في المكاسب[1]: إن المسبب هو الانتقال.

ونحن نقول: إن المسبب من العقد هو النقل، وأما الانتقال في الخارج فإنما هو بحكم الشارع، بعد استجماع الشرايط، وسيوضح المطلب في الجملة ولسنا في مقام التشريح، فلا تغفل.

وثانياً: إذا عرفت أن المسبب هو النقل فنقول: بعد فرض كون علاقة السببية والمسببية معتبرة فإن هذه العلاقة موجودة لو قلنا بأن الطلب عين الإرادة؛ لأنك قد عرفت أنه بناء على ذلك يكون النقل عنواناً ثانوياً ويكون محقِّقه ومُوجِده اللفظ.

وأما بناء على أن الطلب غير الإرادة فنقول: إن القائلين بذلك القول على صنفين:

صنف منهم يقول: إن المتكلم يوجد المعنى باللفظ يعني يقصد إيجاده باللفظ، فحينئذٍ يكون اللفظ سبباً للتمليك الّا أن هذه الطائفة شرذمة قليلة.

وصنف منهم يقول: إنه حال ذكر اللفظ يوجد المعنى أيضاً. وعلى هذا يكون اللفظ كاشفاً عنه وليس موجداً له، فيكون من قبيل اللفظ والمعنى. وليس بين المعنى واللفظ شيء من علاقات المجاز؛ إذ هما متباينان.

الوجه الرابع: أنه بناء على كون البيع من قبيل المعاني فهل يكون ذلك المعنى هو التمليك أو المعاوضة والمبادلة؟ وسيأتي الكلام في ذلك ـ إن شاء الله ـ.

الوجه الخامس: أن النقل الذي قلنا إنه من العناوين / ٦٧١ / الثانوية المتحققة باللفظ ليس معنى للفظ، بل يكون معلولاً له.

أقول: فيه: إنه قد تقدم أن معنى البيع يكون ـ بحكم التبادر وغير ذلك ـ هو النقل، وبناءً على كون الطلب عين الارادة كان النقل هو العنوان الثانوي، فكيف تدّعي هنا أن النقل لا يكون معنى اللفظ بل يكون معلولاً له؟

---

١) كتاب المكاسب ١٨/٣.

قد يقال: إن المراد أن العنوان الثانوي يكون معنى اللفظ الّا أن هذا المعنى ليس بطريق يكون اللفظ كاشفاً عنه، بل يكون معلولاً للفظ حيث إنّه لا مانع مـن أن يوضع لفظ لأن يوجد به شيء.

وفيه: أنه لو كان المراد أن لفظ «بعت» يذكر من غير أن يقصد به شيء فيصير سبباً لأن يوجد العنوان الثانوي، فنحن بعدُ لم نتصور ذلك.

وإن قلت: إنه يذكر ويكون المقصود إظهار المراضاة النفسانية فيصير معناه هو المراضاة؛ إذ ليس المعنى الّا ما يذكر اللفظ لتفهيمه كما هو بناء الأستاد ـ سلّمه الله ـ فحينئذٍ كيف يجوز ادعاء التبادر بالنسبة إلى النقل الذي لا دخل له بمعنى اللفظ.

والتفصيل قد تقدم.

[معنى البيع من حيث المتعلق]

ثمّ هذا كلّه في حاقّ حقيقة البيع من أنه التمليك أو غير ذلك، وهنا كلام آخر في معنى البيع من حيث المتعلق من أنه تمليك عين بمالٍ أو مالٍ بمالٍ أو غير ذلك.

[البيع مبادلة مال بمال أو غيرها]

فهنا نقول: إنه حكي عن المصباح[1] أنه قال: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ. وأمـا الفقهاء فبين من يعرّفه بتمليك عينٍ بعوضٍ أو تمليك مالٍ بعوضٍ أو مبادلة مـالٍ بعوضٍ ونظائر ذلك.

والحاصل أنه في طرف المثمن / ٦٧٢ / إما أن يعبّرون بالمال أو بالعين، وأما في طرف الثمن ففي غير كلام المصباح عبّر عنه بالعوض، وفي كلامه عبّر عنه بالمال.

ونحن نقول: إن الظاهر أن المثمن لابدّ أن يكون عيناً، والعين تارة تقع في قبال المنفعة وتارة في قبال الدين وتارة في قبال الحق.

---

١) المصباح المنير ٧٧/١، مادة «بيع».

أما العين التي تكون في قبال المنفعة فمراد يعني أن المثمن لابدّ أن لا يكون منفعة لما في بعض التعاريف[1] من التقييد بتمليك العين، وهو لا يشمل المنفعة.

وأما التعاريف التي عبّر فيها بتمليك مال بعوضٍ وأشباه ذلك فغير مضرٍّ، بل دليل على ما قلنا أيضاً حيث إنّ المال منصرف إلى الاعيان الموجودة في الخارج.

[اشتراط كون المثمن عيناً]

ويؤيَّد أيضاً اشتراط كون المثمن عيناً من وجوه:

الأول: أن البيع يذكر في قبال الاجارة، والاجارة موضوعة لنقل المنافع، فلابدّ أن يكون البيع موضوعاً لنقل الاعيان، وذلك لأن مقتضى المقابلة أن يكونا متباينين.

إن قلت: إن الصلح أيضاً يذكر مقابلاً للبيع مع أن البيع أخصّ منه، فأيّ مانع أن تكون الاجارة أيضاً أخص من البيع؟

قلت: ما ذكرنا إنما هو مقتضى الظاهر من مقابلة شيء مع شيء لا أنه لابدّ أن يكون كذلك.

الثاني: أن المال عند العرف يطلق على الشيء الموجود، والمنافع ليس لها وجود، وإنما لها شأنية الموجود. ولو أطلق المال على المنافع في شيء من الموارد يكون المراد أن لها حكم المال لا أنها مال فعلاً.

ومن هذا القبيل إطلاق الملّي على صاحب الصنعة الذي ليس له مال فعلاً، ولكن تكون صنعته وافية بمؤنة سنته، فإنه فقير حقيقةً، ولكن ملّيّ حكمي. ولذا تجب عليه / ٦٧٢ / زكاة الفطرة، ويحرم عليه أخذها إلى غير ذلك.

الثالث: أن تمليك الاعيان لا شبهة في كونه بيعاً، وتمليك المنافع يكون مشكوكاً ببيعيته. ولا شبهة أن موضوع الحكم الشرعي ما لم يحرز لا يجوز إجراء

---

١) أي تعريف البيع.

الحكم عليه، وفي نقل المنافع ليس البيع محرزاً حتى ترتب عليه أحكام البيع.

إن قلت: لا شبهة أن المال يطلق على المنافع فحينئذٍ يدور الأمر بين أن يكون المال حقيقةً في الأعمّ من المالية في الأعيان والمنافع أو يكون حقيقة في خصوص المالية التي تكون في الأعيان، فيكون مجازاً بالنسبة إلى المنافع.

وقد تقدم أن الإشتراك المعنوي غير مسلّم في أمثال ما نحن فيه، وما ذكرناه سابقاً إنما كان على وجه التأييد.

أقول: قد تقدم أن بناءً على مختار الأستاد يجوز أن يقال: إن ما نحن فيه من الموارد التي يكون الإشتراك المعنوى هناك مقدماً كما تقدم.

هذا كلّه في المثمن.

وأما الثمن فلا إشكال في أنه يجوز أن يكون منفعة لأنه عبّر في تعاريف الفقهاء عن الثمن بالعوض، والعوضية تكون صادقة في المنافع.

وأما ما قاله صاحب المصباح من مبادلة مالٍ بمالٍ، فلابدّ أن يوجه المال في طرف الثمن بالمال الحكمي لأنه معارض مع كلام كلّ الفقهاء، وكلّ واحد من الفقهاء يكون أبصر بمعنى البيع من صاحب المصباح؛ لأن صاحب المصباح كأحد من الناس.

وأما العين التي تكون في مقابل الدين فليس بمراد، يعني أن الدين أيضاً يقع مثمناً، وذلك لأن الدين وإن كان هو السلطنة على التزام المديون وأخذ المال / ٦٧٣ / منه فيكون حقاً، فلابدّ أن يكون حاله كحال سائر الحقوق إلّا أن الدين عند العرف ينزَّل منزلة العين حيث إنّهم يفرضون المديون مثل شخص أمين ويفرضون الدين بمنزلة عين خارجية موضوعة عند هذا الشخص الأمين. فلذا يبيعونه ويشترونه إلى غير ذلك.

والفرق بين المنافع والديون أن المنفعة تنزل منزلة المال حكماً كما تقدم، وأما الدين فينزل منزلة المال موضوعاً، فلذا يختلف الحال فيهما في الأحكام.

[بيع الكلّي]

ومن هنا ظهر أن بيع الكلي جائز بطريق أولى، وذلك لأنه من اجراء حكم المال على الدين في بعض الموارد إذا عرف أنه ينزل عند العرف منزلة المال، فهذا الوجه يجري في بيع الكلي بطريق أولى حيث إنّ أغلب المعاملات يكون بالكلي كالنسية والسلم، بل البيع بخصوص الأعيان نادر؛ لأن بناء الناس أنه لو كانت العين موجودةً أيضاً يشترون أولاً في الذمة، ثم يعطون العين عوضاً عنه.

وأما العين التي تكون في مقابل الحق فمراد يعني أن الحق لا يقع مثمناً بل وكذا ثمناً.

أما الحقوق التي ليست قابلة للنقل فواضح.

وأما ما يقبل النقل كحق الخيار أو حق التحجير لو قلنا إنه قابل للنقل، فلا إشكال في عدم وقوعها مثمناً لعدم صدق المالية.

وأما في وقوعها ثمناً إشكال فقد يقال: إنها لا يقع ثمناً من باب أنّا لا نعلم أن مراد الفقهاء من العوض في تعريف البيع يكون أعم من الحق أيضاً أم لا، فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقن. وليس الشك هنا / ٦٧٤ / في معنى اللفظ حتى يقال ببعض ما يقال في السابق؛ لأنه ليس هنا لفظ يشك في معناه. وإنما الشك في مراد الفقهاء من العوض.

أقول: فتأمل.

وقد يقال: إن جعل الثمن حقاً لو كان عند العرف فلا إشكال أنه نادر فليس بحيث يمكن إحراز جعل الحق ثمناً عندهم، ونحن أيضاً لا نريد الّا تعيين معنى البيع عند العرف، وإذا لم يقع في الخارج الّا نادراً فلا يمكن إحراز صدق البيعية عليه، فلابدّ في موضوع الحكم الشرعي من الاقتصار على القدر المتيقن.

وما يرىٰ أن العرف يجعلون الأعيان في قبال الحقوق يكون مرادهم اسقاط الحقوق بواسطة تمليك العين ولم يحرز عنوان البيعية هنا.

أقول: هذا المسلك الأخير أحسن، بل لابدّ أن يعمل بهذا المسلك من أول الأمر أيضاً.

وبيانه أنه لا إشكال أن الغرض تعيين مفهوم ما هو بيع عند العرف. ولا يخفىٰ أن هذا المعنى غير خفيّ على أحد حتى يجوز الرجوع فيه إلى قول الفقهاء، وذلك لأنا نعلم أن البيع لم يتغير معناه، ونعلم أنهم لم يطلعوا على أزيد مما اطلعنا عليه من الموارد التي يطلقون البيع عليه عند العرف.

وهنا لا وجه من الرجوع إلى قول الغير مع أنّا نعلم أن كلما يقولون يكون مستنداً إلى اجتهاداتهم، بل كلّ مورد شككنا في المعنى العرفي ولم نتمكن من تعيينه فنجري هنا حكم الشك كما في سائر المفاهيم العرفية التي يصير بعض أفرادها مشكوكة؛ إذ ما من معنى عرفي الّا وله مصاديق مشكوكة؛ فافهم. فإنه لا مجال للتفصيل والتوضيح، ولذا يكتفى من كلّ مطلب بالإشارة / ٦٧٥ / إليه.

[قيد العوض في البيع]

ثمّ لا يخفىٰ أنه قيد العوض في المنقول عن التذكرة[1] والمبسوط[2] بمقدر، فقالا «بعوض مقدر»، ولذا أورد عليه بأن كون الثمن معلوماً إنما هو من شرايط البيع الصحيح، وكلامنا إنما هو في المعنى العرفي للبيع صحيحاً كان أو فاسداً.

اللهمّ الّا أن يقال: إن المراد كونه مقدراً في الجملة، ولم يكن مبهماً صرفاً كأن يقول «بعتك بشيء». فإن هذا ليس ببيع عند العرف أيضاً.

[البيع من قبيل المعاني لا الألفاظ]

وبعد ما عرفت أن البيع ليس من قبيل الالفاظ بل إنما هو من قبيل المعاني،

---

١) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

٢) المبسوط ٧٦/٢.

فاعلم أنه ليس بنقل ولا بتمليك وإن يكن متضمّناً للتمليك، بل معناه هو المبادلة والمعاوضة كما يفهم ذلك مما ذكرنا سابقاً.

[فرق البيع والمعاوضة]

أقول: والظاهر أن مطلق المعاوضة أيضاً ليس ببيع، وإنما البيع هو المعاوضة بعنوان البيعية*.

لا يقال: إن أخذ البيعية في معنى البيع موجب للدور؛ لأنا نقول: إن البيع من أظهر المفاهيم العرفية، وليس مخفياً على أحد من أهل العرف من حيث العنوان وإن كان بعض مصاديقه محل الشك من باب عدم تشخيص تمام الخصوصيات المأخوذة فيه. ومعلومية معنى البيع في الجملة يكفي في ما قلنا، فلا تغفل.

ولا منافاة فيما ذكرنا من أن البيع معناه هو المبادلة كون مقتضاه. هو التمليك؛ إذ المقصود هنا تشخيص مفهوم البيع لا تشخيص مقتضاه ولا مانع في أن يكون مفهوم البيع غير التمليك مع أن يكون مقتضاه هو التمليك كما يقولون بذلك في الصلح أيضاً كما يستظهر لك بُعيد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

[الفرق بين البيع والصلح]

فإذا عرفت ما تقدم فنقول: يعرف البيع بتمليك عين بعوض ومبادلة عين بعوض ومبادلة مالٍ بعوضٍ وتمليك مالٍ بعوضٍ وأشباه ذلك. ونحن نذكر الطرد والعكس بالنسبة إليها حتى يعلم أن أحسن التعاريف / ٦٧٦ / أيّ واحد من هذه التعاريف، فنقول:

أما بالنسبة إلى الطرد لو كان الجنس هو التمليك أو المبادلة يكون الصلح على كلّ حالٍ غير داخل في أصل الجنس.

---

*) *وسيجيء تفصيل ذلك في أول المعاطاة ـ إن شاء الله ـ. (منه قدس سره)*

وبيان ذلك أنه وإن قد يتفق أن الصلح أيضاً يقتضي عليك عيناً بالعوض الّا أن الصلح ليس مفهومه التمليك وإنما يكون مفهومه الصفح* أو التسالم**، فتكون المبادلة أيضاً مغايرة مع مفهوم التمليك والصلح، ولكن يقتضي التمليك ضمناً دائماً.

ومن هنا ظهر أن الصلح خارج عن أصل الجنس سواء كان الجنس هو التمليك أو المبادلة.

أقول: قد يقال: إنه لو لم نخرجه بنفس الجنس فنخرجه بقيد العوض باعتبار أن العوض ليس مأخوذاً في حقيقة الصلح.

وهذا فاسد لأن نقض الصلح بطرد التعريف إنما هو باعتبار بعض مصاديق الصلح، وهو كلّ صورة يكون مفاد الصلح عين مفاد البيع كما شرحنا ذلك فيما كتبنا في كتاب البيع.

والوجه لعدم إخراج الصلح بنفس الجنس هو أنه لو كان البناء على أخذ مفهوم التمليك واخراج ما لا يكون مفهومه التمليك فلابدّ أن يخرج جميع المعاملات من الجنس حتى البيع، لأن مفهوم البيع مغاير مع مفهوم التمليك، ويكون التمليك تابعاً للبيعية كما أن الصفح في الصلح أيضاً يكون أصالة والتمليك تبعاً.

[فرق الصلح مع سائر المعاملات]

اللهمّ الّا أن يقال: إنه فرق بين الصلح وسائر المعاملات، / ٦٧٧ / وذلك بأن نقول: إن حقيقة البيع والإجارة والهبة وأشباه ذلك هو التمليك، واختلاف مفاهيمها إنما نشأ من خصوصية أخذت*** في ذلك التمليك من كون متعلق التمليك منفعة أو عيناً أو غير ذلك. وهذا بخلاف الصلح، فإن مفهومه لا دخل له بالتمليك أصلاً؛

---

*) *گذشتن. (منه قدس سره).*

**) *سازگاری. (منه قدس سره).*

***) *خصوصية. (منه قدس سره).*

فتأمل*.

ولا يخفىٰ أنه لو كان جنس التعريف هي المبادلة فحينئذٍ يكون المراهنات أيضاً خارجة من الجنس ـ صحيحةً كانت كالسبق والرماية أو فاسدة كالقمار[1] ـ، وذلك لأنه من طرف واحد وإن كان تمليكاً الّا أن عمل الطرف المقابل ليس له مالية حتى يقابل بالمال ويصير بدلاً عنه.

[بيان الجنس في تعريف البيع وما ينتج ذلك]

ومن هنا ظهر أنه لو كان الجنس في التعريف هو التمليك فلابدّ أن يخرج المراهنات من الباء في «بعوضٍ»؛ لأن لفظ الباء هنا للمقابلة.

ويمكن اخراج المراهنات من التمليك أيضاً بأن ندعي أنه ليس في المراهنات تمليك بل إنما هو وعد بالتمليك بعد ذلك. غاية الأمر أن التمليك بعد ذلك يصير واجباً عليه كما في النذر.

ويمكن اخراج القرض أيضاً من الجنس لو كان الجنس هو المبادلة، والّا فلو كان الجنس هو التمليك فيخرج القرض من الباء في «بعوضٍ»، والملاك في كلامهم واحد.

وبيان ذلك بأن نقول: إن المقرض لا يعطي القرض بالمقترض عوضاً عمّا يؤديه بعد ذلك، بل إنما يعطي لأن يصير المقترض ضامناً لمثل ما أعطاه.

[هل الدَيْن هو الضمان]

إن / ٦٧٨ / قلت: فعلى هذا يصير الدين عبارة عن الضمان، فحينئذٍ لابدّ أن لا

---

*) *الاحسن أن يقال: إن البيع هو المبادلة التي تكون بعنوان البيعية كما يظهر وجهه بما نذكر ـ إن شاء الله ـ في أول المعاطاة. (منه قدس سره).*

١) في الأصل: كما القمار.

يجوز بيعه لأن الضمان ليس بشيء يكون قابلاً للبيع.

قلت: إن الدين أولاً يكون هو الضمان، ثمّ بعد تحقق الضمان يعتبر أهل العرف بلحاظ هذا الضمان المقترض بمنزلة أمين يكون عنده أعيان مال الغير.

ومما يدلّ على أن القرض ليس بمعاوضة أنه يجوز اعطاء عين ما اقترضه المقترض بالمقرض أداء الدين مع أنّه لو كان معاوضةً يلزم هنا اتحاد العوض والمعوض.

وعلى هذا لا وجه لتأمل الشيخ[1] في كون القرض معاوضة.

أقول: وعلى فرض كون القرض منشأ للضمان يكون ما يعطي المقترض بعد ذلك أداءاً لنفس ما أخذه، لا عوضه كما أنه في الضمان مطلقاً يكون هذا اللحاظ موجوداً.

ومما ذكرنا ظهر أنه يمكن اخراج الجعالة أيضاً من الجنس بأن نقول: إن من يقول «من ردّ عبدي فله كذا» لم يملك المال للعامل فعلاً، بل كلامه ذلك يكون بمنزلة الوعد، غاية الأمر أن هذا الوعد يكون لازم الوفاء.

وأما لو قلنا إن الجاعل يملك الجُعل بالعامل فعلاً فحينئذٍ لو قلنا إن الموجب هو العامل ـ ولا منافاة بين أن يكون العامل موجباً وبين أن يكون الجاعل هو المملِّك أولاً لأنه لا مانع في أن يصير القابل مقدماً والموجب مؤخراً ـ فحينئذٍ نخرج الجعالة منها بالتقييد بالعين حيث إنّ المثمن في الجعالة على هذا / ٦٧٩ / هو العمل، والمفروض أن المثمن في البيع هو العين.

وأما لو كان الموجب هو الجاعل فحينئذٍ يصير المثمن عيناً فلا يخرج بقيد العين، وحينئذٍ قد يقال: إنه لو كان الموجب هو الجاعل أيضاً لا يلزم أن يكون المثمن عيناً بل يجوز أن يكون منفعة كأن يقول «من ردّ عبدي فله منفعة داري».

وفيه أنه في كلّ مورد يصير المثمن عيناً ينتقض تعريف البيع به.

---

١) كتاب المكاسب ١٥/٣.

وقد يوجَّه لإخراجه على هذا بوجه آخر، وهو أن نقول: إن ما يكون مقابلاً لما يعطيه الجاعل هو النتيجة أعني ردّ العبد.

وعلى هذا نقول: إن ردّ العين ليس له مالية حتى يقابل بالمال؛ لأن المال إما عين أو منفعة، وهذا ليس بشيء منهما. وإذا لم يكن له شأنية أن يقابل بالمال فحينئذٍ لو كان الجنس في التعريف هو المبادلة فلا يشملها من أول ألامر، وأما لو كان الجنس هو التمليك فحينئذٍ نخرج الجعالة بالباء في «بعوض» حيث إنّها للمقابلة.

وأورد على ذلك بأنه يفهم من بعض كلمات العلماء أن نفس العمل يكون مقابلاً للعمل لا النتيجة، وذلك لأن بعضهم صرّح باشتراط تعيين مقدار العمل، فلو لم يكن نفس العمل في قبال العين لما كان وجه لهذا الاشتراط.

هذا كلّه فيما يمكن أن يكون خارجاً من الجنس الذي ذكر في التعريف أعني التمليك / ٦٨٠ / أو المبادلة.

وبقيد المال أو العين خرجت الإجارة حيث إنّ المثمن لابدّ أن يكون منفعة في الإجارة والجعالة على احتمال كما تقدم، والحقوق لأنها ليست بعين ولا مال.

وهذا واضح.

وإنما الإشكال في أنه لو بنينا على أن الحقوق القابلة للنقل لم تقع ثمناً أيضاً كما تقدم فكيف نخرجها من قولنا «بعوضٍ» مع أن الظاهر أن العوضية تكون صادقة عليها.

وأنا أقول: إنه لو بنينا على أن الحقوق لا تقع ثمناً في البيع العرفي فحينئذٍ نقول: إنه لابدّ من ذكر قيد آخر في العوض حتى يخرجها.

وأيضاً لا يخفىٰ عليك أنه لو كان المأخوذ في التعريف هو العين فحينئذٍ يكون شاملاً لتمليك عين لا يكون له مالية كحبة حنطة مع أنّه ليس ببيع عرفاً بل يعدّونه مزاحاً. فحينئذٍ لابدّ من جعل متعلق التمليك هو المال بعد ادعاء أن المال منصرف

إلى الأعيان حتى لا يشمل المنافع.

[تعريف الهبة]

ثمّ إنه بقي في التعريف الهبة، فنقول: إن الهبة لو كانت غير معوضة فظاهر أن تعريف البيع لا يشمله. وأما لو كانت معوضة فحينئذٍ نقول: لا يخفىٰ أنه تارة يكون التمليك عوضاً عن التمليك، وتارة يكون المال عوضاً عن المال، وتارة يكون التمليك عوضاً عن المال، وتارة يكون بالعكس.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن البيع عبارة عن تمليك مالٍ بعوض مالٍ آخر، وأما الهبة المعوضة فهو عبارة عن جعل تمليك مالٍ عوضاً عن تمليك مالٍ آخر*.

[بيع الدين]

هذا كلّه في تصحيح تعريف / ٦٨١ / البيع بحسب الطرد، وأما عكس التعريف فينتقض ببيع الدين حيث إنّ الدين ليس بعين فلا يشمله التعريف.

وذلك لأن الدين عبارة عن تسلط الدائن على المديون، ومن هنا ينشأ إشكال، وهو أنه كيف يعقل بيع الدين بمن عليه الدين على هذا؟ لأن صيرورة المديون مالكاً للدين معناه أنه يصير مسلطاً على نفسه، ولا يعقل أن يتسلط الإنسان على نفسه.

وأجيب عن أصل النقض بأن الدين وإن كان حقيقة عبارة عن السلطنة به الّا أنه عند العرف ينزل منزلة عين مالٍ موضوع عند أمين، فيرتّبون أحكام الأعيان الخارجية التي تكون لها مالية عليها.

ومن هنا ارتفع الإشكال المتوهم أيضاً حيث إنّه إذا كان بمنزلة مالٍ موضوع عند الدائن فيجوز بيعه بالدائن أيضاً، فيؤثر تمليكه السقوط.

---

*) *فيه تأمل سيأتي الاشارة إلى وجهه في أوايل المعاطاة. (منه قدس سره).*

ومما ذكرنا ظهر أنه لا مانع من أن يعرف البيع بمبادلة مالٍ بعوضٍ.

وأيضاً عرفت أن تمليك الأعيان بالعوض منحصر بالبيع.

فعلى هذا لا يبقى[1] مجال لأن يقال: إن البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض، فيقدم على الصلح وغيره كما قيل.

وذلك لأن كون البيع أصلاً في ذلك إنما هو متفرع على أن يكون تمليك العين بالعوض أعمّ من البيع وغيره.

اللهمّ الّا أن يقال بأخذ خصوصية أخرىٰ في البيع، وليس في البين خصوصية الّا أن نشترط اللفظ في البيع، فحينئذٍ نقول: إن الأصل في تمليك الأعيان بالعوض أن يكون التمليك باللفظ من باب الغلبة.

/ ٦٨٢ / **أقول**: لا يخفىٰ أن الغلبة ممنوعة بأشدّ المنع.

[تمليك الأعيان بالعوض]

ثمّ إنه سيأتي في بيع المعاطاة أن تمليك الأعيان بالعوض يكون أعمّ[2] من البيع، ولا يكون ذلك متوقفاً على أن نشترط اللفظ في البيع أيضاً.

[البيع العرفي]

بيان ذلك أنه لما كان المراد تعريف البيع العرفي ونحن نرىٰ أنه تارة يقع تمليك العين بالعوض مع أنّه يقال عند العرف: إن هذا ليس ببيع، بل يقال معاوضة ومبادلة كما لو بدّل عباءً بعباءٍ، فيقال: ما باع ولكن بدّل.

وحينئذٍ نقول: إن قصد البيعية أيضاً يكون مأخوذاً في معنى البيع، وليس مطلق تمليك الأعيان بالعوض بيعاً.

---

١) في الأصل: لا يبق.

٢) في الأصل: أعماً.

ولكن لا يخفىٰ أن جميع ما قلنا لا دخل له بعبارة هذا القائل حيث إنّ مراد هذا القائل أن تمليك الأعيان بالعوض يكون أعمّ[1] من البيع والصلح والهبة ولكن الأصل أن يكون بيعاً.

وما ذكرنا من الخصوصية لا دخل لها لأن يصير تمليك العين بالعوض شاملاً للصلح أيضاً، غاية الأمر أنه يصير سبباً لأن يكون بعض أقسام تمليك العين بالعوض غير مندرج تحت شيء من المعاملات، والّا فلو فرض أنا نعلم بتحقق تمليك العين بالعوض في الجملة، لكن لا نعلم أنه كان بالأصالة حتى يصير بيعاً أم كان بالتبع حتى يكون صلحاً أو هبة، فلا نسلّم أن الأصل هنا يقتضي أن يكون ذلك بيعاً لا صلحاً ولا هبة. ولا إشكال في ذلك، كما لا إشكال في أنه إذا قال «بعت» وشككنا في أن مراده هو البيع أو الصلح وغير ذلك مجازاً، نقول: إنه لابدّ أن يكون بيعاً لأجل أصالة الحقيقة المعتبرة عند الكلّ.

[لفظ البيع موضوع للصحيح أو الأعم منه ومن الفاسد]

ثمّ إن المهمّ في المقام مقدمةً / ٦٨٣ / لمسألة المعاطاة أن نبيّن أن لفظ البيع موضوع للصحيح أو الأعمّ منه ومن الفاسد؟ حيث إنّ جواز التمسك بإطلاق ﴿أحلّ الله البيع﴾[2] للمعاطاة يكون موقوفاً على أن يكون لفظ البيع موضوعاً للأعمّ من الصحيح كما أن جواز التمسك لها كان متوقفاً على أن لا يكون البيع من قبيل المعاني ولم يكن ذلك المعنى مقيداً باللفظ أيضاً.

[المسائل العامة لجميع المعاملات]

ثمّ اعلم أن أغلب المباحث التي يكون في كتاب البيع إذا اخترنا هنا شيئاً من

---

١) في الأصل: أعماً.

٢) البقرة: ٢٧٥.

كونه لفظاً أو مقيداً به وكونه موضوعاً للأعـمّ أو غـير ذلك يكـون حـال سـائر المعاملات أيضاً كذلك، فيكون عنوان المسائل العامة لجميع المعاملات في كتاب البيع، ويكتفي العلماء بذلك عن ذكرها في سائر العقود الّا اجمالاً، ولذلك يقولون للبيع إنه أمّ[1] المعاملات.

[توضيح معنى الصحيح والفاسد]

وبالجملة فلنشرع إلى ما كنّا بصدده من كون لفظ البيع موضوعاً للـصحيح أو الأعمّ فنقول:

إن الصحيح في اللغة تارة يطلق على ضدّ المكسور، وهذا مختص بالأجسام، ولا يأتي في الحيوانات ولا الأفعال ولا غير ذلك.

وتارة يطلق على ضدّ المعيوب، وهذا يأتي في الحيوانات والأفعال والأجسام وغير ذلك.

وهذان المعنيان لا دخل لهما بمحل النزاع في مسألة الصحيح والأعمّ. وتـارة يطلق على ما يترتب عليه الأثر في الجملة. وهذا هو محل النزاع.

وهذا / ٦٨٤ / مختص بالأفعال، ولا يأتي في غيرها.

والمراد بالأثر هو الأثر الفاعلي يعني الأثر الذي كان من قصد الفاعل ترتبه على فعله لا الأثر الذي يترتب عليه من غير قصده كالآثار القهرية المترتبة على الأفعال الخارجية كترتب انتقاش الأرض من المشي عليها بواسطة وضع الرِجْل عليها.

وأيضاً لابدّ أن يكون ذلك الأثر قابلاً للـتخلف كـما لو كـان ذلك الأثـر مـن المجعولات الشرعية أو العرفية، فحصول القتل من ضرب السيف على عنق الخصم وإن كان مقصوداً للفاعل الّا أنه خارج عن محلّ النزاع حيث إنّ محل النزاع إنما هو الأثر المجعول الشرعي أو العرفي الذي يكون قابلاً للتخلف، ويكون غرض الفاعل

---

١) في المخطوطة: أمهات.

أيضاً ترتّبه على ذلك الفعل.

ثم أقول: إن النزاع في كون ألفاظ العبادات والمعاملات أسامي للصحيح ليس مبنياً على ثبوت الحقيقة الشرعية؛ لأن النزاع في مسألة ثبوت الحقيقة الشرعية إنما هو في أن تلك الالفاظ صارت حقيقة في المعاني المستحدثة بالوضع[1] التعييني أو التعيني أم لا.

والنزاع في مسألة الصحيح والأعمّ ـ كما نشير إلى ذلك في الحاشية في أول مسألة* الصحيح والأعمّ ـ في أن تلك الالفاظ إذا استعملت في المعاني المستحدثة سواء كانت على وجه الحقيقة كما لو قلنا بثبوت الحقيقة الشرعية أو مجازاً هل يكون المراد هو الصحيحة منها أو الأعمّ؟

ثمّ إن الثمرة في كون الألفاظ أسامي للصحيح أو الأعمّ هو أنه لو قلنا بكون الالفاظ أسامي للصحيح فلا يجوز التمسك بإطلاقها، وذلك لأن كلّ مورد يشك في الحكم يكون ذلك الشك ناشياً في تحقق / ٦٨٥ / أصل المصداق.

مثلاً إذا كان البيع موضوعاً للصحيح فكلّ مورد نشكّ في شمول قوله ـ تعالى شأنه ـ ﴿أحل الله البيع﴾ له يكون ذلك الشك ناشياً من كون هذا البيع صحيحاً، فيصير الشك في الموضوع، فلا يجوز التمسك له بالآية.

ثمّ إن ترتب ثمرة اجمال الخطاب على القول الصحيحي نسب إلى المشهور بأنه مختص بما لو قلنا بأن هذه الالفاظ حقيقة في الصحيح.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: لو كثر استعمال تلك الالفاظ في الصحيح أيضاً يصير منشأ لاجمال الخطاب ولو لم يصل إلى حدّ الحقيقة، بل نقول إن الإستعمال في الصحيح منشأ لإجمال الخطابات ولو ثبت استعمال ذلك اللفظ في الصحيح مرةً واحدة في لسان الشارع.

---

١) في المخطوطة: بوضع.

*) *وذكر في الحاشية لذلك اشكالات وأجاب عنها. (منه قدس سره).*

وإذا عرفت ذلك فنقول: حكي عن الشهيد الثاني أنه نصّ في كتاب اليمين من المسالك[1] على أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد لوجود خواصّ الحقيقة والمجاز كالتبادر وصحة السلب.

قال: ومن ثَمّ حُمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع اجماعاً. ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد لقبل تغيره بأحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة. وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعمّ من الحقيقة؛ انتهىٰ.

أقول: ظاهر كلامه أنه يقول إن عقد البيع وصيغة البيع حقيقة في الصحيح لا نفس لفظ البيع الّا أن الأستاد يدعي أن المراد هو لفظ البيع حيث إنّه المتداول في لسان الناس، ويكون محتاجاً إلى البيان، فتأمل.

وسنتعرض لكلامه ـ إن شاء الله ـ.

/ ٦٨٦ / وأيضاً حكي عن الشهيد الأول (ره) أنه قال في القواعد[2] الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا يطلق على الفاسد إلّا الحج لوجوب المضيّ فيه.. إلى آخر عبارته التي حكي عنه في الفصول.

والكلام يقع تارة في معنى هذه العبارة وتارة في صحة مدعاه. فنقول:

لا يخفىٰ أولاً: أن المراد بقوله «لا يطلق» هو الإطلاق بطريق الحقيقة لا مطلق الاطلاق حيث إنّ إطلاق جميع ألفاظ العبادات والمعاملات على الفاسد مما لا سبيل إلى انكاره.

وثانياً: أن قوله «وسائر العقود» يحتمل أن يكون عطفاً على «الصلاة» وأن يكون عطفاً على «الماهيات الجعلية»، ويلزم من الثاني أن يكون قوله «وسائر العقود» فصلاً بين المستثنىٰ والمستثنىٰ منه، ومن الأول أن يكون المعاطاة من الماهيات المجعولة.

---

١) مسالك الأفهام ٢٦٣/١١.

٢) القواعد والفوائد ١٥٨/١.

وتوجيه ذلك بأن نقول: إن المعاملات باعتبار انضمام بعض الشروط إليها كأنها صارت مجعولة من الشارع.

وثالثاً: أن قوله «إلّا الحجّ» لوجوب المضيّ فيه لو أبقيناه على ظاهره، فيرد عليه أن مجرد الأمر بالاتمام كيف يصير دليلاً على أن الحج حقيقة في الفاسد مع أن الإستعمال أعم من الحقيقة؟

هذا مع غمض العين من أن الصوم أيضاً تعلق الأمر بإتمام فاسده، فلذا قد يقال: إن مراد الشهيد من قوله «ألفاظ العبادات ليست حقيقة في الفاسد الّا الحجّ» باعتبار أن فاسده أيضاً صحيح كما أشار بذلك في الفصول.

فعلى هذا يصحّ التعليل لكونه حقيقة في الفاسد بوجوب المضيّ. وذلك لأن الصحة عبارة عن موافقة الأمر، فإذا يكون فاسد الحج مأموراً به فيكون فاسده صحيحاً أيضاً.

[جمع وصفي الصحة والفساد]

إن قلت: كيف تجمع بين وصفي الصحة والفساد في شيء واحد /٦٨٧/ مع أنهما متقابلان؟

قلت: إن العلماء بناء على القول الصحيحي لما أرادوا أن يعبّروا عن الصحيح باسم يكون مناسباً مع جميع موارد الصحيح ورأوا أن كلّ اسم يكون له نقض، مثلاً لو قالوا إن الصحيح ما كان عن قيام فكان منتقضاً بأن الصلاة تصحّ في حال القعود وغيره أيضاً.

ولو قالوا إن الصحيح ما كان فيه القراءة فكان أيضاً منتقضاً.. إلى غير ذلك، فتتبّعوا لقدر جامع بين جميع أفراد الصحيح، فرأوا أن الصحيح يكون دائماً موافقاً للأمر ويكون مسقطاً للقضاء، فاصطلح المتكلمون أن يعبّروا عن الصحيح بما كان موافقاً للأمر، والفقهاء بأن يعبّروا عن الصحيح بما كان مسقطاً للقضاء.

والحج الفاسد ليس موافقاً للأمر بالحج، وليس مسقطاً للقضاء، فلابدّ أن يكون فاسداً، الّا أنه لما يكون موافقاً للأمر بالاتمام فيكفي ذلك في إطلاق الصحيح أيضاً عليه.

وبعبارة أخرىٰ: قد تقدم أن ما كان له أثر فاعلي مجعول فيكون صحيحاً والحج الفاسد لما تعلق الأمر باتمامه فيمكن قصد القربة، والتقرب غرض فاعلي مجعول، يعني [أنه] يكون من قبل أمر الشارع لا من قبل ذاته.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: بناءً على أن يكون مراد الشهيد (ره) أن لفظ البيع موضوع للعقد الصحيح فالمراد إما الصحيح الشرعي أو الصحيح العرفي*.

أما لو كان المراد هو الصحيح الشرعي فإما أن يكون المراد أن اللفظ صار موضوعاً لذلك بالوضع التعييني أو التعيّني عند الشارع أو المتشرعة.

أما لو كان المراد إثبات الوضع عند الشارع حتى يوجب اجمال الخطابات من باب أخذ الشروط المجهولة عندنا في مفهوم البيع. / ٦٨٨ / فعلى هذا نقول: قد تقدم أنه لو قلنا بكون الالفاظ حقيقة في المعاني الصحيحة أو كان كثير الإستعمال في معنى الصحيح في لسانه أو أحرز** استعمال واحد في المعنى الصحيح أيضاً في

---

*) *هذا التفصيل تطويل بلا طائل، والحاصل أن لفظ البيع وغيره من ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح للتبادر وصحة السلب كما في المسالك وغيره مع أنه بناءً على الوضع للصحيح لا يصح التمسك بالإطلاق، وهذا ينافي مع الاتفاق على التمسك بالاطلاقات للأفراد المشكوكة.*

والجواب إما بمنع الوضع للصحيح والمناقشة على التبادر وصحة السلب بما نقلناه في المتن عند التعرض للوضع للصحيح عند المتشرعة.

ولكنه هيّن كما لا يخفىٰ للمتأمل.

وإما بدعوىٰ أن وضعها للصحيح العرفي، فيكون لنا الطريق إلى إحراز الموضوع، فلا مانع من التمسك بالإطلاق كما في الحاشية وكلام المصنف، وإن كان في كلامهما اختلاف ستأتي الاشارة إليه ـ إن شاء الله ـ. (منه قدس سره).

**) *لا وجه لإجمال الخطاب الّا في مورد ثبت الإستعمال في الصحيح بعد أن اللفظ ليس حقيقة في الصحيح بل الأعمّ منه. (منه قدس سره).*

كلماته يصير سبباً لاجمال خطاباته، ولا يتوقف ترتب هذه الثمرة على فرض أن تكون الألفاظ حقيقة في المعنى الصحيح، بل أعمّ.

الّا أنه مع ذلك لا تترتب الثمرة فيما نحن فيه، حيث إنّه تتوقف صيرورة خطاباته مجملة على إحراز استعمال لفظ البيع في المعنى الصحيح ولو في مورد واحد.

ونحن بعدُ لم نحرز استعمال شيء من ألفاظ المعاملات والعقود في لسان الشارع في العقد فضلاً من استعمالها في العقد الصحيح الّا لفظ النكاح في قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾[1]، فإن الإجماع قائم على أن المراد من النكاح هنا هو العقد.

هذا أولاً.

وثانياً: أنه لو كان المراد من لفظ البيع ونظائره هو العقد الصحيح وكان موضوعاً لذلك فيلزم أن لا نتمكن من التمسك بعمومات المعاملات وإطلاقاتها. وهذا يكون مخالفاً للاجماع حيث إنّ بناء العلماء على التمسك بها.

[ثمرات بحث الصحيح والأعم]

وبيان أنه يلزم ذلك هو أن الثمرة التي ذكروها في مسألة الصحيح والأعمّ يكون لها شقّان:

الأول: أنه لو قلنا بكون الالفاظ موضوعة للصحيح فحينئذٍ لا يجوز التمسك بالاطلاقات والعمومات.

وهذه الثمرة متفق / ٦٨٩ / عليها، ولا إشكال فيه.

الثاني: أنه بناء على القول بالأعمّي يجوز التمسك بالاطلاقات.

وهذه الثمرة محل الخلاف والإشكال.

---

١) النساء: ٢٢.

ومن هنا ظهر أنه لا يمكن أن يكون مراد الشهيد (ره) هو الصحيح الشرعي في لسان الشارع، وأما لو كان المراد إثبات الوضع للصحيح الشرعي في لسان المتشرعة، فنقول: إن هذا فاسد من وجهين:

الأول: أن الأدلة التي أقامها الشهيد (ره) لا يتمّ شيء منها؛ أما صحة السلب فمردودة بما قلنا في صحة السلب الذي ادعوها لإثبات اشتراط التعقب بالقبول بأن المراد سلب الصحة لا سلب أصل الماهية.

وأما التبادر فنقول نظير ما أجاب الشيخ[1] (ره) عن ادعاء تبادر البيع في الايجاب المتعقّب بالقبول، وذلك لأن الشيخ قال: إن التبادر مستند إلى القرينة، وهو أن ظاهر حال المتكلم أنه يريد أن يخبر بالبيع المثمر.

ونحن نقول: إن المتكلم لم يكن مراده أن يخبر عن البيع المثمر، ومع ذلك يتبادر منه الصحيح باعتبار أن ظاهر حال المسلم الذي يخبر منه أنه يبيع ببيع مثمر.

وبناءً على ما نقول لم يستعمل اللفظ في غير معناه بواسطة القرينة حتى يلزم المجاز، وبناءً على طريقة الشيخ يلزم ذلك؛ فتدبّر جيّداً.

وبناءً على ذلك لا مانع من التمسك بـ﴿أحلّ الله البيع﴾ حيث إنّه ليس هناك ظهور حال مسلم حتى يصير منشأ لذلك.

وأما الإجماع على قبول الاقرار به وعدم سماع دعوى الفاسد بعد ذلك ليس من باب أن لفظ البيع حقيقة في الصحيح، فيكون عدم سماع دعوى الفساد بعد ذلك من باب أن ادعاءه الفساد / ٦٩٠ / بعد ذلك مخالف لأصالة الحقيقة، بل عدم سماع دعوى الفساد بعد ذلك إنما يكون من باب أنه بعد ما أحرز البيع في الجملة فبواسطة الأصل العملي وهو أصالة الصحة في فعل المسلم يحمل فعله على الصحيح.

---

١) في كتاب المكاسب ١٧/٣.

وهذا أصل عملي مسلّم.

الثاني: أنه لو سلّم كون ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح عند المتشرعة لا يثمر في صيرورة خطابات الشارع مجملة، وإنما يثمر في فهم فتاوىٰ العلماء من كلماتهم وفي فهم معاقد الإجماعات وأشباه ذلك.

إن قلت: إنه إذا ثبت كون الالفاظ موضوعة للصحيح عند المتشرعة فيكفي ذلك في حمل خطابات الشارع على الصحيح، ولا يتوقف على إحراز أن الشارع استعمل هذه الالفاظ في المعاني الصحيحة حينئذٍ ولو مرتبة واحدة أيضاً.

وما قلنا من أنه يتوقف صيرورة الخطاب مجملاً على إحراز استعمال الشارع في المعاني الصحيحة إنما هو لو لم يثبت الوضع للصحيح عند المتشرعة، والّا فلا يحتاج إلى إحراز الإستعمال في المعاني الصحيحة.

قلت: ما سمعت من أنه إذا تعارض العرف واللغة فإنما المراد هو العرف العام، والمشهور يقولون بذلك على خلاف القاعدة، وذلك لأن مقتضى القاعدة أنه إذا كان اللفظ موضوعاً في اللغة لمعنى وكان في العرف حقيقة في معنى آخر، وشك في مبدء النقل من أنه في زمان صدور اللفظ المتنازع فيه من الشارع حصل هذا النقل أم لا؛ فمقتضى أصالة تأخر الحادث أن يحمل على المعنى اللغوي الّا أن بناء المشهور على تقديم العرف العام إما من باب الغلبة أو تشابه الأزمان أو الاستقراء أو غير ذلك كما يقول بذلك في القوانين / ٦٩١ / في أول مسألة الحقيقة الشرعية.

أيضاً صاحب الحاشية تعرض لذلك في باب تعارض الأحوال إلّا أن كلّ ذلك لو كان التعارض بين العرف العام واللغة.

وأما لو كان التعارض بين العرف الخاص واللغة فهنا يكون بناؤهم على طبق القاعدة كما تعرضوا لذلك في مسألة الحقيقة الشرعية، وتعرض له الشيخ[1] في مسألة أصالة تأخر الحادث في الإستصحاب.

---

١) فرائد الأصول ٢٤٧/٣.

وأما لو كان المراد بكون ألفاظ المعاملات حقيقة في الصحيح العرفي أعني ما يعدّه أهل العرف صحيحاً، فنقول: لا يخفىٰ أنه تعرض صاحب الحاشية في آخر مسألة الصحيح والأعم لذلك حيث ينقل كلام الشهيدين ويجيب عن الأدلة السابقة.

ثمّ يقول: إنه يشكل الأمر بأن الظاهر انفهام الصحيح من نفس اللفظ فلابدّ أن يكون حقيقة فيه.

ومع ذلك لا مانع من التمسك بالاطلاقات في مورد الشك، ولا يصير وضعها للصحيح سبباً لاجمالها لأنه ليس المراد أنها حقيقة في خصوص العقد الصحيح الشرعي حتى يلزم أن يكون إحراز مصاديقها متوقفاً على بيان الشارع من حيث أخذ شرايطَ تكون مجهولة على الناس في مفهومها، فيصير سبباً لعدم تمكن إحراز المصاديق لها، بل المراد هو العقد الصحيح عند العرف.

فعلى هذا لا مانع من التمسك بالاطلاقات، ونرجع في تعيين الصحيح إلى العرف.

فبناءً على كون ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح العرفي يكون حكمه في جواز التمسك بالعمومات مثل حكم ما لو كانت الالفاظ موضوعةً للأعمّ من الصحيح الّا أنه لو كان في البين مخصِّص فبناء على أن تكون الالفاظ موضوعة للأعم من الصحيح نقول: إن هذا تخصيص في الحكم، وبناء على أن تكون الالفاظ موضوعة / ٦٩٢ / للصحيح عند العرف لابدّ أن نقول [بـ] تخطئة في المصداق.

وذلك نظير الحسن والقبح حيث إنّه تختلف مصاديقها باختلاف الأنظار، فربّما يكون شيء قبيحاً عند طائفة حسناً عند آخرين.

فكلٌّ يخطّئون الآخر، وهكذا الطهارة حيث إنّه عند الناس المغسول بالماء النجس طاهر، وعند الشارع يكون ذلك خبيثاً.. إلى غير ذلك.

ثمّ قال: فتأمل جدّاً؛ انتهىٰ ملخص ما نقلنا عنه.

[فرق كلمات الشيخ وصاحب الحاشية]

ثمّ إن الشيخ[١] (ره) أيضاً يقول نظير ما قاله صاحب الحاشية من أن مفهوم الصحيح عند العرف والشرع متحدٌ، فيكون نظر العرف في تعيين المصداق معتبراً ما لم تثبت تخطئة من الشارع في مورد.

نعم، الفرق بين كلام الحاشية والشيخ (ره) أن صاحب الحاشية ـ جرياً على وفق كلام الشهيدين أو أنه مذهبه أيضاً ـ قال بأن البيع وغيره حقيقة في العقد الصحيح عند العرف، والشيخ[٢] لما يكون قائلاً بالانشاء النفساني يقول: إنه حقيقة في التمليك.

ثمّ إن كلّ مصدر يكون فيه لحاظان: لحاظ صدوره من الفاعل وسيلانه[٣] منه، ولحاظه بنفسه من حيث إنّه شيء من الأشياء من غير لحاظ سيلانه وإن كان الملحوظ سايلاً عن الفاعل وصادراً منه.

وباللحاظ الأول تشتق منه الصيغ، ولهذا يلاحظ حيث السيلان في جميع الصيغ كيضرب وضرب.

وباللحاظ الثاني يكون كالجوامد، ويكون معناه مثل معنى اسم المصدر.

وهذان اللحاظان لا يوجبان أن يصير المصدر مشتركاً لفظياً /٦٩٣/ وإن قال على خلاف ذلك الأستاد سابقاً.

[البيع بمعنى اسم المصدري]

ثمّ إن البيع بمعنى اسم المصدري يمكن أن يكون من الأمور الذهنية الصرفة نظير الإيجاب والوجوب حيث إنّ الايجاب يكون مثل اللحاظ الأول والوجوب

---

١) كتاب المكاسب ٢٠/٣.

٢) كتاب المكاسب ١١/٣ ـ ١٢.

٣) في المخطوطة: سيلانيّته.

مثل اللحاظ الثاني، وهو كونه بمعنى اسم المصدر، الّا أنه على كلّ حال يكون من الأمور الذهنية، ولا يورث في الخارج شيئاً.

ويمكن أن يكون من الأمور الخارجية التي لها تأثر في الخارج نظير الكسر الذي يلزمها الانكسار الخارجي.

والبيع لو كان نظير الايجاب والوجوب من الأمور الذهنية فحينئذٍ يكون قابلاً لأن يكون موضوعاً للصحيح والأعمّ منه حيث إنّه لو اعتبر في معناه انضمام سائر القيود إليه فحينئذٍ يصير موضوعاً للصحيح والّا فلا.

وأما لو كان نظير الكسر كما يقوله الأستاد حيث يقول: إن البيع معناه هو العنوان الثانوي الحاصل من الايجاب، ويقول: إن المراد من العنوان الثانوي هو النقل الخارجي الذي يحصل باللفظ وغيرذلك.

والمراد من النقل الخارجي هو اعتبار ملكية المبيع للمشتري والثمن للبايع، فعلى هذا لابدّ أن يكون موضوعاً للصحيح لأن النقل الخارجي ليس له فردان صحيح وفاسد.

وبناءً على كون البيع بمعنى العقد أيضاً يمكن أن يكون صحيحاً وفاسداً.

وعلى هذا فبناء على مذهب صاحب الحاشية (ره) والشيخ (ره) لو قلنا بأن اللفظ موضوع للأعمّ، فحينئذٍ يجوز التمسك بالاطلاقات.

وأما الأستاد فلا يمكن له أن يقول / ٦٩٤ / بأن اللفظ موضوع للأعمّ، بل لابدّ أن يقول بأنه موضوع للصحيح.

وإذا قلنا بأن اللفظ موضوع للصحيح سواء قلنا إن معناه هو التمليك الصحيح أو العقد أو النقل الخارجي، فحينئذٍ نقول: إنه لا يجوز التخصيص في الحكم لأنه يكون تناقضاً، ويصير مثل أن يقول «هو بيع» وليس ببيع.

نعم، يجوز له التخطئة في المصداق بأن يقول: «إن هذا ليس ببيع» ويجوز التمسك بالعموم والاطلاق في غير ذلك المورد كما قال به الشيخان إلّا أنهما أمرا

بالتأمل.

ووجه التأمل أنه لا يجوز التمسك بالعموم هنا لأن التخطئة في المصداق إما غير مثمر أو أنه موجب لإجمال اللفظ المطلق والعام، فلا يجوز التمسك بهما.

وبيان ذلك أن العام المطلق تارة تكون أفرادهما من المحسوسات نظير «الماء طاهر»[١] و«كلّ ماء طاهر»[٢]. وهنا لا مانع من التمسك بالعام إذا شك في فرد من الأفراد أنه طاهر أم لا، الّا أنه لا يمكن التخطئة في المصداق حيث إنّه إذا رأى ما يكون باعتقاده الفاسد ماءً فلا يصدق الشارع أنه ليس بماء.

نعم، غير القاطع يصدق وأما القاطع فلا يصدق.

أقول: قد ذكرنا في مسألة القطع أن ردع القطّاع لا محظور فيه، غاية الأمر أن القاطع إما أن يزول قطعه أو يقول إن مراد الشارع أن الحكم هنا ليس بفعلي. وعلى كلّ حال يعمل على طبق كلام الشارع، وهو المقصود من الردع.

وتارة تكون أفرادهما من غير المحسوسات كالأمر المعنوي الصرف / ٦٩٥ / أو تكون من الأمور الذوقية التي تختلف مصاديقها باختلاف الأمذقة.

أما ما كان من الأمور المعنوية الصرفة فكالطهارة حيث إنّه وإن كان معناها عند العرف هي النظافة عن الكثافات[٣] المحسوسة الّا أنه نقل في الشرع عنه إلى أمر معنويّ.

فليس قول الشارع «هذا الماء طاهر» أو «نجس» من باب التخطئة في مصاديق الطاهر العرفي، بل قوله «هذا طاهر» من باب أنه وضعت الطهارة عنده لأمر معنويّ، فيذكر مصاديقه.

فهنا أيضاً لا يجوز التمسك بالعام والمطلق حيث إنّه نقل عن النظافة المحسوسة

---

١) مستدرك الوسائل ١٨٦/١، باب أنه «أي الماء» طاهر مطهر يرفع الحدث ويزيل الخبث، ح ٥.

٢) من لا يحضره الفقيه ٥/١، باب المياه وطهرها ونجاستها، ح ١.

٣) في الأصل: النزافة عن الكسافات!

إلى النظافة المعنوية التي ليست حقيقة بأيدينا بوجه من الوجوه.

[الأمور الذوقية]

وأما ما كان من الأمور الذوقية الصرفة فكالحسن والقبح، فتارة يكون حسناً عند شخص قبيحاً عند آخرين؛ «حسنات الأبرار سيئات المقربين».

فإذا علَّق الحكم على ما يختلف باختلاف النظر وعلمنا أن نظره مغاير مع نظرنا فهنا لا يجوز التمسك بالعام.

وكذا لو كان أمراً إضافياً، وتكون الإضافة مما تختلف باختلاف الأنظار، وعلمنا أن الشارع نظره يكون مخالفاً مع نظرنا. فهنا أيضاً لا يجوز التمسك بالعام.

فتلخص أن الأستاد لابدّ أن يقول: إن البيع موضوع للبيع الصحيح حيث إنّه لا بيع فاسد في البين بمذاقه*. / ٦٩٦ /

---

*) *لنا نزاع صغروي في الموارد التي يدعون فيها التخطئة في المصداق كما في الحسن والقبح على ما ذكرناه في مسألة الملازمة، بل يمكن القول به في المقام بأن يقال إن الموضوع الصحيح في نظر العرف والحكم هو حكم الشارع بترتب الأثر على ما يترتب الأثر عليه عند العرف. ففي مثل البيع الربوي تخصيص في الحكم حيث إنّ الموضوع وهو ما يترتب الأثر عليه في نظر العرف باقٍ. وعلى كلّ حال ففي مورد سلّم أن فيه التخطئة في المصداق، فنقول فيه بما ذكرناه في قاعدة الميسور من أن بناء العقلاء وأهل اللسان في صورة وقعت التخطئة في بعض مصاديق العام الذي سمعوه أنه يعاملون / ٦٩٦ / هنا معاملة العام والخاص، فيرفعون اليد عن العام في خصوص مورد التخطئة وفي غيره يأخذون بذيل العام ويعيّنون أفراده بما هو في نظرهم من أنه من مصاديقه الّا أن تصير التخطئة من المولى المتكلم كثيراً. فلا يأخذون بذيل العام في هذا الفرض.*

وبالجملة في مورد يتمسكون بذيل العام ويعيّنون مصاديقه بما هو في نظرهم نقول: لو كان هذا مخالفاً لغرض الشارع فيجب عليه أن يردع لئلا يلزم نقض الغرض، بل قبل دليل الانسداد أثبتنا حجية بناء العقلاء بمجرد عدم ثبوت الردع.

ثمّ إن الأستاد (ره) وإن أشكل هنا في التمسك بالعام الّا أنه يصححه عند التمسك بـ(أحلّ الله البيع) في أوائل المعاطاة، وفي الأدلة العقلية عند إثبات الملازمة بالأدلة النقلية، ويدعي

أقول: لا بأس لي أن أشير إلى أمور:

[التنافي في كلام الأستاد]

الأول: أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادعى سابقاً أن البيع العرفي يكون معناه هو الايجاب فقط، وليس التعقب بالقبول لا شرطه ولا شطره، والآن يدعي أن البيع

أن نظر العرف حجة في تعيين المصاديق إما للانسداد أو للوازم الخطاب. وفيها ما فيها.

***

لا يخفى أن البيع لو كان بمعنى النقل الخارجي بحيث يعتبر في نظر الشرع أو العرف أو الشرع والعرف معاً ملكية الثمن للبايع والمثمن للمشتري أيضاً، لا نقول إن الفرق بين المعنى المصدري منه ومعنى اسم المصدري هو الفرق بين الكسر والانكسار. كيف والكسر مع الانكسار من مقولتين مختلفتين وهو الفعل والانفعال مع أن المصدر واسم المصدر / ٦٩٤ / على ما قلناه لحاظان في شيء واحد.

ومنه نقول: إن كلّ واحد من لحاظ المعنى المصدري والمعنى اسم المصدري يجريان في كلّ واحد من الكسر والانكسار وفي كلّ واحد من النقل والانتقال.

ثمّ على ما رجّحنا من كون معنى لفظ البيع من قبيل المعنى وأنه من قبيل الفعل لا الانفعال وأنه موضوع للصحيح، فيصير المعنى هو النقل الخارجي أو [ا]لمبادلة الخارجية، ونفس النقل الخارجي وترتب الأثر الخارجي يجري فيه لحاظ المعنى المصدري ولحاظ المعنى المصدري.

وما يلوح من بعض تعبيرات الشيخ المرتضىٰ (ره) في المقام من أنه لو كان بالمعنى المصدري والحاصل من المصدر، فيكون حقيقة في الصحيح المؤثر ولو في نظر العرف.

/ ٦٩٥ / وأما لو كان بالمعنى المصدري فيكون المراد ما هو سبب للنقل الخارجي فيحتاج إلى الحكم بترتب الأثر عليه، فلا وجه له لأنه ليس الفرق بين المعنى المصدري واسم المصدري في هذه الجهة.

نعم، لو قال « بعت » في مقام الإخبار فعلى الحق من وضع البيع للصحيح يكون المراد النقل الخارجي المتحقق سببه.

وأما لو قال « بعت » في مقام الإنشاء فيكون القصد حصول النقل الخارجي بلفظ « بعت »، لكن النقل الخارجي لا يتحقق بمجرد هذا القصد بل يلحقه القبول وغيره من الشرايط كما تقدم في تعريف البيع. (منه قدس سره).

معناه هو البيع الصحيح ولا يمكن أن يكون غير ذلك.

وبينهما تنافٍ حيث إنّه في كلا المقامين يكون بصدد تشخيص المعنى العرفي للبيع.

وبيان التنافي أن ما يقول من أن البيع يكون عبارة عن النقل الخارجي المعبّر عنه بالعنوان الثانوي لو كان مراده أن النقل الخارجي يكون نتيجة للإيجاب والقبول وسائر الشرايط، فهذا لا يجمع مع الإدعاء بأن البيع معناه هو الايجاب فقط لحكم التبادر.

وإن كان المراد أن الايجاب فقط يوجب للنقل الخارجي فحينئذٍ لابدّ أن يقول: إن التعقّب بالقبول وسائر الشرايط لابدّ أن يتحقق حتى يبقىٰ هذا النقل بحاله لبداهة أنه لو لم يتعقّب القبول يصير النقل الخارجي فاسداً.

وعلى هذا فيكون النقل الخارجي قابلاً للصحة والفساد، وذلك خلاف ما ادعاه قبيل ذلك.

وإن كان المراد أن النقل الذي لا يقبل الفساد ويتحقق بنفس الايجاب وتحقق القبول وسائر الشرايط يكون من قبيل الشرط المتأخر، وبعد تحقق سائر الشرايط يكشف من أن النقل الصحيح حصل بنفس الايجاب.

ففيه أنه من الواضح أن القبول له مدخلية في حصول النقل في الخارج بحيث لا يكون قابلاً للفساد، وإذا كان معنى البيع صرف الايجاب فلا بدّ أن لا يكون للغير مدخلية / ٦٩٧ / في تحققه، والّا لا يصير معناه هو الايجاب فقط.

الثاني: أنه ردّ على الشهيد سابقاً من أنه لو كان لفظ البيع موضوعاً للصحيح فلابدّ أن لا يجوز أن يتمسك بإطلاقات المعاملات مع أن ذلك مخالف لطريقة كلّ الفقهاء.

وهذا الايراد بعينه وارد عليه هنا، بل أشدّ، حيث إنّه يدّعي استحالة أن يكون البيع فاسداً حتى يكون قابلاً لأن يكون معناه هو الأعمّ من الصحيح.

الثالث: أنه لو كان البيع موضوعاً للصحيح عند العرف، نقول: لا مانع من التخصيص في الحكم ولا يصير هذا تناقضاً، ولا نحتاج إلى أن نقول: إن التخصيص لابدّ أن يكون من باب التخطئة في المصداق حتى تقول: إن ذلك يكشف من اختلاف نظر الشارع مع نظر العرف في البيع الصحيح، واختلاف النظر يصير مثل أن يصير المفهوم متعدداً، فيكون اللفظ مشتركاً، بل اختلاف النظر يصير منشأ للاشتراك حقيقة.

بل نقول: إن البيع عند العرف عبارة عن الايجاب والقبول القوليين أو الفعليين الصادرين من العاقل الذي له شعور والتفاتٌ.

فإذا قال الشارع ﴿ أحلّ الله البيع ﴾[1] يشمل هذا الايجاب والقبول في كل مورد تحقق. وإذا ورد المخصص يكون التخصيص في الحكم يعني أن الحكم الشرعي الذي تنتزع منه الصحة الشرعية ليس بموجود هنا.

وببيان آخر: إذا كان البيع محتاجاً إلى الامضاء فكما أن عدم الامضاء بالمرّة لا يوجب لارتفاع الموضوع العرفي فكذلك إمضاء بعض / ٦٩٨ / الموارد لا يصير منشأ لارتفاع الغير الممضىٰ عند الشارع من البيع الصحيح عند العرف؛ غاية الأمر أن كلّ مورد لم يمضه الشارع ليس صحيحاً شرعياً. وعدم الصحة عند الشرع ليس مناقضاً لأن يكون صحيحاً عند العرف. وأيّ مانع في أن يقول الشارع: إن البيوع التي تكون صحيحة عندكم أنا لم أمضه.

والحاصل أنه لا فرق بين أن تكون الالفاظ موضوعة للأعمّ أو الصحيح العرفي في أنه يجوز التمسك بالعام. ولا مانع من التخصيص في الحكم.

وتحقيق المطلب أن نقول: إن لفظ البيع في ﴿ أحلّ [الله] البيع ﴾ إذا كان المراد هو البيع والشراء، فنقول: إنه عند العرف تحقق الايجاب والقبول وبعض المقومات الآخر، فيطلقون عليه البيع من غير نظر إلى عنوان أنه صحيح، غاية الأمر أنهم

---

١) البقرة: ٢٧٥.

يرتبون آثار الصحة في كلّ مورد تحقق الايجاب والقبول الكذائي. وامضاء الشارع يشمل كلّ مورد يصدق اسم البيع عليه. فينتزع من امضاء الشارع أنه صحيح شرعي.

وإذا خصص الامضاء في مورد فنقول: إنه بيع لم يمضه الشارع، لا أنه ليس ببيع، وذلك لأن كونه صحيحاً ليس جزءاً لمفهومه، بل معنى كونه صحيحاً أنهم يرتبون عليه الآثار.

وإذا قال الشارع إنه غير ممضىٰ، فيقولون إنه بيع لم يمضه الشارع، لا أنه ليس ببيع. فالبيع عندهم باعتبار ما يأخذون في مفهومه بمنزلة شيء موجود في الخارج، وليست الصحة / ٦٩٩ / مأخوذة في مفهومه.

نعم، أهل العرف يرتِّبون عليه الآثار.

ولو قال الشارع: لا تبيعوا بكذا وكذا، فيقولون: هذا البيع ليس بصحيح عند الشارع لا أنه ليس ببيع. ولو قالوا: إنه ليس ببيع أيضاً يكون مرادهم أن حكمه حكم عدم البيع.

ومن هنا يظهر أن الصحة غير داخلة في مفهوم البيع عند العرف؛ غاية الأمر أن الامور التي يعتبرونها في تحقق معنى البيع إذا وجد في كلّ مورد، فهم يرتبون آثار البيع عليه ما لم يمنعهم مانع؛ فتأمل*.

وبالجملة، لا مجال للتأمل في جواز التمسك بـ﴿أحلّ الله البيع﴾ ونظائره بعد القول بحجية ظواهر القرآن ومطلقاته؛ فافهم.

هذا، مع أنّه يمكن أن يقال: إنه إذا علق على مفهوم يكون عند العرف واضحاً

---

*) وجه التأمل هو ما ذكرناه عند التمسك بـأحل الله البيع، بعيد ذلك أن الصحة مأخوذة في مفهوم البيع إذ البيع عبارة عند العرف عن ما يرتبون عليه النقل والانتقال.
وبعبارة أخرىٰ بعد اجراء عقد البيع أو التعاطي أو غير ذلك لو اعتبر أهل العرف ملكية المبيع للمشتري والثمن للبايع، فيسمّىٰ ذلك عند العرف بيعاً. (منه قدس سره).

ويكون بعض مصاديقه عند العرف مخالفاً مع ما هو مصداقه عند الشارع، فـلابدّ للشارع أن يبيّن الصورة التي تكون مخالفةً مع العرف، فما لم يبيّن الشارع خلاف ما هو مصداقه عند العرف، لابدّ أن يؤخذ بما يعدّ[ه] العرف مصداقاً له؛ فافهم كما بيّنّا ذلك في مسألة الميسور.

والفرق بين هذا وبين المشترك واضح، ولا سيّما لو كانت التخطئة في مـوارد قليلة؛ فافهم.

ومن هنا تمسك العلماء بها، ونحن قد ذكرنا في مسألة أصالة الصحة أن كلّ لفظ يكون بناء العرف والعقلاء على الأخذ به والعمل عليه بنوع من الأنـواع لو كـان مخالفاً مع مذاق المتكلم الحكيم، لابدّ أن ينبّه عليه، فما لم يبيّن يكشف من أنه لم يكن مخالفاً لمذاقه ومراده. وبعد ذلك فافهم*.

---

*) *مع أن الأستاد يصرح بما ذكرناه في أوائل المعاطاة عند التمسك بـ﴿أحل الله البيع﴾. (منه قدس سره).*

/٧٠٠/

فصل في بيع المعاطاة

ولابدّ أن يذكر قبل الشروع في أصل المطلب أمور:

[كلام المحقق في الشرايع في عدم كفاية التقابض من غير لفظ]

منها: أنه قال المحقق (ره) في الشرايع[1] بعد ما صدر كلامه في أوائل كتاب البيع بلفظ عقد البيع بقوله «ولا يكفي التقابض من غير لفظ» اه.

أقول: لا يخفي أنه لو كان المراد أنه لا يكفي التقابض في البيع، فحينئذٍ يدلّ كلامه على أن البيع ليس الّا باللفظ، فيكون المعاطاة خارجة عن حقيقة البيع. وكذا لو كان المراد أنه لا يكفي التقابض في عقد البيع وقلنا إن اضافة العقد إلى البيع يكون بيانية يعني عقداً هو البيع.

وأما إذا كانت الإضافة لامية فحينئذٍ نقول: إن العقد لابدّ أن يكون لازماً مساوياً للبيع بمعنى أن البيع ليس أعمّ من العقد؛ إذ لو كان للبيع قسم آخر لم يكن وجه لإسقاطه وعدم التعرض لأحكامه مستقلاً.

وهذا يدلّ على أن البيع عنده منحصر بالعقد.

وسائر عبارات المقتدمين في أول كتاب البيع يكون قريباً من كلام المحقق.

[المعاطاة ليست ببيع]

وعلى هذا، فيثبت من ذلك أنه كان مسلّماً عند المتقدمين أن المعاطاة ليست

---

١) شرائع الإسلام ٢/٢٦٧.

ببيع، بل يمكن ادعاء اتفاق تمام المسلمين على أن المعاطاة ليست ببيع بتقريب أن نقول: إنه كان من المسلّم أن البيع من العقود وأن البيع لا ينعقد بدون عقد الّا أن المالك وحنبل وبعض الشافعية قالوا: إن المعاطاة بيع ولازم باعتبار أنهم كانوا معتقدين بأن العقد يحصل بالفعل أيضاً.

والشيعة أنكروا عليهم وقالوا: إنها ليست ببيع باعتبار أنهم كانوا معتقدين / ٧٠١ / بأن العقد لا يحصل الّا باللفظ.

واعترف العامة أيضاً بأن العقد لا يحصل الّا باللفظ، فيكونون معترفين بأن المعاطاة ليست ببيع، فلو علم شخص بأن المعاطاة ليس فيها عقد فيمكن له ادعاء اتفاق المسلمين على أن المعاطاة ليست ببيع.

ومن هنا يجوز ادعاء الاتفاق بأن البيع لازم مطلقاً. وما يقوله الشيعة بخلاف ذلك فإنما هو لأجل أن المعاطاة ليست عندهم ببيع.

[صدق البيع العرفي على المعاطاة]

أقول: لا يخفىٰ أن المقصود إنما هو تعيين المعنى العرفي للبيع، فعلى هذا نقول: إن انكار صدق البيع عرفاً على بعض أقسام المعاطاة يكون مخالفاً للبداهة.

وعلى هذا فظهور كلمات كثير من المتقدمين في أنها ليست ببيع أو صراحة بعض منها في ذلك لابدّ أن يحمل على البيع الاصطلاحي المفيد للملكية واللزوم، والّا فلابدّ أن تطرح كلماتهم، ولو اتفق جميع الناس على ذلك فضلاً عن ظواهر بعض الكلمات.

ولذا وجّه كلامهم المحقق الكركي[1] (ره) ببعض الوجوه كما ذكره في المكاسب[2] في أول بيع المعاطاة.

---

١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

٢) كتاب المكاسب ٢٣/٣.

[الأقوال في المعاطاة عشرة]

ومنها نقل الأقوال في المعاطاة، وهي عشرة:

الأول: أنها تفيد الملكية اللازمة. وهذا القول منسوب إلى المفيد.

الثاني: أنها تفيد الملكية الغير اللازمة، ويكون بيعاً. وهذا منسوب إلى الكركي. ونسبه الكركي إلى القائلين بالإباحة وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

الثالث: أنها تفيد الملكية اللازمة لكن بشرط أن يكون في البين لفظ يدلّ على التراضي، وبعد حصول التراضي باللفظ يقع الايجاب والقبول بالفعل. حكي ذلك عن بعض معاصري الشهيد الثاني.

الرابع: أنها / ٧٠٢ / تفيد الملكية الغير اللازمة وليست بيعاً، بل تكون معاوضة جديدة.

أقول: الظاهر أنه لا مبنىٰ لهذا القول إلّا ما حكي سابقاً من القول بأن المعاوضة تكون في مقابل البيع وتكون معاملة جديدة.

قال الأستاذ: إنه بعد ما قلنا بأن مطلق تمليك العين بالعوض يكون بيعاً فلا يمكن أن يكون تمليك عين بعوض لا يكون ذلك بيعاً الّا أن نأخذ اللفظ في ماهية المبيع كما هو مقتضىٰ كلمات جلّ العلماء. وحينئذٍ إذا وقع تمليك عين بعوضٍ بدون اللفظ، فلابدّ أن لا يكون بيعاً، بل يكون معاملة جديدة وهو المعاوضة، فتصير المعاطاة معاوضة جديدة.

الّا أنه تقدم وسيأتي ـ إن شاء الله ـ أن القول بوجود معاوضةٍ لا يكون بيعاً ليس مبنيّاً على أخذ اللفظ في مفهوم البيع حتى يلزم منه كون المعاطاة خارجة عن البيع.

والظاهر أن القائل بوجود المعاطاة الجديدة هو كاشف الغطاء*.

---

*) *سيأتي نقل هذا القول من الشهيد (ره) في كلام الشيخ (ره). (منه قدس سره).*

الخامس: ما حكي عن صاحب الجواهر[1] من أنها في بعض الموارد يفيد الإباحة وفي بعض الموارد يفيد الملكية.

وذلك لأنه يدعي أن المعاطاة التي تكون محل النزاع إنما هو في صورة كان قصد المتبايعين هو الإباحة، وحينئذٍ لا يفيد أزيد من الإباحة، إذ الكلام في الإباحة المالكية.

وأما في صورة كان قصدهما التمليك، فلا إشكال في أنه يفيد / ٧٠٣ / المليكة، وهذا القسم خارج عن محل كلام العلماء.

السادس: أنها لا تفيد الملكية ولا الإباحة، وتكون بلاثمر محض. ونسب هذا إلى ظاهر النهاية، لكن يقولون إنه ثبت رجوعه عنه في غيرها.

السابع: أنها لا تفيد الملكية ولكن تفيد إباحة جميع التصرفات حتى التصرفات التي تتوقف على الملكية. ونسب هذا إلى ظواهر عبائر كثير من العلماء.

الثامن: هي إباحة ما لا يتوقف على الملكية. ونسب ذلك إلى بعض.

التاسع والعاشر: أن الإباحة بكلا قسميه تارة تكون مالكية كما هو ظاهر كلام القائلين بالإباحة وتارة تكون شرعية، والأستاد ـ سلّمه الله ـ يكون مدعاه هذا.

[تقليل الأقوال إلى تسعة]

وعلى كلّ حال لابدّ أن يقول الأستاد بواحدٍ من الإباحة الشرعية المطلقة أو المقيدة، فيبقى واحد منهما بلا قائل، فتصير الأقوال تسعة.

ومنها في الوجوه التي يحتمل أن يكون عمل المتعاطيين عليها، وهي ثمانية. وذلك لأن من يعطي بعنوان أنه موجب إما أن يقصد تمليك ماله عوضاً عن مال الآخر إياه فيكون كالهبة المعوضة*؛ وإما أن يقصد تمليك ماله عوضاً عن مال

---

١) جواهر الكلام ٢٥/٣.

*) *وفيه أن الهبة المعوضة إنما هو بأن يملك بشرط العوض لا أن يكون التمليك بازاء التمليك كما*

الآخر؛ وإما أن يقصد إباحة ماله له عوضاً عن إباحة الآخر ماله له، فيكون كالهبة المعوضة؛ وإما أن يقصد إباحة ماله عوضاً عن إباحة مال الآخر له.

أقول: وإما أن يقصد تمليك ماله له بداعي تمليك الآخر ماله له، وإما أن يقصد إباحة ماله له بداعي إباحة الآخر ماله له.

[تكثير الأقوال إلى أكثر من عشرين]

وهذا كلّه إذا كان عمل الموجب والقابل من سنخ / ٧٠٤/ واحد كأن يكون التمليك في مقابل التمليك والإباحة في مقابل الإباحة. وأما إذا لم يلحظ كون عمل الموجب والقابل من سنخ واحد، بل يعمّ إلى صورة كان من سنخين أيضاً كأن يكون التمليك في مقابل الإباحة فحينئذٍ يحصل عشرون احتمالاً آخر، فتصير الإحتمالات* أكثر من ذلك.

وهنا احتمالان آخران:

أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا الإباحة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً، والشيخ[1] أنكر هذا القسم وقال بامتناع خلوّ الواقع عن قصد عنوان من العناوين.

وأورد عليه بأنه لا نرىٰ مانعاً في ذلك باعتبار أن نقول: إن الإباحة معناها جواز

لا يخفىٰ على من راجع كلام الشيخ في تعريف البيع وكلام الرياض في كتاب الهبة، الّا أن يقال: إن ظاهرهم أنه لا يملك العوض في عقد الهبة، بل يحتاج إلى تمليك آخر. فبالآخرة التمليك بازاء التمليك.

وفيه أنه لا يصير بازاء التمليك بل بداعي تمليك الآخر إياه كما سيأتي منه في التنبيه السادس المتعلق ببيان حكم سائر وجوه المعاطاة، بل شرط العوض له خصوصية زائدة على مجرد أن يكون داعيه تمليك الآخر إياه كما لا يخفىٰ. (منه قدس سره).

*) الوجوه. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢٤/٣.

التصرفات لكن مع عدم خروج العين عن الملك، والملك يكون عبارة عن جـواز التصرفات التي يتبّع الملك. والتسليط المطلق يكون قدراً مشتركاً بينهما، ولا مانع من أن لا يلاحظ عدم الخروج عن الملكية ولا خروجه.

لا يقال: إن الجنس كيف يتحقق بدون أن يضمّ إليه الفصل؟

لأنا نقول: إن عدم فصل الإباحة وعدم فصل الملك يكون فصلاً له، وإن شئت أن تتصور هذا فتصوّر ذلك في عمل الغافل عن عنوان الإبـاحة والتـمليك حـين الإعطاء، فإنه لا يكون ملتفتاً إلى واحد من فصل الإباحة والتمليك / ٧٠٥ / حتى يقصد واحداً منهما، وإذا لاحظته في فعل الغافل فتتمكن من أن تلاحظه في فعل الملتفت أيضاً حيث إنّه تارة ليس بصدد تعيين أحدهما لا في قلبه ولا في كلامه، بل الظاهر أن كثيراً من أمور الناس في بعض الموارد يكون من هذا القبيل.

[ليس بين الإباحة والتمليك جامعٌ]

أقول: الذي يقوىٰ عند النظر أن نقول: إن الإباحة والتمليك ليس بينهما جامع؛ إذ التمليك عبارة عن نقل الملك، فحينئذٍ يكون من آثاره جواز التصرف.

وأما الإباحة فمعناها صرف جواز التصرف، وجواز التصرف ليس مأخوذاً في معنى التمليك حتى يكون جوازُ التصرف قدراً مشتركاً بينهما، وإنما يكون جـواز التصرف من آثار التمليك. وأيضاً بقاء الملكية ليس مأخوذاً في مـعنى الإبـاحة، وإنما معناه مجرد جواز التصرف فيلزمه بقاء الملكية.

ومن هنا ظهر فساد التمسك بعمل الغافل أيضاً؛ إذ لا ننكر أنه يمكن أن يرخص له في التصرف الّا أن ذلك لما يكون من آثار التمليك أيضاً وهذا الشخص أيـضاً غافل عن ما يلزمه جواز التصرف المجرد فحينئذٍ يتخيّل أنه قـدر مشـترك بـين الإباحة والتمليك؛ فافهم فإنه دقيق.

وثـانيهما: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البـيع، فـيكون ذلك مـعاملة

جديدة. والشيخ[1] (ره) أنكر ذلك أيضاً.

وذلك لأن التمليك بالعوض على وجه المبادلة يكون مفهوم البيع لا غير، فكيف يمكن أن يوجد التمليك بالعوض ولم يكن بيعاً؟

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: يمكن أن نقول بمعاوضة جديدة لو / ٧٠٦ / أخذنا قيداً في تعريف البيع بحيث لم نقل بأن مطلق «عليك العين بالعوض» بيع، والقيد الذي يمكن أن يؤخذ في التعريف حتى يوجب تضييق دائرة البيع هو أحد الشيئين:

الأول: أن نقول باعتبار اللفظ في مفهوم البيع، ونقول بأن المعاطاة معاوضة جديدة.

أقول: جمعاً بين ما نرىٰ من عمل العرف على المعاطاة وبين ما نرىٰ من أن أكثر الفقهاء أخذوا اللفظ في تعريف البيع.

الثاني أن نقول: إنه مأخوذ في مفهوم البيع أن يكون الموجب مقدماً على القابل، فحينئذٍ لو تقدم القابل على الموجب أو تقارنا يكون خارجاً عن مفهوم البيع ويكون معاملة جديدة.

وفيه أنه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن تقدم الايجاب ليس شرطاً في مفهوم البيع. وفي صورة التقارن يصير التبايع لا أنه يكون معاملة جديدة، بل يكون بمنزلة بيعين خارجيين حيث قصد كلّ واحد تمليك ماله بالعوض.

أقول: لا يخفىٰ عليك أن المقصود كما تقدم هو معرفة معنى البيع العرفي وتشخيص ذلك.

وتشخيص أنه يوجد عندهم معاملة أخرىٰ غير البيع أم لا، إنما هو بأن نرجع إلى العرف ونعيّن المعنى العرفي للبيع بأماراة الحقيقة والمجاز.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنا نرىٰ بالوجدان أن بعض المعاوضات يصح عند العرف سلب البيعية عنها كما إذا تبدّل عباءٌ بعباء في بعض الموارد مثلاً، وصحة

---

١) كتاب المكاسب ٣/٢٤.

السلب يكشف من أن معنى البيعية ليس موجوداً هنا، والّا لما صحّ السلب. ولا يلزم /٧٠٧/ أن نفهم أنه لأيّ خصوصية صار سلب البيعية عنه صحيحاً.

هذا أولاً.

وثانياً: أنه يكون في البين خصوصيات أخرىٰ، وتلك الخصوصيات صارت منشأ لسلب البيعية، ومنها قصد عنوان البيعية. فلو لم يكن من قصد المتبايعين عنوان البيعية فلا تكون معاملتهما بيعاً.

إن قلت: إن كون قصد المتبايعين ذلك لا يفهم الّا من قبلهما مع أنّا نرىٰ أنه يصحّ سلب البيعية قبل الاطلاع على قصد المتبايعين.

قلت: ذلك لأن بعض المعاوضات في بعض الموارد يكون بنفسها ظاهرة في أن المتبايعين ليسا قاصدين للبيعية، وفي بعض الموارد يكون ظهور حالهما على خلاف ذلك، والّا فلو عُلم حالهما لم يكن صحة السلب وغيرها الّا بمقدار ادّعيناه، فلا تغفل.

ومنها* أنه يكون التمليك في البيع من أحدهما أصالة ومن الآخر تبعاً، وفي المعاوضة يكون التمليك من كلا الطرفين بالأصالة.

وبعبارة أخرىٰ: في البيع يكون تمام العمل من طرف واحد وهو الموجب، ويصير القابل بمنزلة المجير. وهذا بخلاف المعاوضة فإن كلاهما تكونان مستقلين؛ فافهم.

ومنها في تعيين أن ما يكون متداولاً بين الناس أيّ واحد من الإحتمالات المذكورة في المقدمة السابقة؟

فنقول: لا يخفىٰ عليك أولاً أن تعيين أن في الخارج أيّ واحد من هذه الإحتمالات إنما يكون بمراجعة الوجدان من أن ما كان متداولاً بين الناس أيّ واحد منها. ولا يكون قاطع النزاع هنا شيء من البراهين حتى يمكن الالزام، بل

---

*) **ثالثاً**. *(منه قدس سره)*.

كلّ شخص لابدّ أن يلاحظ وجدانه، / ٧٠٨ / الّا أنا ندعي أن في خصوص مسألتنا تكون حقيقة الأمر معلومة ومركوزة في الأذهان.

نعم، يكون محتاجاً إلى التنبه بحيث لا ينبغي لأحد أن يشك بعد التنبّه أيضاً، وذلك نظير ما قال بعضٌ في إثبات الصانع ـ تعالى شأنه ـ من أن وجود الصانع يكون مركوزاً في جميع الأذهان، ويكون كلام المرسلين ـ صلوات الله عليهم أجمعين ـ وكلام الأوصياء والاولياء ـ عليهم السلام ـ للناس بأن لكم صانعاً لأجل مجرد تنبّه الناس على ذلك. والناس أيضاً لم ينكروا عليهم في ذلك وإنما ينكرون عليهم بأن رسول الله لابدّ إما أن يكون ملكاً أو يكون معه كنز أو غير ذلك ولم ينكروا عليهم بأنه ليس لنا إله.

[بناء الناس في المعاملات]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن بناء الناس في معاملاتهم في المعاطاة أن يكون ما يأخذون عوضاً عما يعطون من الثمن بمثل ما كان الثمن عندهم، والثمن كان عندهم على وجه الملكية، فيريدون أن يكون المثمن أيضاً عندهم كذلك، وكذلك يعطون الثمن بالمشتري على هذا الوجه.

وعلى هذا، فلا وجه لادعاء أن بناء الناس في المعاطاة في جميع الموارد على الإباحة.

وأيضاً نرىٰ بالوجدان أنه لا يكون المعاطاة مختلفة بحسب قصد المتعاطيين في الموارد بل يكون جميع الموارد على نسق واحد.

وإذا أثبتنا أن الناس في المعاطاة في الجملة على التمليك والتملك، وأثبتنا أن المعاطاة في جميع الموارد يكون على نسق واحد فيثبت بذلك أن المعاطاة في جميع مواردها يكون بناء الناس فيها على التمليك والتملك / ٧٠٩ / لا على الإباحة.

[محل النزاع في المعاطاة]

ومنها في تشخيص محل النزاع في مسألة المعاطاة، فنقول: نقل عن صاحب الجواهر[1] أنه قال: محل نزاع العلماء في مسألة المعاطاة إنما هو في صورة يكون قصد المتعاطيين إباحة كلّ واحد منهما ماله للآخر. وأما في صورة يكون قصد المتعاطيين تمليك كلّ واحد منهما ماله للآخر فيكون خارجاً عن محلّ نزاع العلماء، وذلك لأن جلّ المتقدمين كانوا قائلين بأن المعاطاة تفيد الإباحة.

وعلى هذا فإذا فرض أن يكون محل نزاعهم في صورة كان من قصدهما تمليك كلّ واحد منهما ماله للآخر فلا يبقى معنى لقولهم بأن قصد المتعاطيين هو التمليك ومع ذلك يفيد الإباحة. وذلك لأنه يصير مخالفاً للقواعد التي سنشير إليها، فلابدّ أن نقول: إن محل نزاع العلماء إنما هو في صورة يكون قصد المتعاطيين هو الإباحة. وأما إذا كان من قصدهما التمليك فلا إشكال في أنه يفيد الملكية.

ونحن نقول: إن محل نزاع العلماء إنما هو في المعاطاة المتداولة بين الناس، وقد عرفت في المقدمة السابقة أن المعاطاة المتداولة بين الناس يكون قصد المتعاطيين فيها تمليك كلّ واحد منهما ماله للآخر، وليس فيما بين الناس مورد يكون قصد المتعاطيين هو الإباحة.

ولا شك أن نزاع العلماء لا يمكن أن يكون في فرض لم يكن متداولاً بين الناس لا دائماً ولا في بعض الاوقات. فلابدّ أن يكون محلّ النزاع في صورة يكون / ٧١٠ / قصد المتعاطيين هو التمليك.

[توضيح كلام المحقق في عدم كفاية التقابض]

الثاني: ما نقلناه في أول باب المعاطاة من عبارة المحقق[2] حيث قال: عقد البيع

---

١) جواهر الكلام ٢٢/٢٢٤ ـ ٢٢٥.

٢) شرائع الإسلام ٢/٢٦٧.

هو الايجاب و القبول، اه. ثمّ قال: ولا يكفي التقابض.

ووجه دلالة ذلك على ما ذكرنا أن التقابض عبارة عن المعاطاة، ووجه اخراجها عن عقد البيع إنما هو لأخذ لفظ الايجاب والقبول في تعريف البيع، فلابدّ أن يكون سائر خصوصيات عقد البيع في المعاطاة موجودة سوى لفظ الايجاب والقبول كما هو دأب أهل العلم عند بيان إخراج ما هو خارج عن المعرّف من القيود المأخوذة في التعريف حيث إنّه كلّ شيء يصير خارجاً من قيد لابدّ أن يكون سائر خصوصيات المعرف فيه موجودة غير هذا القيد.

وعلى هذا نقول: إنه لا شك أن قصد التمليك مأخوذ في عقد البيع، ومع ذلك يخرجون المعاطاة بقيد الايجاب والقبول، فيكشف ذلك من أن قصد التمليك في المعاطاة أيضاً موجود.

أقول: الظاهر أنه لا يدلّ على ذلك حيث إنّه يمكن أن تكون المعاطاة خارجة من الجنس المأخوذ في التعريف، وهو الايجاب والقبول من القيود أيضاً، وهو كون اللفظ دالّاً على التمليك الّا أنهم أخرجوه من الجنس ولم يخرجوه بقيد الدلالة على التمليك باعتبار أن ما يصير خارجاً من الفصل لابدّ أن يكون داخلاً في الجنس، والمعاطاة لم يكن داخلاً في الجنس؛ فافهم.

[توضيح كلام صاحب اللمعة]

ثمّ إنه ظهر مما ذكرنا أن المراد بقوله «ولا يكفي / ٧١١ / التقابض» أنه لا يكفي ذلك في تحقق البيع أو في تحقق عقد البيع. وعلى هذا فلا وجه لما ذكره بعض في معنى عبارة اللمعة حيث إنّه يقول في اللمعة[1] نظير عبارة المحقق من أن «عقد البيع هو اللفظ الدالّ» اه.

ثمّ يقول «ولا يكفي المعاطاة» فيقول هذا البعض: أي في حصول التمليك.

---

١) اللمعة الدمشقية: ٩٣.

ووجه الفساد أنه لم يذكر لفظ التمليك سابقاً حتى يرجع الضمير إليه، بل لابدّ أن يرجع الضمير إلى البيع أو إلى عقد البيع حيث إنّهما ذكرا سابقاً.

أقول: ذكر لفظ الملك سابقاً، وهذا المقدار يكفي في ارجاع الضمير إلى التمليك حيث إنّه سبق ذكره معنى.

نعم، يمكن أن يقال إن ارجاع الضمير إلى التمليك يكون خلاف ظاهر العبارة.

الثالث: أنه لا شك أن العامة يقولون بكون المعاطاة بيعاً لازماً، ولا شك أن كلامهم إنما هو في صورة كان قصد المتعاطيين هو التمليك والبيعية حيث إنّهم يصرّحون بكونها بيعاً.

وعلى هذا فإذا قلت: إن نزاع الخاصة في المعاطاة إنما هو في صورة كان قصد المتعاطيين هو الإباحة فيلزم أن يكون النزاع بين الخاصة والعامة لفظياً حيث إنّ العامة يقولون على هذا بكون المعاطاة بيعاً إذا كان قصد المتعاطيين هو التمليك، والخاصة يقولون بأن المعاطاة يفيد الإباحة إذا كان قصد المتعاطيين هو الإباحة، ولا شك أنه بعيد أن يكون النزاع بين العامة والخاصة لفظياً.

[كلام صاحب الجواهر وغيره في تعيين محل النزاع]

ثمّ إنك قد عرفت أن الذي صار داعياً لأن يقول /٧١٢/ صاحب الجواهر إن محل نزاع العلماء إنما هو في صورة كان قصد المتعاطيين هو الإباحة، هو أنه لو كان محل النزاع في صورة كان قصد المتعاطيين هو التمليك، فلا يناسب ذلك مع اتفاق جلّ المتقدمين على أن المعاطاة يفيد الإباحة؛ لأن المعاطاة لو كانت بيعاً صحيحاً أو معاملة صحيحة فيصير قولهم بالإباحة منافياً لما أجمعوا عليه من أن العقود تكون تابعة للقصود.

وأما لو كانت بيعاً فاسداً فيصير قولهم بالإباحة منافياً لما أجمعوا عليه من أن العقود الفاسدة لا يفيد الإباحة.

وعلى هذا فلابدّ أن يقال: إن محلّ النزاع إنما هو في صورة كان قصد المتعاطيين هو الإباحة حتى لا يلزم شيء من هذين المحظورين.

ونظير ذلك كثير للفقهاء من أنهم يحملون كلام المتقدمين على خلاف ظاهره حيث يرون أن حمل كلامهم على ما هو ظاهره موجب لتخصيص القواعد العقلية أو النقلية، بل يتصرفون في ظواهر الآيات والأخبار لأجل ذلك.

وذلك مثل أنهم حملوا ما دلّ من الآيات والأخبار وكلمات الفقهاء على أن الورثة للميت لا يورثون قبل أداء الدين وقبل العمل بالوصية كقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾[1] على أن الورثة لا يملكون ملكاً مستقراً، ولكن يملكون ملكاً متزلزلاً.

وذلك لأنه كان عندهم من المسلّم أن المال لا يبقى بلا مالك، وأيضاً كان عندهم من المسلّم أن الميت لا يكون قابلاً لأن يصير / ٧١٣ / مالكاً لمال، مع أنّه لو قيل بأن الورثة أيضاً ليس لهم المال قبل أداء الدين، فيلزم إما بقاء الملك بلا مالك وإما بقاء المال على ملك الميت مع أنّه لم يكن شيء منهما صحيحاً عندهم.

فلذا قالوا: إن المراد أن الورثة لا يملكون ملكاً مستقراً.

وأيضاً مثل أن الفقهاء* اشترطوا في وجوب الزكاة حلول الحول، وهو اثنى عشر شهراً مع أنهم قالوا بوجوب الزكاة في الشهر الثاني عشر، فلذا حملوا كلامهم بأن المراد أن حلول الحول شرط في استقرار الوجوب، والّا فشرط تعلق الزكاة هو مضيّ أحد عشر شهراً، ففي الشهر الثاني عشر يتعلق الوجوب لكن بشرط أن يمضي الشهر الثاني عشر، فيكون مضيّ الشهر الثاني عشر شرطاً متأخراً فيصير كاشفاً من تعلق الوجوب في الشهر الثاني عشر؛ فافهم.

وأورد على صاحب الجواهر بأنه لو كانت كلمات الفقهاء مخالفةً لقاعدةٍ لم تكن

---

١) النساء: ١١ و١٢.

*) *الظاهر أنه كذلك. (منه قدس سره).*

تلك القاعدة قابلةً للتخصيص فالحق [معك][1]. وأما لو كانت القواعد قابلة للتخصيص فحينئذٍ يدور الأمر بين تخصيص القاعدة أو ارتكاب خلاف ظاهر في كلماتهم. ولا شك أن التخصيص أولى.

وعلى هذا نقول: **أولاً**: أن القول بالإباحة لا يلزم منه مخالفة للقاعدتين المذكورتين كما سيأتي ـ إن شاء الله ـ بيان ذلك في المقدمة الآتية. وأيضاً تقدمت الاشارة اليهما.

وثانياً نقول: لا شك أنه لو تلزم المخالفة للقواعد في البين أيضاً / ٧١٤ / نقول: لا محظور فيه حيث إنّ القاعدتين القابلتان للتخصيص.

وحينئذٍ نقول: إن كلّ مورد انجرّ الأمر إلى ارتكاب خلاف ظاهر فلابدّ أن يلاحظ ما هو الأحسن عند العرف.

أقول: فعلى هذا لو لم يحمل كلامهم في كلا المقامين على ظاهره نقول: إنهم لم يلتفتوا إلى المناقضة، بل لابدّ أن يتصرف في كلماتهم، فنقول: إن ما دلّ من كلماتهم على أن محل النزاع صورة قصد التمليك فيصير مخصصاً لهاتين القاعدتين؛ لأن التخصيص أولى من المجاز كأن نتصرف في ما دلّ على أن محل النزاع صورة كان مقصود المتبايعين هو التمليك.

ومنها أنه بعد ما أثبتنا أن محل نزاع العلماء هو صورة يكون قصد المتبايعين هو التمليك فهل يكون المراد من قول العلماء أن المعاطاة استباحة أو أنها تفيد الإباحة ما هو ظاهرها أو أن المراد من الإباحة هو الملك المتزلزل كما ادعاه المحقق الثاني.

[الثمرة في النزاع بين التمليك والإباحة]

وتظهر الثمرة في أنه لو قلنا بأن المراد هو الإباحة بظاهر معناها فحينئذٍ يكشف

---

١) استخدَم المصنف قدس سره هنا عبارة مصطلحة عند عامة العراقيين، وهي «فالحق وإياك» إلّا أن «إياك» في العربية الفصحى إداة للتحذير، ولا يناسب هنا، فتدبّر.

ذلك من أنه كان عند العلماء دليل على أن هذا البيع أعني البيع المعاطاتي يكون فاسداً، فلابدّ أن نرفع اليد عن القواعد وأدلة البيع حيث إنّه يظهر من معاقد إجماعاتهم أنه المعاطاة ليست ببيع صحيح؛ لأنه لا يكون في البين مخالف الّا المفيد ـ بناء على ما حكي عنه ـ وبعض آخر لا يكون كلامهم مضراً بالإجماع.

وأما لو قلنا بأن المراد هو الملك المتزلزل فلابدّ / ٧١٥ / حينئذٍ من المشي على طبق القواعد، والأخذ بأدلة البيع وأحكامها الّا ما خرج بالدليل. فيكون تعيين هذا المطلب من المهمات.

[إفادة المعاطاة الإباحة]

وعلى هذا نقول: إن العلماء يقولون: إن المعاطاة ليست ببيع ولكن تفيد الإباحة[1]. فحمل ذلك على أن المراد أنه ليس ببيع لازم ويفيد الملك المتزلزل موجب لارتكاب خلاف ظاهرين في كلماتهم:

الأول: إرادة الملك المتزلزل من لفظ الإباحة.

والثاني: حمل قولهم «ليس ببيع» على أنه ليس ببيع لازم، وذلك لأن الظاهر من نفي البيع هو نفي ماهيته.

نعم، في خصوص المنفي بلفظ «لا» قد يدّعى عدم الظهور في نفي الماهية لكثرة استعمالها لنفي الكمال مثل «لا صلاة لجار المسجد الّا في المسجد» وأمثال ذلك، وهذا بخلاف غيرلفظ «لا» من حروف النفي كليس، كما في ما نحن فيه.

فإن مقتضى القاعدة أولاً أن يحمل على نفي الماهية كما هو مقتضى حقيقة النفي المتعلق بشيء.

وأما لو لم نتمكن من حمله على نفي الماهية فحينئذٍ نقول: إن المنفي إن كان من الذوات نظير «ليس رجل في الدار» فلابدّ أن يحمل على نفي الكمال، وأما لو

---

١) انظر: جواهر الكلام ٢١٥/٢٢؛ كتاب المكاسب ٢٩/٣؛ غنية النزوع: ٢١٤.

كان المنفي من العبادات القابلة للصحة والفساد أو من الأسباب القابلة للصحة والفساد كعقد البيع وعقد النكاح وأمثال ذلك فهنا يدور الأمر بين حمل الكلام على نفي الصحة أو نفي الكمال.

إلّا أنه نقول: إن نفي الصحة لما يكون أقرب إلى نفي الحقيقة والماهية فلابدّ أن يحمل الكلام عليه / ٧١٦ / لما هو مسلّم من القاعدة من أنه إذا تعددت المجازات فيكون أقرب المجازات هو المتعين.

وأما لو لم نتمكن من حمل الكلام على نفي الصحة أيضاً، فحينئذٍ يتعين الحمل على نفي الكمال. وفيما نحن فيه قولهم «ليس ببيع» لم يحمل على نفي الماهية ولا على نفي الصحة، بل إنما حمل على نفي الكمال.

وإنما ارتكب هذا الخلاف الظاهر في كلام العلماء لما عرفت سابقاً من أن بناء العلماء على حمل كلّ ما يرونه مخالفاً للقواعد المسلّمة من كلمات المتقدمين وغير ذلك على خلاف ظاهره حتى يكون منطبقاً مع القواعد كما عرفت نظير ذلك في مسألة اشتراط حلول الحول في الزكاة وغيره في المقدمة السابقة.

وفيما نحن فيه أيضاً لو حملت كلمات العلماء من أن المعاطاة ليست ببيع ولكن تفيد الإباحة على ظاهرها فتلزم المخالفة لقواعد منها ما يقوله الفقهاء من أن العقود تابعة للقصود وفي المعاطاة كان مقصود المتعاطيين تمليك العين فإن حصل مقصودهما فلابدّ وأن نقول بالملكية وإن وقع غير ذلك لوقع بغير قصدهما وهو باطل.

وكون ذلك مخالفاً لقاعدة «العقود تابعة للقصود»[1] إنما هو متفرع على أن يكون البيع هنا صحيحاً، والّا فلو كان فاسداً فسيأتي أنه يرد عليه إشكال آخر.

ومنها ما يقوله الفقهاء من أن العقود / ٧١٧ / الفاسدة لا يفيد الإباحة. وفيما نحن فيه ـ أعني مسألة المعاطاة ـ إذا لم يحصل مقصود المتعاطيين ـ وهو الملكية ـ

---

١) العناوين الفقهية ٤٨/٢.

تكون بيعاً فاسداً وهم يقولون إن البيع الفاسد لا يوجب الإباحة مع أنهم يقولون بجواز التصرف في المعاطاة. ومنها أنهم يقولون في المعاطاة من أنها تصير لازمة بذهاب احدى العينين لأنهم اتفقوا على اللزوم في صورة تلف احدى العينين فيلزم أن يكون التصرف من طرف مملكاً لجانب الآخر.

ثمّ إنك قد عرفت أن مخالفة هذه القواعد الثلاث صارت منشأ لحمل الإباحة في كلام الفقهاء على الملكية المتزلزلة. ونحن نقول: إنه لابدّ من توضيح كلّ واحد من القواعد حتىٰ نرىٰ أنه يصير القول بالإباحة مخالفاً لها أم لا. وعلى فرض ثبوت المخالفة لابدّ أن يحمل الإباحة في كلامهم على الملك المتزلزل أو أنه لابدّ من تخصيص القاعدة وايقاء لفظ الإباحة على ظاهره، فنقول: **أما القاعدة** الاولىٰ وهو أن «العقود تابعة للقصود» إما أن يراد منه أنه في مورد وقع عقد من العقود فلا يقع خلاف ما قصد من ذلك العقد ولو بسبب آخر غير ذلك العقد وإما أن يراد منه أنه لا يكون للعقد سببية وعلّية لحصول غير ما قصد منه.

أما لو كان المراد هو الأول فنقول: إنه لا يدلّ على ذلك عقل ولا نقل، بل خلافه واقع في الشرع / ٧١٨ / نظير ما أطبقوا العلماء عليه من أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً ووقع التقابض بين المتبايعين، ثمّ تلف أحد العوضين أو كليهما فحينئذٍ يكون من تلف في يده ضامناً لقيمته مع أن مقتضى نفس العقد أن يكون ضامناً بالمسمّىٰ، الّا أن ضمان القيمة ليس باقتضاء العقد ذلك، بل إنما يكون بواسطة اقتضاء اليد أو الاتلاف ذلك، فلا يجوز أن يكون المراد من قولهم «العقود تابعة للقصود» أن شيئاً آخر لا يمكن أن يؤثر في مورد العقد غير ماقصد من العقد.

وأما لو كان المراد من قولهم «العقود تابعة للقصود» أن العقد لا يكون له عليه وتأثير في حصول غير ما قصد منه ويكون ساكتاً من أن شيئاً آخر يمكن أن يؤثر في مورد العقد ما يكون منافياً لمقتضى العقد، فحينئذٍ نقول: إن هذا مسلم ولا إشكال فيه الّا أنه يحتاج إلى توضيح حتى لا يتوهم خروج بعض الموارد عن

تحت هذه القاعدة، فنقول: إن ما قصد من العقد لا فرق فيه بين أن يكون مقصوداً مستقلاً أو ضمناً كما لو باع ما يملك وما لا يملك، فإن صحة البيع في خصوص ما يملك ليس منافياً مع قولهم «العقود تابعة للقصود»، بل يكون من مصاديقه، لأن بيع المجموع يكون مشتملاً على بيع ما يملك أيضاً، فيكون مقصوداً ضمناً.

وبعبارة أخرىٰ إذا بيع شيء مشتمل على أجزاء فيكون مرجع ذلك / ٧١٩ / إلى بيوع متعددة، فكأنه قال «بعت هذا الجزء وبعت هذا الجزء» إلى آخر.. فيكون ذكر لفظ مشتمل على تمام تلك الأجزاء كالدار وأمثال ذلك آلة لذكر كلّ واحد من تلك الأجزاء.

وعلى هذا فإذا صار البيع في بعض الأجزاء باطلاً فلا ينافي صحته في سائر الأجزاء مع قولهم «العقود تابعة للقصود»؛ لما قد عرفت أنه بمنزلة بيوع متعددة يكون بعضها صحيحة وبعضها باطلة.

وأيضاً لا فرق فيما يقصد من العقد بين أن يكون مقصوداً بالانفراد أو على وجه تعدد المطلوبي كما إذا باع شيئاً بشيء وشرط في ضمنه شيئاً، فكأنه جعل المثمن مقابلاً للثمن تارة، وجعله مقابلاً للشرط تارة أخرى لا بطريق التقييد، فيكون نظير تعدد المطلوبي، لا نظير الطلب المقيد*.

وإذا كان كلّ واحد[1] مقصوداً بنفسه فحينئذٍ لو كان الشرط فاسداً فلا تكون صحة البيع هنا منافيةً لقاعدة «العقود تابعة للقصود» بلحاظ أن المقصود كون المثمن في مقابل الثمن والشرط معاً، فجعله في مقابل الثمن فقط يكون منافياً لكون العقود تابعة للقصود.

---

*) ذكرنا في محله أن صحة الشرط من قبل على قصد النقل بالعقد وأن تخلف الداعي غير مضرٍّ ومن جهة الرضاية قلنا إن الرضاية الفعلية كافية وإن كان عدم الرضاء التقديري في مورده. (منه قدس سره).

١) في الأصل: واحداً.

ووجه عدم المنافاة أن كلّ واحد من الثمن والشرط وقعا في مقابل المثمن من غير تقييد كلّ واحد منهما بالآخر، بل على وجه تعدد المطلوبي.

ثمّ لا يخفىٰ أن حال جميع الخيارات يكون كحال الشرط / ٧٢٠ / الفاسد حيث إنّ مقصود المتبايعين تبديل كلّ واحد من الثمن والمثمن بالآخر من حين العقد من دون أن يكون في البين خيار مع أنهم يقولون بصحة العقد مع ثبوت الخيار في البين.

والجواب هنا أيضاً ما قلنا فيما لو كان الشرط في ضمن العقد فاسداً. وحاصل المراد أن العلماء لم يكن لهم في هذه الموارد دليل تعبديّ، وإنما قالوا ما قالوا على طبق القواعد كما في غير ما نحن فيه من أبواب المعاملات.

ولأجل ما ذكرنا من أن كلام الفقهاء إنما يكون من باب الإستناد إلى القواعد نخالف إجماعاتهم حيث نخدش في قاعدة من قواعدهم أو نخدش في دخول فرع تحت القاعدة التي زعموا دخوله تحتها.

فقولهم بصحة تبعض الصفقة في كل مورد يقولون، يكون من باب أنهم قالوا إنه داخل تحت قاعدة «العقود تابعة للقصود» وإن كان دليل آخر أيضاً على صحته.

وأيضاً قولهم بصحة العقد الذي كان شرطه فاسداً من باب أنه كان داخلاً تحت قولهم «العقود تابعة للقصود» بتقريبٍ تقدم.

غاية الأمر أن صحة العقد على وجه اللزوم كان ضرراً على البايع، فلذا قالوا بثبوت الخيار له.

ولمّا كان إجماعهم على صحة العقد الذي كان له شرط فاسد من باب انطباقه مع القواعد، فنحن لو خالفنا معهم وقلنا بفساد قاعدتهم من باب أن الشرط في ضمن العقد ليس نظير تعدد المطلوبي، بل إنما يكون نظير المقيد، فحينئذٍ نقول بفساد البيع إذا كان الشرط فاسداً.

ومما ذكرنا ظهر أن ما ذكره الشيخ* من الأمثلة نقضاً على قاعدة «العقود / ٧٢١ / تابعة للقصود» بعضها لا دخل له بقاعدة «العقود تابعة للقصود» كضمان القيمة في صورة تلف إحدى العينين كما تقدم، وبعضها يكون داخلاً تحت هذه القاعدة ولم يخرج عنها كمسألة بيع ما يملك وما لا يملك ومسألة الشرط الفاسد. فليست هذه القاعدة مورداً للنقض أبداً كما تقدم.

[تعدد المطلوب في العقد]

وبعد ما عرفت من أن ما يقع تارة يكون مما قصد في العقد ولو تبعاً أو بطريق التعدد المطلوبي، وتارة لا يكون مما يقصد بوجه في العقد كقيمة المثل إذا تلفت إحدى العينين في مسألة البيع الفاسد كما تقدم، وقد عرفت أن القيمة لما لا تكون مقصودةً في العقد بوجه من الوجوه فلا يمكن أن يصير العقد علة لوجوده.

يبقى الكلام في أن افادة المعاطاة للإباحة هل يكون من قبيل ما كان داخلاً في المقصود أو يكون من قبيل ما يكون مبايناً مع المقصود، فنقول:

نقل عن تبعة كاشف الغطاء وعن الشهيد الأول وينقل في المكاسب[1]** عن المسالك[2] أيضاً أنهم يقولون: إن قصد التمليك متضمن لقصد الإباحة لأنه يستلزم اعطاء كلّ منهما سلعته مسلطاً عليها الإذن والتصرف فيه بوجوه التصرفات.

وأورد على ذلك بأن جواز التصرف الذي هو معنى الإباحة / ٧٢٢ / إنما يكون من توابع الملكية ولوازمها، فلا يتعلق به قصد، وإنما يتعلق القصد بنفس الملزوم، وهو الملكية، ويكون تعلق القصد باللازم لغواً.

---

*) *في ذيل مناقشاته على كلام بعض الأساطين. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٣٤/٣.

**) *في الصفحة الثانية من أول المعاطاة قبل نقل الأقوال. (منه قدس سره).*

٢) مسالك الأفهام ١٤٨/٣.

[إثبات الإباحة في المعاطاة بوجه آخر]

وإذا عرفت أن المعاطاة بنفسها ليست متضمنة للإباحة فاعلم أنه يمكن اثبات الإباحة فيها بوجه آخر أشار إلى ذلك الوجه في التحرير كما* نقله (ره) فإنه قال:

إذا كانت الهبة الغير المعوضة فاسدة يجوز التصرف للعلم بالرضاية بشاهد الحال، وبيان ذلك أنه لا يشترط الرضاية الفعلية، بل يكفي بأن علم من حاله أنه يكون بحيث لو علم لكان راضياً بالتصرف.

وحصول العلم بكون المالك بحيث لو علم لكان راضياً لابدّ أن يكون مستنداً إلى سبب من صداقة أو غيرها.

ومن تلك الأسباب المعاطاة، فإنه يعلم من حال المتعاطيين أن كلّ واحد منهما يكون راضياً بأن يتصرف في ماله بشرط أن يكون الآخر أيضاً راضياً بأن يتصرف في ماله، وهذا الوجه لا يأتي في البيع الفاسد؛ لأنهما كانا بصدد المداقّة على حصول الملك، لا على مجرد التصرف، فلم يعلم من حالهما الرضاء.

ولا يخفىٰ أنه يشترط في المعاطاة أن تكون مشتملة على شرايط البيع مثلاً. وعلى هذا، فهذا الوجه الذي قلنا يثمر في المعاطاة إذا لم يكن مشتملاً على الشرايط أيضاً، ولو قلنا بأن المعاطاة يفيد الملك أو الإباحة أيضاً من وجه آخر.

وذلك لأن / ٧٢٣ / حكم المعاطاة إنما ينفع في المعاطاة الجامعة للشرايط، وفي غيرها أيضاً يكون إثبات الإباحة بإذن شاهد الحال كما هو كذلك في المعاطاة في الإجارة في الحمامات وأشباه ذلك.

أقول: إذَن شاهد الحال ليس له معيار كلي يمكن أن يحكم على طبقه مطلقاً، بل لابدّ أن يحال إلى أنه في كلّ مورد حصل العلم بالرضاء يجوز التصرف هنا،

---

*) *قريب من ذلك في المكاسب، صفحه ٣، كفاية مجرد الرضاء في جواز التصرف بينهم من كلمات المصنف في آخر مسألة المعاطاة. (منه قدس سره).*

وهذا العلم تارة يحصل في العقود الفاسدة، وتارة لا يحصل في المعاطاة أيضاً. فالمتّبع أيضاً هو حصول العلم بالرضاية التقديرية في الموردي.

[ليس المراد من الاباحة الملك المتزلزل]

ثمّ إنك قد عرفت أنه لو قلنا بحصول الإباحة في المعاطاة يكون ذلك مخالفاً لما قالوا من أن «العقود تابعة للقصود» ولا تكون إيرادات الشيخ واردة على المحقق الثاني، ولكن مع ذلك لا يتمّ ما ادعاه المحقق الثاني[1] من أن مراد العلماء من الإباحة هوالملك المتزلزل.

أما أولاً: فلأنه غاية الأمر أنه لا يمكن إثبات الإباحة بنفس البيع المعاطاتي، ولكن لا مانع أن يكون للعلماء دليل تعبديّ على أنه في مورد يحصل المعاطاة يكون في البين شيء آخر موجب للإباحة نظير ما تقدم في العقود الفاسدة أنه وإن لم يكن مقتضى العقود الفاسدة هو الضمان بقيمة المثل الّا أنه يثبت ضمان قيمة المثل في هذا المورد بدليل قاعدة الاتلاف، فلعلّ أن يكون للعلماء فيما نحن فيه أيضاً دليلاً على أن شيئاً آخر في المعاطاة يكون موجباً للإباحة.

وثانياً: أن الكلام تارة يكون في تعيين مراد العلماء وتارة يكون / ٧٢٤ / في صحة مبنىٰ كلامهم، ولا منافاة بين أن يكون مرادهم شيئاً، ويكون كلامهم محلّ الايراد. ونحن هنا بصدد تعيين مرادهم من الإباحة.

فعلى هذا نقول: إنا نأخذ لفظ الإباحة بظاهرها ونقول: إنه لعلّ أن يكون مستند العلماء أن التمليك في المعاطاة أو مطلق التمليك يكون متضمناً للإباحة. والشاهد على ذلك أنه قد تقدم أن الشهيدين يقولان بذلك مع أنهما بمنزلة لسان للعلماء، غاية الأمر أن كلامهم يكون بنظرنا محلاً للايراد؛ لما تقدم أن التمليك لا يكون متضمناً للإباحة.

---

١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

وثالثاً: أنه يمكن أن يكون نظر العلماء في اثباتهم الإباحة إلى إذن شاهد الحال كما تقدم الكلام فيه. وهذا وإن كان بعيداً الّا أن أمثال ذلك كثير في كلام المتقدمين، وبذلك يرفع الاستبعاد.

أقول: ومما ذكرنا ظهر أنه لو كان المراد من الإباحة في كلمات العلماء ما هو ظاهرها أيضاً لا يكون كاشفاً عن دليل تعبديّ وصل إلى العلماء ولم يصل إلينا، فيصير اجماعهم كلا اجماع.

[العقود الفاسدة لا توجب الإباحة]

وأما القاعدة الثانية، وهي ما اتفقوا عليه من أن «العقود الفاسدة لا توجب الإباحة» وأجيب عن ذلك بأن الإجماع المدعىٰ في البين إنما هو في العقود الفاسدة وليس في المعاطاة عقد.

وعلى هذا نقول: إنه فرق بين العقود الفاسدة وبين المعاطاة. وبيان الفرق بأحد الوجهين:

الأول: أنه في العقود الفاسدة ليس إباحة / ٧٢٥ / أصلاً، لا عند اجراء العقد ولا عند التقابض.

أما عند اجراء العقد فلأنه لم يقصد من العقد الّا التمليك، والمفروض أنه لم يحصل. وأما عند التقابض فلأنه كان من باب أنه مال الغير ولابدّ أن يردّ مال الغير إلى صاحبه.

وظاهر أنه عند ردّ مال الغير إلى صاحبه ليس قصد إباحة، وهذا بخلاف التعاطي الذي يكون في المعاطاة، فلأن هذا التعاطي لمّا لا يكون مسبوقاً بالملكية المتقدمة فيكون نفس التعاطي على عنوان التسليط على وجه الملكية، وهو متضمن للإباحة. فإذا فسد من حيث الملكية تبقى جهة إباحته على حالها.

وأورد على ذلك أن التعاطي هنا يكون نظير العقد في العقود الفاسدة حيث لم

يقصد به إلّا التمليك. فإذا فسد من حيث الملكية فليس في البين إباحة.

الثاني: أنه يكون في العقد الفاسد تمليك وإباحة ضمنية، وليس للإباحة استقلال حتى تكون باقية بعد فساد جهة الملكية.

وهذا بخلاف المعاطاة فإنها يكون فيها تمليك وإباحة ويكون كلّ واحد منهما على وجه الاستقلال، فإذا فسد من حيث الملكية تبقى جهة الإباحة بحالها لاستقلالها.

وأورد على ذلك أولاً: أنه ليس في المعاطاة ولا في العقود الفاسدة الّا التمليك المجرد عن الإباحة.

وثانياً: أنه لو كان فيهما إباحة أيضاً فلا وجه لأن يقال إنها في العقود الفاسدة لا تكون مستقلة وفي المعاطاة تكون مستقلة لأن كلاهما على نسق واحد.

/ ٧٢٦ / ومما ذكرنا ظهر أن القول بالإباحة يكون مخالفاً لما اتفقوا عليه من أن العقود الفاسدة لا توجب الإباحة.

وذلك لما عرفت من أنه لا فرق بين المعاطاة والعقود الفاسدة، ومع ذلك كلّه لا يثبت ما ادعاه المحقق الثاني من أن مراد العلماء من الإباحة هو الملك المتزلزل لما عرفت قبيل ذلك من أن قول العلماء بالإباحة يمكن أن يكون إما من باب أن لهم دليلاً تعبدياً على حصول الإباحة حين المعاطاة لأجل شيء آخر مقارن له دائماً.

وإما من باب أنهم زعموا أن التمليك في المعاطاة يتضمن الإباحة أيضاً، وإما من باب أنهم قالوا بالإباحة لإذن شاهد الحال.

وقد تقدمت هذه الوجوه قبيل ذلك.

[التلف ليس من الأسباب المملّكة]

وأما القاعدة الثالثة وهي ما اتفقوا عليه من أن التلف ليس من الأسباب المملِّكة مع أنه فيما نحن فيه يلزم أن يكون التلف مملِّكاً.

وبيان ذلك أنهم اتفقوا على أنه إذا تلف أحد العوضين في يد أحدهما فيصير الآخر مالكاً لما يكون في يده. ولا يخفىٰ أنه ليس مرادهم أنه يصير المال الباقي ملكاً لذي اليد مجاناً، بل يصير ملكاً له بعوض، وعوضه أيضاً ليس ثمن المثل له، بل عوضه يكون هو ثمن المسمىٰ الذي تلف عند الآخر*.

ثمّ إنه ليس نفس التلف مملكاً للاجماع على أنه ليس مملكاً مع أن التلف أمر عدميّ فكيف يؤثر في التمليك.

وعلى هذا فالتلف إما أن يكون كاشفاً عن حصول الملكية حين المعاطاة من أول الأمر وإما أن يكون كاشفاً عن حصول / ٧٢٧ / الملكية في آنٍ ما قبل التلف.

وهذا أيضاً على قسمين، لأنه تارة نقول: إنه وإن كان الملكية في آن ما قبل التلف الّا أنه لابدّ من ترتب آثار الملكية من أول زمان المعاطاة إلى الآن، ويسمىٰ هذا بالكشف الحكمي. وتارة لا نقول بالكشف الحكمي، فعلى هذا يصير التلف ناقلاً صرفاً.

أقول: ولا يخفىٰ أنه فرق بين كون الإجازة ناقلة في الفضولي وبين كون التلف ناقلاً فيما نحن فيه. وذلك لأن الإجازة لما يكون أمراً وجودياً فلها أن يكون ناقلة بنفسها. وأما بالنسبة إلى التلف فلابدّ أن يقدر آنٌ قبل التلف**.

---

*) *فيه أن الاتفاق ليس على أنه يصير مالكاً عند التلف، بل على أن من تلف المال في يده ليس له الرجوع إلى العين التي كانت موجودةً عند الآخر وأنها تكون تلك العين مال الآخر.*

وعلى هذا لو قلنا بحصول الملكية من أول زمان تحقق البيع المعاطاتي فلا إشكال، لأن جواز الرجوع في المعاطاة معناه جواز ترادّ العينين، وهذا يمتنع بتلف العينين أو أحدهما، والّا يلزم أن يصير التلف مملكاً من جانب آخر. وهذا ممّا لا وجه له، بل التلف بحسب القاعدة إما لا يوجب ضمان المثل والقيمة أيضاً لكون اليد مع الإذن اما من المالك أو الشرع رافعاً للضمان أو أنه يوجب ضمان المثل أو القيمة. وعلى كلا التقديرين صيرورة العين الغير المتلفة ملكاً للآخر خلاف القواعد. (منه قدس سره).

**) *وفيه أنه لم يوجد آناً ما قبل التلف شيء حتى يؤثر في الملكية.*

إن قلت: إن التالف آناً ما قبل التلف يكون له الوجود فيؤثر في الملكية.

ثمّ لا يخفىٰ أنه لو قلنا بالكشف الحقيقي من صحة المعاطاة من أول الأمر فحينئذٍ يكون كلام العلماء مطابقاً مع القاعدة، فليس لنا أن نقول لهم: لمَ تقولون ذلك؟ لأن المفروض أن المعاطاة بيع وأدلة صحة البيع يشمله.

وهذا بخلاف ما لو قلنا بالنقل أو الكشف الحكمي، فإنهما لما يكونان مبنيّين على عدم صحة المعاطاة من أول الأمر.

فحينئذٍ يكون عليهم أن يذكروا وجهه حيث إنّ كلّ واحد منهما متوقفان على دليل تعبديّ خاصّ.

فعلى هذا يكون القول بعدم حصول الملكية من أول بيع المعاطاة وحصولها حين التلف مخالفاً للقواعد السابقة، وهو أن التلف لابدّ أن يكون سبباً لضمان المثل والقيمة دون المسمىٰ إلى غير ذلك.

وتحتاج الملكية حين التلف إلى دليل خاص.

ومع ذلك كلّه / ٧٢٨ / نقول: لا يثبت ما ادعاه المحقق الثاني حيث نسب إلى الكل أنهم يكونون من القائلين بأن المعاطاة تفيد الملك، وذلك لأنه ليس مدعى المحقق الثاني مجرد أن القول بالإباحة يكون مخالفاً للقواعد، بل إنما مدعاه أن العلماء كلاً يقولون بأن المعاطاة تفيد الملكية.

وعلى هذا نقول: إن مجرد صيرورة القول بالإباحة مخالفاً للقواعد لا يثبت أن العلماء يقولون بالملكية، لأنه لعلّ أن يكون للعلماء دليل تعبديّ على أن التلف يكون مملّكاً إما على وجه الناقلية الصرفة أو على وجه الكاشفية الحكمية، فلم يثبت أن العلماء يقولون بأن المعاطاة تفيد الملكية.

قلت: هذا الوجود كان له من أول الأمر ولم يكن مؤثراً في الملكية وان نفرض كون الملكية بشيء آخر مقارن لآنٍ ما قبل التلف، فافرض ذلك بالنسبة إلى زمان التلف أيضاً. (منه قدس سره).

[معنى كون التلف كاشفاً]

ثمّ لا يخفىٰ أنه فرق بين كون التلف كاشفاً حقيقياً وبين كون الاجارة* في مسألة الفضولي كاشفة عن صحة البيع حقيقة.

وبيان الفرق أن الإجارة لو لم تقع يكشف عن فساد البيع، وفيما نحن فيه لو لم يحصل التلف في المعاملة الشخصية أيضاً نقول: إن وقوع التلف في غير هذا البيع يكون كاشفاً عن حصول الملكية في هذا البيع أيضاً**.

والسرّ في ذلك أنا نستدلّ بحكم العلماء في حال التلف بالملكية بأن مرادهم*** من الإباحة هو الملكية، فحينئذٍ لا يتوقف حصول الملكية بالتلف كما أنه في الإجازة في البيع الفضولي كان كذلك.

وعلى هذا / ٧٢٩ / نقول في خصوص ما نحن فيه: إنه لو لم يحصل التلف فبناء على كون التلف كاشفاً حكمياً لم يترتب شيء من آثار الملكية، ولو ترتب قبل ذلك أيضاً تكون فاسدة.

وبناء على كون التلف كاشفاً حقيقة نقول بترتب آثار الملكية في البين، ولو لم يتحقق التلف في البين أيضاً، فلا تغفل وتدبّر في حقيقة المطلب لعلّه يترتب عليه فوائد أخر.

---

*) *لا نفهم شيئاً مما نقلنا. (منه قدس سره).*

**) *فيه أنه اعتراف بما يقوله الكركي وعلى مذهب الكركي يصحّ ما ذكره إلى آخر كلامه دون ما لو أردنا أن نقول إن الإباحة في كلام العلماء ليس هو الملكية المتنزلة. (منه قدس سره).*

***) *فيه تأخير. (منه قدس سره).*

[أدلة الأقوال المتضادة في المعاطاة]

وإذا عرفت ما تقدم فلنشرع إلى أدلة كلّ واحد من الأقوال في المسألة، فنقول:

[مقتضى الأصل في المعاطاة]

أولاً لا يخفىٰ أن مقتضى الأصل الأولي هو عدم ترتب الملكية ولا الإباحة كما ينسب ذلك إلى العلامة[1] قولاً أو احتمالاً.

نعم، يقول الشيخ: إنه ثبت رجوعه عنه.

أما عدم ترتب الملكية فواضح حيث إنّ الملكية من الأمور الحادثة والأصل عدمها.

وأما الإباحة فلأنه وإن كان مقتضى الأصل في غير المقام هو الإباحة الّا أنه في خصوص ما نحن فيه يكون الأصل على خلاف الإباحة، حيث إنّ فيما نحن فيه يكون المورد مسبوقاً بحرمة التصرف في مال الغير، ونشك بسبب المعاطاة أنه زال حرمة التصرف أم لا* ؟ فنقول: إن الأصل عدم زوال حرمة التصرف في مال الغير في مورد المعاطاة.

وعلى هذا فيحتاج القائل بالإباحة أيضاً إلى الدليل كالقائل بالملكية.

ولنقدم الأدلة الدالّة على الملكية، حيث إنّ الأدلة الدالّة على الإباحة إنما تدلّ

---

١) مختلف الشيعة ٥/٥١.

*) *ربما لا تكون المعاطاة مسبوقةً بحرمة التصرف فيستصحب عدم الحرمة إذا كان الإستصحاب مع الشك المقتضي حجة. (منه قدس سره).*

عليها على فرض عدم ثبوت الملكية كما ستطلع من حالها ـ إن شاء الله ـ. فنقول:

[الأدلة المذكورة لإفادة المعاطاة الملكية]

يستدلّ على إفادة المعاطاة / ٧٣٠ / للملكية بوجوه:

منها: قوله تعالىٰ ﴿ أحلّ الله البيع ﴾[١].

ومنها: قوله تعالىٰ ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾[٢].

ومنها:* قوله تعالىٰ ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٣].

ومنها: السيرة.

ومنها: المبعّدات التي ذكرها كاشف الغطاء لعدم القول بالملكية**.

أما الأول وهو قوله تعالىٰ ﴿ أحل الله البيع ﴾ فيقع البحث فيه في مقامين:

الأول: في الصغرىٰ، وهو البيع الذي يكون موضوعاً للحكم بالحلية من حيث إنّه موجود في مورد المعاطاة أم لا.

الثاني: في الكبرىٰ، وهو الحلية حيث إنّه يثبت بها الصحة بحيث يترتب الملكية على البيع أم لا.

أما المقام الأول، فنقول: إن البيع يطلق على معنيين: العقد والتمليك.

أما العقد فغير موجود في المعاطاة، وأما التمليك فهو عبارة عن إنشاء الملكية. وعلى هذا نقول: إن الإنشاء والإخبار من صفات الألفاظ كما أن الصدق والكذب كذلك. فلو حكي عن خلاف الواقع بفعل من الافعال فنسب إلى الشيخ أنه ليس بكذب وفي كونه كالكذب في القبح أيضاً إشكال، ونحن نقول: إن الإنشاء

---

١) البقرة: ٢٧٥.

٢) النساء: ٢٩.

*) ذكره بعض. (منه قدس سره).

٣) المائدة: ١.

**) وبعض الأخبار. (منه قدس سره).

والإخبار أيضاً من صفات الالفاظ، فلا يجيء في غيرها.

وعلى هذا فيكون البيع عبارة عن إنشاء التمليك في القلب إما باللفظ فيكون اللفظ كالعلة لوجوده، أو مقارناً للفظ فيكون اللفظ كاشفاً عنه.

وعلى كلّ حال لا يجيء الإنشاء في المعاطاة حيث إنّه لم يكن هنا لفظ مع أنك قد عرفت أن الإنشاء من خواص / ٧٣١ / الالفاظ.

نعم، بناء على ما اختاره الأستاد سابقاً من أن البيع عبارة عن العنوان الثانوي وهو النقل الخارجي المنتزع من البين بعد تحقق الايجاب والقبول باللفظ أو الفعل مع سائر الشرايط المعتبرة في البيع، فلا يرد عليه إشكال حيث إنّه ليس قائلاً بالانشاء حتى يقال إن الإنشاء من خواص الألفاظ وليس في المعاطاة لفظ.

[معنى النقل الخارجي]

أقول: ومحصل ما يقوله الأستاد أنه لا شك أنه عند العرف إذا صدر لفظ «بعت» من العاقل الذي يكون فيه رشد في مقام الإخبار عن المراضاة بتبديل ماله بمال آخر، فيقول المشتري الجامع للشرايط: «اشتريت»، فينتزع أهل العرف بعد ذلك ملكية المثمن للمشتري وملكية الثمن للبايع بعد ما كان قبل هذا الايجاب والقبول بعكس ذلك.

وهذا معنى النقل الخارجي الذي يسمىٰ بالعنوان الثانوي، ويكون منتزعاً من البين بعد تحقق الايجاب والقبول وسائر الشرايط. فالبيع على هذا ليس قابلاً للفساد حيث إنّ النقل الخارجي لو حصل فحصل البيع الصحيح، والّا لم يحصل البيع لا صحيحه ولا فاسده.

ثمّ لا يخفىٰ أيضاً أن ما أورد على المشهور القائلين بأن البيع موضوع للإنشاء من أنه ليس في المعاطاة لفظ مع أن الإنشاء من خواصّ الالفاظ، فلابدّ أن لا يقولوا بكون المعاطاة بيعاً مع أنهم يقولون به.

وهذا يكشف عن فساد مذهبهم، وهو / ٧٣٢ / قولهم بالإنشاء.

ففيه أنهم يقولون: إن الكلام إما خبر أو إنشاء، ولا يفهم من ذلك أن الإنشاء والإخبار لا يوجدان في غير الالفاظ.

وعلى هذا فلا وجه لمقايسة الإخبار والإنشاء بالصدق والكذب في كونهما من صفات الألفاظ؛ لأنه لا مانع أن يوجد الإنشاء في غير الالفاظ أيضاً كما يظهر ذلك من المراجعة إلى الحاشية في أول الأوامر في مورد يذكر حدود لفظ الأمر حيث إنّه في الحدّ الذي ينقل عن العلامة (ره) يصرح بكون الطلب بغير القول أيضاً طلباً، غاية الأمر أنه ليس أمراً.

وهذا واضح أن الطلب يكون عندهم من الإنشاءات، فيفهم من ذلك أن الإنشاء لا اختصاص له بالالفاظ مع أن صدق البيع عرفاً على المعاطاة بديهيّ.

[هل البيع محكوم بالصحة عند الشارع صغرىً وكبرىً؟]

وإذا عرفت أنه لا إشكال في صدق البيع في المعاطاة من حيث عدم وجود اللفظ فيه لما عرفت من أنه سواء قلنا بأن البيع إنشاء أم ليس بإنشاء، نقول بعدم اشتراط اللفظ فيه، فلنشرع إلى إشكال آخر يكون في المقام، ويصير سبباً لعدم تحقق موضوع البيع في المعاطاة، وهو أنك قد عرفت أن لفظ البيع بناءً على مذهب الأستاد لا يمكن الّا أن يكون موضوعاً للصحيح، وبناءً على غير مذهب الأستاد أيضاً وإن يمكن أن يكون موضوعاً للأعمّ / ٧٣٣ / الّا أن بعضهم كصاحب الحاشية قد تقدم أنه يصرّح بكون لفظ البيع موضوعاً للبيع الصحيح.

وقد تقدم إشكال من الأستاد في جواز التمسك بالآية، وملخّصه أنه إذا كان موضوعاً للصحيح، فعلى هذا إذا ورد من الشارع استثناء عن بعض البيوع أو زِيدَ شرطٌ في بعضها فلا يجوز أن يقال إن هذا تخصيص في الحكم؛ لأنه تناقض صرف حيث إنّ لفظ البيع كان شرطاً لصحة البيع، والمفروض أنه كان بدون ذلك الشرط

صحيحاً أيضاً، فيصير هذا في قوة أن يقول الشارع في البيع الذي لم يكن فيه هذا الشرط: هذا البيع الصحيح ليس بصحيح، وهذا تناقض.

إن قلت: إنه ليس بتناقض لأن غير ذي الشرط كان صحيحاً عند العرف لا عند الشارع، فيصير معنى كلام الشارع أن هذا البيع الذي يكون صحيحاً عند العرف غير صحيح عندي، وهذا ليس بتناقض.

قلت: إن البيع الصحيح كان موضوعاً، فإذا قال الشارع هنا للبيع الصحيح عندكم ليس بصحيح، فيصير هذا تخطئة للعرف في تعيين مصداق الحكم لا أن يكون ذلك تخصيصاً في حكمه*.

/ ٧٣٤ / وذلك نظير لفظ «حسن»، فإنه موضوع لمفهوم معين معلوم، ولكن أهل العرف يكونون مختلفين في تعيين مصاديق هذا الكلي. فبعض الاشياء حسن عند بعض، وغير حسن عند آخرين. فهنا وإن كان نفس المفهوم متحداً الّا أن وقوع الاختلاف في مصاديقه يصيّر حكمه حكم المشترك من بعض الجهات، وذلك لأن الاختلاف في المصداق إن كان عند أهل العرف بعضهم مع بعض فحينئذٍ يكون كلّ طائفة متعبدة بنظرها.

وأما لو كان الاختلاف بين المكلفين والآمر، فحينئذٍ لابدّ أن يحرز المكلف ما يكون حسناً عند الآمر. فيصير الاختلاف في المصداق في هذا المورد بحكم

---

*) *قد تقدم قبل مسألة المعاطاة رفع الإشكال عن التمسك بما دلّ على صحة البيع مع فرض كون لفظ البيع موضوعاً للصحيح.*

والسرّ في ذلك أن الحكم هنا صار جزء المفهوم من البيع حيث إنّ الحكم الوضعي للبيع هو ترتب الأثر عليه، والبيع الصحيح أيضاً عبارة عن البيع الذي يترتب عليه الأثر. وعلى هذا فليس من الشارع حكم في هذا المقام.

نعم امضاؤه هنا بمعنى عدم ردعه في جعلهم الصحيح ما زعموه، وهكذا الصلاة الصحيحة ليست قابلة لأن تخصيص حكمها بعث أن الصلاة الصحيحة ما تكون موافقةً لأمر الشارع فصار أمر الشارع داخلاً في المفهوم. (منه قدس سره).

المشترك فلا يجوز التمسك. وما نحن فيه أعني لفظ البيع يكون من هـذا القـبيل حيث إنّ المفروض أن لفظ البيع كان موضوعاً للبيع الصحيح ونحن قد علمنا من الأدلة الدالّة على عدم صحة بعض البيوع التي كانت عند العرف صحيحاً أن نظر الشارع مخالف مع نظر أهل العرف في تعيين مصاديق البيع الصحيح، فلا يـجوز التمسك بالآية.

هذا ملخص الإشكال. وقد تقدم منا بعض المناقشات في أصل ورود الإشكال وهنا أجاب الاستاد ـ سلّمه الله ـ عن أصل الإشكال.

وملخص الجواب أنا / ٧٣٥ / نقول: إنا نسلّم أنه لابدّ لنا من إحراز مـا يكـون صحيحاً عند الشارع الّا أنه نقول: يمكن للشارع أن يجعل نظر العرف أمارة في تعيين مصاديق ما يكون بنظره بيعاً نظير أنه جعل اليد أمارة على الملكية، وجعل الإستصحاب أمارة في تشخيص بعض الموضوعات. فإذا جعل نظر العرف أمارة فيمكن له أن يجعل نظر العرف أمارة في بعض الموارد كما أنه جعل اليد أمارة في مورد لم يكن في البين بيّنة.

وعلى هذا فيمكن للشارع أن يجعل نظر العرف أمارة لتعيين مـصاديق البـيع الصحيح، لكن في مورد لم يرد من الشارع بيان. فإذا ورد من الشارع بيان فيسقط نظر العرف عن كونه أمارة نظير سقوط اليد عن الأمارية في مورد قامت البيّنة على تعيين الواقع.

وإذا عرفت أنه يمكن أن يصير نظر العرف أمارة معتبرة في تعيين المـصاديق الواقعية ويكون قابلاً للتخصيص، فنقول: إن قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾[1] يـدلّ على اعتبار نظر العرف في تعيين مصاديق البيع الصحيح، وذلك لأنه إذا علق الحكم بالحلية على البيع الصحيح عنده من دون أن يجعل نظر العرف أمارة معتبرة فـي تعيين مصاديقه فيلزم أن يكون قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾ لغواً؛ لأنه يصير مفاده

---

١) البقرة: ٢٧٥.

على هذا أن البيع الصحيح عندي ـ الذي لا تدرونه ـ يكون صحيحاً عندي. وهذا / ٧٣٦ / يكون بلاثمر وبلا فائدة.

وعلى هذا فلأجل عدم لزوم اللغوية لابدّ أن نقول: إنه جعل نظر العرف أمارة معتبرة في تعيين مصاديق البيع في قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾.

أقول: الظاهر من بيانه أن المراد من قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾ لو كان بيان حكم الحلية لمفهوم البيع فحينئذٍ إذا كان لفظ البيع موضوعاً للأعمّ من الصحيح فلا إشكال في التمسك بالآية، وأما إذا كان موضوعاً للصحيح فالحكم بفساد بعض البيوع يكشف عن اختلاف نظر الشارع ونظر العرف في تعيين مصاديق البيع، فتصير الآية مجملة كما تقدم.

لكن هذا إذا كان الحكم معلقاً على نفس البيع، وأما إذا كان الحكم بالحلية معلقاً على البيع العرفي لكن لا من باب أن البيع عند العرف بنفسه موضوع بل من باب أن تعليق الحكم على البيع العرفي يكون من باب أن نظر العرف يكون معتبراً في تعيين مصاديق البيع الصحيح الواقعي لا من باب أنه بنفسه موضوع الحكم، فحينئذٍ يكون قابلاً للتخصيص كسائر الأمارات حيث إنّها قابلة لورود التخصيص عليها. فيكون الحكم بالحلية على الأول معلقاً على البيع من حيث هو، وعلى الثاني يكون معلقاً على البيع العرفي، لكن تعليق الحكم عليه ليس من باب أنه بنفسه موضوع للحكم، بل من باب أنه أمارة على الموضوع*.

الثاني في الكبرىٰ، وهو استفادة / ٧٣٧ / كون البيع مطلقاً محكوماً بالصحة عند الشارع من قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾. وتقرير الإستدلال بالآية لابدّ وأن يكون بأحد الوجهين:

الأول: أن نقول**: إنها تدلّ على حلية البيع، ولا معنى لأن تحملها على ظاهرها

---

*) *تقدم التحقيق قبل مسألة المعاطاة. (منه قدس سره).*

**) *أقول. (منه قدس سره).*

من كون نفس البيع حلالاً فلابدّ أن تحمل بدلالة الاقتضاء على حلية الآثار المترتبة على البيع.

ثمّ إنه نستفيد من عدم اختصاص الحلية ببعض الآثار أن الحكم بالحلية ثابت لجميع الآثار، فحينئذٍ نثبت الملكية بتقرير سيأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ.

قلنا: هنا دعاوي ثلاث:

[الحكم بالحلية بدلالة الاقتضاء]

أما الدعوى الأول فهو أن الحكم بالحلية لابدّ أن يكون بدلالة الاقتضاء متعلقاً بالتصرفات لا على نفس البيع. وذلك لأنه لا إشكال باجماع أهل الشرع أن البيع بنفسه سواء كان هو الايجاب والقبول أو التعاطي كما في المعاطاة ليس بحرام.

ويكون هذا واضحاً عند أهل العرف، فلابدّ أن يكون الحكم بالحرمة كما في البيع الربوي والحكم بالحلية متعلقين على الآثار المترتبة على البيع، وهي التصرفات المترتبة على الملكية التي تكون مسببة عن البيع لما قد عرفت أن البيع بنفسه ليس بحرام، وكذا الملكية المسببة عنه حيث إنّ الملكية بناءً على القول بكون الأحكام الوضعية مجعولة تكون مثل الصفات كالسواد والبياض.

فليس / ٧٣٨ / قابلة لتعلق الحكم بالحلية به. فانحصر الأمر بأن يكون المراد من البيع هو التصرفات المترتبة على الملكية حتى يكون قابلاً لتعلق الحكم بالحرمة والحلية به.

أما الدعوى الثاني* فهو إذا حكم بحلية التصرفات فلابدّ أن يحمل على الجميع، ووجه ذلك واضح لأنه إذا كانت الآية بصدد البيان ـ كما هو الظاهر من كلّ كلام ـ وعلق الحكم بالحلية على التصرفات المترتبة على البيع ولم تذكر قرينة معينة فلابدّ أن تحمل على عموم التصرفات بدليل الحكمة.

---

*) *الثانية. (منه قدس سره).*

وذلك نظير العموم الذي يثبت في جميع المطلقات بقاعدة الحكمة كما فُصّل في محله.

أما الدعوى الثالث فلأنه إذا ثبتت حلية جميع التصرفات فنقول: إن بعض التصرفات يكون موقوفاً على ثبوت الملكية كبيع كلّ واحد من الثمن والمثمن أو عتقهما وأشباه ذلك من التصرفات المترتبة على البيع، حيث إنّ هذا النوع من التصرفات منوط بالملكية. فإذا ثبت حلية هذا النوع من التصرفات فيكشف ذلك من حصول الملكية.

وأورد على هذا من وجوه:

الأول: أن نقول: نسلّم أن الآية تدلّ على حلية جميع التصرفات الّا أن مثل قوله عليه السلام «**لا بيع الّا في ملك**»[1] يكون مخصصاً لها حيث إنّ مقتضاها / ٧٣٩ / أن التصرف البيعي منوط بالملكية، وكذلك قوله عليه السلام «**لا عتق الّا في ملك**»[2] يكون مخصصاً للآية. وكلّ واحد منهما يكون أخصّ من الآية.

أقول: حيث إنّ الآية تدلّ على حلية جميع التصرفات وهاتان الروايتان تدلّان على المنع من تصرفين من التصرفات حيث دلّتا على أن ما كان مباحاً لا يجوز بيعه وعتقه، فصارتا مخصصتين للآية بدلالتهما الالتزامية؛ فافهم.

وأورد على ذلك بأنه لا وجه لجعل مثل «**لا بيع الّا في ملك**» مخصصاً للآية، وذلك لأن قوله تعالى ﴿**أحلّ الله البيع**﴾ ليس نصاً في الإباحة حتى تكون منافيةً مع قوله عليه السلام «**لا بيع الّا في ملك**».

وبيان ذلك أن الحلية يحتمل أن تكون من باب الإباحة الصرفة، ويحتمل أن

---

١) في رواية تهذيب الأحكام ١٣٠/٧، باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز، ح ٤٢: «ما أحب أن يبيع ما ليس له».

٢) عوالي اللئالي ٢٩٩/٢، باب العتق، ح ٤ وفي أكثر الروايات: «لا عتق قبل ملك» كما في الكافي ٤٤٤/٥، باب أنه لا رضاع بعد فطام، ح ٥ و١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، ح ١؛ أو: «لا عتق إلّا بعد ملك» كما في الكافي ١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلّا بعد ملك، ح ٢.

يكون منشأه الملكية فلو كان منشأه الملكية فلا منافاة حتى يصير مخصصاً. وأما لو كان منشأ الحلية هو الإباحة فحينئذٍ لابدّ أن تصير الآية مخصصة بالروايتين.

[قوله تعالى «أحل الله البيع» مجمل]

فتلخص أن قوله ﴿أحلّ الله﴾ مجملة من جهة عدم بيان منشأ الحلية، ولكن يكون ظاهراً من حيث عموم الحلية لجميع التصرفات.

وعلى هذا نقول: إن من الجهة التي يكون فيها إجمال قد تقدم أن فيه احتمالين، وبناء على أحد الإحتمالين يكون عموم ﴿أحلّ الله البيع﴾ باقياً على حاله حيث كانت الحلية عامة لجميع التصرفات، وبناءً على الإحتمال الآخر وهو أن يكون منشأ الحلية هو الإباحة لابدّ أن تصير عموم الحلية مخصصة.

وإذا دار الأمر بين حمل الآية على معنى لا يرد عليه التخصيص أو معنى يرد عليه التخصيص / ٧٤٠ / فبناء العلماء في باب تعارض الأحوال ـ كما نقل ـ اللفظ على معنى لا يرد عليه التخصيص، وذلك لأن أصالة العموم وأصالة الحقيقة يكونان عندهم كسائر القرائن اللفظية في صيرورتها قرينة لتعيين أحد معاني المشترك.

بل الشيخ (ره) تعدى عن ذلك وقال، إنه يرفع الاجمال عن المخصص بواسطة أصالة العموم في العام في مثل «أكرم العلماء ولا تكرم زيداً»، إذا فرض كون زيد مشتركاً بين زيد العالم وغير العالم، فإنه بواسطة جريان أصالة العموم في «أكرم العلماء»، نقول: إن المراد بـ«زيد» هو زيد الغير العالم كما ذكر ذلك في الرسالة قبل مسألة الإجماع المنقول.

أقول: قد يقال: إنا نسلّم أنه بواسطة أصالة العموم نرفع الاجمال الموجود في نفس هذا اللفظ كما فيما نحن فيه أو الإجمال الموجود في المخصص كما ذكره الشيخ الّا أن ذلك كلّه لو كانت أصالة العموم أصلاً لفظياً كما في أكرم العلماء»، وهذا بخلاف ما نحن فيه حيث إنّ إثبات العموم هنا يكون بدليل الحكمة، لا

بالأصل اللفظي؛ فتأمل جيّداً.

هذا مع أنّه على فرض أن نقول: إنه يرفع الاجمال بأصالة العموم الناشية من جريان مقدمات الحكمة، أيضاً نقول: إن أصالة العموم ليست ملازمةً مع تحقق الملكية من أول الأمر؛ لأنه يكفيه حصول الملكية آناً ما قبل التصرف المتوقف على الملكية، فلعلّه أن يكون الواقع كذلك؛ فتأمل*.

[تتميم في دلالة الآية على حليّة جميع التصرفات]

الثاني من الوجوه التي أورد على الإستدلال بالآية ما ذكره الشيخ (ره) في المكاسب[1] وفي عبارة الشيخ (ره) غلاقة ترفع تلك الغلاقة ببياننا ـ إن شاء الله ـ، وهو أنه نسلّم أن الآية تدلّ على جميع التصرفات حتى مثل البيع والعتق والايصاء وغير ذلك من التصرفات المتوقفة على الملكية الّا أنه نقول: إن / ٧٤١ / توقف هذه التصرفات على الملكية ليس عقلياً بل يكون شرعياً، فيكون قابلاً للتخصيص.

وعلى هذا نقول: إن توقف هذه التصرفات على الملكية إنما ثبت بالإجماع، والإجماع فيما نحن فيه غير موجود حيث إنّه كان من الأقوال في المسألة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملكية.

فعلى هذا نقول: إن هذه التصرفات أعني مثل البيع والعتق وأشباههما إنما يتوقف على الملكية لعدم الدليل على التوقف على الملكية في هذا المقام حيث إنّك عرفت أن الدليل هو الإجماع. وهو ليس في هذا المقام. هذا أولاً.

وثانياً لو سلّمنا توقف هذه التصرفات على الملكية مطلقاً، فنقول: لا يلزم أن

---

*) *كما هو المحقق حيث إنّه يعامل مع الإطلاق من هذه الجهات معاملة الأصل اللفظي في بناء العقلاء يعني في أنه يرفع بكلّ منهما كلّ أصل عدمي كان على خلافهما. وهذا غير رفع الإجمال بالأصل. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٣/٤٠.

نقول بحصول الملكية بالمعاطاة أيضاً لجواز أن تتحقق الملكية آناً ما قبل هذه التصرفات وتصير نفس هذه التصرفات كاشفةً عن سبق الملكية آناً ما، ولا تصير كاشفةً عن تحقق الملكية بنفس المعاطاة.

وأورد على الشيخ في الوجه الأول منه بأن الملازمة بين هذه التصرفات مع الملكية ليست ثابتة بدليل الإجماع حتى يقال: إن الإجماع فيما نحن فيه / ٧٤٢ / غير موجود، بل الدليل على ذلك هو الأخبار، وهو يشمل جميع الموارد. وذلك مثل قوله عليه السلام «**لا بيع* الّا في ملك**» و«**لا عتق الّا في ملك**» وأمثال ذلك.

أقول: وأما الوجه الثاني وهو تقدير الملكية آناً ما فيحتاج إلى دليل، والّا فمقتضى القاعدة هو أن يخصص بقوله «**لا بيع الّا في ملك**» كلّ دليل دلّ على إباحة مطلق التصرفات.

وما يقولون من تقدير الملكية آناً ما في قوله «اعتق عبدك عني» لأجل ما ورد من قولهم عليهم السلام «**لا عتق الّا في ملك**» حيث إنّه بعد ما ثبت بدليل خاصّ أنه يجوز العتق إذا قال «**أعتق عبدك عني**» فهنا يقدّرون الملكية آناً ما بعد ما كان أصل الحكم معلوماً.

وهذا بخلاف ما نحن فيه، ولذا يشير الشيخ (ره) إلى ابطال ذلك في المكاسب[1] بعد ذكر الإيراد التي نقلنا عنه حيث يقول: التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق أن يصدر من المتفقه فضلاً عن الفقيه. ولكن أورد على ذلك بأن المفروض أنه ليس لنا دليل على أن البيع يفيد الملكية، غاية الأمر أنه ثبتت حلية مطلق التصرفات، وهو ملازم مع الملكية في الجملة إما من أول الأمر حتى يثبت المطلوب أو آناً ما قبل التصرف المتوقف على الملكية.

وإثبات كلّ واحد بالخصوص يحتاج إلى / ٧٤٣ / دليل، وأصالة العموم لا يثبت

---

*) ***هكذا نقل. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٤٣/٣.

الّا أحد هذين الوجهين على طريق الاجمال.

الثالث من الوجوه ما ذكره الشيخ أيضاً، والفرق بين هذا وسابقه يكون في مجرد التعبير.

نعم، هنا يقول بأنه لا وجه لأن يقال إنه ليس عموم في حلية التصرفات، وملخص كلامه (ره) أنه لو قيل إنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملكية كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدي وعدم جواز وطي الجارية المأخوذ بها، ومن المحكي عن الشيخ[1] (ره) في الأخير في معاطات الهدايا.

ثمّ يقال في جواب هذا القائل بأنا نثبت هذه التصرفات المتوقفة على الملكية بعموم الآية، فحينئذٍ تثبت الملكية لأجل ثبوت الملازمة بين هذه التصرفات وبين الملكية. فنقول: إنه نسلّم ثبوت عموم حلية التصرفات ومع ذلك نقول: إنه لا تثبت الملكية بذلك؛ لأنه يجوز أن يلتزم الفقيه بحصول الملكية قبل التصرف المتوقف عليها بآنٍ ما، لا من أول الأمر حتى يثبت كون المعاطاة مفيداً للملكية. ونحن نقول: إنه قد تقدم أن الشيخ (ره) يقول ببطلان تقدير الملكية آناً ما قبل هذه التصرفات، فيكون هذا الايراد من الشيخ باعترافه (ره) باطلاً.

[الإستدلال بالآية لإفادة المعاطاة الملكية]

وقد تقدم وجهه. / ٧٤٤ / **الوجه الثاني** من الوجهين الذين يجوز أن يقرر للاستدلال بالآية لافادة المعاطاة للملكية ما ذكره الشيخ[2] (ره) من أن الأولىٰ أن نتمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً ونحن نقول: إنه

---

١) المبسوط ٣١٥/٣.

٢) كتاب المكاسب ٤٣/٣.

يمكن أن يقرر وجه التبادر* بأحد الوجهين:

---

*) قد يقال: إنا نسلّم أن المتبادر ذلك الّا نقول: إن هذا الكلام ليس مسوقاً لبيان البيع حتى يجوز التمسك بإطلاقه لصحة المعاطاة، وإنما هذا الكلام يكون مسوقاً لبيان كون البيع حلالاً في الجملة في قبال الربا كان حراماً، فيكون ﴿أحلّ الله البيع﴾ في مقام التوطئة لبيان كون الربا حراماً. وإذا كان إطلاق لفظ البيع في مقام بيان حكم آخر لا في مقام بيان ماهية البيع، وكونه بصدد بيان ماهية البيع إنما يتحقق بأن يكون بصدد بيان حكم البيع لا حكماً آخر غير حكم البيع، وكان ذكر حكم البيع تبعيّاً لا يجوز التمسك بإطلاقه لدفع ما يحتمل كونه شرطاً في البيع، فيكون إطلاق ﴿أحلّ الله البيع﴾ نظير إطلاق ﴿أقيموا الصلاة﴾ [البقرة: ٤٧ و٨٣ و١١٠ والنساء: ٧٧ وغيره] في أنه لا يجوز التمسك بإطلاقه.

وفيه أن عدم جواز التمسك بإطلاق ﴿أقيموا الصلاة﴾ إنما هو من باب أن الصلاة موضوع شرعي لابدّ أن يصل بيانه من الشارع، وهذا بخلاف لفظ البيع.

وأما ما ذكر من أنه ذكر ﴿أحلّ [الله] البيع﴾ في قبال قوله ﴿حرم الربو﴾، فيكون الكلام مسوقاً لبيان الحكم في الجملة. ففيه أنه بمثل هذه الإحتمالات لا ترفع اليد عن الاطلاقات ـ ويأتي له توضيح في صفحة السابقة في الحاشية ـ.

أقول: الظاهر أن يكون كلّ واحد من قوله ﴿أحلّ الله﴾ اه وقوله ﴿حرم الربو﴾ في مقام البيان؛ فافهم.

ولم يكن أحدهما توطئة لذكر الآخر، غاية الأمر أنه اقترن بينهما لكونهما من سنخ واحد.

/ ٧٤٥ / ومن الشواهد على أن قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ في مقام بيان حكم كلّ من البيع والربا أن قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ اه من كلام الله في ردّ قول الكفار «إنما البيع مثل الربا»، فردّهما بأنه لا مماثلة بعد أنه تعالى حلّل البيع وحرّم الربا. وشهد على أن قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ اه من كلام الله في ردّ اعتراض الكفار لا من تتمة نقل كلام الكفار، أنه على الثاني يحتاج الكلام إلى الإضمار حيث إنّه لابدّ إما أن يكون على سبيل الاستفهام الانكاري أو نقلاً عن كلام المسلمين.

هذا، مع أن قوله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة﴾ [البقرة: ٢٧٥] يكون ذكره بعد قوله ﴿أحلّ الله البيع﴾ مناسباً لو كان من كلام الله وردّاً على الكفار والّا يناسب ذكره في محل آخر كما ذكره الرازي في تفسيره [انظر: تفسير الرازي ٩٢/٧] / ٧٤٤ / كون الحلية بمعنى الحلية الوضعية غير مناسب لأن ما يقابله وهو حرمة الربا ظاهر في الحرمة التكليفية. كيف وتفرّع على حرمة المؤاخذة على فعله.

ثمّ لا إشكال أن العرف يفهم صحة البيع من قوله تعالى ﴿أحلّ الله﴾ اه، والأظهر في النظر

الأول أن نقول: إنك قد عرفت سابقاً أن نفس البيع من حيث هو ليس قابلاً لأن يتعلق به الحكم بالحرمة عند العرف وليس حراماً شرعاً أيضاً، فإذا تعلق الحكم بالحرمة بالبيع يصير حاله نظير حال صورة تتعلق الحرمة بالأعيان كـ﴿حرمت أمهاتكم﴾ و«حرم الخمر» وأشباه ذلك في أنه لابدّ أن ترجع النية والحرمة إلى فعل متعلق بهذا الموضوع، ويكون مناسباً لهذا الحكم والموضوع كما أن المناسب في «حرم الخمر» أن يقدّر شرب الخمر وفي «حرمت أمهاتكم» وطيها.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن البيع وإن كان يمكن تعلق الحكم التكليفي به في الواقع الّا أنه عند العرف يكون بحكم الأعيان الخارجية في عدم جواز تعلق الحكم التكليفي به*.

وعلى هذا فإذا تعلق الحكم بالحلية بالبيع، فلابدّ أن يرجع الحكم بالحلية إلى أثر البيع ـ وهو الملكية ـ ويكون تعلق الحكم بالحلية على الملكية، مع أنها بناء على القول بثبوت الأحكام الوضعية** تكون كواحدٍ من الصفات / ٧٤٥ / غير قابلة لتعلق الحكم بها كالأعيان.

ولكن مع ذلك يصحّ تعلق الحكم بالملكية باعتبار الآثار المترتبة على الملكية من جواز كلّ تصرف، وذلك نظير قوله عليه السلام: «**لا تنقض اليقين بالشك**»[1] حيث إنّ المراد من اليقين هو المتيقن، والمتيقن يكون شاملاً للموضوعات.

وهذا واضح أن تعلق الحرمة بنقض اليقين في الموضوعات بنفسه غير جائز الّا

في جهة ذلك أن يقال إن المراد من الآية حلية ترتب آثار البيع الّا أن العرف يفهم من الآية امضاء البيع كما يكون عند الناس، وأن حلية التصرفات تترتب من جهة أنها من آثار صحته عند الناس. (منه قدس سره).

) وذلك لوضوح حلية مجرد عقد البيع عند العرف. (منه قدس سره).

****) وذلك لأن الأصل في كلّ كلام أن يكون في بيان حكم نفسه لا لبيان حكم آخر؛ فافهم. (منه قدس سره).***

١) وسائل الشيعة ٤٦٦/٣، باب أن كل شيء طاهر حتى يعلم ورود النجاسة عليه...، ح ١ باختلاف.

أنه لا مانع لو كان باعتبار الآثار المترتبة على الموضوعات، فيحمل على ذلك.

الثاني: أن نقول: إنك بعد ما عرفت عدم جواز تعلق الحكم بالحلية بنفس البيع حيث كان واضحاً أنه كان حلالاً وعدم جواز تعلق الحكم بالحرمة به شرعاً حيث إنّه يكون نفس العقد جائزاً بالاتفاق، فحينئذٍ لابدّ أن تقول: إن تعلق الحكم بالحلية والحرمة بالبيع ليس باعتبار ذاته، بل إنما هو باعتبار التشريع بصيغة البيع أو غير ذلك من الأسباب.

وذلك لأن الأسباب كعقد البيع أو غير ذلك إذا كان معتبراً عند الشارع وموجباً للنقل عنده فحينئذٍ لا محظور في إيجاد عقد البيع إذا كان الداعي على إيجاده هو ترتب الأثر عليه، وأما إذا لم يكن موجباً للنقل عند الشارع وأنت أوجدته[1] / ٧٤٦ / بداعي ترتب الأثر عليه ونسبت ذلك إلى الدين، فيكون ذلك تشريعاً محرماً.

وعلى هذا، فكلّ سبب للنقل أو غيره كالبيع مثلاً إذا قال الشارع إنه حلال يكون المراد هو الحلية بقصد نسبته إلى الدين من أنه سبب للنقل. ووجه حليته أنه سبب للنقل عند الشارع أيضاً. وهذا معنى صحة البيع.

وإذا قال الشارع: إنه حرام، يكون المراد حرمته بقصد نسبته إلى الدين أنه من الأسباب، فيكشف من أن ذلك ليس من الأسباب الناقلة في الشرع. وهذا معنى

---

١) / ٧٤٦ / *ذكر حكم البيع في الآية من باب ذكر المقيس عليه حيث إنّه ليس الربا، وعلى هذا فلو كان للبيع قسم غير محلل لم يناسب أن يقاس الربا بالبيع بنحو الاطلاق بل لابدّ أن يدعى المماثلة بين الربا والقسم المحلل من البيع. فحمل المماثلة بين الربا ونفس البيع يدلّ على أن البيع محلل بنحو الاطلاق.*

إن قلت: أيّ مماثلة بين البيع والربا؟

قلت: المقايسة بين البيع الربويّ وبيع الغير الربويّ، وحينئذٍ يصير الاطلاق في الآية واضحاً.

وقيل: مورد نزول الآية في صورة يقول المشتري للبايع «زدني في الأجل أزيدك في المال» أي المثمن. (منه قدس سره).

الفساد هنا.

أقول: وممّا ذكرنا [يرفع] التناقض المتوهم بين كلام الأصوليين حيث إنّهم يصرّحون بأن سببية المسبب لا ينافي مع كونه حراماً كما أن الوطي من الأسباب الموجبة للغسل مع أنّه قد يصير حراماً، وتكون سببيته باقية بحالها كما لو كان الوطي حراماً حيث إنّه سبب للغسل كما أن الوطي الحلال أيضاً من الأسباب الموجبة اللغسل.

وأيضاً يصرّحون بأن النهي المتعلق بذات الأسباب يكون مقتضياً للفساد، ولذا صار المشهور بينهم أن النهي المتعلق بذات المعاملة يكون مقتضياً للفساد.

ووجه المنافاة أن النهي المتعلق بذات المعاملة لا يقتضي إلّا حرمتها، والمفروض أنهم يقولون إن الحرمة لا تلازم الفساد، فكيف صار هنا مقتضياً له؟ /٧٤٧/ ووجه ارتفاع الإشكال بأن نقول: إنه صحيح ومسلّم أنه لا منافاة بين سببية السبب وبين حرمته الّا أنه قد يتعلق النهي بالمعاملات أعني بالأسباب المؤثرة للنقل والانتقال، ولكن تكون الأسباب غير قابلة لتعلق الحكم بالحرمة عرفاً بها.

وحينئذٍ يصير الظاهر من هذا النهي بعد هذه القرينة العقلية هو أن يكون النهي متعلقاً بإيجادها على وجه التشريع. وإذا كان إيجادها تشريعاً حراماً فلابدّ أن يكون هذا السبب المنهيّ عنه في الشرع مما لا يترتب عليه الأثر ويكون إيجاد البيع بهذا الداعي تشريعاً حتى يصير محرماً ومنهيّاً عنه؛ فافهم.

[الإستدلال بقوله تعالى «تجارة عن تراض»]

أما الثاني: وهو قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾[1] فطريق الإستدلال به يكون على طريق الوجه الأول في ﴿أحلّ الله البيع﴾، وذلك لأنه علّق جواز أكل الناس

---

١) النساء: ٢٩.

على التجارة عن تراضٍ، والمراد من الأكل هو التصرف في أموال الناس. وإطلاقه يشمل جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملكية.

ووجه الإستدلال قد تقدم.

وتقدم أن هذا الإستدلال مخدوش من وجهين:

الأول: ما ذكرته من أن أصالة العموم إذا كانت أصلاً لفظياً نسلّم أنه يرفع الاجمال بها بخلاف ما كانت أصالة العموم ثابتةً بمقدمات الحكمة.

وما نحن فيه من هذا القبيل*.

الثاني: ما ذكر من أن جواز جميع التصرفات يتوقف على ثبوت الملكية في الجملة إما من حين المعاطاة أو آناً ما قبل التصرف** / ٧٤٨ / المتوقف على الملكية، وكلاهما على خلاف الأصل.

وليس في البين ما يعيّن حصول الملكية من أول الأمر لا آناً ما قبل التصرف فلا يثبت كون المعاطاة مفيداً للملكية.

وبما تقدم أن العرف يفهم من الآية امضاء التجارة كما كان عند الناس، رفع الإشكال الثاني أيضاً.

ثمّ إن هنا اشكالين آخرين في خصوص هذه الآية:

أحدهما: يكون بدلاً عن الإشكال الصغروي في الآية السابقة، وهو أن التجارة تكون بمعنى الصنعة، فلا دخل لها بالمعاطاة.

ولكن فيه أنه لا يناسب أن يتعدى بقوله ﴿عن تراض﴾ لو كانت التجارة بمعنى الصنعة. وهذا يصير قرينة على أن المراد من التجارة هنا هو التكسب، فيشمل

---

*) *وفيه أنه تقدم أن حال الإطلاق حال الاصول اللفظية في بناء العقلاء من جهة أنه بالأصل اللفظي يرفع كلّ أصل عدمي كان على خلافه مثل أصالة حصول الملكية في المقام. ولا دخل لذلك برفع الاجمال بالأصل اللفظي. (منه قدس سره).*

**) *يفهم العرف من الحكم بجواز التصرفات المترتبة على التجارة امضاء الشارع للتجارة كما كان عند الناس. وقد تقدم في ﴿أحلّ الله البيع﴾. (منه قدس سره).*

المعاطاة.

وثانيهما: أن قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ ليس في مقام البيان حتى يمكن الأخذ بإطلاقه فيدلّ بإطلاقه على أن الصيغة ليس شرطاً في التجارة.

والسرّ في ذلك أن كلّ مورد كان في البين استثناء فليست تلك القضية بصدد بيان حكم المستثنىٰ، وإنما يكون بصدد بيان المستثنى منه من جهة هذا الاستثناء. مثلاً قوله عليه السلام «لا صلاة الّا بفاتحة الكتاب»[1] يكون هذا الكلام بصدد بيان توقف الصلاة على فاتحة الكتاب بحيث لو شككنا في توقف الصلاة في مورد من الموارد على فاتحة الكتاب فنرفع الشك بإطلاق هذا الكلام.

ولا يخفىٰ أنه ليس بصدد بيان المستثنىٰ منه من غير هذه الجهة، فيكون ساكتاً من أن الصلاة متوقفة على شرط آخر أم لا.

وأما بالنسبة إلى المستثنىٰ ـ وهو فاتحة الكتاب ـ فليس في مقام البيان أصلاً، / ٧٤٩ / ولذا لو شككنا في اشتراط فاتحة الكتاب بشيء كأن يكون عن اخفات أو غير ذلك فلا يمكن دفع هذا الإحتمال بإطلاق فاتحة الكتاب هنا لأنه لم يكن المتكلم بصدد البيان هنا حتى يمكن التمسك بإطلاقه.

ونظير قوله «لا صلاة الّا بفاتحة الكتاب» قوله «لا صلاة الّا بطهور»[2] حيث إنّه ليس إطلاق هنا للظهور أيضاً.

وكذلك فيما نحن فيه أيضاً ليس إطلاق للمستثنىٰ أعني قوله تعالى ﴿الّا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ فلا يمكن التمسك بإطلاق ذلك لعدم اشتراط اللفظ في التجارة.

وأجيب عن هذا الإشكال بأنا نسلّم أن القضية الاستثنائية ليس الكلام مسوقاً لبيان المستثنىٰ، بل يكون مسوقاً لبيان المستثنىٰ منه في الجملة الّا أن هذه القاعدة

---

١) مستدرك الوسائل ١٥٨/٤، باب وجوب قراءة الفاتحة في الثنائية، ح ٥ و ٨.

٢) دعائم الإسلام ١٠٠/١، ذكر من يجب أن يؤخذ عنه العلم.

مسلّمة لو كان المستثنىٰ منه حكماً له فائدة برأسه حتى يمكن أن يكون الكلام مسوقاً لبيانه.

وأما إذا كان المستثنى منه مما لم تكن له فائدة برأسها فحينئذٍ لابدّ أن يكون ذكر المستثنىٰ منه من باب التوطئة لبيان ذكر المستثنىٰ. فهنا يكون بصدد بيان المستثنىٰ، ويمكن التمسك بإطلاق اللفظ الدالّ على ذكر المستثنىٰ.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن ما نحن فيه من هذا القبيل وذلك لأن المستثنىٰ منه هو عدم جواز أكل مال الناس بالباطل، وهذا المطلب كان ممّا يعلمه جميع الناس، / ٧٥٠ / فلم يكن له بنفسه فائدة. فعلى هذا لابدّ أن يكون ذكره من باب التوطئة لذكر المستثنىٰ. وهنا قد عرفت أنه إذا كان الكلام في مقام بيان المستثنىٰ فحينئذٍ يجوز التمسك بإطلاقه.

وأورد على ذلك بوجهين:

الأول* : أن مجرد كون الحكم مما يعلمه كلّ أحد لا يصير سبباً لأن يكون ذكره بنفسه بلا فائدة؛ لأنه يجوز أن يكون ذكره من باب الارشاد والنصح، والارشاد والنصح من الفوائد العظيمة للكلام.

الثاني: أن حكم المستثنىٰ منه ليس بلا فائدة من جهة أخرىٰ أيضاً؛ لأنه يدلّ على انحصار جواز أكل مال الناس بصورة يكون في البين تجارة عن تراضٍ في الجملة. وهذا حكم شرعي له فائدة غاية الفائدة**.

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

**) *وفيه أنه لا يدلّ على انحصار جواز الأكل بالتجارة عن تراضٍ لكون المستثنىٰ منقطعاً. نعم، المناقشة على أصل الإشكال بأن عدم كون القضية الاستثنائية في مقام بيان حكم المستثنىٰ إنما هو في صورة كان الاستثناء متصلاً مثل «لا صلاة الّا بفاتحة» دون ما لو كان منقطعاً كما في المقام، فإن المستثنىٰ في الاستثناء المنقطع بمنزلة كلام مستأنف حيث يكون بمعنى «بل» أو «لكن» كلوا بالتجارة عن تراضٍ، والأصل في الكلام أن يكون في مقام البيان. وجعل الاستثناء متصلاً كما نقله الرازي عن بعض يحتاج إلى اضمارات كثيرة. (منه قدس سره).*

[الإستدلال بقوله تعالى « أوفوا بالعقود »]

وأما الثالث منها فقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾[١].

وتوضيح الكلام هنا هو أن العقود قد تفسّر بعقود الإيمان مع الله في عالم الذرات. وقد تفسر بعقود الجاهلية، فيكون ظاهر معناها أن من عقد مع شخص في زمان الجاهلية فلابدّ من الوفاء على طبقه بعد إيمانه أيضاً.

وقد تفسّر في خبر القمي بعقود البيعة لأمير المؤمنين عليه السلام حيث أخذ رسول الله صلى الله عليه وآله له عليه السلام البيعة عن الناس في عشرة مواطن، فنزل ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أو[فوا] بالعقود** ﴾ أي العقود / ٧٥١ / التي عقدتم[٢] لأمير المؤمنين عليه السلام[٣].

وقد تفسّر بالعهد الموثق. وهذا المعنى هو المعروف عند الفقهاء.

وفي بعض الأخبار أيضاً فسّرت بالعهود إلّا أنه لم تقيّد بكونها موثقةً.

وبناءً على كونها بمعنى العهود نسب إلى صاحب الرياض[٤] ظاهراً أنه قال: إن المراد هو العهود المتعارفة[٥] في زمن النبي صلى الله عليه وآله، ولكن المشهور يقولون بأنه لا اختصاص بتلك العهود كما قيل، بل المراد هو مطلق العهود المتعارفة.

ثمّ إنه بناء على كون المراد هو العهود المتعارفة لا يخفىٰ أنه لابدّ أن يكون نوعها متعارفاً لا شخصها.

فلو كان فرد من البيع خارجاً عن المتعارف يكون داخلاً تحت الآية، وهذا بخلاف صورة كان أصل النوع خارجاً عن المتعارف.

ثمّ إنه ادعى الأستاذ ـ سلّمه الله ـ أن المراد هو العهد الموثق مطلقاً، سواء للخلق مع الله أو عقود الولاية لأمير المؤمنين أو عقود الجاهلية أو العقود المتعارفة بين

---

١) المائدة: ١.

٢) في المصدر: « عقدت عليكم ».

٣) تفسير القمي ١/١٦٠.

٤) رياض المسائل ٨/١١٣.

٥) انظر: منية الطالب ١/١٨٥.

الناس.

أقول: لا يخفىٰ أن تعيين العهود الموثقة يكون مخالفاً[1] للخبر الذي فسّر العقود بمطلق العهود من دون أخذ قيد الاستثناء فيه.

[معنى أل في «العقود»]

ثمّ إنه تارة يقع الكلام في معنى الألف واللام في «العقود»، وليس هنا محلّ ذكره.

وتارة يقع الكلام في معنى العقد / ٧٥٢ / وهنا نقول: إنه لو أخذ في معنى العقود أن تكون بين اثنين فحينئذٍ تكون العقود القلبية خارجة عن هذا القيد؛ لأن العقد القلبي الذي يكون بين اثنين لا يمكن أن يتحقق إلّا بين المخلوق والخالق.

وأما لو قلنا إنه لم يؤخذ في معنى العقد أن يكون بين اثنين لأن اشتراط كونه بين اثنين اصطلاح من الفقهاء حيث جعل العقود في قبال الإيقاعات، فحينئذٍ نقول: إن العهود القلبية تكون خارجة من أخذ قيد الموثق في معنى العقد بناءً على ما قاله الفقهاء من أن المراد هو العهود الموثقة، وذلك لأنه لا استيثاق لمجرد العهد القلبي ما لم يكن له كاشف.

[الكاشف القولي]

ثمّ إنه بناءً على اعتبار أنه لابدّ أن يكون للعهد القلبي كاشف، فهل يكفي أيّ كاشف كان أم لابدّ أن يكون الكاشف قولياً؟

قد يقال: إنه لابدّ أن يكون قولياً لأن الاستيثاق لا يحصل الّا بالقول. والسرّ في ذلك أن العهد الموثق عبارة عن العهد المحكم، والعهد لا يصير محكماً الّا بعد ارتفاع محالّ الإنكار عنه.

---

١) في الأصل: مخالف.

وعلى هذا نقول: إن الكاشف لو كان فعلاً فكثيراً ما يحصل العلم بالعهد القلبي من الفعل، الّا أنه قابل للإنكار بخلاف ما لو كان في البين قول.

أقول: دلالة القول على المراد يكون من باب الوضع، وعلى هذا نقول: إن الفعل أيضاً ربما يصل إلى حدٍّ يكون حاله / ٧٥٣ / حال أن يكون الفعل موضوعاً للمعنى كاللفظ، فليس قابلاً للإنكار، ويكون انكار إرادة المعنى من الفعل نظير انكار إرادة المعنى من اللفظ*.

[اشتراط اللفظ الكاشف لا مجرد المقاولة]

ثمّ إنه بناء على اشتراط اللفظ فلا يخفىٰ أن المراد من اللفظ هو اللفظ الكاشف لا مجرد المقاولة كما سبق أنه أحد الأقوال، وذلك لأن مجرد القول الغير الكاشف لا يوجب الاستيثاق أصلاً وأبداً. وأما اشتراط كون اللفظ الكاشف عربياً أو غير ذلك فخارج عن النزاع هنا، لأنه لا دخل له بالمعاطاة على كلّ حالٍ.

فتحصّل أن الإشكال في التمسك بالآية هنا أنه لابدّ في صيرورة العقد موثقاً من اللفظ على ما قاله الأستاد، والمفروض أن المراد من العقود في الآية أيضاً ليس مطلق العهد، بل المراد هو العهد الموثق على ما قاله العلماء.

وهنا إشكال آخر في التمسك بهذه الآية، وهو أنه ليس لتلك الآية دلالتان: إحداهما على الملكية، والأخرى على وجوب الوفاء حتى يقال إنه خصّص وجوب الوفاء بالنسبة إلى المعاطاة ولم يخصّص باعتبار الملكية، بل الآية إنما تدلّ على وجوب الوفاء فقط، واقتضاؤه الملكية إنما يكون تبعاً لوجوب الوفاء. / ٧٥٤ /

وعلى هذا فإذا لم يكن وجوب الوفاء في المعاطاة بالإجماع فلم تكن الملكية أيضاً فيها لأنها تبع لوجوب الوفاء.

---

*) *وإذا ثبت صحة قسم من المعاطاة فيلحق به غيره لعدم الفصل من هذه الجهة. (منه قدس سره).*

نعم، سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن الآية كما حكي عن الشهيد (ره) له معنىً محصله أنه يجب الوفاء بمقتضى كلّ عقد، فإن كان العقد لازماً فيجب الوفاء على وجه اللزوم، وأما لو كان العقد جائزاً فيجب الوفاء على وجه الجواز، فإن تمّ هذا المعنى فيتمّ الإستدلال والّا فلا، كما عرفت*.

[التمسك بالأخبار لصحة المعاطاة في البيع]

وأما الأخبار فطوائف:

منها: ما ذكره الشيخ[1] (ره)، وهو أن الأخبار الواردة في الهبة والإجارة يمكن التمسك ببعض إطلاقاتهما للصحة فيهما. ثمّ نقول بصحة المعاطاة في البيع أيضاً للاجماع المركب.

وفيه: أنه فاسد صغرىً وكبرىً؛ أما الصغرىٰ فلأنه لو قلنا بأن ﴿أحل الله﴾ يدلّ على صحة المعاطاة فلا نحتاج إلى شيء آخر، والّا فلو ذكرنا خدشة في دلالة هذه الآية فحينئذٍ نقول: نحن نعلم أنه ليس في باب الاجارة والهبة** خبر يكون إطلاقه مثل إطلاق هذه الآية فضلاً عن أن يكون أحسن منه.

وأما الكبرىٰ فلأنه لا نسلّم كلّ إجماع مركب أو عدم القول بالفصل اجماعاً كاشفاً، بل له شرط، وهو / ٧٥٥ / أن يعلم أنهم متّفقون على عدم التفصيل لا مجرد أنه اتفق أنهم لم يفصّلوا.

فإن ذلك ليس باجماع. وذلك لأن كلّ إجماع مركّب لابدّ أن يكون مرجعه إلى إجماع بسيط.

---

*) *ولقائل أن يقول بالصحة واللزوم كما عن المفيد، ولم يتعين بكونه خلاف المشهور. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٤٣/٣.

**) *في باب الهبة يكون الخبر موجوداً. (منه قدس سره).*

ومنها* قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرء الّا بطيب نفسه**»[١].

ووجه دلالته على المدعىٰ نظير ما تقدم في قوله تعالى ﴿**الّا أن يكون تجارة عن تراضٍ**﴾[٢] فتكون الايرادات الواردة هناك واردة هنا أيضاً.

نعم، هنا ايراد آخر يكون وارداً على خصوص هذا الخبر، وهو أن الظاهر من هذا الخبر أنه يكون بصدد بيان عدم جواز التصرف في مال الغير الّا بعد إذنه ورضاه، فلابدّ أن يكون مال الغير حين التصرف أيضاً مال الغير، ويكون التصرف بطيب نفس صاحب المال.

فعلى هذا لا يشمل نقل المال إلى الغير أصلاً.

والشاهد على ما ذكرنا أنه أضاف المال إلى المرء، فيقول: إن حليّة مال المرء لابدّ أن يكون بطيب نفسه، فعموم الحلّية لا يجوز أن يكون شاملاً لما يتوقف على خروج مال المرء عن كونه مال المرء حيث إنّ عموم الحلية إنما يمكن أن يكون شاملاً مادام مال المرء يكون مال المرء**.

فعلى هذا فلو دلّ دليل على أن التصرف البيعي يكون موقوفاً على خروج مال

---

*) *لا يخفىٰ أن هذا الخبر لا يدلّ على أزيد من توقف حلية مال الغير على طيب نفس ذلك الغير الذي فرض أنه كان مالكاً، فلا ينافي مع كون طيب نفس المالك جزء سبب للحلية في تمام الموارد أو في بعض الموارد.*

وبعد ذلك لا يجوز التمسك به لصحة المعاطاة. ولعلّ ذلك هو المنشأ لأن المصنف لم يذكره في أدلة الصحة.

هذا، مع أن الوجه الذي تقدم لرفع إشكال ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ لا يأتي في هذا الخبر من كون الاستثناء منقطعاً. (منه قدس سره).

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

٢) النساء: ٢٩.

**) *سيأتي في باب الفضولي أن مفاد هذا الخبر أن كلّ ما كان مالاً لشخص لا طريق لحليته لغيره الّا من طيب نفس ذلك الشخص، سواء قلنا إن طيب النفس تمام السبب بمقتضىٰ الخبر أو أنه لا يدلّ الّا على مدخلية رضاه، فلا ينافي مع كونه جزء السبب أيضاً كما ستأتي في كلام المصنف (ره) إشارة إليه. (منه قدس سره).*

المرء عن كونه مال المرء فحينئذٍ لا يجوز / ٧٥٦ / أن نتمسك بإطلاق الحلية لجواز هذا التصرف، ثمّ نثبت بذلك خروج مال المرء عن كونه مال المرء؛ لأن عموم الحلية إنما يجيء في صورة يكون مال المرء موضوعاً ثابتاً. فتجيء الحلية على هذا الموضوع الثابت، فلا يمكن إثبات تصرف مخرج للمال عن كونه مال المرء بنفس هذا التصرف بما دلّ على حلية مال المرء بعد طيب نفسه.

وذلك لأن هذا التصرف إعدام لهذا الموضوع لا أن يكون مترتباً على هذا الموضوع؛ فافهم.

ومنها قوله ﷺ «**المؤمنون عند شروطهم**»[1]. وتقريب الإستدلال أن المعاطاة وساير المعاملات لفظياً أو غير لفظيّ يكون شرطاً حيث إنّ الشرط عبارة عن الالزام والالتزام.

وفيه: أولاً: أنه يرد عليه ما أورد على قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ من أنه ليس له دلالتان إحداهما إفادة الملكية وثانيتهما الوجوب، بل تكون إفادته الملكية تبعاً للوجوب. فإذا لم يكن الوجوب فلم تكن الملكية أيضاً.

وعلى هذا نقول: إن المعاطاة ليس بلازم الوفاء، فمن أين تستفاد الملكية **وثانياً**: إن العلماء أجمعوا على أن المراد ليس مطلق الشرط، بل المراد هو الشرط في ضمن العقد اللازم.

إن قلت*: إن صحة المعاطاة يكون محل الخلاف، فهنا يكون محل الشك من

---

١) تهذيب الأحكام ٣٧١/٧، باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد، ح ٦٦.

*) ***سيأتي في باب الشرائط أن الشرط تحت معناه العرفي ليس هو مطلق الالزام والالتزام، بل الالزام والالتزام التابع، فلا يشمل ما كان منهما ابتدائياً.***

وكذلك العقود.

وكذلك المعاطاة كما تقدم بعض الكلام فيه في أول باب الخيارات. وذلك لأن الالزام والالتزام لا يتعلقان بغير الأفعال والتروك الّا بتأويل بأن يرجع إلى ترتيب آثار الملكية وشبهها،

أنه خرج عن تحت عمومه أم لا؟

وعلى / ٧٥٧ / هذا نقول: خروج المعاطاة عن تحت العموم إذا كان مشكوكاً فلا مانع من التمسك بالعموم له كما في جميع الموارد التي يتمسكون بالعموم.

قلت: إن العلماء متّفقون على أن المعاطاة وغير ذلك ليس داخلاً في هذا العموم، ونزاعهم في افادة المعاطاة للملكية لأجل الشك في دخوله تحت هذا الخبر. بل يكون خارجاً عن عموم هذا الخبر بحيث إن القائلين بصحة المعاطاة اعترفوا بعدم شمول سائر الاطلاقات للمعاطاة، فحينئذٍ يعترفون بعدم شمول هذا الخبر له؛ فافهم.

ومنها: قوله ﷺ «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1] حيث إنّه يدلّ على أن المالك يكون مسلطاً على ماله بأيّ نحو كان، كما هو مقتضى إطلاقه، ومن هذه الانحاء هو المعاطاة.

وأورد عليه الشيخ[2] (ره) بأنه ليس هذا الخبر ناظراً إلى أنحاء التصرفات، فيدلّ على جواز كلّ نحو يريد المالك، وإنما بعد ما ثبت من الشرع كيفية أنحاء التصرفات يدلّ هذا الخبر على أن المالك مسلط بأن يتصرف في ماله بأيّ واحد من الأنحاء الشرعية، فليس قوله ﷺ «**الناس مسلّطون**» اه مشرعاً للاسباب.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: إنا لو تجمدنا بصرف مدلول هذا الخبر فنقول: إنه إنما يدلّ على جواز تصرف المالك في ماله بحيث كان موضوع* المالية باقياً بحاله، فلم يشمل لإخراج المالك / ٧٥٨ / ماله عن ملكه الّا أن هذا خلاف إجماع الفقهاء حيث يقولون بشموله للتصرف الموجب لإخراج المال عن ملكه، ونحن

وكلّ مورد صححنا من الشرط مما ليس متعلقه الفعل لو كان دليل صحته مثل «المؤمنون عند شروطهم» لابدّ أن يكون بهذا التأويل. (منه قدس سره).

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٢) كتاب المكاسب ٤٣/٣.

*) ***وفيه ما فيه. (منه قدس سره).***

نلتزم بذلك أيضاً الّا أنه نقول: إن إيراد الشيخ* يكون وارداً عليهم حيث إنّه ليس فيه إطلاق لأنحاء التصرفات.

نعم، يمكن أن ندعي هنا شيئاً آخر، وهو أن نقول: إن التصرفات التي تكون في المال مع بقاء أصل المالية كانت مما يحكم به العقل أيضاً، فعلى هذا ندعي أنه لو كان عند الناس أسباب للنقل والانتقال وصدر من الشارع مثل قوله «الناس مسلطون» اه، فيفهم عرفاً من هذا الخبر أن الشارع أمضى الأسباب التي كانت معروفة عند الناس.

والسرّ في ذلك أنهم يرون أنه لو كان المراد صرف التصرفات التي تكون في المال مع بقاء المالية فهذه لا فائدة فيها حيث إنّ العقل أيضاً يحكم بذلك.

ولو كان المراد أعمّ من ذلك ومن التصرفات التي يُخرج المال عن ملكه، لكن بشرط أن يصل الدليل على أن فلان موجب للنقل، فهذا أيضاً لا فائدة [فيه] لأن الدليل الدالّ على سببية السبب يدلّ على هذا النحو من التصرف للمالك، فلم يكن محتاجاً إلى البيان.

ومما ذكرنا ظهر أنه يجوز التمسك بهذا الخبر لصحة المعاطاة، ولا يجوز التمسك به لشروط الصيغة، فلا وجه لمقايسة الشيخ (ره) / ٧٥٩ / المعاطاة بشروط الصيغة.

والسرّ في ذلك ما تقدم من أن المعاطاة كانت معروفة بين الناس، فيفهم العرف

---

*) ووجه ورود ايراد الشيخ أن قوله ﷺ «الناس..» اه ناظر إلى أنواع التصرفات مثل التمليك بزيدٍ أو بعمرٍو وهكذا. وكون التمليك مع العوض أو بلا عوض أو صرف الإذن في التصرف من دون تمليك بأيّ شخص أو تصرفه بنفسه إلى غير ذلك من أنواعه وأما أن واحداً من هذه الأنواع من التصرفات بأيّ شيء يحصل، فليس الخبر ناظراً إليه. فمن هذه الجهة يكون إطلاقه وارداً مورد حكم آخر. وهذا الايراد متين لا يحتاج إلى شيء آخر.

وما نقلنا من استفادة امضاء المعاطاة من هذا الخبر هيّن لا يحتاج وهنه أن يبيّن. (منه قدس سره).

من قوله ﷺ «الناس مسلطون على أموالهم» أنه أمضاها الشارع. ولكن قد عرفت أنه لا إطلاق لهذا الخبر بالنسبة إلى أنحاء التصرفات.

فعلى هذا لو دلّ دليل على اعتبار الصيغة في مورد فيكون ذلك[1] دليلاً على أن الشارع لم يمضِ ما كان عند العرف معروفاً. والمفروض أنه لا إطلاق لهذا الخبر لأنحاء التصرفات أيضاً حتى يتمسك به لدفع شروط هذا النحو من التصرف الذي بيّنه الشارع في الجملة*.

[الإستدلال بالسيرة]

الرابع: السيرة، وبيان ذلك أنه نقول: لا شبهة في وجود السيرة على المعاطاة بل قلّ وندر أن يبيعوا بغير المعاطاة.

ولا شبهة أيضاً في وجود السيرة على أن المتعاطين يتصرفون فيما أخذوا عن الآخر. ولا شبهة أنهم يتصرفون بكلّ تصرف يتوقف على الملكية أيضاً. ومن كان له مراودة مع الناس يعلم أنه لا يمكن انكار صدور ذلك من المتدينين الّا أن ذلك يصحّ مع تحقق الملكية في آنٍ ما قبل التصرف المتوقف على الملكية، فلا يلازم مع افادة المعاطاة للملكية كما أن سيرتهم على مجرد التصرف في الجملة لا يلازم مع حصول الملكية في آنٍ ما قبل التصرف أيضاً.

نعم، هنا مطلب رابع لا يمكن انكار / ٧٦٠ / وجوده فيما بين المسلمين أيضاً، وهو أن اعتقادهم على أن ما يشترونه بالمعاطاة يكون ملكاً لهم من أول الأمر

---

١) تكرّر «ذلك» في المخطوطة.

*) *فيه أن مراد الشيخ (ره) أن هذا الخبر بصدد بيان أنواع التصرفات من نقل المال إلى الغير مجاناً أو بعوض أو تصرف الغير في ماله الذي يكون باقياً على ماله أو تصرف نفسه في ماله بأنواع التصرفات، وليس هذا الخبر بصدد بيان أنحاء كلّ واحد من هذه التصرفات حتى يدلّ على أن للمالك أن يشرع الأسباب. فمفاد الخبر أن للمالك أن يتصرف كلّ تصرف لا أن كلّ تصرف يحصل بأيّ نحو نريد؛ فتدبّر. (منه قدس سره).*

كسائر أموالهم حيث يتعاطون بقصد التمليك والتملك، ويكون اعتقادهم حصول ما قصدوه من الملكية أيضاً، الّا أنه يكون هنا إشكال، وهو أن إثبات التقرير والامضاء بالنسبة إلى الاعتقاديات الصرفة في الأحكام العملية يكون في غاية الإشكال*.

---

*) أقول: لا يخفىٰ أنه إذا فرض مورد السيرة وبناء العقلاء مما يعمّ به البلوىٰ فحينئذٍ لا مانع أصلاً من دعوى القطع بحصول العلم العادي للإمام وأنه لو ردع لَوصل، لعدم امكان الاختفاء فيه، وأن التقية غير مانعة لأن التقية، ليست دائمية كما أن النهي عن القياس صار بديهياً مع أنه من أظهر أفراد التقية مع أنه لو كان مطابقاً لقول العامة فلا يجيء احتمال التقية كما هو الغالب.

والدليل على وجوب الردع عدم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة والعمل مع فرض عدم امكان الاحتياط كما في ما نحن فيه حيث إنّ الناس غافلين عن احتمال عدم اعتبار بناء العقلاء، ولذا لا يرتدعون عنه بأنفسهم، وإن قلنا بجواز التأخير في صورة امكان الاحتياط كما يدعيه الشيخ في مسألة دوران الواجب بين المتباينين.

إن قلت: إن ما ذكرت يتمّ مع فرض وجوب بيان جميع الأحكام على الائمة، وهو ينافي الأخبار الكثيرة التي يذكرها في الوسائل في أول كتاب القضاء من أن عليكم المسألة وليس علينا الجواب متمسكاً بقوله تعالى ﴿هذا عطاؤنا فامنن أو أمسك﴾ [ص: ٣٩].

قلت: ما ليس عليهم البيان لا يمكن أن يكون من الأحكام الفعلية، فكلّ ما يمضونه يكشف من أنه الحكم الفعلي.

إن قلت: إنك عرفت / ٧٦١ / أنهم لا يلتفتون إلى أن يمكن أن لا يكون بناء العقلاء معتبراً، والمفروض أنّا ملتفتون إلى ذلك، فأي مانع من أن يكون البناء حجة في حقهم دوننا؟ لأن اشتراك الأحكام مع إحراز اتحاد الصنف، فأيّ مانع من أن يكون الالتفات والغفلة المشار إليها موجباً لتعدد الصنف.

قلت: نحن نقطع أن أمثال ذلك ليس موجباً لتعدد الصنف مع امكان أن يرفع احتمال كون أشباه ذلك موجباً لعدم الإشتراك بإطلاق أدلة الإشتراك وإن قلنا بأنها لا تدلّ على الإشتراك في صورة اختلاف الصنف؛ فتدبّر.

بل التمسك بالاستصحاب أيضاً لا مانع منه كما أنا نستصحب عدم النسخ كما ذكرنا ذلك في استصحاب الشرايع السابقة، ومن جهة الإستصحاب لا فرق بين المقامين.

ثمّ لو كان البناء على شيء من الأحكام النفسية كالملكية في المعاطاة وفرضنا أنه ليس ذلك مخالفاً في العمل مع ما هو الواقع من الإباحة المطلقة مثلاً، فليس الردع هنا لازماً لعدم وجوب

[ليست السيرة دليلاً مستقلاً بل داخلة تحت السنة]

وتوضيح ذلك أن أدلة الأحكام الشرعية منحصرة في الكتاب والسنة والإجماع والعقل، وليست السيرة بنفسها دليلاً، وإنما يكون دليلاً لو أدخلناها في واحد من الأربعة.

وهذا واضح أنه لا يمكن إدخاله الّا في السنة.

وبيان دخولها في السنة بأن نقول: إن السنة عبارة عن قول المعصوم وفعله وتقريره، والتقرير إنما يتحقق بأن يطلع المعصوم بالعلم العادي بفعل أو اعتقاد، وكان الردع عليه عليه السلام واجباً لو كان الفعل حراماً أو الاعتقاد فاسداً لازم الردع كما في الاعتقاديات.

فسكوت المعصوم في هذه الحالة دليل على عدم حرمة الفعل ولا فساد الاعتقاد حيث إنّ المفروض أن الردع في هذه الحالة على فرض حرمة الفعل وفساد الاعتقاد يكون واجباً، والمعصوم لا يترك الواجب؛ لأن ترك / ٧٦١ / الواجب ينافي العصمة الثابتة بالبرهان، فحينئذٍ عدم الردع يصير دليلاً على أن هذا الفعل ليس بحرام، وهذا الاعتقاد ليس بواجب.

وعلى هذا نقول: إذا علم المعصوم بأن اعتقاد الناس على أن الملكية تحصل من أول المعاطاة وكان الحكم الواقعي أن الملكية إنما يحصل آناً ما قبل التصرف المتوقف على الملكية، فهنا ليس لنا دليل على وجوب الردع؛ لأن المفروض أنه

الموافقة الالتزامية لاسيما في غير العبادات.

وإذا لم يجب الردع، فلا يكشف عن صحة الاعتقاد. وكذا لو كان البناء على شيء من الأحكام الطرتية كحجية شيء، وفرضنا أنه ينطبق مع الواقع دائماً.

نعم، لو علم أنه يتخلف في بعض الموارد فيجب الردع الّا أن يكون تخلفه في حق خصوص من يحتمل الردع، فيتمكن من الاحتياط.

فهذا الدليل لحجية البناء لا يتمّ في ما لا يعمّ به البلوىٰ ولو كان من شقوق ما يعمّ به البلوىٰ، وكذا في صورة لم يعم الدليل على وجوب الردع. / ٧٦٢ / (منه قدس سره).

ليست مخالفة عملية في البين حيث إنّ جميع التصرفات يكون جائزاً له حتى المتوقف على الملكية حيث إنّه تحصل الملكية آناً ما قبل هذا التصرف.

وأما المخالفة الاعتقادية فلا دليل لنا على وجوب الردع فيها إذا كانت المخالفة في الأحكام ولم تترتب عليه مخالفة عملية أيضاً.

[الإشكالات الواردة على كل سيرة]

ومما ذكرنا في بيان حجية السيرة ظهرت وجوه الاشكالات التي يمكن أن يورد على كلّ سيرة يدّعى في مورد من الموارد:

منها: نفي وجود سيرة المسلمين من رأس، وإنكارها بالمرة.

ومنها: نفي السيرة من المتدينين، فلعلّ الردع من المعصوم وصل إليهم ولكنّهم لم يرتدعوا عن ذلك، لكونهم عاصين.

وذلك كما أنه يقول / ٧٦٢ / العلماء: إن البيع والشراء مع الصبيان غير جائز، ومع ذلك يكون بناء أغلب الناس على البيع والشراء مع الصبيان.

ومنها: أنه على فرض تسليم سيرة كلّ الناس أيضاً نقول: لم يعلم لنا اتصال السيرة الموجودة في زماننا إلى زمان المعصوم.

ومنها: أنه على فرض تسليم وجود السيرة في زمان المعصوم ننكر اطلاع المعصوم بالعلم العادي على كون سيرة الناس على ذلك، ولا دليل لنا على لزوم الردع على المعصوم لو اطلع بالعلم الغير العادي على ذلك كما لو اطّلع عليها بعلم الإمامة حيث إنّ حال المعصوم في مقام العمل بالأحكام يكون كأحد الناس.

ومنها: أنه لو علمنا أن المعصوم اطّلع بالعلم العادي على هذه السيرة بين الناس، فنقول: إن هذا المعصوم إما هو النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام.

أما لو كان هو النبي صلى الله عليه وآله فنقول أولاً: إن النبي صلى الله عليه وآله لم يبيّن بنفسه جميع الأحكام

لبعض المصالح بل أودع بعضها عند الائمة [عليهم السلام] وهم[1] بيّنوها.

فحينئذٍ نقول: إن الفعل الذي وقع عليه التقرير، فلعلّه كان من الأحكام الذي لم يبيّنها في ذلك الزمان.

وثانياً: لعلّه لم يكن فائدة في ردع النبي ﷺ لأن / ٧٦٣ / الناس لم يرتدعوا كما عرفت أن العلماء حكموا مع عدم جواز البيع والشراء للصبيان، ومع ذلك لم يرتدع الناس.

هذا، مع أن ظن التأثير شرط في وجوب الردع.

أقول: وفيه أن الردع إنما يكون للمؤمنين المتدينين، فكيف يجوز أن يقال: إنهم لم يرتدعوا في صورة ردع المعصوم عليه السلام؟!.

وأما لو كان المعصوم عليه السلام هو الإمام فحينئذٍ **نقول أولاً**: إنه لعلّ أن يكون عدم الردع للخوف والتقية.

ومنها: أنه بعد تسليم جميع ما سبق نقول: لعلّه ردع المعصوم ولم يصل ردعه إلينا.

إن قلت: إنا نرفع احتمال الردع بأصالة عدمه.

قلت: إنه بأصالة العدم لا يحصل القطع بعدم الرفع، غاية الأمر أنه يفيد الظن، فنقول: إن هذا الظن من الظنون المطلقة، ومبنيّ على حجية مطلق الظن.

أقول: فيه أن المفروض أنا أحرزنا تحقق سيرة المتدينين من زمان المعصوم إلى زماننا، وهذا ينافي مع تحقق الردع من المعصوم.

وثانياً: أنه نقول إن للأصوليين قاعدة أخرىٰ، وهو أن عدم الوجدان وإن لم يدلّ على عدم الوجود الّا أنه لو كان عدم الوجدان في أمور يعمّ به البلوىٰ فهنا يكون دليلاً قطعياً على عدم الوجود لتوافر الدواعي / ٧٦٤ / إلى نقله، ومع ذلك لا يكون قابلاً للخفاء.

---

١) في المخطوطة: «هو».

[ادعاء الرادع للسيرة في المقام]

ثمّ إنه قد يدّعىٰ أن الرادع للسيرة في خصوص مسألتنا موجود، وذلك من وجهين:

الأول: ما يكون رادعاً لخصوص الملكية لا لإباحة التصرفات، وذلك مثل قوله عليه السلام: «**لا عتق الّا في ملك**»[1] و«**لا بيع الّا في ملك**»[2].

وقد يجاب عن ذلك بمثل ما يجاب عن كون الأدلة الناهية عن الظنّ رادعاً عن الظنون التي يكون بناء العقلاء عليها، نظير ظواهر الألفاظ بأن النهي عن العام ـ وهو النهي عن مطلق الظنّ ـ لا يصير رادعاً عن خصوص الخاص الذي يكون بناء العقلاء عليه؛ لأنهم يحملون على غير هذا المورد.

فلو كان مراده أن يردع عن خصوص هذا الظن الذي يكون بناؤهم على العمل عليه، فلابدّ أن يردع عن خصوص هذا الفرد حتى يصير سبباً لردعهم؛ لأن المفروض أنهم لم يرتدعوا بمجرد ذلك.

وكذا فيما نحن فيه لابدّ أن يردع عن التصرفات المتوقفة على الملكية بالنسبة إلى خصوص ما يصير مباحاً بواسطة المعاطاة حيث إنّ الناس لم يرتدعوا بدون ذلك.

أقول: لا يخفىٰ أنه لا وجه لأصل الايراد من رأسه حيث إنّ قوله عليه السلام: «**لا بيع الّا في ملك**» ليس قابلاً / ٧٦٥ / لأن يكون را[د]عاً عن البيع في ما أخذوه بالمعاطاة. وذلك لأن المفروض أن الناس يكون بناؤهم واعتقادهم على أن ما يأخذونه بالمعاطاة يكون ملكاً لهم.

---

١) عوالي اللئالي ٢٩٩/٢، باب العتق، ح ٤ وفي أكثر الروايات: «لا عتق قبل ملك» كما في الكافي ٤٤٤/٥، باب أنه لا رضاع بعد فطام، ح ٥ و١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلّا بعد ملك، ح ١؛ أو: «لا عتق إلّا بعد ملك» كما في الكافي ١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلّا بعد ملك، ح ٢.

٢) في رواية تهذيب الأحكام ١٣٠/٧، باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز، ح ٤٢: «ما أحب أن يبيع ما ليس له».

فعلى هذا إذا علّق البيع على الملكية فكيف يصير رادعاً لهم مع أنهم معتقدون أنه ملك لهم.

وهذا واضح لا يحتاج إلى البيان.

الثاني: ما يكون رادعاً عن الملكية والإباحة معاً، وهو قوله عليه السلام: «**إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام**»[1]. وبيان كونه رادعاً هو أن هذه الرواية معناها عند المشهور أن الكلام يصير سبباً للزوم العقد الّا أن بعضهم حملوه على الأعمّ من ذلك، وهو أن مطلق التحليل والتحريم يكون موقوفاً على الكلام، فيشمل الملكية الجائزة والإباحة أيضاً، فحينئذٍ نقول: إنه يكون مراد الإمام هذا المعنى الأخير، فيصير رادعاً.

أقول: لا يخفىٰ أن مجرد كون مراد الإمام هذا لا يصير سبباً للردع ما لم يقم على ذلك قرينة.

إن قلت: لعلّه كانت قرينة ولم تصل إلينا.

قلت: هذا ممتنع لتوفر الدواعي، وكيف يمكن في مثل هذه المسألة العامة البلوىٰ أن يصل إليهم الردع والمتدينون لم يرتدعوا ولم ينقلوه لنا؟!

ومن العجب أن يلتزم الإنسان على أن الأدلة الناهية عن العمل بالظن ليست برادعٍ عن العمل بالمظنون الذي يكون بناء العقلاء عليه وأن قوله عليه السلام «**إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام**» يكون رادعاً عن العمل / ٧٦٦ / على طبق مقتضى المعاطاة!

[الإنصاف اعتبار السيرة في المقام]

والانصاف أن الذي يصير سبباً للتأمل في اعتبار السيرة في المقام أحد الشيئين:

الأول: ما يكون نافياً للملكية والإباحة معاً، وهو أنه يحتمل أن يكون عدم

---

١) الكافي ٥/٢٠١، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ح ٦.

الردع لأجل التقية الّا أن هذا الإشكال لا يأتي في زمان النبي ﷺ.

إن قلت: لعل النبي ﷺ لم يبيّن الحكم لأجل مصلحة، فأودعه عند الوصي حتى يبيّنه.

قلت: لا إشكال في أنه في زمان لم يبيّنها النبي ﷺ كان الحكم الظاهري للناس على طبق ما كانت سيرة الناس عليه، ونحن نستصحب هذا الحكم الظاهري لأنفسنا حيث إنّه مشكوك الارتفاع؛ فتأمل.

الثاني: ما يكون مختصاً للملكية، وهو أن نقول بعد الالتزام لجميع التصرفات حتى المتوقفة على الملكية لأجل تقدير ملكيته آناً ما.

نقول: إنه لا يلزم الردع بعد ذلك حيث إنّه لم يكن في البين مخالفة عملية الّا أن الاعتراف بتقدير الملكية آناً ما بعيد في غاية.

ولذا قال الشيخ[1]: لم يصدر ذلك من متفقهٍ فضلاً عن فقيه*.

---

١) كتاب المكاسب ٤٣/٣.

*) *وفيه أنه لابدّ أن يقال بالملكية بآنٍ ما أو بما هو أهون منه مما أورد كاشف الغطاء على القول بالإباحة مما سيأتي في المبعدات التي ذكرها أو أن نقول بما تقدم عن المحقق الثاني من أن مراد الفقهاء من الإباحة هو الملكية المتزلزلة.*

وهو أيضاً بعيد.

ومع ذلك كيف يقال: إن القول بالملكية بآنٍ ما لا تصدر عن المتفقه مع أن الأوضح من الوجوه أن يقال: إن هذا مذاق المشهور.

ثمّ لا يخفىٰ أن بناء الناس على المعاطاة / ٧٦٧ / غير قابل للإنكار بحيث إن كلّ أحد عاشر مع الناس في يوم يقطع بأن بناءهم عليه وأنهم يرتبون تمام آثار البيع الصحيح من غير استثناء ما.

ثمّ إن هذه السيرة سيرة الناس الذين يعبّر عنهم ببناء العقلاء، وذكرنا قبل دليل الانسداد أن مدرك حجيتها هو حكم العقل المستقلّ بقبح المؤاخذة بأزيد ما عليه البناء ما لم يثبت الردع.

وعلى هذا لا يحتاج إثبات المقصود به بعد ما تقدم، الّا بأن يجاب عما يدّعي رادعوه.

نعم، بذلك يثبت ترتيب تمام آثار الملكية من غير استثناء شيء منها بوجه من الوجوه، ولا تثبت الملكية الّا أنه بعد ترتيب تمام آثار الملكية لو لم يلازم هذا مع الملكية لا فائدة عملية في

[الإستدلال بالمبعّدات للقول بالإباحة]

الخامس: من الأدلة هو المبعّدات التي ذكرها كاشف الغطاء[1] للقول بالإباحة، وتقدم بعضها عن المحقق الثاني التي **منها** أنه يلزم أن يكون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر.

ومنها كون التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الآخر.

/ ٧٦٧ / والفرق بين هذا وسابقه أنه في السابق يكون تلفاً شرعياً. وهنا يكون تلفاً حقيقياً.

[هل التلف مملِّك؟]

ومنها أنه يلزم أن يكون التلف من الجانبين معيناً للضمان في المسمىٰ دون المثل.

والسرّ في ذلك كلّه أنه تحقق الإجماع على أنه إذا تلف إحدى العينين تلفاً حقيقياً أو شرعياً يصير الجانب الآخر مالكاً للعين التي تكون في يده، ولم يذكر هنا خلاف.

نعم، نقل عن الشهيد ظاهراً أنه احتمل الخلاف.

وأيضاً تحقق الإجماع على أنه إذا تلفت العينان فليس لأحدهما شيء على آخر، فلازم ذلك أن يكون الضمان بالمسمىٰ.

الشرع من ذلك، فليس من شأن الفقيه التعرض / ٧٦٦ /له.

وأما بناءً على المشهور من أن بناء العقلاء حجة من باب التقرير نقول: إن كلّ مناقشة ذكرت على الامضاء والتقرير هنا موهونة بعد ما عرفت أن ترتيب جميع آثار البيع على المعاطاة عند الناس مما ليس قابلاً لأن يخفىٰ على من راود الناس وعاشرهم في يوم. ومثل هذا لو لم يكن مرضياً ليقع الردع عنه مراراً بحيث لا يخفىٰ الحكم ويصير بمثل حرمة شرب الخمر واستحباب اللعن على أعداء الامير عليه السلام وأولاده ـ عليهم السلام ـ. / ٧٦٥ /. (منه قدس سره).

١) شرح القواعد (المخطوطة) الورقة: ٥٠.

ثمّ إنه أجيب عن كون التلف مملكاً للجانبين بوجهين:

أحدهما: ما ذكره الشيخ* (ره). ويكون هذا الجواب سارياً في صورة تحقق التلف الحقيقي أو الشرعي لأحد الجانبين أيضاً، وهو أن نقول: إن نفس التلف قد تقدم أنه لما يكون أمراً عدمياً فليس بقابل أن يصير سبباً لضمان الطرف الآخر أو مملكاً للطرف الآخر.

وعلى هذا لابدّ أن يكون حصول الملكية قبل التلف، مع أنّه لو كان الضمان بواسطة التلف، فلابدّ أن يكون الضمان بالمثل، لا بالمسمّىٰ.

فعلى هذا لابدّ أن يكون التلف ناقلاً.

ولا يمكن أن يكون التلف ناقلاً إلّا بتقدير** الملكية والناقلية في آنٍ ما، قبل التلف، فحينئذٍ نقول: إن الملكية يحصل في آنٍ ما قبل التلف، لا أن يحصل الملكية من أول الأمر.

غاية الأمر أن لك أن تسأل: ما الدليل على حصول الملكية آناً ما، لا من أول الأمر؟

/ ٧٦٨ / فحينئذٍ نقول في جواب ذلك: إنه لما قام الإجماع فيما نحن فيه على أن الضمان ليس بالمثل والقيمة مع أن مقتضىٰ عموم «على اليد» أن يكون الضمان بالمثل والقيمة، فحينئذٍ مقتضىٰ الجمع بين عموم «على اليد» وهذا الإجماع أن نقول: إن التلف يكون من مال ذي اليد حتى لا يرد تخصيص على عموم على اليد الّا أن كون التلف من مال ذي اليد إما يصير بأن يكون ما أخذه من أول الأمر مالاً له من حين الأخذ ومن حين التعاطي أو آناً ما قبل هذا التلف، وكلاهما يكون على خلاف مقتضى القاعدة، فلابدّ أن يعين أحدهما بالدليل.

---

*) *صدر ما نقلناه ليس من كلام الشيخ، وإنما كلامه ما نقلناه من الجواب في وجه عدم القول بحصول الملكية من أول المعاطاة وأنه يحصل بآنٍ ما قبل التلف. (منه قدس سره).*

**) *حتى يكون كلّ ما تلف عند كلّ منهما مالاً له حال التلف. (منه قدس سره).*

وحينئذٍ نقول: إن مقتضىٰ أصالة عدم حصول الملكية أن يكون حصول الملكية آناً ما قبل التصرف، ويسمىٰ هذا الأصل بأصالة تأخر الحادث.

[حصول الملكية قبل التلف آناً ما]

ثمّ إن ما ذكرنا من حصول الملكية آناً ما قبل التلف ليس بلا نظير، لأنه يكون نظير تلف المبيع قبل قبضه حيث إنّه دلّ النصّ على أنه يكون من مال بايعه* مع أن مقتضى القاعدة أن يكون من مال المشتري، فحينئذٍ لابدّ أن نقول: إنه آناً ما قبل التلف يجيء في مال البايع ثم يتلف من ماله.

---

*) لا يخفىٰ أن ما نحن فيه ليس بمثل النظير المشار إليه، وذلك لأنه في مسألة تلف المبيع قبل القبض يقولون بانفساخ البيع بأن ما قبل التلف فيكون المبيع من مال البايع بل يدعى الإجماع على ذلك كله.

ونحن ذكرنا في أحكام القبض أن ما يقولون على طبق القواعد لأن الظاهر من الخبر الوارد في أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه أن نفس التلف حقيقة من مال البايع لا مجرد أن ضرره وخسرانه عليه، ليقال إنه قابل الوجهين. وعليه نقول: إن كون التلف من مال البايع حقيقة لا يمكن الّا أن يكون المبيع مال البايع قبل التلف.

ثمّ إن مقتضى العمومات صحة البيع أولاً، فالجمع بين مقتضى العمومات وبين الخبر الذي دلّ على أن تلف المبيع من مال البايع أن نقول بصحة البيع أولاً، ثمّ انفساخه قبل التلف بعد أن من المسلّم أن الأصول العدمية يرتفع بالأصول اللفظية التي اقتضت خلافه.

وأما في المقام فليس الّا عموم «على اليد» اه الذي لا يقتضي الّا ضمان المثل أو القيمة مع أن المفروض قيام الإجماع على عدم ضمان المثل والقيمة في المقام. وليس هنا في البين ما يقتضي تقدير / ٧٩ / الملكية آناً ما لأنه ليس في البين الّا تخصيص عموم «على اليد» هنا بالاجماع.

إن قلت: لو قلنا بتقدير الملكية آناً ما فلا يرد تخصيص على عموم «على اليد» لخروج ما نحن فيه عن كونه فرداً له.

قلت: ما كان فرداً للعام خرج عن تحته وليس في العام اقتضاء لأن يخرج الفرد عن تحته بنحوٍ حتى لا يرد عليه تخصيص. وهذا بخلاف ما تقدم في النظير، فإن ملكية المبيع للبايع حال التلف من اقتضاء ما دلّ على أن تلف المبيع من البايع. / ٧٧٠ /. (منه قدس سره).

إن قلت: لعله يصير التلف سبباً لانفساخ أصل البيع من أول الأمر، فلا نحتاج إلى تقدير الملكية آناً ما.

قلت: قد ادعىٰ الإجماع على عدم انفساخ أصل البيع ولذا يقولون في صورة تحقق / ٧٦٩ / التلف أيضاً: إن النماء الحاصل قبل التلف يكون من مال المشتري.

وعلى هذا نقول: إن النص الوارد على كون ضمان المبيع قبل القبض من مال بايعه، يكون مثل الإجماع الذي يكون في مسألتنا على أن الضمان يكون بالمسمىٰ حيث إنّ كلّ واحد من الإجماع والنصّ بانضمام المقدمة الخارجية ينتج حصول الملكية في آنٍ ما قبل التلف.

هذا كلّه في كون التلف مملّكاً أو معيناً للضمان في المسمىٰ، وأما كون التصرف المتوقف على الملكية مقتضياً لتقدير الملكية في آنٍ ما قبل التصرف فغير محتاج إلى بعض التكلفات حيث إنّه يكون مقتضىٰ الدليل[1] الدالّ على توقف هذا التصرف على الملكية واستصحاب عدم حصول الملكية قبل ذلك هو ذلك.

وثانيهما: ما حكي عن الجواهر، وهو أنه يقول: بالنسبة إلى التصرفات المتوقفة على الملكية نعترف بحصول الملكية آناً ما قبل حصول التصرف. وأما بالنسبة إلى التلف لابدّ أن يرجع ملخص كلامه إلى أنّا لا نقول إن الضمان بالمسمىٰ يكون بمقتضىٰ عموم اليد حتى يقال إن مقتضىٰ عمومه كون الضمان بالمثل.

ونحن نقول: إنه تارة يكون الكلام في صحة ما ادعاه صاحب الجواهر[2] من أن محلّ النزاع في المعاطاة هل هو ما جعله صاحب الجواهر أم لا؟

وهنا ليس مقام تشخيص هذا النزاع.

وتارة يكون الكلام في أنه على فرض صحته / ٧٧٠ / يكون مخالفاً للقواعد.

ومحل النزاع هنا هو هذا.

---

١) في المخطوطة: دليل.

٢) جواهر الكلام ٢٢٤/٤٤.

وحينئذٍ نقول: إن محلّ النزاع هو أن تجعل إباحة مالٍ بازاء مال آخر بحيث لو تلف أحد الطرفين يكون الطرف الآخر ملكاً لذي اليد.

وحينئذٍ نقول: إذا فرض كون المعاملة على هذا الوجه صحيحاً فيكون مقتضاه هو كون الضمان للمسمىٰ. وذلك نظير البيع حيث إنّه على فرض صحته يكون المسمىٰ مال المشتري من أول الأمر.

وأما لو كان النزاع في صحة أصل المعاملة على هذا الوجه، فنقول: إنه ليس تشخيص هذا النزاع هنا.

وأورد على هذا الوجه أولاً: ببطلان مبناه من كون محل النزاع في المعاطاة هنا.

وثانياً: أنه لا وجه للتفرقة بين الموارد حيث قلت بحصول الملكية آناً ما قبل التلف بالنسبة إلى التلف الشرعي دون الحقيقي.

أقول: وفيه: أن وجه التفرقة واضح حيث إنّه في التلف الشرعي كان لدواعي لأن تقدر الملكية. وهذا بخلاف التلف الحقيقي*.

[إشكال صاحب الجواهر على القائلين بالملكية]

ثمّ إنه نقل عن صاحب الجواهر[1] إشكالٌ على القائلين بالملكية، وهو أنه قد اتفق الكلّ على أنه إذا تلف أحد الطرفين فتصير الملكية لازمة للطرف الآخر بواسطة التلف، / ٧٧١ / فيلزم أن يكون التلف ملزماً، فحينئذٍ نقول كما أن كون التلف مملّكاً بعيدٌ كذلك كونه ملزماً بعيدٌ.

إن قلت ـ كما قال المحقق الثاني[2] ـ: إن بقاء الخيار إنما من بقاء أثر العينين

---

*) ***هذا الكلام إنما يناسب التعرض له عند ذكر المنافيات على القول بأن المعاطاة تفيد الملكية التي تأتي بعد خمسة أوراق. (منه قدس سره).***

١) جواهر الكلام ٢٢/٢٣٠.

٢) جامع المقاصد ٤/٥٨.

حيث إنّه كان الترادّ ممكناً. فإذا تلف إحدى العينين، فينتفي إمكان الترادّ هنا، فلا يبقى خيار.

قلت: لا يلزم أن يكون الخيار من آثار بقاء العين، بل العين الواحدة الباقية يأتي فيها الخيار، وذلك لأن بقاء الخيار إنما يكون من آثار عقد المعاطاة لا لأجل امكان الترادّ.

وإذا كان بقاء الخيار من آثار العقد، فحينئذٍ يأتي في صورة تلف إحدى العينين أيضاً، وذلك نظير ما إذا تلفت إحدى العينين في البيع العقدي في زمان الخيار. فإن الخيار هنا يكون ثابتاً في العين الباقية بالاتفاق حيث إنّ الخيار كان من آثار العقد، وهو لم يرتفع.

إن قلت: إنه ليس في المعاطاة عقد حتى يكون الخيار من آثار بقائه.

قلت: فيه: أن نفس التعاطي يكون بمنزلة العقد.

وثانياً: إنه مع الغمض عن ذلك نقول: إن كونه عقداً يكون محتملاً.

[الإيراد على صاحب الجواهر]

وأورد على صاحب الجواهر:

أولاً: بأنه معلوم أنه ليس في المعاطاة عقد حتى يكون الخيار من آثاره. فلابدّ أن يكون الخيار من آثار / ٧٧٢ / بقاء العينين لأجل تحقق امكان الترادّ.

وثانياً: أنه على فرض الشك في ذلك أيضاً نقول: إن الأمر يدور بين استصحاب الخيار الثابت من أول المعاطاة وبين استصحاب الملكية، وحينئذٍ نقول: إن استصحاب الخيار لو جرىٰ لكان مزيلاً للشك في بقاء الملكية بعد تحقق الفسخ؛ لأنه بعد ثبوت الخيار يكون معلوماً أن الملكية تزول بواسطة الفسخ الّا أن الإشكال في أصل جريان استصحاب الخيار هنا حيث إنّه يكون مع الشك في المقتضي لاحتمال أن يكون مقتضيه بقاء العينين حتى يكون مرتفعاً أو أنه هو عقد

التعاطي حتى يكون باقياً.

وبعد عدم جريان استصحاب الخيار لابدّ أن تصير الملكية لازمة لأجل استصحاب الملكية، فيكون الحق مع المحقق الثاني أيضاً.

ولا يخفىٰ أن استصحاب الخيار هنا بالنسبة إلى استصحاب الملكية يكون نظير استصحاب التخيير في المسألة الأصولية، وهو كونه مخيّراً في الأخذ بأي الخبرين يريد، بالنسبة إلى استصحاب الحكم المختار حيث إنّه بعد أخذه بأحد الخبرين يحتمل أن يكون حكمه ثابتاً عليه مستمراً الّا أن هذا الشك يكون منشأه الشك في بقاء التخيير له / ٧٧٣ / في المسألة الأصولية.

بل التحقيق يقتضي أن نقول: إن الإستصحاب فيما نحن فيه غير جارٍ وإن قلنا بجريان الإستصحاب في الحكم المختار أيضاً بناءً على اعتبار الإستصحاب مع الشك في المقتضي.

وذلك لأن عدم جريان الإستصحاب فيما نحن فيه ليس من باب أنه يكون مع الشك في المقتضي، بل من باب أنه يكون من أقسام الإستصحاب الكلي الذي لا يكون الإستصحاب جارياً هناك بالاتفاق، فيكون استصحاب الملكية سليماً عن الإستصحاب المزيل له.

وتوضيح ذلك[1] أن الإستصحاب مع الشك في المقتضي إنما يكون في مورد ثبت حكمٌ ويكون الشك في بقائه ناشياً من الشك في أن فلان يكون شرطاً لبقاء الحكم حتى يكون الحكم مرتفعاً بارتفاع ذلك الشيء المشكوكِ الشرطية أو أنه ليس بشرط له حتى يكون الحكم باقياً.

مثلاً إذا قلنا: إن العقد يكون مقتضياً وموجباً لثبوت الخيار وشككنا في أن بقاء العينين يكون شرطاً لبقاء الحكم بالخيار فهنا يكون الشك في المقتضي إلّا أنه ليس الأمر هنا كذلك؛ لأن الشك هنا إنما يكون ناشياً من الشك في أن الموضوع / ٧٧٤ /

---

١) تكرّر «وتوضيح ذلك» في المخطوطة.

للحكم بالخيار هل هو عقد المعاطاة حتى يكون باقياً بعد تلف إحدى العينين أيضاً أو أن الموضوع للحكم بالخيار هو بقاء العينين حتى يكون مرتفعاً بتلف إحدى العينين، فيكون نظير ما إذا شك الإنسان في أنه محدث بالحدث[1] الأكبر حتى لا يرتفع الحدث بواسطة الوضوء أو أنه محدث بالحدث[2] الأصغر حتى يرتفع الحدث بواسطة.

ففي هذه الصورة لو توضؤ هذا الشاك فنسب إلى العلماء أنهم يقولون بعدم جريان استصحاب الحدث هنا، ولكن الشيخ[3] (ره) صحّح الإستصحاب في بعض موارده، وهو في صورة يكون أثر شرعي للقدر المشترك بين الحدثين، فهنا يقول بأن الاستصحاب يجري في القدر المشترك بين الحدثين لأجل ترتب الأثر الشرعي المترتب على الحدث المشترك بين الحدثين وهو مطلق الحدث.

ونحن نقول: على فرض تسليم ما يدّعيه الشيخ (ره) أيضاً لا يكون فيما نحن فيه أثر للقدر المشترك بين العقد وبقاء العينين حيث إنّ بقاء الخيار إنما يكون أثراً لخصوص أحدهما لا للقدر المشترك بينهما.

فعلى هذا يكون عدم / ٧٧٥ / جريان استصحاب الخيار فيما نحن فيه متفقاً عليه، فيصير استصحاب الملكية* سليماً عن استصحاب واردٍ عليه.

---

١) في المخطوطة: بحدث.

٢) في المخطوطة: بحدث.

٣) فرائد الأصول ٢٠٥/٣ ـ ٢٠٦.

*) ***المعاهدة كما يقع باللفظ يقع بالفعل أيضاً، فالتعاطي عقد قابل لأن يتعلق الخيار به بأن يكون لذي الخيار حلّه كحلّ العقد اللفظي، وما دلّ على خيار المجلس في البيع مقتضاه خياره في نفس البيع كما في العقد اللفظي لا مجرد أن يكون لهما ترادّ / ٧٧٦ / العينين، فيستصحب الخيار الذي ثبت بواسطة أدلة خيار المجلس في نفس بيع المعاطاة وعقده.***

إن قلت: مقتضى أدلة خيار المجلس ارتفاعه بمجرد التفرق. وأما الخيار الذي يكون في المعاطاة ـ على المشهور الذي يدعى كونه اجماعياً ـ يكون أمره مردداً بين أن يكون من قبيل خيار حلّ العقد أو مجرد خيار ترادّ العينين. فحينئذٍ بعد تلف احدى العينين نعلم بارتفاع خيار

[تتميم الكلام في المبعّدات]

ثمّ لنرجع إلى ما كنّا فيه من الكلام في المبعّدات للقول بالإباحة.

وقد عرفت أن منها أنه تجوز التصرفات المتوقفة على الملكية على المأخوذ بالمعاطاة، وعرفت أن محصل الاشكالات الواردة على هذا المبعد من وجوه ثلاثة:

الأول: أنه لا نسلّم جواز مثل هذه التصرفات ولا دليل على جوازها الّا السيرة.

وقد عرفت الكلام في السيرة مفصلاً.

وعرفت أنه يشكل الركون إلى السيرة في جميع الموارد تأييداً، وأنا ذكرت أيضاً ما كان عندي هناك.

الثاني: أنه على فرض تسليم جواز التصرفات المذكورة لا نسلّم توقفها على الملكية.

وقد تقدم الكلام في ذلك أيضاً.

الثالث: أنه على فرض تسليم توقفها على الملكية نقدّر الملكية آناً ما قبل التصرف المتوقف على الملكية.

وقد تقدم الكلام في ذلك أيضاً.

ترادّ العينين لو كان ثابتاً أولاً، واستصحاب مطلق الخيار غير نافع بعد أنه ليس أثر للقدر المشترك، وإنما الأثر لخيار حلّ العقد فقط في صورة امتنع الترادّ.

وعلى هذا إذا لم يجر الإستصحاب السببي فيكون الأصل المسببي، وهو استصحاب الملكية المقتضي للزوم سليماً / ٧٧٥ /عن المعارض.

فكون تلف احدى العينين موجباً للزوم يصير على طبق القاعدة، فليس في كون التلف ملزماً على القول بالملكية بعد بخلاف كون التلف مملكاً على القول بالإباحة.

قلت: أولاً ما دلّ على خيار المجلس دلّ على الخيار في العقد قبل التفرق واللزوم بعده، والحكم الثاني علم تخصيصه في باب المعاطاة دون الأول. فإذا شككنا بعد التفرق أنه جعل خيار ترادّ العينين فيشك في رفع خيار حلّ العقد الذي ثبت قبل التفرق.

وثانياً يستحيل خيار ترادّ العينين مع كون العقد باقياً على حاله، لأن ترادّ العينين لا يجوز لو كان العقد والبيع باقياً على حاله. / ٧٧٦ /(منه قدس سره).

بقي الكلام في المبعدات الأخر التي ذكرها هناك كاشف الغطاء كتعلق الخمس والزكاة بالمال المأخوذ بالمعاطاة من أول الأمر قبل حصول التصرف في الطرف الآخر، وكتحقق الاستطاعة به، وكتعلق الديون به، وكوجوب النفقة على من عنده هذا المال، وكصيرورته ميراثاً.. إلى غير ذلك.

والجواب / ٧٧٦ / عن هذه المبعدات بمثل ما أجيب سابقاً في الجملة من الاشكالات.

أما الأول منها، وهو أنه لا نسلّم تعلق شيء من المذكورات بالمال المأخوذ بالمعاطاة فيكون وارداً على الكلّ.

وقد عرفت الجواب عن السيرة المدعاة فيها، بل هنا إشكال آخر، وهو أن المذكور في كلام كاشف الغطاء هو أنه يدّعي تعلق الزكاة والخمس أو وجوب النفقة إلى غير ذلك. وهذا واضح أن السيرة لا يمكن أن يصير دليلاً لتعلق الزكاة والخمس أو وجوب النفقة وغير ذلك؛ لأن دليل التعلق أو الوجوب لا يمكن أن يكون هو السيرة؛ بل دليلهما لابدّ أن يكون هو النصّ أو الاجماع.

نعم، يجوز أن يتمسك بالسيرة لإثبات التصرفات المترتبة على تعلق الزكاة والخمس أو وجوب النفقة.

وأما الثاني منها وهو أن نقول بعدم توقف هذه الأحكام على الملكية فلا يرد على الكلّ.

بيان ذلك أنه بالنسبة إلى تعلق الخمس يمكن أن يدعىٰ بأنه لا يتوقف على الملكية بأن يقال: إن الخمس يتعلق بمطلق الفائدة ملكاً كانت أم لا، ولكن لا يمكن أن يقال بذلك في الزكاة حيث إنّها تتعلق بمال الشخص وملكه إذا بلغ إلى حدّ النصاب.

والأدلة الدالّة على تعلق الزكاة / ٧٧٧ / بالنصاب وكذا بالنسبة إلى الميراث يمكن أن يدعىٰ أنه يكون في كلّ ما يتركه الميت، ولذا يتعلق بالحقوق أيضاً.

وكذا بالنسبة إلى النفقات يمكن أن يدّعىٰ أنها تتعلق بمجرد أن يصير الإنسان قادراً على الانفاق بوجه من الوجوه.

وكذا بالنسبة إلى الاستطاعة يمكن أن يدعىٰ أنها تتحقق[1] بغير الملك، ولذا يتعلق الحج على من يبذل له النفقة.

وأما الثالث أيضاً فكذلك لا يكون واردة على الكلّ، وبيان ذلك أن تقدير الملكية آناً ما على فرض توقف المذكورات على الملكية يصحّ في مثل الميراث والاستطاعة، وتصحيحها في البواقي مشكل؛ فافهم.

[حصيلة النقاش في أن المعاطاة بيع وأنها تفيد الملكية]

هذا كلّه في الأدلة الدالّة على أن المعاطاة بيع وأنها تفيد الملكية.

وعرفت تمامية بعض أدلتها أيضاً، وهو قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾، ولكن يبقى في هذا المقام إشكال.

[هل الإجماع قائم على أن المعاطاة لا تفيد الملكية؟]

وهو أنك عرفت أن العلماء قبل زمان المحقق الكركي كانوا قائلين بأن المعاطاة لا تفيد الملكية، والاختلاف إنما نشأ من بعد المحقق الثاني، وعلى هذا فالإجماع قائم على أن المعاطاة لا تفيد الملكية بأيّ مشرب كان.

وبيان ذلك أن الإجماع لو كان عبارة عن اتفاق الكلّ كما يقوله العامة فهو موجود، وكذا لو كان الإجماع هو الاتفاق الكاشف عن رأي الرئيس /٧٧٨/ بواسطة الحدس أو بواسطة التضمن كأن يكون المعصوم أيضاً داخلاً في المجمعين أو من باب وجوب اللطف.

وذلك لأنه إذا فرض اتفاق العلماء على شيء في مقدار من الزمان فهنا يتحقق

---

١) في الأصل: يتحقق.

الإجماع بأيّ مذاق كان.

فبما ذكرنا ثبت أن الإجماع المحقق موجود على أن المعاطاة لا تفيد الملكية. ويؤيده الإجماعات المنقولة من العلماء.

ويؤيده أيضاً أن هذا الإجماع يكون مخالفاً للعمومات حيث إنّها تدلّ على أن المعاطاة بيع صحيح. فذهاب العلماء إلى خلاف العمومات أقوىٰ شاهدٍ على أنه كان لهم مستند للرجوع عن العمومات.

هذا، مع أنّه ليس دليل لاشتراط الماضوية والعربية في الصيغة سوىٰ الاجماع، فكيف يقال: إن هذا الإجماع الذي دلّ على اشتراط العربية يكون معتبراً ولكن الإجماع الذي دلّ على اشتراط أصل الصيغة ليس بمعتبرٍ؟

أقول: قد تقدم منّي ما يوهن الإجماع في أول المعاطاة.

هذا، مع أن المفيد[١] يكون مخالفاً، وكذا الشهيد في المسالك[٢]، بل نقل عن العلامة في التذكرة[٣] أن القول باشتراط الصيغة في البيع هو الأشهر عند الإمامية. فيظهر منه أن المسألة محل الخلاف.

وكذلك في المختلف[٤] نسبته إلى الأكثر.

ويظهر من ذلك أن المخالف ليس بشاذٍّ / ٧٧٩ / والّا لعبّر بالمشهور دون الأشهر في التذكرة.

وكذلك في السرائر[٥] أن الأقوىٰ أن المعاطاة غير لازمة.

ولا يخفىٰ أن الشيخ[٦] مع كثرة تتبّعه يدعي أن المظنون قوياً تحقق الإجماع

---

١) المقنعة: ٥٩١.

٢) مسالك الأفهام ١٤٧/٣.

٣) تذكرة الفقهاء ٧/١٠.

٤) مختلف الشيعة ٥١/٥.

٥) السرائر ٢٥٠/٢.

٦) كتاب المكاسب ٥٩/٣.

على عدم اللزوم، فكيف يمكن لنا ادعاء القطع بوجود الإجماع على عدم الملكية مع أن اللزوم متفرع على الملكية* ؟!

وأما مقايسة ما نحن فيه بما أجمعوا من اشتراط الماضوية وغير ذلك في الصيغة فلا يضرّنا بعد ما ذكرنا؛ لأنه لو سلّمنا تحقق الإجماع على الاشتراط، فنقول به وإلّا نصير من المخالفين كما قوّينا ذلك في سالف الزمان أيضاً، فلا تغفل.

[إفادة الملكية اللازمة أو الجائزة]

ثمّ** بعد فرض أن المعاطاة تفيد الملكية يقع النزاع في أنها تفيد الملكية اللازمة كما نسب إلى ظاهر المفيد أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً كما حكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني؟

والمحقق الأردبيلي[1] أيضاً يكون قائلاً بأنها تفيد الملكية اللازمة.

وحكي عن المسالك[2] أنه أيضاً يقوّي ذلك***.

أو أنها تفيد الملكية الجائزة كما يقولها المتأخرون غالباً؟ وتقدم أن المحقق الثاني ينسب ذلك القول إلى كلّ من يقول بأن المعاطاة تفيد الإباحة.

ثمّ إن المناسب للمقام أن يذكر أن الأصل في البيع / ٧٨٠ / هو اللزوم أم لا؟

وثمرة هذا الخلاف في فروع الخيارات وفي بعض فروع المعاطاة، ولو بنينا

---

*) *هذا مضافاً إلى ما سيأتي في أصالة اللزوم بعد ثمانية أوراق موهناتٍ أخرىٰ لاستكشاف رأي المعصوم عن هذا الاجماع، بل لا يظنّ منه رأي المعصوم بنفي الملكية فضلاً عن القطع به. (منه قدس سره).*

**) *المناسب التعرض لسائر الأقوال في المعاطاة قبل القول باللزوم المتفرع على الملكية، لكن في المتن تعرضنا له بعد أربعة وعشرين ورقاً وتعرضنا هناك للاجماع الذي تمسك به للقول بالإباحة بتقرير آخر ينسب القول إلى جماعة من المحدثين. (منه قدس سره).*

١) مجمع الفائدة والبرهان ١٣٩/٨.

٢) مسالك الأفهام ١٥٢/٣.

***) *لولا الإجماع على خلافه في المكاسب. (منه قدس سره).*

على أن المعاطاة إنما تفيد الملكية الجائزة في الجملة أيضاً.

[أصالة اللزوم في مطلق العقود]

ثمّ إن الكلام في أصالة اللزوم تارة يقع في مطلق العقود في أن الأصل فيها هو اللزوم بحيث نقول: إن مثل الوكالة وأشباهها تكون خارجة عن هذا الأصل بالإجماع، والدليل على ذلك هو الاطلاقات والعمومات كما سيأتي الكلام فيها.

وتارة يقع الكلام في خصوص المعاوضات في أن الأصل فيها هو اللزوم أم لا.

والدليل على أصالة اللزوم هنا مضافاً إلى العمومات والاطلاقات هو استصحاب الملكية السابقة.

وتارة يقع[1] الكلام في خصوص البيع في أن الأصل فيها هو اللزوم أم لا.

والدليل على أصالة اللزوم هنا مضافاً إلى العمومات والاطلاقات واستصحاب الملكية هو الأخبار الخاصة الواردة في خصوص البيع. وسيأتي الكلام ـ إن شاء الله ـ في تمامية الأدلة وصحتها.

[دليل أصالة اللزوم في البيع]

ولنقدّم الكلام في أصالة اللزوم في خصوص البيع، فنقول:

لا يخفىٰ عليك أن الشيخ (ره) تعرض لهذه المسألة في المكاسب في أول المعاطاة[2] وفي أول الخيارات: وقال في أول الخيارات إنه قال / ٧٨١ / العلامة في التذكرة[3]: إن الأصل في البيع اللزوم.

---

١) تكرّر «يقع».

٢) كتاب المكاسب ٢٣/٣.

٣) تذكرة الفقهاء ٥/١١.

وذكره في غير التذكرة[١] أيضاً، وتبعه القوم.

وقال الشيخ[٢] في أول الخيارات: إن المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معانٍ:

منها: أن يكون بمعنى الترجيح كما حكي ذلك عن جامع المقاصد[٣] مستنداً في تصحيح الظهور إلى الغلبة.

ومنها: أن يكون بالمعنى اللغوي، ويكون المراد أن وضع البيع وبناءه عرفاً وشرعاً على اللزوم، وإن يتفق كونه جائزاً في كثير من الموارد. وذلك لأنه نظير قولهم: الأصل في الاجسام الإستدارة، فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي.

ومنها: أن يكون بمعنى الإستصحاب.

ومنها: أن يكون بمعنى القاعدة. ويكون المراد هي القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

ونحن نقول: أما الأول، ففيه منع الغلبة صغرى. وعلى فرض تسليمها نمنع اعتبارها.

وبيان* منع الغلبة أما في أنواع البيع فلأنه بعد ما ثبت في الشرع خمسة وعشرين خياراً فكيف يمكن ادعاء أن أغلب أنواع البيع يكون لازماً.

وأما في الموضوعات المحققة في الخارج فقد يقال: إنه وإن منعنا كون أغلب أنواع البيع لازمة الّا أنه لما يكون بناء الناس غالباً على البيع اللازم في مقام المعاملة فلذا يمكن أن يقال: إن أغلب / ٧٨٢ / البيوع المتحققة في الخارج تكون

---

١) قواعد الأحكام ٦٤/٢.

٢) كتاب المكاسب ١٣/٥.

٣) جامع المقاصد ٢٨٢/٤.

*) *عليك بالرجوع بما كتبته في الخيارات. (منه قدس سره).*

لازمة.

ولكن فيه أن من جملة الخيارات خيار المجلس، وهو موجود في كلّ بيع.

وأورد على ذلك بأن بناء الناس في مقام البيع غالباً على اسقاط جميع الخيارات، فتكون البيوع المحققة في الخارج لازمة.

وفيه منع كون بناء الناس على إسقاط جميع الخيارات غالباً كما هو واضح.

وعلى كلّ حال لا ثمرة لهذه الدعوىٰ.

وأما الثاني وهو أن يكون وضع البيع عرفاً وشرعاً على اللزوم، ففيه أنه لو كان المراد هو أن مقتضىٰ العمومات والاطلاقات أن يكون البيع كذلك، ففيه أنه وجه آخر مستقل، سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ.

ولو كان المراد شيئاً آخر فلا نفهمه*.

وتنظير ما نحن فيه بكون وضع الاجسام على الاستدارة في غير محله؛ لأنه بالنسبة إلى الاجسام يكون المراد أنها خُلق أولاً على وجه الاستدارة، ثمّ حصل تغيير الاستدارة لأجل قاهر خارجي، وأما الملكية فلم توجد أولاً على وجه اللزوم حيث إنّ الشك في كلّ مورد يكون في أن ما يوجد في البين هل يكون لازماً أم جائزاً.

وأما الثالث وهو أن يكون الأصل بمعنى الإستصحاب، فنقول: إن جريان الإستصحاب هنا موقوف على أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ، وهو أنه / ٧٨٣ / لابدّ إما من أن تكون الملكية اللازمة، والملكية اللازمة ماهية واحدة كما أن الحدث الحاصل من النوم والبول كذلك.

وأما لو قلنا إنهما ماهيتان نظير الحدث الحاصل من النوم والجماع فحينئذٍ لو قلنا إن استصحاب الكلي صحيح فيكون الإستصحاب جارياً، والّا فلا.

---

*) *المراد أن في البيع اقتضاء اللزوم لولا المانع كما شرحناه في باب الخيارات. (منه قدس سره).*

[هل الملكية اللازمة والجائزة ماهية واحد؟]

أما الأول وهو أن الملكية اللازمة والجائزة ماهية واحدة أم لا، فنقول: إنه استدلّ على كونهما ماهيتان بوجوه ثلاثة:

الأول: أن اقتضاء الملكية للزوم تارة وللجواز أخرىٰ يكشف من أن حقيقة الملك في المقامين يكون مختلفاً، والّا لا معنى لأن تؤثر الماهية الواحدة أثرين مختلفين.

ولا يخفىٰ أنا لا نقول: إن الملك الجائز ماهية باعتبار كون الجائزية مقوماً له فيكون الملك اللازم ماهية أخرىٰ؛ لأن المقوم هنا هو اللزوم فيصيران نوعين مختلفين، نظير الإنسان والبقر حيث إنّهما مشتركان في الحيوانية، ومختص كلّ واحد منهما بفصل حتى يرد عليه ايراد الشيخ (ره) في المكاسب هنا من أن الجواز واللزوم ليسا من الأجزاء المقومة.

وإنما هما حكمان للملك، ومنشأ الجائزية لملك واللازمية / ٧٨٤ / لملك آخر مع فرض كون الجواز واللزوم من أحكام الملك لا من الأجزاء المقومة له هو أن اختلاف حقيقة السبب المملّك في المقامين صار منشأ لاختلاف حكم الملكين في الخارج.

بل نحن ندعي أيضاً أن الجواز واللزوم من أحكام الملكية في المقامين الّا أنه نقول: إن اختلاف أثر الملكين يكشف عن تعدد الماهية، والّا لا معنىٰ لأن تكون الماهية الواحدة أثرها في الموارد مختلفاً.

الثاني: أنه لا شك أن السبب المملّك في الملك الجائز غير السبب المملّك في الملك اللازم، وإذا كانت الأسباب متعددة فلابدّ أن تكون المسببات أيضاً متعددة لأن الأصل عدم تداخل الأسباب.

ثمّ إن التعدد الشخصي للمسببات وإن كان كافياً الّا أن ذلك إنما هو في كلّ مورد يكون المسبب من الأفعال، وأما إذا كا[ن] من قبيل الأمور الخارجية

كالملكية حيث إنّها نظير الصفات فحينئذٍ لابد من التعدد بحسب الماهية. ولا يكفي مجرد التعدد الشخصي.

وعلى هذا فلابدّ أن تكون الملكية الجائزة واللازمة نظير الحدث الحاصل من النوم والجماع، لا نظير الحدث الحاصل من النوم والبول.

الثالث: أنه لا مانع في أن تكون الملكية الجائزة مثل السواد الضعيف / ٧٨٥ / والملكية اللازمة مثل السواد القويّ، فحينئذٍ أيضاً يكونان ماهيتين. غاية الأمر أن ما به الإمتياز بينهما يكون من عين ما به الإشتراك.

أقول: هذا الوجه ليس وجهاً مستقلاً لأنه إذا ثبت بالوجهين الأولين أنه لابدّ أن تكون الملكية الجائزة ممتازةً عن الملكية ا[ل]لازمة بحسب الماهية، فحينئذٍ يناسب أن يقال: إن تعدد الماهية يتصور على وجهين:

الأول: أن يكون ما به الامتياز بينهما من غير ما به الإشتراك بينهما كما في الإنسان والبقر.

والثاني: أن يكون ما به الامتياز من عين ما به الإشتراك كما في السواد القوي والضعيف.

والظاهر أنه لو قلنا إن الملكية الجائزة مغايرة مع الملكية اللازمة بحسب الماهية أن يكونا نظير السواد القوي والضعيف لا مثل الإنسان والبقر.

وهذه الأمور الثلاثة من الأدلة على كون الملكية الجائزة مغايرةً مع الملكية اللازمة بحسب الماهية؛ ولكنّها مخدوشة.

أما الأول فلأن اختلاف آثار الشيئين لا يلزم أن يكون ناشياً من اختلاف ماهيتهما، بل يمكن أن يكون اختلاف الآثار من باب أنهما متحدان في الماهية، لكنهما مختلفان بحسب العوارض.

واختلاف الآثار يكون منشأه اختلاف عوارضهما، واختلاف العوارض إنما نشأ من اختلاف الأسباب المملّكة.

ففي الحقيقة السبب المملّك يؤثر في اللزوم والجواز.

ومن هنا ظهر الجواب عن الوجه الثاني أيضاً /٧٨٦/ لأن صيرورة اختلاف السبب موجباً لاختلاف المسبب ليس ملازماً لأن تكون حقيقة الملكية المسببة عن سبب من الأسباب مغايرةً مع الملكية المسببة عن سبب آخر؛ لأنه يجوز أن يكون اقتضاء واحد من الأسباب كعقد البيع مثلاً هو الملكية الجائزة، وتكون الجائزية غير داخلة في ماهية الملكية، بل تكون من عوارضها، ويكون اقتضاء سبب آخر كالصدقة مثلاً هو الملكية اللازمة ويكون اللزوم غير داخل في ماهيته، بل يكون من عوارضه.

وعلى هذا نقول: إن هذين السببين يكون بينهما قدر جامع يكون اقتضاؤه الملكية، وليس علينا تعيين هذا القدر الجامع، ويكون لكلّ واحد من السببين خصوصية خاصة يكون اقتضاؤه اللزوم أو الجواز أو غير ذلك.

أقول: هذا كلّه، مع أني قوّيت في محله أن الأصل تداخل الأسباب.

وأما الثالث وهو كون الملكية اللازمة بالنسبة إلى الملكية الجائزة نظير السواد الشديد بالنسبة إلى السواد الضعيف فمردود بأن الملكية من الأمور النسبية تحتاج إلى مالك ومملوك ونسبة ملكية المملوك إلى المالك.

فقوة الملكية وضعفها لابدّ من أن تكون ناشيةً من الضعف والقوة في واحد من هذه الثلاثة.

مثلاً يكون ضعف المالك موجباً لضعف الملكية كما إذا كان المالك محجوراً عليه.

وكون ضعف المملوك /٧٨٧/ موجباً لضعف الملكية كما إذا كان المملوك جزءاً مشاعاً.

وأما كون نفس الملكية والسلطنة ضعيفة فكما في الملك الذي يكون موقوفاً على أشخاص خاصة، فإنهم ليسوا مسلّطين على بيعه.

وأما الملكية الجائزة فليس فيها ضعف بوجه من الوجوه؛ غاية الأمر أن للملكية الجائزة آفة ومزيل يرفعها.

ومجرد أن يكون لها مزيل دون الملك اللازم لا يوجب اختلاف حقيقتها، بل حقيقتها متحدٌ قطعاً حيث إنّه لا يمكن أن يقال: إن الملكية الناشية من الصدقة مغاير حقيقةً مع الملكية الناشية من الهبة كما هو واضح، والملكية لا تتفاوت فيها قطعاً؛ بل نقول: إنه إذا عرضت[1] ماهيته على ماهية أخرىٰ فحينئذٍ إن اتحد معه فيصير جزء مقوّماً للنوع الحاصل من هاتين الماهيتين.

فعلى هذا إذا اتحد مع هذه الماهية الجامعة ماهية أخرىٰ وحصل نوع آخر فهذا النوع يكون مغايراً مع النوع الأول بحسب الحقيقة. وأما لو لم يتّحد معه، بل يصير من عوارضه، فحينئذٍ إذا كان هذا العرض في بعض الأفراد دون بعض فربّما يكون هذا العرض له جهة عمومية وتارة لا يكون له جهة عمومية.

فإن كان [له] جهة عمومية فيصير منشأ لأن يصير معروضه صنفاً للماهية، وإن كان خاصاً بالمفرد فيصير معروضه فرداً / ٧٨٨ / من الماهية.

وليس تفاوت بين الملكية الجائزة والملكية اللازمة بشيء من الوجوه الثلاثة، بل الفرق بين الملكية الجائزة واللازمة يكون مثل الفرق بين فردين من الملكية الجائزة.

فحصل مما ذكرنا أن الفرق بين الملكية الجائزة والملكية اللازمة لا يكون مثل الفرق بين الحدث الأصغر والحدث الأكبر[2]، بل يكون مثل الفرق بين فردين من الحدث الأصغر أو فردين من الحدث الأكبر، فلا مانع من استصحاب الملكية أصلاً وإن كانت الملكية مرددة بين الملكية الجائزة واللازمة حيث إنّ هذا الشك مرجعه إلى الشك في أن الفسخ راجع للملكية أم لا.

---

١) في المخطوطة: عرض.

٢) في الأصل: الأكثر.

فيكون نظير استصحاب الوضوء مع الشك في كون المذي رافعاً له.

وأما الثاني وهو أنه لو بنينا على أن الملكية الجائزة مع الملكية اللازمة ماهيتان مختلفتان فحينئذٍ جريان استصحاب الملكية يكون موقوفاً على صحة استصحاب الكلي.

[ملخَّص الكلام]

وملخص الكلام في ذلك أنه يفهم من كلام بعضٍ أن استصحاب الكلي غير صحيح ولو بناءً على جريان الإستصحاب مع الشك في المقتضي.

ونسب إلى بعض آخر عكس ذلك.

ومن المنكرين للاستصحاب الكلي هو المحقق القمي (ره). ونسب إلى صاحب الحاشية والفصول أنهما أيضاً يفهم من تلو كلماتهما أنهما من المنكرين.

ويقول الشيخ[1] (ره) بجريان استصحاب الكلي إذا كان للقدر المشترك أثر شرعيّ. واختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ. / ٧٨٩ /

[تفصيل الكلام في استصحاب الكلّي]

وتفصيل الكلام في ذلك هو أنه إذا كان للقدر المشترك أثر شرعيّ كالحدث المردد بين الحدث الاصغر والأكبر حيث إنّ عدم جواز الدخول في الصلاة يكون من آثار مطلق الحدث وكان الشك في الرافع مثل الحدث المذكور حيث إنّ كلّ واحد من الحدثين يحتاج إلى رافع، فيكون الإستصحاب هنا جارياً.

وأما لو قلنا بجريان استصحاب الكلي ولو كان الشك في المقتضي أيضاً كما لو شككنا في أن ما كان في الدار بقّ أو فيل فهنا نستصحب مطلق الحيوان لو كان له أثر شرعي.

---

١) فرائد الأصول ٣/٢٠٥ـ٢٠٦.

وممّا ذكرنا ظهر أن استصحاب الملكية لا محظور فيه إذا كانت الملكية مرددة بين الملكية الجائزة واللازمة حيث إنّ زوال الملكية يكون موقوفاً على رافع، فلا يكون الشك في المقتضي، وليس شيء من آثار الملكية مترتباً على خصوص الملكية اللازمة، بل يكون مترتباً على مطلق الملكية؛ لأنه إذا ثبتت الملكية يجوز الأكل والبيع.. إلى غير ذلك.

وإذا حكم ببقاء الملكية مع الرجوع أو الفسخ لاستصحاب الملكية فحينئذٍ تثبت الملكية اللازمة؛ لأنه ليس الملك اللازم الّا عبارة عن الملكية التي لا تزول بواسطة الفسخ والرجوع.

وهذا المعنىٰ موجود هنا، فيثبت المطلوب.

وتوضيح الدليل على صحة الإستصحاب / ٧٩٠ / موقوف على بيان دليل من يقول بعدم جريان استصحاب الكلي، وهو أنه يقول: لا إشكال في أن للإستصحاب ركنين لا يجري بدونهما، وهما اليقين السابق والشك اللاحق، وفي استصحاب الكلي لا يكون هذان الركنان موجودين، وذلك لأن الحدث مثلاً صار مردداً بين أن يكون هو الحدث الأصغر أو الحدث الأكبر، وكان المفروض أنه جاء المزيل للحدث الأصغر في البين كما لو توضؤ فحينئذٍ بالنسبة إلى الحدث الأكبر وإن كان الشك في بقائه الّا أنه لا يكون له يقين سابق. وأما الحدث الأصغر فلا شك في بقائه لأنه على فرض وجوده يكون مرتفعاً بالوضوء.

هذا دليل المنكر لاستصحاب الكلي.

وأما دليل من يقول بجريان استصحاب الكلي هو أنه يقول: إنّ تردّد الحدث بين الحدثين إنما يكون في الذهن، وإلّا فليس فيما كان موجوداً في الواقع تردّد حيث إنّه في الواقع يكون معيّناً، والمفروض أنه كان موجوداً، والمفروض أنه يكون الشك في ارتفاع نفس ما كان موجوداً في السابق، والمفروض أنه لنفس الكلي الطبيعي الذي كان موجوداً في السابق، والشك في ارتفاعه يكون أثراً

شرعياً، فلا محذور في استصحابه أصلاً.

غاية الأمر أنه لا يترتب أثره / ٧٩١ / المختص بالحدث الأكبر حيث إنّه يصير مثبتاً.

أقول: هذا الوجه إنما يجري في القسم الثاني من استصحاب الكلي، ولا يجري في القسم الثالث.

ثمّ إن الشيخ (ره) في المكاسب[1] بعد ما أجرىٰ استصحاب القدر المشترك هنا قال (ره): فتأمل.

قد يقال في وجه التأمل: إن هذا الإستصحاب لا يثبت الملكية اللازمة.

وأجيب عن ذلك بأن إبقاء الملكية بعد رجوع من يحتمل أن يكون له خيار الفسخ يكون ملازماً مع الملكية اللازمة.

وأورد على ذلك بأنه لو فرض أن يكون للملكية اللازمة بعنوان لازميته أثر شرعي فلا يترتب عليه، وإلّا يصير مثبتاً كما تقدم أن ترتب آثار الفرد الطويل في استصحاب الكلي يكون مثبتاً.

وأجيب عن ذلك بأنه ليس في الشرع ما يكون مترتباً على خصوص الملكية اللازمة الّا في مقام النذر وأمثال ذلك. وهذا ليس بشيء حتى يقال: إن نظر الشيخ في أمره بالتأمل إلى هذا.

وقد يقال: إنه لعلّ أن يكون نظره إلى ما ذكره في أول الخيارات من أن استصحاب الملكية معارض باستصحاب بقاء علقة المالك الأول. وهذا الإستصحاب مقدم على استصحاب الملكية؛ لأنه سببيّ.

وأجيب عن ذلك بأنه تارة نفرض الكلام في صورة ثبت الخيار من أول الأمر كخيار المجلس وغيره، ثمّ / ٧٩٢ / نشك في ثبوت الخيار بعد ذلك أيضاً. فحينئذٍ لا محظور في استصحاب علقة المالك الأول، فمن يريد أن يستصحب الملكية في

---

١) كتاب المكاسب ٥١/٣.

هذا المقام لابدّ أن يجيب عن هذا الإشكال إلّا أن هذا الفرض خارج عما نحن فيه؛ لأنه ليس كلامنا في موردٍ ثبت الخيار في الجملة.

وأما في مورد لم يثبت الخيار من أول الأمر أصلاً فحينئذٍ نقول: إن المالك الأول لم تكن له علقة حتى نستصحبه؛ لأنه قبل بيع ماله كان المال ملكاً له، فليست له علقة أخرىٰ؛ لأن العلقة لا تجمع مع الملكية، وبعد بيع ماله علمنا بزوال ملكيته، ولم نعلم بحدوث علقة له، والمفروض أنه لم تكن العلقة له قبل البيع.

فعلى هذا لا يكون استصحاب علقة المالك الأول جارية فيما نحن فيه؛ لأنه ليس له يقين سابق. وقد يقال في خصوص البيع: إنه دائماً يكون خيار المجلس له موجوداً.

وعلى هذا ففي جميع أفراده يكون استصحاب الخيار موجوداً، وقد عرفت أن استصحاب الخيار يكون مقدماً على استصحاب الملكية؛ لأنه مزيل واستصحاب الملكية مزال، فلم يبق مورد لاستصحاب الملكية حتى يثبت اللزوم في البيع.

إن قلت: إنا نجري استصحاب الملكية في مورد أسقطوا جميع الخيارات في ضمن عقد البيع، فهنا ليس استصحاب / ٧٩٣ / جواز الرجوع جارياً، فيصير استصحاب الملكية بلا مزاحم، فيثبت اللزوم للبيع في هذا المورد.

قلت: اشتراط اسقاط حق الخيار إنما هو على فرض ثبوت الخيار، والّا فالحق الغير الموجود ليس قابلاً للإسقاط.

وإذا ثبت الخيار في الجملة فحينئذٍ يتحقق مجرى استصحاب جواز الرجوع إذا شك في الجواز واللزوم.

وأورد الاستاد ـ سلّمه الله ـ على استصحاب جواز الرجوع بوجهٍ آخر، وهو أن هذا الإستصحاب يكون مع الشك في المقتضي حيث إنّا نشك في أن جواز الرجوع الثابت من أول البيع كان فيه مقتضياً للبقاء حتى يبقى في زمان الشك أو أنه لم يكن فيه مقتضى للبقاء.

وهذا الإشكال لا محظور فيه بناء على قول من يقول بعدم حجية الإستصحاب إذا كان مع الشك في المقتضي كما هو مختار الشيخ والأستاد.

ثمّ لا يخفىٰ أن الجواب عن استصحاب جواز الرجوع لابدّ أن يكون على وجه ذكرناه لا على وجه ذكره الشيخ[1] في أول الخيارات حيث إنّه تارة يقول: إنا نعلم بواسطة الأخبار المتواترة أن الخيار ينقطع بمجرد الإفتراق بين البيّعان، وتارة يقول: إن هنا مورد التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾[2] لا مورد التمسك باستصحاب حكم المخصص.

ووجه ضعف كلام الشيخ (ره) أن التمسك بالعموم والأخبار خارج عن محلّ الكلام حيث إنّ الكلام إنما هو في إثبات اللزوم بمقتضىٰ الأصول لا الأمارات. / ٧٩٤ / وأما إثبات اللزوم بمقتضى العمومات والأمارات فهو معنى آخر للأصل سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

[دليل أصالة اللزوم في كل عقد]

وأما الرابع وهو أن يكون الأصل بمعنى القاعدة المستفادة من العمومات، وهي كثيرة:

منها: قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾.

وهذا بظاهره يقتضي وجوب الوفاء بكلّ عهد بناءً على أن معنى العقد هو مطلق العهد.

وبناء على هذا يورد عليه أن الأخذ بهذا المعنى موجب للتخصيص الأكثر حيث إنّ أكثر العهود غير لازم الوفاء. ولذا حملوا الآية على أحد المعنيين الآخرين اللذين لا يرد عليهما هذا الإشكال الأول.

---

١) كتاب المكاسب ١٧/٥.

٢) المائدة: ١.

منها: ما هو المنقول من الرياض[١] أخذاً من استاده البهبهاني[٢] (ره) وإن لم يستند إليه كما نقل، وهو أنه قال: إن المراد من العقود هو العقود المعهودة، وهي العقود الشخصية التي كانت في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله، ولا نسلّم أن تلك العقود أكثرها غير لازم الوفاء.

نعم، لا يجوز الإستدلال بها على لزوم الوفاء بالعقود التي تكون في زماننا حيث إنّ كون هذه العقود التي نشك في لزومها في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله غير معلوم لنا.

وهذا المعنى موهون من وجهين:

الأول: أن المعهودية تكون مخالفةً للجمع المحلّىٰ باللام المفيد للعموم مع أنّها مخالفة لقول تمام المفسرين والأخبار حيث إنّ كلام المفسرين والأخبار بين ما يدلّ على أن المراد عقود الولاية لأمير المؤمنين [عليه السلام] أو العقود للإيمان المأخوذ في عالم الذر أو عقود الجاهلية أو العهد الموثق أو مطلق العهد. وليس مقتضىٰ شيء منها / ٧٩٥ / ولا مقتضىٰ ظاهر اللفظ هذا المعنى، فكيف يجوز حمل اللفظ على هذا المعنى؟

الثاني: أنه لو حملنا اللام في «العقود» على المعهودية وقلنا إن المراد هو العقود التي كانت في زمن النبي صلى الله عليه وآله فحينئذٍ نقول: إنه لا وجه لأن يقال: إن المراد هي العقود الشخصية التي كانت في ذلك الزمان، بل لابدّ أن نقول: إن المراد العقود التي كان نوعها متداولاً في ذلك الزمان؛ لأنه لا معنى لأن يكون المراد هي العقود الشخصية المتداولة في ذلك الزمان.

وعلى هذا نقول: إنا نقطع بأن أنواع العقود التي تكون في زماننا كانت في زمن النبي صلى الله عليه وآله أيضاً موجودةً، وعلى هذا فتعود محذورية ورود أكثرية التخصيص ولم يفد الحمل على المعهودية لرفع هذا الإشكال من البين.

---

١) رياض المسائل ١١٧/٨.

٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٧٢ـ٧٣.

والثاني منهما: ما حكي عن المسالك[1] أخذاً عن العلامة أن المراد من وجوب الوفاء بالعقود هو العمل بما يقتضيه العقد من اللزوم والجواز، يعني لابدّ أن يلاحظ العقد من الخارج، فإن جاء دليل على أنه لازم فهذه الآية تدلّ على أنه بحسب الأخذ بمقتضىٰ اللزوم، وإن قام الدليل على أنه جائز فهذه الآية تدلّ على أنه يجب الأخذ بمقتضىٰ الجواز.

ثمّ إن مراد صاحب المسالك والعلامة من هذا المعنى لابدّ أن يكون أحد الوجهين:

الأول: أن يكون المراد أن الآية تدلّ على أن العقود التي ثبتت بدليل /٧٩٦/ آخر جوازها ولزومها، لابدّ من الوفاء على طبق ما ثبت من الشرع، تصير هذه الآية بمنزلة التأكيد لتلك الأدلة التي دلّت على لزوم بعض العقود وجواز بعضها الآخر.

ويرد على هذا الإحتمال أنه بناء على هذا يلزم أن يكون ﴿أوفوا بالعقود﴾ تأكيداً وإرشاداً، والحمل على الإرشادية وإن لم يكن فيه بنفسه محظور الّا أنه في خصوص ما نحن فيه تكون هذه الارشادية ارشادية ركيكة لا يناسب حمل الآية عليها.

الثاني: أن يكون المراد أنه لما يكون عند العرف بعض العقود جائزة وبعضها لازمة فهذه الآية تدلّ على أنه يجب الوفاء بكلّ عقد جائز عند العرف على سبيل الجواز، وبكلّ عقد لازم على سبيل اللزوم. فيكون امضاءاً لطريقة العرف. وهذا المعنى لا ركاكة فيه الّا أنه يورد عليه من وجهين:

الأول: أنه ليس عند العرف عقود جائزة وعقود لازمة حتى تكون هذه الآية بصدد امضائها.

إن قلت: إنا نرىٰ بالوجدان أن بينهم عقود جائزة ولازمة فعلاً.

---

١) مسالك الأفهام ٤٣٢/١٠.

قلت: كلّ ذلك يكون من باب التلقي من الشرايع حتى أن الدهريين أيضاً يمكن ادعاء ذلك في حقهم.

اللهمّ الّا أن يقال: إنه لا يلزم في مقام الامضاء أن يكون هذان القسمان موجودين بينهم فعلاً، بل يكفي وجود أحد القسمين وإمكان احداث القسم الآخر.

غاية الأمر أنا لمّا لا نعلم أن أيّ واحد من العقود كانت عندهم جائزة أو لازمة فيصير منشأ لعدم / ٧٩٧ / جواز التمسك بالآية لنا فعلاً.

بل يمكن ادعاء القطع بوجود هذين القسمين عندهم مع أنّه يكفي مجرد احتمال وجود هذين القسمين في صحة هذا المعنى.

وعلى هذا لابدّ أن يجاب عن ذلك بالوجه الثاني، وهو أنه على هذا لا يمكن أن يكون ﴿ أوفوا ﴾ مستعملاً في الوجوب، بل لابدّ أن يكون معناه «أمضيت» نظير قوله تعالى ﴿ أحلّ الله البيع ﴾[1] كما تقدم.

فحينئذٍ لابدّ أن يلاحظ أن هذا المجاز أحسن أو التخصيص الوارد على الآية لو أخذنا بظاهرها بناءً على عدم لزوم أكثرية التخصيص كما سيأتي. فحينئذٍ نقول: إن التخصيص أولىٰ من المجاز.

إن قلت: إنا لا نحتاج من إخراج وجوب الوفاء عن ظاهره حيث إنّه لا محظور لأن يقال إن العقد الجائز مثلاً يجب العمل بمقتضى جوازه وكذا العقد اللازم.

قلت: إذا فرضنا أنه باع ماله بالآخر فحينئذٍ إذا أخذ هذا المال منه بطريق السرقة فليس ذلك منافياً لوجوب الوفاء بالعقد كما إذا أخذ بعض أمواله الأخر سرقةً. وأما إذا أخذ هذا المال منه بعنوان أنه لا يريد أن يكون هذا المال بعد ذلك عند المشتري ويتصرف المشتري فيه، فحينئذٍ إذا فرضنا أن يكون البيع هنا جائزاً، فليس معنى لوجوب الوفاء بهذا العقد، مع أنّه يجوز له أخذ المال من المشتري.

وهذا منافٍ للوفاء بالعقد، فكيف يقال بوجوب الوفاء هنا؟

---

١) البقرة: ٢٧٥.

وما يقال من أن المراد وجوب التدين بمقتضاه فبعد /٧٩٨/ لا نتصور وجوب التدين هنا؛ فافهم.

ثمّ إنه بما ذكرنا لابدّ أن يجاب عن هذا الوجه لا بما ذكره الشيخ[1] (ره) من أن الجواز واللزوم من الأحكام الشرعية للعقد وليسا من مقتضيات العقد مع قطع النظر عن حكم الشارع حتى يتعلق حكم الشارع بهما.

وبيان ضعف ما ذكره الشيخ (ره) هو أنه وإن كان مسلّماً أن الجواز واللزوم من الأحكام لا من المقتضيات الّا أن ذلك لا ينفع في مقام الجواب عن كلام المستدلّ بما قررنا كلامه.

أقول: قد تقدم في كتاب الرهن أن ايراد الشيخ وارد على العبارة التي ينقلها عن العلامة؛

نعم، قد تقدم أن عبارة العلامة لم يكن كذلك، والّا فالعبارة التي ينقلها الشيخ، وهو أن معنى وجوب الوفاء بالعقد هو العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز. وعلى هذا فيكون ايراد الشيخ وارداً عليه.

[أكثرية التخصيص في آية وجوب الوفاء بالعقد]

ثمّ إنك عرفت أنه لو أخذنا بظاهر الآية فتلزم أكثرية التخصيص، وهو مستهجن، فلا يحمل الكلام على العموم حتى يوجب ذلك، بل يحمل على المعهودية حتى يخرج من الاستهجان، وعلى هذا لا يمكن الإستدلال به أصلاً.

نعم، في موارد تمسك الأصحاب به نقول: إن عمل الأصحاب موجب لصحة التمسك لخصوص تلك الموارد، وذكرت وجه ذلك في أوائل مكتوباتي في الرهن.

هذا كلّه على فرض تسليم أكثرية التخصيص، والّا فيمكن منع ذلك بالوجه الذي ذكره الشيخ في قاعدة الضرر حيث إنّه لو تمّ ليجري فيما نحن فيه أيضاً، وهو

---

١) كتاب المكاسب ١٨/٥.

أنه لا إشكال في / ٧٩٩ / أنه لو كانت أفراد العام هي العناوين الكلية وكانت لبعض العناوين التي يكون فرداً للعام أفراد كثيرة وخرج هذا الفرد عن تحت العام، فليس هذا هجيناً، وإن فرض أن يكون أفراد هذا العنوان الخاص أضعافاً بالنسبة إلى أفراد سائر العناوين التي يكون من أفراد العام، ولم يخرج عن تحته.

وعلى هذا نقول: كلّ عام ورد عليه تخصيصات كثيرة يحتمل أن تكون الأفراد المتكثرة الخارجة من تحته داخلاً تحت عنوان يكون ذلك العنوان فرداً واحداً للعام، ولا يلزم لنا إن تمكّن لنا أن نتصور هذا العنوان، بل لا بأس أن يكون من العناوين الغيبية التي لا نطلع بها.

وهذا التوجيه من الشيخ لو تمّ ليصير عنوان مسألة أنّ «تخصيص الأكثر موجب لاستهجان العام» في الأصول بلافائدة لأن ذلك يصير مسألة فرضية، والّا فكلّ مورد في الأخبار والآيات يصحّح بهذا التوجيه.

نعم، يتحقق مصداقها في العرفيات.

ثمّ إن لأستادنا ـ سلّمه الله تعالى ـ هنا ادعاءً جديداً، وهو أنه يقول: نمنع وجود أكثرية التخصيص بالنسبة إلى ﴿أوفوا بالعقود﴾، وعلى فرض تسليم هذا الصغرىٰ نمنع الكبرىٰ، وهو استهجان ورود أكثرية التخصيص على العام مطلقاً.

أما بيان منع الصغرىٰ فبأن يقال: إن كثيراً من العقود مثل النكاح والوقف والاجارة وأمثال ذلك تكون لازمة. / ٨٠٠ /

نعم، في خصوص البيع ثبتت خمسة وعشرون* خياراً، وكذلك بعض العقود الإذنية تكون جائزة، والّا فعمدة العقود تكون لازمة.

ولا نسلّم أكثرية التخصيص فيها.

---

*) *لا يخفىٰ أن ثبوت الخيار غير موجب لورود التخصيص من جهة الأفراد، وإن لم يجز التمسك بالعام في مورد الشك كما سيأتي بيانه في الآيات. (منه قدس سره).*

وأما بيان* منع الكبرىٰ، فبأن نقول: إن أكثر قواعد الأصول تكون غالبية وليست بدائمية. وعلى هذا نقول: إن ما يقولون بقبح أكثرية التخصيص إنما هو في صورة لم تكن في البين نكتة كتعظيم الأفراد التي تكون تحت العام وأمثال ذلك، والّا فلو كان مثل هذه النكتة وأشباهه موجوداً فليس حينئذٍ محظور في أكثرية التخصيص، بل ربّ أمرٍ يكون مسلّم الجواز مع أنّه لا يتحقق الّا أن تكون نكتة في البين.

مثلاً اتفقوا على جواز تأخير البيان عن وقت الخطاب، ومع ذلك لابدّ أن يكون التأخير عن نكتة حيث إنّ مقتضى القاعدة أن الأنسان إذا كان بصدد بيان مراده فيبين تمام مقصوده، ولذا يجوز التمسك بالمطلقات، والّا لما كان وجه للتمسك بالمطلقات؛ فافهم.

[الإشكال الموضوعي على التمسك بالآية]

ثمّ إن هنا اشكالاً موضوعياً على التمسك بالآية، وبيانه أنه تقدم في كتاب الرهن أن هذه الآية ليس معناها وجوب الوفاء بنفس العقد لأن العقد ينعدم بعد تحققه، فليس فيما بعد ذلك نافياً حتى يكون الوفاء به واجباً، فلابدّ أن يكون المراد وجوب الوفاء بمقتضىٰ العقد. ومقتضىٰ العقد هو الملكية، فيكون وجوب

---

*) *وتوضيح ذلك أن ظهور العام حجة ما لم يحرز المانع له، وعلى هذا نقول: إن المانع المتوهم في المقام أن استهجان ذكر عام يكون أغلب الأفراد خارجاً عن تحته كما لو قال «أكلت جميع الرمانات» مع أنّه لم يأكل الّا قليلاً منها، يصير منشأ لأن يقال إنه لم يرد العموم، بل لابدّ من أن يحمل على العهد.*

ونحن نقول: إنه ربما يريد العموم لنكتة وهو اظهار تعظيم ما يكون الحكم شاملاً وأن ما خرج عن تحت العام ليس بشيء، وإذا كان الاستهجان عن أنه مادة العموم في الصورة المذكورة مرتفعاً بهذه النكتة فحينئذٍ نقول: لا وجه لرفع اليد عن ظهور اللفظ في العموم. (منه قدس سره).

الوفاء موجوداً مادام يكون موضوعه ـ وهو الملكية ـ موجوداً، وبعد الفسخ نحن نشك في بقاء الملكية، فكيف يجوز الحكم بوجوب الوفاء مع عدم إحراز موضوع الحكم؟

وبوجه آخر: نحن نعلم أن الملاك / ٨٠١ / في وجوب الوفاء هو الملكية، فكيف يجوز التمسك مع الشك فيه؟

وأجيب عن ذلك بأنا نسلّم أن الآية ليست بصدد بيان الموضوع، بل إنما هو بصدد بيان الحكم، ومع ذلك نقول: لو شككنا في الموضوع نتمسك بالآية لرفع الشك إن كان الشك ناشياً من الشك في حكم الشارع لأنه يصير مرجعه إلى تخصيص خفيّ.

مثلاً لو قال الشارع: يجوز الدخول في الصلاة لمن كان على وضوء، وشككنا في أصل الوضوء من أن المذي ناقض له أم لا. فحينئذٍ يجوز التمسك بقوله «يجوز» اه لرفع هذا الشك؛ لأن بيان كون المذي ناقضاً أم لا، يكون بيد الشارع. وهذا بخلاف ما لو شك في الوضوء لأجل الشك في خروج البول منه؛ فافهم.

[كلام صاحب المدارك في المقام]

ونسب إلى صاحب المدارك[1] أنه لا يقول بحجية الإستصحاب ولكن إذا يشك في موضوع الحكم يتمسك بالعموم أو الإطلاق اللذين كانا بصدد بيان الحكم سواء كانت الشبهة ناشية من الشك في الحكم أو من الأمور الخارجية.

ولكن نحن فصّلنا بين الشبهة الحكمية والموضوعية، فلو شككنا في أن الطلاق يحصل بلفظ «أنت خليّة»، فنتمسك بإطلاق آية النكاح لرفع هذا الشك بخلاف ما لو شككنا في أنه صدر منه لفظ «أنتِ طالق» أم لا.

أقول: بعد فرض كون العموم أو الإطلاق بصدد بيان الحكم فقط لا وجه لأن

---

١) مدارك الأحكام ١/٤٦.

يتمسك بها لرفع الشك الناشي من الشك في موضوع الحكم، ولا فرق بين الشبهة الحكمية والموضوعية كما ذكرنا ذلك في كتاب الرهن.

ولكن ذكرنا هناك أنه يجوز التمسك بـ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ببيان سيأتي آنفاً، وهو أنه غير المعاني الثلاثة السابقة يكون لهذه الآية معنىً رابع، وهو أنه ليس المعنى هو وجوب / ٨٠٢ / العمل بمقتضى الملكية حتى يرد ما ذكرت، بل المعنى أنه يجب عليكم الوفاء بعقودكم بأن لم ينقضوها، والموضوع هو العقد الصادر منهما أولاً. فيجب على المتبايعين أن لا يعملوا عملاً يعدّ عدم الوفاء بالعقد السابق.

وعلى هذا فلا تدلّ هذه الآية على عدم مطلق التصرف في الثمن والمثمن لمالكهما الأوّل حتى لو كان من باب السرقة أو الجور أو غير ذلك بخلاف المعنى الأول، بل إنما تدلّ على عدم التصرف في الثمن والمثمن لمالكهما الأول بعنوان عدم الوفاء بالعقد.

وعلى هذا فتدلّ على أنه لابدّ أن لا يفسخ حيث إنّ التصرف بعد الفسخ لمّا يكون بعنوان عدم الوفاء على العقد السابق فتنفيه الآية، وكلّ مورد ثبت الخيار وأنه يفسخ العقد فيكون تخصيصاً لهذه الآية.

أقول: ومن الشواهد على أن معنى ﴿أوفوا﴾ هو وجوب الوفاء بالتعاهد وعدم رفع اليد منه كما فصّلناه في كتاب الرهن في مسألة أن الرهن لازم من طرف الراهن هو أن هذه الآية بمدلوله العرفي تشمل كلّ عقد لم يكن له أثر وضعي نظير الملكية، بل قد ذكرنا هناك أن الملكية تكون منتزعة من وجوب الوفاء بالعقد حيث إنّه صار واجباً بحكم الشارع أن لا ترفع اليد من التعاهد الذي هو عبارة عن البيع، فتنتزع الملكية من ذلك.

ولعلّ هذا مراد من يقول: إن هذا الحكم التكليفي أعني وجوب الوفاء يستتبع حكماً تكليفياً. ولعلّ القائلين بالأحكام الوضعية يقولون غير ذلك، ولعلّ تفصيل

---

١) المائدة: ١.

ذلك يفهم مما كتبنا في كتاب الرهن.

[تنبيه في التمسك بآية الإيفاء بالعقد لصحة العقود]

ثمّ هنا تنبيه متعلق بأصل التمسك بالآية لصحة العقود، وهو أنه لما قام الإجماع على أن إيجاد نفس العقود ليس بواجب ولا حرام فحينئذٍ إذا تعلق النهي /٨٠٣/ بشيء منها كأن يقال «لا تبع» مثلاً، فحينئذٍ إما يحملون النهي على الارشادية بمعنى أن البيع لما كان بنفسه فاسداً ولم يكن في إيجاده فائدة، فلذا نهي عنه والنهي ليس تحريمياً، بل يكون لأجل بيان أن العقد فاسد.

وإما يحملون على التشريع، يعني أنه يحرم اتحاد العقد باعتقاد هذا العقد في الدين يترتب عليه الأثر، فيكشف النهي من الفساد.

وبهذين الوجهين نجمع بين كلام العلماء في الأصول والفقه حيث إنّهم في الأصول يقولون: إن النهي المتعلق بالمعاملات لا يقتضي الفساد وفي الفقه لا يزال يتمسكون بالنهي للفساد.

فنقول: مرادهم في الاصول أن النهي الدالّ على التحريم لا يقتضي الفساد من باب أنه لا منافاة بين الحرمة والفساد. ومرادهم في الفقه أن النهي المتعلق بالمعاملات لا يحمل على التحريم الصرف حيث إنّه مخالف للاجماع، فلابدّ أن يحمل على معنى آخر، والمعنى الآخر هو الإرشادية أو التشريع أو المعنى الآتي، وكلّها يقتضي الفساد.

وإما يحملون على أن هذا النهي يدلّ على حكم تحريميّ يستتبع حكماً وضعياً كأن يكون المراد حرمة آثار البيع.

وهذا أيضاً يدلّ على الفساد.

وكلّ هذه الوجوه يأتي في الأمر المتعلق بالمعاملة مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾، والمعنى الرابع الذي ذكرنا لـ﴿أوفوا بالعقود﴾ يكون غير هذه المعاني الثلاثة.

أقول: لا يخفىٰ أنه لا وجه لإخراج ﴿أوفوا بالعقود﴾ عن ظاهره، وذلك لأن الأمر هنا لم يتعلق بنفس المعاملة حتى تقول: إنه وجوب إيجاد المعاملة لما يكون خلاف الإجماع فلابدّ أن يحمل / ٨٠٤ / على أحد المعاني الثلاثة الذي ذكرت، بل الأمر إنما يدلّ على أنه إذا صدر العقد من الناس بمقتضىٰ ميل أنفسهم فيكون الوفاء على ذلك العقد بعد ذلك واجباً عليهم، وتعلق الوجوب بالوفاء بالعقد الصادر من الإنسان لا محظور فيه أبداً حتى نحتاج إلى ارتكاب خلاف الظاهر كما هو كذلك في مثل «لا تبع».

وأيضاً قد تقدم في أدلة صحة المعاملات أن العلماء المتأخرين الذين نطلع أحوالهم لا يقولون في الأصول أن النهي المتعلق بذات المعاملة لا يقتضي الفساد.

نعم، بناء العلماء على أنهم يقولون: إن تعلق الحرمة بالأسباب لا يقتضي فسادها لعدم المنافاة بين الحرمة والتأثير، ومع ذلك يقولون: إن النهي المتعلق بذات المعاملة يقتضي الفساد.

ومنها: قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾[1]؛ وجه الدلالة أن المراد بحلية البيع لابدّ أن يكون هو حلية التصرفات المترتبة على البيع، ولها إطلاق بحسب الأفراد وبحسب الأزمان وبحسب الأحوال الطارية كما يكون ذلك ثابتاً لأكثر المطلقات، بل العمومات أيضاً حيث إنّها وإن كان بحسب الأفراد لها عموم، لكن بحسب الأزمان والأحول يكون لها إطلاق.

وإذا كان لحلّية التصرفات المترتبة على البيع إطلاق أحوالي، فحينئذٍ نقول: إنه من الحالات الطارية هو فسخ أحد المتبايعين بغير رضى الآخر. وإذا كان تصرف من لم يرضِ بالفسخ حلالاً بعد الفسخ بمقتضى الآية فيكون هذا مستلزماً لأن يكون الفسخ لغواً. وهو المطلوب.

والفرق بين هذه الآية وقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أنه إذا أراد أحدهما أن

---

١) البقرة: ٢٧٥.

يفسخ فيعطي ما عنده ويأخذ ما عند الآخر، وقوله تعالى ﴿ أوفوا ﴾ يدلّ على حرمة كلا هذين الفعلين حيث إنّ كلّ واحد منهما يكون بعنوان عدم الوفاء. والمفروض أنه كان مأموراً بالوفاء بالعقد السابق.

وهذا بخلاف / ٨٠٥ / قوله تعالى ﴿ أحلّ [الله] البيع ﴾ حيث إنّه لا يدلّ على حرمة إعطاءه ما عنده بالآخر، ولا على حرمة أخذ ما عند الآخر. وإنما يدلّ على أنه بعد إرادة الأخذ من الآخر أو بعد الأخذ منه يجوز للآخر أن يتصرف فيما أخذ منه أو أريد أخذه منه*.

[الاستدلال بآية التجارة عن تراضٍ]

ومنها: قوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾[1]؛ ولا يخفىٰ أولاً أنه نقل وقوع الخلاف في باب تعارض الأحوال أن جملة المستثنىٰ منه هو بنفسه قضية واحدة** يجوز

---

*) *لكنه ملازم لحرمة التصرف من الطرفين فيما يكون عند الآخر بتلف ذلك أيضاً. (منه قدس سره).*

١) النساء: ٢٩.

**) *وفيه أن الإستدلال ليس متوقفاً على ذلك، بل نقول: إن الآية دلّت على حصر مجوز أكل مال الغير بالتجارة عن تراضٍ. وعلى هذا: إذا أراد المالك الأول أن يرجع فنقول: إن الرجوع ليس بتجارة عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال به.*

وورود الإشكال الموضوعي هنا بأن يقول إن المالك الأول إذا رجع فلا يعلم بقاء المال على ذاك المال الثاني حتى لا يجوز للمالك الأول أكله، وعدم جواز الأكل في الآية معلق على مال الغير، وهو مشكوك.

والجواب عن هذا الإشكال الموضوعي يكون على نحو ذكرناه في الحاشية الآتية في قوله « لا يحلّ مال » [عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨] *اه.*

ثمّ إن الشيخ (ره) يقرب ورود الإشكال الموضوعي بأن حصر مجوز أكل مال الغير بالتجارة عن تراضٍ يكشف من أن المراد هو الأكل على أن يكون ملكاً للمالك.

وهذا الوجه يقرر أن يكون نظيره في أصل تقريب الإستدلال أيضاً إلى ما ذكره الأستاد ولكن سائر أجزاء كلماته لا يوافقه. (منه قدس سره).

التمسك به مستقلاً أو أنه مع المستثنىٰ قضية واحدة، فلا يجوز الإستدلال الّا بهما معاً.

والشيخ[1] (ره) جعل كلّ واحد منهما هنا دليلاً مستقلاً على المطلب، فجعل قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ بمنزلة جملة مستقلة، فيصير معناه على هذا أنه يجوز أكل أموالكم بينكم بتجارة عن تراضٍ، ويكون بيان دلالة هذه الآية على المطلوب نظير دلالة قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ بعينه، طابق النعل بالنعل بجميع خصوصياته؛ فتدبّر.

نعم، يرد على كلتا هاتين الآيتين إشكال، وهذا يقرر على وجهين:

الأول: أن نقول كما تقدم: إن مقتضى ﴿أحلّ الله البيع﴾ هو حلية مقتضى البيع، ومقتضاه هو الملكية. ويكون المراد حلية التصرفات المترتبة على البيع، فيكون الموضوع هو الملكية، وبعد الفسخ لا نعمل ببقاء الموضوع، أعني الملكية، فكيف نتمسك بعموم ﴿أحلّ الله البيع﴾ مع الشك في الموضوع؟ وكذلك في قوله تعالى ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ بعينه.

الثاني: أنه لو لم نقدر الملكية فنقول: إنا نعلم أن الملاك في حلية التصرفات هو الملكية، فيكون بمنزلة المنصوص العلة، فيصير المعنى أنه يجوز الأكل ويحلّ التصرف لأجل الملكية، وبعد الفسخ نحن نشك في بقاء العلة وهي الملكية، فكيف يجوز التمسك مع الشك في بقاء العلة؟

والشيخ هنا يعترف /٨٠٦/ بورود الإشكال.

ولكن الأستاد ـ سلّمه الله ـ أجاب عن ذلك بأنه إذا كان الشك في الموضوع ناشياً من الشك في حكم الشارع كما في ما نحن فيه، حيث إنّ الشك في ارتفاع الملكية بالفسخ يكون ناشياً من أن الشارع جعل له الخيار أم لا، فهنا يجوز التمسك بالعام لرفع هذا الشك حيث إنّ مرجعه إلى التخصيص الخفي.

---

١) كتاب المكاسب ٤١/٣.

أقول: قد تقدم هذا الكلام منه في قوله تعالى ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾. وقد تقدّم منّي أيضاً أن هذا الوجه ضعيف.

[الاستدلال بآية حرمة الأكل بالباطل]

ومنها: قوله تعالى ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** ﴾[1]؛ وجه الدلالة أن هذه الآية تدلّ على حرمة الأكل بكلّ وجه يسمىٰ باطلاً عرفاً. وعلى هذا نقول: إنه بعد ما انتقل المال إلى مالك آخر كما هو المفروض فحينئذٍ أخذه منه بدون رضاه أكل بالباطل عرفاً، فيكون حراماً، فتدلّ بالملازمة على عدم الخيار.

ولا يخفىٰ أن أكل المارّة من الشجرة التي تمرّ بها والأخذ بالشفعة كلّها تكون باطلاً عرفاً الّا أن إذن الشارع يكشف عن ثبوت حق في الواقع.

أقول: لا يخفىٰ أنه من المسلّم أنه لا يجوز أن يكون موضوع الباطل موجوداً واقعاً، ومع ذلك يحكم الشارع بالجواز. فكلّ مورد رخّص الشارع يكشف ذلك من أنه لم يكن باطلاً في الواقع، فيكون هذا من باب التخطئة في المصداق، فيكشف ذلك من أن نظر الشارع مع نظر العرف مختلف في تعيين مصداق الباطل.

وعلى هذا قد عرفت أنه يوجب ذلك عدم جواز التمسك بإطلاق لفظ الباطل.

وقد تقدم نظير هذا الإشكال في أدلة البيع في قوله تعالى ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ حيث إنّ البيع قد تقدم أنه موضوع للبيع الصحيح عند العرف، فيجري فيه نظير هذا الإشكال وقد تقدم الجواب عن هذا الإشكال أيضاً هناك*.

والإشكال الموضوعي هنا غير وارد كما يظهر ذلك من الشيخ؛ لأن المفروض أن حرمة أكل الأموال معلق / ٨٠٧ / على موضوع الباطل، والمفروض أن موضوع الباطل محقق عرفاً.

---

١) البقرة: ١٨٨ والنساء: ٢٩.

*) ***وفيه أن الإشكال وارد ولكنّه قابل لأن يجاب عنه كما في غير المقام. (منه قدس سره).***

وعلى هذا كلّ مورد ثبت الخيار فلابدّ أن نقول: إن إذن الشارع كشف عن عدم كون الأكل هنا باطلاً؛ فتأمل.

وقد قرّر الأستاذ الإشكال الموضوعي هنا بوجه آخر وقال: إن هذا الإشكال غير وارد هنا، ونحن نذكره في ضمن الأخبار الآتية. ومآل ما نذكر ـ إن شاء الله ـ أن تقرير الإشكال على الوجه الذي يذكره غير مناسب للمقام.

[الأخبار العامة الدالة على أصالة اللزوم في كل عقد]

هذا كلّه في الآيات الدالّة على أصالة اللزوم، وأما الأخبار العامة:

[الإستدلال بقوله ﷺ: لا يحل مال امرئ]

فمنها قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرء الّا عن طيب نفسه»[1].

وجه الدلالة أنه بعد البيع مثلاً يصير المبيع مال المشتري، فأخذه منه بدون رضاه تحليل مال الغير من دون طيب نفسه، وهو غير محلّل بحكم الشارع*.

والإشكال الموضوعي هنا أيضاً وارد؛ لأن مجرد قول الفاسخ «فسخت» ليس تحليلاً لمال الغير كما أنه ليس بأكل المال.

وأما التصرفات بعد قوله «فسخت» وإن كان تحليلاً للمال وأكلاً للمال، الّا أنه لم يعلم كون ذلك في مال الغير.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

*) *قد ذكرنا في بيع الفضولي في مسألة ما لو باع ثم بان أنه مالك من أن ورود هذا الإشكال مبني على أن يكون معنى قوله ﷺ «لا يحلّ» أنه لا يحلّ مال المرء مادام مال المرء الّا بطيب نفسه، ولكن فيه أنه بتقييد لا وجه للمصير إليه، بل المعنى أنه لا يحلّ مال المرء الّا بطيب نفسه.*

وعلى هذا نقول: إنه إذا كان شيء مال شخص فيكون مقتضىٰ الرواية أن لا يحلّ ذلك المال من دون رضاه. فلو فرضنا أنه يحلّ للغير بواسطة الفسخ فيلزم صيرورة ذاك المال حلالاً لغيره بشيء آخر غير رضا مالكه. (منه قدس سره).

والأستاد ـ سلّمه الله ـ قد يجيب عن هذا الإشكال بما سبق من أنه نتمسك بالإطلاق لرفع هذا الإشكال حيث إنّ مرجعه إلى التخصيص الخفي.

وقد تقدم منا الكلام في ذلك.

وقد يجيب عن ذلك بوجه آخر مشترك بين قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا﴾ اه وبين هذه الرواية وقوله ﷺ «الناس مسلّطون على أموالهم»[1].

ويدّعي أن نظر الشيخ أيضاً إلى هذا في عدم ايراد الإشكال الموضوعي على هذه الثلاثة، وهو أنه تارة يقول: إن صيرورة شيء مالاً لشخص إنما يتحقق بأن يكون له سلطنة عليه بجميع جهاته. وعلى هذا فإذا فرض أن البيع مثلاً يصير مالاً له بواسطة البيع، فلابدّ أن يكون له سلطنة عليه بجميع أنحائه، /٨٠٨/ ومن أنحاء السلطنة* أن يكون له سلطنة على أن لا يأخذه منه أحد بدون إذنه. فإذا كان له سلطنة أن لا يأخذ المال أحد منه بدون إذنه، فيثبت اللزوم بالملازمة.

أقول: هذا الوجه مردود من وجهين:

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

*) *وفيه أن نظر الشيخ ليس إلى ذلك وإنما نظره إلى أن مقتضى الرواية ثبوت السلطنة بحيث يعمّ سلطنته أن لا يخرج المال عن ملكه بدون رضاه أيضاً. وذلك لأنه إذا فرضنا أنه يكون لغير المالك أن يتملك مال المالك بدون رضاه فحينئذٍ يصدق أنه ليس للمالك سلطنة على ماله وإن شئت تصديق ذلك من نفسك فافرض أنه يكون لكلّ أحد أن يتملك مال المالك فإنه يصدق هنا أنه لا سلطنة للمالك أصلاً على ماله.*

وعلى هذا فيجوز أن يقال: إن مفاد الرواية هو سلطنة المالك على ماله من جميع الجهات، فيكون له أن يتصرف فيه أيّ تصرف يريد وأن يمنع الغير عن التصرف فيه ويكون له أن يملكه بغيره وأن يمنع الغير من أن يملكه وأن يبقيه على ملك نفسه إلى غير ذلك من أنواع السلطنة على هذا المال.

لا يقال: إنك ذكرت هذا المعنى مستنداً إلى فهم العرف ونحن نقول: إن فهم العرف هنا لم يرجع إلى فهم معنىً خاصٍ من اللفظ، بل يكون من قبيل الخطاء في التطبيق. /٨٠٩/

قلت: لو كان من جهة الخطاء فلابدّ من أن يرجع بعد الالتفات مع أنّا نرىٰ أن العرف لا يرجع بعد الالتفات. /٨١٠/ (منه قدس سره).

الأول: أنه على هذا لا يتوقف الإستدلال باللزوم على الآية وذا الخبرين، بل يكون ذكرهما بلا ربط حيث إنّ هذا الوجه بمجرد إثبات المالية لأحد يتمّ.

الثاني: أن هذا منافٍ لما سبق من أنه لا فرق في حقيقة المالية والملكية بين الملكية اللازمة والجائزة، فكيف تستدرج عدم جواز الأخذ منه أن لا يأخذ منه أحد بدون إذنه في حقيقة الملكية والمالية.

وتارة يقول: إنا نتمسك بإطلاق «**لا يحلّ**» أو ﴿**لا تأكلوا**﴾ أو «**الناس مسلّطون**» على أن لا يجوز أخذ المال منه بدون إذنه.

أقول:

وفيه: أن عموم الحكم إنما يمكن أن يتمسك به إذا كان الموضوع محرزاً، والموضوع في الموارد الثلاثة مشكوك، فلا يتمّ الجواب عن الإشكال الموضوعي إلّا بمذاق ذكره الأستاد سابقاً واختاره. ونحن ذكرنا ما فيه.

[الاستدلال بقوله ﷺ: الناس مسلطون..]

ومنها: قوله ﷺ: «**الناس مسلّطون على أموالهم**». فإن مقتضى إطلاق السلطنة زماناً وأحوالاً وأفراداً كما يستفاد من هذه الرواية هو أن لا يجوز أخذ المال من يد صاحبه بدون رضاه. والإشكال الموضوعي جارٍ هنا. وتقدم الكلام فيه قبيل ذلك، فلا نعيده.

ثمّ لا يخفىٰ أن الإستدلال بهذا الخبر فيما نحن فيه لا محظور فيه ـ أعني اثبات اللزوم ـ ولا يجوز التمسك به لإثبات أصل الملكية بالبيع؛ لما تقدم أن هذا الخبر إنما يدلّ على أن للمالك أن ينتقل ماله بكلّ من يريد بالأسباب التي جعلها الشارع وليس بنفسه مشرعاً / ٨٠٩ / للأسباب الناقلة، ولا مجوّزاً للتصرفات التي يشك كونها للمالك وإن توهم ذلك بعض؛

أقول: فتأمّل.

[الاستدلال بقوله ﷺ: المؤمنون عند شروطهم]

ومنها: قوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»؛ وجه دلالته على اللزوم نظير ما تقدم في وجه دلالة قوله تعالى ﴿**أوفو بالعقود**﴾ على اللزوم حيث إنّ هذا أيضاً يدلّ على وجوب العمل بكلّ شرط والشرط، مطلق الإلزام والالتزام.

والإشكال الموضوعي آتٍ هنا، لكنّه مدفوع بالوجه الذي تقدم في قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾.

نعم، هنا إشكال آخر، وهو أن الإجماع قائم على عدم لزوم الوفاء بالالتزامات الابتدائية، وإنما يقولون بلزوم الوفاء بالالتزامات التي تكون في ضمن العقود اللازمة. وعلى هذا فلو أبقينا هذا الكلام على ظاهره، فيرد عليه أنه موجب لتخصيص الأكثر.

وعلى هذا فلابدّ أن نحمله على العهد وحينئذٍ لابدّ أن يراد منه خصوص الشرط في ضمن العقد اللازم. وحينئذٍ لا يجوز الإستدلال بها لما نحن فيه.

وهنا للشيخ[1] كلام آخر، وهو أن معنى الشرط هو الالزام والالتزام في ضمن العقد اللازم ويتمسك لذلك بقول صاحب* القاموس، وباستعماله في هذا المعنى في دعاء التوبة والندبة.

وفيه: أن قول صاحب القاموس لا يقاوم ما ذكره سائر أهل اللغة.

وأما استعماله في دعاء التوبة والندبة على فرض تسليم أنه استعمل هنا الشرط**

---

١) كتاب المكاسب ٥٦/٣.

*) *نحن ذكرنا في تعليقاتنا على المكاسب أن فهم العرف يكون موافقاً مع ما ذكره صاحب القاموس. (منه قدس سره).*

لاحظ: القاموس المحيط ٣٨٦/٢.

**) *في الالتزام التبعيّ، فلا يدلّ على المدعىٰ.*

ويرد عليه أن المدعي أيضاً يقول بذلك لعدم جواز التمسك به في المقام. (منه قدس سره).

في ضمن شيء آخر، فلا يدلّ على هذا المدعىٰ، مع أن الإستعمال لا يدلّ على ذلك.

أقول: لا يخفىٰ أن الإجماع إنما قام على أن الالزام والالتزام الابتدائي غير العقود المتعارفة المسلّمة وغير المسلّمة لا يجب الوفاء بها. وعلى هذا فكلّ مورد نشك في لزوم الوفاء بعقد، ولم نعلم خروجه من هذه الرواية، فنتمسك بها للزوم / ٨١٠ / الوفاء بذلك العقد لو صححنا إشكال تخصيص الأكثر نظير قوله تعالىٰ ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾؛ فافهم.

هذا كلّه في الأدلة العامة الدالّة على اللزوم في مطلق العقود.

[الاستدلال بقوله ﷺ: « البيعان بالخيار » في خصوص البيع]

وأما ما دلّ على اللزوم في خصوص البيع، فمنها قوله ﷺ « البيّعان بالخيار »[1].

[هل الأدلة المذكورة تعمّ جميع العقود؟]

هذا كلّه في الأدلة الدالّة على أن الأصل في العقود هو اللزوم. وإذا عرفت هذا، فلابدّ أن يلاحظ أن أيّ واحد منها يعمّ جميع العقود وأيّ واحد منها لا يعمّ جميع العقود. فنقول:

[مدى اقتضاء الأصل]

أما الأصل وهو الإستصحاب فبناءً على مذهب الأستاد حيث يكون من القائلين بثبوت الأحكام الوضعية، ويكون أيضاً من القائلين بأن الإستصحاب إنما يكون حجة إذا كان الشك في الرافع دون ما إذا كان الشك في المقتضي يقول: إن العقود على أقسام: فبعض منها يكون سبباً لإحداث صفة كالنكاح والبيع حيث

---

١) الكافي ٥/١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤ و ٥ و ٦.

إنّهما يوجبان لإحداث الزوجية والملكية، وهما يكونان نظير الأعراض كالسواد والبياض لا يرفعان عن مكانهما إلّا برافع ومزيل. فهنا لا مانع من الإستصحاب أصلاً.

وبعض منها لا يوجب لإحداث صفة كالعقود الإذنية مثل الوكالة، فهنا لا يجرى الأصل لما تقدم غير مرّة أن الشك في الحكم الشرعي دائماً يكون من باب الشك في المقتضي.

وبعض منها محتمل الوجهين نظير الضمان حيث إنّه لو قلنا إنه يوجب لإحداث شيء في الذمة وتكون الذمة نظير الصندوق الذي وضع فيه شيء فيكون حاله كالقسم الأول، ولو قلنا إنه ليس في البين الّا الحكم بوجوب الردّ، فيصير حاله كالقسم الثاني.

أقول: نحن لمّا بنينا على أن الأحكام الوضعية تكون منتزعة من الأحكام التكليفية، وقلنا إن الإستصحاب حجة مع الشك في المقتضي أيضاً / ٨١١/ فلا يجري في حقنا هذا التفصيل، ويكون الإستصحاب جارياً في جميع الموارد.

[مدى دلالة الآيات والأخبار]

وأما الآيات والأخبار فما يكون منها مشتملاً على لفظ البيع مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ لا يشمل لغير البيع، ويكون شاملاً لجميع البيع ومن أقسامه المعاطاة.

وما تقدم في أول فصل المعاطاة من أن العلماء متفقون على أن المعاطاة ليست ببيع، فنقول: إنه لابدّ أن يكون موضوعاً شرعياً حتى يكون تعيين معناه بأيديهم، بل يكون من الموضوعات العرفية، وبعد ما نراه بأعيننا فلا يضرّه لو اتفق أهل العالم على خلافه.

وكذلك ما يكون مشتملاً على لفظ التجارة لا يشمل لجميع العقود.

وأما ما لا يكون مشتملاً على لفظ البيع والتجارة فيكون شاملاً لجميع العقود الّا

أنك قد عرفت أن مثل قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» لا يكون مثمراً بحال أصالة اللزوم في العقود.

وسائر الآيات والأخبار غير الأخبار الخاصة يكون الإشكال الموضوعي عنها غير مرتفع وإن قال الأستاد بارتفاع الإشكال الموضوعي عنها بأحد الوجهين كما تقدم.

نعم، خصوص ﴿أوفوا بالعقود﴾ على المعنى الرابع لا إشكال فيه الّا أنه لمّا يكون مشتملاً على لفظ العقد فشموله للمعاطاة المتعارف يكون محل الكلام حيث إنّه وإن فسر العقد في بعض الأخبار بمطلق العهد الّا أنك قد عرفت أنه لا يجوز الاتكال على ذلك؛ / ٨١٢ / لأنه ورد تفسير العقد[1] بالعهد الموثق* وليست الرواية بحيث يعتمد عليه ويؤخذ بإطلاقه في مقابل التفسير واللغة مع أن القدر المتيقن هو العهد الموثق.

ولا إشكال في عدم صدق العهد الموثق على المعاطاة المتعارف بين الناس كما هو محل الكلام وإن قلنا بأنه يمكن أن يوثق العقد بغير اللفظ؛ فافهم**.

[تعارض الأدلة المذكورة بالإجماع]

هذا كلّه في الأدلة الدالّة على لزوم المعاطاة، وقد تعارض هذه الأدلة تارة بالإجماع وتارة بالنصّ.

أما الإجماع فيقرر على وجوه:

الأول: هو الإجماع القائم على عدم افادة المعاطاة للملكية. وهذا الإجماع وإن

---

١) تفسير الصافي ٥/٢.

*) *الّا أن يقال إنه يوثق بنفس الفعل في بعض الموارد لشدة وضوح القرائن ويتمّ في غيره بعدم القول بالفصل. (منه قدس سره).*

**) *تعرضنا لحال أصالة اللزوم قبل الخيارات، فعليك بالمراجعة إلى جميع ما ذكرنا هنا لا ما ذكرنا هناك. (منه قدس سره).*

كان غير مناسب للمقام حيث إنّ كلامنا إنما هو في اللزوم، وهذا لابدّ أن يكون بعد فرض تسليم أن المعاطاة تفيد الملكية الّا أنه قد ذكرنا هذا الإجماع في آخر الأدلة الدالّة على افادة المعاطاة للملكية، وقلنا إنه لا مانع في افادة المعاطاة للملكية بمقتضىٰ إطلاق الأدلة الّا معارضة تلك الاطلاقات بهذا الاجماع. وذكرنا بعض الكلمات في هذا الإجماع، ولكن هناك قلنا إنه سيأتي حال الإجماع بعد ذلك، وكان مرادنا هنا.

فهنا نقول: إنه قد تقدم أنه لو اتفق تمام العلماء في عصر من الأعصار على شيء فهنا يتحقق الاجماع، سواء قلنا في الإجماع إنه اتفاق الكلّ كما يقوله العامة أو قلنا بحجيته من باب وجوب اللطف أو من باب الحدس أو التضمن.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن اتفاق تمام العلماء من قبل عصر المحقق الثاني على أن المعاطاة لا تفيد الملكية سوا كلام المفيد[1]، وهو أيضاً غير ظاهر المخالفة كما نقل من المراجعين إلى كلامه؛ وذلك لأن العلماء بين من يقول: إن المعاطاة لا تفيد الملكيه وهو صريح في المدعىٰ ـ وبين من يقول: إن المعاطاة تفيد الإباحة ـ وهو يدلّ على عدم الملكية التزاماً ـ وبين من يقول: إن المعاطاة ليست ببيع.

وقد تقدم في أول المعاطاة أن خصوص أنها / ٨١٣ / ليست ببيع اجماعيّ. وهذا لا يمكن إبقاؤه على ظاهره حيث إنّه سنرىٰ بالوجدان أن المعاطاة بيع وليست من الموضوعات الشرعية حتى يكون فيها خفاء، فلابدّ أن يحمل كلامهم على أنها لا تفيد الملكية كما هو أقرب مجازاتها.

وبالجملة، فمن اتفاق العلماء على التعبيرات المذكورة نقطع بأنه صدر من الإمام عليه السلام لفظ دالّ على أن المعاطاة لا تفيد الملكية، وحينئذٍ نقول: إنه لو خلّينا وأنفسنا كان ذلك سبباً للقطع في المعاطاة الّا أنه بملاحظة المبعّدات التي ذكرها كاشف الغطاء للقول بعدم الملكية نقول: إنه يصير ظاهراً في عدم الملكية، فيصير

---

١) المقنعة: ٥٩١.

الأمر بالمال إلى أنا قطعنا بصدور لفظ من الإمام عليه السلام ظاهر الدلالة في عدم المعاطاة للملكية، فيصير كالخبر المتواتر الظاهر الدلالة، فيصير معارضاً مع الاطلاقات الدالّة على أن المعاطاة تفيد الملكية حيث إنّها أيضاً تكون قطعي السند وظاهر الدلالة.

فيدور الأمر بين أن نخصص العمومات والاطلاقات ونقول بأن المعاطاة خارجة عنها، وبين أن نرتكب المجاز في الألفاظ الدالّة على أن المعاطاة لا تفيد الملكية بأن المراد أنه لا تفيد الملكية اللازمة.

ومقتضى القاعدة أن التخصيص أولى من المجاز، فلابدّ أن نقول: إن المعاطاة لا تفيد الملكية.

الّا أنه يمكن أن يقال: إن هذا المجاز أولى من هذا التخصيص؛ لأنه وإن كان مقتضى القاعدة أن يكون المجاز أولى من التخصيص الّا أن شيئاً من هذه القواعد ليست كلية، ورُبّ مجاز أولى من التخصيص.

ومما ذكرنا علم أن عدم اللزوم بمقتضى هذا الجمع يصير معيّناً حيث إنّه إما لابدّ أن يحمل قولهم بأنها لا تفيد / ٨١٤ / الملكية على ظاهرها، فيثبت عدم اللزوم، وإما لابدّ أن نحملها على أنها لا تفيد الملكية اللازمة وعلى هذا أيضاً يثبت عدم اللزوم؛ فافهم.

أقول* : يحتمل أن يكون مراد القدماء هو أن المعاطاة ليست ببيع فيكون قولهم

---

*) *تعرضنا لهذا الإجماع في أدلة القول بالملكية قبل ثمانية عشر أوراق، وذكرنا هناك بعض ما يوهن هذا الإجماع بحيث لا يصلح لأن يستكشف منه قول المعصوم بنفي الملكية.*

مضافاً إلى ما ذكرنا هنا، ومضافاً إلى أن بعض القائلين بالإباحة يعلّلون ذلك بأنه لا دليل على الملكية كما في الخلاف [٣/٤١] والسرائر [٢/٢٥٠].

ثمّ إن الإجماع بطريقة اللطف أبطلناه في محله، وبطريقة التضمن لا وجود له.

وأما بطريقة الحدس فلا خصوصية لاتفاق أهل عصر واحد فيه.

وبعد التأمل فيما ذكرناه من الوهنات لا يظنّ منه بصدور لفظ من المعصوم على أن المعاطاة

بأنه لا يفيد الملكية متفرعاً على أنه ليس ببيع. وكذا قولهم إنه يفيد الإباحة يكون متفرعاً على ذلك، وتكون افادة الإباحة من باب إذن شاهد الحال أو لغير ذلك.

ثمّ إن اجماعهم على عدم كونها بيعاً يحتمل أن يكون من باب أنهم جعلوا محل النزاع في صورة كان قصد المتعاطيين هو الإباحة كما يقوله صاحب الجواهر[1]، ولكنّه بعيد حيث إنّهم يقولون بأنها تفيد الإباحة في قبال العامة حيث إنّهم يقولون بأنها بيع، ويفيد الملك اللازم أو من باب أنهم قالوا بمدخلية اللفظ في تحقق العقد كما تقدم.

والمفروض أن البيع أيضاً عقد، فلابدّ أن يكون للفظ مدخلية فيه كما تقدم هذا مفصلاً.

وإذا كان هذا الإحتمال في كلماتهم موجوداً ويكون كلّ ذلك من باب اعتقادهم أنها ليست ببيع، وقد عرفت أن هذا الادعاء منهم غير مسموع، فكذلك ما يتفرع عليه.

وكيف يجوز ادعاء أنا نقطع من كلماتهم بصدور لفظ من الإمام عليه السلام ظاهر في أن المعاطاة لا تفيد الملكية؟! وإذا لم نقطع بصدور هذا اللفظ فتصير العمومات والاطلاقات المقتضية لصحة المعاطاة سليمة عما يعارضها؛

هذا أولاً.

وثانياً نقول: إنه على فرض تسليم أن قولهم «إنها لا تفيد الملكية» أو «إنها تفيد الملكية» لا يكون متفرعاً على أنها ليست ببيع، نقول: إن المبعّدات التي ذكرها كاشف الغطاء للقول بعدم الملكية إذا تأملها المتأمل ويلاحظ أن التوجيهات التي ذكرت من تقدير الملكية آناً ما أو عدم الالتزام ببعضها كما قاله بعض، في غاية البعد، فحينئذٍ لو لم يحصل له / ٨١٥ / القطع بأن مرادهم من الإباحة هو الملك

لا تفيد الملكية، فضلاً عن العلم به. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ٢٢/٢٢٩.

الجائز حيث إنّه في عمدة الآثار يكون حاله كحال الإباحة، فلذا عبروا عنه بالإباحة كما جزم بذلك المحقق الثاني، فلا أقلّ من أنه لا يحصل له القطع بصدور لفظ من الإمام عليه السلام ظاهر في أن المعاطاة لا تفيد الملكية.

وذلك لأنه كما قال العلماء: إن المعاطاة تفيد الإباحة، كذا يطمئن الإنسان بأن بناءهم على معاملة الملكية مع المال المأخوذ بالمعاطاة، وكذا يطمئن الإنسان بأن التصرفات الملكية لم تكن من باب أنه تحصل الملكية آناً ما قبل التصرف لو لم يقطع الإنسان بخلافه.

نعم، لا مانع من أن يُدّعى القطع بأنه يعلم من مجموع كلماتهم أنه لابدّ أن يكون عندهم دليل معتبر على أن المعاطاة إما لا تفيد الملكية أو لا تفيد الملكية اللازمة، فحينئذٍ يصير عدم اللزوم معيّناً كما تقدم، ولكن يكون عدم الملكية مشكوكاً.

وعلى هذا أيضاً تكون العمومات والاطلاقات الدالّتان على أن المعاطاة تفيد الملكية سليمة عن المعارض.

وثالثاً: على فرض تسليم أنا نقطع بصدور قول لا تفيد المعاطاة الملكية من الإمام، نقول: إن الأمر دائر بين تقييد الملكية أو تخصيص العمومات. والتقييد أولى؛ فتأمل*.

الثاني: من وجوه تقرير الإجماع أن يقرر على عدم اللزوم. وهذا النوع من الإجماع المنقول يكون موجوداً كما حكى الشيخ عن شرح القواعد[1] وجامع المقاصد[2].

---

*) *هذا كلّه مع أنّه يحتمل أن يكون مستند إجماعهم هو قوله عليه السلام «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» وسيأتي الكلام في دلالته ـ إن شاء الله ـ. (منه قدس سره).*

١) شرح القواعد (مخطوط) الورقه: ٤٩.

٢) جامع المقاصد ٥٨/٤.

وأما الإجماع الذي ينقله من الغنية[١] فهو بالنسبة إلى عدم كون المعاطاة بيعاً بالمرة فهو متعلق بالوجه السابق.

ونحن نقول: / ٨١٦ / إن الإجماع المنقول لا يثمر حيث إنّا نعلم بكلمات العلماء مفصّلاً والإجماع المنقول إذا كان مدركه معلوماً فهو غير مثمر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الإجماع على عدم إفادة المعاطاة للملكية اللازمة بسيطه غير موجود[٢].

نعم، مركبه يكون موجوداً لو كان نافعاً.

وبيانه أن العلماء على طائفتين، فمنهم من يقول: بأنها لا تفيد الملك، ومنهم من يقول بأنها تفيد الملك الغير اللازم. فالقول بأنها تفيد الملك اللازم خرق للإجماع المركب.

وذلك نظير ما يمثّلون مسلماً في عنوان أمثلة الإجماع المركب من أن الأمة البكرة المعيوبة إذا أزيلت بكارتها عند المشتري فمنهم من يقول بأنها تردّ مع الأرش، ومنهم من يقول: لا تردّ، فالقول بأنها تردّ بلا أرش خرق للاجماع المركب.

إن قلت: إن في مسألتنا قولاً ثالثاً؛ لأن الأردبيلي[٣][٤] والشهيد الثاني[٥] والمفيد[٦] من القائلين بالملزوم.

قلت: أما الأولين فملحوق بالاجماع، فيكون قولهما مردوداً بالاجماع. وأما

---

١) غنية النزوع: ٢١٤.

٢) في الأصل: موجوداً.

٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٤٣/٨.

٤) أدرج هنا المؤلف بين قوله «الأردبيلي» و«الشهيد الثاني» قوله: «**وبعض معاصرين**»، فلا يفهم أن المراد بعض معاصري الأردبيلي أو بعض معاصري الشهيد الثاني، فتَفَحّص.

٥) مسالك الأفهام ١٤٧/٣.

٦) المقنعة: ٥٩١.

الثالث فخلافه غير معلوم، بل على فرض الخلاف غير مضرٍّ كما أن إشعار الخلاف من كلام العلامة في الإجماع على عدم إفادة المعطية للملكية لم يكن مضرّاً؛ فافهم.

وبالجملة، إذا اختلف الأمة على قولين، فمنهم من يقول بجواز احداث القول الثالث ومنهم من يقول لا، وقد يفصل هنا بأنه لابدّ أن يلاحظ فإن كانت المسألة بحيث ينفي كلّ واحد منهما للقول الثالث بحيث يرجع نفي الثالث إلى الإجماع البسيط فحينئذٍ لا يجوز خرقه، وإن لم ينفى كلّ واحد منهما للقول الثالث فهنا يجوز احداث القول الثالث وما فوقه.

ومن هنا ستجد في كثير من المسائل في كلّ زمان أقوالاً كثيرة.

ونسب هذا الكلام إلى شارح المختصر، ونقل أن السلطان يورد على شارح المختصر، ثمّ أورد على السلطان، الّا أن ما ينقله /٨١٧/ السلطان في حاشية المعالم ويورد عليه غير هذا؛ فارجع.

وبالجملة، هذا التفصيل في الإجماع المركب متين الّا أن إحراز صغراه من أن أيّ مورد يرجع إلى الإجماع البسيط مشكل في غاية الإشكال، وما لم يحرز أن الإجماع المركب يرجع إلى الإجماع في نفي الثالث يكون خرقه جائزاً، فعلى كون المعاطاة مفيداً للملكية، يصير الحق مع الأردبيلي من أنها تفيد[1] اللزوم؛ فتأمل.

[تعارض الأدلة المذكورة مع النصوص]

وأما النص فهو ما رواه ـ كما نقله الشيخ ـ ثقة الاسلام[2] في باب بيع ما ليس عنده والشيخ[3] في باب النقد والنسية عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج،

---

١) في الأصل: يفيد.

٢) الكافي ٢٠١/٥، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ح ٦.

٣) تهذيب الأحكام ٥٠/٧، باب البيع بالنقد والنسية، ح ١٦.

عن خالد بن حجاج أو ابن نجيح قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول «اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا».

فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟».

قلت: بلىٰ.

قال: «لا بأس، إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»، الخبر.

لا يخفىٰ أنه لابدّ من أن نتكلّم في سند الخبر أولاً، فنقول: إن قوله «أو نجيح»، يحتمل أن يكون الترديد من الراوي ويحتمل أن يكون من غيره. وعلى كلّ حال فالظاهر أن يكون هذا الخبر معتبراً حيث إنّه نقل عن بعض أنه قال: إنها معتبرة.

ونقل عن الرياض[1] أنه قال بصحة هذا الخبر. ويؤيده أنه قريب من مضمونه أخبار* أخر[2].

ويؤيده أن الاجماع** كان على طبقه في زمان المتقدمين، وهذا المقدار*** من الخصوصيات يكفي في صيرورة الخبر معتبراً على طريقة المتأخرين حيث إنّ المعيار عندهم حصول الوثوق بصدور الخبر.

وإذا عرفت اعتبار سنده، فلتعرف معناه ودلالته على المدعىٰ.

أما معناه، فنقول: أما قول السائل «الرجل يجيئني ويقول اشتر لي» اه، فهذه الفقرة غير قابلة للسؤال حيث إنّه كان من الواضح جواز ذلك، فلابدّ أن يقدر بدلالة الاقتضاء أن هذا الرجل / ٨١٨ / يقول لي كذا وأنا أفعل، وسيوضح ذلك أنه على هذا لا يصير السؤال من الواضحات.

---

١) رياض المسائل ١١٣/٨.

*) *أقول: الّا أنه ليس فيها قوله «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام». (منه قدس سره).*

٢) والخبر قوله عليه السلام: «ولا تواجب البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها..».

**) *فيه أنهم كانوا قائلين بأنه تفيد المعاطاة الإباحة. (منه قدس سره).*

***) *مع أن ابن أبي عمير من أصحاب الاجماع. (منه قدس سره).*

ثمّ إن قول السائل «اشتر لي» يحتمل أن تكون اللام فيه صلة لـ«إشتر لي» حتى يدلّ على أن هذا الرجل وكله في أن يشتري له، ويحتمل أن تكون اللام فيه للغاية، فيصير ملخص السؤال أن هذا الرجل يقول لي: اشتر هذا الثوب لنفسك، ثمّ بِعْنِيه[1] أربحك كذا وكذا.

ويدلّ على أن المراد هو الإحتمال الثاني كلام الإمام عليه السلام «**أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟**»، قلت: بلى.. اه.

وذلك لأنه لو كان وكيلاً في الشراء للرجل، فلم يكن للرجل بعد الشراء إن يشأ يأخذ وإن يشأ يترك، كما هو واضح.

وإذا عيّن أن يكون المراد هو الإحتمال الثاني، فنقول: إن هذا السؤال ليس من الواضحات، وذلك لأنه على فرض أن يبيع الثوب بالرجل قبل الشراء لنفسه يصير داخلاً في عنوان بيع ما ليس عنده. وهذا يكون فيه بأس في الجملة كراهةً أو تحريماً أو فساداً، ومورد السؤال لما كان مشابهاً في الجملة لبيع ما ليس عنده فحينئذٍ قد يتوهم أن فيه أيضاً بأساً.

وجه المشابهة توهّم أن مقاولة الرجل معه وقبوله منه تكون بمنزلة بيع الثوب بالرجل قبل الشراء لنفسه.

ثمّ إن قول الإمام عليه السلام «**لا بأس**» بعد ما قال عليه السلام «**أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك**» فقال الراوي: «بلىٰ»، يدلّ على أنه في صورة لم يكن له ذلك فيكون بأس فيه، والصورة التي لم يكن له ذلك إنما هي لو اشتراه الرجل من الواسطة قبل أن يشتري هذا الواسطة من مالكه الأول.

ومن هنا ينشأ إشكال، وهو أنه كيف يكون فيه بأس مع أن هذا من أقسام البيع الفضولي، والمفروض أن البيع الفضولي لا مانع فيه.

---

١) الكلمة مشوشة في المخطوطة. والظاهر أن مراد المصنف «بع نفسَكَ هذا الثوب» ولا تفي اللفظة بهذا المراد.

فلابدّ إما أن نقول: هذا القسم من الفضولي فاسد أو حرام، أو نحمل البأس على الكراهة. وحينئذٍ لا مانع من أن نقول: الفضولي مطلقاً يكون مكروهاً.

وعليه، ليس الكلام في هذه الرواية من هذه الجهة. ومن هذه الجهة موكولة إلى محلها.

وبالجملة / ٨١٩ / يظهر من قول الإمام «لا بأس» أن هذه المقاولة لا محظور فيه، وهذا الإشكال فيه.

وإنما الإشكال في قوله عليه السلام بعد ذلك «**إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام**» حيث إنّ الظاهر أن هذه العبارة وقعت في مقام التعليل لقوله عليه السلام «لا بأس».

فتارة يقع الكلام في معنى هذه العبارة، وتارة في أنه كيف يصير هذا تعليلاً لقوله عليه السلام «لا بأس».

أما معناه فاحتمل الشيخ في معنى هذه الفقرة وجوهاً أربعة:

الأول: أن يكون المراد من الكلام في المقامين اللفظ الدالّ على التحريم والتحليلُ وبمقتضى كلمة الحصر يكون المراد أن كلّ شيء يكون تحريمه وتحليله باللفظ.

وفيه أن هذا المعنى موجب لورود التخصيص عليه بحدٍّ يلحق الكلام بالهذل. وذلك لأنه لابدّ من اخراج غير المعاملات عنه رأساً*.

ثمّ في المعاملات أيضاً لابدّ أن نقول: إن التحريم والتحليل لا يحصل فيها بالقصد المجرد ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الأقوال.

ولابدّ أن نقول: إن شاهد الحال أيضاً لا يكفي.. إلى غير ذلك، ولا يلتزم بذلك

---

*) ***وظنّي أن بيان ما دلّ على التحريم من الالفاظ محرم وما دلّ على التحليل من الالفاظ محلّل، وأنه لا محلّل ولا محرّم غير اللفظ على نحو الإطلاق يوجب لأن لا يرتبط هذا الكلام بما في صدر الرواية كما ذكره الشيخ.***

نعم، لو كان المراد التعرض لخصوص عقد البيع في مورد الرواية يرتبط كما في المعنى الأخير. (منه قدس سره).

أحد. وإن أخرج هذا كلّه عن تحت الرواية فيلزم أن يكون ما يبقى تحت الخبر العام الكذائي منحصراً بأفراد قليلة.

وهو كما ترىٰ.

الثاني: أن يكون المراد أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلّاً وحرمةً باختلاف المضامين. فربما يصير لفظ دالّ على معنى خاص موجباً لحلية هذا المطلب، وكلام آخر موجباً لحرمته. والمثال العرفي لهذا الوجه أنه كثيراً ما يتفق في العرفيات أن المطلب الواحد لو يؤدى بلفظ خاص مثلاً يصير منشأ للفرح للمخاطب ولو يؤدى عنه بلفظ آخر يسوءه وليس في الشرعيات مثال لهذا الوجه.

وأما ما ذكره الشيخ[1] (ره) مثالاً في الشرعيات / ٨٢٠/ من أن التسليط على البضع مدة معيّنة لو يؤدى عنه بلفظ «آجرتك»، فهذا يصير موجباً لتحريمه ولو يؤدى عنه بلفظ «متعتك» فهذا يصير موجباً لتحليله، ففيه ما فيه.

وذلك لأن تحريم البضع إنما يكون مستنداً إلى عدم تحقق ما يكون موجباً للحلية، وهو لفظ «متعت» لا أن يكون مستنداً إلى ذكر لفظ «آجرت»، فلا تغفل.

ومما ذكرنا ظهر أن هذا المعنى لا يجوز أن يكون مراداً لأنه لا مصداق له في الشرعيات فضلاً عن أمور أخر يرد عليه.

الثالث: أن يكون المراد من الكلامين في المقامين كلام واحد ويكون التحريم والتحليل باعتبار وجوده وعدمه، فيكون وجوده محرماً وعدمه محللاً أو بالعكس أو باعتبار محله وغير محله. فيحلّ في محله ويحرم في غير محله.

والإحتمال الآخر من المعنى الثالث مع المعنى الثاني يكون الفرق بينهما أنه في المعنى الثاني كان الكلام متعدداً، وفي المعنى الثالث يكون محل الكلام الواحد متعدداً.

وهذا المعنى أيضاً ركيك حيث إنّ إطلاق الشيء مثل الكلام وإرادة عدمه غير

---

١) كتاب المكاسب ٦٢/٣.

موجود في كلام من يعتنى بشأنه.

أقول: نعم، الاحتمال الأخير وهو أن يكون التفاوت باعتبار وروده في محله أو وروده في غير محله وإن لم يكن بنفسه بهذا المقدار من الركاكة ولكنّه يحتاج إلى الإضمار مع أنّه غير مناسب للمقام.

الرابع: أن يكون المراد من الكلام المحلّل خصوص المقاولة والمواعدة، ومن الكلام المحرم هو إيجاب البيع.

وأورد على هذا المعنى **أولاً**: أنه يوجب التفكيك بين الكلامين حيث إنّه يريد من أحدهما ايجاب البيع ومن الآخر المقاولة.

وثانياً: أن المحلل ليس هو المواعدة وإنما المحلل للمعاملة هو عدم إيجاب البيع، سواء كانت مقاولة في البين أو لم تكن، بل كانت المواعدة بالاشارة مثلاً.

أقول: / ٨٢١ / والمراد أن ايجاب البيع قبل شراء العين محرِّم للمعاملة، ومجرد المقاولة محلِّل لها.

[مراد المستدلّين باشتراط الصيغة في البيع]

ثمّ لا يخفىٰ أن شيئاً من هذه الوجوه ليس مراد المستدلّين بهذه الرواية لاشتراط الصيغة في البيع، وذلك لأن شيئاً من هذه الوجوه لم يدلّ على هذا المدعىٰ بحيث كان سليماً عن الإشكال، مع أن المستدلّين أرسلوا دلالته على هذا المعنى إرسال المسلّمات حتى أن من ينكر اشتراط الصيغة في البيع لم ينكر دلالة هذه الرواية، وإنما أجاب بوجه آخر، وإنما تركوا بيان دلالة الرواية على اشتراط الصيغة إيكالاً على وضوحه عندهم.

ونحن نتعرض لبيان دلالته التي كانت واضحة عندهم وتركوها لوضوحها، فنقول: لا يخفىٰ أن المراد من الكلام هو صيغة البيع كما نقل عن الجواهر[1] أنه

---

١) جواهر الكلام ٢١٧/٢٢.

يدعي أن المراد من الكلام في هذه العبارة هو صيغة البيع باتفاق الكلّ. وكذلك الأستاذ ـ سلّمه الله ـ ادعى القطع بأن المراد ذلك لوجوه:

الأول: قوله ﷺ «**أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟**». وذلك لأن الذي يصير سبباً لأن لا يكون له ذلك هو البيع، فبتلك القرينة لابدّ أن يكون المراد من الكلام هو الكلام الدالّ على البيع، وهو الصيغة.

أقول: حيث إنّه لابدّ أن يصدق عليها البيع، وهو منحصر بها.

الثاني: أنه يكون في رواية أخرىٰ لم يكن فيها قوله «إنما يحلّل ..» اه. ولكن سائر مضامينه متحد مع هذه الرواية تقول فيها: «**ولا تواجب البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها**» اه، حيث إنّ الظاهر من مواجبة البيع هو صيغة الايجاب والقبول.

الثالث: أنه يظهر من سوق هذه الرواية ذلك. وتؤيدها روايات أخرىٰ قريبة المضمون بها / ٨٢٢ / يكون ظاهر سياقها ذلك.

وإذا عرفت أن المراد من الكلام هنا هو الكلام المعهود أعني صيغة البيع، فصيغة البيع يكون محرماً للثمن للمشتري والمثمن للبايع، ويكون محللاً للثمن على البايع والمثمن على المشتري.

وأما الكلام في أنه كيف تصير هذه الفقرة تعليلاً لقوله ﷺ «لا بأس»، فنقول: إنه بناء على المعنى الذي ذكرناه لهذه الفقرة وهو قوله «إنما يحلّل» اه، وقلنا إنه خالٍ عن الإيراد نقول: إنه يفهم من أول الرواية أن بيع المتاع قبل أن تشتريها يكون فيه بأس، وقال في مورد السؤال: لا بأس به، حيث إنّه لم يكن من قبيل بيع المتاع قبل أن تشريها، وقوله ﷺ «إنما يحلّل..»اه، يكون تعليلاً لأنه من أين نقول: إنه لم يتحقق البيع قبل أن تشتريها مع أنهما كانا بصدد البيع ومقاولة البيع كان في البين.

وبيان التعليل هو أن المحرّم والمحلّل ـ كما عرفت ـ عبارة عن البيع، وإذا انحصر المحرم والمحلل الذي بمنزلة البيع بالكلام ـ أعني الصيغة ـ والمفروض أنه لم تجرى صيغة البيع في مورد السؤال فلابدّ أن لا يكون فيه بأس، حيث إنّه ليس

هذا بيع ما ليس عنده.

ومما ذكرنا ظهر وجه دلالته على اشتراط الصيغة في البيع حيث إنه إذا انحصر تحليل الثمن للبايع وتحريمه على المشتري بصيغة البيع كما قرّرنا، فيدلّ على أنه لا يصير الثمن حلالاً للبايع ولا المثمن حراماً عليه. فيعلم منه أن الصيغة شرط في صحة البيع وترتب الأثر عليه.

وهذا هو المطلوب.

والحاصل أن المستفاد من هذا التعليل أن حصول النقل والانتقال في هذا المورد منحصر بصيغة البيع.

ولمّا* لم تكن خصوصية لهذا المورد فيدلّ / ٨٢٣ / على اشتراط الصيغة في البيع

---

*) وفيه أن نفي الخصوصية عن المورد مما لا وجه له، وذلك لما عرفت أن المراد بمقتضى كون قوله «إنما يحلّل» اه تعليلاً لقوله «لا بأس» أن المحرم والمحلّل قبل اشتراء العين من المالك منحصر بالكلام الذي هو عبارة عن صيغة البيع، وذلك لأن المراد من التعليل بيان أن البأس في وجود المحلل والمحرم قبل اشتراء العين من مالكه، وهو هنا غير موجود حيث إنّه قبل اشتراء العين من مالكها لم يحصل الّا المقاولة، وهي ليست بالمحرّم والمحلّل، وإنما المحرم والمحلل قبل اشتراء العين من مالكها منحصر باجراء صيغة البيع.

وعلى هذا نحن نقول: إن انحصار تحقق البيع قبل اشتراء العين من مالكها بالكلام أعني صيغة البيع يجوز أن يكون لأحد الوجهين:

الأول: أن يكون من جهة أن البيع لا يتحقق الّا باللفظ وتكون المعاطاة باطلة.

الثاني: أن يكون من جهة أنه في خصوص هذا المقام لم يكن المعاطاة حيث إنّ المبيع كان عند مالكه الأول.

إن قلت: إن صدر الرواية وهو قوله «اشتر لي هذا الثوب» يدلّ على أن المبيع كان حاضراً عندهما.

قلت: وإن كان حاضراً الّا أن البايع لم يكن مالكاً له، والقبض والإقباض في الفضولي قبل اجازة المالك يكون محرماً / ٧٢٣ / حيث إنّه تصرف في مال الغير من دون إذنه.

إن قلت: نعم، يكون مقتضى الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير الّا أنه يقول: كون المعاطاة محرمة غير مستلزم لكونها فاسدة.

وعلى هذا نقول: إن حصر المحلل والمحرم في الكلام كاشف من بطلان المعاطاة

مطلقاً كما يدلّ على نفي الملكية في صورة لم تكن الصيغة في البين كذلك يدلّ على نفي الإباحة؛ لأنه إذا حصلت الإباحة فحصل التحليل مع أنّه يدلّ على أن التحليل لا يحصل الّا بالكلام.

وإذا كان مقتضىٰ عدم حصول التحليل الّا بالكلام نفي الإباحة والملكية مطلقاً لازماً كان أو جائزاً في المعاطاة، فنقول: أما من حيث دلالته على نفي الإباحة فسيأتي الكلام فيه عند نقل أدلة القائلين بالإباحة.

وأما من حيث دلالته على نفي مطلق الملك فقد يقول القائلون بأن المعاطاة تفيد الملك الجائز بأنا نحمل هذه الرواية على نفي افادة المعاطاة للزوم لا مطلق الملك.

وذلك لأحد الوجوه الثلاثة:

الأول: أن نقول: إن هذا الخبر دلّ على نفي الملكية واللزوم، وقوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾[1] دلّ على إثبات الملكية في المعاطاة، وبواسطة الإطلاق الأحوالي دلّ على اللزوم، وتكون النسبة بينهما عموماً من وجه حيث إنّ ﴿أحلّ الله البيع﴾ يشمل المعاطاة وغيرها، وقوله عليه السلام «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام» يشمل

وفسادهما، والّا فكانت المعاطاة مقدورة في المقام ولم تكن من قسم الكلام.

قلت: فيه أولاً أنه سيأتي في البيع الفضولي ـ إن شاء الله ـ أنه لا مانع من القول بعدم جريان الفضولي في المعاطاة في صورة توقف المعاطاة على القبض والإقباض المحرمين، ومن الواضح أن المعاطاة هنا لو حصلت تكون فضولياً، وبطلانها غير مستلزم لبطلان المعاطاة في سائر الموارد، فلا يمكن دعوىٰ أنه لا خصوصية للمورد.

وثانياً يجوز لنا أن ندعي عدم دلالة الرواية على بطلان المعاطاة حتى في خصوص مورد الرواية وذلك لأ المعاطاة هنا على فرض صحته أيضاً محرمة كما عرفت. وعلى هذا فنقول: لعلّ السرّ في حصر المحلّل هنا في الكلام يكون من جهة أنه نزّل المحلّل الذي كان غير جائز في الشريعة بمنزلة العدم.

نعم، يرد عليه أنه منافٍ لظاهر الرواية الدالّة على حصر المحلّل الّا أن يقال: إن السائل لم يكن من قصده فعل الحرام بأن يتصرف في مال الغير ابتداءاً، فيكون المحرّم والمحلّل في حقّه منحصراً بالكلام. / ٨٢٤ / (منه قدس سره).

١) البقرة: ٢٧٥.

التمليك والإباحة.

فعلى هذا نحمل قوله ﷺ «إنما يحلّل الكلام» على أن الكلام يكون موجباً للزوم، ويكون ملزماً، وتفيد الإطلاق الأحوالي الذي يكون في قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ في مورد المعاطاة.

وعلى هذا فيصير مفاد كليهما أن المعاطاة توجب الملكية الغير اللازمة.

ويورد على هذا الجمع من وجهين:

الأول: أن هذا الجمع جمع تبرعيّ، وكثير من العلماء ينكرونه مثل الشيخ. نعم، الأستاد ـ سلّمه الله ـ يقول باعتباره في الجملة.

الثاني: أنه يمكن الجمع بنوع آخر يصير ارتكاب خلاف الظاهر فيه أقلّ، وذلك بأن نبقى قوله ﷺ «إنما يحلّل» على ظاهره، ونخرج المعاطاة عن تحت قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ / ٨٢٤ / فإنه لا يلزم على هذا الّا تخصيص قوله تعالى ﴿أحلّ الله﴾.

لا يقال: إنه نقيّد على هذا إطلاق ﴿أحلّ الله البيع﴾ أيضاً فإنه كان دالّاً على اللزوم أيضاً.

لأنا نقول: بعد ارتكاب التخصيص واخراج المعاطاة عن تحته ليست المعاطاة مندرجة في تحته حتى يكون مقتضىٰ إطلاقه هو اللزوم، وليس التخصص الّا تصرف واحد بخلاف الجمع السابق. فإن فيه تصرفين كما تقدم؛ فافهم.

الثاني: أن نقول: إذا فرضنا أن قوله تعالى ﴿أحلّ الله البيع﴾ كان دالّاً على الملكية وعلى اللزوم وقوله ﷺ «إنما يحلّل» مردد بين أن يكون معناه نفي اللزوم أو نفي الملكية مع اللزوم؛ وعلى الثاني يلزم ورود تخصيص على قوله تعالى ﴿أحلّ الله﴾ وعلى الأول تخصيص واحد؛ ومقتضى القاعدة أنه إذا تردّد المخصص بين الأقلّ والأكثر لابدّ أن يحمل على الأقلّ، ويتمسك في مورد الشك بالعام، بل بعموم العام يرفع الإجماع عن المخصص ويصير مثل أن يكون ظاهراً في الأقلّ.

وأورد على هذا أيضاً من وجهين:

الأول: أن المخصص ليس مجملاً لأن قوله عليه السلام «**إنما يحلّل**» ظاهر في نفي الملكية حيث يدلّ على انحصار مطلق الحلية بالكلام.

الثاني: أن الأمر ليس دائراً بين تخصيص الأقلّ والأكثر، بل الأمر بين أحد التصرفين: إما تقييد الإطلاق[1] الأحوالي لقوله تعالى ﴿ **أحلّ الله** ﴾ حتى لا يدلّ على اللزوم وإما من تخصيص ﴿ **أحلّ الله** ﴾ بغير المعاطاة.

اللهمّ الّا أن يقال: نسلّم ذلك، الّا أن الأمر دائر بين التخصيص والتقييد، والتقييد أولى. وبذلك أيضاً يثبت المطلوب. وفيه تأمل.

الثالث: أن نقول: / ٨٢٥ / لو حملنا قوله عليه السلام «**إنما يحلّل**» على نفي اللزوم، فلا يلزم الّا تخصيص عام واحد، وهو ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[2].

ولو حملناه على نفي الملكية فيلزم ورود التخصيص بعمومات كثيرة، وهو كلّ عام دلّ على أن المعاطاة تفيد الملكية، ومقتضى القاعدة أنه لابدّ أن يحمل على معنى يلزم تخصيص واحد.

وفيه: أولاً: أن قوله عليه السلام «**إنما يحلّل**» ليس مجملاً حتى يقال في حقه هذا.

وثانياً: أنه بناءً على مختار الأستاد ـ سلّمه الله ـ كلّ دليل دلّ على الملكية دلّ على اللزوم أيضاً. فعلى كلّ تقدير تلزم تخصيصات كثيرة، فلا أولوية لأن يحمل على نفي اللزوم دون نفي مطلق الحلية كما هو ظاهره.

أقول: لا يخفىٰ أن قوله عليه السلام «**إنما يحلّل الكلام**» كما ينفي الملكية كذلك ينفي حصول الإباحة أيضاً في مورد المعاطاة حيث إنّ التحليل لازم للملكية والإباحة.

وعلى هذا نقول: إن ظاهر هذه الرواية غير معمول به حيث إنّه لم يقل بحرمة التصرف في مورد المعاطاة أحد.

---

١) في المخطوطة: إطلاق.

٢) المائدة: ١.

نعم، نسب إلى العلامة (ره) ذلك، وقيل: إنه رجع عنه أيضاً.

وعلى هذا فإذا لم يلتزم أحد بظاهر هذه الرواية حيث إنّ كلّ أحد يقول بحلية التصرف بوجه من الوجوه، فإما أن نقول: إن هذا الخبر بظاهره غير معمول بـه، فليس بحجة من هذه الجهة، وإما أن نقول: إن الإجماع بحلية التصرف في الجملة يوجب حصول القطع بعدم إرادة هذا الظهور من هذه الرواية* . / ٨٢٦ / فإذا رفـعنا اليد عن هذا الظهور فحينئذٍ يبقى إطلاق أدلة الملكية سليماً عن المعارض، فتثبت الملكية.

نعم، هذه الرواية تدلّ على نفي اللزوم أيضاً، فنأخذ به لعدم المانع منه. فعلى هذا نقول: إن معنى الرواية هو أنه إنما يحلّل الكلام حلية دائـمة ويـحرّم الكـلام تحريماً دائمياً.

هذا، ومن يقول: إن المعاطاة تفيد الإباحة يقول: إن معنى هذه الرواية أنه إنما يحلّل الكلام تحليلاً ملكياً ويحرم الكلام تحريماً ناشياً من الملك. ونحن بعد ما صرنا لابداً من أن نرفع اليد من ظاهرها نقول: لا وجه لأن يحمل على معنى يلزم تقييد الاطلاقات الدالّة على أن المعاطاة تفيد الملكية.

هذا، مع أنّه قد تقدم أن بعض الأدلة الدالّة على أن المعاطاة تفيد الملكية لم تكن دالة على أنها تفيد اللزوم.

وعلى هذا يمكن أن نقول: إن مقتضىٰ الجمع بين الأخبار والآيات أيضاً كذلك كما لا يخفىٰ على من تأمل في الوجوه الثلاثة التي تقدم الاشارة إليها قبيل ذلك.

---

*) *واعلم أنه بعد سقوط الدلالة على عدم المحللية والمحرمية عن الإعتبار فلا مانع من التمسك بالعمومات لصحة المعاطاة وأنها تفيد الملكية سواء قلنا بتقييد ما دلّ على اللزوم أم لا.*

إن قلت: على هذا لا مانع من التمسك لنفي لزوم المعاطاة بنفس هذا الخبر لا أنـه ليس إجماع على خلافه.

قلت: هذا الخبر لم يدلّ الّا على نفي الملكية عن المعاطاة ولو قلنا إنه ينفي اللزوم أيضاً، فمن الواضح أنه بدلالة بيعيته، وبعد عدم صحة الخبر في دلالته الأصلية. (منه قدس سره).

[دليل القول بالإباحة في المعاطاة]

وأما دليل القول بالإباحة هو* أن نقول** : إن العلماء بين من يقول : إن المعاطاة

---

*) لنا أن نثبت عدم لزوم المعاطاة بما ذكرناه في دوران الأمر بين المحظورين في مسألة البراءة بتقريب أن نقول : إذا ثبت الخيار في العقد ولو خيار المجلس ، فحينئذٍ نشك في ارتفاع الخيار بعد ذلك ، فنتمسك باستصحاب الخيار الحاكم على استصحاب الملكية المقتضي للزوم . وقد حقّقنا في محله اعتبار الإستصحاب ولو كان مع الشك في المقتضي أيضاً .

وليس هنا مجال التمسك بالعمومات لإثبات اللزوم ؛ لأن للعمومات عموماً أحوالياً وعموماً أفرادياً . أما الأول فقد علم ارتفاعه بثبوت الخيار أولاً لأن الزمان لم يلحظ على نحو القيدية حتى يكون كلّ زمان فرداً على حده ، بل لوحظ على نحو الظرفية . وأما العموم الأفرادي فيكفي في عدم تخصيصه دخول الفرد تحت العام ولو في آنٍ ما ، ويكفي في ذلك لزوم العقد ولو بعد تلك العينين أو واحد منهما على القول به أو بشيء آخر من سائر الملزمات للمعاطاة / ٨٢٧ / .

إن قلت : إذا فسخ لم يدخل هذا الفرد تحت ما دلّ على اللزوم من العمومات أصلاً .

قلنا : بأنه ينفسخ العقد بفسخه ، فيلزم التخصيص الأفرادي من القول باستصحاب الخيار ، فلابدّ أن يعمل على طبق العمومات لحكومتها على الإستصحاب .

قلت : عدم دخول الفرد تحت العام بعد ذلك لأجل الفسخ غير موجب للتخصيص الأفرادي الذي فيه محظور إما من جهة أن هذا الخروج الفردي يكون من اقتضاء التخصيص الأزماني الذي علم أولاً ، فمثل هذا التخصيص الفردي أيضاً قد علم من أول الأمر ، فلم يلزم تخصيص زايد على ما علم أولاً ؛ لأن مقتضى الخيار أولاً أنه إذا فسخ يرتفع العقد رأساً والمفروض أنه فسخ .

نعم ، لو شككنا في خروج هذا الفرد عن تحت العام دائماً كما خرج أولاً من دون أن يفسخ ذا الخيار ، فلا مانع من التمسك بالعموم الأفرادي الذي لم يعلم ورود التخصيص عليه كما لو شككنا في اللزوم بعد تلف العينين أيضاً كما تقدم .

وإما أن نقول بما نقلنا نظيره عن بعض في الشبهة المحصورة من أن عدم دخوله رأساً تحت العام غير موجب للتخصيص الفردي بمجرده .

وإنما يلزم ذلك لو كان الفرد خارجاً عن تحت العام في أيّ حالة فرض له .

وما نحن فيه ليس كذلك ؛ لأنه لو فرضنا أن ذا الخيار لم يفسخ العقد فيصير هذا العقد لازماً بالملزمات ، فيدخل تحت العام ، وإنما خروجه دائماً في فرض خاصّ وهو ما لو فسخ ؛ فتدبّر / ٨٢٦ / . (منه قدس سره) .

تفيد الملكية وبين من يقول: إنها تفيد الإباحة، فيصير جواز التصرف قدراً متيقّناً من القولين حيث إنّه لازم لكلا القولين، فأيّهما كان في الواقع يثبت.

ومن هنا ظهر فساد ما ذكره الشيخ[1] سابقاً في جواب من استدلّ على أن المعاطاة تفيد الملكية للإجماع على أنه حين تلف إحدى العينين يكون الآخر مالكاً للعين الأخرىٰ بأنا نستصحب عدم الملكية إلى زمان التلف. / ٨٢٧ /

ثمّ نقول** بحصول الملكية آناً ما قبل التلف.

وبيان الفساد أن الأصل لا يجري في عدم الملكية لأنه معارض بأصالة عدم

---

*) *هذا التقريب من الإجماع للقول بالإباحة مع قطع النظر عما فيه من قبل اللا اقتضاء بالنسبة إلى نفي الملكية، فلا ينافي مع الأدلة الدالّة على أن المعاطاة تفيد الملكية، لكن تقدم قبل ستة أوراق في أصالة اللزوم وقبل أربعة وعشرين ورقة عند التعرض للقول بالملكية تقريب آخر لهذا الإجماع بحيث يصير مقتضاه نفي الملكية. / ٨٢٧ /نعم، نحن أجبنا عنه / ٨٢٨ /. (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٣٣/٣.

**) *لقائل أن يقول ـ بعد عدم تمامية شيء من الوجوه [التي]ذكرت لاقتضاء قوله « إنما يحلّل » الخ لنفي خصوص اللزوم عن المعاطاة، وكذلك ما ذكرناه لذلك، وكذلك تقدمت المناقشة على دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاة الّا أنه نقول على ما ذكرناه من أن الظواهر التي يكون على خلاف المشهور ـ: نحن نعلم بأن الحق واقعاً على طبق المشهور في كثير من مواردها وأن هذا العلم الاجمالي يسقط تمام تلك الظواهر عن الإعتبار، يجري في مقامنا.*

وذلك لأن ما تقدم من الموهنات لكشف قول المعصوم عن هذا الإجماع وإن نمنع من القطع به بقول المعصوم الّا أن هذا غير مانع من أن تصير الظواهر الدالّة على اللزوم ظرفاً لما يكون لنا العلم الاجمالي على خلافها من الظواهر.

كيف والقول باللزوم في منتهى الندرة، ويكون في البين مؤيدات كثيرة لعدم اللزوم مما ليس مقام شرحه.

وعلى هذا فبعد سقوط الظواهر الدالّة على اللزوم عن الإعتبار نقول في خصوص البيع لما ثبت خيار المجلس، فيجرى استصحاب الخيار، وهو مقدم على استصحاب الملك المقتضي للزوم أيضاً.

وشرط عدم خيار المجلس وغيره في ضمن العقد وإن صححناه لكن يشكل تصوير الشرط في المعاطاة مع أنّه فرض نادر غير مضرّ لغيره. (منه قدس سره).

الإباحة حيث إنّ المفروض أنا نعلم إجمالاً بوجود واحد من كلا الطرفين كما اعترف بذلك الشيخ في الشبهة المحصورة وفي آخر الإستصحاب.

ويمكن أن يقول القائل بالإباحة بثبوت الإباحة الخاصة جموداً على أن المتقدمين يكونون متفقين على أن المعاطاة لا تفيد الملكية، وإنما تفيد [الإباحة] الخاصة كما تقدم أن مختار الأستاذ ـ سلّمه الله ـ هذا.

وأيضاً على فرض ثبوت الإباحة الخاصة يقول: إن الإباحة المالكية أيضاً قطعي الفساد، فينحصر أن يقول بالإباحة الشرعية أو بإذن شاهد الحال كما تقدم كلّ ذلك منه ـ سلّمه الله تعالى ـ.

وأما أدلة القول بحرمة التصرف كما نسب إلى العلامة (ره) هو أن نقول: إن ما اتفقوا من أنه إما تفيد المعاطاة للملكية أو الإباحة يكون إجماعاً مركباً، وقد تقدم قبل ذلك أن الإجماع المركب غالباً يكون قابلاً لأن يناقش فيه حيث إنّه لابد أن يرجع إلى الإجماع البسيط.

وما نحن فيه أيضاً يكون قابلاً للمناقشة.

وإذا لم يكن ثبوت واحد من الملكية والإباحة إجماعياً فحينئذٍ تصير أصالة عدم كلّ واحد من الملكية أو الإباحة سليماً عن المعارض.

وإذا جرىٰ هذان الاصلان فلابدّ أن نلتزم بالأصل الأولي، وهو يقتضي أن يكون التصرف حراماً.

هذا أولاً. وثانياً: يتمسك لإثبات حرمة التصرف بقوله ﷺ «إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام».

أقول: قد تقدم أنه لا يلتزم /٨٢٨/ أحد بحرمة التصرف. وعلى هذا لا يمكن التمسك بإطلاق قوله ﷺ «**إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام**» اه. وعلى هذا يصير إطلاق أدلة حلية البيع سليماً عن المعارض.

[تنبيهات]

ثمّ إنه بعد ما فرغنا من أصل مسألة المعاطاة، فنقول: إنه لابدّ هنا من التنبيه على أمور:

[ثمرة القول بالملكية والإباحة الشرعية أو المالكية]

الأول: في الثمرات التي تترتب على القول بالملكية والإباحة الشرعية أو المالكية، فنقول:

إن الكلام تارة يقع في الثمرة بين القولين وتارة في الثمرة بين المقولين أعني الملكية والإباحة.

أما الثمرة بين القولين فالظاهر أنه منتفٍ حيث إنّ كلّ من يقول بالإباحة أيضاً يقول بجواز جميع التصرفات الّا ما حكي عن حواشي الشهيد على القواعد حيث إنّ القائلين بالإباحة يقولون بجواز جميع التصرفات، ولو كان مرادهم غير التصرفات المالكية[1] فلابدّ أن يصرحوا به حتى لا يلزم الاغراء بالجهل من العلماء الأعلام.

وأما الثمرة بين المقولين فكثيرة، واجماله أنه بناء على الملكية يجوز تمام التصرفات فيه وفي نمائه، ويصير ارثاً ويجوز عتقه وبيعه إلى غير ذلك.

وبناء على الإباحة المالكية يكون جميع ذلك ثابتة الّا خصوص تصرفٍ ثبت من الشرع توقفه على الملكية، وذلك لأن في المعاطاة قصد المالك التمليك؛ فإذا لم

---

١) في المخطوطة: المالكانة.

يتحقق يفيد إباحة كلّ تصرف يتوقف على الملكية الّا التصرف الذي كان منوطاً بعنوان الملكية، سواء أفادت تلك الإباحة في ضمن التمليك أو بإذن شاهد الحال كما تقدم.

وأما بناء على الإباحة الشرعية لا يجوز التصرف الّا في خصوص العين لخصوص كلّ واحد من المتعاطيين.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: إن الإجماع على جواز جميع التصرفات بناءً على القول بالإباحة غير ثابت. / ٨٢٩ / فعلى هذا لابدّ أن نبيّن كلّ واحد من الثمرات التي لا يترتب على الإباحة بحسب القاعدة أنه يكون فيها إجماع على أنه يترتب أم لا. ولابدّ هنا من تحرير مقامين:

[مصاديق في الإباحة المالكية]

الأول: في الإباحة المالكية، فنقول هنا: إن الثمرات كثيرة:

منها: جواز التصرف في المنافع.

وهذا موجود بناءً على القول بالإباحة المالكية أيضاً حيث إنّ المالك جعل المال بمنزلة مال الطرف المقابل. وهذا يفيد إباحة التصرف في المنافع أيضاً.

ومنها: جواز بيعه. وهنا لا ثمرة في البين.

وذلك لأن كلّ واحد من المتعاطيين أباح للآخر أن يتصرف في ماله بكلّ تصرف ومن التصرفات بيعه، فيصير بمنزلة أن يأذن له في بيع ماله.

ولا إشكال في أنه لو أذن أحد أن يبيع الآخر ماله لنفسه، فهنا لو باع الآخر يكون البيع صحيحاً. ومعنى «لا بيع الّا في ملك» أن هذا البيع لا يقع لغير المالك وإن قال المالك «أوقعه لنفسك».

وإذا كان البيع صحيحاً فنقول: إن الثمن يصير مال المالك الأول الّا أنه يجوز للبايع أن يتصرف فيه لأنه بحكم نماء أصل العين، لأنه كما أن إذن المالك الأول

يشمل للتصرف في منافع العين كذلك يشمل للتصرف في ثمنه أيضاً كما لا يخفىٰ.

ومنها عتقه.

وهنا أيضاً نقول بعدم الثمرة لأن المشتري في المعاطاة يصير بالمعاطاة مأذوناً لأن يعتق العبد عن نفسه؛ لما تقدم من أن المراد لما كان هو التمليك فيستفاد منه إباحة جميع التصرفات، ومن التصرفات، عتقه عن نفسه.

وإذا صار هذا الإذن ثابتاً بالمعاطاة فنقول: قد اتفق العلماء أنه لو قال المالك «أعتق عبدي عن نفسك» فهنا يصير العبد آناً ما / ٨٣٠/ حين العتق ملكاً للمخاطب، ثمّ يعتق عنه. ففيما نحن فيه أيضاً بعد ما أثبتنا الإذن الكذائي، نقول إنه يصير كذلك.

ومنها: الخمس. وهنا أيضاً لا ثمرة في البين.

وذلك لأنه وقع النزاع في أن المراد من الغنيمة هل هي خصوص غنائم دار الحرب الّا أن الأخبار وردت في أن الخمس يتعلق بالفوائد، والفوائد أعمّ من الملك، وتشمل الفوائد للإباحة التي تكون فيما نحن فيه.

ومنها: الزكاة. وهنا أيضاً لا ثمرة في البين معتنىٰ به.

وذلك لأنه إذ[ا] اشترىٰ أحد بالمعاطاة بمقدار النصاب من البعير أو البقر أو غيرهما فحينئذٍ إذا تصرف البايع في الثمن قبل حلول الحول فيصير من حين التصرف ملكاً للمشتري، ولابدّ أن يحاسب الحول من زمان التصرف حيث إنّه من ذلك الزمان صار ملكاً له، فلابدّ من أن يخرج الزكاة عنه بعد حلول الحول من ذلك الزمان.

وأما لو لم يتصرف في الثمن إلى بعد حلول الحول، فحينئذٍ تتعلق الزكاة بالمالك الأول.

ومقتضىٰ إطلاق إباحة التصرف للمشتري أنه يجوز له التصرف فيه بإخراج الزكاة عنه للبايع حيث إنّ الزكاة متعلق بالعين، وهو مأذون في اخراجه.

ومنها: الإرث.

وهنا قد يدّعىٰ أنه لو مات المتعاطيان دفعةً واحدة فهنا ينقطع الإذن فيحتاج إلى إذن جديد، ولو مات أحدهما أولاً فيكون إذن الآخر باقياً، فيجوز لكلا الطرفين أن يتصرفا فيما عندها.

أقول: وفيه ما فيه.

ومنها: النكاح.

فإنه إذا اشترى أمةً بالمعاطاة فإنه لو كانت المعاطاة موجبة للملكية فهنا لا إشكال في أنه لا يتوقف الوطي على النكاح، وأما لو كانت المعاطاة موجبة للإباحة / ٨٣١ / المالكية، فهنا لابدّ أن يلاحظ أنه لو قلنا إن تحليل الأمة لا تحتاج إلى صيغة، فهنا لا يحتاج إلى النكاح حيث إنّها بالتحليل يحلّ وطيه، والتحليل لا يحتاج إلى صيغة، والمفروض أنه بالمعاطاة يحصل التحليل من المالك. غاية الأمر أنه ليست صيغة التحليل في البين، والمفروض أنه غير مضرٍّ.

وأما لو قلنا: إن[1] التحليل يتوقف على الصيغة فحينئذٍ نقول: لابدّ هنا من النكاح، والإذن في أصل النكاح حاصل من المالك كما تقدم بيانه في إثبات إذن المالك في منافع العين وثمنه؛ فافهم.

[مصاديق في الإباحة الشرعية]

الثاني: في الإباحة الشرعية.

ونذكر في ذيلها ثمرات أخرىٰ للإباحة المالكية.

ولا يخفىٰ أن النماء بناءً على الإباحة الشرعية يكون من مال مالك العين، ولا يجوز التصرف فيه لمن أخذ العين بالمعاطاة.

ونقل عن المسالك أنه قال: تظهر الثمرة بين القول بالملكية والقول بالإباحة

---

١) قد تكرر «ان».

الشرعية* في أن النماء يصير ملكاً لمن أخذ العين بالمعاطاة أم لا.

ومما ذكرنا ظهر عدم صحة ذلك، وذلك لأنه لا فرق بين ملكية العين أو ملكية النماء. فملكية النماء على هذا تكون عين المسألة المتنازع فيها، وإنما الثمرة تظهر في جواز التصرف في النماء كما بيّناه.

وأيضاً بناء على الإباحة الشرعية يكون بيع المأخوذ بالمعاطاة باطلاً موقوفةً صحته على إجازة البايع الأول.

وعلى فرض الإجازة يكون الثمن من مال البايع الأول.

وكذا العتق لا يصير من البايع الثاني لو / ٨٣٢ / فرضت صحته بأن يكون قابلاً للفضولي وتتعقبه الإجازة.

وكذا لا يتعلق الخمس والزكاة على من اشترىٰ بالمعاطاة ما يتعلقان به، وفي صورة تعلق بالمالك الأصلي أيضاً لا يجوز إخراجهما لمن أخذ المال بالمعاطاة عن هذا المال. وكذا بموت أحدهما أو كليهما ينقطع جواز التصرف.

وكذا لا تصير النفقات واجبة لأجل المال المأخوذ بالمعاطاة.

وكذا لا يجوز وطي الأمة، بل ولا نكاحها الّا بإذن جديد.

ثمّ إنه بقي ثمرات أخرىٰ له تعرضنا لها سابقاً، ولا بأس أن نشير إليها، وأنه كيف يصير بناءً على كلّ واحد من الأقوال الثلاثة.

منها: في أنه إذا رجع البايع وأخذ العين فهل له أن يأخذ نماء العين أم لا؟ ونقول هنا: إنه بناء على القول بالملكية ليس له أن يأخذ النماء حيث إنّ النماء وجد في ملكه نظير ما يقولون في البيع الخياري من أنه لو رجع أحدهما فلا يرجع إلى النماء.

وبناء على القول بالإباحة المالكية يجوز الرجوع، وبناء على القول بالإباحة الشرعية لا يحتاج إلى الرجوع لأنه لم يكن لمن أخذه بالمعاطاة أن يتصرف فيه كما

---

*) *فيه أنه ليس ذلك في المسالك. (منه قدس سره).*

تقدم.

ومنها: أنه بناءً على القول بالملكية يكون تلف أحد العينين موجباً للّزوم كما نصّ بذلك المحقق الثاني[١].

ومن هنا جعل الاتفاق على أن التلف يكون موجباً للّزوم دليلاً على بطلان القول بالإباحة مالكيةً كانت أو شرعيةً*.

ومنها: أن الاتلاف يكون موجباً للضمان أم لا؟ فنقول: بناء على الملكية لا ضمان حيث إنّه صار ماله بعوض الثمن الذي أعطاه، وبناء على الإباحة الشرعية فقد ادعى الأستاذ ـ سلّمه الله ـ أنه لا ضمان، وذلك لأن كلّ مورد ثبتت إباحة التصرف من جانب الشارع الذي هو مالك حقيقي ارتفع الضمان كما في المارّة وغير ذلك.

نعم، في بعض الموارد ثبت الضمان مع الإذن الشرعي** كالأكل في /٨٣٣/ المخمصة وكضرب الصغير تأديباً، فإنها يوجب الضمان الّا أنه قد يوجّه أمثال ذلك في محلٍ على نحو لا يكون مخالفاً مع القاعدة.

وبناء على الإباحة المالكية نقول: إن الإباحة المالكية أن نقول به من باب الإذن الضمني أو من باب شاهد الحال، فبناء على الإذن الضمني ليس منشأ لرفع الضمان بالإجماع لما صرّحوا بذلك في البيع الفاسد.

إن قلت: إنهم يقولون بالضمان باعتبار أنهم يقولون بفساد الإذن الضمني، فلا يصير ذلك دليلاً على الضمان لو اعترفنا بالإذن الضمني.

قلت: إن الإذن الضمني فاسد أولاً.

---

١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

*) *بناءً على ما هو الحق من ثبوت الخيار في فسخ المعاملة لو فسخ يكون له الرجوع إلى المثل أو القيمة كما ستأتي الاشارة إليه في آخر الملزمات. (منه قدس سره).*

**) *سيأتي دعوى أن القاعدة تقتضي الضمان بعد ثلاثة عشر ورقاً. (منه قدس سره).*

وبناء على صحته أيضاً ليس رافعاً للضمان إما للإجماع كما يدّعيه الأستاد؛ **أقول**: أو لغير ذلك كما ذكرناه في أول المعاطاة المختصر الذي كتبناه؛ فتأمل*.

وأما بناء على أن الإباحة المالكية يكون من باب إذن شاهد الحال فلا مانع في أن يصير رافعاً للضمان.

في جريان شروط البيع في المعاطاة

ومن الثمرات لزوم وجود شرايط البيع من تعيين الثمن والمثمن إلى غير ذلك في المعاطاة، فنقول: بناءً على القول بأن المعاطاة تفيد الإباحة المالكية ليست المعاطاة مشروطةً بشرط من شروط البيع. وهو واضح.

ودليل الإباحة على هذا ينحصر بقوله ﷺ «**الناس مسلطون على أموالهم**»[1]، سواء كانت الإباحة بالإذن الضمني أو بإذن شاهد الحال.

ولا وجه للتمسك لهذا القول بالسيرة كما احتمله الشيخ بالنسبة إلى صورة كان قصد المتعاطيين هو الإباحة.

وأما بناء على أن المعاطاة تفيد الإباحة الشرعية فلا وجه لأن يتمسك لها بقوله عليه السلام «**الناس مسلطون**»، بل ينحصر الدليل عليه بالإجماع والسيرة.

وعلى هذا نقول: لو كان الدليل عليه هو الاجماع / ٨٣٤ / فحينئذٍ لابدّ أن نقول باعتبار تمام شروط البيع في المعاطاة إلّا الشرط الذي قام الإجماع على عدم اعتباره فيها.

وذلك لأن الإجماع دليل لبّي ليس له إطلاق، فنأخذ بإطلاقه، فلابدّ من الاقتصار في صحة المعاطاة بمورد كانت الصحة إجماعية، وهو كلّ معاطات كانت

---

*) *كلامنا هنا فرضي، يعني لو قلنا بالإذن بوجه ولا ينافي ذلك فساده، ومنه نقول بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد.*

ثمّ إنا أثبتنا أن جواز التصرف بأيّ وجه رفع الضمان ولا ينافي ذلك تخصيص القاعدة في بعض الموارد. (منه قدس سره).

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

مشتملة على تمام شرائط البيع.

وأما لو كان الدليل عليه هو السيرة، فحينئذٍ لابدّ أن يلاحظ أن السيرة إلى أيّ مقدار، ففي كلّ مورد كانت السيرة مع فقد شرط فنقول بعدم اعتبار ذلك الشرط.

وعلى هذا نقول: إن سيرة الناس جارية على المعاطاة مع عدم تعيين المثمن للمشتري، فلابدّ أن نقول: إن تعيين المثمن للمشتري ليس بشرط.. إلى غير ذلك.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام الشيخ في المكاسب[1] حيث يقول: إنه لو تمسكنا بالسيرة فلابدّ أن نقول باعتبار تمام شروط البيع في المعاطاة، وهو ليس كذلك كما عرفت.

ولعلّ في كلام الشيخ ما يشير إلى ما ذكرنا.

ثمّ لا يخفىٰ أن المراد من الشروط غير الصيغة وما يتعلق بها قطعاً.

[جريان شروط البيع أو عدمها لو أفادت المعاطاة الملكية]

وأما بناء على أن المعاطاة تفيد الملكية فهنا يحتمل وجوه ثلاثة:

الأول: أن نقول بعدم اعتبار الشروط، وذلك بأن نقول: إن الأدلة على صحة البيع تشمل المعاطاة أيضاً، ولكن أدلة الشروط تنصرف إلى البيع العقدي المفيد للّزوم.

وبوجه آخر يجوز أن يقال: إن أدلة الشروط أيضاً ليست منصرفة عن المعاطاة الّا أن السيرة لمّا قامت على صحة المعاطاة بدون الشروط، فتخصص أدلة الشروط.

وبوجه آخر يجوز أن يقال: إن / ٨٣٥ / أدلة صحة البيع وكذا أدلة الشروط كلّها تكون منصرفة عن المعاطاة، ولكن السيرة قائمة على صحة المعاطاة بدون الشروط المعتبرة في البيع.

---

١) كتاب المكاسب ٦٧/٣.

الثاني: أن نقول باعتبار شروط البيع ـ لو كانت المعاطاة بيعاً ـ أو شروط مطلق المعاوضة ـ لو كانت المعاطاة معاوضة غير البيع ـ. ووجه ذلك واضح حيث إنّه يمنع انصراف أدلة الشروط إلى غير المعاطاة.

نعم، لو تمسّكنا لصحة المعاطاة بالسيرة، فلابدّ أن نقول بعدم اعتبار الشروط التي قامت السيرة على عدم اعتبارها، فتكون السيرة مخصصة لأدلة الشروط.

ولا يخفىٰ أنه بناءً على القول بالملكية يكون هذا الوجه أقوىٰ من سائر الوجوه.

الثالث: أن نقول: إن كلّ شرط يكون في النصوص فلابدّ أن يكون معتبراً في المعاطاة؛ لأن البيع في النصوص هو البيع العرفي، وليس البيع في العرف منصرفاً عن المعاطاة.

وكلّ شرط يكون في لسان العلماء فلابدّ أن يكون لغير المعاطاة حيث إنّ المعاطاة ليست ببيع عند العلماء، كما تقدم.

وأورد على ذلك بأن كلّ شرط يكون مذكوراً للبيع في لسان العلماء يكون مأخوذاً من النصوص.

وعلى هذا، فلا يثمر هذا التفصيل حيث إنّا ـ على كلّ حال ـ لابدّ من أن نأخذ الشرط من النصوص.

ويمكن هنا تفصيل آخر، وهو أن كلّ شرط كان لدليله إطلاق فيكون معتبراً في المعاطاة أيضاً، وكلّ شرط ليس لدليله إطلاق كما / ٨٣٦ / لو كان دليله الإجماع فحينئذٍ لابدّ أن نقول بعدم اعتبار هذا الشرط أخذاً بإطلاق أدلة البيع.

ولكن هذا التفصيل يثمر لو كان في أدلة الشروط شرط لم يكن لدليله إطلاق. وهذا غير موجودٍ ظاهراً.

ومنها: ـ أي ومن الثمرات ـ أن المعاطاة لو كانت بيعاً فتترتب عليها أحكام البيع، ولو كانت معاوضة مستقلة فتترتب عليها أحكام مطلق المعاوضة، ولو كانت مفيدة للإباحة فلا تترتب عليها أحكام البيع، ولا أحكام مطلق المعاوضة.

ويمكن أن يقال: إنه بناءً على كون المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة أيضاً تكون أحكام البيع أو أحكام مطلق المعاوضة منصرفة إلى غير المعاطاة كما عرفت، نظير ذلك في الشروط حيث إنّه قد يّدعىٰ انصراف أدلة الشروط إلى غير المعاطاة.

ويمكن أن يقال غير هذا أيضاً.

[بيان بعض أحكام البيع أو المعاوضة]

وتوضيح الكلام يتوقف على بيان كلّ واحد من أحكام البيع أو أحكام مطلق المعاوضة، ونذكر وجه ترتبه وعدم ترتبه بناءً على جميع الأقوال التي تكون في المعاطاة، فنقول:

[جريان أحكام الخيارات]

ومن الأحكام الخيارات، وهي على قسمين:

قسم يكون ثابتاً لمطلق المعاوضة، وهو كلّ خيار ثبت من جهة قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» التي تكون من الأدلة العامة، وذلك كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش.

وقسم يكون ثابتاً لخصوص البيع، وهو كلّ خيار ثبت لعنوان البيع نظير خيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الأرش دون الردّ، ومثل خيار / ٨٣٧ / الحيوان وخيار المجلس.

وعلى هذا نقول: إنه بناءً على كون المعاطاة بيعاً يصير حكم الخيار ثابتاً لها بإطلاق أدلة الخيار الثابت في البيع، وبناءً على كون المعاطاة معاوضة مستقلة يصير الخيار الثابت لمطلق المعاوضة ثابتاً لها بإطلاق أدلتها.

وأما القائلون بعدم ثبوت الخيارات للمعاطاة يقولون بانصراف أدلة الخيار الثابتة

للبيع والخيار الثابت لمطلق المعاوضة عن المعاطاة. وقد تقدم هذان الوجهان في إثبات شروط البيع للمعاطاة أعني التمسك بالإطلاق والقول بالانصراف.

[انصراف أدلة الخيارات إلى غير المعاطاة]

وقد يؤيد كون أدلة الخيارات منصرفة إلى غير المعاطاة من وجوه:

الأول: أنه لا فائدة في جعل الخيار للمعاطاة لأنها بنفسها تكون جائزة.

وأجيب عن ذلك بأنها لو كانت جائزة مطلقاً فنسلّم أنه لا فائدة في جعل الخيار لها نظير الهبة الغير المعوضة، الّا أن المعاطاة ليست كذلك لأنها تصير لازمة بتلف احدى الطرفين، فلو كان في البين خيار فيثبت الخيار بعد التلف أيضاً.

وأيضاً من ثمرات الخيار أنه يجوز إسقاطه وصلحه إلى غير ذلك.

الثاني: أن أدلة الخيارات لابدّ أن تكون مخصصة لأدلة اللزوم نظير ﴿أوفوا بالعقود﴾، وفي المعاطاة ليست أدلة اللزوم في البين حتى تكون أدلة الخيارات مخصصة لها، فلا تشمل أدلة الخيارات لها.

وأورد على ذلك.

أولاً: أنه لا دليل على أن أدلة الخيارات / ٨٣٨ / لابدّ أن تكون مخصصة لأدلة اللزوم.

وثانياً أن أدلة الخيارات تكون هنا مخصصاً للدليل على أن تلف إحدى الطرفين أو إتلافه يصير سبباً للزوم.

الثاني: أن الخيار لابدّ أن يكون عرضياً ولابدّ أن يكون معروضه ما يقتضي اللزوم بحسب ذاته، وبالنسبة إلى المعاطاة وإن كان الخيار عرضياً الّا أن لزومها أيضاً تكون عرضياً حيث إنّ اللزوم إنما يحدث في المعاطاة بواسطة التلف أو الاتلاف.

وإذا عرفت فساد الوجوه المؤيدة للإنصراف فحينئذ نقول: بعد فرض كون

المعاطاة بيعاً أو معاوضة لا وجه لانصراف أدلة الخيارات عنها.

ثمّ إنك قد عرفت أنه قلنا في الشروط: إنه لا وجه لانصراف أدلتها عن المعاطاة بعد فرض كونها بيعاً، الّا أنه قلنا لما قامت السيرة على عدم مراعاة الشروط في المعاطاة فتصير السيرة مخصصة لأدلة الشروط إذا قلنا باعتبار السيرة بنفسها.

ولكن لا يخفىٰ عليك أن السيرة فيما نحن فيه لا يجوز أن تسير مخصصة لأدلة الأحكام بعد تسليم إطلاق أدلتها حتى بالنسبة إلى المعاطاة.

وذلك لما عرفت سابقاً أنه يجوز التمسك بالسيرة لإثبات الحكم، مثلاً إذا قامت السيرة على اعطاء الزكاة من المال المأخوذ بالمعاطاة فحينئذٍ لا يجوز التمسك بالسيرة لإثبات تعلق الزكاة من المال المأخوذ بالمعاطاة.

وفيما نحن فيه أيضاً إذا / ٨٣٩ / قامت السيرة على مراعاة خيار الحيوان مثلاً في المعاطاة فلا يصير ذلك دليلاً على ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة.

أقول: لا يخفىٰ أن هذا الكلام ليس خالياً من الإجمال. وملخص الكلام أن كلّ مورد قامت السيرة على شيء وكان ردعه لازماً فهنا لو لم يردع يثبت أنه لا محظور في ذلك، والّا فلو لم يكن الردع واجباً فلم يثبت شيء كما لا يخفىٰ؛ فافهم.

وأما بناءً على كون المعاطاة مفيداً للإباحة الشرعية فلاوجه لمجيء الخيارات فيها لعدم معاوضة ولا بيع في البين، وإنما الإباحة حكم شرعي مترتب على المعاطاة.

واستدلّ الشيخ[1] (ره) لعدم مجيء الخيارات بناءً على القول بالإباحة بأنها جائزة، فلا معنى للخيار.

ويورد عليه أن هذه العلة مشتركة بين القول بالملك والقول بالإباحة مع أن الشيخ يقول بمجيء الخيارات على القول بالملك.

---

١) كتاب المكاسب ٧٢/٣.

أقول: هذا يتمّ بناءً على أن نقول: إن مثل التلف كما يكون موجباً للّزوم بناءً على القول بالملك، يكون موجباً للّزوم على القول بالإباحة، والّا فلو لم نـقل إن التلف يلزم على القول بالإباحة فليس الإشكال إلّا أن الظاهر أن الشيخ يقول بأن التلف يلزم على كلا القولين.

[مجيء الخيارات في المعاطاة على القول بالاباحة]

ثمّ لا يخفىٰ أن الشهيد في المسالك[1] يدّعي مجيء الخيارات / ٨٤٠/ بناءً على القول بالإباحة كما استظهر الشيخ[2] من كلامه في الأمر السابع الذي يـذكر فـي المعاطاة.

ويمكن أن يستدلّ له بوجهين:

الأول: أن المعاطاة وإن تفد الإباحة الّا أنه بيع عرفاً، غاية الأمر أن الشارع لم يمض تمام آثاره، وإنما أمضىٰ بعض آثاره، وهو الإباحة التي من لوازم التمليك.

فعلى هذا يكون بيعاً صحيحاً حيث إنّه لم تترتب صحة البيع على إمضاء تمام آثاره، وربّ بيع صحيح أو نكاح صحيح منع الشارع من ترتيب تمام آثارهما.

الثاني: ما يظهر من المسالك من أن المعاطاة التي يقولون إنها ليست ببيع إنما هو بالنسبة إلى قبل تلف إحدى العينين، وأما بعد التلف فيصير بيعاً.

ويورد على الدليل الأول أنه قد حقّق في محله أن الصحيح ليس هو كلّ مـا يترتب عليه أثر، وإنما الصحيح عبارة عما يترتب عليه الأثر الذي قصده الفاعل.

وفيما نحن فيه لم يترتب الأثر الذي قصده الفاعل بوجه من الوجوه؛ لما تقدم أن الإباحة لم تمكن قصد الفاعل بوجه من الوجوه، فترتُّب الإباحة عليها يكون من باب الحكم التعبدي؟ الصرف، جعله الله توسعة، ويكون هذا الأثر نظير أن يجعل

---

١) مسالك الأفهام ١٥٠/٣.

٢) كتاب المكاسب ١١٠/٣.

الشارع من آثار المعاطاة وجوب ركعتين من الصلاة في أنه لا مدخلية له بما قصده الفاعل. وإذا لم يترتب عليه أثر بالمرة: فيكون فاسداً. وإذا كان البيع فاسداً فلا معنى للخيار فيه.

وعلى الوجه الثاني بأن التلف يمكن أن يقال: /٨٤١/ شرط لتحقق موضوع البيع ويمكن أن يقال إنه شرط لترتب حكم البيع عليها.

أما بناءً على الأول فيلزم الشرط المتأخر، وهو باطل.

وأما على الثاني فغاية الأمر أن التلف يصير منشأ لترتب آثار البيع عليه، فيصير بيعاً حكمياً. ومجرد ترتب حكم البيع عليه من بعض الجهات لا يصيّره بيعاً حتى يترتب عليه تمام آثار البيع. وليس في البين دليل تنزيل بأن تجعل المعاطاة بمنزلة البيع حتى نأخذ بإطلاقه، بل ليس في البين الّا ترتب بعض أحكام البيع.

هذا كلّه بناءً على كون التلف كاشفاً من كون المعاطاة بيعاً من أول الأمر. وأما بناءً على كون نفس التلف مملّكاً فيكون الأمر أهون حيث إنّه ليس في البين بيع بوجه من الوجوه.

أقول: لا يخفىٰ أن الشرط المتأخر معقول كما بيّنّا ذلك في مكتوباتنا كراراً، منها في خاتمة البراءة في مسألة الترتب.

[هل الخيارات تثبت من حين المعاطاة أو التلف؟]

ثمّ إن هنا كلامين آخرين:

الأول: أنه بناء على مجيء الخيارات على القول بالإباحة فهل الخيارات تثبت لها من حين المعاطاة أو من حين التلف الموجب للزوم؟

ونحن نقول: إن من تمسك لمجيء الخيارات بالوجه الأول الذي ذكرناه لمجيء الخيارات بناءً على القول بالإباحة فلابدّ أن يقول بثبوت الخيارات من أول المعاطاة، ومن تمسك بالوجه الثاني فلابدّ أن يقول بثبوت الخيارات من حين

اللزوم / ٨٤٢ / كما يظهر ذلك من المسالك[١] من عبارته التي ينقلها الشيخ[٢] في الأمر السابع.

الثاني: أنه بناء على مجيء الخيارات فهل تجيء الخيارات الثابتة للبيع أو الخيارات الثابتة لمطلق المعاوضة؟

ويظهر من الشهيد في عبارته التي نقلها الشيخ أنه يفصّل بين الخيارات الثابتة لخصوص البيع وبين الخيارات الثابتة لمطلق المعاوضة، فيقول بنفي الأول وثبوت الثاني.

وذلك لأنه بعد ما يختار عدم مجيء خيار الحيوان في المعاطاة بناءً على القول بالا[...] يقول: وأما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ؛ انتهىٰ.

[حكم الربا في المعاطاة]

وذلك إما لادعاء انصراف الخيار الثابت لعنوان البيع عن المعاطاة أو لأجل أنها معاوضة مستقلة ومن الأحكام الربا، ولا يخفىٰ أن الربا ليس مختصاً بالبيع، بل هو حرام في مطلق المعاوضة وفي القرض. فعلى هذا لو قلنا بأن المعاطاة بيع أو أنها معاوضة مستقلة يكون حكم الربا فيها جارياً. وكذا لو قال: إنها إباحة بإباحة كما يقوله صاحب الجواهر[٣] حيث إنّها على هذا نوع من المعاوضة.

وأما لو قلنا إن المعاطاة موجبة للإباحة المالكية بالإذن الضمني أو بشاهد الحال، فلاوجه لجريان أحكام الربا فيها.

لا يقال: أيضاً تكون نوع من المعاوضة لأن الضمني أو شاهد الحال من طرف

---

١) مسالك الأفهام ١٥١/٣.

٢) كتاب المكاسب ١٠٣/٣.

٣) جواهر الكلام ٢١٤/٢٢.

أحدهما بعوض الإذن من الطرف الآخر.

لأنانقول: إن الإذن من طرف يصير داعياً لأن يأذن الآخر، نظير الهدايا للعروس حيث إنّ العروس يكون داعياً، وليست المقابلة والمعاوضة ملحوظة.

أقول: فتأمل*.

وأما لو قلنا إن المعاطاة تفيد الإباحة الشرعية فحينئذٍ لا وجه لأن يجيء فيها أحكام الربا؛ لأن المفروض /٨٤٣/ بناءً على القول بالإباحة الشرعية أن المعاطاة تكون فاسدة، والحكم بالإباحة يكون تعبدياً صرفاً مترتباً على العقد الفاسد. ولا فرق في ترتب الإباحة على العقد الفاسد أو ترتب وجوب ركعتين من الصلاة عليه في أن ترتب أمثال هذه الأحكام لا يصير منشأ للصحة لعدم ارتباطهما بنفس العقد.

وقد عرفت أن معنى الصحيح أن يترتب عليه الأثر الذي قصد الفاعل ترتبه على العقد.

هذا، ولكن مع ذلك كلّه قال الشيخ[1]: الظاهر تحريم الرباء في المعاطاة حتى عند من لا يراها مفيدة للملك؛ لأنها معاوضة عرفية وإن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد[2] (ره) في موضع من الحواشي حيث قال: إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة؛ انتهىٰ.

ونحن نقول: إن مدعىٰ الشيخ (ره) محلّ تأمل من وجوه:

الأول: أن ما استشهد من كلام الشهيد (ره) لإثبات كونها معاوضة شرعية لا يشهد على مدعاه، وذلك لأنه يمكن ادعاء الضرورة على أن المعاطاة بناءً على

---

* ***وجه التأمل أن الإباحة المالكية مستفادة من التمليك بالعوض على كلّ حال، فيصير ذلك بمثل الإباحة التي يقولها صاحب الجواهر الذي اعترف بجريان الرباء فيه. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٣/٧٢.

٢) حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤/١٥٨.

كونها مفيدة للإباحة ليست بلازمة، وإنما قد يقال إنها لازمة على القول بالملكية كما نسب ذلك إلى المفيد (ره) ويقول بذلك المحقق الأردبيلي[1] (ره).

وعلى هذا فقول الشهيد (ره) من أنها معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة لا يمكن أن يكون هذا التفريع بناءً على القول بالإباحة؛ إذ قد عرفت أنه بناءً على القول بالإباحة لا يحتمل أن تكون المعاطاة لازمة، فلابدّ أن يكون / ٨٤٤ / كلام الشهيد* (ره) متفرعاً على القول بالملكية. وعلى هذا لا يصير شاهداً لمدعىٰ الشيخ (ره).

الثاني: ما قاله من كونها معاوضة عرفية، فذلك مسلّم الّا أنه لا يثمر لأن المفروض أن هذه المعاوضة فاسدة وترتب الإباحة ليس من باب كون المعاوضة هنا صحيحة كما تقدم**، وإذا كانت المعاوضة فاسدة فلا يجيء فيها مسألة حرمة الرباء.

الثالث: أنه لا يخفىٰ أن حرمة الرباء ليس المراد منها مجرد إيجاد العقد الربوي؛ لأن ذلك جائز قطعاً، بل وكذلك كلّ نهي تعلق بشيء من المعاملات ليس المراد حرمة إيجاد عقد هذه المعاملة حتى أن مثل قوله تعالى ﴿حرّمت [عليكم] أمهاتكم﴾[2] ليس المراد حرمة إيجاد عقد نكاح الأم؛ لأن ذلك ليس بحرام قطعاً فلابدّ إما أن يكون المراد إيجاد العقد تشريعاً بعنوان أنه يترتب عليه الأثر بعد ما يعلم أنه ليس لهذا العقد أثر في الشرع؛ وإما أن يكون المراد حرمة ترتب الآثار.

وعلى هذا فنقول: إن المراد من حرمة الرباء أيضاً إما هو التشريع به أو ترتب آثار البيع الربوي عليه. وكلاهما مفقود فيما نحن فيه؛ لأنه ليس من قصد

---

١) مجمع الفائدة والبرهان ١٤٤/٨.

*) *يمكن أن يكون مراد الشهيد أنها جائزة قبل تلف إحدى العينين ولازمة بعده، وإن كان هذا خلاف الظاهر من كلامه. (منه قدس سره).*

**) *وفيه أنه سيأتي أن الا [با]حة غير ثابتة إذا كانت ربوية. (منه قدس سره).*

٢) النساء: ٢٣.

المتعاطيين هو التشريع، ولا يترتبون عليه آثار البيع أيضاً، بل تترتب آثار الإباحة التي هو حكم تعبدي من الشارع هنا، ولا دخل لها بآثار البيع من حيث كونها آثار البيع*.

الرابع: أنه لا يخفىٰ عليك أنه لا يجيء مناط مسألة الرباء فيما نحن فيه أيضاً، وذلك لأنه قد تحقق الإجماع على أنه يجوز / ٨٤٥ / بيع ألف دينارٍ بدينارٍ وفلسَيْن.

وبعد جواز أكل هذا المقدار الكثير من الربا بأمثال هذه الحيل بالإجماع وبعد جواز أكل الرباء في غير المكيل والموزون لا يبقىٰ لنا طريق لأن نفهم المناط في حرمة الرباء حتى نحكم بحرمته فيما نحن فيه بتلك المناط.

نعم، لنا أن نقول بفساد المعاطاة الربوية بناءاً على القول بأن المعاطاة تفيد الإباحة بوجهٍ آخر، وذلك لما تقدم من أنه اختلف العلماء في اعتبار شروط البيع في المعاطاة بناءً على القول بأنها تفيد الإباحة. فهنا نقول بالنسبة إلى الرباء الذي عدمه من شرايط صحة البيع نظير ما قلنا في مطلق شروط البيع سابقاً من أنه لو كان مدرك صحة البيع المعاطاتي ـ بناءً على القول بالإباحة ـ هو الاجماع، فحينئذٍ لابدّ أن نقول بفساد المعاطاة الربوية؛ لأنها ليس إجماع على صحة المعاطاة الربوية.

وأما لو تمسكنا لصحتها بالسيرة فحينئذٍ لابدّ أن نلاحظ أن السيرة موجودة على المعاطاة الربوية أم لا. فلو قلنا بعدم وجود السيرة هنا فليس لنا دليل على صحة المعاطاة، فتكون فاسدة كما ادعاه الأستاذ ـ سلّمه الله ـ**.

الأمر الثاني: في تشخيص موارد المعاطاة التي كان كلام العلماء فيها، فنقول: لا

---

*) *فيه أنه لا مانع من أن يكون المحرم نفس أخذ الزيادة والتصرف فيه، بل سيأتي أن حرمة التصرف على القاعدة [بناءً] على الإباحة الشرعية التي محل الكلام. (منه قدس سره).*

**) *وعلى ذلك من جهة حرمة الربوي التي تكون نفس عمله محرماً أيضاً كما تقدم نقول بإجراء البراءة. وأما من جهة صحة البيع بمعنى ترتب الإباحة نقول: لا دليل عليه، فلا تترتب الإباحة. (منه قدس سره).*

إشكال في أنه لو كان المتعاطيان حاضرين وتقابضا بقصد البيع والشراء فيكون هذا المورد من المعاطاة المتنازعة فيها مسلماً بناءً / ٨٤٦/ على قول غير صاحب الجواهر ولكن يقع الكلام في موارد آخر من أنها أيضاً من موارد المعاطاة المتنازعة فيها أم لا.

[المعاطاة في النسية والسلم]

ومن تلك الموارد ما لو حصل الإعطاء من جانب واحد كما في النسية والسلم، فنسب في المكاسب[1] إلى الشهيد في الدروس[2] وجماعة من متأخري المتأخرين تبعاً له بأنهم جعلوه من المعاطاة.

وأورد الشيخ على ذلك أن المعاطاة لا يصدق هنا لأنها مشتقة من التعاطي، فلابدّ أن يكون الإعطاء من كلا الطرفين، والمفروض فيما نحن فيه أن الإعطاء يكون من طرف واحد الّا أن ذلك لا يضرّ في جريان حكم المعاطاة وإن لم يكن موضوع المعاطاة هنا موجوداً. وبيان ذلك أنه نقول:

أما لو قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك فنقول: إن العمومات تشمل النسية والسلم أيضاً كما في البيع العقدي، حيث إنّه ليس عنوان المعاطاة مأخوذاً في شيء من أدلته، بل العنوان هو البيع، وهو صادق هنا.

وأما لو قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة فحينئذٍ لو قلنا بالإباحة المالكية فنقول: إنه لا فرق بين ما نحن فيه وبين صورة كان التعاطي من الطرفين.

ولو قلنا بالإباحة الشرعية، فنقول: إن دليل الإباحة الشرعية قد تقدم أنه منحصر بالإجماع والسيرة. أما الإجماع ففيما نحن فيه غير موجود، وأما السيرة فموجودة:

---

١) كتاب المكاسب ٧٤/٣.

٢) الدروس ١٩٢/٣.

[من المعاطاة وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام]

منها ما لو دخل الإنسان في الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبة صاحب الحمام.

وفي جريان حكم المعاطاة في هذه الصورة ونظائرها محلّ تأمل. وذلك لأنه لم يتحقق الإعطاء هنا / ٨٤٧ / أصلاً ولم يتحقق القبول أيضاً.

ثمّ إنه لو اكتفينا في تحقق الإعطاء بمجرد دسّ الثمن في ماله كما قالوا بتحقق الإعطاء بذلك فيما لو امتنع مالك الدين من أخذ ماله، فإنهم يقولون: إنه يكفي إدخال الدرهم والدينار في ماله من إعطاء ماله إليه. فنقول فيما نحن فيه: إنه لابدّ من تحقق القبول من طرف صاحب الحمام مع أن صاحب الحمام ليس حاضراً حتى يقبل.

اللهمّ الّا أن يقال: إن وضع الكوز هنا بمنزلة القبول ولا يضرّ تقدم القبول على الإيجاب لو كان القبول بغير لفظ «قبلت»؛ فتأمل*.

ثمّ إنه قد يقال: لو كان ذلك بيعاً أو اجارة فلابدّ أن لا يكون واضع الفلوس ضامناً لو تلف قبل أن يصل إلى صاحب الحمام مع أن الظاهر أن الإجماع قائم على ضمانه.

ثمّ إنه لو قلنا بتحقق الاعطاء والقبول بما ذكرنا فحينئذٍ يصير هذا بيعاً أو إجارةً، فلو قلنا إن المعاطاة تفيد الملكية فنقول هنا أيضاً بذلك.

وأما لو قلنا بأن المعاطاة تفيد الإباحة الشرعية، فحينئذٍ نقول: إن دليلها هو الإجماع والسيرة، وكلاهما منتفيان فيما نحن فيه.

وأما لو قلنا بعدم تحقق الإعطاء والقبول، فيصير وجه جواز التصرف منحصراً

---

*) *لا يخفىٰ عليك أن بيع النسية والسلم كان صادقاً عند العرف في الصورة السابقة، فلم يكن مانع من شمول العمومات لها بخلاف هذه الصورة، فإنه لا يصدق البيع والإجارة بمجرد الأخذ. وإثبات الصحة بالسيرة أيضاً مشكل كما لا يخفىٰ. (منه قدس سره).*

بإذن شاهد الحال، ويكون ضامناً للفلوس لو تلفت قبل أن يصل إلى يد صاحب الحمام، وفي صورةٍ وصل الفلوس إلى الحمامي يجوز له تملكه بالتقابض لما ضمنه مما أتلفه من ماله من العين أو المنفعة.

ومثل هذا التقابض مضافاً إلى إذن مالكه يثبت بقاعدة الضرر، وليس هذا مجازاةً للضرر كما بيّناه في أوائل قاعدة الضرر.

[المعاطاة في العقد الفاسد]

ومنها العقد الفاسد فإنه أيضاً محل الإشكال من أنه داخل في صغرى المعاطاة المتنازعة فيه أم لا.

قال المحقق[1] في صيغ عقوده كما حكي عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة: إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضي منهما كان معاطاةً؛ إنتهىٰ.

وحكي عن الروضة[2] أنه قال في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق إنها / ٨٤٨ / تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح؛ إنتهىٰ.

ونقل عن الجواهر[3] أنه بعد ما جعل محل النزاع في المعاطاة فيما إذا كان قصد المتعاطيين هو الإباحة يقول: إنه لو كان محل النزاع في صورة كان قصد المتبايعين هو البيع فلابدّ أن يقولوا في صورة يصير البيع فاسداً بأنه يصير معاطاةً مع أنهم لم يقولوا بذلك؛ إنتهىٰ.

ونحن نقول: إنه لا يخفىٰ أن هذه الكلمات بظاهرها واضحة الفساد لأنه إذا كان المفروض أن الثمن عند المشتري والمبيع عند البايع ولم يصدر منهما ما يوجب النقل إلّا الصيغة والمفروض أن الصيغة أيضاً فاسدة، فأيّ شيء يقتضي أن يتحقّق

---

١) رسائل المحقق الكركي ١/١٧٨.

٢) الروضة البهية ٣/٢٢٥.

٣) جواهر الكلام ٢٢/٢٥٦ ـ ٢٥٧.

صغرى المعاطاة المتنازعة فيها هنا.

نعم، يوجه كلامهم بوجهين:

الأول: أن القبض والإقباض بعد ذلك يصير معاطاةً، لأن المعاطاة ليست الّا القبض والإقباض، وفيما نحن فيه يتحقق القبض والإقباض بعد العقد الفاسد.

وأورد على ذلك أن مطلق القبض والإقباض ليس معاطاةً وإنما المعاطاة هو القبض والإقباض إذا كانا بقصد إنشاء البيع لا مطلقاً، وفيما نحن فيه يكون القبض والإقباض بزعم الملكية السابقة لا بقصد إنشاء البيع بهما، ولو كانا بقصد إنشاء البيع فيصير معاطاةً الّا أنه خارج عن مفروض كلامنا.

الثاني: أن نقول بما قاله الشيخ[1] في آخر الأمر الثامن، وهو أنه يكفي في تحقق المعاطاة تحقق شيء يكشف عن / ٨٤٩ / الرضاء بالبيع غير الصيغة الصحيحة سواء كان بالفعل أو الاشارة أو الكتابة أو غير ذلك كما هو معنىٰ عبارة الشيخ على ما فسّره الأستاد.

ولكن أورد على ذلك بأن محلّ النزاع في المعاطاة بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي الذي يقصد به إنشاء البيع.

نعم، قد يفهم من أول ما ذكره الشيخ في الأمر الثامن أن اشتراط الماضوية وأمثال ذلك في الصيغة أو عدم اشتراط الماضوية والاكتفاء بمطلق الكاشف اللفظي ليس بلحاظ تحقق نفس البيع، بل هذه الشروط للصيغة إنما هي للصيغة الموجبة للّزوم. وعلى هذا فليس إجماع على اشتراط الصيغة في حصول البيع.

وعلى هذا فإذا تحقق موضوع البيع عرفاً بواسطة العقد الفاسد فنقول: إنه يشمله إطلاق أدلة البيع، ولكن أورد الأستاد على ذلك بأن الظاهر أن الإجماع قائم على أنه لم يتحقق التمليك والتملك الّا بالصيغة.

أقول: كيف لا والإجماع قائم على الضمان في صورة كان العقد فاسداً، ولو كان

---

١) كتاب المكاسب ١٠٦/٣.

العقد الفاسد موجباً للتمليك لما كان وجه لذلك*.

هذا كلّه في بيان أن المعاطاة التي هي محل الأقوال المختلفة لا تتحقق بالعقد الفاسد، وبقي الكلام في أنه هل يجوز التصرف فيما انتقل بالعقد الفاسد طاهراً لكلّ من المتبايعين أم لا؟

فنقول: إن الإباحة الشرعية فلا مسرح لها هنا، وأما الإباحة المالكية فإما أن يكون بالإذن الضمني أو بإذن شاهد الحال.

أما / ٨٥٠ / الإذن الضمني فقد أبطلناه في المعاطاة حيث إنّ قصد المتبايعين هو التمليك والتملك، وجواز التصرف يكون من لوازم ذلك، ولم يقصده المتبايعين.

وأما إذن شاهد الحال فهو باطل فيما نحن فيه من وجهين:

الأول: أن المتبايعين إقدامهم على اجراء الصيغة يكشف من أنهم كانوا بصدد المداقّة وحصول التمليك والتملك بحيث لو لم تحصل الملكية أيضاً فلا يرضون بجواز التصرف أيضاً.

الثاني: أن الإجماع قائم على الضمان في العقد الفاسد، وهذا كاشف من أنه ليس إذن في التصرف أصلاً.

---

*) *أقول: بالنسبة إلى دعوى أن شرايط الصيغة من قبيل الشرايط للزوم البيع وليست بشرايط لنفس البيع اكتفى في الجواب عنه بالاتفاق على الضمان في العقد الفاسد، وهو ما لا يشمل على الشرايط.*

وبالنسبة إلى دعوى أن الميزان في المعاطاة أن يكون التراضي بالنقل والانتقال مع وجود كاشف لهذا التراضي من قول أو فعل أو إشارة اكتفىٰ في الجواب عنه بأن محل النزاع في المعاطاة بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي الذي يقصد إنشاء البيع فيه بنفس الفعل.

وسيأتي في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنّا بعد ما أوضحنا كلام المصنف وصاحب الجواهر في أول تلك المسألة، قلنا: إن ما دلّ العمومات وأدلة الشرايط على صحته مقتضاه الصحة واللزوم، وما سوىٰ ذلك تكون من الصيغ فاسدة. ومقتضىٰ ذلك حرمة التصرف والضمان وغير ذلك الّا أنه قد يوجد ما يرفع حرمة التصرف والضمان مثل الرضاء وغيره. (منه قدس سره).

أقول: لا يخفىٰ أن الوجه الأول لا يأتي في مورد كان المتبايعان عالمين بفساد الصيغة.

هذا، مع أنّه لو كان هذا الوجه صحيحاً فلابدّ أن لا يكون إذن شاهد الحال في المعاطاة أيضاً حيث إنّ محل النزاع في المعاطاة إنما هو في صورة كان قصد المتبايعين هو المبايعة.

وعلى هذا نقول: قد عرفت سابقاً أن إذن شاهد الحال ليس له معيار، وإنما يكون في بعض الموارد دون بعض الموارد الأخر وفي مورد كان إذن شاهد الحال موجوداً لعله يمكن أن نمنع؟ الإجماع على الضمان أيضاً.

الأمر الثاني في ملزمات المعاطاة

ومنها: التلف. وهو إما حقيقي أو حكمي.

[التلف الحقيقي والحكمي]

والتلف الحقيقي إما يكون في العينين أو في إحدهما. وعلى كلّ حال إما أن نبني في المعاطاة على القول بأنها مفيدة للملك أو على القول بالإباحة.

أما بناء على القول / ٨٥١ / بالملكية لو تحقق التلف لكلتا العينين فهنا لابدّ لنا أن نتصور معنى اللزوم وعدمه، ثمّ نبيّن حكمه، فنقول:

إن معنى اللزوم أنه إذا تلف المبيع عند المشتري والثمن عند البايع، فلم يكن عليهما شيء.

ومعنى عدم اللزوم أنه في الصورة المذكورة يكون للمشتري أن يأخذ ثمن المثل للمثمن عن البايع ويكون للبايع أن يأخذ ثمن المثل للمبيع عن المشتري كما قالوا بذلك في البيع الخياري حيث إنّه لو تلفت العين في زمان الخيار فهنا يجوز لكلّ منهما أن يأخذ ثمن المثل من الآخر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن مقتضىٰ القاعدة هو عدم الضمان؛ لأن المفروض أن

كلّ واحد من العينين تلف عند مالكه، فليست قاعدة اليد أو الاتلاف موجبتين للضمان.

وعلى هذا فالأصل براءة ذمة كلّ واحد منهما عن مثل ما تلف في يده.

[استصحاب الخيار السابق لإثبات الضمان بعد تلف العينين]

وليس هنا في البين ما يوجب الضمان الّا استصحاب الخيار الثابت لكلّ منهما قبل تلف العينين حيث إنّ الخيار السابق لو كان باقياً فلابدّ هنا من ضمان المثل كما قالوا بذلك في البيع الخياري لو تلفت العينان.

وأجيب عن استصحاب الخيار هنا بوجوه:

الأول: بما يفهم مما ذكره المحقق الثاني[1] (ره) من أنه لم يكن سابقاً خيار حتى نستصحبه، بل إنما كان الترادّ سابقاً جائزاً لهما، فإذا تلفت العينان فلا يمكن الترادّ.

وأورد على ذلك بأن مقتضىٰ ذلك أن لا يثمر قوله «رجعت» في صورة كانت العينان باقيتين مع أنّه / ٨٥٢ / لم يقل بذلك أحد*.

أو مقتضى ما يقوله هو أنه إنما كان جائزاً له أن يتملك مال الغير بالأخذ منه بشرط أن يملّك ماله بالغير بإعطائه إليه. فقوله «رجعت» لا يثمر في البين.

وعلى هذا فأخذ العين بعد العقد يكون على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون من باب أن له الخيار كما في أغلب العقود، فيكفي بقوله «رجعت» أيضاً.

---

١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

*) *لقائل أن يقول: إن الذي يكون له هو جواز الترادّ أو الرجوع في العين، وأن ذلك قد يحصل باللفظ وقد يحصل بالفعل، وأن قوله «رجعت» إنما ينفع لو كان المقصود منه بيان الترادّ أو الرجوع في العين؛ فافهم.*

لكن تقدم عند التعرض لمبعّدات كاشف الغطاء أنه لا معنى لتعلق الخيار بترادّ العين. (منه قدس سره).

الثاني: أن يكون من باب جواز الترادّ، كما تقدّم معناه.

الثالث: أن يكون من باب جواز التملك، نظير الاحتطاب. وذلك كما في الهبة الجائزة. وهذا أيضاً مثل الترادّ الّا أن هذا يكون من طرف واحد.

هذا، ولكن قد عرفت أن لازم هذا أن لا يكون قوله «رجعت» مثمراً في مثل المعاطاة والهبة. وذلك خلاف الاجماع.

نعم، يمكن أن يوجّه كلام المحقق الثاني بأن مراده أن جواز الرجوع إنما يكون في صورة إمكان الترادّ لا أن ما يكون في البين هو نفس جواز الترادّ.

وسيأتي الكلام في جريان الإستصحاب في صورة احتمال كون جواز الرجوع ما دام الترادّ ممكناً.

الثاني: بما ذكره الشيخ[1] في أول الخيارات حيث إنّه في مقام إثبات أصالة اللزوم هنا يتمسك باستصحاب الملكية.

ويورد عليه تارة بأنه معارض بأصالة بقاء علقة المالك. ويجيب عنه بأن علقة المالك الأول قد انقطع بالبيع.

وتارة باستصحاب الخيار الثابت له كخيار المجلس، فإن الخيار حكم شرعي قابل للبقاء. وأجاب عن ذلك بأن هنا ليس مورد التمسك بالاستصحاب، وإنما هنا* مورد التمسك بالعمومات الدالّة على اللزوم.

---

١) كتاب المكاسب ١٤/٥.

*) *وذلك لأن القدر المتيقن من خروج المعاطاة عن تحت ﴿أوفوا﴾ الآية إنما هو من جهة عمومه الأحوالي، فلابدّ من التمسك للزوم كلّ فرد في الجملة لئلا يلزم خروج هذه الأفراد عن تحته رأساً.*

إن قلت: بعد تسليم عدم جواز التمسك من جهة العموم الأحوالي لا ينفع العموم الأفرادي لتعيين موارد الشك.

قلت: فيه أولاً: إنا نقلنا في تنبيهات الإستصحاب أن العام وإن لم يلحظ أفراده بحسب الأزمان والأحوال أفراداً مستقلة بل لوحظ الزمان على نحو الظرفية للأفراد الّا أنه إذا لم يكن الفرد داخلاً تحت العام من أول الأمر لمانع، فهنا يجوز التمسك بعد العلم بعدم بقاء المانع.

ومقتضىٰ كلام الشيخ (ره) أنه لو لم يكن هنا عموم أيضاً / ٨٥٣ / لم يكن مجال للتمسك بالاستصحاب كما هو القاعدة في مقام التعارض بين الإستصحاب والعموم، فإن كلّ واحد يكون جارياً ليس للآخر مجال لأن يجري ولو لم يكن معارض أيضاً.

وأورد على ذلك بأن هذا خلاف طريقة الشيخ حيث إنّ الشيخ في باب المعاملات إذا وقع التعارض بين العموم والإستصحاب فهناك يقول: إنه لابدّ من التمسك بالاستصحاب لا بالعموم حيث إنّ هذا الفرد خرج من تحت العام في بعض الأزمنة وليس باعتبار بعض الأزمنة الأخر المشكوكة فرد آخر حتى نتمسك له بالعموم، بل هو باعتبار جميع الأزمنة كان مصداقاً واحداً، وقد خرج عن تحت العام في الجملة.

أقول: لا يخفىٰ أن الظاهر أن الشيخ يدّعي أنه تارة يكون المصداق من أول الأمر داخلاً تحت العام، ثمّ خرج عنه في بعض الأزمنة، فهنا يقول: لا يجوز التمسك بالعموم له بعد ذلك، ولكن تارة لا يكون من أول الأمر داخلاً تحت العام كما في البيع حيث إنّ خيار المجلس وغير ذلك كان ثابتاً فيه من أول [الأمر]، وهنا لو ارتفع هذا الخيار فالظاهر بعد ذلك أنه يتمسك له بعموم أدلة اللزوم، ونحن ذكرنا سرّه في بعض مكتوباتنا (تنبيهات الإستصحاب).

نعم، لو حصل المانع بعد الشمول فهنا لا يجوز التمسك بعد ذلك.

وثانياً نقول: لو سلّمنا عدم جواز التمسك بالعام للفرد الذي وجد المانع فيه أولاً بمجرد عدم العلم ببقاء المانع الّا أنه نقول: لا شك في أنه يجوز التمسك بالعام لهذا الفرد في الجملة حتى لا يلزم التخصيص الأفرادي.

وعلى هذا نقول: لو كانت الآية شاملة للمعاطاة بعد تلف العينين فيلزم خروج العقود المعاطاتية عن تحت الآية / ٨٥٣ / رأساً، فيلزم التخصيص الأفرادي الذي لم نعلم بوجوده.

نعم، على هذا لا يجوز التمسك بالآية للزوم في غير صورة تلف العينين لما عرفت من أنه لم يبق عموم أحواليّ في المقام / ٨٥٤ /. (منه قدس سره).

ولا يخفىٰ أنه لو لم يكن بناؤه على ما قلنا فيلزمه أن لا يتمسك بشيء من العمومات الدالّة على اللزوم لإثبات اللزوم في البيع حيث إنّه ما من بيع الّا ويكون الخيار ثابتاً / ٨٥٤ / فيه كخيار المجلس ونحو ذلك، مع أن ظاهر كلام الشيخ أنه يتمسك بالعمومات لإثبات اللزوم في البيع.

وقد يجاب عن ذلك بأن تمسكّه بالعمومات إنما هو من حيث هو مع قطع النظر من أن البيع ثبت الخيار فيه في الجملة؛ فافهم.

ولا يخفىٰ أن المعاطاة أيضاً يكون حكمه حكم العقد الذي يكون خيارياً من ابتداء أمره، فلا تغفل.

الثالث أن نقول: نحن نحتمل أن يكون متعلق الحق الذي كان للمتعاطيين هو الخيار في رفع أصل العقد أو لهما ترادّ العينين أو أن يكون الخيار بشرط بقاء العينين*.

---

*) *وفيه أن كون الشك في المقتضي إنما هو لو كان الشك في أنه له الرجوع في العقد مطلقاً أو في صورة بقاء العينين. وأما لو كان المحتمل هو أن يكون الثابت له أولاً هو نفس الترادّ مثلاً فيكون المستصحب مردداً بين ما هو يقتضي الارتفاع وبين ما هو مشكوك البقاء، واستصحاب القدر المشترك أيضاً ليس بنافع في المقام لعدم وجود أثر للقدر المشترك.*

إن قلت: إنه تقدم أن أدلة الخيارات تجري في المعاطاة، ومقتضاها هو الخيار في رفع أصل البيع كما في غير المعاطاة. وعلى هذا فإذا ثبت خيار المجلس فنستصحب الخيار.

قلت: خيار المجلس قد علم ارتفاعه وإنما الشك في أنه كان معه خيار آخر يبقى أم لا، فاستصحاب الفرد غير جارٍ، واستصحاب القدر المشترك قد عرفت أنه ليس بنافع. اللهمّ الّا أن يقال: إن جواز الرجوع في أصل المعاملة قد ثبت أولاً، ونحن نحتمل بقاءه بعينه؛ إذ ليس ما يبقى شيء آخر. وإنما يكون علة حدوثه من أول الأمر من جهة خيار المجلس، وعلة بقائه تكون شيئاً آخر. ونحن ذكرنا في محله أن الإستصحاب مع الشك في المقتضي يكون حجة.

ثمّ لا يخفىٰ أن مقتضى القاعدة أن / ٨٥٥ / يكون جواز الرجوع في أصل المعاملة ثابتاً في المعاطاة في زمان خيار المجلس أو غيره من الخيارات. أما لو كان هذا المعنىٰ ثابتاً في المعاطاة من أول الأمر إلى آخره فلا إشكال فيه.

أما لو كان جواز المعاطاة عبارة عن أمر آخر - وهو جواز ترادّ العينين - فحينئذٍ نقول: لا وجه

وعلى هذا فيصير الإستصحاب مع الشك في المقتضي، بل أقول: على بعض احتمالاته يصير داخلاً في استصحاب الكلي أيضاً.

أقول: نحن قلنا في محله بحجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي، ثمّ إنه لو قلنا بعدم حجية الإستصحاب هنا بوجه من الوجوه فيصير اللزوم مطابقاً مع القواعد وإلّا فيصير الدليل على اللزوم في صورة تلف العينين منحصراً بالاجماع.

ثمّ هذا كلّه في إثبات عدم بقاء الخيار مطلقاً بعد تلف العينين، والّا فبناءً على ما قلنا سابقاً من مجيء أدلة الخيارات في المعاطاة أيضاً، فنقول: إن الخيارات الثابتة لمطلق البيع نظير خيار الحيوان وأمثال ذلك تكون ثابتة ولو بعد التلف إن قلنا: إن الإجماع القائم على الخيار مطلقاً بعد التلف، والّا فلا تنفى الخيارات الخاصة نظير خيار الحيوان وأمثال ذلك إلّا أنه قد يدّعى أن الظاهر أن / ٨٥٥ / الإجماع قائم على أن المعاطاة تصير لازمة من جميع الجهات*.

[تلف إحدى العينين]

هذا كلّه فيما لو تلفت العينان، وأما لو تلفت إحدى العينين فيكون حاله بعينه مثل صورة تلف العينين.

نعم، يكون بينهما فرق من جهتين:

الأولى: أن الإجماع على لزوم المعاطاة بعد تلف إحدى العينين ليس مثل الإجماع في صورة تلف العينين معاً كما نسب إلى الشهيد الثاني[1] ظاهراً من أنه يقول بكلام يدلّ على أنه مردد في ثبوت الإجماع هنا**.

لدعوىٰ انصراف أدلة الخيارات عن المعاطاة. (منه قدس سره).

*) *وفيه أنه كيف يجوز دعوى الإجماع مع أنه قال الشيخ (ره) هناك: إن أثر جريان الخيارات في المعاطاة يظهر بعد التلف. (منه قدس سره).*

١) مسالك الأفهام ١٤٩/٣.

**) *تلخص من جميع ما ذكرنا في الحواشي أنه في صورة تلف العينين يكون مقتضى القاعدة هو*

الثانية: أن استصحاب الخيار في صورت تلف العينين كان معارضاً بأصالة البراءة من ضمان المثل لكلّ واحد من المتعاطيين، وفي صورة تلف إحدى العينين يكون معارضاً باستصحاب بقاء ملكية العين الباقية لغير التالف وبأصالة براءة ذمة التالف عن ضمان المثل إلّا أنه يكون استصحاب الخيار على فرض جريانه مقدماً على كلّ حال.

وأما بناء على القول بالإباحة في المعاطاة فنقول: إنه لو تلفت العينان / ٨٥٦ / فحينئذٍ يبدو بالنظر عدم الضمان، وذلك لأن كلّ واحد منهما كان مأذوناً إما من الشارع وإما من المالك؛ حيث إنّ المعاطاة إما تفيد الإباحة الشرعية أو الإباحة المالكية، وكلّ تصرف كان بإذن الشارع أو المالك فليس منشأ للضمان كما في العارية وأكل المارّة.. إلى غير ذلك.

ولكن بنظر التأمل نقول: إن اليد موجبة للضمان، وذلك لأن اليد كانت مقتضية للضمان في جميع الموارد بمقتضىٰ قوله ﷺ «على اليد..»[1] اه، ولا دخل لما نحن فيه بالأمانات حتى يقال: إنها خرجت عن تحت قاعدة «على اليد» مطلقاً بحيث ثبوت الضمان فيها محتاج إلى دليل خاصّ مخصِّص للأدلة الدالّة على عدم الضمان في الأمانات.

وأما ما قلت من أن الإذن الشرعي أو المالكي يكون رافعاً للضمان، ففيه أن ما دلّ على عدم الضمان في هذه الموارد هو الإجماع، والإجماع دليل لبّي ليس له إطلاق حتى نأخذ بإطلاقه ونقول بعدم الضمان بكلّ مورد ثبت الإذن في التصرف في الجملة.

اللزوم لقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أو غيره من أدلة اللزوم. ومع غمض العين عن ذلك لا مانع من استصحاب الخيار الثابت في أول الأمر من جهة خيار المجلس؛ فتدبّر.

وظهر أنه لو تلف واحد منهما يكون المرجع استصحاب الخيار؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

بل نقول*: ان القدر المتيقن من مورد الإجماع على عدم الضمان إنما هو في صورة كان الإذن مجاناً نظير العارية وأكل المارّة وأشباه ذلك. وأما إذا لم يكن الإذن في التصرف مجاناً بل إنما يكون في مقابل العين الأخرىٰ، فهنا لا دليل على أن هذا الإذن يكون رافعاً للضمان**.

نعم، كان قصد المالك أن الإذن في التصرف يكون في مقابل ثمن المسمىٰ، لكنّه غير ممضىٰ، فلابدّ من الضمان بثمن المثل كما هو مقتضىٰ قاعدة «على اليد».

وعلى هذا لابدّ أن يصير كلّ واحد منهما ضامناً بثمن المثل.

وأما لو تلفت إحدى العينين / ٨٥٧ / فنقول***: إن الوجه الذي ذكرنا في الحاشية لرفع الضمان التالف يكون جارياً هنا أيضاً. وعلى هذا فإذا تلف المبيع عند المشتري فلا ضمان عليه مع أن الثمن أيضاً يكون باقياً على ملكه، فله أن يأخذ من البايع لقوله «الناس مسلّطون»[1].

وهذا موجب للجمع بين العوض والمعوض، فلابدّ أن نرفع اليد من أحد الأصلين للعلم الإجمالي بمخالفة أحدهما للواقع****.

---

*) *تقدم قبل ثلاثة عشر ورقاً من الأستاد (ره) دعوى منع الضمان، وسيأتي قبل التعرض لشرايط المتعاقدين أن الأستاد (ره) تبعاً لما نقله عن الشهيد (ره) استدلّ لكون الإذن المالكي والشرعي مطلقاً رافعاً للضمان بقوله تعالى ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾* [التوبة: ٩١] *في التلف والاتلاف، ونحن ذكرنا هنا أنه يدلّ على رفع الضمان قوله تعالى في سورة الشورىٰ* [: ٤٢] *﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ﴾ الآية. (منه قدس سره).*

**) *وعدم الضمان في صورة عدم الرجوع غير معلوم، غاية الأمر أنه كان لكلّ منهما الاكتفاء في الضمان بما أخذ في مقابله. (منه قدس سره).*

***) *أقول. (منه قدس سره).*

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

****) *ونحن لما أثبتنا رفع الضمان بالدليل الإجتهادي كقوله تعالى ﴿ إنما السبيل ﴾ فيثبت لازمه، وهو ارتفاع ملكية المشتري عن الثمن، فيرتفع استصحاب ملكيته للثمن.*

ثمّ إن شيخنا المرتضىٰ جعل استصحاب بقاء الثمن على ملك المشتري حاكمة على أصالة عدم ضمان المشتري لعوض المبيع الذي تلف عنده.

[الكلام في التلف الحكمي]

وأما التلف الحكمي فيكون حكمه حكم التلف الحقيقي بجميع أقسامه الّا أن الإشكال يقع في الصغرىٰ، وهو أن التلف الحكمي في أي مورد يكون وفي أي مورد لا يكون، فنقول: لو انتقل أحدهما العين الموجودة عنده بثالث فحينئذٍ يقع الكلام في أنه لو رجع الآخر فهل له ذلك أم لا؟ وأيضاً هنا كلام آخر من أن البايع الثاني هل يكون له فسخ المعاطاة بأن يأخذ العين من المشتري الثالث فيعطى بالمشتري في المعاطاة، فيفسخ المعاطاة أم لا؟

أما الأول وهو أنه هل يكون لمن كانت العين المأخوذة في المعاطاة عنده موجودة ولم تنتقل عنه أن يفسخ المعاطاة ويلزم الآخر بردّ العين المنتقلة إلى الثالث أم لا؟ فنقول: أما لو كان النقل بعقد لازم فحينئذٍ يصير بحكم التلف؛ إذ مقتضىٰ أدلة لزوم هذا العقد أن لا يجوز /٨٥٨/ لأحدهما فسخه. بناءً على هذا، فالبايع الثاني غير متمكن من ردّ العين بحكم الشارع، فتكون العين بحكم التالف.

وأما لو كان النقل بعقد جائز فظاهر ما يقوله في المكاسب هنا هو أنه لو قلنا إن المعاطاة تفيد الملك فنقول لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، سواء كان النقل الثاني بطريق الهبة أو المعاوضة.

وأما بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة فنقول: لو كان النقل الثاني بطريق المعاوضة فهنا أيضاً ليس الإلزام بالرجوع لمالك العين الباقية، بخلاف ما لو لم يكن معاوضة كما لو كان هبة.

وفيه أولاً أن هنا إما أن يكون الدليل على الضمان وهو «على اليد» اه، أو على عدم الضمان وهو قوله تعالى ﴿إنما السبيل﴾، وعلى كلّ لا يبقىٰ مجال لإجراء أصالة عدم الضمان.

وثانياً نمنع الحكومة.

وأيضاً قال في منع جريان أصالة /٨٥٨/ عدم الضمان بأن الضمان هنا معلوم؛ غاية الأمر أنه مردّد بين المثل أو القيمة وبين العوض المجعول.

وفيه أن الشك في تعلق المثل على ذمّته؛ فتدبّر /٨٥٧/. (منه قدس سره).

ولا يخفىٰ أنه إنما قال بعدم جواز الالزام بالرجوع بناءً على القول بالملكية من باب أنه بعد الرجوع يكون بمنزلة ملك جديد، والملكية السابقة قد تلفت، فرجوع مالك العين الباقية في هذه العين المرجوعة فيها يكون نظير رجوعه في سائر أموال المالك الثاني.

وأما ما ذكر من التفصيل بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة بين المعاوضة وغيرها يكون لأحد الوجهين:

الأول: أن يكون من باب أن المعاوضة يكون بالبيع. والمفروض أنه لا بيع الّا في ملك. وعلى هذا فلابدّ أن يصير المبيع بالبيع الثاني آناً ما قبل البيع الثاني ملكاً للبايع حتى يجوز بيعه. فبعد البيع الثاني كأنه تلفت هذه العين، فلو رجع في البيع الثاني فتصير العين بمنزلة ملك جديد للبايع الثاني.

وهذا بخلاف ما لو كان النقل الثاني بالهبة، فإنه لم يتوقف على الملكية، فمن ابتداء الأمر تخرج العين من المالك الأول إلى الموهوب له*، فلا مانع / ٨٥٩ /

---

*) *لو فرض أن العين تنتقل من المالك الأول وفرضنا أن العقد الثاني يكون جائزاً فحينئذٍ يكون العقد الثاني عن المالك الأول ـ والمفروض أنه جائز ـ فيكون للمالك الأول الرجوع فيه.*

وأما لو فرضنا أن العين تنتقل من نفس الناقل الثاني فحينئذٍ نقول: إنا إما أن نبني على أن الخيار الثابت في المعاطاة خيار ترادّ العينين وإما أن نبني على أنه خيار فسخ المعاملة كما تقدم القولان فيها ورجّحنا القول الأخير.

أما لو بنينا على القول الأول وأن الثابت فيه خيار ترادّ العينين، فنقول: إن معناه كما تقدم أن لكلّ منهما حق تملّك العين الذي يكون عند الآخر بشرط أن يملّك ما عنده بالآخر. وعلى هذا فتخرج العين عن الطلقية / ٨٥٩ / فحينئذٍ يشكل صحة النقل الثاني رأساً.

فإن قلنا: إن الإجماع على صحة التصرفات الناقلة في المعاطاة يكشف من أن حق ترادّ العينين يزيل بآنٍ ما قبل النقل الثاني لاشتراط الطلقية في النقل الثاني، فيصير الأمر واضحاً كما أنه لو قلنا بما رجّحناه في محله من أن تعلق حق الغير بالعين لا ينافي صحة بيعها لأن البيع يوجب تبديل الملكية وهو لا ينافي مع تعلق حق الغير به كما أنه لا ينافي تعلق حق الغير به كونها ملكاً للمالك الأول.

فعلى هذا يكون للمالك الرجوع في العين بنفسه كما أن لوليّ المجني عليه استرقاق العبد

الجاني بعد بيع مولاه آياه بثالث .

كما أنه لو شككنا في أن حق ترادّ العينين هل يبقىٰ بعد بيعه ثانياً أم لا ، فنقول : لا مانع من استصحاب هذا الحق لبقاء الموضوع عرفاً وهو العين ، وتغير صفة الملكية فيه غير مضرٍّ بجريان الإستصحاب فيه لبقاء الموضوع العرفي كما هو واضح .

نعم ، لو كان للعقد ما يقتضي لزومه فحينئذٍ نقول : إن المقتضي لو كان من الأدلة الاجتهادية مثل ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] فهذا الدليل الاجتهادي مقدّم على استصحاب بقاء الحق فيصير العين بحكم التالف ؛ فتأمل .

بل ليس للمالك الأول الرجوع إلى المثل والقيمة أيضاً .

وأما لو كان المقتضي للزوم من قبل استصحاب الملكية التي تقدم في محله أنه من أدلة لزوم العقود ، فحينئذٍ نقول : لما يكون الشك في بقاء الملكية بعد رجوع المالك الأول ناشياً من بقاء حقه في العين ، فيكون استصحاب حق ترادّ العينين سببيّاً ، فيكون مقدماً .

وأما على الثاني من كون الخيار في المعاطاة / ٨٦١ / خيار فسخ المعاملة كما رجّحناه سابقاً ، فحينئذٍ يكون مثبتاً من البيع من غير ذي الخيار في زمان الخيار وتعرضنا لحكمه في خيار الغبن وغيره .

وملخّصه أن البيع الثاني لا مانع من تقدم تعلق حق من الغير بالعين ، لكن لذي الخيار في المعاطاة فسخ المعاملة ، لكنّه مع تلف العين يرجع إلى المثل والقيمة ، وقلنا إن مدركه « على اليد » اه ، وان مقتضاه وجوب ردّ العين مع الإمكان ووجوب ردّ بدله في صورة تعذر ردّ العين .

وعلى هذا نقول في المقام : لو كان العقد الثاني لازماً يتعذر على الناقل ردّ العين بخلاف ما لو كان جائزاً ، فللمالك الأول الزام الناقل بفسخ العقد الثاني وردّ الثمن كما أنه قلنا إن العقد الثاني لو كان لازماً فأخذ البدل بمقتضي فليس للمالك الأول الرجوع إلى العين لو صار الناقل مالكاً لها بتقايل أو غيره لأن غاية قوله « على اليد » اه حصل بأداء البدل ولا يلزم عليه الأداء مرتين .

والرجوع في العين مع أخذ بدل الحيلولة إنما هو لعدم خروج العين من ملك المالك الاول رأساً ؛ فتدبّر . / ٨٦٢ /

وأما حكم رجوع الناقل الثاني بأن يفسخ المعاملة الثانية ثمّ يفسخ المعاطاة ، وهنا نتكلّم على ما هو الحق من أن الخيار الثابت في المعاطاة خيار فسخ المعاملة لا ترادّ العينين ، فنقول : استدلّ على ثبوت الخيار له باستصحاب بقائه .

ونوقش على هذا الإستصحاب من وجوه :

للمالك الأول أن يرجع فيما وهب من ماله.

الثاني: أن يكون المراد أنه في صورة المعاوضة لما يريد أن يتصرف في العوض، فيقصد المعاوضة عن نفسه، ويتوقف هذا على الملكية، فلابدّ أن تقدر الملكية آناً ما قبل المعاوضة لتصح المعاوضة.

وأما لو كان النقل بالهبة فلا يكون في البين عوض حتى يريد أن يصير العوض ملكه فيقصد الهبة عن نفسه، فيحتاج إلى تقدير الملكية آناً ما قبل الهبة. انتهى إيضاح ما في المكاسب*.

منها: أنه من الشك في المقتضي. وفيه أنه حجة عندنا.

ومنها: أنا نعلم هنا بارتفاع الخيار؛ لأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إسقاط لخياره.

وفيه أنه في بعض الخيارات وإن قام الدليل على كون التصرف أو الرضاء موجباً لسقوط حق الخيار؛ لكنه على خلاف القاعدة على ما ذكرناه في محله، يقتصر على مورده.

وأما صيرورة التصرف مسقطاً لحق الخيار على أن القاعدة مشروطة بأن يكون الخيار حقاً لا حكماً وأن يقصد اسقاط حقه بالتصرف، وهما مفقودان في المقام.

إن قلت: إن الشرط الأول يمكن إحرازه في المقام بناءً على الوجه الذي ذكرناه سابقاً لإثبات الخيار في المعاطاة باستصحاب الخيار الثابت في حال المجلس مع أن الخيارات المنصوصة من قبيل الحقوق مسلماً كما أوضحناه في محله.

قلت: نحن لا نعلم كون الخيار الثابت في المعاطاة قابلاً للسقوط / ٨٦٣ / بالاسقاط في الزمان الأول أيضاً حتى يستصحب ذلك وتقدّم على استصحاب نفس الخيار لو فرض أنه قصد اسقاط الخيار بالتصرف.

والسرّ في ذلك أنه في أول البيع وإن قلنا بجريان أدلة خيار المجلس، لكن نحتمل أن يكون المعاطاة بنفسها جائزة كالهبة. والجواز والخيار ليس بشيئين، بل نعلم أن له فسخ المعاملة ويكون التردد في علته.

وهذا لا يمنع من استصحاب الخيار، لكن يمنع من استصحاب بقاء حق الاسقاط لهذا الحق لعدم العلم بالحالة السابقة له؛ فتدبّر جيّداً / ٨٦٤ /. (منه قدس سره).

**) ولا يخفىٰ أن مراد المكاسب هو أنه لو كان العقد الناقل من المعاوضات كالبيع فهذا العقد لا يؤثر إلّا في جعل أحد العوضين مقام الآخر. وعلى هذا نقول: إن مفروض كلامنا أن أحد المتعاطيين يجوز له بيع ما عنده ويصير ثمنه ملكاً له.*

وعلى هذا نقول: لا يمكن أن يصير الثمن ملكاً له الّا بعد أن يصير المبيع آناً ما قبل البيع ملكاً

ونحن نقول: لا وجه للفرق بين المعاوضة ومطلق التمليك بناءً على القول بالإباحة، بل مقتضىٰ القاعدة هنا أن نقول: إن لنا هنا دليلاً عاماً على أن المعاطاة تكون غير لازمة.

ثمّ إن العام المذكور له مخصص، وهو أن المعاطاة تصير لازمة بالتلف. وفيما نحن فيه يكون الشك في تحقق مصداق التلف بمجرد النقل والانتقال.

وعلى هذا نقول: لو كان النقل لازماً فلا إشكال في أنه يكون بحكم[1] كما تقدم، بخلاف ما لو كان النقل جائزاً، فإنه لا مانع هنا بحسب الشرع من ردّ المال المنقول إلى مالكه الأول.

غاية الأمر أنه في زمانٍ كان الخيار ثابتاً مسلّماً، كان هذا المال ملكاً للبايع الثاني، والمفروض فيما نحن فيه أن زمان الخيار يكون في وقتٍ انتقل المال من البايع الثاني إلى ثالث، فهنا تغيّرت صفة من صفات هذه العين / ٨٦٠/ حيث إنّه تكون العين في زمان الرجوع ملكاً لغير من كان ملكاً له أولاً. وسيأتي حكم صورة تغيّر صفات العين ـ إن شاء الله تعالى ـ.

نعم، لقائل أن يقول: لا نسلّم ثبوت دليل عام على جواز الرجوع حتى نحتاج هنا إلى إثبات عنوان المخصص، وعلى هذا ففي غير صورة نعلم بجواز الرجوع نتمسك بما دلّ على أن الأصل في المعاطاة أيضاً هو اللزوم بناءً على تمامية أدلة اللزوم. وتقدم الكلام فيها.

أقول: هذا يتمّ بناءً على القول بالملكية، وأما بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة فيصير الأمر بالعكس.

له، فخرجت العين عن ملك المالك الأول ولا يرجع إليه بعد الفسخ أيضاً.

وأما في الهبة فلا يصير آناً ما ملكاً له، بل لا مانع من أن ينقل من المالك الأول، فبعد الفسخ أيضاً يرجع إليه. (منه قدس سره).

١) كذا.

وأما الثاني، وهو أنه يكون لمن انتقلت العين عنه إلى ثالث أن يفسخ المعاطاة بأن يأخذ العين من الثالث ويعطيها إلى مالكها الأول ليفسخ المعاطاة أم لا. ونسب إلى الجواهر أنه يقول*: ليس له أن يفسخ؛ للأصل.

وقياس ما نحن فيه بالبيع الخياري في غير محله؛ لأن جواز الفسخ في الصورة المفروضة ثابت بالنصّ؛ انتهىٰ.

ولعلّ مراده بالأصل هو القاعدة المعروفة بين الفقهاء من أن التصرف فيما انتقل إليه موجب للزوم كما أن التصرف فيما انتقل عنه موجب للفسخ**.

وأورد عليه بأنا نسلّم أنه لا يجوز الفسخ فيما نحن فيه الّا أن جواز الفسخ في البيع الخياري أيضاً ليس بالنص، بل يكون بمقتضى القاعدة.

[لا فرق بين الحكم والحق في المقام]

وبيان ذلك أنه لا يخفىٰ عليك أنه فرق بين الحق والحكم؛ إذ الحق ما يكون قابلاً للنقل والاسقاط أو أحدهما والحكم ما ليس قابلاً لشيء منهما، ومن غير هذه الجهة متساويان.

وإذا عرفت ذلك / ٨٦١ / فاعلم أن الخيار تارة يكون حقاً كما في البيع الخياري، ولذا يسقط بالاسقاط ويورّث. وتارة يكون حكماً كالخيار في الهبة، فإنه لا يورث ولا يسقط بالاسقاط.

---

*) *كشف الغطاء ظاهراً. (منه قدس سره).*

**) *كلام الجواهر أن مجرد تصرف أخذ المتعاطيين فيما عنده لا يوجب لزوم المعاطاة للأصل. بقي استصحاب الخيار الذي نمقه في الحاشية.*

وأما كون التصرف من ذي الخيار في البيع موجباً لسقوط خياره فللنص.

ونحن ذكرنا في الحاشية أن النص في الجملة، وذكرنا ما هو مقتضى القاعدة في تصرف ذي الخيار أيضاً في أبحاث؛ فتدبّر حكم المسألة في الهامش بعد ثلاثة صفحات. (منه قدس سره).

وإذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو تردّد الخيار أو غير الخيار من الحقوق بين أن يكون حقاً بالمعنى المذكور أو حكماً فمقتضى الأصل أن يكون حكماً؛ إذ الأصل عدم انتقاله وعدم سقوطه.

ثمّ إنك عرفت أن التصرف فيما انتقل إليه موجب للزوم. وذلك ليس مطلقاً؛ إذ التصرف فيما انتقل إليه يكون بمنزلة اسقاط حق الخيار، فلو كان الخيار حقاً كما في البيع الخياري فحينئذٍ يسقط بالاسقاط، ويسقط بالتصرف فيما انتقل إليه أيضاً؛ إذ ذلك أيضاً يكون بمنزلة إسقاط حق الخيار*.

وأما لو كان الخيار حكماً كما في الهبة فلا يسقط بالاسقاط فضلاً عن التصرف فيما انتقل إليه الذي هو بمنزلة الاسقاط.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن حق الخيار في المعاطاة يحتمل أن يكون حقاً بالمعنى السابق أو حكماً، والشيخ[1] هنا يصرّح بأنه من قبيل الحكم.

وقد عرفت أنه في الصورة المذكورة يكون مقتضى القاعدة أن نقول: إنه حكم.

وعلى هذا فلابدّ أن لا يسقط بالاسقاط أو ما هو بمنزلة الاسقاط، بخلاف حق الخيار في البيع الخياري، فإنه ثبت أنه من قبيل الحق، فيسقط بالاسقاط أو ما هو بمنزلة الاسقاط أعني التصرف فيما انتقل إليه.

---

*) *جاء بين السطور هكذا: «في بحث الفضولي منعنا كون [...] التصرف مطلقاً مسقطاً أو موجباً للفسخ». (منه قدس سره).*

١) كتاب المكاسب ٣/٧٢.

[فروع]

ثمّ إن هنا فروعاً لا بأس بأن نشير إليها: / ٨٦٢ /

[إعادة العين ـ بعد ما بيع بالثالث ـ إلى الثاني]

الأول: أنه لو عادت العين بعد ما بيع بالثالث إلى البايع الثاني بواسطة الفسخ أو الإقالة، فحينئذٍ تارة يقع الكلام في أنه يجوز للبايع الثاني أن يفسخ المعاطاة أم لا، وتارة يقع الكلام في أنه يجوز للطرف الآخر الذي لم يبع ما عنده أن يفسخ المعاطاة أم لا؟

ولا يخفىٰ عليك أن حكم صورة إعادة العين يكون من هذه الجهة مثل حكم صورة لم يعد العين.

نعم، لو أعاد العين لا يكون فيه فرق بين أن يكون نقل العين إلى الثالث بعقد جازمٍ[1] أو لازمٍ بخلاف صورة لم يعد العين، فإنه لو كان النقل بعقدٍ لازم فيكون بحكم التلف بلا إشكال.

[لو باع ثالثٌ فضولاً لإحدى العينين]

الثاني: أنه لو باع ثالث فضولاً لأحدى العينين، فلكلّ واحدٍ من المتعاطيين اجازته أو ردّه، سواء قلنا في المعاطاة بالإباحة أو الملك.

وعلى هذا فتارة يجيز المالك الأوّل للعين وتارة يجيز المالك الثاني وتارة

---

١) كذا، والظاهر: بعقد جائز.

يجيزا[ن] معاً، وتارة يجيز أحدهما ويردّ الآخر.

أما لو أجاز المالك الأوّل وسكت الآخر، فحينئذٍ أما بناءً على القول بالإباحة فلا محظور فيه حيث إنّ العين تكون ملكه. نعم، إجازته تصير فسخاً للمعاطاة؛ بل رافقه لموضوعها، فيكون قوله «أجزت» بمنزلة أن يقول «رجعت عن المعاطاة وأجزت العقد الفضولي».

وأما بناءً على القول بالملك فحينئذٍ نقول: إن المفروض أن العين ليست ملكاً للمالك الأول، غاية الأمر أنه كان للمالك الأول أن يفسخ المعاطاة، فيصير قوله «أجزت» بمنزلة «رجعت وأجزت».

وحينئذٍ نقول: إنه لو كان بين قوله «رجعت عن المعاطاة» وبين قوله «أجزت العقد / ٨٦٣ / الفضولي» فصل بحسب الزمان، فلم يكن فيه محظور حيث إنّ النقل كان من ملك المجيز حقيقة*.

وأما لو لم يكن في البين فصل بحسب الزمان كما فيما نحن فيه، فحينئذٍ لابدّ أن تقدر الملكية آناً ما للمجيز أولاً حتى يكون النقل من ملك المجيز. وذلك لأن إطلاق أدلة الفضولي وأدلة صحة الإجازة يجيء فيما نحن فيه، والمفروض أنه يتوقف على الملكية، فلابدّ أن تقدّر الملكية كما قلنا.

أقول: في مجيء الاطلاقات هنا تأمّل**.

إن قلت: إن المجيز لابدّ أن يكون مالكاً، وفيما نحن فيه يكون المفروض أن العين ليست ملكاً له.

قلت: بعد ما قلنا من أن إطلاق أدلة الفضولي يشمل لما نحن فيه، فنقول: لا تلزم الملكية الفعلية، بل يكفي أن يكون المجيز ممّن ملك أن يملك كما يقولون

---

*) *نعم، صحة ذلك مبنيّ على صحة الفضولي لمن لم يكن مالكاً للمبيع حال العقد وصار مالكاً له حال الإجازة مثل من يبيع مال الغير لم يشتره من مالكه فيجيز بيعه الأول. (منه قدس سره).*

**) *بل منع. (منه قدس سره).*

ـ ظاهراً ـ بذلك في الإجازة للفضولي وفي البيع الخياري؛ فإن في أمثال هذه الموارد إنما يكون المجيز مالكاً لأن يملك، وليست العين ملكاً له فعلاً.

إن قلت: سلّمنا ذلك الّا أنه نقول: سيأتي بُعيد ذلك إن شاء الله أن من شرايط صحة البيع الفضولي أن يكون المتبايعان واجدين لشرايط صحة البيع من حين صدور العقد من الفضول إلى حين الإجازة من المتبايعين أعني المالكين، وكذلك العين التي وقعت عليها لابدّ أن تكون واجدةً للشرايط في ظرف المدّة المذكورة.

وعلى هذا نقول: إن من جملة شرايط صحة البيع أن يكون البايع مالكاً للمبيع والمشتري مالكاً للثمن فلابدّ أن يكون المجيز فيما نحن فيه / ٨٦٤ / الذي هو أحد المتبايعين مالكاً للعين التي تنتقل منه بالعقد الفضولي من أول زمان صدور العقد الفضولي إلى زمان الإجازة مع أن المفروض فيما نحن فيه أن المجيز إنما يملك العين من نفس الاجازة، فلم يكن مالكاً للعين من قبل الإجازة إلى زمان صدور العقد الفضولي من الفضولي.

قلت: بعد ما بنينا على أن إطلاق أدلة* الفضولي يشمل لما نحن فيه، فهنا لابدّ إما أن نقول بعدم اشتراط أن يكون المجيز مالكاً للعين من أول زمان صدور العقد الفضولي إلى زمان الإجازة أو أن نقول: إن الإجازة يكشف عن كون المجيز مالكاً

---

*) *ليس في أدلة الفضولي ما يقتضي هذا التعميم إلّا العمومات، فدعوى خروج مثل هذا العقد عن تحتها غير معلوم.*

إن قلت: إن الصحة تتوقف على تقدير الملكية آناً ما قبل الإجازة بل على القول باعتبار كون المجيز مالكاً من زمان صدور العقد لابدّ من كشف الإجازة من الملكية من تلك الزمان.

قلت: قد حقق في محله أن الأصل اللفظي يرفع كلّ أصل عدمي على خلافه. فلا مانع من التزام هذا التقدير والكشف من جهة العمومات.

ثمّ هذا الوجه يأتي في صورة أجاز المالك الثاني على القول بالإباحة، بل هنا يريد أن الإجماع والسيرة على صحة تمام التصرفات على القول بالإباحة في المعاطاة يقتضي ذلك التقدير والكشف أيضاً، بل مقتضى ما ذكرنا أن يكون القول بصحة الفضولي في مسألتنا أولى من القول بصحة الفضولي فيمن باع، ثمّ ملك فأجاز. (منه قدس سره).

للعين من أول زمان صدور العقد الفضولي إما كشفاً حقيقياً أو حكميّاً؛ فافهم.

وأما لو أجاز المالك الثاني وسكت المالك الاولى فحينئذٍ بناءً على القول بالملك لا إشكال في البين حيث إنّ العقد الفضولي إنما وقع على ماله والمفروض أنه أجازه.

وأما بناءً على القول بالإباحة فتكون العين ملكاً للمالك الأول بعدُ، الّا أنه ثبت أن جميع التصرفات المتوقفة على الملك يكون جائزاً لمن أراح له المالك بالمعاطاة.

نعم، في التصرفات المتوقفة على الملكية قد تقدم أنه لابدّ من تقدير الملكية آناً ما حتى لا يصير مخالفاً للقواعد.

وبعض الاشكالات الأخر تكون سارية هنا أيضاً، إلّا أن جوابه يعلم مما ذكرنا في صورة أجاز* المالك الاوّل.

وإذا عرفت أنه يكون لكلّ واحد منهما الإجازة والردّ**، فنقول: أما لو أجازا معاً بالتدريج فحينئذٍ لو قلنا إن الإجازة ناقلة، فلابدّ أن نقول بصحة الإجازة من الأول. فالإجازة / ٨٦٥ / الثانية وقعت في غير محلها.

وأما بناءً على القول بأن الإجازة تكون كاشفة يحتمل في البين وجوه ثلاثة:

الأول: وهو أردء الوجوه، بل ليس له وجه، هو أن الإجازة الأولى لا تؤثر بخلاف الثانية، وذلك لأن من شرايط صحة الإجازة الأولى أن لا توجد الإجازة الثانية في البين؛ لأنه إذا وجدت الإجازة الثانية فيكشف من سبق صيرورة الثمن ملكاً للمجيز الثاني، وأن العين قد انتقلت عن ملكه. وعلى هذا فيكون الإجازة

---

*) *تقدير الملكية آناً ما هنا هو عين ما يقولون به في المعاطاة من صحة جميع التصرفات وأنه لابدّ من تقدير الملكية آناً ما فيما يتوقف على الملكية. وهذا بخلاف ما لو أجاز المالك الأول؛ فتدبّر. (منه قدس سره).*

**) *في بحث الرد في أواخر بيع اللفضولي ذكرنا بعض القول. (منه قدس سره).*

الأولى لغواً.

وفيه: أن هذا الوجه ليس أولى من العكس بأن نقول: إن الإجازة الثانية تكون فاسدة؛ لأن الإجازة تكون كاشفة بعكس ما ذكرت.

الثاني: وهو أوسط الوجوه، أن الإجازتين تتعارضان، فتسقطان حيث إنّ كلّ واحد منهما تكشف عن خلاف ما تكشف عنه الأخرىٰ. ولا وجه لأن تصير إحداهما مبطلاً للأخرىٰ.

الثالث أن نقول: إن الإجازة الأولى تكون مقدمة، وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أن شرط صحة الفضولي أن يكون المالكان واجدين لشرايط البيع الصحيح من حين صدور العقد إلى زمان صدور الإجازة. وكذلك العينان لابدّ أن تكونا واجدتين للشرايط في ظرف هذه المدة.

وعلى هذا نقول: إن الإجازة الأولى لا مانع من صحتها أصلاً حيث إنّه كان تمام الشرايط في ظرف هذه المدة موجودة، فتؤثر أثرها.

وهذا بخلاف الإجازة الثانية، فإن من شرايط صحتها عدم صحة الإجازة الأولى / ٨٦٦ / التي كانت قبلها حيث إنّها لو كانت صحيحة فلا تبقىٰ العينان واجدتين للشرايط بالنسبة إلى الإجازة الثانية.

إن قلت: إن صحة الإجازة الأولى أيضاً تتوقف على عدم صحة الإجازة الثانية.

قلت: هذا مسلّم الّا أن ما ذكرنا وجه لتقدم الإجازة الأولى؛ إذ بين العقد والإجازة لم يوجد مانع بالنسبة إلى الإجازة الأولى. وهذا بخلاف الإجازة الثانية؛ فافهم*.

---

*) *في بحث الردّ في البيع الفضولي قلنا على القول بأن الإجازة كاشفة: إن المجيز وإن لم يكن مالكاً للمبيع مثلاً فعلاً حال الاجازة، الّا أنه لابدّ من أن يكون مالكاً له لولا إجازته التي تصدر منه. وعلى هذا نقول: إن هذا الشرط مفقود للمجيز الثاني في المقام كما لا يخفىٰ. (منه قدس سره)*.

وأما لو كانت الاجازتان في آنٍ واحد، فلابدّ أن نقول في هذه الصورة بالتساقط.

وأما لو أجاز أحدهما وردّ الآخر فحينئذٍ قد يقال: إن قول الرادّ مقدم، وذلك لأن ما نحن فيه يكون نظير ما يقولون من أنه لو انتقل حق الخيار إلي الورثة فأجاز بعض الورّاث وردّ بعض آخر: إن قول الفاسخ والرادّ يكون مقدماً. وذلك لأن الإجازة بمنزلة إسقاط الحق، والردّ والفسخ بمنزلة الالتزام بالحق وأخذه. ولا إشكال في أن قول من يريد أخذ حقّه مقدم على قول من يريد إسقاط حقه. والقدر الجامع بين مسألتنا وهذه المسألة أنه يكون في البين حق مشترك بين شخصين يريد أحدهما إسقاط[ه] والآخر يريد أن يأخذه.

هكذا قد يقال.

ولكن يرد عليه أن مسألتنا ليست من هذا القبيل؛ لأن المالك الأول سواء أجاز العقد الفضولي أو ردّه يصير فاسخاً للمعاطاة بخلاف المالك الثاني.

وعلى هذا فالمالك الأول ـ أيّ شيء ينوي ـ يريد أن يأخذ حقه لا أن يكون إجازته إسقاطاً للحق.

وعلى هذا فلو قلنا إن الإجازة تكون كاشفة عن صحة العقد ولم نقل إن الردّ يكون فيه كشف عن الفساد، بل الفساد في صورة الردّ يترتب على عدم تحقق الشرط وهو / ٨٦٧ / الاجازة، فحينئذٍ يكون قول المجيز مقدماً سواء تقدم أو تأخر.

وباقي فروض المسألة يعلم حكمه مما ذكرنا.

[تغيّر الصفة يوجب اللزوم أم لا؟]

الثالث: في أن تغيّر صفة من صفات إحدى العينين يوجب اللزوم أم لا؟

وذلك كطحن الحنطة وأشباه ذلك.

[نقل كلمات أستاد صاحب الجواهر]

ونقل في الجواهر هنا عن شرح استاده أنه يقول: إن جواز الرجوع مشروط بإمكان الترادّ، وبالخلوّ عن الضرر. وفيما نحن فيه يكون تغيّر الصفة موجباً لتلف صفة العين، فلا يمكن الترادّ بجميع خصوصيات العين، فلا يمكن فسخ المعاطاة في هذه الصورة.

وأورد على ما قال من أن جواز الرجوع مشروط بإمكان الترادّ بأن هذا الشرط ليس موجوداً في نصٍّ ولا معقد إجماع، فلا وجه للتعويل عليه بنفسه.

وعلى هذا نقول: إنه في صورة تلف العينين بحيث لا يمكن الترادّ بوجه من الوجوه، فهنا يكون الإجماع قائماً على اللزوم بخلاف صورة امتنع الترادّ بالنسبة إلى صفة العين، فإنه ليس هنا إجماع على اللزوم، فلابدّ أن نتكلّم هنا على طبق القواعد.

بل لعلّ مراد من تمسك بامتناع الترادّ في أمثال ما نحن فيه هو منع جريان استصحاب الجواز حيث إنّه نحتمل أن يكون المناط في بقاء الخيار هو إمكان الترادّ بجميع الخصوصيات، فيكون الإستصحاب هنا مع الشك في المقتضي، وهو ليس بحجة على بعض الأقوال.

[الإيراد على الجواهر وأستاده]

وأورد على ما قال من أن جواز الرجوع / ٨٦٨ / مشروط بالخلوّ عن الضرر في الجواهر[1] بأن حديث الضرار لو قضى باللزوم فيما نحن فيه، لقضى بذلك في البيع الخياري أيضاً مع أنّه من المسلّم أن التصرف مطلقاً لا يوجب اللزوم هناك.

وأورد على الجواهر بأنه لا وجه للمقايسة؛ أما أولاً: فبأن تلف الكلّ لم يكن موجباً للزوم في البيع الخياري حتى يتوهم أن تلف الصفة من العين أيضاً كذلك؛

---

١) جواهر الكلام ٢٣٦/٢٢.

بخلاف المعاطاة، فإن تلف العين هنا كان موجباً للزوم.

وثانياً: أن ما يتلف في البيع الخياري يكون مضموناً، فلا يجيء حديث الضرار. وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنه قد تقدم أن المتلف ليس مضموناً.

وعلى هذا فلو لم يصر لازماً فيصير موجباً للضرر.

[التغيّر بالأجود أو الأردء أو المساوي]

والتحقيق في المقام أن نقول: إن تغيّر صفة العين إما أن يكون بالأجود أو بالأردء أو بالمساوي. وعلى كلّ حال فإما أن نقول في المعاطاة بالإباحة أو الملكية. أما لو قلنا بالإباحة فحينئذٍ نقول بعدم اللزوم لقوله عليه السلام «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1].

إن قلت: إنا نحتمل أن يكون تغيّر الصفة موجباً لخروج العين عن الملكية.

قلت: نتمسك لإثبات الملكية بالاستصحاب، ثمّ نتمسك بقوله «**الناس مسلطون على أموالهم**»، والتمسك بالإطلاق أو العموم يحتاج إلى الإستصحاب أولاً.

نعم، في صورة كان الجواز موجباً للضرر وكان الضرر مرتفعاً بصيرورة المعاطاة لازمة سيأتي حكمها ـ إن شاء الله ـ.

وأما لو قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية فحينئذٍ نقول: إن مقتضىٰ استصحاب الملكية هو اللزوم الّا أنه يكون في البين استصحاب آخر لو تمّ مقدم على استصحاب الملكية لحكومته عليه، وهو استصحاب / ٨٦٩ / بقاء الخيار، الّا أن استصحاب الخيار* هنا يكون مع الشك في المقتضي لاحتمال أن يكون المناط في بقاء الخيار بقاء العينين بحيث يمكن الترادّ الحقيقي.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

*) *رفعنا الإشكال عن استصحاب الخيار في أدلة القول بالملكية عند التعرضات لمبعدات القول بالإباحة التي ذكرها صاحب كشف الغطاء في شرح القواعد. (منه قدس سره).*

هذا، مع أن الموضوع الحقيقي ليس في هذا الإستصحاب موجوداً لأن الخيار في السابق إنما كان في هاتين العينين المنضمّ إحداهما إلى خصوصية، والمفروض أنه في حال الإستصحاب ليست تلك الخصوصية موجودة.

فصحة الإستصحاب هنا موقوفة على أن يكون المعتبر في الإستصحاب بقاء الموضوع مسامحةً لا حقيقةً.

ثمّ إنه في خصوص صورة يكون التغيّر موجباً للنقصان تأتي أدلة الضرر أيضاً لإثبات اللزوم. وسيأتي الكلام فيه في الفرع الآتي ـ إن شاء الله ـ.

[تلف بعض العين موجب للزوم أم لا؟]

الرابع: في أن تلف بعض العين موجب للزوم أم لا؟

وفي جامع المقاصد[1] على ما حكي عنه في الجواهر[2] أنه اكتفىٰ بتلف البعض في اللزوم لامتناع الترادّ في الباقي؛ لأنه يوجب تبعّض الصفقة وللضرر.

ونحن نقول: لا يخفىٰ عليك أنه لا مناسبة لصيرورة ما نحن فيه من باب تبعض الصفقة لأن تبعّض الصفقة إنما يقولون في مورد اشترىٰ ما يملك وما لا يملك، فحينئذٍ يقولون: إن قسطاً من الثمن يصير في مقابل ما يملك ويكون البيع بالنسبة إلى ما لا يملك فاسداً. وهذا يسمىٰ تبعّض الصفقة.

وقد أشرنا سرّ صيرورة البيع تبعّضاً في مسألة نسخ الوجوب.

[مشابهة ما نحن فيه بتبّعض الصفقة]

ومما ذكرنا ظهر أنه لا مناسبة لما نحن فيه بمسألة تبعّض الصفقة؛ لأن أصل المعاطاة كان فيها تمام الغبن في / ٨٧٠ / قبال تمام العين. وأما عند الرجوع فليست

---

١) جامع المقاصد ٥٨/٤.

٢) جواهر الكلام ٢٣٠/٢٢ ـ ٢٣١.

معاملة حتى تصير تبعّض الصفقة أم لا يصير.

ولعلّ مراده من تبعض الصفقة هو امتناع الترادّ، ولذا يعلّله به.

وعلى هذا نقول: قد عرفت الكلام في امتناع الترادّ في الفرع السابق، وكذا عرفت حال استصحاب الخيار، وكذا حال قوله عليه السلام «**الناس مسلطون على أموالهم**».

[الرجوع الضرري]

وبقي في المقام أن جواز الرجوع هنا موجب للضرر كما في بعض الإحتمالات في الفرع السابق، وحينئذٍ لا مانع من التمسك بقاعدة الضرر أيضاً كما في جامع المقاصد.

وأورد على ذلك بأنه بنفسه أقدم على الضرر فلا يصير الضرر في حقه مرفوعاً.

وأجيب عنه بأن معنى قوله عليه السلام «**لا ضرر**»[1] أنه ليس في أحكام الشارع حكم ضرري، وعلى هذا فلابدّ أن نعدّ أحكام الشارع، فكلّ واحد منها يجيء من قبله الضرر، فلابدّ أن نطرحه ونقول: إنه ليس من أحكام الشارع.

وعلى هذا فنقول: تارة يريد الإنسان ورود الضرر على نفسه كما لو تصدّىٰ للبيع الغبني مع العلم بغبنه، فقاعدة الضرر لا يرفع مثل هذا الضرر؛ وتارة لا يريد الإنسان أن يتضرّر كما فيما نحن فيه، حيث إنّه أقدم على بيع شيء بشيء مساوٍ له، فهنا لو كانت المعاطاة جائزة فيكون الجواز الذي هو من أحكام الشارع موجباً للضرر، والّا فذلك الإنسان لم يقدم على الضرر.

ولا معنى لأن يقال: إن اقدامه على البيع الجائز دون اللازم إقدام على الضرر؛ لأنا نقول: إن أحكام الشارع في حدّ ذاتها لابدّ أن لا يكون ضررياً، وهذا السبب المجعول من الشارع أعني المعاطاة لو كانت جائزة مطلقاً لكانت ضررياً، فلابدّ أن تكون جائزة / ٨٧١ / حتى لا يوجب الضرر، بعكس ما يقولون في البيع الغبني

---

١) الكافي ٥/٢٩٢ و٢٩٣، باب الضرار، ح ٢ و٦ و٨.

حيث إنّ البيع هناك لو كان لازماً لكان ضررياً، فلذا يثبت الخيار فيه ليرتفع الضرر عنه.

[البيع باعتبار أجزاء المبيع والثمن يصير بيوعاً متعددة]

هذا، ولكن التحقيق أن يقال: إن البيع الواحد باعتبار أجزاء المبيع والثمن يصير **بيوعاً متعددة**، فبالنسبة إلى كلّ جزء يكون بيعاً على حدّه. فإذا كان البيع ضررياً باعتبار جزء من الثمن، فلابدّ أن يصير البيع لازماً بهذا المقدار. وفيما سوىٰ هذا المقدار يكون البيع جائزاً، مثلاً لو اشترىٰ جوزتين بفلسين، فحينئذٍ لو فسدت جوزة فإنما يصير البيع لازماً بالنسبة إلى الفلس الذي كان في قبال الجوز الذي تلف من البين دون الفلس الآخر. فيكون باقياً على جوازه بالنسبة إليه.

وذلك لأن العلماء يقولون: إنه لو جاء مانع من وجود الفصل ـ كالمنع من الترك ـ فيبقىٰ الجنس ـ وهو مطلق الجواز ـ بحاله كما قالوا بذلك في مسألة نسخ الوجوب مع أن وجود الجنس والفصل متّحد.

وعلى هذا ففيما نحن فيه لو جاء مانع من لزوم البيع بالنسبة إلى جزء الثمن مع أنّه بمنزلة بيع مستقل، فلابدّ أن يبقىٰ اللزوم في سائر الأجزاء بحاله بطريق أولىٰ.

ثمّ هذا كلّه لو أريد من تلف بعض العين عنده أو نقص العين عنده أن يرجع ويأخذ العين الأخرىٰ عن الآخر. وأما لو كان الأمر بالعكس كأن يريد أن يرجع من لم تتلف العين عنده في الثمن الناقصة ويعطي بعوضه العين التامة، فحينئذٍ لا تجيء قاعدة الضرر، بل لعلّه لم يكن إشكال في جواز الرجوع هنا؛ فافهم* ./ ٨٧٢ /

---

*) *نعم، في بعض أقسام فاقد الصحة يكون الموضوع العرفي باقياً، فلا مانع من استصحاب الخيار فيه، وهو مقدم على استصحاب الملكية المقتضية للزومه.*

إن قلت: أيّ مانع من التمسك بالعمومات المقتضية للزوم.

قلت: إن اللزوم عند تلف العينين لا مانع من التمسك بالعمومات له من جهة عدم تخصيص الفرد الغير المعلوم في المقام؛ فتدبّر.

وفيه أولاً : أنه تقدم أن الحق أن الذي يكون ثابتاً في المعاطاة هو خيار فسخ المعاملة كما في البيع الخياري لا خيار ترادّ العينين كما يظهر (في كثير خيار الفسخ ؟) . وعلى هذا نقول : إن الفسخ مع تلف الجزء أو الصفة ليس بضرريّ كما في البيع الخياري .

إن قلت : إن مقتضىٰ ذلك أن يرجع إلى المثل أو القيمة كما في فسخ البيع الخياري .

قلت : لا مانع من الالتزام به كما يظهر من المسالك الالتزام به .

والحاصل أنه بعد ما قلنا من أن الخيار في فسخ المعاملة ، فنقول فيه كما في البيع الخياري : إن نفس الفسخ ليس بضرريّ والرجوع إلى المثل أو القيمة يكون بعد ذلك بمقتضىٰ « على اليد » كما ذكرناه في خيار الغبن ، فلا يناسب التمسك بقاعدة « لا ضرر » في المقام .

وثانياً على فرض تسليم أن الخيار الثابت في المعاطاة خيار ترادّ العينين ، فلا يناسب القول بالرجوع إلى المثل أو القيمة . فنقول على فرض جريان قاعدة الضرر في عقد من العقود الإنحلالية : إن الجواز الذي ثبت في المعاطاة هو جواز ترادّ العينين بأجمعها لا في جزئها أو في فاقد الصفة . فبقاء جواز الترادّ في الجزء الباقي يصير مشكوكاً . وليس له حالة سابقة ليستصحب الخيار ، فيستصحب الملكية المقتضية للزوم على القول بالملكية في المعاطاة . (منه قدس سره) .

(٢)

كتاب الرهن

تقرير أبحاث الميرزا ـ سلّمه الله ـ

في الرهن شرحاً على رهن الشرايع

(شرايع الإسلام للمحقق الحلي رحمه الله)

٨٧٤

يا باب مدينة العلم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على خير خلقه محمد وآله أجمعين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين

قال في الشرايع في كتاب الرهن ولو مات المرتهن ولم يعلم الراهن كان كسبيل ماله

وذكر في الجواهر لهذا الفرض صورتين الأولى ان يعلم كون الراهن في جملة التركة

الثانية ان يعلم انه كان عنده الميت ولم يعلم كونه في التركة او لا تلف بغير

الا الثالثة ان يعلم انه كان عنده كلا ولكن ليس في التركة الرابعة ان

يعلم تلفه في يده ولم يعلم كونه بتفريط ام لا الخامسة ان يعلم كونه عنده

الى ان مات وانه لم يتلف منه الا انه لم يوجد في التركة السادسة كلا

الا انها مع احتمال التلف بعد الموت ثم ان كلا من هذه الصور الستة

التي ذكرها في الجواهر انما تكون مع العلم بالتفريط في الوصية او العلم

بعدم التفريط او الشك في ذلك وقبل الشروع الى بيان احكام

هذه الصور يناسب البحث عن بعض القواعد منها الصلح الفهري وله

ثلث معان الاول انه اذا بقي مال مجهول الحال بين شخصين

ولم يعلم انه لاي واحد منهما فيمنع الحاكم كل واحد منهما التصرف فيه

حتى يرضيا بالصلح بالصلح عليهما وهذا في الحقيقة صلح اختياري

الا ان الحاكم يمنعهما من التصرف اولا مر بالامر بالمعروف والنهي

الصفحة الأولى من كتاب الرهن / تقرير أبحاث الميرزا بخط السيد الدرچهاي

يا باب مدينة العلم

بسم الله الرحمن الرحيم*

الحمد لله ربّ العالمين وصلى الله على خير خلقه محمد وآله أجمعين ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين.

[لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن]

قال في الشرايع[1] في كتاب الرهن: لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله.

وذكر في الجواهر[2] لهذا الفرض صوراً ستة:

الاولىٰ: أن يعلم كون الرهن في جملة التركة.

الثانية: أن يعلم أنه كان عند الميت ولم يعلم كونه في التركة أو لا، تلف بغير تفريط أم لا.

الثالثة: أن يعلم أنه كان عنده كذلك ولكن ليس في التركة.

الرابعة: أن يعلم تلفه في يده ولم يعلم كونه بتفريط أم لا.

الخامسة: أن يعلم كونه عنده إلى أن مات وأنه لم يتلف منه الّا أنه لم يوجد في التركة.

---

*) *مفده (١٧) جزواز تقرير درس ميرزا ـ سلّمه الله ـ در رهن. (منه قدس سره).*

١) شرائع الإسلام ٣٣٤/٢.

٢) جواهر الكلام ١٧١/٢٥.

السادسة: كذلك الّا أنها مع احتمال التلف بعد الموت.

ثمّ إن كلاً من هذه الصور الستة التي ذكرها في الجواهر إما أن تكون مع العلم بالتفريط في الوصية أو العلم بعدم التفريط أو الشك في ذلك. وقبل الشروع إلى بيان أحكام هذه الصورة يناسب البحث عن بعض القواعد:

[قاعدة] الصلح القهري

منها الصلح القهري، وله ثلث معانٍ:

الأول: أنه إذا بقي مال مجهول الحال بين شخصين ولم يعلم أنه لأيّ واحد منهما، فيمنع الحاكم كلّ واحد منهما من التصرف فيه حتى يرضيا بالصلح بينهما.

وهذا في الحقيقة صلح اختياريّ الّا أن الحاكم يمنعهما من التصرف أولاً من باب الأمر بالمعروف والنهي / ٨٧٤ / عن المنكر حيث إنّه لا يجوز لكلّ واحد منهما أن يتصرف في مالٍ يحتمل أن يكون ذلك المال مال الغير.

وهذا المعنىٰ من الصلح القهري يكون بمقتضىٰ القواعد، ولذا يفتي الفقيه* على طبقه في كلّ مورد كان المال مجهولاً كما سبق.

الثاني: ما هو ثمرته ثمرة الصلح الّا أنه ليس بصلح، بل حكم الهيّ كما إذا أودع شخص درهماً والآخر درهمين عند ثالث فامتزجا وتلف واحد من الدراهم، فحينئذٍ أحد الدرهمين الباقيين بين هذين الشخصين**، وهذا حكم من الله في مثل هذا الفرض الّا أن ثمرته ثمرة الحكم.

---

*) *يعمل الحاكم. (منه قدس سره).*

**) *ولا يخفىٰ أن مثال الدرهم والدرهمين يكون حكمه على خلاف القواعد حيث إنّه لو قلنا إن الاشتباه أيضاً من قبيل المرج في خصوص هذا المورد فحينئذٍ يصير الدراهم مشـ[تـ]ركاً بينهما ويكون لكلّ واحد منهما الثلث مع أن مقتضىٰ الرواية أن لصاحب الواحد الربع.*

وفيه أن أحد الدرهمين معلوم أنه مال أحدهما والاشتباه في الآخر، فينصف. (منه قدس سره).

وهذا المعنىٰ من الصلح القهري لا محظور فيه الّا أنه ليس بقاعدة يجري في كلّ مورد، بل تابع لدلالة الدليل.

فكلّ مورد دلّ دليل على هذا النوع من الصلح فيؤخذ به، وكلّ مورد لم يقم دليل على جريانه فلا يجوز اجراء هذا النوع من الصلح فيه.

الثالث: أنه اشترك مال بين شخصين واحتمل أن يكون لكلّ واحد منهما، فحينئذٍ يصلح الحاكم بينهما بأن يعطي النصف بواحد والنصف الآخر بالآخر جبراً وإن لم يكونا راضيين على ذلك؛ لدفع الخصومة التي يكون من شأن الحاكم وشغله.

ونسب إلى بعض أنه توهّم أن الصلح القهري المشهور بين العلماء هو هذا. وأورد عليه أن الصلح القهري المعروف هو المعنى الذي / ٨٧٥ / ذكرناه أولاً وترفع الخصومة به أيضاً.

وأما المعنى الثالث فليس بمقتضىٰ القواعد، بل هو باطل من رأسه؛ لأنه لم يثبت في مورد أن يكون للحاكم أن يتصرّف في مال الغير بالصلح بدون رضاع صاحب المال، ودفع الخصومة وإن يكن من شأن الحاكم الّا أنه لابدّ أن يكون على طبق الموازين المقرّرة في باب القضاء.

[قاعدة] القرعة

ومنها القرعة ولها موردان:

الأول: المشتركات كما إذا تنازعا عند المشْرَعَة أو التدريس؟ في موضع مشترك أو في إمامة مسجد إلى غير ذلك من المشتركات. فإنه إذا وقع التنازع بين اثنين أو أكثر فلابدّ من القرعة، وليس مجال لغير القرعة. وليس في جريان القرعة هنا شرط*.

---

*) *وادعى الأستاد أنه في تعارض البينتين يعمل بالقرعة وأن القرعة لأن يعين الحاكم عمل نفسه أنه أي [.....]. (منه قدس سره).*

وهذه قاعدة في جميع المشتركات التي ليس لها واقع من أنه إذا وقع التنازع فيها، فلابدّ من رفع النزاع بالقرعة.

ولا إشكال في ذلك أصلاً.

الثاني: في المشتبهات كأن يكون مال مردداً بين أن يكون لزيدٍ أو عمروٍ مثلاً، فحينئذٍ يعين الواقع بالقرعة بشرطين:

الأول: أن يكون لها عامل في المقام الذي نريد جريان القرعة فيه ليصير جابراً لضعف قاعدة القرعة بالنسبة إلى المشتبهات.

أقول*: حيث إنّ أكثر المشتبهات خارج عن تحت هذه القاعدة فالعمل يجبر الضعف أو أنه لا يجوز العمل / ٨٧٦ / بالقاعدة لأجل أن عدم تمسك الفقهاء بذلك في أكثر موارد الشبهة يوجب حصول العلم الاجمالي بورود التخصيص على القاعدة.

فحينئذٍ لا يجوز العمل في شيء من الموارد التي تكون داخلةً في دائرة العلم الاجمالي بالتخصيص. وعمل الأصحاب بالقاعدة في مورد يوجب خروج هذا المورد عن دائرة العلم الاجمالي، فيكون التمسك بالقاعدة لذلك المورد على طبق القاعدة، وليس لأجل أن العمل يصير جابراً للضعف.

وقال الأستاذ: لا يتوقف العمل على طبق قاعدة القرعة على أن يكون لها جابر،

---

*) *أقول: لا يخفىٰ أنه بناء على أن نقول إن كثرة التخصيص يوجب الوهن في العموم ـ وإن لم يصر إلى حدّ الاستهجان ـ، فيتحاج إلى جابر لوهنه وهو عمل الإستصحاب، فحينئذٍ يشكل ادعاء أن الظن الحاصل من العموم بعد الجبر يكون من الظنون الخاصة. وهذا بخلاف الوجه الثاني؛ لأن بيان الوجه الثاني أن المفروض أن كثرة التخصيص لم يكن بنوع يصير العام هجيناً.*

وعلى هذا فكلّما كثر التخصيص تصير نصوصيته فيما بقي أكثر حتى يصل إلى مرتبة لا يجوز التخصيص بعدها، فيصير كالنص فيها.

نعم، ربما عدم تمسك العلماء في كثير من الموارد يوجب العلم الاجمالي بورود التخصيص. فلا يجوز التمسك في كلّ مورد يكون داخلاً في دائرة العلم الاجمالي، وفي كلّ مورد تمسك الفقهاء يكون خارجاً من الدائرة؛ فافهم. (منه قدس سره).

بل نتمسك في كلّ مشتبه بشرط تحقق الشرط الثاني كما نسب إلى الشهيدين أنهما يتمسكون بهذه القاعدة أيضاً في موارد لم يعمل الأصحاب على طبقه.

ولعلّه بما نذكره بُعيد ذلك يظهر وجه أنه لا مانع فيه مطلقاً؛ فانتظر.

الثاني: أن يكون مورد القرعة خالياً من كلّ أصل من الأصول.

ومن العجب أن القرعة مع كونها أمارة لكونها ناظرة إلى الواقع تكون مؤخرةً عن جميع الاصول.

ووجه ذلك أن في بعض رواياتها أن «**القرعة لكلّ أمر مشكل**»[1]. وهذا واضح أن الأمر لا يصير مشكلاً الّا بعد العجز عن التعيين وعدم جريان أصل من الأصول.

/ ٨٧٧ /

نعم، ورد في بعض رواياتها أن «القرعة لكلّ أمر مشتبه»، وحينئذٍ لابدّ أن يكون مقدماً على جميع الأصول؛ لكونها أمارة الّا أن بناء الأصحاب على تقديم الأصول عليها.

وتظهر الثمرة في كلّ أصل لم يعلم أن الأصحاب يقدّمون هذا الأصل على القرعة أو لا. فإنه لو كان مفاد أدلة القرعة أنها للأمر المشكل، فحينئذٍ يقدّم هذا الأصل على القرعة بخلاف ما لو كان مفادها أن القرعة لكلّ أمر مشتبه.

وأيضاً تظهر الثمرة في أنها لو كانت شاملة لموارد الأصول فيصير العام موهوناً لخروجها عن تحته، بخلاف ما لو لم تكن شاملة من أول الأمر.

ثمّ إن قاعدة القرعة إنما هي مختصة بما إذا وقع الاشتباه أو الإشكال في الموضوعات لا الأحكام.

أقول: ولعلّه بمناسبة الحكم والموضوع يصير لفظ الأمر في قوله عليه السلام «**القرعة لكلّ أمر مشكل**» مختصاً بالموضوعات حيث إنّ القرعة يناسب لرفع الاشتباه في الموضوعات كما فهمه العلماء كذلك.

---

١) انظر وسائل الشيعة ٢٥٧/٢٧، باب الحكم بالقرعة في القضايا المشكلة.

[قاعدة] الشركة

ومنها الشركة، وهي حقيقة يحصل بواسطة البيع والصلح والإرث وأمثالها.

وتحصل الشركة في القيمة بالامتزاج التام لو اختلط الماءان؛ وبالامتزاج الغير التام، سواء كان التفريق متعذراً كاختلاط حنطة بحنطة أو متعسّراً كاختلاط حنطة بشعير؛ وبالتلاصق كما لو صبغ الثوب.

وتكون الأعيان في غير الشركة الحقيقية باقية على ملك مالكها*.

[قاعدة] الحيلولة

ومنها الحيلولة، وهي يحصل / ٨٧٨ / بأن يصير شخص سبباً لعدم تمكن المالك من ماله مع بقاء أصل المال عن إفراط أو تفريط أو يكون المال بحيث لو تلف كان مضموناً عليه. والحيلولة تحصل بالوقوع في البحر والسرقة وأمثال ذلك من الصور التي تكون العين باقية، ولم يتمكن الإنسان من الوصول إليه. والقدر المتيقن من هذه القاعدة هو هذه الصورة.

وعدّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ من موارد هذه القاعدة صورة اشتباه المالين كما لو اشتبه شيء من مال زيد بمال عمرو، وكذا صورة التلاصق كما لو صبغ الثوب؛ لأن في هذين الصورتين أيضاً لا يمكن ايصال مال المالك إليه كما كان له قبل الاشتباه والتلاصق. وذلك لأنه لا يمكن ردّ خصوص مال المالك إليه.

إن قلت: إنه يردّ إليه كلا المشتبهين والمتلاصقين.

قلت: إن كان ردّه إليه على سبيل التمليك له فذلك غير واجب عليه، وإن لم يكن على سبيل التمليك فلم يصل المال إلى مالكه بحيث يتمكن المالك أن يتصرف فيه كلّ تصرف يريد كالتصرفات التي تتوقف على الملكية.

---

*) *وقد يقال إنه بواسطة عقد الشركة يصير أصل الأعيان أيضاً مشتركاً. ومن هنا ظهر الجواب عما يقال من أنه أيّ ثمر لعقد الشركة مع أن حصول الشركة يتوقف على الامتزاج مع أن الامتزاج بنفسه أيضاً موجب للشركة. (منه قدس سره).*

فالمعيار في الحيلولة أن ينقطع الخطاب بردّ العين إلى / ٨٧٩ / المالك عن هذا الشخص.

وإذا تحقق موضوع الحيلولة فحينئذٍ يجب ضمان الحيلولة على هذا الشخص، وهي أن يعطى بمثل هذا المال إلى المالك، ويكون أصل المال المُتْلَف أيضاً باقياً على ملك المالك على المشهور لو لم يكن اجماعياً.

وأقول: الدليل على وجوب ضمان الحيلولة قوله ﷺ «**على اليد ما أخذ[ت] حتىٰ تؤدي**»[1] حيث إنّ مقتضى هذه الرواية أن المال يكون على عهدة هذا الشخص قبل ردّه إلى مالكه، وكون المال عليه وعلى عهدته في زمان الحيلولة يحصل بأن يعطى مثله في زمان الحيلولة إليه. وأما الدليل على بقاء أصل العين على ملك مالكه هو الإستصحاب.

[فروض مسألة الرهن عند موت المرتهن]

وإذا عرفت ما تقدم فلنشرع إلى الفروض المذكورة للمسألة، فنقول:

[بقاء الرهن مجهولاً مع عدم تقصير المرتهن]

أما الفرض الأول: أن يموت المرتهن ونعلم ببقاء الرهن في التركة لكن كان مجهولاً ولم يكن المرتهن مقصراً في عدم الوصية أيضاً، فهنا صورتان:

[**الصورة**] **الأولى**: أن يكون مشتبهاً بالمتساويات كأن يكون سيفاً بين السيوف. والأَوْلى أن نعمّم المسألة لعدم خصوصيته بالنسبة إلى ما نذكره، فتعمّم الفائدة، فنقول:

إن الميزان في كلّ ما ودع شخص عند آخر وصار هذا المال مشتبهاً بسائر أمواله وكان مشتبهاً بالمتساويات ولم يكن في البين تقصير / ٨٨٠ / ليس ضمان

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

الحيلولة لأن المفروض عدم التقصير.

ويعلم من صاحب الجواهر أن القاعدة في مثل هذا الفرض هو الصلح القهري بمعنىٰ أن يصير المالان مشتركاً كما في الدرهم والدرهمين المعروف حكمه.

وقد عرفت أن هذا ليس صلحاً في الحقيقة وإنما هو حكم الهيّ، وإنما قال صاحب الجواهر ذلك لأنه ادعىٰ أنه يعلم مما ورد من التنصيف في الأموال المشتبهة في الموارد الخاصة مثل مسألة الدرهم والدرهمين ومثل ما وردّ من التنصيف في مقام تعارض البينتين واليدين والتحالف قاعدة كلية في جميع موارد اشتباه المالين.

ولا يخفىٰ أن هذه القاعدة لو تمّت لا محظور في جريانها في ما نحن فيه الّا أنها لا يتمّ حيث إنّ التنصيف في تعارض البيّنتين واليدين والتحالف لعلّه أن يكون من باب السببية، ولا يمكن استنباط القاعدة من مجرد مسألة الدرهم والرهمين.

وإذا علم عدم جريان قاعدة الحيلولة ولا الصلح القهري بهذا المعنىٰ فيدور الأمر بين الصلح القهري بالمعنى المعروف وقاعدة الشركة والقرعة، فحينئذٍ نقول: أما الصلح القهري بمعنىٰ منع الحاكم كلا الطرفين من التصرف فواضح أنه ليس الّا في مورد لم يتمكن من علاج في / ٨٨١ / المسألة.

أما قاعدة الشركة فليست منافية مع الصلح القهري.

فعلى هذا لابدّ أن يلاحظ أن قاعدة القرعة تكون مقدمة على قاعدة الشركة أم لا. فحينئذٍ لو قلنا إن قاعدة القرعة مقدمة على سائر الأصول والقواعد وقلنا إنها لا تحتاج إلى جابر أيضاً فلا إشكال في جريان القرعة، والّا فلو قلنا بأنها تحتاج إلى جابر وهنا ليس أو قلنا بتأخرها عن سائر الاصول، فحينئذٍ لو قلنا بأن الشركة أيضاً ليست بقاعدة وإنما هي مجرد علاج في مورد لم يكن علاج، فنقول أيضاً بجريان قاعدة القرعة، والّا فنقول بجريان قاعدة الشركة.

وليس منافاة بين الشركة والصلح القهري كما تقدم.

[الصورة] الثانية: أن تكون المشتبهات متفاوتة في القيمة، فبمقدار التساوي منه يكون الأمر كما سبق، وفي مقدار الزيادة لابدّ من القرعة.

[بقاء الرهن مجهولاً مع تقصير المرتهن]

[الفرض] الثاني: أن يكون الأمر كما سبق الّا أن المرتهن يكون مقصراً في عدم الوصية. فحينئذٍ لا مانع من جريان قاعدة الحيلولة.

فحينئذٍ لو قلنا بتقدم قاعدة القرعة على قاعدة الحيلولة بتقريبٍ تقدم في تقدمها على قاعدة الشركة، فيرتفع النزاع بالقرعة، والّا فيدور الأمر بين قاعدة الشركة وقاعدة الحيلولة بناءً على تعميم موردها لكلّ مقام انقطع الخطاب بردّ العين في تلف المقام.

فحينئذٍ لو قلنا بجريان قاعدة الشركة فلا إشكال أيضاً، / ٨٨٢ / فيصير الراهن شريكاً في التركة بمقدار قيمة العين المرهونة ولا يرجع إلى المحاصّة نظير سائر الغرماء.

وأما لو قلنا بتقدم قاعدة الحيلولة فحينئذٍ يتعلق ضمان الحيلولة إلى ذمة المرتهن، فيصير الراهن كسائر الغرماء من جهة ضمان الحيلولة حيث إنّ ضمان الحيلولة لم يكن عيناً موجود، فلابدّ أن يرجع إلى المحاصّة كسائر الغرماء.

وأما أعيان التركة فقد يقال: إنه لابدّ أن يقسم بأجمعها حتى المال المرهون المشتبه بين جميع الغرماء.

وفيه أنه لا وجه لذلك لما تقدم أنه بعد أخذ ضمان الحيلولة يكون أصل العين باقية على ملك الراهن، فلا وجه لتعلق حق الغرماء به؛ لأنه يتعلق حق الغرماء بما يكون داخلاً في ملك المرتهن لا بغيرهما. والمفروض أن هذا المال يكون مال الغير، فلأجل الاشتباه لابدّ من الشركة؛ فافهم.

[عدم العلم ببقاء العين المرهونة في التركة]

الفرض الثالث: أن يموت المرتهن ولم نعلم بوجود العين المرهونة في التركة سواء علمنا أن قبل ذلك كانت العين المرهونة في أمواله أم احتملنا عدم اتيان / ٨٨٣ / العين المرهونة في سائر أمواله.

[الإستدلال على الضمان في هذا الفرض بوجوه ستّة]

واستدلّ على الضمان في هذا الفرض بوجوه:

الأول: ما نقل عن الشيخ الطوسي[1] (ره) أن ردّ العين كان واجباً على المرتهن، والأصل بقاؤه، واحتمال التلف غير مثمر.

وفيه: أن هذا لا يثمر في إثبات الضمان على الورثة؛ لأنه لم يعلم مجيء العين عند الورثة، فلا يمكن إثبات وجوب ردّ العين عليهم.

ومجرد إثبات وجوب الردّ على المرتهن لا يثبت الضمان على الورثة؛ لأن إثبات الضمان على الورثة إنما يتحقق باثبات الضمان على المرتهن أو بإثبات أن العين جاءت عند الورثة وتلفت عن تفريط أو إفراط.

الثاني: ما نسب إلى الشيخ أسد الله ظاهراً، وأيّده الشيخ من أن اليد مطلقاً تكون مقتضيةً للضمان، وتلف المال في يد الأمينة بغير تعدٍّ ولا تفريط مسقط ورافع للضمان.

وإن شئت قل: إن اليد موجبة للضمان بشرط أن لا تكون يد أمين تلف المال عندها بغير تقصير؛ لأن المسقط والرافع والمانع فرقها اعتباريّ يثمر ذاك الفرق في بعض الموارد ولا يتفاوت فيما نحن فيه.

وعلى كلّ حال فإذا شككنا في وجود المسقط / ٨٨٤ / للضمان أو الرافع عنه أو المانع منه، فالأصل عدمها.

---

١) المبسوط ١٩٩/٢.

أقول: وإذا ثبت الضمان على المرتهن يثبت على الورثة أيضاً؛ لأنه يصير من ديون الميت.

وأورد على هذا الدليل بأن الظاهر أنه اشتبهت مسألتنا بمسألة أخرىٰ مسلّمة ثبوت الضمان فيها، وهو أن نعلم مثلاً بأن زيداً أعطىٰ عمراً درهماً الّا أنه مردّد بين أن يكون الاعطاء على سبيل القرض حتى يكون ضامناً بالتلف أو على سبيل وديعة حتى لا يكون ضامناً بالتلف.

إن قلت: كيف صار الضمان في هذا الفرض مسلّماً مع أن أمره أيضاً مردّد بين أمرين؟

قلت: إن عموم «على اليد» مقتضاه ثبوت الضمان مطلقاً خرج منه بعض الأيادي. وهذا الفرد مشكوك من أنه داخل تحت عموم «على اليد» أو أنه خرج عنه. فبناء على جواز التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية نتمسك للضمان بعموم «على اليد» فيما نحن فيه الّا أنه لمّا كان التحقيق عدم جواز التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، فلابدّ لنا أن نتمّ المسألة بوجه آخر، فنقول: إن مقتضىٰ عموم «على اليد» أن اليد بنفسها مقتضية / ٨٨٥ / للضمان، وثبت من الأدلة الخارجية أن بعض الأمور يكون مانعاً من ثبوت الضمان ككون اليد يدَ الودعي.

فحينئذٍ لو قلنا إن الأصل أن لا يكون مجيء هذا المال في يد هذا الشخص على سبيل الوديعة فيرد عليه أنه ليس لهذا الأصل حالة سابقة.

وأما لو قلنا إنه بعد ما ثبت أن اليد بنفسها مقتضية للضمان، غاية الأمر أنه نحتمل وجود المسقط في البين، فنقول: إنه في الأزل من قبل اعطاء هذا المال إلى هذا الشخص لم يكن مسقط في العالم، والأصل بقاؤه، فيثبت أنه لم يوجد لهذه اليد مسقط، فلابدّ أن يكون ضامناً.

ولا يخفىٰ أن هذا الأصل لو كان اعتباره من باب الأخبار فلا يثمر أصلاً؛ لأنه أصل مثبت. وادعاء خفاء الواسطة بطلانه غير خفيّ.

وقال الأستاد: إن نظير هذا الإستصحاب العدمي يكون معتبراً في المعاملات من باب بناء العقلاء، فيكون مثبته أيضاً حجة.

أقول: قد ذكرنا في محله أن أصالة عدم المانع يكون معتبراً من باب بناء العقلاء في صورة كان احتمال وجود المانع احتمالاً غير معتنىٰ به عند العقلاء كما فصّلناه في كتاب الطهارة.

وأما ما ذكره الأستاد فلا نتصوره؛ إذ كيف يكون بناء العقلاء مختلفاً* بين المعاملات وغيرها مع أنّه سيأتي من الأستاد انكار / ٨٨٦ / اعتبار أصل العدم مطلقاً الّا في مقام تعيين المدّعي والمنكِر.

وأما ما نحن فيه وهو لو كانت اليد من بدو الأمر غير ضامنة فادعى الأستاد أنه لا يمكن الحكم بالضمان فيه، وذلك لأنا نسلّم أن الأحكام الوضعية مجعولة بنفسها الّا أنا نقول: إنه لا يعقل جعل الحكم الوضعي ما لم ينتهِ إلى الحكم التكليفي ولو بألف واسطة.

وعلى هذا نقول: إنه ليس على المرتهن الّا وجوب الردّ ووجوب الحفظ وثبوت الضمان لو تعدىٰ أو فرط. أما وجوب الردّ ووجوب الحفظ فلا ربط لهما بالضمان، وأما بثبوت الضمان على بعض التقادير لم يثبت أن اليد الأمينة تكون مقتضية للضمان مطلقاً.

نعم، لو قلنا إن اليد الأمينة مقتضية للضمان كغير الأمينة الّا أن تلفه بغير تفريط مسقط للضمان، فيكون الأمر كما ذكرت الّا أن ذلك خلاف مقتضى الأدلة حيث إنّ عموم «**ليس على الأمين الّا اليمين**»[1] يكون مقتضاه أن اليد الأمينة غير مقتضية للضمان، وكذا مقتضى كلمات جميع العلماء أن اليد الأمينة على نوعين: نوع منها ليس بضامنٍ.

---

*) ***هذا في الجملة ممكن؛ فتأمل. (منه قدس سره).***

١) العناوين الفقهية ٤٨٥/٢؛ القواعد الفقهية ١١/٢.

أقول: عُلم مما ذكرنا أنه لاستحالته في الحكم بالضمان كما ادّعاه /٨٨٧/ الأستاد أولاً.

نعم، يكون خلاف ظاهر الأدلة؛ فافهم.

ولا يخفىٰ أنه لا ينفع التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية في إثبات الضمان، ولا التمسك بأصل كما ينفع في المسألة التي قلنا بأن ما نحن فيه اشتبه بها.

أما التمسك بالعموم على فرض اعتباره فنقول: إن عموم «على اليد» يقتضي الضمان وخصّص هذا العام الثاني بما لو تعدىٰ أو فرط. فإذا اشتبه فرد من أفراد يد الأمين بأنه أفرط أم لم يفرط، فحينئذٍ نقول: إن عموم «على اليد» خصص بعموم «على الأمين» اه، فلا يجوز التمسك به لأفراد اليد الأمينة، وإنما لابدّ أن يتمسك بعموم «ليس على الأمين» اه؛ لأنه شك في خروج هذا الفرد من تحته، فيثبت عدم الضمان على خلاف ما قاله المستدلّ.

وأما التمسك بأصل العدم، فنقول: إن اليد الأمينة مقتضية لعدم الضمان، والتعدي والتفريط مانعان عن عدم الضمان، فنقول: إن الأصل عدم حصول التعدي والتفريط.

الثالث: ما نسب إلى بعضٍ من استصحاب بقاء المال.

وأورد على ذلك بأن الأصل براءة ذمة الورثة، ولا ينافي ذلك مع جريان استصحاب بقاء المال /٨٨٨/.

ولابدّ لنا من التشريح حتى يفهم حال الإستدلال والايراد، فنقول: إنه لو علمنا ببقاء العين لا يثبت الضمان فكيف لو أثبتنا بقاءه بالاستصحاب.

وذلك لأنه لو علمنا ببقائه فنحتمل أن لا يكون في التركة حتى يكون الورثة ضامناً، فتجري أصالة براءة ذمّتهم.

ولقد أجاد صاحب الجواهر[1] ـ كما نسب ـ حيث إنّه انضمّ إلى هذا الإستدلال

---

١) جواهر الكلام ١٧٠/٢٥.

ـأعني استصحاب بقاء المال ـ جزءاً آخر، وهو أن الأصل عدم تركة أخرىٰ للميت، فيثبت كون المال في التركة التي تحت يد الورثة، فيثبت الضمان.

ولا يخفىٰ أنه ليس مفاد شيء من الأصلين أن المال موجود في التركة، الّا أن وجود المال في التركة لازم عقليّ لكلا الإستصحابين، فيكون الأصلان مثبتين، فلا ينفعنا بناءً على اعتبار هذا الإستصحاب من باب الأخبار.

وأما بناءً على اعتباره من باب الظن فلا محظور فيه حيث إنّ الأصول المثبتة حجة لو كان اعتبار الأصل من باب الظن، الّا أن الأستاد قال: إن أصل العدم الذي يكون من باب الظن إنما هو معتبر في خصوص مقام تعيين المدّعي والمنكر. وهذا منافٍ لما نقلنا عنه آنفاً.

الرابع: أن اليد الأمينة مقتضية للضمان سواء تلف بغير تفريط أو بتفريط.

نعم، يرفع الضمان بأمور:

منها: اقامة البينة على أن المال تلف بغير تفريط.

ومنها: ادعاؤه التلف / ٨٨٩ / من غير تفريط.

وأما نفس التلف فليس رافعاً للضمان.

وأورد عليه بما سبق من أن الإجماع من العلماء محقق على أن اليد الأمينة على قسمين: قسم منه يكون ضامناً، وهو ما إذا تلف؛ عن تفريط وقسم منه لا يكون ضامناً كما إذا تلف بغير تفريط.

بل قد عرفت أن اليد الأمينة بنفسه ليس فيها اقتضاء للضمان، وإنما الضمان ينشأ عن التفريط.

هذا، مع أن الظاهر ـ بل المسلّم ظاهراً ـ أن اعتبار البينة والادعاء مع التمكن في رفع الضمان من باب الطريقية لا من باب الموضوعية. فلا وجه لما قال: إن التلف بنفسه ليس رافعاً للضمان.

الخامس: ما نسب إلى بعض من أنه قال: الإشكال في أنه لو فرّط المرتهن يصير

ضامناً، ولا إشكال في أن عدم الوصية تفريط أيضاً.

وعلى هذا نقول: إن الأصل بقاء المال إلى حين الموت، والمفروض عدم الوصية أيضاً، فيثبت التفريط الموجب للضمان.

وأورد عليه تارة بأن عدم الوصية لا يلزم أن يكون عن تقصير حتى يصير تفريطاً فيوجب الضمان، بل لعلّ أن يكون عدم الوصية لأجل النسيان، وتارة بأنه لا ندري أنه أوصىٰ أم لا؛ غاية الأمر أن / ٨٩٠ / وصيته لم تصل إلينا. فلعلّه أوصىٰ ولم يصل إلينا.

وأجيب عن الأول بأن النسيان لا يرفع الضمان، بل الضمان يثبت في كلّ مورد ترك الأفعال الموجبة لحفظ المال سواء كان الترك عن التفاتٍ أو عن نسيان.

وعن الثاني بأن احتمال الوصية مرفوع بأصالة عدم الوصية.

وأورد الأستاد على أصل الإستدلال أولاً: بأن الحكم بالضمان ليس معلّقاً على عنوان عدم الوصية، بل معلق على عنوان ثانويّ، وهو التفريط.

وإثبات التفريط بأصالة عدم الوصية يصير مثبتاً.

وقد تقدم من الأستاد أن الأصول العدمية لا يثمر لأنه من باب الأخبار ليس مثبتها حجة، ومن باب الظن أيضاً ليس معتبراً الّا في مقام تعيين المدعي والمنكر وإن كان بين كلماته تنافٍ في الجملة.

وثانياً: أن أصالة بقاء المال وأصالة عدم الوصية ليستا أعلى مرتبةً من العلم ببقاء المال حين الموت والعلم بعدم الوصية مع أن العلمين لا يثمران في إثبات الضمان.

وذلك لاحتمال أن يكون عدم الوصية من باب عدم اجتماع شرايط وجوب الوصية، وذلك لأن وجوب الوصية إنما هو من باب وجوب حفظ مال الغير.

وربما يكون الحفظ متوقفاً على عدم الوصية كما لا يخفىٰ على العالم / ٨٩١ / الخبير.

السادس: رواية نقلوها عن الشيخ[١] وغيره عن أميرالمؤمنين أنه سأل عنه عليه السلام فقال ـ وفي رواية كان يقول ـ: «من يموت وعنده مال مضاربة فإن سمّاه بعينه، فقال: هذا لفلان، فهو له وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»[٢].

والكلام تارة يقع في سند هذه الرواية وتارة في دلالتها.

أما السند فلا محظور فيه الّا كون السكوني والنوفلي في سنده، وهما عاميان لكنهما موثقان مع أن شهرة الرواية أيضاً يكون موجوداً حيث نقلها الشيخ وغيره، بل الشهرة العملية أيضاً لها موجود، لكن بالمعنى التي فهموه من الرواية.

بل المعنىٰ التي نفهم منها أيضاً نقلوا الشهرة على طبقه فلا إشكال في الرواية من حيث السند.

وأما من حيث الدلالة فظاهر قوله عليه السلام «يموت وعنده مال» أنه عند الموت كان المال موجوداً الّا أن ذلك لا يناسب مع قوله عليه السلام «فهو أسوة الغرماء».

وذلك لأن صاحب العين يكون مقدماً على الغرماء لأن حق الغرماء لا يتعلق بهذا العين. فلو فرض نقصان التركة عن الديون فلا ينقص من صاحب العين شيء.

وعلى هذا فلو قُدّر لفظ «كان» في أول الرواية فيرتفع الإشكال من البين بأن تقول: و«كان عنده مال»، فحينئذٍ لم يعلم بقاء ذلك المال حين الموت، فحينئذٍ يصير حكمه حكم الغرماء.

ولفظ «أسوة» إما من التسوية بمعنىٰ / ٨٩٢ / التشريك يعني يصير شريكاً للغرماء، وإما من التأسي يعني أن الغرماء يتأسّون ويقتدون بهذا الشخص. وهو أيضاً كناية من أنه شريك معهم.

وبناءً على عدم اضمار لفظ «كان» قد يوجّه بأن المراد من الغرماء هو أرباب المضاربة، فإذا كانوا جميعاً من أرباب المضاربة الذين أعطوا رأس المال إلى هذا

---

١) تهذيب الأحكام ١٩٢/٧، باب الشركة والمضاربة، ح ٣٧.

٢) من لا يحضره الفقيه ٢٢٩/٣، باب المضاربة، ح ٣٨٤٧.

الشخص وتكون أعيان أموالهم موجودة، فيكونون شركاء؛ لأن هذا الشخص أيضاً كسائر الغرماء.

وأورد على هذا المعنىٰ أولاً: لزوم ارتكاب المجاز في لفظ الغرماء.

وثانياً: أنه يلزم على هذا أن يحيل* الإمام حكم المسألة إلى حكم مسألة أخرىٰ نظيرها، وعدم بيان حكم أصل المسألة.

ويبعد أن يحمل على أن حكم أرباب المضاربة كان معلوماً عند المخاطب.

وقد يوجه أيضاً بأن لفظ «أسوة» بمعنى يشابه، يعني أن هذا الشخص نظير سائر الديّان في أنه لو علم ماله في التركة بعينه، فيأخذه والّا فيأخذ ضمان الحيلولة أو يصير شريكاً على الخلاف الذي يكون في المسألة.

ويرد عليه أيضاً لزوم ارتكاب المجاز في لفظ «أسوة» وإحالة الحكم من الإمام عليه السلام على مسألة أخرىٰ.

والتحقيق أن نقول: إنه لابدّ أن يرجع إلى الميزان الذي ذكروها في باب / ٨٩٣ / تعارض الأحوال من دوران الأمر بين الإضمار أو ارتكاب المجاز، فنقول: إن ظهور أصالة عدم الإضمار من باب الأصل حيث إنّ الأصل يقتضي أن لا يكون شيء مقدّر في البين، وظهور أصالة عدم المجاز ظهوراً وضعياً حيث إنّ مقتضى الوضع أن يكون اللفظ مستعملاً فيما وضع له.

وقد تحقق في مورده أن ظهور الوضع يرفع كلّ أصل يكون في البين كأصالة البراءة وأصالة عدم الإضمار.

ومقتضى ما ذكرنا أن يكون الإضمار مقدّماً الّا أنهم ذكروا أن المجاز لمّا يكون كثيراً في كلمات العرب، فلذا يكون مقدماً.

ونحن نقول: لو سلّمنا كون المجاز مقدماً على الإضمار، فنقول: إن تلك القواعد أغلبيّ كما اعترفوا جميعاً بذلك، فلو وجدت ظنون شخصية على خلافها

---

*) خ: يحول. (منه قدس سره).

في خصوصيات الموارد فترتفع اليد عنها، وفيما نحن فيه نقول: إن الإضمار من ارتكاب المجاز، وعلى هذا يصير دليلاً على مسألتنا. ولا يخفىٰ أنه لو سلّم الظهور الذي ادعيناه والّا تصير الرواية مجملة.

وقد يقال: إن هذه الرواية على فرض تمامية دلالتها تكون خبر الصندوق معارضاً لها، وخبر / ٨٩٤ / الصندوق كما نقلوه قريب من هذا من أنه سأل عن صندوق فيه الرهون ومات الراهن ولم يعيّن الرهون أن كلّ واحد منها لأيّ شخص. فقال عليه السلام «هو كسبيل ماله»[1] فإنه يدلّ على عدم الضمان.

[جريان قاعدة اليد في المقام]

وأورد على هذا الخبر بأن ظاهره خلاف الاجماع، فلابدّ إما أن يطرح أو يؤوّل لأنه لم يقل أحد بأن أعيان الراهنين تصير مال الورثة وتصير كسائر تركة الميت.

وتوجيهه أن المراد أن الورثة يأخذون الأعيان من باب التقاصّ لأجل أن الراهنين يكونون مديونين للميت كما هو لازم الرهن.

ثمّ إنه قد تقدم أن فرض مسألتنا أعمّ من أن نعلم بإتيان الرهن في التركة قبل ذلك، فلا مانع من جريان استصحاب بقاء العين في التركة أصلاً؛ لأنه وإن يصر مثبتاً إلّا أن الواسطة تكون خفيّة.

وذلك لأن وجوب ردّ العين إنما هو أثر لكون العين في يد الورثة، فحينئذٍ نقول: إنّ جميع التركة بيد الورثة، فإذا استصحبنا وجود تلك العين في التركة فيثبت أن أحد هذه الأعيان مال الرهن. وكون يد الورثة على أحد هذه الأعيان محرز بالوجدان، وكون أحد هذه الأعيان رهناً وإن يكن من اللوازم العقلية لبقاء العين في هذه التركة إلا أن الواسطة خفيّة، فتأمل جيّداً.

والغرض أن نعلم بقاء العين المرهونة في التركة إلّا أنه نحتمل / ٨٩٥ / الفك

---

١) انظر شرائع الإسلام ٣٣٤/٢.

وصيرورة العين مال الميت. فهنا استصحاب عدم الفك لا محظور فيه أبداً.

[بيان قاعدة اليد]

ثمّ إنه في كلّ مورد كان الأصل جارياً يكون معارضاً مع قاعدة اليد، فناسب المقام توضيح بيان قاعدة اليد في جميع الفروض، فنقول: أما الفرض الأول فلا مجال لجريان قاعدة اليد، لأن المفروض أن العين المرهونة في الفرض الأول نعلم ببقائها في التركة، ونعلم أنه باقٍ على ذلك الراهن؛ غاية الأمر أنا لا نعلمها تفصيلاً.

نعم يناسب التكلم في هذا الفرض من جهة أخرىٰ غير جهة قاعدة اليد، وهو أنه هل يجوز التصرف للورثة في هذا المال أم لا، مع كون شيء منها لا على التعيين مال الراهن. وهل يجوز أخذ غير الورثة من الورثة شيئاً مع علمه بأنه أيضاً من التركة التي يكون مال الراهن فيها؟ فنقول*: أما تصرف الورثة مبنيّ على جواز التصرف في الشبهة المحصورة، ولو كان الأصل في المقام هو الحرمة كالأموال كما هو مفاد قوله عليه السلام «كلّ شيء لك حلال»[1] كما حقّقناه في محله.

وأما جواز أخذ الغير من الورثة شيئاً من هذه الأموال فإن بنينا على جواز ارتكاب الشبهة المحصورة حتى فيما كان الأصل فيه هو الحرمة، فلا إشكال أيضاً.

وأما لو بنينا على عدم جواز ارتكاب الشبهة المحصورة كما هو المشهور، فحينئذٍ يشكل جواز أخذ هذا المال من الورثة.

ولهذه المسألة / ٨٩٦ / نظائر ورد جواز الأخذ في تلك النظائر:

منها: جواز أخذ شيء من يد السارق.

ومنها: أخذ جوائز السلطان، في كتاب المكاسب[2] يصير حينئذٍ بجواز الأخذ

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

١) الكافي ٣١٣/٥، كتاب المعيشة باب النوادر، ح ٤٠ وفيه: «هو لك حلال».

٢) كتاب المكاسب ١٧٤/٢.

في صورتين ـ ولعلّه يحمل الأخبار عليهما ـ:

الأولى: أن يكون مال الحرام في أموال الظالم من قبيل الشبهة الغير المحصورة، فإنه لا يجب الاجتناب عن أطراف الشبهة الغير المحصورة.

وأورد على ذلك بأن الشرط في عدم لزوم الاجتناب عن الشبهة الغير المحصورة شيئان: كثرة أطراف الشبهة وتعسّر الاجتناب.

فمجرّد كثرة الأطراف غير مثمر، وذلك لأن القدر المتيقن من وجود السيرة على عدم الاجتناب عن الشبهة الغير المحصورة هو ما لو كان الاجتناب عسراً.

وفيما نحن فيه ليس الاجتناب متعسّراً؛ إذ عدم أخذ الجائزة من السلطان وعمّاله يكون من الأمور السهلة[1].

الثانية: أن لا يكون تمام أطراف الشبهة محلاً لابتلاء هذا الشخص. وقد تحقق أنه لو كان بعض أطراف الشبهة خارجاً عن محلّ الابتلاء يصير الأصل فيها ساقطة، فيصير الأصل فيما يكون محلاً للإبتلاء بلا معارض.

وأورد على ذلك بأنا قد أثبتنا في محله أن خروج بعض الأطراف عن محلّ الابتلاء /٨٩٧/ لا يصير منشأ لسقوط الأصل فيها حتى يبقى الأصل في سائر الأطراف بلا معارض.

وقد يستدلّ على جواز أخذ جوائز السلطان بأصالة الحلية.

وأورد على ذلك بأن الأصل في الأموال انقلب وأن الأصل فيها هو الحرمة.

[قاعدة الحمل على الصحة]

وقد يستدلّ على الجواز بأن مقتضى الأصل أن نحمل جميع الأفعال الصادرة على الصحيح، بل في غير الأفعال من الجمادات أيضاً يكون الأصل فيها هو

---

١) يقول المصحح: ليس ذلك من الأمور السهلة دائماً، بل عدم أخذ الجائزة من السلطان أو عمّاله قد يحمل على مخالفتهم، فيمكن تضييق الدائرة عليه أو عائلته أو شغله إلى غير ذلك، فتفطن.

الصحة لو شك في صحتها وكان لها أثر شرعيّ.

ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يتميز الجائر بين أمواله الحلال وأمواله الحرام أو لم يتميّز؛ بل لو علمنا بأنه عالم بأن ما يعطيه فعلاً هو الحرام يجوز لنا أخذه؛ إذ احتملنا أنه من باب الاشتباه أخذ الحلال وتخيّل أنه هو الحرام، بل لو أعطى طرفاً من أطراف الشبهة إلى زيد وطرفه الآخر إلى عمرو يجوز أخذه لكلّ واحد منهما؛ لأن قاعدة الحمل على الصحة لا يسقط عن الإعتبار ما لم يوجب جريانها مخالفة قطعية عملية لشخص واحد.

والسرّ في ذلك أنه كان بناء بني نوع الإنسان من زمان آدم إلى زماننا على حمل الأشياء على الصحة في مقام العمل، ولم يثبت من الأنبياء ردع عن هذا البناء، فيصير حجة؛ بل في أخبارنا ما يدلّ على اعتبار هذه القاعدة، وهي الأخبار الدالّة على جواز شراء الجلود من أهل العراق /٨٩٨/ الذين كان بناؤهم على أن الجلد يصير طاهراً بالدباغة.

إن قلت: إنهم كان بناؤهم على الذبح، فعمدة جلودهم كانت من المذبوحين. نعم جلد الميتة أيضاً لو وجدوه يطهّرونه بالدباغة، فتصير الشبهة غير محصورة.

قلت: بعد ما كان بناؤهم على أن جلد الميتة يصير طاهراً بالدباغة، فيأخذون الجلود من اليهود والنصارىٰ ويدبّغونه، فيصير من قبيل شبهة كثير في كثيرٍ لا شبهة قليل في كثير حتى تقول: إن عدم لزوم الاجتناب إنما هو لأجل ذلك.

أقول*: لا يخفىٰ أن السيرة دليل لبّيّ لابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن بها، والقدر المتيقن بالقطع واليقين يكون أقلّ مما ادعاه**.

---

*) *نحن تعرضنا في قاعدة اليد للقائل بحجية اليد في مقام الدعوىٰ وغيرها مطلقاً وللقائل بالحجية في غير صورة الدعوى مطلقاً وفي صورة الدعوى مع عدم المعارض، ولو كان المعارض هو الإستصحاب. وهذا القول من الأستاد يكون ملخصه [ما يأتي في الهامش بعد هذا تفصيلاً، فراجع]. (منه قدس سره).*

**) *والظاهر أن السيرة بمقدار ادّعاه كاشف الغطاء يكون بلا إشكال، فارجع إليه. (منه قدس*

وأما الأخبار فلو سلّمنا أنه كانت موردها من الشبهة المحصورة، فنقول: إن الجواز يحتمل* أن يكون من باب أن التصرف في الشبهة المحصورة جائزة، ولأجل أن سائر الأطراف لم يكن محلاً لابتلاء هذا الشخص أو لأجل قاعدة الحمل على الصحة، فلا يصير دليلاً على خصوصية شيء منها.

إن قلت: نحن أثبتنا وجوب الاجتناب عن الشبهة المحصورة، وأثبتنا أن خروج بعض الأطراف عن مورد الإبتلاء لا يصير سبباً لسقوط الأصل. فتعيّن أن تكون الأخبار / ٨٩٩ / محمولةً على قاعدة الصحة.

قلت: إثبات وجوب الاجتناب عن الشبهة المحصورة قطعي بحيث نقطع بأن الحكم الإلهي كذلك. ولو سلّمنا أنك أثبتّ بدليل معتبر أيضاً.

وعلى هذا فلا يجوز لك القطع بأن الأخبار دليل على خصوصية شيء ممّا ذكر. نعم، لو اجتمع العناوين من كون الشبهة محصورة وكون بعض الأطراف خارجاً عن محل الابتلاء، ويكون في البين فعل شخص أيضاً، بل فعل مسلم أيضاً، فهذه الأخبار تصير دليلاً على الجواز في هذا المورد من باب أنه القدر المتيقن من موردها.

وأما الفرض الثاني والقدر المتيقن مما نذكره هو الفرض الأخير. ولعلّ الجميع يكون من باب واحد والقدر الجامع مما نذكر حكمه هو أن يكون الرهن عند المرتهن ونحتمل انتقالها** إليه.

وهنا تردّد في الجواهر[1] ـ كما قيل ـ في تقدم اليد على الإستصحاب.

سره).

*) *هذا الإحتمال إنما يضرّ لو كان مقتضى الأصل عدم وجوب الاجتناب حتى يقال إنه يشمل الشبهة المحصورة، وليس الأمر كذلك أو الأصل في اللحوم والجلود هو الحرمة والنجاسة. (منه قدس سره).*

**) *انتقاله. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٤٠/٤٥٥.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: إن قاعدة اليد لو كانت جارية تكون مقدمة على الإستصحاب إما من باب أن قاعدة اليد أمارة والإستصحاب أصل، فتكون حاكمة عليه أو من باب أنه وإن قلنا إن قاعدة اليد أيضاً أصل الّا أنه لما كان مجعولةً في مورد الإستصحاب فلابدّ أن تكون مقدَّمةً على الإستصحاب، فتقدُّم الإستصحاب عليها لابدّ أن يكون من باب أن قاعدة اليد في هذا المورد / ٩٠٠ / ليست بمعتبرة لا أنها كانت معتبرة ومع ذلك قُدِّم الإستصحاب عليه.

[مجرد اليد ليس دليلاً على الملكية]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن مجرد اليد ليس دليلاً على الملكية، بل لابدّ أن يقترن إلى ادعاء الملكية أو التصرف المالكي. وعلى هذا لو مات الدلّال ورأينا في بيته أموال الناس فلا يحكم بأنها مال الدلال من باب قاعدة اليد كما نسب ذلك إلى الشيخ أنه قال كذلك.

والسرّ في ذلك أن الدليل على اعتبار اليد إما هو الإجماع أو السيرة أو خبر حفص. أما الإجماع والسيرة فدليلان لبّيّان لابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منهما، والقدر المتيقن هو ما ذكرنا.

وأما خبر حفص فمضمونه قريب مما نذكره كما قيل، وهو أنه سأل من أنه إذا رأينا مالاً في يد شخص فيجوز لنا أن نشهد بالملكية له أم لا؟

فيقول عليه السلام: «إذا اشتريت منه ذلك المال، تحكم بأنه ملك لك؟»

فيقول: نعم.

فيقول: «فكيف لا تشهد بالملكية له؟» إلى أن يقول: **«لولا ذلك لما قام للمسلمين سوق»**[1] الخبر.

---

١) الكافي ٣٨٧/٧، كتاب الشهادات باب بدون عنوان، ح ١ باختلاف كثير، والخبر كما في المصدر هو: علي بن إبراهيم عن أبيه وعلي بن محمد القاساني جميعاً عن القاسم بن يحيى عن سليمان

فيرد عليه أن هذا الخبر بظاهره غير معمول بها، فلابدّ أن نحمله على ما ذكرنا؛ فافهم.

أقول: لا يخفىٰ أن الإجماع والسيرة قائمان على الحكم بملك ما في اليد ولو لم يقترن دعوى الملكية إليه ولا التصرف المالكي[1] * ** . / ٩٠١ /

بن داود عن حفص بن غياث عن ابى عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل أرايت إذا رأيت شيئاً في يدى رجل أيجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره فقال له أبوعبدالله عليه السلام: أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال ابوعبدالله عليه السلام: فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك؟ ثم تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبل إليك ثم قال أبوعبدالله عليه السلام: لو كم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق.

١) في الأصل: المالكانه.

*) *أقول: نحن تعرضنا في قاعدة اليد قولاً بحجية اليد مطلقاً، وقولاً بأنه مقيد بغير صورة الدعوىٰ وفي صورة الدعوىٰ مع عدم المعارض ولو مثل الإستصحاب الذي يدّعيه خصمه.*

وملخص ما ذكره الأستاد أن حجية اليد مشروطة باقترانها بدعوى الملكية قولاً أوعملاً، وظاهره هنا تسليم حجيته في مقام الدعوىٰ، ولكن نقلنا عنه في مقام آخر عدم الحجية في مقام الدعوىٰ رأساً حيث إنّه ينكر الحجية هناك رأساً ويقول: إن الحجة هو قول المدعي بلا معارض كما يدلّ عليه خبر الكيس الذي يذكرونه في كتاب القضا، بعد الفراغ من أحكام الاقتصاص وقبل الشروع في تعارض البيّنات.. إلى غير ذلك من الأخبار التي يستفاد منها هذا المدعىٰ.

ونحن نقول: إن ما ذكره لعدم حجيته في غير الصورة المذكورة فاسد لقيام الإجماع والسيرة على ملكية تمام ما في اليد وإن لم يحرز دعوىٰ الملكية بالنسبة إلى أشخاصه، لا قولاً ولا عملاً.

ومسألة الدلال إنما هو من وجود الظهور على الخلاف أو القطع في الجملة، وتردّده بين الزيادة والنقصان، فسقوط يده لوقلنا به يكون للعلم الاجمالي على الخلاف أولأجل موهونية يده يصير من الأفراد / ٩٠١ / النادرة التي ربما يشك في شمول إطلاق دليل اليد له.

وهذا فاسد وذلك لأنه من جهة العلم الإجمالي لا فرق بين الدلال وغيره وقد تقدم الكلام فيه في الجملة في المتن في صورة تصرف ذي اليد.

نعم، الإشكال في صورة لم يكن ذو اليد ولا وارثه مدعياً للملكية ومن جهة الموهونية لا وجه لدعوىٰ الانصراف في إطلاق اليد؛ لأن من المعلوم اختلاف أفرادها ومع ذلك جرىٰ الكلام في رواية حفص على نحو الاطلاق؛ فافهم، بلحاظ ترك الاستفصال.

ولعلّ ما نقله عن الشيخ (ره) من عدم كون يد الدلال حجة على الملكية محمول على بعض الصور كما لو كان له بيت معدّ لأموال الناس ، فلا يكون يده على ما في تلك البيت دالّاً على الملكية والّا فكيف يجوز القول بأن جميع ما في يد الدلال يكون بمثل الكيس المطروح بين جماعة بأن يملكه كل من يدعيه ومع التعارض يكون حكمه حكم عين تداعياه وكان خارجاً عن يد كلّ واحد منهما .

فظهر مما ذكرنا أن السيرة يعني بناء العقلاء وإجماع العلماء قائمان على ملكية ما في اليد مطلقاً في غير مثل الدلال على التفصيل المذكور وفي غير مقام الدعوىٰ في الجملة .

ثمّ إن في مقام الدعوىٰ لا إشكال في حجية اليد إذا لم يكن للخصم أصل حتى الإستصحاب كما أنه مع قطع النظر عن الإجماع والسيرة يظهر ذلك من الأخبار الواردة في تعارض البينات . فانحصر مورد الشبهة فيما يكون من قبيل الدلال في الجملة . وفي مورد الدعوىٰ مع وجود الإستصحاب في الطرف المقابل .

والأول مندفع بحديث حفص .

وما يقال من أنه غير معمول به بجميع شراشره لو سلّمنا كون ذلك مضرّاً بالتمسك بضعيف منجبّر .

بأن يكون مقدار الحجة فيه بمقدار العمل ، فحينئذٍ نقول : لو كان المراد أن الرواية المشار إليها تدلّ على جواز الشهادة بكلّ أمارة أو أصل يثبت المشهور به والعلماء لم يعملوا به .

ففيه أولاً أن دلالته على هذا المدعىٰ ممنوع ؛ لأن المراد بالشهادة هناك ليس الشهادة عند الحاكم أو ذلك غير معلوم فيه ، وإنما القدر المتيقن هو نسبة متعلق الأمارة كأن نقول بالنسبة إلى شيء يكون في يد أحد أنه ملكه كما يشهد على ذلك قوله في الرواية المشار إليها « ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك » اه ، يعني بعد ما اشتريته من ذي اليد ، فراجع الرواية .

وقد أشار إلى ما ذكرنا صاحب الجواهر في كتاب الشهادات عند التعرض لبيان أن التصرف يوجب الشهادة بالملك .

وثانياً أن كثيراً من العلماء قالوا بجواز الشهادة على طبق الأمارات . ولعلّ الاختلاف للإختلاف في معنى الرواية ، وهذا مؤكد لكونه معمولاً به .

وثالثاً عدم معمولية هذا الجزء غير مضرٍّ بمحلّ الاستشهاد في المقام .

ولو كان المراد أنه غير معمول به في مقام الدعوىٰ ، ففيه .

أولاً : أنك قد عرفت أنه معمول به في مقام الدعوىٰ عند الكلّ في صورة / ٩٠٣ / لم يكن لها معارض حتى الإستصحاب من طرف المقابل كما أنه يدلّ عليه الأخبار الواردة في تقديم قول

اليد بتقديم بيّنته أو بيّنة خصمه .

وأما لو كان في البين استصحاب معارض أيضاً يكون بناء الأكثر على تقديم اليد كما لا يخفىٰ على من راجع كتاب القضاء من الجواهر [٤٠/٤٥٥] في المواضع التي أشرنا إليها في قاعدة اليد .

وثانياً : لم يكن هذه الرواية متعرضة لحال صورة الدعوىٰ ، وشمول إطلاقه له غير معلوم كما لا يخفىٰ على المراجع إليه .

والقول بأنه يدلّ بلحاظ أنه دلّ على جواز الشهادة على طبقها ففيه :

أولاً : أنك قد عرفت أن الشهادة ليست الشهادة عند الحاكم .

وثانياً : على التسليم لا يدلّ بأزيد من أن الشهادة عند الحاكم لابدّ من أن تكون نافعة في الجملة .

وهذا مما لا إشكال فيه مع قطع النظر عما تقدم من أن المشهور اعتبار اليد في مقام الدعوىٰ على الإطلاق أيضاً .

ولو كان المراد أنه غير معمول به فيمن يكون من قبيل الدلال ، ففيه :

أولاً : أنه لم تكن هذه المسألة معنونة حتى نرىٰ أنهم لم يعملوا به في هذا المورد .

والقول بأن الضعيف المنجبر . . ، إنما يعتبر في كلّ مورد علم أن العلماء تمسكوا في خصوص ذلك المورد ، وذلك الفرد من العام أو المطلق خارج عن درجة الإعتبار لا سيّما إذا اشترط عمل الكلّ .

وثانياً نقول : إنه في صورة نعلم اجمالاً بأن في يد الدلال مال الغير فنقول : من هذه الجهة لا فرق بين الدلال وغيره . وهنا لو قلنا بسقوط اليد للعلم الإجمالي فليس مضراً بما دلّ على اطلاق اعتبار اليد كما أن سقوط الأصول للعلم الاجمالي خلافها غير مضرٍّ بإطلاق أدلتها لأن ذلك من قبيل مجيء المخصص في البين لا من جهة كونه مطروحاً من هذه الجهة .

مع أنه لا إشكال من أن ذي اليد إذا ادعىٰ الملكية في بعض الأطراف يقبل قوله .

ولذا يؤخذ الأموال من يد الظلمة والسارق كما تقدم شطر من الكلام في هذا المقام في المتن .

في آخر مكتوباتي في بيع الاراضي الخراجية تمسكنا بحديث مسعدة لجواز الأخذ من اليد مع العلم الاجمالي .

وأما لو لم يكن علم اجمالي بكون بعض ما في يد الدلال مال الغير ، فهنا لا أظنّ أن يلتزم أحد بأن بعد موته أو غيبته في صورة لم يكن حاضراً ليدعي الملكية ، / ٩٠٥ / فيحكم بالملكية

لأجل الدعوىٰ يصير تمام ما في يده بمثل الكيس المطروح حتى أنه لو لم يدع أحد شيئاً من أمواله أو بعضاً منها ، فيلحق بالمجهول المالك أو اللقطة .

كيف والعلماء يلحقون بعض الأشياء باللقيط المطروح في الفلاة الذي لا دعوىٰ له ولا استيلاء حقيقي كما أن اختلافهم في إلحاق بعض الأشياء به كالناقة التي تمشي وراءه إنما للاختلاف في صغرى اليد هنا .ژ

وما قلنا سابقاً من أن يد الدلال من الأفراد النادرة لموهونيته ، ففيه أن مثل هذه الأيادي كثيرة في الغاية ، بل بناء نوع الناس الّا من شذّ وندر على جلب أموال الناس إلى نفسه بأيّ وجهٍ اقتدر .

ولعلّ مراد الشيخ (ره) على ما نسب إليه من عدم حجية يد الدلال إنما هو يده على الأموال التي تكون موضوعة في البيت التي أعدّه لأن يضع فيه خصوص أموال الناس .

ولا بأس به .

وأما حجية اليد في مقام الدعوىٰ إذا كان للخصم استصحاب ، فيظهر من الخبر المروي عن تفسير علي بن ابراهيم [تفسير القمي ١٥٦/٢] بسند صحيح والاحتجاج [الإحتجاج ١٢٢/١ ، احتجاج أمير المؤمنين عليه السلام على أبي بكر وعمر ..] مرسلاً على ما في الجواهر [جواهر الكلام ١٤١/٤١] في كتاب الشهادات في الموضع المشار إليه في احتجاج علي عليه السلام مع أبي بكر حيث احتجّ بـ[...] أن مقتضاه [...] طلب البيّنة من المسلمين في عدم انتقال فدك إلى فاطمة عليها السلام وأن خلافه خلاف حكم الله / ٩٠٦ / .

وذلك لأن الظاهر من الرواية أنه عليه السلام بعد تسليم تمام الصغرويات التي كان أبوبكر من المسلمين مدّعياً لها من أن مال النبي [صلى الله عليه وآله] بعد موته يصير للمسلمين نظير انتقال المال من الميت إلى الوارث ، قال : إن حكمك في طلب البيّنة من فاطمة عليها السلام في دعواها أن فدك ملكها ، خلاف حكم الله ؛ لكونها ذي اليد مع أن مقتضى الإستصحاب عدم الانتقال وبقاؤه على ملك النبي صلى الله عليه وآله لينتقل إلى المسلمين .

والقول بأنها بعد اعترافها بكون فدك ملكاً للنبيّ ترجع مدّعيه لأن ذلك يرجع إلى دعوى النقل قد أوضحنا فساده في قاعدة اليد .

وقول عليّ عليه السلام « وقد ملكَتْهُ في زمان رسول الله » [صلى الله عليه وآله] ليس صريحاً في دعوى الانتقال ؛ لأن صيرورته مالكاً من ذلك الزمان غير دعوى أنه انتقل إليه من النبي [صلى الله عليه وآله] ، والمفروض أن المطلب الواحد باختلاف التعبير في مقام الدعوىٰ يختلف حكمه .

هذا ، الّا أن خبر الاحتجاج يكون مشتملاً على شيء آخر ينافي ما ذكره وإن لم ينقل ؟ هذا الجزء منه في الوسائل ؛ لأن صدره مشتمل على أن فاطمة عليها السلام كانت مدعية لنقل فدك إليها من رسول الله [صلى الله عليه وآله] ومنه طلب أبوبكر منها / ٩٠٧ / البيّنة على دعواها حيث قالت لأبي بكر : يا أبابكر ! منعتني ميراثي عن رسول الله وأخرجت وكيلي من فدك وقد جعلها لى رسول الله صلى الله عليه وآله بأمر الله تعالى .

وأما محاجّة الأمير عليه السلام مع أبي بكر في هذه القضية فهكذا من أنه قال : يا أبابكر ! تحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين !

قال : لا .

قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيّنة ؟

قال : إياك كنت أسأل البينة ، اه .

قال : إذا كان في يدي شيء وادعى فيه المسلمون تسألني البيّنة على ما في يدي وقد ملكته في حيوة رسول الله صلى الله عليه وآله .

والظاهر من قوله « ادعيت أنا فيه » هو ادعاء ملكيته . فما ذكره في مقام الاحتجاج يصير منافياً للمورد الذي ذكر الاحتجاج له .

ويمكن الجواب عن هذا الإشكال الوارد على الخبر من وجوه أردئها أن يقال : إن الأمير عليه السلام لما يعلم أن فدك كان في الواقع مال فاطمة فلا مانع من إلزام أبي بكر بما لا يفهم بعد أن يعترف أن أصل الدعوىٰ كان في النقل وأن اليد / ٩٠٨ / مثبتة ليست بحجة كما هو المشهور ، لكن أبابكر لا يفهم ذلك .

وأوسطها أن يقال : إن الدعوىٰ كان في النقل ، وإن اليد بيّنة لأن المثبت من اليد حجة وإن كان هذا خلاف المشهور ، سواء قلنا بعد ذلك إن هذا الخبر يكون ردّاً على المشهور في أن المثبت من اليد ليس بحجة أو نطرح الخبر لكونه على خلاف المشهور .

وأحسنها بل هو المتعين أن يقال : إن ما نحن فيه من قبيل أن يكون مال في يد زيدٍ وادعىٰ ملكيته من جهة أنه انتقل إليه من بكر ثمّ ادعى عمرو أنه ملكه ، فإنه ليس لعمرو أن يقول لزيد لابدّ أن يثبت نقل هذا المال من بكر إليك ، فإن الإستصحاب لا يثبت قول عمرو حتى يقال : إن الدعوىٰ في النقل ، بل في تعيين الملكية واليد دليل عليه ، وذكر زيد لسبب الملكية لا يجعله مدعياً .

وكيفية انطباقه مع هذا المثال أن الذي سلّمه الأمير عليه السلام أن فدك لو كان ملكاً للرسول صلى الله عليه وآله إلى حين موته ينتقل إلى / ٩٠٩ / المسلمين بمقتضىٰ الخبر الذي ينقله أبوبكر من : إنا معاشر

الأنبياء لا نورّث .

وليس في هذه الصحيحة ما يدلّ على أن فاطمة أو الأمير اعترفا بكون فدك ملكاً للرسول وأنه نقلها إلى فاطمة عليها السلام ؛ لأن غاية الأمر أن فاطمة قالت : جعلها لي رسول الله صلى الله عليه وآله .

ويمكن أن يكون ذلك من باب ولاية النبي صلى الله عليه وآله على ذلك بجعل شيء من الأراضي الخراجية لشخص .

ويؤكد ذلك أنها قالت : جعلها لي بأمر الله .

بل مقتضىٰ الآية التي يتمسكون بها ﴿ فآت ذا القربىٰ حقّه ﴾ [الروم : ٣٨] أن فدك كان حقاً لفاطمة فلابدّ أن يكون ذلك بأمر الله أن يعطي الله ابتداءاً .

فهذا الوجه الأخير يكون أحسن لعدم ارتكاب خلاف ظاهر فيه ، ولا الالتزام بخلاف إجماع ، بل الآية والرواية ظاهرتان فيه .

نعم ، على هذا يسقط هذا الخبر لجواز التمسك لحجية اليد في مقام [. . .] في مقابل استصحاب [. . .] يكون من طرف الخصم بما هو المقصود فيه . غاية الأمر أنه ليس نصّاً في ذلك ، لكن إطلاق كلام الأمير يدلّ على حجيته هنا حتى في مورد الإستصحاب ، بل هو أحسن من الأخبار المطلقة لحجية اليد ؛ فتدبّر .

نعم ، ما ورد في الموثقة من أنه من استولىٰ على شيء فهو له ، وما نقله في آخر قضاء الوسائل [٢٧/٢٩٢ ، باب وجوب حكم بالملكية صاحب اليد حتى يثبت خلافها . .] من أنه يقرّ الناس على ما في أيديهم وشبهها يكون مقتضاها حجية اليد في مقام الدعوىٰ بنحو الاطلاق من غير فرق بين صورة لم يكن في قبال اليد استصحاب يثبت مدعىٰ خصم ذي اليد أو كان ذلك الإستصحاب فيها ؟ ، سواء كان حصول العلم بالحالة السابقة في هذا الإستصحاب من جهة علم الحاكم به أو بشهادة الشهود به أو لإقرار ذي اليد بالملكية السابقة للخصم .

وأما تقديم هذه اليد على الإستصحاب فبمقتضى القاعدة ؛ لأن اليد أخصّ من الإستصحاب أو في حكم الأخصّ .

إن قلت : في خصوص صورة يعلم الحالة السابقة من اقرار ذي اليد ينقلب الدعوى ويصير ذو اليد مدّعياً للنقل واليد لا تثبت النقل ؛ لأن المثبت من اليد ليس بحجّة على ما ذكرناه في آخر الإستصحاب .

قلت : ذكرنا في محله أن انقلاب الدعوىٰ لمجرد الإقرار بالملكية السابقة للخصم فاسد كما أوضحناه في محله .

فتلخّص أن مقتضى القاعدة هو العلم باليد في مقام الدعوى بنحو الإطلاق الّا في اليد

المستمرّة التي لا نقول بحجيتها رأساً كما رجحه في الجواهر في المسألة [...] في باب تعارض البيّنات في كتاب القضاء / ٩١١ / الموثقة التي نقلناه عن الجواهر في نزاع الزوج والزوجة في متاع البيت، نقله في الوسائل هكذا: « ومن استولى على شيء منه فهو له ».

وعليه لابدّ (من حجية اليد؟) مطلقاً وأن يظن؟ بذلك منه لعدم فرق بين يد الزوج والزوجة وبين غيرهما، كما أن الخبر الذي قلنا بدلالته على اقرار الناس بما في أيديهم فمدّه؟ محل الإشكال.

نعم، ما ورد في تعارض البيّنات على أن « يد الخارج مقدم » أو أن « يد الداخل مقدم » يظهر من الجواهر [١٢٥/٤١] أنه لا قائل في دلالتها على أصل حجية اليد كما أن صحيحة معوية بن وهب التي تدلّ بظاهرها على جواز الشهادة بالاستصحاب، وبما في الوسائل بظاهره ويؤوّله في الجواهر يكون مدرك أصل الملكية في اليد، ويدلّ على حجية اليد بنحو الاطلاق / ٩١٢ /. (منه قدس سره).

**) من التأمل فيما ذكرناه في هذه الحاشية يلوح أن اليد ولو لم تقترن بشيء من دعوىٰ ذي اليد للملكية والتصرف المتوقف على الملكية تكون حجيته على الملكية / ٩٠١ / من الضروريات الواضحات؛ بل حتى مع العلم الإجمالي بأن بعض ما يكون تحت اليد يكون ملكاً لغير ذي اليد.

إن قلت: إذا صارت اليد جارية مع العلم الإجمالي على الخلاف فهل يكون حاله كجريان اليد مع عدم العلم الإجمالي على الخلاف؟

قلت: ما قلنا إن الضرورة عليه أن ما يكون تحت يد الشخص مع العلم الاجمالي على الخلاف ليس بمثل ما لا يكون تحت يده رأساً مما يترتب عليه أحكام مجهول المالك من قبول قول مدعيه، وبدون المدعي يتصدق عن مالكه.

فما ذكرناه غير منافٍ للزوم مراعاة العلم الإجمالي الذي يكون في البين. مثلاً أثر اليد أنه لو مات ذو اليد ففيما زاد عن المقدار المعلوم بالإجمال لا إشكال من أنه يحكم أنه للورثة.

توضيح المقام أن من علم أن في ماله حراماً، تارة يكون الكلام في تصرف نفس ذي اليد في ذلك المال، وتارة في جواز أخذ سائر الناس من ذي اليد شيئاً من ذلك المال، وتارة في تصرف سائر الناس في ذلك المال بأنفسهم كما في مقام التقاصّ من مال ذي اليد.

أما الأول فمع العلم بالمالك يردّ مقدار المعلوم بالاجمال إليه والّا يتصدق عنه، ومع عدم تعين المالك ومقدار المحرم يكون الخمس مطهراً / ٩٠٠ / بتفصيلٍ تعرضوا لتمام شقوقه في كتاب الخمس. وقد يتعرضون لذلك في ولاية الجائر كما في مكاسب شيخنا المرتضىٰ

[مدى اعتبار قاعدة اليد في المقام]

نعم، لو كانت اليد أولاً على غير وجه الملكية كما في مسألة الدلال على ما نسب إلى الشيخ وكما في مسألة الرهن الذي تردّد فيه صاحب الجواهر، فحينئذٍ نقول: إنه لا يدلّ شيء من الأدلة على اعتبار اليد هنا.

[١٧١/٢].

ثمّ إنه لو كان مال تحت يد شخص ولا يعلم أنه ماله، ففي الجملة يحكم أنه ماله كما تعرّضوا لحكمه في كتاب القضاء في مسألة ما لو وجد في صندوق شخص مال لا يعلم حاله.

وأما الثاني أعني جواز أخذ ذلك المال الذي علم أن فيه حلالاً وحراماً / ٨٩٩ / من يد ذي اليد مجاناً أو شراءً ونحوه ومعاملة الملكية معه، فنقول: إن هذا أيضاً لا إشكال حتى مع عدم تميز ذي اليد بين الحلال والحرام في الجملة كما يعلم ذلك مما دلّ على جواز الأخذ من يد السارق والسلطان.

ويدلّ عليه مثل خبر مسعدة بن صدقة وغير ذلك أيضاً كما شرحناه في أصالة الصحة التي كتبته في آخر الإستصحاب.

ومثله الشبهة المحصورة وغير ذلك.

وأما جواز الأخذ من ذي اليد حتى في صورة كان من قصد ذي [اليد] اعطاء خصوص الحرام أو علم عدم التميز تفصيلاً فيما يعطيه ذي اليد، فاستفادته [من] هذه الأدلة فيه صعوبة فضلاً مما تمسك به الأستاد من السيرة وأخبار جلود العراق.

وأما الثالث أن يريد أن يتصرف غير ذي اليد في المال الذي فيه حلال وحرام. فإن كان ذلك بمجيء تمام ذلك المال الذي فيه حلال وحرام كورثة ذي اليد بعد موت ذي اليد، فهنا يعالج الورثة لمقدار علموا بكونه حراماً من تلك بما تقدم من أن نفس ذي اليد يرتكب تلك المعالجة، وتقدم أن كيفية المعالجة مذكور في كتاب الخمس.

ثمّ بعد ذلك يترتب آثار ملكية / ٨٩٨ / ذي اليد فيما سواه.

وأما غير ذي اليد لو أراد أن يتصرف في شيء مما تحت يد ذي اليد لضرورة ذلك محل ابتلائه كما لو أراد أن يأخذ شيئاً من مال ذي اليد المذكور تقاصّاً عن طلبه عنه أو أن الحاكم يريد أن يأخذ شيئاً من مال ذي [اليد] لأداء تكاليفه كنفقة الزوجة وغير ذلك، فهنا يحتاج إلى التكلم في بعض أدلة اعتبار اليد أو ما يرتبط به حتى نرىٰ أن جواز التصرف يفهم من إطلاق الأدلة أم لا. فإن أمثال هذه الفروع استفادة حالها من إطلاق الأدلة ليس واضحاً كما أن نفس المسألة أيضاً ليس حالها واضحة من إجماع أو ضرورة أو غير ذلك / ٨٩٧ /. (منه قدس سره).

أما الإجماع والسيرة، فواضح.

وأما خبر حفص فباعتبار أن مورد السؤال هو صورة لم يعلم أولاً أن اليد كانت ابتداء على ملك الغير كما في الرهن والدلال، وإذا لم تكن داخلةً تحت مورد السؤال، فنقول: إنه لا إطلاق للرواية أيضاً حتىٰ نتعدي عن مورد السؤال، مع أن التعليل بأنه «**لولا ذلك لما قام للمسلمين سوق**»[١] أيضاً لا يأتي هنا.

وبما ذكرنا يظهر أنه لا تدلّ هذه الرواية على اعتبار اليد إذا كان في مقام المرافعة والدعوىٰ وكان للخصم استصحاب.

وعلى هذا نقول: إنك من أين تقول: إن الأصحاب لم يعملوا[٢] على طبق هذه الرواية؟ فخبر الحفص يدلّ على أن اليد دليل على الملكية ولو لم يقترن إلى دعوى الملكية أو التصرف المالكي[٣]؛ بل السيرة والإجماع جاريان هنا حيث إنّ التاجر الذي شغله التجارة إذا لم يعلم ادعاء الملكية على ما في يده مع أن مجرد كون المال في يده أيضاً ليس تصرفاً ملكيّاً[٤] والّا يتحد مع قاعدة اليد، فلابدّ أن لا يحكم للورثة بما كان في يد هذا التاجر باعتبار أن أموال تجارته كان / ٩٠٢ / بأجمعها مال الغير حيث إنّه يبيع ويشتري مع أن ذلك بالقطع واليقين مخالف للاجماع والسيرة ولخبر حفص، بل ولخبر آخر كما أشرنا في قاعدة اليد؛ فلا تغفل.

---

١) الكافي ٣٨٧/٧، كتاب الشهادات باب بدون عنوان، ح ١.

٢) في الأصل: لم يعلمو.

٣) في الأصل: المالكانه.

٤) في الأصل: مالكانه.

فرع

[في بيع المرتهن الرهن لنفسه]

لو أذن الراهن في بيع الرهن، فهل يجوز للمرتهن أن يبيعه من نفسه أم لا؟

نسب إلى صاحب الجواهر[1] ظاهراً أنه قال: يجوز.

وإلى بعض الأعاظم أيضاً القول بعدم الجواز يمكن أن يكون من باب قصور العبارة عن نفسه أو لأجل انصرافه عن نفسه.

أما قصور العبارة فأورد عليه بأنه لا وجه له؛ إذ حذف المتعلق دليل على العموم، والإنصراف غير مسلم.

فظهر وجه القول بالجواز مع أنّه لو قلنا بالمقصور أو الإنصراف في نفس العبارة نقول: إن المناط العرفي موجود في أنه لا فرق بين المرتهن وغيره.

نعم، يرد على الوجه الأخير أن مجرد حصول العلم بالرضاء غير كافٍ في الإذن الذي يكون شرطاً في المعاملات.

نعم، يكفي العلم بالرضاء في العبادات كأن يصلي في دار الغير أو في مقام الأكل والشرب إلى غير ذلك مما ليس من العقود.

ولا يخفىٰ أنه لا وجه أن يتمسك في المقام بما ورد من الأخبار من أنه لو أعطىٰ شخص مالاً إلى فقير بأن يعطيه إلى الفقراء فيجوز أن يأخذ لنفسه أو لا يجوز على اختلاف فيها؛ لأنه لو دلّ كلام الراهن على أن يبيع بنفسه فيجوز والّا فلا يجوز، والأخبار إما لابدّ من الاقتصار على موردها /٩٠٣/ أو طرحها لو فرضنا أنها تدلّ

---

١) جواهر الكلام ٢٠٤/٢٥.

على خلاف ما ذكرنا.

ويظهر من صاحب الجواهر ـ كما نسب إليه ـ أنه تمسك بالأخبار حيث يقول هنا: إنه قد سبقت هذه المسألة. مع أنّه لم يذكر سابقاً إلّا المسألة التي وردت الأخبار فيها، بل وكذا يظهر من العلامة حيث قال: كما نسب إليه بكراهة أن يبيع من نفسه؛ لأنه لا وجه للكراهة الّا أن تكون الكراهة من مفاد الأخبار.

في وجوب حفظ مال المسلم

[لو احتاج الرهن مؤنة كالدابّة]

قال المحقق[1]**: وإن كان للرهن مؤنة كالدّابة أنفق عليها وتقاصّا**. اه.

أقول: لا يخفىٰ أن كلام الشرايع مطلق في أنه ينفق على العين المرهونة ويرجع بما أنفق إلى الراهن ويقاصّ منه، ولكن قيد الشرّاح بأنه يرجع أولاً إلى الراهن ليحصل الإذن في الانفاق عليه، فإن امتنع يجبره، فإن لم يمكن اجباره فهنا اختلف الشرّاح، فبعضهم على أنه بعد ذلك ينفق ويرجع إلى الراهن، وبعضهم يقولون: إنه يأذن من الحاكم، فإن امتنع الإذن من الحاكم أيضاً فحينئذٍ ينفق ويرجع بما أنفق إلى الراهن.

ونحن نذكر هنا مقدمةً لنتفرع مسألتنا عليه، وهي أنه هل يكون حفظ مال الناس واجباً أم لا؟

[الفرق بين ذي الروح وغيره في وجوب الحفظ]

والكلام تارة يقع في غير ذي الروح وتارة في ذي الروح. أما في غير ذي الروح فيستدلّ على وجوب الحفظ بوجوه:

منها: ما حكي أنه ورد في بعض الطرق المعتبرة من خطبة يوم الغدير أن «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**».

وجه الدلالة / ٩٠٤ / أنه بمقتضىٰ عموم التشبيه يدلّ على أن كلّ ما كان لدمائكم

---

١) شرائع الإسلام ٣٣٥/٢.

من الأحكام من وجوب الحفظ وغيرها، يكون ثابتاً لأموالكم أيضاً.

وأورد عليه بأنه يحتمل أن يكون المراد* أنه كما يجب على كلّ شخص حفظ نفسه يجب عليه حفظ ماله، فتصير الرواية مجملة.

أقول: الظاهر من الرواية أنه كما تكون دماؤكم محترمة ولا يجوز لأحد اهراق دماء المسلمين، كذلك تكون أموالكم محترمة، فلا يجوز نهب أموال المسلمين، ويشكل ادعاء عموم التشبيه بعد كون التشبيه ظاهراً فيما ذكرنا.

وقد ذكر في محله أنه يؤخذ بعموم التشبيه في كلّ مورد لم يكن بعض الأحكام مما يتبادر في مقام التشبيه، ولا أقلّ من أنه لا تجري مقدمات الحكمة لإثبات العموم.

الثاني: ما حكي من أنه «بعث الأنبياء لخصال أربع: حفظ الدين والدماء والأنساب والأموال» أو خمس.

وأورد** على ذلك بأن ذلك ليس رواية حتى يؤخذ بإطلاقه وإنما هي كلام الشهيد الثاني***.

مقدار ولاية الحاكم

الثالث: أن بعض الفقهاء يقولون: إن الفقيه وليّ على جميع الناس الّا أن القدر المتيقن من ذلك أنه وليّ على مال الغائب. والقدر المتيقن من ذلك أيضاً في خصوص وجوب الحفظ لا في سائر التصرفات.

---

*) فيه ما فيه. (منه قدس سره).

**) ولا يخفىٰ أن صاحب الجواهر في أول كتاب الوديعة ينكر وجوب حفظ مال الغير على نحو الإطلاق، وكذا نقل عنه في كتاب الأطعمة والأشربة ولكنّا أثبتنا وجوب الحفظ في آخر ما ذكرناه في مسألة الأولياء في بيان اشتراط المصلحة في تصرفهم نقلنا في مسألة ولاية الحاكم على [...] مثله عن الأستاد. (منه قدس سره).

***) والقواعد. (منه قدس سره).

وقد ثبت في محله أن ولاية الحاكم إنما هو من باب أن متعلقه لما كان واجباً كفائياً على جميع الناس، فلابدّ أن يكون الحاكم مقدماً على الجميع نظير صلاة الميت، فإنها واجب كفائيّ مع أن الوليّ مقدم على السائرين، فثبت أن حفظ أموال / ٩٠٥ / الناس يكون واجباً كفائياً.

نعم، يكون وجوبه على صاحب المال عينياً.

وأورد على ذلك:

أولاً: أنه أخصّ من المدعى؛ لأنه لم يثبت به الّا وجوب حفظ أموال المسلمين إذا كانوا غائبين.

وثانياً: أن ولاية الحاكم ليس على خصوص ما كان واجباً كفائياً على جميع الناس، بل ولايته ثابتة عليه وعلى ما كان من تكاليف نفس الغائب. ولذا يرتكب الأفعال التي مسلّم أنها واجب على خصوص الغائب، فلعلّ ولايته على الغايب من قبيل الثاني.

في وجوب الانفاق على العين المرهونة

ولا يخفىٰ أنه ليس من مقتضى عقد الرهانة أن يكون الحفظ واجباً على المرتهن. وعلى هذا نقول: إذا احتاجت العين المرهونة إلى مؤنة فيجب على المرتهن أن يطلع الراهن على ذلك. **ثمّ بعد ذلك** لا شيء على المرتهن.

ولو كان غائباً يطلع وليّه عليه.

وما ذكرنا من باب مجرّد أنه لا يجب على المرتهن شيء، وأما من جهة أن الرهن وثيقة للمرتهن ويتلف بذلك بذهاب وثيقته من البين فموكول إلى ما تحقق في محله من هذه الجهة.

وأما لو كان ذا الروح، فنقول: إنه لا دليل على وجوب الانفاق على ذي الروح، فيكون مقتضى الأصل هو البراءة، ومقتضى القاعدة أن يكون قتلهم وأذيتهم

محرماً.

في عدم وجوب الانفاق على الحيوانات

نعم، قد ثبت جواز قتل الموذي /٩٠٦/ والقدر المتيقن من ذلك هو جواز قتل الموذي الشخصي، لا النوعي.

نعم، لو حبس الدابّة في الدار ولم ينفق عليه يصير ظلماً عليه، فلابدّ له إما أن يطلقه أو ينفق عليه. ويؤيده ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله من: «**أن امرأة دخلت النار في هرّة حبستها**»[1] اه.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن العين المرهونة لو كانت ذا روح فإما أن نقول بعدم وجوب الانفاق أصلاً أو أنه صلى الله عليه وآله لا يحتاج إلى إذن الراهن أو الحاكم كما قاله المحقق؛ لأن وجوب الإنفاق إما من مقتضىٰ عقد الرهانة، فيصير الوجوب عينيّاً على المرتهن.

وكذا لو قلنا بوجوب الانفاق من باب أنه لو حبسه ولم ينفق عليه يصير ظلماً. وإذا كان الوجوب عينياً فلا يتوقف على إذن الحاكم.

ولعلّ اشتراطهم الإذن من الراهن والحاكم من باب جواز الرجوع؛ لأنه إذا أنفق شخص على شخص وقصد الرجوع لم يثبت له الرجوع.

نعم، لو كان بإذنه يثبت الرجوع؛ فافهم.

---

١) مستدرك الوسائل ٣٠٣/٨، باب عدم جواز قتل الهرة والبهيمة إلا ما استثنى، ح ٤؛ عوالي اللئالي ١٥٤/١، الفصل الثامن، ح ١٢١ وفيهما: «ربطتها».

مسألة التقاصّ

قال في المتن[1] **: ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث اه.**

أقول: نقل عن الشرّاح[2] أنهم قيّدوا إطلاق العبارة بما إذا لم يكن للمرتهن بينة. وأما إذا كان له بيّنة فلا يجوز له التقاصّ مما في يده. وفي باب التقاصّ أطلق الجميع أنه إذا امتنع يجوز له التقاصّ سواء كانت له بينة أو لا، إلّا [من] شذّ منهم.

[الفرق بين الرهن في المقام والتقاصّ]

وعلى هذا فيبقىٰ في /٩٠٧/ البين سؤال الفرق بين مسألتنا ومسألة التقاصّ. وذكر الفرق من وجوه:

الأول: أنه يشترط في التقاصّ أن يجحد فعلاً، وفيما نحن فيه يكون الكلام في مجرد خوف الجحود.

وأورد على ذلك بأنه في مسألة التقاصّ محل الخلاف من أنه يشترط سبق الجحود أو يكفي العلم أو الظنّ به أو مجرد الخوف من الجحود أيضاً يكفي. فلو قلنا بكفاية الخوف هناك فنكتفي هنا أيضاً بدون اشتراط عدم البيّنة، وإن قلنا بعدم الكفاية فلابدّ أن لا يكون تقاصّ أصلاً ولو لم يكن بيّنة، فهذا ليس بفارقٍ.

الثاني: كون المقاصّ منه فيما نحن فيه ميتاً وفي باب التقاصّ حيّاً.

---

١) شرائع الإسلام ٢/٣٣٥.

٢) انظر مسالك الأفهام ٤/٤١.

وأورد على ذلك بأن الأخبار في باب المقاصّة وإن كانت في صورة كان المقاصّ منه حيّاً الّا أنها بالمناط يأتي في صورة كان ميتاً أيضاً.

وخبر المروزي فيما نحن فيه يكون في خصوص الورثة مع أنهم يتعدّون عن ذلك إلى الراهن. والتعدي من الحيّ إلى الميت أولى من التعدي من الورثة إلى الراهن.

الثالث: أن الرهن أمانة.

وفيه: أنه لو قلنا بأن الرهن أمانة فلا يجوز التقاصّ منه أصلاً، سواء كان له بيّنة أم لم يكن، وسواء جحد أم لم يجحد.

الرابع: أن خصوصية الرهنية موجب لذلك.

وأورد على ذلك بأن القلب لا يرضىٰ بأن يقول إن خصوص الرهن من حيث كونه رهناً يكون خارجاً عن القواعد.

إن قلت: فما تقول /٩٠٨/ في خبر المروزي الذي يدلّ على أن التقاصّ ثابت في صورة عدم البيّنة؟

قلت: ليس بناء الفقهاء على رفع اليد عن القواعد المقررة عندهم بمجرد دلالة خبر أو خبرين، فلابدّ إما من طرح هذا الخبر أو نأخذ به ونقول: إن عدم البيّنة شرط في باب المقاصّة أيضاً لكون الاشتراط موافقاً للأصل حتى لا يلزم اختصاص الرهن من بين سائر الموارد، أو نأخذ بهذا الخبر ونقيّد به إطلاقات باب المقاصّة على أضعف الوجوه.

هذا أولاً.

وثانياً: أن هذا الخبر من حيث السند يكون مكاتبة، والمكاتبة موهونة عند الفقهاء، فلا نرفع اليد بها عن القواعد وإن كانت المكاتبة في نفسها حجة.

ومن حيث الدلالة تكون دلالته على اشتراط عدم البيّنة موقوفةً على حجية

مفهوم الوصف؛ لأنه عليه السلام يقول فيه: «ولا بيّنة له»[1]، وهذا صار سبباً لاشتراط عدم البيّنة مع أنّه لو بنينا على حجية مفهوم الوصف نقول هنا: لا مفهوم لهذا الوصف حيث إنّه ورد في مقام تعيين موضوع الغالب حيث إنّه في أغلب الأوقات يكون التقاصّ في مورد لم تكن بيّنة.

وأما لو كان له بيّنة فلا يحتاج إلى التقاصّ.

ومع الغمض عن ذلك أيضاً نقول: إن هذا الخبر معارض بأخبار المقاصّة، والنسبة بينهما عموم من وجه: مادة الاجتماع إذا كانت المقاصّة في باب الرهن ولم يكن الورثة باذلاً؛ مادة الإفتراق في طرف أخبار المقاصّة إذا كان في غير باب الرهن ولم يكن / ٩٠٩ / المقاصّ منه باذلاً؛ ومادة الافتراق من طرف خبر الرهن ما إذا كانت المقاصّة في باب الرهن وكان الورثة باذلاً.

[ظهور العيب في الرهن بعد البيع]

أقول: وفيه تأمل.

قال في الشرايع[2]: **ولو باع المرتهن الرهن أو العدل ودفع الثمن إلى المرتهن، ثمّ ظهر فيه عيب لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن.**

أقول: دفع الثمن إلى المرتهن يمكن أن يكون على وجه الوثيقة كما هو الظاهر من العبارة، ويمكن أن يكون على وجه استيفاء أصل دين المرتهن.

أما لو كان على وجه الاستيفاء فلا إشكال حيث إنّه إذا فسخ البيع لأجل العيب أو لغير العيب فلا يؤثر في انتقال الثمن أو المثمن إذا تصرف فيهما قبل الفسخ.

نعم، على الراهن أن يعطي عوض الثمن الذي عند المرتهن إلى المشتري حتى لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض حيث إنّ المبيع ينتقل إلى الراهن؛ لأنه لا مانع

---

١) تهذيب الأحكام ١٧٨/٧، باب الرهون، ح ٤١.

٢) شرائع الإسلام ٣٣٦/٢.

في انتقاله إلى الراهن بواسطة الفسخ. وأما لو كان دفع الثمن إلى المرتهن على وجه كونه وثيقة ورهناً كما هو ظاهر العبارة فحينئذٍ يشكل الأمر من أنه كيف لا يجوز للمشتري أن يرجع إلى المرتهن مع أن مقتضى القواعد جواز رجوعه، وذلك بعد تسليم قاعدتين:

الأولى: أن الفسخ معاملة جديدة، ولذا تكون المنافع قبل الفسخ لمن كان الثمن له قبل الفسخ. وكذلك منافع المثمن، فيكون الفسخ / ٩١٠ / كواحد من العقود يوجب النقل والانتقال من حينه.

[بدلُ الرهنِ رهنٌ]

الثانية: أن بدل الرهن رهن. وعلى هذا نقول: إنه بواسطة الفسخ يصير الثمن بدلاً عن المثمن، فينقل المثمن الذي كان أولاً رهناً إلى الراهن، فلابدّ أن يصير رهناً بمقتضىٰ قاعدة أن بدل الرهن رهن، فحينئذٍ لا مانع من نقل الثمن إلى المشتري مع أن مقتضىٰ كلام المصنف أن المشتري لا يرجع إلى المرتهن في أخذ الثمن منه.

ونقل عن صاحب الجواهر أنه وجّه ذلك بوجوه ثلاثة:

الأول أن نقول: إن بدل الرهن ليس برهن. غاية الأمر أنه يتعلق حقّ الارهان ببدل الرهن. وعلى هذا فالثمن الذي دفعه إلى المرتهن ليس رهناً عنده.

نعم، يتعلق به حق الإرهان. وإذا تعلق حق الغير به، فلا يؤثر فيه الفسخ ولا غيره من العقود كما أنه لو نذر الصدقة بمالٍ فحينئذٍ لا يؤثر عقد من العقود في انتقال هذا المال لأنه تعلق به حق الغير.

وأورد على ذلك بأنه لا يجوز حمل كلام العلماء مثل المحقق وغيره على هذا المبنى الضعيف.

الثاني أن نقول: إن الثمن يصير رهناً الّا أنه لا نسلّم أن الفسخ يصير موجباً لنقل

الثمن إلى المشتري؛ لأنه تعلق حق الرهانة عليه، فلا ينقل بواسطة الفسخ.

وأورد على ذلك بأنه خارج عن قاعدة المناظرة؛ إذ الخصم يدّعي أن قاعدة «إن الفسخ ناقل» وقاعدة «إن بدل الرهن رهن» يقتضيان لأن يصير الثمن رهناً، فالإيراد على ذلك بأنا لا نسلّم أن الفسخ يوجب فلان.. فيه مصادرة محضة.

الثالث: أنه سلّمنا ذلك كلّه إلّا أنه نقول: إن مقتضىٰ قاعدة الرهن أن يكون الثمن رهناً ومقتضىٰ قاعدة الفسخ أن ينتقل إلى المشتري، فيتعارضان فيتساقطان؛ لأن النسبة بينهما عموم من وجه، فحينئذٍ نقول: إن مقتضىٰ استصحاب بقائه على الرهنية وغير ذلك من الأصول أن يكون الثمن رهناً.

وأورد على ذلك بأنا نسلّم المعارضة أن قاعدة البدلية يكون حاكماً عليهما حيث إنّ مقتضاها صيرورة المثمن رهناً عوض الثمن.

وفيه أن الكلام في إثبات أنه يصير بدلاً أم لا.

[التحقيق في حق الرهانة]

فالتحقيق أن نقول: إن عمدة المطلب هنا إثبات أن حق الرهانة يكون من الحقوق التي لا تنفكّ نظير حق نذر الصدقة، أو أن حقّ الرهانة من الحق الغير اللازم.

فعلى الأول لا ينقل الثمن إلى المشتري بخلاف الثاني.

وعلى هذا فنقول: إن دليل الرهانة مطلق، ودليل كون الفسخ ناقلاً معلق على عدم وجود المانع من النقل والتلف وأمثالهما.

فعلى هذا نرفع بإطلاق دليل الرهن موضوع دليل الفسخ حيث كان مقيداً بعدم المانع، ودليل الرهن يصير مانعاً بمقتضىٰ إطلاقه.

وأورد على ذلك بأنا لا نسلّم كون دليل الرهن حاكماً على قاعدة الفسخ بمقتضىٰ إطلاقه، وذلك لأن الفسخ إنما يوجب النقل لو كانت العين باقية، فلو تلف

أو كان بحكم التلف، فلا يوجب النقل.

وعلى هذا فمقتضىٰ / ٩١٢ / دليل الفسخ هو النقل؛ لأن العين موجودة بالوجدان. ومقتضىٰ إطلاق دليل الرهن عدم النقل، فتقع المعارضة. والنسبة بينهما عموم من وجه. ولا مرجّح في البين، فيتساقطان، فلابدّ أن يرجع إلى الأصول. والمرجع هو أصالة عدم النقل.

وأورد على الأصل بأن هذا الأصل يكون مع الشك في المقتضي حيث إنّا لا نعلم أن الفسخ رافع له أم لا، فيصير نظير مسألة ما إذا شككنا في بقاء الحيوان في الدار مع علمنا سابقاً بأنه كان في الدار حيوان الّا أنه كان مردداً بين من لا يعيش الّا ساعة وبين من يعيش سنوات كثيرة، فهنا لا يجوز الإستصحاب بعد ساعة؛ لأنه مع الشك في المقتضي.

وأجيب عن ذلك بأن هذا القائل كأنه لم يشمّ من الأصول شيئاً؛ لأن هذا واضح أن هذا المثال ليس من الشك في المقتضي؛ لأن المدار في الشك في المقتضي أن يكون في السابق شيء لا يقتضي بنفسه أن يكون باقياً إلى تلك المدّة ولو لم يكن في البين مزيل ورافع أصلاً. وأما غير الشك في المقتضي فهو كلّ شيء يكون بنفسه باقياً لو لم يوجد في البين رافع كالألوان والصفات ونظائر ذلك، ومثل الطهارة والنجاسة وأمثال ذلك.

ولا يضرّ بذلك أن / ٩١٣ / مزيله مردّد بين عنوانين وجد أحدهما؛ لأن المستصحب بنفسه يكون من الأشياء التي تكون فيه اقتضاء البقاء.

أقول: كون إطلاق دليل الرهن حاكماً أو معارضاً مبنيّ على ملاحظة ما يدلّ على كون الفسخ مطلقاً، فإن دلّ على أنه معلق على عدم تلف العين فحينئذٍ يصير بين دليل الرهن والفسخ معارضة، وأما التساقط والرجوع إلى الأصل فمبنيّ على عدم الرجوع إلى التخيير في الخبرين إذا كانت النسبة بينهما عموماً من وجه.

فصل
في أحكام متعلقة بالرهن

[عدم جواز التصرف في الرهن]

لا يخفىٰ أنه لا يجوز للراهن التصرف في الرهن.

وهذه المسألة في الجملة إجماعيّة، لا إشكال فيه. وإنما وقع الخلاف في بعض الفروع، ولابدّ لنا أن نذكر أقسام التصرف ونعيّن محلّ الخلاف عن محلّ الوفاق ليسهل تعيين حكم محل النزاع، فنقول:

إن التصرف تارة يكون مضرّاً بجهة الوثاقة إما لأجل كونه ناقلاً للعين أو المنفعة أو منقصاً لهما، سواء كان المضرّيّة معلوماً أو مظنوناً أو مشكوكاً وموهوناً.

وتارة يكون نافعاً لجهة الوثاقة كسقي الأشجار ورعي الدوابّ / ٩١٤ / واصلاح مرض العبد إلى غير ذلك. وتارة لا يكون مضرّاً بجهة الوثاقة ولا نافعاً لها.

وهذا على قسمين:

الأول: أن يكون نافعاً للراهن كسكنىٰ الدار وركوب الدابة وخدمة العبد إلى غير ذلك.

الثاني: أن لا يكون نافعاً للراهن أيضاً كلمس عنق الفرس ولمس ذنبه إلى غير ذلك.

أما هذا القسم فالظاهر أنه خارج من محلّ النزاع، وأنه مسلّم جواز مثل هذا التصرف، ولا ينافي ما ذكرنا كون هذا القسم من التصرف حراماً في المغصوب لأن المفروض هناك أن المال مال الغير، ولمّا غصبه منه لا يرضىٰ بتصرفٍ فيه، بل

يصير أذية وظلماً له. وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن الدليل هنا على فرض تمامته يدلّ على حرمة التصرف، ونحن إما أن نقول: إن هذا ليس تصرفاً أو نقول: إن الدليل لا يشمله.

وكذا التصرف الذي يكون نافعاً بجهة الوثاقة فالظاهر خروجه عن محلّ النزاع، وكونه مسلّم الجواز وإن يَلُح خلاف من كلام بعض في التصرف النافع وغير النافع إذا لم يكن مضرّاً كاللمس أيضاً.

وأما القسم الأول ففي صورة كان الضرر بجهة الوثاقة معلوماً في البين فيدلّ على عدم جواز التصرف فيه الأدلة الأربعة:

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1].

وجه الدلالة / ٩١٥ / أن الآية تدلّ على وجوب ترك كلّ فعل يكون منافياً للوفاء على طبق العقد والعهد. مثلاً لو نذر أن يتصدق بمال مخصوصٍ على فرض مجيء زيد من السفر فحينئذٍ لا يجوز له التصرف في هذا المال قبل مجيء زيد من السفر؛ لأنه منافٍ للوفاء على طبق العهد والنذر بعد مجيء زيد.

وفيما نحن فيه أيضاً كذلك حيث إنّه جعل المال وثيقةً، والمفروض أن التصرف مضرّ بجهة وثاقته.

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وآله: «الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف»[2].

وهذه الرواية وإن كانت عامية الّا أنها مستفيضة كما قيل.

والأصحاب أيضاً عملوا على طبقه، وهذا المقدار يكفي في حجيته.

وأما الإجماع فالمنقول منه مستفيض، والمحصّل منه أيضاً موجود كما أن الظاهر تحقق الإجماع في صورة كان الضرر مظنوناً، بل لا يبعد وجود الإجماع في صورة كان الضرر مشكوكاً.

---

١) المائدة: ١.

٢) مستدرك الوسائل ١٣/٤٢٦، باب نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الرهن، ح ٦.

والرواية أيضاً تشمل هاتين الصورتين لو لم نقل بدلالة الآية.

وأما العقل فيمكن أن يدلّ على بعض التقريبات كأن يقال: إن التصرف ظلم مع العلم بكونه مضرّاً بجهة الوثاقة، فبقي التصرف الذي لا يكون مضرّاً بجهة الوثاقة ولا نافعاً لها، ولكن [الذي] يكون نافعاً للراهن محل الخلاف والنزاع كسكنى الدار وركوب الدابّة ونظائر ذلك.

ونسب في الرياض[1] إلى محتمل التذكرة[2] جواز مثل هذا / ٩١٦ / التصرف.

قال: وتبعه بعض متأخري المتأخرين مستندين إلى الأصل وعموم الخبر باثبات التسلط لأرباب الأموال؛ انتهىٰ. وصحيحين واردين في خصوص المقام، وكذا خبر السكوني وقاعدة الضرر.

والمشهور يقولون بعدم الجواز.

والدليل على ذلك إطلاق خبر النبويّ السابق والإجماعات المنقولة في المقام.

وهذه الإجماعات على نوعين: فنوع يكون في مطلق العين المرهونة من أنه لا يجوز للراهن التصرف في الرهن، وبعضها مذيلة ببعض الأمثلة كسكنىٰ الدار وخدمة العبد وأمثال ذلك.

أما هذا النوع من الإجماعات فلا يجدينا حيث إنّها مخدوشة سنداً ودلالة.

أما السند من حيث إنّ هذه الإجماعات منقولة عن القدماء مثل الشيخ وأمثاله، واجماعاتهم غالباً تكون في موارد لا يكون إجماع في البين، فلا يثمر بحالنا ولو كانت مذيلة بمثل سكنىٰ الدار وأمثالها.

وأما ما لم يكن مذيلة بهذه الأمثلة فمخدوشة من حيث الدلالة أيضاً لاحتمال أن يكون المراد التصرف الذي يكون مضرّاً كما تقدم. ونوع من الإجماعات يكون في خصوص وطي الأمة. ولمّا كان من المتأخرين فمعتبر سنداً. ودلالته على

---

١) رياض المسائل ٥٢٢/٨.

٢) تذكرة الفقهاء ٢٢٤/١٣.

أمثال وطي الأمة من التصرفات واضح.

أقول: وطي الأمة تارة يكون في مورد يكون محتملاً للضرر كما لو كان في البين مظنة الحمل وصيرورة الأمة أمّ ولد، فلا يجوز بيعها. وهذا مضرٌّ بوثاقته.

ويحتمل أن يكون مراد المجمعين هذا بالخصوص، فلا تدلّ هذه الإجماعات على جواز تصرف يكون نافعاً للراهن وكان غير مضرٍّ.

فانحصر الدليل بخصوص النبويّ لو أخذ بإطلاقه. والأخذ موجب لعدم جواز التصرف في الصورتين اللتين ذكرنا أنه يجوز التصرف، وأنهما خارجان عن محل الخلاف أيضاً.

وقد يقال: إنه لا إطلاق في الرواية باعتبار أنا نعلم أن قوله عليه السلام «**الراهن والمرتهن**[1] **ممنوعان من التصرف**» لا يكون تعبّدية صرفة؛ بل يكون لأجل حق الناس ولأجل أخذ المرتهن ماله منه.

فعلى هذا لا يشمل الّا صورة تكون مضرّة بجهة وثاقته ولكن فيه أن مراعاة حق الناس يمكن أن يكون على أحد الوجوه:

الأول: ما ذكرت من أنه لأجل أن يأخذ المرتهن ماله منه؟

الثاني: أن يكون لأجل ضيق الأمر على الراهن من حجره من جميع المنافع حتى يعجل في أداء مال المرتهن.

الثالث: أن يكون لأجل ضيق الأمر على الراهن حتى في التصرفات الغير النافعة حتى يصير تعجيله في أداء الدين أشدّ.

ومقتضى القاعدة في صورة دوران الحكمة أو العلة بين أمور أن يؤخذ بما يكون أعمّ من الجميع لأجل إبقاء الإطلاق مادام الإمكان على حاله.

وعلى هذا فمقتضىٰ القاعدة هو الأخذ بالوجه الثالث الّا أنه على هذا يلزم أن يكون التصرف حراماً حتى في الصورة التي ذكرنا أنه مسلّم جواز / ٩١٨ / التصرف

---

١) في المصدر: والمرهون.

فيها.

ويذبّ عن ذلك بأحد الوجوه:

الأول: ما نسب إلى بعض* أن الأصل في الأوامر وسائر الإنشاءات أن يحمل على الانشائية حتى تقوم قرينة على إرادة الخبرية منها، والأصل في الإخبارات أن يكون المراد هو الخبرية حتى تقوم قرينة على إرادة الإنشائية منها.

وعلى هذا نقول: إن قوله عليه السلام «**الراهن والمرتهن ممنوعان**» اه، قابل لإرادة القضية الخبرية منها، أما المرتهن فلأجل أنه ليس بماله حتى يجوز له التصرف، وأما الراهن فلأجل** أنه لابدّ أن يعمل على مقتضىٰ عقد الرهن، فلا يجوز له تصرف المنافي للوثاقة.

وما يقال من أن شأن الشارع هو بيان الأحكام، ولذا لابدّ أن يحمل قوله «فلان صادق» على أنه يجب تصديق قوله، ففيه أن شأن الشارع بيان كلّ شيء والإمام عليه السلام كأحد من الناس من هذه الجهة، ونسبة كلماته في بيان الأحكام إلى غيرها كنسبة واحد إلى ألف.

أقول: ولازم ذلك هو الاقتصار على عدم جواز التصرف المضرّ فقط.

الثاني: ما قاله الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنا نسلّم أن الأصل في القضية الخبرية أن تحمل على الخبرية الّا أنه نقول: إن الإجماعات المنقولة وبناء الأصحاب على التعدي من الموارد التي يكون مقتضىٰ حمله على الخبرية. وهذا كاشف من أنه كانت قرينة على الإنشائية في البين اطّلع الأصحاب عليها ولم نطّلع عليها؛ فلذا نحمله على الإنشائية.

وهذا الكشف إن كان بطريق القطع فيصير من الظنون الخاصّة، والّا / ٩١٩ / فيصير من الظنون المطلقة لعدم استناده إلى اللفظ. ولا محظور في الجمع بين

---

*) *شيخ عبد الكريم ايرواني. (منه قدس سره).*

**) *لأن مقتضىٰ عقد الرهن هو الإلتزام بكونه وثيقة لدين المرتهن. (منه قدس سره).*

الإنشاء والخبر كما قالوا في أخبار الاحتياط بالنسبة إلى ما دلّ على الإحتياط في مورد يكون العقل أيضاً حاكماً بالإحتياط في بعض مصاديقه.

إن قلت: فعلى هذا لابدّ أن تقول بعدم جواز التصرف في مورد كان نافعاً للعين المرهونة وفي مورد لا يكون نافع ولا ضارّاً مع أنك قلت إنهما خارجان من محلّ النزاع كما هو مقتضىٰ إطلاق الرواية.

قلت: قد عرفت أن الحمل على الإنشاء بقرينة الإجماعات، والإجماع ليس في ذينك الموردين، والاطلاق والعموم في المعنى المجازي بمقدار إطلاق القرينة.

ولذا لا يجوز أن يؤخذ بإطلاق «أسد» بأنه أيّ رجلٍ شجاعٍ في قولك «أسد يرمي» مثلاً، بل إطلاقه بمقدار إطلاق «يرمي»، والإجماعات لا يكشف أزيد من قرينة تكون شاملة للتصرفات النافعة بمقدار الحكمة التي قدمناها من منعه من جميع التصرفات النافعة.

أقول: لا يخفىٰ أنه لا نحتاج في إثبات الإطلاق لقوله ﷺ «**الراهن والمرتهن ممنوعان**» اه إلى إثبات كونه في مقام الإنشاء، بل نقول: إنه إخبار عن الواقع ويكون كاشفاً عما جعله الله في الواقع، ويحكم بأنه إخبار عن ممنوعية الراهن والمرتهن عن التصرف / ٩٢٠ / بمقدار يقتضيه إطلاق لفظه كما يقول الأستاد ـ سلّمه الله ـ بذلك في مثل قوله عليه السلام «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1] وقوله عليه السلام «**لا ضرر ولا ضرار**»[2] وقوله عليه السلام «**لا حرج**» اه.

ويحمل هذه القضايا على الإخبار، ولا تقتصر بموارد ثبت حكمها من دليل خارجيّ في مصاديق هذه القضايا، فلابدّ أن يفعل فيما نحن فيه أيضاً كذلك.

الثالث: أن نمنع كون مثل لمس اليد على عنق الفرس تصرفاً فيه وكذا سقي الشجر. ونأخذ بمقتضىٰ الإطلاق حينئذٍ ولا محظور فيه.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ و٢٩٣، باب الضرار، ح ٢ و٦.

أقول: وعلى فرض صدق التصرف في هذين الموردين يمكن ادعاء الانصراف إلى غيرهما أو عدم جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق بمقدار يشملهما لأن المركوز في الأذهان غير هذين التصرفين؛ فتدبّر.

ولا يخفىٰ أن جميع ما ذكرنا في صورة عدم إذن المرتهن ومع إذنه لا إشكال أصلاً.

ومما ذكرنا ظهر حكم الفروع التي ذكرت هنا، والمعيار فيها أنها لو كان التصرف مضراً بوثاقته ولو احتمالاً أو كان نافعاً للراهن وإن لم يكن مضرّاً بوثاقته فلا يجوز. وأما لو كان نافعاً بوثاقته أو لا نافعاً ولا مضرّاً كاللمس فيجوز، فلا يحتاج إلى ذكر الفروع التي ذكروها.

[أدلة من يقول بجواز التصرف في الرهن]

وأما أدلة من يقول بجواز التصرف / ٩٢١ / بمثل السكنىٰ مما يكون نافعة للراهن غير مضرّة بجهة الوثاقة، فمن وجوه:

الأول: حديثان صحيحان واردان في جواز وطي الأمة، في أحدهما رجل رهن جارية عند قوم، أيحلّ له أن يطأها؟

قال: «**نعم، إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها**».

قلت: أرأيت إن قدر عليها خالياً؟

قال: «**نعم، لا أرىٰ عليه هذا حراماً**[1]»؛

ونحوه الثاني.

وأورد عليهما من وجوه:

الأول: أنهما موافقان[2] لقول الشافعي، فيحملان على التقية.

---

١) الكافي ٥/٢٣٥ و٢٣٧، باب الرهن، ح ١٥ و ٢٠.

٢) في الأصل المخطوط: موافقين.

وفيه أن مجرد كون الخبر موافقاً للعامة لا يصير منشأ لأن يحمل على التقية، بل إنما يحمل على التقية في صورة المعارضة. وهذان الخبران ليس لهما معارض الّا النبويّ، وهما يكونان أخصّ من النبويّ، فيقدمان عليه، فليس في البين معارضة [بحيث] لا يمكن الجمع الدلالي[1] حتى نحتاج إلى التصرف في السند أو جهة الصدور، فيحمل على التقية؛ هذا أولاً.

وثانياً: أنه لو فرض أن يكون لهذا الخبر معارض فلابدّ أن يحمل معارضه على التقية؛ لأن القاعدة فيما ليس أحد من الطرفين موافقاً للعامة ـ كما فيما نحن فيه حيث إنّ كليهما موافقان للعامة ـ أن يحمل على التقية كلّ طرفيه يكون حكّامهم إليه أَمْيَل.

وفيما نحن فيه هذان الخبران موافقان / ٩٢٢ / للشافعي لكن مخالفان للحنفي، وعرفت أن القاعدة في صورة كان الخبران موافقين أن يطرح كلّ واحد يكون حكامهم إليه أميل. ولا إشكال في أن الحكام كانوا أميل إلى قول أبي حنيفة، فلابدّ أن يطرح ما يوافقه دون ما يوافق الشافعي.

الثاني: أن هذين الخبرين يشملان لجواز الوطي في صورة تصير حاملاً، فيصير التصرف مضرّاً بالوثاقة، وهو خلاف الإجماع.

وفيه: أنه نخصص الخبرين بالإجماع بصورة لا يكون مضرّاً.

الثالث: أنه يكون في هذين الخبرين ما يكون خارجاً من شأن الإمام.

بيان ذلك أنه إذا سئل شخص عن مسألة، فإذا لم يعلم جوابها، فيقول: إنه لا يتفق هذا الفرض، وأن الغراب لا يقع في البئر. وهذا النوع من الجواب من شأن الجاهل.

وهذه الرواية كذلك حيث يقول الإمام عليه السلام: «**إن الذين ارتهنوها يحولون بينه**

---

١) في المخطوطة: جمع الدلالتي.

وبينها»[1] اه. فهذا يكون دليلاً على أنه صدرت عن تقية.

وفيه أنه لا ترفع اليد عن الرواية بأمثال ذلك ما لم يوجب القطع بصدوره عن تقية. ومجرد حصول الوهن في الرواية لا يسقطها عن الحجية /٩٢٣/ كما ادّعاه الأستاد.

الرابع: إعراض العلماء عن هذين الخبرين يوجب إسقاطهما عن الإعتبار.

الثاني: الأصل.

وفيه أن المراد بهذا الأصل إما أصالة الإباحة أو الإستصحاب، ولا يصحّ شيء منهما.

أما أولاً: فلأنا قد أثبتنا عدم جواز التصرف بالدليل، والأصل لا يقاوم مع الدليل.

وثانياً: أن أصل الإباحة في الأموال لا معنىٰ له؛ لأنه لو كان المال مال نفسه فيجوز التصرف من باب قاعدة «**الناس مسلّطون**» اه، فلا يناسب جعل الأصل في مقابل قاعدة السلطنة دليلاً آخر.

وأما لو كان مال الغير فلا يحلّ مال امرئ الّا بطيب نفسه.

وكذا لا يجري الإستصحاب هنا كاستصحاب جواز التصرف سابقاً لأن الإستصحاب في الأحكام كليّة قد ثبت في محله أنه يرجع إلى الشك في المقتضي الّا خصوص مسألة الفسخ بتوجيهٍ قد ثبت في محله.

أقول: قد أثبتنا في محله حجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي. وأما لو كان المراد من الأصل قاعدة مستقلة من أنه لا يجوز تعطيل الأموال فهذا لا دليل عليه.

الثالث: قاعدة السلطنة. وفيها أنها مخصصة بما ذكرنا سابقاً من الدليل. /٩٢٤/

الرابع: خبر السكوني من أن «**الظهر مركب**».

وفيه أنه من حيث السند وإن لم يكن محظوراً فيه باعتبار أن الأصحاب

---

١) المصدر السابق.

يعملون بأخبار السكوني وإن كان عامياً الّا أنه من حيث الدلالة غير تامة حيث نقل أنه يدلّ على جواز تصرف المرتهن لا الراهن، وإنما نسب إلى العلامة أنه تمسك فيما نحن فيه، ولكني ما رأيت صدر الرواية.

الخامس: قاعدة الضرر حيث إنّ عدم التصرف ضرر.

وأورد على ذلك بأن عدم التصرف الذي يكون مضرّاً بجهة الوثاقة لمّا يكون من مقتضىٰ عقد الرهن وأخذ الثمن في قباله فليس بضرر. وأما المنع من أزيد من هذا التصرف يكون ضرراً، فحينئذٍ لو قلنا إن قوله عليه السلام «**الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف**» يكون مجملاً مردّداً بين أن يكون المراد أنه ممنوع من التصرف الذي أقدم عليه أو أزيد من ذلك، فعموم «**لا ضرر**» يوجب رفع الإجمال هنا بناءً على أن عموم العام يوجب رفع الإجمال عن المخصص كما في قولك «أكرم العلماء ولا تكرم زيداً» مع كون زيد مردداً بين العالم والجاهل.

ففيما نحن فيه يوجب عموم «**لا ضرر**» لاختصاص قوله عليه السلام «**الراهن والمرتهن ممنوعان**» اه إلى صورة يكون التصرف مضرّاً بجهة الوثاقة / ٩٢٥ / حتى لا يوجب التخصيص بقاعدة الضرر، الّا أنه قد تقدم أنه لا اجمال في قوله «**الراهن والمرتهن ممنوعان**» اه.

وعلى هذا نقول: إن المعيار في قاعدة الضرر والحرج أنهما يكونان حاكمين على كلّ دليل تكون النسبة بينها وبينه عموماً من وجه.

وأما لو تعارض[1] قاعدة الضرر ما يكون أخصّ من قاعدة الضرر، فيقدّم على قاعدة الضرر، والّا يلزم اللغو الصرف.

وحينئذٍ نقول: إن المنع من التصرف دائماً يكون ضرراً، فيكون أخصّ من قاعدة الضرر، فيقدم عليها.

أقول: فيه أنه قد تقدم أن عدم التصرف الذي يكون من مقتضىٰ عقد الرهن ليس

---

١) في الأصل: معارض.

ضرراً مع أنّه يكون مشمولاً لقوله ﷺ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»، فتصير نسبة هذه الرواية إلى قاعدة الضرر عموماً من وجه.

أقول: والتحقيق أنه لو أثبتنا أن الرهن من لوازمه عدم جواز مطلق التصرف، فحينئذٍ يصير جميع التصرفات بمقتضىٰ العقد، فليس الضرر في شيء منها، فلا تجري قاعدة الضرر هنا أصلاً / ٩٢٦ /؛ لعدم الضرر في البين. وهنا كلام آخر لا مجال لذكره.

[بيع الرهن أو هبته يحتاج إلى إجازة المرتهن]

قال المحقق[1]: **لو باع أو وهب، وقف على اجازة المرتهن**؛ انتهىٰ.

ولا يخفىٰ أن الكلام إلى الآن في التصرفات التي توجب الحمل والنقل وأشباه ذلك بالنسبة إلى الرهن، وهنا كلامه فيما لو كان التصرف مجرد عقد خال عن تصرف آخر من أنه يصحّ ويتوقف على الإجازة.

فلو قلنا بأن مجرد العقد تصرفٌ بالنسبة إلى العين المرهونة فتصير هذه المسألة من فروع المسألة السابقة. ولو قلنا بأنه ليس تصرفاً فيصير ذكره من باب الاستطراد حيث إنّ العقد المجرد أيضاً داخل في الأمور التي يفعلها الراهن ويكون محلاً للإشكال.

[نظائر المسألة نظير بيع المفلس أمواله]

ثمّ إن مسألتنا له نظائر كثيرة نظير بيع العبد الجاني وبيع المفلس أمواله وأشباه ذلك. والقدر الجامع أن يبيع المالك ما يتعلق حق الغير به. والفرق بين ما نحن فيه والفضولي أنه في الفضولي يبيع مال الغير وفيما نحن فيه يبيع مال نفسه الّا أنه تعلق حق الغير به.

---

١) شرائع الإسلام ٢/٣٣٧.

والكلام هنا يقع في مقامات:

الأول: في أنه هل يقع باطلاً من أصله، ويكون نظير بيع المجنون والهازل وأشباههما أو أنه صحيح في الجملة.

الثاني: أنه على فرض صحته هل يكون لازماً بحيث لا يحتاج إلى الإجازة أو أنه يتوقف على الإجازة أو يكون متزلزلة.

وتظهر الثمرة بين الموقوفة والمتزلزلة في النماء كما ستأتي الاشارة إليه ـ إن شاء الله ـ. / ٩٢٧ /

الثالث: في أن الإجازة هنا ناقلة أو كاشفة.

الرابع: في أنه هل يقوم مقام الإجازة إسقاط المرتهن حقّه أو فكّ الراهن لعين المرهونة أم لا؟

[هل يبطل الرهن بدون الإجازة؟]

أما المقام الأول، ففيه احتمالات ثلاثة:

الأول: أن يقول بالصحة هنا كلّ من يقول بصحة العقد الفضولي كما نقل الشيخ[١] (ره) ذلك عن التذكرة[٢].

الثاني: أن يقول بالصحة في الفضولي لأجل الأخبار الخاصة[٣] وبالفساد فيما نحن فيه لما سيأتي ـ إن شاء الله ـ كما يظهر ذلك من بعض الأجلاء* من عبارته التي ذكرها الشيخ في المكاسب[٤].

الثالث: عكس ذلك كما نسب ذلك إلى الشيخ الطوسي (ره) حيث نقول بفساد

---

١) كتاب المكاسب ٣٤٩/٣.

٢) تذكرة الفقهاء ٢١٥/١٠.

٣) نظير رواية عروة البارقي عوالي اللئالي ٢٠٥/٣، باب التجارة، ح ٣٦.

*) *آقا شيخ أسد الله. (منه قدس سره).*

٤) كتاب المكاسب ٣٤٧/٣.

الفضولي لعدم تمامية أدلته، وبصحة العقد فيما نحن فيه لأنه إنما باع المالك ماله. ومجرد تعلق حق الغير لا يصير مانعاً.

واستدلّ القائلون بصحة العقد بوجوه ثالثة:

[الدليل الأول على صحة بيع العين المرهونة]

الأول: عموم قوله تعالى[١] ﴿أوفوا بالعقود﴾[٢] و﴿أحلّ الله البيع﴾[٣] وأشباه ذلك مما يشمل ما نحن فيه.

ولا يخفىٰ أنهم يستدلّون بهذه العمومات في بيع الفضولي والمكره وبيع الراهن لعين المرهونة.

والتمسك بالعمومات في ما نحن فيه لا محظور فيه حيث إنّ البيع والعقد تعلق على ملكه، وهذا بخلاف الفضولي والمكره حيث إنّ شرط العقد والبيع ـ وهو الملكية والإختيار ـ ليس موجوداً فيهما، وبالنسبة إلى الفضولي يمكن ادعاء صحة سلب العقدية والعهدية عند العرف عنه.

وأورد على هذا الوجه من أبواب متفرقة:

الأول: قوله ﷺ «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

وجه الدلالة أن النهي تعلق بذات / ٩٢٨ / المعاملة وإن كان لحق الغير؛ إذ العبرة بالنهي عن العقد لا لأمر خارج منه، وهو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع أم الولد وغيرها.

وأجاب الشيخ في المكاسب[٤] عن الرواية بوجهين:

---

١) في الأصل: قوله ع.

٢) المائدة: ١.

٣) البقرة: ٢٧٥.

٤) كتاب المكاسب ١٥٣/٤.

الأول: أن المنع عن التصرف إنما هو على وجه الاستقلال بدون توقفه على الإجازة أو الفك أو غيرهما. ويشهد على ذلك عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً.

الثاني: أنا نمنع أن مطلق النهي إذا لم يكن لأمر خارج عن المعاملة يقتضي الفساد.

وأورد على الوجه الأول بأنّا نقول: إن المنع عن الراهن نظير المنع عن المرتهن، ومع ذلك يقتضي الفساد.

وذلك لأن قوله ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ إنما يدلّ على وجوب ترتب الآثار فعلاً، وهذه الرواية تدلّ على عدم ترتب الآثار كما سيأتي بيانه، فيصير مخصصاً له.

ووجوب ترتب الآثار بعد الفكّ أو الإجازة يحتاج إلى دليل جديد قد ثبت الدليل الجديد بالنسبة إلى المرتهن، وهو أدلة الفضولي ولم يثبت بالنسبة إلى الراهن.

وعلى الوجه الثاني لابدّ من توضيح مورد يتعلق النهي بذات المعاملة ومورد يتعلق بأمر خارج، فنقول: إن سبب المعاملة ـ وهو العقد ـ تارة يصير مصداقاً لواحد من المحرمات كما أن البيع وقت النداء يصير مصداقاً للمفوّت للصلاة، وإتيان المفوت حرام؛ فلذا يتعلق النهي بالبيع في وقت النداء.

وهذا النهي يكون لأمر خارج ولا يقتضي الفساد، وذلك لأنه لا منافاة / ٩٢٩ / بين حرمة العقد ووجوب ترتب الآثار عليه على فرض تحققه؛ لأنه لا مانع في أصل ترتب الآثار، بل الظاهر كما يقول أبو[1] حنيفة أن النهي يقتضي الصحة؛ لأن تعلق النهي بشيء فرع وجود المتعلق والموضوع. فإذا قال «لا تبع» يكشف من أن البيع يحصل هنا فنهىٰ عنه، والّا فلو لم يحصل البيع فكيف يتعلق النهي به؟

وبالجملة ليس كلامنا في صحة كلام أبي حنيفة وعدمه الّا أن المقصود أن

---

١) في الأصل: أبي.

مجرد تعلق النهي بمعاملة لا يقتضي فساده.

وتارة نعلم من الخارج أن تعلق النهي ليس لصيرورة العقد مصداقاً لمحرم، وإنما النهي تعلق بالمعاملة لأجل حرمة ترتب الآثار. وهذا النهي يكون متعلقاً بذات المعاملة ويقتضي الفساد؛ لأن المفروض أن هذا النهي يدلّ على حرمة ترتب الآثار، ودليل اعتبار العقد يدلّ على وجوب ترتّب الآثار، وهما لا يجتمعان.

فيصير هذا النهي مخصصاً لقوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ وأمثال ذلك.

فهذا النهي إما أن يكون إرشادياً يعني يريد أن يبيّن لغوية العقد فيقتضي الفساد، وإما أن يكون المراد منه بيان حرمة ترتب الآثار، فيلزمه الفساد فعلاً كما تقدم.

وثبوت الصحة التأهليّة يحتاج إلى دليل جديد؛ لأن قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا يقتضي إلّا وجوب ترتب الآثار فعلاً، والمفروض أنه لا يجب ترتب الآثار هنا فعلاً، فتخصص العمومات. ولا دليل على الصحة التأهليّة.

والنهي المتعلق بالرهن يكون من قبيل القسم الثاني، فيكون متعلقاً بذات المعاملة، فيقتضي الفساد كما قاله الشيخ[1] أسدالله، لا كما قال الشيخ من أن النهي هنا متعلق بالمعاملة لأمر خارج.

أقول: لا يخفىٰ أن الشيخ لا ينكر أن النهي هنا / ٩٣٠ / تعلق بذات المعاملة الّا أنه يقول: لا نسلّم أن كلّ نهي تعلق بذات المعاملة يقتضي الفساد.

ولعلّ السرّ في ذلك أن قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ يكون مقتضاه وجوب الوفاء على العقد في كلّ زمان.

فإذا دلّ دليل على حرمة ترتب الآثار في جميع الأزمنة، فيخصّصه، فيكون العقد فاسداً؛ لأن الفساد عبارة عن عدم ترتّب الأثر.

وأما إذا دلّ دليل على حرمة ترتب الآثار في بعض الأزمنة فلا ينافي ذلك مع وجوب ترتب الآثار في سائر الأزمنة.

---

١) في المخطوطة: شيخ.

ودليل الرهن إنما يقتضي حرمة التصرف في بعض الأزمنة، وهو لا ينافي مع وجوب الوفاء بعد هذه الأزمنة، فلابدّ أن يلاحظ أن دخول العقود تحت قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ على أيّ نحو يكون. فإن لوحظ كلّ عقد بالنسبة إلى كلّ زمان فرداً فحينئذٍ لا وجه لبطلان المعاملة من رأس.

وأما لو كان كلّ عقد فرداً وتكون الأزمنة من حالاته فحينئذٍ إذا خرج فرد في بعض الأزمنة فلا دليل على دخوله بعد ذلك في سائر الأزمنة تحت العام كما هو بناء الشيخ في ذلك.

ونحن قد فصّلنا هذا المطلب في تعليقاتنا على الإستصحاب وفي صلاة المسافر.

الوجه الثاني: أن مقتضىٰ قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ هو الفساد.

وتوضيح ذلك أن حقّ الغير إذا تعلق بملك شخصٍ فذلك الحق تارة يكون جعله من قبل الله تعالى نظير خيار المجلس وخيار العيب والحق المتعلق / ٩٣١ / على العبد الجاني وأمّ الولد وأمثال ذلك.

وتارة يكون الحق من قِبل المالك نظير النذر وخيار الشرط وأمثال ذلك.

ففي صورة يكون تعلق الحق من قبل الله فهنا محلّ الخلاف من أن البيع صحيح أم لا.

وأما لو كان الحق جعله من قِبل المالك فهنا نقل الاتفاق على بطلان البيع وذلك لأنه إذا كان الحق من قِبل جعل المالك، فيكون مقتضىٰ قوله تعالىٰ ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ هو الوفاء على مقتضىٰ الحق المجعول من قِبله وعدم ترتب آثار خلافه.

وإذا دلّ قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ على أنك لا تترتب أثر خلاف عقد الرهانة، فإذا ترتب لابدّ أن يكون فاسداً بناءً على أن هذه الآية كما تدلّ على الحكم الوضعي في طرف الإثبات ـ وهو صحة العقود ـ كذلك يدلّ على الحكم الوضعي في طرف النهي ـ، وهو فساد كلّ عقد دلّت الآية على عدم ترتب الأثر عليه ـ.

ولنا أن نقول: إنه لو بنينا على صحة العقود المنافية لقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ فيلزم تعطيل الأسباب بالمرّة؛ لأنه إذا ننكح امرءة لشخص ثم ننكحها لآخر فلو كان النكاح الثاني صحيحاً فيلزم تعطيل سببية عقد النكاح*.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن حق الرهانة يكون جعله من قبل المالك فلابدّ أن يكون العقد على ما ينافيه باطلاً، والبيع ينافي حقّ الرهانة.

أقول: قد تقدم أنه لو قلنا بعدم جواز مجرد عقد البيع في العين المرهونة، فليس ذلك من الحق الذي جعله / ٩٣٢ / المالك، بل هو بجعل النهي، والّا فالمالك لم يلتزم على نفسه الّا منع نفسه من الآثار المنافية للوثاقة.

هذا، مع أنّه قد تقدم أنه لا مانع من شمول ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لهذا العقد بعد رفع المانع على احتمالٍ سبق ذكره.

الوجه الثالث: الإجماعات المنقولة على بطلان البيع من القدماء.

أقول: مما ذكرنا سابقاً ظهر أنه لو بنينا على أن خروج فرد عن تحت العام في زمان لا ينافي دخوله تحت العام بعد ذلك الزمان فحينئذٍ لا مانع من التمسك بقوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لصحة بيع العين المرهونة في الجملة كما أن العلماء يعترفون بخروج جميع العقود عن تحت قوله تعالى ﴿ أوفوا ﴾ في زمان خيار المجلس مع أنهم يعترفون بشمول العام له بعد انقضاء ذلك الزمان.

وأما لو بنينا على عدم جواز التمسك بالعام لفرد كان خارجاً عنه في زمان فلا يتمّ الإستدلال بالآية.

---

*) *فيه أنه لا فرق بين أن يكون الحق بجعل العاقد أو بجعل الله بعد فرض أن الصحة منوطة على كلّ حال بزوال حق الغير كشفاً أو نقلاً، فلا يلزم من صحة العقد الفضولي على فرض زوال تعطيل سببية العقد الأول، وليس ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ الشامل للعقد الأول منافياً لشموله للعقد الثاني على فرض زوال ما حدث من الحق بالعقد الأول المحدث للعقد. (منه قدس سره).*

[الدليل الثاني على صحة العين المرهونة]

الثاني من الأدلة الدالّة على صحة بيع العين المرهونة فحوىٰ الأخبار الدالّة على صحة البيع الفضولي.

وأورد على ذلك أن الفحوىٰ والأولوية غير معتبر في الأحكام الوضعية لرواية أبان بن تغلب في دية الأصابع.

نعم، الأولوية في الأحكام التكليفية معتبرة.

وتوضيح ذلك أنه إذا علمنا أن المتكلم إنما هو بصدد بيان قدر مشترك وإنما يذكر الفرد الخفي من باب بيان أن هذا القدر المشترك يكون التكليف فيه ثابتاً حتى في هذا الفرد، فيسمىٰ ذلك بالأولوية، نظير قوله تعالىٰ ﴿ **ولا تقل لهما أفٍّ** ﴾[1] فإنا نعلم أن المراد بيان عدم / ٩٣٣ / الأذية على الوالدين، وإنما ذكر الأفّ لبيان سريان الحكم في جميع أفراد هذا القدر المشترك، وكذلك قوله تعالى ﴿ **ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك** ﴾[2] الآية.

وأما بالنسبة إلى الأحكام الوضعية فليست أولوية للخبر السابق.

نعم، يمكن استنباط تنقيح المناط، وذلك لأن الشارع إذا كان بصدد بيان أن البيع صحيح، فتارة يقول ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ وتارة يقول في مورد باع زيد إنه صحيح، وكذا يحكم بالصحة في بيع عمرو.

فنفهم من ذلك أنه لا خصوصية لزيدٍ وعمرو بل إنما حكمه بذلك من باب صحة البيع.

فحينئذٍ لو علمنا بتنقيح المناط وعدم الفرق، فلا إشكال، والّا فيبتني على حجية الظن المطلق لو قلنا بأن ذلك ليس بقياس كما أن الظاهر أن ذلك ليس بقياس كما لا يخفىٰ على المتأملين.

---

١) الإسراء: ٢٣.

٢) آل عمران: ٧٥.

وعلى كلّ حال، ليس تنقيح المناط دليلاً إلزامياً، وإنما هو دليل على القاطع والظانّ.

أقول: الأولوية أيضاً ليست دليلاً إلزامياً حيث إنّه مبنيّ على ادعاء أن المتكلم في مقام بيان القدر المشترك. اللهمّ الّا أن يكون اللفظ عند العرف ظاهراً في أن المتكلم بصدد بيان القدر المشترك.

ومن هنا علم أنه يمكن فرض الأولوية في الأحكام الوضعية أيضاً كما كان اللفظ ظاهراً في أن المتكلم في مقام بيان القدر المشترك كما أن تنقيح المناط أيضاً يأتي في الأحكام التكليفية كما إذا قال / ٩٣٤ / لزيد: «أدعُ عند رؤية الهلال» وكذا لعمرو.

إن قلت: إن سريان التكليف في غيرهما من باب قاعدة الإشتراك في التكليف.

قلت: هذا الإشكال يأتي في الأحكام الوضعية أيضاً. اللهمّ الّا أن يقال في الأحكام الوضعية في مورد لا يأتي قاعدة الإشتراك في التكليف، فافهم. فإنه ليس هنا مقام تشريح هذا المطلب.

[الدليل الثالث على صحة بيع العين المرهونة]

الثالث: من الأدلة على صحة بيع العين المرهونة ما روي في صحة نكاح العبد بالإجازة معللاً بأنه «**لم يعص الله وإنما عصىٰ سيّده**»[1].

وجه الدلالة أنه لا إشكال في أن معصية السيد معصية لله تعالى، فنفي معصية الله عنه، فيكشف من أن المراد من معصية الله ما يكون معصية الله ابتداءً لا ما يصير معصية الله باعتبار أنه معصية السيد أو الأبوين والّا لم يبق فرق بين معصية الله تعالى ومعصية السيد.

فإذا كان المراد من معصية السيد ما يصير معصية لله تعالىٰ لأنه معصية للسيد،

---

١) الكافي ٤٧٨/٥، باب المملوك يتزوج بغير إذن مولاه، ح ٢ و٣.

فنقول: إن هذه المعصية تمكن ازالتها بأن يصير السيد راضياً، وهذا بخلاف معصية الله الإبتدائي، فإنه لا يرجىٰ زواله الّا بنسخ الحكم. فإذا كانت العلة في عدم الصحة أن تكون المعصية مما لا يرجىٰ زواله وتكون معصية لله ابتداءً، فنقول: إن ما نحن فيه مما يرجىٰ زواله بأن يصير المرتهن راضياً وليس معصية لله ابـتداءً، بـل هـو معصية لله تعالىٰ باعتبار أنه معصية للمرتهن.

في تصرف الراهن في الرهن

ونقل الشيخ في المكاسب[1] / ٩٣٥ / أنه أورد بعض* الأجلاء على الإستدلال بهذا التعليل** بأنه جارٍ فيمن ليس له مال كما أن العبد لا يملك أمر نفسه. وأما المالك المحجور عليه فهو عاصٍ لله بتصرفه. اه.

وأجاب الشيخ عن هذا بأن منع الله ـ جلّ ذكره ـ لأجل عدم تفويت حق الغير، فلم أتحقق الفرق بين منع الراهن والعبد. والمدار على ما تقدم.

وقال الأستاد ـ دام ظلّه ـ: إن منصوص العلة لا يكون معتبراً عند علم الهدىٰ. ومن يقول باعتباره يقول: إنه من باب عدم صيرورة الكلام لغواً لابدّ من تقدير كليّ في البين، مثلاً إذا قال: «الخمر حرام» تمّ الكلام.

فقوله «لأنه مسكر» لابدّ أن يكون فيه فائدة. ويقولون: إنه لابدّ أن يقول بدلالة الايماء والاشارة من أنه يريد أن يخبر عن كليّ يندرج ما نحن فيه، وهو أن كلّ مسكرٍ حرام الّا أنه ليس هنا في البين عموم لفظيّ حتى نأخذ بإطلاقه وعمومه، بل المقدر إنما هو بدلالة الإقتضاء من باب خروج الكلام عن اللغوية.

---

١) كتاب المكاسب ١٥٧/٤.

*) *[ال]شيخ أسد الله. (منه قدس سره).*

**) *في منصوص العلة، ونحن تعرضنا لهذه المسألة في قاعدة الغرور التي كتبناها في آخر مسألة الفضولي في البيع. (منه قدس سره).*

فعلى هذا تردّد الأمر بين أن يقدّر عام أو أعمّ، فلابدّ من الإقتصار على العام؛ لأن اللغوية يرتفع بذلك فلا دليل لنا على الأزيد منه.

فحينئذٍ نقول: إنه فيما نحن فيه يكون الأمر مردّداً بين أن يكون الكليّ الذي يقدّر هنا لتصحيح الكلام ما قاله الشيخ من أن كلّ عقد وقع على ملك كان عليه حق الغير وكان ذلك الحق مما يرجىٰ زواله، فصحيح أو ما قاله بعض الأجلاء من أن كلّ عقد صدر عمن لا يملك أمر نفسه كالعبد في مال سيّده فهو صحيح. وإذاً يرتفع / ٩٣٦ / اللغوية بتقدير العام الأخير الذي هو أخصّ، فلا يبقىٰ لنا دليل على تقدير الكلي الأعمّ الذي ذكره الشيخ.

[حجية منصوص العلة]

أقول: لا يخفىٰ أن حجية منصوص العلة ليس من باب دلالة الإيماء والإشارة* وخروج الكلام عن اللغوية، والّا فيصير الحق مع السيّد من عدم حجية منصوص العلة؛ لأن ذكر العلة إنما هو لبيان أن علة الحكم في هذا المورد هو هذا، وبيان علة الحكم من الأمور التي يتعلق به أغراض العقلاء، فيخرج الكلام من اللغوية بالمرّة، ولا يحتاج إلى تقدير كلّي أصلاً.

وتوضيح ذلك أنه إذا قال: «إن الخمر حرام لأنه مسكر»، فإن كان قوله «لأنه مسكر» ظاهراً في أن الإسكار علة تامّة للحرمة فحينئذٍ كلّ مورد وجد الإسكار لابدّ أن نحكم بالحرمة لوجود علته التامة.

وأما لو احتملنا من أن يكون قابلية المورد شرطاً في صيرورته علة للحرمة في

---

*) *توضيح حال منصوص العلة وفساد ما ذكره الأستاد تعرضنا له في قاعدة الغرور وذكرنا ما يستفاد من التعليل في قوله عليه السلام «لم يعصِ الله وإنما عصىٰ سيّده» في آخر مسئلة النهي في العبادات وقلنا إن المعصية الغير الموجبة للفساد هو ما كان معصية لله بالعرض في الجملة ومن هذه الجهة مجملة. (منه قدس سره).*

الجملة، فحينئذٍ لا يمكن لنا التعدي من المورد أصلاً، لاحتمال أن يكون خصوص هذا الفرد كالخمر قابلاً لأن يؤثر الإسكار في حرمته.

هذا، مع أن ما ذكره الأستاد لا دخل له بكلام الشيخ وما ذكره بعض الأجلّاء؛ لأن هذا عند كليهما مسلّم من أن العلة التامة للبطلان هو أن يصير التصرف معصية لله، غاية الأمر أن الشيخ يقول: إنه فيما نحن [فيه] يكون معصية للمرتهن، لا معصية لله. وبعض الأجلّاء يقول: إن هذا يكون معصية لله، كما لا يخفىٰ على من نظر كلامهما.

ولا يخفىٰ أنه لو قلنا بعدم جواز / ٩٣٧ / التمسك بهذا التعليل لصحة العقد الفضولي، نقول: إنه لا محظور في جواز التمسك به فيما نحن فيه، وذلك لأنه في العقد الفضولي يمكن أن يقال: إنه ليس بعقدٍ عند أهل العرف حيث إنّ المتبادر من العقد عندهم هو العقد الصادر ممن يكون له أهلية العقد، وليس لغير المالك ذلك.

وهذا بخلاف بيع الراهن للعين المرهونة ونكاح العبد امرءة لنفسه، فإنه لا مانع من صدق العقد هنا عرفاً حيث إنّ الراهن مالك لعين المرهونة، والعبد له تسلط في الجملة على أمر نفسه؛ غاية الأمر أنه يفوت حق الغير بصحة العقد في المقامين مطلقاً، ويزول ذلك بتوقف العقد على الإجازة حيث إنّه حق آدميّ يكون قابلاً للزوال؛ فافهم.

[استدلال الأستاد على صحة البيع بوجهين آخرين]

ثمّ إن الأستاد ـ دام ظلّه ـ لما أبطل الأدلة السابقة الدالّة على صحة بيع الراهن للعين المرهونة استدلّ لها بوجهين آخرين:

الأول أن نقول: إن الأدلة السابقة وإن لم تتمّ دلالتها بناءً على الظنّ الخاصّ الّا أنه يحصل الظنّ منها بصحة بيع الراهن للعين المرهونة، فبناءً على حجية الظنّ المطلق الثابت بدليل الإنسداد، تتمّ الحجة ويثبت المطلوب، وهو صحة عقد الراهن للعين

المرهونة.

الثاني أن نقول: إن قوله عليه السلام «**الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف**»[1] لا يشمل ما نحن فيه؛ لأن الكلام هنا في مجرد العقد على العين المرهونة. ومجرد العقد لا يعدّ تصرفاً في العين / ٩٣٨ / المرهونة كما اعترف بذلك في الجواهر. وذلك نظير البيع الفضولي، فإن مجرد العقد هنا أيضاً لا يعدّ تصرفاً في المبيع عند العرف.

نعم، نفوذ العقد ولزومه يكون مانعاً عن الحق؛ فافهم.

وعلى هذا فيبقىٰ الكلام في أن مجرد تعلق حق بملك الغير هل يصير مانعاً عن صحة العقد عليه أم لا؟

فنقول: إن ذلك على نوعين: لأنه تارة يبيع العين المرهونة على أن يكون حق الرهانة عليها باقية، فتصير ملكاً للمشتري، ومع ذلك تكون مرهونة كما كانت أوّلاً، فلا إشكال في صحة البيع على هذا الوجه.

وتارة يبيع على أن لا يكون حق الرهانة باقياً بحيث يصير ملكاً مستقلاً للمشتري نظير البيع الفضولي. غاية الأمر أنه في الفضولي لا يكون المبيع ملكاً للبايع، وهنا يكون ملكاً له الّا أنه تعلق عليها حق الغير، ويبيع بحيث لا يكون بعد البيع عليها حق الغير.

ولمّا تكون لهذه المسألة نظائر كثيرة ويكون الحكم في الجميع متحداً فيناسب أن نذكر هذه المسألة على سبيل الكلية، فنقول:

إن الحق المتعلق بهذا الملك تارة يكون من الحقوق التي تكون جعلها من قبل المالك نظير حق الرهانة وحق النذر وحق / ٩٣٩ / خيار الشرط، وتارة يكون من الحقوق التي جعل الله عليه نظير حق الجناية وخيار الحيوان وأمثالهما.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه لا دليل على أن مجرد تعلق حق يكون مانعاً عن صحة العقد.

---

١) مستدرك الوسائل ١٣/٤٢٦، باب نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الرهن، ح ٦.

نعم، إذا طالب ذو الحق حقه، فيجب أداء حقه. ووجوب أداء الحق عند المطالبة ووجوب الوفاء بمقتضىٰ العقد يتنافيان. فالمانع مرتفع بأصالة عدمه، فلا مانع من الحكم بصحة العقد فعلاً.

نعم، في صورة كان جعل الحق من قبل المالك بواسطة النذر أو الرهن أو غيرهما يكون الحكم بصحة العقد فعلاً منافياً لوجوب الوفاء بعقد النذر والرهن بنظر العرف.

وقد عرفت أن كلّ عقد يكون منافياً لقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ يكون محكوماً بالفساد. ففيما نحن فيه لابدّ أن يحكم بالفساد ظاهراً. وبعبارة أخرىٰ يكون الحق باعتبار احتمال المطالبة بعد ذلك مانعاً عن تنجز العقد؛ فافهم.

نعم، لو وجدت المطالبة من ذي الحق فيكشف من بطلان العقد* واقعاً في حق الله تعالىٰ، وفي حق الله وفي حق المجعول من قبل المالك معاً. ولو لم يطالب فيكشف من الصحة واقعاً في كلا القسمين.

نعم، بناءً على ذلك لابدّ أن نقول بالشرط المتأخر حيث إنّ عدم المطالبة في الزمان المتأخر صار شرطاً لصحة العقد / ٩٤٠ / في الزمن السابق. وقد ذكرنا في مسألة الواجب المعلّق أنا لا نلتزم بالشرط المتأخر ما لم يقم دليل معتبر عليه.

وعلى هذا فلابدّ أن نلتزم بالنقل ونقول: إن الإجازة** أو سقوط الحق يكونان ناقلين، فيكون للعقد صحة تأهلية بمعنى أنه لو تعقّب الإجازة يتمّ سبب النقل، فيحصل النقل بواسطة الإجازة وإلا فيسقط من التأهلية.

وقال الأستاذ: إنّا نقول هنا بالكشف بحيث لم يلزم الشرط المتأخر أيضاً.

---

*) فيه ما تقدم. (منه قدس سره).

**) وفيه أنه لو بنينا على أن المطالبة تكون مانعة وليس نفس الحقّ مانعاً، فحينئذٍ نقول: إذا لم يوجد المانع فيكشف عن كونه صحيحاً ولا نحتاج إلى أن نقول: إن الإجازة ناقلة؛ فافهم، فإنه دقيق في الجملة. (منه قدس سره).

ولعلّ مراده هو الكشف الحكمي. ولا إشكال فيه.

أقول: لا يخفىٰ أن مجرد الحق مانع عن صحة العقد في مسألة الرهن وغير ذلك، لا المطالبة.

أما عدم كون المطالبة مانعة فلوضوح أنه غير موجود عند العقد فكيف يمنع عن صحة العقد، ووجودها المتأخر لا دليل على أنه مانع عن صحة العقد فعلاً، مع أنّه لو كان مانعاً يكون مدفوعاً بأصالة عدمها؛ لأن المفروض أنه احتمالٌ.

ونسلّم أن العرف يفهمون المنافاة بين صحة البيع فعلاً مع وجوب الوفاء بمقتضىٰ عقد الرهن، الّا أن ذلك ليس لأجل منافاة صحة البيع مع احتمال المطالبة، بل لأجل أن صحة البيع فعلاً ينافي مع وجود الحقّ فعلاً في المبيع.

وذلك / ٩٤٢ / لأنه لا فرق بين ما نحن فيه والفضولي؛ لأنه في الفضولي يبيع وينقل ملك الغير وليس له ذلك، وهنا ينقل حق الغير وليس له ذلك؛ لأن المفروض أنه يبيع على أن لا يكون حق المرتهن فيه مع أنّه لم يكن له حق الغير.

ومن هنا ظهر أنه لا فرق بين أن يكون الحق بجعل الله تعالى أو بجعل المالك. فحينئذٍ إذا دلّ الدليل على صحة بيع العين المرهونة، فيصير ذلك مثل الدليل الذي دلّ على صحة بيع ملك الغير فضولاً، فيكون الكلام هنا كالكلام فيه*.

[إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة؟]

المقام الثاني في أن الإجازة هنا كاشفة أو ناقلة. والإحتمالات هنا بل الأقوال هنا ثلاثة:

الأول: أن يكون حال الإجازة هنا في كونها كاشفة أو ناقلة حال الإجازة في

---

*) *ولا يخفىٰ عليك أنه ذكرنا تحقيق هذه المسألة في أواسط بيع الفضولي في مسألة «ما لو باع الفضولي ثم ملك»؛ فراجع. (منه قدس منه).*

الفضولي كما نسب ذلك في الجواهر[١] إلى المحقق الكركي[٢].

الثاني: أن نقول هنا بكون الإجازة ناقلة نظير إسقاط الحق، ولو قلنا بكون الإجازة في الفضولي كاشفة أيضاً.

وهذا يظهر من القواعد بناءً على التفسير الذي فسّره الشهيد في شرح القواعد لقوله «لم يكن باطلاً بل يكون موقوفاً»، فإن الشهيد قال في شرح هذه العبارة: إن الفرق بين المراعاة والموقوف أن الأول يكون كاشفاً عمّا هو صحيح في نفس الأمر، والثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة، فيكون جزء السبب.

الثالث: أن نقول هنا بالكشف ولو قلنا بالنقل في الفضولي.

وهذا يظهر من الشيخ في المكاسب[٣] حيث قال: والقول / ٩٤٣ / بالكشف هناك يعني في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوىٰ.

ونسب ذلك القول إلى بعض المتبحرين* أيضاً.

وإذا عرفت الأقوال، فنقول: لا يخفىٰ أن الإجازة عبارة عن الرضاء، الّا أنها في خصوص المقام تستلزم اسقاط حق الرهانة أيضاً.

فاعتبار الإجازة إن كان من باب مفاده الأصلي ـ وهو الرضاء ـ فيكون حال ما نحن فيه حال الإجازة في الفضولي، وإن كان اعتبارها من باب لازمها ـ وهو الاسقاط ـ فليس حال ما نحن فيه كحال الفضولي.

وذلك لأنه بالنسبة إلى الفضولي لمّا يكون العقد صادراً من غير المالك، فلا يثمر ما لم يحصل له مساس بالمالك، ومساسه بالمالك يحصل بالإجازة، فتكون الإجازة جزءاً مقوماً للعقد، ويكون من شرائطه، فكأنّ العقد هو المجموع من العقد

---

١) جواهر الكلام ١٩٩/٢٥.

٢) جامع المقاصد ٧٦/٥.

٣) كتاب المكاسب ١٦١/٤.

*) *الظاهر أنه الشيخ أسد الله. (منه قدس سره).*

والإجازة، فيمكن القول بالكشف.

ففيما نحن فيه أيضاً لو قلنا إن الإجازة بنفسها مقوّمة فيكون حاله كحال الفضولي.

وأما لو قلنا إن الذي نحتاج إليه في الرهن مجرد إسقاط الحق واعتبار الإجازة من باب أنها مستلزمة للإسقاط، فلابدّ أن نقول: إن الإجازة ناقلة.

[الاستدلال على اعتبار الإجازة لكونها جزءً مقوّماً للعقد]

وإذا عرفت هذا فنقول: إنه استدلّ لكون الإجازة معتبرة من باب كونها إذناً وجزءاً مقوّماً للعقد بوجوه:

الأول: ما / ٩٤٤ / ذكره في الجواهر[1] بظهور كلمات الأصحاب حيث إنّهم قالوا: إن للمرتهن فسخ العقد وإجازته. فلو كانت الإجازة اعتبارها من باب مجرد إسقاط الحقّ، فلابدّ أن لا يكون لردّ المرتهن وفسخه أثر في بطلان العقد؛ فوجود الأثر لردّ المرتهن كاشف من أن لإذنه وردّه تأثيراً في العقد.

وأورد على ذلك من وجهين:

الأول: أنه وإن كان يلزمهم أن يقولو[ا] بمدخلية الإذن في العقد حيث اعترفوا بأن للمرتهن فسخَ العقد الّا أنه لا يعلم أنهم كانوا ملتفتين إلى هذا اللازم حتى يصير اللازم إجماعياً*.

الثاني: أنه سلّمنا أنهم كانوا ملتفتين أو أنه لا يحتاج إلى الإلتفات وأن الإجماع على الملزوم يكفي في كون اللازم اجماعياً واعترفنا بأصل الملازمة أيضاً الّا أن نقول: لا وجه لادّعاء الإجماع في مثل هذه المسائل النادرة الدوران بين الناس. كيف ونحن لا نعتني بأكثر الإجماعات المنقولة في المسائل التي تكون غالب

---

١) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٠.

*) *وفيه ما فيه. (منه قدس سره).*

الإبتلاء.

الثاني: ما ذكره في الجواهر أيضاً على وجه التأييد من أن إذنه معتبر في الإنتفاعات، كركوب الدابّة وسكنىٰ الدار ونحوهما. وهنا لا يصير الإذن موجباً لإسقاط حق الرهانة، فذلك / ٩٤٥ / يكشف من أن له سلطنة على الرهن، لا أن سلطنته مخصوصة بإسقاط حق الرهانة فقط، فتكون إجازته للعقد أيضاً من باب أنه له سلطنة على الإجازة أو الردّ، نظير المالك في الفضولي، لا أن يكون من باب إسقاط الحق وإن يلزم إسقاط الحق هنا أيضاً.

وأورد على ذلك أيضاً من وجهين:

الأول: أن الإذن بالنسبة إلى الإنتفاعات أيضاً يرجع إلى إسقاط الحق، وذلك لما تقدم من أن حقّ المرتهن ليس مجرد أخذ ماله من الراهن عند عدم وصول ماله إليه، بل له أن يمنع الراهن من جميع التصرفات. غاية الأمر أن الإذن في الإنتفاعات يرجع إلى اسقاط بعض حقّه، وبالنسبة إلى إجازة العقد يرجع إلى إسقاط تمام حقّه.

الثاني: أنه سلّمنا أن الإذن بنفسه معتبر في جواز أن ينتفع الراهن بالرهن الّا أن مجرد ذلك غير مثمر؛ لأنه إذا كان معتبراً بالنسبة إلى الحكم التكليفي لا يلزم أن يكون إذنه معتبراً بالنسبة إلى الحكم الوضعي، ويصير إذنه مقوّماً للعقد؛ لأنه قياس مع الفارق.

الثالث أن نقول: إنه يشترط في تمامية البيع أن يكون البايع مالكاً للمبيع على وجه الإستقلال. فإذا صدر البيع من غير المالك فتكون إجازته مقومةً لعقد البيع ليصير البايع هو المالك. فكذا لو كان البايع مالكاً لا على وجه الإستقلال كما / ٩٤٦ / فيما نحن فيه.

فإن هنا أيضاً يصير المالك مستقلاً بإجازة الراهن، فلابدّ أن تكون الإجازة مقومة للعقد كإجازة المالك؛ لأن اشتراط مالكية البايع للمبيع في عرض اشتراط

الإستقلال.

وفيه: أن البايع إنما يصير مستقلاً بمجرد إسقاط حقّ الرهانة، فلا يحتاج إلى الإجازة. ولذا يكتفى بالفك والإبراء والإسقاط في صيرورة المالك مستقلاً مع أنّه ليس هنا إجازة.

الرابع: أن الدليل الذي دلّ على اعتبار الإجازة في الفضولي يدلّ على اعتبار الإجازة فيما نحن فيه بعينه. فعلى هذا لابدّ أن تكون كيفية اعتبارها فيما نحن فيه بمثل ما يكون معتبراً في الفضولي.

وبيان كون دليل اعتبار الإجازة في المقامين شيء واحد أن الذي دلّ على اعتبار الإجازة في الفضولي هو قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ الّا بطيب نفسه**»[1] وقوله تعالى ﴿**إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ**﴾[2].

أما قوله ﷺ فلا يأتي فيما نحن فيه لأنه أخذ فيه طيب نفس امرئ يكون المال له.

وأما قوله تعالى فلا مانع من التمسك به فيما نحن فيه حيث لم يؤخذ فيه مال امرئ وإنما أخذ فيه أنه ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الّا أن تكون / ٩٤٧ / تجارة عن تراضٍ**﴾؛ لأنه نقول: إن التنوين في قوله ـ تعالى شأنه ـ لا يجوز أن يكون للتنكير؛ لأنه لا معنى لأن يكون رضاء شخص غير معيّن شرطاً، فيعيّن أن يكون التنوين إما للعوض عن المضاف إليه أو للتمكن.

أما لو كان التنوين للتمكن فيكون الحكم معلقاً على طبيعة التراضي. فحينئذٍ نقول: إنه لا معنى لأن يكون المراد رضاء كلّ شخص في العالم، بل لابدّ أن يكون المراد إما رضاء خصوص المالك أو رضاء كلّ ذي حقّ. فلو كان المراد رضاء خصوص المالك فلابدّ أن تذكر قرينة، فإذا لم تذكر قرينة على خصوص المالك

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

٢) النساء: ٢٩.

فلابدّ أن يحمل على العموم بقاعدة الحكمة.

وأورد على ذلك أن العموم هنا ليس عموماً لفظياً حتى لا يحمل على القدر المتيقّن، بل يكون العموم حكمتيّاً، والعموم الحكمتيّ ميزانه أنه لو كان قدر متيقّن في البين فلابدّ أن يؤخذ به، وهنا يكون رضاء المالك هو القدر المتيقّن، وليس كونه قدراً متيقّناً مما يصير سبباً للتشكيك البدويّ حتى لا يعتنى به، بل يكون مضرّاً إجمالاً.

وأيضاً لو كان التنوين عوضاً عن المضاف إليه، فحينئذٍ نقول: إن حذف المتعلق وإن يفد / ٩٤٨ / العموم إلّا أن عمومه يكون حكمتيّاً، فلابدّ من الإقتصار على القدر المتيقّن.

أقول: قد ذكرت في تعليقاتي على قاعدة الفراغ في الإستصحاب أنه إذا كان بعض الأفراد قدراً متيقّناً يضرّ بالعموم الحكمتي في صورة لم يعلم كون الإجازة معتبرة من حيث الرضاء. فحينئذٍ نقول: لو قلنا باعتباره من باب لازمه وهو الإسقاط، فلابدّ لنا أن نقول بالناقلية.

وعلى هذا فيبقىٰ سؤ[ا]ل من أنه أيّ فرق بين الإجازة والإسقاط حيث يمكن القول بالكاشفية [و] الناقلية في الأول دون الثاني؟ فإنه لابدّ أن نقول بناقلية الإسقاط.

[الفرق بين الإذن والإسقاط]

وذكر في الجواهر[1] تقريرين لبيان الفرق بين الإذن والإسقاط:

أحدهما: أن الإسقاط لا يمكن أن يتعلق بالحق الذي كان سابقاً وإنما يتعلق بالحقّ من حينه. وهذا بخلاف الإجازة، فإن معناها هو الرضاء. ويمكن تصور رضىٰ المالك في الآن دخولَ ملكه في ملك غيره من أول الأمر.

---

١) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٠.

وفيه: أن المال كان في الصورتين داخلاً في ملك المالك الأول، فحينئذٍ لو يمكن تعلق الرضاء بالملكية السابقة، ويوجب ذلك دخول / ٩٤٩ / الملك من الزمان الأول في مال المشتري.

فنقول: إن ذلك يأتي في الإسقاط أيضاً أنه يسقط حقّه الذي كان له من أول الأمر وإن لم يمكن تصوير تعلق الإسقاط بالحقّ الذي كان سابقاً، فنقول: إن الإجازة أيضاً كذلك.

وثانيهما: أن إجازة المرتهن ليست للعقد لعدم كونه مالكاً وإنما له إسقاط حقّه، فحينئذٍ نقول: إن الاسقاط إنما هو في الحال، والحقّ كان موجوداً إلى الآن. فلا يمكن اسقاط ما قبل هذا الآن. وهذا بخلاف الإجازة في الفضولي؛ فإن الإجازة إنما تتعلق بنفس العقد، فلابدّ أن يترتب جميع آثار صحة العقد من أول الأمر.

وفيه أنه على هذا لابدّ أن تقول: إن الإجازة شرط متأخّر وهو محال، وإذا صار ذلك محالاً، فلابدّ أن تقول: إن النقل يحصل بنفس الإجازة كما أن النقل* يحصل بنفس الإسقاط حتى لا يلزم تأخر الشرط عن المشروط.

إن قلت: إنا نقول: إن الشرط للعقد كونه مما سيجيز وهو حاصل حين العقد، غاية الأمر أن حصول الإجازة بعد ذلك يكشف من وجود الشرط حين العقد.

قلت: إن الدليل دلّ على أن نفس الإجازة معتبرة في العقد لا كون العقد مما سيجيز. فلو قلنا بصحة الشرط المتأخر باعتبار أن نوجّه أن الشرط واقعاً كون العقد مما سيجيز أو أن الشرط يكون أمراً وجودياً آخر كان / ٩٥٠ / موجوداً حين العقد الّا أنه نقول: إنه في خصوص الفضولي دلّ الدليل على أن نفس الإجازة شرط وهو متأخر، وتأخر الشرط محال، فلابدّ أن تلتزم في الفضولي بالنقل وأنه ليس في البين كشف حقيقي.

نعم، لو دلّ الدليل على أن الآثار تترتب من حين العقد فلابدّ أن تلتزم بالكشف

---

*) *السقوط. (منه قدس سره)*.

الحكمي، والتزام الكشف الحكمي بالنسبة إلى الإسقاط أيضاً لا مانع فيه. وعلىٰ هذا فلم يبق فرق بين الإسقاط والإجازة، ولو قلنا بأن اعتبار الإجازة من باب لازمه الذي هو الإسقاط كما لا يخفىٰ.

[الإلتزام بالشرط المتأخر وتوضيحه]

أقول: لا يخفىٰ أنا نلتزم بالشرط المتأخر ونقول: إنه لا محظور فيه.

وبيان ذلك أن الشرط تارة يكون من أجزاء العلة للشيء؛ لأن العلة عبارة عن السبب والشرط وعدم المانع.

والشرط بهذا المعنى لا يمكن تأخره لاستحالة تأخر العلة عن المعلول، بل ولابدّ أن يكون مقدماً على المعلول ذاتاً حتى يحصل المعلول بوجوده.

وجميع الأدلة التي يذكرونها لاستحالة تأخر الشرط عن المشروط إنما هو سارٍ في الشرط الذي يكون من أجزاء العلة.

وتارة لا يكون من أجزاء العلة، بل يقيّد شيء بشيء آخر مقارن أو غير مقارنٍ مقدّماً أو مؤخراً، مثلاً يقول: إن تكبيرة الإحرام الذي يكون مقارناً للطهارة ومؤخراً عن النية وبعده سلام يكون واجباً عليك.

فحينئذٍ يعبّرون عن القيود مثل النية والسلام / ٩٥١ / والطهارة بأنها تكون من شرايط تكبيرة الإحرام.

وإطلاق الشرط عليها مجرد اصطلاح؛ نظراً إلى مجرد التوقف في البين. والّا فلا دخل لها بأجزاء العلة.

ومن هنا ظهر أنه لو صرّح الشارع بأن شرط العقد هو ذات الإجازة، فنحن نقول بالكشف الحقيقي ونقول: إن السبب هو العقد الذي يكون بعده الإجازة يعني أن السبب هو هذا الأمر المقيد.

وقد عرفت أن القيد ليس من أجزاء العلة، فيمكن أن يكون مقارناً أو مقدماً أو

مؤخراً؛ فافهم.

فإذا كان القيد خارجاً والتقييد داخلاً فيصير معنى ذلك أن العقد الذي تعقبه الإجازة ناقل، فلابدّ أن نبتني على الكشف الحقيقي.

ولا يخفىٰ أنه بناءً على ما قال الأستاد من أن أصل الحق ليس بمانعٍ وإنما المانع هو المطالبة، فلابدّ أن يقول بالكشف الحقيقي إذا أجاز؛ لأنه يكشف من أنه لم يجئ مانع لصحة العقد. وقد أشرنا إلى ذلك في الحواشي السابقة.

ثمّ إنك قد عرفت أن المقام الأول كان في أصل صحة العقد، والمقام الثاني في أن الإجازة كاشفة أو ناقلة.

[الأحكام المتعلقة بالإسقاط]

وأما المقام الثالث في الأحكام المتعلقة بالإسقاط فنقول: لا إشكال في أنه إذا أبرأ المرتهن ذمة الراهن عن أصل الدين أو أدّى الراهن دينه أو أجاز المرتهن للعقد الواقع على العين المرهونة، يسقط حق / ٩٥٢ / الرهانة عن العين المرهونة، وإنما الإشكال في أنه هل يسقط حق الرهانة بمجرد أن يقول المرتهن «أسقطت حقّ الرهانة عنها» أم لا؟

وهذا الإشكال إنما نشأ من أن حقّ الرهانة حكم إلهيّ أو يكون من الحقوق. والفرق بين الحكم والحق أن كلّ حكم يكون قابلاً للنقل والإنتقال والإسقاط وأمثال ذلك فيسمىٰ حقاً، وكلّ حكمٍ لا يكون قابلاً لها فيسمىٰ حكماً.

والذي يعيّن أن الحكم الفلاني قابل لها أو ليس بقابل لها منحصر بالنصّ أو الإجماع. فإذا كان حكماً فلا يسقط بإنشاء الإسقاط ولا ينقل بالصلح أو البيع وأمثال ذلك فلذا نقول: إن حقّ الرجوع للزوج في الطلاق الرجعي ليس بقابل للصلح؛ لأنه إذا شككنا في أنه قابل للنقل أم لا، فنشكّ في أنه يسقط سبب الصلح أم لا، فنستصحبه.

إن قلت: إنه قد تقدم أن الشك في الحكم يرجع إلى الشك في بقاء مقتضى الحكم، فيكون الإستصحاب هنا مع الشك في المقتضي، فلا يجوز الإستصحاب بناءً على عدم حجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي.

قلت: ما ذكر سابقاً من أن الشك في الحكم يرجع إلى الشك في المقتضي إنما هو في الأحكام التكليفية لا في الأحكام الوضعية، وكلّ حكم نشأ من الأسباب من قبيل العقود والإيقاعات يكون داخلاً في الأحكام الوضعية / ٩٥٣ / كما هو كذلك في مسألة حق الرجوع.

وبقاء الأحكام الوضعية إنما هو لأجل عدم الرافع، فالشك في بقائها يكون من أجل الشك في وجود الرافع أو رافعية الموجود.

وأقول: لا فرق في ذلك بين أن نقول بأن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية أو أنها مجعولة بنفسها.

نعم، يمكن في بعض الموارد أن يكون الشك في الأحكام التكليفية من أجل الشك في بقاء المقتضي. وهذا بخلاف الأحكام التكليفية الأولية، فإن الشك فيها يكون لأجل الشك في المقتضي دائماً.

ثمّ لو قلنا بأن الشك في الأحكام الوضعية أيضاً يكون من باب الشك في بقاء المقتضي*، وقلنا بأن الإستصحاب غير جارٍ إذا كان مع الشك في المقتضي، نقول: لابدّ من جريان الأصول في الآثار المترتبة على ذلك الحق من الإحتياط والإستصحاب والبراءة وغير ذلك.

وما ذكرنا كلّه على وفق مقتضىٰ القواعد، والّا ففي خصوص ما نحن فيه أعني حق الرهانة ادّعى الأستاد أنه قام الإجماع على أنه قابل للإسقاط، وكلمات العلماء ـ رضوان الله عليهم ـ كما رأيت بعضها في هذا المقام على طريق التسلّم من أن حق الرهانة قابل للإسقاط.

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

في أن حق الرهانة قابل للإسقاط

ثمّ إن هنا فرعاً مرتبطاً بالمسألة السابقة، ويكون مقدمة للمسألة الآتية، وهو أنه لو أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن على أن يكون الثمن رهناً فباع، يصير الثمن رهناً بلا خلاف كما في الجواهر[1].

وينقل عن التذكرة / ٩٥٤ / أنه قال: صحّ عندنا. وهذا مشعر بكون المسألة إجماعية. ونحن نقول: إن لهذه المسألة صوراً:

مثلاً تارة يقول المرتهن: أذنتك في بيع الرهن على أن يصير الثمن رهناً.

وتارة يقول: على أن تجعل الثمن في ضمن عقد البيع رهناً.

وتارة يقول: على أن تجعل الثمن رهناً بعد البيع بعقد مستقلٍّ.

في شرط النتيجة

أما الصورة الأولىٰ فنقول: إن هذا شرط للنتيجة، ومعنى شرط النتيجة هو الإلتزام بآثارها.

فتارة نتكلّم في أنه يصير لازماً في ضمن البيع، وتارة في أنه يصير لازماً لكونه في ضمن الإذن، وتارة في أنه على فرض عدم لزومه في ضمن شيء منهما هل يكون البيع لازماً أو أنه يتوقف على إجازة من المرتهن بعد ذلك، فيصير حاله حال المسألة السابقة، فنقول:

أما صيرورته لازماً في ضمن البيع فلا وجه له لأنه إما أن نقول إن بدل الرهن رهن أم لا. فإن قلنا بذلك فلا يحتاج إلى تقييد الإذن بصورة صيرورة الثمن رهناً، بل بمجرد الإذن في البيع يصير الثمن رهناً إذا باع. وإن لم نقل بأن بدل الرهن رهن، فحينئذٍ لا يصير رهناً ولو قيّد الإذن بصورة يكون الثمن رهناً.

أقول: نحن نقول: إنه بناءً على القول بأن بدل الرهن رهن إذا أذن مطلقاً، فلا

---

١) جواهر الكلام ٢١٢/٢٥.

يصير الثمن رهناً كما سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ. فتقييد الإذن لأجل أن لا يكون الإذن مطلقاً مقتضاه إسقاط حق الرهانة بسبب البيع كما سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأما صيرورته لازماً في ضمن / ٩٥٥ / الإذن فادّعى الأستاد وصاحب الجواهر أنه يصير لازماً. وذلك لأن الشرط في الإذن في العقد كالشرط في العقد في اللزوم، بل وقد ينحلّ هذا الشرط إلى كونه شرطاً على البايع في الإيجاب المعتبر رضاهما في صحته.

ومن هنا يعلم أنه يمكن أن يصير لازماً لكونه شرطاً في ضمن نفس البيع أيضاً.

والدليل على أن هذا الشرط يصير لازماً أن عموم قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»[1] يكون مقتضاه هو وجوب الوفاء بكلّ التزام سواء كان في ضمن العقد اللازم أم لا؛ غاية الأمر أنه خرج من العموم كلّ شرط لا يكون له ارتباط بعقد لازم، وبقي تحت العموم كلّ شرط يكون في ضمن العقد اللازم أو يكون له ارتباط بالعقد اللازم كالشرط فيضمن الإذن للعقد اللازم أو يكون في ضمن أحد طرفي العقد اللازم.

أقول: التمسك بالعموم في هذه الموارد مبنيّ على أن تكون تلك الموارد خارجةً عن دائرة العلم الإجمالي الذي تعلق بتخصيص العام في الجملة، ويكون العلم الإجمالي بالتخصيص في غير ذلك الموارد، فلابدّ من التأمل في أن ما نحن فيه خارج عن الدائرة.

وكيفية تميز ما يكون داخلاً في دائرة العلم الإجمالي عن غيره قد ذكرناها في تعليقاتنا على دليل الإنسداد.

والظاهر أن / ٩٥٦ / الشرط في ضمن الإيجاب بالخصوص أو القبول

---

١) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

بالخصوص يكون داخلاً في دائرة العلم الإجمالي بالتخصيص؛ لأنا نعلم بعدم لزوم كثير من الشروط التي تكون في ضمن الإيجاب فقط، كأن يقول «بعت وشرطت على نفسي شرب البطيخ» وتعلق القبول بنفس البيع لا بالشرط.. إلى غير ذلك من الموارد.

وأما كون الشرط في ضمن الإذن للعقد اللازم داخلاً في دائرة العلم الإجمالي أم لا، فيحتاج إلى ملاحظة كثير من الموارد التي تكون من هذا القبيل حتى تعلم حقيقة الحال؛ فافهم وتدبّر.

[هل البيع يصير لازماً على فرض عدم لزوم الشرط؟]

وأما إن البيع يصير لازماً على فرض عدم لزوم الشرط أم لا؟

فالظاهر أنه لا إشكال في عدم لزومه لأنه وإن كان هذا الشرط غلطاً الّا أن الإذن أيضاً دائرته ضيّقة، فيصير حال مسألتنا حال صورة لم يأذن في البيع أصلاً.

ونقل عن الأستاد خلاف ذلك.

وأما الصورة الثانية هو أن يأذن في بيع الرهن بشرط أن يجعل الثمن رهناً في ضمن البيع، فحينئذٍ إذا باع وشرط في ضمن الإيجاب على نفسه أن يكون الثمن رهناً، فلو قلنا بأن الشرط في ضمن أحد طرفي العقد اللازم يكون لازماً، فحينئذٍ يصير الثمن رهناً ويكون البيع لازماً.

وقد تقدم الكلام في شمول عموم «**المؤمنون عند شروطهم**» لأمثال هذه الشرايط.

وأما لو قلنا بأن هذا الشرط لا يصير لازماً أو قلنا بأنه يصير لازماً لكن البايع لم يشترط في ضمن الإيجاب، فحينئذٍ قد عرفت /٩٥٧/ أن الإذن يكون ضيق الدائرة، فلا يشمل البيع على هذا الوجه، فلا يصير البيع لازماً كما تقدم الكلام فيه.

وأما الصورة الثالثة وهو ما لو أذن في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً بعد البيع

بعقدٍ مستقلّ، فحينئذٍ لو باع وبعده جعل الثمن رهناً فلا إشكال فيه. وأما لو باع ولم يجعل الثمن بعده رهناً فيكون البيع باطلاً. فجعل الثمن رهناً بعد البيع يكون شرطاً لصحة البيع، وهو متأخر.

وقد عرفت الكلام في الشرط المتأخر.

وإنما قلنا بعدم صحة البيع على فرض أن لا يجعل الثمن رهناً بعد البيع لما عرفت من أن الإذن لم يثبت على أزيد من هذا المقدار؛ فافهم.

[فرعان]

ثمّ إن هنا فرعين مناسبين:

[سقوط حق الرهانة بمجرد الإجازة]

الأول: أنه لا إشكال في أنه يسقط حق الرهانة بمجرد الإجازة، وأما لو أذن في البيع فهل يسقط حق الرهانة بمجرد الإذن أو أنه يسقط بالبيع.

وتظهر الثمرة في أنه لو قلنا بسقوط الحق بمجرد الإذن فحينئذٍ ليس له الرجوع إلى حق الرهانة قبل البيع، بخلاف ما لو قلنا بأنه لا يسقط بمجرد الإذن.

وقال صاحب الجواهر[1]: إنه لا يسقط بمجرد الإذن، بل إنما يسقط إذا باع بنفس البيع. ونقل عن القواعد الإشكال في ذلك.

وذكر في الجواهر وجهين لإشكال العلامة:

الأول: أن الإذن / ٩٥٨ / في البيع الذي يوجب لارتفاع الحق يدلّ على الرضا بالسقوط.

الثاني: أن المفروض أنه يأذن في البيع اللازم. والبيع اللازم الذي يوجب النقل لا يجمع مع بقاء حق الرهانة؛ فلابدّ أن نلتزم بسقوط الحق قبل البيع. والمفروض أنه

---

١) انظر جواهر الكلام ٢١٢/٢٥.

لا يحصل شيء يوجب إسقاط الحق غير الإذن. فلابدّ أن نقول بسقوط الحق بنفس الإذن.

وأورد على الوجه الأول من وجهين:

الأول: أنه لا نسلّم دلالة الإذن على الرضاء بسقوط الحق حين الإذن وإنما يدلّ على الرضاء بسقوط الحق حين البيع.

الوجه الثاني أن نقول: سلّمنا أنه يدلّ على الرضاء بسقوط الحق الّا أن ذلك لا يكفي في سقوط الحق، بل لابدّ في السقوط من إنشاء الإسقاط بلفظ «أسقطت» أو بلفظ آخر يراد منه هذا المعنىٰ مجازاً بواسطة القرينة.

وذلك لوضوح أن مجرد الرضاء بالسقوط لا يوجب سقوطه، بل لابدّ من أن يكون له كاشف لفظيّ يقصد منه إنشاء الإسقاط كما في جميع العقود والإيقاعات، فإنها تحتاج إلى لفظ يكون كاشفاً عن عنوان ذلك العقد، ويقصد من ذلك اللفظ إنشاء ذلك العنوان.

وأورد على الوجه الثاني لما ذكر في توجيه إشكال العلامة (ره): أما بناءً على ما بنىٰ عليه الأستاد أولاً ـ وإن رجع عنه / ٩٥٩ / ثانياً ـ من أن نفس الحق ليس بمانع عن البيع، وإنما المانع هو وجوب الوفاء عند المطالبة باعتبار أن الملكية والحقّ صفتان متخالفتان، فلا مانع من اجتماعهما في مورد واحد بخلاف اجتماع ملكتين في شيء واحد، فإنهما متماثلان فيمتنع اجتماعها في مورد واحد. فلذا لا يقع البيع على ملك الغير بمقتضى القاعدة الّا أن يثبت جوازه بأدلة الفضولي.

وبالجملة، بناءً على أن المانع هو نفس وجوب الردّ عند المطالبة لا مانع من لزوم البيع من أول الأمر لعدم وجود المانع، وبعد وقوع العقد أيضاً ليس له المطالبة لكون العقد بإذنه. فلا يجيء المانع بعد البيع أيضاً، فيصير العقد لازماً.

وقد تقدم أن نفس الحقّ ليس له مانعية الّا من تنجّز العقد ظاهراً. وليس مانعاً عن نفس صحة العقد واقعاً.

وأما بناءً على المشهور من أن نفس الحقّ يكون مانعاً عن صحة العقد، فيقول صاحب الجواهر: إن الحق يسقط بنفس البيع.

و*ذلك كما لو أذن في بيع ماله، فإن ماليته ينقل بنفس البيع.

وإن أبيت عن ذلك، فليقدر لتصحيحه كما في نظائره بأنه يسقط الحق قبل البيع بآنٍ ما ولا يسقط بنفس الإذن؛ / ٩٦٠ / فافهم.

[لو ردّ أوّلاً ثم أجازه هل يصح العقد؟]

الثاني: أنه لو ردّ أولاً ثمّ أجاز فهل تثمر هذه الإجازة لصحة العقد أم لا؟

فنقول: لو قلنا بأن اعتبار الإجازة هنا من باب لازمها وهو اسقاط الحق، فواضح أن الردّ أولاً لا يضرّ لأنه على هذا تتوقف صحة العقد على سقوط حق الرهانة، فلا يضرّ بحاله الردّ.

وأما لو قلنا بأن اعتبار الإجازة من باب أن صحة العقد تتوقف على رضاءة المرتهن، فبناءً على ذلك يحتمل فيما نحن فيه وجهان، وذلك لأنهم قالوا بالنسبة إلى إجازة الفضولي إنه لو ردّ أولاً، فلا تثمر بحاله الإجازة ثانياً.

وذلك لأن العقد إذا صدر من غير المالك لابدّ أن يحصل له مساس بالمالك، ومساسه إنما هو بإجازة المالك. فإجازة المالك بمنزلة القبول. ولابدّ من التقارن بين الإيجاب والقبول، وبواسطة الردّ يحصل الفصل بين العقد والإجازة اللذَّين هما كالإيجاب والقبول.

وهذا الوجه إن كان صحيحاً فبها، والّا يكون عدم الصحة على طبق الأصل؛ لأن الأصل في العقود هو الفساد.

ففيما نحن يمكن أن يقال: إن الإجازة لمّا كان المفروض مدخليتها في صحة العقد فيصير كالفضولي فحينئذٍ نقول: إن صحة العقد تتوقف على أن يكون العقد

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

صادراً من المالك على وجه الاستقلال أو يحصل له مساس به، ومساسه بالإجازة، فيكون الردّ فصلاً مبطلاً.

ويمكن أن يقال: إنه لا يحتاج إلى أن يحصل للعقد مساس بذي الحق، وإنما توقف الصحة على الإجازة / ٩٦١ / أمر تعبديّ يحصل بأيّ وجه كان، سواء كان قبله ردّ أو لا، إلّا أنك قد عرفت أن مقتضىٰ الأصل هو الفساد؛ لأن الأصل في العقود هو الفساد.

في الإستصحاب التعليقي [في مسألة الزبيب]

أقول: لا يخفىٰ أنه كان العقد قبل وقوع الردّ عليه بحيث لو وقعت الإجازة عليه لكان لازم الوفاء، ونحن نشك أنه بسبب الردّ تسقط هذه القابلية أم لا، نظير أن العنب كان ماؤه أولاً على نحوٍ لو غلىٰ لصار حراماً، ونحن نشك أنه بسبب الزبيبية هل تذهب منه هذه القابلية أم لا؟

فبناء كثير من العلماء على جريان الإستصحاب في مسألة الزبيب. ومن يجري الإستصحاب فيه لابدّ أن يجري الإستصحاب فيما نحن فيه بطريق أولىٰ؛ لأن احتمال ارتفاع الموضوع قائم في مسألة الزبيب بخلاف ما نحن فيه، فإن الشك بمجرد الشك في كون الردّ مانعاً أو لا.

وقد فصّلنا الكلام في جريان الإستصحاب هنا في تعليقاتنا على مسألة الإستصحاب التقديري؛ فافهم.

[فكّ الرهن بعد البيع هل يؤثر في لزوم البيع ؟]

المقام الثالث: في أنه لو فكّ الرهن بعد البيع، فهل يصير البيع لازماً أم لا؟

فنقول: لو قلنا بأن اعتبار اجازة المرتهن من باب لازمه ـ وهو سقوط الحق ـ فلا إشكال في أنه بمجرد الفكّ يسقط الحق، فلابدّ أن يصير لازماً.

وكذا لو بنينا على أن الحق بنفسه ليس بمانع، وإنما المانع هو المطالبة كما بنىٰ عليه الأستاد أولاً، وإن رجع عنه ثانياً كما سيجيء ـ إن شاء الله ـ وجه رجوعه.

أقول: الظاهر أن حكم / ٩٦٢ / الإسقاط والإبراء أيضاً* كحكم الفك فيما سنذكره. وأما لو بنينا على أن الإجازة يكون اعتبارها من باب مدخلية إذن المرتهن في صحته أوشككنا في ذلك فهنا مَسْلَكان للقول بصحة العقد:

أحدهما: ما نقل عن الشيخ في تقريراته من أنه يفهم من قوله ﷺ «لم يعصِ الله وإنما عصىٰ سيّده»[1] أن كلّ حق يكون قابل الزوال يكون من الموانع لصحة العقد فعلاً، وبمجرد زوال الحق يصير البيع لازماً.

أقول: فيه: أن الالتزام بذلك حتى في مورد الرواية مشكل حيث يقولون: إنه لو أعتق العبد فلابدّ له من عقد جديد، ولا يكفي العقد السابق.

نعم، كلّ حقٍّ قابل الزوال لا يمنع عن صحة العقد إذا أجاز صاحب الحق له.

وثانيهما: ما ذكره في المكاسب، وتوضيحه أن هذا البيع لم يكن من أول الأمر بلازم الوفاء حيث كان حق الغير فيه، فكان خارجاً من أول الأمر من عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾. فإذا زال حق الغير نشك في أنه يكون لازم الوفاء أم لا، فيدور الأمر بين التمسك بالعموم فنثبت الصحة واللزوم أو نستصحب حكم المخصّص حيث إنّ المخصص دلّ على عدم لزوم الوفاء بهذا العقد، فنستصحب هذا الحكم.

والقاعدة عند / ٩٦٣ / دوران الأمر بين التمسك بالعموم أو استصحاب حكم المخصص أنه لابدّ أن يلاحظ أن أفراد العام إذا كانت ملحوظة باعتبار أجزاء الزمان أفراداً، فحينئذٍ لابدّ من التمسك بالعام، ولا وجه لاستصحاب حكم المخصص؛ أما بالتمسك بالعام باعتبار أن هذا الفرد باعتبار سائر أجزاء الزمن يكون أفراداً على حدة، ولم يثبت خروجها عن تحت العام؛ وأما عدم التمسك بالإستصحاب فلأجل

---

*) *لو قال «أسقطت حقي» تقدم الكلام فيه. (منه قدس سره).*

١) الكافي ٤٧٨/٥، باب المملوك يتزوج بغير إذن مولاه، ح ٢ و٣.

تعدد الموضوع حيث إنّ هذا الفرد باعتبار الجزء الأول من الزمان كان فرداً وباعتبار الجزء الآخر فرداً فيكونان موضوعين؛ فلا وجه لإسراء حكم أحدهما إلى الآخر بواسطة الإستصحاب.

وأما إذا كان الزمان ملحوظاً على وجه الظرفية، فحينئذٍ لا وجه للتمسك بالعام حيث إنّ هذا الفرد خرج من تحته، وليس هذا في سائر الأزمنة فرداً على حدة.

[الزمان ملحوظ على وجه الظرفية]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن الزمان دائماً يكون ملحوظاً على وجه الظرفية حيث إنّ تمام الكائنات في الزمان إلّا في بعض الموارد الخاصة، نظير الأمر بالصوم في الشهر حيث إنّ الصوم في كلّ يوم يكون فرداً على حدة.

وعلى هذا فلابدّ أن نتمسك فيما نحن [فيه] بالإستصحاب.

خلافاً لبعض* ؛ لأنه تمسك بعموم العام وقال: إن الخيار فوريّ؛ لأن خروج هذا العقد عن تحت العموم إنما ثبت في الآن الأول.

ولكن قد / ٩٦٤ / عرفت أن الزمان في هذه الموارد تكون على وجه الظرفية، فلابدّ من التمسك بالإستصحاب.

الّا أن الشيخ (ره) يقول: إن المقام مقام التمسك بالعام، ووجه ذلك كما يظهر من سابق كلامه بل وكلام جلّ العلماء هو أن خروج الفرد عن تحت العام تارة يكون لأجل المانع نظير أنك تقول «أكرم العلماء ولا تكرم الفسّاق». فإذا كان زيد العالم فاسقاً يكون خارجاً عن تحت العام، وإذا صار عادلاً يدخل تحت العام، وهكذا.

ولو حصل تبدّل الحال ألف مرّة فإنه بمجرد الفسق يخرج من تحت العام وبمجرد زواله يدخل تحته، وما نحن فيه أيضاً يكون من هذا القبيل حيث إنّ

---

*) *الظاهر أنه فخر المحققين. (منه قدس سره).*

خروج الفرد عن تحت العام لأجل المانع، وهو حقّ المرتهن. فبمجرد زوال المانع يدخل تحته.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ: إن هذه القاعدة مسلّمة إلّا أنه يشترط أن يكون المقتضي لحكم العام دائماً فيه موجوداً كما في مثل العالم الفاسق حيث إنّ المقتضي لوجوب الإكرام هو العلم، وهو يكون دائماً فيه موجوداً إلّا أنه قد امتنع من تأثيره المانع، وهوالفسق.

وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن المقتضي ليس باقياً؛ إذ المقتضي هو العقد وهو ليس إلّا اللفظ، واللفظ يفنى من ابتداء الأمر.

[الكلام النفسي]

اللهمّ إلّا أن / ٩٦٥ / نقول بالكلام النفسي وأنه بمجرد التلفظ بالعقد التي عبارة عن القضية الملفوظة يحصل في البين قضيّة معقولة، وهذه القضية المعقولة لا تفنى بفناء اللفظ، ويكون هو المقتضي والمانع يمنعه. فإذا زال المانع يؤثر أثره، إلّا أنك قد عرفت في مسألة الطلب والإرادة بطلان الكلام النفسي.

[مراضاة المتعاقدين]

نعم، هنا وجه آخر في بيان بقاء المقتضي وهو أن نقول: إن المقتضي للنقل هو المراضاة المستكشفة بالعقد، وهو يكون باقياً، فإذا زال المانع يؤثر أثره.

وبناءً على ذلك نقول في مسألة بيع الراهن: إن المانع هو حق المرتهن، لا المطالبة؛ إذ ما قلنا سابقاً من أن الحق ليس مانعاً إنما هو لأجل الإلجاء والإضطرار من أنه لمّا لا يمكن بقاء المقتضي وهو العقد، فلو كان الحقّ مانعاً من بدو الأمر فليس المقتضي بعد زوال الحقّ حتىٰ يؤثر أثره؛ إذ اللفظ قد انصرم وليس مقتضياً في البين غيره.

وأما إذا قلنا: إن المقتضي هو المراضاة المستكشفة بالعقد، فهو يكون باقياً، وبمجرد زوال المانع يؤثر أثره.

وهكذا نقول في اشتراط الفضولي بالإجازة، وفي اشتراط السلم بالقبض حيث إنّ المراضاة يكون مقتضيةً ومن شرطها أن تكون مستكشفة بالعقد /٩٦٦/، ومن شرطه الإجازة أو القبض.

فإذا تمّمت الشرايط وارتفع المانع فيؤثر أثره.

وذلك نظير الدواء في أنه يكون مقتضياً لرفع المرض بشرط أن يستحق، وبشرط أن يدخل فيه شيء آخر وبشرط أن يذهب ريحه. فإذا اجتمع فيه جميع الشرايط وارتفع عنه جميع الموانع فيؤثر أثره.

إن قلت: إن المراضاة لم تكن في الفضولي للمالك أولاً.

قلت: تكفي مراضات المتعاقدين، وتكون هي المقتضية.

إن قلت: نحن نفرض كراهة المتعاقدين بعد العقد وقبل الإجازة، فلا يكون المقتضي باقياً.

قلت: نقول: إن المقتضي الرضاء التقديري للمالك والرضاء التقديري يكون موجوداً من حين العقد إلى حين الإجازة.

إن قلت: إن نفرض كون المالك كارهاً حين العقد وإن أجاز بعد ذلك إذا سمع.

قلت: لا ينافي الرضاء التقديري مع الكراهة الفعلية.

إن قلت: نحن نفرض أن المالك من بدو الأمر يكون كارهاً، ثمّ إذا سمع العقد يصير راضياً ويجيز، ثمّ يندم عن ذلك إلى يوم القيامة، فهنا ليس الرضاء الفعلي حين العقد حتى يكون باقياً ولا الرضاء التقديري به.

قلت: نحن نقول: إن المقتضي هو رضاء المالك إذا استكشف ذلك الرضاء من العقد الصادر منه أو استكشف /٩٦٧/ بالإجازة بشرط أن يكون متعقّباً بعقد فضولي. وهذا لا إشكال فيه ويكون مقتضاه النقل، لا الكشف. وإذا دلّ دليل على

الكشف، فلابدّ أن نقول بالكشف الحكمي.

[كيفية صحة العقد معلّقاً على رفع المانع]

أقول: لابأس أن نشير إلى كيفية كون صحة العقد معلّقاً على رفع المانع كما في ما نحن فيه أو على وجود الشرط كالإجازة في الفضولي. أما كيفية تصحيح العقد بعد رفع المانع لعلّه يتفاوت بين القول بكون الأحكام الوضعية مجعولة أم لا.

أما بناءً على كون الأحكام الوضعية مجعولة فيجوز أن يقال: إن الملكية بنفسها تكون شيئاً، وتكون مسببة عن العقد مثلاً. والعقد يؤثر في وجودها.

فحينئذٍ نقول: إن العقد عبارة عن اللفظ، واللفظ ينعدم بمجرد وجوده. فإذا فرض أن العقد لم يؤثر من أول الأمر في إيجاد الملكية باعتبار أن وجوده كان مقروناً بوجود المانع. وبعد ارتفاع المانع ليس المقتضي موجوداً؛ لأنه انعدم من أول الأمر.

ومن هنا ظهر أنه لا يمكن أن يكون المقتضي نفس العقد، فلابدّ أن نقول بأن المقتضي هو رضاء المالك على وجهٍ فصّله الأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ.

إلّا أن ذلك كلَّه بناءً على كون الأحكام الوضعية مجعولة وأن وضع الأحكام الوضعية لابدّ أن يكون على نسق الأمور الخارجية بمعنىٰ أنه لابدّ أن يجعل الشرط ما يمكن أن يكون شرطاً، لا ما يستحيل ذلك بالنسبة إليه، إلّا أنه قد أبطلنا في محلّه كون الأحكام الوضعية مجعولة، بل تكون منتزعة من الأحكام التكليفية، /٩٦٨/ بل خصوص السببية كما لا تكون مجعولة بنفسها كذلك لا تكون منتزعةً من الأحكام التكليفية أيضاً.

نعم، لو كان تأثير في ذات الشيء فيطلق عليه السبب، وإلّا فلا يطلق إلّا من باب صرف المسامحة.

وأما بناءً على كون الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، فنقول: إن

نفس تحقق المعاملة والمعاهدة بين اثنين يكون علّة لأن يأمر الشارع بوجوب الوفاء على طبقها دائماً.

فحينئذٍ إذا تحقق مانع من وجوب الوفاء في بعض أجزاء الزمان، نقول: إنه إذا ارتفع هذا المانع لابدّ من التمسك بالعموم لوجوب الوفاء بعد ذلك، نظير أن العالم يكون علمه مقتضياً لأن يأمر الشارع بوجوب إكرامه. فإذا وجد مانع من وجوب الإكرام في بعض أجزاء الزمان نقول: إذا ارتفع ذلك المانع نتمسك بالعموم ونثبت وجوب إكرامه.

وعلى هذا فالمقتضي لأمر الشارع يكون موجوداً دائماً، وهو نفس تحقق العقد بين اثنين في طرف الخارج؛ وعلى هذا فلابدّ من التمسك بالعموم بعد رفع المانع الذي كان مخصّصاً نظير «أكرم العلماء ولا تكرم الفسّاق»؛ فافهم.

[كيفية صحة العقد معلّقاً على شرط متأخر]

وأما كيفية تصحيح العقد الذي كان معلّقاً على شرط متأخر، فقد تقدّمت الإشارة إليه في الجملة، وملخصه أنه بناء على كون الأحكام الوضعية مجعولة، فنقول: إنه إذا فرض أن العقد حين صدوره لم يكن مؤثراً حيث إنّه لم يكن / ٩٦٩ / شرط التأثير ـ أعني الرضاء ـ فيه موجوداً، وحين وجود الشرط أيضاً لم يكن نفس المقتضي ـ وهو العقد ـ موجوداً، لا يمكن أن يتحقق تأثير إلّا بأن نقول:

إن الشرط ليس هو الإجازة، بل هو أمر مقارن للعقد، والإجازة بعد ذلك كاشفة عن وجود الشرط حين العقد، فلابدّ أن نقول بكون الإجازة كاشفة.

أو بأن نقول: إن المقتضي للنقل ليس هو العقد بل إنما هو الرضاء المستكشف باللفظ بشرط أن يكون مسبوقاً بعقدٍ، فلابدّ أن نقول: إن الإجازة ناقلة.

والأستاد ـ سلّمه الله ـ إختار أن المقتضي هو الرضاء المذكور حيث إنّ القول بأن الشرط كان أمراً غير الإجازة وتكون الإجازة كاشفة عنه مخالف لما دلّ على أن

نفس الإجازة شرط.

وأما بناءً على كون الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية كما هو الحقّ، فنقول كما أشرنا إليه سابقاً: إن العقد الصادر من غير المالك على صنفين:

صنف تتعقّبه الإجازة من المالك وصنف لا تتعقّبه الإجازة.

أما الصنف الذي تتعقّبه الإجازة فأمر الشارع على وجوب الوفاء على مقتضاه، إلّا أنه حين صدور العقد لا نعلم أنه من أيّ القسمين، فنتوقف. فإذا أجاز المالك فيكشف من أن هذا العقد من العقود التي أمر الشارع بوجوب الوفاء على مقتضاه، وذلك لأنه كما يمكن أن يأمر الشارع بشيء مقيد بقيد كما إذا أمر بإتيان / ٩٧٠ / تكبير يكون مقارناً للستر ومتأخراً عن النية ومقدماً على الحمد، ويكون كلّ تلك القيود خارجاً عن نفس التكبيرة ويسمىٰ شرطاً للتكبيرة في الإصطلاح مع أن هذه القيود تارة يكون مقدماً على التكبير وتارة مؤخراً عنها وتارة مقارناً لها، كذلك يمكن أن يأمر على الوفاء بعقدٍ مقيدٍ بقيود بعضها مؤخر وبعضها مقدم وبعضها مقارن.

ولا دخل لهذه الشروط بالشروط التي تكون من أجزاء العلة حتى تقول بامتناع تأخر الشرط عن المشروط كما ذكرناه سابقاً وذكرنا تفصيله في مسألة «الأمر بالشيء»[1] اه* أيضاً.

وإذا صار الأمر بوجوب الوفاء ـ بعقد يكون مقيداً بوقوع الإجازة بعده ـ أمراً ممكناً، فحينئذٍ نقول: إن ما دلّ على وجوب الوفاء بعقد الفضولي مع ما دلّ على اشتراط الوفاء بالإجازة يكون مفادهما هو وجوب الوفاء بذلك العقد المقيّد، وليس هنا مجالٌ لتفصيل ذلك.

هذا كلّه في العقود الصادرة من الراهن.

---

١) لاحظ معالم الدين: ٥٤؛ عدة الأصول ١/١٩٦.

*) *عند بيان مقدمة الضدّ. (منه قدس سره).*

[الكلام في الإيقاعات الصادرة من الراهن]

وأما الإيقاعات الصادرة منه كما لو أعتق العبد المرهونة، فملخص الكلام فيه أن نقول:

[الفرق بين العقود والإيقاعات]

أولاً: إن الفرق بين العقود والإيقاعات أن الإيقاعات ما لا يحتاج إلى قبول وإن كانت مشروطة بشروط أخر مثل الرضاء و / ٦٧١ / أمثال ذلك إذا فرض كون [ال]إيقاع مشروطاً بالرضاء مثلاً، وأما العقود فما يتوقف على القبول.

وثانياً: إن الكلام هنا ليس في الحكم التكليفي كما كان في السابق بل إنما الكلام في كون العتق مؤثراً في صيرورة العبد حرّاً أم لا.

[بطلان العتق الصادر من الراهن]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه استدلّ على بطلان العتق الصادر من الراهن بوجوه أربعة:

الأول: ما اتفقوا عليه من أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق.

ولا يخفىٰ أن التعليق تارة يكون من العاقد في الإنشاء بأن يعلّق نفس الإنشاء بأن يقول «أعتقت عبدي بشرط أن يجيء زيد». وهذا النوع من التعليق يوجب البطلان، سواء كان في العقود أو الإيقاعات.

وتارة يكون التعليق من العاقد في المنشأ لا في الإنشاء كالتدبير والوصية. وهذا لا إشكال في صحته حتى في الإيقاعات.

ومن هنا ظهر ما في كلام بعض حيث إنّه يدعي أولاً أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق بالإجماع. ثمّ يستثنىٰ من القاعدة مثل التدبير مثلاً.

وقد عرفت أن التعليق بهذا المعنىٰ ليس إجماع على صيرورته موجباً للبطلان.

وتارة لا يكون التعليق والإيقاف من العاقد لا في الإنشاء ولا في المنشأ، بل الإيقاف / ٦٧٢ / يكون من الشارع كما يقول المالك «أعتقت العبد» ويقول الشارع: «إن تأثير هذا الإعتاق موقوف على إجازة المرتهن»، فيكون الإيقاف من الشارع.

ومورد الإجماع من أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق إنما هو التعليق بهذا المعنىٰ، فحينئذٍ نقول: إن هذا الإجماع مسلّم الّا أنه في خصوص مسألتنا يقول المشهور بأن العتق صحيح بشرط إجازة المرتهن.

الثاني: أن أدلة الفضولي لا يشمل العتق وأمثال ذلك من الإيقاعات كما يظهر من الجواهر[1].

الثالث: أن أدلة العتق لا يشمل لما نحن فيه كما ينقل ذلك في الجواهر.

الرابع: أن العتق من العبادات فيتوقف على قصد القربة. وهنا بواسطة حق المرتهن على الراهن لا أمر بعتق هذا العبد.

وأجيب عن الأول بأن ما يقولون من أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق ليس عليه دليل إلّا الإجماع، والإجماع دليل لبّيّ لا إطلاق لها، فلابدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن.

وعلى هذا نقول: إن القدر المتيقّن من ثبوت الإجماع على ثبوت هذه القاعدة إنما هو في خصوص الشرط من أن الإيقاعات لا يجوز أن تكون معلقة بالشرط. وأما كونها معلقة برفع المانع فلا إجماع على عدم جوازه كما يقول بذلك في الجواهر[2] حيث يقول: «وفيه منع إن أراد به ما يشمل / ٦٧٣ / الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع».

ويقول في مورد آخر إما نقلاً عن المسالك[3] أو من كلامه من أن «التوقف

---

١) جواهر الكلام ٢٠٦/٢٥.

٢) جواهر الكلام ٢٠٣/٢٥.

٣) مسالك الأفهام ٤٨/٤.

المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط، لا على زوال مانع».

وعن الثاني بأنه بناءً على أن نتعدى في أدلة الفضولي وقلنا: لا اختصاص لها بخصوص البيع ويشمل غيره من العقود، فحينئذٍ نقول: لا وجه للإقتصار بسائر العقود، ولا أولوية لسائر العقود على الإيقاعات حيث إنّك تتعدى إلى سائر العقود ولا تتعدى إلى الإيقاعات.

ثمّ إنه لو قلنا بشمول أدلة الفضولي لما نحن فيه، وقلنا بأن الإجماع محقق على عدم جواز التعليق في الإيقاعات مطلقاً، سواء كان التعليق على الشرط أو على رفع المانع، فحينئذٍ تقع المعارضة بين أدلة الفضولي والقاعدة المستفادة بالإجماع من عدم جواز التعليق في العقود.

والنسبة بينهما عموم من وجه حيث إنّ أدلة الفضولي شامل للعقود والإيقاعات معاً، الّا أنها مختصة بالشرط حيث إنّ الإجازة شرط.

أقول: فيه أنه بناءً على ذلك لا وجه للتمسك بأدلة الفضولي فيما نحن فيه الّا أن نقول: إن الإجازة هنا أيضاً شرط.

وأما قاعدة عدم جواز التعليق في الإيقاعات فمختصة بالإيقاعات الّا أنها أعمّ من التعليق على الشرط أو رفع المانع. فإذا وقعت المعارضة وكانت النسبة عموماً من وجه، فلابدّ من القول بالفساد؛ لأن الأصل في العقود هو الفساد، ولم تثبت الصحة بأدلة الفضولي لكونها / ٦٧٤ / معارضة[1] بمثلها في خصوص المقام.

[وجهان لتصحيح العتق بأدلة الفضولي]

نعم، هنا وجهان آخران لتصحيح العتق بأدلة الفضولي:

الأول: أن نقول: إن أدلة الفضولي يكون مقتضاها هو الكشف، يعني أنها تدلّ على أن العقد الصادر من غير أهله إذا تعقّبته الإجازة، فيكشف من صحة العقد من

---

١) في الأصل: معارضاً.

أول الأمر، وترتّب عليه مقتضاه من أول الأمر.

فحينئذٍ نقول: لا يلزم التعليق في العتق هنا أصلاً؛ غاية الأمر أنه من ابتداء الأمر لا نعلم بصحة العقد، وعند الإجازة نعلمه، ونفس العتق ليس فيه تعليق في صورة الإجازة، وإنما كانت مجهولة.

الثاني: أن نقول: إن أدلة الفضولي وإن لم تدلّ على الكشف الحقيقي الّا أنها تدلّ على الكشف الحكمي.

وبيان ذلك أنها تدلّ على أن الأثر قد وجد من أول الأمر[1]؛ غاية الأمر أنا نقول: لا يمكن أن يكون أثر العقد مترتباً من أول الأمر للزوم الشرط المتأخر في البين، وهو محال.

فلابدّ أن يكون المراد ترتب أحكام أثر صحة العقد.

مثلاً أثر البيع هو الملكية، فلابدّ أن تترتب آثار الملكية من أول الأمر، إلّا أنه لمّا كان بيان ذلك بلسان أن العقد صحيح من أول الأمر وليس معلّقاً أصلاً، فيصير حاكماً على ما دلّ على أن الإيقاعات لا يقبل التعليق.

قال الأستاذ: إنا أبطلنا مسألة الحكومة في محله، وقلنا إن حكومة الدليل لا يصير سبباً للتقديم / ٦٧٥ / إذا كانت النسبة بينهما عموماً من وجه.

نعم، في موارد تكون الحكومة في البين يرجع الأمر إلى التخصيص الخفيّ، وهو يوجب التقديم.

أقول: قد أثبتنا في محلّه أن صرف الحكومة موجب للتقديم، فالمحصّل أنه بناءً على شمول أدلة الفضولي، إن قلنا إن مقتضاها هو الكشف الحقيقي أو الحكمي أو قلنا بأن عدم جواز التعليق في الإيقاعات غير شاملة لما نحن فيه، فحينئذٍ يصير العتق صحيحاً.

وأما عن الثالث فبأنه لو سلّمنا عدم شمول دليل خصوص عنوان العتق لما نحن

---

١) *قد عرفت أنه بناءً على ما حقّقناه لا يلزم ذلك؛ فارجع. (منه قدس سره).*

فيه، نقول: إنه لا مانع في شمول أدلة العناوين العامة لما نحن فيه نظير ﴿أوفوا بالعقود﴾[١].

وذلك لأن العقد عبارة عن العهد، وهو يصدق على العقود والإيقاعات، وإطلاق العقود على خصوص ما يحتاج إلى الإيجاب والقبول اصطلاح من العلماء، وليس ذلك معنى عرفيّ ولا لغويّ للفظ العقد.

وأما العناوين الخاصة فليس لشيء منها إطلاق يمكن أن يتمسك به في مورد الشك في الشرايط أو الموانع إلّا البيع، فإنه يكفي قوله تعالىٰ ﴿أحلّ الله البيع﴾[٢]. وكذا صحّحنا بعض إطلاقات أدلة الرهن.

والسرّ في ذلك أن الإطلاق إذا كان وارداً في مقام بيان ماهية العبادة أو المعاملة، فحينئذٍ يثبت له الإطلاق ويتمسك به لرفع الشرايط والموانع.

وأما إذا كان وارداً في مقام بيان حكم الماهية فحينئذٍ ليس له إطلاق ولا يجوز التمسك به عند الشك في الشرايط والموانع؛ لأن هذا الإطلاق وارد مورد حكم آخر، وليس بصدد بيان الماهية.

ومن هنا ظهر ما في / ٩٧٦ / كلام صاحب الجواهر[٣] حيث إنّه تمسك بقوله «من أعتق فله..» اه لإثبات الإطلاق في باب العتق مع أن هذا واضح من أن إطلاقه وارد مورد حكم آخر.

وفي كلّ صوره كان الإطلاق في مقام بيان الماهية، فيتمّسك بذاك الإطلاق لرفع شرطية ما يحتمل شرطيته.

وهذه هي الثمرة المترتبة على القول الأعمّي في المسألة المعروفة من أن ألفاظ العبادات والمعاملات موضوعة للصحيح أو الأعمّ.

---

١) المائدة: ١.

٢) البقرة: ٢٧٥.

٣) جواهر الكلام ٢٠٦/٢٥.

أقول: لابدّ لي من التأمل هنا.

وقد يقال هنا لإثبات الإطلاق لأدلة العتق وجه آخر، وهو أن نقول: إنّا نعلم أن هنا لا مانع من صحة العتق إلّا تعلّق حق المرتهن به فالمقتضي لصحة العتق هنا يكون موجوداً الّا أن حقّ المرتهن يكون مانعاً. فإذا زال المانع يشمله الإطلاق كما سبق نظيره في «أكرم العلماء ولا تكرم الفساق».

أقول: لا يخفىٰ أنه إذا كان دليل العتق وارداً مورد حكم آخر فليس له إطلاق أصلاً حتى يتمسك به بعد رفع المانع؛ إذ المفروض أن صحة العتق بعدُ مشكوك، والمفروض أن المطلقات ليس لها إطلاق يمكن أن يتمسك بها.

وأما لو أريد التمسك بصرف قاعدة المقتضي والمانع من أنه إذا أحرز المقتضي فيرفع المانع بالأصل، فيثبت الصحة، فنقول فيه: إنه لو سلّمنا أن المقتضي هنا موجود، نقول: قد أثبتنا في محله أن التمسك بقاعدة المقتضي والمانع منحصر بصورة كان احتمال المانع إحتمالاً / ٩٧٧ / لا يعتني العقلاء به. وفيما نحن فيه نحتمل احتمالاً عقلائياً أن يكون حقّ المرتهن مانعاً عن الصحة التأهلية للعتق أيضاً، كما أنه مانع عن صحته الفعلية؛ فافهم.

وأما عن الرابع، فبأن نقول بما قاله بعض من أنه يمكن قصد القربة هنا؛ غاية الأمر أن قصد القربة هنا يكون نظير قصد القربة في العبادات الإحتمالية من باب الإحتياط. فإن هناك ليس في البين إلّا احتمال أمر الشارع، وفيما نحن فيه أيضاً لو أجاز المرتهن يكشف من أن الأمر كان موجوداً.

وأورد على ذلك بأنه يتمّ بناءً على أن نقول بأن الإجازة كاشفة عن صحة العتق من أول الأمر حقيقة، وأما بناءً على القول بالنقل أو الكشف الحكميّ، فلا أمر في البين أصلاً.

ثمّ إنه يأتي ـ إن شاء الله ـ في مسألة عتق المرتهن وجوه لتصحيح قصد القربة هنا، والوجه المختصّ بالراهن لتصحيح قصد القربة هو ما ذكرنا، ولهذا يكون الأمر

فيه أسهل، حيث إنّ هذا لا يأتي بالنسبة إلى المرتهن؛ لأن المفروض أن العبد ليس ملكه.

نعم، يكون في عتق المرتهن أيضاً جهة لتصحيح قصد القربة لا يأتي هذا الوجه في الراهن، وهو أن المرتهن قابل لأن يصير نائباً عن المالك بخلاف الراهن. وسيأتي تفصيل ذلك كلّه ـ إن شاء الله ـ في تصرفات المرتهن.

[تصرفات المرتهن في الرهن]

/ ٩٧٨ / **وأما تصرفات المرتهن** في الرهن، فتارة يكون بالعقد وتارة بالإيقاع كالعتق. وكلّ واحد منهما إما أن يكون من العقود والإيقاعات التي يشترط فيها قصد القربة كالوقف والعتق أو لا.

[شرط المباشرة]

ثمّ إنه ربما يشترط المباشرة في بعض الإيقاعات بحيث لا يكفي وقوعها مع الإذن أيضاً كالظهار، بل قيل بذلك في بعض العقود أيضاً مثل الضمان.

[النزاع في تصرفات المرتهن من حيث الحكم الوضعي]

ثمّ إن الكلام ليس في تصرفات المرتهن من حيث الحكم التكليفي، بل إنما النزاع في تصرفاته من حيث الحكم الوضعي؛ يعني أن النزاع في عقوده وإيقاعاته من حيث التأثير والتأثر.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: أما لو كان العقد أو الإيقاع الصادران من المرتهن مما يكون صحته موقوفاً على مباشرة المالك، فواضح أنه لا يترتب عليه شيء ويكون لغواً. وأما ما لا يشترط فيه مباشرة المالك، فإن لم تكن صحته مشروطة بقصد القربة، فإما أن يكون من العقود أو الإيقاعات.

أما لو كان من العقود فيكون مبنيّاً على مسألة الفضولي؛ فإن قلنا: إن أدلة الفضولي لا اختصاص لها بالبيع، فيكون صحيحاً لو كان ذلك العقد غير عقد البيع،

والّا فيكون باطلاً. والمسألة موكولة إلى محلّها.

وأما لو كان من الإيقاعات فقد عرفت قُبيل ذلك أنه بناءً على شمول أدلة الفضولي للعقود يكون شاملة للإيقاعات أيضاً أم لا.

[الإيقاعات غير قابلة للتعليق]

وهنا إشكال آخر من أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق كما عرفت ذلك عند الكلام في تصرفات الراهن.

/ ٩٧٩ / **أقول**: بل الإشكال فيما نحن فيه أشدّ، حيث إنّ بعضهم قائلون بأن التعليق برفع المانع لا محظور فيه كما في تصرف الراهن، بخلاف التعليق بالشرط كما في ما نحن فيه.

فإن إجازة الراهن هنا شرط بالإتفاق، وكانوا كلّهم ظاهراً قائلين بأن التعليق بالشرط باطل. وأما إن كانت صحته مشروطة بقصد القربة، فحينئذٍ قد يقع الكلام في أنه إذا لم نتمكّن من تصحيح قصد القربة ولم يقصد القربة ولم تتحقق المعاملة المشروطة بقصد القربة، فهل تقع المعاملة الغير المشروطة[1] بقصد القربة إذا فرض اشتراك تينك المعاملتين في الجنس وافتراقهما بمجرد أنه يشترط قصد القربة في أحدهما دون الآخر أم لا يقع شيء منهما ويصير لغواً صرفاً.

وذلك كالوقف والهبة. فإن كلاهما تكونان عبارتين عن تمليك العين؛ غاية الأمر أنه يشترط قصد القربة في الوقف دون الهبة.

[معنى الوقف]

فإن قلت: إن الوقف ليس هو تمليك العين وإنما هو عبارة عن تحبيس العين وتسبيل المنفعة.

---

١) في الأصل: المشرطه.

قلت: إن تحبيس العين وتسبيل المنفعة يكون من أحكامه لا أن يكون أصل معناه ذلك.

أقول: لو سلّمنا كون الوقف عبارة عن تمليك العين، نقول: إن كلّ معاملة لابدّ من قصد عنوانها المختص به عند اجراء صيغة العقد ولو كان بلفظ مجاز، فحينئذٍ نقول:

لا إشكال في اختلاف عنوان الهبة / ٩٨٠ / والوقف، ولا إشكال أنه فيما نحن فيه كان العاقد قاصداً لعنوان الوقف، فلا وجه لأن تترتب عليه الهبة.

[الكلام في تصحيح قصد القربة]

وقد يقع الكلام في تصحيح قصد القربة هنا، ولابدّ في مقام النزاع من تمحّض الإشكال من جهة قصد القربة وأنها مانعة من شمول أدلة الفضولي وغيرها لما نحن فيه أم لا، فنقول: بعد تسليم أن أدلة الفضولي لا مانع من شمولها لجميع العقود والإيقاعات لو لم يكن فيها مانع خاصّ، وبعد تسليم أن الإيقاعات يمكن أن تكون معلّقة على الشرط، يقع النزاع في أنه يصحّ للمرتهن أن يعتق العبد المرهونة أم لا، لأجل عدم تمكّنه من قصد القربة. وذلك لأنه ليس هنا أمر متعلّق به حتىٰ يمتثله ويقصد القربة به.

أما الأمر النفسي فواضح؛ لأن إجراء الصيغة يكون مقدمة للعتق بعد الإجازة، وأما الأمر المقدمي فلأنه لم يتعلق الأمر بعدُ بذي المقدمة حتى يتعلق بالمقدمة مع أنّه لو قلنا بالواجب المعلّق أيضاً نقول: إن الواجب المعلق يصحّح قصد القربة بالأمر المقدمي للراهن، لا المرتهن.

[كلمات صاحب الجواهر في المقام والنقاش معه]

وقد يوجّه تصحيح قصد القربة هنا بوجوه:

الأول: أن نقول بسقوط قصد القربة في المقام كما في نظائره من العبادات المستأجرة عليها كما نسب هذا الوجه إلى النراقي في العبادات المستأجرة عليها.

وهذا أحد الوجهين اللذين ذكرهما صاحب الجواهر[1] حيث يقول: إن الأقوىٰ الجواز فيه أي عتق المرتهن عن الراهن مع الإجازة، بناءً على شمول دليل الفضولي / ٩٨١ / لمثل ذلك، وإن قلنا باعتبار نيّة القربة التي يكفي في إيجادها مشروعية الفضولي مثل التوكيل والتبرّع.

ومرجع الجميع إما إلى مشروعية إيجاد صورة الفعل العبادي عن الغير على وجه يسقط التكليف عنه، لا أنّ المراد توجّه أمر إلى الفاعل النائب بقصد امتثاله كما في الأصل؛ ضرورة عدمه في الوكيل ـ مثلاً ـ فضلاً عن غيره حتىٰ الإجارة التي يؤمر بأدائها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاء بالعقد لا أمر عبادة؛ انتهىٰ.

أقول: قوله «وإن قلنا باعتبار نية القربة التي يكفي في إيجادها مشروعية الفضولي» اه، المراد أنه على فرض تسليم اعتبار نية القربة أيضاً نقول: لا إشكال في شمول أدلة الفضولي له؛ لأن نفس أدلة الفضولي يكفي في إيجاد القربة، يعني أن أدلة الفضولي تكشف من وجود الأمر للفضول، فيقصد القربة بها كما هو مفاد الوجه الثاني من الوجهين اللذين يذكرهما في الجواهر كما سيأتي بيانه آنفاً في الوجه الثاني.

ومما ذكرنا ظهر فساد بعض ما توهم في عبارة الجواهر[2].

وأورد على هذا الوجه مضافاً إلى ما سنذكره عليه بعد ذلك ـ إن شاء الله ـ بأنه مخالف للضرورة حيث إنّه يدعي أن الضرورة قائمة على اشتراط قصد / ٩٨٢ / القربة في جميع العبادات مطلقاً من دون اختصاصها ببعض الموارد دون بعض.

الوجه الثاني ما ذكره في الجواهر أيضاً على سبيل الترديد بينه وبين ما ذكرناه

---

١) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٨.

٢) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٨.

عنه سابقاً حيث يقول: أو إلى أن الغير مأمور بإيقاع الصلاة عن الغير ولو ندباً على نحو أمر الولد بالقضاء عن والده، فتكون نية القربة فيه باعتبار كونه مأموراً بذلك، بل هو معنىٰ المشروعية تبرّعاً أو وكالةً، وجواز أخذ الأجرة عليه مع أنّه عبادة محضة للأخير كالنافلة للدليل الوارد في الحج وغيره.

ولعلّه باعتبار تضمّنه وصول منفعة للغير خصوصاً إسقاط ما في ذمّته.

وكأنّ هذا أقوىٰ من الأول، سيّما بعد معلومية كون صلاة النيابة وحجّ النيابةً صنف من العبادة، بل هي نوع مقابل للعبادة الأصلية؛ إنتهىٰ.

وملخص مرامه أنه يفهم من أدلة الوكالة والإجارة والتبرّع والفضولي أن الإنسان يكون تارة مأموراً بإتيان العبادات لنفسه وتارة يكون مأموراً بإتيان العبادات نيابة عن غيره. فإذا كان مأموراً بإتيان العبادات عن غيره، فيقصد القربة بهذا الأمر المتعلق على نفس النائب.

وأورد عليه بأن الإشكال في العبادات المستأجرة عليها من قبل الميت من جهتين:

الأولي: أنه لا أمر في البين يكون متعلقاً بالأجير.

الثانية: أن أخذ الأجرة ينافي مع قصد القربة، ولو فرض تعلق أمر به أيضاً؛ إذ الداعي إلى الفعل ليس هو الأمر المتعلق به، وإنما الداعي على الفعل هو أخذ الأجرة، والمفروض أن قصد القربة /٩٨٣/ ليس هو مجرد الإخطار بالبال حتى يقال: إنه يمكن أن يقصد على أيّ وجه يريده الأجير، بل هو عبارة عن الداعي. والداعي غالباً لا يمكن أن يصير غير أخذ الأجرة.

وأما الإشكال فيما نحن فيه من جهة واحدة، وهو أنه لم يكن هنا أمر متعلق بالفضول حتى يقصد القربة به بامتثاله.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن أدلة الإجارة تصحّح عبادات المستأجرة عليها من حيث الإشكال الأول الوارد عليها إما بأن يقال من أنها تدلّ بدلالة الإقتضاء على

وجود أمر متعلق بالعبادات النيابية كما ذكره صاحب الجواهر.

وإما بالوجه الذي ذكره فخر المحققين كما ستأتي الإشارة إليه ـ إن شاء الله ـ.

وإما بالوجه الذي ذكره الشيخ من أنه بسبب الإجازة يصير الأجير نفس المنوب عنه، فكان للمنوب عنه جسمان: أحدهما جسم الأجير والنائب.

فجميع الأوامر المتعلقة بالمنوب عنه يتعلق بالنائب، فيقصد النائب القربة لنفسه؛ لأن نفسه نفس المنوب عنه ويكون الأمر متعلقاً به.

وإما بالوجوه الأُخَر التي ليس محلّ ذكرها هنا.

وبعض هذه الوجوه يصحّح عبادات المستأجرة عليها من حيث الإشكال الثاني أيضاً.

وتفصيل ذلك موكول إلى محلّه.

وأما أدلة التبرع فيصحّح عبادة المتبرّع عليها في كلّ مورد ثبت التبرع فيه باعتبار أنه يستكشف منها أمراً منجّزاً متعلقاً بتلك العبادة كالصدقة في المال المجهول المالك، ويقصد القربة لنفسه حيث إنّها صدقة صحيحة بإذن الشارع، فيصير بنفسه عبادة، فيقصد القربة به، وكالصلاة عن الميت تبرّعاً أو الحجّ عنها تبرّعاً.

[حصيلة الكلام] في قصد القربة:

/ ٩٨٤ / وأما أدلة الإذن والوكالة، فتصحّح إيقاع المعاملات عن الغير حيث إنّه يستكشف منها أن التمليك أو غير التمليك من المعاملات لابدّ أن تكون إما صادرة عن نفس المالك أو عمّن وكّله أو أذن له. فإذا كانت المعاملة من العبادات كالوقف، فحينئذٍ نقول: إن وقف المأذون وقف صحيح، فيكون عبادة، فإذا كان عبادة فيقصد القربة عن نفسه.

ويلزم على هذا أن يكون الوقف من النائب. وأما المنوب عنه أعان على ذلك حيث أذن، فيصر إذنه داخلاً في عنوان الإعانة على البرّ.

وأما مسألتنا وهو وقف المرتهن أو عتقه للراهن فلا تأتي أدلة الإجارة والوكالة والتبرّع والإذن لإثبات أمر متعلق به.

وأما أن أدلة الفضولي هل تدلّ على ثبوت أمر متعلق بالفضول حتى يقصد القربة به، فيصير وقفه صحيحاً أم لا، فسيأتي الكلام فيه.

الوجه الثالث أن نقول: إن القربة هنا نظير القربة في العبادات الإحتياطية لاحتمال وجود الأمر النفسي أو المقدمي وانطباق العمل معه.

وبيانه أنه من ابتداء الأمر لم يكن الأمر بالوقف أو العتق متعلقاً بالمرتهن؛ لأن المفروض أنه ليس الرهن ملكه، ولا بالراهن لتعلق حقّ الغير بماله، إلّا أنه لو وقف أو أعتق المرتهن فأجاز الراهن فإما أن نقول بكون الإجازة كاشفة أوناقلة.

فإن قلنا بكون الإجازة كاشفة، فيكشف من تعلق أمر نفسي بالراهن حين صدور العقد من المرتهن، فينطبق عمله مع الأمر النفسي المتعلق بالراهن، وإن / ٩٨٥ / قلنا بكون الإجازة ناقلة فيكون الأمر النفسي متعلقاً بالراهن حين الإجازة.

فبناءً على ثبوت الواجب التعليقي وأن هذا منه، يكون الأمر بالعتق حين الإجازة أمراً بمقدماته، ومن المقدمات إيجاد العقد من أول الأمر فضولةً، فيتعلق الأمر المقدمي بالراهن بإيجاد العقد فضولة، فينطبق عقد المرتهن مع هذا الأمر المقدمي المتعلق بالراهن.

أقول: هذا الوجه ليس فيه مقدمة صحيحة حتى نعدّ أباطيله! وسيوضح ـ إن شاء الله ـ أن هذا الوجه يمكن تصحيحه ببيان آخر.

[الإعانة على البرّ]

وأما الوجه الرابع أن صدور العقد فضولة يكون إعانة على البرّ، والإعانة على البرّ يكون مأموراً بها.

وأورد عليه بأنه ليس هنا برٌّ حتى يكون هذا إعانة عليه مع أنّه لا تصدق

الإعانة على البرّ في جعل مال الغير وقفاً، هذا أولاً.

وثانياً أن قصد العنوان في جميع العبادات معتبر. وهنا لابدّ أن يقصد عنوان المعاونة مع أنّه لابدّ أن يقصد في الوقف عنوان الوقف مثلاً.

أقول: أما صدق المعاونة على البرّ فلا إشكال فيه حيث إنّ الإعانة عبارة عن إيجاد مقدمات المعانة عليه، سواء حصل أم لم يحصل. فعدم حصول أصل العتق والبرّ لا يصير سبباً لعدم صدق المعاونة على إيجاد مقدماتهما كما لا يخفىٰ.

نعم، في بعض الموارد يعلم الفضول أن المالك لا يجيز، فهنا يكون صدور العقد منه لغواً، وهو مطلب آخر.

وأما اشتراط قصد العنوان فهو مسلّم إلّا أنه موجود فيما نحن فيه؛ لأن المعاونة لا تحصل إلّا بأن يقصد / ٩٨٦ / عنوان الوقف، فلابدّ له من قصد عنوان الوقف، ثمّ يقصد إتيان عنوان الوقف بعنوان الإعانة. ولا منافاة بينهما.

ولا يلزم أن يكون الداعي على العبادة هو الأمر المتعلق به بعنوانه، بل يكفي أن يكون الداعي هو الأمر المتعلق بالعبادة بأيّ عنوان كان.

ولذا نقول: إنه لو أمر الوالد بالصلاة فأتى الولد بها بداعي أمر الوالد يكون صحيحاً؛ لأن الذي يكون لازماً في العبادة هو قصد عنوان العبادة، وكون الداعي له هو أمر الله تعالى؛ أما قصد العنوان فموجود حيث إنّ الوالد أيضاً يأمر بالصلاة لا بشيء آخر، وأما كون الداعي هو أمر الله تعالى أيضاً يكون موجوداً حيث إنّه يأتي بالعمل لأمر الله تعالى بإطاعة الوالدين، وإتيان الصلاة إنما يصير داخلاً في موضوع وجوب إطاعة الوالدين إذا أمر بها الوالدان.

وتحقيق المقام يعلم مما ذكرنا في الواجب التعبدي والتوصلي حيث ذكرنا هناك أنه لا مجال إلّا أن يكون الداعي هو هذا الأمر المتعلق بالعنوان الثانوي.

الوجه الرابع: ما نسب إلى فخر المحققين حيث حكي عنه أنه قال في الإيضاح[1]

---

١) إيضاح الفوائد ٢/٢٥٧.

بما مفادّه: إن القربة لا تقع من الأجير لأن الفعل الواحد لا تكون له غايتان متنافيان؛ إذ غاية الصلاة التقرب والإخلاص خاصة، وغاية العبادة في الفرض حصول الأجرة؛ انتهىٰ.

وقال الأستاذ ـ سلّمه الله ـ في بيان مراده.

أن النائب كما يجعل نفس الفعل عن الميت يجعل القربة أيضاً له.

/ ٩٨٧ / وأورد على هذا الوجه أيضاً أنه ليس فيما نحن فيه دليل على النيابة حتى نقول بذلك.

نعم، كلّ مورد ثبتت النيابة، فلابدّ إما أن نقول بهذا الوجه أو بما ذكره الشيخ أو بالوجه الثاني.

أقول: أو نوجّه توجيهاً آخر. وأما إثبات النيابة بها فلابدّ أن نقول بوجود الأمر في البين بإحدى هذه الوجوه.

[توقف قصد القربة على الأمر بأدلة الفضولي]

الوجه الخامس أن نثبت الأمر هنا بأدلة الفضولي.

وتوضيح ذلك أن نقول: إن إطلاق أدلة الفضولي يشمل جميع العقود والإيقاعات، ومنها العقود والإيقاعات التي يشترط قصد القربة فيها. فحينئذٍ نقول: إن قصد القربة يتوقف على وجود أمر متعلق بهذا الفضول حتى يمكن له قصد القربة به والأمر الذي نحتاج إليه في تحقق قصد القربة لابدّ أن يكون على أحد الوجهين:

الأول: أن يكون الأمر بنفس العتق والوقف مثلاً، بناءً على القول بكون الإجازة كاشفة.

الثاني: أن يكون الأمر متعلقاً بإيجاد صيغة العقد، بناءً على القول بكون الإجازة ناقلة. وكذلك بناءً على القول بالكشف الحكمي.

وإذا ثبت أن قصد القربة يتوقف على وجود أمر على أحد الوجهين والمفروض أنه ليس هنا أمر في البين يكون متعلقاً بالفضول مع أن إطلاق أدلة الفضولي يكون شاملاً لها، فحينئذٍ لابدّ لنا من الإلتزام بواحدٍ من الأمور الثلاثة:

الأول: أن نمنع شمول إطلاق الفضولي لما نحن فيه. وهو باطل؛ لأن المفروض شموله له.

الثاني: أن نقول بسقوط قصد القربة هنا. وقد عرفت أن ذلك / ٩٨٨ / مخالف للإجماع والضرورة وإن التزم به صاحب الجواهر كما تقدم الكلام فيه.

الثالث: أن نلتزم بوجود أمر من الشارع متعلق بالفضول على أحد الوجهين اللذَين ذكرناهما قُبيل ذلك. ولما بطل الأمران الأولان فلابدّ أن نلتزم بالأمر الثالث ونقول بوجود أمر من الشارع متعلق بالفضول على أحد الوجهين السابقين. وهو المطلوب.

وأورد عليه بأن أدلة الفضولي إنما يشمل العقود والإيقاعات بعد تحقق تمام شرائط الصحة فيها؛ مثلاً لو شككنا في صحة العقد بالفارسي فلا يدلّ إطلاق أدلة الفضولي على صحة العقد بالفارسي*، بل حين اجتماع جميع شرايط الصحة في العقد الّا جهة اشتراط صدوره من المالك تدلّ أدلة الفضولي على أن صدوره من الفضول يكون مثل صدوره عن المالك.

وعلى هذا نقول: إن شمول أدلة الفضولي للوقف الصادر عن غير المالك يتوقف على كون الوقف بنفسه مجتمعاً لجميع شرايط الصحة مع قطع النظر عن أدلة الفضولي. فإذا أريد أن يثبت شرايط صحة العقد بنفس أدلة الفضولي يلزم الدور.

نعم، لو دلّ دليل خاصّ على صحة الفضولي في العتق مثلاً، فحينئذٍ لابدّ لنا من الإلتزام بأحد الأمرين: إما من رفع اليد من إطلاق ما دلّ على شرطية قصد القربة لو

---

*) *فرق بين اشتراط العربية في الصيغة واشتراط قصد القربة حيث إنّه يمكن تصحيح الثاني بنفس الإجازة دون الأول كما أشرنا إليه في آخر المسألة. (منه قدس سره).*

كان له إطلاق، وإما من رفع اليد من أصالة عدم أمر جديد متعلق بالفضول؛ فيدور الأمر بين رفع اليد من أصالة / ٩٨٩ / الإطلاق* التي هي من الأصول اللفظية أو رفع اليد من أصل العدم.

والقاعدة في ذلك أنه لابدّ أن ترفع اليد من أصل العدم؛ لأن الأصل اللفظي يكون حاكماً على جميع الأصول العدمية التي في قباله.

أقول: بل وارد عليه حيث إنّ الأصول العدمية تكون من باب عدم البيان، والأصل اللفظي بنفسه بيان. والدليل الخاصّ الذي يدلّ على صحة الفضولي هنا يكون مثل الدليل الخاصّ الذي دلّ على صحة الفضولي بالفارسي. فإنه بنفسه يصير دليلاً على عدم اشتراط كون الصيغة عربية هنا لو أثبتنا اشتراط العربية في الصيغة.

إن قلت: فعلى هذا لا يمكن أن نتمسك بإطلاق أدلة الوكالة والتبرّع والإذن وأمثال ذلك لإثبات صحة الوقف والعتق وأمثال ذلك من الوكيل والمأذون والمتبرّع بعين ما ذكره في الفضولي. وذلك لشمول هذه الأدلة لهذه العبادات بعد استكمال الشرايط، فلا يجوز إثبات الشرايط بها لأنه مستلزم للدور.

في النيابة عن الميت

قد يجاب عن ذلك بأنا نقتصر على موارد دلّ الدليل بالخصوص على ثبوت الوكالة أو التبرّع والإذن فيه. مثلاً ثبت التبرّع عن الميت في العبادات وثبت جواز التصدق في المجهول المالك متبرّعاً وثبتت الوكالة في بعض الموارد بالإجماع وكذا الإذن.

أقول: وهذا الجواب لا إشكال فيه، بل يمكن التعدي أيضاً من باب أنه ليس فرق بين الموارد كما ليس ببعيد ادعاء ذلك.

---

*) *أو العموم. (منه قدس سره).*

وقد يجاب بأنه بعد ثبوت الوكالة أو الإذن يتوجه تمام / ٩٩٠ / الأوامر المتعلقة بالمنوب عنه على النائب فيقصد القربة بها وهذا بخلاف الفضولي؛ فإنه لا وجه لتعلق الأوامر المتعلقة بالمالك به؛ فتأمل.

ثمّ بعد ثبوت النيابة في العبادات بل في جميع المعاملات يأتي النائب بذلك العمل من دون أن يقصد النيابة عن المنوب عنه، فيقول: «بعت هذا بهذا»، ولا يشترط أن يقول «عن قبل موكلّي ـ مثلاً ـ بعت هذا بهذا» إلّا في العبادات التي تعلق المنوب عنه أن يأتي بها ببدنه أو بالتسبب، يعني ببدن الغير، فإنه يشترط قصد النيابة هنا.

أقول: ومن هنا ظهر وجه بطلان ما يقوله الشيخ في النيابة عن الميت حيث يدّعي أن الإجارة مثلاً يجعل النائب مقام الميت فتتوجّه الأوامر التي كانت متعلقة على الميت به، فحينئذٍ لابدّ أن يقصد الصلاة عن نفسه لأن نفسه نفس الميت مع أن الظاهر أنه مسلّم عند العلماء أنه لابدّ أن يقصد النيابة عن الميّت؛ فافهم.

[فروع]

ثمّ إنه مما ذكرنا من عدم إثبات أدلة الفضولي أمراً من الله متعلقاً بالفضول ظهر أمور:

[دفع زكاة الفطرة فضولاً]

منها: أنه لو دفع زكاة الفطرة شخص عن شخص آخر فضولة في أول صبح العيد، فهنا لا تثمر الإجازة من المالك في صيرورة ذلك زكاة عنه؛ لأن أدلة الفضولي لا تثبت العبادية والقربة، والتبرّع فيها غير ثابتة.

إن قلت: إن دفع الزكاة ليس من المعاملات حتى يمكن التمسك بأدلة الفضولي له / ٩٩١ / ليصير من فروع مسألتنا.

قلت: هو أيضاً من العقود حيث يتوقف على إعطاءٍ وقبول.

أقول: هذا مشكل؛ فافهم.

وكذا الفرع الثاني يكون صيرورته فرعاً لمسألتنا مبتنياً على هذا، وهو أنه لو قلنا بأن سهم الإمام في حال الغيبة يكون مال السادات؛ غاية الأمر أنه يشترط فيه إذن المجتهد تعبداً، فحينئذٍ نقول: لو دفع إلى السادات بدون إذن المجتهد فلا محظور فيه.

أقول: ولعلّ وجه ذلك أنه على هذا لابدّ أن نقول بتعدد الأمر: أحدهما بدفع الخمس، والثاني أن يأذن من المجتهد، وإلّا فلو قلنا بالأمر المقيّد فيشكل ذلك.

وليس هنا مجال تفصيل ذلك.

وأما لو قلنا بأن سهم الإمام مال المجتهد ويجب على المجتهد أن يعطي إلى السادات، فحينئذٍ يكون الإعطاء إلى السادات بدون إذن المجتهد فضولياً. فيكون باطلاً لعدم أمر في البين كما تقدم وجهه.

[قصد القربة في الإجازة]

هذا كلّه في أنه يمكن قصد القربة للمرتهن في نفس العتق والوقف وأشباههما أم لا. وأمّا قصد القربة في الإجازة فهل يثمر لصحة العقد أم لا؟ ـ بناءً على القول بعدم إمكان قصد القربة في العقد ـ فيتوقف على ما سنذكره، وهو أن الشرائط لصحة العقد مختلفة فبعض منها شرط للصيغة ككونها عربية وأمثال ذلك، وبعض منها شرط للمعنى، وهو التمليك أو التحرير أو غيرهما من معاني / ٩٩٢ / العقود.

فإن قلنا: إن القربة شرط للصيغة فلا يثمر قصد القربة في الإجازة لصيرورة العقد صحيحاً.

وأما لو قلنا بأنها شرط للمعنى فحينئذٍ يثمر، وذلك لأن التمليك أو التحرير إنما يحصلان من المالك بالإجازة والمفروض أنه كان مقروناً بقصد القربة.

ويشابه لما ذكرنا في الجملة ما ذكروه في شرط النتيجة. فإن شرط النتيجة في كلّ مورد قلنا بصحة شرط النتيجة في ضمن العقد كما لو شرط كون الشيء رهناً أو بيعاً أو أمثالهما لما لا يكون هنا صيغة الرهن أو البيع، فلا يلزم أن يكون واجداً لشرايط صحة صيغة الرهن أو البيع مثلاً، ولكن لمّا يكون معنى البيع والرهن موجوداً فلابدّ من وجود كل ما يكون شرطاً لمعنى البيع والرهن.

ثمّ إنه لو بنينا فيما نحن فيه على أن قصد القربة من شرايط المعنىٰ وقلنا بصحة الوقف إذا قصد القربة في الإجازة، فنسب إلى الشيخ[1] أنه قال: إن الإجازة هنا لابدّ أن تكون كاشفة.

وأورد عليه أنه لا خصوصية للمقام حيث إنّ الشيخ يقول بعدم صحة الكشف الحقيقي مطلقاً، والكشف الحكمي يكون مثل النقل. وليس هنا خصوصية حتى نقول إنه لابدّ هنا من القول بالكشف الحكمي.

أقول: اللهمّ إلّا أن يكون مراد الشيخ أنه لا يجوز القول بالكشف / ٩٩٣ / الحقيقي هنا، وإن صحّحنا الكشف الحقيقي في سائر الموارد بأن قلنا إن الشرط لصحة العقد هو الرضاء التقديري، وهو حين العقد موجود، والإجازة بعد ذلك تكون كاشفةً عن وجود الشرط حين العقد كما يقوله الأستاد، أو صحّحنا الكشف الحقيقي بما قلنا سابقاً من أن العقد الذي يجب الوفاء به هو العقد الذي يكون مقيداً بأن تكون بعده الإجازة. فالإجازة تكشف من أن العقد كان هو العقد المقيد كما مرّ تحقيقه.

ووجه عدم جواز القول بالكشف الحقيقي في خصوص المقام أن صيغة الوقف مثلاً إذا صدر من الفضول يتوقف تنجّزه على تحقق شرطين: أحدهما رضاية المالك، والثاني حصول قصد القربة فيه.

والإجازة بناءً على كونها كاشفة إنما تكون كاشفة من رضاية المالك وتصحّح

---

١) كتاب المكاسب ١٦/٤.

الشرط الأول حيث إنّ كاشفيتها بالنسبة إليه لا بالنسبة إلى قصد القربة.

وقصد القربة لا شكّ أنه لم يكن سابقاً، وإنما حصل بالإجازة، والعقد إنما يصير منجّزاً بعد استكمال الشرايط فيه، فلابدّ أن يكون تنجّزه وحصول النقل به حين حصول قصد القربة.

وذلك كما لو باع مال الغير فضولاً ببيع السلمي فهنا أيضاً حصول النقل يتوقف على شرطين: أحدهما إجازة / ٩٩٤ / المالك، والثاني حصول القبض والإقباض. فلو كانت الإجازة حين حصول القبض فلا تكشف من حصول النقل حين إجراء الصيغة لما تقدم أن الإجازة إنما يحصّل أحد الشرطين بناءً على القول بالكشف.

وأما الشرط الثاني فلا شبهة أنه لم يكن موجوداً حين العقد.

نعم، فيما نحن فيه يمكن القول بالكشف بوجهٍ آخر، وذلك بأن نقول: إن المفروض أن الإجازة إنما تكشف من حصول الرضاء بالوقف حين صدور صيغة الوقف، والمفروض أن الرضاء المستكشف بالإجازة يكفي في كون العقد صحيحاً من أول الأمر. وإذا صار الوقف صحيحاً من أول الأمر فيجوز للفضول أن يقصد القربة به. وذلك لأنه حين إجراء صيغة الوقف يحتمل أن يجيزه المالك.

وعلى فرض تحقق الإجازة يكون المفروض أن الوقف يصير صحيحاً. وكلّ وقف صحيح يجوز فيه قصد القربة كما تقدم.

وستأتي الإشارة إليه ـ إن شاء الله ـ في بيان أن الإذن للوقف كيف يصير مصحّحاً لقصد القربة؛ غاية الأمر أنه تكون القربة هنا نظير القربة في العبادات الإحتياطية حيث إنّ إجازة المالك غير معلوم من أول الأمر؛ فافهم.

[هل الإجماع قائم في الإيقاعات كالعقود]

ثمّ هذا كلّه في العقود، وأما الإيقاعات ففيها إشكال آخر قد تقدم الكلام فيه من أن الإيقاعات غير قابلة للتعليق.

/ ٩٩٥ / وقد تقدم أن صاحب الجواهر يمنع وجود الإجماع على عدم جواز تعليق الإيقاعات على رفع المانع، وإنما الإجماع على عدم جواز تعليق الإيقاعات بوجود الشرط كالإجازة في الفضولي.

وعلى هذا، فيكون الإشكال فيما نحن فيه أشدّ حيث إنّ التوقف هنا على وجود الإجازة، وهو شرط إلّا أنه نقول: إنّ منع الإجماع على عدم جواز التعليق في الإيقاعات بالنسبة إلى رفع المانع إن كان لوجود الخلاف فيه، فالخلاف في الشرط أيضاً موجود، فليس إجماع في البين لا بالنسبة إلى وجود الشرط ولا بالنسبة إلى رفع المانع.

فعمدة الإشكال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات شيء واحد، وهو أنه لو بنينا على تعميم أدلة الفضولي بالنسبة إلى غير البيع نقول: إنه ليس فيها عموم بحيث يشمل ما نحن فيه، وتصير الإجازة[1] اللاحقة كالإذن السابق حتىٰ بالنسبة إلى إحراز الشرايط المتوقفة على وجود الإذن حين العقد، وهو قصد القربة.

وتوضيح ذلك بأن نقول: لا إشكال في أنه إذا أذن المالك في إجراء صيغة الوقف أو وكّله في ذلك أنه لا مانع في إمكان قصد القربة عند إجراء صيغة الوقف، وذلك لأن الوقف بعد الإذن أو الوكالة وقف صحيح وكلّ وقف صحيح، يجوز قصد القربة به؛ لأن الوقف الصحيح بنفسه عبادة وكلّ عبادة، يكون مأموراً بها.

وحينئذٍ يقصد الوكيل قصد القربة من نفسه، لا من الموكل؛ لأن / ٩٩٦ / الوكيل هو الواقف والموكّل معين على هذا البرّ حيث وكّل الوكيل في ذلك، فلا يشترط أن يقول: «وقفت عن قبل موكّلي»، بل يكفيه مجرد قوله: «وقفت»، وكذلك في جميع العقود والإيقاعات.

نعم، في العبادات النيابية[2] التي يكون على المكلّف أن يأتي بها ببدنه أو

---

١) في المخطوطة: إجازة.

٢) في المخطوطة: النيابتي.

بالتسبيب، فلابدّ من قصد النيابة كالصلاة الإستيجارية عن الميت أو الحجّ عن العاجز وأشباه ذلك، ويكون تحقق النيابة على إحدى الوجوه التي قد أشرنا إليها عند تصحيح قصد القربة في الوقف الفضولي وأشباهه إما بنوعٍ ذكره الشيخ أو بنوع ذكره الفخر أو بنوع ذكره صاحب الجواهر أو بنوع ذكرته.

[حكم الإذن اللاحق]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن المشهور ظاهراً يقولون بأن الإذن اللاحق الذي هو عبارة عن الإجازة ـ حكمه حكم الإذن السابق مطلقاً حتى أنها يحرز للشروط التي يتوقف على الإذن أيضاً نظير قصد القربة.

والدليل على ذلك هو أدلة الفضولي. ونحن نقول: إن هذه الكلية على فرض تسليم أن الفضولي يكون ثابتة في غير البيع أيضاً غير ثابتاً.

أقول: هذا خروج عن محلّ الكلام من أن الفرض إنما هو على أن يكون المانع من الصحة منحصراً في قصد القربة، وكان سائر الأمور غير مانعة.

وحينئذٍ فصُحِّح قصد القربة تارة باعتبار أن صيغة الوقف معاونة على البرّ كما تقدم الكلام فيه.

وتارة من أنه إذا فرض احتمال الإجازة فيصير الوقف محتمل الصحة /٩٩٧/.

والوقف الصحيح* عبادة، فمحتمل الصحة محتمل لأن يكون عبادة، فيجوز قصد القربة به كما في العبادات الإحتياطية.

ومما ذكرنا ظهر حال صورةٍ أعتَقَ العاقُد لنفسه لا عن المالك، وذلك لأن إعتاق العبد عن قبل نفسه إن كان بإذن المالك فصحيح؛ حيث إنّ العتق بإذن المالك صحيح، والعتق الصحيح عبادة؛ غاية الأمر أنه لابدّ أن نلتزم بأنه يدخل آناً ما في

---

*) *أوضحنا حال هذه المسائل التي ذكرناها هنا في آخر مسألة بيع الرهن في كتاب البيع. (منه قدس سره).*

ملكه، ثمّ يعتق لأجل قاعدة «لا عتق إلّا في ملك»[1].

وأما لو كان بدون إذن المالك فباطل جداً لعدم كونه فضولياً أيضاً؛ فافهم*.

أقول: هنا تأمل، وذلك لأن قوله عليه السلام «لا عتق إلّا في ملك» يصير مخصّصاً لما دلّ على أن العتق مطلقاً صحيح، ولا أقلّ من التعارض والتساقط.

إن قلت: إنه ورد النصّ أنه لو قال شخص لولي العبد «أعتق عبدك عنّي» فأعتق، يكون العتق صحيحاً. وهنا أيضاً لم يكن العبد ملكاً لهذا الشخص. فلابدّ لنا أن نلتزم بدخول العبد في ملك هذا الشخص في آنٍ، فكذلك فيما نحن فيه.

قلت: ليس بلازم لنا أن نقول في هذا الفرض بأن العبد يدخل في ملك هذا الشخص في آنٍ ما، وذلك لأن المعتق هنا هو المولىٰ، والمفروض أن العبد يكون ملكه، فلا ينافي مع قوله «لا عتق إلّا في ملك».

إن قلت: إن المفروض أنه يعتق عن هذا الشخص الذي قال: أعتق عبدك عنّي.

قلت: ذلك يكون نظير أن يؤدي زيد مثلاً الدينَ الذي تعلق بذمة عمرو، فهنا لا يلزم أن يصير ما يعطىٰ لأداء الدين أولاً مال عمروٍ فكذا / ٩٩٨ / فيما نحن فيه مع أن المؤدي هو المالك قطعاً. فهذا إما تبرّع أو نظير التبرّع لو قلنا إن التبرّع في المعين غير ثابته.

ونحن قد تعرّضنا تلك المسألة في بيع المعاطاة، فارجع إليها.

[هل يصير الوقف هبةً لو قلنا ببطلانه في المقام]

ثمّ إنك إذا عرفت حكم ما لو وقف الفضول ثم أجاز المالك من أنه صحيح أم

---

١) الكافي ١٧٩/٦، باب أنه لا عتق إلا بعد ملك، رواية الأولى في هذا الباب: «ولا عتق قبل ملك» والرواية الثانية: «لا عتق إلا بعد ملك».

*) *أقول: بعد ما قلت في المسألة السابقة هو العاقد فحينئذٍ ليس هذا فرض آخر فكيف يغير حكمه مع حكم الفرض السابق؛ فافهم. (منه قدس سره).*

باطل، فنقول: إنه لو بنينا على أن هذا الوقف باطل فيأتي هنا كلام آخر من أنه هل يقع هبة إذا كان واجداً لشرايط الهبة أم لا؟

قد يقال: إنه يقع هبة، وذلك لأن الفرق بين الوقف والهبة منحصر في خصوص الفصل في الإيجاب والسلب؛ يعني أنهما تكونان مشتركين في الجنس، لأن جنسهما التمليك؛ غاية الأمر أنه يكون فصل وجوديّ للوقف ـ وهو القربة ـ لم يكن هذا الوجودي في الهبة، وفصلها بهذا الأمر العدمي.

وعلى هذا إذا لم يوجد الفصل الوجودي فيقع ما كان فصله عدمياً، وهو الهبة.

إن قلت: إنه كان قاصداً للوقف، فكيف يصير هبة مع أن العقود تابعة للقصود؟

قلت: ليس هذا مضمون رواية حتىٰ نأخذ بإطلاقها، بل نقول في بعض الموارد من أن العقود تابعة للقصود لأجل بعض الأمور التي ليست فيما نحن فيه.

وأورد على هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن الوقف لابدّ أن يكون متعلقه كلّيّاً كالوقف على العلماء أو الفقراء بخلاف الهبة، فإنه لابدّ أن يكون جزئياً. ولا تجوز الهبة على الفقراء والعلماء وأمثالهما مما يكون كلياً.

الثاني: أنه لابدّ في الوقف من قصد التحبيس بحيث لا يصحّ البيع بدونه، بخلاف الهبة، وذلك يكشف من أنهما ماهيتان مختلفتان من حيث الجنس؛ فلا تغفل.

/ ٩٩٩ / وأجيب عن الأول بأن ما قلت من أن متعلق الهبة لابدّ أن يكون جزئياً فصحيح.

وأما ما قلت من أن متعلق الوقف لابدّ أن يكون كلياً، فهذا غير مسلّم لأن متعلق الوقف كما يكون كلياً كالوقف على الفقراء كذلك يكون جزئياً كالوقف على زيد؛ غاية الأمر أنه لمّا يكون التأبيد شرطاً في الوقف، فلابدّ أن ينضمّ إلى زيد الذي هو جزئي غيره كأن يقول «ثمّ أولاده من بعده» وأمثال ذلك.

وعلى هذا فإذا لم يقصد القربة ويصير هبة فيكون ذلك شرطاً فاسداً في ضمن

عقد الهبة، ويصير مثل أن يقول: «وهبت هذا بزيد ثمّ من بعده بأولاده». والشرط الفاسد في ضمن العقد الجائز كالهبة الغير المعوضة ليس بمفسد لأصل العقد كما أنه ليس بلازم الوفاء.

ويؤيد ما ذكرنا أنه لو وقف على زيد ولم يقل «ثمّ من بعده على أولاده» وأمثال ذلك بحيث يصير منقطع الآخر فبعض يقول بصحته وقفاً، وبعض يقول: إنه يصير تحبيساً، وبعض يقول: إنه باطل.

فإن القول بالصحة في هذا الفرض يؤيد عدم اشتراط أن يكون العقد كلياً، بل القول بصحته حبساً أيضاً يكون شاهداً / ١٠٠٠ / كما لا يخفىٰ.

أقول: وفيه أن ذلك ليس بشاهد لأن التحبيس بنفسه عقد يشترط أن لا يكون متعلقه كلياً وإن يكن منقطع الآخر. وهنا تَحَقَّقت شرائطه، فصار تحبيساً.

ومن أين يصير ذلك دليلاً على أن الوقف لا يشترط أن يكون متعلقه كلياً؟ فالإستشهاد لعدم اشتراط أن يكون متعلق الوقف كلياً بجواز الوقف على زيد، ثمّ من بعده بأولاده أولى. وذلك لأنه مسلّم صحّته، واشتراط أن يقول «ثمّ من بعده لأولاده» لا يخرجه عن الجزئية، بل ذلك يصير شاهداً على اشتراط التأبيد في الوقف. وذلك لا يضرّ بعدم اشتراط أن يكون المتعلق كلياً.

وأجيب عن الثاني بأن الوقف في مثل المسجد يقول المشهور ظاهراً: إنه تحرير، وعبارة عن فكّ الملكية على نحوٍ خاصّ. وأما في غيره كوقف شيء على العلماء أو على زيد، ثمّ لأولاده وأمثال ذلك يكون الوقف عبارة عن التمليك.

نعم، يكون التمليك مقيداً على أن يكون على وجه التحبيس، وعلى هذا نقول: إنه نسلّم أنه لابدّ من قصد التحبيس في الوقف إلّا أن التحبيس ليس جزء معنى الوقف ولا عينه / ١٠٠١ / لضرورة أن الوقف هنا تمليك.

ولا يمكن أن يكون التحبيس قيداً لمعنى التمليك، وذلك لما حقّقناه في محلّه من أن الإطلاق والتقييد إنما يكون متصوّراً في المعاني الكلية والمفاهيم الكلّية، لا

في الجزئيات الحقيقية التي هي مفاد المعاني الحرفية.

ولا إشكال أن الإنشاءات من المعاني الحرفية ويكون جزئياً حقيقياً، فليس قابلاً للتقييد.

وعلى هذا، فإذا قلنا إن عقد الوقف مثل قولك «وقفت» عبارة عن إنشاء التمليك، فكيف يمكن تقييد هذا التمليك الذي هو جزئي حقيقي؟ وإذا لم يمكن أن يكون التحبيس المأخوذ في الوقف قيداً للتمليك ـ وهو أصل معنى الوقف ـ فلابدّ أن نقول: إن التحبيس يكون شرطاً لصحة الوقف إلّا أن يكون أصل معناه التحبيس لا أن يكون التحبيس قيداً لمعناه.

وإذا كان شرطاً لصحته فنقول: إن الشرط في ضمن العقد يكون كالعقد المستقلّ؛ غاية الأمر أنه لابدّ في الوقف أن يقترن بين هذين العقدين.

وعلى هذا فإذا لم يقصد القربة في الوقف يصير هبة مقرونة بشرط فاسد، والشرط الفاسد في ضمن العقد الجائز كما لا يلزم الوفاء به، ليس مفسداً لأصل العقد أيضاً.

أقول: مع تسليم جميع المقدمات / ١٠٠٢ / نقول: إن لازم ما ذكرت أن يكون قولك «وقفت الدار للعلماء» مثلاً إنشائين وعقدين: إنشاء التمليك وإنشاء التحبيس، وهذا مخالف للوجدان مع أن مقتضىٰ عدم اشتراك لفظ الوقف أن يكون معناه هو التحبيس كما هو الظاهر من اللفظ؛ لأنه لو كان في وقف غير المسجد بمعنى التمليك وفي المسجد بمعنى التحرير، فيلزم الإشتراك مع أن دليل اعتبار الوقف قوله «**حبس الأصل وسبل الثمرة**»[1]. وهذا يقتضي أن يكون معناه هو التحبيس المؤبد، وإلّا لا يناسب التعبير عنه بلفظ «حبس» اه.

فإذا كان أصل معنى الوقف هو التحبيس، فيصير التمليك من لوازمه في بعض الموارد، لا أن يكون أصل معناه هو التمليك؛ **فافهم**.

---

١) عوالي اللئالي ٢/٢٦٠، باب الديون، ١٤.

[لو وطئ الراهن فأحبلها لا يبطل الرهن]

قال الماتن[١]: **فلو وطئ الراهن فأحبلها صار**[٢] **أمّ ولده، ولا يبطل الرهن. وهل تباع؟ قيل: لا..** إلى آخر كلامه.

[صور المسألة]

أقول: لا يخفىٰ أن هنا مسائل:

الأول: في الحكم التكليفي في أصل الوطي في صورة الإذن وعدمه. وقد تقدم ذلك مفصلاً.

الثاني: في صيرورة الأمة أمّ ولد. ولا إشكال فيه؛ لأن الفراش كما يتحقق بالنكاح يتحقق بملك اليمين.

لا يقال: إن هنا تعلق حق المرتهن بها، فيكون مثل أمة تكون ملكاً للغير كما هو كذلك بالنسبة إلى نفس التصرف حيث إنّه غير جائز له /١٠٠٣/ كما لا يجوز التصرف في ملك الغير.

لأنا نقول: لو لم يكن إطلاق لما دلّ على أن ملك اليمين موجب للفراش حتى شمل ما لو تعلق حق الغير بها، فيكفينا ما ادعوا من الإجماع وعدم الخلاف في أن الأمة أم ولد.

الثالث: أنه هل يبطل الرهن بصيرورة الأمة أم ولد أم لا وهنا أطلق المحقق[٣] (ره) أنه لا يبطل الرهن.

الرابع: في أنه يجوز بيعها أم لا؟ وهنا ينقل الخلاف.

ونحن نقول:

---

١) شرائع الإسلام ٢/٣٣٧.

٢) في المصدر: «صارت».

٣) شرائع الإسلام ٢/٣٣٧.

أما الثالث ـ وهو عدم بطلان الرهانة ـ فنسب إلى العلامة في التذكرة أنه قال: لا يبطل الرهنية عندنا.

وفي بعض النسخ: لا يبطل الرقية عندنا؛ فلا دخل له بما نحن فيه.

وبناءً على أن تكون النسخة هو الرهنية، فنقول: يصير هذا إجماعاً منقولاً في المسألة. وعلى هذا نقول: إن هذا الإجماع لو كان على عدم بطلان الرهنية سواء قلنا بجواز البيع أم لا، فهذا الإجماع لو كان محققاً يكون غير مثمر، فضلاً من أنه منقول.

وذلك لأن القائلين بجواز البيع يحتمل أن يكون قولهم بأن الرهن لا يبطل، مستنداً إلى ما اختاروه من جواز بيع أم الولد هنا. وحينئذٍ لا يمكن الحدس[1] بقول الإمام عليه السلام من مجرد ما يقوله بعض العلماء من أن الرهن لا يبطل مع أنهم قائلين بعدم جواز بيع أم الولد هنا.

أقول: بل قول هذا البعض أيضاً يحتمل أن يكون مستنده ما سيأتي من عدم المنافاة بين عدم جواز البيع مع بقاء الرهنية.

وأما لو فرض أن الإجماع يكون قائماً على عدم بطلان الرهانة في صورة نقول بعدم جواز / ١٠٠٤ / البيع، فحينئذٍ يصير حال هذا الإجماع كحال سائر الإجماعات المنقولة.

وإذا عرفت أنه ليس إجماع معتنىً به في البين، فنقول: لو دلّ الدليل على أن الرهنية تبطل، فنأخذ به ولا نبالي.

ومن هنا ظهر ما في كلام صاحب الجواهر[2] حيث قال: قد يقال بالبطلان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، اه.

وتوضيح ما يرد عليه أن القول بالبطلان على فرض تمامية الدليل على البطلان،

---

١) في الأصل: الحدث.

٢) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٩.

لا إشكال فيه حيث قد عرفت أنه ليس في البين إجماع يعارضه.

هذا، مع أن الدليل الذي ذكره صاحب الجواهر دليل عقليّ حيث يقول: إن جواز البيع ينافي مع الإستيثاق الذي هو معنى الرهانة.

وعلى فرض صحة هذا الدليل فنقول: إنه لابدّ من رفع اليد عن الإجماع لو كان إجماعٌ حيث إنّه لا يصير الشرع مخالفاً للعقل.

وعلى كلّ حال، لا إشكال في صحة بقاء الرهانة بناءً على فرض جواز بيع أم الولد هنا.

وأما بناءً على عدم جواز بيعها فأشكل في بقاء الرهانة من وجهين:

الأول: ما نسب إلى صاحب المهذب*. وهذا الإشكال مختص بصورة إذن المرتهن في أصل الوطي من ابتداء الأمر. والإشكال أن الإذن في الشيء إذن في كلّ ما يترتب عليه من اللوازم، ولو كان ترتب شيء عليه من باب الإتفاق؛ لأن الإذن في الشيء إذن بكلّ ما ترتب على المأذون بأيّ وجه كان.

وحينئذٍ يصير هذا داخلاً في مسألة الإذن بالمسقط.

وقد عرفت أن الإذن بالمسقط موجب لسقوط نفس الحق من حين الإذن كما احتمله العلامة أو حين /١٠٠٥/ تحقق نفس المسقط كما قاله صاحب الجواهر هناك.

نعم، كان الكلام سابقاً فيما لو أذن في نفس المسقط كما لو أذن في البيع، وفيما نحن فيه يكون الإذن في شيء قد يترتب عليه المسقط. ولا فرق بينهما لأن الإ[ذ]ن في شيء إذن بكلّ ما يترتب على ذلك الشيء ولو إتفاقاً.

الثاني: ما ذكره في الجواهر[1] أن من مقومات الرهن كونه مما يباع حتى يتمّ الإستيثاق به. والظاهر أن هذا شرط في الإبتداء والإستدامة بحيث كلما انتفى هذا

---

*) *صميري أبو العباس. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٢٥/٢٠٩.

الشرط يبطل الرهن كما فيما نحن فيه، حيث إنّ المفروض أن صيرورة الأمة أم ولد مانع عن جواز بيعها. وهذا الإشكال أعمّ من صورة الإذن في الوطي وعدمه.

وأجيب عن هذا الإشكال من وجوه:

الأول: ما نسب إلى الشيخ أنه قال: إن جواز البيع عند الأجل شرط للصيغة لا للمعنى، فلا يشترط تحقق هذا الشرط إلّا عند إجراء الصيغة.

وفيه: أن الشرايط التي اعتبر تحققها عند إجراء صيغة العقد ولا يصحّ العقد بدونها من دون مدخلية لتلك الشرايط لأصل المعنىٰ أمور:

منها: ما يكون شرطاً للفظ كالموالات وكونها عربية وأشباه ذلك. وهذا واضح أن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، حيث إنّه لا دخل لجواز البيع عند الأجل بألفاظ الصيغة.

ومنها: ما يكون شرطاً للعاقد ككونه بالغاً وعاقلاً غير محجور عليه وما نحن فيه ليس من هذا القبيل أيضاً.

ومنها: ما يكون شرطاً لما تعلق العقد به كالعين المرهونة فيما نحن فيه إذا تباع عند الأجل وأشباه ذلك، فهنا ينظر؛ فإن / ١٠٠٦ / كان ما اشترط وجودها في العين مثلاً لصحة الصيغة مما يكون قوام المعنى به كاشتراط كون العين مما يباع عند الأجل فإن الإستيثاق لا يتحقق بدونه، فهنا لا وجه لأن يكون ذلك شرطاً لكون الصيغة صحيحاً فقط؛ بل اشتراط وجودها في كون الصيغة صحيحاً من باب أنه من مقومات أصل المعنى، فلابدّ من بقاء هذا الشرط ببقاء معنى العقد أعني الرهانة.

الثاني: ما نسب إلى بعض الأجلّاء* أنه يشترط أن يكون بيع الرهن عند الحاجة جائزاً. ولا ينافي عدمه بضياع ونسيان ونحوهما.

والظاهر أن مراده أنه يكفي في صحة الرهن كونه مما يجوز بيعه عند الأجل ذاتاً، ولا ينافي ذلك عدم جواز البيع من باب بعض العوارض مثلاً العبد والأمة مما

---

*) *الشيخ محمد حسن يس. (منه قدس سره).*

يجوز بيعهم ذاتاً.

وربما يعرض في البين أمور يمنع من جواز بيعهما كما لو جنى العبد أو صارت الأمة أمّ ولد.

وأورد عليه بأن الظاهر منه أنه لو بقي الولد بعد الأجل أيضاً لا يبطل الرهن لمجرد أنها كانت مما يجوز بيعها ذاتاً.

وفيه: أنك قد عرفت أن معنى الإستيثاق والرهنية لا يتحقق إلّا بأن يكون بيعها جائزاً. وليس هنا دليل لفظي دلّ على ذلك حتى نقول إنه منصرف إلى صورة يكون بيعها جائزاً ذاتاً؛ بل الدليل على اعتبار هذا الشرط توقف أصل المعنى عليه، أعني الإستيثاق، /١٠٠٧/ وهو يتوقف على أن يكون البيع جائزاً فعلاً.

الثالث: ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله تعالىٰ ـ، وهو أنك قد عرفت أن معنى الرهنية لا يتحقق إلّا بأن يكون بيعها جائزاً عند الأجل. وعلى هذا فلا معنىٰ لأن تبقى الرهنية مع عدم كون بيعها جائزاً عند الأجل في الواقع.

وكذلك في كلّ شرط يكون مقوِّماً لأصل معنى العقد في أيّ مقام كان، ولكن لا يشترط إحراز تحقق الشرط في الواقع إلّا عند العقد حيث إنّه لو لم يعلم هذا المعنىٰ عند إجراء صيغة العقد يصير العقد سفهياً.

وعلى هذا لو لم يعلم جواز البيع عند الأجل عند إجراء الصيغة يكون العقد سفهياً، فيكون باطلاً كما في بيع العبد الجاني. وكذلك يكون العقد باطلاً لو فرض أنه لم يكن الشرط في الواقع موجوداً.

وأما لو كان الشرط بعد العلم بوجوده عند إجراء الصيغة موجوداً في الواقع؛ غاية الأمر أنه يكون وجوده مشكوكاً لنا، فحينئذٍ يكون الرهن في الواقع صحيحاً. وأما في مقام الظاهر يكون محكوماً بالبطلان.

وذلك لأن مقتضىٰ استصحاب بقاء الولد إلى بعد الأجل يكون من آثاره الشرعية هو بطلان الرهانة، فيكون العقد صحيحاً واقعاً في صورة عدم بقاء الولد وإن كان

محكوماً بالفساد ظاهراً.

ولعلّ هذا مراد صاحب المسالك[١] حيث يقول: لا تخرج به عنه وإن منعنا من بيعها لإمكان موت الولد، فإنه مانع. فإذا زال عمل السبب السابق عمله؛ انتهىٰ.

فإنه على فرض بقاء الولد يحكم بالبطلان، فيدور الأمر مدار بقاء الولد أو عدم بقائه /١٠٠٨/ في الواقع.

وهذا هو بعينه ما ذكرناه.

وما ذكرنا ليس في الحقيقة إيراداً على صاحب الجواهر؛ لأنه أيضاً معترف بأن الحكم بفساد الرهانة إنما يكون حكماً ظاهرياً كما يظهر ذلك منه في آخر كلامه حيث يجري استصحاب بقاء الولد للحكم الظاهري بالفساد كما ذكرناه قُبيل ذلك؛ بل بهذا الوجه نتحاكم بين صاحب الجواهر مع ما ذكره الشيخ وبعض الأجلّاء.

أما ما ذكره الشيخ من أنه شرط للصيغة، لا للمعنى، فمراده أن صحة العقد تتوقف على إحراز هذا الشرط عند العقد، وأما صحة الرهن في الواقع لا تتوقف على كون هذا الشرط محرزاً في تمام المدّة. وقد عرفت أن صاحب الجواهر[٢] ليس منكراً لذلك.

وأما ما ذكره بعض الأجلّاء من أن الشرط كونه مما يباع ذاتاً ولا ينافي ذلك مع عدم جواز البيع لأجل بعض العوارض، فمراده ليس صورة يكون المانع من جواز البيع باقياً إلى بعد الأجل، فيتحد مع كلام صاحب الجواهر، كما لا يخفىٰ.

[بقاء الرهنية ولو لم يكن بيع أم الولد جائزاً على رأي جامع المقاسد]

ثمّ إن هنا كلاماً من جامع المقاصد يدلّ على بقاء الرهنية ولو لم يكن بيع أمّ الولد جائزاً.

---

١) مسالك الأفهام ٥٠/٤.

٢) انظر جواهر الكلام ٢٠٩/٢٥.

أما في خصوص صورة لم يكن مأذوناً في الوطي أو مطلقاً باعتبار أن أثر الرهانة لا يلزم أن يكون هو خصوص جواز البيع عند الأجل، بل الأثر هنا هو أخذ القيمة، فلو تمّ كلام جامع المقاصد فيصير في الجملة جواباً عن كلام صاحب الجواهر أيضاً مع أنّه يُعلم في ضمنه حكم أن إتلاف الرهن من الراهن هل يكون موجباً للضمان أم لا؟

وكلام جامع المقاصد[1] هو أنه قال: إن الرهن بعد تمامه ولزومه إنما يبطل بمنافيه. والإحبال وإن وقع بالإذن غير منافٍ وإن صارت أم ولد؛ إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً / ١٠٠٩ / على الإستيلاد، إما مطلقاً أو مع الإعتبار، ومع الإيسار يجب بذل القيمة لتكون رهناً. وذلك أثر بقاء الرهانة لا محالة، فلا منافاة حينئذٍ؛ إنتهى.

ثمّ تفطن أنه لا وجه لأخذ القيمة من الراهن وجعله رهناً، فأجاب هو (ره) عمّا قاله أولاً بقوله (ره): إن الرهانة ـ إن بقيت ـ فهي متعلقة بالعين، فلا تعلق لها بالقيمة.

وأجيب عن هذا من وجوه:

[الجواب عن جامع المقاصد]

الأول: ما قاله في الجواهر[2] من أنا نلتزم بالثاني يعني أن الرهن ليس باقياً، ومع ذلك يتعلق الرهن بالقيمة؛ لأن الراهن صار سبباً في إتلاف حق المرتهن، فيشمله عموم «من أتلف»[3] اه، ونقول بتعلق الرهن بالقيمة حتى في صورة أذن له بالوطي؛ لأن الوطي لم يستلزم الإحبال. فالإذن فيه ليس إذناً بالإتلاف حتى

---

١) جامع المقاصد ٨٠/٥.

٢) جواهر الكلام ٢٠٩/٢٥.

٣) مائة قاعدة فقهية: ٢٠.

يتوجه إليه عدم استحقاق القيمة رهناً بإذنه.

وأورد على هذا بأن ما قلت من أن الإذن في الوطي ليس إذناً في الإتلاف فنسلّم منك ولا نقول بما نقلناه عن الصميري سابقاً من أن الإذن في الوطي إذن بالمسقط؛ لأن هذا واضح أن الوطي ليس مسقطاً ولا ملازماً له، وإنما قد يترتب عليه المسقط.

إلّا أنه نقول: إن الإذن في الشيء يوجب رفع الإحترام عن كلّ ما يترتب إليه ولو إتفاقاً. مثلاً إذا أذن المالك للركوب على الدابّة فاتفق في حال الركوب أنه كسر رجل الدابّة، فحينئذٍ وإن أتلف الراكب مال المالك إلّا أن الإتلاف لمّا يوجب الضمان من باب قاعدة احترام مال الغير، فإذا كان الإتلاف بواسطة إذن المالك، فليس الإتلاف منافياً / ١٠١٠ / لقاعدة احترام مال الغير؛ لأن هنا أذهب المالك احترام ماله بواسطة إذنه لشيء قد يترتب على التلف.

الثاني: أن الراهن بواسطة إحباله للأمة صار حائلاً بين المرتهن ووثيقته، فلابدّ له من ضمان الحيلولة إلى رأس الأجل.

وأجيب عن ذلك بأن الإشكال الذي ذكرنا في الوجه الأول يكون وارداً على هذا الوجه مع إشكال آخر. أما الإشكال الذي ذكرنا في الوجه الأول فباعتبار أنه في صورة أذن في الوطي، قد قلنا بأنه لا يصير ضامناً حتى عند رأس الأجل، بل يصير الدين كلياً كساير الديون، فضلاً من أن يجب عليه ضمان الحيلولة من حين الإحبال إلى رأس الأجل.

وأما الإشكال الذي يرد على خصوص هذا الوجه هو أنه لو فرضنا كونه ضامناً أيضاً نقول: لا وجه لضمان الحيلولة هنا لأن الثابت من ضمان الحيلولة إنما هو في صورة تكون عين ذو منافع وصار شخص حائلاً بين ذلك العين ومالكه عن تقصير، فيوجب ذلك لتفويت منافع العين على مالكه، فهنا لابدّ له من ضمان الحيلولة.

وفيما نحن فيه لم يكن للمرتهن سلطنة على المنافع حتى يوجب الحيلولةُ بينه

وبين الرهن تفويتَ المنافع عليه. وذلك لأن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

الثالث: أن يعترف بأن الإذن في الشيء إذن فيما يترتب عليه ولو إتفاقاً إلّا أنه نقول: إن الإتلاف يوجب الضمان ولو كان عن الإذن، فلابدّ للراهن من بذل القيمة، وذلك لإطلاق « **من أتلف مال الغير فهو له ضامن** ».

وأجيب عن هذا بأن التجمّد بالرواية وإن يقتضى ذلك كما ذكرت / ١٠١١ / إلّا أنه قلنا في محله: إن هذه الرواية ليست بصدد حكم تعبديّ صرف، وإنما الحكم بالضمان لأجل احترام مال الغير. فإذا أذن المالك فهو صار سبباً لأن يذهب إحترام ماله.

ونظير قاعدة الإتلاف قاعدة اليد، فإنها أيضاً تكون لأجل احترام مال الغير، فلا يأتي شيء منهما في صورة كان إذن من المالك أو الشارع في البين وإن يتمسك كثيراً في الجواهر[1] بهاتين القاعدتين لصورة يكون الإذن هناك ثابتاً.

أقول: هنا محل التأمل.

الرابع: ما نسب إلى بعض الأجلّاء[2] من أن حق المرتهن إنما يتعلق بمالية العين المرهونة لا بعينه، وحينئذٍ فإذا ذهبت مالية العين المرهونة بواسطة نهي الشارع عن بيعها، فيتعلق حق المرتهن ببدلها؛ لأن مالية هذه العين لم تكن مقيدة بنفس هذه العين.

وأجيب عن ذلك بأنا نسلّم أن حق المرتهن يتعلق بمالية عين المرهونة إلّا أنه يتعلق بهذه المالية الخاصة. وحينئذٍ فانتقال هذه المالية إلى بدله إنما هو على فرض إثبات بدل له، ولم يكن هنا دليل على البدلية حتى تنتقل هذه المالية إليه.

الخامس: أن مقتضىٰ أدلة عدم جواز بيع أمهات الأولاد أن لا يجوز بيع عين

---

١) جواهر الكلام ٢٢٠/٣٣ و٧٦/١٦.

٢) آل يس.

المرهونة هنا، ومقتضىٰ الأدلّة الدالّة على أن للمرتهن أن يبيع العين المرهونة عند رأس الأجل بإذن الراهن أو الحاكم أن يجوز بيع أم الولد هنا، فمقتضىٰ /١٠١٢/ الجمع بينهما أن تؤخذ القيمة من الراهن ونقول بجواز بيع قيمتها.

وأورد على هذا الوجه بأن هذا نظير ديوان قاضي البلخ، وذلك لأن المراد من الجمع إما هو الجمع بين الخبرين أو الحقين. أما الجمع بين الخبرين إنما هو في صورة يكون الخبران شاملين لشيء، ونعلم أنه في الواقع داخل في أحدهما وخارج عن الآخر، ونريد من الجمع أن نعيّن أن هذا الشيء بمقتضىٰ قواعد الجمع الدلالي[1] من التخصيص وغيره داخل في أيّ واحد من الخبرين. وهذا واضح أن أخذ القيمة من الراهن ليس مدلولَ واحد من الخبرين.

وأما الجمع بين الحقين فنقول: إنه لو صار الراهن سبباً لإذهاب حق المرتهن فكان مقتضىٰ القاعدة أن يؤخذ بدله منه. فإنه لما كان الوطي بإذن المرتهن فكأنّ نفسه صار سبباً لإذهاب حقه كما تقدم.

ثمّ إن ما نقلنا عن جامع المقاصد[2] كان ظاهره أنه لا تؤخذ القيمة من الراهن سواء كان الوطي بإذن المرتهن أم لا.

في معارضة السبب والمباشر

وقد عرفت أنه أورد عليه بوجوه خمسة، ونحن أجبنا عن الجميع إلّا أن أجوبتنا كانت مختصة بصورة كان الوطي بإذن المرتهن. وأما لو لم يكن بإذن المرتهن فهنا يكون ضامنه بمقتضىٰ إطلاق قوله عليه السلام «من أتلف» اه، إلّا أنه قد يشكل في صدق الإتلاف هنا، فلابدّ لنا من بيان أن أيّ مورد يكون الضمان على موجد السبب؟ وأي مورد يكون الضمان على المباشر؟ حتى يوضح المطلب.

---

١) في المخطوطة: الدلالتي.

٢) جامع المقاصد ١٣١/٥.

فنقول: إن السبب في لسان الفقهاء يطلق على من أوجد مقدمة من مقدمات التلف أو القتل أو أمثالهما كحفر البئر في طريق المسلمين أو تأجيج النار أو إلقاء / ١٠١٣ / جلد بطيخ في الطريق وأمثال ذلك؛ خلافاً للأصوليين حيث إنّ السبب في لسانهم يطلق على خصوص المقتضي.

ثمّ إنه إذا أوجد شخص مقدمة من مقدمات التلف أو القتل كحفر البئر أو تأجيج النار، فحينئذٍ لو كان إيجاد السبب من غير عدوان شرعي ولا عرفي كمن حفر البئر في بيته مثلاً، فليس ضامناً لما يترتب عليه من الإتلاف أو القتل.

وأما لو كان عن عدوان شرعي كأن حفر البئر في مورد لم يكن مأذوناً شرعاً أو عدوان عرفي كأن حفر البئر في الطريق أو ألقى جلد البطيخ في الطريق، فحينئذٍ لو لم يتوسط بين فعله وبين التلف الذي يترتب على هذا السبب من [أن] يكون ضامناً فيكون موجد السبب هو الضامن لما يترتب على سببه الذي أوجده من التلف أو القتل. وذلك كما لو كان المباشر ضعيفاً.

وكون المباشر ضعيفاً يحصل:

إما بأن يكون المباشر مغروراً كما لو وضع شخص مال شخص آخر عند ثالث ويقول له «هذا مالي وأبحت لك أكله» فأكل، فهنا يكون المباشر ضعيفاً حيث كان مغروراً وإن كان المباشر آدميّاً. وحينئذٍ ليس الضمان على المباشر حيث إنّه كان مغروراً، ويكون الضمان على السبب يعني على من قال «هذا مالي وأبحت لك أكله».

وإما بأن يكون المباشر مما لا اختيار له كما لو حفر شخص بئراً وهبّت الريح فأوقع شخصاً في البئر، فهنا أيضاً يكون الضمان على موجد السبب أعني الحافر للبئر.

/ ١٠١٤ / وهذا بخلاف ما لو كان المباشر إنساناً غير مغرور كما لو أخذ زيد يد عمروٍ وأوقعه في البئر، فإن الضمان هنا يكون على المباشر، أعني زيداً، لكونه

أقوىٰ من السبب.

في تقديم السبب على المباشر

إذا عرفت ما تقدم فنقول: إن الراهن هنا أوجد مقدمة من مقدمات إتلاف حق المرتهن ـ وهو الوطي ـ ولكن يكون المباشر هو الله تعالىٰ حيث إنّه جعل النطفة علقة[1] وهكذا إلى أن أولج فيها الروح، ثمّ أولده، ثمّ أبقاه إلى ما بعد الأجل الذي كان بين المرتهن والراهن. ثمّ إنه تعالى أمر بعدم جواز بيع أمهات الأولاد. والمباشر هنا أقوىٰ، فلا يكون الضمان على موجد السبب.

إن قلت: إن ما فعله الله تعالىٰ وحكم عليه من النهي عن بيع أمهات الأولاد يكون نظير الأسباب القهرية كالريح مثلاً، فلا يوجب ذلك لرفع الضمان عن موجد السبب. والمعيار أنه إذا توسط بين السبب والتلف من يكون ضامناً فهنا يرفع الضمان عن موجد السبب بخلاف ما لو لم يتوسط من يكون كذلك كما في ما نحن فيه.

وذلك لأنه مسلّم عند الفقهاء أنه إذا أعطى زيد مثلاً دواءاً إلى عبد، فأكله وصار سبباً لأن يصير العبد مجذوماً فحينئذٍ ينعتق العبد على المولىٰ ويكون ضمان العبد على زيد، حيث إنّه أوجد مقدمة من مقدمات العتق عدواناً، وهو إعطاء الدواء إلى العبد مع أن هنا أيضاً يكون تأثير الدواء من الله.

وكذا الحكم بانعتاق المجذوم أيضاً من / ١٠١٥ / الله تعالىٰ شأنه.

قلت: نسلّم ذلك منك إلّا أنه نقول: إن الموجد للسبب تارة يوجد المقتضي لما يترتب عليه التلف، وتارة يوجد غير المقتضي كأن يوجد شرطه.

أما لو كان موجد السبب بمعنىٰ موجد المقتضي، فحينئذٍ قد اتفق الكلّ على أنه يكون ضامناً لو لم يصر المباشر أقوىٰ.

---

١) اشارة إلى الآية ١٤ من سورة المؤمنون.

وأما لو كان موجد السبب موجد الشرط للتلف، فكلمات الفقهاء هنا في موارده مختلفة:

ففي بعض موارده يحكمون بالضمان كما بالنسبة إلى حافر البئر في الطريق أو الملقي لجلد البطيخ في الطريق.

وفي بعض موارده لا يحكمون بالضمان. ولم يصل إلينا ميزان في ذلك، فنقول: إنه في كلّ مورد نشك يكون مقتضىٰ الأصل هو البراءة من الضمان؛ لأنه ليس في البين إطلاق نتمسك به.

أقول: لا يخفىٰ أنه لا فرق بين الوطي وإشراب الدواء للعبد في كونها مقتضياً، وذلك لأن المقتضي عبارة عما إذا وجد في محلّ قابل وضمّ إليه شرايط التأثير أثّر أثره. وعلى هذا نقول: إن المراد من موجد السبب ليس هو خالق السبب، بل المراد من يتكفّل لوضع السبب في محلّ يكون قابلاً لأن يؤثّر. والدواء في دكة العطار ليس مؤثراً، وإنما يؤثر إذا جاء في بطن إنسان. والمفروض أن هذا الشخص تصدىٰ لأن يجيء الدواء في بطن العبد، فيؤثر.

وعلى هذا نقول: إن ما نحن فيه أيضاً مثل ذلك وذلك. لأن المني / ١٠١٦ / نظير الدواء يكون مقتضياً لأن يصير ولداً، لكن إذا وضع في محل قابل، كأن وضع في رحم امرءة خالية عن الموانع، يكون حاله حال الدواء بعينه.

هذا، مع أنّه في نظير المسألة يحكم الفقهاء بالضمان كما لو جامع رجل مع امرءته، فساحقت المرءة مع بكرة وأدخل منيّ زوجها في فرج البكرة، فحملت البكرة من ذلك المني، ثمّ ذهبت البكارة عن البكرة حين وضع الحمل، فيقولون: إن المرءة هنا يكون ضامناً لبكارتها، وعليها مهر المثل. مع أن إدخال المني في فرج البكرة إن كان سبباً، فلابدّ أن يكون سبباً في جميع الموارد.

هذا، مع أنّه يمكن أن يقال: إن الإتلاف لحق الغير صادق فيما نحن فيه؛ فافهم.

[ملخّص الكلام في بقاء الرهنية]

فعلم ممّا ذكرنا إلى هنا في مقام بقاء الرهنية أمران:

أحدهما: أنه لو بقي الولد إلى مابعد الأجل فتبطل الرهنية، ولو مات قبله تكون الرهنية باقية بحالها.

هذا بالنسبة إلى الحكم الواقعي، وأما الحكم الفعلي فهو الفساد حتى يعلم موت الولد قبل الأجل.

وثانيهما: أنه لو كان الوطي بإذن المرتهن فحينئذٍ لا يكون ضامناً للقيمة، بل يصير دينه كلّياً كسائر الديون على فرض بقاء الولد.

وأما لو لم يكن الوطي بإذن المرتهن فقد عرفت أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ حكم بعدم كونه ضامناً للقيمة هنا، وعرفت أن التحقيق يقتضي خلاف ذلك.

هذا كلّه بناءً على عدم جواز بيع أمّ الولد هنا. وأما /١٠١٧/ لو قلنا بجواز البيع فلا إشكال في أن الرهنية تكون باقية ولا يحتاج أن ينتقل إلى القيمة.

في صحة بيع أمّ الولد

وأما المسألة الثالثة، وهي أنها هل يجوز بيع أمّ الولد هنا أم لا؟

فنقول: إن مقتضىٰ أدلة منع بيع أمهات الأولاد عدم جواز البيع، ومقتضىٰ الأدلة الدالّة أن للمرتهن أن يبيع الرهن عند الأجل بإذن الراهن، وعلى فرض عدم إذن الراهن فبإذن الحاكم، هو جواز البيع.

وما يقال في تقديم أحد الدليلين على الآخر من الإهمال في أحدهما وإطلاق الآخر أو كون أحدهما حاكماً على الآخر أو وارداً إلى غير ذلك فمحتمل هنا، بل كثير من الإحتمالات يكون لها قائل هنا أيضاً.

وتوضيح المقصود يتوقف على التكلم في جميع الوجوه على طريق الإجمال:

الأول: ادعاء الإهمال في أحدهما والإطلاق في الآخر.

وهذا الوجه لابدّ أن يلاحظ مقدماً على جميع الوجوه، وذلك لأنه إذا كان تعارض الدليلين ناشياً من جهة الإطلاق المدعىٰ في كلا الطرفين، فحينئذٍ لابد أن ينظر أولاً أنه هل الإطلاق لكلا الطرفين موجود حتى تكون المعارضة ثابتة أم لا.

فإنه إذا لم يكن الإطلاق موجوداً لشيء منهما، فلا تعارض، بل لابدّ من الرجوع إلى الأصول من باب عدم وجود دليل في المسألة.

وإذا كان الإطلاق ثابتاً لأحدهما دون الآخر فيكون ما له إطلاق دليلاً وما ليس له إطلاق فليس دليلاً حتىٰ يعارضه. وادّعاء الإهمال يحتاج إلى شاهد.

وذلك أمّا بناء على المشهور من أن المطلقات تكون موضوعة للإطلاق وأن / ١٠١٨ / الإطلاق يكون بمقتضىٰ الوضع، فواضح؛ لأن ادعاء الإهمال يرجع إلى ادعاء المجازية، ورفع اليد عن المعنى الحقيقي غير مقبول بدون الشاهد.

وأما بناءً على كون المطلقات موضوعة للطبيعة المهملة كما يقوله السلطان ومن تبعه، وأن الإطلاق لابدّ أن يثبت بمقدمات الحكمة، فحينئذٍ وإن يكن مقتضىٰ النظر البدوي أن لا يكون ادعاء الإهمال محتاجاً إلى شاهدٍ، بل يكون ادعاء الإطلاقية موقوفاً على شاهد حيث إنّ المقدمات لا تكون جارية إلّا بعد إثبات كون المتكلّم بصدد البيان إلّا أنه أثبتنا في محلّه أن الأصل أن يكون المتكلم بصدد البيان من كلّ جهة، فحينئذٍ يصير مقتضىٰ الأصل هو الإطلاق بالنسبة إلى الطبيعة بجميع شراشرها.

وقد تعرضنا لهذه المسألة في الجملة في قاعدة الفراغ.

[إدعاء الإهمال في المتعارضين]

وإذا عرفت أن مقتضى الأصل هو الإطلاق فحينئذٍ من يدعي الإهمال في شيء من المتعارضين فلا يسمع منه ما لم يُقم على ذلك شاهداً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه ادعي الإهمال فيما نحن فيه من كلا الطرفين: أما

من طرف ما دلّ على عدم جواز بيع أمهات الأولاد، فباعتبار أنها ليست بصدد عدم جواز البيع مطلقاً، بل إنما هي بصدد بيان أنه ليس جائز للمالك أن يبيع أم ولده، وأما أنه يجوز لغير المالك / ١٠١٩ / أن يبيع أم لا، فساكت عنه.

وعلى هذا فإذا كان إطلاق لما دلّ على جواز بيع الراهن للعين المرهونة فيكون بلا معارض حيث لم يكن إطلاق لما تتوهّم معارضة له.

وأما من طرف الأدلة الدالّة على أنه يجوز للمرتهن أن يبيع العين المرهونة فباعتبار أن المراد منها أنه ليس للراهن منع المرتهن عن البيع. وأمّا أنه يجوز أن يصير أمر[1] آخر سبباً لمنع جواز البيع للمرتهن أم لا، فساكت عنه.

وعلى هذا، فإذا كان إطلاق لما دلّ على منع البيع عن أمهات الأولاد فيكون بلا معارض حيث لم يكن إطلاق لما يتوهم معارضة له.

ثمّ قد عرفت أن ادعاء الإهمال ما لم يقم عليه شاهد، مما لا يسمع؛ والشاهد على ذلك لابدّ أن يكون في نفس الخبرين المتعارضين. ولذا قد يقال: إن الشاهد للإهمال فيما دلّ على منع بيع أمهات الأولاد يكون موجوداً حيث إنّه يكون في بعض أخبارها ما يشعر بأن عدم جواز البيع إنما هو لقبح البيع على المالك بأن يذهب في السوق ويقول: من يشتري أمّ ولدي؟!

وهذا مشعرٌ بأن الإطلاقات إنما هي ناظرة إلى المنع عن خصوص المالك حيث يقبح البيع عليه.

ويؤيد ذلك أنه يجوز البيع لحق الغير فيما إذا كان في ثمن رقبته أو لأجل الكفن.

وعلى هذا فلو ثبت المنع عن البيع لأجل حقّ الغير كتقديمه على الغرماء مثلاً، / ١٠٢٠ / فنقول: إن ذلك ثبت بدليل خاصّ ولم يكن مشمولاً للإطلاق.

وأما ما دلّ على جواز البيع للمرتهن فليس هناك شاهد للإهمال، بل المؤيد

---

١) في المخطوطة: أمراً.

للإطلاق هناك موجود حيث إنّ حقّ المرتهن مقدم على الغرماء.

ولو ثبت عدم تقدم حقّ المرتهن على شيء من الحقوق، فنقول: إن هذا تقييد لإطلاق ما دلّ على جواز البيع للمرتهن، لأن الإطلاق قد أحرز هنا.

وعلى هذا فمقتضىٰ القاعدة أن نقول بجواز البيع كما يقوله المشهور.

[الاستدلال على منع بيع أم الولد]

أقول: نقل أنه يعلّل في بعض الأخبار الدالّة على منع بيع أم الولد أن هذا لأجل أنها يعتق من نصيب ولدها. وحَمْلُ ذلك على بيان الحكمة دون العلة للحكم يحتاج إلى شاهد.

وعلى هذا فنقول: إن عموم العلة مقدم على الإطلاق، فيكون حق أمّ الولد مقدماً على حق المرتهن.

الوجه الثاني: أن نقول بثبوت الإطلاق لكلا الطرفين، وحينئذٍ أيضاً يمكن أن ندعي أنه لامعارضة بينهما أيضاً كما في صورة لم يكن الإطلاق ثابتاً لكلا الطرفين.

وعدم التعارض في هذا الفرض يحصل إما بادعاء الحكومة بأن نقول مثلاً إن الأدلة الدالّة على عدم جواز بيع أمهات الأولاد تكون ناظرةً إلى الأدلة الدالّة على جواز بيع الأمة بأقسامها، وتشرحها من أن الجواز إنما هو في صورة لم تكن الأمة أم الولد فتكون ترجمة لها بلسان خفيّ.

وبعبارة أخرىٰ تكون تخصيصاً خفياً، فيكون حال الأدلة الدالّة على المنع من بيع أمهات الأولاد بالنسبة إلى الأدلة الدالّة على جواز بيع الأمة بأنواع أدلتها كحال أدلة / ١٠٢١ / الضرر والحرج مع الأدلة المثبتة للأحكام، بناءً على أن يكون المراد من أدلة رفع الضرر والحرج بيان رفع الضرر والحرج الناشيين من إطلاق الأدلة[1]

---

١) في المخطوطة: أدلة.

المثبتة للأحكام.

وأما لو كان المراد من أدلة الضرر والحرج صرف بيان الواقع من غير أن يكون ناظراً إلى أدلة الأحكام فلا حكومة في أدلة الضرر والحرج أيضاً بالنسبة إلى أدلة الأحكام.

وأما بادعاء الورود بأن يدعىٰ أن جميع الأدلة الدالّة على جواز فعل من الأفعال يكون مقيداً بعدم المانع، وعلى هذا فما دلّ على جواز بيع الأمة هو أدلة الرهن الدالّة على أن للمرتهن أن يبيع الرهن عند الأجل. فإذا كان مقيداً بعدم المانع فنقول: إن الأدلة الدالّة على المنع من بيع أمهات الأولاد تكون مانعة بمقتضىٰ إطلاقها. فحينئذٍ بمجرد وجود دليل المنع عن البيع يرتفع موضوع الأدلة الدالّة على جواز البيع؛ إذ أدلة جواز البيع كانت موضوعها مقيداً بعدم المانع، والمفروض أن ما دلّ على المنع عن البيع يكون مانعاً كما لا يخفىٰ، وهذا معنى الورود.

في معالجة المتعارضين

ومنها ظهر أنه في الحكومة لابدّ من أن يكون لسان شرح في الحاكم وفي الورود لابدّ من أن يكون بيان خاصّ / ١٠٢٢ / في جانب المورود.

وأيضاً ظهر أن الأدلة الدالّة على المنع من بيع أمهات الأولاد ليس وارداً على الأدلة[1] الدالّة على جواز بيع العين المرهونة ولا حاكماً عليها؛ إذ قد عرفت أن الورود والحكومة تحتاجان إلى بيان زائد على مقدار بيان الحكم الواقعي. وليس ذلك البيان هنا كما لا يخفىٰ.

ثمّ بعد ثبوت الإطلاق من كلا الطرفين وعدم الإهمال في أحد الطرفين، وبعد ما علم أنه لا ورود في البين ولا حكومة، فحينئذٍ يقع التعارض بينهما.

والقاعدة في المتعارضين أنه لابدّ أن يلاحظ أولاً من أنه يكون في البين ترجيح

---

١) في المخطوطة: أدلة.

دلالي[1] لأحدهما أم لا. فإن كان فيقدم ما كان أرجح دلالةً، وإلّا فلابدّ من الجمع إن أمكن آناً مع الشاهد على الجمع أو بلا شاهدٍ كما سيأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ. وإلّا فلابدّ من ملاحظة المرجّحات السندية، ومع التساوي من هذه الجهة أيضاً فلابدّ من الأخذ بأحدهما من باب التخيير إن كانا ظنّيين ولم تكن النسبة بينهما عموماً من وجه، وإلّا فيتساقطان ويرجع إلى الأصول، فهنا أربع مقامات:

الأول: في الترجيح الدلالي وهو يكون موجوداً بين العام والخاصّ، والنسبة بين المتعارضين فيما نحن فيه عموم من وجه.

وقد يقال: إنه ليس بين العام والخاصّ معارضة؛ بل الخاصّ إما وارد على العام أو حاكم عليه.

وتفصيل هذه المسألة قد ذكرناه /١٠٢٣/ في أول مسألة التعادل والترجيح.

نعم، يمكن بيان الترجيح الدلالي فيما نحن فيه بوجه آخر، وهو أن نقول: إن الأدلة الدالّة على المنع من بيع أمهات الأولاد تكون مخصَّصة بتخصّصات كثيرة، فيكون عمومها ضعيفاً، وهذا بخلاف الأدلة الدالّة على جواز بيع العين المرهونة حيث إنّ مخصصاتها أقلّ، فلذا يكون أقوىٰ من حيث الدلالة.

أقول: هذا وإن يوجب الترجيح في نظر العرف، فيكون متبعاً، إلّا أن التعبير عنه بقوّة الدلالة لعلّه يكون من باب المسامحة؛ فافهم.

في قاعدة الجمع وعلاج المتعارضين

الأمر الثاني: هو العمل على طبق قاعدة الجمع كأن يحمل ما كان على جواز بيع المرتهن للعين المرهونة على صورة يكون الراهن معسراً، وما دلّ على عدم جواز بيع أمهات الأولاد على صورة يكون المالك موسراً.

وفيه: أن هذا الجمع ليس بصحيح، لكن لا من باب أن الجمع يحتاج إلى شاهد

---

١) في المخطوطة: دلالتي.

وهنا ليس في البين شاهد لا من الأخبار ولا من غيرها؛ لأنا قلنا في محله: إن الجمع في بعض الموارد يحتاج إلى شاهد، وفي بعض الموارد لا يحتاج كما هو مذكور في محله ولسنا بصدد بطلان ذلك من هذه الجهة.

بل من باب أن هذا الجمع ليس بصحيح في نفسه، وذلك لأنه لا وجه لأن / ١٠٢٤ / يقال: إن المراد من الأدلة الدالّة على المنع من بيع أمهات الأولاد هو صورة لم تكن أم لولد رهناً مع كون المالك معسراً، بل لو خصّصناه بصورة اعتبار المالك، فلابدّ أن نخصّصه به مطلقاً.

وكذلك لو خصّصنا ما دلّ على جواز بيع الرهن بصورة كان الراهن موسراً، فلابدّ أن نخصّصه به مطلقاً، لا أن نخصّصه بخصوص صورة كان الرهن أم ولد وكان المالك موسراً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو خصّصنا ما دلّ على المنع من بيع أمهات الأولاد مطلقاً بالنسبة إلى صورة لم يكن المالك معسراً، وخصّصنا ما دلّ على جواز بيع المرتهن للرهن بصورة لم يكن الراهن موسراً، فيلزم خلاف إجماعات قطعية في البين.

أقول: ولعلّ الأمر هنا يرجع إلى أن الجمع هنا ممكن ولكن لا شاهد له.

وهنا فرع يناسب مع قاعدة الجمع؛ إذ هو أيضاً تفصيل في المسألة، وهو أنه قد يقال بعدم جواز البيع في صورة كان الوطي بإذن المرتهن، وذلك لأن الإذن في الوطي إذن في جميع لوازمه التي منها الإحبال الموجب لإسقاط حقّه، ويصير ذلك مثل الإذن في المسقط.

وأورد على ذلك بأنه موجب للدور. وذلك لأن صيرورة الإذن في الوطي إذناً في المسقط إنما هو يتمّ بناءً على فرض / ١٠٢٥ / عدم جواز بيع أمهات الأولاد. وعلى هذا فإثبات عدم جواز بيع أم الولد بواسطة الإذن بالوطي الموجب للإحبال مستلزم للدور.

الثالث: أنه على فرض عدم إمكان الجمع لابدّ من الرجوع إلى المرجحات السندية، وهي إما داخلية أو خارجية.

والداخلية إما أن تكون راجعةً إلى ترجيح الصدور، فيفيد المرجّح كون الخبر أقرب إلى الصدور أو راجعةً إلى وجه الصدور ككون أحدهما مخالفاً للعامة دون الآخر أو راجعةً إلى مضمونه كالمنقول باللفظ. فإنه أقرب إلى الواقع بالنسبة إلى المنقول بالمعنى.

وأما الخارجية فإما أن تكون معتبرة بنفسها أو لا.

وعلى كلّ حالٍ ينقسم إلى أحد الأقسام الثلاثة من أنها إما مرجّح للصدور أو وجه الصدور أو المضمون.

[المرجحات الداخلية والخارجية]

وإذا عرفت ذلك فنقول: أما المرجحات الداخلية، فلم يدّعيه أحد فيما نحن فيه، وسيظهر وجهه.

وأما المرجّحات الخارجية فما يكون منها مرجّحاً للصدور فغير جارٍ فيما نحن فيه، حيث إنّها مختصّة بصورة يكون الصدور ظنّياً، وفيما نحن فيه يكون صدور الطائفتين من الأخبار قطعياً.

وما يكون منها مرجّحاً لوجه الصدور / ١٠٢٦ / أيضاً غير جارٍ فيما نحن فيه. وذلك لأنه وإن لم يكن مانع في أن يكون الخبر المتواتر أو القطعي الصدور صادراً عن تقية إلّا أنه في ما نحن فيه نعلم أنه لم يصدر شيء منهما عن تقية.

وما يكون منها مرجّحاً للمضمون، فقد يدّعى وجوده فيما نحن فيه، بل يدّعى الممرجّح[1] المضموني لكلا المتعارضين فيما نحن فيه.

---

١) في المتن المخطوط: مرجح.

[المرجّحات الدالة على جواز بيع أم الولد]

أما ما يكون مرجّحاً لما دلّ على جواز بيع أم الولد هنا فمن وجوه:

الأول: الشهرة، فإن المشهور يقولون بجواز بيع أم الولد هنا.

الثاني: ما قاله المحقق[1] من أن حق المرتهن أسبق على حق الإستيلاد حيث إنّ الإستيلاد إنما حدث بعد تعلق حق المرتهن فيهما.

الثالث: أنه لا شك في أنه إذا كان المالك مديوناً بدين كان ذلك الدين في ثمن رقبة أمّ الولد، فحينئذٍ تباع[2] أمّ الولد لأجل أداء ذلك الدين.

وعلى هذا نقول: إن حق الرهانة يكون مقدماً على جميع الديون. وإذا جاز بيع أم الولد في صورة كان في البين دين كذائي لأجل أداء حق الرهانة الذي هو مقدم على جميع الديون، فيثبت بذلك جواز البيع في غير هذه الصورة أيضاً؛ لأجل أداء حق المرتهن إما لعدم القول بالفصل وإما لأجل أنه إذا فهمنا في صورةٍ أن حق المرتهن مقدم على حقّ الإستيلاد، فنقول: إنه لا فرق بين المقامات.

هذا كلّه في الوجوه التي ذكروها لتقديم حق المرتهن.

وفي الكلّ نظر.

وذلك تارة يريد بهذه الوجوه إثبات /١٠٢٧/ ترجيح الأخبار الدالّة على أن أمّ الولد تباع لأجل حق المرتهن بمقتضىٰ إطلاق أدلّتها، وتارة يريد أن يتمسك بتلك الوجوه مستقلاً.

أما لو أريد ترجيح الأخبار الدالّة على جواز البيع بهذه الوجوه ففيه أنه ـ بعد تسليم أنه يجوز الترجيح بين الأخبار بكلّ ما يوجب أقربية الخبر إلى الواقع ولو لم يكن من المرجّحات المنصوصة، وبعد تسليم أن الرجوع إلى المرجّحات يشمل صورة كانت النسبة بين الخبرين عموماً من وجه ـ: لا معنىٰ للرجوع إلى

---

١) شرائع الإسلام ٢/٣٣٧.

٢) في المخطوطة: يباع.

المرجّحات فيما نحن فيه؛ لأن الرجوع إلى المرجّحات منحصر بصورة كان المتعارضان ظنّيّين، وفيما نحن فيه يكون المتعارضان قطعيين.

وأما لو أريد التمسك بهذه الوجوه مستقلاً، فنقول: إن هذه الوجوه غير مثمرة: أما الشهرة فلعدم حجيتها.

وأما الوجه الثاني فإن أريد بالأسبقية أنه لما كان حق المرتهن أسبق فيجري الإستصحاب، فسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

وأما لو أريد التمسك بنفس الأسبقية فهو استحسان صرف، وذلك ليس بحجة.

وأما الوجه الأخير فنقول: لا نسلّم جواز بيع أم الولد لأجل أداء حق الرهانة ولو في صورة كان الدين الكذائي موجوداً.

نعم، ثبت جواز بيع أم الولد لأجل خصوص هذا الدين ولعلّ أن يكون فيه خصوصية لا نفهمه، فلا ينافي أن يكون حق الرهانة مقدماً /١٠٢٨/ على هذا الدين ومع ذلك كان بيع أم الولد جائزاً لأداء هذا الدين ولم يكن جائزاً لأداء حق الرهانة. وذلك لأجل خصوصية يكون في هذا الدين ولم يكن في غيره. والحكم بجواز البيع لأجل حق الرهانة أيضاً لأجل هذا الوجه، إما أن يرجع إلى القياس أو الإستحسان كما لا يخفىٰ.

هذا كلّه في الوجوه التي ذكروها[1] لجواز بيع أم الولد هنا. وأما ما ذكر لأجل ترجيح أخبار أم الولد الدالّة على عدم جواز البيع فمن وجه واحد، وهو أن المنع من بيع أمهات الأولاد مشابه بالعتق في عدم جواز بيع المعتق أيضاً مع أن العتق يحصل بأدنىٰ تشبّث بالحرّية، بل الإستيلاد أقوىٰ من العتق حيث إنّ الإستيلاد ينفذ فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاد المجنون والمحجور عليه، ولأن استيلاد المريض من الأصل بخلاف عتقه بناءً على أن منجّزاته من الثلث.

ولكن فيه أنه ليس مرجّحاً لأن المفروض أن المتعارضين قطعيان، وهو بنفسه

---

١) في الأصل: ذكرواها.

أيضاً ليس دليلاً مستقلاً، بل ذلك إما قياس أو استحسان الأمر.

الرابع: أنه بعد اليأس عن المرجّحات ليس المرجّح هو التخيير لأن التخيير إنما هو في مورد كان الخبران ظنّيين، وفيما نحن فيه يكون الخبران قطعيين، ولأن التخيير غير مسلّم جريانه في المتعارضين إذا كانت النسبة بينهما / ١٠٢٩ / عموماً[1] من وجه، بل بعد التعارض يتساقطان، فلابدّ من الرجوع إلى الأصول.

في الأصل العملي

والأصل الذي يكون هنا جارياً هو الإستصحاب، وذلك لأنه قبل تحقق الإستيلاد كان بيع الأمة جائزاً عند رأس الأجل للمرتهن، ونشك بعد الإستيلاد أنه ارتفع جواز البيع عند رأس الأجل للمرتهن أم لا، فنستصحب جواز البيع له كما كان له أولاً.

وأورد على هذا الإستصحاب من وجوه:

الأول: أنه بمجرد وقوع التعارض والتساقط ليس المرجّح هو الأصول العملية، بل لابدّ أولاً من الرجوع إلى العمومات التي تكون فوق العامين المتعارضين، فإن لم يكن فوقها عام فحينئذٍ يرجع إلى الأصول، ولكن فيما نحن فيه يكون العام الكذائي موجوداً وهو قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾[2].

وذلك لأنه إذا باع المرتهن عند رأس الأجل بإذن الراهن فيكون جميع شرايط البيع في هذا البيع موجوداً من الرقّية وإذن المالك وإذن ذي الحقّ إلّا أنه نحتمل أن تكون أم الولدية مانعةً.

ومرجع ذلك إلى الشك في تخصيص العام. ومقتضىٰ الأصل هو عدم التخصيص، فنتمسك بالعموم، ولا محذور فيه.

---

١) في الأصل المخطوط: عموم.

٢) المائدة: ١.

الثاني: أن الموضوع في هذا الإستصحاب غير محرزٍ، وذلك لأن أم الولدية وغير أمّ الولدية أعني الرقّية الصرفة موضوعان / ١٠٣٠ / مختلفان في الشريعة، ويترتب على كلّ واحد أحكام خاصّة لا تترتب تلك الأحكام على الآخر.

والمفروض أنه في زمانٍ كان البيع جائزاً كان رقاً، وفي زمان تريد استصحاب الجواز فيه تكون أم ولد، فكيف تستصحب مع هذه التفاوت الفاحش في الموضوع؟!

الثالث: أن جريان الإستصحاب هنا مبنيّ على اعتبار الإستصحاب التقديري وذلك لأن الإستصحاب هنا تقديريّ حيث إنّك تقول: إن هذه الأمة كانت سابقاً بحيث لو باعها المرتهن عند الأجل لكان صحيحاً، والآن نشكّ في بقاء هذه القابلية لها نظير أنك تعلم أن ماء العنب إذا غلىٰ يحرم ونشك أن ماء العنب إذا صار ماء الزبيب هل تكون هذه القابلية فيه باقية أم لا.

أقول: محصل جميع ما ذكرنا أنه لو قلنا إن العلة في عدم جواز بيع أم الولد هي بقائها حتى تعتق من نصيب ولدها كما هو مفاد بعض الأخبار ولم نحملها على بيان الحكمة، فحينئذٍ نقول بعدم جواز بيع أم الولد هنا، وإلّا فنقول بجواز بيعها؛ فافهم.

في قاعدة البدلية

قوله: فلو أذن المرتهن له في بيع الرهن فباع، بطل الرهن[1] اه.

[لو إذن المرتهن في بيع الرهن، فباع، بطل الرهن]

أقول: لا يخفىٰ أنه تارة يأذن المرتهن للراهن في بيع الرهن وتارة يأذن الراهن للمرتهن. وعلى كلّ حال إما أن يكون الإذن مشروطاً بأن يصير الثمن رهناً أم لا. وعلى جميع التقادير إما أن يكون الإذن قبل حلول الأجل أو بعده. وبناء الفقهاء

---

١) شرائع الإسلام ٣٣٧/٢.

على الحكم ببطلان الرهانة وعدم صيرورة الثمن رهناً / ١٠٣١ / فيما لو أذن المرتهن للراهن في البيع، ويقولون بعكس ذلك لو أذن الراهن للمرتهن في البيع مع أنّه لو كان قاعدة «بدل الرهن رهن» ثابتة، فلابدّ أن يكون كلا المسألتين على نسق واحد. وكذا لو لم تكن القاعدة ثابتة.

وعلى هذا فلو كانت قاعدة البدلية ثابتة، فلابدّ من التوجيه فيما قالوا في صورة أذن المرتهن للراهن.

ولو لم تكن قاعدة البدلية فلابدّ من التوجيه فيما قالوا في صورةٍ أذن الراهن للمرتهن في البيع، وفيما قالوا في صورة أذن المرتهن وشرَط كون الثمن رهناً أو أذن بعد حلول الأجل حيث يقولون بأن الثمن في هذه[1] الصور يكون رهناً.. إلى غير ذلك من الموارد التي نحتاج فيها إلى التوجيه بناءً على ثبوت قاعدة البدلية أو عدم ثبوتها كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

فالأحسن أن نذكر قاعدة البدلية قبل الشروع في حكم هذه المسائل لأنها متوقفة على هذه القاعدة فنقول:

استدلّ على عدم ثبوت قاعدة البدلية تارة بالأصل، وتارة بأن الثمن بأيّ وجه كان عند المشتري، فلابدّ أن ينتقل إلى البايع على ذلك الوجه.

ولا شك أنه كان عند المشتري طلقاً، فلاوجه لأن يدخل في ملك البايع رهناً.

وفيه: مع أنّه لا دليل على هذا المدعىٰ ـ من أنه لابدّ أن يكون الثمن عند البايع على وجه كان عند المشتري ـ يرد عليه أن هذه القاعدة منقوضة أولاً بعين الرهن حيث إنّه كان عند مالكه رهناً مع أنّه يدخل في ملك المشتري طلقاً.

وثانياً / ١٠٣٢ / منقوض ببيع الوقف حيث إنّه كان عند البايع وقفاً ويكون عند المشتري طلقاً.

وثالثاً منقوض ببيع المشاع إذا باع جميع الشركاء حيث إنّ المبيع عند كلّ واحد

---

١) في المخطوطة: هذا.

من الشركاء يكون مشاعاً ويكون عند المشتري غير مشاع.

أقول: هذا النقض غير وارد حيث إنّ الخروج عن الإشاعة لازم عقلي لاشترائه عن جميع الشركاء ولا يترتب ذلك على بيع واحد.

واستدلّ للقول بثبوت قاعدة البدلية أعني كون بدل الرهن رهناً من وجوه:

الأول: ظهور الإجماع المنقول من العلامة[1] حيث قال: إن بدل الرهن رهن.

وفيه أن المعتمد ليس على ذلك، فلابدّ من ملاحظة سائر الأدلة.

الثاني: أن الثمن يكون بدلاً عن الرهن فلابدّ أن يكون له حكم المبدل منه؛ لأن البدل في حكم المبدل عنه.

وهذا المطلب ثابت في جميع العرفيات.

وبتقريب آخر أنه كما يدخل الثمن في ملك الراهن لكونه بدلاً عن ماله كذلك لابدّ أن يتعلق حق المرتهن بالثمن لكونه بدلاً عما تعلق حقه به.

في أن ثمن الرهن يصير رهناً

الثالث: أن الثمن يكون مالاً وطلقاً فيكون بمنزلة شيئين، والرهن يكون مالاً غير طلق، فيكون بمنزلة شيء واحد. فإذا جعل الثمن بدلاً عن الرهن فتكون ماليته عوضاً عن ماليته. فلو دخلت طلقية الثمن في ملك الراهن فيلزم أن يكون النقل بلا سبب حيث إنّه لم يكن في مقابله ما يصير بدلاً له.

وأورد على هذين الوجهين بأن التحقيق أن البيع عبارة عن تبديل مالية عين بمالية عين أخرىٰ. وعلى هذا فلو قلنا إن حق الرهانة متعلق بالعين، فيكون / ١٠٣٣ / مقتضىٰ البدلية أن يصير الثمن رهناً. وكذا لو قلنا إن حق الرهانة يتعلق بنفس مالية العين من دون إضافته إلى شخص، فحينئذٍ أيضاً يكون مقتضىٰ قاعدة البدلية أنه إذا صار شيء بدلاً عن مالية العين المرهونة أن يصير رهناً إلّا أن التحقيق

---

١) تذكرة الفقهاء ٢٩٦/١٣.

أن حق الرهانة يكون متعلقاً بمالية العين، ولكن لا بماليتها المطلقة، بل بـماليتها المضافة إلى الراهن.

وعلى هذا فإذا فرض أن البيع معناه تبديل المالية بمالية أخرىٰ، فحينئذٍ اضافة مالية العين المرهونة إلى الراهن يذهب من البين بواسطة البيع.

فإذا كان المفروض أن حق الرهانة إنما تعلق بهذه المالية المـضافة بـالإضافة الخاصة، فإذا ذهبت الإضافة الخاصة يذهب حق الرهانة، فكيف يعقل أن يكون حق الرهانة بعد ذلك باقياً.

ومن هنا ظهر أن المالية لم تقابل في البيع إلّا بالمالية، فلم يقابل شيء واحد في مقابل شيئين.

أقول: لا يخفىٰ أن ما ذكره من أن حق الرهانة متعلق بمالية العين المضافة إلى الراهن لا دليل عليه، بل الظاهر بل المتعين[1] بحكم العرف الذي تكون المعاملات مأخوذة من تداولهم عليها أن حق الرهانة يتعلق بالمالية المطلقة للعين[2] المرهونة مع أنّه لو كان حق الرهانة متعلقاً بالمالية المضافة إلى الراهن فـيرد النـقض هـنا بموارد:

منها: أنه لو مات الراهن فتبطل الإضافة الخاصة، فلابدّ أن يبطل حق الرهانة أيضاً مع أن أحداً لا يقول بذلك.

وأجيب عن ذلك / ١٠٣٤ / بأن هنا لم تبطل الإضافة الخاصة، وذلك لأن الشارع جعل الوارث بمنزلة المورث، فكأنه لم تبطل الإضافة الخاصة. وبقاء حقّ الرهانة يدور مدار بقاء الإضافة عند العرف لا بقائها حقيقة.

أقول: ولعلّ ذلك مجرد دعوىٰ.

ومنها: أنه لو تلف الرهن يكون عوض المتلف رهناً مع أن الإضافة الخـاصة

---

١) في الأصل: المتيعين.

٢) في المصدر المخطوط: لعين.

بطلت.

ومنها: أنه إذا بيع الرهن عند رأس الأجل فتبطل الإضافة الخاصة، فلابدّ أن لا يكون حق المرتهن متعلقاً بثمنه مع أنّه يتعلق حقه بثمنه، ولذا يكون مقدماً على سائر الغرماء.

أقول: وسيأتي الكلام في هذين النقضين الأخيرين في الفروع التي سنذكرها ـ إن شاء الله ـ.

فروع

في أنه لا يصير ثمن الرهن رهناً

الأول: أنه لو بنينا على أن حق الرهانة يتعلق بمالية العين لكن لا مطلقاً بل بماليتها المضافة إلى الراهن، فحينئذٍ لقائل أن يقول: كما أن مقتضىٰ القاعدة أن لا يكون ثمن الرهن رهناً كذلك مقتضى القاعدة أن لا تكون القيمة في التلف أيضاً رهناً، لأن الوجه في كلا الفرضين شيء، وهو أن حق الرهانة كان قائماً بالمالية المضافة، وقد زالت الإضافة الخاصة بسبب البيع والتلف، فزال متعلق حق الرهانة في كلا الصورتين. ولا دليل على تعلق حق الرهانة بالثمن والقيمة، إلّا أن العلماء يقولون: إن قيمة المتلف يتعلق حق الرهانة بها.

وصاحب الرياض[1] قال: إن قيمة المتلف أيضاً / ١٠٣٥ / لا يتعلق حق الرهانة بها.

وأورد عليه بأنه فرق بين الثمن وقيمة المتلف وأنه بالنسبة إلى قيمة المتلف لا تزول الإضافة الخاصة. وذلك لأن الغاصب بمجرد التلف تجيء المالية الخاصة المتلفة على ذمّته، فإذا أدّى القيمة فتعين المالية التي كانت على ذمّته في القيمة، والمفروض أنه عين المالية المتلفة أولاً، ولم تذهب المالية الأولية في نظر العرف وإن تبدلت حقيقةً بالنظر الدقّي[2] إلّا أن المدار النظر العرفي.

---

١) انظر رياض المسائل ٥٣٨/٨.

٢) في المخطوطة: الدقيقي.

وقد يقال بوجهٍ آخر، وهو أن الغاصب أتلف شيئين: مال الراهن وحق المرتهن، فلابدّ له من تداركهما.

وأورد على ذلك بأنه لو كان المراد أن المتلف لابدّ أن يجري صيغة الرهانة أيضاً ويعطي القيمة لهما، فهو خارج عن الفرض.

وإن كان المراد أن القيمة بنفسها تصير رهناً كما هو محلّ الكلام، فيحتاج إلى دليل بعد القول بأن حق الرهانة متعلق بالمالية الخاصة.

الثاني: أنه إذا أذن بالبيع وباع، فهل يسقط حق الرهانة عن العين حين الإذن كما قال العلامة أو آناً ما قبل البيع كما قد يتوهم أو بنفس البيع؟ فنقول: بناءً على ما ذكرنا من أن حق الرهانة متعلق بمالية العين المضافة إلى الراهن إذا باع يتبدّل المالية، فتسقط الإضافة الخاصة، والمفروض أن حق الرهانة كان قائماً / ١٠٣٦ / بهذه الإضافة الخاصة. فإذا زالت الإضافة بنفس البيع فيزول ما كان قائماً بهذه الإضافة بنفس البيع أيضاً. ولا دليل على سقوط حق الرهانة بالإذن أو آناً ما قبل البيع.

أقول: ظاهر كلام الأستاد ـ سلّمه الله ـ أن تصحيح كلام بعض الفقهاء من أنه تلف متعلق حق الرهانة بواسطة البيع يكون موقوفاً على أن نقول: إن متعلق حق الرهانة هو مالية العين المرهونة، لا مطلقاً بل باعتبار إضافته إلى الراهن بحيث لو زالت الإضافة يذهب موضوع حق الرهانة.

وفيه وفي كلامه «إن ذهاب حق الرهانة بنفس البيع يكون موقوفاً على هذا التحقيق» محل نظر.

وأنا أقول: إن شيئاً من هذين الأمرين ليس متوقفاً على اعتبار الإضافة الخاصة في متعلق حق الرهانة، مع أن الظاهر أن هذا التحقيق بنفسه خلاف التحقيق.

وذلك لوضوح أن متعلق حق الرهن هو مالية العين المرهونة من غير اعتبار إضافة المالية إلى شخص خاص.

وإذا تعلق الحق بماليّة هذه العين فحينئذٍ إذا باعوا ذلك العين بإذن كلا الطرفين بحيث صارت ماليته الطلقة لهذه العين منتقلاً إلى شخص ثالث كما في بيع كلّ شيء فحينئذٍ لاشكّ أن حق الرهانة يسقط من هذه العين لأن انتقال العين طلقاً إلى شخص آخر يكون حكمه حكم تلف العين. ولا شك أن إسقاط حق الرهانة إنما هو بنفس انتقال العين طلقاً إلى شخص ثالث كما أن انتقال مالية المالك يكون بنفس البيع.

وبما ذكرنا ظهر أنه / ١٠٣٧ / لابدّ أن نقول: إن متعلق حق الرهانة هو مالية العين من دون إضافة المالية إلى شخص، وأنه يمكن تصحيح قول من يقول بأن الحقّ تلف بواسطة البيع بناءً على ذلك أيضاً حيث إنّ الثمن يكون بدلاً عن مالية العين، وليس نفس ماليته، وأنه يصحّ القول بنقل الحق بنفس البيع أن يكون رهناً فيصير رهناً.

فنقول: قد عرفت أنهم يقولون فيما لو أذن الراهن في البيع: يكون الثمن رهناً سواء كان الإذن مشروطاً بكون الثمن رهناً أم لا، وسواء كان قبل الأجل أم لا.

وأما بالنسبة إلى المرتهن لو أذن في البيع قبل الأجل ولم يشترط أن يكون الثمن رهناً، فلا يصير الثمن رهناً بخلاف ما لو اشترط أن يكون رهناً أو كان الإذن بعد الأجل.

فيبقىٰ هنا سؤالان[1]:

الأول: أنه أيّ فرق بين صورة كان الإذن مشروطاً بأن يكون الثمن رهناً وبين صورة لم يشترط؟

الثاني: أنه أيّ فرق بين صورة كان الإذن قبل الأجل وبين صورة كان الإذن بعد الأجل؟

---

١) في الأصل: سئولان.

[ما الفرق بين الشرط وعدم الشرط فيما كان الثمن رهناً]

أما السؤال الأول فنقول: إن تقرير السؤال أنه لو كانت قاعدة البدلية ثابتة فلا فرق بين صورة الإشتراط وبين صورة عدم الإشتراط، وكذلك لو لم تكن قاعدة البدلية بلا فرق بينهما كما لا يخفىٰ.

وذلك لأن مجرد أن يشترط في مقام الإذن في البيع أن يصير /١٠٣٨/ الثمن رهناً لا يصير سبباً لأن يصير الثمن رهناً.

وذلك لما ذكرناه مفصلاً عند بيان أن إجازة المرتهن هل تصير سبباً لصحة البيع أم لا.

وملخص ما ذكرنا أنه إما أن يشترط صيرورة الثمن رهناً في ضمن البيع أو بعد البيع بعقدٍ مستقلٍ أو يشترط في ضمن الإذن.

أما لو اشترط أن يجعله رهناً بعد البيع بعقدٍ مستقلٍ أو في ضمن البيع، فخارجان عما نحن فيه؛ إذ الكلام في أنه يصير رهناً بمجرد أن يشترط في الإذن أن يصير رهناً أم لا.

فنقول: لا وجه لصيرورة الثمن رهناً بسبب أن يشترط في الإذن أن يصير رهناً، وذلك لا لأن الإذن إما ليس بعقدٍ أو ليس من العقود اللازمة حتى يصير الشرط في ضمنه لازماً ليجاب عنه بأنه يكفي مساسه بالعقد اللازم ـ وهو البيع ـ في صيرورة الشرط في ضمنه لازماً، ولا لأن ذلك شرط للنتيجة حتى يجاب بأن الرهن من النتايج التي يجوز شرطها في ضمن العقد، بل لأن ذلك تعليق في الإنشاء.

وذلك لأنه ليس في البين ثمن فعلاً، وإنما يقول: لو ملكتَ الثمن فاجعله رهناً، وليس ذلك من التعليق بالموضوع لأن التعليق بالموضوع إنما هو على فرض أن يكون الثمن ملكه، واشترط عليه أن يجعله رهناً بعد ذلك.

[ما هو مقتضى القاعدة؟]

وإذا عرفت أن اشتراط الرهنية في الإذن لا يوجب أن يصير الثمن رهناً، فلابدّ أن نتكلّم في أن مقتضى القاعدة هو أن يصير الثمن رهناً أم لا، فنقول: قد تقدم أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادّعىٰ عدم / ١٠٣٩ / تمامية قاعدة البدلية، ولكن يدّعي هنا أن مقتضىٰ القاعدة كون الثمن رهناً بوجه آخر، وذلك بأن نقول: إن مقتضىٰ عقد الرهانة إما بجعل الشارع أو بإمضائه أن يصير بدل الرهن رهناً، والدليل على ذلك أنه إذا باع بعد الأجل يكون ثمنه رهناً، وإلّا فلو لم يكن الثمن رهناً لابدّ أن يكون المرتهن في عرض الغرماء مع أنّه مقدم عليهم.

ولا ينافي ذلك مع كون متعلق الرهن هو مالية العين باعتبار إضافته إلى الراهن. وذلك لأن كون الثمن رهناً يكون بمنزلة رهن مستقلٍ.

أقول: تقدُّمه على الغرماء لعلّه أن يكون لأجل أن بعد الأجل لمّا يكون زمان الوفاء بعقد الرهن فيقتضي عقد الرهن أن يكون المرتهن مقدَّماً على الغرماء. وهذا لا يُثبت المدعىٰ كلّه كما هو المدعى.

مع أنّه يجوز أن يصير هذا شاهداً على صحة قاعدة البدلية كما تقدم.

مع أن القول ببطلان قاعدة البدلية وإثبات أن البدل رهن بمقتضىٰ عقد الرهانة مستلزم لأن تقول: إن الشرط يكون بمنزلة رهن مستقلٍّ كما اعترف.

هو بذلك وهو كما ترىٰ.

ثمّ إذا عرفت أن مقتضى القاعدة أن يكون بدل الرهن رهناً فحينئذٍ يبقىٰ السؤال من أنه لأيّ شيء يقولون: إنه إذا أذن المرتهن في البيع ولم يشترط أن يصير الثمن رهناً بالنسبة إلى قبل الأجل / ١٠٤٠ / فإن الثمن لا يصير رهناً، وإن صيرورته رهناً يتوقف على اشتراط أن يصير الثمن رهناً.

وأجابوا عن ذلك بأن الإذن من المرتهن في البيع قبل الأجل ظاهر في اسقاط حقه؛ لأن عقد الرهن لا يقتضي بيعه حينئذٍ. فالشرط إنما هو لرفع الظهور المستفاد

من الإذن في الإسقاط وإبقاء رهنية الثمن على حسب اقتضاء تعلق حق الرهانة بالعين، فيكون الشرط مؤكِّداً لما هو مقتضىٰ أصل حق الرهانة هنا.

وأورد على هذا الوجه بأنا لا نسلّم أن يكون الإذن قبل الأجل ظاهراً في أنه يسقط حقه. وما أعجب بين ما يقولون هنا إن الشرط مؤكد[1] لما هو مقتضىٰ حق الرهانة وبين ما نقلنا عنهم سابقاً من أن بيع الرهن إتلاف لمتعلق حق الرهانة!

أقول: هذان الوجهان ليسا من شخص واحد، بل من شخصين أحدهما يكون مبنياً على ثبوت قاعدة البدلية، وثانيهما يكون مبنياً على انكارها، فلا إشكال في البين. وأيضاً الظاهر من الإذن قبل الأجل من المرتهن هو أنه رفع اليد عن حقه كما لا يخفىٰ.

[ما الفرق بين الإذن قبل الأجل وبعد الأجل؟]

السؤال الثاني: أنه أيّ فرق بين الإذن قبل الأجل في أنه لا يصير الثمن رهناً وبين الإذن بعد الأجل حيث يصير الثمن رهناً؟

وذُكر وجوه للفرق بينهما:

الأول: ما نسب إلى الشهيد في المسالك[2]. وهو قريب من هذا، من أنه بعد ثبوت قاعدة البدلية نقول: إن الإذن في البيع قبل الأجل مع عدم اقتضاء الرهن بيعه قبل الأجل يصير موجباً لأن يصير الإذن ظاهراً في أنه / ١٠٤١ / أسقط حقّه.

وأما الإذن بعد الأجل لمّا كان بعد الأجل زمان الإستيفاء فيكون بمنزلة اشتراط كون الثمن رهناً حتى يأخذ دينه منه.

وأورد على ذلك:

أولاً: بأنا لا نسلّم كون الإذن قبل الأجل ظاهراً في أنه أسقط حقه.

---

١) في الأصل: مؤكداً.

٢) مسالك الأفهام ٥١/٤.

وثانياً: أنه بعد ما بنيت على تمامية قاعدة البدلية، فلا تحتاج إلى أن تقول: إن الإذن بعد الأجل يكون بمنزلة أنه اشترط كون الثمن رهناً، بل يكفيك أن تقول: إن الإذن بعد الأجل ليس ظاهراً في أنه أسقط حقه، فحينئذٍ يصير الثمن رهناً بقاعدة البدلية.

[كلام صاحب الدروس]

الثاني: ما ذكره في الدروس[1] على ما نسب إليه في الجواهر[2] من أن صيرورة الثمن رهناً يكون مقتضىٰ عقد الرهن. ونحن نقول: إنه لابدّ أن ينضمّ إلى ذلك أن الإذن قبل الأجل يكون ظاهراً في أنه أسقط حقه.

أقول: أو ينضمّ إليه أن عقد الرهن لا يقتضي كون الثمن رهناً إذا كان قبل الأجل.

وعلى هذا لو قلنا: إن مراده أن الإذن قبل الأجل يكون ظاهراً في أنه أسقط حقّه فيكون ما أورد الأستاد على الوجه الأول من أنا لا نسلّم كون الإذن ظاهراً في الإسقاط وارداً عليه أيضاً لو قلنا: بصحة إيراد الأستاد.

وأما بناءً على ما حملت كلامه عليه، فيصير ذلك ادعاءً، وعلى فرض صحته لا إشكال عليه.

نعم، الإيراد الثاني الذي ذكرناه في الوجه الأول غير وارد على هذا الوجه؛ فافهم.

الثالث: ما نسب في الجواهر إلى الدروس / ١٠٤٢ / أيضاً من أن البيع بعد الأجل قريب من نقل وثيقته إلى عين أخرىٰ.

أقول: يرد على هذا أولاً أنه لم يعلم بهذا الوجه أنه لِمَ لا يصير الثمن رهناً إذا

---

١) الدروس ٤٠٩/٣.

٢) جواهر الكلام ١٣٨/٢٥.

كان البيع قبل الأجل؟ مع أن ما ذكره يكون محل الإشكال من حيث المقيس عليه وأصل القياس.

أما من حيث المقيس عليه فلأنّا لا نسلّم انتقال الرهن من عين إلى عين إلّا بأن يفسخ الرهنية بالنسبة إلى عين، ثمّ إجراء صيغة الرهنية في عين أخرىٰ. ومجرد التواطي على النقل لا يكفي.

وأما أصل القياس هنا أيضاً باطل باعتبار أنه فرق بين المقيس والمقيس عليه حيث إنّه في المقيس عليه تكون العين المرهونة وما يريد جعله بدلاً عنه موجودين فعلاً، وفيما نحن فيه ليس الثمن الذي يريد جعله بدلاً عن الرهن موجوداً حين الإذن.

[كلام الشيخ]

الرابع: ما نقل عن تقريرات الشيخ من أنه للمرتهن قبل الأجل ليس حق الاستيفاء وإنما له حق الإبقاء. فلذا لو أذن في البيع فيكون الإذن موجباً لإسقاط حق الإبقاء، والمفروض أنه لا حق له غير ذلك.

فلا وجه لصيرورة الثمن رهناً.

وهذا بخلاف ما لو أذن في البيع بعد الأجل، فإنه بعد الأجل يكون له حق الإستيفاء، ولا يوجب الإذن إسقاط حق الإستيفاء، بل البيع مؤكد له. فلذا يصير الثمن رهناً.

وأورد على ذلك أولاً: بأنه قبل الأجل أيضاً يكون للمرتهن حق الإستيفاء بعد الأجل لا أن يكون له /١٠٤٣/ مجرد حق الإبقاء، بل تسلطه على الإبقاء يكون ناشياً من أن له بعد الأجل حق الإستيفاء وإن كان زمان الإستيفاء بعد الأجل.

وثانياً أنه لو بنينا على أن يدلّ الرهن رهن، فلا فرق فيما قبل الأجل وفيما بعده. وأما لو لم نقل بذلك فلا وجه لصيرورة الثمن رهناً ولو كان البيع بعد الأجل

ولا ينافي ذلك مع أن يكون له حق الإستيفاء، بل لابدّ أن يكون بالنسبة إلى الثمن حال المرتهن حال سائر الغرماء.

أقول: إذا فرض أنه بعد الأجل يكون له حق الإستيفاء، فنقول: إنّ أَخْذَ دَيْنه من ثمن الرهن هو الاستيفاء، والمفروض أن له الإستيفاء؛ فافهم.

[كلام الأستاذ]

الخامس: ما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ، ولعلّه يرجع الوجه الرابع أيضاً إليه من أنا نقول: إنه قبل الأجل ليس للمرتهن حق أصلاً، وإنما عقد الرهانة يصير سبباً لأن يصير المرتهن ممّن ملك إن يَمْلِكْ بعد الأجل.

وذلك نظير ما هو مسلّم من أنه يجوز من أن يستأجر داراً يكون ابتداء زمان الإجارة من ابتداء السنة الآتية أو تمتع امرءة يكون أول زمان التمتيع من ابتداء السنة الآتية وقبل السنة الآتية يجوز أن يستأجر الدار شخص آخر أو تصير المر[ء]ة متعة لشخص آخر إذا لم تكن الإجارة أو المتعة الثانيتين منافيتين للأولتين كما إذا كانت الإجارة الثانية آخر مدتها قبل السنة الآتية وكان التمتيع الثاني / ١٠٤٤ / مع ما يترتب عليه من وجوب العدة على المرءة بحيث يتمّ قبل السنة الآتية.

وذلك لأن المستأجر الأول[1] لم يكن له حق قبل السنة الآتية وإنما هو ملك أن يملك وكذلك المتمتع.

وفيما نحن فيه أيضاً كذلك حيث إنّ حق الاستيفاء إنما حدث للمرتهن بواسطة عقد المرتهن بعد الأجل، وليس له قبل ذلك حق. فلذا لو باع قبل الأجل لم يكن للمرتهن حق حتى يصير الثمن رهناً.

إن قلت: إذا لم يكن للمرتهن حق في العين المرهونة قبل الأجل فلِمَ لا يجوز

---

١) في المخطوطة: الأولي.

للراهن أن يتصرف في ماله قبل الأجل؟

[أقسام تصرفات الراهن]

قلت: إن تصرفات الراهن على قسمين: قسم يكون منافياً للإستيفاء بعد الأجل كبيع الرهن وأمثال. ذلك وهذا غير جائز باعتبار أنه منافٍ للإستيفاء بعد الأجل. وقد عرفت عدم جواز كلّ تصرف يكون مضراً بالحق الذي[1] يأتي بعد ذلك إلّا أن يأذن ذو الحق[2] له وذلك نظير أنه إذا نذر أن يتصدق بمال مخصوصٍ على فرض مجيء الولد من السفر فهنا يقولون بعدم جواز التصرف المنافي في ذلك المال حيث إنّه يكون هذا التصرف عند العرف منافياً لوجوب الوفاء بالعقد؛ نعم، لو أذن ذوالحق فلا إشكال في جواز التصرف.

وقسم لا يكون منافياً لحق المرتهن من قبيل ركوب الدابّة، / ١٠٤٥ / فهذا ليس بحقٍّ وإنما هو حكم شرعي ثبت من الشارع في هذا الموضوع؛ وإلّا فليس للمرتهن حقّ قبل الأجل أصلاً وأبداً.

أقول: هذا الكلام يكون محل النظر من وجوه:

الأول: أنه سلّمنا إمكان أن يكون حق الرهانة من قبيل أن يستأجر داراً يكون أول زمان الإجارة ابتداء السنة الآتية إلّا أنه كما يكون ذلك ممكناً يمكن أيضاً اقتضاء عقد الرهانة إحداث الحق من أول زمان جريان عقد الرهانة. فعلى كلّ من يدعي خصوص واحد من هذين الإحتمالين أن يقيم البرهان على مدعاه، مع أنّه لم يقم دليل على أنه من قبيل الإحتمال الأول، ومجرد الإدعاء لا ينفع.

الثاني: أنه لو بنينا على صحة هذا الإحتمال فنقول: لا فرق بين أن يبيع الراهن قبل الأجل أو المرتهن في أنه بمقتضىٰ ذلك لابدّ أن لا يصير الثمن رهناً مع أنّه لو

---

١) في الأصل: التي.

٢) في الأصل: ذي الحق.

باع المرتهن يصير الثمن رهناً، سواء كان قبل الأجل أو بعده.

الثالث: أن ما ذكر من أن منع الراهن من التصرف في ماله ليس حقاً للمرتهن وإنما هي حكم، ففيه: أنه ليس في لسان الشارع عنوان الحق والحكم وإنما العنوان في لسان الفقهاء من أنهم يسمّون كلّ حكم يكون قابلاً / ١٠٤٦ / للنقل والإسقاط بالحق، وكلّ حكم لا يكون قابلاً لهما يسمّونه حكماً.

وعلى هذا فلا شكّ في أنه لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيجوز التصرف، وعلى هذا فحرمة التصرف قابلٌ[1] للإسقاط، فلابدّ أن يكون حقاً بمقتضىٰ هذا الإصطلاح.

هذا، مع أن تسمية ذلك حقاً أو حكماً لا يوجب شيئاً.

الرابع أنه نقول: لو أغمضنا عن جميع ما ذكرنا نقول: إن هذا الوجه لا يوجب لأن يصير ثمن الرهن رهناً بعد الأجل دون قبل الأجل. وذلك لأنه نسلّم أن حق الرهانة إنما يحدث بعد الأجل إلّا أن مجرد ذلك لا يوجب لأن يصير ثمن الرهن رهناً إلّا أن تكون قاعدة البدلية ثابتة. وعلى فرض ثبوت قاعدة البدلية يكون الثمن قبل الأجل أيضاً رهناً، فلا ثمرة لهذا التوجيه.

وعلى فرض أن تقول: إن قاعدة البدلية لا تأتي[2] بالنسبة إلى ما قبل الأجل بناءً على صحة هذا التوجيه؛ لأن المفروض أنه قبل الأجل لا يكون حق الرهانة متعلقاً بالعين، فنقول: إنه لو فرضنا بقاء الثمن إلى ما بعد الأجل فلابدّ أن يتعلق حق الرهانة به كما أنه لو كانت نفس العين المرهونة باقية بعد الأجل، فيتعلق بها الحقّ؛ لأن المفروض أنه لا خصوصية للعين المرهونة، لأن بدلها مثلها أيضاً.

ولو كانت خصوصية للعين المرهونة، فلا وجه لتعلق حق الرهانة بالثمن / ١٠٤٧ / لو كان البيع بعد الأجل أيضاً.

---

١) في المخطوطة: قابلاً.

٢) في المخطوطة: لا يأتي.

فالحق أن نقول: إن قاعدة البدلية ثابتة لما ذكرناه سابقاً.

ويؤيده أن البيع من المرتهن بأقسامه يكون الثمن رهناً فيها، وكذا في بيع الراهن بعد الأجل أو قبل الأجل بلا شرط. وإنما الخارج عن هذه القاعدة مورد واحد، وهو أن يكون البيع من الراهن قبل الأجل مع عدم الشرط.

ووجهه أيضاً واضح حيث إنّ إذن المرتهن في البيع قبل الأجل مع أن البيع لم يكن بيد الراهن، ولم يكن مقتضىٰ الرهن ذلك أيضاً فيكون ظاهراً في أنه رفع اليد عن حقه.

ثمّ إن الدليل على صيرورة بدل الرهن رهناً تارة: هو قاعدة البدلية، وتارة تقول: إن مقتضىٰ عقد الرهن ذلك، وتارة تقول: إن المراد من الإذن في البيع هو التباني على جعل الثمن رهناً في ضمن عقد البيع.

وفيه: مع أنّه متوقف على صحة شرط النتيجة، ومتوقف على أن يكون الشرط في ضمن العقد اللازم لازم الوفاء وإن لم يكن له ربط بنفس ذلك العقد ولا بالمتعاقدين أيضاً؛ أن التباني على الرهنية في ضمن عقد البيع خلاف الفرض؛ فافهم.

[حمل عبارة المحقق على ما قبل الأجل]

ثمّ إن ما ذكرنا من التسلّم في أنه إذا أذن الراهن للمرتهن في البيع يصير الثمن رهناً مطلقاً إنما هو بمقتضىٰ مذاق المشهور، وإلّا نسب إلى الجامع أنه حكى بلفظ القبل من أنه لا يكون رهناً في صورة كان البيع قبل الأجل.

وربما قيل / ١٠٤٨ / يمكن حمل عبارة المحقق[1] أيضاً عليه حيث يقول: «ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن» إنتهىٰ.

---

١) جامع المقاصد ٨٣/٥.

باعتبار أنه تغير الأسلوب حيث قال فيما لو باع الراهن بأنه بطل الرهن، وهنا يقول فيما إذا باع المرتهن بأنه لا يجوز التصرف.

فلو كان مراده أنه لم يبطل الرهن فلابدّ له أن يصرّح به كما صرّح بذلك بالنسبة إلى الراهن.

ولكن فيه أنه لا معنى لبيان الحكم التكليفي هنا حيث إنّه كان من الواضح أنه لا يجوز التصرف، سواء قلنا إنه لا يبطل الرهن أو قلنا ببطلانه وكون الثمن للراهن، فإنه على هذا أيضاً لا يجوز التصرف حيث إنّه مال الغير، فلابدّ أن يكون مراد المحقق هو بيان الحكم الوضعي، أعني بقاء الرهنية؛ غاية الأمر أنه لابدّ أن يكون في تغيير الأسلوب نكتة.

فنقول: أما النكتة في أنه لم يقل: لا تبطل الرهنية، فباعتبار أنه كان عدم البطلان أمراً واضحاً.

وأما النكتة في أنه قال: لم يجز التصرف، فباعتبار أنه لما كان بيع المرتهن للعين المرهونة مورد توهم أنه يجوز له أخذ دينه منه، فلذا ردّ ذلك التوهم بقوله «إنه لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن».

[مسائل]

ثمّ إن هاهنا مسائل:

[اشتراط البيع بالمطالبة لوكان المرتهن وكيلاً في البيع]

الأولى: أنه إذا حلّ الأجل وكان المرتهن وكيلاً في البيع عند رأس /١٠٤٩/ الأجل فهل يجوز له البيع ابتداءاً أو أن جواز البيع مشروط بالمطالبة وتعذر الأداء؟ فحينئذٍ يجوز له البيع.

نسب إلى العلامة[1] أنه يقول باشتراط البيع بالمطالبة لأنه يحتمل أن يكون الراهن مريداً لأداء الدين.

وصريح كلام المحقق أيضاً ذلك.

ويظهر من صاحب الجواهر[2] أنه يجوز له البيع ابتداءاً لإطلاق وكالته.

ونحن نقول: لا يخفىٰ أولاً أنه لا مانع من جعل الوكالة له عند رأس الأجل. وهذا ليس من التعليق في الإنشاء، لأن الوكالة إنما يكون من ابتداء الأمر؛ غاية الأمر أن التصرف مشروط بأن يكون عند رأس الأجل.

وعلى هذا تارة يجعل المرتهن وكيلاً عند رأس الأجل وتارة يجعل الوكالة للأجنبي. وعلى كلّ حال تارة تكون الوكالة جائزة [...] كونها وكالة ابتدائية، وتارة تكون لازمة لأجل جعلها شرطاً في ضمن عقد الراهن.

---

١) تذكرة الفقهاء ٩٤/١٣.

٢) جواهر الكلام ٢١٧/٢٥.

أما لو كانت الوكالة للمرتهن وكانت الوكالة جائزة، فحينئذٍ لو احتملنا كون الوكالة مشروطاً بالمطالبة فيمكن التمسك بإطلاق الوكالة لإثبات عدم كون المطالبة شرطاً باعتبار أن المطالبة تكون نظير طيران طائرٍ أو صبّ ماء لا دخل لأن يكون إطلاق الوكالة مقيداً بها.

ويمكن دعوى الإنصراف بأن يقال: إن الوكالة في البيع تكون منصرفة إلى ما بعد المطالبة / ١٠٥٠ / وتعذر الأداء.

والسرّ في ذلك أنه لمّا كان الغرض من الرهن هو أخذ الدين من الر[ا]هن على فرض عدم أدائه من غيره، فإذا صار وكيلاً في بيع الرهن فتنصرف الوكالة إلى ما كان هو الغرض من الرهن هو كذلك، وهو البيع بعد المطالبة وعدم الأداء.

وما ذكرنا لا فرق فيه بين أن تكون الوكالة لازمة أو جائزة، ولا بين أن يكون الوكيل هو المرتهن أو الأجنبي إذا فرض كون وكالة الأجنبي أيضاً هو البيع لأجل أداء دين المرتهن.

وقد يستدلّ لإثبات اشتراط المطالبة في جواز البيع بوجه آخر، ولكنّه مختصٌّ بصورة كانت الوكالة جائزة سواء كان الوكيل هو المرتهن أو الأجنبي وهو أن نقول:

لا شك في أنه إذا كان الراهن عند رأس الأجل بصدد أداء الدين في الواقع وعَلم المرتهن بذلك فلا يجوز له البيع، وذلك لأنه إذا كان بصدد أداء الدين فلا يكون راضياً بالبيع، وكلّ وكالة أو أذن أو أمثال ذلك مما يكون المناط فيه هو الرضاء يرتفع آثاره بسبب العلم بارتفاع الرضاء.

وعلى هذا فتكون الصورة التي كان في الواقع غير راضٍ بالبيع خارجاً عن تحت إطلاق الوكالة.

فإذا شك في مورد خاصّ أن الموكل الخاص هنا راضٍ أم ليس براضٍ، فتصير الشبهة مصداقية ولا يجوز التمسك بإطلاق الوكالة لرفع الشبهة هنا. وذلك لعدم جواز التمسك بالإطلاق والعموم في الشبهات المصداقية.

/ ١٠٥١ / هذا كلّه في عدم جواز التمسك بالأصول اللفظية لدفع احتمال عدم الرضاءة واقعاً. وأما الأصول العملية أيضاً لا تثبت جواز البيع هنا بوجه من الوجوه:

أما أصالة عدم إرادة الأداء فمثبت حيث إنّ الأثر الشرعي مترتب على بقاء الرضاء، وعدم إرادة الأداء على فرض أن يكون من لوازم بقاء الرضاء يكون ترتب الرضاء عليها مثبتاً.

في أن استصحاب الإذن غير جارٍ كاستصحاب سائر الأحكام الشرعية

وأما أصالة بقاء الرضاء فليس موضوعه باقياً، وبيان ذلك أن الرضاء والإرادة وأشباه ذلك مما يكون متعلقاً بالأفعال التي يوجد في أجزاء الزمان يكون الزمان منوعاً لها، فوجود الرضاء بفعل في زمان لا يثمر في إثبات بقاء الرضاء في زمان آخر حيث إنّ الرضاء في الزمان الأول نوع، والرضاء في الزمان الثاني نوع آخر من الرضاء.

وكذلك كلّ حكم متعلق بالأفعال من قبيل وجوب الإكرام ووجوب الصوم وأشباه ذلك مما يكون متعلقاً بالأفعال.

نعم، إذا تعلق حكم بعين من الأعيان في زمان فلا مانع من استصحاب هذا الحكم لما بعد ذلك كالملكية وأشباه ذلك، فيجوز استصحاب الملكية لأنها متعلقة بالعين.

وأما أصالة بقاء الوكالة أو استصحاب الأحكام المترتبة على الوكالة من جواز البيع وأمثال ذلك، فغير جارٍ لعدم بقاء الموضوع.

أما استصحاب الآثار من جواز البيع لهذا الشخص فإن جواز / ١٠٥٢ / البيع كان لهذا الشخص باعتبار أنه كان وكيلاً، والمفروض أن وكالته فعلاً يكون مشكوكاً.

وأما استصحاب الوكالة فإن الوكالة إنما كانت على فرض كون الموكل راضياً،

ورضاؤه فعلاً يكون مشكوكاً.

فحصل ممّا ذكرنا أن الوكالة والإذن وأشباه ذلك إنما يجوز العمل بمقتضاها مادام المأذون والوكيل متيقّنين برضاء الموكل والآذن. وأما لو شكّا في الرضاء فلا يجوز لهما التصرف.

نعم، وردت أخبار في خصوص الوكيل من أنه لو شك في العزل يجوز التصرف له ويكون تصرفه ممضىً، ولو عزله واقعاً حين التصرف أيضاً، إلّا أنه لما يكون أصل الحكم مخالفاً للأصل من جواز التصرف في مال الغير نقتصر على القدر المتيقّن، وهو أن يكون جواز التصرف منحصراً بصورة كان الشك في العزل وإن يلزم الشك فيه للشك في الرضاء أيضاً إلّا أن القدر المتيقن من الأخبار إنما هو في صورة الشك في العزل، وأن يكون الشك فيه ملازماً للشك مع بقاء الرضاء.

ولا يفهم من هذه الأخبار أنه إذا شك في الرضاء يجوز التصرف.

إن قلت: كيف تقول بعدم جواز التصرف للوكيل والمأذون بمجرد الشك في الرضاء مع أن ذلك مخالف لسيرة العقلاء، بل كثيراً ما يكون المأذون شاكّاً في الرضاء حين الإذن / ١٠٥٣ / مع أن بناء تمام العقلاء على عدم الإعتناء بالشك؟

قلت: هذه سيرة الفسّاق، ولا اعتناء به.

أقول: أما السيرة فلا يمكن إنكارها، بل السيرة هنا يكون مثل السيرة على حمل فعل المسلم على الصحة.

وأما لو كان حين الإذن أيضاً شاكّاً في الإذن فلابدّ أن يحمل كلامه على الصحيح بمعنىٰ أنه مطابق لاعتقاده من أنه راضٍ لعلّنا نذكر وتفصيل ذلك في خاتمة الإستصحاب.

وأما دلالة الأخبار الدالّة على أن الوكيل يجوز له التصرف مع الشك في العزل على جواز التصرف مع الشك في الرضاء فقطعيّ.

وأما استصحاب الوكالة واستصحاب الأحكام المترتبة على الوكالة من جواز

التصرف، فلا محظور فيه.

وذلك نظير استصحاب الزوجية واستصحاب جواز الوطي مع الشك في الطلاق، والموضوع هو الوكيل أي ذات الوكيل. فإن التصرف كان له جائزاً وشك في زواله.

[الفرق بين الوكالة وجواز التصرف]

والفرق بين الوكالة وجواز التصرف أن جواز التصرف حكم تكليفي والوكالة حكم وضعي منتزع منه بناءً على التحقيق من أن الأحكام الوضعية منتزعة عن الأحكام التكليفية. وأما استصحاب الرضاء فيمكن الإشكال فيه، لكن لا من جهة ذكرها الأستاذ ـ سلّمه الله ـ، فإن ما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ قابل للإشكالات / ١٠٥٤ / لا مجال لإيرادها.

هذا كلّه، مع أن لنا أن ندعي بالنسبة إلى الوكيل أنه يجوز له التصرف وإن كان عالماً بأن الموكّل غير راضٍ بالتصرف مادام لم يعلم بالعزل، فإن عدم كونه راضياً غير العزل كما لا يخفىٰ.

[هل يجوز للمرتهن البيع لنفسه لو لم يكن وكيلاً؟]

المسألة الثانية في أنه لو لم يكن المرتهن وكيلاً، فهل يجوز له البيع بنفسه أم لابدّ له من رفع أمره إلى الحاكم؟

[رفع الأمر إلى الوليّ الحاكم]

نسب إلى أبي الصلاح[1] أنه قال بجواز البيع للمرتهن من دون رفع أمره إلى الحاكم. والمشهور على خلافه.

والقاعدة الكلية أنه كلّ من لم يكن له وليّ خاصّ فيكون الحاكم وليّاً له؛ لأنه

---

١) انظر الكافي للحلبي: ٣٣٥.

وليّ من لا وليّ له. وفي كثير من الموارد يكون الشك في ثبوت الوليّ الخاصّ كما فيما نحن فيه وكما في مسألة التقاصّ.

[الاستدلال على ولاية المرتهن]

وقال الأستاذ ـ سلّمه الله ـ: إن الحق أن المقاصّ هناك وليّ؛ وبالجملة لابدّ أن نلاحظ أن المرتهن هنا وليّ حتى لا يكون الحاكم وليّاً أم لا؟ فنقول: استدلّ لولاية المرتهن بوجهين:

الأول: أن مقتضىٰ عقد الرهن هو أن يكون المرتهن له ولاية على البيع عند رأس الأجل حيث إنّ الرهن كان لأجل الإستيثاق لاستيفاء ماله منه.

وأورد على ذلك بأنه يقتضي جواز بيع العين المرهونة لاستيفاء ماله في الجملة، ولا يدلّ على أن البايع يكون هو المرتهن.

الثاني: ما ورد في موثقة اسحاق بن عمّار[1] من أن المرتهن يبيعه.

وأورد على / ١٠٥٥ / ذلك من وجهين:

الأول: أن الأصحاب أعرضوا عن هذه الرواية.

والثاني: أنه معارض بأخبار تدلّ على أنه لا يبيعه المرتهن.

وأجيب عن الأول بأن الأصحاب إنما أعرضوا عن إطلاق الرواية ولم يعرضوا عن أصل الرواية حيث إنّهم يقولون بجواز البيع للمرتهن إذا لم يكن الحاكم في البين.

والسرّ في ذلك أنهم ذكروا في مسألة الخطاب الشفاهي وفي مسألة المطلق والمقيد أنه بناءً على أن لم تكن الألفاظ موضوعة[2] للإطلاق، بل إنما يثبت

---

١) وسائل الشيعة ٣٨٤/١٨، باب عدم جواز بيع الرهن إذا غاب صاحبه، ح ٢.

٢) في المخطوطة: موضوعاً.

الإطلاق بدليل الحكمة حيث إنّ الحكيم إذا كان بصدد البيان[١]، فإذا كان كلامه مقيداً بقيد لابدّ أن يذكره؛ لأن عدم ذكر القيد في مورد كان بصدد البيان يكون منافياً للحكمة إلّا أنه لو كان المخاطبون[٢] واجدين للقيد، فعدم ذكره لا يكون منافياً للحكمة.

فإذا علمنا أو احتملنا أن المخاطبين كانوا واجدين لقيدٍ، فلم نقدر هنا أن نثبت الإطلاق بمقدمات الحكمة حيث إنّ عدم ذكر القيد على فرض كون المخاطبين واجدين له غير منافٍ للقيد.

[في ولاية الأئمة عليهم السلام]

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: إن الأئمة عليهم السلام لم يكونوا مبسوطي[٣] اليد إلّا في قليل من الأزمنة، وعلى فرض عدم كون الحاكم مبسوط اليد بحيث لا يمكنه البيع ولا إجبار الراهن ولا الإذن للمرتهن حيث إنّه تترتب /١٠٥٦/ عليه الخصومات، يجوز البيع للمرتهن.

وعلى هذا نقول: إذا فرضنا أن حكّام الشرع صاروا مبسوطي اليد بحيث يمكنهم بعض التصرفات الغير المنافية لأمر السلطان، فلا يجوز أنه يقال: إن في هذا الزمان أيضاً يجوز البيع للمرتهن مطلقاً لأجل خبرٍ دلّ على جواز البيع له، وكان الخبر صادراً عن الإمام في زمان لم يكن الحاكم مبسوط اليد مع أن المفروض احتمال أن يكون جواز البيع للمرتهن مشروطاً بعدم كون الحاكم مبسوط اليد، ومع أن المفروض أن إطلاق المطلقات إنما يكون ثابتاً بدليل الحكمة؛ فلا تغفل.

---

١) في المخطوطة: بسدد.

٢) في الأصل: المخاطبين.

٣) في الأصل: مبسوطين.

وأجيب عن الثاني بأن الأخبار الدالّة على عدم جواز البيع له لابدّ أن تطرح أو تؤ[وّ]ل بأن تحمل على الكراهة كما أن في بعض الأخبار يكون الشاهد على ذلك موجوداً. وأيضاً لإعراض الأصحاب عنها.

إن قلت: إن الأصحاب إنما أعرضوا عن إطلاق هذه[1] الأخبار، وإلّا فالعمل على طبقها في الجملة موجود حيث إنّهم يقولون بعدم جواز البيع في صورة وجود الحاكم.

قلت (أقول): إن الأخبار الدالّة على المنع من البيع ثلاثة: إثنان منها يدلّ على أنه لا يباع الرهن، وإطلاقهما مقتض لعدم جواز البيع للحاكم أيضاً. وهذان الخبران مخالفان لمقتضىٰ عقد الرهن، وظاهرهما مما لم يقل /١٠٥٧/ به أحد.

وواحد منها يدلّ على أن البيع مكروه على المرتهن كما هو ظاهر سياقه. وهذا يصير قرينة على أن المراد من الخبرين الأولين أيضاً هو الكراهة بعد أنه لم يكن إبقاؤهما على ظاهرهما.

---

١) في الأصل: هذا.

في ولاية الحاكم

المسألة الثالثة في أنه بعد ما علم من أنه لا يجوز البيع للمرتهن ابتداءً بل لابدّ له من رفع أمره إلى الحاكم بعد تحقق الإمتناع، فحينئذٍ بعد تحقق الإمتناع عند الحاكم أيضاً هل يكون للحاكم أن يبيع عليه من أول الأمر، أو أنه لابدّ من حبسه أولاً، ثمّ البيع عليه بعد ذلك، أو أنه مخيّر بينهما؟

مقتضىٰ الأصل الأولي أن لا يكون له ولاية على البيع من أول الأمر.

وأما الحبس فإن جوّزناه من باب النهي عن المنكر، فحينئذٍ يحبسه أولاً ثمّ يبيع حيث إنّ الولاية بعد ذلك ثابتة.

وأما لو لم نقل بجواز الحبس أو غير ذلك فيصير حكم ذلك معطلاً نظير صورة يكون الراهن قاهراً.

[السياسات ثابتة للنبي والأئمة عليهم السلام]

ولما كانت مسألتنا جزءً من جزئيات مسألة ولاية الحاكم، فلا بأس أن نذكرها حتى يعلم حكم ما نحن فيه أيضاً، فنقول: إن التصرفات تارة تكون سياسات دنيوية من قبيل تخريب عمارة أو تعميرها وجعل شخص والياً أو أمر العسكر وغير العسكر بالمشي من طرف وأشباه ذلك.

وتارة تكون سياسات في الأحكام الشرعية بمعنىٰ أنه يجري الأحكام الشرعية ويلزم الممتنع عن الحقوق والأحكام المجعولة في الشريعة.

ولا يخفىٰ أن السياسات /١٠٥٨/ سواء كانت في إجراء الأحكام أو في الأمور

الدنيوية بأقسامها ثابتة للنبي صلى الله عليه وآله والوصيّ عليه السلام لقوله تعالى ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾[١] ولقوله صلى الله عليه وآله «ألست أولى بكم من أنفسكم»[٢] وقوله صلى الله عليه وآله «من كنت مولاه فهذا عليّ عليه السلام مولاه»[٣].

[ادعاء ثبوتها للنائب العام]

ونسب إلى صاحب العوائد[٤] أنه ادعىٰ ثبوت هذا النوع من الولاية للنائب العام أعني العلماء الأعلام.

ونحن نقول: إن السياسات الدنيوية ثبوتها للنائب في محل الإشكال.

[السياسة في إجراء الأحكام]

وأما السياسة في إجراء الأحكام فيتوقف توضيح حالها على بيان أدلتها، **فنقول:** إنه استدلّ على ثبوت هذا النوع من السياسة للنائب بأخبار لا تدلّ على المطلوب إلّا خبر واحد منها، وهو قوله «السلطان وليّ الممتنع»[٥].

وأما قوله عليه السلام «الحاكم وليّ من لا وليّ له»[٦] فلا يثبت السياسة للحاكم، وإنما يثبت له حكم وضعيّ، وهو جواز التصرف في أموال الصغير وشبهه بحيث يصير بيع الحاكم كبيع المالك.

---

١) النساء: ٥٩.

٢) التوحيد للشيخ الصدوق: ٢١٢، بيانه في تفسير اسماء الله تعالى؛ الخصال: ٣١١، باب الخمسة، ح ٨٧.

٣) المصدر السابق، مع أن هذا هو حديث الغدير المتواتر نقله عند أجلة الأصحاب. فراجع الغدير للعلامة الأميني قدس سره الشريف، المجلد الأول.

٤) عوائد الأيام: ٥٢٩.

٥) لم نعثر عليه في رواية، لكن انظر كتاب المكاسب ٢١٧/٦ وسيصرّح المؤلف قدس سره بذلك.

٦) خلاصة عبقات الأنوار ٢١٢/٩، وفيه: «قال صلى الله عليه وآله: السلطان ولي من لا ولي له».

وبيان دلالة قوله «السلطان وليّ الممتنع»* على المطلوب ـ على فرض كون هذا الكلام من الأخبار المرسلة كما قيل ـ بأن نقول: إن المراد من الوليّ أن للسلطان ولاية وتسلطاً على الممتنع بالنسبة إلى بدنه وماله، فيثبت له الحكم الوضعي من جواز بيع ماله والحكم التكليفي من أن له إجبار الممتنع والتي تكون شاهدة على أن قوله «وليّ الممتنع» يدلّ على ثبوت الحكم الوضعي أيضاً وجوه:

الأول: مادة لفظ الوليّ.

الثاني: أنه لو كان المراد مجرّد جواز الإجبار للسلطان على الممتنع فلم يكن وجه لتخصيص ذلك بالسلطان؛ لأن الإجبار يجوز لكلّ أحد من باب الأمر بالمعروف، فاختصاصه بالسلطان / ١٠٥٩ / يكشف من أن المراد من الولاية ما يكون شاملاً للحكم الوضعي أيضاً.

الثالث: في أنه لا شك أنه بعد الإجبار لو امتنع أيضاً يكون السلطان مسلطاً على البيع باتفاق العلماء. ولا دليل له سوى ذلك.

فلابدّ أن تكون هذه الرواية دالّة على ثبوت الحكم الوضعي.

وبعد ما كانت دالّة وصارت معناها أن السلطان مسلّط على مال الممتنع وبدنه، فحينئذٍ تكون دالّة على ثبوت الحكم الوضعيّ والتكليفي للحاكم في عرض واحد.

فمن يقول بأن ثبوت جواز البيع له إنما هو بعد الإجبار، فنقول: إن ذلك تقييد في الرواية، ولابدّ له من دليل.

ولما لم يكن شاهداً للتقييد، فنقول بأن السلطان مخيّر بين الإجبار والبيع كما هو ظاهر الشرايع.

وقد يقال: إن جواز الإجبار إجماعيّ إما معيّناً أو مخيراً بينه وبين البيع، فلابدّ أن يأخذ بالقدر المتيقّن، وهو الإجبار أولاً، ثمّ البيع ثانياً.

---

*) *هذا ليس بخبر لأنه ليس مذكوراً في شيء من كلماتهم. ولعلّه عبارة الفقهاء كما اعترف الأستاد بذلك. (منه قدس سره).*

أقول: وفيه أنه لا معنىٰ للزوم الأخذ بالقدر المتيقن مع فرض أن يكون الإطلاق موجوداً في البين.

وقد يقال: إن الإجبار هنا غير ممكن.

وتوضيح ذلك أن الأمور التي يتصرف فيها الحاكم تارةً لا يمكن له الإجبار بل [...] له من المباشرة كالتصرف في أموال اليتيم والمجنون والسفيه وأشباه ذلك.

وتارة لا يمكن المباشرة، ولكن الإجبار يكون ممكناً، فحينئذٍ تعيّن الإجبار. وذلك كالممتنع من أداء الصلاة ومن أداء حقّ المضاجعة وأشباه ذلك.

وتارة لا يمكن المباشرة ولا يمكن الإجبار أيضاً كالممتنع عن حق الناس إذا كان الممتنع قاهراً. فهنا لابدّ أن يتعطّل الحكم.

وتارة يمكن الإجبار والمباشرة. وهنا يكون / ١٠٦٠ / مورد التخيير.

ولكن ما نحن فيه يكون من القسم الأول أعني ما لا يمكن الإجبار فيه، وذلك لأن الإجبار غاية الأمر أن يصير سبباً لأن يتكلّم بصيغة البيع، وليس مجرد صيغة البيع بيعاً، بل لابدّ فيه من الرضاء والقصد بحصول مضمون الصيغة، ولا يمكن الإجبار فيهما.

وعلى هذا فيدور الأمر بين رفع اليد عن اشتراط الرضاء والقصد في البيع أو رفع اليد عن لزوم صدور العقد عن المالك، ولابدّ أن نقول برفع اليد عن اشتراط الرضاء والقصد في العقد؛ لأنهما صفتان للعقد.

وصدور العقد عن المالك عبارة عن أصل الموصوف.

وفي مقام دوران الأمر بين رفع اليد عن الموصوف أو الصفة لابدّ أن ترفع اليد من الصفة، ونقول بعدم اشتراط الرضاء في العقد.

وأورد على هذا بأنه ليس الأمر دائراً بين رفع اليد عن الموصوف أو الصفة، بل الأمر دائر بين رفع اليد عن مقتضىٰ الأصل اللفظي وهو ما دلّ على شرطية الرضاء وبين رفع اليد عن أصل عمليّ، وهو رفع اليد عما هو مقتضىٰ الأصل العملي من

لزوم صدور البيع عن المالك. وكون ذلك مقتضىٰ الأصل[١] العملي باعتبار أن مثل قوله تعالىٰ ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٢] لا يشمل إلّا العقد الصادر عن المالك، فلا يكون دليلاً على [٣]صحة العقد الصادر من غير المالك.

وعلى هذا فقوله ﷺ «لا بيع إلّا في ملك»[٤] يكون إرشادياً.

وإذا صار عدم صحة العقد الصادر من غير المالك لا لأجل فقدان شرط من شروط العقد، بل لأجل أن الأصل عدم كونه سبباً للنقل، فحينئذٍ نقول: إنه لابدّ إما من رفع اليد من هذا الأصل الدالّ على أن البيع الصادر من غير المالك ليس سبباً للنقل / ١٠٦١ / وإما من رفع اليد عمّا دلّ على اشتراط طيب النفس في العقد.

ولمّا كان دليل الشرطية لفظياً فيكون مقدماً على ما يكون ثبوته من باب عدم الدليل على الوجود الذي يعبر عنه بالأصل العملي.

وعلى هذا فلابدّ أن نقول بجواز البيع للحاكم من أول الأمر، ولكن فيه أن ذلك الإجبار معيناً من أول الأمر أو يكون مخيّراً بينه وبين البيع.

أقول: وفي هذا الكلام موارد للنظر:

الأول: أن ما قاله من أن قوله «**السلطان وليّ الممتنع**» يدلّ على ولاية للحاكم، ففيه أولاً: أنه غير معلوم كونه رواية.

وثانياً: على فرض كونه رواية يكون مرسلاً، وقول المشهور غير معلوم أن يكون مستنداً بذلك حتى يصير مجبوراً بعمل الأصحاب.

وثالثاً: أن هذا الحكم مختصٌّ للسلطان، وهو الإمام. وثبوت الولاية من جميع الجهات له ليس محل الإشكال، وإنما الإشكال في نوّاب الإمام. والقدر المتيقن

---

١) في المخطوطة: أصل.

٢) المائدة: ١.

٣) في المخطوطة: دليل.

٤) عوالي اللئالي ٢٤٧/٢، باب المتاجر، ح ١٦ وفيه: «تملك».

إنما هو ثبوت جواز الحكم بين الناس لهم بدليل مقبولة عمر بن حنظلة وأشباه ذلك.

نعم، لو تمّ الإجماع على ولاية الحاكم في أشباه ما نحن فيه أو دلّ خبر آخر فبها، وإلّا فلا نسلّم ثبوت الولاية له إلّا بالنسبة إلى ما لا وليّ له كمال الغائب وأشباهه لو لم تكن خدشة في دليلهما أيضاً.

الثاني: أن ما قال من أن الإجبار على البيع غير ممكن، **فيه**: أنه لا محظور فيه لما ذكرنا في كتاب البيع من أن بيع المكره صحيح بمقتضىٰ القاعدة، وأن الرضاء وطيب النفس للمكره موجود حيث إنّ الرضاء الذي يكون شرطاً في العقود* ليس عبارة عن ال[1] ميل النفساني الذي / ١٠٦٢ / لا يكون موجوداً في غالب المعاملات؛ لأن الإنسان كثيراً ما يصير محتاجاً فيبيع كثيراً من الأشياء التي يكون كارهاً من بيعها، ولا إشكال في صحة مثل هذا البيع.

وعلى هذا، فلابدّ أن يكون المراد من طيب النفس الذي يكون شرطاً هو الرضاية الحاصلة، ولو كان الرضاء بذلك لأجل دفع ضرر وأشباه ذلك.

وعلى هذا نقول: إن الحاكم يحبس الممتنع فيصير راضياً بالبيع لأجل دفع ضرر الحبس عن نفسه، وإن لم يصر راضياً. فلا يثمر مجرد التكلم بالصيغة، ويصير حكمه حكم صورة لم يتكلم بالصيغة أيضاً.

الثالث: أن ما قال من أن قوله ﷺ «**لا بيع إلّا في ملك**» يكون إرشادياً محضاً، فسيأتي منه بُعَيد ذلك ـ إن شاء الله ـ ما ينافيه.

---

*) *ناقشنا على ذلك في بيع المكره. (منه قدس سره).*

١) في المخطوطة: ميل.

ولاية عدول المؤمنين

المسألة الرابعة في أنه لو كان الحاكم مفقوداً أو لم يكن له بسط اليد فهل يقيم عدول المؤمنين مقامه أم لا؟

فنقول: أما في خصوص مسألتنا فلا إشكال في أنه بعد فقد الحاكم يبيع المرتهن لما سبق من أن الرواية قد دلّت على جواز البيع للمرتهن، وقد سبق أنه لو ثبت في موردٍ ولاية خاصة فيرفع موضوع ولاية الحاكم ومن يقوم مقامه من عدول المؤمنين من البين.

وقد تقدم أن أبا[1] الصلاح عمل بهذه الرواية. فقال بتقدم ولاية المرتهن على ولاية الحاكم إلّا أنه قد ذكرنا سابقاً أن الأصحاب قد أعرضوا عن إطلاق هذه الرواية، فلذا قلنا بتقدم ولاية الحاكم، ولكن بعد فقدان الحاكم لمّا لم يثبت إعراض عن هذه الرواية فنأخذ بها، فنقول: إنه وليّ بعد فقدان الحاكم.

هذا كلّه في حكم خصوص مسألتنا، وأما حكم مطلق ذي الحق الذي يرفع أمره إلى الحاكم إذا فرض كون الحاكم مفقوداً فهل يقيم عدول المؤمنين مقام الحاكم أم لا؟ ففيه إشكال.

وليس وجهه / ١٠٦٣ / أنه ليس للعدول ولاية على شيء من الأمور أصلاً؛ لما ذكر في محله أنه يفهم من كثير من الأخبار المتفرقة أن لهم ولاية على بعض الأمور الحسبية كبيع مال الغائب أو الصغير وكلّ من لا وليّ له، بل لأنه لم يفهم من الأخبار ما يدلّ على ثبوت سياسة من السياسات للعدول، والولاية على الممتنع

---

١) في المخطوطة: أبي.

من أقسام السياسات ولم يثبت لهم ذلك.

وقد يقال بثبوت الولاية لهم من باب الأمر بالمعروف.

وفيه: أولاً أن الأمر بالمعروف لم يثبت أزيد من أنه يجوز للمؤمنين ضربه وحبسه وأشباه ذلك.

وأما لو امتنع عن البيع بعد ذلك أيضاً فلا يدلّ ذلك على جواز أن يبيع المؤمنين ماله كما كان ذلك للحاكم.

وثانياً لا اختصاص لذلك بالمؤمنين لأن الأمر بالمعروف واجب للفساق أيضاً.

وقد يقال بثبوت الولاية لهم بأدلة الحرج والضرر.

وجه الإستدلال أنه لو لم يكن هنا جائزاً وكان حكم عدم جواز البيع ثابتاً هنا، فيكون هذا الحكم منشأ للضرر على ذي الحق، ويكون ذلك حرجاً[1] عليه.

لا يقال: إن أدلة العقود لا تشمل[2] صورةً صدر العقد عن غير المالك، ويكون بطلان بيع غير المالك على هذا بمقتضىٰ الأصل من أنه لم يوجد في البين سبب النقل، وليس البيع من غير المالك سبباً للنقل. وأدلة الضرر لا تدلّ على أنه إذا كان في عدم جعل شيء سبباً للنقل ضرراً، فلابدّ أن يكون هذا الشيء سبباً.

نعم، لو قلنا إن العمومات الدالّة على اعتبار الأسباب نظير قوله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وأشباه ذلك تشمل / ١٠٦٤ / صدور العقد من المالك وغيره، وقوله ﷺ «**لا بيع إلّا في ملك**» يكون دليلاً على شرطية المباشرة للمالك في البيع، فعلى هذا نقول:

إن كون المباشرة للمالك شرطاً فيما نحن فيه يصير موجباً للضرر، فلابدّ أن يكون هذا الحكم ـ وهو اشتراط المباشرة ـ مرفوعاً عن الدين وغير ثابت في الإسلام لأنا نقول: لا إشكال في أن المباشرة من المالك ليس شرطاً في البيع.

ذلك لدلالة أدلة الوكالة والفضولي على عدم اشتراط المباشرة؛ غاية الأمر أن

---

١) في الأصل: حرج.

٢) في الأصل: لا يشمل.

الإجازة أو الإذن أو أشباه ذلك يكون شرطاً، فنقول: إن كون الإجـازة أو الإذن شرطاً فيما نحن فيه يكون موجباً للضرر، فلابدّ أن لا يكون شرطاً.

أقول: هذا حال أدلة الضرر وكذلك أدلة الحرج، إلّا أنه يرد على أدلة الحرج إشكالان:

الأول: أنه ليس هنا حرج، وذلك لأنه لو رفع ذو الحق[1] يده عن حقّه فليس عليه شيء إلّا أنه ضرر عليه، وأدلّة الحرج إنما يتمسك بها في مورد كان في البين تكليف فيه مشقة ولا يمكن الفرار منه؛ فافهم.

الثاني: ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّا لا نسلّم اعتبار قاعدة الحرج، وذلك لأن مثل قوله تعالى ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حـرج**﴾[2] يكون في مقام بيان الحكمة.

أقول: ولابدّ أن يكون مراده بيان الحكمة بلحاظ أغلب الأحكام حيث إنّه ليس فيها حرج، ولكن فيه أن هذا منافٍ للأخبار الخاصة الواردة في قاعدة الحرج، مع أن الحمل على بيان الحكمة الغالبية خلاف الظاهر.

بل الظاهر أنها إما أن يكون متعرضاً لحال سائر الأدلة ويكون بصدد بيان أن الأحكام التي كان مقتضىٰ إطلاق أدلتها أن يكون ثابتة إذا كان / ١٠٦٥ / فيها حرج، فيكون مرفوعة.

وعلى هذا تكون أدلة الحرج حاكمةً على سائر الأدلة.

وإما أن يكون بصدد بيان الواقع من أنه ليس في الواقع حكم حرجيّ فـيصير إطلاقها معارضاً مع إطلاق الأدلة، ولو كان مفاد أدلة الحرج أن لا يـضيّقوا عـلى أنفسكم كما نسب هذا المعنىٰ إلى المحقق القمي (ره)؛ فافهم.

المسألة الخـامسة في أنه [هل] يجوز البيع لصاحب الحق مقدماً على الحاكـم

---

١) في الأصل: ذي الحق.

٢) الحج: ٧٨.

وعدول المؤمنين أو مؤخراً عنهما أم لا؟

فنقول: إن المديون تارة يكون باذلاً. وحينئذٍ لا يجوز التقاصّ عن ماله.

وتارة يكون مماطلاً. وحينئذٍ بالإتفاق يجوز التقاصّ له. ولا يحتاج التقاصّ إلى إذن الحاكم بناءً على ما اختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ ويكون مقدماً على الحاكم وغيره.

وتارة يكون ممتنعاً وهُنا يقول المشهور بعدم جواز التقاصّ.

ولكن عن صاحب الجواهر[1] نقل أنه يقول في كتاب القضاء: إن أدلة التقاصّ تشمل صورة يكون المديون ممتنعاً، ولا وجه لاختصاصها بالمماطل.

وعلى هذا نقول: لو قلنا بجواز التقاصّ بالنسبة إلى الممتنع، فحينئذٍ إن المرتهن وإن كانت ولايته مؤخرةً عن ولاية الحاكم باعتبار كونه مرتهناً ولكن لا مانع من أن تكون ولايته مقدمةً على ولاية الحاكم من حيث كونه مقاصاً؛ فافهم.

---

١) انظر جواهر الكلام ٣٩١/٤٠.

في أحكام الرهن

[لزوم الرهن للراهن]

قال في الشرايع[1]: المقصد الثاني فيأحكام متعلقة / ١٠٦٦ / بـالرهن. الرهـن لازم من جهة الراهن.

أقول: لابدّ أن نذكر هنا لأجل توضيح هذا المطلب أمور[اً]:

الأول: في أن مقتضىٰ الأصول اللفظية والعملية في العقود هل هي اللزوم أم لا؟

أما مقتضىٰ الأصول اللفظية فالمشهور بين الفقهاء هو اللزوم لقوله تعالى ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾.

والكلام في هذه الآية يقع في مقامات:

في معنى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾

منها: أن المراد بوجوب الوفاء بالعقود هل هو عقد الولاية كما ورد في بعض الأخبار على ما نقل.

أو عقود الجاهلية كما نسب ذلك إلى التفسير.

أو عقود الأحكام أي الإلتزام بالأحكام بواسطة التديّن بأصل الدين.

أو أن المراد هو العقود والعهود المتعارفة بين الناس.

والمقصود هنا ليس في تعيين معنى الآية من هذه الجهة، بل المقصود هنا أنه بعد البناء على أن المراد هو العقود المتعارفة بين الناس هل تدلّ[2] هذه الآية على

---

١) شرائع الإسلام ٣٣٧/٢.

٢) في الأصل: يدلّ.

أن الأصل في العقود هو اللزوم أم لا؟

ولا شك أن الظاهر البدوي من الآية إفادة اللزوم لأنها تدلّ على وجوب الوفاء بمقتضىٰ كلّ عقد من العقود إلّا أنه نسب إلى صاحب المسالك أنه ينقل في كتاب المكاتبة عن العلامة بلفظ قيل من أنه لو بنينا على ظاهر الآية فيلزم ورود التخصيص الكثير على الآية، فلابدّ أن تحمل الآية على معنى أعمّ من وجوب الوفاء حتى لا يلزم التخصيص.

وعلى هذا الكلام من العلامة (ره) أورد من وجهين:

أحدهما: ما ذكره صاحب المسالك بعد نقله كلام العلامة ـ كما نسب إليه ـ من أنا نحمل الآية على ظاهرها ونخصّصها بالعقود الجائزة.

/ ١٠٦٧ / ونحن نقول: إن ورود هذا الإيراد على العلامة يتوقف على بيان ما يحتمل أن يكون مراده من قوله «إنا نحمل الآية على معنى أعمّ من الوجوب» فنقول: إنه يحتمل أن يكون مراده أحد الأمرين:

الأول: أن يكون المقصود حمل قوله تعالى ﴿أوفوا﴾ على الوجوب الإرشادي يعني أن الآية ليست بصدد بيان حكم تكليفيّ مولويّ، وإنما المقصود بيان لزوم الوفاء بكلّ عقدٍ بأن يؤخذ بكلّ عقدٍ على الوجه الذي يكون ذلك العقد عليه بمعنىٰ أنه لو كان لازماً فلابدّ أن يبنىٰ على لزومه، وإن كان جائزاً فلابدّ أن نبني على جوازه. فلم يفهم مطلب جديد من هذه الآية كما هو شأن الأوامر الإرشادية.

ثمّ إنه لو كان مراد العلامة هذا، فحينئذٍ لابدّ أن نلاحظ أن هذا المعنىٰ يكون أقرب أو أن الأقرب هو الحمل على الوجوب المولوي وارتكاب التخصيص بالنسبة إليه فيكون الأمر دائراً بين خلاف ظاهرين: حمل الأمر على الإرشادي أو ارتكاب التخصيص.

في أن الأصل في الجمل الخبرية هو الحمل على الإنشاء[١] أم لا

ولتوضيح أن أيّ واحد من هذين ـ اللذين هما خلاف الظاهر ـ يكون مقدّماً يناسب ذكر مقدمة، وهي أنه قد تقدم أنه إذا دار الأمر بين حمل الجملة الخبرية على مجرد الإخبار أو حمله على الإنشاء حتى يصير بياناً للحكم الشرعي فهنا قد تقدم أن المحقق الخوانساري وتابعيه يقولون بلزوم الحمل على الإنشاء؛ لأنه ليس شأن الشارع إلّا بيان الأحكام الشرعية.

ولذا يقولون: إن مثل [خبر] «أبوذر لا يكذب»[٢] مثلاً، لابدّ أن يحمل على أنه يجب تصديق قوله.

وكذلك قوله تعالى ﴿ لا يمسه إلّا المطهرون ﴾[٣] لابدّ أن يحمل على حرمة / ١٠٦٨ / المسّ على غير المتطهرين.

وكذلك قوله تعالى ﴿ وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً ﴾[٤] إلى غير ذلك.

وأورد عليه بأنه أمّا النبيّ ﷺ والأئمة فكانوا كسائر الناس من أنهم عليهم السلام يتكلّمون عن كلّ شيء سواء كان من الأحكام أو الأمور العرفية أو غير ذلك، بل الغالب من كلماتهم في غير بيان الأحكام.

وأما القرآن فيشمل على أمور: منها الأحكام ومنها القصص إلى غير ذلك، فلا وجه لأن يحمل كلامهم في صورة الشك على بيان الأحكام مع أن الأغلب من كلماتهم في غير بيان الأحكام.

نعم، ربما تقوم قرينة خارجية على أنهم كانوا بصدد بيان الحكم كما في مثل

---

١) في المخطوط: الإنشائية. ولفظة «الإنشاء» مصدر لا يحتاج إلى جعل المصدر الصناعي مرة أخري. وكم له من نظير في تعبيرات المؤلف قدّس سره الشريف.

٢) علل الشرائع ١/١٧٦ ـ ١٧٨، باب علة التي من أجلها قال رسول الله ﷺ: ما اظلت الخضراء ولا أقلت الغبراء على ذي لهجة اصدق من أبي ذر، ح ١ و ٢.

٣) الواقعة: ٧٩.

٤) الفرقان: ٤٨.

قوله تعالى ﴿ لا يمسّه إلّا المطهّرون ﴾ حيث إنّ الأخذ بالظاهر موجب للكذب لما نرىٰ أن الكفار يمسّونه، ومثل قوله ﷺ «ما لا يدرك كلّه لا يترك كلّه»[1].

هذا كلّه لو دار الأمر بين الحمل على الإخبار أو الإنشاء[2]. وأما لو علم كون الكلام إنشاءً إلّا أنه لا نعلم أنه بصدد تأسيس حكم أو أنه يكون في مقام التحريك إلى الأحكام التي بيّنها أولاً حتى يكون الأمر توكيداً وإرشاداً، فهنا لابدّ أن يحمل على التأسيس.

في أن الأصل هو الحمل على المولوية في الأوامر أم لا

وقال الشيخ في مسألة البراءة في مقام الجواب عن أخبار الإحتياط بأنها محمول على الإرشاد.

ونحن نقول: إنه لا وجه للحمل على الإرشاد بعد إمكان حملها على المولوية حيث إنّها ليس مثل قوله تعالى ﴿ أطيعوا الله ﴾[3] حيث لا يجوز إلّا أن يكون إرشاداً.

اللهمّ إلّا أن يقال: إن الحمل على الإرشاد إنما هو لأجل احتفافها بقرائن موجبة لذلك، لا لأجل أنه بمجرد إمكان الحمل على الإرشاد يكون الكلام محمولاً على الإرشاد.

وإذا عرفت أن الحمل على الإرشاد يكون / ١٠٦٩ /على خلاف الأصل، فحينئذٍ لو دار الأمر بين التخصيص والإرشاد كما فيما نحن فيه، فحينئذٍ لا يخفىٰ [أنّ] لنا أصولاً في مقام حمل اللفظ على المعنىٰ من أصالة عدم التقييد وأشباه ذلك من الأصول التي تجري لأجل تعيين مدلول اللفظ، ولنا أصول أخر في مقام تعيين

---

١) عوالي اللئالي ٥٨/٤، في أحاديث متفرقه، ح ٢٠٧.

٢) في الأصل: الإخبارية أو الإنشائية.

٣) النساء: ٥٩.

جهة الكلام من أصالة عدم كونه تقية ومزاحاً وإرشاداً.

وإذا دار الأمر بين رفع اليد من واحد من الأصول التي تجري لتعيين مدلول اللفظ فيتعرضون حكمها في باب تعارض الأحوال وفي مسألة التعادل والترجيح.

وأما إذا دار الأمر بين رفع اليد من واحد من الأصول الجهتية وواحد من الأصول اللفظية، فلم يتعرّضوا لحكم ذلك.

نعم، ذكر الشيخ[1] في باب التعادل والترجيح مثالاً واحداً من هذا القبيل، وهو ما إذا دار الأمر بين حمل الكلام على التقية أو ارتكاب تصرفٍ في دلالته. ورجّح الثاني. وعلى هذا يكون ارتكاب التخصيص فيما نحن فيه مقدماً.

هذا، مع أنّه لو حمل على الإرشاد فيما نحن فيه، فلابدّ أن يحمل الأمر على المعنىٰ الأعمّ من الوجوب والندب؛ إذ لو كان المراد هو خصوص الوجوب لما صحّ تعلّق الأمر الوجوبي الإرشادي بالعقود الجائزة، بل لابدّ أن يراد معنىٰ أعمّ من الوجوب الإرشادى ومجرد الرخصة.

وهذا المعنىٰ غير موجود لصيغة الأمر.

الثاني: أن يكون مراد العلامة (ره) أن الأمر هنا يحمل على مجرد الرخصة، فيصير حاله حال ﴿أحلّ الله البيع﴾[2] من أنه يدلّ على الترخيص، ويستتبعه[3] حكم وضعي.

وعلى هذا نقول: إن العلم التفصيلي بكون بعض العقود جائزة صار سبباً لارتكاب / ١٠٧٠ / واحد من خلاف الأصلين: إما من رفع اليد من أصالة عدم التخصيص في العقود وإما من رفع اليد من أصالة عدم المجاز في قوله تعالى

---

١) انظر فرائد الأصول ١١/٤.

٢) البقرة: ٢٧٥.

٣) في الأصل: يستتعه.

﴿أوفوا﴾[١].

ولا يخفىٰ أنه في مقام دوران الأمر بين التخصيص وسائر المجازات يكون التخصيص مقدماً على الجميع.

وثانيهما: ـ أي الثاني مما أورد على العلامة[٢] (ره) ـ ما ذكره الشيخ[٣] في أول الخيارات، فإنه ينقل كلامه معبّراً عنه بلفظ «قيل» بأن معنىٰ وجوب الوفاء بالعقد [هو] العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز.

ثمّ يورد عليه بأن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع.

نعم، وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يص[ي]ر بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد مساوياً للزوم.

ونحن نقول: إن عبارة العلامة إن كانت كما ذكره الشيخ فيكون إيراد الشيخ وارداً عليه، وإن كانت عبارته بنوع نقلناها عن صاحب المسالك[٤]؛ فقد عرفت حاله أيضاً.

هذا كلّه في أن الأصل في العقود هو اللزوم بمقتضىٰ الأصول اللفظية.

في عدم جريان الإستصحاب في الأحكام الشرعية

وأما بمقتضىٰ الأصول العملية فقال الأستاذ: إن العقود مختلفة، فبعض منها يصير سبباً لإحداث صفة واقعية نظير الملكية والزوجية أو صفة اقتراحية من العرف تكون تلك الصفة موضوعاً[٥] لحكم الشارع تترتب عليه الآثار، وبعض منها

---

١) المائدة: ١.

٢) مختلف الشيعة ٦/٢٥٥.

٣) كتاب المكاسب ٥/١٨.

٤) مسالك الأفهام ٦/٩٠.

٥) في الأصل: موضوع.

لا يصير سبباً لإحداث صفة بشيء من الوجهين، بل لا يكون هناك إلّا أمور انتزاعية كالعقود الإذنية نظير الوكالة.

ففي القسم الأول تستصحب الصفة المحدثة من العقد فيصير مقتضاه اللزوم، وفي القسم الثاني لا توجد هناك صفة / ١٠٧١ / تكون موضوعاً لحكم الشارع حتى تستصحب، والإستصحاب في نفس الأحكام أيضاً غير جارٍ كما حقّقنا ذلك عند نقل كلام[1] الفاضل التوني في الإستصحاب.

أقول: لا يخفىٰ أن إحداث صفة بواسطة العقد مبنيّ على ثبوت جعل الأحكام الوضعية، وقد أبطلنا كون الأحكام الوضعية مجعولة في مسألة الإستصحاب.

نعم، جريان الإستصحاب في نفس الأحكام لا محظور فيه؛ لأنه فرق بين جريان الإستصحاب في نفس الأحكام الكلية حيث إنّه يرجع إلى الشك في المقتضي وبين جريان الإستصحاب في الأحكام الناشية من العقد، فإنها بنفسها تكون فيها ما يقتضي البقاء لو لم يتحقق في البين رافع من فسخ أو أشباه ذلك.

وعلى هذا فلو بنينا على أن الإستصحاب يكون غير جارٍ مع الشك في المقتضي ـ بناءً على مذهب الأستاد ـ نقول: إن الإستصحاب في هذه الأحكام ليس مع الشك في المقتضي كما اعترف الأستاد بذلك سابقاً والظاهر نه نسيه هنا؛ فافهم.

---

١) في الأصل: الكلام.

تنبيه

في بيان معنى وجوب الوفاء بالنسبة إلى العقود وأن المراد به أيّ شيء

ويختلف معنى أصالة اللزوم في العقود بواسطة الإختلاف في معنىٰ وجوب الوفاء.

فقد يقال: إن كلّ عقد من العقود يقتضي شيئاً كالزوجية والملكية وأشباه ذلك. وعلى هذا فقد يقال: إن معنىٰ اللزوم في العقود هو الحكم ببقاء ما يقتضيه العقد، ولا يدلّ على أن المقتضي أثره هو اللزوم أو الجواز.

مثلاً إذا شككت في بقاء مقتضي الوعدة فاحكم ببقائه، ولكن لا يلزم أن يكون مقتضىٰ الوعدة وجوب / ١٠٧٢ / العمل على طبقه، بل لعلّ أثر المقتضي هو استحباب العمل على طبقه.

وعلى هذا المعنىٰ يلزم التخصيص الكثير؛ لأن كلّ عقد يكون قابلاً لرفع مقتضاه بالفسخ أو التقايل، فلا يبقىٰ في تحت العام إلّا الإيقاعات.

ولذا قد يقال: إن معناه هو لزوم الوفاء إن كان مقتضىٰ العقد ـ كالزوجية مثلاً ـ موجوداً، ولا يدلّ على أن الزوجية أيضاً موجودة أم لا، بل يكون مهملاً من هذه الجهة.

وعلى هذا، فقد يشكل الأمر أنه كيف يتمسك بعموم قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ في باب الخيارات وغيرها مما يشك في أن الفسخ رافع لمقتضىٰ العقود، لأنه بعد ما بنينا على أن قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ ساكت من هذه الجهة فلا

يمكن إحرازها به.

هذا مع أنّه نقول: لو فرضنا صحة التمسك بهذه الآية لإثبات عدم الخيار وعدم كون الفسخ رافعاً لمقتضىٰ العقد، فنقول: إن صحة التمسك بهذه الآية تتوقف على أن يكون معنىٰ الآية هو الحكم ببقاء مقتضىٰ العقد في كلّ زمان حتى يصحّ التمسك بها في كلّ زمان يشك في بقاء المقتضي كالزوجية مثلاً.

وعلى هذا فيرد إشكال على الشيخ حيث إنّه نسب إلى فخر المحققين ظاهراً، ثمّ قال: إن الخيار فوريّ باعتبار أنه ثبت في الآن الأول أن له الخيار، وفي الآن الثاني يكون ثبوت الخيار له مشكوكاً، فنتمسك بالآية حيث دلّ على وجوب الوفاء في كلّ زمان خرج من العموم واحد من الأزمنة هو الآن الأول. ففي الآن الثاني نتمسك بالعموم.

والشيخ يقول بجريان الإستصحاب هنا مع أن مقتضىٰ ما ذكرنا هو التمسك بالعموم كما علمت.

بل لو لم يكن في البين عموم أيضاً /١٠٧٣/ لَمَا جاز التمسك بالإستصحاب حيث إنّه إذا لوحظ كلّ زمان موضوعاً على حدة كما هو المفروض، فحينئذٍ يكون الإستصحاب هنا مع ارتفاع الموضوع، وهو مما لا يجوز.

وأجاب الشيخ[1] عن هذا الإشكال في الفقه والأصول مكرراً من أن العمومات مختلفة: فتارة تلاحظ الأفراد باعتبار كلّ زمان فرد على حدة، نظير الأمر بالصوم*. فإن الصوم في كلّ يوم فرد على حدة. وتارة لم يكن الزمان ملحوظاً في الأفراد إلّا على وجه الظرفية، مثلاً ﴿أوفوا بالعقود﴾ يدلّ على وجوب الوفاء بالعقد مستمرّاً، فلا يصير العقد الواحد بواسطة تعدد الأزمنة فردين، بل يكون فرداً

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٧/٥؛ فرائد الأصول ٢٧٤/٣.

*) *تحقيق هذا المطلب قد ذكرناه عند تعرض الشيخ (ره) له في تنبيهات الإستصحاب. (منه قدس سره).*

واحداً.

وعلى هذا نقول: إنه لو شككنا من ابتداء الأمر أنه يكون له الفسخ في عقد خاص، فنقول: إن هذا العقد كان داخلاً تحت عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيث إنّه يقتضي وجوب الوفاء به مستمرّاً. فلو ارتفع هذا الإقتضاء بواسطة الفسخ فيلزم التخصيص، فنتمسك بالعموم لعدم كون الفسخ مؤثراً.

وهذا بخلاف ما إذا ثبت له خيار في الجملة، فإنه حينئذٍ نعلم بخروج هذا الفرد عن العموم باعتبار عدم وجوب الوفاء على طبقه في جزء من الزمان.

وهذا الفرد باعتبار جزء آخر من الزمان ليس فرداً آخر حتى يقال إنه باعتبار الجزء الثاني من الزمان يكون شكّاً في التخصيص.

ومن هنا ظهر جواز التمسك بالإستصحاب هنا حيث إنّه لم يصر الفرد باعتبار تعدد الأزمنة أفراداً متعددة حتى يقال: إن إجراء حكم ثابت في جزء من الزمان إلى جزء آخر منه يكون إجراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر.

ثمّ إنه أجاب الأستاذ ـ سلّمه الله ـ عن الإشكال السابق، وهو أنه لو كان / ١٠٧٤ / معنىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ أنه يجب الوفاء بمقتضىٰ العقد، وكان ساكتاً من الحكم بثبوت المقتضي، فحينئذٍ يصير نظير أن يقول «أكرِم العلماء» في أنك إذا علمت أولاً أن زيداً كان عالماً ثم شككت في بقاء علمه، فلا يجوز التمسك بعموم «أكرم العلماء» له؛ لأن الحكم بوجوب الإكرام إنما يجيء بعد إحراز كونه عالماً وأنه مصداق لهذا الحكم، وإلّا فلا يجوز التمسك بالعام مع الشك في المصداق.

وفيما نحن فيه أيضاً كذلك حيث إنّ الحكم بوجوب الوفاء لا يمكن أن يكون موضوعه هو العقد، لأنه يروح من البين أولاً فلابدّ أن يكون موضوعه هو مقتضىٰ العقد. فإذا كان الموضوع هو مقتضىٰ العقد، فلا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء في مورد نشكّ أن المقتضى وهو الزوجية أو الملكية وأشباه ذلك موجود أم لا؛ لأن المفروض أن المقتضى موضوع ومصداق لوجوب الوفاء، فلا يجوز التمسك

بالعموم مع الشبهة في الموضوع والمصداق.

والجواب الذي ذكره الأستاد عن هذا الإشكال هو أن الموضوع لو كان من الأمور التي يكون بيانها بيد الشارع، فحينئذٍ يجوز التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية. مثلاً لو قال «يجوز لك الصلاة بكلّ وضوء» ونحن كنا مع الوضوء أولاً يجوز لنا التمسك بالعموم لإثبات جواز الدخول في الصلاة حيث كانت الوضوء من الأمور التي يكون بيانها بيد الشارع.

وكذا فيما نحن فيه، لما كان المقتضى من الأمور التي يكون بيانها بيد الشارع من الملكية والزوجية وغير ذلك، فيجوز لنا التمسك بالعموم مع الشك في المصداق. والشاهد على ذلك أنه ورد لعن الله بني أمية قاطبة[1] مع أنّا نعلم أن لعن المؤمن حرام ونحتمل أن يكون بعض بني أمية مؤمنين إلّا أنه مع ذلك يجوز لنا أن نقول / ١٠٧٥ / لعن الله بني أمية قاطبة باعتبار أن الموضوع وهو الشيء الذي صار سبباً للعن بني أمية يكون من الأمور التي يكون بيانها بيد الشارع.

أقول: لا يخفىٰ أنه قد تقدم أن معنى ﴿أوفوا بالعقود﴾ هو وجوب الوفاء بمدلول العقد يعني يجب الأخذ بالتعاهد والعمل على مقتضاه وليس البيع مثلاً بنفسه مقتضياً للملكية ويكون هذا الملكية موضوعاً لحكم الشارع وإنما ينتزع الملكية وأشباه ذلك من حكم الشارع بوجوب الوفاء بالعقد الصادر في الزمان السابق ويكون الملكية عند العرف أيضاً منتزعاً من الأحكام التي تكون ثابتة عندهم، وعلى هذا فيرتفع الإشكال السابق بالمرّة.

وأما ورود كثرة التخصيص فمشترك الورود كما لا يخفىٰ. وأما ما ذكر من جواز التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية إذا كان الموضوع بيانه بيد الشارع، فلم نعرف له وجهاً مع أن في الأمثلة التي ذكرت للموضوع الشرعي والعرفي في بعضها محلّ تأمل واضح.

---

١) كامل الزيارات: ٣٢٩، وهي فقرة مشهورة من زيارة يوم عاشوراء.

وأما لعن بني أمية فلو احتملنا كون المؤمن فيما بينهم وقطعنا بأن لعن المؤمن غير جائز، فنقول: إن المراد من بني أمية ليس هذا النوع الخاصّ أعني هذه الطائفة المخصوصة، وإنما المراد من كان متصفاً بصفة الظالمية لبني فاطمة عليها السلام فعلاً أو قولاً أو رضاءً كما نقل هذا الجواب عن المحقق القمي (ره) عند السلطان الخاقان (فتح علي شاه).

وما قيل من أنه لو كان المخصِّص عقلياً فيجوز التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية فلا أرىٰ له وجهاً فعلاً.

[العقود الخارجة عن قاعدة اللزوم]

ثمّ إذا عرفت أن الأصل في العقود هو اللزوم، فاعلم أنه خرج عن تحت هذا العموم عقود:

منها: ما يكون جائزاً من الطرفين كالعقود الإذنية / ١٠٧٦ / من قبيل الوكالة وأشباهها، وكبعض العقود الأخر المذكورة في كتب الفقه.

ومنها: ما يكون جائزاً من طرف واحد كالرهن والكتابة والقرض والوصية والهبة الغير المعوّضة إلى غير ذي رحم قبل إتلاف العين.. إلى غير ذلك.

ونسب إلى الشهيد في المسالك[1] أنه قال: إن الرهن لازم من طرف الراهن فقط، وليس عقد آخر كذلك إلّا الكتابة، مع أنّه يصرّح في مورد آخر أن الهبة أيضاً لازم من طرف واحد.

ثمّ إن في بعض هذه الأمثلة نظر ليس مجال لأن نتعرض لها، وملخص الكلام أنه في كلّ مورد يتصور اللزوم والجواز هنا وكان محلّ الشك من أنه جائز أو لازم، فنقول هنا باللزوم؛ لعموم قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾.

---

١) مسالك الأفهام ٥٢/٤.

[مسائل]

ثمّ إن هنا مسائل:

[اشتراط الخيار للراهن في ضمن عقد الرهن]

منها: لو اشترط الخيار للراهن في ضمن عقد الرهن.

وتوضيح حال هذه المسألة يتوقف على بيان شروط صحة الشرط في ضمن العقد. والكلام هنا تارة في بيان الشرط الصحيح والشرط الفاسد، وتارة في أنه لو كان الشرط فاسداً فهل يوجب فساد الشرط لأن يصير العقد فاسداً أم لا؟

وهذا لا ربط له بمسألتنا، وإنما المربوط بها هو المقام الأول، وهو /١٠٧٧/ بيان الشروط لصحة الشرط، وهي أمور:

منها: أن لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد. وهذا الشرط لا دليل عليه بالخصوص.

ومنها: أن لا يكون محلّلاً لحرام أو محرّماً لحلال.

ومنها: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة.

ثمّ إنهم اختلفوا في أن المراد بكون الشرط منافياً لمقتضىٰ العقد أي شيء؟ فمنهم من قال: إن الأمور التي يقتضيها العقد تارة تقتضيها طبيعته السارية في كلّ فرد منه نظير اقتضاء البيع للملكية، فإنه لا اختصاص لاقتضاء البيع للملكية بفرد منه دون فرد، بل كلّ بيع يقتضي هذا الإقتضا[ء].

وتارة يكون الإقتضا[ء] من إطلاق العقد دون طبيعته. والكاشف من ذلك أنه إذا قيّد لم يكن له هذا الإقتضا[ء] كعقد النكاح بالنسبة إلى الدوام والإستمرار، فإنه لو كان اقتضاؤه للدوام بطبيعته، فلابدّ أن لا يكون ذلك مختصاً بغير المتعة.

وأورد على هذا المعنىٰ للمنافي أولاً أنه في كثير من الموارد لا يمكن تشخيص بعض مقتضيات العقد من أن الإطلاق يقتضي ذلك أو الطبيعة حيث لم نر التخلف ولكن نحتمل التقييد على فرض التقييد.

وثانياً: أنهم يقولون بعدم صحة اشتراط أن لا تعتق أو لا تبع، مع أنّه يصحّ اشتراط أن تعتق أو تبيع، وأيّ فرق بينهما في أن الأول صار من / ١٠٧٨ / مقتضيات الطبيعة دون الثاني؟

في الشروط الفاسدة في ضمن العقد

ونسب إلى بعض أنه قال: إن المراد من الشرط المنافي لمقتضىٰ[1] العقد هو أن يشترط عدم ترتب أثر كان الغرض من المتعاقدين ترتب ذلك الأثر عليه، مثلاً الغرض في البيع هو الملكية فلا يجوز اشتراط عدم الملكية فيه.

وأورد على ذلك أنه بناءً على هذا لابدّ أن يكون اشتراط أن لا يعتق أو لا يبيع صحيحاً حيث إنّه لم يكن الغرض من البيع هو الإعتاق والبيع.

ونسب إلى صاحب الجواهر[2] أنه قال قريباً من هذا المعنىٰ، وهو أنه لو كان الشرط بنوع يصير مناقضاً مع مقتضى العقد فيكون فاسداً، وإلّا فصحيح.

إن قلت: إنه بناءً على ذلك لابدّ أن لا يكون اشتراط أن لا يعتق وأن لا يبيع فاسداً مع أن الأصحاب يقولون بفسادهما وفساد فروع أخر لم يرجع مآلهما إلى المناقضة مع مقتضىٰ العقد.

قلت: نلتزم بذلك، ولا ضير فيه.

وأورد على هذا المعنى للشرط المنافي بوجهين:

الأول: أنه خروج عن طريقة الأصحاب حيث إنّهم يقولون بفساد قريب من

---

١) في الأصل: للمقتضى.

٢) انظر جواهر الكلام ٢١١/٢٣.

عشرين فرعاً يكون مقتضىٰ المعنى التي ذكرته صحتها.

الثاني: أن بعض الفروع التي التزموا بفسادها ولو لم يكن منافياً لمقتضىٰ العقد إلّا أنها محلّل للحرام ومحرّم للحلال.

اللهمّ إلّا أن يقال: إن صاحب الجواهر لا يحكم بالفساد / ١٧٩ / من باب كونها شرطاً منافياً لمقتضى العقد. وهذا لا ينافي أن يحكم بفسادها من باب أنها محلّل للحرام أو محرّم للحلال.

هذا، مع أن معنى المحلّل للحرام أو المحرّم للحلال ليس شيئاً معيّناً حتى يمكن النقض عليه، بل له أن يفسّر المحلّل للحرام والمحرّم للحلال بتفسير لا يأتي في شيء من هذه الفروع.

ثمّ إن الشيخ يقول: إن الأحكام على قسمين:

قسم يكون ثابتاً لبعض الأفعال بذواتها من غير نظر إلى الإضافات بحيث لا يمنع من تغيره بواسطة الإضافات شيء. والمباحات والمكروهات والمستحبات من هذا القبيل حيث إنّ هذه[1] الأحكام ثابتة للأفعال من غير نظر إلى صيرورة هذه الأفعال متعلقةً لعقد أو نذر أو شرط في ضمن العقد إلى غير ذلك.

وقسم يكون ثابتاً للأفعال لا بلحاظ ذات الفعل فقط، بل بملاحظة جميع الإضافات كالواجبات والمحرمات، فإن الوجوب ثابته للصلاة ولا يتغير بتغير الإضافات، وكذلك الحرمة ثابتة لشرب الخمر.

ولا يتغيران بواسطة حصول الإضافات في البين كأن يصير متعلق النذر أو العهد أو نهي الوالدين، فإن هذا الحكم لم يكن ثابتاً باعتبار صرف الذات، بل مع / ١٨٠ / ملاحظة الإضافات؛ فإن الوجوب والحرمة لا تتغيرانه بواسطة الإضافات إلّا عن بعض العناوين كالحرج والضرر، وفي غير هذه العناوين تقع المعارضة بين دليل الواجب والحرام ودليل العنوان الآخر الطاري عليهما.

---

١) في الأصل: هذا.

وإذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط في ضمن العقد تارة ينافي مع مقتضى العقد بحيث يصير الإنشاء لغواً عند العرف أو لا يمكن قصد الإنشاء عند العرف بناءً على تعبير الشيخ، فيكون الشرط فاسداً.

وفي غير الشرط الكذائي لابدّ أن يكون الوجه لفساد الشرط هو كونه مخالفاً للكتاب والسنة.

وبيان كونه مخالفاً بأن الحكم الذي ثبت لمتعلق الشرط إن كان ثابتاً له بذاته من غير نظر إلى الإضافات، فلا مانع من جعله شرطاً وإلّا فإن كان الحكم ثابتاً بملاحظة الإضافات أيضاً فاشتراط خلاف هذا الحكم مخالف للكتاب والسنة.

وأورد على هذا الوجه أولاً: أن في معنى الشرط المخالف للكتاب والسنة أيضاً خلافاً[1].

وثانياً: أن هذا لا يصحّح كثيراً من الفروع، وذلك لأنهم يقولون: إنه يصحّ اشتراط أن يعتق في البيع ولا يصحّ اشتراط أن لا يعتق، فأيّ فرق بين العتق وعدم العتق مع أن أصل جواز أن يعتق وجواز أن لا يعتق ثابت بدليل واحد، فكيف / ١٠٨١ / تفترق بينهما؟

هذا، مع أن تعيين أن أيّ واحد من الأحكام ثابت لمتعلقه بملاحظة الإضافات وأيّ واحد ليس كذلك مشكل.

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ أنه كلّ شرط يصير العقد معه لغواً يكون منافياً لمقتضىٰ العقد، ويكون منافياً لماهية العقد إلّا أنه كلّ شيء يقتضيه العقد بإطلاقه يصير بواسطة قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ داخلاً فيما يكون من مقتضيات ماهية العقد، فاشتراط خلافه يكون مخالفاً للكتاب والسنة إلّا* أنه فرق بين ما يقتضيه

---

١) في الأصل: خلاف.

*) *وسيأتي من الأستاد ما يكون منافياً لذلك قبل نقل كلام الماتن من أنه لو شرط على الراهن إن لم يؤد اه. (منه قدس سره).*

العقد بذاته وبين ما صار من مقتضىٰ ماهيته باعتبار قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ حيث إنّ اشتراط خلاف ما يكون من مقتضىٰ ماهية العقد بنفسه موجب للفساد، سواء اشترط نفس الفعل أو الحكم بخلاف ما صار من مقتضاه باعتبار قوله تعالىٰ ﴿أوفوا﴾ اه.

وذلك لأن وجه كون ذلك فاسداً من باب أنه مخالف للكتاب والسنة، وسيأتي أن المراد من مخالف الكتاب والسنة هو جعل حكم مخالف لهما لا مجرد الفعل.

مثلاً إذا قال: «بعتك هذا الثوب وشرطت أن تكون سلطنة البيع لي»، فهذا غير جائز حيث إنّ سلطنة البيع لم يكن له في الشريعة.

وهذا بخلاف ما لو قال «بعتك هذا الثوب وشرطت عليك أن تبيعه»، فإن اشتراط نفس الفعل ليس مخالفاً / ١٠٨٢ / للأحكام الثابتة في الشريعة.

وإلى ما ذكرنا يرجع ما نسب إلى بعض أنه قال ظاهراً: إنه لو نكح المرءة واشترط أن تكون سلطنة الطلاق لها. فهذا فاسد بخلاف ما لو نكح واشترط في ضمنه أن يجعل المرءة وكيلاً في الطلاق.. إلى غير ذلك مما ذكروه.

ولا يخفىٰ أنه يمكن ارجاع جميع التغيرات للشرط المنافي لمقتضىٰ العقد إلى ما ذكرنا غير ما ذكره صاحب الجواهر.

ونسب إلى المحقق الثاني[1] في المكاسب[2] أنه في صورة عدم اتضاح المنافاة وعدم قيام الإجماع على الصحة أو البطلان يرجع في التميز بين الشرط المنافي وغيره إلى نظر الفقيه.

وفي كلامه اعتراف بأنه لا يمكن بيان تميز كليّ مطّرد للشرط المنافي بحيث لا يرد عليه نقض.

وبناء على ما ذكره الأستاد من أن كلّ ما اقتضاه العقد يصير بواسطة قوله تعالى

---

١) جامع المقاصد ٤/٤١٤ ـ ٤١٥.

٢) كتاب المكاسب ٦/٤٩ ـ ٥٠.

﴿ أوفوا بالعقود ﴾ من لوازم ماهية العقد، ويكون اشتراط عدم حكم ما ثبت بإطلاق العقد شرطاً منافياً لمقتضىٰ العقد ومخالفاً للكتاب، فلو ثبت جواز مثل هذا الشرط في مورد من الموارد نقول: إنه يكشف من أن هذا الشرط لم يكن مخالفاً للكتاب.

وذلك لأن ما دلّ على أنه لابدّ أن لا يكون الشرط مخالفاً للكتاب غير قابل للتخصيص وإن أبَيت من أن يكون كاشفاً عن عدم كون مثل هذا الشرط مخالفاً للكتاب فنقول: إنه نخصّص بذلك / ١٠٨٣ / ما دلّ على عدم جواز أن يشترط شرطاً يكون مخالفاً للكتاب والسنة.

[المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال]

ثمّ إنهم اختلفوا في أن المراد من تحريم الحلال أو تحليل الحرام أيّ شيء. فنقل في المكاسب[1] عن المحقق القمي أن المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال المنهي عنه هو أن يحدث قاعدة كلّية ويبدع حكماً جديداً.

ونحن نقول: إن مراده مثلاً أنه لو باع وشرط في ضمن العقد أن لا يكون جواز التصرف للمشتري، وعلى هذا فلو اشترط أن لا يتصرف المشتري فلا محذور فيه.

ويظهر من الشيخ أن المراد من تحريم الحلال وتحليل الحرام جعل نفس الفعل والترك شرطاً لا أن يجعل حكمهما شرطاً كما قاله المحقق القمي.

وقال الأستاذ: إنا نختار ما اختاره الشيخ، ونقول: إن المراد من الشرط المخالف للكتاب أن يجعل نفس الحكم شرطاً بأن يقول «بعت وشرطت أن لا يكون جواز التصرف للمشتري» وعلى هذا نقول: إن الشرط في ضمن العقد على وجوه:

الأول: أن يشترط أن لا يبيع، وهذا تحريم للحلال.

الثاني: أن يشترط أن يشرب الخمر، وهذا تحليل للحرام.

الثالث: / ١٠٨٤ / أن يشترط أن يكون حكم جواز بيع شيء من مال المشتري

---

١) كتاب المكاسب ٦/٤٢ ـ ٤٣.

للبايع، وهذا الشرط مخالف للكتاب.

الرابع: أن يشترط أن يبيع المشتري شيئاً من ماله، وهذا إيجاب للمباح، ولا محظور فيه. ولا وجه لأن يرجع ذلك إلى تحريم الحلال باعتبار الترك كما لا يخفىٰ.

ثمّ إنه في الموارد التي قلنا بفساد الشرط من باب كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أو من باب كونه محلّلاً للحرام ومحرّماً للحلال لو قام الإجماع أو النصّ على جواز الشرط في مورد منها، فنقول: إنه يكشف من عدم كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب أو محرّماً للحلال؛ لما قد عرفت أن أدلتها آبية عن التخصيص.

وإن أبيت عن ذلك، فقل: نخصص هذه الأدلة بذلك الإجماع أو النصّ؛ فافهم.

مثلاً اشتراط الخيار في البيع مخالف للكتاب حيث إنّ مقتضىٰ قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] أن لا تكون لأحد المتبايعين سلطنة على الفسخ إلّا أنه نقول: إن ما دلّ على أنه يمكن اشتراط الخيار يكشف من أن الخيار لم يكن مخالفاً للكتاب أو أنه نخصص به ما دلّ على أنه لا يجوز اشتراط ما يكون مخالفاً للكتاب.

ثمّ إنه لو شككنا في موافقة حكم للكتاب حتى يكون اشتراط / ١٠٨٥ / خلافه شرطاً مخالفاً للكتاب أم لا، فحينئذٍ نقول: إنه بناءً على طريقة الأستاد ـ سلّمه الله ـ لو كان هذا الحكم مما كان إطلاق العقد يقتضي ثبوته، فحينئذٍ بعد شمول قوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ يصير هذا الحكم موافقاً للكتاب.

مثلاً إطلاق الصلح يقتضي أن لا يكون خيار في البين لأحدهما كما أن إطلاق النكاح يقتضي أن يكون النكاح دائماً. وعلى هذا نقول: إن الأصل الأوّلي كان مقتضياً لصحة اشتراط الخيار في الصلح والمدة في النكاح لقوله ﷺ «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] إلّا أنه خرج عن تحت قوله ﷺ «**المؤمنون..**» كلّ شرط مخالف

---

١) المائدة: ١.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

للكتاب.

ثمّ إن قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ لما كان مقتضياً لوجوب الوفاء بكلّ ما اقتضاه العقد، والمفروض أن الصلح كان مقتضياً لعدم الخيار، والنكاح لعدم الإنقطاع، فثبت أن هذا الشرط يكون مخالفاً للكتاب، فكأنه صار قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ شارحاً ومبيّناً لما دلّ على عدم جواز أن يشترط شرطاً يكون مخالفاً للكتاب، فوسّع دائرته وخصّص قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» به.

وأما لو لم يكن الحكم الذي نريد إشراط خلافه مما يقتضيه إطلاق العقد أو كان اقتضاء إطلاق / ١٠٨٦ / العقد له مشكوكاً ونشك في أن اشتراط عدمه يكون مخالفاً للكتاب أم لا، فحينئذٍ لا يمكن إثبات كونه مخالفاً للكتاب كما لا يخفىٰ.

نعم، بناءً على طريقة الأستاد نتمسك هنا بقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»، وذلك لأنه وإن كان التمسك في الشبهة المصداقية حيث إنّا نعلم أنه خرج عن تحت قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» كلّ شرط يكون مخالفاً للكتاب، والمفروض أن هذا الشرط يكون مشكوكاً من أنه مخالف للكتاب حتى يكون خارجاً عن العموم وداخلاً في المخصص أو لم يكن مخالفاً حتى يكون باقياً تحت العام إلّا أنه نتمسك بالعام لأن بيان مصاديق ما يخالف الكتاب يكون بيد الشارع.

وسيأتي في نقل كلام الشيخ وجه التمسك بالعموم هنا مع كون الشبهة مصداقية.

وما ذكره الشيخ هو أنه لمّا بنى على أنه خرج عن تحت عموم قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» كلّ حكم ثبت لشيء لا مع تجرّده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه، يعني [أنه] ثبت الحكم له بجميع أحواله وحالاته، ولو شك في كون الحكم من هذا القبيل، فنقول: إن الأصل عدم كون الحكم من هذا القبيل.

فيبقى عموم أدلة الشرط سليماً عن المخصص.

وقال الأستاد في مقام بيان مراد الشيخ: إن الشبهة وإن كانت مصداقية إلّا أنه لما يكون بيان المصداق بيد الشارع، فهنا / ١٠٨٧ / يجوز التمسك بالعموم؛ لأن مرجعه

إلى الشك في أصل التخصيص.

وقد سبق منه نظير ذلك في «يجوز الصلاة بكلّ وضوء» فيجوز التمسك به مع الشك في الوضوء باعتبار أن بيان الوضوء يكون بيد الشارع. وقد مرّ منّا تضعيف هذا الكلام.

ومراد الشيخ أيضاً ليس هذا، بل مراده ـ كما تقدم في مسألة بيع المرهونة، ونقلنا كلام الشيخ في المكاسب في بيع الرهن هناك ـ أنه لو علمنا بوجود ملاك حكم العام في جميع الأفراد وكان عنوان المخصص من قبيل المانع عن الحكم فهنا في مورد الشك يجوز التمسك بالعموم، نظير ما إذا قال «**أكرم العلماء ولا تكرم الفساق**» وشككنا في عالم أنه فاسق أم لا. فهنا يجوز التمسك بالعام لإثبات الحكم في هذا الفرد المشكوك بعد رفع المانع بالأصل. وكلامه هنا أيضاً ظاهر في ذلك.

وتقدم منّا بعض الكلمات هناك، فعليك بالمراجعة.

[حكم شرط الخيار للراهن]

وإذا عرفت ما تقدم فلنرجع إلى حكم الفروع التي أشرنا إليها سابقاً:

أما الأول / ١٠٨٨ / وهو أن يشترط الخيار للراهن، فنقول: إن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد بأيّ واحد من المعاني السابقة كان، وذلك لأن أخصّ جميع المعاني ما ذكره صاحب الجواهر[1]، وهو أن يكون الشرط مناقضاً مع مقتضى العقد. وهو هنا موجود لأن الرهن عبارة عن جعل الشيء وثيقة، وبجعل الخيار للراهن ترتفع الوثاقة من البين بالمرّة.

الثاني: وهو أن يشترط عدم التسليم، فلو قلنا: إن التسليم شرط لصحة العقد نظير القبض في بيع الصرف فيكون الشرط فاسداً لأنه يلزم من وجوده عدمه.

وذلك لأن لزوم الوفاء بهذا الشرط متوقف على كون العقد صحيحاً، وكون العقد

---

١) جواهر الكلام ٢١١/٢٣.

صحيحاً متوقف على التسليم.

وأما لو كان التسليم شرطاً للزوم العقد، فحينئذٍ نقول: إما أن يكون الشرط فاسداً ـ وهو المطلوب ـ وإما أن يكون صحيحاً، وحينئذٍ يصير شرطاً في ضمن العقد الجائز، وهو غير لازم الوفاء.

وأما صحة ذلك في البيع فإنما هو بنصٍّ أو إجماع.

أقول: الثالث أن يشترط عدم استمرار بقاء اليد. وحينئذٍ لو قلنا: إن ذلك حق للمرتهن يجوز اشتراط إسقاطه لأنه ليس منافٍ لشيء أعني الكتاب حيث إنّ المنافي إنما هو عدم الحق له.

الرابع: أن يشترط أن تكون المنافع للمرتهن فلو كان على سبيل شرط النتيجة فيبتنى على صحة شرط النتيجة، ولو اشترط تمليك المنافع / ١٠٨٩ / فلا محظور فيه.

ولو اشترط كون سلطنة أخذ المنافع له فهو مخالف للكتاب.

الخامس: أن يشترط أن لا يبيع. وهو أيضاً منافٍ لمقتضىٰ العقد حيث إنّ الإستيثاق إنما يحصل بجواز البيع له وأخذ دينه من ثمنه، فإذا اشترط عدم (تقدمة؟) أخذ الدين من الرهن أعني المبيع، فيكون ذلك مثل أن يشترط أن لا يأخذ الدين من الرهن، فيكون منافياً[1] لمقتضىٰ العقد.

ثمّ إنه قد تقدم عدم جواز اشتراط الخيار في الرهن ابتداءً، ولكنّه قد يقال: إنه يتصور مجيء الخيار في الرهن للراهن في مسألتين:

الأولى: أن يرهن أولاً شيئاً في عقد الرهن ولم يشترطوا فيه الخيار لأحدٍ إلّا أنه بعد ذلك يبيع شيئاً ويشترط في ضمن عقد البيع أن يكون خيار الفسخ للراهن بالنسبة إلى عقد الرهن، إلّا أن مقتضىٰ ما ذكره الأستاد أولاً هو عدم مجيء الخيار في عقد الرهن.

---

١) في المخطوطة: منافٍ.

وذلك لأن الرهن صار لازم الوفاء بحكم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وسلب السلطنة عن الراهن. فجعل السلطنة له منافٍ للكتاب.

نعم، يجوز أن يشترط في ضمن البيع أن يفسخ المرتهن عقد الرهن لأن الفسخ فعل له.

وقد تقدم أنه لا مانع من جعل فعل واجباً بواسطة الشرط.

في أن المعتبر في التكليفيات الرضاية الظاهرية أو الواقعية

الثانية: أن يشترط إيقاع عقد في ضمن عقدٍ آخر كما لو باع واشترط / ١٠٩٠ / عليه أن يجعل داره رهناً بإزاء دينه، فتخيّل كون البيع لازماً فرهن، ثمّ كشف عن كون البيع فاسداً. فحين الرهن كان له رضاية ظاهرية إلّا أنه لم يكن في الواقع راضياً. وحينئذٍ نقول: إن الأمور التي يشترط فيها الرضاية وطيب النفس يكون على قسمين:

الأول: أن يكون تكليفية كجواز التصرف في مال الغير، فهنا نسب إلى المشهور اشتراط الرضاية الواقعية. ولا تكفي الرضاية الظاهرية؛ مثلاً لو كان زيد متخيّلاً من أن عمراً صديقه ومحبّه، فلذا أذن له في الدخول في بيته، وفي الواقع لم يكن هو محبّه، فهنا لا يجوز له الدخول على ما نسب إلى المشهور.

الثاني: أن يكون وضعية؛ مثلاً يشترط في تحقق البيع رضاية المالك، فهنا قد يقال: إن مقتضىٰ القاعدة التفصيل بين عقود كانت الرضاية فيها شرطاً نظير الوكالة والبيع، وعقود لم تكن الرضاية فيها شرطاً كالإبراء وأشباهه.

فلو اشترط في ضمن عقد لازم إيقاع العقود التي تكون الرضاية فيها شرطاً فأوقعه، ثمّ انكشف فساد[1] العقد الأول فيكون العقد الثاني باطلاً.

وأما لو اشترط إيقاع العقود التي لم يكن الرضاية فيها شرطاً فيكون صحيحاً إلّا

---

١) في الأصل: الفساد.

أن الظاهر أنه لم يفرّق أحد بين القسمين، ومسلّم أن الرضاية الظاهرية كافية فيها.

وعلى هذا فمقتضىٰ القاعدة / ١٠٩١ / أن يكون العقد صحيحاً.

وأما ثبوت الخيار فيه وعدمه فيتوقف على بيان مقدمة، وهو أن الخيارات تكون ظاهراً خمساً وعشرين [خياراً]، سبعة منها تكون بمقتضىٰ النصوص كما قيل، وما سواها بمقتضىٰ قاعدة الضرر إلّا أن الضرر الذي يكون موجباً للخيار هو الضرر النوعي نظير خيار العيب. وفيما نحن فيه ليس في البين ضرر نوعي.

نعم، كانت المعاملة على غير الوجه[1] الذي صار سبباً لإيقاعه. وهذا ليس بضرر حتى يوجب الخيار؛ فتأمل.

[لو أدّى المرتهن بعض الدين أو أبرأ من بعض]

قال المحقق[2]: فليس له أي للراهن انتزاعه اه.

أقول: لا يخفىٰ أنه لو أدّىٰ الدين بأجمعه فينزع الرهن، وكذا لو أسقط المرتهن الدين أو ابرء المرتهن الراهن. وأما لو أدّىٰ بعض الدين أو أبرء من بعضه أو أسقط البعض، فحينئذٍ يقول في الجواهر[3]: إن الظاهر أن تكون العين المرهونة باقية على الرهنية بأجمعها إلّا أن يشترط التوزيع، فحينئذٍ ينفك بمقدار أدّىٰ من الدين.

فهنا مسألتان:

إحدهما: لو أدّىٰ البعض ولم يشترط التوزيع.

وثانيتهما: لو اشترط التوزيع وأدىٰ البعض.

أما الأولىٰ وهي صورة عدم اشتراط التوزيع، فالأقوال فيها ثلاثة:

الأول: ما تقدم من أنه لا ينفك شيء من الرهن / ١٠٩٢ / بواسطة أداء بعض

---

١) في الأصل: وجه.

٢) شرائع الإسلام ٣٣٧/٢.

٣) جواهر الكلام ٢٢٣/٢٥.

الدين.

الثاني: ما نقل عن القواعد[1] من الفاضل أنه قال: إن العين المرهونة تكون رهناً بإزاء تمام الدين بحيث لو أدّىٰ بعض الدين، فينفك الرهن بأجمعه ويصير البعض الآخر من الدين كليّاً كسائر الديون.

الثالث: ما نقل عن الفاضل أيضاً وولده من التوزيع بحيث ينفك من الرهن بمقدار أدّىٰ من الرهن بالنسبة.

الكلام في وضع المركّبات

وإذا عرفت الأقوال فنقول: لا يخفىٰ أن الألفاظ المفردة موضوعة للتصورات بمعنىٰ أنه كلّ واحد منها وضع ليفهم أن المخاطب بصدد تفهيم مدلوله.

ولا يخفىٰ أنه يستفاد التصديق من المركبات، والمراد من التصديق هو الدلالة على تحقق المعاني في الخارج، مثلاً لفظ «زيد» بمجرده لا يستفاد منه أزيد من أن المتكلم بصدد تفهيم معناه، ولا يدلّ على أنّ لزيدٍ تحققاً خارجياً، وكذا «لفظ»، قائم ولكن «زيد قائم» يستفاد منه المعنىٰ التصديقي يعني أن زيداً محقق في الخارج بهذا اللباس أعني لباس القيام.

ومن هنا نشأ الخلاف من أن النسبة الكذائية تامّةً أو غيرَ تامّةٍ من أين تستفاد مع أن المفردات لم تكن موضوعة لها، فقال / ١٠٩٣ / بعض: إن للمركبات وضعاً على حدة، وأنها وضعت لبيان النسبة الخاصة كالظرفية والفاعلية والمفعولية إلى غير ذلك من النسب الحاصلة بين الفعل ومتعلقاتها مثلاً.

وقال بعض: إن النسب بأقسامها إنما يستفاد من مجرد انضمام المفردات بحكم العقل من باب عدم صيرورة الكلام لغواً.

ونحن قد ذكرنا أن الهيئات والحروف موضوعة لبيان هذه النسب. نظير

---

١) قواعد الأحكام ١٢٦/٢.

الإعراب بالحركات والحروف. وليست الحروف والهيئات والإعراب بنفسها موضوعة بإزاء المعاني، وإنما وضعت لبيان أحوال المعاني المستقلة من أنها محقق في الخارج وتبيّن كيفية تحققها في الخارج أيضاً.

ومن هنا ظهر أن الإعراب والهيئة والحروف ليست بنفسها بإزاء المعاني، وإنما تكون موضوعة لبيان ما هو المقصود من الألفاظ الموضوعة للمعاني المستقلة المطلقة، فتكون بمنزلة المقيِّد للمعاني المستقلة؛ فافهم.

ثمّ إذا فرض أن يكون طرف النسبة أمراً مركّباً ذا أجزاء كعشرة، فالظاهر من أهل المعاني والبيان أنه فرق بين الإثبات والنفي. ففي مثل «ضربت كلّ القوم» تكون النسبة ثابتة لكلّ واحد من أجزاء المركب، وفي مثل «ما ضربت كلّ القوم» تكون النسبة ثابتة للمجموع، فلا يضرّ عدم ثبوت النسبة لبعضٍ، فيفيد سلب العموم لا عموم السلب.

وقال الأستاد: إنا نقول: أما أن لا يكون للمركّبات وضع وفحينئذٍ لابدّ من ملاحظة القرائن والمقامات، فإنه يختلف الحال بالنسبة إليها في حكم العقل في تعيين كيفية / ١٠٩٤ / النسبة.

وعلى فرض أن يكون للمركبات وضع فتكون موضوعة للأعمّ، لأنه نرىٰ أنها تستعمل في كلا القسمين. مثلاً قوله تعالىٰ ﴿إن الله لا يحبّ كلّ مختالٍ فخور﴾[1] مع أنّه منفي يكون لعموم السلب لا لسلب العموم.

وإذا عرفت هذا فنقول: إنه إذا تقابل مركب بمركّبٍ بأن صارا من طرفي النسبة كقوله «جعلت هذه الدار التي هي مركّبة من الحجرات وغير ذلك بإزاء الدين التي هي مركبة من عشرة دنانير في ذمّته» فهذا يحتمل وجوهاً ثلاثة كما تقدم، لكلّ وجهٍ منها قائل أيضاً.

وقد يقال: إن أظهر الوجوه هنا هو التوزيع، وذلك لأن العرف يفهم التوزيع في

---

١) لقمان: ١٨.

صورة كان طرفا النسبة مركباً.

وأيضاً يقول العلماء في تبعّض الصفقة بذلك حيث إنّهم يحكمون ببطلان البيع في خصوص المقدار كان مغصوباً ويأخذون من الثمن بهذه النسبة.

إلّا أنه يشكل على هذا لو تلف بعض العين المرهونة، فلابدّ أن تصير الدار بهذا المقدار بلارهن ويكون حكمه حكم سائر الديون، مع أنّه كما يقول في الجواهر[1] مخالف للنص والإجماع بقسميه حيث إنّ ما بقي من العين المرهونة يكون رهناً بإزاء تمام الدين، فيكون مقدماً على سائر الغرماء بالنسبة إلى تمام الدين.

وأجاب / ١٠٩٥ / الأستاد ـ سلّمه الله ـ بأنه لا نرىٰ نصاً على ذلك. والإجماع في مثل هذه الفروع الخفية أيضاً ممنوعة.

وعلى هذا نلتزم بأن الدين يصير كلّياً بالمقدار[2] الذي تلف من العين المرهونة. ويمكن الجواب عن الإشكال بوجه لا يلزم فيه خروج عمّا يقوله الأصحاب، وذلك بأن نقول: إنه لا نسلّم كون الرهن مركباً خارجياً حتى يصير مثل تبعّض الصفقة. وذلك لما عرفت سابقاً من أن حق الرهانة إنما يتعلّق بمالية العين المرهونة، والمالية بسيطة، فيكون من مقابلة مركب ببسيط؛ غاية الأمر أن هذا البسيط قد يزيد وقد ينقص نظير النور.

وثانيهما لو أدىٰ بعض الدين واشترط التوزيع في عقد الرهن.

في أقسام الشرط في ضمن العقد

وتوضيحاً لحال هذه المسألة يناسب ذكر بعض الأمور المعتبرة في الشرط في ضمن العقد، فنقول: إن الشرط في ضمن العقد يكون على أقسام:

الأول: أن يكون بلا فائدة ولغواً. وهذا باطل بالإجماع نظير اشتراط أن يكون

---

١) جواهر الكلام ٢٢٣/٢٥ ـ ٢٢٤.

٢) في الأصل: بمقدار.

الثمن في البيع الثمن الذي يكون رايج البلد، فإن إطلاق العقد يقتضي ذلك بـدون الإشتراط، فيكون الإشتراط لغواً.

نعم، نسب إلى الشهيد ذكر فائدة لهذا الشرط، وهو أنه إذا شرط فيصير سبباً لخيار البايع لو لم يفِ بالشرط. وليس هنا مجال تفصيل / ١٠٩٦ / ذلك.

وأيضاً ذكروا من أمثلة كون الشرط بلا فائدة* أن يشترط كون درك المبيع على البايع، فإن الدرك يكون عليه بدون الشرط أيضاً.

نعم، لو جعل الدرك على غير البايع فلا محظور فيه.

الثاني: أن يشترط فعلاً في ضمن العقد. والفعل يصير واجباً بالإتفاق إذا لم يكن محرماً.

الثالث: أن يشترط ترك الفعل. فحينئذٍ لو كان الفعل واجباً فيكون الشرط فاسداً وأما إذا كان مباحاً فيبتنى ذلك على أن المراد بما ورد من أن الشرط لابدّ أن لا يكون محرِّماً لحلال أيّ شيء كما سبق الكلام فيه.

الرابع: أن يشترط حكماً. وهذا باطل لو كان الحكم مخالفاً للكتاب والسنة، بل قال الأستاد في السابق: مطلقاً باطل.

وليس هنا مجال للتعرض لذلك.

الخامس: أنهم يقولون: إن شرط الصفة صحيح كما لو قال «بعتك هذا العبد بشرط أن يكون كاتباً» والتعليق غير جائز كما لو قال «بعتك هذا العبد إن كان كاتباً».

وهنا موارد للبحث والإيراد:

منها: أنه لو قال «بعتك بشرط أن يكون كاتباً» أيضاً يصير فيه تعليق الإنشاء. وأجيب عن ذلك في محله بأن هذه العبارة عند العرف ظاهرة / ١٠٩٧ / في بيان

---

*) *ناقشنا على هذا في مكتوباتنا عند التعرض لشرايط صحة الشرط في تعليقاتي على المكاسب. (منه قدس سره).*

وصف المبيع فتكون مثل أن يقول «بعتك هذا العبد الكاتب».

ومنها أنه ما الوجه في أنهم يقولون بصحة البيع فيما لو قال «بعتك هذا العبد الكاتب»، ثمّ علم أنه غير كاتب، ولا يقولون بصحة البيع فيما لو قال «بعتك هذا العبد الكاتب»، ثمّ علم أنه كان حماراً مع أنّ هذا مثل ما لو كان عبداً ولم يكن كاتباً لأن العبد الكاتب وغير الكاتب أمران متباينان؟

وأجيب عن ذلك بأنه وإن كان البعد الكاتب مغايراً للعبد الغير الكاتب حقيقة إلّا أنها عند العرف شيء واحد، ويكون الإتحاد والتعدد معتبراً بنظر العرف في مثل المقام كما حقّقنا ذلك في باب الإستصحاب في مسألة اشتراط بقاء الموضوع في الإستصحاب.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنه تارة يشترط التوزيع وتارة يشترط كون تمام الرهن بإزاء كلّ جزء من أجزاء الدين بحيث يكون الرهن باقياً بتمامه ولو بقي جزء يسير من الدين.

وتارة يكون مجموع الرهن بإزاء كلّ جزء من أجزاء الدين بحيث لو تلف جزء يسير من الرهن فيبطل الرهن بتمامه ويصير الدين كليّاً، بخلاف ما لو أدّىٰ بعض الدين.

ثمّ إن الشرط بأقسامه إما أن يكون موافقاً /١٠٩٨/ لما هو مختارنا من أنه مقتضىٰ العقد بنفسه أم لا.

أما لو كان موافقاً فيكون الشرط لغواً، فيكون بلا فائدة إلّا بناءً على ما نقل عن الشهيد كما سبق.

وأما لو كان مخالفاً لما هو من مقتضىٰ إطلاق العقد فحينئذٍ نقول: إن هذا الإقتضا[ء] يكون من العقد المطلق؛ لأن المفروض أنه يقتضيه إطلاق العقد.

وعلى هذا فإذا قيّد العقد بواسطة الشرط فلم يكن للعقد إطلاق حتى يقتضيه.

وقوله تعالىٰ ﴿أوفوا بالعقود﴾ إنما يدلّ على وجوب الوفاء بالعقد الذي وقع في

الخارج، والمفروض أنه لم يكن مطلق حتى يقتضي هذا الإقتضاء، فلا يصير هذا الشرط مخالفاً للكتاب.

ومن هنا ظهر بطلان ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ سابقاً من أن كلّ ما يقتضيه إطلاق العقد يكون اشتراط خلافه مخالفاً للكتاب.

نعم، لوفرض وقوع عقد مطلق أولاً ثمّ يريد اشتراط خلاف ما يقتضيه إطلاق هذا العقد في عقد آخر فهنا لا مانع من أن نقول: إن هذا الشرط يكون مخالفاً للكتاب.

[شرط المرتهن أن يكون الرهن مبيعاً إن لم يودّ الحق]

قال المحقق (ره) في الشرايع[1]: ولو شرط ـ أي المرتهن ـ على الراهن إن لم يؤدّ[2] الحق أن يكون الرهن مبيعاً يعني بإزاء الدين، لم يصحّ.. إنتهىٰ.

أقول: لا يخفىٰ أنه وقع النزاع في هذه العبارة بين الشرّاح في مقامين:

الأول: أنه ما المراد بقوله / ١٠٩٩ / «إن لم يؤد[3] الحق»؟ فإن إطلاق العبارة أعم من أن يؤدي مطلقاً أو لم يؤدّ[4] إلى وقت معيّن سواء كان الوقت المعيّن بمقدار الأجل أو أزيد منه أو أقلّ، إلّا أنه نقل عن صاحب المسالك[5] أنه قال: إن مراد العلماء هو إن لم يؤدّ[6] الحق إلى وقت معيّن قطعاً لا مطلقاً؛ ونحن نقول: إنا لا نعلم وجهاً لذلك التقييد.

ولعلّ وجهه يعلم مما سنذكر ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ.

---

١) شرائع الإسلام ٢/٣٣٧.

٢) في الأصل المخطوط: يؤدى.

٣) في الأصل: يؤدى.

٤) في الأصل: يؤدى.

٥) مسالك الأفهام ٤/٥٥.

٦) في الأصل: يؤدى.

المقام الثاني: أنه ما المراد بقوله «لم يصحّ»؟ فإن كثيراً من الشرّاح قالوا: إنه لم يصحّ المشروط أعني البيع، والمشروط فيه أعني الرهن كما نسب إليهم.

وزاد في الجواهر[1] أنه لم يصحّ الشرط أيضاً.

ولابدّ لنا من أن نتكلّم في وجه عدم الصحة في كلّ واحد منها حتى يوضح الحال، فنقول:

أما الشرط فقد يصير فاسداً لفساد مشروطه، ومرجع ذلك إلى فساد المشروط. وسيأتي الكلام في فساد المشروط هنا.

وقد يكون نفس الشرط فاسداً مع قطع النظر عن كون المشروط فاسداً كأن لا يكون الشرط في ضمن عقد لازمٍ.

وفيما نحن فيه قد يتوهّم أن التنجيز من شرايط صحة نفس الشرط، فإذا كان الشرط معلّقاً على عدم الأداء فيكون نفس الشرط باطلاً.

وفيه: أنه لا وجه لكون عدم التعليق شرطاً لصحة الشرط بعد ما كان عموم قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] بأيدينا، ومراد صاحب الجواهر من عدم صحة الشرط هو عدم صحة المشروط. ووجه تعبيره بعدم صحة الشرط أن عدم صحة المشروط يصير سبباً لعدم / ١١٠٠ / صحة الشرط.

وأما المشروط فيدعى فساده هنا من وجهين:

الأول: أن ذلك شرط للنتيجة، وشرط مثل هذه النتيجة فاسد؛ لأنه مخالف للكتاب والسنة حيث إنّ مقتضاهما توقف حصول البيع على سببه أعني الصيغة.

نعم، كلّ نتيجة لم يكن مقتضىٰ الكتاب والسنة أن تكون صحته موقوفةً على الصيغة نظير الوكالة والوديعة وأمثالهما فيصحّ شرطها في ضمن العقد حيث إنّه لم يثبت خروجه من عموم قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**».

---

١) جواهر الكلام ٢٢٦/٢٥.

٢) الإستبصار ٢٣٢/٣، باب من عقد على امرأة وشرط لها أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ح ٤.

الثاني: أن البيع يكون معلقاً على عدم الأداء مع أن البيع غير قابل للتعليق.

وفيه: أنا لا نسلّم كون عدم التعليق شرطاً، وذلك لأنه لو أغمضنا عن الوجه الأول الذي يوجب الفساد ـ وهو أن ذلك شرط للنتيجة ـ أو نفرض الكلام في شرط نتيجة لم يكن فاسداً من باب أنه شرط نتيجة، فحينئذٍ نقول: إنا لا نسلّم كون التعليق سبباً للبطلان وذلك لما قلنا سابقاً من أن شرايط صحة العقد مثل البيع وأمثاله على قسمين:

قسم يكون شرطاً للمعنىٰ أعني البيعية مع قطع النظر عن الصيغة ككون المبيع مملوكاً[1]. وهذا القسم من الشرايط لابدّ أن يكون موجوداً في شرط النتيجة أيضاً.

وقسم يكون شرطاً للصيغة كالعربية مثلاً. وهذا القسم من الشرايط لا يلزم وجوده في شرط النتيجة.

وإذا عرفت / ١١٠١ / ذلك فنقول: إن اشتراط عدم التعليق في البيع إما من باب أنه شرط للصيغة فلا يشترط تحققه في شرط النتيجة أو أنه مشكوك الحال، فنتمسك بذيل قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**».

أما وجه كونه شرطاً للصيغة فلما نرىٰ أنهم في مطلب واحد يقولون: لو عبّر عنه بنوع يصير تعلقاً في البيع فيصير باطلاً وإلّا لم يكن باطلاً، فيكشف ذلك من أن هذا شرط للصيغة وإلّا فالمعنىٰ مسلّم أنه لا يتفاوت.

ومن الموارد التي يعترفون باتحاد المعنىٰ وأن اختلاف التعبير يوجب الإختلاف في الصحة والفساد ما ذكره الشيخ في الشرط التاسع من شروط صحة الشرط.

وأما وجه أنه نتمسك في صورة الشك بذيل قوله عليه السلام «**المؤمنون عند شروطهم**» فلأنه نشك في خروج مثل هذا الشرط عن تحته.

وبالجملة، لم يثبت كون التنجيز من شرايط صحة الشرط في ضمن العقد، ولذا

---

١) في الأصل: ممكوكاً.

قال الشيخ في المكاسب[1] بعد أنه عدّ الشروط الثمانية للشرط في ضمن العقد: وقد يتوهّم هنا شرط تاسع هو تنجيز الشرط.. اه.

وأما المشروط فيه وهو الرهن، فيدعىٰ فساده من وجهين:

الأول: أن الشرط في ضمنه لما يكون فاسداً فذلك يوجب فساده.

وفيه: أن صيرورة فساد الشرط موجباً لفساد العقد الذي يكون الشرط الفاسد فيه، محل الخلاف:

فبعضهم يقولون بأنه يوجب الفساد باعتبار أنهما لم يرضيا إلّا مع هذا الشرط والمفروض أن الشرط فاسد والمعاملة بدون الشرط أيضاً لم يرضيا بها.

وبعضهم / ١١٠٢ / يقولون بأنه لا يوجب الفساد باعتبار أنهما بمنزلة معاملتين.

وإذا صارت هذه المسألة محل الخلاف فكيف تبني الفساد على ما هو محل الخلاف؟ بل لابدّ لك أن تبني الفساد والصحة في هذه المسألة على الخلاف في تلك المسألة؛ فافهم.

الثاني أن نقول: إن اشتراط التوقيت في الرهن يوجب فساد الرهن.

وفيه: أنه لا خصوصية لاشتراط التوقيت بل يكون حاله كحال ساير الشرايط لأن عدم التوقيت إنما كان من مقتضىٰ إطلاق عقد الرهن، فيجوز اشتراط عدمه كما هو كذلك في اشتراط وجود كلّ شيء يقتضي إطلاق العقد عدمه لو لم يكن محذور آخر في البين، فمن حيث كون الشرط شرطَ توقيت لا خصوصية في البين.

[معاني التوقيت في الرهن]

نعم، قد يقال: إن التوقيت بعض أقسامه يكون منافياً لماهية الرهن. وعلى هذا فلابدّ أن نبيّن المراد من التوقيت ونبيّن أقسامه ونرىٰ أنه بأيّ معنىً منه أو أيّ قسم

---

١) كتاب المكاسب ٥٧/٦.

منه يكون منافياً لمقتضىٰ الرهن، فنقول: إنه يظهر من الجواهر[١] معنيان للتوقيت فيما نحن فيه:

الأول: أن يكون المراد من التوقيت بقاء العين رهناً إلى الوقت المعلوم بحيث لم يجز إنفكاك العين من الرهنية ولو بإذن المرتهن أيضاً.

ونحن نقول: لا يخفىٰ أنه لا دخل لقولهم «إن لم يؤدّ[٢] الحقّ إلى شهرين فهو بيع بإزاء الدين» بهذا المعنىٰ، بل معنىٰ هذه العبارة أن تكون العين مبيعاً في رأس المدة، وأما قبل المدة فيكون حاله كحال ساير الرهون من غير فرقٍ.

/ ١١٠٣ / نعم، لو فرضنا أن يشترط بهذا النحو بأن يقول: إنه قبل المدة لم يكن للمرتهن فك الرهن من الرهنية، فنقول: إن خصوص هذا المعنىٰ ـ وهو عدم جواز انفكاك الرهن من الرهنية ـ ليس منافٍ لماهية الرهن، بل مؤكد له.

نعم، فيه محذور آخر، وهو أنه لو اشترط الحكم بأن يقول «وشرطت أن لا يجوز للمرتهن أن يفك الرهن». فهذا الشرط مخالف* للكتاب، فيكون باطلاً بالإتفاق.

وأما لو اشترط مجرد ترك الفعل بأن يقول «وشرطت عليك أن لا تفكّه من الرهنية» فتبتني صحته وفساده على المسألة السابقة، وهو أنه لو قلنا إن مجرد اشتراط ترك الفعل الذي كان جائزاً له يكون داخلاً في عنوان الشرط المحرم للحلال كما اختاره الأستاد سابقاً فيكون باطلاً، وإلّا فلا يكون باطلاً.

الثاني: أن يكون المراد كون الرهن مبيعاً في رأس المدّة، وأما قبل رأس المدّة فيكون على طبق القاعدة المقرّرة للرهن بحيث أن يكون للمرتهن إنفكاكه كما هو

---

١) جواهر الكلام ٢٢٦/٢٥.

٢) في الأصل: يؤدى.

*) *في كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب تأمل. (منه قدس سره).*

الظاهر من قولهم «إن لم يؤدّ[1] الحق فهو بيع» لو لم يكن صريحه.

وعلى هذا نقول: إنه لو اشترط أنه إن لم يؤدّ / ١١٠٤ / الحق بالمرّة فهو مبيع كما هو ظاهر عبارة المحقق[2] حيث قال: إن لم يؤد الحق على سبيل الإطلاق فظاهر أن هذا الشرط ليس منافٍ لماهية الرهن حيث إنّ مقتضىٰ ذلك أن يكون الرهن باقياً على مقتضىٰ قواعد الرهن حتى يموت الراهن، فلم يتمكّن من الأداء بعد ذلك، فحينئذٍ لو لم يؤد الدين قبل الموت ولم يبع الرهن بإزاء الدين قبل ذلك، فمقتضىٰ شرطهم أن يصير بعد ذلك مبيعاً بإزاء الدين. ومثل هذا الشرط ليس منافياً لمقتضىٰ ماهية الرهن، بل يكون مؤكداً له.

فلو قلنا بأن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد المشروط فيه، فنقول: لا محظور فيه من هذه الجهة.

وأما لو كان بقاء الرهنية مقيداً إلى وقت خاصّ كأن يوقّته إلى ستة أشهر، فحينئذٍ تارة نتكلّم في الرهن الموقّت مع قطع النظر عن اشتراط كونه مبيعاً بإزاء الدين عند رأس المدة، وتارة نتكلّم في الموقّت الذي اشترط فيه أن يكون الرهن مبيعاً بهذا الوجه.

أما الموقت الذي لم يشترط فيه ذلك فنقول: إنه تارة يكون آخر ستة أشهر مقدماً على أجل الرهن فهذا النوع من التوقيت يكون منافياً لماهية الرهن حيث إنّه ليس استيثاق هنا أصلاً لأنه قبل أجل الرهن لا يجوز أخذ دينه منه، وبعد أجل الرهن يخرج من الرهنية؛ لأن المفروض أن الرهنية موقت إلى وقت أقصر من أجل الرهن.

وكذلك لو كان آخر ستة أشهر مقارناً لرأس الأجل أو مؤخراً / ١١٠٥ / عنه بمقدار لا يتمكّن فيه من بيع الرهن وأخذ الدين من ثمنه، لأنه ليس استيثاق في

---

١) في الأصل: يؤدى. وكذا في موارد غيرها.

٢) شرائع الإسلام ٣٣٧/٢.

هاتين الصورتين أيضاً.

وأما لو كان مؤخراً عن رأس الأجل بمقدار يتمكّن فيه من بيع الرهن وأخذ الدين منه بمقتضىٰ المتعارف، فهذا القسم من التوقيت ليس منافياً لماهية الرهن.

فهذا كلّه في التوقيت الذي لم يشترط فيه أن يكون الرهن مبيعاً بإزاء الدين في آخر الوقت، وأما لو اشترط فيه ذلك فهو بجميع أقسامه صحيح حيث إنّه مؤكد لجهة الإستيثاق.

إن قلت: قد تقدم أن اشتراط كونه مبيعاً عند رأس الأجل باطل حيث إنّه شرط للنتيجة، وإذا صار هذا الشرط باطلاً فيصير حاله مثل الرهن الذي صار موقّتاً ولم يشترط المبيعية فيه، فيصير بعض أقسامه منافياً لمقتضىٰ الرهنية كما تقدم قُبيل ذلك.

قلت: إن الشرط المنافي لماهية الرهن إنما يكون مبطلاً باعتبار أنه يكون مناقضاً مع مقتضىٰ الرهن فيعدّونه عابثاً وهاذلاً، فليس هذا الشخص عند العرف قاصداً لإنشاء العقد حيث يصرّح بنقيضه.

وأما لو فرضنا أن نفس الشرط ليس مناقضاً لمقتضىٰ الرهن، بل يكون مؤكداً له، فلا يعدّون هذا الشخص هاذلاً وغير قاصدٍ لإنشاء العقد وأن عقده ليس بعقد؛ غاية الأمر أن الشرط يكون فاسداً فيصير مثل أن يقول «بعتك هذا العبيد بشرط أن يكون كاتباً».

فحينئذٍ لو بنينا على أن الشرط الفاسد / ١١٠٦ / ليس مفسداً، فلابدّ أن نبني على صحة البيع ولو لم يكن العبد كاتباً، ونبني على صحة الرهن ولم يصر الرهن مبيعاً، بل يكون باقياً على رهنيته كسائر الرهون، وتكون أحكام الرهن الصحيح فيه جاريةً، فالمحصل مما ذكرنا أن بطلان الرهن يكون مبنياً على أن يكون الشرط الفاسد مفسداً وإلّا يكون الرهن صحيحاً.

فمن يقول بأن الشرط الفاسد يكون مفسداً، يقول: إن ما قصداه ورضياه لم يقع

وما وقع لم يقصداه ولم يرضيا به. ومن يقول بأن الشرط الفاسد ليس مفسداً يقول: إنه لا يلزم أن يكون ما يقع على طبق ما رضيا به.

[الإجماع في فروع القاعدة المجمع عليها لا يعتمد عليه]

إن قلت: كيف تقول: إن الرهن هنا صحيح مع أنهم ادّعوا الإجماع على بطلانه ولم ينقل احتمال الصحة إلّا عن التحرير؟!

قلت: نحن نناقش في الإجماعات التي يدّعونها في الأصول من باب احتمال أن يكون ادعاؤهم الإجماعَ من باب أنه كانت قاعدة من القواعد عندهم مسلّمة وإجماعية، فادّعوا الإجماع في هذه المسألة لكونها [من] مصاديقها، فيحتمل أن يكون ادعاء الإجماع من باب كون هذه المسألة من مصاديق القاعدة المجمع عليها عندهم لا أن يكون الإجماع قائماً في خصوص هذه المسألة مستقلّةً، فلذا لا نعتني بمثل هذا الإجماع الذي يكون هذا الإحتمال فيه قائماً.

وأما إذا ادّعوا الإجماع في فرع من فروع قاعدة كما فيما نحن فيه، فهذا يكون كالصريح في أنه ليس إجماع فيها بالخصوص، بل الإتفاق يكون ناشياً من تخيّل كون هذه المسألة من فروع القاعدة / ١١٠٧ / المجمع عليها.

وعلى هذا لا يناسب الركون بادعاء الإجماع أو الإجماع المحقق في مثل هذا الفرض، بل لنا أن نلاحظ أولاً أن هذا حقيقةً يكون من فروع القاعدة المجمع عليها أم لا؟ وعلى فرض كونها من مصاديق القاعدة المجمع عليها فلابدّ أن نلاحظ أن دليلاً آخر ليس حاكماً على هذه القاعدة أو ليس مخصصاً لها حتى يوجب خروج هذا الفرع عن تحت هذه القاعدة أم لا؟ وبالجملة الإجماع في الفروع لا فائدة له.

[لو بنينا على بطلان الرهن في المسألة المذكورة]

وهنا فرع، وهو أنه لو بنينا على بطلان الرهن في مسألتنا فهل تكون العين

المرهونة مضمونة في يد المرتهن أم لا؟

مقتضىٰ ما يقول في الجواهر[1] هو عدم الضمان من أول الأمر إلى المدة التي اشترطوا أن يكون مبيعاً بعدها؛ لأنها في تلك المدة كان رهناً فاسداً، والرهن الصحيح لا يوجب الضمان لأن العين تصير أمانة مالكية فيها، فكذا الرهن الفاسد؛ لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وأما بعد هذه المدة فتكون العين مضمونة في يد المرتهن لأنها في تلك المدة تكون بيعاً فاسداً والبيع الصحيح يوجب الضمان، فكذا فاسده؛ لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. انتهىٰ.

[قاعدة «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»]

ونحن نتكلّم تارةً هنا في الكبرىٰ أعني قاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وتارة في الصغرىٰ، وهو انطباق ما نحن فيه على هذه القاعدة على وجه نقلناه أولاً.

أما الكلام في أصل الكبرىٰ فمحلّ ذكره في كتاب البيع كما ذكرناها هناك، وملخصه أنه بناءً على المشهور ليس قاعدة «كلّ ما يضمن..» اه قاعدة مستقلّة، وإنما سبب / ١١٠٨ / الضمان منحصر عندهم باليد والإتلاف.

نعم، قاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» غالباً أو دائماً يكون منطبقاً مع قاعدة اليد والإتلاف حيث إنّ كلّ مورد يضمن بصحيح معاملة أو يضمن بفسادها يكون هنا واحداً من اليد أو الإتلاف موجوداً أقلاً.

نعم، نسب إلى الشيخ الطوسي (ره) أن قاعدة «كلّ ما يضمن» بنفسها قاعدة مستقلّة ولو لم يكن شيئاً من اليد أو الإتلاف موجوداً حيث إنّه يقول: إن الإقدام على الضمان بنفسه يوجب الضمان ولو لم تكن هناك يد أو إتلاف.

---

١) جواهر الكلام ٢٢٧/٢٥.

[الكلام في صغرى القاعدة]

وأما الكلام في الصغرىٰ فنقول: إنه في صورة قلنا بالضمان لابدّ أن تكون اليد الموجبة للضمان موجودةً أقلاً مع أنّها ليست يد المضمونة موجودةً في البين.

وبيان ذلك أن اليد من أول الأمر لم تكن موجبةً للضمان حيث كانت أمانة مالكية، وبعد المدة التي اشترطوا أن يكون مبيعاً فيها لو قصد المرتهن التملّك لا نضايق أن تصير اليد يداً مضمونة بمجرد قصد البيع أيضاً، وأما لو لم يكن البيع ولا قصد البيع مع أن اليد لم تكن مضمونة من أول الأمر فلا وجه لأن تصير بعد ذلك مضمونة.

وأجاب في الجواهر[1] عن هذا الإشكال بأن المراد من اشتراط كونه مبيعاً أنه من الآن مبيع في رأس المدة لا أنه يباع في رأس المدة حتى يقال: إنه ليس بيع في رأس المدة.

وأورد على ذلك من وجهين:

الأول: أن البيع المعلق يكون حاله كحال سائر الإنشائات إذا كانت معلقة. مثلاً إذا فرض أن تكون صلاة الظهر قبل الظهر واجباً معلقاً، فمعناه أنه يجب عليك قبل الظهر أن تأتي[2] بصلاة بعد الظهر، فليس عليك صلاة قبل / ١١٠٩ / الظهر وإنما عليك قبل الظهر صلاةً بعد الظهر.

وعلى هذا إذا كان البيع فيما نحن فيه معلقاً على المدة فليست العين قبل المدة مبيعاً، وإنما البيع يكون قبل المدة ولكن العين ليست مبيعة قبل المدة. وعلى هذا فبطل ما ذكره صاحب الجواهر من أن المراد من اشتراط كونه مبيعاً أنه من الآن مبيع.. اه.

الثاني: أنه لو فرضنا كون العين مبيعاً من الآن كما يقول صاحب الجواهر فلابدّ

---

١) جواهر الكلام ٢٢٧/٢٥.

٢) في الأصل: ياتى.

أن يكون مضموناً من أول الأمر؛ لأن المفروض أنه من أول الأمر مبيع.

أقول: الظاهر أن شيئاً من الإشكالين ليس وارداً على صاحب الجواهر حيث إنّ المراد من قوله «إنه من الآن مبيع» أن البيع يكون من الآن لا أنه مبيع الآن. وذلك بقرينة قوله «في تلك المدّة» حيث إنّ مراده من تلك المدّة هو بعد المدّة التي اشترطوا أن يكون مبيعاً فيها.

وهذا واضح أنا المراد من قوله «إنه مبيع من الآن في تلك المدّة أن البيع» إنما تعلق بالعين في تلك الزمان كما أن الوجوب يتعلق بفعل صلاة تكون بعد الظهر إلّا أن الظاهر بقاء أصل الإشكال بحاله، وذلك لأنا نريد أن نصحّح يداً مضمونة هنا، والمفروض أن اليد هنا من أول الأمر لم تكن مضمونة، والمفروض أن البيع أيضاً لم يكن صحيحاً حتى تغير عنوان اليد مع أنّه لم يقصد التملك في رأس المدّة / ١١١٠ / أيضاً.

اللهمّ إلّا أن يقال إن اليد الأولى بواسطة عنوان الرهن وعنوان البيع تصير بمنزلة يدين، إحداهما مضمونة والأخرى غير مضمونة؛ فافهم.

[لو رهن مال غيره بإذنه صحّ]

قال المحقق في الشرايع[1]: وإذا رهن مال غيره بإذنه، صحّ.

أقول: أصل هذه المسألة مما لا إشكال في صحتها إلّا أن البحث يقع فيها في مقامات ثلاثة:

الأولى: في حقيقتها من أن أخذ مال الغير للرهانة ضمان أو عارية أو غير ذلك.

الثانية: في ثمراتها بناءً على كلّ واحد من هذه التقادير.

الثالثة: في أحكامها.

أما الأولى: فاستدلّ على كون ذلك ضماناً بوجوه ثلاثة:

---

١) شرائع الإسلام ٣٣٨/٢.

الأول: ما نقل في الجواهر[١] عن الدروس[٢] من أن المعير أناب المستعير في الضمان عنه ومصرفه في هذا المال.

وتوضيح مراده أن قول المعير للمستعير «إجعل مالي رهناً عن دينك» ظاهر في أن المعير وكّل المستعير في أمرين:

أحدهما: أنه وكيل من جانب المعير أن يصير ضامناً لدين المستعير ويجعل دين المستعير على ذمة المعير. وثانيهما: أنه وكيل من جانب المعير أن يجعل ماله رهناً عن الدين الذي جاء على ذمة المعير.

والجواب عن هذا الوجه واضح؛ لأنا لا نسلّم ظهور كلام المعير في ذلك وإنما الظاهر من كلامه أن يجعل ماله رهناً عن الدين الذي يكون في ذمة المستعير.

الثاني: ما يكون مرجعه أيضاً إلى مجيء الدين على ذمة المعير لكن لا بعنوان الوكالة، بل بعنوان آخر، وذلك بأن نقول: إن معنىٰ جعل الشيء رهناً تعيين محل وفاء الدين بأن يكون وفاء الدين من العين المرهونة.

وعلى هذا نقول: إن الوفاء لابدّ /١١١١/ وأن يكون من مال المديون حتى يجب على الداين قبوله؛ لأنه لا وفاء إلّا في ملك.

فلو كان الدين باقياً على ذمة المستعير وكان الرهن من مال المعير فيلزم أن يكون وفاء الدين من غير مال المديون*، فلابدّ إما أن نقول: إن الرهن يصير مال المديون أو إن الدين يجيء على ذمة المعير والأول خلاف الإجماع، فلابدّ أن نلتزم بالثاني من أن الدين يجيء على ذمة المعير، وهو معنى الضمان.

وذلك نظير ما يقوله الفقهاء في مثل «أعتق عبدك عنّي» أن العبد يصير آناً ما

---

١) جواهر الكلام ٢٣١/٢٥.

٢) الدروس ٣٨٨/٣.

*) *فمقتضىٰ ذلك أن لا يجب القبول على الداين مع أنهم يقولون بوجوب القبول عليه فيما لو كان ما يريد الوفاء به عارية. (منه قدس سره).*

في ملك هذا الشخص الذي قال «أعتق عبدك عنّي» حفظاً للقاعدة، وهـي أنه لا عتق إلّا في ملك حيث إنّ بناء الفقهاء على عدم رفع اليد عن القواعد لأجل بعض الفروع المنافية لها ظاهراً، بل يرجعونها إلى القواعد.

والجواب عن هذا الوجه يتوقف على منع أحد الأمور: إما بأن نقول إنه لا نسلّم أنه لا وفاء إلّا في ملك. وإما بأن نقول: لا نسلّم أنه إذا أعار المديون شيئاً لأداء دينه أنه يجب القبول على الداين، بل يكون حكم هذا حكم المتبرّع من أن المديون له أن يأخذ دينه من ماله وله أن لا يأخذ.

وإما بأن نقول: نسلّم جميع ذلك إلّا أن ذلك لا ينتج المقصود.

أما وجه عدم تسليم أن هذه المقدمات ينتج المقصود فباعتبار أن نقول: إن مقتضىٰ «لا وفاء إلّا في ملك» أن يكون هذا الدين حين أداء الدين هذا الدين على ذمّة المعير، وهذا يحصل بأن نقول: إن الدين يجيء على ذمة المعير من أول الأمر كما هو المقصود أو نقول: إنه بعد ما رهن وانجرّ الرهن إلى أن يؤخذ الدين من العين المرهونة فبيع الرهن، فحين أداء الثمن إلى الداين أداءً يجيء الدين آناً ما على ذمة المعير. ومقتضىٰ ما يقولون: إن الضرورات تتقدر بقدرها، أن نقول: إنه يجيء الدين على ذمّة المعير آناً ما حين الوفاء.

في وجوب قبول الدين على الداين

وعلى / ١١١٢ / هذا فليست المقدمات على فرض تسليمها منتجة للمقصود.

وأما المقدمات، فنقول: إن ما قلت من أن الإجماع قائم على وجوب الأخذ من المديون إذا كان ما يريد الوفاء به عارية فغير مسلّم.

وأما وجه عدم تسليم أصل المبنىٰ ـ وهو أنه لا وفاء إلّا في ملك ـ فلأنه لا دليل على ذلك إلّا ما يقولون من أن الإجماع قائم على وجوب قبول وفاء الدين من المديون، والإجماع أيضاً قائم على أنه لا يجب القبول من المتبرع. ولا وجه لذلك

الّا أن شرط الوفاء في المتبرّع غير موجود، وهو أن يكون الوفاء في ملك المديون.

وتوضيح ذلك أنه اختلف الفقهاء في أن أداء الدين هل يكون معاملة أو أنه تعيين ما في الذمة.

أما كونه معاملة بأن نقول: إن ما يكون في ذمة المديون يكون بمنزلة مال من الداين عن المديون، وهذا المال يكون قابلاً لأن يشتريه كلّ أحد إلّا أنه لو كان المشتري هو المديون فتصير المعاملة واجبة؛ لأن بقاء الدين على ذمّة المديون ضرر على المديون. ودفع هذا الضرر بدون إعطاء العوض إلى الداين يكون ضرراً على الداين، فيتعارض الضرران. وأما مع العوض فلا يكون ضرراً على الداين، فلذا تصير المعاملة واجبة لدفع الضرر.

وأما لو كان المشتري غير المديون فلا تكون المعاملة واجبة لعدم كون ضرر عليه.

وفيه تأمل؛ لأنه لا يلزم أن يكون الضرر عليه، بل يكفي أن يكون الضرر على المديون.

وأما كون أداء الدين وفاءً وتعييناً لما في الذمة فبأن تقول: إن الدين يكون كليّاً. وتعيين هذا الكلي بيد المديون، وإذا عيّن المديون في المجالس فيجب القبول على الداين؛ لأن بقاء الدين على ذمة المديون ضرر على المديون.

/ ١١١٣ / وأما لو أراد المتبرع أن يعين الدين فيقولون بمجيء قاعدة «لا ضرر» هنا أيضاً.

وقد عرفت أن الوفاء لو كان معاملة أيضاً يكون كذلك.

ومقتضىٰ ما ذكرنا أن يكون قبول الدين من المتبرع أيضاً واجباً.

فما يقولون من أن الإجماع قائم على عدم وجوب الوفاء من المتبرع يكشف من أن شرايط الوفاء هنا مفقودة بأن نقول: إن شرط الوفاء أن يكون الأداء من مال

المديون، فيثبت أنه لا وفاء إلّا في ملك، أو يقول: إن شرط الوفاء أن يكون الأداء بمباشرة المديون.

وعلى هذا فلو قبل من المتبرّع فليس ذلك بوفاء، وإنما هو مسقط عمّا في ذمّة المديون.

فحصل مما ذكرنا أنه لابدّ أن نعترف بأحد الأمرين: إما بأن نقول إنه يجب القبول لأداء الدين من المتبرّع أيضاً، وأن ما يقولون من قيام الإجماع على عدم وجوب القبول فغير مسلّم.

وإما بأن نعترف بأنه لا وفاء إلّا في ملك وأن أداء الدين من المتبرّع يكون مسقطاً*، وليس هو بوفاء.

الوجه الثالث مما استدلّ على الضمان:

أن نقول: إنه ليس معنى الضمان إلّا أن يقول الضامن: «إن الدين على ذمّتي»، وقول المعير: «اِجعل مالي رهناً عن دينك، إن دينك على ذمّتي، وجعلت محلّ أدائه في هذا المال».

وفيه: أنه ليس معنى قوله ذلك، بل معنى قوله هكذا: «إن دينك على ذمّتك ولكنّك لو ماطلت عن الأداء فيأخذ الداين دينه عن مالي».

هذا كلّه بناءً على ما حملنا الضمان في كلام القوم على الضمان المتعارف وهو مجيء الدين على ذمته.

وأما بناءً على ما حمله صاحب الجواهر من أن المراد من الضمان هنا جعل الدين في رقبة العين المرهونة، فهذا بيان معنى الرهانة / ١١١٤ / هنا، ولا دخل له بالضمان.

فما يورد عليهم من أن هذا ليس بضمان، ففيه أنه ليس مرادهم أن هذا المعنىٰ ضمان، بل إنما يعترفون بالضمان المتعارف كما تقدم منّا بيانه.

---

*) خ: *اسقاطاً*. (*منه قدس سره*).

ومما ذكرنا ظهر ما في الجواهر؛ فافهم.

[ثمرات المسألة]

وأما كونه عارية فمما لا محظور فيه.

نعم، قد يقال بعدم جواز كونه عارية لوجوه أربعة:

الأول: أن العين في العارية لابدّ أن تكون باقية نظير الوقف. وفي العارية للرهن قد تباع العين.

وأجيب عن ذلك بأن المأخوذ في تعريف العارية هو أنه لابدّ أن تكون إباحة منفعة سواء تلفت العين كما أنه في الإجارة قد تتلف العين بواسطة الإنتفاع بها كلبس اللباس.

نعم، في الوقف لابدّ أن تكون العين باقية.

الثاني: أن المنفعة في العارية لابدّ أن يكون مما يبذل المال في قباله كالدار، فإن منفعتها كذلك.

وأجيب عن ذلك بأنا نمنع ذلك، ولذا يجوز إعارة الذهب للزينة ولكن لا يجوز إجارتها.

الثالث: أن العارية تكون جائزة، وهنا يصير لازماً.

الرابع: أن العارية ليس فيها ضمان، وهنا يكون الضمان موجوداً.

وأجيب عن الأخيرين بأن اللزوم والضمان من الأحكام. وسيأتي الكلام فيهما.

وأما الثمرات فهي كثيرة:

منها أنه بناءً على القول بالضمان لابدّ من ذكر جنس الدين وقدره وحلوله وتأجيله ووصفه وصاحبه وذلك لأن عقد الضمان من الأسباب الشرعية نظير عقد البيع والصلح وأمثال [ذلك] ولابدّ في الأسباب الشرعية من تعيين جميع

الخصوصيات وإلّا يوجب الغرر والنبيﷺ نهىٰ عن الغرر[1]، فلا يجوز أن يقول «أنت وكيل في جعل الدين على ذمّتي أيّ دين كان وبأيّ خصوصية كان»، بخلاف ما لو كان عارية، فإن مقتضىٰ قولهﷺ «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[2] أن يأذن في ماله بأيّ نوع كان ولو كان مجهولاً فعلاً كأن يقول «أعرتك هذه العين أن تجعلها رهناً بإزاء أيّ دين كان».

نعم، لو كان لفظه مجملاً فلا يجوز التعدي عن القدر المتيقّن من باب عدم ثبوت الإذن بخلاف ما لو صرّح بالتعميم بأيّ نحوٍ كان أو كان مقتضىٰ إطلاق كلامه ذلك كما هو واضح.

ومنها أنه لو كان ضماناً فيكون لازماً، ولو كان عارية فيكون جائزاً. والمراد باللزوم عدم جواز إجبار الرهن على الفك، والمراد بالجواز هو جواز الإجبار على الفك.

وعلى هذا أما بناءً على القول بالضمان فعدم جواز إجبار الراهن / ١١١٥ / من باب أنك قد عرفت أن الدين ينتقل من ذمة المستعير إلى ذمة المعير، فيكون مال المعير رهناً في قبال دينه. فأين له التسلّط على المستعير الذي هو بمنزلة الوكيل كما عرفت؟ بل الأمر كذلك.

ولو قلنا بأن المراد بالضمان هو ما يقوله صاحب الجواهر من أنه إلزام الدين في رقبة المال التي هي عبارة أخرىٰ عن الرهن، وذلك لأنه بعد جعل العين رهناً ليس لنا عنوان يوجب لأن يكون المعير مسلطاً على المستعير بإجباره على الفك، لأن المفروض أنه ليس في البين عنوان إلّا الرهنية. وهو أيضاً لازم.

وأما بناءً على القول بالعارية فإن كان بعد الأجل فحينئذٍ يجوز له الإجبار بالفك، وذلك لأن بقاء مال المعير عند المرتهن يكون ضرراً على المعير، فيجوز له

---

١) دعائم الإسلام ٢/٢١، فصل ذكر ما نهى عنه من بيع الغرر، ح ١ (٣٤).

٢) عوالي اللئالي ١/٢٢٢، الفصل التاسع، ح ٩٩.

الإجبار لدفع الضرر.

لا يقال: إن أداء الدين من الراهن أيضاً ضرر عليه، فيتعارض الضرران.

لأنا نقول: إن الراهن لابدّ له من أداء الدين على كلّ حال، فليس إجباره على الأداء ضرراً عليه.

وعلى كلّ حال لا سلطنة للمعير على المرتهن لأن المفروض أن الرهن عقد لازم، ولقوله ﷺ «**الناس مسلطون على أموالهم**».

أقول: في التمسك بهذه الرواية لجواز الإجبار إشكال ستأتي الإشارة إليه ـ إن شاء الله ـ.

وإن كان قبل الأجل فحينئذٍ لا إشكال /١١١٦/ في عدم تسلّط المعير ولا المستعير على المرتهن.

أما المعير فواضح، وأما المستعير فلأنه لا يجب قبول الدين المؤجل على الداين قبل الأجل. وإنما الإشكال في أنه لو رضي المرتهن على قبول الدين قبل الأجل فحينئذٍ يجوز إجبار المستعير على الفك أم لا إشكال.

وذلك لأن بقاء العين عند المرتهن يكون ضرراً على المعير وإلزام المستعير على أداء الدين قبل الأجل يكون ضرراً على المستعير حيث إنّه في تأجيل الديون أغراض عقلائية، فلذا يجوز جعل الأجل في الديون، وإلزام المديون على الأداء قبله يكون ضرراً عليه كما أن إلزام الدائن أيضاً يكون كذلك وحينئذٍ فتعارض الضرر الوارد على المعير بالضرر الذي يرد على المستعير على فرض الإلتزام بالفك فيتساقطان.

وحينئذٍ نقول: يجوز له الإجبار لأجل قاعدة السلطنة حيث إنّ مقتضىٰ قاعدة تسلط الناس على أموالهم أن يكون له إجبار المستعير على الفك، والمراد بجواز الإجبار أنه يكون له سلطنة على مطالبة ماله من المستعير. ولا مانع في التمسك بقاعدة السلطنة لذلك.

[مسائل مناسبة للمقام كإعارة الأرض للغرس]

وهنا مسائل مناسبة للمقام:

منها: ما لو أعار الأرض للغرس فغرس، فحينئذٍ هل يجوز لمالك الأرض أن يجبرها على القلع أم لا؟ وعلى فرض الجواز هل يكون على المالك أرش أم لا؟

وعلى /١١١٧/ فرض عدم الجواز هل يجب عليه أجرة الأرض إذا لم يبذل المالك أم لا؟ خلاف.

أما الإجبار على القلع فمقتضىٰ القواعد جوازه، وذلك لأنّ قلع الأشجار وإن كان ضرراً على المستعير إلّا أنه معارض بالضرر الذي يرد على مالك الأرض على فرض عدم القلع. وحينئذٍ فيبقىٰ قاعدة «**الناس مسلّطون..**» اه سليماً عن المعارض ومقتضاه جواز الإجبار.

أما الأرش بناءً على فرض جواز الإجبار ـ وهو التفاوت بين المقلوع وغير المقلوع من الأشجار في القيمة ـ فمقتضىٰ القواعد تحققه، وذلك لأن المفروض أن مالك الشجر يكون مباشراً للقلع، وصاحب الأرض يكون سبباً حيث كان بأمره.

والسبب هنا يكون مقدماً في الضمان، وذلك لأن المباشر يكون مكرهاً عليه، فيكون الضمان على السبب، وهو مالك الأرض لأنه أمر بالقلع.

وأما أجرة الأرض بناءً على عدم جواز الإجبار فثابتة أيضاً، وذلك لأنه مقتضىٰ احترام مال المسلم.

[إعارة الأرض للدفن]

ومنها: ما لو أعار الأرض للدفن، فحينئذٍ إذا دفن الميت فإن قلنا إن النبش حرام في جميع الموارد فحينئذٍ ليس له الرجوع، وذلك لأن مقتضىٰ قاعدة السلطنة وإن يقتض جواز إخراج الميت من الأرض إلّا أن ذلك إنما يثمر لو قلنا إن دليل حرمة النبش فيه إجمال أو لا يشمل /١١١٨/ هذا المورد.

وأما إذا قلنا بأنه شامل* لهذا المورد أيضاً، فحينئذٍ نقول: إن قاعدة السلطنة لا تصير سبباً لأن يصير فعل الحرام كشرب الخمر مباحاً.

وعلى هذا فليس له أجرة الأرض أيضاً؛ لأن المانع من النبش إنما حصل من الحكم الشرعي، وهو حرمة النبش فليس على أحد شيء.

أقول: مجرد كون المانع هو الحكم الشرعي لا يصير سبباً لعدم لزوم الأجرة، وإلّا ففي بقاء الغرس في ملك الغير أيضاً لابدّ أن لا تكون أجرة حيث إنّ القلع بدون إذن الغارس هناك حرام أيضاً.

مع أنّه قد تقدم أن عليه الأجرة.

وكذلك إعطاء المال في المخمصة يكون واجباً مع أنّه لو قصد الرجوع يكون له الرجوع كما سيأتي الإشارة إليه ـ إن شاء الله ـ.

فلعلّ عدم جواز الرجوع فيما نحن فيه ـ وهو مسألة الدفن ـ من باب أنه ليس في البين من يرجع إليه حيث إنّ الميت غير قابل للرجوع إليه، وغير الميّت لا وجه للرجوع إليه، وإلّا فمقتضىٰ القاعدة هو جواز الرجوع مطلقاً لو كان في البين من يرجع إليه لقاعدة احترام مال المسلمين وجمعاً بين الحقّين كما في الأكل في المخمصة وإبقاء الغرس في ملك الغير.

---

*) *لا يخفىٰ أن دليل حرمة النبش هو الإجماع كما قيل، فليس له إطلاق. (منه قدس سره).*

هنا بعض أحكام الضمان

[ضمان المستعير في مسألة الرهن]

ثمّ إن المناسب للمقام أن نذكر ثبوت الضمان على المستعير في مسألة الرهن مقدمةً للثمرة الآتية فنقول:

إن الإجماع أو الشهرة / ١١١٩ / قائم على أن المستعير للرهن يكون ضامناً مع أنّه لا ضمان في العارية ولا في الأمانات، فاختلفوا في وجه الضمان هنا.

فقد يقال: إنه قبض العين للإتلاف في دينه فهو قبض ضمان.

وقد يقال: إنه نظير المقبوض في السوم.

وقد يقال إنه كوفاء الدين بإذن المديون؛ فإنه إذا كان الوفاء بإذن المديون، فيجوز للموفي أن يرجع إلى المديون.

وقد يقال: إنه لا وجه لأن يرجع إلى المديون في هذا الفرض أيضاً أعني في صورةٍ وفىٰ دينه بإذنه.

قلت: قال في الجواهر: ولعلّ الوجه هو الإذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه كما لو أذن للسقّاء وأمره بإعطاء مائه بالناس، وكما لو أمر شخصاً بأن يعطي نفقة عياله حتى يرجع من السفر.. إلى غير ذلك من الموارد التي يأذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه.

والسرّ في أنه يصير ضامناً في صورةٍ أذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه هو أن ذلك نظير أن يأمر ويأذن في عمل يكون له مالية ويعود نفعه إليه كما أذن للنساء في تعمير داره وللخياط في خياطة ثوبه.

ونحن لابدّ أن نتكلّم في كلّ واحد من المقيس عليه الأول والمقيس عليه الثاني حتى نرىٰ أنه يعلم حال أصل / ١١٢٠ / المقيس أم لا، فنقول: أما في صورةٍ أمر بعملٍ يعود نفعه إليه كما لو أمر بخياطة ثوبه، فهذا على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون ظاهراً في التبرّع كما لو أمر عالم المحلّة وأذن للبنّاء في عمل يعود نفعه إليه كتعمير دار العالم أو تعمير المسجد، فحينئذٍ لا يستحقّ أجرةً. وكذا لو كان مهملاً من جهة التبرّع وعدمه، فإن الضمان لابدّ أن يتحقق سببه، ومجرد الأمر والإذن ليس سبباً للضمان.

الثاني: أن يكون ظاهراً في عدم التبرّع أو صريحاً فيه كأن يقول «إفعل هذا وخُذ أجرتك عنّي».

وهذا يكون على قسمين:

الأول: أن يكون جميع شرايط الإجارة موجوداً، فحينئذٍ تصير إجارة معاطاتية، فلا إشكال في أنه يستحق الأجرة.

الثاني: أن لا يكون جميع شرايط الإجارة موجوداً فيه، فحينئذٍ يشكل الأمر في استحقاق الأجرة هنا، فقد يقال: إنه يستحق الأجرة من باب قاعدة* «كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

وفيه أنه قد تقدم أن هذا ليس بنفسه قاعدة مستقلة بل قلنا إنه لابدّ أن يتحقق في مورده أحد أسباب الضمان من اليد أو الإتلاف.

وقد يقال: إنه يستحقّ الأجرة من باب أن الآمر الذي أمر صار سبباً لإتلاف هذه المنفعة، والسبب هنا يكون مقدّماً؛ لأن المباشر كان مغروراً حيث تخيّل بواسطة ما قاله الآمر أنه يعطيه الأجرة.

/ ١١٢١ / **وفيه**: أنه وإن كان مقتضىٰ القاعدة أن يكون الضمان على المباشر إلّا أن يكون مغروراً إلّا أن المراد من الغرور ليس مثل هذه الغرورات العرفية. ولذا لو

---

*) *وقد ذكرنا تفصيل [ذلك] عند بيان هذه القاعدة. (منه قدس سره).*

قالت طائفة لزيد: إن أباك يجيء من السفر فذبح الذبايح لقدوم أبيه، وكان الخبر كذباً فضاع جميع اللحوم. لم يكونوا ضامنين.

وقال الأستاد: إنه يستحق الأجرة من باب قاعدة اليد.

وبيان ذلك أن اليد في كلّ شيء يكون بحسبه، واليد على المنفعة عبارة عن استيفاء المنفعة. وإذا كان العمل بإذنه ويعود نفعه إليه أيضاً فيقولون هنا: إنه يستوفي المنفعة. واستيفاء المنفعة عبارة عن اليد على المنفعة، واليد من أسباب الضمان.

وهذا هو السرّ في اتفاق العلماء على الضمان في هذا الفرض*.

ومن هنا ظهر حال أصل المقيس أعني العارية للرهن، وذلك لأن العين جاءت في يد المستعير، فلابدّ أن يكون ضامناً لأجل قاعدة اليد. ولا وجه لارتفاع الضمان بواسطة اليد إلّا أحد الأمرين:

الأول: أن ذلك عارية، وليس في العارية ضمان، ولكن فيه أن الأخبار التي دلّت على أنه ليس في العارية ضمان لا تشمل مثل هذه العارية، وإنما تشمل العارية المتعارفة عند الناس.

الثاني: ما دلّ على عدم الضمان في الأمانات.

وفيه: أن المراد من الأمانة يكون معنىً لا يشمل ما نحن فيه، وليس هنا محلّ ذكره / ١١٢٢ /.

وما قلنا إنما هو بناءً على مختار الأستاد سلّمه الله ـ في معنى الأمانات، وإلّا يكون المراد من الأمانة محل خلاف عند العلماء.

هذا كلّه في أصل المقيس والمقيس عليه الأخير وأما المقيس عليه الوسط وهو ما لو أمر بإتلاف ماله فيما يعود نفعه إليه كما لو أمره بوفاء دينه أو أذن في وفاء دينه وليس هنا يدٌ موجبة للضمان في البين، فلذا يشكل الأمر.

---

*) *ويجوز أن يقال على التحقيق من جريان المعاطاة في غير البيع: إن ذلك إجارة معاطاتية، ولمّا لم يعيّن أجرة خاصة فتتعين أجرة المثل؛ فتأمل. (منه قدس سره).*

ولا يخفىٰ أنه لا وجه لقياس ذلك بما لو أذن في عملٍ نفعه إليه يعود، وذلك لأنّا لا نريد إثبات ضمان أجرة العمل، وإنما نريد إثبات ضمان المال الذي[1] أتلفه بإذنه في وفاء دينه أو نفقة عياله وأشباه ذلك، فلا وجه للمقايسة.

وقد يقال: إنه يكون ضامناً لأنه صار سبباً للإتلاف، والمباشر هنا يكون مغروراً، فلا يوجب رفع الضمان عن موجد السبب.

ولكن فيه: أنك قد عرفت قُبيل ذلك أن هذا النوع من الغرورات لا يصير منشأ لأن يرتفع الضمان عن المباشر.

وعلى هذا نقول: إن الإذن في أداء الدين تارة يكون ظاهراً في التبرّع، وتارة يكون مهملاً، وفي هذين القسمين ليس في البين ضمان.

وتارة يكون ظاهراً أو صريحاً في عدم التبرّع، فحينئذٍ تارة يصرّح بأنك وكيل عنّي في أن تقرضني من مالك ديناراً ثمّ تعطيه بإزاء دينه أو في نفقة عياله. وهنا لا إشكال في أنه /١١٢٣/ يجوز له الرجوع إليه، ويكون ما أدّاه قرضاً على ذمّته. وتارة لم يصرّح بالوكالة الكذائية ويكون إذنه صريحاً أو ظاهراً في عدم التبرّع، فحينئذٍ لو قلنا إن هذا النوع يكون ظاهراً في أن يكون الموفي وكيلاً على النحو الذي سبق فحينئذٍ يجوز له الرجوع وإلّا فيشكل الرجوع. ومقتضىٰ الأصل هو البراءة.

هنا فرع

قال في الجواهر[2] بعد ما ذكر بعض المطالب في الثمرة الآتية: إنه لو اقتصر المرتهن في مقام يريد أن يبيع الرهن على إذن المالك في البيع والوفاء ولم يأذن من الراهن، لم يكن له الرجوع على الراهن؛ لأن المالك حينئذٍ كالمتبرّع بقضاء الدين.

---

١) في المخطوطة: التي.

٢) جواهر الكلام ٢٣٧/٢٥.

انتهىٰ كلامه مشرحاً.

وأورد عليه بأن أخذ المستعير العين من المعير إنما كان لأجل وفاء دينه بتلك العين عند رأس أجل الرهن لو امتنع الراهن من أداء الدين، والمفروض أن الراهن هنا ممتنع، فيكون إذن المالك مؤكداً لما فعله سابقاً. ومقتضىٰ ما فعله سابقاً. هو أن يكون المستعير ضامناً لأن العين قد جاءت على يده. ومقتضىٰ اليد هو أن يكون ضامناً. ولم يأت في البين ما يكون رافعاً للضمان إلّا إذن المالك؛ وقد عرفت أن إذنه كان مؤكداً لما فعله سابقاً.

[ومن الثمرات]

ومنها أي ومن الثمرات الحاصلة بين كون جعل مال الغير بإذنه رهناً ضماناً أو عاريةً أنه لو كان ضماناً بالمعنى الذي ذكرنا سابقاً من جعل الدين على ذمّة المعير فحينئذٍ لو باع المرتهن الرهن فيرجع المعير على المستعير بما بيعت به العين المرهونة / ١١٢٤ / وإن كان أقلّ من ثمن المثل بخلاف ما لو كان عارية فإنه يرجع بقيمة تامة.

وزاد في الجواهر[1] أنه لو بيع بأكثر من ثمن المثل فعلى الضمان يرجع بالجميع وعلى العارية يرجع بقدر القيمة.

هكذا قيل. ويناسب التكلّم في هذه الثمرة في مقامين:

الأول: أنه لأيّ وجه يرجع على الضمان بما بيع به وعلى العارية بالقيمة؟

الثاني: كيف تحصل الثمرة فيما إذا بيع بالأقلّ أو بالأكثر؟

فنقول: أما المقام الأول فنقول: أما بناء على الضمان فيرجع بما بيع به باعتبار أن المفروض أن المعير صار ضامناً لدين المستعير، فيكون الدين على ذمّة المعير والرهن أيضاً يكون منه، فإذا بيع الرهن فبالمقدار الذي يزيد من الثمن عن الدين لا

---

١) جواهر الكلام ٢٣٣/٢٥.

إشكال أنه مال المعير.

وأما بالمقدار الذي أدّاه إلى المرتهن أيضاً يأخذ المعير من المستعير لأنه إذا صار شخص ضامناً لدين شخص آخر، فإذا أخذ المال من الضامن يرجع الضامن إلى من ضمن له به.

إن قلت: إن مثل هذه الأحكام للضمان إنما ينصرف إلى الضمان المتعارف، وليس ما نحن فيه منه.

قلت: نسلّم ذلك إلّا [أن] الخبر الذي يدلّ على أنه «يرجع الضامن بما غرم» لم يعلّق الحكمَ على الضامن، وإنما يعلّق الحكم على الآكل من أن الضمان على الآكل، وتعليق الحكم على هذا الوصف مشعرٌ بأن هذا الوصف يكون ملاكاً للضمان.

أقول: ولعلّ هذا يصير سبباً لعدم انصراف أدلّة الضمان عن مثل ما نحن فيه. وهذا المقدار يكفي، وإلّا فمجرّد الإشعار بالعلّية لا يصير منشأ لشيء بعد الإعتراف بعدم الدلالة؛ فافهم.

/ ١١٢٥ / وأما بناءً على كونه عارية فيرجع بالقيمة، وذلك لأنه ليس هنا دليل خاصّ معيّن لا يرجع به، فلابدّ من أن يرجع إلى القواعد العامة كقاعدة اليد والإتلاف، ومقتضاهما ثمن المثل.

وأما المقام الثاني

فنقول: أما لو بيع بأكثر من ثمن المثل فبناءً على القول بالضمان قد عرفت أنه يرجع بالجميع.

وأما بناءً على القول بالعارية فنقول: إن مقتضىٰ قاعدة اليد والإتلاف أنه لو بيع بأقلّ من ثمن المثل فلابدّ أن يرجع بثمن المثل. وأما لو بيع بأكثر من ثمن المثل كما هو المفروض فلاوجه لأن يرجع الزائد إلى المتلف بل الجميع يرجع إلى المالك؛ لأنه عوض عن ماله وبدل عنه، فبطلت الثمرة في صورة بيع بأكثر من ثمن

المثل، ولذا لم يذكر العلماء غير صاحب الجواهر وجود الثمرة في صورة بيع بأكثر من المثل؛ فافهم.

وأما لو بيع بأقلّ من ثمن المثل فهنا لا إشكال في وجود الثمرة، وإنما الكلام في تحقق الصغرىٰ من أنه كيف يتحقق هذا الفرض؟

وذلك لأن مقتضىٰ القاعدة أنه إذا باع شخص مال نفسه فيجوز له أن يبيع بأقلّ من ثمن المثل بمقدار فاحش عمداً، وكذا يجوز له البيع بالأقلّ بمقدار غير فاحش عمداً كما حقّقنا هذه المسألة في قاعدة الضرر، وإذا كان خطاء فيكون له خيار الغبن.

وأما إذا باع مال الغير فلا يجوز له البيع بالأنقص إلّا خطاءً، وبعد الإطلاع لابدّ له أن يرجع لأجل خيار الغبن.

وعلى هذا ففيما نحن فيه يكون المفروض أن الرهن يكون مال الغير. فإذا فرض كون الثمن أقلّ من ثمن المثل فلابدّ للبايع أن يرجع إلى المشتري لأجل خيار الغبن.

وحكى في الجواهر فرضاً: صارت القيمة أقلّ من ثمن المثل، / ١١٢٦/ ومع ذلك يكون البيع صحيحاً لا يفسخ لأجل الغبن، وذلك كما لو كان أقلّ من ثمن المثل بمقدار يتسامح فيه ولا يعدّ مثله غبناً كما لو كان المتاع يباع في السوق عشرة دنانير إلّا درهمين أو مع انضمام درهمين، والمرتهن باعه بعشرة إلّا درهمين، فإن هذا لا يعدّ غبناً لأنه لا يلزم أن يبيعه بقيمته العُلْيى.

وأورد على ذلك بأنه كما يتسامح في القيمة يتسامح في الغرامة أيضاً لأنه لا يلزم على المغرم أن يغرم قيمته العُليى بل لا مانع من أن يغرم بقيمته الدُنيا؛ لأنه قيمته أيضاً. ولا تلزم الغرامة في أزيد من القيمة.

ومما ذكرنا ظهر أن الثمرة الأخيرة تكون باطلة بالمرّة.

[دخول الثمرة في رهن النخل]

قال في الشرايع[1]: **وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة إلى أن يقول: وكذا ما ينبت في الأرض بعد الرهن..** إلى آخر كلامه.

أقول: كلامه الأول في أنه إذا رهن الأرض مثلاً وكانت[2] الأرض مشتملةً على أشياء أخر عند إجراء صيغة الرهن، فأيّ شيء يدخل في الأرض؟

والمعيار هنا ما يدخل تحت اسم الأرض عند العرف، وهذا لا اختصاص له بالرهن بل يكون ثابتاً في سائر المعاملات أيضاً من البيع والصلح وغير ذلك، فإنه يدخل في البيع كلّ ما يكون عنوانه شاملاً له عرفاً.

[دخول ما ينسب من الأرض بعد الرهن فيه]

وكلامه الثاني في أنه إذا رهن شيئاً فجدّد له بعض الفوائد والثمرات فهل تدخل المنافع والثمرات فيه أم لا؟

وهنا نقول: إنه لا إشكال في أن الفوائد المتصلة كالنموّ مثلاً تكون داخلةً قطعاً، وأما المنفصلة كالولد والزرع وأشباههما فقال الأستاذ: إنها لا تدخل في الرهن مطلقاً. والمشهور يقولون: إن مثل حمل الشجرة والدابّة والمملوكة يصير رهناً بخلاف ما ينبت في الأرض بعد الرهن.

ووجه التفصيل /١١٢٧/ أنه بالنسبة إلى الزرع وما ينبت من الأرض تكون من المنافع التي لا يكون أصله من العين المرهونة، بل العين المرهونة كالأرض مثلاً كانت من معدّات وجوده كما هو كذلك في كلّ ما ينبت من الأرض إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون.

وأما بالنسبة إلى حمل المملوكة والدابّة وأشباه ذلك يكون أصل هذه المنفعة

---

١) شرائع الإسلام ٣٣٨/٢.

٢) في المخطوطة: وكان.

حقيقةً من أجزاء العين المرهونة.

وقال الأستاذ: إنه بالنسبة إلى الحمل أيضاً نقول: كلّ جزء من أجزائه الذي يحدث في كلّ يوم يكون موادّه من الأمور الخارجة عن أصل العين المرهونة؛ لأنها إنما تكون من الماء والعلف التي يأكل في كلّ يوم، فلا يكون أصله من العين المرهونة كما لا يخفىٰ؛ فافهم.

أقول: ولعلّ الوجه في عدم صيرورة الفوائد رهناً أن المفروض أن هذه الفوائد لا تعدّ[1] من صفات العين المرهونة كالفوائد المتصلة حتى يدخل في العين المرهونة، والمفروض أن أصل هذه الفوائد أيضاً ليس من العين المرهونة. والمفروض أن هذه الفوائد من مال المالك، والمفروض عدم جريان عقد الرهانة عليها أيضاً، فلا وجه لصيرورتها رهناً.

[إزالة ما نبت من الأرض المرهونة]

قال في الشرايع[2]: فهل يجبر على إزالته..؟

أي إزالة ما نبت الأرض المرهونة من الأشجار التي لم تصر رهناً كما تقدم سواء كان الغرس بفعل الراهن أو الأجنبي أو كان من جانب الله.

قيل: يجبر على إزالته.

وهو الأشبه عند المحقق.

وينقل في الجواهر[3] أنه يستدلّ له بأن الإبقاء ولو كان الأصل من غيره تصرف منهيّ عنه، فهو كالمتاع الموضوع / ١١٢٨ / في دار الغير.

---

١) في الأصل: لا يعدّ.

٢) شرائع الإسلام ٣٣٨/٢.

٣) جواهر الكلام ٢٤٠/٢٥.

ونحن نقول*: إنه لابدّ لنا من بيان حكم المتاع الموضوع في دار الغير أولاً حتى توضح مسألتنا، فنقول: إن المتاع الموضوع في دار الغير يكون على قسمين:

الأول: أن يكون الوضع من المالك. وحينئذٍ نقول مقدمةً (أقول).

أولاً: إن الحادث تارة يكون جوهراً وحقيقة مستقلة نظير النور والضوء الحادثين من السراج، وتارة يكون صفة ككون الشيء في مكان أو كون لبنتين موضوعتين بطريق التلاصق.

والتحقيق أن الحادث إذا كان جوهراً يحتاج إلى العلة في البناء كما يحتاج إلى العلة في أصل الحدوث أيضاً؛ لأن وجه كونه محتاجاً إلى العلة هو إمكانه، وذلك لا ينفك عنه.

وقد أثبتنا في الإستصحاب أن العلة المبقية هي العلة المحدثة.

وإذا كان الحادث من الصفات ككون المتاع موضوعاً في مكان فحينئذٍ لا يحتاج الباقي في البقاء إلى علّة حتى تكون علة بقائه هي علة حدوثه أم لا، وليس هنا مجال لتفصيل ذلك.

وعلى كلّ حال، كون المتاع في دار الغير من القسم الثاني من الحادث، ويكون أصل حدوثه من المالك؛ لأن المفروض أن الوضع منه، والوضع تصرف من المالك.

وحينئذٍ لو قلنا إن الإبقاء ليس تصرفاً باعتبار أن الباقي بهذا المعنى قد تقدم أنه لا يحتاج إلى العلة فلا إشكال في أنه ليس شيء على المالك حيث إنّه ليس متصرفاً فعلاً.

وأما لو قلنا إن الإبقاء تصرف ـ على خلاف التحقيق ـ / ١١٢٩ / باعتبار أن نقول: إن الباقي بهذا المعنىٰ أيضاً يحتاج إلى العلة، وعلته المبقية هي علته المحدثة، فإذا كان أصل الوضع تصرفاً من المالك يكون الإبقاء أيضاً تصرفاً منه، فحينئذٍ نقول: إن الإبقاء وإن كان في الحقيقة تصرفاً من المالك إلّا أن هذا النوع من

---

*) عليك بمراجعة ما ذكرنا في خيار الغبن في مثل هذه المسألة. (منه قدس سره).

التصرف ليس بحرام، وإنما التصرف الذي يكون حراماً ويكون موضوعاً لأحكام الشارع إنما هو التصرف الذي يعدّ عند العرف تصرفاً، والإبقاء لا يعدّ تصرفاً في العرف*.

وعلى هذا فلا يجبر المالك على إزالة الشجر من باب أن الإبقاء تصرف محرم في صورة كان أصل الوضع من المالك، فضلاً عن صورة لم يكن أصل الوضع أيضاً منه.

[الاستدلال بقاعدة الضرر]

نعم، لو كان بقاء الشجر في ملك الغير ضرراً على مالك الأرض فحينئذٍ لو كان وضع الشجر من مالك الشجر يجبر على إزالته؛ لأنه صار سبباً لورود الضرر على مالك الأرض. وهنا ليس في البين مباشر حتى يرتفع الضمان عن السبب.

ومما ذكرنا ظهر حال ما ذكره في القوانين[1] في أوائل النواهي من أنهم اختلفوا في أن الترك هل هو من قبيل الفعل أم لا؟ وتظهر الثمرة فيما لو ألقي في النار شخص وتمكن هو من الخلاص ولم يتخلص حتىٰ مات، فلو كان ترك التخلّص فعلاً فهو قاتل نفسه وإلّا فيجب القصاص له. انتهىٰ.

ووجه ظهور حال ذلك مما ذكرنا أنّا نقول: إن الترك مثل الإبقاء حيث إنّ الإبقاء أيضاً عبارة عن ترك الإزالة إلّا أن الترك لا يعدّ فعلاً عند العرف قطعاً، ولو كان من قبيل الفعل حقيقةً.

وأحكام الشارع إنما هي مترتبة على ما يكون فعلاً عند العرف.

---

*) *وفيه أن مقتضىٰ ذلك أن لا يكون الجلوس في المكان المغصوب بعد تحقق الجلوس حراماً كما أشرنا إلى ذلك في أحكام الأواني، ولم يقل به الأستاد ولا غيره؛ فراجع.*

هذا ولكن أجبنا عن ذلك في تعليقاتنا على آخر المكاسب في أحكام القبض. (منه قدس سره).

١) قوانين الأصول: ١٣٨، باختلاف في العبارة.

/ ١١٣٠ / وعلى هذا نقول: إن الذي ألقي في النار لو كان ممن لم يمكن له التخلّص كما لو كان طفلاً فحينئذٍ يكون الضمان على الملقي حيث إنّه صار سبباً، ولم يتوسط في البين مباشر قويّ حتى يوجب رفع الضمان منه.

وهذا بخلاف ما لو كان من ألقي في النار ممن يمكن له التخلّص، فحينئذٍ يكون المباشر أقوىٰ، فيرتفع الضمان عن السبب.

وهنا لا فرق بين كون الترك تصرفاً أم لا، بل لابدّ أن يلاحظ أن السبب أقوىٰ أو المباشر.

وإنما ينفع النزاع في كون الترك تصرفاً أم لا في الموارد التي صار التصرف موضوعاً لحكم الشارع كالرهن مثلاً حيث إنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرنا حال مسألتنا أيضاً؛ فافهم.

المقام الثاني:

فيما لو كان وضع المتاع في دار الغير من جانب الله

كما لو أوقعت الريح مالاً من زيد في دار عمرو، فهنا تارة يقع النزاع في أنه هل يكون لعمرو أن يمنع زيداً من دخول داره لأجل أخذ ماله أم لا؟ وتارة يقع النزاع في أنه هل يكون لزيد أن يجبر عمراً بإخراج ماله من داره أم لا؟ وتارة يكون النزاع في أن أجرة الإخراج هل هو على زيد أو على عمرو؟

[جواز الدخول يحتاج إلى الإذن أم لا؟]

أما الكلام في أنه هل لعمرو أن يمنع زيداً من دخول داره أم لا؟ وبعبارة أخرىٰ هل يتوقف جواز الدخول لزيد في دار عمرو لأجل أخذ متاعه على إذن عمرو أم لا؟ فموقوفة على ملاحظة الضرر / ١١٣٠ / فإنه تارة يكون الضرر على عمرو لو

دخل زيد في داره ولم يكن بقاء مال زيد في دار عمرو ضرراً على زيد، فحينئذٍ لا يجوز لزيد أن يدخل في دار عمرو بدون إذنه لقوله ﷺ «الناس مسلّطون على أموالهم»[1].

وتارة يكون الضرر على الطرفين مثلاً دخول زيد في دار عمرو ضرر على عمرو كما أن بقاء مال زيد في دار عمرو أيضاً ضرر على زيد، فحينئذٍ لا يجوز لزيد أن يدخل في دار عمرو بدون إذنه، وذلك لأن المفروض أن الضرر من الطرفين فيتعارض الضرران فتبقى قاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» سليماً عن المعارض.

وتارة يكون الضرر على زيد في بقاء ماله في دار عمرو ولم يكن في دخول زيد في دار عمرو ضرراً على عمروٍ، فحينئذٍ يجوز لزيد أن يدخل في دار عمرو بدون إذنه لحكومة قاعدة الضرر على قاعدة «الناس مسلّطون» وغيرها من أدلة الأحكام.

ونظير ما نحن فيه تصرف أحد الشركاء في الملك المشاع لو لم يأذنوا لسائرين في التصرف إلّا أنه قد يقال: إن الضرر هنا دائماً يكون من الطرفين فيتعارضان فيبقىٰ قاعدة «الناس مسلّطون» سليماً، فلا يجوز التصرف لواحد من الشركاء لو نهاه الآخر.

وبيان أن الضرر من الطرفين بأن نقول: أما ثبوت الضرر في منع الشريك من التصرف فظاهر حيث إنّ منع المالك من التصرف في ملكه ضرر عليه. وأما ثبوت الضرر على الشريك باعتبار أنه بسبب التصرف يأكل منفعة مال الشريك، وأكل مال الغير ضرر / ١١٣٢ / عليه.

أقول: ثبوت الضرر من الطرفين غالبيّ. ولو كان المراد أن الضرر نوعيّ وهو يكفىٰ.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

ففيه: أنه غير مسلّم.

أقول: وقد يقال في وجه عدم جواز تصرف أحد الشريكين بدون إذن الآخر أن مجرد كون الشريك في ملك المشاع يكون تصرفاً في ذلك الغير.

وفيه: أنه لم يكن الشك في أنه تصرف وإنما الشك في أن هذا التصرف يتوقف على الإذن أم لا؟ فإن ثبت كونه ضررياً على الشريك فيتمّ المطلوب وإلّا فلا.

[هل يجوز إخراج المال من البيت؟]

وأما الكلام في أنه هل يكون لزيد أن يلزم عمراً[1] بإخراج المال من بيته أم لا؟ فمقتضىٰ القواعد عدم جواز الإلزام والإجبار؛ لأن غاية الأمر أن يكون في بقاء مال زيد في دار عمرو ضرر على زيد، وهذا لا يصير سبباً لجواز اجبار عمرو، بل إذا يريد زيد أن يرفع الضرر عن نفسه فيجيء ويأخذ ماله ويخرجه من بيت عمرو. ولا وجه لأن يكون مسلطاً على عمرو بالإخراج.

[الكلام في أجرة الإخراج]

ومن هنا ظهر أن أجرة الإخراج أيضاً يكون على زيد؛ لأنه يخرجه بنفسه وتكون الأجرة عليه، ولا وجه لأن تكون الأجرة على عمرو.

ثمّ إنه نقل عن الجواهر في كتاب الغصب أنه يذكر من الفقهاء فروعاً مخالفةً لما ذكرنا، ولكنّا نقول: إن كلمات الفقهاء لمّا تكون مخالفةً للقواعد، ونحن نعلم أن الفقهاء لم يكن عندهم نصوص في هذه الموارد، بل كتبوا كلّ المعاملات بمقتضى القواعد، فعلى هذا إذا رأينا منهم ما يكون مخالفاً للقواعد فنؤوّل كلامهم حتى ينطبق مع القواعد.

---

١) في المخطوطة: العمرو.

[دخول الدابة في دار الغير]

ومن الفروع / ١١٣٣ / ما لو دخلت دابّة في دار الغير ولم يتمكن من إخراجها إلّا بتخريب بعض الدار. وحينئذٍ الظاهر كما نقل أنهم يقولون: إن مالك الدار يجبر مالك الدابّة بإخراج دابّته فيخرب البيت ويخرج الدابّة، ويكون أرش الدار على مالك الدابّة لأن التخريب كان لمصلحته.

[وقوع الجدار في ملك الغير]

ومنها: ما لو وقع جدار شخص في ملك الغير فيلزم صاحب الجدار بإخراج الجدار الذي وقع، وتكون أجرة الإخراج عليه أيضاً.

[لزوم التخريب لإخراج رأس الدابّة من الحبّ]

ومنها: ما لو دخلت دابّة رأسها في حبّ مثلاً ولم تتمكن من إخراج رأسها إلا بكسر الحبّ فحينئذٍ يلزم صاحب الدابّة بكسر الحب وتكون قيمته عليه أيضاً.

هذا كلّه فيما حكي عن الجواهر.

وأما كيفية انطباق كلمات العلماء مع القواعد بأن نقول: أما جواز إجبار صاحب الدابّة ووجوب الإخراج عليه فلابدّ أن يحمل على صورة كان مالك الدابّة سبباً لدخول دابّته في دار الغير، ويكون بقاؤه ضرراً على مالك الدار، فيكون الضمان على موجد سبب الضرر، وهو المالك. وأجرة الإخراج يكون عليه من باب أن الإخراج يكون واجباً عليه.

وأما كون أرش الدار عليه فمن باب أنه يخرب الدار لإخراج مصلحته علّلوا الضمان بها، فقالوا: إن أرش الدار يكون عليه لأن التخريب لمصلحته.

ومرادهم أن الأرش إنما هو لأجل المباشرة، والمباشرة / ١١٣٤ / لأجل مصلحة نفسه.

ونقل عن الجواهر أنه بعد ما ذكر ما نقلنا عنه سابقاً قال ما ملخصه: إنه لو رفع صاحب الدابّة يده من ماله فلا شيء عليه مع أن ظاهر ذلك مخالف لما قاله أولاً.

وأما مسألة إدخال الدابّة رأسها في الحبّ فيأتي بعض القواعد الأخر أيضاً فيها. وليس هنا محل ذكرها.

خاتمة فيها مسائل

[جناية العبد المرهون]

الأولىٰ: لو جنى العبد المرهون على شخص فحينئذٍ يتعلق حق المجنيّ عليه أيضاً عليه. ولا تبطل الرهانة بواسطة ذلك لاحتمال أن يؤدي حق المجنيّ عليه من غير رقبة العبد.

وذلك كما تقدم من أن الأمة المرهونة لو صارت أم ولد لا تبطل رهانته، ولو قلنا بعدم جواز بيع أم الولد هنا. وذلك لاحتمال أن يموت الولد.

وحال مسألتنا كحال هذه المسألة بعينه؛ فارجع، فلا نكرّره.

وهنا كلام آخر في أنه لو لم يؤد[1] حق المجنيّ عليه من غير رقبة العبد وتعارض حق المجنيّ عليه مع حق المرتهن، فأيّهما يقدّم؟ فنقول:

إنه بمقتضىٰ القاعدة يكون حال هذه المسألة نظير تعارض حق المرتهن مع حق الإستيلاد. وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً، فلا نكرّره إلّا أنه في خصوص ما نحن فيه يكون من المسلّم عند العلماء بأجمعهم أن حق المجنيّ عليه يكون مقدماً على حق المرتهن كما أنه مقدّم على حق المالك.

[الجناية على العبد المرهون]

الثانية: أنه لو جني على العبد المرهون سواء كانت الجناية سبباً لزيادة قيمته

---

١) في الأصل: يؤدى.

كما لو جرّ خصيتيه ـ وضيَّعهما أم لا ـ يكون الجاني / ١١٣٥ / ضامناً بنوع ذُكر في كتاب الديات، فحينئذٍ لو كانت الجناية سبباً لنقصان القيمة فتتعلق الرهانة بمال الجناية كما تقدم من أنه إذا أتلف العين المرهونة يكون بدلها رهناً.

[ضمان التالف لو أتلف العين المرهونة]

الثالثة: أنه إذا أتلف العين المرهونة فحينئذٍ يكون التالف ضامناً.

وعلى هذا بناءً على أن يكون بدل التالف رهناً، وبناءً على أن نقول: إن حق الرهانة لا يتعلق بما في الذمّة فحينئذٍ هل يلزم المتلف على تعيين بدل التالف حتى يتعلق به حق الرهانة أم لا؟ فيه أقوال ظاهراً، ثالثها التفصيل بين أن يكون المتلف هو الراهن أم لا.

وتفصيل المقام أن المتلف لو كان هو المرتهن وكان عند رأس الأجل، وكان التالف من جنس الدين الذي يكون على ذمّة الراهن فحينئذٍ يقع التهاتر القهري في مقدار الدين. وفي غير هذا الفرض أيضاً لم يكن إلزام على المرتهن من قبل حق الرهانة؛ لأن حق الرهانة كان حق نفسه.

وأما لو كان التالف هو الأجنبي فمقتضىٰ القواعد أن لا يكون مانعاً في إلزامه بتعيين البدل.

أقول: ولعلّ المانع هو أن الإلزام بتعيين البدل إنما هو للمالك لا المرتهن. وأما لو كان المتلف هو الراهن فحينئذٍ وإن لم يكن ضامناً لمال نفسه إلّا أنه لابدّ من تعيين البدل لوجود حق المرتهن في البين.

أقول: تعلق حق الرهانة بما يعيّنه الراهن بدلاً عن العين المرهونة مشكل. وذلك لأن مقتضىٰ قاعدة البدلية أنه إذا كان للعين المرهونة بدل تتعلق الرهانة / ١١٣٦ / ببدله، والمفروض فيما نحن فيه أنه ليس لأصل العين بدل، فكيف يتعلق حقّ الرهانة بما يعيّنه المالك بلا عقد الرهانة بمجرد التعيين مع أنّه ليس بدلاً

حقيقةً ؟

[فرع]

هنا فرع، وهو أنه في صورة يعيّن بدل الرهن ويتعلق به حق الرهانة إذا فرضنا أن المرتهن كان وكيلاً في بيع أصل عين المرهونة بمقتضىٰ الشرط فيضمن عقد الرهانة أو اشترط في ضمن عقد الرهانة ايداع العين المرهونة عند عادل فهل يكون هذان الحكمان ثابتين للبدل أم لا ؟

قد يقال: لا؛ لأنهما حكمان على خلاف الأصل ثبتا للمبدل، ولا دليل على ثبوتهما للبدل، وهو عينٌ اخرى.

وقد يقال: إنه بمقتضىٰ الشرط أولاً في ضمن عقد الرهانة يصير قاطعاً بأن الراهن راضٍ بالبيع والإيداع في البدل.

وفيه: أولاً: أن حصول القطع بالرضاية لا وجه له مع أنّه خارج عن المسألة.

وثانياً: أنه لا يكفي في البيع وغيره من العقود ذلك، بل المشهور ظاهراً على أنه يشترط الإذن الصريح فيهما، ولا يكفي مجرد العلم بالرضاية.

وقد يقال: إن الإذن اللفظي أيضاً هنا موجود، وذلك بأن نقول: إنه إذا اشترط في ضمن عقد الرهانة ذلك فيكون ذلك إثبات حق للمرتهن. وجريان ذلك في المرتهن يكون بطريقٍ أولىٰ.

وبعبارة أخرىٰ: يكون مثل مفهوم الموافقة داخلاً في المداليل اللفظية.

ولكن هذا مشكل كما لا يخفىٰ؛ **فافهم**.

[لو رهن عصيراً فصار خمراً]

الرابعة: أنه لو رهن عصيراً فصار خمراً / ١١٣٧ / فحينئذٍ تزول ماليته وملكيته فتزول الرهانة أيضاً. فإذا فرض انقلابه خلّاً بعد ذلك فيشكل الأمر في أنه يصير

ملكاً للراهن كما كان أولاً أم لا؟ وعلى فرض عود الملكية فهل تعود الرهانة أم لا؟ فيه إشكال.

ولابدّ أن نتكلّم في هذه المسألة في ثلاث مقامات:

الأول: أنه هل يجوز رهن العصير الذي يعلم أنه يصير خمراً أم لا؟ وله نظائر وإن كان بينهما فرق إلّا أنها مشترك في عدم بقاء العين المرهونة على المالية الأولية نظير الفواكه وأمثال ذلك إلّا أنه في الفواكه يقولون إنها تباع ويرهن ثمنها. وفيما نحن فيه تعود الملكية حيث ينقلب خلّاً.

ونسب إلى صاحب الجواهر أنه يقول بصحة الرهن فيها لأنه يقول: لا نسلّم أن ما هو شرط في الرهن ابتداءً من كون العين المرهونة مالاً يكون شرطاً استدامةً أيضاً.

وقال الأستاد: إنا لا نقول بذلك إلّا أنه نصحّح الرهن فيها بوجه آخر. وعلى كلّ حال ليس [هنا] مقام ذكر ذلك.

الثاني: أن بعد ما صار خمراً تزول ملكيته للأمر بهجره مطلقاً. وذلك موجب لارتفاع السلطنة عنه بالمرّة، وليست الملكية إلّا السلطنة. فإذا انقلب خلّاً فهل تعود ملكيته الأولية أو أنه يصير كالمباحات، لا يصير ملكاً إلّا بالحيازة؟، فيه خلاف.

واستدلّ على أن الملكية الأولية تعود، بوجوه:

الأول: ما نسب إلى المحقق الثاني[1] ظاهراً من أنه غاية الأمر أنه زالت الملكية بواسطة الخمرية /١١٣٨/ إلّا أنه تكون الأولوية التي هي من آثار الملكية باقية بحالها.

وأورد على ذلك بأنه إذا كانت الأولوية من آثار الملكية فكيف يمكن أن يزول نفس الملكية ويبقى آثارها ولوازمها مع أن بقاء الملزوم بدون اللازم محال؟! اللّهمّ إلّا أن يقال: إن المراد بالآثار أنه في عرض الملكية تكون أمور أخر ثابتة ويزول

---

١) انظر جامع المقاصد ١٠٥/٥.

نفس الملكية وتبقىٰ تلك الأمور.

وفيه: أنه لا نسلّم ثبوت أمور أخر غير الملكية في عرض ثبوت الملكية.

وأيضاً يرد عليه أنه إنما يقول ببقاء الأولوية لأجل الملكية الآتية، والملكية الآتية تتوقف على الأولوية السابقة. وهذا دور.

الثاني: أيضاً ما نسب إلى المحقق الثاني أيضاً ظاهراً من أنه بواسطة الخمرية تزول ملكيته الفعلية لا ملكيته الشأنية.

وفيه: أن الملكية الشأنية ليست بملكية حقيقةً كما أن زيداً يكون له شأنية أن يصير سلطاناً إلّا أنه مسكين فعلاً حقيقة.

الثالث: ما نقل عن الشيخ وصاحب الجواهر[1] من أن سبب الملكية هنا موجودة، غاية الأمر أنه في حال الخمرية منعها المانع، فإذا زال المانع فتؤثر الملكية أثرها.

وأورد على ذلك بأن الأمور التي تكون سبباً للملكية ليست قابلة للبقاء، بل كلّها من قبيل الآنيات، فكيف تقول إن سبب الملكية موجود؟

وبيان ذلك أن أسباب الملكية إما الحيازة أو العقد أو موت المورّث وأمثال ذلك، وليس شيء / ١١٣٩ / من ذلك قابلاً للبقاء*.

نعم، قد ذكرنا سابقاً أن طيب النفس يمكن أن يكون مقتضياً ويكون قابلاً للبقاء إلّا أنه لا دخل لذلك بما نحن فيه. وإنما هو في البيع الفضولي ونظائره كبيع الرهن. هذا أولاً.

وثانياً: أن الخمرية تصير سبباً لارتفاع المحل من أن يكون قابلاً للملكية، وعدم قابلية المحلّ ليس مانعاً، بل مع عدم قابلية المحل ليس المقتضي للملكية موجوداً.

---

١) جواهر الكلام ٢٥/٢٥٢.

*) *وأما اليد تكون كاشفاً عن الملكية وليست سبباً لها كما لا يخفىٰ. (منه قدس سره).*

أقول: لنا أن نقول: إن الخمر له مالية فعلية لولا منع الشارع من تصرفها. وعلى هذا يكون المقتضي موجوداً، وسيأتي توضيح ذلك ـ إن شاء الله ـ في آخر المسألة.

الرابع: ما نقل عن بعض* من أن الجنس يكون باقياً وإن زال فصله. فإذا رفع المانع يعود الفصل.

وبيانه أن اختصاص هذا المال بزيد إذا اشتدّ فيكون ملكاً، وبواسطة الخمرية يزول الإشتداد. فإذا انقلب خلّاً يعود الإشتداد.

وأورد على ذلك بأنه إذا ارتفع الفصل يرتفع الجنس أيضاً مع أنّه لا دليل على إعادة خصوص هذا الفصل، بل لا مانع من أن يصير من قبيل المباحات.

أقول: لو كان الجنس باقياً فليس قابلاً لاتصال غير هذا الفصل به؛ فافهم.

[الملكية الشرعية والملكية الحقيقية]

وقد يوجّه هذا الوجه بأن الملكية على قسمين:

ملكية شرعية، وهي عبارة عن التسلط على الإنتفاعات. والملكية بهذا المعنىٰ قد زالت / ١١٤٠ / بالمرّة.

وملكية حقيقية التي هي نظير الصفات كالسواد والبياض. وهذا يكون باقياً حقيقةً.

والملكية الشرعية بالنسبة إلى الملكية بهذا المعنىٰ تكون نظير الإنتفاعات الحاصلة من الأملاك؛ فبكلّ دليل يقولون: إن الإنتفاعات الحاصلة من الأملاك يصير داخلاً في ملك صاحب الملك مع أنّه مال جديد، فهذا الدليل يصير بعينه دليلاً فيما نحن فيه من أن الملكية الشرعية التي هي عبارة عن التسلط على الإنتفاع يصير ملكاً لمن كانت له الملكية الحقيقية؛ فافهم.

---

*) *آل يس. (منه قدس سره).*

ثمّ لا يخفىٰ أنه لو قلنا بعدم تمامية جميع هذه الوجوه فنقول: إنه يملك المرتهن بسبب الحيازة، فلذا لو كان عند الغاصب فيصير ملكاً للغاصب، ولو كان عند المالك يصير ملكاً للمالك.

لا يقال: إن مجرد كونه عند المالك مثلاً لا يكفي لأنه يشترط في الحيازة قصد الملكية.

قلت: قصد الملكية لا يحتاج إلى كثرة مؤنة؛ لأن مجرد كون هذا الخلّ في أملاكه باختياره مع عدم قصد الإعراض يكفي في قصد الملكية.

ثمّ إنه لو صار الخلّ المنقلب عن الخمر ملكاً للراهن بواسطة الحيازة فلا تعود الرهنية؛ لأنه ملك جديد، والعين المرهونة تلفت بواسطة انقلابه خمراً.

وأما لو قلنا إنه تكون ملكيته الأولية باقيةً كما هو مقتضىٰ / ١١٤١ / الوجه الرابع، فحينئذٍ نقول: تعود الرهنية.

لا يقال: إن الرهنية قد زالت فكيف تعود[1]؟

لأنا نقول: أولاً: إن حقيقة الرهنية لم تزل من البين كما قلنا بالنسبة إلى الملكية.

وثانياً: لا يشترط في الرهانة أن تكون العين المرهونة قابلاً لاستيفاء الدين منه من أول الأمر إلى رأس الأجل، بل يكفي[2] أن يكون قابلاً لاستيفاء الدين منه عند رأس الأجل. وهذا المعنىٰ في العصير المنقلب خلّاً يكون موجوداً.

---

١) في الأصل: يعود.

٢) في الأصل: أن يكفى.

فهرس المطالب

(١)

كتاب البيع ٥

ماهية البيع ٩
البيع هو النقل أو العقد أو الإنتقال ٩
هل الطلب عين الإرادة ؟..... ١١
النقل الإنشائي..... ١٥
المراد من القبول وكونه مأخوذاً في معنى البيع ١٧
مقتضى التبادر و صحة السلب..... ١٨
الإستدلال على أن معنى البيع هو الايجاب و القبول معاً ٢٣
توضيح عن التبادر في المقام ٢٣
النقل المطلق أو المقيد باللفظ..... ٢٤
كون لفظ البيع مجازاً في اللفظ أو مشتركاً لفظياً..... ٢٧
معنى البيع من حيث المتعلق ٢٩
البيع مبادلة مال بمال أو غيرها ٢٩
اشتراط كون المثمن عيناً..... ٣٠
بيع الكلّي..... ٣٢
قيد العوض في البيع ٣٣
البيع من قبيل المعاني لا الألفاظ..... ٣٣
فرق البيع و المعاوضة ٣٤
الفرق بين البيع و الصلح ٣٤
فرق الصلح مع سائر المعاملات..... ٣٥

بيان الجنس في تعريف البيع وما ينتج ذلك ٣٦
هل الدَيْن هو الضمان ٣٦
تعريف الهبة ٣٩
بيع الدين ٣٩
تمليك الأعيان بالعوض ٤٠
البيع العرفي ٤٠
لفظ البيع موضوع للصحيح أو الأعم منه ومن الفاسد ٤١
المسائل العامة لجميع المعاملات ٤١
توضيح معنى الصحيح والفاسد ٤٢
جمع وصفي الصحة والفساد ٤٥
ثمرات بحث الصحيح والأعم ٤٧
فرق كلمات الشيخ وصاحب الحاشية ٥١
البيع بمعنى اسم المصدري ٥١
الأمور الذوقية ٥٤
التنافي في كلام الأستاذ ٥٥

فصل في بيع المعاطاة ٦٠
كلام المحقق في الشرايع في عدم كفاية التقابض من غير لفظ ٦٠
المعاطاة ليست ببيع ٦٠
صدق البيع العرفي على المعاطاة ٦١
الأقوال في المعاطاة عشرة ٦٢
الخامس: ما حكي عن صاحب الجواهر من أنها في بعض الموارد يفيد ... ٦٣
تقليل الأقوال إلى تسعة ٦٣
تكثير الأقوال إلى أكثر من عشرين ٦٤
ليس بين الإباحة والتمليك جامعٌ ٦٥
بناء الناس في المعاملات ٦٨
محل النزاع في المعاطاة ٦٩

توضيح كلام المحقق في عدم كفاية التقابض ٦٩
توضيح كلام صاحب اللمعة ٧٠
كلام صاحب الجواهر وغيره في تعيين محل النزاع ٧١
الثمرة في النزاع بين التمليك والإباحة..... ٧٣
إفادة المعاطاة الإباحة ٧٤
تعدد المطلوب في العقد ٧٩
إثبات الإباحة في المعاطاة بوجه آخر..... ٨٠
ليس المراد من الاباحة الملك المتزلزل ٨١
العقود الفاسدة لا توجب الإباحة..... ٨٢
التلف ليس من الأسباب المملّكة ٨٣
معنى كون التلف كاشفاً..... ٨٦
أدلة الأقوال المتضادة في المعاطاة..... ٨٧
مقتضى الأصل في المعاطاة ٨٧
الأدلة المذكورة لإفادة المعاطاة الملكية..... ٨٨
معنى النقل الخارجي..... ٨٩
هل البيع محكوم بالصحة عند الشارع صغرىً وكبرىً ؟..... ٩٠
الحكم بالحلية بدلالة الاقتضاء..... ٩٤
قوله تعالى « أحل الله البيع » مجمل..... ٩٦
تتميم في دلالة الآية على حليّة جميع التصرفات ٩٧
الإستدلال بالآية لإفادة المعاطاة الملكية..... ٩٩
الإستدلال بقوله تعالى « تجارة عن تراض » ١٠٣
الإستدلال بقوله تعالى « أوفوا بالعقود »..... ١٠٧
معنى أل في « العقود »..... ١٠٨
الكاشف القولي..... ١٠٨
اشتراط اللفظ الكاشف لا مجرد المقاولة ١٠٩
التمسك بالأخبار لصحة المعاطاة في البيع ١١٠
الإستدلال بالسيرة..... ١١٥

ليست السيرة دليلاً مستقلاً بل داخلة تحت السنة ١١٧
الإشكالات الواردة على كل سيرة ١١٨
ادعاء الرادع للسيرة في المقام ١٢٠
الإنصاف اعتبار السيرة في المقام ١٢١
الإستدلال بالمبعّدات للقول بالإباحة ١٢٣
هل التلف مملِّك ؟ ١٢٣
حصول الملكية قبل التلف آناً ما ١٢٥
إشكال صاحب الجواهر على القائلين بالملكية ١٢٧
الإيراد على صاحب الجواهر ١٢٨
تتميم الكلام في المبعّدات ١٣١
حصيلة النقاش في أن المعاطاة بيع وأنها تفيد الملكية ١٣٣
هل الإجماع قائم على أن المعاطاة لا تفيد الملكية ؟ ١٣٣
إفادة الملكية اللازمة أو الجائزة ١٣٥
أصالة اللزوم في مطلق العقود ١٣٦
دليل أصالة اللزوم في البيع ١٣٦
هل الملكية اللازمة والجائزة ماهية واحد ؟ ١٣٩
ملخص الكلام ١٤٣
تفصيل الكلام في استصحاب الكلّي ١٤٣
دليل أصالة اللزوم في كل عقد ١٤٧
أكثرية التخصيص في آية وجوب الوفاء بالعقد ١٥١
الإشكال الموضوعي على التمسك بالآية ١٥٣
كلام صاحب المدارك في المقام ١٥٤
تنبيه في التمسك بآية الإيفاء بالعقد لصحة العقود ١٥٦
الاستدلال بآية التجارة عن تراضٍ ١٥٨
الاستدلال بآية حرمة الأكل بالباطل ١٦٠
الأخبار العامة الدالة على أصالة اللزوم في كل عقد ١٦١
الإستدلال بقوله : لا يحل مال امرئ ١٦١

الاستدلال بقوله: الناس مسلطون.. ..... ١٦٣
الاستدلال بقوله: المؤمنون عند شروطهم ١٦٤
الاستدلال بقوله: «البيِّعان بالخيار» في خصوص البيع ١٦٥
هل الأدلة المذكورة تعمّ جميع العقود؟..... ١٦٥
مدى اقتضاء الأصل ١٦٥
مدى دلالة الآيات والأخبار ١٦٦
تعارض الأدلة المذكورة بالإجماع ١٦٧
تعارض الأدلة المذكورة مع النصوص ١٧٣
مراد المستدلين باشتراط الصيغة في البيع..... ١٧٨
دليل القول بالإباحة في المعاطاة ١٨٥
تنبيهات..... ١٨٨
ثمرة القول بالملكية والإباحة الشرعية أو المالكية ١٨٨
مصاديق في الإباحة المالكية..... ١٨٩
مصاديق في الإباحة الشرعية..... ١٩١
جريان شروط البيع أو عدمها لو أفادت المعاطاة الملكية ١٩٥
بيان بعض أحكام البيع أو المعاوضة ١٩٧
جريان أحكام الخيارات ١٩٧
انصراف أدلة الخيارات إلى غير المعاطاة ١٩٨
مجيء الخيارات في المعاطاة على القول بالاباحة..... ٢٠٠
هل الخيارات تثبت من حين المعاطاة أو التلف؟ ٢٠١
حكم الربا في المعاطاة..... ٢٠٢
المعاطاة في النسية والسلم ٢٠٦
من المعاطاة وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام..... ٢٠٧
المعاطاة في العقد الفاسد ٢٠٨
ملزمات المعاطاة..... ٢١١
التلف الحقيقي والحكمي..... ٢١١
استصحاب الخيار السابق لإثبات الضمان بعد تلف العينين ٢١٢

تلف إحدى العينين ٢١٦
الكلام في التلف الحكمي ٢١٩
لا فرق بين الحكم والحق في المقام ٢٢٤
فروع ٢٢٦
إعادة العين بعد ما بيع بالثالث إلى الثاني ٢٢٦
لو باع ثالث فضولاً لإحدى العينين ٢٢٦
تغيّر الصفة يوجب اللزوم أم لا؟ ٢٣١
نقل كلمات أستاد صاحب الجواهر ٢٣٢
الإيراد على الجواهر وأستاده ٢٣٢
التغيّر بالأجود أو الأردء أو المساوي ٢٣٣
تلف بعض العين موجب للزوم أم لا؟ ٢٣٤
مشابهة ما نحن فيه بتبّعض الصفقة ٢٣٤
الرجوع الضرري ٢٣٥
البيع باعتبار أجزاء المبيع والثمن يصير بيوعاً متعددة ٢٣٦

(٢)

كتاب الرهن

(تقرير أبحاث الميرزا في الرهن شرحاً على رهن الشرايع) ٢٣٩
لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن ٢٤١
فروض مسألة الرهن عند موت المرتهن ٢٤٧
بقاء الرهن مجهولاً مع عدم تقصير المرتهن ٢٤٧
بقاء الرهن مجهولاً مع تقصير المرتهن ٢٤٩
عدم العلم ببقاء العين المرهونة في التركة ٢٥٠
الإستدلال على الضمان في هذا الفرض بوجوه ستّة ٢٥٠
جريان قاعدة اليد في المقام ٢٥٨
بيان قاعدة اليد ٢٥٩
قاعدة الحمل على الصحة ٢٦٠

مجرد اليد ليس دليلاً على الملكية ٢٦٣
مدى اعتبار قاعدة اليد في المقام ٢٧١
فرع ـ في بيع المرتهن الرهن لنفسه ٢٧٣
وجوب حفظ مال المسلم ٢٧٥
لو احتاج الرهن مؤنة كالدابّة ٢٧٥
الفرق بين ذي الروح وغيره في وجوب الحفظ ٢٧٥
مقدار ولاية الحاكم ٢٧٦
وجوب الانفاق على العين المرهونة ٢٧٧
عدم وجوب الانفاق على الحيوانات ٢٧٨
مسألة التقاصّ ٢٧٩
الفرق بين الرهن في المقام والتقاصّ ٢٧٩
ظهور العيب في الرهن بعد البيع ٢٨١
بدل الرهن رهن ٢٨٢
التحقيق في حق الرهانة ٢٨٣
فصل في أحكام متعلقة بالرهن ٢٨٥
عدم جواز التصرف في الرهن ٢٨٥
أدلة من يقول بجواز التصرف في الرهن ٢٩١
بيع الرهن أو هبته يحتاج إلى إجازة المرتهن ٢٩٥
نظائر المسألة نظير بيع المفلس أمواله ٢٩٥
هل يبطل الرهن بدون الإجازة؟ ٢٩٦
الدليل الأول على صحة بيع العين المرهونة ٢٩٧
الدليل الثاني على صحة العين المرهونة ٣٠٢
الدليل الثالث على صحة بيع العين المرهونة ٣٠٣
تصرف الراهن في الرهن ٣٠٤
حجية منصوص العلة ٣٠٥
استدلال الأستاد على صحة البيع بوجهين آخرين ٣٠٦
إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة؟ ٣٠٩

الاستدلال على اعتبار الإجازة لكونها جزءً مقوّماً للعقد ٣١١
الفرق بين الإذن والإسقاط ٣١٤
الإلتزام بالشرط المتأخر وتوضيحه ٣١٦
الأحكام المتعلقة بالإسقاط ٣١٧
في أن حق الرهانة قابل للإسقاط ٣١٩
في شرط النتيجة ٣١٩
هل البيع يصير لازماً على فرض عدم لزوم الشرط؟ ٣٢١
فرعان ٣٢٢
سقوط حق الرهانة بمجرد الإجازة ٣٢٢
لو ردّ أوّلاً ثم أجازه هل يصح العقد؟ ٣٢٤
في الإستصحاب التعليقي في مسألة الزبيب ٣٢٥
فك الرهن بعد البيع هل يؤثر في لزوم البيع ٣٢٥
الزمان ملحوظ على وجه الظرفية ٣٢٧
الكلام النفسي ٣٢٨
مراضاة المتعاقدين ٣٢٨
كيفية صحة العقد معلقاً على رفع المانع ٣٣٠
كيفية صحة العقد معلقاً على شرط متأخر ٣٣١
الكلام في الإيقاعات الصادرة من الراهن ٣٣٣
الفرق بين العقود والإيقاعات ٣٣٣
بطلان العتق الصادر من الراهن ٣٣٣
وجهان لتصحيح العتق بأدلة الفضولي ٣٣٥
تصرفات المرتهن في الرهن ٣٤٠
شرط المباشرة ٣٤٠
النزاع في تصرفات المرتهن من حيث الحكم الوضعي ٣٤٠
الإيقاعات غير قابلة للتعليق ٣٤١
معنى الوقف ٣٤١
الكلام في تصحيح قصد القربة ٣٤٢

كلمات صاحب الجواهر في المقام والنقاش معه..... ٣٤٢
الإعانة على البرّ..... ٣٤٦
توقف قصد القربة على الأمر بأدلة الفضولي..... ٣٤٨
في النيابة عن الميت..... ٣٥٠
فروع..... ٣٥١
دفع زكاة الفطرة فضولاً..... ٣٥١
قصد القربة في الإجازة..... ٣٥٢
هل الإجماع قائم في الإيقاعات كالعقود..... ٣٥٤
حكم الإذن اللاحق..... ٣٥٦
هل يصير الوقف هبةً لو قلنا ببطلانه في المقام..... ٣٥٧
لو وطئ الراهن فأحبلها لا يبطل الرهن..... ٣٦١
صور المسألة..... ٣٦١
بقاء الرهنية ولو لم يكن بيع أم الولد جائزاً على رأي جامع المقاسد..... ٣٦٦
الجواب عن جامع المقاصد..... ٣٦٧
في معارضة السبب والمباشر..... ٣٧٠
في تقديم السبب على المباشر..... ٣٧٢
ملخص الكلام في بقاء الرهنية..... ٣٧٤
في صحة بيع أمّ الولد..... ٣٧٤
إدعاء الإهمال في المتعارضين..... ٣٧٥
الاستدلال على منع بيع أم الولد..... ٣٧٧
في معالجة المتعارضين..... ٣٧٨
في قاعدة الجمع وعلاج المتعارضين..... ٣٧٩
المرجحات الداخلية والخارجية..... ٣٨١
المرجّحات الدالة على جواز بيع أم الولد..... ٣٨٢
في الأصل العملي..... ٣٨٤
في قاعدة البدلية..... ٣٨٥
لو إذن المرتهن في بيع الرهن، فباع، بطل الرهن..... ٣٨٥

في أن ثمن الرهن يصير رهناً ٣٨٧
فروع ٣٩٠
في أنه لا يصير ثمن الرهن رهناً ٣٩٠
ما الفرق بين الشرط وعدم الشرط فيما كان الثمن رهناً ٣٩٣
ما هو مقتضى القاعدة ؟ ٣٩٤
ما الفرق بين الإذن قبل الأجل وبعد الأجل ؟ ٣٩٥
كلام صاحب الدروس ٣٩٦
كلام الشيخ ٣٩٧
كلام الأستاد ٣٩٨
أقسام تصرفات الراهن ٣٩٩
حمل عبارة المحقق على ما قبل الأجل ٤٠١
مسائل ٤٠٣
اشتراط البيع بالمطالبة لو كان المرتهن وكيلاً في البيع ٤٠٣
في أن استصحاب الإذن غير جارٍ كاستصحاب سائر الأحكام الشرعية .. ٤٠٥
الفرق بين الوكالة وجواز التصرف ٤٠٧
هل يجوز للمرتهن البيع لنفسه لو لم يكن وكيلاً ؟ ٤٠٧
رفع الأمر إلى الوليّ الحاكم ٤٠٧
الاستدلال على ولاية المرتهن ٤٠٨
في ولاية الأئمة عليهم السلام ٤٠٩
ولاية الحاكم ٤١١
السياسات ثابتة للنبي والأئمة عليهم السلام ٤١١
ادعاء ثبوتها للنائب العام ٤١٢
السياسة في إجراء الأحكام ٤١٢
ولاية عدول المؤمنين ٤١٧
أحكام الرهن ٤٢١
لزوم الرهن للراهن ٤٢١
في أن الأصل في الجمل الخبرية هو الحمل على الإنشاء أم لا ٤٢٣

في أن الأصل هو الحمل على المولوية في الأوامر أم لا ٤٢٤
في عدم جريان الإستصحاب في الأحكام الشرعية ٤٢٦
تنبيه في بيان معنى وجوب الوفاء بالنسبة إلى العقود..... ٤٢٨
وأن المراد به أيّ شيء ٤٢٨
العقود الخارجة عن قاعدة اللزوم ٤٣٢
مسائل ٤٣٣
اشتراط الخيار للراهن في ضمن عقد الرهن ٤٣٣
في الشروط الفاسدة في ضمن العقد..... ٤٣٤
المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال..... ٤٣٨
حكم شرط الخيار للراهن ٤٤١
في أن المعتبر في التكليفيات الرضاية الظاهرية أو الواقعية ٤٤٣
لو أدّى المرتهن بعض الدين أو أبرأ من بعض..... ٤٤٤
الكلام في وضع المركّبات..... ٤٤٥
في أقسام الشرط في ضمن العقد..... ٤٤٧
شرط المرتهن أن يكون الرهن مبيعاً إن لم يودّ الحق..... ٤٥٠
معاني التوقيت في الرهن..... ٤٥٣
الإجماع في فروع القاعدة المجمع عليها لا يعتمد عليه ٤٥٧
لو بنينا على بطلان الرهن في المسألة المذكورة ٤٥٧
قاعدة «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»..... ٤٥٨
الكلام في صغرى القاعدة..... ٤٥٩
لو رهن مال غيره بإذنه صحّ ٤٦٠
في وجوب قبول الدين على الداين ٤٦٢
ثمرات المسألة ٤٦٥
مسائل مناسبة للمقام كإعارة الأرض للغرس..... ٤٦٨
إعارة الأرض للدفن..... ٤٦٨
بعض أحكام الضمان..... ٤٧٠
ضمان المستعير في مسألة الرهن..... ٤٧٠

فرع ٤٧٣
دخول الثمرة في رهن النخل ٤٧٧
دخول ما ينسب من الأرض بعد الرهن فيه ٤٧٧
إزالة ما نبت من الأرض المرهونة ٤٧٨
الاستدلال بقاعدة الضرر ٤٨٠
لوكان وضع المتاع في دار الغير من جانب الله ٤٨١
جواز الدخول يحتاج إلى الإذن أم لا؟ ٤٨١
هل يجوز إخراج المال من البيت؟ ٤٨٣
الكلام في أجرة الإخراج ٤٨٣
دخول الدابة في دار الغير ٤٨٤
وقوع الجدار في ملك الغير ٤٨٤
لزوم التخريب لاخراج رأس الدابة من الحبّ ٤٨٤
خاتمة فيها مسائل ٤٨٦
جناية العبد المرهون ٤٨٦
الجناية على العبد المرهون ٤٨٦
ضمان التالف لو أتلف العين المرهونة ٤٨٧
فرع ـ لو رهن عصيراً فصار خمراً ٤٨٨
الملكية الشرعية والملكية الحقيقية ٤٩١